

حِكَايَةُ الْقُلُوبِ  
وَرغَايَةُ الْطُلُوبِ

تأليف

الشيخ محمد بن

القاسم الشافعي

المعتمد عليه

في

الشيخ محمد بن

القاسم الشافعي

# حَيَاةُ الْقُلُوبِ وَأَيُّهَا الْمَطْلُوبِ

تَأَلَّفَ

الْفَتَاوَى الْمُتَحَقِّقَاتِ

الْعَلَمَاءِ الشُّعْرَاءِ عَلِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي

الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ

تَحْقِيقُ وَخَرَّاجُ

السَّيِّحِ حَسَنِ آلِ عَصْفُودٍ

الْجُزْءُ الثَّانِي

كتاب

# المطاعم والمشرب



## بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين كتاب المطاعم ومشارب من الانموذج المسماة بـ«حياة القلوب وغاية المطلوب».

قال الله تعالى ﴿كلوا واشربوا﴾<sup>(١)</sup>، وفي رواية الدعائم «ان ابن آدم خلق أجوف لا بدّ له من الطعام والشراب»<sup>(٢)</sup>، فمعرفة الحلال والحرام فيهما من المهمات.

## فصل في الحيوان المحلل والمحرم

حلّ الأزواج الثمانية كما قال الله تعالى ﴿ثمانية أزواج من الضأن اثنين﴾<sup>(١)</sup> الآية من ضروريات الدين والكتاب والسنة ناطقان به، والمشهور حل الخيل والبغال والحمير على كراهية بل كاد يكون اجماعاً فيما سوى البغل لصحیحتي زرارة وغيرهما<sup>(٢)</sup>. واما ما دل على تحريمها كصحیح سعد الاشعري وغيره<sup>(٣)</sup>، فسبيله تغليظ الكراهة والتقية وخالف الحلبي في البغل للنهي عنه بالخصوص في خبر الدعائم وهو ضعيف. ويحرم الكلب والسنور اهليهما ووحشيتهما لعموم حسنة الحلبي وغيرها<sup>(٤)</sup>، ممّا تضمن النهي عن كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير وخصوص خبر أبي منهل القرشي<sup>(٥)</sup>، في تحريم الكلب وخبر محمد بن سنان وخبر أبي خالد الكابلي<sup>(٦)</sup>، في السنور. ويحرم السبع: وهو كل ما له ظفر أو ناب يفترس به قوياً كان كالأسد والنمر أو ضعيفاً كالثعلب وابن آوى للتنصيص على هذه الافراد في أخبار عديدة منها خبر الدعائم وفيه وفيه أيضاً الذئب والفهد والدب والضبع.

ويحل من الوحشية البقر والكباش الجبلية والحرر والغزلان

(١) الانعام: ١٤٣. (٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٤ ح ١ و٢.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٥ ح ٥ و٤. (٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣ ح ١ و٢.

(٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ٤. (٦) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ١١.

واليحافير<sup>(١)</sup> اجماعاً لمرسل تفسير القمي وخبر محمد بن سنان ورواية داود الرقي وغيرها. وفي رواية تحف العقول «أما ما يحل للإنسان أكله من لحوم الوحش فكل ما ليس فيه ناب ولا له مخلب»<sup>(٢)</sup> ومثله خبر الدعائم. ويحرم الأرنب لخبر محمد بن سنان والضب واليربوع والقنفذ والوبر والخز والفنك والسمورة والسنجاب والعضاية وهي ضرب من الوزغ واللحكة والحشارة هي هوام الأرض كلها والحية والفأرة والعقرب والجرذان والخنافس والصراصر وبنات وردان والبراغيث والنمل بلا خلاف في شيء منها وأكثرها من المسوخ فتشملها أخبار تحريمها ففي صحيح الحلبي «الضب والفأرة والقردة والخنزير مسوخ»<sup>(٣)</sup>. ومن مسوخ الفيل والأرنب والدب والوطواط والقردة والخنزير والحريث والضب والفأرة والعقرب والوزغ والزنبور كما في معتبرة محمد بن الحسن الأشعري<sup>(٤)</sup> ومنها الجري والزمير والمار ماهي والوبر والورك كما في موثق الكلبي النسابة وخبر ابن المغيرة<sup>(٥)</sup>. ومنها البعوض والقمل كما في خبر محمد بن سليمان الديلمي<sup>(٦)</sup>. ومنها<sup>(٧)</sup> الدعموص والسهيل والقنفذ والزهرة والعنكبوت والخفاش ومنها الحية والخنفساء وما أشبه ذلك كما في خبر عامر بن عاصم السجستاني. وتحريم المسوخ قد جاء في عدة أخبار منها حسنة الحسين بن خالد وموثقة سماعة<sup>(٨)</sup>. وقد علم ذلك ان

(١) في نسخة «م»: اليحافير. (٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ١. (٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ٧.

(٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ٨ و ١٢.

(٦) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ١٥.

(٧) في نسخة «م»: تقديم هذا القسم مع ما يأتي على ما سبق.

(٨) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ٢ و ٣.

منها ما هو منصوص على تحريمه وقد سمعته. منها ما يحرم لخبثه كالحشرات لآية ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾<sup>(١)</sup>، ولخصوص خبر الدعائم. ومنها ما هو ذو سم فيحرم لما فيه من الضرر بالخصوص موثق غياث بن إبراهيم<sup>(٢)</sup>، ويؤيده خبر تحف العقول وخبر الفقه، ويدل على التحريم لحم الخنزير وهو كلب الماء خبر محمد بن الحسن بن خالد وغيره<sup>(٣)</sup>، وعلى لحم السنجاب رواية أبي حمزة، ولا يعارض هذه الأخبار المحرمة تفصيلاً الحصر القرآني، وهو قوله ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به﴾<sup>(٤)</sup>، لأنه اضافي للمبالغة في تحريم المذكورات فيها ولولا المحرمة ذلك للزوم حل ما سواه ما لم ينص القرآن على تحريمه ولا قائل وإن ايدته بعض الصحاح الدالة على أن الحصر حقيقي كصحيح زرارة<sup>(٥)</sup>، وصحيح حماد بن عثمان<sup>(٦)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٧)</sup>، لأنها محمولة على التقية عند شيخنا وقد تعجب من ركون بعض متأخري المتأخرين إليها وحملهم الأخبار المحرمة على الكراهية .

يحلّ ما له فلس من السمك بلا خلاف والأخبار به مستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم وصحيح حماد بن عثمان<sup>(٨)</sup>، وصحيح الفضل بن شاذان<sup>(٩)</sup>. وقد اختلف فيما ليس له فلس فالمشهور التحريم والشيخ في

- (١) الأعراف: ١٥٧. (٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٦. (٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٤١. (٤) الأنعام: ١٤٥. (٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١ ح ١. (٦) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ٢. (٧) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٥ ح ٣. (٨) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٨ ح ١ و ٢. (٩) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٩ ح ٩.



كتابي الأخبار فيما سوى الجري على الكراهة جمعاً والأقوى حمل ما دل على الجواز كصحيح زرارة وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(١)</sup> على التقية. ويحرم الطير ما له مخلب أي ظفراً لصحيح داود بن فرقد وغيره<sup>(٢)</sup>، وكذا ما كان صفيقه أكثر من دفيقه لصحيح زرارة وغيره<sup>(٣)</sup>، واختار المجلسي فيما تساوى فيه الصفيف والدفيق الحل ونفى عنه شيخنا البعد. ويحرم ما ليس له قانصة ولا حوصلة ولا صيصيه لصحيحتي ابن سنان وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

وأما ما له هذه فهو حلال إن لم يكن له مخلب كما هو مذهب الأصحاب. وقال في الشرائع: إنَّما تعتبر هذه العلامات الثلاث في المجهول لموثق سماعة «والقانصة والحوصلة يمتحن بها من الطير ما لا يعرف طيرانه وكل طير مجهول»<sup>(٥)</sup>. ويحرم الطاووس لأنه مسخ ولخصوص خبري الجعفري<sup>(٦)</sup>، والخفاش ويقال له الخشاف والوطواط أيضاً للأخبار الكثيرة منها خبر علي بن المغيرة وغيره<sup>(٧)</sup>.

ولا يحل كل شيء من الغربان زاغ ولا غيره كما في صحيح علي بن جعفر وغيره<sup>(٨)</sup>، وهو مختار الشيخ في الخلاف والعلامة في المختلف وشيخنا وتحمل أخبار التحليل كرواية زرارة وغيرها<sup>(٩)</sup> على التقية. ويكره

(١) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٩ ح ١٧ و١٩ و١٦.

(٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣ ح ٢٠١. (٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٩ ح ٢٠١.

(٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٨ ح ٢٠١.

(٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٨ ح ٣. (٦) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ٥.

(٧) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢ ح ١٢ و١٣.

(٨) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٧ ح ٢٠٣. (٩) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٧ ح ٣٠١.

أكل الصرد والخطاف لرواية عامر فيهما وموثقتي عمار<sup>(١)</sup> في الخطاف والشيخ على التحريم الخطاف لخبر داود الرقي<sup>(٢)</sup>، وفيه ضعف. والمشهور كراهة الفاخنة لخبر أبي بصير ولا دلالة فيه عند شيخنا وكذلك الحباري لخبر بسطام بن صالح وفيه «لا أرى بأكلها بأساً»<sup>(٣)</sup>، وفي دلالته نظر مع ان صحيح مسمع «وددت ان عندي منه فأكل منه حتى امتلى»<sup>(٤)</sup>، وكذلك الشقراق لموثق عمار<sup>(٥)</sup>، ليس فيه سوى كراهة قتله وكذلك القبرة لرواية الجعفري<sup>(٦)</sup>، وطير البحر كطير البر عندنا لا تطلق النصوص كحسنة مسعدة بن زياد وغيره<sup>(٧)</sup>. وفي موثق سماعة «كل من طير البر ما كانت له حوصلة ومن طير الماء ما كانت له قانصة»<sup>(٨)</sup>.

ويحرم موطؤ الإنسان ومن الانعام وفي تعديته لغير الانعام خلاف والاحوط الاجتناب فيحرم لحمه ولبنه ولحم نسله ولبنه لخبر محمّد بن عيسى وخبر مسمع بن عبد الملك<sup>(٩)</sup>. ولو اشتبه بغيره قسم نصفين واقرع عليه مرة بعد أخرى حتى لا يبقى إلا واحد فيذبح ويحل الباقي لخبر محمّد بن عيسى وخبر تحف العقول.

ويحرم ما شرب لبن خنزير حتى ينبت عليه لحمه وشدت عليه عظمه وقوته فيحرم لحمه ولحم نسله وإن لم ينبت أو يشتد فيكره ويستبرئ

(١) أبواب الصيد ب ٣٩ ح ٦٥. (٢) أبواب الصيد ب ٣٩ ح ٣.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢١ ح ١، في المصدر نشيط بن صالح.

(٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢١ ح ٢، وفي المصدر: السمعي.

(٥) أبواب الصيد ب ٤٣. (٦) أبواب الصيد ب ٤١ ح ١.

(٧) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٨ ح ٤، وفي المصدر: زياد.

(٨) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٨ ح ٣. (٩) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣٠ ح ٣١.

سبعة أيام استحباباً لموثق حنان بن سدير ويؤيده رواية السكوني<sup>(١)</sup>.  
 والمشهور تحريم الجلال وابن الجنيد والفسخ في المبسوط على  
 الكراهة ويدل على التحريم صحيح هشام بن سالم وحسنة حفص<sup>(٢)</sup>،  
 فيهما الامر بالغسل من عرقها وهو خلاف المشهور. والجلل ان يفتذي  
 بمحض عذرة الإنسان كما هو المشهور أو بمطلق النجاسة كما قاله الحلبي  
 حتى ينموا ذلك في بدنه يوماً وليلة أو إلى ان يظهر نتنها في لحمه وجلده  
 أو إلى ان يسمى في العرف جلالاً وأكثر الأدلة خال من ذكر شيء من  
 المقدرات كصحيح هشام بن سالم وغيره وحسن حفص وصحيح هشام  
 التحريم والتنجيس.

وتعريف الجلالة بانها المتغذية بالعذرة. ومما اتفقوا عليه مدة استبراء  
 الناقة باربعين يوماً لخبر يعقوب بن يزيد وغيره<sup>(٣)</sup>، واختلفوا في البقرة  
 فقدها في المبسوط بأربعين يوماً لرواية مسمع<sup>(٤)</sup> وقال بثلاثين لرواية  
 مسمع ومرسل الفقيه وخبر الفقه والشيخ في النهاية والخلاف والمحقق بل  
 أكثر بعشرين لرواية السكوني<sup>(٥)</sup>، وخبر مسمع وفي الشاة قال الأكثر عشرة  
 لروايات كثيرة منها خبر يعقوب بن يزيد ورواية السكوني، وفي المبسوط  
 سبعة واختاره جماعة لرواية مرسله نقلها ابن زهرة وقيل بخمسة وهو  
 مجهول القائل ونسب لرواية مسمع ولم نره فيها. وفي السمك فالأكثر بيوم

(١) أبواب الأظعمة المحرمة ب ٢٥ ح ٤٠١.

(٢) أبواب الأظعمة المحرمة ب ٢٧ ح ٢٠١.

(٣) أبواب الأظعمة المحرمة ب ٢٨ ح ٣٠٤.

(٤) أبواب الأظعمة المحرمة ب ٢٨ ح ٢. (٥) أبواب الأظعمة المحرمة ب ٢٨ ح ١.

وليلة لرواية يونس<sup>(١)</sup>، واكتفى بيوم إلى الليل لخبر الجوهرى<sup>(٢)</sup>. وفي البطة والدجاجة بخمسة عند الأكثر لخبر السكوني وخبر مسمع وفيهما ان الدجاجة ثلاثة أيام والذي دل على ان الثلاثة فيهما رواية الجوهرى واكتفى الصدوق بثلاثة فيها وبسبعة في البطة كما في مرسل المقنع فيكون في البطة الخمسة والثلاثة والسبعة، وفي الدجاجة الخمسة والثلاثة واليوم إلى الليل.

والبيض واللبن تابعان فمما يحتمل حلال ومما يحرم حرام ومع الاشتباه يحل ما اختلف طرفاه لا ما اتفق الصحاح كصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٣)</sup>. وفي السمك كل ما كان خشنا لا ما كان املس على المشهور ولم يقيد الأكثر بحال الاشتباه وانكر الحلبي هذا الحكم رأساً ووافقه في المختلف مستدلاً بعموم ﴿واحل لكم صيد البحر وطعامه﴾<sup>(٤)</sup> وعدم ما ينافيه من الاحاديث اذ لا رواية تدل على ذلك القانون إلا أنهم اعلم بما يقولون.

ولا اختلاف في تحريم الميتة لآية ﴿قل لا أجد﴾<sup>(٥)</sup> وغيرها والأخبار الكثيرة منها خبر المفضل بن عمر<sup>(٦)</sup>. وإذا اختلف المذكي وغيره كان الكل محرماً ان كان محصوراً لصحيح الحلبي وحسنه<sup>(٧)</sup>. وأما ما جاء من تحليل المختلط بالحرام صحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٨)</sup> فمحمول على غير المحصور جمعاً عند جماعة منهم شيخنا والشيخ يوسف. وفي حكم الميتة

(١) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢٨ ح ٥. (٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢٨ ح ٦.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٢٠ ح ١. (٤) المائدة: ٩٦.

(٥) الأنعام: ١٤٥. (٦) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١.

(٧) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣٦. (٨) أبواب ما يكتسب به ب ٤ ح ١ و٢.

اجزائها التي لا تحلها الحياة لصحيح علي بن المغيرة وغيره<sup>(١)</sup>، وكذلك المبانة من الحي لحسنة الكاهلي وغيرها<sup>(٢)</sup>. وكما يحرم اكلها يحرم الانتفاع بها بوجه من الوجوه لصحيح علي بن المغيرة وجوز جماعة منهم في الاستقاء بجلودها وما دل على ذلك محمول على التقية وإذا وجد لحم ولم يدر اذكي ام لانه يطرح في النار فان انقبض فهو ذكي وان انبسط فهو ميت لخبر شعيب وخبر الفقيه<sup>(٣)</sup>، ولا تنافي بينهما وبين الروايات الدالة على اكل اللحم المطبوخ إذا وجد مطروحاً لأن غير المطبوخ يمكن فيه الامتحان دونه. والمشهور ان الاصل عدم التذكية إلا أن يعلم بها أو يؤخذ من سوق المسلمين أو من ايديهم وذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل على الامارات المفيدة للظن ففي صحيح عبدالله بن سنان «كل شيء فيه حلال وحرام فهو لك حلال حتى تعرف فالحرام بعينه فتدعه»<sup>(٤)</sup>. وإذا اختلط الذكي بالميتة وجب الامتناع منه لوجوب اجتناب الميتة بالادلة العامة والخاصة ولا ينافيه ما في صحيحتي الحلبي «إذا اختلط الذكي بالميتة باعه من يستحل الميتة»<sup>(٥)</sup>. وقد عمل بها الشيخ والأكثر من المتأخرين منهم شيخنا وجوزه الفاضلان ان قصد بيع الذكي خاصة والمشهور في الصدر الأول مطلقاً وعليه ابن ادريس.

ولا خلاف في تحريم الدم المسفوح لصريح الآية<sup>(٦)</sup> والنجاسة «وكل نجس محرم» كما في خبر العقول وخبر المحكم والمتشابه، واما غيره

(١) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣٤ ح ٢٠١.

(٢) أبواب الذبائح ب ٣٠ ح ١. (٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣٧.

(٤) أبواب ما يكتسب به ب ٤ ح ١. (٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣٦.

(٦) الأنعام: ١٤٥.

فلاية « حرمت عليكم الميتة والدم »<sup>(١)</sup> لكونه من الخبائث ولان في اكله ضرراً كما في خبر الفضل بن عمر وخبر عذافر<sup>(٢)</sup>، إلا ما يختلف في تضايف اللحم فهو حلال طاهر بلا خلاف للاصل وللتقييد في الاية بكونه مسفوحاً أي مصوباً بقوة.

والطحال في معنى الدم لانه مجمع الدم الفاسد ولخصوص كثير من الأخبار منها صحيح ابان بن عثمان<sup>(٣)</sup>. وفي مرسل بن أبي عمير « لا يؤكل من الشاة عشرة أشياء الفرث والدم والطحال والنخاع والعلبا والغدد والقضيب والانتيان والحيا والمرارة »<sup>(٤)</sup>. وفي الخصال مثله ولصحيح ابان « يكره من الذبيحة عشرة وعدّها منها الجلد والعظم والقرن والظلف »<sup>(٥)</sup>. وفي خبر إسماعيل بن مرار ذكر الفرغ والعروق والحرزة التي في الدماغ. والأصحاب مختلفون في كراهة ما عدا الاربعة وهي الطحال والفرث والقضيب والانتيان وحرمتها والاصح عند القائل بالاصطلاح الجديد في دراية الحديث الكراهة للاصل وضعف الاسناد إلا المرارة والمشيمة والمثانة لاستخبائها وفاقاً للمحقق ومن تبعه والصواب عند شيخنا تحريم كل ما اشتملت عليه هذه الأخبار والكليتين وان اشتمل عليهما المقطوع المرسل الضعيف بسهل<sup>(٦)</sup>، فيدخل في المحرم عنده الجلد والعظم وان كان الأكثر لم يعترضوا لذكرهما.

واما العروق فالمراد بها الاوداج كما في مرسل الفقيه. واما العصب فدخلت في الاجزاء المحللة سوى العلبا لرواية حمزة بن نصر عن أبيه. قال

(١) البقرة: ١٧٣. (٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١ ح ١ و٢.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣١ ح ١١. (٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣١ ح ٤.

(٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣١ ح ١١. (٦) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣١ ح ٥.

شيخنا : وقصر جماعة من المتأخرين النصوص على الانعام واخرجو مثل الطيور والدجاج من هذه الأخبار [الاحكام]. ولو شوي الطحال وكان متقوياً واللحم تحته حرم على المشهور لموثق عمار ومرسل الفقيه<sup>(١)</sup>.

ومن المحرمات السلحفات والضفادع والسرطان لصحيح علي بن جعفر<sup>(٢)</sup> [في الضفادع] وصحيحه الاخر في الاخرين. ولو وجد سمكة في جوف سمكة حلت ان كانت من جنس ما يحل وفاقا للشيخ في النهاية والمفيد وجماعة من المتأخرين منهم شيخنا لرواية السكوني ومرسل ابان<sup>(٣)</sup> إلا انه اشترط عدم التسلح كالصدوقين لرواية الفقيه وحرمها الحلبي ما لم تخرج من بطنها وهي حية ووافقه في المختلف والسرائر. ولو طرحتها حية مستقرة الحياة جاز اكلها ما لم تكن متسلخة وفاقا للشيخ في النهاية لكنه لم يشترط ادراكها حية تضرب ولا بدّ من اشتراط لخبر ايوب بن اعين<sup>(٤)</sup>، ولا بدّ أيضاً من اخذها حية وفاقا للمحقق والحلي وجملة من المتأخرين منهم شيخنا .

(١) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٤٩ ح ٣١

(٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٦ ح ١ . (٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٣٦ .

(٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ١٥ .

## فصل في التذكية

التذكية تقع على مأكول اللحم اجماعاً بمعنى طهارته وحله ولا تقع على الادمي ونجس العين اجماعاً وفي وقوعها على ما سوى ذلك بمعنى الطهارة خلاف والمشهور الوقوع واختاره شيخنا لا ستفاضة الأخبار بتذكية السباع والخز والسنجاب. والوقوع على الحيوانات المكروهة لا اشكال فيه. وربما خص جواز التذكية بالسباع لان أكثر الأخبار واردة فيها كموثقات سماعة<sup>(١)</sup>.

واما المسوخات فعلى القول انها نجسة لا تقبل التذكية وعلى القول المشهور فالدليل الوارد في السباع يدل على جريانه فيها.

ولا يشترط مع التذكية للذبيح في المشهور لاخبار سماعة والمنقول عن الشيخين والمرتضى والحلي الاشتراط لرواية مخلد والاجماع وهما ممنوعان. وما يقدر على تذكيته لا بدّ منها لعموم الأخبار وما لم يقدر عليه فجميع اجزائه مذبح لصحيح العيص بن قاسم وغيره<sup>(٢)</sup>. ويسقط حينئذ استقبال القبلة ولتعذرهما.

ويشترط في التذكية اسلام المذكي أو ما في حكمه فلا تحل ذكوة

(١) أبواب النجاسات ب ٤٩ ح ٢. (٢) أبواب الذبائح ب ١٦ ح ٢ و١.



الكافر مطلقاً خلافاً للصدوق والقديمين والكتابي، وللتحريم ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليها﴾<sup>(١)</sup> اذ لا عبرة بذكرهم وقد جاء في الأخبار التصريح بهذا الاستدلال المقرون بهذا التعليل كما في صحيحتي قتيبة الاعشى وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وللحل صحيح زرارة وغيره<sup>(٣)</sup>، من الأخبار الكثيرة وحملها شيخنا على التقية. ومن الأصحاب من اشترط الايمان أيضاً كالقاضي واختاره شيخنا لصحيح زكريا بن آدم<sup>(٤)</sup>، وخص الحلبي المنع بجاحد النص والعلامة بمن لا يعتقد وجوب التسمية. والمشهور عدم اشتراط شيء من ذلك والحق عند شيخنا ان الحل لمكان الضرورة والتقية حتى تظهر دولة الحق لموثقة أبي بصير<sup>(٥)</sup>. ولا يشترط في المذكي البلوغ بلا التمييز لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٦)</sup>، ولا الذكورة له وغيره<sup>(٧)</sup>، ولا الفحولة وهو سلامة الذكر من الخصى لصحيح إبراهيم بن أبي البلاد<sup>(٨)</sup> في الثلاثة المذكورة ولا السلامة من العمى إذا سدد لمستفيض ابن اذينة<sup>(٩)</sup>. والمشهور كراهة ذبيحة ولد الزنا خلافاً للحلي والمرضى لحكهما بكفره وإلا صح الاول لصحيح صفوان بن يحيى<sup>(١٠)</sup>. ولا بأس بذبيحة الاخرس إذا اشار بالتسمية لخبر الدعائم. لا يشترط الختان وان كره ذبحه لخبر مسعدة ابن صدقة<sup>(١١)</sup>.

وتشترط التسمية في الذبح والنحر بالكتاب وهو قوله: ﴿ولا تأكلوا

(١) الأنعام: ١٢١. (٢) أبواب الذبائح ب ٢٧ ح ٨ و٧.

(٣) أبواب الذبائح ب ٢٧ ح ٣٠. (٤) أبواب الذبائح ب ٢٨ ح ٥.

(٥) أبواب الذبائح ب ٢٨ ح ٨، وفي المصدر: الحلبي.

(٦) أبواب الذبائح ب ٢٢ ح ١ و٢١. (٧) أبواب الذبائح ب ٢٣ ح ٥.

(٨) أبواب الذبائح ب ٢٤ ح ١. (٩) أبواب الذبائح ب ٢٤ ح ٢.

(١٠) أبواب الذبائح ب ٢٥. (١١) أبواب الذبائح ب ١٧ ح ٣.

مما لم يذكر اسم الله عليه<sup>(١)</sup>، والاجماع والسند به مستفيضة وتغفر مع النسيان لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup>. ويكفي التهليل والتكبير والتسبيح والتحميد لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup>. وفي الاكتفاء بلفظة الله قولان: والمشهور ان الجهل غير مغتفر واحتمل جماعة من متأخري المتأخرين الاغتفار كالتاسي لخبر الدعائم.

ويشترط استقبال القبلة بمذبحه أو منحره وبجميع مقادير بدنه احوط لصحيح محمد بن مسلم وخبره وغيرهما<sup>(٤)</sup>. واشترط جماعة استقبال الذابح والأكثر لم يذكره والأقوى عند شيخنا الاول لحسن محمد بن مسلم وفيه «استقبل بذبيحك القبلة» لان الباء محتملة للمعية. والمشهور حملها على التعدية فيكون مستحباً وخبر الدعائم صريح في ذلك، ويغفر مع الجهل والنسيان للصالح والحسان المتقدمة وكذا مع عدم الامكان كاستعصائه أو لحصوله في مكان لا يتمكن من ذلك لما تقدم. ولا ذكاة إلاّ بحديد كما في حسن محمد بن مسلم وغيره<sup>(٥)</sup>. ويجزي مع الضرورة ما يفري الاوداج كما في حسن عبدالرحمن بن الحجاج وغيره<sup>(٦)</sup>، خلافاً للخلاف في المس والصفرفمنع منهما مع الضرورة أيضاً للخبر العامي وفيه «ما لم يكن سناً أو صفراً»<sup>(٧)</sup>، وروي من طريقنا أيضاً وربما جمع بالحمل على الكراهة.

والمشهور وجوب قطع الاوداج الاربعة الحلقوم وهو مجرى النفس

(١) الأنعام: ١٢١. (٢) أبواب الذبائح ب ١٥ ح ١٥٢.

(٣) أبواب الذبائح ب ١٦. (٤) أبواب الذبائح ب ١٤ ح ٢٠١.

(٥) أبواب الذبائح ب ١ ح ٢٠١. (٦) أبواب الذبائح ب ٢ ح ٢٠١.

(٧) أبواب الذبائح ب ٢ ح ٥.

والمري وهو مجرى الطعام والشراب والودجين وهما العرقان المحيطان بالمري والحلقوم. واكتفى ابن الجنيد والكاشاني بقطع الحلقوم ومال إليه المحقق والشهيد الثاني لصحيح زيد الشحام<sup>(١)</sup>، والأقوى المشهور لصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٢)</sup>. وكفي في المنحور طعنه في اللبنة لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٣)</sup>، ويختص النحر بالابل والذبح بغيره فلو ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح لم يحل لحسن صفوان<sup>(٤)</sup>. ويسقط اعتبارهما مع التعذر فيعقر حينئذ بالسيف ونحوه ويحل بعد التسمية وإن لم يصادف العقر موضع الذكاة لصحيح زرارة وحسن الحلبي وغيرهما<sup>(٥)</sup>.

ولابدّ عند الأكثر من الحركة بعد الذبح أو خروج الدم الغير المتناقل للجمع بين النصوص فمما ورد بالحركة حسن البصري وخبر رفاعه<sup>(٦)</sup>، ومما ورد بخروج الدم خبر الحسين بن مسلم وصحيح زيد الشحام<sup>(٧)</sup>، وعند المفيد وابن الجنيد لابدّ من الامرين معا لصحيح أبي بصير<sup>(٨)</sup>، ومنهم من اعتبر الحركة وحدها لصحة ما دل عليها لصحيح الحلبي وصحيح أبي بصير<sup>(٩)</sup>. والجمع الحقيقي بينهما انه لابدّ من الحركة اما قبلاً أو بعداً ولا بدّ من انضمام خروج الدم المعتدل إلى احدهما وهو مختار شيخنا. واما اعتبار استقرار الحياة قبل الذبح كما ذكره الشيخ وتبعه عليه جماعة ولا دليل عليه عند شيخنا تركن اليد النفس من الأخبار، واما تقديرها بالمدة والزمان فما خوذ من كتب العامة.

(١) أبواب الذبائح ب ٢ ح ٣.

(٢) أبواب الذبائح ب ٢ ح ٥.

(٣) أبواب الذبائح ب ٤ ح ١٢.

(٤) أبواب الذبائح ب ٥ ح ١.

(٥) أبواب الذبائح ب ١٠ ح ٦ و ١٠ ح ٢.

(٦) أبواب الذبائح ب ١١ ح ٢ و ٤.

(٧) أبواب الذبائح ب ١٢ ح ٣ و ٢.

(٨) أبواب الذبائح ب ١٢ ح ٢ و ٣.

(٩) أبواب الذبائح ب ١١ ح ٣، ١٢ و ١.

ويستحب تحديد الشفرة لخبر الدعائم<sup>(١)</sup> وعدم اراءتها للحيوان وسرعة القطع لرواية شداد بن اويس وخبر المسالك. ويستحب عدم تحريكه اياه وعدم جره من مكان إلى مكان اخر بل يترك إلى ان يفارق الحياة لحسنة حمران<sup>(٢)</sup>. وان يسارع إلى المذبح برفق لخبر الدعائم<sup>(٣)</sup>، وان يعرض عليه الماء قبل الذبح لثلا يقتلها صبراً لخبر الدعائم.

والمشهور كراهة ابانة الرأس عامداً أو ابلاغ السكين النخاع للنهي عنها في صحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وكذا سلخه أو قطع شيء منه قبل برده لمرفوعة محمد بن يحيى<sup>(٥)</sup>، وخبر الدعائم والشيخ في النهاية وابن الجنيد على تحريم الابانه وشيخ النهاية على تحريم الابانة وتحريم السلخ أو القطع قبل البرد والاصح الجواز ففي صحيح الحلبي «عن ذابح طير قطع رأسه أيؤكل منه قال نعم ولكن لا يتعمد»<sup>(٦)</sup>. وفي معناه غيره<sup>(٧)</sup>. والأقوى عند شيخنا تحريم نخعها قبل الموت لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٨)</sup>، وإن لم يحرم فلاجتنب احوط وان تعمد ذلك.

والمشهور كراهة الذبح من القفا للنهي عنه مع التعمد في خبر الدعائم<sup>(٩)</sup> واستوجه شيخنا العمل به. وتكره الذباجة ليلاً لخبري ابان ابن تغلب<sup>(١٠)</sup>. ويوم الجمعة قبل الصلاة إلا مع الضرورة فيهما<sup>(١١)</sup>. وان يقلب السكين ليدخلها تحت الحلقوم ويقطعه إلى خارج لحسنة حمران<sup>(١٢)</sup>. وان يذبح

(١) المستدرک: أبواب الذبائح ب ٢ ح ١. (٢) أبواب الذبائح ب ٣ ح ٤.

(٣) تقدم. (٤) أبواب الذبائح ب ٦ ح ١.

(٥) أبواب الذبائح ب ٨ ح ١. (٦) أبواب الذبائح ب ٩ ح ٥.

(٧) أبواب الذبائح ب ٩ ح ٧. (٨) أبواب الذبائح ب ٦ ح ٢١.

(٩) تقدم. (١٠) أبواب الذبائح ب ٢١ ح ١.

(١١) أبواب الذبائح ب ٢٠ ح ١. (١٢) أبواب الذبائح ب ٣ ح ٤.

وحیوان اخر ينظر إليه لموثق غياث وغيره<sup>(١)</sup>. وقيل بالتحريم فيهما وهو الشيخ واختاره شيخنا والقاضي في الأول خاصة.

وذكاة السمك خراجه من الماء حياً أو اخذه حياً ولو من خارج الماء سواء كان المخرج مسلماً أو كافراً عند الأكثر مسمياً أو مستقبلاً أم لا لعموم ﴿احل لكم صيد البحر﴾<sup>(٢)</sup> وخصوص صحيحتي محمّد بن مسلم وغيرهما<sup>(٣)</sup>، واكتفى جماعة منهم شيخنا بخروجه حيا سواء اخرج مخرج ام لا لخبر مسلمة بن أبي حفص وخبر زارة<sup>(٤)</sup>، ولان صيد المجوس مع مشاهدة المسلم اخراج حياً موجب لحله لصحيح الحلبي «ما كنت اكله حتى أنظر إليه»<sup>(٥)</sup>. وظاهر المفيد تحريم ما اخرجه الكافر مطلقاً وان شوهد أو صدقته البينة وفيه نظر لأن الأخبار المانعة محمولة على العدم المشاهدة والذي يكشف عنه حسنة عيسى بن عبدالله الهاشمي وحسن الحلبي<sup>(٦)</sup>. واما ما مات في الماء ويسمى الطافي فتحريمه اجماعي لصحيح محمّد بن مسلم وغيره<sup>(٧)</sup>، والأكثر على جواز اكله حيا لانه مذكى ففي صحيح سليمان بن خالد «الحيتان والجراد ذكي»<sup>(٨)</sup>، خلافاً للمبسوط ويمكن ان يستدل له بخبر الاحتجاج<sup>(٩)</sup>، إلا انه محمول على الأولوية. ولو عاد إلى الماء ومات فيه حرم.

ولو نصب شبكة أو مصيدة فمات الصيد فيها أو بعضه واشتبه بالحي

(١) أبواب الذبائح ب ٧ ح ١.

(٢) أبواب الذبائح ب ٣١ ح ٢ و٣.

(٣) أبواب الذبائح ب ٣٤ ح ٥٣ و٤٥، وفي المصدر: سلمة.

(٤) أبواب الذبائح ب ٣٢ ح ١.

(٥) أبواب الذبائح ب ٣٢ ح ١.

(٦) أبواب الذبائح ب ٣٢ ح ٤.

(٧) أبواب الذبائح ب ٣١ ح ٨.

(٨) أبواب الذبائح ب ٣٢ ح ٤.

(٩) أبواب الذبائح ب ٣١ ح ٨.

فهل يحل الجميع أو يحرم الجميع؟ فالشيخ والقاضي والمحقق على الحل حالة الاختلاط دون حالة التميز أو موت الجميع وابن أبي عقيل على الحل مع التميز أيضاً والحلي والعلامة وأكثر المتأخرين على التحريم في المسألتين والظاهر من الأخبار وخصوص الدليل وهو مذهب ابن أبي عقيل كما هو مختار شيخنا لصحيح محمد بن مسلم وصحيح الحلبي وصحيح عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(١)</sup>، وحمل الشيخ لها على حالة الاشتباه لا وجه له وكذا لا مستند للمشهور في ردها إلا العمومات وهو لا يعارض الخاص.

وذكاة الجراد وهو غير الدّبا أخذه حياً والكلام فيه كالكلام في السمك وفي جميع الأحكام حتى في أكله حياً. وفي صحيح علي بن جعفر «عن الجراد نصيبه ميتاً في الماء أو الصحراء أيوكل قال لا تأكله»<sup>(٢)</sup>، وموثق عمار يدل على جواز شواء السمك حياً وأكله<sup>(٣)</sup>. ولا يبعد ذلك في الجراد أيضاً ولكن بعد اخذه حياً، ويدل على ذلك صحيح علي بن جعفر<sup>(٤)</sup>. ولا يحل منه ما لا يستقل بالطيران كالدبا لصحيح علي بن جعفر<sup>(٥)</sup>.

وإذا وجد سمك مطروح فالمشهور التحريم وذهب الصدوقان والعلامة ويحيى بن سعيد وابن حمزة إلى انه يلقي في الماء فان طفئ على وجه الماء مستلقياً على ظهره فهو غير ذكي وان كان على وجهه فهو ذكي لخبر الفقه الرضوي<sup>(٦)</sup>، هذا في الطري اما غيره فيرسب في الماء سوى مات داخل الماء أو خارجه ولذلك عرض عنه أكثر المتأخرين والاحتياط لا

(١) أبواب الذبائح ب ٣٥ ح ٢ و ٣ و ٥ و ٦. (٢) أبواب الذبائح ب ٣٧ ح ١.

(٣) أبواب الذبائح ب ٣٧ ح ٥. (٤) أبواب الذبائح ب ٣٧ ح ١.

(٥) أبواب الذبائح ب ٣٧ ح ١. (٦) فقه الرضا: ٢٩٦.

يخفى وعند الحاجة إلى أكله فالاختبار احوط: وكذلك ما مات في الحفرة والشبكة واختلط عند قصده الفرار من الخلاف.

وذكاة الجنين ذكاة أمه ان تمت خلخته وذلك إذا ما شعر واوبر لصحيح يعقوب بن شعيب وموثقه وغيرهما<sup>(١)</sup>. ولا فرق بين ان تلجه الروح ام لا للعموم والاطلاق خلافاً لجماعة منهم الشيخان في ولوج الروح لاشتراط تذكية الحي مطلقاً والكلية ممنوعة نعم لو كان مستقر الحياة اعتبر تذكيته لموثق عمار<sup>(٢)</sup>. والمشهور إنما يذكر إذا اتسع الزمان لها وإلا حل أكله. وإن لم تتم خلخته لم يحل لصحيح الحلبي وصحيح ابن مسكان وغيرهما وفي صحيحة يعقوب وموثقه «إذا كان تاماً ونبت عليه الشعر فكل»<sup>(٣)</sup> وهما مشعران باشتراط الامرين .

(١) أبواب الذبائح ب ١٨ ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) أبواب الذبائح ب ١٨ ح ٨.

(٣) أبواب الذبائح ب ١٨ ح ١.

## فصل في أحكام الصيد وآلاته

وآلاته اما حيوان أو جماد أما الحيوان فلا يحل إلا صيد الكلب المعلم أو ما ادرك ذكاته عند الأكثر لظاهر (مكلبين)<sup>(١)</sup> فان المكلب هو المعلم من كلب الصيد فتخصص الجوارح به لحسن الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup>، خلافاً للعماني حيث احل يد ما اشبه الكلب من الفهد والنمر وغيرهما لعموم الآية<sup>(٣)</sup> ولخصوص صحاح زكريا بن آدم<sup>(٤)</sup>، الكلب والفهد سواء وخصها الشيخ بموردها وهو الفهد وحملها شيخنا على التقية لصحيح الحذاء<sup>(٥)</sup>. واما ما يدل على حل صيد البزاة والصقور فحمله على التقية متعين لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٦)</sup>. ومنع الاسكافي من الاصطياد بالكلب الأسود لخبر السكوني<sup>(٧)</sup> وهو محمول على الكراهة.

واما الآلات الجمادية فكلما اشتمل على نصل كالسيف والرمح والسهم يحل مقتوله ان كان مستصعباً أو في مكان لا يمكن ذبحه أو نحره سواء مات بجرحه ام لا بان اصابه معترضاً فيقتله وقد سمي حين رماه كما في صحيح الحلبي<sup>(٨)</sup>، وفي معناه غيره.

(٢) أبواب الصيد ب ١ ح ١ و٢.

(١) المائة: ٤.

(٤) أبواب الصيد ب ٦ ح ٤ و٥.

(٣) المائة: ٤.

(٦) أبواب الصيد ب ٩ ح ٢ و١.

(٥) أبواب الصيد ب ٦ ح ١.

(٨) أبواب الصيد ب ١٦ ح ٣ و١.

(٧) أبواب الصيد ب ١٠ ح ٢.



وأما ما يشتمل على نصل فان كان محدداً يصلح للخرق وكذلك بشرط ان يخرقه بان يدخل فيه ولو يسيراً وإلا فلا ففي صحيح عبدة «إذا رميت بالمعراض فخرق فكل وإن لم يخرق واعترض فلا تأكل» وفي معناه غيره<sup>(١)</sup>، وفي صحيحتي الحلبي وغيرهما «المعراض إذا كانت مرماته أو لم يكن له نبل غيره فلا بأس بأكل ما صيد به»<sup>(٢)</sup>، ولا عامل به سوى الصدوق وربما حملت على التقية ويمكن الحمل على الاستحباب<sup>(٣)</sup> أو على كونه ذا حديدة والأحوط عدم الاكتفاء به إذا لم يخرق من غير ضرورة كما افاده شيخنا. واستعمال آلة الصيد حيوانا كانت أو جماداً نوع من التذكية فيشترط فيه ما يشترط فيها فلا بد ان يكون مستعملها مسلماً أو يحكمه كما هو المشهور أو كتابياً على اختلاف، وان يسمي عند الارسال لصاح الحلبي الأربع وغيرها<sup>(٤)</sup>. والمشهور عدم اجرائها لو وقعت ما بين الارسال وبين عض الكلب والاصح عند المتأخرين الاجزاء للعمومات وفيه نظر عند شيخنا لأن صحيح الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup> من أخبار الباب قد دلت على ان التسمية وقت الارسال اما مع النسيان فيجزى بلا خلاف، نعم يستحب التدارك ولو عند الاكل لخبر زرارة وغيره<sup>(٦)</sup>. وفي خبر الدعائم<sup>(٧)</sup> معذورية الجاهل كالناسي وهو مختار شيخنا.

ويشترط في الكلب ونحوه على القول به ان يكون معلماً بالكتاب لقوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾<sup>(٨)</sup> الآية والسنة

(١) أبواب الصيد ب ٢٢ ح ٢٠١.

(٢) أبواب الصيد ب ٢٢ ح ٤٠٣، ب ١٢ ح ٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) أبواب الصيد ب ١٢ ح ٤٠٤.

(٥) المستدرک: ابواب الذبائح، ب ١٣، ح ٢.

(٦) المائدة: ٤.

المتواترة<sup>(١)</sup> والاجماع، وفسر المعلم بان يسترسل بارسال صاحبه وينزجر بزجره ويمسك عليه، وفي صحيح زرارة وغيره «إذا اكل ولم يمسك عليك إنما امسك على نفسه»<sup>(٢)</sup>. وقال الصدوق وجماعة من المتأخرين عدم الأكل ليس بشرط وفي كتابي الأخبار ان الأكل نادراً غير مضر واستدل الصدوق والجماعة بصحيتي الحلبي وغيرهما<sup>(٣)</sup> من الأخبار الكثيرة واختاره شيخنا وحمل أخبار المشهور على التقية. وفرق الاسكافي بين اكله بعد الموت وقبله ولعله جمع بين النصوص. والأمور الدالة على التعليم قدرها البعض بمرتين واعتبر اخرون الثلاث وفيه تحكم بل يرجع إلى العرف وأهل الخبرة. والأكثر على عدم اشتراط الإسلام في المعلم لصحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(٤)</sup>، خلافاً للمستفيضة لظاهر قوله: «تعلمونهن»<sup>(٥)</sup> ولخبر عبدالرحمن بن سيابة<sup>(٦)</sup>، وحمل على الكراهة. ولو ارسل واحد كلبه ولم يسم وسمى اخر لم يحل الصيد، وكذا إذا ارسل واحد ولم يقصد الصيد وقصد اخر من غير تسمية ولا ارسال وسمى ثالث من غير ارسال ولا قصد لصحيح محمد بن مسلم ومرسل أبي بصير<sup>(٧)</sup>.

ويشترط العلم أو الظن الغالب باستناد موته إلى السبب المحلل تغليباً لجانب الحرمة فلو سمي وارسل كلبه فأرسل اخر كلبه ولم يسم واشترك الكلبان في اكل الصيد لم يحل لخبر أبي بصير وصحيح أبي عبيدة ومرسل

(١) أنظر أبواب الصيد ب ١٥٢ و٥.

(٢) أبواب الصيد ب ٢ ح ١٥٩ و١٥١٤.

(٣) أبواب الصيد ب ١٥ ح ٤١.

(٤) أبواب الصيد ب ١٥ ح ٢.

(٥) المائدة: ٤.

(٦) أبواب الصيد ب ١٣ ح ٢٠١.

(٧) أبواب الصيد ب ٢ ح ١٧ و١٧.

الفقهاء<sup>(١)</sup>، وكذا يحرم لو غاب وحياته مستقرة ثم وجد مقتولاً أو ميتاً لحسن حريز وغيره<sup>(٢)</sup>.

وإذا أرسل كلبه أو سلاحه فجرحه فعليه ان يسارع إليه بالمعتاد فان لم يدركه حياً حل وان ادركه حياً ذكاه وإن لم يكن مستقر الحياة.

وأدنى ما تدرك ذكاته ان تجده يركض برجله ويضرب بها الأرض أو يطفرف بعينه أو يتحرك بذنبه للصحاح المستفيضة<sup>(٣)</sup>، في جواز تذكية المشتبه امره، وليس في شيء منها ولا في كلام القدماء كما قبل اعتبار استقرار الحياة كما هو المشهور بل من النصوص ما هو مطلق في انه إذا ادرك ذكاه وقد مضى الكلام في ذلك والأكثر على ان مستقر الحياة إنما تجب تذكيته ان اتسع الزمان لها وإلا فهو حلال وهو مناقض لتفسيرهم استقرارها بان يمكن ان يعيش صاحبها اليوم والأيام. ومنهم من لم يعتبر اتساع الزمان، ومنهم من قال إن لم يكن معه ما يذبح ترك حتى يقتله الكلب ثم يأكله ان شاء لعموم ﴿فكلوا مما امسكن عليكم﴾<sup>(٤)</sup>، وخرج منه ما إذا وجدت الالة بالنص وبقي محل النزاع ولخصوص صحيحة جميل ابن دراج<sup>(٥)</sup>، واستحسنه شيخنا وهو قول الصدوق والاسكافي وعلامة المختلف.

ولو قطعت الالة منه شيئاً كان ما قطعت منه ميتة ان كان حياة الباقي مستقرة له لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٦)</sup>. ولو لم يكن حياة الباقي مستقرة فمقتضى قواعد الصيد حلها جميعاً ولكن في المسألة أقوال

(١) أبواب الصيد ب ٥ ح ١ و٢ و٣.

(٢) أبواب الصيد ب ١٨ ح ٢.

(٣) المائة: ٤.

(٤) أنظر أبواب الصيد ب ٣ و٥ و٤.

(٥) أبواب الصيد ب ١٦ ح ١ و٤.

(٦) أبواب الصيد ب ٤ ح ٤.

منتشرة وما اختاره المشهور من حلّهما مطلقاً هو الأقوى عند شيخنا لصحيح الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>.

وموضع عض الكلب نجس يجب غسله لملاقاته بالرطوبة كما هو المشهور خلافاً للمختلف والمبسوط لظاهر «فكلو مما امسكن عليكم»<sup>(٢)</sup>، والأخبار الآمرة بالاكل منه من غير امر بالغسل<sup>(٣)</sup>، والأولى ان تحمل هذه الأخبار على التقية لقول جماعة منهم بطهارة الكلب سيما كلب الصيد.

ويكره ان يرمى الصيد بما هو اكبر منه حجماً لمرفوعة محمد بن يحيى<sup>(٤)</sup> وعند الشيخ يحرم وهو ضعيف وحرمة الأكل اشد ضعفاً فالحق الكراهة. ولو رمى صيداً فتردى في ماء أو وقع من جبل أو جائط ويمكن استناد موته إلى الامرين بحيث لم يقطع بذكاته قبل وصول الماء غلب جانب التحريم كما هو المشهور وفي مرسل الفقيه «كله ما إذا كان رأسه خارجاً من الماء وان كان رأسه في الماء فلا تأكله»<sup>(٥)</sup>، وعمل الصدوق على هذا التفصيل واستجوده في المسالك وهو حسن عند شيخنا ولا بدّ من الجمع بين الأخبار بالتفصيل الذي عليه المشهور لالى تنافا.

(٢) المائدة: ٤.

(١) أبواب الصيد ب ١٦ ح ٣ و٥.

(٤) أبواب الصيد ب ٢١ ح ١.

(٣) أنظر أبواب الصيد ب ٢.

(٥) أبواب الصيد ب ٢٦ ح ٣.

## فصل فيما يحل ويحرم بالاصالة

الأعيان ما طاب منها وطهر فهو حلال وما خبث واضر بالحياة أو الصحة أو العقل فهو حرام لقوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾<sup>(١)</sup>، واختلف في المأكل والمنافع التي لا ضرر على احد فيها فمنهم من ذهب إلى انها على الخطر إلا ما دل الدليل على اباحتها. والمشهور انها على الاباحة ومنهم من توقف. قال شيخنا: وهذه الآية دالة على اباحة المأكل إلا ما دل الدليل على خطره. وفي خبر زرارة وغيره «لا ضرر ولا ضرار في الدين»<sup>(٢)</sup>، وهو يقتضي النهي وان كان ظاهره النفي عن كل ما فيه ضرر. وفي رواية غو إلى اللثاليء «كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهى أو امر»، ومثله مرسل الفقيه<sup>(٣)</sup>، ورواية المجالس<sup>(٤)</sup>. وقد تمسك الفقهاء على الاباحة الاصلية في هذه الاشياء كلها بهذه الأخبار. قال شيخنا: وقد اجاب المحدثون عن ذلك بوجوه، وبالجملة ان الحكم الشرعي سواء كان اباحةً أو طهارة أو غيرهما يتوقف على الدلالة الشرعية ومع عدمها يجب التوقف في الافتاء والحكم وان كان العامل أو التارك غير معاقب ولا معاتب لعذره عند التمسك بها وان كان حراماً في الواقع لعدم تكليف

(١) البقرة: ٢٩.

(٢) أبواب الخيار ب ١٧ ح ٤.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٦٤ ح ٢. (٤) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٦٤ ح ١.

الغافل هذا ملخص كلامه زيد رفعة في مقامه، والمذهب المنصور ما عليه المشهور.

والاعيان النجسة حرام كلها وكذا المتنجسة بلا خلاف فيهما وفي الصحاح وغيرها دلالة عليه سيما النجس. والمتنجس ان كان جامد كشط ما يكتنفها وحل الباقي لصحيح زرارة وغيره<sup>(١)</sup>. وان كان مائعاً لم يظهر مادام باقيا على حقيقته كما هو المشهور لصحيح زرارة وغيره<sup>(٢)</sup>، فقول العلامة بطهارته مع تخلل اجزائه حتى الدهن بعيد. نعم يجوز استعمال الدهن وبيعه حينئذ للأسراج به لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٣)</sup>، واشترط الأكثر الاستصحاب به تحت السماء وليس في الادلة تقييد في ذلك، نعم كلام ابن حمزة فيه تصريح بوجود رواية مرسله وبعد تسلمها تحمل على الاستحباب فالاطلاق هو الاصح كما هو مختار الشيخ في أكثر كتبه والاسكافي وعلامة المختلف على ان دخانه ليس بنجس لاعتراف الأكثر وكونه تعبداً يحتاج إلى دليل وقد وقع في جملة من الأخبار كخبر الدعائم وغيره، جواز ان يعمل صابونا وزاد بعضهم طلي الجرب بها.

ولا يجوز بيع غير الدهن من المائعات النجسة لمفهوم تخصيص الدهن بذلك البيع ولخبر تحف العقول<sup>(٤)</sup>، كما هو المشهور خلافاً لبعض الأصحاب منهم الكاشاني لجواز استعماله في غير الأكل والشرب من المنافع المشروعة، وفيه نظر لعدم دلالة الأخبار على التعميم سيما خبر تحف العقول.

(١) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٤٣ ح ٤٢ و٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٤٣ ح ٢٣ و٢.

(٤) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح ١.

وتحريم الخمر من ضروريات الدين والكتاب<sup>(١)</sup> والسنة ناطقان به ويلحق به كل مسكر لصحیحتي ابن یقطين وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وما اسکر كثيره فقليله حرام لصحیح معاوية بن وهب وغيره<sup>(٣)</sup>. والفقاع حرام وإن لم يكن مسكراً لانه خمر مجهول كما في خبر هشام ابن الحكم وغيره<sup>(٤)</sup>. وفي حسنتي الوشا<sup>(٥)</sup> هو «الخمر وإنما يحرم الغليان» والنشيش الموجب لانقلابه عن تلك الحقيقة المباحة إلى الحقيقة المحرمة اما ما لم يعلم حاله فظاهر صحیح ابن یقطين<sup>(٦)</sup> الكراهة، ونزلها الأصحاب على التحريم. ولا خلاف في تحريم عصير العنب إذا غلا بان صار اسفله اعلاه قبل ان يذهب ثلثاه لصحیح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٧)</sup>، ويستفاد من أكثر الأخبار عدم الفرق بين الغليان بالنار وغيرها وذكر النار في صحیح ابن سنان<sup>(٨)</sup>، لا يوجب التخصيص عند شيخنا وان كان الأكثر قد خصوه بالنار. قال الشهيد الثاني: والحكم مختص بالعصر العنبي فلا يتعدى إلى غيره كالتمر والزبيب للأصل وظاهر صحیح أبي بصير «كان تعجبه الزبيبة»<sup>(٩)</sup> وهو ظاهر في الحل، ثم نقل التحريم في الزبيب عن بعضهم وربما استوجهه الكاشاني وفيه ضعف نعم ان صب على الزبيب الماء وطبخ بحيث أدت الحلاوة إلى الماء امكن الحاقه بالعصر في التحريم بالغليان كما في خبر زيد الترسي<sup>(١٠)</sup>، ويعضده موثقات عمار وغيرها. ولا شك ان ظواهر هذه

(١) المائدة: ٩٠. (٢) أبواب الأشربة المحرمة ب ١٩ ح ١٥٢ و ٣٠١.

(٣) أبواب الأشربة المحرمة ب ١٧ ح ٢٠١.

(٤) أبواب التجاسات ب ٣٨ ح ٨٥. (٥) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢٧ ح ٣٠١.

(٦) أبواب الأشربة المحرمة ب ٣٩ ح ٣. (٧) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢ ح ٢٠١.

(٨) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢ ح ١. (٩) الوافي: ٣ / ٥٣، أبواب أنواع المطاعم.

(١٠) أبواب الأشربة المحرمة ب ٥.

الأخبار وإن لم يكن ناصحاً تدل على مشاركة الزبيب العنب في هذا الحكم واما العصير التمري والدبسي فلم يذكروا له دليلاً سوى عموم الأخبار، ولا يمكن العمل بالعموم للزوم تحريم كل عصير ولا قائل به وربما استدل بعضهم بموثق عمار<sup>(١)</sup>، الوارد في النضوح وفيه نظر لأن النضوح نوع من انواع النبيذ البالغ حد الاسكار.

وأكل الطين حرام فان فيه اضرار إلا طين القبر فان فيه شفاء من كل داء. ومن اكله بشهوة لم يكن فيه شفاء كما في خبر أبي يحيى الواسطي<sup>(٢)</sup>، وما في معناه من الأخبار الكثيرة والمراد بالقبر قبر الحسين عليه السلام أي ما جاوره عرفاً أو ما حوله إلى سبعين ذراعاً كما في مرسل السراج<sup>(٣)</sup> أو اربعة فراسخ لمرسل مصباح الزائر<sup>(٤)</sup>. وفي خبر أبي حمزة الشمالي عن أبي عبدالله عليه السلام «ما بينه وبين القبر على رأس اربعة أميال وكذلك قبر جدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وكذلك طين قبر الحسن وعلي ومحمد فخذ منهما فانها شفاء من كل داء وسقم وجنة مما تخاف ولا يعدلها شيء مما يستشفى به إلا الدعاء وإنما يفسدها ما يخالطها من او عيتها وقلة اليقين لمن يعالج بها»<sup>(٥)</sup>. وفي مصباح الزائر روى ان رجلاً سئل الصادق عليه السلام فقال «إني سمعتك تقول إن تربة الحسين عليه السلام من الأدوية المفردة وانها لا تمر بداء إلا هضمته فقال قد قلت ذلك فما بالك قلت اني تناولتها فما انتفعت بها فقال إن لها دعاء فمن تناولها ولم يدع به واستعملها لم يكذب ينتفع بها، قال فقال له: ما يقول إذا تناولها قال: يقبلها قبل كل شيء وتضعها على

(١) أبواب الأشربة المحرمة ب ٣٧ ح ١. (٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٥٩ ح ١.

(٣) أبواب المزار ب ٦٧ ح ٣. (٤) أبواب المزار ب ٦٧ ح ٩.

(٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٥٩ ح ٣، وأبواب المزار ب ٣٧ ح ١.



عينيك ولا تتناول منها بأكثر من حمصة فمن تناول أكثر فكأنما تناول من لحومنا ودمائنا فإذا تناولت فقل اللهم إني أسألك بحق هذه التربة وبحق الملك الذي قبصها وأسألك بحق النبي الذي خزنها وأسألك بحق الوصي الذي حل فيها ان تصلي على محمد وآل محمد وان تجعلها لي شفاء من كل داء وامناً من كل خوف وحفظاً من كل سوء فإذا قلت ذلك فاشدها في شيء وقرأ عليها (انا انزلناه في ليلة القدر) فان الدعاء الذي تقدم لاخذها والاستئذان عليها<sup>(١)</sup>. وفي الفقيه قال: روي إذا اخذتها فقل: «بسم الله اللهم بحق هذه التربة الطاهرة وبحق البقعة الطيبة وبحق الوصي الذي تواريه وبحق جده وأبيه وأخيه والملائكة الذين يحفون به والملائكة المعتكفين على قبر وليك ينتظرون نصره صلى الله عليهم أجمعين اجعل لي فيه شفاء من كل داء واماناً من كل خوف واوسع علي في رزقي واصح بجسمي»<sup>(٢)</sup>.

ويشترط عدم التجاوز عن الحمصة لرواية المصباح<sup>(٣)</sup> ومرسل ابن فضال وغيرهما<sup>(٤)</sup>. وهل يجوز اكله بمجرد التبرك؟ المشهور لا خلافاً للشيخ في المصباح والحق جوازه في الافطار يوم عيد الفطر جامعاً بينه وبين التمر لخبر النوفلي وخبر الفقيه. وجاء في خبر مرسل جواز الافطار عليه بعد العصر بساعة في صوم عاشوراء. واستثنى جماعة منهم الشيخ من الطين طين الارمني وهو طين قبر ذي القرنين لحسنتي أبي حمزة الشمالي وغيرهما<sup>(٥)</sup>. وفي بعض الروايات المرسلة<sup>(٦)</sup> اضافة الطين المختوم

(١) أبواب المزار ب ٧٣ ح ٧. (٢) أبواب المزار ب ٧٠ ح ٤.

(٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٥٩ ح ٦. (٤) أبواب المزار ب ٧٢ ح ١.

(٥) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٦٠ ح ٣ و١ و٢.

(٦) المستدرک: أبواب الأطعمة المحرمة ب ٤٣.

والأكثر قد منعوا من هذه الأخبار وخصوصها بحالة الاضطرار. ومثل الطين في التحريم التراب والاحجار والرمل وجميع الاجزاء الارضية للخبر المروي وهداية الحضيبي وغيره<sup>(١)</sup>.

ويكره ان تستقى الدواب شيئاً من المسكرات لخبر غياث<sup>(٢)</sup>، وحرمه القاضي وكذلك يكره ما لا يحل للمسلم اكله وشربه لخبر أبي بصير<sup>(٣)</sup>، اما الاطفال فيحرم سقيهم المسكر لخبر عجلان أبي صالح ورواية الفقيه ورواية أبي بصير ومحمد بن مسلم<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب الأَطعمة المحرمة ب ٧٠ ح ٤. (٢) أبواب الأَطعمة المحرمة ب ١٠ ح ٤.

(٣) أبواب الأَطعمة المحرمة ب ١٠ ح ٥.

(٤) أبواب الأَطعمة المحرمة ب ١٠ ح ٣ و١٥ و٢.

## فصل فيما يحل ويحرم بالعارض

يحرم اكل ما الغير إلا باذنه بالكتاب<sup>(١)</sup> والسنة والاجماع ففي المرسل النبوي «المسلم على المسلم حرام ماله ودمه وعرضه» إلى غير ذلك ورخص مع عدم الاذن تناول من البيوت من تضمنه الآية إذا لم يعلم منه الكراهة، ولا يحمل منه كما جاء في تفيدها<sup>(٢)</sup>، وقيده بعضهم بما يخشى فساده واخرون بدخوله بالاذن ولا دليل على التقييد واختلفوا في قصر جوازه على البيوت المذكورة وعدمه والمشهور القصر وفي شمول الأبناء والآمهات والاجداد والجندات نظر عند بعضهم والأقوى الشمول كما اختاره شيخنا ﴿وما ملكتم مفاتيحه﴾<sup>(٣)</sup>، وقيل هو العبد، وقيل من له عليه ولاية، وقيل الولد، وقيل ما يجده الإنسان في داره ولا يعلم به وفي مرسل ابن أبي عمير «ان الرجل يكون له الرجل يقوم في ماله ويأكل بغير إذنه»<sup>(٤)</sup>، وهو غير دال على الحصر فلا ينافي ما ورد في تفسيره بغير ذلك. واما الصديق فلم يفسر في الأخبار ومرجعها العرف فما ورد في صحيح الحلبي ورواية جميل<sup>(٥)</sup> ليس تفسيراً بل علامة على ما يسمى

(٢) أنظر أبواب الأظعمة المحرمة ب ٦٣.

(٤) أبواب آداب المائدة ب ٢٤ ح ٥.

(١) البقرة: ١٨٨.

(٣) النور: ٦١.

(٥) أبواب آداب المائدة ب ٢٤ ح ٢٠١.

صديقاً. ورخص لمن مر بنخل أو فاكهة أو زرع أو مباطخ حتى ان الاسكافي عداه إلى المواشي يمر بها فيشرب من لبنها إذا كان مروره بها اتفاقاً ان يأكل منه من غير افساد ولا حمل على المشهور كمرسل ابن عمير ومرسل محمد بن مروان ومرسل يونس وخبر عبدالله بن سنان وخبر أبي الربيع<sup>(١)</sup>. وفي مرسل الفقيه «من مرّ ببساتين فلا بأس ان يأكل من ثمارها ولا يحل منه شيئاً»<sup>(٢)</sup>. والسيد وجماعة منهم الحلبي على المنع وقواه الكاشاني لعصمة مال الغير ولخصوص صحيح ابن يقطين<sup>(٣)</sup> الوارد في هذه القضية ومرسل مروك بن عبيد<sup>(٤)</sup>. والجمع بحمل الاخذ على الحمل كما فعله الشيخ في الكتابين لا يخلو من قوة عند شيخنا. ومنهم من اشترط عدم علم كراهة المالك ومنهم من خص المنع بالزرع لخبر مروك ويدفعه صحيح ابن يقطين ويمكن الجمع بالكراهة عند شيخنا والاحتياط لا يخفى.

وإذا علم حلّ شيء أو تحريمه وشك في طريان الاخر استصحب الاول لعدم انتقاض اليقين بالشك كما في الصحاح وغيرها<sup>(٥)</sup>. واما إذا غلب على ظنه الطريان بسبب معتبر عند الشارع كأخبار الواحد الثقة وهو غير مالك والمالك الفاسق فهو شبهة فيرجع إلى الخلاف في وجوب الاجتناب واستحبابه وكذا إذا تعارضت الامارات ففي الصحيح وهو مقبولة ابن حنظلة «حلال بين وحرام بين وشبهات بين ذلك فمن ترك الشبهات نجى من المحرمات ومن اخذ الشبهات ارتكب المحرمات وهلك من

(١) أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٣ و ٤ و ٥ و ١٢ و ١١.

(٢) أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٨.

(٣) أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٧.

(٤) أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٦.

(٥) أنظر أبواب الخلل الواقع في الصلاة ب ٣٣.

حيث لا يعلم» وقد استفاد الكاشاني منه ومما في معناه تثليث الأحكام أو ان الحلال هو الحلال البين خاصة وعند شيخنا انها لا تثمر إلا رجحان الاجتناب. وإذا اختلط الحلال بالحرام فهو له حلال حتى يعرف الحرام بعينه لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(١)</sup>، وهو مختار جماعة منهم الكاشاني والخراساني والمجلسي. وقال شيخنا: الخلال لهذا الصحيح وما جراه غفلة فان مورده الجبن الذي لا يعلم به حيث علل في أخباره بان منه ما يؤتى به من بلاد الشرك وبعضه فيه الميتة فيحل جميعه حتى يتبين الحرام لان الاصل فيه الحل، واما إذا كان محصوراً واختلط هذا بهذا فالمذهب فيه هو التحريم وهو المشهور بل المجمع عليه ولقد بالغ بعض المحدثين فحرم غير المحصور أيضاً وما هو إلا افراط أو تفريط وبالمشهور تلتئم الأخبار ويرتفع المحذور انتهى.

ويحرم الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر لصحيح هارون بن الجهم وغيره<sup>(٢)</sup> كما هو مختار شيخنا والكاشاني وتحريم الاكل دون الجلوس هو فتوى الأكثر. والحق جماعة بالخمر سائر المسكرات وله موثق عمار<sup>(٣)</sup>، وعداه العلامة إلى الاجتماع على الفساد واللغو للتعليل المذكور في الموثق. والحلي لم يجوز الاكل من طعام يعصى الله به أو يعصى عليه والأخبار لا تخلوا من ايماء إليه كخبر تفسير القمي. وقد نهى في الأخبار عن اجابة دعوة الكافر والمنافق والفاسق كما في خبر ابراهيم الكرخي<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٦٤ ح ٣٠٢.

(٢) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٦٢ ح ٢٠١.

(٣) أبواب الأشربة المحرمة ب ٣٣ ح ١. (٤) أبواب آداب المائدة ب ١٥ ح ١.

## فصل في بيان الاضطرار

وتحقيقه كل ما يحرم تناوله فانما يحرم مع الاختيار كما تضمنته تلك الأخبار اما مع الاضطرار فهو حلال للآيات<sup>(١)</sup>، ونفي الحرج وللأخبار الخاصة بهذا الحكم كخبر عبدالعظيم الحسني وصحيح محمد بن مسلم وغيرهما وللإجماع والاضطرار مسوغ سواء خاف التلف والمرض أو الضعف المؤدي إلى احدهما لان ذلك كله اضطرار خلاف لجماعة في المرض والضعف وهو للشيخ في النهاية. وقد وقع الخلاف في الخمر فالأكثر على جواز شربه للضرورة لموثق عمار وغيره<sup>(٢)</sup>. وفي حسن ابن اذينة بالنسبة إلى النبيذ «ان الله عزوجل لم يجعل في شيء مما حرم شفاء ولا دواء»<sup>(٣)</sup> وحمل على انه في تلك الحال لا تحرم فيه في حال الضرورة والصواب عند الكاشاني ان يقال لا منفعة فيه وان جاز دفع المضرة به واوجب شيخنا حمله على غير التداوي إلا أن يقال ان بعض التداوي يكون وسيلة لسلامة النفس من التلف كإزالة العطش به وحينئذ تلتئم الأخبار انتهى.

وإنما يحل للمضطر ما يحفظه من الضرر دون الزائد عليه لموثق عمار

(٢) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢١ ح ٢٠١.

(١) البقرة: ١٧٣، والمائدة: ٣.

(٣) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢٠ ح ١.

وفيه «يشرب منه قوته»<sup>(١)</sup> ولخير عبد العظيم وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وهو ظاهر الأكثر اما الزيادة على الشبع فحرام اجماعاً وبه فسر العادي في الآية. وفي وجوب الاكل مع الاضطرار خلاف إلا صح عند الكاشاني عدم الوجوب ويدل على الوجوب الخبر المروي في الفقيه وفيه «من اضطر إلى الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل فهو كافر»<sup>(٣)</sup>، واختاره شيخنا والمراد بالكفر هنا كفر الترك لا كفر الجحود.

ويجب على صاحب الطعام بذله لمن اضطر إليه إن لم يجد الثمن وان زاد عن ثمن المثل عند الأكثر لارتفاع الضرورة بالتمكن خلافاً للشيخ حيث نفى وجوب الزيادة عليه وهو ضعيف.

والمشهور عدم الجواز جواز التداوي بشيء من المسكرات والانبذة ولا بشيء من الادوية معها شيء من ذلك لصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٤)</sup>، ويستثنى التداوي بها للعين مع الضرورة لحسن هارون بن حمزة الغنوي<sup>(٥)</sup>. والحلي على المنع منه أيضاً لصحيح علي بن جعفر وخبره وغيرهما<sup>(٦)</sup>، وقواه شيخنا إلا أن يبلغ الحال الاضطرار الذي يخاف على النفس معه جمعاً بين الأخبار المطلقة. واطلق القاضي جواز التداوي إذا لم يكن عند مندوحة وجعل تركه احوط وهو قريب من مختار الشهيد الثاني ففي خبر سماعة بن مهران «ان اضطر إلى شربه - يعني شرب البول - ولم يجد دواء لدابة فليشرب بوله اما بول غيره فلا»<sup>(٧)</sup>.

- (١) أبواب الأشربة المحرمة ب ٣٦ ح ١. (٢) أبواب الأشربة المحرمة ب ٥٦ ح ١.  
 (٣) أبواب الأطعمة المحرمة ب ٥٦ ح ٣ و (٤) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢٠ ح ٤.  
 (٥) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢١ ح ٥. (٦) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢١ ح ٤.  
 (٧) أبواب الأشربة المحرمة ب ٢٠ ح ٨.

يجوز الاستشفاء ببول الابل لخبر الجعفري وغيره، والاجماع وفي شرب سائر الابوال قولان احدهما الحل وهو مذهب السيد وابن الجنيد والحلي والمحقق في النافع والآخر التحريم وهو مذهب الشرائع والعلامة والشهيد الأول واستدل الأولون باخبار حصر المحرمات والمحرمون بالاستحباب قال شيخنا وكلاهما ممنوعان وينبغي النظر إلى الأخبار وظاهرها اختصاص الجواز بالاستشفاء. وفي خبر سماعة نفي البأس عن التداوي ببول الابل والبقر والغنم وفي رواية الفقيه «كل ما يجتر فسوره حلال ولعابه حلال». قال شيخنا: وفيه دلالة على حلّ الفضلات غير الابوال من مأكول اللحم. وقد تقدم الكلام في فضلات الإنسان الطاهر كريقه ولعابه ونخامته وعرقه وغير ذلك والأخبار مستفيضة، وان كان المشهور التحريم.

ويكره الاستشفاء بمياه العيون التي يوجد فيها ريح الكبريت لانها لم تقر بالولاية لرواية أبي سعيد وغيرها وانها تخرج من فوج جهنم لرواية الفقيه.



## فصل في آداب الأكل والشرب

وسننه من المندوبات والمكروهات. قال الله تعالى ﴿كلوا واشربوا ولا تسرفوا﴾<sup>(١)</sup>، ففي غوإلى اللثالي والمجمع وغيرهما ان الوليد كان له طبيب نصراني حاذق فقال ذات يوم لعلي بن الحسين عليه السلام أليس في كتابكم ولا في سنة نبيكم من علم الطب شيء والعلم علما علم الابدان وعلم الاديان فقال له علي بن الحسين عليه السلام قد جمع الله الطب في نصف اية من كتابه وهو قوله تعالى ﴿كلوا واشربوا ولا تسرفوا﴾<sup>(٢)</sup> وجمع نبينا صلى الله عليه وآله وسلم الطب قوله: المعدة بيت كل داء والحمية رأس كل دواء واعط كل بدن ما عودته فقال النصراني ما جعل كتابكم ولا نبيكم لجالينوس طبا.

ويستحب غسل اليدين معاً قبل الطعام بدون مسح بالمنديل وبعده بغد المسح لصحيح أبي حمزة الشمالي وغيره<sup>(٣)</sup>. واما الأخبار النافية لسنته قبله كحسن أبي بكر الحضرمي ومرسل إبراهيم بن أبي محمود<sup>(٤)</sup>، فالظاهر انها تقية، نعم ورد جواز الترك كخبر شعيب العقرقوفي وغيره<sup>(٥)</sup> خصوصاً إذا كانت نظيفة لخبر سليمان ابن جعفر الجعفري<sup>(٦)</sup>. والأخبار الدالة على

(٢) الأعراف: ٣١.

(١) الأعراف: ٣١.

(٣) أبواب آداب المائدة ب ٤٩ ح ٢٠١. (٤) أبواب آداب المائدة ب ٦٤ ح ٢٠١.

(٥) أبواب آداب المائدة ب ٦٤ ح ٩. (٦) أبواب آداب المائدة ب ٦٤ ح ١٠.

كراهة المسح بالمنديل في الغسل الاول واستحبابه في الثاني منها خبر  
مرازم<sup>(١)</sup>.

وتستحب التسمية عند الشروع في الاكل لخبر أبي بصير وغيره<sup>(٢)</sup>،  
وعند كل لون يأكله لصحيحة داود بن فرقد وغيرهما<sup>(٣)</sup>. وفي صحيح  
الحلي وهو عبدالرحمن بن الحجاج «إذا حضرت المائدة وسمى رجل  
منهم اجزأ عنهم أجمعين»<sup>(٤)</sup>. وفي رواية عبدالله الارجاني ما قال علي  
ؑ: «ما أتخمت قط لأنني ما رفعت لقمة إلى فمي إلا سميت»، ولو نسيها  
قال عند الذكر «بسم الله على أوله وآخره» لصحيح داود بن فرقد<sup>(٥)</sup>. وان  
قطع الاكل بالكلام اعادها عند العود لخبر مسمع<sup>(٦)</sup>.

ويستحب الاكل والشرب باليد اليمنى إلا مع الضرورة وظاهر الصدوق  
الوجوب لخبر جراح المدائني وغيره<sup>(٧)</sup>، ويدل على الجواز صحيح حماد  
بن عثمان<sup>(٨)</sup>. ويستحب ان يبدأ صاحب الطعام بالغسل الاول ثم من على  
يمينه ويبدأ بالاكل ويؤخر في الامتناع، والغسل الثاني يبتدأ فيه بمن هو  
على يساره أو بمن على يمين الباب حراً أو عبداً.

وهذه الأحكام مستفادة من مجموع أخبار ويدل على تقديم وضع يد  
صاحب الطعام وتأخير رفعها صحيح علي بن جعفر وغيره<sup>(٩)</sup>. وفي خبر  
محمد بن عجلان «فإذا فرغ من الطعام بدأ بمن كان على يمين الباب حراً

(١) أبواب آداب المائدة ب ٥٢ ح ١. (٢) أبواب آداب المائدة ب ٥٧ ح ٢.

(٣) أبواب آداب المائدة ب ٥٨ ح ١. (٤) أبواب آداب المائدة ب ٥٨ ح ٢.

(٥) أبواب آداب المائدة ب ٥٨ ح ١. (٦) أبواب آداب المائدة ب ٥٧ ح ٦.

(٧) أبواب آداب المائدة ب ١٠ ح ١٠٢. (٨) أبواب آداب المائدة ب ١٠ ح ٤.

(٩) أبواب آداب المائدة ب ١٠.

كان أو عبداً»<sup>(١١)</sup>. وفي روايته الأخرى «فاذا فرغ من الطعام بدأ بمن على يسار صاحب المنزل ويكون اخر من يغسل يده»<sup>(١٢)</sup>، ومثله مرسل العليل وخبر مسعدة بن صدقة<sup>(١٣)</sup>.

ويستحب ان تجمع غسالة الايدي في اناء واحد ويكره تفريقها لخبر عمر بن ثابت وموثق الوليد بن صبيح وخبره وغيرها<sup>(١٤)</sup>. وان يحمد الله في الاثناء مكرراً لا الصمت لخبر محمد بن مسلم وغيره<sup>(١٥)</sup>، وعند الفراغ لصحيح الثمالي وغيره<sup>(١٦)</sup>. وان يستلقي بعده يضع رجله اليمنى على اليسرى لينحدر الطعام كما في خبر البنزطي<sup>(١٧)</sup>. ويكره الاكل متكئاً لصحيح زيد الشحام وغيره كصحاح الحلبي الستة وغيرها<sup>(١٨)</sup>. وفي خبر أبي بصير «إذا جلس احدكم على الطعام فليجلس جلسة العبد ولا يضع احد رجله على الاخرى ولا يتربع»<sup>(١٩)</sup>. وينبغي ان يستثنى من الاتكاء على اليد اليسرى لخبر الفضيل بن يسار<sup>(١٠)</sup> وتستحب ان يضع ركبتيه ويرفع إليه لخبر الدعائم.

ويكره الاكل على الشبع ففي بعض الأخبار<sup>(١١)</sup> انه يورث البرض وفيها «لا تشبعوا فتظفي نور المعرفة من قلوبكم»<sup>(١٢)</sup>، وفيها «أكثر الناس في الدنيا شبعاً أكثرهم جوعاً» وفيها «ما ملأ آدمي وعاء شراً

- |                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| (١) أبواب آداب المائدة ب ٥٠ ح ١.     | (٢) أبواب آداب المائدة ب ٥١ ح ٢.        |
| (٣) أبواب آداب المائدة ب ٥١ ح ٧.     | (٤) أبواب آداب المائدة ب ٥١ ح ١٤ و ٢٠.  |
| (٥) أبواب آداب المائدة ب ٥٦ ح ٧ و ٦. | (٦) أبواب آداب المائدة ب ٥٧ ح ٢ و ٣.    |
| (٧) أبواب آداب المائدة ب ٧٤ ح ١.     | (٨) أبواب آداب المائدة ب ٦ ح ٧ و ٣ و ٤. |
| (٩) أبواب آداب المائدة ب ٩ ح ٢.      | (١٠) أبواب آداب المائدة ب ٧ ح ١.        |
| (١١) أبواب آداب المائدة ب ٢ ح ٣.     | (١٢) أبواب آداب المائدة ب ٢ ح ١٠.       |

من بطنه»<sup>(١)</sup>، إلى غير ذلك.

ويكره الاكل والشرب جنباً إلا بعد المضمضة والاستنشاق وغسل اليد واكملة الوضوء وظاهر الصدوق التحريم، وقد تقدم في مكروهات الجنابة واكل سور الفأر فانه يورث النسيان ومنهم من حرمه بناء على نجاسته حياً كالشيخين، وقد تقدم الكلام فيه. ويكره اكل الطعام الحار حتى يبرد لانه اعظم للبركة. والنفخ في الطعام أو الشراب لرواية المجالس وخبر الحسين بن مصعب<sup>(٢)</sup>. وظاهر الصدوق التحريم فيهما. ويكره ان يمسح يده بالمنديل وفيها شيء من بقية الطعام حتى يمصها أو يكون إلى جانبه صبي يمصها لصحيحتي زيد الشحام وموثقته وغيرهما<sup>(٣)</sup>.

ويستحب ان يخلع نعله من رجليه حالة الاكل لرواية المجالس ورواية السكوني. وفي رواية الكرخي وغيرها «ان في المائة اثنتا عشرة خصلة يجب على كل مسلم ان يعرفها أربع منها فرض وأربع سنة وأربع تأديب فاما المفروض فالمعرفة والرضا والتسمية والشكر واما السنة فالوضوء قبل الطعام والجلوس على الجانب الايسر والاكل بثلاث اصابع لا بأقل كما يفعله الجبارون، واما التأديب فالاكل مما يليك وتصغير اللقمة والمضع الشديد وقلة النظر في وجوه الناس»<sup>(٤)</sup>.

ويستحب المضمضة ثلاثا بعد شرب اللبن والدم أو مطلقاً حديث فصحيفة الرضا. ويجوز اكل العنب والمان باليدين جميعاً لخبر أبي ايوب<sup>(٥)</sup>. ويستحب احضار الخضرة من البقول على المائدة ويكره بدونها

(١) أبواب آداب المائدة ب ١ ح ١٣. (٢) أبواب آداب المائدة ب ١ ح ١٣.

(٣) أبواب آداب المائدة ب ٩٢ ح ١٥١. (٤) أبواب آداب المائدة ب ١١٢ ح ١.

(٥) أبواب آداب المائدة ب ٩٩.

لخبر موفق المدني<sup>(١)</sup>. وينبغي البداية بالملح ثم الخل لخبر المكارم<sup>(٢)</sup>. ويستحب أكل ما يسقط من الخوان لانه مهور الحور العين كما في خبر العيون وغيره<sup>(٣)</sup>. وتستحب الخلال لخبر المكارم وغيره<sup>(٤)</sup>. وفي خبر محمد بن جعفر العاصمي عن أبيه عن جده «من حق الخلال ان تدير لسانك في فمك فما أجابك فابتلعه وما امتنع بالخلال ثم تخرجه فالقطه»<sup>(٥)</sup>. وفي معناه خبر الفضل بن يونس<sup>(٦)</sup>.

ويكره الخلال بالرمان والخوص والقصب والريحان والطرفا والانس هي ماخوذة من مجموع أخبار كخبر المكارم وخبر دعوات الراوندي ورواية الخصال<sup>(٧)</sup>.

ويكره نهك العظام لخبر الفضل<sup>(٨)</sup>، وكسر اللحم بالسكين على المائدة لخبر محمد بن الفرات الازدي وغيره<sup>(٩)</sup>. وينبغي ان لا ينتظر بالخبز غيره وان لا يضع عليه الاواني وان لا يشمه بل يكرمه غاية الاكرام لرواية الفضل بن يونس وغيرها<sup>(١٠)</sup>.

- 
- (١) أبواب آداب المائدة ب ١٠٣ ح ١٠٢. (٢) أبواب آداب المائدة ب ٩٦ ح ١٠١.  
(٣) أبواب آداب المائدة ب ٧٦ ح ٦٧. (٤) أبواب آداب المائدة ب ١٠٥ ح ٧٧.  
(٥) أبواب آداب المائدة ب ١٠٦ ح ٥، قريب منه.  
(٦) أبواب آداب المائدة ب ١٠٦ ح ٢. (٧) أبواب آداب المائدة ب ١٠٥ ح ٧٥ و٤.  
(٨) أبواب آداب المائدة ب ٩٤ ح ١. (٩) أبواب آداب المائدة ب ٩٤ ح ١٠٣.  
(١٠) أبواب آداب المائدة ب ٨١ ح ٢، ٨٤.



كتاب

# النكاح





النصوص في فضله أكثر من ان تحصى، ففي الحديث النبوي المشهور بين الفريقين «النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني»<sup>(١)</sup> إلى غير ذلك، والمشهور انه مستحب لمن تاقت نفسه إليه الكتاب والسنة المتواترة عن النبي ﷺ واهل بيته عليهم السلام كصحيح صفوان وموثقة العجلي وموثق القداح إلى غير ذلك<sup>(٢)</sup>.

والقول بوجوبه شاذ ومنهم من قسمه بحسب العوارض إلى الاقسام<sup>(٣)</sup> الخمسة فأوجبه إذا خاف الوقوع في الزنا، ويحرم إذا افضى إلى الاخلال بالواجب، ويكره عند عدم توقان النفس إليه والطول، وابن حمزة فرض الاباحة لمن يشتهي النكاح ولم يقدر عليه أو بالعكس، وقد عرفت ان المشهور الاستحباب مع توقان النفس وفي استحبابه مع عدم التوقان قولان: اصحهما الاستحباب أيضاً لعموم أكثر النصوص ولتكثر النسل. والقول الثاني للشيخ في المبسوط مستدلاً بقوله تعالى ﴿سيداٌ وحوراً﴾<sup>(٤)</sup> وفيه نظر. وهل هو أفضل ام التخلي للعبادة؟ المشهور افضلية التزويج للعموم ولخصوص أخبار عبدالله بن ميمون القداح<sup>(٥)</sup>

(١) المستدرک: أبواب مقدمات النکاح ب ١ ح ١٥ وکنز العمال: ٣٨٢/٨.

(٢) أبواب مقدمات النکاح ب ٢ ح ١ و ٢ و ٣.

(٣) في نسخة: (الاحکام). (٤) آل عمران.

(٥) أبواب مقدمات النکاح: ب ٢ ح ١ و ٢ و ٣.

حينئذ، وقيل بأفضلية العبادة مطلقاً والأولى عند شيخنا التفصيل بان عبادته ان كانت لتحصيل العلوم الدينية فهي افضل، وان كانت من الاعمال الدينية<sup>(١)</sup> حتى الصلاة فالترويج أفضل.

وهو ينقسم إلى اقسام اربعة كما تضمنته الأخبار<sup>(٢)</sup> ودل عليه الكتاب لانه اما بملك يمين أو بالعقد الدائم<sup>(٣)</sup> والمنقطع أو بالتحليل والاوليان لان من ضروريات الدين والأخيرين من ضروريات مذهبنا في الجملة حيث ان التحليل موضع خلاف فقد قيل بالمنع منه مطلقاً، حتى ان الشيخ في جملة من مؤلفاته منع من التحليل للعبد فلا يكون من ضروريات مذهبنا. نعم النصوص به متواترة<sup>(٤)</sup>، واما الأخبار المقسمة للنكاح إلى ثلاثة اقسام كخبري الحصين بن زيد<sup>(٥)</sup> محمولة<sup>(٦)</sup> على ادخال التحليل في ملك اليمين أو ان التحليل عارضي واصل الزوج ثلاثة أو محمولة على التقية، ويدل على ذلك خبر تحف العقول<sup>(٧)</sup> وخبر الفقيه<sup>(٨)</sup> والنكاح المنقطع كان سائغاً في صدر الإسلام بالاتفاق ثم حرمه عمر برأيه واجتهاده بعد ان روى شريعته عن صاحب الشرع ومما يدل على احلها<sup>(٩)</sup>، وان التحريم من عمر صحيحة زرارة وغيرها<sup>(١٠)</sup>.

(١) في نسخة: (البدنية).

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٥.

(٣) في نسخة: (أو).

(٤) أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٢.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٥ ح ١ و ٢.

(٦) في نسخة: (وغيرهما محمولة).

(٧) نفس المصدر السابق: ح ٣.

(٨) المستدرک: أبواب مقدمات النكاح ب ٢٩ ح ١.

(٩) في نسخة: (أحليتها).

(١٠) أبواب المتعة ب ١ ح ٤.

## أقسام النكاح ومن تحل ومن تحرم

قال الله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ إلى قوله ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ﴾<sup>(١)</sup> فيحرم بالنسب كل قريب ما عدا أولاد العمومة والخوالة وتفصله السبع المذكورة في الآية فالأم تشمل الجدة وان علت والبنت تشمل بنت البنت وان سفلت، [وكذلك] بنات الاخ وبنات الاخت يشملن السافلات كما تشمل [العاليات ومثلهن] العمّة والحالة فانهما [يشملان] العاليات اعني عمّة الأب وعمّة الام وعمّة الجد والجدة وخالتهن ولا يشملان عمّة العمّة ولا خالة الخالة فقد تكونان محرمتين فتدخل في المذكورات وقد لا تكونان فلا يدخلان في الآية.

ويثبت النسب بالنكاح الصحيح ومع الشبهة اما بالزنا فلا اجماعاً إلا في التحريم بالنسب للنكاح فان الظاهر من أصحابنا ثبوته بناء على ان التحريم يتبع اللغة لا الشرع فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وحرم على الولد وطى امه وظاهر الشرائع وقوع الخلاف عندنا وظاهر الأكثر ان التحريم اجماعي، ويدل عليه فساد الخليفة الثاني الثابت بالنصوص والاجماع على كونه ابن زنا مع كونه قد وقع بنكاح أبيه امه وأخته من الزنا.

(١) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١ ح ٧ و ٩.

ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لصحيح عبدالله بن سنان وموثقه<sup>(١)</sup> وغيرهما، فتصير المرأة المرضعة بمنزلة الأم للآية والروايات، وفحلها بمنزلة الأب وعلى هذا القياس في بقية السبع، وهذه قاعدة كلية. ويدل على التحريم السبع من الرضاع على التفصيل حسنة الحلبي وصحيحنا محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> وغيرهما، وكل من دخلت في احدى السبع فهي محرمة إلا في صورة واحدة على المشهور وهي عدم تحريم احد المرتضعين على الاخر من امرأة واحدة إذا كان الفحل وهو صاحب اللبن متعدداً لصحيح الحلبي وصحيح صفوان وصحيح العجلي<sup>(٣)</sup> وغيرها، الدالة على اشتراط إتحاد الفحل في التحريم واكتفى الفضل بن الحسن الطبرسي باتحاد المرضعة لعموم «واخواتكم من الرضاعة»<sup>(٤)</sup> وعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»<sup>(٥)</sup> ولخصوص رواية محمد بن عبدالله الهمداني<sup>(٦)</sup> وقواه الكاشاني تبعاً للشهيد الثاني واختاره شيخنا ما اختاره المشهور.

وكل من مل تدخل في هذه السبع فهي حلال إلا في صورة واحدة وقع فيها الخلاف، وهي ما ورد في صحيح عبدالله بن جعفر الحميري وصحيح النخعي، وصحيح علي بن مهزيار<sup>(٧)</sup> من تحريم أولاد الفحل ولادة ورضاعاً وتحريم أولاد المرضعة ولادة خاصة على أب المرتضع معللاً

(١) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١ ح ٧ و ٩.

(٢) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٨ ح ١.

(٣) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢٦ ح ٢ و ٣ و ١.

(٤) النساء: ٢٣. (٥) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١ ح ٧ و ٩.

(٦) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ٩. (٧) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٤.

فيها «بانهم صاروا في حكم ولده» وعمل بها في الخلاف وتبعه جماعة ممن تأخر عنه، بل ظاهر المحدثين العمل بها واختاره شيخنا، والمشهور على عدم التحريم وحملوها على الكراهة.

ويتفرع على هذا الخلاف ما لو أرضعت جدة ولد الإنسان أو إحدى نساء جدة لولده بلبن جدة الرضاع المعتبر فإن [رضع<sup>(١)</sup> أم المرضع] تحرم على زوجها أب المرتضع لأنها من جملة أولاد صاحب اللبن عند القائل بذلك. وهل يحرم أولاد الفحل على أولاد أب المرتضع الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن في هذه المرضعة؟ الأشهر بل كاد أن يكون اجماعاً لا يحرم، لأن أخوات الاخ إنما يحرمن لكونهن أخوات لا من حيث انهن أخوات الاخ ولهذا لو كان له اخ من أبيه خاصة واخت من امه كذلك جاز لآخيه المذكور نكاح اخته اذ لا نسب بينهما يحرم، وكذلك هنا لا اخوة بين اخوة الرضيع من النسب واخته من الرضاعة والشيخ في الاستبصار على التحريم، ورجحه صاحب الحدائق لظاهر التعليل في [أخبار] المسألة المتقدمة وفيه نظر، والكراهة وجه وجيه لخبر إسحاق ابن عمار «ما أجب ان تزوج أخت أخي من الرضاع»<sup>(٢)</sup>.

وكما يمنع الرضاع من النكاح سابقا كذلك يبطله لاحقا فيفسخ من حينه لصحيح عبدالله بن سنان وصحيح محمد بن مسلم وغيرهما، فلو تزوج رضیعة فأرضعتها من يفسد نكاح الصغيرة بارضاعها كأُمَّه وجدته وبنته واخته وزوجة الأب والاخ إذا كان بلبن<sup>(٣)</sup> المرضعة منهما فسد النكاح لهذه الصحاح.

(٢) أبواب ما يحرم بالرضاع ب٦، ح ٢.

(١) في نسخة: (فان أم الرضيع).

(٣) في نسخة: (لبن).

ويشترط في الرضاع المحرم ان يكون اللبن عن وطى صحيح وان كان شبهة كما هو المشهور للعمومات خرج منه الزنا وللاحاقها بالعقد في النسب بالنص والاجماع، وان تردد فيه الحلبي [والنافع] ولا وجه له، اما لو رد بغير حمل أو بغير نكاح أو كان من زنا لم ينشر من حرمة بلا خلاف في القسم الاول، واما في الزنا فقد عرفت انه محل خلاف. وفي صحيحتي عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup> ما بينه عليه، والقسم الأول منصوص عليه بالخصوص كما في خبر يعقوب بن شعيب<sup>(٢)</sup>.

وفي إعتبار الولادة والاكْتفاء بالحمل وجهان، والأقوى عند المتأخرين الاكْتفاء بالحمل واعتبر في التحرير الولادة بالفعل واختاره شيخنا [احتياطاً] لانه المقطوع به في الروايات المذكورة<sup>(٣)</sup>.

ومن الشرائط ان ينبت به اللحم ويشد العظم لحسنه عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> وخبره وغيرهما، ومقتضى النصوص والفتوى انه لا بدّ من اعتبار الامرين وبعض عبارات الشهيد الاول تدل على الاحتراز باحدهما، وظاهر شيخنا الميل إليه حيث ان كثيراً من الأخبار لا تعرض فيها للعظم بل فيها انبات اللحم والدم كما في موثق عبید بن زرارة وحسنه حماد بن عثمان<sup>(٥)</sup> أو يرضع يوماً وليلة رضعات متوالية لموثق زياد بن سوقة<sup>(٦)</sup> بلا خلاف فيهما أو خمس عشر رضعة متوالية على المشهور لموثق زياد<sup>(٧)</sup> أيضاً خلافاً لاكثر القدماء كالمفيد والمرتضى وسلار والقاضي والحلبي وابن حمزة

(١) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٣ ح ٢. (٢) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٩ ح ٢.

(٣) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٩ ح ٢. (٤) قد تقدمت.

(٥) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ١٨ و ب ٣، ح ١.

(٦) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١، ح ١. (٧) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ١٤ و ١٥.

وابن أبي عقيل والعلامة<sup>(١)</sup> في المختلف اکتفو بعشر لصحيح عبيد بن زرارة وصحيح الفضيل بن يسار<sup>(٢)</sup> وغيرهما، وهي معارضة للمعتبر النافية للنشر بالعشر صريحاً كصحيح علي بن رئاب<sup>(٣)</sup> وموثقتي عبيد بن زرارة وابن بكير<sup>(٤)</sup>، فالاقوى [عند شيخنا] اختيار الخمس عشرة وان كان مستنده موثقة سوقة<sup>(٥)</sup> والاسكافي اکتفى بواحدة تملأ الجوف اما بالمص من الثدي أو بالجور للعمومات، ولصحيح علي بن مهزيار «قليله وكثيره حرام»<sup>(٦)</sup> ولمرسل ابن أبي عمير وخبر ابن أبي يعفور وخبر زيد بن علي<sup>(٧)</sup> وخبر الجعفریات، واصح ما فيها الصحيح وهو لا يقول بمضمونه لانه يشترط امتلاء الجوف فتحمل على التقية، وهل يشترط في التوالی اتحاد المرأة ام يكفي اتحاد [الفحل]؟ ظاهر الأصحاب الاول لظاهر موثق ابن سوقة<sup>(٨)</sup> خلافاً للعامّة.

ولا بدّ من ارتضاعه من الثدي على المشهور تحقيقاً لمسمى الارتضاع خلافاً للاسكافي كما مر وقواه الكاشاني والشهيد الثاني لان المطلوب إنّما هو الإنبات والاشتداد ولصريح مرسل الفقيه<sup>(٩)</sup>، ومال إليه المحقق، والعجب منهم كيف تخطو الأخبار التي ظاهرها شرطية الارتضاع من الثدي كموثق عبيد بن زرارة<sup>(١٠)</sup> وصحيح المعلى<sup>(١١)</sup>

(١) على بعض النسخ تقديم وتأخير. (٢) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ٣ و ٧.

(٣) في نسخة (ابن زياد) وفي المصدر ما أثبتناه.

(٤) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ٢ و ٤.

(٥) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ١. (٦) نفس المصدر السابق: ح ١٠.

(٧) نفس المصدر السابق: ب ٤، ح ١ و ٢. (٨) قد تقدمت.

(٩) نفس المصدر: ح ١٧. (١٠) نفس المصدر: ح ١٨.

(١١) نفس المصدر: ح ١٣.

ومع ان ظاهر المرسل التعميم [التقية].

ويشترط ان يكون في الحولين للمرتضع بلا خلاف لحسنة الحلبي<sup>(١)</sup> وغيرها.

واما اعتبار الحولين لولد المرضعة ففيه قولان: اقواهما عدم الاشتراط كما هو المشهور لعموم الأخبار<sup>(٢)</sup> بالنسبة إليه واحتج مشرطه كالكليني وفقه الفقيه لعموم قوله «لا رضاع بعد فطام»<sup>(٣)</sup> ويرجع في تقدير الرضعة إلى العرف، وقول الشيخ في احد قوليه انها ما تروي الصبي ويصدر من قبل نفسه [فهو] تفسير للعرف لانه قول آخر والذي جاء في هذا المقام مرسل ابن أبي عمير وخبر ابن أبي يعفور<sup>(٤)</sup>، وخبر الفضيل بن يسار وصحيحه وفيه «فيروي الصبي وينا»<sup>(٥)</sup>.

والذي يدل على التوإلى من غير فصل موثق سوقة وموثق عمر بن يزيد وخبر مسعدة<sup>(٦)</sup> [وأما الفصل بالمأكول والمشروب فغير مناف] وفي الفصل برضعة غير تامة من اخر خلاف فاكتفى في القواعد بمسمى الرضاع واختاره في المسالك وعزى لشيخ المبسوط وقال السيد في شرح النافع بمنافات المأكول والمشروب في رضاع اليوم والليل كما قال بمنافات مسمى الرضاع في العدد.

وتحرم بالمصاهرة أم الزوجة وان علت [مطلقاً] للاية ولصحيح منصور ابن حازم<sup>(٧)</sup> وغيره وفي حكمها ام المملوكة الموطوءة لصحيح الحسين

(١) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٢. (٢) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥.

(٣) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥، ح ١. (٤) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٤، ح ٢ و ١.

(٥) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ١٠.

(٦) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢، ح ١ و ٥ و ١٩.

(٧) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥، ح ١.



ابن سعيد<sup>(١)</sup> وغيره، وبنات الزوجة وان سفنن بشرط الدخول كما سيأتي ولا خلاف في ذلك لصحيحتي البيزنطي وصحيحتي محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> وغيرها وكذلك بنت المملوكة الموطوءة بالملك لخبر تفسير العياشي ورواية عبيد وغيرهما وخبر رزين<sup>(٣)</sup> محمول على التقية. ومما يحرم بالمصاهرة أختها جمعاً لا عيناً لقوله: ﴿وان تجمعو بين الاختين إلا ما قد سلف﴾<sup>(٤)</sup> ولصحيح محمد بن قيس وغيره.

وزوجة الأب وان علا وزوجة الابن وان سفنن، كل ذلك بالكتاب والسنة المستفيضة والاجماع ويحرم من بمجرد العقد دائماً كان أو منقطعاً سوى الربية فالدخول كما في الاية والنصوص [المتقدمة] والحق بها ابن أبي عقيل والصدوق وبعض المحدثين من المتأخرين الام لصحيح جميل بن دراج وخبر محمد بن إسحاق<sup>(٥)</sup> المصرحين بالمساواة، وحمل في المشهور كما هو مختار شيخنا علي التقية والصدوق [وقيل علي] علي التحريم تحريم بنت اخت الزوجة وبنت اخيها جمعاً ولا يؤثر في المنع الرضا من العمّة والخالة وفاقاً للعمامة ولصحيح الحذاء وصحيح مالك بن عطيّة وخبر الكناني وخبر السكوني<sup>(٦)</sup>. والمشهور تقييدها بعدم رضاء الخالة والعمّة، فان رضيتا جاز لموثقتي محمد بن مسلم وخبره وصحيح علي بن جعفر وخبره وخبر الحذاء<sup>(٧)</sup> وظاهر القديمين اطلاق الجواز علي

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب٧. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة: ب١٨، ح ١ و ٢.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠، ح ٢١.

(٤) النساء: ٢٣. (٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ ح ١ و ٦.

(٦) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠.

(٧) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٩ و ٣ و ٢.

كراهة أو مطلقاً لخبر علي بن جعفر<sup>(١)</sup> وهو شاذ.

ولو تزوج بنت الاخ أو بنت الاخت على العمه والخالة من دون اذنها فهل يقع هذا العقد باطلا كما هو ظاهر القدماء وصريح الحلي وجماعة من المتأخرين ام لهما الخيار في فسخه أو فسخ عقد انفسهما بغير طلاق وهو اختيار الشيخين واتباعهما ام يقع العقد الطاري خاصة موقوفاً، واما عقدهما فلازم واختاره جملة من المتأخرين ونقل عن المحقق والموجود في الشرائع والمختصر القول الاول وهو البطلان واختاره شيخنا لصحيح علي بن جعفر وغيره.

ولو عكس بان تزوج العمه والخالة على بنتي الاخ والاخت وكانتا عالمتين فلا خلاف في الصحة، ولو جهلتا فاقوال: المشهور اللزوم مطلقاً وهو مختار شيخنا كما هو الظاهر من الأخبار، وقيل بتسلطهما على فسخ عقدهما أو فسخ الجميع ولا مستند له سوى الاعتبار. وهل يختص حكم تحريم الجمع هنا بالعقد ام يتعدى إلى الوطي بملك اليمين قولان، قوى شيخنا التعدية كما تتعدى في الاختين وايده برواية محمد بن مسلم وصحيحته وصحيحة الحذاء.

واما حكم الجمع بين الاختين فهو محرم مطلقاً لقوله تعالى ﴿وان تجمعوا بين الاختين﴾<sup>(٢)</sup> والاجماع وإن لم يحرم الجمع بينهما في الملك بلا خلاف فان وطأ احدهما حرمت الاخرى جمعاً فلو اخرج الأولى عن ملكه حلت له الثانية على المشهور وقال في المبسوط لو وطأ احديهما

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٩ و ٣ و ٢.

(٢) النساء: ٢٣.

بالملك صح وحرمت الموطوءة بالملك أولاً مادامت الثانية في حباله لان سبب النكاح اقوى من الملك وهو ظاهر الشرائع وفيه نظر.

ولو ملكهما فوطأهما بالملك ففي تحريم الاولى والثانية أو تحريمهما على تقدير علمه بالتحريم وابقائهما في ملكه أقوال، لا اختلاف النصوص إلا [اذ] انها اشتركت في تحريم الأول مع علم الموطى بالتحريم بتحليلها باخراج الثانية من ملكه لا بنية العود إلى الأولى فان هذه النية منه مفسدة للتحليل كما صرحت به صحيحتنا الحلبي<sup>(١)</sup> وغيرهما.

قال شيخنا وبهذه الأخبار يضعف قول المشهور وهو ان الاولى تبقى على الحل سواء اخرج الثانية عن ملكه أم لا؟ وسواء كان جاهلاً بتحريم وطى الثانية ام لا؟، وتمسكوا في ذلك في اطراد قاعدة الجمع.

وبالجمله ان الملخص من ذلك انه متى وطأ الثانية عالماً بالتحريم حرمتا معاً أما الاول فلدلالة الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيدتها وأما الثانية فلبثت التحريم لها قبل وطئها بوطى الأولى وعند تحريمهما معاً في حالة العلم تحل له الثانية بخروج الاولى عن ملكه ولو بقصد العود إلى الثانية بخلاف الأولى فانها لا تحل بمجرد خروج الثانية عن ملكه مطلقاً بل يشترط ان لا يكون بنية العود وعلى هذا لو اخرج الاولى عن ملكه مطلقاً حلت له الثانية لزوال المقتضى للتحريم.

بقي الاشكال في حلية ايتهما كانت مع بقائهما على ملكه وأنت قد عرفت ان التحريم ثابت لهما معاً كما دل عليه الصحيحتان<sup>(٢)</sup> ومع الجهل يختص التحريم بالثانية وعلى كل حال فينبغي الاحتياط فيه بالاجتناب لهما معاً مع الجهل والعلم، ولا يستحل احدهما إلا باخراج واحدة عن

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٩ ح ٣. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣، ح ٣.

ملكه لكن يشترط في اخراج الثانية قصد عدم الرجوع إلى الأولى واما بقية الأقوال، فالمشهور قد عرفته وغيره يطلب من مكانه في المطولات. ولا تحرم مملوكة الأب على الابن ولا العكس لصحيح جميل وصحيح علي بن جعفر وخبره وغيرها<sup>(١)</sup> إلا مع الوطئ فتحرمان لدخولهما في الآيتين وهما ﴿حلائل ابنائكم﴾<sup>(٢)</sup> و﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾<sup>(٣)</sup> انه وطئ وكذا لا يحرم الجمع بين الام والبنت في الملك لكن احدهما حرمت الاخرى تحريماً مبدءاً لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٤)</sup>. ومن رأى من امرأة ما يحرم على غيره كره ان يتزوج ابنتها لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٥)</sup>، وابن الجنيد والشيخ في المختلف على التحريم وتدفعه<sup>(٦)</sup> الآية في الربائب<sup>(٧)</sup> [الربيبة]، وصحيح العيص ابن القاسم وصحيح عبيد بن زرارة لا فرق في ذلك بين العقد والملك لعموم ما ورد بالمنع بمجرد كشف الثوب والنظر إلى ما لا يحل لغيره منها لما روي عنه عليه السلام انه قال «من كشف قناع امرأة حرم عليه ابنتها»<sup>(٨)</sup>، وحمل على الكراهة في المشهور وان عبر بالتحريم وإذا ملك أمة ولمسها أو نظر منها ما يحرم على غيره ففي تحريمها على أبيه وابنه أو ابنه خاصة أو كراهتهما عليهما أقوال ثلاثة القول.

أحدها بالتحريم عليهما وهو للشيخ في النهاية والعلامة في المختلف

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣، ح ٣. (٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٢. (٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢١، ح ٦.

(٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٩، ح ١.

(٦) (يدفعه) في نسخة. (٧) النساء: ٢٢.

(٨) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣، ح ٥.

والتذكرة. ثانيها الاختصاص بالابن وهو مذهب المفيد والحلي. وثالثها الكراهة فيهما وهو للحلي والمحقق والعلامة في غير الكتابين، فأول صحيح ابن بزيغ وخبر زرارة وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup>، ولثاني صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>، ولثالث موثق ابن يقطين<sup>(٣)</sup>، وحمل عند القائلين بالتحريم على ما لم يكن بشهوة وكذلك صحيح محمد بن مسلم جميعاً واحتياطاً وقد جاء أيضاً من الأخبار المحرمة خبر العيص بن القاسم وموثق عبدالله بن سنان وخبر داوود الازبازي<sup>(٤)</sup>.

والزنا ان كان طارئاً لم ينشر الحرمة كمن تزوج بأمرأة ثم زنى بأمرها للاجماع والصحاح كصحيح محمد بن مسلم وصحيح الحلي وصحيح زرارة وفيه «ما حرمه حرام قط حلالاً» إلى غير ذلك<sup>(٥)</sup>، وان كان سابقاً على النكاح لصحيح نشر الحرمة وصار كالوطني الصحيح عند الأكثر لصحيح محمد بن مسلم وحسنه وغيرها<sup>(٦)</sup>، خلافاً للمفيد والسيد فانهما ذهبا إلى الجواز على كراهة لأن الزنا لا ينشر الحرمة لكنهما قيداه في غير الزنا بالعمة والخالة للاتفاق على نشره الحرمة بالاضافة إلى تحريم بنتيهما «دون أميهما فلم ينشر» ولهما أخبار عديدة كصحيحتي سعيد وموثقة حنان بن سدير وغيرهما<sup>(٧)</sup>، وهي أيضاً تشمل العمة والخالة وحملها شيخنا على التقية ومما يدل على تحريم ابنة الخالة المزني بأمرها على

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢١، ح ٣.

(٢) نفس المصدر السابق: ح ٦. (٣) أبواب نكاح العبيد ب ٧٧، ح ٣.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٧٧.

(٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨، ح ١ و ٢ و ٣، قريب منه.

(٦) نفس المصدر السابق. (٧) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٩، ح ٤.

الزاني حسن محمّد بن مسلم وموثق الخزاز<sup>(١)</sup>. وقال ابن ادريس: «وقد روي ان من فجر بعمته أو خالته حرمت عليه بنتاهما»<sup>(٢)</sup>، واستدل المرتضى على تحريمها بالاجماع والأخبار.

والعجب من المفيد والسيد حيث خصا الحرمة بالعمة والخالة بحسن محمّد بن مسلم وهو لا يفيد التخصيص. وهل الوطي بشبهة ينزل منزلة الزنا [فيقع الخلاف فيه]، ام النكاح الصحيح أم لا ينشر الحرمة مطلقاً؟ أقوال<sup>(٣)</sup> ثلاثة المشهور نشر الحرمة مطلقاً سواء وقع قبل أو بعد ودليله مساواته للصحيح. والثاني عدم النشر مطلقاً لاصالة بقاء الحل. والثالث انه كالزنا في نشر الحرمة به مع سبعة على الدخول لثبوتة في الزنا بالصحيح المستفيضة وقواه شيخنا لصحيح زرارة وصحيح ابن رئاب وفيهما «ان وطى الشبهة لا ينشر الحرمة إذا وقع بعد [قبل] التزويج»<sup>(٤)</sup> فيكون كالزنا، ويمكن ان يستدل على نشر الحرمة قبل النكاح كالزنا باطلاق صحيح العيص<sup>(٥)</sup>.

وقد اختلفوا أيضاً في انه هل ينشر الحرمة غير الجماع فتحرم امها وبناتها بالنظر واللمس أم لا؟ المشهور والاصح لا لصحيح المنصور وغيره<sup>(٦)</sup>، وكذلك النظر واللمس بشهوة لا ينشر الحرمة بل يتوقف على

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٠، ح ١ و ٢.

(٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٠، ح ٤.

(٣) في نسخة: أشهرها النشر مطلقاً وهو للشيخ وجماعة، وثانيتها عدمه مطلقاً وهو للمحقق وجماعة لاصالة الحل، وثالثها النشر ان وقع قبل النكاح كالزنا لثبوتة فيه بالصحيح.

(٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧. (٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٦ ح ٢.

(٦) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٦ ح ٤.

الجماع لا إطلاق خبر العيص وتصريح الخلاف بنشر الحرمة بمجرد اللمس والنظر ضعيف لا مستند له.

ومن أوجب غلاماً وإن لم تغيب [جميع] الحشفة حرمت عليه امه وبنته واخته بلا خلاف لحسن حماد بن عثمان وغيره<sup>(١)</sup> إلا مع من سبق عقدهن لان الحرام لا يحرم الحلال لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup> لكن مرسله ابن أبي عمير<sup>(٣)</sup> تؤذن بأنّ اللاحق كالسابق وافتي المفيد بمضمونها، وظاهر الأصحاب عدم الفرق بين الصغير والكبير من الطرفين والمقطوع به عند شيخنا من النصوص والفتوى كون الموقب بالغا والموقب غلاماً ويشمل الام في هذه الروايات من علت والبنت من سفلت ولا يتعدى التحريم إلى ابنت الاخت اتفاقاً وتدخيل الثلاث لكونه من الرضاعة، وفي دخول الثلاث من الزنا اشكال اما أولاد كل منهما على الاخر فلا يتطرق اليهم التحريم في المشهور إلا ما يظهر من كلام يحيى بن سعيد وشيخنا لمرسلة موسى بن سعدان<sup>(٤)</sup> والمصاهرة وما الحق بها من الزنا والشبهة واللمس والنظر المحرمين تتعلق بالرضاع كما تتعلق بالنسب لصحيحتي محمد بن مسلم وحسنته وغيرهما<sup>(٥)</sup> ولعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»<sup>(٦)</sup> وهي قاعدة شريفة مقصورة على النسب والرضاع فلا تتعدى إلى المناسبة بين الرضاع والمصاهرة فلا تنزل المرضعة لك ولدأ بمنزلة الزوجة فتحرم عليك امها ولا اختها جميعاً وان حرمت عليك بنتها

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥، ح ٤. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨، ح ١.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥، ح ١. (٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥، ح ٣.

(٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥، ح ٣. (٦) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧.

للنصوص لانها صارت بمنزلة ولدك، وقد خفي ذلك على جماعة فنزلوا لمرضعة لك هذا التنزيل وتمسكوا باذيال التنزيل كما تقدم في تحريم أولاد المرضعة وأولاد الفحل على أب المرتضع لتعليل تلك الأخبار بانهم صارو بمنزلة ولدك، وهذه علة [قاعدة] اقناعيه خارجه عن قاعدة «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»<sup>(١)</sup>، وجعلوها كالمستثناة لها فالتنزيل ليس بشيء عند شيخنا.

وتحريم ذات البعل على غيره لقوله تعالى ﴿والمحصنات من النساء﴾<sup>(٢)</sup> ولصحيح ليث المرادي ورواية أبي بصير وغيرهما<sup>(٣)</sup> ممن تزوج في نكاحها أو عدتها رجعية أو باينة عالماً بالتحريم وبالحال من كونها ذات عدة حرمت عليه ابداً وكذا مع الجهل باحدهما ان دخل بالاجماع في ذات العدة والصحاح لكنها واردة في ذات العدة كصحيح عبدالرحمن بن الحجاج وموثقتي محمد بن مسلم وصحيحته وغيرهما<sup>(٤)</sup>، والمستثنية لحالة الجهالة وانه معذور باحد الجهالتان صحيح عبدالرحمن والحق بها ذات البعل في المشهور والأخبار الواردة فيها كثيرة التعدد كذات العدة كما في عدة أخبار زرارة وصحيح علي بن جعفر وخبره وغيرها فلا تحتاج إلى اللاحاق.

ومن زنى بذات بعل أو في عدة رجعية حرمت عليه مؤبداً، ولو جهل بالتحريم بلا خلاف لخبر الفقه الرضوي وغيره<sup>(٥)</sup>، ولا يلحق بها الزنا في

(١) أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١، ح ١. (٢) النساء: ٢٤.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧. (٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧.

(٥) المستدرک: أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١١، ح ٨.



العدة البائنة بخلاف التزويج ومن تزوج بامرأة في عدتها عالماً عامداً فارقتها وكفر بخمسة اصوع من دقيق الحنطة أو من الشعير لخبر أبي بصير<sup>(١)</sup>، ومورده التزويج بذات البعل والأصحاب إنما ذكر في لا ذات العدة وأكثرهم على الاستحباب، والشيخ في النهاية وابن حمزة والعلامة في القواعد والسرائر وولده في الشرح على الوجوب، والاحتياط عند شيخنا في الوجوب لكنه يخص بذات البعل والعالم كما هو مورد الرواية. ومن زنى بغير ذلك البعل ولا معتدة بعدة رجعية لم يحرم عليه نكاحها لصحيح الحلبي «لا يحرم الحرام الحلال»<sup>(٢)</sup>، ولخصوص صحيح الآخر وغيرهما.

ويكره تزويج الزانية مطلقاً مشهورة أم لا قبل ان تتوب لصحيح زرارة في المشهورات وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وحرمها العلامة والشيخان والحلبي حتى تتوب وتوبتها عند الشيخ ان تدعى إلى الزنا فلا تجيب كما في موثق عمار وخبر إسماعيل بن جرير<sup>(٤)</sup>، وكذا ان زنت امرأته لم يحرم عليه وان اصرت وفاقا للمشهور لموثق عباد بن صهيب وغيره<sup>(٥)</sup>، خلافاً للمفيد والديلمي فتحرم مع الاصرار لفوات فائدة التناسل مع الاختلاط، وفيه نظر.

ومن لاعن امرأته حرمت عليه مؤبداً وكذلك من لاعن امرأته لنفي الولد لصحيح الحلبي ومعتبرة داود بن سرحان وغيرهما<sup>(٦)</sup>، ويأتي تمام الكلام فيه.

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ٨.

(٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨ ح ١. (٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٣، ح ١ و ٢.

(٤) أبواب المصاهرة ب ١١، ح ٢. (٥) أبواب المصاهرة ب ١٢، ح ١.

(٦) أبواب المصاهرة ب ٢٣، ح ١ و ٢.

وكذا لو قذف زوجته الصماء والخرساء بما يوجب اللعان مع دعوى المشاهدة وعدم البينة لرواية أبي بصير<sup>(١)</sup>، واعتبر بعضهم الصمم والخرس معاً لفقد لفظ أو فيها ويؤيد الأول الحكم بالخرساء وحدها في حسنة الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup>، والحق في المقنع زوجة الاصم إذا قذفته بالزنا لمرسل الحسن بن محبوب<sup>(٣)</sup>.

ولا تحل الحرة المطلقة ثلاثاً من زوج واحد للمطلق حتى تنكح زوجاً غيره للكتاب ﴿الطلاق مرتان﴾<sup>(٤)</sup> والاجماع والسنة المتواترة كصحيحتي ليث المرادي وغيرهما<sup>(٥)</sup>، ولا تحل الامة ذات طلقتين فتحرم في الثانية حتى تنكح زوجاً غيره للاخبار سواء كانت تحت الحر أو عبد اذا الاعتبار بحالها لا بحاله للنصوص الكثيرة كصحيح محمد بن قيس وصحيح زرارة وصحيح<sup>(٦)</sup> الحلبي<sup>(٧)</sup> أو غير ذلك والمطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينهما رجلان على رأس كل ثلاثة ثم تستقبل بعقد جديد وتحرم على المطلق أبداً لرواية الخصال ورواية تفسير القمي ورواية الفقيه<sup>(٨)</sup>، واما الأمة فلا نص على حكمها فالاحتياط عند شيخنا ان تجتنب بمجرد الست للعدة وان نكحها ثلاثة رجال لحصول الرجلين في ضمن الثلاثة، ولا بد ان يكون العقد المحلل<sup>(٩)</sup> عاقداً بها فلا تحل بالوطني بالملك ولا بالتحليل لقوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾<sup>(١٠)</sup>، وان يقع منه الدخول والجماع

- (١) أبواب اللعان ب ٨ ح ٢. (٢) أبواب اللعان ب ٨ ح ١.  
 (٣) أبواب اللعان ب ٨ ح ٣. (٤) البقرة: ٢٢٩.  
 (٥) أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ١. (٦) (صحيحة) في نسخة.  
 (٧) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٢. (٨) المستدرک: أبواب أقسام الطلاق ب ٤.  
 (٩) في نسخة: يكون المحلل المخلل. (١٠) البقرة: ٢٣٠.

في القبل لظاهر الخبر النبوي المشهور بين الفريقين حين سئل عن ذلك فقال «لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها»<sup>(١)</sup>، وهي لذة الجماع وان يكون العقد دائماً لقوله تعالى ﴿فان طلقها﴾<sup>(٢)</sup>، والطلاق مختص بالدائم ولموثق هشام بن سالم وغيره<sup>(٣)</sup>.

ويكفي العبد إذا تزوجها باذن مولاه لخبر إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup>، وشرطه البلوغ لخبر علي بن الفضل الواسطي<sup>(٥)</sup>، ولا يكفي الخصي لخبر محمد بن مصادف<sup>(٦)</sup>، ويقبل قولها في التحليل إذا مضت مدة يمكن فيها ذلك لصحيح محمد بن عثمان وغيره إلا أن فيه «إذا كانت ثقة»<sup>(٧)</sup>، ولا عامل بالتقيد وحمل على الاستحباب، ولو عينت المحلل فكذبها احتتم تصديقها وعدمه، والظاهر من الأخبار هو التصديق واختاره شيخنا وقبله شهيد المسالك واختار في الحدائق العدم.

ويكفي في المشهور الوطي في الحيض واختار الشيخ وابن الجنيد العدم وهل يهدم التحليل لما دون الثلاث المشهور [نعم] لصحیحتي رفاعة وغيرهما من الأخبار الكثيرة<sup>(٨)</sup> والصحاح<sup>(٩)</sup> مستفيضة بالعدم ولم يعمل بها احد. ومن تلك الصحاح صحیحتا الحلبي وصحیح منصور وصحیح ابن

(١) المستدرک: أبواب أقسام الطلاق ب، ٧، ح ٥.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) أبواب المتعة ب، ٢٠، ح ٣.

(٤) أبواب نكاح العيب ب، ٣٧، ح ٧.

(٥) أبواب أقسام الطلاق ب، ٨، ح ١.

(٦) أبواب أقسام الطلاق ب، ١٠، ح ١ وهو في الاصل محمد بن مضارب.

(٧) أبواب أقسام الطلاق ب، ١١، ح ١ انها مروية عن حماد.

(٨) أبواب أقسام الطلاق ب، ٢٨، ح ١.

(٩) (وغيرها من الأخبار المستفيضة بالعدم) في نسخة.

مهزيار<sup>(١)</sup>، والشيخ أولها بالبعيد وهو التزويج الخالي من الدخول وربما تحمل على التقية لانه مذهب عمر [الثاني] عند منازعة علياً ورجح السيد في شرح النافع عدم الهدم وتبعه جماعة من المتأخرين منهم الشيخ احمد بن إبراهيم بن عصفور وأيده ابنه في الحدائق واعتمده شيخنا.

ولا تحل للحر أكثر من أربع حرائر بالعقد الدائم ولا للعبد أكثر من أربع اماء للنصوص المستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم ووزارة<sup>(٢)</sup> «لا يجمع الرجل ماءه في خمس» والحر تحل له حرتان وامتان ولا تحل له أربع اماء ولا ثلاثة اماء مع حرتين لا بدونها ولا امتان مع ثلاث حرائر واما العبد فله نكاح أربع اماء أو حرتين خاصة أو حرة وامتين وهذه التفاصيل تؤخذ من مجموع هذه الأخبار وهي صحيحة محمد بن مسلم وفيها بالنسبة إلى العبد «يتزوج حرتين وان شاء تزوج أربع اماء»<sup>(٣)</sup>. وفي مرسل الفقيه «العبد يتزوج حرتين أو أربع اماء أو امتين وحر»<sup>(٤)</sup>، وهذا هو الجامع مع لما يحل للعبد على التفصيل، واما ما يدل على ان الحر لا ينكح أكثر من أمتين فهو موثق أبي بصير<sup>(٥)</sup>. وبالجملة فالأخبار والاجماع شاهدان على هذا التفصيل ولكل منهما أن ينكح بملك اليمين ما شاء لعموم «أو مالكت ايمانكم»<sup>(٦)</sup> وللإجماع والنصوص سيما الوارد في العبد كصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٧)</sup>، وفيها «انه يتسرى بما شاء إذا

(١) أبواب أقسام الطلاق ب ١٩. (٢) أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢، ح ١ و ٢.

(٣) أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٨ و ١.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٢٢ و ١٠. (٥) أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢.

(٦) المؤمنون: ٦. (٧) أبواب نكاح العبيد ب ٢٢.

أذن له مولاه»<sup>(١)</sup> وكذا بالعقد المنقطع للنصوص المستفيضة [المشهورة] كصحيح زرارة وخبره وصحيح ابن اذينة وصحيح الفضيل بن يسار إلى غير ذلك<sup>(٢)</sup>، خلافاً للقاضي فجعل المتعة من الأربع وله بعض النصوص الموهمة لذلك منها صحيح البرنطي<sup>(٣)</sup>، ومال إليه الكاشاني احتياطاً.

ولا تحل الزائدة على الأربع بطلاق احدها حتى تنقضي عدتها للنصوص المستفيضة كموثقة أبي بصير وصحيحة زرارة وغيرها<sup>(٤)</sup>، وحملت على الرجعية [الصحيح زرارة وصحيح منصور لان البائية كالأجنبية فتجوز على كراهة لورود هذا التفصيل في الاخت وانه يجوز في البائية دون الرجعية]، ولا قائل بالفرق لأن الجمع بين الرابعة والخامسة كالجمع بين الاختين، وربما ظهر من الاسكافي والكليني القول بهذا الفرق حيث ان أخبار الاختين محكمة في التفصيل بخلافها في الرابعة والخامسة فانها على وتيرة واحدة في المنع، والاحتياط عند شيخنا وجماعة حتى في الاختين مما لا يخفى رجحانه، ومقتضى المنع من هذا الجمع انه لو عقد على خمس دفعة واحدة بطل ذلك النكاح، وذهب الشيخ في النهاية وجماعة إلى انه يتخير اربعاً لصحيح جميل، وكذا الخلاف لو تزوج من كانت عنده ثلاث امرأتين في دفعة فالاختياط في طلاقهما ثم يجدد العقد على من يختار منهما.

وإذا دخل بصبية لم تبلغ تسعاً فافضاها حرم عليه وطبها على المشهور

(١) أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٩ ح ٤.

(٢) أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٩ و ١٠.

(٣) أبواب المتعة ب ٤، ح ٩.

(٤) أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٣.

وظاهرهم ان النكاح لا يفسخ بذلك لخبر بريد العجلي<sup>(١)</sup>، وفي مرسل يعقوب بن يزيد انه «يفرق بينهما ولا تحل له ابداً»<sup>(٢)</sup>، وليس فيه قيد الافضاء ولهذا لم يقيدته الشيخ به في النهاية ولكن الأكثر قيدوه، واختار شيخنا في هذه المسألة انه ان دخل بها قبل التسع ولم يفرضها حرمت عليه مؤبداً وانفسخ النكاح للخبر المرسل وان كان قد افضاها وقد دخل بها قبل تسع لم تحرم عليه مؤبداً وان حرم عليه وطبها وضمن ديته وانفق عليها ما دامت في حبسه وبذلك يجمع بين حسن الحلبي وصحيح ابن حمران وبين خبر بريد العجلي<sup>(٣)</sup>.

وإذا عقد المحرم على امرأة عالماً بالتحريم حرمت عليه مؤبداً ولو كان جاهلاً فسد عقده ولم تحرم على المشهور لخبر زارة وداود بن سرحان والحلي وفخر المحققين تحرم مؤبداً مع الجهل أيضاً بشرط الدخول لاطلاق روايتي اديم بن الحر وإبراهيم بن الحسن<sup>(٤)</sup> وسار تبعاً للصدوق تحرم مطلقاً لاطلاق هاتين الروايتين [الصحيح معاوية بن عمار وغيره<sup>(٥)</sup>]، والمعتمد المشهور وان ضعف دليله لانجباره بالشهرة.

ولا يجوز للمسلم نكاح الكافر غير الكتابية ولو كانت من فرق المسلمين كالثغالية والناصبية بالاجماع والنصوص كصحيح زارة وخبره وموثق الحسن بن الجهم وغيرها<sup>(٦)</sup>. وفي الكتابية أقوال شتى لاختلاف النصوص وأشهرها المنع في الدائم والجواز في المنقطع وملك اليمين جمعاً بين الأخبار فما دل على الجواز مطلقاً - وهو مذهب الصدوق

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٤، ح ٣. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٤، ح ٢.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٤. (٤) أبواب ترك الاحرام ب ١٥، ح ١ و ٢.

(٥) أبواب ترك الاحرام ب ١٤، ح ٩. (٦) أبواب ما يحرم بالكفر ب ١، ح ١ و ٣ و ٤.

والعماني واختاره الكاشاني - صحيح معاوية بن وهب وموثق أبي مريم الانصاري وموثق محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> إلى غير ذلك، ومما دل على المنع مطلقاً مرتضى المرتضى والشيخ والمفيد في احد قوليهما وقواه الحلبي وشيخنا لآية «ولا تمسكوا»<sup>(٢)</sup> وصحيح عبدالله بن سنان وحسن زرارة وغيرهما<sup>(٣)</sup>، ومما دل على جواز المتعة خبر ابن فضال وخبر محمد بن سنان وخبر منصور الصيقل وخبر الاشعري وغيرها<sup>(٤)</sup> وهو للشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة وبعضها فيه تقييد الجواز بحال الضرورة وهو مذهب الاسكافي وشهد المسالك وسبته في شرح النافع على المنع من المجوسية مطلقاً دون الصنفين الأخيرين والشيخان على عدم الجواز مطلقاً غير ملك اليمين.

وإذا ملك الرجل أمة حرمت عليه وطئها حتى يستبرئها ويعلم ببراءة رحمها بما سيأتي الامة المشتركة لا يجوز لاحد إذا شتراها وطئها لكن لو وطئها لم يكن زانياً بل عاصياً ويستحق التعزير ويلحق به الولد وقوم عليه الام الولد يوم سقط حياً ويغرم حصص الباقي لمعتبرة عبد الله بن سنان ورواية غيرهما<sup>(٥)</sup>، وكذلك الامة المحللة ما دون فرجها لا يكون زانياً بل خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرأ و نصف العشر ان كانت ثيباً كل ذلك لصحيح الفضيل بن يسار وصحيح رفاعة وغيره<sup>(٦)</sup>.

ويجوز نكاح الأمة بالعقد كما يجوز بالملك بشرط فقد الطول وخشيته

(١) أبواب ما يحرم بالكفر ب ٢، ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) الممتحنة: ١٠.

(٣) أبواب ما يحرم بالكفر ب ١، ح ٥ و ٤.

(٤) أبواب المتعة ب ١٣، ح ٢ و ٤ و ٥.

(٥) أبواب نكاح العبيد ب ٢٩.

(٦) أبواب نكاح العبيد ب ٣٠، ح ١ و ٢.

العنت أي المشقة الشديدة وقيل الزنا وهو مختار شيخنا لقوله تعالى «ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح»<sup>(١)</sup> وللأخبار المستفيضة<sup>(٢)</sup> والاجماع والصبر عنه افضل كما في الآية وفي جوازه مع الكراهة عند فقد الشرطين أو تحريمه أقوال: الجواز مطلقاً مع الكراهة وهو الأشهر والمنع مطلقاً والمنع لمن عنده حرة وبدونه يجوز على الكراهية والقول بالجواز أشهر للأصل والعمومات ومرسل ابن بكير<sup>(٣)</sup> والقائل بالتحريم هو الشيخ والقدماء لمفهوم الآية وصحيح زرارة وخبر محمد بن مسلم ومعتبر أبي بصير وخبر يونس<sup>(٤)</sup> وللمفضل ان فقد الطول بالفعل شرط كجواز فلا يظهر إلا عند فقد الحرة لحسن الحلبي<sup>(٥)</sup>، وربما نقل عن المفيد وجماعة ان التحريم راجع إلى العقد وحده فيكون محرماً من غير بطلان، وحيث جاز فان كان تحته حرة لم يجز إلا باذنها فان لم تأذن وعقد عليها ففي بطلانه أو وقوفه على ارضائها أو تخييرها في فسخ احد العقدین أقوال، البطلان وهو اختيار الحلبي والمحقق وجماعة لحسن الحلبي وخبر أبي بصير وغيرهما<sup>(٦)</sup>، وللوقوف ان الحق في ذلك لها فتحمل النصوص على عدم الاذن، وللتخيير وهو مختار الشيخين واتباعهما ما تقدم في عقد بنت الاخ والاخت على العمة وخبر سماعه<sup>(٧)</sup>.

ولو تزوج الحرة على الامة وجهلت الحرة كان لها فسخ عقد نفسها عند

(١) النساء: ٢٥. (٢) أبواب مقدمات النكاح وآدابه: ب ٣٥.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٥، ح ٥.

(٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٥، ح ٦ و ٤ و ٢.

(٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٦، ح ١. (٦) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٦، ح ١ و ٣.

(٧) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠.



الأكثر، لصحيح يحيى الأزرق وغيره<sup>(١)</sup>.

وفي حكمها من تزوج مسلمة على يهودية أو نصرانية ولم تعلم المسلمة لموثق أبي بصير<sup>(٢)</sup>، والشيخ في التبيان تتخير بين ذلك وبين [فسخ] عقد الامة وهو ضعيف ولو جمع بينهما في عقد واحد ففيه الاقوال الثلاثة السابقة وصحيح أبي عبيدة الحذاء<sup>(٣)</sup> يعطي صحة عقد الحرة وبطلان عقد الامة صريحاً، وهل يثبت للمنتقع ما يثبت للدوام [من هذه الأحكام] أم لا؟ ظاهر لذلك وجماعة ممن تأخر عنه الشمول لخبر محمد بن صدقة، ويمكن ان يحمل عليه صحيح علي بن يقطين، وفي مرسل الكليني ما يدل على المنع من ذلك مطلقاً حيث قال وروى انه لا يجوز ان يتمتع الامة على الحرة<sup>(٤)</sup>، ويجب حمله على ما إذا لم تأذن وبالجملة فاخبار المتعة لا نفي بالمساواة عند شيخنا إلا أن اعتباره عنده احوط، والمشهور عدم حل الفرج بسببين فلو تزوج أمته<sup>(٥)</sup> بين شريكين ثم اشترى حصة [حقه] احدهما بطل العقد وحرم الوطي، ولو أمضى الشريك العقد لموثقتي سماعة ورواية الفقيه<sup>(٦)</sup>، خلافاً للنهاية والقاضي مع الامضاء ولو حللها له شريكه فالمشهور انها لا تحل، وقيل تحل وهو لجملة من القدماء، لصحيح ابن رثاب عن محمد بن قيس وعن محمد بن مسلم فالحق [عند] شيخنا صحة التحليل الصحة للدليل.

ولو ملك نصفها وكان الباقي حرام لم يجز له وطئها بالملك ولا بالعقد

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٧، ح ١. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٧، ح ١.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٨. (٤) أبواب المتعة ب ١٥.

(٥) في الاصل أمتين. (٦) أبواب نكاح العبيد ب ٤٦، ح ٢.

الدائم لخبر أبي بصير وخبر الكناني<sup>(١)</sup>. وفي جواز المتعة في الزمان المختص بها<sup>(٢)</sup> على الزمان قولان، المشهور عدم الجواز وصحيح ابن رثاب<sup>(٣)</sup> يعطي الجواز عند شيخنا، ولا يجوز لأحد أن يزوج أمته من نفسه إلا إذا جعل عتقها صداقها كما فعله النبي ﷺ على ما رواه الفريقان بصفية بنت حبي بن أخطب<sup>(٤)</sup>. وهل يشترط تقديم لفظ التزويج على العتق أم العكس؟ أم لا يشترط أحدهما؟ المشهور اشتراط تقديم التزويج وهو للشيخ في النهاية واتباعه ومختار النافع واشترط تقديم العتق مختار الشيخ في الخلاف والحلي والعلامة في المختلف والارشاد وولده في شرح القواعد والقول بعدم الفرق مختار النافع وأكثر المتأخرين، واحتج المشهور بصحيح علي بن جعفر [وخبّر] محمد بن آدم<sup>(٥)</sup> واحتج [الشيخ] في الخلاف بموثقة عبيد بن زرارة وحسنه<sup>(٦)</sup>. وأما الذي يدل على الصحة في الحالين فاطلاق الروايات الكثيرة لصحيح البصري وصحيح عبدالله بن سنان وحسن الحلبي وغيرها<sup>(٧)</sup>.

وحيث أن حمل صحيح علي بن جعفر<sup>(٨)</sup> أما على حالة<sup>(٩)</sup> الانفصال عند ما يقدم العتق أو على الاستحباب<sup>(١٠)</sup> والعمل بالمشهور أحوط.

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٤١، ح ٢ و ٣. (٢) توجد كلمة غير مفهومه.

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٤١، ح ١. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٧ ح ١٠.

(٥) أبواب نكاح العبيد ب ١٢، ح ١ و ٢. (٦) أبواب نكاح العبيد ب ١١، ح ١ و ٦.

(٧) أبواب نكاح العبيد ب ١٥، ح ١ و ب ١٤، ح ١.

(٨) أبواب نكاح العبيد ب ١٢، ح ١. (٩) (احالة) في نسخة.

(١٠) (استحسان) في نسخة.

ولا يجوز تزويج المرأة من غير الكفوء لاشتراط الكفائة بالنصوص المتعددة وفسرت بالمشهور بالتساوي في الايمان لظاهر النصوص المستفيضة [المشهوره] كصحيح الشمالي وصحيح معاوية بن عمار وصحيح هشام بن سالم وغيرها<sup>(١)</sup>، لكنهم اعتبروه في جانب الزوج دون الزوجة للاخبار الدالة على انه ليس للمؤمنة ان تنكح إلا مؤمناً وللمؤمن ان ينكح المؤمنة وغيرها ما لم تعرف بنصب، ونقل عن سيار ما يشعر باشتراط الكفائة من جانب الزوجة أيضاً لكن نقل الشهيدان الاجماع على عدم اعتباره من جانب الزوجة والاصح عند جماعة من المتقدمين ومتأخري المتأخرين كالشهيد الثاني والكاشاني الاكتفاء بالاسلام العام إذا لم يعرف بكفر لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٢)</sup>، والأخبار الدالة على اعتبار الايمان محمولة على الكراهة نعم لا يحل نكاح الناصب ولا الناصبية لكفرهما ولصاح فضيل ابن يسار وصحيح زرارة وغيرهما واختار شيخنا ان المدار في الصدر الأول قبل فرض الولاية على الإسلام وهو اظهار الشهادتين باللسان وإن لم يعتقدتهما بالجان وبه جاءت الأخبار المفسرة للكفائة بالاسلام ولهذا زوج رسول الله ﷺ وتزوج فلما فرضت الولاية في غدير خم وانتقل الإسلام إلى الايمان كان المدار عليه ويقال عليه الإسلام والايمان والمنحسر عنه ليس بمؤمن ولا مسلم بل هو امامستضعف أو ناصب فان كانت المرأة مؤمنة فلا توضع إلا عند عارف، وللزوج ان يتزوج المؤمنة والمستضعفة وليس له ان يتزوج المخالفة على بصيرة لانها ناصبة.

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٥ ح ١ و ٢.

(٢) أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠، ح ١٧.

فيرجع الخلاف بين الأصحاب في الحقيقة إلى تعريف الناصب فان اثبتنا الإسلام لأهل الخلاف حيث اقرروا بالولاية ظاهراً صح مناكحتهم وإلا فلا حتى يدخلوا في صدق الاستضعاف إلا إذا كانت التقية حاصلة فيؤخذ بظاهر حاله<sup>(١)</sup> كما اقتضاه صحيح العلاء بن رزين. وهل يعتبر في الكفائة التمكن من النفقة لمناسب حالها أو حال امثالها أم لا؟ وإنما هو [أمر] مستحب للولي الأكثر على العدم للاصل والعمومات من الكتاب<sup>(٢)</sup> والسنة وصریح خبر الفقه الرضوي وغيره<sup>(٣)</sup>. والشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة، نعم لمرسلتي ابان والفقيه وحسنه عبدالله بن الفضل الهاشمي وغيرها<sup>(٤)</sup>، ومنهم من خص موضع الاشتراط بالوكيل والولي دون المرأة نفسها وعلى الاختصاص إنما تظهر الفائدة في الوكيل المطلق والولي، اما تزويج المرأة نفسها فجاز لها ان تزوج نفسها إلى المؤمن الفقير بل يستحب لها ذلك حتى قال في المختلف وتبعه الكاشاني بلا خلاف فيه وفيه نظر لان ظاهر الشيخين في المقنعة والتهذيب نظراً إلى اطلاق عبارتهما المنع مطلقاً وانه شرط كالایمان لان الادلة لا تساعد عليه بل صریح خبر الفقيه<sup>(٥)</sup> عدم الاشتراط. ولا يشترط التساوي في الحرية ولا العربية ولا الهاشمية ولا الحرف ولا الشرف عندنا للنصوص التي ذكرها سيما قصة جوبير وقضية ضباغة مع المقداد بن الأسود وغيرها<sup>(٦)</sup> الدالة على ان الإسلام قد رفع كل خبثية [خبث] وكل ناقصة، واعتبر الاسكافي

(١) (الحال) في نسخة. (٢) لا توجد في الاصل.

(٣) المستدرک: أبواب مقدمات النکاح ب ٢٤ ح ٣.

(٤) نفس المصدر السابق. (٥) نفس المصدر السابق.

(٦) أبواب مقدمات النکاح ب ٢٥ ح ١.

فيمن تحرم عليهم الصدقة كالهاشميين ان لا يتزوج فيهم إلا منهم وهو ضعيف وربما احتج له بخبر علي بن بلال<sup>(١)</sup> ولا حجة فيه وتدفعه الأخبار الكثيرة.

والمشهورة كراهة العقد على الزانية قبل ان تتوب، لصحيح زرارة وغيره<sup>(٢)</sup> من الأخبار الكثيرة بحمل النهي فيها على الكراهة ولروايتي الكناني وخبر علي بن يقطين إلا أن يحملا على غير المشهورات وحرمة الشيطان والحلبي وقولهما عند الشيخ ان تدعى إلى الزنا فلا تجيب لموثقتي أبي بصير وغيرهما<sup>(٣)</sup>.

ولا تحرم الزوجة بالاصرار على الزنا وان كان الافضل التنزه لموثق عباد بن صهيب<sup>(٤)</sup>، وقد منع الصدوق من التمتع بالزانية كالدوام وكذا القاضي إن لم يمنعها من الفجور للآية المتقدمة والمستفاد من النصوص حرمة العقد مطلقاً على المشهورات منهن إلا إذا عرفت توبتهن كما صرح به الأخبار والروايات المتقدمة<sup>(٥)</sup> أو اريد بذلك تحصنهن لموثق إسحاق بن جرير ورواية الحسن بن ظريف<sup>(٦)</sup>، وما دل على الرخصة فمحمول على غير المشهورات، وقد تقدم الكلام على ذلك اما المتعة فجائز على الكراهة إلا أن ترفع راية عند السلطان فتحرم لخبري كشف الغمة والتهذيب<sup>(٧)</sup> والمشهور كراهة عقد المولود على قابلته وحرمة الصدوق في المقنع وله ظاهر النهي في الأخبار كخبر عمر بن شمر

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٦ ح ٣. (٢) أبواب المتعة ب ٩، ح ١.

(٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١١، ح ١. (٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٢، ح ١.

(٥) أبواب المتعة ب ٩، ح ١. (٦) أبواب المتعة ب ٩، ح ١.

(٧) أبواب المتعة ب ٩، ح ١.

وغيره<sup>(١)</sup>، والقول بالكراهة لصحيح البنظي وفي صحيح إبراهيم بن عبد الحميد<sup>(٢)</sup> ان كان قبلته المرة والمرتين والثلاث فلا بأس وان كان قبلته وربته وكفلته فاني انهى عنها نفسي وولدي بمعنا غيره<sup>(٣)</sup>، والقول بالتحريم مع هذه القيود قوي كما قواه شيخنا.

ويكره ان يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه لصحيح زرارة، وخص في النافع الكراهة بمن كانت ضرة لأمه قبل أبيه والرواية شاملة<sup>(٤)</sup>. ويكره ان تزوج ولده من ولد منكوحته بعد مفارقتها لصحيح إسماعيل بن همام وخبري زيد بن الجهم الهلالي<sup>(٥)</sup> المتولد من غيره إذا كان ولديها [ولاديتها] كريمته وغيرهما<sup>(٦)</sup>، والمصرح بالجواز صحيح العيص بن القاسم<sup>(٧)</sup>، ويكره ان يزوج الفاسق ويتأكد في شارب الخمر للنصوص<sup>(٨)</sup> المستفيضة المشهورة منها مرسل ابن أبي عمير<sup>(٩)</sup>، ويدل على مطلق الفاسق خبر جامع الأخبار<sup>(١٠)</sup> بل يكفي في الكراهة سوء الخلق وان كان ذو رحم لخبري الحسين بن بشار<sup>(١١)</sup> وان يزوج المؤمنة بالمخالف بناء على ان الكفائة مشروطة بالاسلام دون الايمان كما هو مختار المفيد وابن الجنيد والمحقق والكاشاني تبعاً للشهيد الثاني في المسالك، وقد عرفت ان الأخبار مانعة من ذلك وهو مختار غير اولئك، وعند العاملين بالكراهة

- 
- (١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٩، ح ٣. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٩، ح ٤ و ٥.  
 (٣) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٩، ح ٨. (٤) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٢.  
 (٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٣، ح ٤ و ٥.  
 (٦) في العبارة تقديم وتأخير فلاحظ. (٧) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٣، ح ١.  
 (٨) أبواب مقدمات النكاح: ب ٢٩. (٩) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٩ ح ٢.  
 (١٠) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٠. (١١) أبواب مقدمات النكاح ح ١.

تخف في المستضعف، والحق عند شيخنا التحريم في شأن المستضعف أيضاً لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup> لا تزوج المستضعف مؤمنة وغيره. ويكره ان يتزوج بولد الزنا بناء على اسلامه وإلا كان محرماً كما ذهب إليه المرتضى وابن ادريس ويدل على الكراهة صحاح محمد بن مسلم وصحيح عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٢)</sup>. ويكره ان يتزوج الحمقاء لخبر السكوني<sup>(٣)</sup>، والزنجية والسند والهند والقند لخبر علي بن داود<sup>(٤)</sup> الحداد وان يتمتع بالبكر الرشيدة بناء على استقلالها إلا باذن ابيها لصحيح حفص بن البختري وصحيح زياد بن أبي الحلال وغيرهما<sup>(٥)</sup>، [الواردة في خصوص المتعة] وفيها «فان فعل فلا يفتضاها إلا باذن ابيها» ومن الأخبار المانعة مطلقاً إلا باذن ابيها منها صحيح أبي مريم<sup>(٦)</sup>.

وحرم الصدوق والقاضي وجماعة ممن تأخر عنه التمتع بها مطلقاً للاخبار المانعة<sup>(٧)</sup> وهو ضعيف عند من يقول بالاستقلال ومنهم شيخنا لاذن فيه سيما مع عدم الافتراض والأخبار بذلك أكثر من ان تحصى والأخبار المانعة ليست نصاً نعم جاءت الكراهة وان اذن ابوها [ابواها] كما في خبر أبي بكر الحضرمي وغيره<sup>(٨)</sup>.

ويستحب ان يتخير لنطفته ولا يضعها في غير ذوات الدين لاخبار السكوني وصحيح هشام بن الحكم وغيرها<sup>(٩)</sup>، وان يختار البكر الولود

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٠، ح ٣. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٤، ح ١.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٣ ح ١. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٣١ ح ٢.

(٥) أبواب المتعة ب ١١، ح ١٠ و ١. (٦) أبواب المتعة ب ١١، ح ١٢.

(٧) أبواب مقدمات النكاح ب ٦. (٨) أبواب المتعة ب ١١، ح ١٣.

(٩) أبواب مقدمات النكاح ب ١٣ ح ٢.

العفيفة لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup> وانه لا يقتصر على الجمال والثروة لصحيح هشام وغير. ويستحب ان تكون سمرا عيناً مربوعة عجزاً، وان عجز ففي كثير من الأخبار فان كرهتها فعلى الصداق قال شيخنا وفي الجمع بين الشريفتين من ولد فاطمة عليها السلام خبر ان يؤذنان بالتحريم وهما مرسل ابن أبي عمير وخبر حماد بن عثمان وعبارتهما «لا يحل لأحد ان يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة فان ذلك يبلغها فيشق عليها»<sup>(٢)</sup>، واختاره الحر في بدايته والكاشاني في الوافي وأيده ملا عبدالله البشروي، واختاره في الدرر النجفية والحدائق وجعل شيخنا الجمع بينهما كالجمع بين الاختين ولكن يتوقف ذلك على معرفة النسب ويتحقق انتسابها لفاطمة بالأب لأنه المتيقن عنده.

ويستحب ان يصلي ركعتين ويدعو قبل التعيين للزوجة بالمأثور وهو: «اللهم اني اريد ان اتزوج فقدر لي من النساء اعفهن<sup>(٣)</sup> فرجاً واحفظهن في نفسها ومالي واوسعهن رزقا واعظمن بركة وقدر لي ولداً صالحاً في حياتي وبعد موتي»<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ١٦ ح ١. (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٠، ح ١.  
(٣) (وتجعله خلفاً صالحاً) في نسخة. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٣ ح ١.



## فصل في الخطبة والعقد

يستحب للزوج أو وليه الخطبة بالكسر من المرأة أو وليها لما جاء في تزويج رسول الله بخديجة وتزويج فاطمة بعلي عليه السلام وكان الخاطب لها جبرئيل عليه السلام من الله عز وجل.

ويجب اجابة المؤمن القادر على النفقة ففي صحيح علي بن مهزيار «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»<sup>(١)</sup> إلى غير ذلك من الأخبار وليس فيها اشتراط اليسار لكن في أخبار بيان الكفوء هو أن يكون عفيفاً وعنده يسار وهي مستفيضة، وصحيحة الثمالي في قصة جويبر<sup>(٢)</sup> تؤذن بوجوب الاجابة وإن لم يكن قادراً. وهل تجب اجابة الولي قبل بلوغ ابنته ام لا بد من تحققه قولان قوى شيخنا الأخير.

وتكره الخطبة على خطبة المؤمن بعد الاجابة لمرسلتين من طرفنا<sup>(٣)</sup> وحرّمه الشيخ لظاهر النهي في الخبرين وعلى [التقديرين] لو عقد صح ويحرم التصريح بالخطبة للمعتدة مطلقاً إلا من الزوج في موضع يجوز له نكاحها بعدها كالمختلعة والمباراة لا المطلقة ثلاثاً، ولا يجوز التعريض

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٨ ح ١. (٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٥.

(٣) أنظر كنز الحقائق في هامش الجامع الصغير: ١٧٢/٢.

بالعقد لذات البعل اتفاقاً لما فيه من الفساد، ولا للمعتدة رجعية لأنها ذات بعل، ويجوز المعتدة بائناً التعريض من الزوج وغيره والتصريح منه ان حلت له في الحال ويحرم منه توقف على المحلل ومما يدل على جواز التعريض حينئذ صحيح عبدالله بن سنان وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(١)</sup> وكذا يحرم على المرأة، ولو صرح في موضع المنع أو صرحت هي لم يحرم نكاحها بذلك للاصل.

ويجوز النظر إلى وجه امرأة يريد تزويجها وكفيها باجماع المسلمين بل قيل ربما باستحبابه لظاهر صحيح محمد بن مسلم وصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٢)</sup>، وفي كثير من الأخبار كصحيح عبدالله بن سنان وغيره جواز النظر إلى شعرها ومحاسنها وان قيد في بعضها كمرسل الفضل بعدم التلذذ واختاره شيخنا ومال إليه السيد في شرح النافع وجواز النظر بشرط امكان الاجابة، ولو لم يتيسر إليه [له] النظر بعث إليها امرأة تتأملها وتصفها له لمرفوعة البرقي ومرسل الفقيه<sup>(٣)</sup>.

ويستحب الاشهاد في العقد الدائم استحباباً مؤكداً للنصوص المستفيضة منها صحيحتا زرارة وغيرها<sup>(٤)</sup> واوجبه العماني لخبر مهلب الدلال، ويدفعه صحيح حفص بن البختري، وصحيح زرارة، وصحيح هشام بن سالم<sup>(٥)</sup>، ويستحب الخطبة بالضم إمام العقد لرواية البنظي وخبر جابر وغيرها<sup>(٦)</sup>.

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٧، ح ١ و ٢.

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٢٨ ح ١. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣ ح ٢ و ٣.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٤ ح ١ و ٣ و ٤.

(٦) أبواب مقدمات النكاح ب ٤٢.

ويجزى الاقتصار على التحميد لخبر القداح إذا حمد الله فقد خطب<sup>(١)</sup>،  
ويستحب إيقاع العقد ليلاً ويكره نهاراً لحسن الوشا وموثق زرارة  
وغيرهما<sup>(٢)</sup>، ويكره في أيام الكوامل السبعة لأخبار عديدة ويجمعها  
[جديح يوكا كدكه]، وان يدخل بامرأته ليلة الاربعاء لموثق عبيد بن  
زرارة والبقباق<sup>(٣)</sup>، ويكره إيقاعه والقمر في برج العقرب لخبر حرمان  
وخبر عبدالعظيم الحسني، وفي عدة أخبار من تزوج ويسافر والقمر في  
العقرب لم يرى الحسنی<sup>(٤)</sup>، وفي محاق الشهر وهو من ثمان وعشرون إلى  
آخر الشهر وفي خبر عبدالعظيم «من تزوج في محاق الشهر فليسلم  
السفه للولد»<sup>(٥)</sup>.

ويكره التزويج ليلة السادسة والعشرين لخبر الدروع والمكارم وجاء  
استحبابه في ثلاث وعشرين وجاء اندفاع ذلك كله بالصدقة وفي خبر  
مسعدة<sup>(٦)</sup> عن التزويج في شوال فقال ان النبي ﷺ تزوج بعائشة في شوال  
وقال إنما كره ذلك في شوال الزمن الأول وذلك ان الطاعون كان يقع فيهم  
في الابكار والمملكات وكرهوه لذلك لا لغيره وفي خبر المجالس ان علياً  
ؑ تزوج بفاطمة في شوال لكن الخبر انه تزوج بها في ذي الحجة.

ويشترط في العقد الايجاب والقبول اللفظيين ولا شك في صراحة  
«زوجتك»، وإنما الخلاف في «انكحتك»، والمشهور انها من الالفاظ  
الصريحة [الصحيحة]، وقد ورد القران بهما واما «متعتك» في الدائم

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٤١ ح ٢. (٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٧ ح ٣.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٩ ح ١. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٤ ح ١ و ٢.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٤ ح ٢. (٦) أبواب مقدمات النكاح ب ١٣٨ ح ١.

فموضع خلاف اختاره العلامة وجملة من المتأخرين الانعقاد به، والأكثر على العدم وقواه شيخنا للاحتياط مع ان الامر عنده اوسع [من ذلك] وجاء بلفظ التزويج في المنقطع كثيراً إلا انها قد اشتملت على ذكر المدة [أو المتعة] كخبر ابان بن تغلب وصحيح الطاق وغيرهما<sup>(١)</sup> وتقول في عقد التحليل سواء جعلناه اباحة كما هو المشهور أو عقداً كما هو مرتضى المرتضى انت في حل من وطئها وحللتك بوطئها وفي لفظ الاباحة ونحوها في الأمة قولان، فان جعلنا التحليل من باب الاباحة والاذن كان من العقود الجائزة فيصح له لفظ الاباحة وهو المفهوم من الأخبار، واما على القول بانه عقد لازم كما هو مرتضى المرتضى وشيخ المبسوط فلا يصلح لها إلا التحليل لانه لم يجيء في الأخبار بلفظ الاباحة إلا نادراً ومما جاء بلفظ التحليل صحيح الفضل بن يسار وصحيح حفص بن البخري وصحيح أبي بصير<sup>(٢)</sup>. وفي اشتراط الماضية والعربية والاقتران وتقديم الايجاب على القبول فالأقوى والظاهر عند شيخنا والكاشاني وجماعة عدم الاشتراط لعدم الدليل وان كان المتفق على عنده أولى، خصوصاً العربية للقادر للتأسي بالنبي ﷺ حيث لم ينقل عنهم ﷺ في عقودهم سواء العربية، والمشهور اشتراط الماضي وجوز العماني بالعمل بالمستقبل وفي الصحيح المشهور بين الفريقين في قصة سهل الساعدي ما ينفي اشتراطه<sup>(٣)</sup> واشتراط الاقتران ومنهم من جوز المستقبل في المنقطع خاصةً لورود النصوص المستفيضة<sup>(٤)</sup> به وهو ظاهر الاردبيلي والسيد في

(١) أبواب المتعة ب١٨، ح ١ و ٢. (٢) أبواب عقد النكاح ب ١.

(٣) اشتراط الماضي في نسخة. (٤) أبواب المتعة ب ١٨.

شرح النافع والمشهور اشتراط العربية مع القدرزة وقيل ولو بتوكيل الغير وكذلك الاقتران [والصحيح المذكور بنفيه عند شيخنا] والقول بتقدم الايجاب على القبول شاذ [بل لا يعلم قائله] واستحب ابن حمزة العربية للقادر عليها للتأسي وان العاجز فيتكلم بما يحسنه لموثق الساباطي<sup>(١)</sup> فلا يجب عليه التوكيل ولا التعلم خلافاً للمشهور في التوكيل إن لم يشق عادة ولو عجز عن النطق اقتصر على الاشارة والايماء وحركة اللسان واتبعها بحركة اليد كما جاء بالنسبة إلى صلاته، ولا يصح من السكران مطلقاً خلافاً للشيخ إذا جاز بعد الافاقه لصحيح إسماعيل بن بزيع<sup>(٢)</sup>، واختاره جماعة من المتأخرين منهم شيخ الحدائق وشيخنا لم يعتمدها. ويشترط امتياز المتعاقدين بالاشارة مع الحضور أو التسمية أو الصفة، ولو كان اسمها زينب فسمها فاطمة ففي صحة العقد وبطلانه قولان، وفي الصحة قوة ولا يراعى العلم بها برؤية أو وصف رافع للجهاالة لان الاشارة والتسمية كافيان، ولو كان للرجل عدة بنات فزوج احدهن ولم يسمها عند العقد ولكن قصد بها بالنية واختلفا في العقود عليها فان كان الزوج رآهن فالقول قول الأب عند جماعة من القدماء وإن لم يكن رآهن كان العقد باطلاً، واختاره شيخنا لصحيح أبي عبيدة الحذاء<sup>(٣)</sup>، ولا يشترط ذكر الصداق في الدائم بلا خلاف للمعتبرة الاتي ذكرها اما المنقطع فيشترط فيه ذكره فيبطل بفواته العقد للنصوص الاتي ذكرها، ويشترط في المتعة أن يكون مملوكاً معيناً لحسن الهاشمي وصحيح محمّد بن مسلم وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب القراءة في الصلاة ب ٥٩. (٢) أبواب عقد النكاح ب ١٤ ح ١.

(٣) أبواب عقد النكاح ب ١٥ ح ١. (٤) أبواب المهور ب ٨.

وذكر الاجل لازم في المنقطع اجماعاً وفي صحيح زرارة لا تكون متعة إلا بامرین بأجل مسمى واجر مسمى<sup>(١)</sup> فان اخلاً به وان كان نسياناً بطل على الاصح عند شيخنا لهذا الصحيح وغيره خلافاً للمشهور بين القدماء فينقلب دائماً لموثق ابن بكير وخبر ابان بن تغلب وخبر هشام بن سالم<sup>(٢)</sup>، وفي دلالتها نظر وللحلي فينقلب ان وقع بلفظ التزويج والنكاح لصلاحيتهما في الدائم دون التمتع فيبطل ولاخرين فينقلب ان تعتمد الاخلال بذكر الاجل وإلا تعتمد كان ناسياً أو جاهلاً بطل وتقدير الاجل اليهما طال أو قصر ولو لحظة بقدر ما يجامع فيها وهو المعبر عنهما في الأخبار بالفرد والفردين<sup>(٣)</sup> بشرط ان يكون معيناً محروساً من الزيادة والنقصان اتصل بالعقد أو تأخر على الأقوى عند الكاشاني للأصل المؤيد بخبر بكار بن كردم<sup>(٤)</sup>، واشترط شيخنا الاتصال احتياطاً والاطلاق يقتضي الاتصال في المشهور لظاهر خبر بكار<sup>(٥)</sup>، خلافاً للحلي حيث شرط التنصيص على الاتصال وإذا عقد عليها شهراً معيناً متأخراً.

عن العقد بمدة تسع ان تمتع باخر فهل يصح لها ذلك على القول بالجواز الانفصال ام لا الأقوى عند شيخنا المنع.

ولو عقد على ما لا يصح التملك كالخمر ولحم الخنزير فسد المهر، وفي صحة العقد قولان، وعلى القول بالصحة فهل ينتقل إلى القيمة أو إلى مهر المثل الأكثر على الرجوع إلى القيمة لخبر عبيد بن زرارة<sup>(٦)</sup>، ويدل

- |                             |                                     |
|-----------------------------|-------------------------------------|
| (١) أبواب المتعة ب ١٧، ح ١. | (٢) أبواب المتعة ب ٢٠، ح ١ و ٢ و ٣. |
| (٣) أبواب المتعة ب ٢٥، ح ٢. | (٤) أبواب المتعة ب ٣٥، ح ١.         |
| (٥) أبواب المتعة ب ٣٥، ح ١. | (٦) أبواب المهور ب ٣، ح ٢.          |

على الانتقال إلى مهر المثل خبر طلحة بن زيد<sup>(١)</sup>، والقول بالصحة مذهب المبسوط والحلي وابن زهرة والمحقق بل هو المشهور والقول بالبطلان للشيخين في المقنعة والنهاية والحلي، ويشترط في صحة عقد المريض ان يدخل بها فان مات في مرضه ذلك بطل العقد ولا مهر لها ولا ميراث لصحيح زرارة وحسنه وصحيح أبي ولاد وغيرها<sup>(٢)</sup> وظاهر [التذكرة] الاجماع وهذا الشرط معتبر في حق الزوج دون الزوجة فلو زوجت نفسها في مرض الموت لم يشترط الدخول بها واحتمل في المسالك انها كالزوج وهو بعيد من الفتوى والأخبار.

ولا مهر في التحليل حتى على مرتضى المرتضى من انه عقد، ولا يشترط فيه الاجل على الاصح وهو المشهور للاصل خلافاً للمرتضى والشيخ ولا يجزي في غير الأمة التحليل، وفي مبعضة المالك لا مبعضة الحرية خلاف ويدل على عدم الجواز في مبعضته صحيح محمد بن قيس وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup>، وهذا التحليل ليس هو موضع اجماع بل نقل المنع مطلقاً وسيجيء عن الشيخ المنع منه للمملوك وهل هو عقد ام تملك منفعة؟ قولان: المشهور الثاني وهو الاظهر لظواهر الأخبار.

وفي جواز تحليل امته بعبده قولان، الشيخ واتباعه على المنع لاطلاق صحيح ابن يقطين<sup>(٤)</sup> وفيه نظر لمعارضته بما هو أقوى كصحيح ابن مسكان وصحيح الحلي وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٥)</sup> إلى غير ذلك مع ان

(١) أبواب المهور ب ٣، ح ١.

(٢) أبواب ميراث الأزواج ب ١٨، ح ١ و ٢.

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٤١، ح ١ و ٢.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٣٣، ح ٢.

(٥) أبواب نكاح العبيد ب ٤٧.

الصحيح موافق لمذهب العامة ويجب الاقتصار في التحليل مع ما يتناوله اللفظ فاذا احل له الخدمة أو النظر لم تجز له القبلة ولا اللمس وكذا لو احل له اللمس لم تجز له القبلة ولا الوطي، ولو احل القبلة حل اللمس لا الجماع، ولو حل له الوطي حل ما دونه من ضروب الاستمتاع لصحيح الفضيل بن يسار وصحيح هشام بن سالم وحفص بن البختري وموثق بن مسلم<sup>(١)</sup> وما في صحيح علي بن يقطين «سألته عن الرجل يحل فرج جاريته لزوجها قال لا احب ذلك»<sup>(٢)</sup> ومثله معتبرة إسحاق وهو محمول على الكراهة لأن هذا مما لا يراه غيرنا فالتنزه عما هذا سبيله أولى.

وإذا زوج عبده امته فهل هو عقد مفتقر إلى الايجاب والقبول أو الايجاب فقط أم هو اباحة وتحليل يكفي فيه اللفظ الدال عليهما من الولي [على] جواز التحليل له كما هو الأقوى، أقوال ثلاثة أشهرها التوقف عليهما واظهرها التوقف على الايجاب خاصة لصحيح محمد بن مسلم وحسن الحلبي وغيرهما<sup>(٣)</sup>.

وهل اعطاء المملوكة شيئاً من قبل العبد أو المولى كما تضمنه هذا الصحيح على جهة الوجوب أو الاستحباب الأشهر الثاني خلافاً للشيخين حيث ذهبوا للوجوب وهو الأحوط.

وهل الفضولي يقف على الاجازة ام يقع باطلاً من أصله الأكثر على الأول لصحيحة أبي عبيدة الحذاء وصحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع وغيرهما<sup>(٤)</sup>، خلافاً للخلاف لأخبار عامية وخبر البقباق<sup>(٥)</sup>، ووافقه فخر

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٣٥، ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) أبواب نكاح العبيد ب ٣١، ح ٧. (٣) أبواب نكاح العبيد ب ٤٣، ح ١ و ٢.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٢٤، ح ١ و ٢. (٥) أبواب نكاح العبيد ب ٢٩، ح ١.



المحققين، ولو وقع العقد الفضولي على الصغيرين ولا ولي لهما وقف على جازتهما [على] بعد البلوغ فان ماتا معاً قبله أو مات احدهما قبله بطل العقد، وان بلغ احدهما من حياة الاخر فاجاز من جهته فان مات وبلغ الاخر فاجاز احلف انه لم يجز للرغبة في الميراث بالاصل النكاح وورث وهكذا يستفاد من الفتوى وصحيح أبي عبيدة الحذاء<sup>(١)</sup>، فلو كانا كاملين فزوجهما الفضولي ففي انسحاب الحكم اليهما وجهان، الأقوى عدم الانسحاب بالنسبة إلى التوقف على اليمين وتكفي الاجازة، نعم لو كان العاقد على الصغيرين احدهما الولي والاخر فضولي فمات من عقد له الولي اولاً قبل بلوغ الاخر ثبت الحكم المذكور لخبر عبيد بن زرارة<sup>(٢)</sup>.

واذن البكر صمتها لصحيح البزنطي وغيرهما<sup>(٣)</sup> إلا إذا ظهر عليها امارات تورث الكراهة لرؤية المجالس والحلي لم يكتف بسكوت البكر وهو شاذ، والمشهور ان البكر من لم تذهب بكارتها والثيب من ذهبت بكارتها بجماع وغيره، والأقوى عند شيخنا ان الثيبوبة إنما تعتبر إذا كانت حاصلة من الجماع الحلال، وإذا كان بغيره فحكمها حكم البكر وهو مذهب العلامة وجماعة ممن تأخر عنه.

وتثبت الولاية في النكاح للاب والجد له وان علا على الصغير والصغيرة للنصوص المستفيضة [المشهورة] كصحيح عبدالله بن سنان وصحيح محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٤)</sup>، وعلى السفية والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر ولا خلاف فيه. وهل تشترط المصلحة أم لا؟

(١) أبواب ميراث الأزواج ب ١١، ح ١. (٢) أبواب ميراث الأزواج ب ١١، ح ٣.

(٣) أبواب عقد النكاح ب ٥ ح ١. (٤) أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨.

المشهور عدم الاشتراط ومال في شرح القواعد إلى اشتراطها كما اشترطت في الحكم الشرعي وهو لا يخلو عند شيخنا من قوة وان تدعي السفه والجنون بعد البلوغ والرشد ففي ثبوت ولايتها قولان، المشهور لا الحكم الشرعي.

وظاهر الشرائع ان ولاية السفه للحاكم وان اتصلت بالصغر بخلاف المجنون فوافق فيه المشهور.

وفي ولايتهما على البكر البالغة الرشيدة أو استقلالها التشريك معهما أو مع تشريك الأب خاصة أو في الدائم خاصة أو في المنقطع خاصة أقوال مذهب الشيخ في النهاية والصدوق وجمع من المتأخرين استمرار الولاية عليها والحلي والمفيد في المقنعة على اضطراب فيها على التشريك بينهما، وذهب المفيد أيضاً إلى التشريك بين المرأة وابيها خاصة، وذهب أكثر المتأخرين والشيخ في البيان والمرضى وابن الجنيد والمفيد في كتاب احكام النساء، وسلاز وابن ادريس إلى استقلالها وسقوط الولاية عنها رأساً، والشيخ في الكتابين على ثبوت ولايتهما في الدائم خاصة، وقيل بالعكس وهو مجهول القائل.

واحتج الصدوق ومن تبعه بالنصوص المستفيضة كصحيح ابن أبي يعفور وصحيح محمد بن مسلم وصحيح زرارة وغيرها<sup>(١)</sup>، واحتج الحلي على التشريك بموثقة صفوان وللمفيد على تشريك الأب خاصة بظاهر موثق صفوان<sup>(٢)</sup> أيضاً ولأكثر المتأخرين وبعض القدماء بل هو المشهور على استقلالها بالنصوص الكثيرة كصحيح الفضلاء وصحيحتي منصور

(١) أبواب عقد النكاح ب ١١ و ب ٦. (٢) أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٢.

وغيرها<sup>(١)</sup>، واما القولان الأخيران وهو ان ثبوت الولاية عليها في الدائم دون المنقطع وبالعكس ضعيفان مع ان تخصيص الولاية بالمنقطع مجهول القائل. قال شيخنا: وأقوى جمع خطر، يبالي ان يكون امر البكر البالغة الرشيدة مع أبوها لها نوع استقلال لكنه غير ملتفت إليه عند اختيار الأب أو الجد، نعم عند عدم الاختيار اما لغيبته أو عدم رغبته في الكفاءة أو تقدم اختيارها قبل المشاورة فامرها ماض وان كان الافضل هو التشريك حيث يكون ممكناً انتهى، والاحتياط في التشريك اما إذا عضلها الولي وهو ان لا يزوجها من الكفوء مع رغبته فيه فلها ان تزوج نفسها ولو كره الولي باجماعنا وظاهر النصوص الدالة على ذلك بالعموم.

ولا ولاية للوصي ولا الحاكم الشرعي على البالغ الرشيد لخبر البقباق<sup>(٢)</sup> وغيره، ولا لأحد على الثيب بالوطي الشرعي مع بلوغها ورشدها لصحيح عبدالله بن سنان وصحيح الحلبي وصحيح ابن مسكان وغيرها<sup>(٣)</sup>، وخلاف العماني شاذ وحمل رواية الدلال لا نكاح إلا بولي على الاستحباب أو التقيّة متجه وحمل صحيح ابن إسماعيل بن سعد الأشعري على الثيب بغير جماع متجه بل متعين، وثبتت الولاية للحاكم على من تجدد فساد عقله مع الغبطة، وقد عرفت خلاف البعض فيه، وفي ثبوتها على من بلغ فاسد العقل قولان، المشهور بل نقل عليه الاجماع ان الولاية للاب والجد والقول الاخر في الشرائع، وفي ولاية الحاكم على الصغيرين احتمال غير قوي عند شيخنا وقواه في المسالك وتبعه الكاشاني

(١) أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٣ و ١٠ . (٢) أبواب عقد النكاح ب ١٣ .

(٣) أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٢ و ٤ .

والحق عند شيخنا ان لا ولاية للحاكم على الصغيرين اصلاً بل هو فضولي وان كان ولياً في الأموال وصحيح عبدالله بن سنان الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها والسلطان ولي من لا ولي له لا بدّ من تخصيصه بغير النكاح وهو المآل أو يحمل على التقية.

وفي ثبوت ولاية الوطي هنا مطلقاً ومع نص الموصي على النكاح أو [على] من بلغ فاسد العقل خاصة إذا كان به ضرورة إلى النكاح أو العدم مطلقاً أقول اقواها وأشهرها عند شيخنا العدم مطلقاً إلا إذا كان منصوباً على وصية في النكاح ووقع التزويج في حال الصغر مع المصلحة والغبطة في الانثى خاصة فانه يلزم، [ولو] ماتت على هذه الحال اما لو بلغت ملكت امرها لصحيح أبي عبيدة الحذاء<sup>(١)</sup> كما هو مختار شيخنا وصحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع<sup>(٢)</sup> ظاهر في ان عقد الوصي غير لازم لها وإنما هو فضولي والسيد في شرح النافع تبعاً للمسالك لم يقف عليه ومن ثم جزماً بالقول بالولاية مطلقاً وهو مذهب الشيخ في الخلاف والعلامة في المختلف ثبوت الولاية له مع النص على التزويج في الوصية كما هو المشهور، واحتمل في الحدائق اختصاص الأخبار الاولى الدالة على ولاية الوصي بولاية المحض النكاح وحمل صحيح ابن بزيع<sup>(٣)</sup> على نفي الولاية العامة، وفي عيون أخبار الرضا عدة أخبار تشعر على ان التنصيص على النكاح في الوصية مما تثبت به الولاية الشرعية لكن [احتمال التقية فيها قائم عند شيخنا].

(١) أبواب ميراث الأزواج ب ١١، ح ٣. (٢) أبواب ميراث الأزواج ب ١١، ح ٣.

(٣) أبواب عقد النكاح ب ٨، ح ١.

وللمولى تزويج مملوكه مطلقاً صغيراً ام كبيراً ذكراً أو انثى عاقلاً أو مجنوناً شاء ام أبي لصحيح ابن وهب وصحيحة عبدالله بن سنان وغيرها. وقال بعض العامة لا يملك اجبار الكبير لانه يملك دفعه بالطلاق فكيف يجبر على ما يملك دفعه قال الكاشاني تبعاً لبعض علمائنا ولا يخلو من قوة، وفيه نظر لتصريح تلك الأخبار والآية بانه: «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»<sup>(١)</sup>، ولا يصح الوطي إلا باذنه وقبله فضولي.

وإذا زوج عبده أمته فله امره بالاعتزال فيستبرئها ان كانت من أهله ويطأها ثم يردها عليه بعد الاشرء وهكذا لصحيح ابن المغيرة وصحيح [محمد] بن مسلم وغيرهما<sup>(٢)</sup>، ولا ولاية للام وقول الاسكافي شاذ كقول العماني بنفي ولاية الجد للاب مطلقاً لدلالة كثير من الأخبار على حصر الولاية في الأب وحملت على الحصر أضافي [تارة] وتارة على التقية وكذا اشتراط الشيخ ولايته بحياة الأب شاذ عند المشهور وقوى شيخنا اشتراط الحياة لموثق البقباق<sup>(٣)</sup>، ولو تشاح الأب والجد قدم اختيار الجد لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٤)</sup>، وان زوجها احدهما قبل الاخر صح عقده ولو اقرنا فنكاح الجد اولى لصحيح هشام بن سالم وحسنه وغيرهما<sup>(٥)</sup>.

ويشترط فيهما الإسلام بل الايمان إذا كان المولى عليه مؤمناً لخبر الجعفریات، ولا ولاية للمملوك على ولده حراً كان أو مملوكاً لقوله

(١) النحل: ٧٥.

(٢) أبواب نكاح العبيد ب ٤٥، ح ٢ و ١.

(٣) أبواب عقد النكاح ب ١١.

(٤) أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ١.

(٥) أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٣.

تعالى: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾<sup>(١)</sup>، وقيل إذا كان المولى عليه كافراً صح ان يكون المولى مثله لظاهر ﴿فانكحوهن باذن اهلهن﴾<sup>(٢)</sup> هذا إذا لم يكن ولي مسلم كما اختاره شيخنا، وجوز الشيخ التمتع بأمة المرأة بغير اذنها لرواية سيف<sup>(٣)</sup>، وهي معارضة بخبري محمد بن أبي نصر محمد بن إسماعيل بن بزيع<sup>(٤)</sup>، ومن الأقوال الشاذة قوله وقول ابن حمزة وابن البراج بلزوم المهر على الام لو زوجه فضولياً مع كراهته لخبر محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> وقوله بتقديم عقد [الأخ] الاكبر ما لم يدخل الذي عقد عليه الاصغر مطلقاً كما في النهاية أو مع اقتران العقدین وإلا قدم السابق كما في كتابي الحديث لخبر وليد ببيع الاسقاط.

وإذا شرط في العقد ما يخالف المشروع مثل ان لا يتزوج أو لا يتسرى بطل الشرط وصح العقد والمهر على المشهور لصحيح محمد بن قيس وخبره وصحيح إسماعيل بن سعد وغيرها<sup>(٦)</sup>، وأما ما يخالفها كخبر برزج<sup>(٧)</sup> فمحمول على التقية أو الاستحباب وكذا لو شرط تسليم المهر في اجل فان لم يسلمه كان العقد باطلاً فيبطل الشرط خاصة لصحيح محمد بن قيس وخبره<sup>(٨)</sup>، ولو شرط ان لا يفتضاها مع البكارة ان لا يدخل في فرجها فالشيخ والمحقق على لزوم الشرط في الدائم والمنقطع واختاره شيخنا لموثقتي إسحاق بن عمار وسماعة<sup>(٩)</sup>، والشيخ في المبسوط

(٢) النساء: ٢٥.

(١) النحل: ٧٥.

(٤) أبواب المتعة ب ١٥، ح ١ و ٢.

(٣) أبواب المتعة ب ١٤، ح ١.

(٦) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٣، ح ١ و ٢.

(٥) أبواب عقد النكاح ب ٧، ح ٣.

(٨) أبواب المهور ب ١٠، ح ٢.

(٧) أبواب المهور ب ٢٠، ح ٤.

(٩) أبواب المهور ب ٣٦، ح ١ و ٢.

والعلامة في المختلف وفخر المحققين خصوصاً بالمنقطع كما يشعر به موثق سماعة<sup>(١)</sup>، ولو اذنت بعد ذلك جاز لموثق إسحاق والحلي على بطلان الشرط خاصة وصحة العقد منقطعاً أو دائماً وكذا السيد وابن حمزة في الدائم خاصة.

ولو شرط ان لا يخرجها من بلدها لزم عند الشيخ في النهاية والعلامة في المختلف والارشاد وشهيد اللمعة وشرح الارشاد لصحيح البقباق<sup>(٢)</sup> ولعموم «والمؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup>، واختاره شيخنا والحلي وجماعة من المتأخرين يبطل الشرط خاصة ويصح العقد ومنع الشيخ في الخلاف والمبسوط من اشتراط عدم المسافرة بها والمؤمنون عند شروطهم يشمل ذلك.

وهل يلزم ان شرط ان لا يخرجها عن اهلها أو منزلها أو محلقتها أم لا؟ قطع الشهيد الأول باللزوم واختاره شيخنا لخبر ابن أبي عمير عن جميل<sup>(٤)</sup>، اما لو شرط الخيار في العقد فالمشهور بطلان العقد لفساد الشرط خلافاً للحلي فيبلغ الشرط ويحل العقد، ولو شرط ذلك في المهر خاصة صح في الدائم بشرط ان يكون له مدة مضبوطة، وللشيخ في النهاية وجماعة لو شرط في المنقطع الاتيان ليلاً أو نهاراً خاصة والمرأة والمرأتين في الزمان المعين صح وفي النصوص ما يدل على ذلك إلا انه يشمل الدائم أيضاً في الاتيان ليلاً أو نهاراً كحسن عبدالرحمن بن أبي عبدالله ومرسل ابن أبي عمير وخبر زرارة وأما تقييد المرة والمرأتين

(١) أبواب المهور ب ٣٦، ح ١ و ٢. (٢) أبواب المهور ب ٤٠. (٣) أبواب المتعة ب ٣٢، ح ٩. (٤) أبواب المهور ب ٤، ح ٣.

بالزمان فليس في الأخبار منه اثر، وإثما قيدوه بذلك حذراً من الجهالة وهي حاصله حتى على تقدير التقييد كما هو المشهور لجهالة الاجل، والمشهور انه لا بدّ من مقارنة الشرط العقد من دون تقديم وتأخير لخبر زرارة<sup>(١)</sup>، قيل واشترط في النهاية ذكره بعد العقد حتى يلزم وعبارته لا تدل على ذلك بل على اجزاء المتأخر، وفي التهذيب صرح بان المعتبر ما يقع بعد العقد لموثق ابن بكير ورواية بكير بن اعين وغيرهما<sup>(٢)</sup> وأولت بها يوافق المشهور.

وعقد الشغار باطل وهو ان تزوج امرأتان برجلين على ان يكون مهر كل واحدة نكاح الاخر لمرسل ابن بكير وخبر غياث وموثقه وخبر الحسين بن يزيد<sup>(٣)</sup>.

(١) أبواب المتعة ب ٢٥، ح ٢. (٢) أبواب المتعة ب ١٩، ح ١.

(٣) أبواب عقد النكاح ب ٢٧ ح ١ و ٢ و ٣.



## فصل في أحكام الصداق

يشترط في الصداق صحة تملكه شرعاً عيناً كان أو منفعة، وقد ورد بتعليم السورة خبر سهل الساعدي بطرق عديدة فيها الصحيح وغيره<sup>(١)</sup>، ويجوز باجرة الزوج نفسه مدة معينة وفاقاً للاكثر والشيخ وجماعة على المنع لحسن البنظي<sup>(٢)</sup> ولا دلالة فيه، ولو لم يحسن الصيغة أو السورة توصل إلى تعلمها ولو بالغير إذا لم يشترط يعلمها بنفسه وان تعذر فعله اجرة المثل لخبر زرارة<sup>(٣)</sup>.

ويكفي في المهر مشاهدة العين من غير اعتبار الكيل والوزن لحسن البنظي وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وغيرهما، والخادم والبيت والدار ترجع فيها إلى الوسط لخبر علي بن حمزة ومرسل ابن أبي عمير<sup>(٥)</sup>. ولا تقدير له في القلة والكثرة ما لم يقصر عن التقييم كحبة من حنطة لصحيح محمد بن مسلم وفيه ما ادنى ما يجزي من المهر؟ قال تمثال من سكر<sup>(٦)</sup>، واما في جانب الكثرة فعمومات الكتاب والسنة كثيرة منها صحيح الفضيل بن يسار وصحيح جميل وحسن الحلبي<sup>(٧)</sup>، خلافاً للسيد

(١) أبواب المهور ب ١٧. (٢) أبواب المهور ب ٢٢.

(٣) أبواب المتعة ب ٣١، ح ٨. (٤) أبواب المتعة ب ٢١، ح ١ و ٣.

(٥) أبواب المهور ب ٢٥، ح ١ و ٢. (٦) أبواب المهور ب ١، ح ٢.

(٧) أبواب المهور ب ١، ح ١ و ٤ و ١٠.

فمنع من الزيادة على مهر السنة وهو خمس مائة درهم فلو زاد رد إليها لخبر المفضل بن عمر وخبر الحسين بن خالد وخبر عمر بن يزيد<sup>(١)</sup> لكنه شاذ، نعم يكره ذلك كراهة مغلظة حتى جاء في كثير من المعتمدة ان شؤم المرأة في كثرة مهرها<sup>(٢)</sup>، ونقل عن الصدوق انه منع من نقصانه عن عشرة دراهم لرواية وهب بن وهب<sup>(٣)</sup> وظاهرها الكراهة وقد مضى ان ذكر المهر ليس شرطاً في العقد الدائم بلا خلاف لخبر منصور بن حازم وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٤)</sup>، و يسمى بـ«تفويض البضع» اما لو صرح بنفيه في الحال أو المال على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد على الأقوى والأشهر وفيه وجه بالصحة وفيه وجه بفساد التفويض خاصة دون العقد فيجب مهر المثل مع الدخول كما لو شرط في المهر ما يفسده، ولو ذكره في العقد اجمالاً وفوض تقديره إلى احدهما أو اليهما معاً صح بلا خلاف لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> وحسنه ويسمى «تفويض المهر»، ثم ان كان الحاكم هو الزوج عين ما شاء وان كانت الزوجة لم تتجاوز مهر السنة لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٦)</sup> في موثق أبي بصير تلحق بمهر نساءها<sup>(٧)</sup> وحمله شيخنا على الاستحباب وعمل به العلامة في بعض كتبه فانه ان كان معاً حاكمين واختلفا على وجه لم يتجاوز مهر السنة فالشيخ في المبسوط والعلامة في عدة من كتبه وقف حتى يسطلحا واحتمل البعض الرجوع إلى الحاكم واستحسنه في المسالك، وإذا فوض البضع فان اتفقا

(١) أبواب المهور ب ٤.

(٢) أبواب المهور ب ٦، ح ١.

(٤) أبواب المهور ب ١٢، ح ١ و ٢.

(٥) أبواب المهور ب ٢١، ح ٢.

(٦) أبواب المهور ب ٢١، ح ٢.

(٧) أبواب المهور ب ٢١ ح ٤.

على شيء بعد العقد صح وإلا يتفقا ثبت بعد الدخول مهر المثل وهو مختار شيخنا لموثقة منصور وحسنة الحلبي وغيرهما<sup>(١)</sup>، وقيده الأكثر بما إذا لم يتجاوز عن مهر السنة [أمثالها] فان تجاوز فالسنة لموثق أبي بصير<sup>(٢)</sup>، ودلالته عند شيخنا ناقصة لان النسيان غير التفويض وقيل بالسقوط إذا قدم إليها شيئاً ولو على سبيل الهدية، ولو طلقها قبل الدخول فالمتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره كما في الآية<sup>(٣)</sup> وينبغي الرجوع فيها إلى العرف وإلا يطلقها فمات عنها فلا شيء [عليه] لها لصحيح الحلبي وصحيح زرارة وخبره وغيرها<sup>(٤)</sup>.

وفي ثبوت المتعة بغير الطلاق من أقسام البينونة خلاف، والأقوى عند الكاشاني العدم وفاقاً للأكثر وما ورد من ثبوتها إذا مات المفوض إليه المهر قبل التعيين والحكم كصحيح محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> معارض بما قد استفاض من الأخبار الدالة على ان لا مهر لها ولا متعة كحسن ابن أبي يعفور وصحيحه<sup>(٦)</sup> وغيرهما فيحمل هذا على الاستحباب، وقد عمل به جماعة من القدماء ولا تنافيه المستفيضة لانها إنما نفت المهر ولم تنف المتعة، وإذا فوض المهر فان طلقها أو مات غير الحاكم منهما لم يبطل الحكم فان كان الطلاق قبل الدخول ألزم الحاكم بالحكم وثبت لها النصف، ولا مستند سوى الشهرة فان كان الحاكم هي فليس لها ان تتجاوز مهر السنة لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٧)</sup>، وان مات الحاكم قبله وقبل

(١) أبواب المهور ب ٢١، ح ١ و ٢.

(٢) البقرة: ٢٣٦.

(٣) أبواب المهور ب ٤٨، ح ١.

(٤) أبواب المهور ب ٢١، ح ٢.

(٥) أبواب المهور ب ١٣، ح ٢.

(٦) أبواب المهور ب ٤٩، ح ١.

(٧) أبواب المهور ب ٥٣، ح ١.

الحكم فالمشهور سقوط المهر ولها المتعة لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، واختاره شيخنا والعلامة في القواعد ليس لها احدهما لاختصاص المتعة بالطلاق وهو اجتهاد في مقابلة النص وكل ما وطئت المرأة بالشبهة والعقد الفاسد ومكرهة فلها مهر المثل، ويدل على هذا التعميم أخبار كثيرة [ومستفيضة]، وفي كثير منها «وإذا أدخله وجب المهر»، وفي كثير منها «إذا التقا الختانان فقد وجب ذلك كله» وكلما وطئت بالعقد الصحيح فالمسمى كمالاً [دائماً كان] أو منقطعاً وهذا أيضاً قد جاءت به الأخبار التي لا يأتي عليها الاملاء<sup>(٢)</sup>.

نعم لو اخلت ببعض المدة في المنقطع كان له ان يضع من المهر بنسبتها إلا أيام الطمث لصحيح حفص بن البختري ومعتبرة عمر بن حنظلة وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وكلما وقعت الفرقة قبل الدخول فان كانت بأمر من قبلها كاحد عيوب الرجل واختارت الفسخ فلا شيء لها بلا خلاف إلا أن تفسخ لعنته فلها النصف لصحيح أبي حمزة الشمالي<sup>(٤)</sup>، والاسكافي اوجبه تاماً بناء على استقراره بمجرد الخلوة وان كانت الفرقة من قبل الزوج فان كانت بالطلاق فالنص لقوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾<sup>(٥)</sup>، وصحيح رفاعة وصحيحتي أبي بصير وغيرها<sup>(٦)</sup>، ﴿إلا أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح﴾<sup>(٧)</sup> وليس له اسقاط الكل لصحيح رفاعة وفي مرسل الفقيه<sup>(٨)</sup> «يأخذ بعضاً ويدع بعضاً وليس له ان يدع كله»، ولا يجوز لولي

(١) أبواب المهور ب ٢١، ح ٢.

(٢) أبواب المتعة ب ٢٨، ح ١ و ٢.

(٣) أبواب العيوب ب ١٥، ح ١.

(٤) أبواب المهور ب ٥١، ح ١ و ٢.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

(٦) أبواب المهور ب ٥٢، ح ٣.

(٧) البقرة: ٢٣٧.

الزوج العفو عن شيء من النصف لعدم الدليل ولا للوكيل عن المرأة في مالها مجرداً كما قاله المشهور. وصحيح الحلبي مؤول على توكيه في أمرها اجمع، وقيل الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج نفسه لمرسل المجمع، والأكثر على انه الولي للمرأة دون الزوج والصاح معهم وله المرسل<sup>(١)</sup> وان كانت الفرقة لاختلاف الدين أو هبة المدة وانقضائها في المنقطع فالمشهور التنصيف أيضاً لمشايبته الطلاق في الاختلاف ولخبر سماعه<sup>(٢)</sup>، في هبة المدة وانقضائها واختاره شيخنا وقيل ان ذلك قياس بل لها الجميع وفيه نظر، والمشهور قوى وكذلك لو كان بالموت عند جماعة منهم الصديق مطلقاً واختاره شيخنا والشيخ والقاضي في موت الزوجة دون الزوج، ومما يدل على الاطلاق الصاح الكثيرة كصحيح ابن مسلم وصحيح ابن أبي يعفور<sup>(٣)</sup>، وصحيح الحذاء وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(٤)</sup>، ومما يدل على التخصيص بموت الزوجة خبر سليمان بن خالد وأبي الصباح الكناني وخبر زرارة وغيرها<sup>(٥)</sup>، والمشهور عدم التنصيف بالموت مطلقاً للأصل من تملكها بالعقد تمام المهر فيستصحب ولصحيح الحلبي وموثق المنصور<sup>(٦)</sup>، ولو كان في صورة العيب مدلس رجع عليه المهر سواء كان من جانب الزوج والزوجة لصحيحتي الحلبي وصحيحتي محمد ابن مسلم وغيرها<sup>(٧)</sup>.

(١) أبواب المهور ب ٥٢، ح ٣. (٢) أبواب المتعة ب ٣٠، ح ١.

(٣) أبواب المهور ب ٥٨، ح ١ و ٨.

(٤) (وصحيح الحذاء وصحيح الحلبي وغيرها) في نسخة.

(٥) أبواب المهور ب ٥٨، ح ٢٠ و ٢١ و ٧. (٦) نفس المصدر ح ٦ و ٢٣.

(٧) أبواب العيوب ب ٢، ح ٥ و ٧.

ولو لم يسم لها مهراً فكالمفوض لها مهر المثل مع الدخول وعدمه لا شيء لها، ولو سمي بتسمية فاسدة وقلنا بصحة العقد كما هو الاظهر فمهر المثل والشيخ وجماعة إلى مهر المثل ان كان الفاسد لعدم التملك كالخمر فالقيمة عند مستحيله وان كان لجهالته فمهر المثل والرجوع إلى الصلح والتراضي هنا حيث لا دليل احوط عند شيخنا ولو عقد على كتاب الله وسنة نبيه من دون تسمية فالمشهور الرجوع إلى مهر السنة لخبر اسامة بن حفص<sup>(١)</sup>، واختاره شيخنا وكثير من القدماء لم يذكره.

ويتحقق دخول الموجب للمسمى أو مهر المثل بغيبوبة الحشفة قبلاً كان أو دبراً ولو قلنا بالتحريم كمذهب القميين، وكذا لو كان في الحيض بلا خلاف لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup>. وهل يجب بالخلوة الأكثر لا؟، لصحيح الحلبي وصحيح حفص البخري وصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٣)</sup> خلافاً للاسكافي فاوجب لها المهر كملاً مطلقاً للحسن الحلبي وخبر إسحاق بن عمار وخبر محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup>، وهي محمولة على الاستحباب أو التقية، وللشيخ وجماعة من القدماء استدوه إلى ابن أبي عمير<sup>(٥)</sup> فاوجبوه ظاهراً لا باطناً جميعاً يعنون إذا كانا متهمين، ويدل على ذلك روايتا يونس بن يعقوب<sup>(٦)</sup> ووزارة<sup>(٧)</sup> وهما كاشفان ان ذلك على جهة الاستحباب. وللاسكافي قول شاذ بالحاق انزال الماء بغير ايلاج بالجماع والأخبار المتقدمة تدفعه والمعتبر في حال مهر المثل حال المرأة في

(١) أبواب المهور ب ١٣، ح ١.

(٢) أبواب المهور ب ٥٤، ح ٢.

(٣) أبواب المهور ب ٥٤، ح ١ و ٢ و ٣.

(٤) أبواب المهور ب ٥٥، ح ٢ و ٤ و ٦.

(٥) أبواب المهور ب ٥٥، ح ٢.

(٦) أبواب المهور ب ٥٤، ح ٦.

(٧) أبواب المهور ب ٥٥، ح ٣.

الشرف والجمال والبركة وما جرى مجرى ذلك من عادة اقاربها التي من اهل بلدها، والأقوى اعتبار اقاربها من الطرفين والأخبار ظاهرة عند شيخنا في انه لا يتقدر بقدر سوى اضافته إلى نسائها كما في رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله وموثق منصور وصحيح الحلبي<sup>(١)</sup>، وقيدته جماعة بما إذا لم يتجاوز مهر السنة لموثق أبي بصير<sup>(٢)</sup> وهو قاصر، والمشهور على تخصيصه بصورة التفويض، [وفي بعضها تصريح بدخول العاجل] للبضع وهو بمعزل عنه أيضاً عند شيخنا.

والمشهور ان الصداق يملك جميعه بالعقد وإن لم يستقر إلا بعد الدخول لموثق عبدة بن زرارة، خلافاً للاسكافي فتملك نصفه به والنصف الآخر بالدخول لموثق يونس بن يعقوب وخبره وخبر وموثق أبي بصير<sup>(٣)</sup> نص في المطلوب إلا أن الأولى حملة على التقية، ثم ان طلق قبل الدخول عاد إليه النصف على المشهور وعلى قوله لا عود لفرعيته للملك لانه ملكه. ولو حدث نماء بين العقد والفراق بني على القولين ولها التصرف فيه قبل القبض للخبر النبوي المشهور «الناس مسلطون على اموالهم»<sup>(٤)</sup> خلافاً للخلاف فمنعها منه إلا بعد التقييض كالبيع، ولو ابرئت الزوج من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه [بناء] على القول المشهور ولخبر سماعه وخبر الشهاب<sup>(٥)</sup> قول اخر للشيخ والعلامة بالعدم.

وإذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان ديناً ولم يسقط بالدخول على المشهور لحسن البرنطي وصحيح الفضيل بن يسار وغيرهما<sup>(٦)</sup> والحلي

(١) أبواب المهور ب ١٢ ح ٣ و ٢ و ١. (٢) أبواب المهور ب ١٣ ح ٢.

(٣) الكافي: ج ٢ ص ٢١٦. (٤) الكافي: ج ٢ ص ٢١٦.

(٥) أبواب المهور ب ٤١، ح ١ و ٢. (٦) أبواب المهور ب ٨، ح ١ و ٣.

اسقطها بالدخول للأخبار<sup>(١)</sup> الدالة على السقوط بمجرد الدخول، وفي [بناء] بعضها تصريح بدخول العاجل فمنها صحيح عبدالرحمن بن الحجاج وصحيح الفضيل بن يسار<sup>(٢)</sup>، وحملها الكاشاني على سقوط العاجل من دون الاجل لموثق عبيد بن زرارة وخبر محمد بن مسلم «إذا دخل بها فقد هدم العاجل»<sup>(٣)</sup>، وقد جعله شيخنا عبارة عن انقلاب الدعوى لأنها تكون مدعية وهو منكر بعد ان كان الامر بالعكس جمعاً. وينبغي ان لا يدخل بها حتى يقدم مهرها أو شيئاً منه أو من غيره هدية لصحيح البنظي وغيره<sup>(٤)</sup>، ولها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها إلا إذا كان مؤجلاً وكذا العكس لان النكاح نوع معاوضة وانطباق الأخبار على ذلك فيتقاضان معاً مع التأثير بوضع المهر على يد أمين، ومنع الحلّي من امتناعها مع اعساره. وهل لها الامتناع بعد الدخول أقوال ثلاثة: أحدها: انه ليس لها الامتناع وبه صرح في الخلاف والمرضى والحلي وجمله من متأخري المتأخرين منهم شيخنا واستوجهه في المسالك.

وثانيها: ان لها الامتناع وهو خيرة النهاية والمبسوط والمفيد والقاضي. وثالثها: الفرق بين تسليمها نفسها اختياراً أو كرها وقواه الكاشاني وجمله من متأخري المتأخرين تبعاً لابن حمزة، والمسألة خالية من الدليل سوى الاعتبار.

وإذا زوج ولده الصغير ضمن المهر ان كان الولد معسراً وإلا فلا على المشهور لموثق عبيد بن زرارة وصحيح محمد بن مسلم وخبر البقباق<sup>(٥)</sup>، خلافاً للتذكرة مع التصريح بنفي الضمان وتنزيل النصوص

(٢) أبواب المهور ب ٥٤.

(١) أبواب المهور ب ٥٤.

(٤) أبواب المهور ب ٧، ح ٥.

(٣) أبواب المهور ب ٨، ح ٤.

(٥) أبواب المهور ب ٢٨، ح ١ و ٣.



عليه لا يخلو من تكلف سيما خبر البقباق.

ولو تبين فساد العقد في المنقطع فان كان قبل الدخول فلا شيء لها اجماعاً وان كان بعد الدخول فهل لها ما اخذت مطلقاً دون ما بقي وهو مختار الشيخ في النهاية ام اذا كانت عالمة فلا شيء لها مطلقاً، وان كانت جاهلة فلها المسمى وهو مختار الشرائع ام يجب مهر المثل مع جهلها مطلقاً وهو مختار النافع وقواه في المسالك.

والقول الأول مروى في حسن حفص بن البختري<sup>(١)</sup> ومورده دفع شيء وبقاء شيء، ويمكن تنزيله على ان المقبوض بقدر مهر المثل، وقيل المعتبر مهر المثل كالنكاح الدائم، ويدل على سقوط باقي المهر مع علمها وجهله خبر علي بن احمد بن اشيم<sup>(٢)</sup>. ولا مهر لبغي للنص المستفيض من النبوي وغيره<sup>(٣)</sup> والاجماع، وربما يخص بغير الأمة فيثبت عوض البضع لمولها، اما المغصوبة فان كانت حرة فعليه مهر المثل كما مر وان كانت أمة مملوكة فعسر قيمتها ان كانت بكرأ ونصف العشر إن لم تكن بكرأ لصحيح الفضيل بن يسار وغيره<sup>(٤)</sup>.

ولو تزوج حرة فوجدها أمة دلست نفسها فلمولها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرأ، وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها لصحيح الوليد بن صبيح وفيه «وعليه قيمة الولد يوم يسقط حياً لمولها»<sup>(٥)</sup> كما في النصوص المستفيضة الآتية، وقيل فيه أقوال اخر: احدها انه المسمى وهو اختيار الأكثر، الثاني انه مهر المثل وهو مختار المبسوط، والقول الأول

(٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٦٧.

(١) أبواب المتعة ب ٢٨ ح ١.

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٥٨ ح ٧.

(٥) أبواب المهور ب ٦٠، ح ١.

مختار الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة واختاره شيخنا لصحيح ابن صبيح<sup>(١)</sup> الصريح.

واذن المولى للعبد في التزويج يقتضي كون المهر والنفقة في ذمة السيد على المشهور لانه لا يقدر على شيء والشيخ وجماعة ممن تأخر عنه بل في كسيه، ولو زوج عبده بحرّة ثم باعه قبل الدخول كان للمشتري الفسخ وعلى المولى نصف المهر لخبر علي بن أبي حمزة<sup>(٢)</sup>، وخالف الحلبي في امرين فلم يجوز الفسخ ولم ينصف المهر واختار الشيخ وجماعة وجوب النصف على المولى، وهذا الخبر مستندهم مع انهم لم يلتزموا اعطاء نصف المهر من ثمن العبد كما في الخبر، ولهذا حمل على الاستحباب وقوى شيخنا ما ذهب إليه الحلبي لان التنصيف خلاف للاصل والخبر ضعيف واستوجهه في المسالك، وعندني ان الضعيف منجبر بالشهرة.

وإذا لم يسم الزوج للمرأة مهراً وقدم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهرها إلا أن تشارطه قبل الدخول على ان المهر غيره، وهذا الحكم مشهور عند القدماء واختاره الحلبي لصحيح الفضيل بن يسار<sup>(٣)</sup>. وإذا امهرها مهراً ثم اعطاها عوضه عبداً ابناً وشيئاً اخر ثم طلقها قبل الدخول كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض، والمراد برجوعه بنصف المسمى هنا رجوعه بمثله أو قيمته لصحيح الفضيل بن يسار<sup>(٤)</sup>.

ولو امهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينهما فاذا مات تحررت في المشهور لرواية المعلى بن خنيس<sup>(٥)</sup>، وهي لا تدل عند شيخنا على كمال هذا الحكم لعدم تضمنها انعاقها بموت السيد، وقيل يبطل التدبير.

(٢) أبواب المهور ب ٨، ح ١٣.

(٤) أبواب المهور ب ٣٤.

(١) أبواب المهور ب ٦٠، ح ١.

(٣) أبواب المهور ب ٨، ح ١٣.

(٥) أبواب المهور ب ٢٣.

ولو اختلفا في القدر أو وصفه فالقول قوله مع يمينه بالاجماع لصحيحة الحذاء<sup>(١)</sup>، ولو اختلفا في الحلول أو التأجيل فالقول قوله مع يمينه عند بعضهم الحاقاً بالاختلاف في القدر والوصف وهو ممنوع والحق في المبسوط والحلي والعلامة في السراير اختلافهما في الجنس بالاختلاف في القدر وهو ممنوع أيضاً، ووجه التخالف فيه أولى فيثبت مهر المثل بعده، اما لو اعترف بالمهر ثم ادعى تسليمه فالقول قول المرأة مطلقاً في المشهور وقبل الدخول، ووافق شيخنا المشهور وبعده القول قوله لرواية الحسين بن زياد وصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٢)</sup> وعليه الاسكافي.

ولو سُمّي للمرأة مهراً ولأبيها شيئاً معيناً لزم ما سُمّي لها وسقط ما سُمّي لأبيها لحسن الوشا، ولو كان المشروط لأبيها جزءاً من المهر فالمشهور عدم صحته لحسنة الوشا أيضاً، وكلام ابن الجنيد يعطي ان هذا الشرط لازم وحجته «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup>، والشهيد في شرح الارشاد، والمحقق في شرح القواعد مالا إليه، ولو تزوج امته وجعل عتقها صداقاً ثم طلقها قبل الدخول كان عليها نصف قيمتها، وتبقى على العتق المشهور لموثقتي يونس بن يعقوب وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup>، وذهب الصدوق إلى انه يرجع في نصفها ويكون ملكاً له وتكون الأمة مبعوضة وبه أخبار، ويمكن عند شيخنا الجمع بانه إذا لم يمكنها الاستسعاء في قيمتها أو تقاعدت عنه رجع نصفها إلى الملك لاخبار موثقتي يونس<sup>(٥)</sup> بذلك فيحمل عليهما اطلاق خبر [موثقتي] أبي بصير<sup>(٦)</sup>.

(١) أبواب المهور ب ١٨، ح ١.

(٢) أبواب المهور ب ٨، ح ٧ و ٨.

(٣) تقدم.

(٤) أبواب نكاح العيب ب ١٥، ح ١ و ٢.

(٥) المصدر السابق: ح ٣.

(٦) نفس المصدر.

## فصل في آداب الخلوة والدخول

يحرم وطى الحائض في القبل بالاجماع والكتاب والسنة، ويعزر الواطي العالم العامد بما يراه الحاكم وقدره الصدوق بثمن حدّ الزاني لمرسل المقنع<sup>(١)</sup>، وهو محمول على الوطي في اخره كما يشهد له الثاني وإلا فالموجود هو ربع حد الزاني مطلقاً كما في خبر محمد بن مسلم وخبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي<sup>(٢)</sup>.

ويجوز الاستمتاع بما فوق السرة وما تحت الركبة بالاجماع، وفيما بينهما خلا موضع الدم قولان، والأكثر على الجواز للنصوص المستفيضة الدالة على ما دون الفرج كصحيحتي عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وحرّم السيد ما بين السرة والركبة لصحيح الحلبي وخبر أبي بصير<sup>(٤)</sup> وهما محمولان على الاستحباب.

وفي وجوب الكفارة بالوطي واستحبابها قولان. فما دل على الوجوب خبر محمد بن مسلم وفي مرسله داود بن فرق<sup>(٥)</sup> انه يتصدق في اوله بدينار، وفي وسطه بنصفه، وفي اخره بربعه قيل فان لم يكن عنده ما يكفر

(٢) أبواب الحيض ب ٢٨.

(٤) أبواب الحيض ب ٢٦، ح ١ و ٢.

(١) أبواب الحيض ب ٢٨، ح ٧.

(٣) أبواب الحيض ب ٢٥، ح ٣.

(٥) أبواب الحيض ب ٢٨، ح ٧.

قال «فالتصدق على مسكين واحد وإلا استغفر الله ولا يعود»<sup>(١)</sup>، ومما يدل على عدم الكفارة سوى الاستغفار صحيح العيص وموثق زرارة<sup>(٢)</sup>، وربما اجزأ التصدق على مسكين بقدر شعبه وهو فتوى المقنع لموثق الحلبي<sup>(٣)</sup>، والراوندي فرق بين المضطر وغيره وليس بشيء.

واكتفى الصدوق فيها ان كانت أمة بثلاثة امداد من طعام لمرسل الفقيه<sup>(٤)</sup>، وربما يحمل نفي الكفارة والاقتصار على الاستغفار على عدم العلم بالحيض أو التحريم ويؤيده رواية ليث المرادي<sup>(٥)</sup>، والتوفيق عند شيخنا يقتضي حمل الكفارة على الاستحباب.

وهل يجوز وطئ المرأة في دبرها؟ المشهور على كراهية شديدة مغلظة، ويدل على الجواز موثق عبدالله بن أبي يعفور ورواية صفوان وغيرهما والقميون اجمع وابن حمزة على التحريم لخبر السدير ومرسل النهاية وخبر ابن أبي بكير وهاشم بن المثنى<sup>(٦)</sup>، وشيخنا على التحريم مع الايذاء وعدم الرضا لخبر عبدالله بن أبي يعفور وخبر الفتح بن يزيد الجرجاني<sup>(٧)</sup>، والاحتياط لا يخفى.

ويستحب لمريد الدخول ان يكون على طهر ويصلي ركعتين ويأمرها بذلك ويدعو بعدها بحسن الاجتماع والائتلاف بان يقول: «ارزقني الفها وودّها ورضاها وارضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وانس

(١) أبواب الحيض ب ٢٨، ح ١.

(٢) أبواب الحيض ب ٢٨، ح ٥.

(٣) أبواب الحيض ب ٢٩، ح ٣.

(٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٧٢ ح ٢ و ٣ و ٥.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٢ و ب ٢٨ ح ٩.

اكتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام» كما في خبر أبي بصير<sup>(١)</sup>. وفي موثقة أبي بصير: يضع يده على ناصيتها ويدعو بالمأثور وهو: «اللهم بامانتك احذتها وبكلماتك استحللتها فان قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقياً من شيعة آل محمّد ولا تجعل فيه للشيطان نصيباً»<sup>(٢)</sup>. ويستحب ان يدخل بها ليلاً لحسنة الوشا وغيرها<sup>(٣)</sup>، وان يضيف الستر المكاني والقولي إلى الزماني لخبر الحسين بن زيد وغيره، وان يسمي عند الجماع قبل الادخال لثلاث تكون نطفته شرك شيطان لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٤)</sup>، وان يسأل الله ان يرزقه ذكراً سوياً لخبر عبدالرحمن بن كثير وغيره<sup>(٥)</sup>، وان يؤلم يوماً أو يومين وتكره الزيادة لخبري السكوني<sup>(٦)</sup>. وفي خبر موسى بن بكر وخبر انس بن محمّد «لا وليمة إلا في خمس عرس أو خرس أو عذار أو وكاز أو ركاز»<sup>(٧)</sup> فالعرس التزويج، والخرس النفاس بالولد، والعذار الختان، والوكاز الرجل يشترى الدار، والركاز الرجل يقدم من مكة.

ويكره الجماع في الليلة التي يكسف فيها القمر، واليوم الذي تنكسف فيه الشمس، وما بين غروب الشمس إلى مغيب الشفق، ومن طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي الريح السوداء والصفراء والزلزلة كل هذه الأحكام لصحيح الخزاز وخبر سالم<sup>(٨)</sup>، وفي اول ليلة من الشهر ووسطه لاشهر رمضان كما تقدم وفي المحاق كل ذلك لخبر مسمع ابن أبي سيار

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٥ ح ١. (٢) المصدر السابق: ح ٢.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٧ ح ٣. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٨.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٥ ح ٥. (٦) أبواب مقدمات النكاح ب ٤٠ ح ٤.

(٧) المصدر السابق: ح ٥. (٨) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٢ ح ١ و ٢.

وخبر عبدالعظيم الحسيني وخبر ابن مسلم وأبي بصير وغيرها<sup>(١)</sup> كلها معللة بوقوع الخلل، والمحاق معلل بذلك وبسقوط الولد.

ويكره ليلة الاربعاء لموثق عبيد بن زرارة وأبي العباس<sup>(٢)</sup>، وهو وارد في الدخول خاصة، ويكره عند طلوع الشمس وعند اصفرارها لصحيح الحلبي ومرسل الفقيه<sup>(٣)</sup>، وبعد الظهر لثلاثا يكون الولد احوال لرواية أبي سعيد الخدري<sup>(٤)</sup>.

ويكره في النصف من شعبان فانه يكون الولد شوماً في اول ساعة من الليل لرواية أبي سعيد الخدري<sup>(٥)</sup> أيضاً.

ويكره على الامتلاء فانه يورث الموت لمرسلة الفقيه ورواية الخصال<sup>(٦)</sup>، وان يكون عرياناً لصحيح محمد بن العيص ورواية العليل<sup>(٧)</sup>، ولو عرض له في الجماع التعري بوقوع ثوبه عنه فلا بأس لخبر موسى بن بكر<sup>(٨)</sup>، ومستقبل القبلة ومستدبرها لصحيح محمد بن العيص وغيره<sup>(٩)</sup>، وفي السفينة إذا لم يتخذها بيتاً لخبر أبي سعيد ومرسل الفقيه<sup>(١٠)</sup>.

ويكره من قيام وتحت شجرة مثمرة وعلى سقوف البنيان، وفي وجه الشمس وتلايتها إلا أن يرخى سترأً، وبين الاذان والاقامة، وفي اول ليلة يقدم من سفره وعلى ظهر طريق عامر كل ذلك لحديث الخدري

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٤ ح ١٢ و ٦ و ٧.

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٩. (٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٤.

(٤) روضة المتقين: ٢٣١/٩ وأبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩ ح ٧٠ وب ٧٠ ح ٢.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٤ ح ٥. (٦) أبواب مقدمات النكاح ب ١٥٢.

(٧) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٨ ح ٢ و ٣.

(٨) المصدر السابق: ح ١. (٩) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٩ ح ١.

(١٠) أبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩ ح ١ وب ٦٩ ح ٢.

المشتمل على الوصية<sup>(١)</sup>.

ويكره ومعه خاتم عليه ذكر الله أو شيء من القرآن لصحيح علي بن جعفر وكذلك في الماء وفي سفر لا يجد الماء إلا أن يخاف على نفسه من التلف وحرمة المبسوط مع عدم الخوف لموثق إسحاق بن عمار وخبره<sup>(٢)</sup>، وبعد الاحتلام قبل الغسل ويجزيه الوضوء «فان فعل ذلك فخرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه» كما في مرسل التهذيب والفقيه وغيرهما<sup>(٣)</sup>، والكلام عند ذلك فانه يورث الخرس في الولد كما في خبر الناهي وخبر عبدالله بن سنان وحديث الخدري وغيرها<sup>(٤)</sup>، ونظر الفرج فانه يورث عماء لخبر الوصية<sup>(٥)</sup>، وربما يفسر العمى بعمى الناظر القول بتحريم النظر لابن حمزة ويدفعه خبر أبي حمزة<sup>(٦)</sup>، وفي حديث الوصايا «فأنه يورث العمى في الولد»<sup>(٧)</sup>. قال في المسالك: ومن هذه الوصية تفوح رائحة الوضع لانه خطاب لعلي ولا يليق بمنصبه، وتنظر فيه شيخنا لدلالة الأخبار على صحته مع ان رواية الخدري<sup>(٨)</sup> قد صححها فقيه الفقيه.

ويكره جماع الحرة وفي البيت صبي مستيقظ، وربما يختص بالميمز لخبر طب الأئمة<sup>(٩)</sup>، وجاء في الجارية تصريح ينبغي البأس كما في صحيح ابن أبي يعفور، وجاء في الكراهة فيها كالحرة في خبر سدير<sup>(١٠)</sup>،

- |                                       |                                    |
|---------------------------------------|------------------------------------|
| (١) أبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩ ح ١.    | (٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٠ ح ١.  |
| (٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٧٠ ح ١ و ٢. |                                    |
| (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٠ ح ١ و ٢. |                                    |
| (٥) أبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩ ح ١.    | (٦) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩ ح ٢.  |
| (٧) أبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩.        | (٨) أبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩.     |
| (٩) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ٨.     | (١٠) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ٧. |



وجاء في خبر طب الأئمة<sup>(١)</sup> ما يدل على المنع من جماع الحرة بين يدي الحرة، وجواز نكاح الأمة بين يدي الأمة كما في خبر ذريح. هذا مع عدم استلزام رؤية العورة وإلا حرم. ويكره إذا طلب الرجل زوجته للجماع ان يعجلها لخبر مسمع وخبر الخصال<sup>(٢)</sup>، وان لا يأتيها كما يأتي الطير بل يمكث لخبر ابن القداح<sup>(٣)</sup>.

ويستحب ملاحظتها قبل اتيانها لمرسل النهاية وخبر أبي بصير وغيرهما<sup>(٤)</sup>. ويستحب الجماع ليلة الثلاثاء وليلة الخميس ويومه بعد العصر وكذا ليلة الجمعة بعد العشاء، وإذا دخل عرسه بيته خلع خفيها تجلس وغسل رجليها وصب الماء من باب داره إلى اقصاها كل ذلك لخبر الخدري<sup>(٥)</sup>. ولا بأس ان ينام بين أمتين احدهما عن يمينه والاخرى عن يساره وكذا بين الحرّتين لخبر غياث بن إبراهيم<sup>(٦)</sup>، وقيل في الحرة مكروه ولم نقف على مستنده سوى الامتحان لها.

ويكره وطى الامة الفاجرة بالملك كما يكره بالعقد وكذا من ولدت من الزنا وان كانت عفيفة لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٧)</sup>. ويكره ان يعزل عن الحرة إلا باذنها لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٨)</sup>، واختاره شيخنا والشيخان وجماعة من القدماء على التحريم للعامين في التذكرة عن النبي ﷺ، ويدفعه صحيحنا محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٩)</sup>، واختلفوا في

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ٨. (٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٦ ح ٢ و ٤.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٦ ح ١. (٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٠ ح ١.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ١٥١. (٦) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٦.

(٧) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٤ ح ٢ و ٣.

(٨) أبواب مقدمات النكاح ب ٧٦ ح ١ و ٢.

(٩) أبواب ديات الاعضاء ب ١٩ ح ١.

وجوب الدية عند العزل بغير اذنها وشرطه عليها وعدمه على تقدير التحريم والكرهه كالمحقق في الشرائع على الكراهة مع وجوب الدية، والشيخ والعلامة والشهيد على التحريم ووجوب الدية، ورواية المفضل بن عمر<sup>(١)</sup> تدل على وجوب الدية في العزل عن الزوجة الحرة الدائم، وان الدية عشرة دنانير، وحملها على الاستحباب عند شيخنا، ويجوز في الأمة والمتعة بلا خلاف وعبارة المسالك تشهد بالخلاف في المتعة، اما الأمة فالنصوص بالجواز كثيرة منها صحيح محمد بن مسلم «اما الأمة فلا بأس»<sup>(٢)</sup>.

(١) أبواب ديات الاعضاء: ب ١٩، ح ١.

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٧٥ ح ٤ و ٩ و ب ٧٦.

## فصل في الحقوق الزوجية

لكل من الزوجين حق يجب على صاحبه القيام به بالكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى ﴿وعاشروهن بالمعروف ولهنّ مثل الذي عليهن بالمعروف﴾<sup>(١)</sup>.

ومن حق الزوج على الزوجة ان تطيعه ولا تعصيه ولا تتصدق من بيته إلا باذنه، ولا تصوم تطوعاً إلا باذنه، ولا تمنعه نفسها «وان كانت على ظهر قتب»، ولا تخرج من بيتها إلا باذنه كما في صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>.

ومن حقها عليه ان يسدّ جوعتها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجهاً لخبر شهاب بن عبدربه وغيره من الأخبار الكثيرة إلا انها خالية من الاستقباح سواء. ويجب عليه التسوية بين نسائه في القسمة حيث لا مرجح يوجب الزيادة كالحرّة مع الأمة والمسلمة مع الذمية، ويجب الانفاق عليهن بقدر الكفاية كما يأتي بيانها.

والتسوية في النفقة وحسن العشرة والجماع ومقدماته فمستحبة استحباباً مؤكداً وفي حسن نوح بن شعيب ومحمد بن الحسن وفي قوله

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٧٩ ح ١.

(١) النساء: ١٩.

تعالى: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء لو حرصتم﴾ ﴿فلا تميلوا كل الميل﴾<sup>(١)</sup> يعني في المودة وقوله سبحانه ﴿فان خفتن ان لا تعدلوا فواحدة﴾ يعني في النفقة .

ويستحب له ان يأذن لها في زيارة اهلها وعبادة مرضاهم وحضور ميتهم ونحو ذلك من العادات الحسنة لأمر النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام نسائهم بذلك وعلى كل منهما أن يكف عما يكرهه الاخر من قول أو فعل بغير حق وجوباً، ومنه ازالة المرأة عن بدنها ما ينفر منه الزوج وفعل ما يتوقف عليه الاستمتاع لانها من جملة ما عليهن بالمعروف، وكذا الرجل يتزين لهن كما يتزين له كل ذلك مستفاد من الأخبار كخبر العزمي وغيره<sup>(٢)</sup>. وفي خبر أبي مریم «ان يضرب احدكم زوجته ويظل معانقها»<sup>(٣)</sup>. وفي عدة من الأخبار «المرأة ريحانة وليست بقهرمانه»<sup>(٤)</sup>.

ويجب على الزوج ان لا يترك وطى الشابة أكثر من اربعة أشهر لحسن صفوان بن يحيى وخبره<sup>(٥)</sup>، والتقيد بالشابة لمتأخري المتأخرين لان السؤال في الحسن عنها وخبر محمد بن سليمان ظاهر في فتوى الأصحاب من عدم التقيد واختاره شيخنا.

وهل يختص ذلك بالدائم ام يعم المتمتع بها وجهان؟ استجود الاول في المسالك، والثاني في الروضة لعموم الدليل والتعليل «لانها غاية صبر المرأة».

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٨٦ ح ١.

(٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٨٧ ح ١.

(١) أبواب قسم النشوز ب ٧، ح ١.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٨٦ ح ١.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ١ ح ١.

اما ملك اليمين تحليلاً عيناً فليس بواجب وان كان في كثير من الأخبار<sup>(١)</sup> «ان الأمة يلزم لها في كل اربعين يوماً اما منه أو يزوجها على الغير وإلا فوزر زناها في عنقه» وحملها الأكثر على تغليظ الكراهة والاحتياط لا يخفى.

والدخول قبل التسع موجب للتحريم المؤبد عند الشيخ في النهاية وهو مختار شيخنا وإن لم يكن افضى، وقيد المشهور بالاقضاء، وقد تقدم الكلام في ذلك. ويكره للمسافر ان يطرق اهله ليلاً لخبر عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٢)</sup>، وربما يخص بعدم الاعلام لرواية جابر<sup>(٣)</sup>.

والقسمة بين الأزواج واجبة بلا خلاف لما فيه من العدل والمعاشرة بالمعروف المأمور بها وللتأسي به ﷺ وان كان في وجوبه عليه خلاف، والأخبار تشعر بالوجوب<sup>(٤)</sup>، إلا خبر الفقيه المشعر بانه يطوف على نسائه كلهن في ليلة واحدة فانه دال على عدم وجوب القسمة عليه .

والمجنون يقسم عنه الولي، والمشهور ان عليه القضاء مع الافاقه واستوجه في المسالك سقوطه عنه وبقاء الحق في ذمة الولي واختاره شيخنا. وهل تجب القسمة بنفس العقد في الدائم والتمكين فتجب للواحدة ليلة من الأربع والفاضل يضعه حيث يشاء أو يتوقف الوجوب على الشروع فيها لاحدى الأزواج فلا تجب إلا للمتعددة خاصة إلى ان ينقضي الدور فيحل تركها يقطع الشروع في غير ذلك الدور قولان: والمشهور الاول لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup>، والمحقق والشهيد الثاني على الثاني وهو

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٦٢. (٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٦٥ ح ١.

(٣) أبواب آداب السفر ب ٥٦ ح ٢. (٤) أبواب القسم والنشوز ب ٣.

(٥) أبواب القسم والنشوز ب ١، ح ١.

ضعيف وكل من قال بعدم الوجوب للواحدة كالشيخ في المبسوط ومن تبعه قال بعدمه للازيد إلا مع الابتداء بواحدة وليس له الاخلال إلا مع العذر أو السفر أو اذنه أو اذن بعضهن لخبر علي بن جعفر<sup>(١)</sup>، وله تخصيص واحدة منهن بليلة لصحيح محمد بن مسلم وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

وهل يتدي بالقرعة والاختيار؟ قولان: الأكثر على الثاني، ولا ريب ان اعتبار القرعة احوط وافضل وخبر قرعته عليه السلام حالة السفر يقرب اعتبار القرعة مطلقاً سيما على القول بعدم وجوب القسمة عليه كما عليه الأكثر في جواز جعل القسمة أكثر من ليلة واحدة مع عدم الضرر عادة قولان: المشهور عدم الجواز للأدلة المتقدمة، والقول بالجواز للشيخ في المبسوط وجماعة وقدرها في المبسوط بثلاث ليال، ويظهر من الاسكافي جواز جعلها سبعا وهما مبنيان على غير أساس، ولو فعل فجعلها أكثر من واحدة ففي سقوط حقه من الزائد ام بقاءه بنسبة ما بقي له من الدور قولان، وظاهر الأصحاب السقوط.

وإذا كانت الأمة مع الحرة أو الحرائر فللحرة ليلتان والأمة ليلة لخبر [صحيح] محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وغيره من الأخبار المستفيضة، خلافاً للمفيد فاسقطها للأمة مطلقاً زوجة أو ملك يمين وهو شاذ.

والكتابية مع المسلمة على القول بجواز الجمع بينهما كالأمة مع الحرة في القسمة على المشهور لخبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله وغيره<sup>(٤)</sup>، وليس

(١) أبواب القسم والنشوز ب ٦، ح ٢. (٢) أبواب القسم والنشوز ب ٢، ح ١ و ٦.

(٣) أبواب القسم والنشوز ب ٨، ح ١. (٤) نفس المصدر: ح ٣.

للموطوءة بالملك قسمة بالاجماع لصحيح معمر بن خلاد، وفي المتمتع بها خلاف، والمشهور عدم القسمة خلافاً للعُماني والأخبار صريحة في المشهور. منها خبر هشام بن سالم<sup>(١)</sup>.

وتختص البكر عند الدخول بسبع ليال ثم يقسم عقيبتها والثيب بثلاث ليال على المشهور لحسنة محمّد بن مسلم وحسنة هشام بن سالم وغيرهما<sup>(٢)</sup>. والشيخ في النهاية والتهديبين بالثلاث فيهما واستحباب السبع للبكر جمعاً بين ما تقدم، وحسن الحلبي ورواية الحسن بن زياد وخبر سماعة<sup>(٣)</sup> الدالة على الثلاث فيهما وهو المختار عند شيخنا، وظاهر النص والفتوى أنّ هذا حق لهما على جهة القسمة لا على وجه الاستحقاق المطلق فيأتي فيه الخلاف السابق من وجوب القسمة ابتداءً أم مقيداً بالبدئة لأحدى الزوجات وفيما لو لم يكن عنده غير الجديدة فلا تختص على الثاني، وربما قيل بوجوب ذلك اختصاصاً من غير اعتبار القسمة والأظهر الأول، ومحل التخصيص الليل وهو اللائح من أكثر الأخبار لكن وقع التعبير في صحيح محمّد بن مسلم وحسنة هشام وحسنتي البصري والحلبي بالأيام كما ذهب إليه البعض.

ويجب التوالى في الثلاث والسبع، وان لا يخرج لغير ضرورة أو طاعة كصلاة جماعة ونحوها مما لا يطول زمانه وان كان طاعة لأن المقام عندها واجب، ولو فرق الليالي اثم وفي الاحتساب به قولان. ولو سافرت المرأة في الواجب المضيق كالحج أو النذر المعين حيث

(٢) أبواب القسم والنشوز ب ٢، ح ١ و ٣.

(١) أبواب المتعة ب ٤٥.

(٣) المصدر السابق: ح ٦ و ٧ و ٨.

يلزم تعجيلها وكان السفر باذنه في غرضه لم يسقط حقها من القسمة ويجب القضاء لها بعد الرجوع، ولو كان باذنه في غرضها غير الواجب، أو الواجب الموسع فقولان: وجوب القضاء خيرة السرائر، وعدمه مختاره في القواعد. ولها ان تهب ليلتها للزوج، وان تسقطها، وان تصالح عنها للصالح وغيرها، منها صحيح الحلبي وصحيح البنظي وصحيح زرارة وخبره<sup>(١)</sup>، وعلى تقدير الهبة فلها الرجوع ما لم تمض. وهل يصلح المعاوضة عليها للزوج أو احدى الزوجات بمال قولان، القول بالعدم للشيخ في المبسوط، والقول بالجواز للأكثر لصحيح علي بن جعفر وخبره وصحيح زرارة<sup>(٢)</sup>، وان تصالحه بحقها على ان يتركها على الزوجية من غير طلاق لصحيح البنظي وغيره<sup>(٣)</sup>. والمشهور انه لا يجوز صرف شيء من الليل في غير القسمة إلا بما جرت العادة به ودلت القرائن على اذنها فيه كالدخول على بعض اصدقائه من غير اطالة مكث دون الدخول على الضرة ولو لحاجة غير ضرورية، وفي خبر مجمع البيان عن علي عليه السلام انه قال ﴿من كان عنده امرأتان فاذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الاخرى اما الحاجة الضرورية فجائز﴾<sup>(٤)</sup> كذا اطلق الأكثر، وقيده في المبسوط بالمرضي الثقيل، ولو استوعب الليلة قضاها، والمحقق وجماعة: لا يقضي في العيادة وان استوعب الليل كله، والاول الأقوى عند شيخنا، وعلى كلا القولين لا تحسب المزورة، ولو لم يفضل له وقت بقيت المظلمة في ذمته إلى ان يتخلص منها بمسامحة أو غيرها.

(١) أبواب القسم والنشوز ب ١١، ح ١ و ٣ و ٤ و ٥.

(٢) أبواب القسم والنشوز ب ٦، ح ٢ و ١. (٣) أبواب القسم والنشوز ب ١١، ح ٣.

(٤) أبواب القسم والنشوز ب ٥، ح ٣.



ويحرم طلاقها بعد دخول ليلتها وان صح، ولو تزوجها وجب في المشهور القضاء، ولا مستند على القضاء بالخصوص سوى العموم والشهرة.

والواجب فيها المضاجعة وهي ان ينام قريباً منها معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً بحيث لا يعد بهاجراً، وقد فسر في رواية مجمع البيان «بان يحول ظهره إليها»<sup>(١)</sup>. والمشهور ان يخص الوجوب بالليل دون النهار لاكثر الأخبار قال الله تعالى ﴿وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً﴾<sup>(٢)</sup>. وأما ما ورد في بعض الأخبار كصحيح محمد بن مسلم وحسنتي الحلبي والبصري وحسنة هشام<sup>(٣)</sup>، من التعبير «باليوم والأيام» فمن باب التغليب والتبعية، نعم يستحب في المشهور ان يجعل النهار بالتبعية لصاحبة الليلة لهذه الأخبار ولخبر المجمع<sup>(٤)</sup>، وواجبه في المبسوط لذلك وان جاز الدخول فيه على الضرّة للحاجة وإن لم تبلغ الضرورة، والاسكافي اوجب القيلولة في صبيحة تلك الليلة عندها لخبر الكرخي<sup>(٥)</sup>، وحمل على الاستحباب، ولو كان كسبه ليلاً كالحارس فعماد القسمة في حقه النهار وله عند جماعة ان يطوف عليهن في بيوتهن كما فعله النبي ﷺ<sup>(٦)</sup>، وان يستدعيهن في منزله لأن امر ذلك إليه والواجب عليها طاعته لصحيح محمد بن مسلم وغيره، وفيه «ولو على ظهر قتب» وله ان يستدعي بعضاً ويسعى إلى بعض عند جماعة، وفيه عدم المعاشرة

(١) أبواب القسم والنشوز ب ٥، ح ٢. (٢) النبأ: ١٠ و ١١.

(٣) أبواب القسم والنشوز ب ٢، ح ١ و ٦ و ٣ و ٨.

(٤) أبواب القسم والنشوز ب ٥، ح ٢. (٥) أبواب القسم والنشوز ب ٥، ح ١.

(٦) أبواب القسم والنشوز ب ٥، ح ٢.

بالمعروف بحسب الظاهر ومن ثم قيل بالمنع من ذلك إلا مع العذر فهو جائز اتفاقاً.

والمشهور سقوط القسمة في السفر المباح، وقيل بل تقضي سفر النقلة من بلد إلى بلد دون سفر الغيبة نفسها إلا أنه مجهول القائل.

ويستحب ان يعمل القرعة في استصحاب من شاء كما كان يفعله رسول الله ﷺ. والشيخ إذا قرع تعين ولا يجوز العدول عنه، والمشهور الجواز.

ولا قسمة للناشرة ولا للصغيرة ولا المجنونة المطبقة، وربما قيدها

البعض بما إذا خاف إذاها ولم يحصل لها الانس به وهو حسن، وفي المسافرة في غير الواجب بأذنه قولان الأقوى انه لا قسمة لها اما في

الواجب فتقضى وإن لم تكن مأذونه، ولا تسقط بغبن الزوجة ولا خصائه ولا رقة بعد اذن الولي ولا جنون ولا التكليف في الجنون على الولي.

ونفقة الزوجة واجبة بالكتاب والنص والاجماع قال الله تعالى ﴿وعلى

المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾<sup>(١)</sup> إلى غير ذلك ومن النص

صحيح ربي والفضل وصحيح جميل<sup>(٢)</sup>. ويشترط في وجوب النفقة

التمكين لخبر تحف العقول وغيره<sup>(٣)</sup>. وهل يجب بالعقد وحده ام به

وبالتمكين معاً؟ قولان مشهوران: اظهرهما عند الأكثر الثاني للأصل

ولفعل النبي ﷺ والأخبار الدالة على الأول مستفيضة منها صحيح زرارة

وخبره<sup>(٤)</sup> وهو اختيار شيخنا، والاحتياط فيه، وعلى التقديرين تسقط مع

النشوز.

(٢) أبواب النفقات ب ١، ح ١ و ٤.

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٤) أبواب النفقات ب ٩، ح ٢.

(٣) أبواب النفقات ب ٦، ح ٢.

ومن فروع التمكين ان لا تكون صغيرة يحرم وطيء مثلها، اما لو كان الزوج صغيراً فقولان: الشيخ وجماعة على نفي الوجوب وأكثر المتأخرين على الوجوب مع التمكين لتحقيقه من طرفها.

ولو كان الزوج عظيم الآلة لا يمكن التمكين منها له منع من وطئها ولم تسقط النفقة وكانت كالارتقاء للأمر بالمعاشرة بالمعروف وكذا لو كانت مريضاً مرضاً يمنع من الجماع أو كانت رتقاء أو قرناء وكذا لو سافرت باذنه مطلقاً أو بدون اذنه في واجب، ولو كان الواجب موسعاً ففي توقفه على اذنه قولان، والوجه عند شيخنا عدم التوقف، ولا تسقط النفقة بمجرد الصوم المندوب من غير اذنه إلا إذا منعه من الاستمتاع خلافاً للشيخ في المبسوط.

ويشترط في وجوب نفقة الأمة المزوجة تسليم مولاها ليلاً ونهاراً عند المشهور وان كان الواجب عليه تسليمها ليلاً فقط لخبري الجعفریات، وثبتت للمطلقة الرجعية لصحيح سعد بن أبي خلف وأخبار زرارة وغيرها<sup>(١)</sup>، واستثنى الأكثر مؤنة التنصيف والأخبار لا تساعد عليه، وأما البائن فلا نفقة لها ولا سكنى عندنا لصحيح سعد بن أبي خلف وموثقه وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(٢)</sup> إلا أن تكون حاملاً لقوله تعالى: ﴿وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾<sup>(٣)</sup>، ولصحيح عبدالله بن سنان وصحيح محمد بن قيس وغيرها<sup>(٤)</sup>. وهل النفقة للحمل وللحامل لا اجله؟ قولان: الشيخ اختار الأول وتبعه جماعة منهم العلامة في المختلف

(١) أبواب النفقات ب، ٨، ح ١ و ٢.

(٢) أبواب النفقات ب، ٨، ح ١ و ٧.

(٣) الطلاق: ٤.

(٤) أبواب النفقات ب، ٧، ح ١ و ٣.

فأوجه النفقة لكل حامل وان كانت بائنة بغير طلاق كالفسخ واللعان حتى الحامل من نكاح فاسد ولم يثبت فان الآية صريحة في المطلقة ولخبر المجمع وغيره<sup>(١)</sup>، وحملت رواية محمد بن قيس<sup>(٢)</sup> المطلقة على المقيد. وفي الحامل المتوفي عنها زوجها رواية بالانفاق عليها من نصيب ولدها وهي رواية الكناني وعمل بها الأكثر وفي رواية السكوني<sup>(٣)</sup> الانفاق عليها من أصل التركة لكن المعتبرة كصحيحتي محمد بن مسلم وصحيح الحلبي<sup>(٤)</sup> وغيرها تنادي بخلافهما وانه لا نفقة لها كما عليه أكثر المتأخرين منهم شيخنا، والمشهور ان الاعتبار في الانفاق بحال الزوجة عند قدرة الزوج عند حالها ولا عبء بحاله إلا عند تعسر اقامته بحالها، ولا تقدير معتبر في الشرع سواه فالمحكم فيه العرف، وقيل يعتبر حال الزوج مطلقاً لقوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾<sup>(٥)</sup>، والأخبار في تفسيرها مما يدل على ذلك وقواه شيخنا، وربما يقدر الطعام بمد وهو للشيخ في الخلاف لخبر شهاب بن عبدربه<sup>(٦)</sup>، وقدره في المبسوط بمدين للمؤسر، وبمد ونصف للمتوسط، وبمد للمعسر، وفي خبر زيد الشحام «اما نحن فنرزق عيالنا مدّين من تمر»<sup>(٧)</sup>، وحملنا في المشهور على الاستحباب. قال في المسالك: ويختلف المأدوم باختلاف الفصول، وقد تغلب الفواكه في اوقاتها فتكون كالمأدوم بل كالمطعم فتجب. واعتبر في المبسوط والخلاف في اللحم في كل اسبوع مرة لأهل

(١) أبواب النفقات ب ٧، ح ٨.

(٢) أبواب النفقات ب ١٠، ح ١ و ٢.

(٣) أبواب النفقات ب ٨، ح ٧.

(٤) أبواب النفقات ب ٢، ح ١.

(٥) الطلاق: ٧.

(٦) أبواب النفقات ب ١، ح ١١.

القدرة ويكون يوم الجمعة، ووجب الاسكافي للحم على المتوسط في كل ثلاثة أيام وخبر شهاب بذلك إلا انه ليس فيه تقييد بالمتوسط.

ولا يجب في المسكن ان يكون ملكاً له كما هو المشهور إلا أن في كثير من الأخبار نسبة ذلك المنزل له كصحيح سعد بن أبي خلف وغيره<sup>(١)</sup> «اين تعتد قال في بيت زوجها»<sup>(٢)</sup>، ولا منافاة. وقد نقل الاجماع على جواز اسكانها المستأجر والمتأجر لانه امتاع لا تمليك، ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن مما يليق حالها من دار أو حجرة مفردة المرافق وله اسكان واحدة في العلو وواحدة في السفلى والمرافق متميزة، ولا يجمع بينهما في بيت واحد إلا باذنها والاعتبار باستحقاقها لخدم بحالها في بيت ايها دون زوجها بالرضا<sup>(٣)</sup> على المشهور وهو قوي جداً.

ولا يجب أكثر من خادم كما عليه المحقق، واما على القول المشهور من ان الاعتبار بحالها في حالها في بيت ايها يجب التعدد إذا كانت تخدم بخادمين أو أكثر، وفيه نظر عند شيخنا إلا أن يقيد بيسار الزوج فيتجه ذلك عنده، ومن لا عادة لها بالادخام فلا يجب اخدامها إلا مع مرض أو زمالة أو شيء من الافات نظراً إلى المعروف.

وتجب الانية على الزوج حتى جرة الماء كما في خبر الجعفریات وعليه عمل الأصحاب. والمشهور ان الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين أو مع شرط عدم النشوز لا بمجرد العقد على الخلاف السابق لخبر شهاب ابن عبد ربه<sup>(٤)</sup>، وهذا في مثل المأكول، واما المسكن والخادم فلا

(٢) أبواب العدد ب ١٨ ح ٥.

(٤) أبواب النفقات ب ٢، ح ١.

(١) أبواب النفقات ب ٨ ح ١.

(٣) (بالرضاء) خ نسخة.

تستحقهما إلا على جهة الانتفاع خاصة دون الملك وكذلك الأواني والفرش والحصر.

وأما مالها من الحقوق المترددة بين ما يستهلكه الانتفاع المقطوع بأنه تمليك وبين ما لا يستهلكه كالمسكن المقطوع بأنه امتاع مما لا يستهلكه الانتفاع إلا في مدة طويلة كالكسوة مثلاً ففي كونه تمليكاً أو امتاعاً قولان. والمشهور بين المتأخرين الامتاع وبين القدماء التمليك وبه جزم الشيخ في المبسوط والعلامة في القواعد وعليه شيخنا لظواهر الأخبار ولقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف﴾<sup>(١)</sup>.

وفي الخبر عن النبي ﷺ «وعليكم رزقهنّ وكسوتهنّ»<sup>(٢)</sup> ومثله خبر تحفة العقول وكذلك ما جاء في أخبار القسمة والحقوق حيث جعل الكسوة والنفقة من واد واحد فلو دفع لها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها إليها فتلقت في يدها قبل مضي المدة من غير تقصير فعلى الأول لا يجب عليه ابدائها، وعلى الثاني يجب عليه الابدال وقطع المحقق بعدم وجوب الابدال. ولو ماتت في اثناء المدة التي تصلح لها الكسوة فعلى القول بالامتاع تسترد وعلى القول بالتمليك لا تسترد.

والأقوى عند شيخنا انه كالنفقة وإن لم تلبسها أصلاً بل هي مسلطة على لبسها وعلى التصديق بها وعلى هبتها للغير، وعليها ان تبدلها بغيرها من مالها، وإذا لم يكسها كانت ديناً عليه على الأول كالنفقة وعلى الامتاع لا تصير ديناً.

والمتيقن عند شيخنا عدم الامتاع وقد حقق هذه المسألة في رسالة

(٢) أبواب النفقات ب ١، ح ١.

(١) البقرة: ٢٣٣.

مفردة ذكر الأدلة فيها من الطرفين، وأنا في هذه المسألة من المتوقفين حتى أرى الرسالة وانظر في كلام أهل الرسالة.

والمشهور حتى كاد يكون اجماعياً ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب فما فضل من قوته صرفه إليها وما فضل من واجبها صرفه إليهم لأنها نفقة معاوضة في مقابلة البضع، ولا ينافي ذلك كون الأبوين أحق بالبر والتوسعة ونفقتها ثابتة في الذمة في العسر واليسر بخلاف نفقتهم كما يأتي ولا يحل لكل من الزوجين أن يأخذ من مال الآخر شيئاً إلاً باذن وطيب نفس لصحيح سعد بن يسار<sup>(١)</sup>، الوارد في كل من الزوجين وغيره ولها أن تتصدق بالمأدوم لموثق ابن بكير<sup>(٢)</sup>. وقيد بعض الأصحاب إطلاقه بما إذا لم يجحف به ولم يمنعها وإلاً حرم عليها.

ولو دفعت إليه مالاً وقالت: «اصنع به ماشئت» حلت له جميع الأعمال وكره له أن يشتري جارية ويطأها لصحيح حفص بن البختري وصحيح هشام<sup>(٣)</sup>، والأول أوضح دلالة بل ربما دل على التحريم وحمل على الكراهة، والاحتياط عند شيخنا في اجتناب ذلك إلاً أن يعلم منها الرضا صريحاً كما جاء في أخبار كثيرة كموثقتي عمار وخبر أبي هلال<sup>(٤)</sup> من تحليل المرأة لزوجها جاريتها إلاً أنه لا يخلو من كراهة.

وإذا نشزت المرأة جاز له هجرها في المضجع بعد عظمتها بان يحول ظهره إليها في الفراش كما في رواية المجمع<sup>(٥)</sup>، وفسره الشيخ في الاعتزال واختاره الحلبي. ويجوز الهجر في الكلام إذا رجي به النفع ما لم يزد على

(١) أبواب ما يكتسب به ب ٨٠، ح ١. (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٨٢، ح ٢.

(٣) أبواب ما يكتسب به ب ٨١، ح ٢. (٤) أبواب نكاح العيب ب ٣٢، ح ٥ و ٦.

(٥) مجمع البيان: ٤٤/٢ وفقه الرضا: ٢٤٥.

ثلاثة أيّام للنهي عن هجر المؤمن اخاه ثلاثة أيّام، وله ان يضربها ضرباً غير شديد لخبر تحف العقول<sup>(١)</sup>، وقدره الأكثر بضرب التأديب وتعزيزه كما تضرب الصبيان على الذنب، ونقل في المبسوط عن قوم ان الضرب يكون بمعدّل ملفوف أو درة ولا يكون سيّاطاً ولا خشبة، وفي خبر المجمع<sup>(٢)</sup> ان الضرب بالمسوك، وفيه تنبيه على ان النساء مراتب فان منهن من يؤذيها الضرب بالمسوك وإلا فالتقدير الحقيقي عند شيخنا هو ان يكون الضرب غير مبرح لخبر تحف العقول<sup>(٣)</sup>، والأولى والاحوط ان لا ينتقل إلى الهجر مع احتمال انزجارها بالعظة مراعاة للاحتياط ومعه يجوز الضرب.

وهل يجوز للزوج تأديبها على بداءة اللسان والشتيم وإن لم يكن نشوزاً أم يرفع امرها إلى الحاكم؟ قولان: والأقوى عند شيخنا الرفع إلى الحاكم.

وإذا كان النشوز منهما وهو الشقاق فحكمه ما قال الله عزوجل: ﴿فابعدوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريدوا اصلاحاً يوفى الله بينهما﴾<sup>(٤)</sup> فالمخاطب بالبعث بالحكمين هو الحاكم على جهة الوجوب كما هو المشهور، وقيل الباعث الزوجان انفسهما وهو على جهة الاستحباب كما هو ظاهر النافع.

وهل يشترط كون الحكمين من اهل الزوجين أم لا؟ الأشهر عدم الاشتراط، وينفذ حكمهما ولو على الفراق عند الاسكافي، والاصح توقفه

(٢) مجمع البيان: ٤٤/٢ وفقه الرضا: ٢٤٥.

(١) أنظر فقه الرضا: ٢٤٥.

(٤) النساء: ٣٥.

(٣) فقه الرضا: ٢٤٥.



على الاذن كما هو المشهور لحسن الحلّي وخبره وصحيح محمّد بن مسلم وموثقته وروايتي زرارة وأبي بصير وغيرها<sup>(١)</sup>، فهذه الأخبار تضمنت ان المخاطب بالبعث هم الأولياء والمخاطب لهم هو الحاكم فانه لا بدّ من الاتفاق منهما على تفويض الامر للحكمين، وانه لو رضيا اولاً بما فعلا جاز لهم التفريق، وليس لهما ان يعزلا ولا عدم الرضا بعد الرضا كما في موثق محمّد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup>.

وان حكما بما لا يسوغ كان لهما نقضه. وينبغي اخلاص النية لله في السعي وقصد الاصلاح كما تبّه عليه في الآية<sup>(٣)</sup>. ولو اختلفا ولم يجتمعا على امر واحد علمنا انهما لم يريدوا الاصلاح لظاهر الآية ورواية هشام ابن الحكم<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب القسم والنشوز ب ١٣، ح ٤، ٢ و ب: ١٢، ح ١، ٢.

(٢) أبواب القسم والنشوز ب ١٢، ح ١. (٣) النساء: ٣٥.

(٤) أبواب القسم والنشوز ب ١٣، وب ٧ ح ١.

## فصل في الفسخ وما يتبعه من الأحكام

قد يكون الفسخ بالارضاع وقد مضى بيانه، وقد يكون بالارتداد فلو ارتدّا أو احدهما وكان ممن لا تقبل توبته كالفطري الذكر أو قبل الدخول مطلقاً، أو كان ارتداده عن ملة بانا في الحال وانفسخ النكاح للنصوص الواردة في هذه الاقسام كموثقة عمار وصحيحة محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، وحسنتي الحضرمي<sup>(٢)</sup>، وخبري السكوني ومسمع بن عبد الملك<sup>(٣)</sup>، فدلّت هذه الأخبار سوى حسنتي الحضرمي على ان الفطري إذا ارتد بانّت منه زوجته في الحال ولم تقبل توبته ودلت حسنتا الحضرمي<sup>(٤)</sup> على ان الملي حكمه قبل الدخول كالفطري وبعد الدخول تقف على انقضاء العدة فان تاب فالعقد باق من غير تجديد وإلا بانا وتجدد العقد فيهما قبل انقضاء العدة محمول على الاستحباب اما بعد انقضائها فلا بد من تجديده.

وإذا اسلم احدهما وكانا كافرين غير ذميين فانه ان كان قبل الدخول انفسخ في الحال وإلا وقفت على انقضاء العدة فان اسلم الاخر وإلا بانا لقوله تعالى ﴿فان علمتواهن مومنات فلا ترجعهن إلى الكفار لا هن حل لهُن ولا هم يحلون لهن﴾<sup>(٥)</sup>، وهي وان كان موردها اسلام الزوجة إلا أن

(١) أبواب حد المرتد ب ١ ح ٣ و٢. (٢) أبواب موانع الارث ب ٦ ح ٤.

(٣) أبواب موانع الارث ب ٦ ح ٤. (٤) أبواب موانع الارث ب ٦ ح ٤.

(٥) الممتحنة: ١٠.

الحكم واحد. وكذا إذا أسلمت هي دون زوجها الذمي فإنه مراعي بإسلام الزوج في العدة على المشهور لنفي سبيل الكافر على المؤمن في آية ﴿ولن يجعل الله﴾<sup>(١)</sup>، ولصحيحتي عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup>. وأما ما يدل على أن الإسلام قبل الدخول يوجب البيونة فصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٣)</sup>. وأما ما يدل على بقائها على النكاح لو أسلما دفعة واحدة فخير طلحة بن زيد<sup>(٤)</sup>. وأما ما يدل على أن المرأة إذا أسلمت دون زوجها الذمي انفسخ النكاح كما المشهور فالآية المتقدمة في نفي السبيل، وصحيح البزنطي<sup>(٥)</sup> الوارد في النصرانية خلافاً للشيخ فابقي نكاحهما، وإن لم يسلم الزوج ومنع من دخوله عليها ليلاً والخلوة بها نهائياً لمرسل محمد بن مسلم عن ابن أبي عمير وغيره والمشهور مختار شيخنا. ولو أسلم دون زوجته الذمية فالعقد باق بلا خلاف لخبر يونس<sup>(٦)</sup>. ولو كن أكثر من أربع بالعقد الدائم استدام أربعاً وفارق سائرهن من غير تجديد عقد لحديث غيلان وخبر عقبة بن خالد وخبر عنبسه بن مصعب<sup>(٧)</sup>. ولو كن وثنيات غير ذميات وأسلم بعضهن تخير بين اختيار أربع وبين التربص للباقيات إلى خروج العدة<sup>(٨)</sup> وهو لا ينافي الاختيار فيرثن لحسنتي الحضرمي<sup>(٩)</sup>، ويجب الانفاق على الجميع قبل الاختيار والطلاق لأنه لا طلاق قبل نكاح.

- (١) النساء: ١٤١. (٢) أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ١. (٣) أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٦. (٤) أنظر أبواب ما يحرم بالكفر ب ٦. (٥) أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ٥. (٦) أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٨. (٧) أبواب ما يحرم باستيفاء ب ٦ ح ١. (٨) في نسخة «م»: وموتهن. (٩) أبواب موانع الارث ب ٦ ح ٤.

واما الظهار والايلاء فقولان الشيخ انهما كالطلاق والأكثر انهما ليسا كذلك واختاره شيخنا والخلاف في القبلة واللمس بشهوة ولا اشكال في قصد الاختيار بهما وأكثر المتأخرين على ان الزوجة تتسلط على الفسخ بالجنون مطلقاً لاطلاق صحيح الحلبي وخبر علي بن أبي حمزة<sup>(١)</sup>، وأكثر القدماء في المتجدد بعد العقد إذا عقل اوقات الصلاة لمرسل الفقيه والاحتياط لا يخفى. وكذا قيل تتسلط الزوجة على الفسخ بتحقيق العن لاطلاق صحيح محمد بن مسلم وصحيح أبي بصير وغيرهما<sup>(٢)</sup>، إلا أن في الأخبار ما يقيد، ومن هنا قيل لو تجددت العنة بعد الدخول فلا خيار لموثق إسحاق بن عمار وخبر عباد الطيبي وخبر السكوني<sup>(٣)</sup>، ولا يخلو من قوة عند شيخنا حملاً للمطلق على المقيد كما جمع به الشيخ ومن تأخر عنه. ولو عجز عن بعض دون بعض أو في وقت دون وقت فلاعنة لاخبار لموثقتي عمار وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

وإنما يثبت العن باقراره أو البينة على اقراره بلاخلاف أو نكوله على رأى العلامة في القواعد، والموجود في صحيح أبي حمزة<sup>(٥)</sup> ان الرجل فرضه اليمين في ذلك ان كانت ثيباً وان كانت بكرأ نظر إليها النساء فان شهدن ببيكارتها ثبت العن واجل إلى سنة فان اتاها وإلا فرق بينهما. وزاد في المقنع وجماعة من المتأخرين عدم التشخيص في الماء البارد لمرسل الفقيه<sup>(٦)</sup>. وإذا ثبت العن فان صبرت المرأة مع علمها بالحكم فلا كلام في

(١) أبواب العيوب ب ١٢ ح ٤٠١. (٢) أبواب العيوب ب ١٤ ح ٥٠١.

(٣) أبواب العيوب ب ١٤ ح ٨٠٢ و٤٠٣. (٤) أبواب العيوب ب ١٤ ح ٨٠٣.

(٥) أبواب العيوب ب ١٥ ح ١. (٦) أبواب العيوب ب ١٥ ح ٤.

سقوط حقها لخبر أبي البخترى ومرسل الفقيه<sup>(١)</sup>. وإذا لم تصبر أجل سنة وهو موضع وفاق فان قدر وإلا فلها الرد والفسخ لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup>، ومبدأ الاجل من حين المرفعة ولها الأخبار بالخصي المتقدم على العقد لصحيح ابن مسكان وغيره<sup>(٣)</sup> خلافاً للخلاف والمبسوط وهو شاذ، وفي المتجدد خلاف، والاصح عدم الخيار إذا حدث بعد الوطي وفي حكم الخصي الوجا بل قيل انه من افراده، وكذا الجب على المشهور لورود بعض النصوص الواردة في العنن بلفظ عدم القدرة على الجماع الشامل له وقد وقع ذلك في صحيح أبي بصير وخبر الكناني<sup>(٤)</sup>، ولا اشكال في شمول الجب ولو بقي له ما يمكن معه الوطي وله قدر الحشفة فلا خيار لهذين الخبرين، ولو بان مشكلاً فالمشهور فساد العقد ويمكن ان يستدل له بصحيح علي بن جعفر<sup>(٥)</sup>. وهل لها الخيار بالجذام والبرص؟ المشهور لا للأصل وخبر غياث الظبي<sup>(٦)</sup>، خلافاً للقاضي والاسكافي لصحيح الحلبي<sup>(٧)</sup>، مضافاً للأخبار الشاهدة بعدواه منها خبر الخصال<sup>(٨)</sup>، وهو قوي جداً عند شيخنا ولا فرق بين السبق واللاحق، ولو بعد الدخول للاطلاق فهذه عيوب الرجل الثابتة بالنصوص. واما قول القاضي بخيارها بالعمى، والاسكافي بالرجع والزنا فلم نجد مستندهما على الحقيقة سيما العمى. واما ما جاء في الزنا كصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٩)</sup>، وان عمل به

- (١) أبواب العيوب ب ١٤ ح ١٠ و ٩.  
 (٢) أبواب العيوب ب ١٣ ح ٣.  
 (٣) أبواب العيوب ب ١٤ ح ١٣.  
 (٤) أبواب العيوب ب ١٤ ح ٢١.  
 (٥) أبواب العيوب ب ١٤ ح ١٣.  
 (٦) أبواب العيوب ب ١ ح ١٤.  
 (٧) أبواب العيوب ب ١ ح ١٠.  
 (٨) أبواب الأظعمة المباحة ب ١٣ ح ٤.  
 (٩) أبواب العيوب ب ١٧ ح ٢.

الصدوق في العلل فهو معارض بما هو اصح وهما صحيحتا رفاة<sup>(١)</sup>.  
ويتسلط الزوج على الفسخ بتقدم الجنون والجذام والبرص والقرن  
لصحيحتي محمد بن مسلم والحلي وصحيح عبدالرحمن البصري<sup>(٢)</sup>،  
وكذلك العقل والافضاء ومن كان بها زمانة ظاهرة لصحيح أبي عبيدة  
الحذاء<sup>(٣)</sup> وكذلك العرج والعمى لصحيح داود بن سرحان<sup>(٤)</sup>، وفي العرج  
أقوال اربعة: احدها انه عيب مطلقاً ذهب إليه الأكثر لصحيح داود  
وغيره<sup>(٥)</sup>. وثانيها ليس بعيب مطلقاً وهو ظاهر المبسوط والخلاف  
والقاضي وصدوق المقنع لظاهر الحصر في صحاح الحلبي<sup>(٦)</sup>. وثالثها  
التسلط على الفسخ ان كان بيناً وهو مختار المختلف والتحرير. رابعها إذا  
بلغ حد الاقعاد وهو للمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد والارشاد،  
والظاهر اتحاد العقل والقرن لصحيح البصري<sup>(٧)</sup> والقرن وهو العقل خلافاً  
لبعض اللغويين وبعض الفقهاء في انهما متغايران والقرن قيل انه مرادف  
للعقل، وقيل انه التحام الفرج على وجه لا يدخل فيه الذكر وانه موجب  
للخيار بالاستقلال وصوبه في الشرائع ان منع من الوطي اصلاً كما اشترطه  
في القرن وهو قول حسن عند شيخنا لصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٨)</sup>.  
ولو لم يمنع الرتق والقرن الوطي فالأكثر على سقوط الخيار ومال في  
الشرائع إلى ثبوته.

ولو تجددت هذه العيوب بعد الوطي فلا خيار بلا خلاف خلافاً لظاهر

(١) أبواب العيوب ب ١٧ ح ٤٠١.

(٢) أبواب العيوب ب ١ ح ٧٠٦.

(٣) أبواب العيوب ب ١ ح ٥.

(٤) أبواب العيوب ب ١ ح ٩.

(٥) أبواب العيوب ب ١ ح ٩.

(٦) أبواب العيوب ب ١ ح ٣.

(٧) أبواب العيوب ب ١ ح ١.

(٨) أبواب العيوب ب ١٤ ح ٣.

المبسوط والخلاف وهو شاذ يدفعه صحيح عبدالرحمن ورواية سماعة<sup>(١)</sup> وأما بعد العقد وقبل الدخول فقولان، أظهرهما عند الكاشاني وشيخنا ثبوت الرد لعموم صحيحة الحلبي وصحيحة داود وغيرهما<sup>(٢)</sup>، خلافاً للمشهور بين المتأخرين والقائل بثبوت الفسخ بعد الدخول الشيخ في المبسوط والخلاف.

ولو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها ففي خيارها مطلقاً كما هو المشهور بين المتأخرين منهم شيخنا لصحيح الحلبي ومرسل السرائر<sup>(٣)</sup>. وإذا كان ادنى بحيث لا يلائم شرفها حملاً للصحيح على ذلك وهو مختار المختلف والأول للشيخ واتباعه والعدم مطلقاً إلا إذا شرط ذلك في متن العقد كما هو مختار شيخ المبسوط والكاشاني للعمومات الدالة على أن النكاح لا يرد إلا من العيوب المخصوصة<sup>(٤)</sup>، أقوال ثلاثة كما سمعتها.

ولو تجدد عجزه عن النفقة فقولان أشهرها عدم لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾<sup>(٥)</sup>، وخبري الجعفریات<sup>(٦)</sup>، خلافاً للاسكافي وجماعة من المتأخرين منهم العلامة في المختلف فمع الاعسار وعدم رضاها البقاء يفرق بينهما رواية السكوني وصحيح ربعي والفضيل وغيرهما<sup>(٧)</sup>، ولنفي الضرر وعند شيخنا أن المعسر ينتظر والمؤسر يفرق بينهما مع عدم الاتفاق، ونسبه إلى القدماء لرواية روح بن عبدالرحيم وصحيح جميل وصحيح أبي بصير<sup>(٨)</sup>. ولو تزوجته على أنه حرّ فبان

(١) أبواب العيوب ب ٣ ح ٢.

(٢) أبواب العيوب ب ١٦ ح ٣١.

(٤) أبواب العيوب ب ١ ح ٢.

(٥) البقرة: ٢٨٠.

(٦) المستدرک: أبواب العيوب ب ١ ح ٤.

(٧) أبواب العيوب ب ١ ح ١.

(٨) أبواب العيوب ب ١ ح ٦ و٤ و١٢.

مملوكاً فلها الخيار ولو كان بعد الدخول لصحيتي محمّد بن مسلم وصحيح محمّد بن قيس<sup>(١)</sup>، وقيل وهو مختار المسالك ان شرط ذلك في العقد والصاح مطلقه وكذا له الفسخ لو تزوجها على انها حرة فبانت امة لرواية الوليد بن صبيح وصحيتي زرارة وغيره<sup>(٢)</sup>، وهي أيضاً مطلقه في كون الخيار لها شرط الحرية ام لم يشترط وصريح رواية الوليد بل صحيته<sup>(٣)</sup> ومضمونها انها دلّست نفسها وتزوجت من اذن مولاها فالنكاح فاسد فان وجد من المهر الذي اعطاها شيئاً اخذه وإلا فلا شيء له، وان كان التدليس من المولى رجع عليه بما اخذ منه ولمولاها عشر ثمنها ان كانت بكرًا ونصف العشر ان كانت ثيباً. وتعتد منه عدة الأمة وظاهر الأكثر ثبوت الخيار بظهور كونها أمة وقد تزوجها على انها بنت مهيرة أي حرة فكانت بنت امة سواء شرط ذلك ام لم يشترط لحسن محمّد بن مسلم وخبره والوجه ثبوت الخيار مع الشرط.

ولو تزوجها على انها بكر فظهرت ثيبا قبل العقد باقرارها والبينة فالأقوى تخيره فان فسخ قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده استقر المهر ورجع على المدّلس فان كانت هي فلا شيء لها إلا اقل ما يصلح ان يكون مهرًا كما قيل في نظائره وان اختار البقاء معها فهل ينقص من المهر شيء أم لا؟ القاضي والحلي على عدم النقص مطلقاً، والقائلون بالنقص بعضهم لم يقدره اصلاً ذلك لان في صحيح محمّد بن جزيك<sup>(٤)</sup> بنقص، والراوندي جعل النقص السدس وقدره الحلي بما بين مهر البكر والثيب،

(١) أبواب العيوب ب ٨ ح ٢٠١، وب ٧ ح ٢.

(٢) أبواب نكاح العيب ب ٦٧ ح ٢٠١ و ٣٠٣ (٣) أبواب نكاح العيب ب ٦٧ ح ١.

(٤) أبواب العيوب ب ١٠ ح ١.



ورجحه المحقق، والعلامة في المختلف وشهيد المسالك وشيخنا. ولا يفتقر الفسخ إلى الحاكم لاطلاق النصوص المتقدمة خلافاً للاسكافي وهو شاذ إلا في العنن فإنه يفتقر إليه لضرب الأجل للنصوص المذكورة<sup>(١)</sup>، والخيار على الفور عند أصحابنا وموثقة بكبير وصحيح أبي الصباح وخبر أبي البختری<sup>(٢)</sup> مشعرة بالفورية وإن كان العيب مستقراً إلى الثبوت بالفورية في المرافعة إلى الحاكم ثم إن ثبت عنده كان الفسخ فورياً وقيل الفوري هي المرافعة مطلقاً وهو للشيخ في المبسوط والعلامة في التحرير<sup>(٣)</sup>، والحمل على ما يفتقر إليها حسن عند شيخنا والأقوى ثبوت الخيار لجاهل الفورية، وإذا اعتقت الأمة صار لها الخيار في فسخ نكاحها سواء كانت تحت عبد كما هو مجمع عليه لصحيح العيص وصحيح العجلي وصحيح محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٤)</sup> أو حرّاً كما عليه الأكثر لصحيح أبي الصباح وغيره<sup>(٥)</sup>، وقيل وهو للشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع بالفرق ويدفعه عموم هذا الصحيح وخصوص مرسل ابن بكير وغيره<sup>(٦)</sup>، هذا إذا اعتقت كلاً فلو اعتقت بعضها فلا خيار لها، والأقوى عدم سقوط الخيار في موضعه بالجهل.

ولو زوج عبده امته ثم اعتقهما كان لهما الخيار، وكذا لو كانا المالكين فاعتقا دفعة وظاهر صحيح ابن سنان<sup>(٧)</sup> انفساخ النكاح بينهما بمجرد

(١) أبواب العيوب ب ١٤.

(٢) أبواب العيوب ب ١٣ ح ١، وب ١٤ ح ٧ و ٩.

(٣) في الاصل: السرائر. (٤) أبواب العيوب ب ٥٢ ح ٣ و ٤ و ٧.

(٥) أبواب العيوب ب ٥٢ ح ٨. (٦) أبواب العيوب ب ٥٢ ح ٨ و ١١.

(٧) أبواب نكاح العيب ب ٥٢ ح ١.

عتقهما دفعة ولم تقف على قائل بمضمونه إلا بما يتراء من الخراساني ومحدث الوسائل. ولو اعتق العبد لم يكن له الخيار ولا للزوجة حرة كانت أو أمة لخبر علي بن حنظلة<sup>(١)</sup>. قال شيخنا: وإذا بيعت أو وهبت أو خرجت من ملك مالكها كان الخيار للمشتري ومن جرى مجراه، وإنما خصّو الحكم بالبيع والشراء وان كان الحكم واحد لورود النصوص في ذلك كصحيحتي محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وهذا الخيار على الفور والجاهل باصل الخيار معذور. واما الجهل بالفورية فيه خلاف.

وكذا إذا بيع زوجها فان الخيار للمشتري كما في صحيح محمد بن مسلم وغيره وإذا كان تحت العبد حرة فهل يثبت الخيار للمشتري الأكثر، نعم لخبر محمد بن علي خلافاً للحلي لضعف الخبر واختاره في الشرائع على احتمال راجع وهو مختار شيخنا والكاشاني. وهل للمولى الاخر الفسخ أم لا؟ ظاهر الشرائع والحلي لا واستحسنه شيخنا والكاشاني لأن الاصل لزوم العقد، نعم لو كانا لمالك فباعهما من اثنين كان الخيار لكل واحد منهما. ولو باع احدهما خاصة كان الخيار في الفسخ والامضاء لكل من البائع والمشتري والخيار على الفور في جميع هذه الصور لأخبار قضية بربرة<sup>(٣)</sup>. وإذا زوج عبده امته فله ان يطلقها وان يفرق بينهما متى شاء بغير طلاق بالاجماع لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٤)</sup>، وقد تقدم. والفسخ لا تلحق به احكام الطلاق، وقيل جميع ما يفسخ بالنكاح طلاق

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٥٤ ح ٢. (٢) أبواب نكاح العبيد ب ٤٧ ح ٢٠١.

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٥٢ ح ٢.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٤٥ ح ١، وب ٦٤ ح ٨.

وهو ضعيف. ولو لم يباشر المولى الطلاق وامر به العبد فهل يكون مجرد الأمر فسخاً للنكاح أم لا؟ فيه قولان، وعلى افادته الفسخ وهو طلاق أم لا؟ قولان مبنيان على الأمر بالاعتزال طلاق أم لا؟ والأقوى عند شيخنا عدمه بل غايته ان يكون فسخاً.

وان زوجه غير أمته حراً كانت أو أمة فهل له اجباره على الطلاق ونهيه عنه المشهور بل كاد يكون اجماعاً لا بل هو بيد العبد لموتقات أبي بصير وعبدالله بن سنان وعلي بن يقطين وغيرها<sup>(١)</sup>، وهو مختار شيخنا<sup>(٢)</sup> أيضاً خلافاً للمتقدمين وجماعة من متأخري المتأخرين منهم الكاشاني فليس له الاطلاق إلا باذن مولاه لأنه لا يقدر على شيء وصحيح زرارة وصحيح العجلي وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(٣)</sup>، وحملت على ما إذا تزوج بأتمته مولاه جمعاً ومورد صحيح زرارة<sup>(٤)</sup>، إنما هو مولى الأمة لا مولى العبد ولا قائل بمضمونها وان ادّعاها الكاشاني، فالحق عند شيخنا في الجمع هو تقييد كل منهما بالآخرى فالطلاق بيد العبد لكن مشروط باذن المولى، والقديمان لم يقولوا باجباره على الطلاق كما ظن ووقع لبعض المتأخرين كما هو مختار الحلبي [الحلي]، وخبر علي بن جعفر<sup>(٥)</sup> حجة على القول بالاجبار. ولو زوج أمته من حر كان الطلاق والتفريق بيد الزوج عند الأكثر في المشهور لحسن الحلبي وصحيحه وخبر أبي بصير<sup>(٦)</sup>، وقيل واختاره الكاشاني له ان

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٤٥ ح ١٠ و١١ و١٢.

(٢) في نسخة «م»: تقديم هذه العبارة على «لموتقات».

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٤٥ ح ٧ و٤.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٤٧ ح ٥ وب ٦٦ ح ٤.

(٥) أبواب نكاح العبيد ب ٤٥. (٦) أبواب نكاح العبيد ب ٦٤ ح ١ و٥.

ينزعها منه متى شاء لصحيح محمد بن مسلم وصحيح البصري ومعتبرة  
 إسحاق بن عمار<sup>(١)</sup>، والأولى عند شيخنا حمل هذه الأخبار الدالة على  
 جواز التفريق للمولى على البيع لها جمعاً والصدوق في الفقيه والشيخ  
 وابن حمزة وشيخنا على ان اباق العبد طلاق امرأته لموثق الساباطي  
 وخبر داود الصرمي<sup>(٢)</sup>، والمشهور خلافه .

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٦٤ ح ٦٣ و٦٤. (٢) أبواب نكاح العبيد ب ٧٣ ح ٢١ و٢٢.

## فصل في الطلاق

قال الله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾<sup>(١)</sup>، يعني إذا وقع على الحرة ولو من العبد بخلاف الأمة ان كانت تحت حرّ فان طلاقها المحرم اثنتان ﴿فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾<sup>(٢)</sup>، وهي الطلقة الثالثة كما في موثق ابن فضال وغيره<sup>(٣)</sup>، والطلاق مكروه عند الثمام الأخلاق لصحيح يحيى بن أبي العلاء وغيره<sup>(٤)</sup>، وتتأكد الكراهة حتّى قال الشيخ بالتحريم للمريض لحسن زرارة بل صحيحه وموثق عبيدة بن زرارة وخبره<sup>(٥)</sup>، وحملت في المشهور على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دل على الجواز من المستفيضة كصحيحتي الحلبي وصحيح جميل وغيرها<sup>(٦)</sup>، وجمع جماعة من متأخري المتأخرين بينهما بالتحريم إذا قصد به الاضرار ومنعه لها من الميراث لمرسل يونس فيحرم ويقع صحيحا كما يأتي حكمه.

وقد يجب الطلاق كما للمولى وللمظاهر، وقد يحرم كطلاق البدعة، وقد يستحب كالطلاق مع الشقاق، وإذا خاف افساد الفراش لمرسل عثمان بن

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ١ ح ٦. (٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢ ح ٢.

(٥) أبواب أقسام الطلاق ب ٢١ ح ٤١. (٦) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٠ ح ١١.

عيسى<sup>(١)</sup>، فيمن لم تكن عفيفة وخبري خطاب بن سلمة<sup>(٢)</sup> في استحباب طلاق سيئة الخلق مع زوجها وخبر محمد بن حماد الحارثي<sup>(٣)</sup> في طلاق من تؤذيه وعنده ما يعطيها.

ويشترط في المطلق العقل والاختيار والقصد بلا خلاف لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٤)</sup>، في ذاهب العقل وخبر السكوني<sup>(٥)</sup>، ومعتبر زكريا بن آدم<sup>(٦)</sup> في الكل، واما أخبار الاكراه فكثيرة منها صحيح زرارة، واما أخبار اشتراط القصد فكثيرة أيضاً منها موثقتا زرارة ومحمد بن مسلم وصحیحتا الحلبي وغيرها<sup>(٧)</sup>.

ويشترط البلوغ عند المتأخرين لخبر الكناني وخبر أبي بصير وخبر السكوني وغيرها<sup>(٨)</sup>، خلافاً للشيخين ومن تبعها فجوزوا الطلاق ممن بلغ عشراً عاقلاً لمرسل ابن أبي عمير وموثق سماعة<sup>(٩)</sup>، والاسكافي اطلق الصحة مع التمييز ولم يقيد بال عشرة كذلك الصدوقان لخبر سماعة وموثق ابن بكير<sup>(١٠)</sup>، وليس لوليه ان يطلق عنه بلا خلاف لصحیحتي محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(١١)</sup>. وكذا المجنون الادواري اما المطبق مع الغبطة فقولان، والمشهور الجواز واختاره شيخنا لصحيح أبي خالد القمات وروايته

- 
- (١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣ ح ١. (٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢ ح ٣.  
 (٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ٥. (٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٤ ح ٤.  
 (٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٤ ح ٣. (٦) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٤ ح ٧.  
 (٧) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٧ ح ٢ و٤ و٥.  
 (٨) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٢ ح ٣ و١ و٤.  
 (٩) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٢ ح ٦ و٧.  
 (١٠) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٢ ح ٧ و٥.  
 (١١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٣.

ورواية شهاب بن عبدربه<sup>(١)</sup>، خلافاً للشيخ في الخلاف والحلي لقولهم بنيته «الطلاق بيد من اخذ بالساق»، والجواب التخصيص بالنصوص.

ويجوز التوكيل في الطلاق للغائب والحاضر لصحيح سعيد الاعرج وموثقته وصحيح العبدى وخبر السكوني<sup>(٢)</sup>، خلافاً للشيخ فمنع من الحاضر اما البلد أو مجلس الطلاق لخبر زرارة<sup>(٣)</sup>، لا تجوز الوكالة في الطلاق بحمله على الحاضر جمعاً، وربما يحمل على ان يكل امر الطلاق إلى النساء استناداً إلى أخبار<sup>(٤)</sup> وردت بذلك جمعاً وفي جواز توكيلها في طلاق نفسها قولان، المشهور الجواز لشمول أخبار النيابة<sup>(٥)</sup>، وكذلك أخبار التخيير<sup>(٦)</sup> لهن في الطلاق خلافاً للشيخ لان الفاعل لا يكون قابلاً. وتشترط الزوجية بالفعل لصحيحتي الحلبي وغيرهما<sup>(٧)</sup>. ويشترط في الزوجية الدوام بالاجماع لصحيح ابن اذينة وغيره<sup>(٨)</sup>، ويشترط تعيينها على المشهور والتعيين اما لفظاً أو اشارة أو ذكر الزوجة حيث لا غيرها، ويدل على الاشتراط موثق زرارة وخبر حمران وغيرهما<sup>(٩)</sup>، والشيخ في المبسوط والصدوقان في الشرائع والعلامة في أكثر كتبه والشهيد في شرح الارشاد على عدم الاشتراط.

ومن الشرائط ان تكون المرأة طاهراً من الحيض والنفاس طهراً لم

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٥ ح ١ و٢ و٣.

(٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩ ح ١ و٢ و٣.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩ ح ٥. (٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ٤١.

(٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩. (٦) أبواب مقدمات الطلاق ب ٤١.

(٧) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٢ ح ١. (٨) أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ٧.

(٩) أبواب أقسام الطلاق ب ٣٢ ح ٢.

يواقعها فيه اجماعاً وفيه فسر قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾<sup>(١)</sup>، ففي رواية أبي الجارود ورواية المجمع<sup>(٢)</sup> العدة الطهر من الحيض وللصاح المستفيضة منها صحيح زرارة وصحيح الفضلاء وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup>، وتربص المسترابة وهي التي لا تحيض وهي في سن من تحيض ولا تحيض ثلاثة أشهر من حين الواقعة للنصوص المستفيضة منها صحيح إسماعيل بن سعد الأشعري وروايته وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup>، ويستثنى مما يعتبر فيمن الطهر ما في صحيح محمد بن مسلم وزرارة وغيرهما عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالوا: «خمس تطلقهن أزواجهن متى شأوا الحامل المستبين حملها والجارية التي لم تحض والمرأة التي قعدت عن المحيض والغائب عنها زوجها والتي لم يدخل بها»، وفي معناه غيره كصحيح إسماعيل بن جابر وغيره<sup>(٥)</sup>، وفي حكم الغائب الحاضر الذي لا يمكنه معرفة حالها في المشهور لصحيح ابن الحجاج وخبر الحسن بن علي بن كيسان<sup>(٦)</sup>، خلافاً للحلي فمنع منه حتى يستبين حالها وفي حكم الحاضر الغائب المطلع على عاداتها، ويشعر بذلك دليل الحاق الحاضر الذي لا يمكنه معرفة حالها. وهل يكفي في الغيبة المجوزة للطلاق مطلقاً عدم التمكن من استعلام حالها من غير تربص واستبراء بمدة، قيل نعم وهو المشهور لاطلاق صحيح الفضلاء وصحيح محمد بن

(١)الطلاق: ١٠٠. (٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٩ ح ٧ و٥.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ٨ ح ١٠ و٥ و٤.

(٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ٨ ح ١٠ و٥ و٤.

(٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٥ ح ١ و٤.

(٦) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٨ ح ١ و٢.



مسلم<sup>(١)</sup>، والشيخ في النهاية وابن حمزة لا بدّ من مضي شهر منذ غاب لصحيح ابن الحجاج وموثق إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>، والاسكافي والعلامة في المختلف لا بدّ من انتظارها ثلاثة أشهر لصحيح جميل بن دراج وموثق إسحاق بن عمار<sup>(٣)</sup>، والصدوق ادناها شهر واوسطها ثلاثة واقصاها خمسة أو ستة جمعا ويرشد إليه موثق إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup>، والمشهور بين المتأخرين والشيخ في التهذيب انه لا بدّ من مضي مدة يعلم انتقالها من طهر المواعدة إلى اخر بحسب عاداتها جمعاً بين النصوص بحملها على اختلاف العادات، واختار شيخنا مضي شهر وحمل ما زاد على الاستحباب. والمشهور اشتراط كون الصيغة صريحة وفي «طلقتك» أو «طلقت فلانه» خلاف فالمشهور الوقوع خلافاً للشيخ لكونها على صيغة الأخبار مع انه جوز بنعم في جواب هل طلقت امرأتك؟ كما في خبر السكوني<sup>(٥)</sup>، بل جوز بانة مطلقة مع نية الطلاق.

وبالجملة فالمقطوع به من الصيغ «انت طالق» كما تضمنته أكثر النصوص المعتمدة وجوزه الاسكافي باعتدي مع نية الطلاق وله حسنتا محمد بن مسلم والحلي بل صحيحتهما<sup>(٦)</sup>، وهو مختار شيخنا والكاشاني خلافاً للمشهور.

والمشهور وجوب العربية خلافاً للشيخ في النهاية وجماعة واختاره

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٥ ح ٤.

(٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٨ ح ١، وب ٢٦ ح ٨.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٨ ح ١، وب ٢٦ ح ٨.

(٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٦ ح ٨ (٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٦ ح ٦.

(٦) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٦ ح ٤٣.

شيخنا والكاشاني لخبر وهب بن وهب «كل طلاق بكل لسان فهو طلاق»<sup>(١)</sup>، ويؤيده صحيح الثمالي وصحيح زرارة وصحيح ابن اذينة<sup>(٢)</sup>، اما العجز والضرورة فيجوز بغيرهما قولاً واحداً ولا يجب عليه التوكيل ولا يقع بالاشارة إلا مع العجز في المشهور كما ورد في الاخرس في سائر معاملات.

ويعتبر في الصحة الاشارة المفهمة ولو عرف الاخرس الكتابة كانت من جملة الاشارة وقدمها الحلبي على الاشارة لصحيح البنزطي وخبره<sup>(٣)</sup>، ومنها القاء القناع عليها لخبر ابان بن عثمان وخبر السكوني وخبر أبي بصير<sup>(٤)</sup>، وقد اعتبر الصدوقان وجماعة انضمامه للاشارة عملاً بهذه الأخبار، والحق عند شيخنا الاكتفاء بالقاء القناع كما تكفي الاشارة المفهمة. ولا يجوز بالكتابة من القادر على التلفظ الحاضر اتفاقاً لصحيح الثمالي وصحيح زرارة وخبره وصحيح ابن اذينة<sup>(٥)</sup>، اما من الغائب فصحيح على الاصح عند شيخنا والكاشاني وفاقاً للشيخ في النهاية وجماعة لصحيح الثمالي، وهو خلاف المشهور وحمل الصحيح على حالة الاضطرار.

واعلم انه على القول بالوقوع بالكتابة يعتبر القصد إلى الطلاق وحضور الشاهدين يريان الكتابة. وهل يشترط رؤيتهما الكتابة ام تكفي الرؤية بعدها فيقع حين يريانها وجهان؟ والأول لا يخلو من قوة عند شيخنا.

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٧ ح ١. (٢) أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ٧٩.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٩ ح ١. (٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٩ ح ٢ و٣ و٥.

(٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٤ ح ٢ و٣ و١.

ولا فرق في الغائب بين البعيد بمسافة القصر وعدمه واحتمال شموله الغائب عن المجلس بعيد والأقوى عند شيخنا اعتبار الغيبة عرفاً. وفي وقوع الطلاق بتخيرها فيه واختيارها ذلك أقوال والأكثر على العدم مطلقاً لأنه من خواصه عَلَيْهِ السَّلَامُ والتديمان والمرضى وظاهر ابن بابويه على الوقوع به مع اجتماع شرائط الطلاق.

فمن الأخبار المجوزة صحيح محمد بن مسلم وصحيح الحلبي وصحيح زرارة وغيرها<sup>(١)</sup>، ومن الأخبار المانعة موثقاً محمد بن مسلم وموثق العيص بن القاسم وغيرها<sup>(٢)</sup>، والمشهور [الأكثر] حملوا المجوزة على التقية.

ولا يقع قبل النكاح بشرط تزويجها لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٣)</sup>، ولا يجوز تعليقه بأمر على وجه اليمين كقوله إن فعل كذا فهي طالق لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٤)</sup>، وظاهر الاسكافي انعقاده يميناً على كراهة لظواهر أخبار سبيلها التقية. والمشهور وعليه شيخنا اشتراط تجديده من الشرط والصفة وحيث إن المتأخرين كالشهيد الثاني والكاشاني تبعاً للمحقق لم يقفوا على الدليل قالوا: ولا دليل عليه وفيه نظر لأن التعليق في الطلاق مما شهدت الأخبار بفساده في اليمين وغيرها سيما صحيح عبدالله بن سنان وموثقة أبي اسامة وصحيح الحلبي ورواية المجمع<sup>(٥)</sup>.

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٤١ ح ١٦٠ و ١٢٠٨.

(٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٤١ ح ٤٠٣.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٢ ح ٢.

(٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٨ ح ٣ و ١٠٧.

(٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٨ ح ٣ و ١٠٧.

ولو طلق ثلاثا وقع واحدة في المشهور عندنا لوجوب تخلل الرجعة في العدد سواء اتى بلفظ الثلاث أو لكل مرة لاطلاق صحيح زرارة وموثقتيه وغيرها<sup>(١)</sup>، والمرضى وابن أبي عقيل وابن حمزة على البطلان في الاول كما لو قال: «انت طالق» ثلاثا لصحيح ليث المرادي وصحيح صفوان وصحيح الفضل بن شاذان وغيرها<sup>(٢)</sup>، بخلاف قوله ثلاثا «انت طالق»، واختاره شيخنا لصراحة حسن الميثمي<sup>(٣)</sup> بالفرق وهو الحامل لهم على ذلك ولو كان المطلق مخالفاً يعتقد الثلاث لزمته عندنا لخبر موسى بن اشيم<sup>(٤)</sup> الدال على التفصيل، ويدل على الصحة صحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٥)</sup>، ولو قال لأربع «اوقعت بينكن أربع طلاقات» وقع لكل واحدة طلقة عند الشيخ وجماعة، واستشكله المحقق وهو الحق عند شيخنا.

ولا بدّ من حضور شاهدين ظاهري العدالة بحيث يسمعان الانشاء أو يريان الكتابة والاشارة من العاجز والاخرس بالاجماع اية ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾<sup>(٦)</sup>، ولصحيح الفضلاء وصحيح الكناني وصحيح ابن أبي بصير وغيرها<sup>(٧)</sup>. ولا تجوز شهادة النساء في الطلاق لرواية محمد ابن الفضيل وصحيح محمد بن مسلم وخبر زرارة وغيرها<sup>(٨)</sup>، ولا يشترط طلب الشهادة من الشاهدين بل يكفي سماعهما كما في حسنتي البنزطي

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٩ ح ٢٠١.

(٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٩ ح ٢٥ و ٢٤.

(٣) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٩ ح ٢٥ و ٢٤.

(٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٨.

(٥) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٠ ح ٦ و ٤ و ٣.

(٦) الطلاق ٢.

(٧) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٠ ح ٧ و ٨ و ١٢.

وصفوان وخبر ابن أشيم<sup>(١)</sup>.

والطلاق منه ما لا يصح للزوج معه الرجعة إلا بعقد جديد ويسمى «البائن» وهو ستة التي لم يدخل بها والائيسة والتي لم تبلغ المحيض والمختلعة والمباراة ما لم ترجع في البذل، والمطلقة ثلاثاً بينهما رجعتان ان كان الطلاق رجعياً أو عقدان حيث يكون بائناً أو رجعة وعقد حيث يكون بعضه بائناً وبعضه رجعياً.

ومنه ما يصح مراجعتها مادامت في العدة من دون عقد سواء رجع أو لم يرجع ويسمى «الرجعي» وهو ما عدا المذكور من الاقسام الستة كذا يستفاد من الكتاب وهي آية «الطلاق مرتان»<sup>(٢)</sup> وغيرها والستة في نصوص كثيرة كصحيحتي زرارة وصحيح البنظي وغيرها<sup>(٣)</sup>.

ومما يدل على ان غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا عدة عليها صحيح الحلبي وصحيح زرارة وصحيح أبي بصير<sup>(٤)</sup>. ومما يدل على الائيسة مرسل حماد وخبر ابن الحجاج<sup>(٥)</sup>، وسيأتي في العدد بقيتها.

وإذا كان الطلاق رجعياً فان راجعها في العدة الرجعية وواقعها ثم طلقها على الشرائط ثم راجعها في العدة وواقعها ثم طلقها على الشرائط سمي بطلاق العدة، وان تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها بعقد جديد ثم طلقها على الشرائط وتركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها كذلك سمي بطلاق السنة كما يستفاد من النصوص المستفيضة منها

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ٢١ ح ١ و٢ و٣.

(٢) البقرة: ٢٢٧. (٣) أبواب أقسام الطلاق ب ١ ح ١ و٢.

(٤) أبواب أقسام الطلاق ب ١ ح ٢ و١. (٥) أبواب أقسام الطلاق ب ٣٣ ح ١ و٢.

صحيحنا زرارة وموثقته وصحيح البنزطي<sup>(١)</sup>، وقد يسمى الكل بالسنة مقابلة لها بالبدعة.

وكلما أستكملت المرأة الطلاق ثلاثاً حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره سواء كان الطلاق عدياً أو سنياً بلا خلاف إلا من الفقيه وعبدالله بن بكير<sup>(٢)</sup> فيما إذا كان كله سنياً والحق ما ذهب إليه المشهور لاطلاق «الطلاق مرتان»<sup>(٣)</sup>، وصحيحتي أبي بصير وصحيح الفضلاء وغيرها<sup>(٤)</sup>.

واما ما في موثق زرارة وصحيح عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٥)</sup> من تخصيص ذلك بالعدي بخلاف السني فانه لا يحرم بالثالثة كما هو مذهب الصدوق فشاذ متروك أو محمول على التقية. وكلما استكملت تسعاً تخلل بينها رجلان حرمت مؤبداً وقيدتها الأكثر بالعدي لخبري الخصال والهداية<sup>(٦)</sup> لكن ظاهر الصدوق التعميم لخبر محمد بن سنان وموثق ابن فضال وصحيح جميل<sup>(٧)</sup>، وكلها صريحة في التحريم المؤبد في الطلاق السني أيضاً، والاحتياط لا يخفى، والمشهور انه لا يشترط في الطلاق بعد المراجعة الوقاع سواء وقع الطلقتان في طهر واحد كما في موثق إسحاق ابن عمار<sup>(٨)</sup>، أو طهرين كما في صحيح عبد الحميد بن عواض ومحمد بن مسلم وصحيح البنزطي<sup>(٩)</sup>، خلافاً للعماني لخبر أبي بصير<sup>(١٠)</sup>. واما صحيح

(١) أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ٦٠٩. (٢) أبواب أقسام الطلاق ب ٣.

(٣) البقرة: ٢٢٧.

(٤) أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ٩، وب ٤ ح ٢٠١.

(٥) أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ١٥ و١٦.

(٦) أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ٢. (٧) أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ٧ و٨.

(٨) أبواب أقسام الطلاق ب ١٩ ح ٥. (٩) أبواب أقسام الطلاق ب ١٩ ح ١٠١.

(١٠) أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ٥.

عبدالرحمن بن الحجاج «في المراجع لا يطلق التطلّيق الاخرى حتّى يمسه»، فحمله الشيخ على العدي خاصة لخبر معلى بن خنيس<sup>(١)</sup>، وكذلك حسن أبي بصير<sup>(٢)</sup>، وفيهما مخالفة لما اتفقوا عليه من التحريم بالثلاث بغير العدي فالأولى حمل النهي على الكراهة.

قال الكاشاني واختاره شيخنا المستفاد من الأخبار انه إذا كان غرضه من الرجعية الطلاق لحصول البينونة فلا بد من الوقاع بعد المراجعة، وعليه تحمل الأخبار الدالة صريحاً وان كان غرضه ان تكون في حباله ثم بدا له ان يطلقها فلا حاجة إلى المسيس ويصح طلاقها ويشهد بذلك حسن أبي بصير<sup>(٣)</sup>. واشترط الصدوقان في طلاق الحامل ثانياً بعد مراجعتها مضي ثلاثة أشهر والاسكافي مضي شهر والنصوص مختلفة فمنها ما نهى عن طلاقها عما زاد على الواحدة مطلقاً كصحيحتي معاوية بن عمار وصحيح زرارة وغيرها<sup>(٤)</sup>. ومنها ما فيه تصريح بجواز تعدده ثلاثاً والتحريم مطلقاً وهي مستند المشهور كمعتبرات إسحاق بن عمار ومرسل الفقيه وخبر ابن بكير<sup>(٥)</sup>. ومنها ما جوز التعدد مع تخلل الوطي خاصة وهو خبر بريد الكناسي<sup>(٦)</sup>. ومنها ما نهى عن الطلاق الثاني بعد الوطي حتّى يمضي شهر وهو خبر الكناسي<sup>(٧)</sup>، والاسكافي حمل المجوز على العدي، وقيده بالشهر جمعاً وتبعه الشيخ في كتابي الأخبار ورواية إسحاق بن عمار وخبر

(١) أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ١٣. (٢) أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ١.

(٣) أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ١.

(٤) أبواب العدد ب ٩ ح ١٤، في المصدر: إسماعيل الجعفي.

(٥) أبواب أقسام الطلاق ب ٢٠ ح ٧٦ و ٩٧.

(٦) أبواب أقسام الطلاق ب ٢٠ ح ٧٦ و ٩٧.

(٧) أبواب أقسام الطلاق ب ٢٠ ح ١١.

الصيقل<sup>(١)</sup>، ينفيان هذا الجمع ولم نقف على مستند الثلاثة الأشهر إلا ما ورد من انه قبل ظهور الحمل لا يتعدد واحسن المحامل عند شيخنا والكاشاني تبعاً للشهيد الثاني حمل النهي على الكراهة مطلقاً وان تأكدت الكراهة قبل شهر إلا أن الاحتياط عند شيخنا بعد الشهر.

والرجعة تتحقق بالقول لصحيح محمد بن مسلم وصحيح عبدالحميد الطائي<sup>(٢)</sup>، وبالفعل كالوطني والقبلة واللمس والنظر بشهوة بقصد الرجوع في الكل اجماعاً.

وهل يشترط القصد في الجماع أم لا؟ الأكثر على اشتراط القصد فيه وصحيح محمد بن القاسم يدل على مذهب القدماء وهو انه رجوع وإن لم يقصد واختاره. وهل يقع بالكتابة مع النية أم لا؟ شيخنا والكاشاني على الوقوع وانكاره تضيق على المكلفين وقد عبرت الأخبار بلفظ الرجعة من غير ذكر صيغة واصرح الفاضل «راجعتك ورجعتك وارجعتك» خصوصاً مع اضافة قوله إلى «نكاحي» ولا تتوقف اباحة الوطي والقبلة واللمس والنظر بشهوة على تقديم رجعة لانها زوجة فيباح فعل ذلك وتحصل الرجعة به، ويشترط وقوعه بالقصد إليه فلو وقع سهواً أو بظن كونها زوجة أو ان ذلك حلال له بدون الرجوع لم تفد الرجعة قطعاً وفعل محرماً ان كان عالماً بالتحريم، وان واقعها بدون قصد العود في المشهور أو بقصد عدم العود على أقوال القدماء فعليه مهر المثل فان راجعها بعد ذلك ففي سقوطه قولان.

وتقع الرجعة بانكار الطلاق لصحيح أبي ولاد<sup>(٣)</sup>، وتكفي من الاخرس

(١) أبواب أقسام الطلاق ب ٢٠ ح ٧٦. (٢) أبواب أقسام الطلاق ب ١٨ ح ٢١.

(٣) أبواب أقسام الطلاق ب ١٤ ح ١.



الإشارة المفهومة ولو بأخذ القناع عن رأسها إذا أفاد ذلك كما قاله الصدوق مطلقاً اخذاً من خبر وضع القناع<sup>(١)</sup>. ولا يجب الأشهاد على الرجعة عندنا لصحيح زرارة وصحيح محمد بن مسلم وخبريهما وغيرها<sup>(٢)</sup>. ولو أشهد على الرجعة فلم يبلغ المرأة ذلك حتى خرجت من العدة فهل هي زوجته أم لا أم إذا استكنتم الشهود فليست زوجته وإلا فهي زوجته المشهور بل لا يعلم فيه مخالف أنها زوجته مطلقاً، وخالف الشيخ علي بن سليمان ولم يفصل، واختار شيخنا التفصيل جمعاً بين صحيح محمد بن قيس وخبر زيد بن علي<sup>(٣)</sup> الدالين على خروجها من حباله إذا استكنتم وبين حسن المرزبان وخبر الحسن بن صالح الدالين على الاكتفاء بالأشهاد وإن لم يعلمها وحمل الشيخ يوسف الخبرين الأولين على التيقية لانه مشهور العامة ومذهب لابن الخطاب<sup>(٤)</sup>، وفيه نظر عند شيخنا لان العامة يشترطون الاعلام قبل التزويج لا قبل الخروج من العدة وصحيح ابن قيس<sup>(٥)</sup>، ظاهر في أنه قبل التزويج وبعده واحد، وهل يجوز تعليقها على الشرط أو الصفة المشهور لا الحاقاً لها بسائر العقود والايقاعات .

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٩ . (٢) أبواب أقسام الطلاق ب ١٣ ح ١ و٣ و٤ و٥ .  
 (٣) أبواب أقسام الطلاق ب ١٥ ح ٥ . (٤) لا توجد في نسخة «م» .  
 (٥) أبواب أقسام الطلاق ب ١٥ ح ٢ .

## فصل في الخلع والمباراة

كل منهما طلاق بعوض لحكم الأخبار بعدهما من الطلاقات، ويشترط فيهما ما يشترط في الطلاق من الطهر والشاهدين وغير ذلك، ويشترط فيهما رضاهاما بالبذل لصحيح ابن رثاب في الطهر والشهود والرضاء، ويشترط في الخلع خاصة كراهتها للزوج لصحيح الحلبي وحسنه وغيرهما<sup>(١)</sup>. وفي المبارات كراهة كل منها وعدم زيادة العوض من المهر لصحيح الحلبي وصحيح أبي بصير وموثقه وغيرها<sup>(٢)</sup>.

ولا خلاف في شيء من ذلك إلا ما يأتي من كون الخلع طلاقاً، وفي صحيح يعقوب بن شعيب «في الخلع إذا قالت له لا اغتسل لك من جنابة ولا أبرّ لك قسماً ولا وطن فراشك من تكرهه فإذا قالت له هذا حل له ان يخلعها وحل له ما اخذ منها»<sup>(٣)</sup>، وفيه دلالة على اشتراط ان تقول هذا القول المخصوص، واعتبره الشيخ في الخلاف والأكثر لم يعتبره، وشيخنا اكتفى بما يؤدي هذا المعنى إذا نشأ عن الكراهة ولا يجب الخلع عند كراهة المرأة للزوج خلافاً للنهية إذ قالت: «لأدخلن عليك من تكرهه» لمرسل ابن أبي عمير، وصيغتهما الصريحة في المشهور: خلعتك أو

(٢) كتاب الخلع ب ٨ ح ١ و٤.

(١) كتاب الخلع ب ١ ح ٣.

(٣) كتاب الخلع ب ١ ح ٨.

خالعتك بكذا أو على كذا وبارأتك بكذا أو على كذا، ونحو ذلك. وهل يعتبر قبول المرأة أو سبق سؤالها والتطابق بينهما كما في النكاح وعدم تخلل الزمان معتدّ به كما في كل إيجاب وقبول ظاهر المشهور اعتبار القبول والسؤال لصحيح محمّد بن مسلم وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(١)</sup>. والمشهور اتباع صيغة المبرات بالطلاق بان يقول بعد صيغة «فهي طالق» مع الغيبة «وانت طالق» مع الحضور ونقله الشيخ في الخلع أيضاً عن جماعة من المتقدمين، واختاره لخبر موسى بن بكر<sup>(٢)</sup> مع ان الصحاح كصحيحتي زارة وصحيحة الحلبي وغيرها<sup>(٣)</sup>، تدفع ذلك في كليهما وبها عمل الأكثر في الخلع والشيخ حملها على التقية، وتنتظر فيه شيخنا وجعل الاتباع احتياطاً وعلى الاجتزاء بلفظ الخلع، هل هو طلاق يعدّ من الثلاث ام فسخ لا يعدّ منها؟ الاصح عند شيخنا والكاشاني الأول وعليه الأكثر لصحيحتي محمّد بن مسلم وغيرهما<sup>(٤)</sup>. وفي صحيح محمّد بن مسلم الخلع والمبرات تطليقة بائن<sup>(٥)</sup> خلافاً للشيخ فذهب إلى انه فسخ لوجوه مدخولة. ولو تجرد عن الكراهة والنشوز فالمشهور صحة الطلاق وبطلان العوض ويكون رجعيّاً خلافاً للشهيد في الروضة والمسالك فصح ذلك الطلاق البدلي مع انتفاء الكراهة وانه يعمل عمل الخلع والقران والأخبار المتقدمة ترده.

ولا يجوز اكرهاها على البذل ولا عضلها لتبذل إلا أن تأتي بفاحشة بينة، وقد اختلف في الفاحشة فقيل هي الزنا اقتصاراً على محل الوفاق،

- (١) كتاب الخلع ب ١ ح ١ و٣.  
 (٢) كتاب الخلع ب ٣ ح ٤ و٧ و١٠.  
 (٣) كتاب الخلع ب ١ ح ١.  
 (٤) أنظر كتاب الخلع ب ٣ ح ٣.  
 (٥) كتاب الخلع ب ٣ ح ١.

وقيل كلما يوجب الحد، وقيل كل معصية لمرسل المجمع، وخص الشهيد الأول جواز اخذ البذل مع الفاحشة بما وصل إليها من مهر وغيره دون الزائد، وظاهر الأكثر خلافه لظاهر الآية والأخبار المفسرة لها وكل ما صح ان يكون مهراً صح ان يكون فداء ولا تقدير فيه لاطلاق النصوص تبعاً للآية، ونفي التقييد في الخلع تقدم دليله بخلاف عوض المبارات فانه بقدر المهر أو دونه بل أكثر الأخبار<sup>(١)</sup> تقيده بما دون المهر وحملت على الاستحباب.

وإذا صح الخلع مع الفدية فلا رجعة له بلا خلاف لصحيح محمد بن مسلم وصحيح زرارة وصحيح ابن رثاب وغيرها<sup>(٢)</sup>. وقد جاء في المبارات أيضاً مثل ذلك كموثقة الجعفي وغيرها<sup>(٣)</sup>. ولها الرجوع في الفدية مادامت في العدة ومع رجوعها يرجع ان شاء لصحيح ابن بزيع وموثق البقباق وغيرهما<sup>(٤)</sup>. واشترط ابن حمزة في جواز رجوعها تراضيها معاً وعند اشتراطه في العقد وظاهر أخبار المبارات اعتبار شرطية ذلك سيما خبر تفسير القمي<sup>(٥)</sup>، وهي محمولة على الاولوية. ولو رجعت في البعض دون البعض كان له الرجوع أيضاً، ويرشد إليه موثق أبي بصير العباس<sup>(٦)</sup>، وذهب جماعة إلى المنع لصحيح ابن بزيع<sup>(٧)</sup>، فان ظاهره رد الجميع، وقيل يعتبر رضاه بل يعتبر امكان رجوعه في صحة رجوعها اذ لا دليل على جواز رجوعها مطلقاً لصحيح ابن بزيع وموثق

(١) كتاب الخلع ب ٤، وب ٦ ح ٤.

(٢) كتاب الخلع ب ٩ ح ٢.

(٣) كتاب الخلع ب ٧ ح ٤.

(٤) كتاب الخلع ب ٧ ح ٢.

(٥) كتاب الخلع ب ١ ح ١.

(٦) كتاب الخلع ب ٧ ح ٢.

(٧) كتاب الخلع ب ٧ ح ٣.

البقباق<sup>(١)</sup>، وعلى هذا لو كانت الطلقة الثالثة لم يجز لها الرجوع في البذل  
وحيث ترجع المرأة في البذل تصير العدة رجعيّاً سواء رجع ام لا لكن في  
ثبوت احكام الرجعة عليها مطلقاً فتجب عليه النفقة والامكان وغير ذلك  
قولان والأقوى عند شيخنا الترتيب .

## فصل في الظهار

وهو ان يقول الزوج لزوجته «انت أو هذه أو فلانة أو عليّ أو منّي أو عندي كظهر أمّي» بلا خلاف أو حرام كظهر أمّي كما في صحيح حمّان<sup>(١)</sup>، خلافاً للشيخ حيث منع من ذلك ولا وجه له وفي وقوعه مع حذف الصلة قولان، الأكثر على عدم الفرق، واستشكل في السرائر مع الحذف حيث ان الأخبار لم تخل عن ذكرها.

وفي غير الأم من المحارم المؤبدة أقوال شتى اصحها الوقوع مطلقاً لصحيح زرارة<sup>(٢)</sup>، والشيخ في الخلاف والحلي لا يقع بغير الأم مطلقاً وهو القول الثاني والثالث الحاق الجدات بها لا غير والرابع الحاق محارم النسب لا غير والخامس الحاق محارم الرضاع بهن لا غير والسادس الحاق محارم المصاهرة أيضاً.

وفي وقوعه بغير الظهر من اعضائه أقوال لعدم الوقوع مطلقاً الاصل والنظر للاشتقاق وهو للمرتضى وتبعه عليه المتأخرون وايد بصحيح زرارة وصحيح جميل<sup>(٣)</sup>، وللوقوع بغير الظهر من اعضائها مرسل يونس وخبر سدير<sup>(٤)</sup> وهما ضعيفان وبقية الأقوال خالية من المستند.

(١) كتاب الظهار ب ١ ح ٢.

(٢) كتاب الظهار ب ٤ ح ١.

(٣) كتاب الظهار ب ٤ ح ٢.

(٤) كتاب الظهار ب ٤ ح ٢.

ولو جعل الظهار يميناً أي جزءاً على فعل أو ترك قصداً للزجر أو البعث لم يقع كما هو المشهور للنهي في الأخبار عن اليمين بغير الله وهي مستفيضة منها صحيح زرارة وصفوان<sup>(١)</sup>، ولم يخالف في مضمونها الاسكافي لخبر عبدالرحمن بن الحجاج وغيره<sup>(٢)</sup>، إلا أن ما دل على ذلك محمول على التقية. وهل يصح تعليقه على شرط أو صفة من دون قصد اليمين أكثر المتأخرين. نعم لصحيح حريز وصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٣)</sup>، خلافاً لجماعة ونسبه المحقق إلى الأكثر منهم الشيخ وقبله الصدوق واختاره في النافع وابن حمزة والعلامة لمرسل ابن بكير ورواية القاسم بن محمد الزيات وغيرهما<sup>(٤)</sup>، والأولى عند الشيخ الوافي حمل الأخبار الأولى على التقية واستوجهه شيخنا.

ولو قيده بمدة كان يظاهاها شهراً أو سنة أو يوماً ففيه أقوال أحدهما الوقوع مطلقاً لعموم الآية المتقدمة وحديث سلمة بن صخر وهو مختار الأكثر منهم العلامة في المختلف وشيخنا والكاشاني وثانيتها عدم الوقوع مطلقاً وهو للشيخ لصحيح سعيد الاعرج<sup>(٥)</sup> على إحدى النسختين وثالثتها الوقوع مع زيادة المدة عن مدة التربص وهي ثلاثة أشهر.

ويشترط في وقوع الظهار ما يشترط في الطلاق من حضور شاهدين ووقوعه في طهر لم يقربها فيه لصحیحتي حرمان وحسنه وغيرها<sup>(٦)</sup>. وفي اشتراط الدخول قولان اصحها وعليه الأكثر ذلك لصحیحتي الفضل بن

(١) كتاب الظهار ب ٦ ح ٤١.

(٢) كتاب الظهار ب ١٧ ح ١٧.

(٣) كتاب الظهار ب ١٦ ح ٤٣.

(٤) كتاب الظهار ب ١٦ ح ١٠.

(٥) كتاب الظهار ب ١ ح ٢.

(٦) كتاب الظهار ب ٦ ح ٦.

يسار<sup>(١)</sup>، خلافاً للمرتضى والحلي وقبلهما المفيد وجماعة وهو ضعيف وفي وقوعه بالمستمتع بها والموطوءة بالملك خلاف والأقوى كما عليه الأكثر الوقوع للعموم وخصوص صحيح محمّد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup> في الأمة خلافاً للمفيد والمرتضى والحلي وجماعة من المتقدمين لرواية حمزة بن حمران<sup>(٣)</sup>، وهي ضعيفة سنداً ودلالة.

ويقع الظهار من العبد بلا خلاف لصحيح جميل وغيره<sup>(٤)</sup>، والأكثر على وقوعه من الكافر لعموم الآية خلافاً للشيخ والاسكافي لعدم صحة الكفارة منه وهو ضعيف. الظهار محرم لوصفه بالمنكر الزور في الآية<sup>(٥)</sup>، ولا خلاف فيه إلا في عقاب فاعله فاذا اراد الوقاع فعليه الكفارة من قبل ان يتماسا كما في الآية ولصحيح أبي بصير وغيره<sup>(٦)</sup>. وقال الاسكافي: إذا اقام على نكاحها الأول زماناً وان قل فقد عاد لما قال وهو ضعيف. وهل يستقل الوجوب بارادة الوطي ام معناه تحريم الوطي حتى يكفر قولان المشهور الثاني وعليه شيخنا لصحيح الحلبي<sup>(٧)</sup>. وفي الحاق تحريم ما دون الوطي كالقبلة واللمس قولان، للاختلاف في تفسير المسيس هل هو كناية عن الجماع أو عن كل ما استلزم المس والمباشرة والمختار عند شيخنا انه كناية عن الجماع. ولو وقع قبل الكفارة لزمته كفارتان في المشهور عقوبة لصحيح الحلبي وأبي بصير وغيرهما<sup>(٨)</sup>، وحمل العدد على الاستحباب وهو ممكن عند شيخنا والشيخ حمل الواحدة على الجهل

(٢) كتاب الظهار ب ٨ ح ٢.

(٤) كتاب الظهار ب ١٢ ح ٢.

(٦) كتاب الظهار ب ١٦ ح ٦.

(٨) كتاب الظهار ب ١٥ ح ٤١.

(١) كتاب الظهار ب ٨ ح ١.

(٣) كتاب الظهار ب ١١ ح ٦.

(٥) المجادلة: ٣.

(٧) كتاب الظهار ب ١٥ ح ٤.



لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، ونفى عنه شيخنا البعد ولا ريب في عدم التعدد مع الجهل والنسيان وتكرر الكفارة مع تكرر الوطي على المشهور لحسن أبي بصير وغيره<sup>(٢)</sup>، خلافاً لابن حمزة فيما إذا لم يكفر عن الأول والنص حجة عليه. وهل يتكرر الظهار من امرأة واحدة أم لا؟ الأكثر نعم مطلقاً لصحیحتي محمد بن مسلم وخبره وغيرها<sup>(٣)</sup>، وفي المبسوط بشرط تراخي احدهما عن الآخر أو تواليهما من غير ان يقصد به تأكيداً وإلا فواحدة، والاسكافي بشرط تعدد المشتبه بهما إلا أن يتخلل التكفير فمطلقاً، وقيل بشرط اختلاف المجلس واستوجهه في المسالك وله خبر عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٤)</sup>، والأقوى عند شيخنا ما عليه الأكثر ونفى البأس عما استوجهه في المسالك، ولو ظاهر من متعددة بلفظ واحد ففي وجوب التعدد قولان، أشهرها ذلك لحسن حفص بن البختري وغيره<sup>(٥)</sup>، خلافاً للاسكافي لموثق غياث<sup>(٦)</sup>، وحمله الشيخ على الوحدة الجنسية والأولى حمله على التقية، ولو علق الظهار بالوقاع بان قال: ان واقعتك فانت علي كظهر امي لم تجب تلك الكفارة إلا بعده للوقاع الثاني كما مرّ خلافاً للشيخ فاوجها بنفس الوقاع الأول وهو بعيد جداً ويدفعه أخبار كثيرة منها صحيحة الحلبي وموثقته<sup>(٧)</sup>، محمولة على التقية ولا تسقط الكفارة بالطلاق والرجوع، نعم ان تزوجها بعقد جديد بعد البينونة سقطت عند الأكثر لصحيح جميل بن دراج وحسنة ابن بكير وغيرهما<sup>(٨)</sup>، خلافاً

- |                            |                               |
|----------------------------|-------------------------------|
| (١) كتاب الظهار ب ١٥ ح ٨.  | (٢) كتاب الظهار ب ١٥ ح ١.     |
| (٣) كتاب الظهار ب ١٣ ح ٤١. | (٤) كتاب الظهار ب ١٣ ح ٦.     |
| (٥) كتاب الظهار ب ١٤ ح ١.  | (٦) كتاب الظهار ب ١٤ ح ٣.     |
| (٧) كتاب الظهار ب ١٥ ح ٤.  | (٨) كتاب الظهار ب ١٠ ح ٤ و ٥. |

للحلي والديلمي فواجبا الكفارة أيضاً بالنكاح الثاني لحسن علي بن جعفر بل صحيح<sup>(١)</sup>، وحمله على الاستحباب ممكن عند شيخنا وعلى التقية أيضاً وكذا الحكم لو ملكها بعد المظاهرة وفي معناه ما لو اشتراها غيره ثم فسخ النكاح وزوجه اياها بعقد مستأنف، ولا يتوقف صحة العقد على الاستبراء، ولا الاعتداد لأن الماء لواحد ومثله ما لو طلقها ثانياً ثم رجعها في العدة وبهذا تحصل الحيلة على إسقاط حكم الظهار من غير تكفير، وقد مضى بيان الكفارة وأحكامها.

وإذا لم يرد الوقاع ولم تصبر المرأة ترك ثلاثة أشهر بعد المرافعة فان فاء وجامع وجب عليه ما يجب على المجمع من التكفير أولاً والأخيرين التكفير أو الرجعة أو الطلاق كذا في خبر أبي بصير<sup>(٢)</sup>، وهو منجبر بالشهرة.

(٢) كتاب الظهار ب ١٨ ح ١.

(١) كتاب الظهار ب ١٠ ح ٩.

## فصل في الايلاء

وهو الحلف على ترك الوطي بالشرائط المخصوصة الاتي ذكرها ولا ينعقد إلا بأسماء الله تعالى لأنه ضرب من يمين، ويشترط التلفظ به وان يكون اللفظ صريحاً كلاجامعتك أو لا وطئتك أو نحو ذلك اما لا اجمع رأسي ورأسك في مخدة أو لا ساقفتك مع النية فقولان، ظاهر المشهور عدم الانعقاد والانعقاد مختار المبسوط والمختلف وظاهر حسن يريد بن معاوية العجلي<sup>(١)</sup>، الوقوع وكيف كان فلا ريب في وقوع اليمين بذلك وامثاله مع النية وإن لم يقع الايلاء والمفهوم من حسن الحلبي<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي بصير<sup>(٣)</sup>، وحسن اخر ليريد وغيرها<sup>(٤)</sup> بعد ضم بعضها إلى بعض ان المتيقن من الايلاء هو اللفظ الصريح وما دل على غيره وقع تقيّة عند شيخنا وفي اشتراط تجريده عن الشرط قولان، المشهور الاشتراط واختاره شيخنا، وذهب في المبسوط والعلامة في المختلف إلى ان الاصح عدم واستوجهه في المسالك، ولا يقع إلا في الاضرار بالمرأة فلو قصد به الاصلاح لم ينعقد بلا خلاف لخبر السكوني<sup>(٥)</sup>، وهو منجبر بالشهرة

(٢) أبواب الايلاء ب ٣ ح ٣.

(٤) أبواب الايلاء ب ٢ ح ١.

(١) أبواب الايلاء ب ١٠ ح ١.

(٣) أبواب الايلاء ب ٨ ح ٦.

(٥) أبواب الايلاء ب ٤ ح ١.

ويشترط في المشهور ان تكون المرأة منكوحة بالعقد لا بالملك لظاهر قوله تعالى: «من نسائهم»<sup>(١)</sup>، وان كان الأقوى عند شيخنا وقوع الظهار بهن وان تكون دائمة فلا ايلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها كما في صحيح ابن أبي يعفور<sup>(٢)</sup>، خلافاً للسيد ويدفعه النص وان تكون مدخولاً بها كما هو المشهور لصحيح محمد بن مسلم وغيره وربما قيل بالخلاف هنا.

ويشترط في الايلاء ان يكون التحريم مطلقاً أو مقيداً بالدوام أو مقروناً بمدة تزيد على اربعة أشهر، وإلا لم ينعقد الايلاء بل اليمين خاصة ففي خبر زرارة «لا يكون ايلاء حتى يحلف أكثر من اربعة أشهر»<sup>(٣)</sup>، ومدة التربص اربعة أشهر كما في الآية والمشهور ان الابتداء من حين الترافع، والاصح عند الكاشاني انه من حين الايلاء وفاقاً للقديمين والمختلف للآية<sup>(٤)</sup>، ولصحيح الحلبي وصحيح منصور بن حازم وغيرهما وفيه نظر عند شيخنا لمجيء جملة من الأخبار الشاهدة بما قاله المشهور كصحيح أبي بصير وخبر العباس بن هلال وخبر أبي مريم<sup>(٥)</sup>، وجمع شيخنا بين هذه وتلك بالفرق بين ما إذا كانت المدة معلومة عند الحاكم فمن حين الايلاء، وللأخبار الاخر على ما إذا لم تكن معلومة فتحتاج إلى<sup>(٦)</sup> المرافقة، ثم إذا انقضت الاربعة الأشهر فان فاء بالجماع لها فعليه كفارة اليمين كما عليه المشهور لخبر منصور<sup>(٧)</sup> وهو المذهب المنصور، والشيخ

(٢) أبواب اللعان ب ١٠ ح ١.

(١) المجادلة: ٢.

(٤) المجادلة: ٢.

(٣) أبواب الايلاء ب ٥ ح ٢.

(٦) في نسخة «م»: فتوقف على.

(٥) أبواب الايلاء ب ٨ ح ٣.

(٧) أبواب الايلاء ب ١٢ ح ٣.

في المبسوط لا كفارة مع الفيئة بعد المدة المذكورة وهو ضعيف لمخالفته النص.

ولو اصر على عدم الفئة فلها مطالبة ورفعه إلى الحاكم ليفي أو يطلق للصاح المستفيضة وغيرها منها صحيح الحلبي وحسنه<sup>(١)</sup>، وصحيح أبي بصير وخبره<sup>(٢)</sup>، وصحيح منصور<sup>(٣)</sup>.

ولا يقع الطلاق عندنا مجرد المدة المضروبة لهذه الأخبار أو غيرها ولا بتطبيق الحاكم عنه لما مرّ في الطلاق وليس له اجباره على احدهما تعيناً وان امتنع من الامرين حبس وضيق عليه في المطعم والمشرب إلى ان يختار احدهما لحسنة حماد بن عثمان وغيرها<sup>(٤)</sup>.

وهل يقع طلاقه رجعيّاً؟ المشهور نعم لحسنتي بكير بن اعين وبريد وغيرهما<sup>(٥)</sup>، وقيل لا رجوع له في هذا الطلاق بل يقع بائناً وان كان اول تطليقة لصحيح منصور بن حازم وخبره<sup>(٦)</sup>، وحملا على ما إذا كان ذات تطليقتين، وفيه بعد عند شيخنا، وعلى المشهور لو راجع عاد حكم الايلاء بخلاف ما إذا زالت الزوجية بالطلاق البائن أو الشراء أو العتق ثم عاد بالعقد الجديد فانه لم يعد الايلاء لارتفاعه بارتفاع الزوجية، وفي احتساب زمان العدة الرجعية وما قبلها من المدة قولان، والمشهور الاحتساب للعمومات كتاباً وسنة، والاخر للشيخ والعلامة في التحرير<sup>(٧)</sup>، وكذا زمان الردة لو ارتد. ولو انقضت مدة التربص وهناك منافع من الوطي كالحيض

(٢) أبواب الايلاء ب ٨ ح ٦.

(٤) أبواب الايلاء ب ١١ ح ١.

(٦) أبواب الايلاء ب ٢ ح ١.

(١) أبواب الايلاء ب ٨ ح ١.

(٣) أبواب الايلاء ب ١٠ ح ٣.

(٥) أبواب الايلاء ب ٢ ح ١.

(٧) في الاصل السرائر.

والمرض لم يكن لها المطالبة بالفتنة. وهل يؤمر بالفتنة كالعاجز قولان: منعه الشيخ وجماعة، واثبتته المحقق وجماعة من المتأخرين، وقواه شيخنا، وفئة القادر على الوطي غيبوبة الحشفة في القبل لحسنة العجلي وغيرها<sup>(١)</sup>، وفئة العاجز اظهر العزم على الوطي مع حصول القدرة، ولو ادعى الاصابة فانكرت فالقول قوله مع يمينه لخبر إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر أبواب الايلاء ب ١٠ ح ١. (٢) أبواب الايلاء ب ١٣ ح ١.

## فصل في اللعان

قال الله تعالى: ﴿والذين يرمون ازواجهم - إلى قوله - ان كان من الصادقين﴾<sup>(١)</sup>.

وهو ان يشهد كلاً منهما على صاحبه بعد دعوى المشاهدة ثم يلعن نفسه في الخامسة لرميه اياها بالزنا أو لنفيه الولد وهو القسم الثاني من قسمي اللعان وقد اشتملت الآيّة على كيفية الشهادة، وكذلك صحيح عبدالرحمن بن الحجاج ورواية تفسير النعماني<sup>(٢)</sup>.

واما شرائطه باعتبارهما فيشترط فيها البلوغ والعقل بلا خلاف لعدم العبرة بعبادة الصبي والمجنون، اما الإسلام والحرية فلا، وفاقاً للاكثر لعموم الآيّة ولحسن جميل بن دراج وغيره<sup>(٣)</sup>، وابن الجنيد اشترط الإسلام فيها وهو ضعيف وقيل باشرطتهما للمرأة لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٤)</sup>. [وهو مذهب الاسكافي]. وربما اسند إلى الصدوق في المقنع. واول المشهور [الأكثر] هذا الصحيح وغيره بتأويلات بعيدة عند شيخنا، والحلي اشترطهما في لعان القذف دون نفي الولد لان قذف الكافرة والمملوكة لا يوجب الحدّ بل التعزير وردّ بانه فيهما لنفي التعزير كما انه لنفي الحدّ في غيرهما.

(٢) كتاب اللعان: ب ١ ح ٩، ١.

(٤) أبواب اللعان ب ٥ ح ٤.

(١) النور: ٦.

(٣) كتاب اللعان: ب ٥ ح ٢.

وتوقف الحلبي في لعان الأخرس ويمكن ان يستدل له بخبر السكوني وغيره<sup>(١)</sup> إلا أن ما دل على ذلك محمول على التقية وقد استدل الشيخ على صحته منه وانه يكفي الاشارة المفهمة باجماع الفرقة وأخبارهم. ويشترط في القذف ان ينسبها إلى الزنا وان يدعي المشاهدة بالاجماع والمعتبرة المستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>، وربما الحق بالمشاهدة ما إذا حصل العلم بالقرائن كما اختاره في المسالك، والمشهور الاول. وان لا يكون لهذا القذف بينة لمفهوم الآية خلافاً للخلاف والمختلف حيث ذهب إلى عدم الاشتراط، والمشهور الأول لظواهر أخبار منها ما روي عن ابن عباس<sup>(٣)</sup>.

ومن الشرائط ان لا تكون مشهورة بالزنا لأن قذفها لا يوجب الحد وان لا تكون صماء ولا خرساء بلا خلاف في الثلاثة وصحيح أبي بصير وغيره<sup>(٤)</sup>، مما يشعر بعدم اللعان في الخرساء. ويشترط ان تكون منكوحة بالعقد الدائم وفاقاً للمشهور لصحيح ابن أبي يعفور وغيره<sup>(٥)</sup>. وقال المفيد والسيد بوقوعه بالتمتع بها لعموم الآية وهو مخصص بالصحيح اما غير الدائم والمتعة فلا قولاً واحداً لقوله تعالى ﴿وازواجهم﴾<sup>(٦)</sup>. وفي اعتبار الدخول قولان: أشهرها اعتباره لخبري أبي بصير وحسنة محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٧)</sup>، خلافاً للحلبي لعموم الآية واستحسنه في المسالك. ولا يشترط

(١) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٩ ح ٣.

(٢) أبواب حد القذف ب ١٣ ح ١، وأبواب اللعان ب ٤ ح ٢.

(٣) سنن أبي داود ١ / ٢٠٥. (٤) أبواب اللعان ب ٨ ح ٢.

(٥) أبواب اللعان ب ١٠ ح ١. (٦) التور: ٦.

(٧) أبواب اللعان ب ٢ ح ٢ و٦ و٥.



خلوها من الحمل في المشهور لعدم المانع وللعموم آية ورواية ولما روي عن ابن عباس ورواية الحلبي<sup>(١)</sup>، خلافاً للمفيد والحلي لخبر أبي بصير<sup>(٢)</sup>، وكذا لا يشترط شيء.

من شرائط الطلاق لأن اللعان ليس بطلاق عندنا ويشترط في اللعان لنفي الولد دوام العقد بلا خلاف للاجماع على انتفاء ولد المتعة بلا لعان لصحيح ابن أبي يعفور «لا يلعن الرجل المرأة التي تمتع بها»<sup>(٣)</sup>، وكذا ولد الشبهة وان امكن الحاقه به لو لا اللعان. ولا بدّ مع الدوام من الدخول بها وهو ظاهر وفي الاكتفاء بينها على ارخاء الستر قول مستند إلى صحيح علي بن جعفر وهو قول الشيخ في النهاية، والقول بعدم الاكتفاء بذلك هو المشهور واختار شيخنا الاكتفاء وتردد الكاشاني.

وهل يشترط سلامتهما من الصم والخرس الاصح لا اقتصاراً فيما خالف الاصل وهو ما لو كان اللعان بسبب القذف، ومن قال بالاشتراط تمسك بخبر السكوني<sup>(٤)</sup>، وخبري الجعفریات<sup>(٥)</sup>، والخصال ومطابقتها لمذهب العامة اوجب عدم اعتمادها. ومن الشرائط ان لا يقرّ بالولد صريحاً ولا فحوى، ولا يصح اللعان إلاّ عند إمام الاصل أو من نصبه لذلك أو الفقيه الجامع، وفي اعتبار رضاها بعد الحكم قولان وكلاهما للشيخ في المبسوط والخلاف وصورته كما في الآيّة والروايات هو ان يشهد الرجل بالله أربع شهادات انه لمن الصادقين فيما رماها به ثم يقول لعنة الله

(١) أبواب اللعان ب ٦ ح ٢.

(٢) أبواب اللعان ب ٦ ح ٧.

(٣) أبواب اللعان ب ١٠ ح ٢.

(٤) أبواب مقدمات الطلاق ب ١٩ ح ٣.

(٥) المستدرک: أبواب اللعان ب ٨ ح ١.

عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد المرأة بالله اربعاً انه لمن الكاذبين فيما رماها به ثم تقول ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين.

ويجب التلطف بالنصوص في تلك الأخبار اتباعاً للنص لأن المتيقن اتياً بالعربية إلا مع العجز مبتدئاً بالشهادة ثم اللعن في الرجل والغضب في المرأة وابتداء الرجل كما في حسن محمد بن مسلم وصحيح عبدالرحمن ابن الحجاج<sup>(١)</sup> ويجب قيامهما جميعاً عند تلفظ كل منهما كما في المشهور لحسن محمد بن مسلم وصحيح ابن الحجاج واكتفى الصدوق والشيخ في المبسوط بقيام كل منهما عند لفظه لرواية البنزطي<sup>(٢)</sup> واختاره في الشرائع والجمع بالتخيير عند شيخنا ليس ببعيد.

ويستحب ان يجلس الحاكم مستدبراً القبلة وقيامهما مستقبلين بحذائه لحسن محمد بن مسلم، وفي صحيح البنزطي «يقعد الإمام وجعل ظهره إلى القبلة» فهما مشتركان في استدبار القبلة للإمام وان اختلفا في قيامها بين يديه وعن يمينه ويساره حيث تضمن الحسن الثاني والصحيح الأول واختار في الشرائع وجماعة العمل بمضمون الصحيح والاحتياط عند شيخنا ان يجعلهما اولاً عن يمينه ويساره ثم عند الملاعة يقيمهما بين يديه.

ويستحب في المشهور ان يحضر جماعة من صلحاء البلد قالوا للتأسي به ﷺ وليس في النصوص عند شيخنا ما يدل على ذلك بل ما يدل على استحباب التباعد عنهما كرواية زريق<sup>(٣)</sup>. ويستحب ان يعضهما بعد

(٢) أبواب اللعان ب ح ٢.

(١) أبواب اللعان ب ح ١٤.

(٣) أبواب اللعان ب ١٩ ح ١.

الشهادات أو قبل اللعن والغضب ويخوفهما بالله تعالى لصحيح ابن الحجاج وصحيح البيهقي<sup>(١)</sup>. وقد يغلظ بالقول والزمان والمكان لرواية تفسير القمي<sup>(٢)</sup>.

ويتعلق بالذف وجوب الحد في حقه وبلعانه سقوطه عنه ووجوبه في حقها وبلعانهما سقوطه عنهما وزوال الفراش والتحريم المؤبد وانتفاء الولد عنه ان كان اللعان كذلك كل ذلك لصحيح الحلبي وحسنه<sup>(٣)</sup>. ومما يدل على نفي الولد والتحريم المؤبد خبر زرارة وغيره<sup>(٤)</sup>.

ولو كذب احدهما نفسه في الاثناء ولو قبل الخامسة أو نكل ثبت عليه الحد ان كان ذلك اللعان لذف ولم تزل الزوجية بينهما باقية لصحيح علي بن جعفر وخبره وغيرهما<sup>(٥)</sup>. ولو اكذب الرجل نفسه بعد اللعان لحق به الولد ويرثه ولكن لا يرثه الأب ولا اقرباؤه ولم يزل التحريم المؤبد ثابتاً لحسن الحلبي وصحيحه وغيرهما<sup>(٦)</sup>. وفي ثبوت الحد عليه قولان: المثبوت خبر محمد بن الفضيل<sup>(٧)</sup>، وهو قول للمفيد والعلامة في القواعد وقوّه في المسالك وللسقوط ظاهر القران وصحيتها الحلبي وموثقته<sup>(٨)</sup>. والمشهور وهو المشهور واختاره شيخنا. ولو اعترفت به بعد اللعان لم يجب عليها الحد إلا أن تقر به أربع مرات فقولان أشهرها الوجوب وتردد في الشرائع.

ولعان الزوج لا يسقط الحد عن الاجنبي لصحيح الحلبي وحسنه

(١) أبواب اللعان ب ١ ح ٢٠١.

(٢) أبواب اللعان ب ٦ ح ٣٠٤.

(٣) أبواب اللعان ب ٣ ح ٣.

(٤) أبواب اللعان ب ٦ ح ٢٠٤.

(٥) أبواب اللعان ب ٦ ح ١٠٦.

(٦) أبواب اللعان ب ٦ ح ١٠٦.

(٧) أبواب اللعان ب ٦ ح ٦.

وغيرهما<sup>(١)</sup>. ولو ماتت قبل اللعان سقط اللعان وعليه الحدّ للوارث وله اسقاطه باللعان ولكن لا يسقط الميراث ولا النسب في المشهور سيما عند المتأخرين لترتبه على التلاعن من الجانبين والشيخ في العلامة والقاضي وجماعة لو قام رجل من اهلها فلاعنه سقط ارثه لخبري أبي بصير وعمر ابن خالد<sup>(٢)</sup>، واختاره شيخنا وهو مختار الكليني والصدوق أيضاً.

(١) أبواب اللعان ب ٦ ح ١ و٢ و٤.

(٢) أبواب اللعان ب ١٥ ح ١ و٢، والمصدر: زيد بن علي.

## فصل في العدد

قال الله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾<sup>(١)</sup>، والقروء هو الطهر بين الحيضتين لصحيتي زرارة ومحمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>. ولا عدة على من لم يدخل بها قبلاً أو دبراً سواء بانت بطلاق أو فسخ لصحيح زرارة وموثقات أبي بصير وغيرها<sup>(٣)</sup>، وأما ما دل على وجوب العدة بمجرد الخلوة وارخاء الستر وان تصادقا فذلك عند شيخنا مع التهمة أو على جهة الاستحباب وان عمل باطلاقها البعض.

ويتحقق الدخول بتغيب الحشفة وإن لم يمكنه الانزال لانه ربما سبقه ولم يشعر به كما علل به في الأخبار المتقدمة في الاغسال والمهور والحدود<sup>(٤)</sup>، ومثل أخبار التقاء الختانيين<sup>(٥)</sup> وفي الخصي روايتان الموجبة للعدة صحيحة أبي عبيدة الحذاء<sup>(٦)</sup>، والنافية صحيحة البنظي<sup>(٧)</sup>، وحمل الموجبة في الوافي على الاستحباب والاولى عند شيخنا حمل الموجبة على ما لو تحقق الجماع بغيبوبة الحشفة والاخرى على عدم التحقق لأن

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) أبواب العدد ب ١٤ ح ٣ و٩.

(٣) أبواب العدد ب ١ ح ٢ و٩ و٦ و٧.

(٤) أبواب الجنابة ب ٦ ح ٢.

(٥) أبواب الجنابة ب ٣٩.

(٦) أبواب الجنابة ب ٤٤.

(٧) أبواب العدد ب ٤٤.

احوال الخصي متفاوتة، وفي مقطوع الذكر قول للشيخ في الخلاف بوجود العدة وهو شاذ. نعم لو ظهر حمل اعتدت بوضعه لمجامعة البكارة الحمل. وللإسكافي قول بوجودها بالخلوة ومستنده ضعيف عند المشهور وهو موثق أبي بصير وحسن الحلبي<sup>(١)</sup>، وحملهما شيخنا. اما على التهمة أو نظراً إلى الظاهر وان كان في نفس الامر لا تستحق بمجرد شيئا، واستدل عليه بخبر أبي بصير ومعتبرة إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>.

وفي وجوبها على الايسة والتي لم تبلغ قولان، أشهرها العدم لصحيح حماد بن عثمان وحسن محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٣)</sup>، خلافاً للسيد وابن زهرة وابن شهر اشوب فأوجبوا العدة عليها لظاهر الآية فان معنى «فان ارتبتم»<sup>(٤)</sup> أي في العدة ومبلغها كما يدل عليه خبر ابن أبي كعب واجيب عن الآية بان معنى الريبة فيها في انها تحيض أو لا تحيض لخبر المجمع<sup>(٥)</sup>. وفي حسن الحلبي بل صحيحه «ما الريبة قال ما زاد على شهر فهو ريبة»<sup>(٦)</sup>، فالجمع بينها مع قول المشهور وحد اليأس خمسون سنة عند الأكثر حتى كاد ان يكون اجماعاً لموثق ابن الحجاج وخبره<sup>(٧)</sup>، خلافاً للصدوق وجماعة من المتأخرين في القرشية والنبطية فستون لمرسل ابن أبي عمير ومرسل الفقيه وفيها «إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا أن تكون المرأة من قریش»<sup>(٨)</sup>، و[الموثق] لصحيح عبدالرحمن بن الحجاج «ثلاث يتزوجن على كل حال التي يئست من

(١) أبواب المهور ب ٥٥ ح ٨ و ٢.

(٢) أبواب المهور ب ٣ ح ٣ و ٢.

(٣) أبواب العدد ب ٤ ح ٢٠.

(٤) أبواب العدد ب ٧ ح ١.

(٥) أبواب الحيض ب ٣١ ح ١.

(٦) أبواب المهور ب ٥٦ ح ١ و ٢.

(٧) أبواب الحيض ب ٣١ ح ١.

(٨) الطلاق: ٤.

المحيض ومثلها لا تحيض قلت ومتى تكون كذلك قال إذا بلغت ستين سنة<sup>(١)</sup>، بحمله عليهما والأقوى عند شيخنا ما عليه المشهور والمسألة محل توقف والله اعلم .

ولا عدة على الزانية مع الحمل من الزنا بلا خلاف اذ لا حرمة له وبدونه قولان أشهرها العدم واثبتها من الزنا المفيد في المقنعة واختاره العلامة في التحرير<sup>(٢)</sup>، وجملة من متأخري المتأخرين منهم شيخنا لخبر إسحاق بن جرير مع عدم الحمل، ومرسل تحف العقول بل الأحوط عنده ثبوتها مطلقاً حتى مع الحمل لعموم الخبرين وغيرهما.

وتعد المدخول بها المستقيمة الحيض من الطلاق والفسخ والوطي بشبهة إذا كانت حرة بثلاثة قروء كما في الآية<sup>(٣)</sup> وهي الاطهار عند الأكثر لحسان زرارة وغيرها<sup>(٤)</sup>. وعند الحلبي الحيض كما عليه كثير من العامة وله نصوص كثيرة منها صحيح الحلبي وصحيح محمد بن مسلم وصحيح رفاعة<sup>(٥)</sup>، وحملها الشيخ على التقية، وتنظر فيه في المسالك والمفيد على ما إذا طلقها في اخر طهرها وحمل الأولى على ما إذا طلقها في اوله واطلاق أخبار الطرفين يأباه وحمل الشيخ اوجه ويدل عليه حسنة زرارة<sup>(٦)</sup>، فعلى المشهور إذا حاضت بعد الفرقة والطلاق احتسبت تلك اللحظة لحسان زرارة وموثقاته وغيرها، ولا يكفي الدخول في الطهر الثالث اجماعاً بل لا بدّ من اكماله لحسن الجعفي وموثقه<sup>(٧)</sup>. والمرجع في

(١) أبواب الحيض ب ٣١ ح ٨، قريب منه.

(٢) في الأصل: السرائر.

(٣) البقرة: ٢٢٨.

(٤) أبواب العدد ب ١٤ ح ٣.

(٥) أبواب العدد ب ١٤ ح ٧ و٩ و٨.

(٦) أبواب العدد ب ١٥ ح ٣ و١.

(٧) أبواب العدد ب ١٥ ح ١١ و٢.

الطهر والحيض إليها لآية ﴿ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن﴾<sup>(١)</sup> ولا يحل لهن ان يكتمن ولصحيح زرارة وحسنه وغيرهما<sup>(٢)</sup>. وهل تحلق المبعضة بالحرّة والأمة؟ احتمل في المسالك الآمرين وإذا كانت امة فقرة ان لحسن زرارة وغيره<sup>(٣)</sup>. وفي القرء أيضاً الخلاف المذكور وتفسيره بالطهر هو المشهور إلا انه في أخبار الأمة تفسير القرء بالطهر وإتما قيست على الحرّة كما يظهر من حسن زرارة<sup>(٤)</sup>. والموجود تفسيره فيها بالحيض كما في صحيح محمّد بن مسلم وصحيح سليمان بن خالد<sup>(٥)</sup> ولهذا قربه شيخنا جدا. ولو اعتقت في العدة الرجعية اكملت عدة الحرّة لصحيتي جميل وغيرهما<sup>(٦)</sup>. والذمية كالحرّة للعموم وفي صحيح زرارة<sup>(٧)</sup>، انها في عدة الطلاق كالأمة وفي عدة المتوفي عنها زوجها كالحرّة<sup>(٨)</sup>، ولم نجد عاملاً بها سوى شيخنا واسنده إلى مشايخه وتعدت الحرّة التي لا تحيض وهي في سن من تحيض من الثلاثة المتقدمة بثلاثة أشهر بالنص والاجماع ولا يشترط فيها اليأس عندنا بل إذا انقطع عنها ثلاثة أشهر فصاعداً اعتدت بالاشهر ودخلت في ذوات الرية كما يتفق للمرضع والمریضة للنصوص المستفيضة منها حسن زرارة وموثقه وصحيح محمّد بن مسلم وغيرها<sup>(٩)</sup>. ولو رأت في الشهر الثاني حيضاً فتأخرت الحيضة الثانية فالمشهور انها تصبر تسعة أشهر لاحتمال الحمل

(٢) أبواب العدد ب ١٥ ح ٤٠١.

(٤) أبواب العدد ب ٤٠ ح ١.

(٦) أبواب العدد ب ٥٠ ح ٣.

(٨) في نسخة «م» وفي عدة الوفاة كالحرّة.

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٣) أبواب العدد ب ٤٠ ح ١.

(٥) أبواب العدد ب ٤٠ ح ٣ و٤.

(٧) أبواب العدد ب ٤٥ ح ١.

(٩) أبواب العدد ب ٤ ح ٥ و٣ و١.



فان كملت لها الثلاث الحيض فنعمت وإلا ألفت التسعة ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر لحسن سورة بن كليب<sup>(١)</sup>. والشيخ في النهاية تصبر سنة ثم تعدد بالثلاثة لموثق الساباطي<sup>(٢)</sup> لكن الشيخ في النهاية لم يعمل باطلاقها بل نزله على احتباس الثالثة كما نزل الاول على احتباس الثانية وهذا التنزيل لا مستند له بل كلاهما مطلقاً وفي دالتهما سيما الأخير نظر عند شيخنا. قال الشهيد الثاني في المسالك، ولو قيل الاكتفاء بالتربص مدة يظهر فيها انتفاء الحمل من غير اعتبار مدة اخرى كان وجهاً ويؤيده عند شيخنا ان أخبار ابن حكيم<sup>(٣)</sup>، قاضية بأن الاعتداء بالثلاثة الأشهر بعد انتفاء الحمل على جهة الاحتياط.

ولو ارتابت بالحمل في اثناء العدة قبل انقضائها فالشيخ في المبسوط لا يجوز التزويج وان انقضت العدة بالاقرء والأشهر إلى ان تبين الحال والفاضلان يجوز ما لم يتيقن [يتبين] الحمل والأقوى ما ذهب إليه الشيخ للاخبار الحاكمة بالانتظار إلى تسعة فانها مشعرة بالوجوب مع الريبة سيما أخبار محمد بن حكيم<sup>(٤)</sup>. نعم يمكن حمل هذه الأخبار على الاستحباب بقرينة دلالة بعضها على انتفاء التربص تسعة أشهر مع الريبة والاكتفاء بالثلاث كموثق ابن حكيم<sup>(٥)</sup>. ولو ظهر حمل محقق بطل النكاح الثاني قولاً واحداً لوقوعه في العدة.

ولو اثبتته الدم ولا عادة لها ولا تمييز اعتدت بالاشهر الثلاثة لصحيح

(١) أبواب العدد ب ١٣ ح ٢. (٢) أبواب العدد ب ١٣ ح ١.  
 (٣) أبواب العدد ب ٤ ح ١٨. (٤) أبواب العدد ب ٤ ح ١٨.  
 (٥) أبواب العدد ب ٤ ح ١٦.

الحلبي وحسنه وغيرهما<sup>(١)</sup>، وليس فيها الرجوع إلى نساءها ولا إلى الروايات، وهذا قول القدماء والشيخ والفاضلان ترجع إلى عادة نساءها فان فقدان فالي الأشهر ومنهم من خص ذلك بالمبتدئة واختاره في المسالك واختار شيخنا والكاشاني مذهب القدماء ولو طلقت فرأت الدم مرة ثم بلغت اليأس اكملت العدة بشهرين بلا خلاف لرواية هارون بن حمزة<sup>(٢)</sup>، ولا عدة ملفقة من القرء والأشهر غير هذا.

واما عدة الأمة التي لا تحيض وهي في سن من تحيض فعلى النصف من الحرة شهر ونصف لصحيح محمد بن مسلم وصحيح زرارة وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وفي صحيح سليمان بن خالد عدتها حيضتان أو شهران ولا عامل به وحمل على الاستحباب. ولو اعتقت في الاثناء فعدتها ثلاثة أشهر كالحره والأخبار بهذا مستفيضة أيضاً والاعتبار في الأشهر بالهلالية وقيل لو وقع الطلاق في الاثناء أكمل المنكسر ثلاثين يوماً وقيل ينكسر الكل ويسقط اعتبار الهلال والاصح ما تقدم.

وتعدد الحامل من الثلاثة بالاسباب بوضعه ولو بعدها بلا فصل لقوله تعالى ﴿واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن﴾<sup>(٤)</sup>، ولصحيحتي ابن سنان وصحيح ابن الحجاج وغيرها<sup>(٥)</sup> سواء كان تاماً وغير تام حياً أم ميتاً فمضغة فما فوقها اما العلقه والنطفة ففي صدق الوضع بهما خلاف، والأقوى قصره على المضغة لصحيح ابن الحجاج<sup>(٦)</sup>. والمشهور عدم

(١) أبواب العدد ب ٤ ح ٧. (٢) أبواب العدد ب ٦ ح ٨.

(٣) أبواب العدد ب ٤٠ ح ٣ و١. (٤) الطلاق: ٤.

(٥) أبواب العدد ب ٢٥ ح ١. (٦) أبواب العدد ب ١١ ح ١.

التحقق بهما واكتفى الصدوقان وجماعة بكونه علقه عند ازالة الشك ولا بدّ من خروجه اجمع. وقد حكم الشيخ بانقضاء العدة بالنطفة واطلق وهو بعيد جداً وابن بابويه وابن حمزة ذهب إلى ان الحامل تعتد باقرب الاجلين فان مضت ثلاثة أشهر أو ثلاثة اقراء بناء على مجامعة الحيض الحبل ولم تضع خرجت من العدة، ولا تتزوج إلا بعد الموضع ركونا لصحيح الكتاني<sup>(١)</sup>. وقد فسره صحيح الحلبي وصحيح أبي بصير<sup>(٢)</sup>، بان المراد به وضع الحمل فلا عبرة بما تمسكا به.

ولو كان ازيد من واحد فالمرتضى والشيخ في المبسوط وجماعة لم تبين إلا بوضع الجميع والمشهور انها تبين بالأول ولم تنكح إلا بعد وضع الأخير لخبر ربعي بن عبدالله وصحيح عبدالرحمن البصري ومرسل المجمع<sup>(٣)</sup>. ولو ادّعت الحمل قيل تصبر سنة لصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٤)</sup>، واختاره الشيخ في النهاية والعلامة في القواعد والمختلف والمشهور بل تسعة أشهر لأخبار محمد بن حكيم<sup>(٥)</sup>. وفي موثقه الاحتياط بثلاثة.

وتعد المنكوحة بالعقد الصحيح من الموت إذا كانت حرة حاملاً باربعة أشهر وعشر هلالية بالكتاب والسنة المستفيضة<sup>(٦)</sup> صغيرة كانت أو كبيرة بالغاً زوجها أو لا دخل أو لا دائماً كان أو منقطعاً على الأقوى من ذات الاقراء وغيرها للعموم الواقع في الكتاب والسنة وخصوص النصوص في

(١) أبواب النفقات ب ٧ ح ٢.

(٢) أبواب العدد ب ٩ ح ٦ و ٢.

(٣) أبواب العدد ب ١٠ ح ٢٠١.

(٤) أبواب العدد ب ٢٥ ح ١، ونص في التسعة.

(٥) أبواب العدد ب ٢٥ ح ٢ و ٤ و ٥.

(٦) أنظر أبواب العدد ب ٢٨ و ٢٩.

أكثرها على وجه مصرح بالمتعة فيها كصحيح الحلبي وصحيح زرارة<sup>(١)</sup>.  
والحكمة في عدم اشتراط الدخول عدم الأمن من انكارها وحفظ حق  
الزوج اظهار الحزن لفراقه، وقد صرح بهذه العلة في الأخبار منها خبر  
محمد بن سليمان وموثقة عبيدة بن زرارة<sup>(٢)</sup> وموثقة سماعة<sup>(٣)</sup>. وفي خبر  
محمد بن عمر الساباطي «سألته عن المتوفي عنها زوجها من قبل ان  
يدخل بها قال لا عدة عليها»<sup>(٤)</sup>، وهو محمول على التقية.

ويجب عليها الحداد بالنص والاجماع لكنه مختص بالحرّة البالغة لان  
في الصغيرة والأمة خلاف وهو ترك ما فيه الزينة من الثياب والادهان  
المقصود بها الزينة والطيب والاكتمال لصحيح ابن أبي يعفور<sup>(٥)</sup>، وحسن  
الحلبي<sup>(٦)</sup> وموثق البقباق<sup>(٧)</sup> وغيرها. واما ما في موثق عمار قال «نعم  
تختضب وتدهن وتمشط وتضع ما شاءت»<sup>(٨)</sup>، فيجب حمله على  
الضرورة أو الأمة ولا فرق في وجوب الحداد بين المسلمة والكافرة  
المدخولة وغيرها صغيرة أو كبيرة للعموم والتكليف في الصغيرة  
والمجنونة يتعلق بالولي فيجنبها الزينة لكن في الصغيرة خلاف خلاف كما  
في الأمة [الآية] لبعدها عن التكليف إلا أن المشهور ذلك.

وان كانت أمة فنصف الحرّة شهران وخمسة أيام عند أكثر القدماء  
للصاحح المستفيضة الفارقة بين الحرّة والأمة كصحيح محمد بن مسلم  
وغيره<sup>(٩)</sup> وكالحرّة عند جماعة من المتأخرين منهم شيخنا [هو مختار].

(١) أبواب العدد ب ٣٠.

(٢) أبواب العدد ب ٢٨ ح ٦.

(٣) أبواب العدد ب ٢٩ ح ٢.

(٤) أبواب العدد ب ٢٩ ح ٣.

(٥) أبواب العدد ب ٢٩ ح ٧.

(٦) أبواب العدد ب ٣٥ ح ٥.

(٧) أبواب العدد ب ٣٥ ح ٤.

(٨) أبواب العدد ب ٣٣ ح ٦.

(٩) أبواب العدد ب ٢٩ ح ٧.

عند الصدوق والحلي لعموم الآية وخصوص صحيحتي زرارة<sup>(١)</sup>.  
 والتفصيل بما إذا لم تكن أمّ ولد زوجها مولها من غيره فالأول -يعني-  
 مذهب القدماء والمشهور من انه نصف الحرة وان كانت كذلك فالثاني وهو  
 مذهب الصدوق والحلي من ان عدتها كالحرة عند الشيخ والصدوقان<sup>(٢)</sup>  
 وباقي المتأخرين لصحيح سليمان بن خالد وصحيح وهب بن عبدربه<sup>(٣)</sup>،  
 ولا يخلو من قوة لحصول الجمع. وان كانت حاملاً فابعد الاجلين عندنا  
 للمستفيضة الواردة في عدة الحامل من الوفاة حرة كانت أو أمة إلا أن  
 لكل اجلها فأجل الحرة اربعة أشهر وعشرة أيام واجل الأمة ما قد عرفت  
 على الخلاف.

ولا حداد على الأمة لصحيح زرارة<sup>(٤)</sup>، خلافاً للمبسوط للعموم غفلة  
 عن المخصص. ولو تركت الحرة الحداد عصت. وهل تنقضي عدتها ام  
 يجب عليها الاستئناف الحداد؟ قولان أشهرها الأول. وقال الحلبي وابن  
 طاووس لا تحتسب من العدة ما لم يحصل فيه الحداد من الزمان ويجب  
 الاستئناف وهو نادر.

واما المتمتع بها فالمشهور وجوب الحداد عليها إذا كانت حرة للعموم  
 وخصوص صحيح ابن الحجاج<sup>(٥)</sup>، والصدوق في المقنع فصل بين المدة  
 الطويلة والقصيرة كالיום واليومين فيجب في الطويلة دون القصيرة لهذا  
 الصحيح وان وجبت العدة واما المبعضة فكالحرة على الأقوى والأشهر  
 والذمية كالحرة للعموم ولصحيح زرارة<sup>(٦)</sup> لكنه فارق بين عدة الطلاق

(١) أبواب العدد ب ٤٢ ح ٢. (٢) في نسخة «م»: الشيخ والمحقق.  
 (٣) أبواب العدد ب ٤٢ ح ٣١. (٤) أبواب العدد ب ٤٢ ح ٢.  
 (٥) أبواب العدد ب ٥٢ ح ١. (٦) أبواب العدد ب ٤٥ ح ١.

والوفاة وانها في الطلاق كالأمة، وفي الوفاة كالحرّة ولا قائل بمضمونه سوى شيخنا ومشايخه كما تقدم لكنه في عدة الوفاة مؤيد برواية يعقوب السراج<sup>(١)</sup>. ولا عدة وفاة على الموطوءة بشبهة لواطيها اذ ليست بزوجة فتعتد للوطي خاصة عدة الطلاق وكذا المزني بها. وذات العدة الرجعية تستأنف عدة الوفاق ويلفي ما تقدم بخلاف البائن فانها تبقى على عدة الطلاق إلا أن تشتهه بالازواج الرجعية أو الأزواج الغير المطلقات فتعتد عدة الوفاة لصحيح أبي بصير ومنهم من اوجب القرعة والنصوص بالغاء ما تقدم في العدة الرجعية كما هو المشهور بخلاف البائن كثيرة منها صحيح محمّد بن قيس وموثقه<sup>(٢)</sup>.

ولو مات زوج الأمة ثم اعتقت اتمت عدة الحرّة لصحيح جميل ابن دراج<sup>(٣)</sup> وغيره، والشيخ في التهذيبين [التهذيب] على ان الأمة الموطوءة تعتد من موت سيدها بأربعة أشهر وعشر مدبرة ام لا امّ ولد ام لا لعموم صحيح زرارة وخبره وغيرهما<sup>(٤)</sup>، والأكثر على نفي العدة عنها والاكتفاء بالاستبراء بحيضة ام خمسة واربعين يوماً كغيرها من الإماء المنتقلة من مالك إلى اخر إلا أن تكون مدبرة كما ذكر تعتد عدة الحرّة لصحيح داود الرقي<sup>(٥)</sup>.

ولو اعتقها قبل موته اعتدت بثلاثة اقراء كالحرّة المطلقة بالنسبة إلى غيره لو اراد ان يتزوجها كما في صحيح داود<sup>(٦)</sup> وحمل على ذات الاقراء

(١) أبواب العدد ب ٤٥ ح ٢. (٢) أبواب العدد ب ٣١ ح ١٠٣.

(٣) أبواب العدد ب ٥٢ ح ١، ب ٤٢ ح ١٠. (٤) أبواب العدد ب ٥٢ ح ٢.

(٥) أبواب العدد ب ٥ ح ١ وب ٤٣ ح ٦. (٦) أبواب العدد ب ٥ ح ١ وب ٤٣ ح ٦.

المستقيمة الحيض أو ثلاثة أشهر كما في حسن الحلبي<sup>(١)</sup>، وحمل على ذات الشهور كما حمل ذلك الصحيح على ذات الاقراء. وخالف الحلبي فاسقط العدة عن الأمة من مولاها مطلقاً وإتماً يجب استبرائها وهو نادر. وتعدت المتمتع بها المدخولة بعد انقضاء اجلها أو هبته بحيضتين كما هو مذهب الشيخ واتباعه بل هو المشهور لرواية محمد بن الفضيل وصحيحتي أبي بصير وغيرها<sup>(٢)</sup>. والمفيد والحلي وجماعة ممن تأخر عنهما بطهرين لحسن زرارة<sup>(٣)</sup>. والصدوق بحيضة ونصف لصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٤)</sup>. والعماني بحيضة لرواية ليث بن البخترى وخبر عبدالله بن عمرو<sup>(٥)</sup>، والأولى عند شيخنا حمل الحيضتين وعلى الاستحباب والعمل على الحيضة والنصف للصحيح المتقدم ولحسن زرارة بل صحيحه وصحيح احمد بن أبي نصر<sup>(٦)</sup>، بل جعل العمل بأخبار الحيضة ممكن وما زاد مستحب وربما حمل أخبار الحيضة على الأمة والاحتياط في الخروج مما لا يخفى.

وان كانت لا تحيض وهي غير يائسة<sup>(٧)</sup> فخمسة واربعون يوماً لصحيح البيزنطي وخبره وموثق زرارة وحسنه بل صحيحه وغيرها حرة كانت أو أمة وان كانت حاملاً فبالوضع لعموم الآية ولعموم الأخبار منها صحيح محمد بن قيس<sup>(٨)</sup>، ومع الاسترابة لو انقطع حيضها تنتظر إلى تسعة أشهر

(١) أبواب العدد ب ٤٣ ح ١. (٢) أبواب العدد ب ٤٠ ح ٥.

(٣) أبواب العدد ب ٥٢ ح ٢. (٤) أبواب العدد ب ٥٢ ح ١.

(٥) أبواب العدد ب ٤٠ ح ٦. (٦) أبواب العدد ب ٥٣ ح ١ و ٢.

(٧) في نسخة «م» وهي في سنن من تحيض.

(٨) أبواب العدد ب ٣١ ح ٣.

فان انكشف عدم الحمل اعتدت بخمسة واربعون يوماً. وتعدت من الوفاة مع عدم الحمل باربعة أشهر وعشر لصحيتي زرارة وعبدالرحمن بن الحجاج وغيرهما<sup>(١)</sup>. والمفيد والمرضى نصف ذلك لرواية شعبة الحلبي الوارد في المتعة بخصوصها ومساواته للأمة مطلقاً لا دليل عليه، فالاقوى المشهور ومع الوفاة بابعد الأجلين لما مر من عموم الأخبار هذا إذا كانت حرة وان كانت أمة فقد قطع المحقق والأكثر بان عدتها منه شهران وخمسة أيام ان كانت حائلاً لصحيح محمد بن مسلم وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٢)</sup>. وذهب الحلبي إلى ان عدتها من الوفاة كعدة الحرة لصحيح زرارة<sup>(٣)</sup>. ولو كانت الأمة حاملاً اعتدت بابعد الاجلين أيضاً من المدة المذكورة ووضع الحمل.

والمفقود ان صرف خبره أو انفق وليه على زوجته فلا خيار لها وإلا فان صيرت فلا بحث وان رفعت امرها إلى الحاكم اجلها أربع سنين للفحص عنه فان وقع الفحص قبل ذلك قيل وهو للصدوق والكاشاني حسب من الأربع لظاهر حسن الحلبي وصحيح بريد العجلي<sup>(٤)</sup>، وقيل وهو المشهور بل الاجل من حين المرافعة لظاهر موثق سماعة<sup>(٥)</sup>. وفي المسألة أيضاً خبر الكناني وخبر السكوني ومرسل الفقيه<sup>(٦)</sup>، والعمل على المشهور لان ظاهر الأخبار بضم بعضها إلى بعض ذلك ثم إن لم يعرف خبره اجبر الحاكم وليه بالانفاق عليه أو الطلاق عنه وان كان فضولياً لان الشارع

(١) أبواب العدد ب ٥٢ ح ١ و ٢.

(٢) أبواب العدد ب ٥٢ ح ٢.

(٤) أبواب العدد ب ٢٣ ح ١ و ٤.

(٥) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٤ ح ٢.

(٦) أبواب العدد ب ٢٣ ح ٥ و ٣ و ٢.



سلطه على ذلك. فان طلقت اعتدت وحلّت للازواج للمعتبرة المذكورة وبدونه لا تحل للازواج والشيخان وجماعة كالمحقق تعتد عدة الوفاة من غير طلاق لموثق سماعة<sup>(١)</sup> والقائلون بالطلاق أيضاً كما هو المشهور بين القدماء والمتأخرين مصرحون بان العدة عدة وفاة لمرسل الفقيه وتظهر الفائدة في مبلغها والحداد والنفقة. ولو جاء زوجها وقد خرجت من العدة ونكحت فلا سبيل له عليها، وان كانت في العدة فهو احق برجعته للنصوص المتقدمة والاجماع وان خرجت منها ولم تتزوج فالمشهور [فلاشهر] انه لا سبيل له عليها لصحيح بريد وموثق سماعة<sup>(٢)</sup> والشيخ في النهاية والخلاف وقواه فخر المحققين في شرح القواعد انه اولى بها ما لم تتزوج لرواية النوادر<sup>(٣)</sup> إلا انها لا تعارض الأخبار المعول عليها ومختار المختلف بان طلاق الولي فالاقوى الأول وان بانة بامر الحاكم من غير طلاق فالحق الثاني والمعتمد عند شيخنا المشهور.

وتعتد المرأة من الغائب في الطلاق من وقت وقوعه، وفي الوفاة من حين بلوغ الخبر على المشهور فيهما اما أخبار الطلاق فصحيحنا محمد بن ابن مسلم وصحيح البنزطي وصحيح زرارة وغيرها<sup>(٤)</sup>. واما أخبار الوفاة فصحيح الفضلاء وصحيح البنزطي وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(٥)</sup>، خلافاً للاسكافي فمن حين الوقوع فيهما ان علمت بزمانه وإلا فمن حين بلوغ

(١) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٤ ح ٢.

(٢) أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٤ ح ٢.

(٣) المستدرک: أبواب أقسام الطلاق ب ١٨.

(٤) أبواب العدد ب ٢٧ ح ٢٧ و٢٦ ح ٤.

(٥) أبواب العدد ب ٢٨ ح ٣ و٤ و١٠.

الخبر من غير فرق لعموم الآيتين<sup>(١)</sup>، وخصوص صحيح الحلبي وخبر الحسن بن زياد وخبر وهب بن وهب<sup>(٢)</sup>. وفي صحيح منصور ابن حازم «المرأة التي يموت عنها زوجها أو يطلقها وهو غائب قال ان كان من مسيرة ايام فمن يوم يموت زوجها تعتد وان كان من بعيد فيوم يأتيها الخبر لانه لا بد ان تحد له»<sup>(٣)</sup>، وبمضمونه افتى في التهذيب وحمل شيخنا ما خالف المشهور على التقية وللحلي قول آخر وهو انه تعتد فيهما من حين بلوغ الخبر مطلقاً وفيه اطراح للنصوص. ولا فرق في جواز الاعتداد مع بلوغ الخبر كون المخبر ثقة أو غير ثقة إلا انها لا تنكح إلا مع الثبوت وفائدته الاجتزاء بتلك العدة. ولو علمت الطلاق ولم تعلم بالوقت اعتدت من حين البلاغ لحسن الحلبي<sup>(٤)</sup> هكذا اطلق المحقق. قال شيخنا: وكل وقت يعلم تقدم الطلاق فيه على بلوغ الخبر حسب من العدة وترك من المجهول خاصة وهو كلام وجيه. واعلم ان النفقة واجبة للرجعة في زمن العدة وكذا الكسوة والسكنى بالشرائط المعتمدة وكذا تجب للبانة إذا كانت ذات حمل وقد مضى بحث في ذلك.

ولا يجوز لمن طلق رجعيّاً اخراج زوجته من بيته ولا لها ان تخرج أيضاً ولو اذن لها في الخروج لقوله «لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن»<sup>(٥)</sup>، وللسنة المفسرة لها كصحيح الحلبي وحسنه وغيرها<sup>(٦)</sup> إلا أن يأتي بفاحشة مبينة وهل هي ما توجب الحدّ مطلقاً أم هي اعم من ذلك

(١) البقرة: ٢٣٤ و٢٢٨.

(٢) أبواب العدد ب ٢٨ ح ١٠ و٥٧.

(٣) أبواب العدد ب ٢٨ ح ١٢ و٢، قريب منه.

(٤) أبواب العدد ب ٢٨ ح ١٠، ان رجال السند كلهم ثقات عدول.

(٥) أبواب العدد ب ١٨ ح ٢٠١.

(٦) الطلاق: ١.

حتى ايداء اهله كما هو مروي في تفسيرها كما في مرسلتي ابن اسباط وإبراهيم بن هاشم<sup>(١)</sup>، واختاره الشيخ في الخلاف والمشهور الأول لمرسل الفقيه<sup>(٢)</sup>. وفي صحيح سعد بن عبدالله هو السحق<sup>(٣)</sup>. وفي مرسلي القمي<sup>(٤)</sup> انه الزنا. وفي موثقي سماعة «فان ارادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهاراً»<sup>(٥)</sup>، واختاره العلامة في التحرير<sup>(٦)</sup> وتبعه المتأخرون جواز الخروج لها على الوجه المتعارف باذنه فيما لا يجب وخروجها فيما يجب مطلقاً كالزوجة قبل الطلاق واختاره شيخنا وقال وهو الذي نقل عليه الفضل بن شاذان الاجماع.

والمطلقة البائنة تذهب اين شاءت لصحيح سعد بن أبي خلف وغيرها<sup>(٧)</sup> والمتوفي عنها زوجها تعتد حيث شاءت ولا تبنت عن بيتها التي هي معتدة فيه على جهة الكراهة في المشهور وعلى جهة التحريم عند شيخنا وجماعة لصحيح سليمان بن خالد<sup>(٨)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٩)</sup>، وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(١٠)</sup>، وحمل الأخبار الناهية عن الخروج نهاراً كصحيح ابن رثاب وغيره<sup>(١١)</sup> على التقية والاحتياط كما امر به شيخنا لا يخفى.

وليس للزوج ان يستمتع بالموطوءة بالشبهة حتى تنقضي عدتها من ذلك الوطي فان كانت في العدة الرجعية من زوجها فله ان يراجعها بغير

- |                               |                                 |
|-------------------------------|---------------------------------|
| (٢) أبواب العدد ب ٢٣ ح ٣.     | (١) أبواب العدد ب ٢٣ ح ١٠٢.     |
| (٤) أبواب العدد ب ٢٣ ح ٣.     | (٣) أبواب العدد ب ٢٣ ح ٤.       |
| (٦) في الاصل: السرائر.        | (٥) أبواب العدد ب ١٩ ح ١.       |
| (٨) أبواب العدد ب ١٨ ح ٢.     | (٧) أبواب العدد ب ٢٠ ح ١.       |
| (١٠) أبواب العدد ب ١٨ ح ١ و٢. | (٩) أبواب العدد ب ١٨ ح ١.       |
|                               | (١١) أنظر أبواب العدد ب ١٩ ح ١. |

الاستمتاع ويصبر إلى انقضائها لصحاح زرارة وغيرها<sup>(١)</sup>. وهل تتداخل العدد إذا اجتمعت أم لا؟ ظاهر أصحابنا عدم التداخل لحسنة الحلبي بل صحيحته وغيرها وصحيحة زرارة وموثقته<sup>(٢)</sup> دالتان على التداخل وجعله في الشرائع قولاً وحمل ما دل على التداخل على التقيّة متعين ومنهم من جمع بالاستحباب، وعند شيخنا ان التزام العدتين إذا كان الثاني جاهلاً حالة الدخول هو المتجه، ومع العلم يكون زنا فلا تتوجه إلا العدة الأولى خاصة وعلى القول بعدم التداخل كما هو المشهور والمختار إذا كانت احديهما وضع الحمل وجب تقديمها وان كان سببه متأخراً لانه لا يقبل التأخير، ولو كانت العدتان من واحد كان طلاقها بائناً ثم وطأها للشبهة فالاصح التداخل للخلاف والحلي فمطلقاً وليس في الأخبار إلا ما ينفيه ولغيرهما فيما إذا كانت من جنسين كأن تكون احدهما الحمل والاخرى الاقراء أو الأشهر وللاحتياط هنا في تقديم عدة الحمل ثم استئناف عدة الاخرى أو بقيتها للاخر ومثاله ان يطلقها وهي حامل ثم يطأها قبل ان تضع حملها أو انها تعتد بالاقراء ثم يطأها فحبلت.

وأعلم ان العدة تنقضي بالرجعة فلو طلقها بائناً<sup>(٣)</sup> أو خالعتها لزمها استئناف عدة وان يدخل بها بعد الرجعة لعودها بالرجعة إلى النكاح الاول المجامع للدخول خلافاً للمبسوط إذا خالعتها ثانياً وهو ضعيف ترده الأخبار اما لو كان الطلاق الأول بائناً كان خالعتها بعد الدخول بها ثم جدد العقد في العدة ثم طلقها ثم قبل الدخول فالأكثر على سقوط العدة لدخولها في عموم ﴿من قبل ان تمسوهن﴾<sup>(٤)</sup>، خلافاً للقاضي فاوجب

(٢) أبواب العدد ب ٤٣ ح ١ و٤ و٥.

(٤) الاحزاب: ٤٩.

(١) أبواب العدد ب ٣٧ ح ١.

(٣) في نسخة «م»: ثانياً.

أكمال العدة الاولى واختاره شيخنا.

ومن طلق وهو غائب عن زوجته واراد نكاح اختها أو الخامسة فليتنجب ذلك مدة اطول العدد وهي التسعة الأشهر وهي اقصى مدة الحمل والاسترابة به لصحيح حماد بن عثمان<sup>(١)</sup> وعليه تحتل الأخبار المطلقة التي لم يتعين قدر العدة كموثقة عمار وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup>. وربما حمل بعضهم الصحيح الاول على الاستحباب واكتفى بالعدة المتعارفة في الوجوب وموثق عمار ظاهر في ذلك لقوله فيه «لان عدة الأمة نصف العدة خمسة واربعون يوماً»<sup>(٣)</sup> ونفى شيخنا البعد .

(٢) أبواب العدد ب ٤٧ ح ٢ و٣.

(١) أبواب العدد ب ٤٧ ح ١.

(٣) أبواب العدد ب ٤٧ ح ٢.

## فصل في الاستبراء

الثابت في الأماء غالباً تستبريء الأمة التي تحيض إذا ملكت بحيضة لخبر الحسن بن صالح<sup>(١)</sup>، والاكتفاء ببقية الحيضة للمشتري كما في خبر سماعة<sup>(٢)</sup> دليل على الاكتفاء بالحيضة وخبر الحيزتين وهو خبر سعد بن سعد الأشعري<sup>(٣)</sup> محمول على الاستحباب واما التي في سن من تحيض ولم تحض فخمسة واربعون يوماً لحسن الحلبي وموثق سماعة وغيرهما<sup>(٤)</sup>، وقول المفيد بثلاثة أشهر شاذ والنصوص تأباه. وهذا الاستبراء واجب على البائع أيضاً ويأتي حكمه في المكاسب ويسقط إذا كانت منتقلة إليه من امرأة ولم يعلم باباحتها اياها لرجل لحسن رفاة أو صحيحه وصحيح حفص بن البختري وغيرهما<sup>(٥)</sup> أو من ثقة عدل اخبر باستبرائها لصحيح حفص وصحيح ابن سنان وغيرهما<sup>(٦)</sup>. وقد اشتملت على الوثوق، وقد عبر به المحقق تبعاً للروايات. ولو كانت الأمة يائسة فيسقط استبرائها لصحيح عبدالرحمن البصري وغيره<sup>(٧)</sup>، أو<sup>(٨)</sup> كانت زوجته

(١) أبواب نكاح العيب ب ١٧ ح ١. (٢) أبواب نكاح العيب ب ١٠ ح ٢

(٣) أبواب نكاح العيب ب ١٠ ح ١. (٤) أنظر أبواب نكاح العيب ب ١٠.

(٥) أبواب نكاح العيب ب ٧ ح ١ وب ٦ ح ١.

(٦) أبواب نكاح العيب ب ٦ ح ١ و ٢. (٧) أبواب نكاح العيب ب ٣ ح ٤ و ٦.

(٨) في نسخة (م): أو لم تبلغ الطمث... أو كانت زوجته فاستبرأها.. امراته أو حائضاً..

فاستبرأها لوحدة المائتين، ولما تقدم من النصوص فيمن ملك امرأته أو لم تبلغ الطمث والحبل وهي ما دون التسع لصحيح الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>، أو حائضاً حين اشتراها فيكتفي بها لصحيح الحلبي وخبر سماعة<sup>(٢)</sup> أو حاملاً قد مضى عليها اربعة أشهر وعشرة أيام لصحيح رفاعة أو حسنه<sup>(٣)</sup>. وان كانت المدة المذكورة متقدمة على الشراء في الشهور، والاولى والاحتياط ان يصبر حتى تضع حملها، وقيل بوجوب ذلك كما عليه الصدوق وجماعة عملاً بظواهر الأخبار المعلقة لذلك على الوضع واطراحاً لخبر إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup> المجوز له مطلقاً. والشيخ في الخلاف وكتابي الأخبار جعله مكروهاً في مدة الحمل وإن لم تمض المدة المذكورة مع انه قال في النهاية بالتحريم قبل المدة المذكورة واختاره في الشرائع في كتاب البيوع وفي كتاب النكاح اختار الكراهة، وقيل ان كان الحمل من زنا جاز قبل مضي المدة على كراهة وان كان من غيره حرم حتى تمضي تلك المدة لاختلاف الروايات.

وتخصيص الحلبي وجوب ذلك الاستبراء بما إذا ملكت بالشراء أو الاسترقاق دون سائر وجوه التملك اقتصاراً على مورد النص وهو صحيح رفاعة وغيره<sup>(٥)</sup> في البيع وخبر الحسن بن صالح<sup>(٦)</sup> في السبي وقد مال إليه شيخنا وقد حكم الأكثر بانه ضعيف، وكذا خلافه في بعض الصور المذكورة كسقوط الاستبراء في اشترائها من المرأة وكأخبار الثقة

(١) أبواب نكاح العيب ب ٣ ح ١ و ٢. (٢) أبواب نكاح العيب ب ٦ ح ١ و ب ٤ ح ١.

(٣) أبواب نكاح العيب ب ٨ ح ٣. (٤) أبواب نكاح العيب ب ٩ ح ١.

(٥) أبواب نكاح العيب ب ٤ ح ١. (٦) أبواب نكاح العيب ب ١٧ ح ١.

باستبرائها فوجب الاستبراء فيها لرواية عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup>، وحملت على الكراهة جمعاً مع انه قد روى الجواز أيضاً، وفي خبر زرعة «في رجل له جارية زنا بها ابنه قال لا ينبغي ان يأتيها حتى يستبرئها للولد»، فهذه حجة للمشهور أيضاً في عدم الاختصاص بالشراء والسبي.

والحاق المبسوط سائر الاستمتاعات زمن الاستبراء بالوطي في التحريم يدفعه صحيح رفاعه وغيره<sup>(٢)</sup>، ومستنده موثق إبراهيم بن عبد الحميد<sup>(٣)</sup>، وهو محمول على الكراهة لخبر عبدالله بن محمد<sup>(٤)</sup>.

وإذا ملكها فاعتقها ثم تزوجها سقط الاستبراء وان كان افضل لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٥)</sup>، ولكن لا بد من تقييده بما إذا لم يعلم لها وطى محترم [محرم] وإلا وجب، وبعضهم الحق بعقتها تزويجها من رجل غيره فانه لا يجب الاستبراء إلا إذا علم سبق وطى محترم. ولو وطأها ثم اعتقها لم يكن لغيره العقد عليها إلا بعد العدة لحسان الحلبي وصحيح زرارة وغيرها<sup>(٦)</sup>.

وإذا زوج أمته حرم عليه وطئها والاستمتاع بها إلا بعد الفرقة وانقضاء العدة وتكفي تلك العدة عن الاستبراء ويدل على هذا الحكم صحيحنا وهب بن وهب وعبدربه وغيرهما<sup>(٧)</sup>، وليس له فسخ العقد إلا أن يكون زوجها من عبده كما مرّ والأخبار به مستفيضة<sup>(٨)</sup> أو يبيعها فيكون للمشتري الخيار في التفريق اتفاقاً كما في المستفيضة المتقدمة فاذا فسخ

(٢) أبواب نكاح العبيد ب ٥ ح ٢.

(٤) أبواب نكاح العبيد ب ٥ ح ١.

(٦) أبواب نكاح العبيد ب ١٣ ح ١ و ١.

(٨) أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٣.

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٦ ح ١.

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٥ ح ٥.

(٥) أبواب نكاح العبيد ب ١٦ ح ١.

(٧) أبواب العدد ب ٤٢ ح ٣.



فهل تجب العدة تامة لاطلاق الطلاق على هذا البيع كما في صحاح محمد بن مسلم وغيره ام يكفي الاستبراء بالحیضة أو خمسة واربعين يوماً لاطلاق النصوص التي مرّ ذكرها باستبراء الأمة للمشتري قولان، والأقوى عند شيخنا الاكتفاء. ولو طلقها الزوج وباعها المالك امتت العدة ولا يجب الاستبراء بعدها على المشتري لانها مستبرئة، وقيل يجب وهو ضعيف، وفي صحيح ابن أبي يعفور وصحيح البصري<sup>(١)</sup> اطلاق العدة على هذا الاستبراء كما جاء العكس والمشهور انه إذا كانت أمته حرمت عليه فان انفسخت حلّت ولا يجب الاستبراء وكذا لو ارتد عن ملة أو ارتدت ثم عادا معاً بخلاف ما لو<sup>(٢)</sup> باعها من شخص اخر ثم اشتراها منه لأنها تباح للمشتري من غير استبراء للنصوص الشاملة لهذا الفرد والعامّة اوجبوا الاستبراء بتبدل المالك مطلقاً، ولا يشترط في صحة الاستبراء كونها محللة له لولا الاستبراء.

[فلو اشترى حربية فحاضت أو في اثناء الحيض ثم اسلمت لم يجب الاستبراء ثانياً].

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٤٧ ح ٢٣٠.

(٢) في نسخة «م»: معا وكذا لو.. اشتراها منه قبل الدخول فانها تباح.

## فصل في أحكام الأولاد

أقل مدة حمل الولد الحي الكامل ستة أشهر باجماع المسلمين لقوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾<sup>(١)</sup> وللمعتبرة الدالة على ذلك صريحاً كصحيح الحلبي وموثق البقباق وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وأقصاها سنة عند الكاشاني وفاقاً للسيد في احد قولييه والحلي لحسن محمّد بن حكيم وخبره<sup>(٣)</sup>، واختاره في المسالك ومال إليه شيخنا والعلامة في المختلف والمشهور انه تسعة أشهر لخبر وهب بن وهب ومرسل عبدالرحمن بن سيابة ومرسل حريز وغيرها<sup>(٤)</sup>. ويمكن تنزيلها على الغالب كما يشعر به مرسل حريز وأخبار تفسير العياشي<sup>(٥)</sup>. وقيل عشرة أشهر ولم نجد مستنده وكلما امكن اللحوق بصاحب الفراش بان لا تلد اقل من ستة ولا أكثر من سنة مع الدخول وجب عليه الاعتراف به وان احتمل أو ظن خلاف ذلك لصحيحتي سعيد بن يسار وغيرهما<sup>(٦)</sup>، والاجماع فان نفاه والحال هذه لم ينتف إلا باللعان إلا إذا كانت أمته فينتفي ظاهراً من دون لعان لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٧)</sup> وكذا في المتولد من وطئ الشبهة لو نفاه انتفى

(١) الاحقاف: ١٥. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ١٧ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ١٧ ح ١ و ٥. (٤) أبواب أحكام الأولاد ب ١٧ ح ٢ و ٣ و ٦.

(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ١٧ ح ٦ و ١٥. (٦) أبواب اللعان ب ١٠ ح ٢.

(٧) أبواب اللعان ب ١٠ ح ٢.

لاختصاص اللعان بالزوجين. ويدل على انتفاء ولد الشبهة بغير لعان وان كان يجب الاقرار فيما بينه وبين الله صحيحاً محمد بن إسماعيل وغيرهما<sup>(١)</sup> وكلما لا يمكن اللجوء به شرعاً لفقد أحد الشروط الثلاثة وجب النفي في المشهور خلافاً للشيخين فيما جاء أقل من ستة أشهر فجزاه بين النفي والاعتراف وهو شاذ. وربما قيل بعدم وجوب النفي مطلقاً. وإنما يحرم التصريح باستلحاقه دون السكوت عن النفي حذراً من اقتحام الفضيحة باللعان الغير اللائق بذوي المرات.

وإنما يثبت الفراش بثبوت الزوجية مع امكان الوصول إليها اجماعاً وبوطيء الشبهة فيقرع بينهما ان كان ذات بعل ويدل على القرعة عند الاشتراك ولو بوطي الشبهة أخبار عديدة منها حسنتا أبي بصير<sup>(٢)</sup>، وشيخنا والحلي وغيرها<sup>(٣)</sup>. وقد حكم الأصحاب بمضمونها، وإنما اختلفوا في الأمة متى تكون فراشاً للمولى لأن الثابت فراشية الزوجة دون مجرد الملك اجماعاً، وفي ثبوته بوطنها قولان لاختلاف النصوص اصحها وأكثرها على الثبوت وان كان ينتفي بمجرد نفيه من دون لعان كصحيح سعيد الاعرج وصحيح سعيد بن يسار وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

واما الأخبار المقابلة لها فصحيح عبدالله بن سنان وخبر محمد بن عجلان وغيرهما<sup>(٥)</sup>، وهي قاصرة عن الأولى دلالة وعدداً وقد اعتمدها في المبسوط والشرائع والعلامة في جملة من كتبه وتبعهم أكثر المتأخرين فحكموا بان الأمة لا تكون فراشاً مطلقاً ولا يلزمه الولد إلا بالاقرار وفيه

(١) أبواب نكاح العيب ب ٥٥ ح ٤، وأبواب المتعة ب ٣٣ ح ٢.

(٢) أبواب نكاح العيب ب ٥٧ ح ٤. (٣) أبواب ميراث ولد الملائنة ب ١٠ ح ١.

(٤) أبواب نكاح العيب ب ٥٦ ح ١ و ٢ و ٥. (٥) أبواب نكاح العيب ب ٥٥ ح ١ و ٢.

نظر. وبالجملة انه بالنسبة إليه ولا يجوز نفيه. واما بالنسبة الينا فلا نحكم بالحاقه به حتى يعترف به حيث لا نجعلها فراشاً وكذا القول فيما لو وطأها المولى وغيره. واما المتعة فظاهر الأصحاب عدم ثبوت الفراش بها ولكنهم قد حكموا باللحوق فيها لصحيح سعيد الاعرج وصحيح سعيد بن يسار وخبر الصيقل وخبر زرعة<sup>(١)</sup>. ولو اختلفا في الدخول وولادتها منه فالقول قوله لصحيح الثمالي وغيره<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل ولا لعدم الانزال إذا غابت الحشفة أو قدرها من المقطوع عند أصحابنا وكذا لو وطأها دبراً، ويدل على اللاحق مع العزل خبر أبي البخترى ورواية أبي عبيدة الحذاء وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وكذا لو كانت بكرةً واهرق الماء على فرجها فليس له انكار الولد لرواية قرب الاسناد<sup>(٤)</sup>. وهل يلحق الولد بالخصي والمجبوب؟ المشهور نعم اما مع العلتين معاً فالمشهور عدم لعدم الانزال والشيخ في المبسوط على اللحوق ولا يلحق بغير البالغ وفي ابن العشر قول للشيخ وجماعة بالامكان والمعتمد عند شيخنا. وهل حق النفي على الفور أو يجوز فيه التراخي؟ المشهور الأول إلا مع العذر ولو بجهل الحكم أو تأخره بما جرت العادة به كالسعي إلى الحاكم خلافاً للمحقق في الشرائع والشهيد الثاني في شرحه لأحتياجه إلى نظر وتامل. ومن الأعذار المجوزة للتأخير انتظاره لوضع الحمل وعلى القول بالفور لو اخره بلا عذر لزمه الولد. وهل

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٥٦ ح ١ و ٢ و ٥، وب ٥٥ ح ٣، ب ٥٨ ح ٢ و ٣.

(٢) أبواب العيوب والتدليس ب ١٥ ح ١. (٣) أبواب أحكام الأولاد ب ١٥ ح ١.

(٤) أبواب أحكام الأولاد ب ١٦ ح ١.

يجب الاشهاد على النفي مع العذر؟ قولان وان اعترف به وقتاً الزمه وان نفاه اولاً لصحيح الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>.

والشبهة كالصحيح في الفراش والنسب ويزيد عليه بانها لو تعلقت بوطي أمة غيره فوطأها لزمه لحوق الولد قيمته لمولاها يوم ولد حياً لصحيح إسماعيل بن جابر وغيره<sup>(٢)</sup>. ولو لم يمكن الحاقه إلا باحدهما تعين بلا خلاف ولو طلقها الزوج فاعتدت ثم تزوجت فجاءت بولد فأمكن الحاقه بكل منهما ففي اعتبار القرعة أو ترجح الثاني قولان، أشهرهما الأول واقربهما عند شيخنا والكاشاني الثاني لخبر زرارة وصحيح جميل وغيرهما<sup>(٣)</sup>. وفي صحيح الحلبي «إذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسة أشهر فانه من مولاها الذي اعتقها وان وضعت بعد ما تزوجت بستة أشهر لزوجها الأخير»<sup>(٤)</sup> وهو نص في المطلوب.

ولو زنى بأمرأة فأحبها ثم تزوج بها أو كانت أمة فاشتراها لم يجز له الحاقه به لصحيح الحلبي وحسنه وغيرهما<sup>(٥)</sup>. والولد تابع لأبويه في الإسلام والحرية والملكية فان اختلفا في الاولين فهو مسلم بلا خلاف وحرّ على المشهور لصحيح عبدالله بن سنان أو حسنه وغيره<sup>(٦)</sup>، خلافاً للاسكافي فجعله رقاً تبعاً للمملوك منهما إلا مع اشتراط حرّيته لصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٧)</sup>، وحملها الشيخ على التقية وعلى المشهور فهل يجوز

(١) أبواب ميراث ولد الملائنة ب ٦ ح ٢٠١.

(٢) أبواب نكاح العيب ب ٦٧ ح ٧. (٣) أبواب نكاح العيب ب ٣٠ ح ٢.

(٤) أبواب نكاح العيب ب ٥٨ ح ١. (٥) أبواب نكاح العيب ب ٨٤ ح ١.

(٦) أبواب نكاح العيب ب ٣٠ ح ٣، ب ٥٥ ح ١.

(٧) أبواب نكاح العيب ب ٣٠ ح ١٣.

اشترط الرقية أم لا؟ المشهور نعم للزوم الوفاء بالشروط، وفيه منع عند شيخنا الاشرط المشروعية في الشرط. ولا فرق في ذلك بين ولد المحللة وغيره للأخبار الناطقة بحريته على الخصوص كصحيح حريز وصحيح زارة وغيرهما<sup>(١)</sup>. والشيخ وجماعة بل ولد المحللة إن لم يشترط فعلى أبيه فكه بالقيمة لموثق ضريس بن عبد الملك وصحيحه وغيرهما<sup>(٢)</sup>. وقال فقيه الفقه «يضم إليه ولده يعني بالقيمة ما لم يقع الشرط بأنه حرّ» وهو متجه عند شيخنا في ولد المحللة. وأما ولد المملوكة المغضوب فرجها فهو لمولها لمرسل جميل. واما دليل الحاق الولد بالمسلم حيث يكون احد أبويه فصحيح ابان وموثقته ومرسله وغيرها<sup>(٣)</sup>.

وان تزوج العبد بأمة وتعدد مالك الأبوين فالولد بينهما على المشهور خلافاً للحلي فيتبع الأم إلا مع الشرط كغيره من الحيوانات. وللبحث في هذه المسألة مجال لفقد النص. ولو شرط احدهما الأفراد أو زيادة عن نصيبه صح ولزم لقولهم بالتام «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٤)</sup>.

ومن زنا بأمة غيره فانت بولد فان امكن الحاقه بمولاها لحق به لأنها فراش ولصحيح الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup>. والشيخ وجماعة ان كانت معه اماراة يغلب معها الظن انه ليس منه لمخالفته له في الحلية وشبهه حلية الزاني لم يجز الحاقه به ولا ينفيه بل ينبغي ان يوصي له بشيء من ماله ولا يورثه ميراث الأولاد واختاره الأكثر لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٦)</sup>، والجمع

- (١) أبواب نكاح العبيد ب ٦٧ ح ٣. (٢) أبواب نكاح العبيد ب ٣٧ ح ١.  
 (٣) أبواب حد المرتد ب ٢ ح ٢. (٤) أبواب المتعة ب ٣٢ ح ٩.  
 (٥) أبواب نكاح العبيد ب ٧٤ ح ١. (٦) أبواب نكاح العبيد ب ٥٥ ح ١.

بين الأخبار الأولى وبين هذه بحمل تلك على غير التهمة وهذه على حصولها قائم، وإن لم يمكن فيه اللاحق بالمولى فهو رق له وإن كان أبوه حرّاً لمرسل جميل<sup>(١)</sup>. ولو وطأها الشركاء في طهر واحد فولدت وتداعوه قرع بينهم فمن خرج اسمه الحق به واغرم حصص الباقيين من قيمة أمه وقيمته يوم سقط حياً بلا خلاف لحسن الحلبي وصحيحه وصحيح معاوية بن عمار وغيرها<sup>(٢)</sup>. وإن ادّعاها أحدهم خاصة الحق به والزم ذلك ولو لم يدعه أحد أقرع بينهم أيضاً ليثبت نسبه الشرعي .

(١) أبواب نكاح العبيد ب ٣٩ ح ٢. (٢) أبواب نكاح العبيد ب ٥٧ ح ١٤ و ١.

## فصل في آداب الولادة

يجب على النساء أعانة المرأة عند المخاض كفاية ومع فقدهن فالمحارم وإلا فالاجانب، ولا بأس بالزوج وان وجدت النساء، ولا خلاف في شيء من ذلك كله والنصوص به متظافرة.

ويستحب غسل المولود في المشهور وذهب ابن حمزة للوجوب لخبر سماعة<sup>(١)</sup>. ويستحب الاذان في اذنه اليمنى والأقامة في اليسرى فانه عصمة من الشيطان وامان من الفزع وام الصبيان لخبر السكوني وخبر حفص الكناسي وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وتحنيكه بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام وهو ادخالها في حنكه وهو اعلى داخل الفم وإن لم يوجد الفرات فبماء السماء لمرسل مكارم الأخلاق وغيره<sup>(٣)</sup>. ويستحب ان يحسن اسمه فانه يدعى به يوم القيامة لخبر الأصبع بن نباتة وغيره<sup>(٤)</sup>، خصوصاً محمداً وعلياً فان الشيطان يذوب كما يذوب الرصاص لخبر جابر<sup>(٥)</sup>. وفي خبر عاصم الكوفي «من ولد له اربعة اولاد ولم يسم احدهم باسمي فقد جفاني»<sup>(٦)</sup>.

(١) أبواب الاغسال المسنونة ب ٢٧ ح ٢. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٣٥ ح ١ و٢.

(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ٣٦ ح ١٧ و٣. (٤) أبواب أحكام الأولاد ب ٢٣ ح ٣.

(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٢٤ ح ٣.

(٦) أبواب أحكام الأولاد ب ٢٨ ح ٣، في المصدر: الكوزي.



وان يكنيه بكنية حسنة مخالفة للقب ويفعله الكبير لنفسه ولو لم يكن في صغره وإن لم يكن له ولد لخبر معمر وخبر السكوني<sup>(١)</sup>، وأفضل اوقات التسمية يوم السابع إلا محمداً ﷺ ففي زمان الحمل حين يولد وان غيره بعد لمرسل احمد بن محمد<sup>(٢)</sup>. ويجب ختان الغلام بعد البلوغ وقبله سنة مؤكدة مبدؤها يوم السابع لخبر مسعدة وصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٣)</sup>، ويدل على تأكده في السابع خبر السكوني وغيره<sup>(٤)</sup>. وهل يجب قبل تحقق البلوغ أو لا يجب إلا بعد تحققه؟ ظاهر الشرائع الأول واختاره في السرائر، واختاره شيخنا الثاني لخبر الاحتجاج وصحيح الفضل بن شاذان وغيرهما<sup>(٥)</sup>. ولو نبت الختان وجب ثانياً لصحيح محمد ابن عثمان العمري<sup>(٦)</sup>.

واما الخنثى المشكل فلا يجب عليه الختان عند جماعة واختاره شيخنا وأكثر المتأخرين على الوجوب وهو الأحوط، واما خفض الجواني فمستحب بالاجماع وهو مكرومة لخبر مسعدة<sup>(٧)</sup>. ووقته فيهن بلوغ سبع سنين لخبر وهب بن وهب<sup>(٨)</sup>. وينبغي فيهن ان لا يستأصل بان يقطع بعضاً ويدع بعضاً فانه اشرق للوجه واحضى للزوج لصحيح محمد ابن مسلم وغيره<sup>(٩)</sup>.

ويستحب حلق رأس المولود ذكراً أو انثى والتصدق بقدر شعره وزناً

(١) أبواب أحكام الأولاد ب ٢٧ ح ٢.

(٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ١٣، في المصدر: محمد بن مارد.

(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ٥٢ ح ٦٥. (٤) أبواب أحكام الأولاد ب ٥٢ ح ٤.

(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٥٢ ح ٩٧. (٦) أبواب أحكام الأولاد ب ٥٧ ح ١.

(٧) أبواب أحكام الأولاد ب ٥٦ ح ٣. (٨) أنظر أبواب أحكام الأولاد ب ٥٤.

(٩) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤.

ذهباً أو فضة لموثق أبي بصير وصحيح محمد بن مارد وغيرهما<sup>(١)</sup>.  
ويكره القنازع وهو ان يحلق موضعاً ويدع موضعاً وإن لم يكن في  
وسط الرأس لخبر السكوني<sup>(٢)</sup>، واختار شيخنا عدم كراهة القنزعة في  
وسط الرأس الغير المتعددة لما ثبت في الأخبار ان الحسنين عليه السلام كان في  
ذوابتان في وسط الرأس غير ان الأحوط عنده اجتناب ترك موضع بلا  
حلق ولو واحداً لخبر القداح<sup>(٣)</sup>. وينبغي ان يكون الحق يوم السابع مقدماً  
على العقيقة عند الأصحاب لخبر إسحاق بن عمار وحسن جميل وصحيح  
ابن مارد<sup>(٤)</sup>، وهي لا تدل عند شيخنا على الترتيب.

ويستحب العقيقة استحباباً مؤكداً لخبر عمر بن يزيد وغيره<sup>(٥)</sup>، وواجبها  
السيد المرتضى والاسكافي لخبر علي بن حمزة وخبر أبي بصير  
وغيرهما<sup>(٦)</sup>، وحملت على تأكد الاستحباب، ولا يجزي التصديق بثمنها  
فان عجز اخرها حتى يتمكن لخبري محمد بن مسلم وعبدالله بن بكير<sup>(٧)</sup>.  
وإذا لم يعق الوالد استحب للولد ان يعق عن نفسه إذا بلغ لخبر عمر بن  
يزيد وغيره<sup>(٨)</sup>، وان مات يوم السابع قبل الظهر سقطت وان مات بعده لم  
تسقط لصحيح ادريس بن عبدالله<sup>(٩)</sup>، وهي في الغلام والجارية سواء  
لصحيح منصور بن حازم وغيره<sup>(١٠)</sup> وهي في الشرائع وجماعة من  
المتأخرين عن الذكر ذكرا وعن الانثى انثى لصحيح محمد بن مارد<sup>(١١)</sup>.

- (١) أبواب أحكام الأولاد ب ٤ ح ١٣٠١. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٦٦ ح ١٣٠٢.  
(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ٦٦ ح ٣. (٤) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ١٣٠٢.  
(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٣٨ ح ١. (٦) أبواب أحكام الأولاد ب ٣٨ ح ٥.  
(٧) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٠ ح ١٠٢. (٨) أبواب أحكام الأولاد ب ٣٩ ح ١.  
(٩) أبواب أحكام الأولاد ب ٦١ ح ١. (١٠) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٢ ح ١.  
(١١) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٢ ح ٧.

ويستحب ان تكون يوم السابع لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(١)</sup> بل تتأكد فيه لخبر ذريح<sup>(٢)</sup>، وان تجتمع فيها شروط الاضحية لموثق عمار<sup>(٣)</sup>، وان تخصص القابلة منها ان كانت بالرجل والودك لحسن الكاهلي وموثق أبي بصير وغيرهما<sup>(٤)</sup>، وفي موثق عمار<sup>(٥)</sup>، تعطى القابلة ربعها وإن لم تكن قابلة فلائمه تعطى من شاءت وان يدعى لها المؤمنون وأقله عشرة فان زاد فهو أفضل لموثقتي عمار وخبر الفقيه<sup>(٦)</sup>. وفي حسنة أبي خديجة<sup>(٧)</sup>، ان المدفوع للقابلة الثلث ولعله افضل، وجاء اهدائها إلى الجيران من المؤمنين. ويكره للوالدين ان يأكلا منها وكذا كل من في عيالهما حتى القابلة لو كانت منهم لموثق عمار وحسن أبي خديجة وغيرها<sup>(٨)</sup>.

ويستحب حالة الذبح التسمية والدعاء بالمأثور لمرسلة يونس وغيرها<sup>(٩)</sup>. ويكره ان يكسر شيئاً من اعظامها بل يستحب ان تفصل اعظائها لحسن الكاهلي وموثق عبدالله بن سنان<sup>(١٠)</sup>. ويستحب ان تطبخ لحسن أبي خديجة وغيره<sup>(١١)</sup>، وافضل ما تطبخ به ماء وملح لمرسل الفقيه<sup>(١٢)</sup>. ومن المستحبات ثقب اذن المولود بالابرة ونحوها على وجه لا يؤلمه لصحيح عبدالله بن سنان وخبر السكوني وغيرهما<sup>(١٣)</sup>.

- (١) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ٨.  
(٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ٤.  
(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ١٥ و ٦.  
(٤) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ٩ و ١٥.  
(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٧ ح ١.  
(٦) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ٤، ب ٤٧ ح ١.  
(٧) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٦ ح ٤.  
(٨) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ١٠.  
(٩) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٧ ح ١.  
(١٠) أبواب أحكام الأولاد ب ٤٤ ح ١٧.  
(١١) أبواب أحكام الأولاد ب ٥١ ح ٣ و ٤.

## فصل في الارضاع والحضانة

المشهور عدم وجوب ارضاع الولد على الام مع وجود الأب أو وجود مال للولد ووجود مرضعة غيرها وقدرته على دفع الاجرة لها لقوله تعالى ﴿فان تعاسرتم فسترضع له اخرى﴾<sup>(١)</sup> ولخبر سليمان بن داود وغيره<sup>(٢)</sup>، والشهيد تجب عليها ارضاع اللبأ أي الموجود عند الولادة لان الولد لا يعيش بدونه، ويدفعه الوجلان وعلى الوجوب ففي استحقاق الاجرة عليه قولان، لا مستند لها ومع فقد الشرائط المذكورة يجب عليها الارضاع كما يجب عليه الانفاق لانهما من واد واحد ويجب على الأب بذل اجرة الرضاع إذا لم يكن للولد مال لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾<sup>(٣)</sup>. وهل يجوز استئجار الأم لذلك وهي في حباله المشهور، نعم لعموم ﴿فان ارضعن لكم﴾<sup>(٤)</sup>، ولصحيح عبدالله بن سنان وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(٥)</sup>، خلافاً للشيخ في المبسوط ولا دليل له بل عليه. والام حق بالرضاعة لقوله تعالى ﴿فان ارضعن لكم﴾<sup>(٦)</sup> إلا إذا تبرعت

(١) الطلاق: ٦. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٦٨ ح ١.

(٣) البقرة: ٢٣٣. (٤) الطلاق: ٦.

(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٧١ ح ١، وب ٧٠ ح ١ و٣.

(٦) الطلاق: ٦.

الغير مع الأمن عليه أو رضيت بأقل كما هو المشهور لقوله تعالى ﴿وان تعاسرتم﴾<sup>(١)</sup>، وللنص في المطلقة وهو موثق أبي بصير وغيره<sup>(٢)</sup>. والحلي وجماعة هي أحق مطلقاً إذا لم تطلب أكثر من اجرة المثل، والحق ما اختاره المشهور، والأخبار الدالة على استيفاء الاجرة من مال الرضيع مخصصة لعموم الآيات والروايات وهي كثيرة منها صحيح ابن أبي يعفور<sup>(٣)</sup>.

ويستحب ارضاعه بلبن أمه لانه اعظم بركة لخبر طلحة بن زيد ومرسل الفقيه<sup>(٤)</sup>، وان استرضع اخرى فينبغي ان يختار العاقلة المسلمة العفيفة الرضية [الوضئية] الحسنة، ويكره ممن لم تستجمع هذه الشروط لخبر محمد بن مروان وصحيح محمد بن قيس وصحيح زرارة وغيرها<sup>(٥)</sup>.

وفي جواز استرضاع الكافرة من مشركة أو يهودية أو نصرانية أو ذمية إلا مع الاضطرار خلاف فبعضهم على الكراهة بل هو المشهور، وربما قيل بالمنع ويدل على هذا الحكم حسنة الكاهلي وصحيحنا محمد بن مسلم وزرارة وغيرها<sup>(٦)</sup>، وتتأكد الكراهة في المجوسية واشد الجميع كراهة الناصبية لخبر الفضيل ومرسل المقنع<sup>(٧)</sup>. ويكره أيضاً ممن ولادتها من زنا وكذا ابنتها لصحيح الحلبي وموثق وصحيح محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٨)</sup>. وينبغي للأم ان لا تضار الأب ولا العكس بحيث لا يجامعها حذراً

(١) الطلاق: ٦. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٠ ح ٧.

(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ٧١ ح ٢. (٤) أبواب أحكام الأولاد ب ٦٨ ح ٢.

(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٩ ح ١ و٢، وب ٧٨ ح ٢.

(٦) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٢٣. (٧) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٧ ح ١.

(٨) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٥ ح ٢ و٤.

على الولد من الجمل، ولا تمتنع هي أيضاً من المجامعة لتلك العلة لحسن الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>. وينبغي ان ترضعه في الحمل من الشديين معاً لان احدهما طعام والاخر شراب لخبر أبي العباس وغيره<sup>(٢)</sup>. ونهاية الارضاع حولان كما في الآيّة بلا خلاف ويجوز الاقتصار على احد وعشرين شهراً عندنا لظاهر ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾<sup>(٣)</sup> لخبر سماعة<sup>(٤)</sup> وعن ابن عباس «ان من ولد لسته أشهر ففصاله في عامين، ومن ولد لسبعة فمدة رضاعه ثلاثة وعشرون شهراً، ومن ولد لثمانية فاثنتان وعشرون، ومن ولد لتسعة فاحدى وعشرون» وهو موافق للآية.

ويجوز الزيادة على العامين بشهر أو شهرين من غير كراهة وفي صحيح سعد بن سعد الاشعري «عن الصبي هل يرضع أكثر من سنتين قال عامين قلت فان زاد على السنتين هل على أبويه من ذلك شيء قال لا»<sup>(٥)</sup>، وقيدته جماعة بشهر أو شهرين وجعلوه رواية ولا بأس بالركون إلى ما نقلوا فالأحوط عدم التعدي عن ذلك إلا مع الضرورة ومعها لا تستحق الام الاجرة لعمل الأصحاب ورواياتهم وان استشكل في المسالك. ولو ادعى الأب وجود متبرعة وانكرت الام فالقول قول الأب على اقول المشهور والمطابق للقواعد الشرعية عند شيخنا ان القول قولها.

والام أحق بالحضانة مدة الرضاع فيجتمع لها في الحولين حق الرضاع وحق الحضانة ونقل عليه الاجماع، وربما قيل باشتراك الحضانة مدة

(١) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٢ ح ١. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٦٩ ح ١.

(٣) الاحقاف: ١٥. (٤) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٠ ح ٥.

(٥) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٠ ح ٤.

الرضاع لبعض الأخبار الآتية فان ارضعته غيرها ففي سقوط حضانتها قولان والأقوى عند شيخنا السقوط لدلالة الأخبار على انتزاعه منها إذا لم ترض بذلك، فاذا فصل فالأقوال مختلفة لاختلاف النصوص فمنهم من قال بأحقيتها ما لم تتزوج ولم يقيد بمدة وهو مروى من الطرفين وهو مذهب المقنع والشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة والحلي على أحقيتها بالانثى مطلقاً وأحقية الأب بالذكر إلى سبع وللمفيد وسلا ران الأم احق بالذكر مدة الحولين والانثى إلى تسع سنين واسند إلى الرواية والمحقق وجماعة انها أحق بالذكر مدة الحولين والانثى إلى سبع، والاسكافي والشيخ في الخلاف وان الكره الحلي ان الام احق بالبنث إلى ان تتزوج وبالصبي إلى سبع سنين والحق عند شيخنا اختيار السبع مطلقاً لصحيح الجعفي وغيره<sup>(١)</sup>. واما التحديد بالتسع مطلقاً فقد نسب الرواية. ويشترط فيهما الحرية ولا حضانة للمملوك والمملوكة لصحيح الفضيل بن يسار وغيره<sup>(٢)</sup>، والإسلام لانتفاء السبيل والعقل اجماعاً.

ويشترط في الحضانة «الامانة» أي عدم ظهور فسق وقد اعتبرها في المبسوط والشهيد في قواعدهِ والعلامة في التحرير، وفي القواعد استقرب عدم العدالة عملاً بعموم الأدلة ويمكن الجمع باشتراط عدم الفسق، والحضر فتسقط بالسفر وهو للشيخ في المبسوط، وقيل لو سافر الأب جاز استصحابه وسقطت الحضانة، والسلامة من المرض المعدي كالجدام والبرص والجرب لقولهم بِسَبِيلِهِ «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٣)</sup> و«فر من المجذوم

(١) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٠ ح ٤. (٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٣ ح ١.

(٣) أبواب الخيار ب ١٧ ح ٤.

فرارك من الاسد»<sup>(١)</sup>، ويحتمل عدم السقوط بذلك لقوله ﷺ «لا عدوى ولا طيرة في الإسلام»<sup>(٢)</sup>، وفي الحاق الخنثى بالذكر والأنثى قولان، ويشترط في الاسم خاصة ان لا تتزوج بغير الأب بلا خلاف لخبر المنقري وغيره<sup>(٣)</sup>، فان طلقت بائناً عادت على المشهور لزوال المانع وظاهر الحديث المروي من الطرفين «انت احق به ما لم تنكحي»<sup>(٤)</sup>، فان «ما» ظرفيه خلافاً للحلي.

ولو مات احدهما انتقل الحق إلى الآخر مطلقاً وان تزوجت لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٥)</sup>، وإذا فقدوا معاً فلاقوال كثيرة واطهر الاقوال عند الكاشاني ترتب الاقارب والارحام ترتب الارث لعموم «واولو الارحام بعضهم اولى ببعض»<sup>(٦)</sup>، وهذه الادلة لا تفي بالمقصود عند شيخنا.

ومنها ان مع فقدهما تكون لاب الأب وقطع به المحقق والعلامة في غير المختلف والشيخ في موضع من المبسوط والحلي، ومنها ان الحضانة للاجداد بلا فرق بين الجد للأب وغيره وهو خيرة الارشاد، ومنها ان للجددة أم الأم وهو قول المفيد وفي المسألة أقوال أخرى، وفي المجالس<sup>(٧)</sup> تقديم الخالة لانه قضى بابنة حمزة إلى خالتها وقال «الخالة والدة» فاذا بلغ رشداً سقطت ولاية الأبوين لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٨)</sup>.

(١) أبواب أحكام العشرة ب ٢٨ ح ٢.

(٢) أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٤.

(٣) أبواب أحكام الأولاد ب ٧١ ح ١.

(٤) سنن ابن داود: ٢ / ٢٨٣ ح ٢٢٧٦.

(٥) الانتقال: ٧٥.

(٦) أبواب أحكام الأولاد ب ٧١ ح ١.

(٧) أبواب أحكام الأولاد ب ٧٣ ح ٤.

(٨) أبواب أحكام الأولاد ب ٧١ ح ١.



## فصل فيمن يجوز النظر إليه ومن لا يجوز

يجوز النظر إلى المحارم ما عدا العورة لصحيح منصور بن حازم وأخبار التمسيل<sup>(١)</sup>، وتوقف بعض المتأخرين فيما تحت الدرع من المحارم لمرسل تفسير القمي<sup>(٢)</sup>، وحمل على الكراهة ويجوز النظر إلى الزوجة ظاهراً وباطناً لخبر إسحاق بن عمار وموثق سماعة وغيرهما<sup>(٣)</sup>، والاجماع إلا من ابن حمزة في الفرج حالة الجماع حيث حرمه لخبر أبي سعيد الخدري وغيره<sup>(٤)</sup> من الأخبار وهي محمولة على تغليظ الكراهة ومثل الزوجة المملوكة مع جواز وطئها دون المزوجة ولو بمملوكة فلا يحل له منها إلا ما يحل للاجنبي لصحيح الحلبي وغيره. ويجوز النظر إلى وجه امة يريد شرائها وكفيها ومحاسنها بالاجماع وإلى سائر جسدها ما عدا العورة لخبر أبي بصير وغيره<sup>(٥)</sup>، وان كان تركه اولى إلا مع التحليل وإلى وجه امرأة يريد يتزوجها وكفيها بالاجماع بل ربما قيل باستحبابه وفي كثير من الأخبار الدالة على ذلك جواز النظر إلى شعرها ومحاسنها أيضاً

(١) أبواب غسل الميت ب ٢٠ ح ٢٠١. (٢) أبواب غسل الميت ب ٢٠ ح ٥.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩ ح ٣٠١.

(٤) أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩ ح ٨٥. (٥) أبواب بيع الحيوان ب ٢٠ ح ١.

كما في صحيح محمد بن مسلم وصحيح هشام بن سالم وغيرهما<sup>(١)</sup>، وهي دالة على جواز النظر إلى ما يشمل المحاسن وان قيد في بعضها كمرسل الفضل الهاشمي<sup>(٢)</sup> بعدم التلذذ ويشترط عند جماعة امكان الاجابة، وينبغي ان يكون قبل الخطبة لظواهر الأخبار.

اما غير المذكورات من الاجنبيات فلا يجوز النظر إلى شيء منهن لان بدنهن كله عورة إلا إذا كانت امة فرأسها ليس بعورة. ولا يجوز سماع صوتهن لانه عورة كما عليه المشهور أو مع التلذذ والريبة كما عليه شيخنا. ولا يجوز النظر إلى غير وجوههن واكفهن وظاهر اقدمهن مطلقاً لقوله تعالى ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾<sup>(٣)</sup>، والمراد به الزينة ومحالها المذكورة للنصوص المفسرة للآية وغيرها إلا لضرورة أو معالجة وقد جاءت الأخبار بالنزاهة عن ذلك إذا وجد من يعالجها من غيرهم بخلاف معالجة النساء للرجال فقد جاء جوازها.

ومما يدل على جواز للشهادة خبر ابن يقطين ومكاتبة الصفار وفي صحيح الثمالي «إذا اضطرت إليه فليعالجها»<sup>(٤)</sup>، اما النظر إلى وجوههن واكفهن وكذا سماع اصواتهن من دون احد الامرين ففيه أقوال ثالثها: الكراهة مرة واحدة وتحرم المعاودة كما عليه المحقق وجماعة والقول بالكراهة مطلقاً هو المشهور بين القدماء والقول بالتحريم مطلقاً للعلامة في التذكرة للجواز على كراهة مطلقاً كما هو مختار شيخنا لقوله تعالى

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٢٠١.

(٢) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٥. (٣) النور: ٣١.

(٤) أبواب مقدمات النكاح ب ١٣٠ ح ١.

﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾<sup>(١)</sup>، وهو مفسر بالوجه والكفين كما في خبر مروك بن عبيد وصحيح الفضيل بن يسار<sup>(٢)</sup>، وفي رواية زرارة<sup>(٣)</sup> الكحل والخاتم اما باطن القدمين فموضع خلاف أيضاً ويدل على الجواز خبر جابر وحديث سليمان والتحريم قوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾<sup>(٤)</sup>، واجيب بأنه مختص بغير ما ذكر وللمفصل الجمع بين الأخبار. هذا كله إذا نظر عن قصد ما إذا وقع اتفاقاً فلا يتعلق به حكم اتفاقاً وعليه يحمل الحديث المشهور بين الفريقين «الأولى لك والثانية عليك»<sup>(٥)</sup> وخبر السكوني وغيرهما<sup>(٦)</sup>.

ويستثنى من ذلك الصغيرة التي ليست مظنة للشهوة اما بالنسبة إلى النظر فإلى البلوغ لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٧)</sup>. واما بالنسبة إلى المس والتقبيل فإلى خمس سنين أو ستة سنين لمجي الأخبار بهما منها خبر زرارة وموثقة وحسن الكاهلي وغيرها<sup>(٨)</sup>، وكلها وردت بالست ومرسل هارون بن مسلم<sup>(٩)</sup> مشعر بالخمس.

وكذا تستثنى المسنة البالغة حداً تنتفي معه الفتنة والتلذذ بنظرها غالباً على الاصح لقوله تعالى ﴿والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً﴾<sup>(١٠)</sup>، ولصحيح حريز وصحيح محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(١١)</sup>، وهذه

(١) النور: ٣١. (٢) أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩ ح ١٠٢.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩ ح ٣. (٤) النور: ٣١.

(٥) أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٤ ح ٨. (٦) أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٤ ح ٧.

(٧) أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٦ ح ٢. (٨) أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٧ ح ١٢٠.

(٩) أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٧ ح ٣. (١٠) النور ٦٠.

(١١) أبواب مقدمات النكاح ب ١١٠ ح ١٠٤.

مختلفة في وضع الخمار متفقتة في وضع الجلباب فحمل ما دل على الجواز على الرخصة وما دل على المنع على الكراهة. والمرأة كالرجل في جميع ما ذكر جوازاً وتحريماً إلا الأمة المرادة للشراء والمرأة بالنسبة لمن اراد ان يتزوجها فانه يجوز له بخلافها. وهل حكم الصبي المميز حكم البالغ أم لا؟ قولان فان كان فيه ثوران شهوة فهو كالبلغ وإلا ففي جوازه قولان، المشهور بين المتأخرين وجوب التستر عنه والحق عند شيخنا جواز ابداء الزينة لصحيح البنظي وغيره. نعم ينبغي التنزه متى كان قادراً على وصف ما ينظر إليه لخبر السكوني<sup>(١)</sup>. وهل تجوز نظر الخصي إلى المرأة ونظرها إليه مطلقاً أم المنع مطلقاً؟ أم مع مالكيها له خاصة؟ أقوال ثلاثة: والمجوز كالاسكافي، والصدوق والكاشاني تمسك بقوله تعالى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾<sup>(٢)</sup> وبالصحاح الدالة بعمومها وخصوصها كصحيحتي معاوية بن عمار وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وصحيح محمد بن إسحاق<sup>(٤)</sup> ظاهر في المنع وعليه شيخنا وما دل على الجواز محمول على التقية عنده.

ولكل من الرجل والمرأة ان ينظر إلى مثله ما خلا العورة بالاجماع والصحاح [النصوص] ما لم يكن بريية أو تلذذ واما وجوب ستر العورة عن مماثل فيدل عليه ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ و ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ﴾<sup>(٥)</sup> وما تقدم من الأخبار والتعفف من الأمر احسن للتأسي به ﷺ ولخبر الجعفریات

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ١٣٠ ح ٢. (٢) النور: ٣١.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٤ ح ٣ و ٤.

(٤) أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٥ ح ٢. (٥) النور: ٣٠ و ٣١.

واختار في الشرائع والعلامة في جملة من كتبه ان الأعمى لا يجوز له سماع صوت المرأة لانه عورة، ولا يجوز للمرأة النظر إليه لانه يساوي المبصر وناقش المتأخرون في هاتين المسألتين، اما السماع فقد تقدم الكلام فيه واما ما ورد في الاعمى فخير الرقي وخير الجعفریات وحملها شيخنا على التنزه، ومما استثنى من قاعدة المنع جواز النظر إلى اهل الذمة وشعورهن لخبر السكوني<sup>(١)</sup>، ومنع الحلبي من النظر لأهل الذمة واختاره العلامة في المختلف .

(١) أبواب مقدمات النكاح ب ١١٢ ح ٤٠٣.

## فصل في الاقرار بالنسب

وهو إنما يثبت إذا كانت البنية ممكنة وإذا لم يكن منازع وإذا كان المقرّ بة مجهولاً فاذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة كفى الاقرار ولا يعتبر تصديق الصغير بالاجماع، وكذا المجنون. وهل يلحق الولد المنفي باللعان بمجهول النسب أو بمعلومه؟ قولان الأقوى عند شيخنا اللاحق بمعلومة. وهل يلحق الصغير بالام إذا ادّعته صغيراً أم لا؟ الأقوى للقوق لصحيح البجلي وصحيح الحلبي<sup>(١)</sup>، وهذا نص في لقوق الولد المنفي باللعان بالام وكذلك الغير المنفي، وفي اعتبار تصديق الكبير العاقل قولان اظهرهما ذلك عند متأخري المتأخرين خلافاً لشيخنا لصحيح البجلي وصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> والقولان للشيخ وعلى تقدير اعتباره في الكبير فان لم يصدق فعلى المدّعي البينة وعليه يحمل خبر طلحة بن زيد وصحيح الاعرج<sup>(٣)</sup>. ولا يثبت في غير المولد إلا بتصديق المقرّبة أو البينة فان ثبت بتصديقه خاصة اختص الثبوت بهما ولم يتعد في حق غيرهما وان ثبت بالبينة عمّ وإذا اقر الوارث بمشارك لزمه في حصته إلا أن يقر آخر معه وهما عدلان فيلزم الجميع لخبر وهب بن وهب ومرسل الفقيه<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٩ ح ١. (٢) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٩ ح ١.

(٣) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٩ ح ٢. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٦ ح ٥.

## فصل في نفقة الانساب

يجب انفاق كل من الأبوين والولد مع غناه على الآخر مع فقره لصحيح الحلبي<sup>(١)</sup>، وخبر تحف العقول وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وفي دخول ابناء الأبوين وآمهاتهما فيهما وولد الولد فيه قولان المشهور ذلك بل لا نعلم فيه مخالفاً إلا أن المحقق تردد في القسم الأول ولا وجه له وكأنه غفل عن أخبار الزكاة<sup>(٣)</sup> المانعة من اعطائها واجبي النفقة فانها قد اشتملت على الاجداد وعلى ولد البنت فضلاً عن ولد الولد فالحق عند شيخنا ما اختاره المشهور.

ولا يجب الانفاق على غيرهم من الاقارب لحسن جميل وغيره<sup>(٤)</sup>، ما جاء من وجوب الانفاق عليهم محمول على تأكيد الاستحباب، بل يستحب ويتأكد في الوارث [وغيره] الصغير لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup>. والقول بوجوبه للشيخ إلا انه شاذ يدفعه حسن جميل بن دراج بل صحيحه «لا يجبر الرجل إلا على الأبوين والولد»<sup>(٦)</sup>، وفي صحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٧)</sup> اضافة المملوك.

(٢) أبواب النفقات ب ٤ ح ١.

(٤) أبواب النفقات ب ١ ح ٤.

(٦) أبواب النفقات ب ١ ح ٤.

(١) أبواب النفقات ب ١١ ح ٦.

(٣) أبواب مستحقين الزكاة ب ١٣.

(٥) أبواب النفقات ب ١١ ح ٦.

(٧) أبواب النفقات ب ١١ ح ١.

وفي اشتراط العجز عن الاكتساب في المنفق عليه قولان اظهرهما ذلك لان المكتسب قادر فهو كالغني بل هو غني كما جاء في أخبار الزكاة، نعم يعتبر في الكسب كونه لاثقاً بحاله عادة، ولا يشترط نقصان الخلقة ولا الصغر ولا الجنون خلافاً للشيخ في المبسوط وهو شاذ فللولي حمل الصغير على الكسب لكن لو هرب وترك الاكتساب في بعض الأيام فعلى الأب الانفاق عليه بخلاف المكلف.

وتسقط النفقة إذا كان مملوكاً لوجوبها على المولى ولا تسقط بالفسق والكفر لعموم تلك الأخبار لقوله تعالى ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾<sup>(١)</sup>، خلافاً لفخر المحققين في السقوط بالكفر، وإذا حصل له قدر كفايته اقتصر على نفسه فان فضل شيء فلزوجته فان فضل فللابوين والأولاد كما عليه الأكثر وتوقف جماعة من المحدثين لعموم تلك الأدلة بل ربما ذهب إلى تقديم نفقة الأبوين لمرسل التهذيب<sup>(٢)</sup>، فقدم نفقة الوالدين على نفقة الأهل وحمل على التوسعة لا اصل النفقة، والمعتبر مؤنة اليوم على الليلة، ولا تقدير في النفقة خلافاً للشيخ فقدرها بالمد والمدين وهو محمول على الاستحباب بل الواجب قدر الكفاية من الاطعام والكسوة والمسكن وما يقيه البرد ولو احتاج إلى الخدمة وجب عليه مؤنة الخادم، ولا يجب اعتاقه على الأشهر بل يستحب لرواية كتاب الواعظين ورواية المكارم، والشيخ وجماعة اوجبوا ذلك في الأب وان على لقوله تعالى ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾<sup>(٣)</sup> ونفقة زوجته تابعة

(٢) أبواب النفقات ب ١١ ح ٤.

(١) لقمان: ١٥.

(٣) لقمان: ١٥.



للاعفاف في الوجوب والاستحباب في المبسوط نفقة زوجته وإن لم يجب اعفاه ولا قضاء لهذه النفقة لو فاتت لأنها مساواة لسدّ الخلة لا تمليك سوى الزوجة فيلزم بها مع اليسر والعسر، ويجب عليه الاستقراض والاستدامة مع الغيبة وابقاؤها [تبقى] في ذمته تؤخذ منه حياً وميتاً لظاهر اطلاق الأخبار المذكورة، وهذا بخلاف القريب لان وجوبها الدفع الحاجة لا عوض شيء ولهذا رغب الشارع في الانفاق على البنات بل على المحارم بالندوية لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، وحسن سؤرة بن كليب وغيرها<sup>(٢)</sup>.

وإذا فقد الأب أو كان معسراً فعلى أب الأب وان على المشهور واختاره شيخنا لما جاء من المنع في دفع الزكاة ولد الولد له ولو عدمت الاباء أو كانوا معسرين فالمشهور ان النفقة على الام لعموم تلك الأخبار لصدق الوالدين عليهما ومع عدمها أو فقرها فعلى ابيها وامها وهكذا قال شيخنا: والذي وقفت عليه من الأخبار مع قطع النظر عن العمومات ان النساء غير مخاطبات بالنفقة وإنما المخاطب بها الرجال كخبر إسحاق بن محمد النخعي وصحيح مؤمن الطاق ورواية الفقيه والعلل وصحيح هشام ابن سالم<sup>(٣)</sup>، وخبر محمد بن سنان في بيان الفرق عن الرضا عليه السلام حيث جوز للأب ان يقترض من مال الابن بغير اذنه<sup>(٤)</sup> ولم يجوز للام فهذه الأخبار تدل على انها لا تحتل إعالة الرجل ولا تأخذ بنفقته ان احتاج

(١) أبواب النفقات ب ١١ ح ٥. (٢) أبواب النفقات ب ١٠ ح ٤.

(٣) أبواب النفقات ب ١١ ح ١، وأبواب مستحقين الزكاة ب ١٣ ح ٤٤.

(٤) أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٩.

وليس عليها عاقلة ولا نفقة، نعم يدخل والدها في القاعدة وان هي لم تتحمل ذلك اصالة جمعاً بين الأخبار إلا أن الفتوى به نادر القائل بل هو غير موجود وحينئذ فالأحوط وجوب الانفاق للعمومات المشار إليها ولا اعتماد أصحابنا عليها. ويختص الأقرب من الطرفين بوجوب الانفاق ويشتركون مع التساوي في الدرجة فلو كان له أب ام وام أب وجب عليهما بالسوية ولو وجد الفروع المؤسرون دون الأصول فان اتحد تعين وان تعددوا في درجة واحدة وجب عليهم بالسوية وان اختلفت درجاتهم في الارث وجب على الأقرب فالاقرب، ولا فرق في ذلك كله بين الذكر والانثى، وقيل بل على حسب الميراث الشرعي فعلى الانثى الثلث وعلى الذكر الثلثان وقيل يختص بالذكر وتساعد الأخبار المتقدمة وعمل شيخنا به.

ولو اجتمع العمودان الوالد والولد فمع وحدة الدرجة هم شركاء بالسوية كما في الأب والابن وهذا متفق عليه ومع الاختلاف يجب على الأقرب خاصة ولو كانت الفرع انثى كالبنت أو كان الاصل هي الام ففيه أقوال واحتمالات والظاهر استواء الابن والبنت وكذا الام مع الولد مطلقاً كما قطع به العلامة في التحرير وتردد في القواعد. ولو كان الأقرب معسراً فانفق الأبعد ثم ايسر الأقرب تعلق به الوجوب حينئذ ولا يرجع الأبعد عليه بما انفق. ولو كان له ولدان ولم يقدر إلا على نفقة احدهما وله أب وجب على الأب نفقة الاخر واما على ما اختاره شيخنا من اشتراط الغنى واليسار الشرعي فهذه الفروع والاصول لا اصل لها سيما مع سقوط الانفاق عنده عن الانثى.

وللحاكم الاجبار على النفقة ولو لم يقدر على الوصول إلى الحاكم ففي

جواز الاستقراض عليه مع الاشهاد أو بيع ماله وجهان اجودهما الجواز لأمر رسول الله ﷺ بالأخذ من مال زوجها لحرصه وشحاته<sup>(١)</sup> وللوالد ان يقترض على نفسه من مال ولده صغيراً كان أو كبيراً على المشهور لصحيح محمد بن مسلم وصحيح الثمالي وصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٢)</sup>، وما تضمن المنع محول على غير ذلك والحلي وجماعة من المتأخرين لا يجوز مطلقاً بل تشترط المصلحة في مال الصغير وقيل بالمنع مطلقاً والأخبار دالة على جوازه في مال الصغير لولايته عليه واما الكبير فلا يأخذ إلا باذنه ورضا لخبر علي بن جعفر<sup>(٣)</sup>، والصدوق والشيخ في النهاية بل له ان يأخذ منه ما شاء فيستطيع به لحج الإسلام ويعتق منه وان يقع على جاريته من غير تقويم إن لم يقع الولد عليها لصحيح سعيد بن يسار وغيره<sup>(٤)</sup> لكنها قابلة للتأويل الذي ذكره الأكثر من التقويم ان كان الابن صغيراً لصراحة صحيح الكناني وخبر الحسن بن صدقة<sup>(٥)</sup> مودن بان ما جاء من جواز الوطي من غير تقويم إنما صدر تقيّة ورواية عبدالله بن سنان<sup>(٦)</sup> تدل على عدم جواز الاخذ من مال الولد شيئاً إذا انفق عليه بأحسن ولا ان يظاً جاريته<sup>(٧)</sup>.

(١) سنن النسائي: ٢٤٦. (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٢١ و٣.

(٣) أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ١٠. (٤) أبواب ما يكتسب به ب ٨٠ ح ١.

(٥) أبواب ما يكتسب به ب ٧٩ ح ٢ و١. (٦) أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٣.

(٧) في نسخة «م»: تم الجزء الاول ويليهِ الجزء الثاني مبتدأ بكتاب المعاش والمكاسب إلى الحدود.



كتاب

# المعاش والمكاسب



في صحيح أبي حمزة الثمالي: «من طلب الرزق في الدنيا استغفافاً عن الناس وسعيّاً على أهله وتعطفاً على جاره لقي الله يوم القيامة ووجهه مثل القمر ليلة البدر»<sup>(١)</sup>، إلى غير ذلك، وطلب الحلال أفضل من التخلي للعبادة لمرسل أبي خالد الكوفي<sup>(٢)</sup> وخبر المعلى بن خنيس<sup>(٣)</sup> وغيرهما، وينبغي الاجمال فيه لصحيح أبي حمزة الثمالي.

---

(٢) أبواب مقدمات التجارة ب ٤ ح ٦

(١) أبواب مقدمات التجارة ب ٤ ح ٥

(٣) أبواب مقدمات التجارة ب ٥ ح ٣

## فصل في وجوه المكاسب وأحكامها

الكسب منه طلب في نفسه، ويزيده استعمال الورع فيه كالتجارة، ففيها تسعة اعشار الرزق لخبر روح بن عبدالرحيم وغيره<sup>(١)</sup>، وكأحياء الارض بالحرث والغرس لما روي مرسلًا عنه عليه السلام: «من أحيأ أرضاً فله فيه أجر»<sup>(٢)</sup>، وكاتخاذ المواشي لخبر السكوني<sup>(٣)</sup> وغيره، وكحرف الانبياء كالرعي فما من نبي إلا وقد رعى الانعام، والاغنام والتجارة فانها حرفة نوح عليه السلام، والخياطة والكتابة فانهما حرفتا ادريس عليه السلام لرواية الحسن بن علي بن شعبة.

ومنه ما هو حرام كالقمار حتى الكعاب والجوز لخبر جابر<sup>(٤)</sup>، والأكل منه حرام وان استعمله غير المكلف لخبر إسحاق بن عمار<sup>(٥)</sup> وغيره، والربا حرام ففي صحيح هشام بن سالم: «ان درهماً منه عند الله أشد من سبعين زنية كلها بذات محرم»<sup>(٦)</sup> إلى غير ذلك.

وكذا أخذ ثمن المسكرات لصحيح عمار بن مروان<sup>(٧)</sup> وغيره، وأعمال الولاة الظلمة لصحيح الوليد بن صبيح<sup>(٨)</sup> وغيره وعمل آلات اللهو لخبر

(١) أبواب مقدمات التجارة ب ٥ ح ٣ (٢) أبواب احياء الموات ب ١ ح ٦

(٣) أبواب أحكام المزارعة والتاك والمسامة ب ٣ ح ٩

(٤) أبواب ما يكتسب به ب ٣٥ ح ٤ (٥) أبواب ما يكتسب به ب ٣٥ ح ٧

(٦) أبواب الربا ب ١ ح ١ (٧) أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ١

(٨) أبواب ما يكتسب به ب ٤٥ ح ١



العقول<sup>(١)</sup> وغيره، [ولبس الابريسم للرجال لموثق سماعة<sup>(٢)</sup> وغيره]. والتكسب بآنية الذهب والفضة، أما اتخاذها للفقنية فموضع خلاف، والأصح عند شيخنا و الكاشاني التحريم كما عليه القدماء، فانهما متاع الذين لا يوقنون.

ويحرم المزمار وغير ذلك لخبر ارشاد الديلمي<sup>(٣)</sup>، ويحرم الرهان لخبر المعلی بن سیابة<sup>(٤)</sup> وغيره، إلا في خوف أو حاضر أو نصل لحسن حفص بين البختری<sup>(٥)</sup> وغيره.

ويحرم التكسب بعمل الجائر ومعاونتهم لصحيح الشمالي<sup>(٦)</sup> وحديث المناهي<sup>(٧)</sup> وغيرهما، وتسويد الاسم في ديوانهم لخبر سلمة بن زياد<sup>(٨)</sup>، وفي صحيح حريرز<sup>(٩)</sup>: «ولا مدة بقلم»، وأما أخذ جوائزهم التي لا تعرف حراما بعينها فجائز قبولها بلا خلاف لصحيح أبي ولاد<sup>(١٠)</sup> وغيره، وأثبت المتأخرون لها الكراهة لخبر العيون<sup>(١١)</sup> وغيره، ويحل ما يأخذه باسم المقاسمة أو باسم الخراج في الأرض الخراجية لا الخراج المتعارف في أزماننا فانه ظلم محض [لا مرية فيه]، وباسم الزكاة وان كان ظلما فانه جائز الأخذ منه، ومن مالكة بحوالبته عليه بلا خلاف لصحيح أبي عبدة<sup>(١٢)</sup> وغيره.

وقيل يشترط أن لا يزيد على المعتاد أخذه من عامة الناس في ذلك

- |                                       |                                 |
|---------------------------------------|---------------------------------|
| (١) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح ١         | (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٩٧ ح ١  |
| (٣) أبواب ما يكتسب به ب ١٠٠           | (٤) كتاب السبق والرمية ب ٣ ح ٣  |
| (٥) المصدر السابق ح ١                 | (٦) أبواب ما يكتسب به ب ٤٢ ح ١  |
| (٧) أبواب ما يكتسب به ب ٤٥ ح ٦        | (٨) انظر ما يكتسب به ب ٤٥ ح ٦   |
| (٩) انظر ما يكتسب به ب ٤٢ ح ٥         | (١٠) أبواب ما يكتسب به ب ٥١ ح ١ |
| (١١) أبواب ما يكتسب به ب ٥١ ح ١٠ و ١١ | (١٢) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح ٥  |

الزمان، واختاره في المسالك، وليس في الأخبار ما يدل عليه، وزاد آخرون اتفاق العمال والسلطان على القدر ولا دليل عليه، ويختص الحكم بالجنائز المخالف للحق كما هو مورد تلك الأخبار، لأن موردها خلفاء بني أمية وبني العباس والخوارج، فلا اطلاق ولا عموم في الحقيقة وهو مختار شيخنا، وأطلق المحقق الأكثر الحكم لا طلاق النص عندهم.

و إذا اختلط الحلال بالحرام وجب التمييز بينهما ان أمكن، وايصال المستحق إلى مالكة ان كان معروفا [ان أمكن] ولو بالمصالحة، وإلا أخرج خمسه وحل الباقي، [وقد استظهر الكاشاني خصوص هذا الحكم بالمحصور، واحتمله الخراساني والحلي لخبر سماعة<sup>(١)</sup>، ولا دلالة فيه عند شيخنا].

وإذا دفع إليه مال ليصرفه في قبيل كالفقراء وكان بصفتهم جاز أن يأخذ كأحدهم على المشهور لصحيح سعيد بن يسار<sup>(٢)</sup> وغيره، والشيخ في أحد قوليّه والمحقق في النافع والحلي على المنع، لصحيح عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(٣)</sup>، وحمل على الكراهة وهو حسن.

وقال شيخنا: وظاهر هذا عدم جواز تفضيل بعضهم على بعض لأنه من جملتهم، ويتجه ذلك إذا كان الخير محصورا.

والمشهور ان كل ما يجب فعله لا يجوز أخذ الاجرة عليه مثل تغسيل المؤمنين بناء على عدم الوجوب العيني على الولي، خلافاً لشيخنا والسيد المرتضى حيث جوزا أخذ الأجرة عليه لاختصاص الوجوب بالولي، وكذا

(٢) أبواب ما يكتسب به ب ٨٤ ح ١

(١) انظر ما يكتسب به ب ٤٨ ح ٣

(٣) أبواب ما يكتسب به ب ٨٤ ح ٣

تكفينهم وتحنيطهم والصلاة عليهم، ومثل القضاء والشهادة وتحملها، [واختاره شيخنا في غير التفسير والتجهيز] وأضاف جماعة من المسنونات امامة الصلاة في الجماعة، والأذان الذي للاعلام، وزاد الحلي تعليم المعارف والشرائع، وفي المسألة اختلاف شديد، فمن محرم كالشهور، وقائل بالكراهة كما عليه المرتضى، ومفصل فيها بالمنع في البعض والجواز في آخر كما عليه العلامة والحلي، ومفصل في بعضها بالمنع في واجبه مطلقا عينيا أو كفاثيا أو العيني منه خاصة، والجواز في مستحبه أو في غير العيني، أو المنع من الأجرة خاصة وجواز الارتزاق من بيت المال أو المنع مع عدم الحاجة أو الجواز معها، أو المنع مع الشرط والجواز بدونه إلى غير ذلك.

قال شيخنا: والذي يظهر لي من خبر محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وما جرى مجراه ان كل عمل محلل سواء كان عبادة أو غيرها الأصل فيه جواز الاستئجار عليه إلا ما منعه الدليل، لوجوب مباشرته على المكلف كالصلاة والصوم والحج والعمرة ونحو ذلك. واختار الكاشاني ان كل ما يعتبر فيه نية التقرب لا يجوز أخذ الأجرة عليه مطلقا، إلا الاستئجار للحج، ونص على عدم الاستئجار للصوم والصلاة لعدم الدليل، واختار شيخنا الجواز للحج والصوم والصلاة والعتق وكل فعل حسن للأخبار الدالة على ذلك، منها خبر تحف العقول ومرسل ابن طاووس<sup>(٢)</sup>، وهي دالة على ذلك مع عدم المنع في الأخبار والفتوى<sup>(٣)</sup>.

(٢) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح ٢ و١

(١) أبواب الشهادات ب ٣٢ ح ٦

(٣) أنوار اللوامع: ٧٠ / ١١

ويكره التكسب بالصرف لخبر إسحاق بن عمار<sup>(١١)</sup>، ويدل على الجواز خبر سدير<sup>(١٢)</sup>، وبيع الأكفان لخبر إسحاق<sup>(١٣)</sup> أيضاً وغيره، وبيع الطعام لخبر إسحاق أيضاً<sup>(١٤)</sup>، وبيع الدقيق، وبالذبيح والنحر لخبر إسحاق<sup>(١٥)</sup> أيضاً وغيره، وبالصياغة لخبر ابراهيم بن عبد الحميد<sup>(١٦)</sup>، وبالحيافة والنساجة لمرسل المسالك<sup>(١٧)</sup> وغيرها ومكاتبة علي عليه السلام لابن العاص «حايك ابن حائك»<sup>(١٨)</sup> وغيرهما، وبالجمامة اذ اشترط لصحيح المرادي<sup>(١٩)</sup>، ومما دل على الجواز مطلقاً صحيحنا عمار<sup>(٢٠)</sup>، والجمع بالاشتراف كما انطبق عليه الأخبار والفتوى متعين.

ويكره بالنيابة على الميت مع الشرط لموثقة حنان بن سدير<sup>(٢١)</sup>، ولا بأس بها مع عدم الشرط إذا قالت صدقا لمرسل الفقيه<sup>(٢٢)</sup> وغيره، والشيخ وابن حمزة والحلي على تحريم النيابة بالباطل بأن تصفه بما ليس فيه، وقواه شيخنا لخبر الفقيه وغيره، وقد جاء كراهة ايقاعها ليلاً. ويستثنى منها النيابة على مصائب أهل بيت عليهم السلام، لأنها من أفضل العبادات والأخبار به مستفيضة. وأما كسب الماشطة والقابلة وخافضة الجوارى والختان فلا بأس به لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٢٣)</sup> فى الختان والخفض، ومرسل ابن أبي عمير<sup>(٢٤)</sup> فى الماشطة، وقد تقدم ما يدل على الجواز فى القابلة.

- |                                 |                                    |
|---------------------------------|------------------------------------|
| (١) أبواب ما يكتسب به ب ٢١ ج ١  | (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٢٢ ح ١     |
| (٣) أبواب ما يكتسب به ب ٢١ ح ١  | (٤) أبواب ما يكتسب به ب ٢١ ح ١     |
| (٥) أبواب ما يكتسب به ب ٢١ ح ١  | (٦) أبواب ما يكتسب به ب ٢١ ح ٤     |
| (٧) المسالك: ٣ / ١٣٣            | (٨) نهج البلاغة: ٥١                |
| (٩) أبواب ما يكتسب به ب ٩ ح ١   | (١٠) أبواب ما يكتسب به ب ٩ ح ٦ و ٤ |
| (١١) أبواب ما يكتسب به ب ١٧ ح ٣ | (١٢) أبواب ما يكتسب به ب ١٧ ح ٩    |
| (١٣) أبواب ما يكتسب به ب ١٨ ح ١ | (١٤) أبواب ما يكتسب به ب ١٩ ح ١    |

ويكره بيع المصاحف وشراؤها لخبر عثمان بن عيسى<sup>(١)</sup>: «لا تشتتر كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والجلود والدفتر» إلى غير ذلك. وحرمه العلامة لخبر سماعة<sup>(٢)</sup>، ويدل على الجواز موثق روح بن عبدالرحيم<sup>(٣)</sup>: «اشتره أحب الي من أن أبيع». ولا بأس بأخذ الأجرة على كتابته لصحيح علي بن جعفر<sup>(٤)</sup> وخبره وغيرهما، والأولى أن لا يشارط لخبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله<sup>(٥)</sup>، ويكره تعشيره بالذهب لخبر سماعة<sup>(٦)</sup>: «لا يصلح»، ونسب للشيخ التحريم، ويدفعه خبر محمد بن الوراق<sup>(٧)</sup>.

ويكره كسب الصبيان والاماء ما لم يعرفا بصنعة يد لخبر السكوني<sup>(٨)</sup>، ومن لا يتجنب المحارم ومعاملة الظالمين لخبر الفقيه<sup>(٩)</sup>: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك». ويكره معاملة السفلة لمرسل الفقيه، وفيه: «انه لا يؤل إلى خير»<sup>(١٠)</sup>، ومعاملة الاذنين والمحارفين، ويدل على المحارفين صحيحنا<sup>(١١)</sup> الوليد بن صبيح وغيرهما، ومخالطة الأكراد لخبر أبي الربيع الشامي<sup>(١٢)</sup>، ومعاملة أهل الذمة لخبر السكوني<sup>(١٣)</sup>. ويكره مخالطة من لم ينشأ في الخير لصحيح الوليد بن صبيح<sup>(١٤)</sup> وغيره، وذوي العاهات كالجذام والبرص «لأنهم أظلم شيء» لخبر ميسر بن عبدالعزيز<sup>(١٥)</sup>.

- |                                  |                                      |
|----------------------------------|--------------------------------------|
| (٢) أبواب مايكتسب به ب ٣١ ح ٢    | (١) أبواب مايكتسب به ب ٣١ ح ٣        |
| (٤) أبواب مايكتسب به ب ٣١ ح ١٣   | (٣) أبواب مايكتسب به ب ٣١ ح ٤        |
| (٦) أبواب مايكتسب به ب ٣١ ح ١    | (٥) أبواب مايكتسب به ب ٣١ ح ١٠       |
| (٨) أبواب مايكتسب به ب ٣٢ ح ١    | (٧) أبواب مايكتسب به ب ٣٢ ح ٢        |
|                                  | (٩) أبواب صفات القاضي ب ١٢ ح ٤٣ و ٦٣ |
| (١١) أبواب آداب التجارة ب ٢٤ ح ١ | (١٠) أبواب آداب التجارة ب ٢٤ ح ١     |
| (١٣) انظر آداب التجارة ب ٢٤ ح ٧  | (١٢) أبواب آداب التجارة ب ٢٣ ح ١     |
| (١٥) أبواب آداب التجارة ب ٢٢ ح ٣ | (١٤) أبواب آداب التجارة ب ٢١ ح ٤     |

ويكره التكسب بالضراب لمرسل الفقيه<sup>(١)</sup> وحسن معاوية بن عمار<sup>(٢)</sup> وغيرهما. والشيخ وجماعت من القدماء على كراهت خصي الحيوان لما فيه من الايلام، وقيل بالتحريم لما روي عن أبي الحسن عليه السلام: «ان الخصي لا يحل»<sup>(٣)</sup>، وفي خبر الفقيه<sup>(٤)</sup>: «لا بأس به»، فالجمع بالكراهة.

ويكره بسهر الليل كله للصنعة لخبر الشعيري<sup>(٥)</sup> وغيره، وفي خبر سماعة «انه سحت»<sup>(٦)</sup>. ويكره ركوب البحر للتجارة لصحيح محمد بن مسلم وموثقه وخبره وغيرها<sup>(٧)</sup>، والشيخ وجماعة على التحريم مع الخوف كما في وقت اضطرابه وهيجانه كأواخر الخريف والشتاء، وفي خبر المعلى بن خنيس<sup>(٨)</sup> انه «يضر بدنك».

ويكره تلقي الركبان، وقيل بالتحريم وحده أربعة فراسخ فما دونها كما في خبر منهل القصاب<sup>(٩)</sup> ومرسل الفقيه<sup>(١٠)</sup>، ولا يكره ما زاد لأنه تجارة لمرسل الفقيه<sup>(١١)</sup>. ويشترط أن يكون [الخروج] بقصد الشراء أو البيع، وأن لا يعرف الركبان سعر البلد كما يستفاد من الروايات، وفي الحاق الصلح ونحوه من عقود المعاملات بالبيع احتمالان، قوى شيخنا اللاحق.

ويكره الاحتكار في المشهور، وقيل بالتحريم وهو مشهور أيضاً، إلا أن الكراهة أشهر، فلأول الأصل وحسن الحلبي<sup>(١٢)</sup>، وللثاني روايتا

- |                                  |                                  |
|----------------------------------|----------------------------------|
| (١) أبواب آداب التجارة ب ١٢ ح ٣  | (٢) أبواب آداب التجارة ب ١٢ ح ٢  |
| (٣) أبواب أحكام الدواب ب ٣٦ ح ٢  | (٤) أبواب أحكام الدواب ب ٣٦ ح ٢  |
| (٥) أبواب مايكتسب به ب ٣٤ ح ٢    | (٦) أبواب مايكتسب به ب ٣٤ ح ١    |
| (٧) أبواب مايكتسب به ب ٦٧ ح ٢و١  | (٨) أبواب مايكتسب به ب ٦٧ ح ٣    |
| (٩) أبواب آداب التجارة ب ٣٦ ح ١  | (١٠) أبواب آداب التجارة ب ٣٦ ح ٣ |
| (١١) أبواب آداب التجارة ب ٣٦ ح ٦ | (١٢) أبواب آداب التجارة ب ٢٨ ح ١ |

السكوني<sup>(١١)</sup> ومرسل الفقيه<sup>(١٢)</sup> وخبر ابن القداح<sup>(١٣)</sup> وغيرها، والاحتياط لا يخفى، وليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن كما في موثق غياث بن ابراهيم<sup>(١٤)</sup> وزاد الصدوق<sup>(١٥)</sup> فيه الزيت، وألحق في المبسوط الملح لمرسل المبسوط والخصال<sup>(١٦)</sup>، وزاد المفيد الأطعمة كلها، والحلي الغلات كلها، ولا مستند لهم والله أعلم.

وحده حاجة أهل البلد وضيق الأمر عليهم، وان يستبقها للزيادة دون الحاجة، وأن لا يوجد بائع ولا باذل غيره، وفي حسن الحلبي<sup>(١٧)</sup> الحكرة: «ان يشتري طعاما ليس في المصر غيره فيحتكره، وان كان في المصر طعام أو يتباع غيره فلا بأس أن يلتمس بسلعته الفضل».

وفي معناه صحيح سالم الحناط<sup>(١٨)</sup>، خلافاً للشيخ والقاضي حيث أخذوا بخبر الخصب والعلاء وهو خبر السكوني، وفيه: «الحكرة في الخصب أربعون يوماً، وفي الشدة والبلاء ثلاثة أيام»<sup>(١٩)</sup>، وفيه اللعن إذا خالف ذلك، ويحبره الإمام أو نائبه لخبر حذيفة بن منصور<sup>(٢٠)</sup>. وهل يسعر عليه؟ الأشهر لا، لموثق غياث بن ابراهيم<sup>(٢١)</sup>، وخبر حذيفة<sup>(٢٢)</sup>: «بع بما شئت» إلا مع الاجحاف فيؤمر بالنزول عنه إلى حد ينتفى عنه [الاجحاف]، وهذا قول ثانى الشهيدين في المسالك وشيخنا.

- |                                  |                                  |
|----------------------------------|----------------------------------|
| (٢) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٨  | (١١) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ١ |
| (٤) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٤  | (٣) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٣  |
| (٦) المبسوط ٢: ١٩٥               | (٥) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٤  |
| (٨) أبواب آداب التجارة ب ٢٨ ح ٣  | (٧) أبواب آداب التجارة ب ٢٨ ح ١  |
| (١٠) أبواب آداب التجارة ب ٢٩ ح ١ | (٩) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ١  |
| (١٢) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ١ | (١١) أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٤ |

## فصل فى مسنونات الكسب ومكروهاته

من آداب الكسب أن ينوي التعفف عن الحرام، والتعطف على من يعول وجوبا أو استحبابا لصحيح أبي حمزة الشمالي<sup>(١)</sup>، وأن ينوي إقامة فرض الكفاية فى الصناعات التي يتوقف عليها العيش لصحيح الحلبي وصحيح زرارة<sup>(٢)</sup>، وان ينفقه أولا لخبر الأصبع بن نباتة<sup>(٣)</sup> وغيره.

وان يجمل فى الطلب لصحيح الشمالي وغيره<sup>(٤)</sup>، وان لا يشتغل به ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس لمرفوعة ابن أسباط<sup>(٥)</sup>، وأن لا يسهر كل الليل لخبر مسمع<sup>(٦)</sup>، ولا يتلقى الركبان لخبر منهل القصاب وغيره<sup>(٧)</sup>، كما تقدم. وان لا يربح على من يعده بالاحسان لمرسل علي بن عبدالرحيم ومرسل الفقيه<sup>(٨)</sup>، وأن ويربح على المؤمن إلا أن يشتري منه بمائة فيربح عليه قوت يومه، أو يشتري للتجارة فيربح مطلقا، إلا أنه ينبغي الرفق لخبر سليمان بن صالح<sup>(٩)</sup>. فما أطلق من الأخبار «ان ربح المؤمن على المؤمن حرام» منزل على ذلك. وتتأكد الكراهة فى أن يربح فى الدينار ديناران

(١) أبواب مقدمات التجارة ب ٤ ح ٥ (٢) أبواب مقدمات التجارة ب ١٣ ح ٦

(٣) أبواب مقدمات التجارة ب ١٢ ح ٢١ (٤) أبواب مقدمات التجارة ب ٤

(٥) أبواب مقدمات التجارة ب (٦) أبواب مقدمات التجارة ب

(٧) أبواب مقدمات التجارة ب ٣٦ ح ١ (٨) أبواب مقدمات التجارة ب

(٩) أبواب آداب التجارة ب ١٠ ح ١



فصاعدا لخبر أبي جعفر الفزاري<sup>(١)</sup>، ومما جاء بالرخصة صحيح عبدالله ابن سنان وغيره<sup>(٢)</sup>.

ويستحب أن يعامل متديناً للنهي عن معاملة السفلة والظلمة كما تقدم، وان يساوي بين المتعاملين في التصاف فلا يفرق بين المماكس وغيره، لخبر عامر بن جذاعة<sup>(٣)</sup>. وان يباكر في طلب الرزق لخبر علي بن عبدالعزيز<sup>(٤)</sup>، ويستثني ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، فيستحب فيه التعقيب لخبر حماد بن عثمان<sup>(٥)</sup>.

وأن لا يبالغ في مدح المبيع ولا في ذم المشتري وان صدق لخبر السكوني وغيره<sup>(٦)</sup>، وأن لا يحلف في بيعه وشرائه لخبري جابر ومحمد بن قيس وغيرهما<sup>(٧)</sup>. وأن يظهر عيب المبيع وقدره وسعر الوقت وما سومح به في الصفقة الأولى، فان الأخفاء للشيء منها خيانه، لرواية كتاب الاستخارات لابن طاووس<sup>(٨)</sup>، وصحيح هشام بن سالم وغيرهما<sup>(٩)</sup>، وان لا يروج الدرهم المغشوش حذرا من أن يغش به غيره ممن لا يجوز غشه، بل المستحب أن يلقيه في البئر أو البالوعة لخبر موسى بن بكر وغيره<sup>(١٠)</sup>. وأن لا يخلط التراب بالطعام، وما لا يعتد في اللحم من العظام والعلباء فهو وأمثاله حرام، ولهذا له الخيار عند الاطلاع على ذلك. وان لا يخلط

- |                                   |                                   |
|-----------------------------------|-----------------------------------|
| (١) أبواب آداب التجارة ب ٢٦ ح ١   | (٢) أبواب آداب التجارة ب ١٠ ح ٤   |
| (٣) أبواب آداب التجارة ب ١١       | (٤) أبواب مقدمات التجارة ب ٢٩ ح ٣ |
| (٥) أبواب مقدمات التجارة ب ٢٩ ح ٧ | (٦) أبواب آداب التجارة ب ٢ ح ٢    |
| (٧) المصدر السابق ح ١٠٣           | (٨) المصدر السابق ح ٧             |
| (٩) أبواب ما يكتسب به ب ٨٦ ح ١    | (١٠) أبواب ما يكتسب به ب ٥٦ ح ٥   |

الرديء بالطيب على وجه لا يتميز لصحيتي الحلبي ومحمد بن مسلم.<sup>(١)</sup> وأن لا يقدم على شيء لا يريده بما فوق ثمنه في العادة ترغيباً للمشتري فإنه حرام على الأصح، وفاقاً للشيخ وجماعة من القدماء، لأنه غش وخديعة، ويسمى بـ«النجش»، والمشهور الكراهة.

وقوى شيخنا تحريم النجش لرواية القاسم بن سلام وعبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup>، وعلى الكراهة أو التحريم لا يبطل به البيع، وإن تخير المشتري مع الغبن، وفي مرسل الفقيه: «ماكس المشتري فإنه أطيب للنفس، وإن أعطى الجزيل فإن المغبون في بيعه وشرائه غير محمود»<sup>(٣)</sup>.

ويستحب أن يكون سهل البيع سهل الشراء سهل القضاء سهل الاقتضاء لخبر سدير ورواية جابر<sup>(٤)</sup>، هذا بالنسبة إلى معاملة الفقير والضعيف دون الغني عند شيخنا، لما في مرسل الفقيه جمعا بين الأخبار.

ويستحب أن يسامح في قبض الثمن والدين بنقص وترك طلب وقبول حوالة للمرسلين النبويين ورواية معاوية بن عمار وغيرها<sup>(٥)</sup>. وأن يبادر لاعطاء الأجير الأجرة قبل أن يجف عرقه لصحيح هشام بن الحكم<sup>(٦)</sup>.

ويستحب قضاء الدين قبل الآجل بأحسن ما شرط للمرسل عن النبي ﷺ<sup>(٧)</sup>، وأن ينوي القضاء كذلك إن عجز لخبر علي بن رباط والخبر النبوي<sup>(٨)</sup>، وإن لم ينوي القضاء فهو بمنزلة السارق لصحيح عبدالغفار

(١) أبواب أحكام العيوب ب ٩ ح ١ و ٢

(٢) أبواب آداب التجارة ب ٤ ح ١

(٣) أبواب آداب التجارة ب ٧ ح ١ و ٧

(٤) أبواب أحكام الآجارة ب ٤ ح ١

(٥) أبواب أحكام الدين ب ١٧ ح ١

(٦) انظر أبواب ما يكتسب به ت ٨٦

(٧) أبواب آداب التجارة ب ١ ح ١

(٨) أبواب أحكام الآجارة ب ٤ ح ١

(٩) أبواب الدين و القرض ب ٥ ح ٣

الجازي وغيره<sup>(١)</sup>.

وينبغي اقالة النادم لخبر هارون بن حمزة وغيره<sup>(٢)</sup> وأن يعامل الفقير نسيئة على عزم الترك ان لم يظهر غناه لخبر يونس بن عمار<sup>(٣)</sup>، وأن لا يدخل في سوم أخيه لحديث المناهي<sup>(٤)</sup> والشيخ وجماعة من القدماء على التحريم.

وأن لا يستحط بعد العقد لخبر الكرخي<sup>(٥)</sup> بل لا يقبل الوضیعة وان لم يكن مستحطاً لصحيح زيد الشحام وغيره<sup>(٦)</sup> وأن لا يتولى الحاضر البيع للبادي وهو مطلق الغريب في الفواكه والغلات لخبر يونس<sup>(٧)</sup> وخبر عروة بن عبدالله وجابر<sup>(٨)</sup> يدلان على التقييد، وقواه شيخنا، والشيخ على التحريم.

وينبغي أن يكيل الطعام بغير وزن فان فيه البركة لخبري حفص بن عمر ومسمع وغيرهما<sup>(٩)</sup>. وينبغي له ان عطى الراجح أعطاه بعد القسط والعدل لثلا يصير مجهولاً لمرسل ابن أبي عمير وغيره<sup>(١٠)</sup> وأن لا يتعرض للكيل والوزن إذا لم يحسنه، والشيخ وجماعة على التحريم لخبر مثنى الحنائط وحفص<sup>(١١)</sup> وأن يقبض لنفسه ناقصاً ويعطي جما لخبر إسحاق بن عمار وغيره<sup>(١٢)</sup> ولو تشاحا في الفضيلة قدم من بيده الميزان من البائع

(١) أبواب الدين والقرضى ب ٥ ح ١

(٢) أبواب المستحقين للزكاة ب ٤٩ ح ٣

(٣) أبواب المستحقين للزكاة ب ٤٤ ح ١

(٤) أبواب آداب التجارة ب ٢ ح ١

(٥) أبواب آداب التجارة ب ٧ ح ٢

(٦) أبواب آداب التجارة ب ٧ ح ٦

(٧) أبواب آداب التجارة ب ٣٧ ح ٢

(٨) أبواب آداب التجارة ب ٣٤ ح ٢٣

(٩) أبواب آداب التجارة ب ٨

(١٠) أبواب آداب التجارة ب ٧ ح ٦

(١١) أبواب آداب التجارة ب ٧ ح ٦

(١٢) أبواب آداب التجارة ب ٧ ح ٦

والمشتري لظاهر هذا الخبر وغيره.

ويستحب أن يتشهد عند البيع الشهادتين لمرسل الفقيه وغيره،<sup>(١)</sup> ويستحب أيضاً الذكر بقول مطلق لمرسل الفقيه وصحيح أبي بصير وغيرهما،<sup>(٢)</sup> وان «يكبر» ثلاثا لصحيح محمد بن مسلم،<sup>(٣)</sup> ويدعوا بعد الشراء بالمأثور، ففي هذا الصحيح بعد التكبير ثلاثا: «اللهم انى اشتريته أتمس فيه من خيرك فاجعل لى فيه خيرا، اللهم انى اشتريته أتمس فيه من فضلك فصل على محمد و أله و اجعل لى فيه فضلا، اللهم الى اشتريته التمس فيه من رزقه فاجعل لى فيه رزقا».<sup>(٤)</sup>

ويستحب شراء الجيد وبيعه، ويكره اختيار الرديء لصحيح عاصم بن حميد وغيره<sup>(٥)</sup>. ويستحب الاستتار بالمعيشة وكتماها لخبر الأحول<sup>(٦)</sup>. ويستحب لمن ضاق عليه المعاش أن يشتري صغارا ويبيع كبارا لرواية هشام بن المثنى وغيرها<sup>(٧)</sup>. ويستحب بيع التجارة قبل دخول مكة، ويكره الاشتغال فيها عن العبادة لخبر خالد بن نجيع<sup>(٨)</sup>.

ويستحب طلب الرزق ويكره استقلاله [وتركه] لخبر إسحاق بن عمار<sup>(٩)</sup>.

ويستحب [تعلم] الكتابة والحساب لمرسل جميل<sup>(١٠)</sup>. ويستحب ابتداء

- |                                  |                                 |
|----------------------------------|---------------------------------|
| (٢) أبواب آداب التجارة ب ١٨ ح ٢  | (١) أبواب آداب التجارة ب ١٩ ح ١ |
| (٤) أبواب آداب التجارة ب ٢١ ح ٢  | (٣) أبواب آداب التجارة ب ٢٠ ح ٢ |
| (٦) أبواب آداب التجارة ب ٤٧ ح ١  | (٥) أبواب آداب التجارة ب ٤٣ ح ١ |
| (٨) أبواب آداب التجارة ب ٥٧ ح ١  | (٧) أبواب آداب التجارة ب ٤٨ ح ١ |
| (١٠) أبواب آداب التجارة ب ١٥ ح ١ | (٩) أبواب آداب التجارة ب ٥٠ ح ٢ |

صاحب السعلة بالسوم لخبر السكوني ومرسل الفقيه<sup>(١)</sup>. ويستحب البيع عند حصول الربح، ويكره تركه، لخبر عبدالله بن سعيد<sup>(٢)</sup>. وفي مرسل الفقيه: «عليك بأول السوق»<sup>(٣)</sup>.

ويستحب [اذخار] قوت السنة وتقديمه على شراء العقدة لصحيح معاوية [معمرو] بن خلاد وغيره،<sup>(٤)</sup> وتكره الزيادة وقت [قبل] النداء لخبر أمية بن عمرو الأشعري،<sup>(٥)</sup> ودخول السوق أولاً والخروج أخيراً بعكس المسجد لخبر جابر الجعفي<sup>(٦)</sup> فيهما، ومرسل الفقيه في حكم السوق،<sup>(٧)</sup> ومن سبق إلى مكان من السوق كان أحق به إلى الليل لمرسل الفقيه وخبر طلحة بن زيد.

- |                                 |                                     |
|---------------------------------|-------------------------------------|
| (١) أبواب آداب التجارة ب ١٣ ح ١ | (٢) أبواب آداب التجارة ب ١٢ ح ١ و ٢ |
| (٣) أبواب آداب التجارة ب ١٣ ح ٢ | (٤) أبواب آداب التجارة ب ٣١ ح ١     |
| (٥) أبواب آداب التجارة ب ٤٩ ح ١ | (٦) أبواب آداب التجارة ب ٦٠ ح ٢     |
| (٧) أبواب آداب التجارة ب ١٧ ح ١ |                                     |

## فصل في إحياء الموات

الأرض اما ميتة أو عامرة، فالميتة للإمام عليه السلام، وهي من الأنفال سواء ملكت ثم باد أهلها أم لم يجز عليها ملك أصلاً، لصحيح محمد بن مسلم وموثقه وغيرهما،<sup>(١)</sup> فلا يجوز لأحد التصرف إلا بإذنه، وقد أذن النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام في احيائها للمسلمين بل للناس كافة وتملكهم اياها كما هو المشهور، وبعضهم خصه بالمسلمين، وهذا الحكم ثابت عند شيخنا في الحضور والغيبة للصالح المستفيضة، منها صحيح محمد بن مسلم وصحيح زرارة وصحيح الفضلاء،<sup>(٢)</sup> والمشهور خصوص هذا الحكم بالغيبة مع أن مورد الأخبار الحضور.

وأما العامرة فما ملكت من غير قتال فهي من الأنفال أيضاً سواء انجلى أهلها أو سلموها طوعاً لموثق محمد بن مسلم وحسنه حفص وغيرهما،<sup>(٣)</sup> وما أخذه المسلمون بالسيف والقهر وهي المفتوحة عنوة كمكة والشام فما كان منها عامراً وقت الفتح فهي للمسلمين قاطبة يأخذ الإمام خراجها ويصرفه في مصالحهم، ومع الغيبة يتولاه النائب ويصرفه في المصالح.

وقال أصحابنا: لو كان للمتصرف فيها بناء أو زرع جاز بيعه وحده دون

(٢) أبواب الأنفال ب ٤ ح ٥ و ١٠ و ١١

(١) أبواب الأنفال ب ١ ح ٧١

(٣) أبواب الأنفال ب ١ ح ١٢ و ١٣

تربة الأرض والماء. وقال الشيخ وجماعة من المتأخرين: يجوز بيعها أجمع تبعاً للأثار لا منفردة. وفي رواية بردة بن رجاء: «أشتر حقه منها، ويحول حق المسلمين عليهم».

وأما ما أسلم أهله عليه طوعاً كالمدينة الطيبة فهي لأربابها يملكونها وليس عليهم سوى الزكاة، وإن تركوها خراباً كانت للمسلمين قاطبة وأمرها إلى الإمام أو نائبه، ويصرف حاصلها في مصالحهم كالمفتوحة عنوة لخبري صفوان والبنزطي وغيرهما،<sup>(١)</sup> خلافاً للحلي فهي باقية على ملك الأول وعلى المشهور فهل على الإمام أو نائبه أن يعطى أربابها حق الرقبة من القابلة؟ المشهور: نعم، وظاهر الشيخ وجماعة منهم شيخنا لا، لظاهر الأخبار المذكورة.

وكلما جرى عليه ملك مسلم معروف ومن في حكمه ما دامت عامرة فهي له ولورثته بعده، وإن ترك الانتفاع بها أصلاً، للأجماع وخبر سليمان بن خالد وغيره،<sup>(٢)</sup> وإن خربت فالظاهر من صحيح معاوية بن وهب وغيره<sup>(٣)</sup> أن الأرض لله ولمن عمرها أنها للأمام أولاً ثم للمحبي ثانياً مطلقاً، إلا أن الأصحاب نقلوا الاجماع على أنه إن كان قد ملكها الأول بسبب غير الأحياء ثم تركها حتى عادت مواتاً وكان صاحبها معروفاً لم يزل ملكه عنها، واختلفوا فيما إذا ملكها بالأحياء ثم تركها حتى عادت مواتاً، فالشيخ وجماعة ممن تأخر عنه أنه كذلك أيضاً لصحيح سليمان بن خالد وصحيح الحلي<sup>(٤)</sup>.

(٢) أبواب أحياء الموات ب ٣ ح ٣

(٤) أبواب الأثقال ب ١ ح ٤

(١) أبواب عقداييع ب ٢٢

(٣) أبواب الأثقال ب ١ ح ٤

وحملا على ما إذا كان ملكها الأول بدون الأحياء جمعا. وقال العلامة في التذكرة: يزول ملكه عنها وتصير للإمام ثم المحيي ثانيا وان كان صاحبها معروفا، لصحيح ابن وهب وغيره وقواه شيخنا، واختلف القائلون ببقائها على ملك الأول فذهب في المبسوط وفي الشرائع إلى عدم جواز الاحياء بدون اذن الأول. والأكثر على أن الثاني أحق بها لكن لا يملكها بذلك الاحياء بل عليه ان يؤدي طسقتها وهو حاصلها من أجره ونحوها إلى الأول أو وارثته، ولم يفرقوا في ذلك الحكم بين ما ملكه الأول بالاحياء وغيره.

وأما رؤوس الجبال وما يكون بها من الأشجار وغيرها، وبطن الأودية والآجام وما كان فيهما فهي مختصة بالامام عليه السلام كموات الأرض، وان عرض لها الملك بالحيارة فمن باب الاذن، وهي من الأنفال مطلقا [عند الأكثر] للنصوص المستفيضة المتقدمة في الخمس، خلافاً للحلي فجعلها تابعة للأرض في الحكم. وكذا المعادن عند المفيد والديلمي فتتوقف الاصابة منها على اذنه عليه السلام إلا أنهم جعلوا شيعتهم منها في حل، لخبري العياشي وتفسير القمي وخبر العلل<sup>(١)</sup>، خلافاً للأكثر حيث قالوا: ان الناس فيها شرع سواء الظاهرة منها والباطنة فالظاهرة هي التي لا تحتاج إلى مؤنة، والباطنة هي التي تحتاج اليها فمن سبق إلى شيء منها فله أخذ حاجته، وتملك الباطنة بالاحياء لتوقفها على العمل.

وقيل يختص بالامام ما كان في أرضه خاصة كالموات لا ما كان في المحيا لأنه يلزم من ملكه لها ملك ما فيها، والمياه أصلها الاباحة وشرعية

(١) أبواب الأنفال ب ٤ ح ٢٢ و ١١ و ١٥ و ١



الناس فيها سواء لصحيح محمد بن مسلم وغيره،<sup>(١)</sup> لكن يعرض لها الملك كما يستفاد من الأخبار المجوزة لبيعها وسيما أخبار التميم، وأخبار أوقاف الماء وغيرها.

وأما ما أحرز من المباح فيختص بمخرجه أجماعاً، وأما ما أخرج من نهر مباح إلى نهره أو استنبط من بئر أو عين [بنيّة التملك] فيملكه المخرج والمستنبط على المشهور، خلافاً للشيخ فإنه أولى به وعليه بذل الفاضل عن حاجته لشربه وشرب ماشيته وزرعه إلى غيره من المؤمنين.

وإذا كان الحافر للنهر جماعة ولم يسع سقيهم دفعة ولم يتراضوا على المهياة فعند الشيخ يقسم على قدر أرضهم، وعلى المشهور من الملك يقسم على قدر عملهم والأقوى والأظهر ما عليه الأكثر احتج الشيخ بمشروعية الناس فيه كما في صحيح محمد بن سنان وغيره،<sup>(٢)</sup> وبموثق أبي بصير وغيره،<sup>(٣)</sup> وحجة المشهور صحيح الأعرج وحسن الكاهلي وخبر علي بن جعفر،<sup>(٤)</sup> والمشهور وهو مختار شيخنا أنه إذا لم يف الماء المباح بسقي ما عليه دفعة بدأ بالمحياة أولاً إن تقدم أحيائها [على الماء] ثم الثانية ثم الثالثة وهكذا، لموثق غياث بن ابراهيم ومرسل الفقيه وغيرهما،<sup>(٥)</sup> وفي الخبر الوارد في السيل بل الأخبار للزرع إلى الشراك وللنقل إلى الكعب والظاهر أن الشجر كالتحل والأكثر على أن الزرع إلى الشراك والشجر للقدم والنخل والساق والظاهر أن هذا الاطلاق محمول على الغالب من استواء الأرض كأرض الحجاز، فلو كانت مختلفة أفرد كل واحد بالسقي.

(٢) أبواب احياء الموات ب ٥ ح ١

(١) أبواب الأنفال ب ١ ح ١٢

(٤) أبواب احياء الموات ب ٦ ح ١ و ٢ و ٣

(٣) أبواب احياء الموات ب ٧ ح ١

(٥) أبواب احياء الموات ب ٨ ح ٢ و ٣

ولا يجوز صرف الماء عن النهر المملوك إذا كان عليه رحي إلا باذن صاحبها لرواية محمد بن الحسين وصحيح ابن محبوب<sup>(١)</sup>، ومنهما يستنبط حكم النخل المغروس على سواقي الناس المملوكة المسماة بـ«الجوابير» فحكمها حكمها.

والمرجع في كيفية الاحياء إلى العرف لعدم النص شرعا، فلا بد من السكنى مثلا من الحائط، ويكفي مثل المرز والمسناة للزراعة وعلى هذا القياس، نعم التحجير يفيد الأولوية مطلقا اجماعا، وهو الشروع فى الاحياء قبل تمامه ولم تعد الملكية إلا بما يسمى احياء. ولا تحجير في المعادن الظاهرة كما قالوه، ولو أهمل المحجر العمارة مدة طويلة أجبره الحاكم على الاتمام أو التخلية، حذرا من التعطيل حتى جاء: «من عطل أرضا ثلاث سنين أخذت منه ودفعت إلى غيره»<sup>(٢)</sup>.

ويشترط في الأحياء أن لا يكون عليها يد محترمة ولو بالتحجير، وان لا يكون حريما لعامر بلا خلاف، لما فيه من الضرر المنفي بالاجماع وللخبر المستفيض عن النبي ﷺ. وهل يملك الحریم تبعا لملك العامر أو يكون أولى به وأحق؟ الأشهر الأول، وتظهر الفائدة في بيعه منفردا، وقوى شيخنا المشهور لصراحة الأخبار في الملك. ويشترط فيه ان لا يسميه الشارع مشعرا للعبادة كعرفة ومنى والمشعر، وقد جوز المحقق ما لا يضر منه ولا يؤدى إلى الضيق.

وحریم القرى ما حواليتها من محل اجتماع الناس ومريض الخيل ومناخ الإبل ومطرح الرماد وسائر ما بعد من مرافقها، وفي مرعى البهائم

(٢) أبواب احياء الموات ب ١٧ ح ١

(١) أبواب احياء الموات ب ١٥ ح ١

خلاف، والمسألة غير منصوطة الحريم.

وحريم الدار في المشهور مطرح تراها والرماد والكناسة والثلج وقمامة المنزل وسيل المياه ونحو ذلك، وفي قول مشهور لا حريم للدار، نعم له المنع عما يضر بالحيطان.

والحريم للحائط مطرح الآتية لمسيس الحاجة إلى ذلك. وحريم مجرى الماء وهو السواقي مطرح التراب والمشى على حافته من الجانبين، وفي مرفوعة ابراهيم بن هاشم: «حريم النهر حافته وما بينهما»،<sup>(١)</sup> والحريم للشجر ما يبرز إليه أغصانه، وتسري إليه عروقه [عادة] ولو بعد حين كما في الأخبار، ففي مرسل الفقيه: «حريم النخلة طول سعفها»،<sup>(٢)</sup> وفي معناه خبر عقبه بن خالد وغيره.<sup>(٣)</sup>

وحريم البئر التي يسقى منها الإبل أربعون ذراعاً والتي للزرع وغيره ستون ذراعاً من جميع الجهات على المشهور فيهما لخبري مسمع والسكوني،<sup>(٤)</sup> وفي صحيح حماد بن عثمان<sup>(٥)</sup> أربعون من غير تفصيل، وجمع شيخنا بين الأخبار بأن حريم البئر مطلقاً ما يحتاج إليه في الانتفاع المقصود منها وهو مختار الكاشاني.

والحريم للقناة وهي العيون ذات الينابيع ألف ذراع في الرخوة وخمس مائة في الصلبة على المشهور، بمعنى عدم جواز أحداث أخرى في ذلك المقدار لمرسل الفقيه،<sup>(٦)</sup> وفي خبر مسمع والسكوني خمس مائة من غير تفصيل، وحده والاسكافي بما ينتفي به الضرر، ومال إليه في المختلف

(٢) أبواب احياء الموات ب ١٠ ح ٢

(٤) أبواب احياء الموات ب ١١ ح ٥٦

(٦) أبواب احياء الموات ب ١١ ح ٧

(١) أبواب احياء الموات ب ١١ ح ٤

(٣) أبواب احياء الموات ب ١٠ ح ١

(٥) أبواب احياء الموات ب ١١ ح ١

واختاره في المسالك والروضة، واختاره شيخنا جمعا ولصحيح الحسن بن محبوب<sup>(١)</sup>.

وحد الطريق خمس أذرع لموثق البقباق<sup>(٢)</sup>. وقال الشيخ في النهاية واتباعه والعلامة في المختلف وشهيد الدروس سبع [لخبري مسمع والسكوني]، وربما يجمع على اختلاف الطرق. ولو زادوها على السبع واستطرت، قال المتأخرون: صار الكل طريقا لموثق البقباق. وفي مرسل الفقيه ان حريم المسجد أربعون ذراعا من كل ناحية، وحريم المؤمن في الصيف ذراع، وقد روي في الشتاء عظم الذراع.

ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحريم قضي له به، وتردد في الشرائع، وهو في محله بل تقديم صاحب الأرض لا يخلو. من قوة عند شيخنا.

والمشهور لا يجوز الانتفاع في الطريق بغير الاستطراق إلا ما لا يضر به كالوقوف والجلوس للاستراحة ونحو ذلك، ولا يضر بناء الدكة والجلوس للبيع والشراء وسائر الحرف في الرحاب المتسعة نظرا للعادة المستمرة من زمانه سنة إلى وقتنا، وقيل بالمنع من ذلك مطلقا، والأول أشهر. وإذا قام بطل حقه في الكل إلا إذا كان رحله باقيا، وقيل: وكذا إذا قام بنية العود وفيه نظر. نعم الأسواق التي تقام في كل اسبوع أو كل شهر مرة إذا اتخذ فيها مقعدا فهو أحق به في النوبة الثانية، والعلامة في التذكرة رجح بقاء حقه إلى الليل خاصة عملا بمرسل الفقيه وخبر طلحة بن زيد ومرسل ابن أبي عمير<sup>(٣)</sup>.

(٢) أبواب احياء الموات ب

(١) أبواب احياء الموات ب

(٣) أبواب آداب التجارة ب ١٧ ح ٢١

والمشهور انه يجوز فتح الأبواب المستجدة إلى الطرق [النافذة] بل بلا خلاف وكذا اخراج الراشن والأجنحة إذا كانت عالية لا تضر بالمارة، خلافاً للعلامة في التذكرة فمنع من ذلك مطلقاً عارض فيها مسلم أم لا، وخلافاً للشيخ فمنع من المعارضة. ولو سقط فسبق جاره إلى مثله لم يكن للأول منعه.

أما الطرق المرفوعة فلا يجوز احداث شيء من ذلك فيها إلا باذن أربابها، نعم يجوز فتح الراشن والشبابيك اليها. قال شيخنا: إلا أن يستلزم الاضرار الذي لا يتحمل عادة للمستفيض «لا ضرر ولا ضرار»، وذلك لأن المحرم هو التطلع في الدور كما جاء به الخبر المأثور «لا التصرف في الملك».

ولو كان في زقاق بابان لمالكين أحدهما أدخل من الآخر فصاحب الأول يشارك الآخر في مجازه وينفرد الداخل بما بين البابين على المشهور، وقيل - واختره في الدروس - بل يشتركان في الجميع حتى في الفضلة داخله. وعلى القول المشهور والمؤيد المنصور عند شيخنا لا يجوز للدخل فتح باب إلى الخارج دون العكس.

وإذا خرجت أغصان شجرته إلى ملك الغير وجب على قطعها من حد ملكه أو عطفها، فان لم يفعلها عطفها الجار ان أمكن، وإلا قطعها من دون اذن الحاكم، والشيخ وجماعة بل يجوز ازالته من دون مراجعة المالك، وظاهر التذكرة عدم وجوب الازالة على المالك وان جاز لصاحب الأرض، وقواه شيخنا. ويلزم من ذلك عدم ضمان أجره الماء والهواء، وعلى القول الآخر يضمن.

ومن سبق إلى مكان من المسجد فهو أحق به ما دام جالسا، فلو فارق

بطل حقه إلا بنية العود، وبقاء الرحل في المشهور، وقيل يشترط عدم طول المفارقة كما عليه شهيد الذكرى سيما مع حضور الجماعة ووجود خلل في الصف للنهي عن ذلك فيجوز رفع رحله حينئذ إذا احتيج إليه. وان كان قيامه لضرورة كتجديد طهارة وإزالة نجاسة ففي بطلان حقه قولان:

أحدهما: عدم البطلان، وهو مختار الشرائع والعلامة في التذكرة وشيخنا للخبر المروي عن النبي ﷺ وغيره<sup>(١)</sup>. والقول الثاني: بطلان اختصاصه بحصول المفارقة. وإذا لم يكن رحله باقيا وكان قيامه إلى غير ضرورة سقط حقه مطلقا في المشهور، وفرقوا بينه وبين مقاعد الأسواق، وفيه نظر عند شيخنا للخبر المذكور.

## فصل فى الاصطيات

وهو إثبات اليد على الحيوان الممتنع بشرط أن لا يكون ملكا للغير، لصحيحة ابن أبي بصير وغيرها<sup>(١)</sup>. وفي رواية السكوني «فى رجل أبصر طيرا فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام «للعين ما رأت ولليد ما أخذت»<sup>(٢)</sup>، وإذا صيره غير ممتنع ملكه وان لم يقبضه إذا كان بآلة معتادة كالشبكة والحبالة بلا خلاف، وكذا إذا قصد به التملك وان لم تكن معتادة، كما لو اتخذ أرضا موحلة أو بنى دارا للتعشش أو نحو ذلك على الأصح عند الكاشاني، والأكثر لا يكتفون بذلك، واكتفى بذلك العلامة وجماعة من المتأخرين، والمعتمد المشهور وهو مختار شيخنا.

وإذا اطلق الصيد من يده ولم ينوي قطع ملكه عنه فالشيخ وجماعة يبقى على ملكه، وان نوى غير ذلك فالأكثر انه كذلك أيضاً، خلافاً للشيخ في المبسوط، واختاره الكاشاني، وعند شيخنا<sup>(٣)</sup> الأظهر الأشهر، لحكم الأخبار بارجاع الصيد لأهله إذا كان معروفاً أو غير متهم. وإذا صار طيرا مقصوداً لم يملكه، وكذا كل أثر يدل على الملك لأن الأثر يدل على اليد [وفيه نظر عند شيخنا]. وقيل وكذلك لو اصطاد سمكة

(٢) أبواب الصيد ب ٣٨ ح ١

(١) أبواب الصيد ب ٣٦ ح ١

(٣) انوار اللوامع: ١٩١/١١

وفي بطنها درة مثقوبة فيكون المأخذه لقطة، وفيه نظر عند شيخنا والكاشاني. وإذا كان الطير يمتنع بالطيران والعدو كليهما كالدراج والقيج فكسر أحدهما جناحيه والآخر رجله فالشيخ وجماعة هو لهما، وقال في الشرائع هو للأخير خاصة، وقواه شيخنا لتحقق الاثبات به.



## فصل في الاسترقاق

تختص الرقية بأهل الحرب من أصناف الكفار دون من التزم بشرائط الذمة من الفرق الثلاث وهم اليهود والنصارى والمجوس اجماعاً ونصاً، ويدل على الاختصاص صحيح رفاعه وغيره،<sup>(١)</sup> ويجوز شراؤهم من آبائهم وأولادهم وسائر ذوي أرحامهم و[لو] من الأزواج لخبر عبدالله اللحام<sup>(٢)</sup> ولأنهم فيء في الحقيقة، فيجوز التوصل لهم بكل سبب وليس يباع في الحقيقة.

ويجوز استرقاق الملتقط من ديارهم، تبعاً للدار إذا لم يكن فيها مسلم ولا مسالم يمكن تولده منه عادة. وأما ما ورد من أن اللقيط لا يباع ولا يشترك كصحيح زرارة وحسنه وموثقه<sup>(٣)</sup>، فالمراد منه لقيط دار الإسلام كما تعطيه ظواهر تلك الأخبار.

وهل يجوز التقاط المتولد بين مرتدين؟ قال في الخلاف: نعم، إذا كان في دار الحرب، لا جماعنا واخبارنا وهو ثقة فيما ينقل. وما يؤخذ من دار الحرب بغير اذن الإمام عليه السلام يجوز تملكه في حال الغيبة سواء سباه المسلم أو غيره، وقد تقدمت الأخبار الدالة عليه.

وكل مكلف أقر على نفسه بالرقية مع جهالة حرите حكم برقه لصحيح

(٢) أبواب بيع الحيوان ب ٣ ح ٢

(١) أبواب جهاد العدو ب ٥٠ ح ٦

(٣) أبواب العتق ب ٦٢ ح ٥

عبدالله بن سنان وغيره<sup>(١)</sup>. وفي اشتراط الرشد في نفوذ هذا الاقرار قولان، المشهور الاشتراط، لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> حيث اشتراط الدارك، وظاهر الكاشاني عدمه. ولو اشتراه مشتر فادعى الحرية لم يقبل دعواه إلا مع البينة لصحيح العيص بن القاسم وغيره<sup>(٣)</sup>.

ولو أسلم الكافر في ملك مثله أجبر على بيعه من مسلم لأية: [ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا]<sup>(٤)</sup> ولمرفوعة حماد بن عيسى<sup>(٥)</sup>. وكذا لو أسلم أحد أبويه وكان العبد صغيرا أو أحد اجداده على رأي الصدوق وجماعة، لانتفاء السبيل ولرواية الفقيه<sup>(٦)</sup>. ولو أسلم في دار الحرب سابقا على مولاه وخرج الينا أعتق لخبر السكوني<sup>(٧)</sup>، وقد شرط المشهور في عتقه الأمرين، وظاهر المحقق الاكتفاء باسلامه في دار الحرب قبل مولاه ولم يشترط الخروج وهو اختيار الحلبي.

ولو استرق أحد الزوجين الآخر انفسخ النكاح، وجاز له أن ينكحها بالملك وليس للمرأة ذلك حتى تخرجه عن ملكها ثم تتزوجه لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٨)</sup> وخير في الفقيه<sup>(٩)</sup> الزوج إذا ملك زوجته بين فسخ النكاح فينكحها بالملك وبين بقائه على التزويج ويلغى الملك، ولا دليل عليه بل الأخبار معلنة بانفساخ الزوجية والانتقال إلى الملكية، كما في صحيح عبدالله بن سنان وصحيح محمد بن قيس وصحيح سعيد بن يسار<sup>(١٠)</sup>.

(١) أبواب العتق ب ٢٩ ح ١ (٢) المصدر السابق

(٣) المصدر السابق ح ٤ (٤) النساء: ١٤١

(٥) أبواب العتق ب ٧٣ (٦) أبواب العتق ب ٧٠ ح ٢

(٧) أبواب جهاد العدو ب ٤٤ ح ١ (٨) أبواب نكاح العبيد ب ٤٩ ح ١

(٩) أبواب نكاح العبيد ب ٤٦ ح ١

(١٠) أبواب نكاح العبيد ب ٤١ ح ١ وب ٢٩ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

وإذا ملك أحد أحد أصوله وان علوا أو أحد أولاده وان نزلوا ذكورا أو  
 اناثا انتعت في الحال، ولا فرق بين أن يكون المالك صغيرا أو كبيرا كما هو  
 المشهور، واشترط جماعة البلوغ لتعليق الحكم في الأخبار على الرجل.  
 ويزيد الرجل على المرأة أن تنتعت عليه محارمه من النساء الاجماع  
 والنصوص المستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم وصحيح عبيد بن  
 زرارة وخبر أبي حمزة<sup>(١)</sup> ولا فرق بين أن يدخل في ملكه اختيارا أو قهرا  
 كالارث، وحكم الرضاع حكم النسب في ذلك في المشهور، لصحيح  
 الحلبي وابن سنان وموثق ابن سنان وصحيح عبدالرحمن بن أبي  
 عبدالله<sup>(٢)</sup>، خلافاً للمفيد وجماعة لصحيح الحلبي وموثق إسحاق بن  
 عمار<sup>(٣)</sup> وحملهما شيخنا على التقية. ولا فرق في الانعتاق بالملك بين كل  
 المملوك وبعضه لصحيح محمد بن ميسر<sup>(٤)</sup> نعم في السراية في غير أم  
 الولد خلاف، والمشهور عدمها وهو الأصح عند شيخنا للأصل، وظهور  
 الروايات الواردة فيها في العتق الاختياري، خلافاً للخلاف.

أما أم الولد فانها تجعل بعد موت مولاها في نصيب ولدها وتعتق عليه  
 كلها ان كان للأب مال سواها، بقدر ثمنها للولد، وإلا فبقدر نصيبه خاصة  
 وتستسعى في الباقي، وفي موثق أبي بصير<sup>(٥)</sup> يقوّم الباقي على ولدها ان  
 كان موسرا، وعمل به في الفقيه، والمشهور الأول وحمل الموثق على  
 الاستجاب، واختار شيخنا في أم الولد ما ذهب إليه الصدوق في المقنع  
 والفقيه من أنها انما تنتعت على ولدها ان كان كبيرا بالغا وتولى عتقها.

(١) أبواب العتق ب ٧ ح ١ و ٢ و ٣ و ٤ وب ٩ (٢) أبواب العتق ب ٨ ح ١ و ٢ و ٣

(٣) أبواب العتق ب ٨ ح ٤ و ٥ (٤) انظر العتق ب ٦٤

(٥) ابواب بيع الحيوان ب ٢٤ ح ٥ و ٥

وإذا كان صغيراً قومت عليه وروعي فيها بلوغه فان بلغ وأعتقها عتقت، وان مات قبل البلوغ كان ميراثاً لو ارث ولدها فتكون مملوكة لصحيح محمد بن قيس، وحمل في المشهور على ما لو كان هناك دين من ثمنها فعتقها موقوف على أدائه فيستحب لولدها أن يؤدي فتنتق، أو أن موت ابنها هذا محمول على كونه قبل موت الأب.

ويكره أن يملك من عدا هؤلاء المذكورين من ذوي قرابته فيعتقهم إذا ملكهم كالأخ والعمة والخال وأولادهم لموثقة عبيد بن زرارة وغيرها.<sup>(١)</sup> وإذا عمي المملوك فلا رق عليه لحسن حماد بن عثمان وغيره،<sup>(٢)</sup> وكذا إذا جدم لخبر السكوني،<sup>(٣)</sup> وأقعد لأخبار أبي البخترى<sup>(٤)</sup> ولا خلاف في الثلاثة، أو نكل به مولاه للأخبار الكثيرة كموثق أبي بصير ومرسلتي المقنع والفقيه وغيرها،<sup>(٥)</sup> خلافاً للحلي ولا وجه له. نعم لو نكل له غيره ففيه قولان، والأصح الأشهر عدم الانعتاق. والتنكيل هو الفعل الفضيع كقطع الأذن والأنف واللسان، ومنه جب المذاكير كما ورد في الخبر العامي عن النبي ﷺ<sup>(٦)</sup> والأخبار العامة تشملته ويترتب عليه عدم صحة شراء الخصي لمن علم أن مولاه فعل به ذلك، ومع عدم العلم يبقى على أصالة الملك، ويرشد إليه صحيح رفاعة.<sup>(٧)</sup>

والانعتاق كما يحمل بملك القريب كذلك يحمل بمباشرة العتق، وبالسراية والتدبير والكتابة وسيأتي.

- |                                  |                                |
|----------------------------------|--------------------------------|
| (١) أبواب العتق ب ٧ ح ٤٣ و ٤     | (٢) أبواب العتق ب ٢٣ ح ١       |
| (٣) أبواب العتق ب ٢٣ ح ٢         | (٤) أبواب العتق ب ٢٣ ح ٤       |
| (٥) أبواب العتق ب ٢٢ ح ٢ و ٣ و ١ | (٦) انظر هاشي الوسائل ج ١٦: ٣١ |
| (٧) أبواب جهاد العدو ب ٥٠ ح ٦    |                                |

ومن ضرب مملوكه فوق الحد كفر يعتقد لصحيح أبي بصير وغيره،<sup>(١)</sup> وفي وجوبه واستحبابه قولان، فالشيخان واتباعهما على الوجوب، والفاضلان وأكثر المتأخرين على الاستجاب وقواه شيخنا. وإذا ملك الطفل مع أمه واحد قرابته المشفقة عليه ولو بعلاقة الأخوة، فهل يجوز التفريق بينهما على كراهة كما هو المشهور أم لا يجوز إلا مع رضاهما للنهي عنه كما في صحيح عبدالله بن سنان وصحيح معاوية بن عمار وغيرهما؟<sup>(٢)</sup> قولان، ومقتضاها التحريم واختاره شيخنا، وقيل يختص التحريم بالأم على سبيل اليقين لصراحة مرسل أبي أيوب<sup>(٣)</sup>، وفي غيرها كراهة مجردة وهو قوي، وربما قيل باختصاص المنع بما قبل سبع سنين، أو قبل حولين في الذكر والبلوغ في الأنثى.

وهل يزول التحريم أو الكراهة برضاهما؟ أو رضا الأم خاصة؟ قولان، وهل يفرق بين البيع وغيره؟ قولان، ومرسل أبي أيوب<sup>(٤)</sup> عام فالتعميم قوي وقواه شيخنا والمعتمد عنده التحريم وبطلان البيع إلا مع الرضاء أو الاستغناء، أو اجراء ذلك في الأم وغيرها من القرابة لدلالة النصوص على ذلك. وهل يعتدى الحكم إلى البهيمة أو لا؟ قوى شيخنا عدم التعدي.

والمشهور ان العبد لا يملك، لظاهر قوله تعالى: ﴿لا يقدر على شيء﴾<sup>(٥)</sup> والأخبار الواردة في تفسيرها التي مر ذكرها في النكاح، وقيل يملك، لصحيح عمر بن يزيد ومعتبرة إسحاق بن عمار<sup>(٦)</sup>.

قال شيخنا: وبالجملة ان الروايات الواردة بأن العبد يملك فاضل

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٤ ح ١ (٢) أبواب بيع الحيوان ب ١٣٢ ح ١ و ٢

(٣) أبواب بيع الحيوان ب ١٣ ح (٤) الدعائم: ١ / ٦٤

(٥) النحل: ٧٥ (٦) أبواب بيع الحيوان ب ٩ ح ٣ و ١

الضريبة وما ملكه مولاه وما اذن له في تملكه وإذا طرء عليه العتق وله مال، وغير ذلك باللغة حد التواتر، وربما حملت على وجوه لا تقبلها.

وإذا ملك بعضه كان كسبه بينه وبين مولاه، ولو ملك أحدهما المهياة اليومية فالشيخ وجماعة ممن تأخر عنه واختاره شيخنا يجبر الممتنع لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(١)</sup>، والفاضلان وجماعة لا يجبر.

ويجب الانفاق على ما يملكه من رقيق وبهيمة، وقد تقدم ما يدل على الانفاق على المملوك، ويدل على الانفاق على البهيمة خبر السكوني وموثق سليمان بن خالد وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

وليس للمولى اجبار العبد على الضريبة في المشهور، واختاره شيخنا واختار العلامة في التحرير جوازه إذا لم يتجاوز قدر المجهود وهو قوي، نعم ورد في المرسل النبوي: «لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق، ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكسب بفرجها»<sup>(٣)</sup>.

ولا تقدير لهذه النفقة بل الواجب قدر الكفاية من الطعام والكسوة بالمعروف كما في الخبر النبوي، وهل المعتبر كفاية مثله في الغالب أو كفاية نفسه؟ قولان: قوى شيخنا الثاني، ومثله نفقة القريب، ويراعى حال السيد.

ويجب الانفاق على البهيمة بما تحتاج إليه، ولو كان لها ولد وفر عليه بقدر كفايته من لبنها إلا أن يجتزي بغيره، والأخبار في وجوب سقي الدابة وعلفها والبدأة بها قبل الانسان نفسه كثيرة. وإذا امتنع عن الانفاق على

(٢) أبواب أحكام الدواب ب ٩ ح ٦ و ٧ و ٨

(١) أبواب بيع الحيوان ب ٩ ح ٢

(٣) سنن البيهقي: ٨ / ٩

المملوكة أو الدابة اجبره الحاكم عليه، أو ذبحه ان كان مما يذبح، أو التخلية.

ويستحب المائلة مع الرقيق فيما يأكل ويلبس لخبر محمد بن مسلم غيره،<sup>(١)</sup> ويستحب أن يجلسه معه على المائدة ويطعمه مما يطعم لحسنة ياسر وخبره سيما إذا كان هو الذي كان هو الذي يعالج الطعام ولو لقمة لروايتي المسالك وغيرهما، وربما قبل بوجوب الاجلاس والاطعام من ذلك الطعام وفيه نظر.

ويتبغي التسوية بين المماليك مع اتفاقهم في الجنس والخدمة، وله تفضيل ذوات الجمال من الاماء والسراري، ولا يضرب غضباً بل أدبا، ولا على زلة على جهة الاتفاق والخطأ، ولا على نسيان، ولا يزيد على ثلاث ضربات فانه قصاص يوم القيامة، وأكثره إلى خمسة اسواط لخبر إسحاق بن عمار.<sup>(٢)</sup>

ويستحب عتقه بعد سبع سنين لمرسل محمد بن عبدالله بن زرارة وغيره<sup>(٣)</sup>، ويستحب اختيار عتق المملوك في الرخاء على بيعه والصدقة بثمانه، وفي الغلاء بالعكس لرواية بكر بن محمد، وعتق الشيخ الكبير الضعيف أفضل من الشاب الأجرد لصحيح على به جعفر<sup>(٤)</sup>، وفي الخبر النبوي المشهور: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته»<sup>(٥)</sup>.

ويستحب للمشتري ان يأخذ بناصيته ويدعوا بالبركة وبالمأثور عند

(١) أبواب العتق ب ٣١٤ ح ٣ وفي المصدر مسلم بن ابراهيم

(٢) أبواب مقدمات الحدود ب ٣٠ ح ٢ (٣) أبواب العتق ب ٣٣ ح ١ و٤

(٤) أبواب العتق ب ١٥ ح ٢

(٥) مسند أحمد: ٢ / ٥ وصحيح التجارى: ١ / ٢١٥.

اشترى العبيد وقد تقدم، ويذيقه الحلو أولاً، وان لا يريه ثمنه في كفة الميزان، ويتصدق عنه بأربعة دراهم، ويغير اسمه ويسميه بالأسماء الحسنة لصحيح زرارة<sup>(١)</sup> المشتمل على ذلك كله.

وينبغي للمملوك ان يغتنم أيام الرق فان الحسنه فيها بعشرين للمرسل النبوي<sup>(٢)</sup>، وإذا كرهه صاحبه فبيعه أحب كما في مرسل الدروس.

ويجب القيام بكفاية ديدان القز من ورق التوت فلا يعيش إلا به، وان يبقى للنحل شيئاً من العسل في الكوزة.

ولا يجب زراعة الأرض، ولكن يكره تركها إذا أدى إلى الخراب، وفي وجوب سقي الزرع والشجر وحرثه مع الامكان قولان، أشهرهما العدم وهو الأظهر، والقول الآخر للعلامة في أحد قوليهِ للأمر به والأصل فيه الوجوب، وفيه نظر عند شيخنا لأن الأخبار لا تدل إلا على الاستحباب.

(٢) أنظر أنوار اللوامع: ١١ / ٢٣٨

(١) أبواب بيع الحيوان ب٦ ح١



## فصل في البيع والربا

إباحة البيع من ضروريات الدين ويشترط في المتبايعين البلوغ لصحيح هشام بن سالم وغيره<sup>(١)</sup>، والعقل والرشد لصحيح الحلبي وروايته، والمالكية للأخبار المستفيضة<sup>(٢)</sup>. ويجوز بيع الوكيل والولي والوصي لخبر ابن رباب وغيره<sup>(٣)</sup>، ويجوز تولي الحاكم والعدول الثقة عن الايتام لصحيح إسماعيل بن سعد الأشعري<sup>(٤)</sup>، ولا يجوز بيع السفية لخبر الاصبغ ابن نباتة وغيره<sup>(٥)</sup>.

وهل يجوز بيع الفضولي وشراؤه أم لا؟ المشهور الجواز، واختار شيخنا عدم الجواز وهو ظاهر الكاشاني، ويدل على عدم الجواز مكاتبة محمد بن الحسن الصفار وصحيح محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٦)</sup>، وحجة المشهور رواية عروة البارقي<sup>(٧)</sup> العامي ومورده البيع دون الشراء، وسواء الصبي المميز وغيره لخبر حمزة بن حرمان وغيره<sup>(٨)</sup>، اذن الولي أم لا، حتى على القول بجواز بيع الفضولي لعدم صحة الايجاب والقبول منه، وللشيخ قول بجواز بيع الصبي إذا بلغ عشرة عاقلا قياسا على العتق

- 
- |                                  |                                    |
|----------------------------------|------------------------------------|
| (١) أبواب عقد البيع ب ١٤ ح ٢     | (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٣          |
| (٣) أبواب أحكام الرصايا ب ٨٨ ح ١ | (٤) أبواب عقد ابيع ب ١٦ ح ١        |
| (٥) أبواب أحكام الحجر ب ١ ح ٤    | (٦) أبواب عقد البيع ب ٢ وب ١ ح ٣   |
| (٧) مسند أحمد بن حنبل : ٤ / ٣٧٦  | (٨) أبواب مقدمات العبادات ب ٤ ح ٢. |

والوصية والطلاق وليس بشيء، ومنهم من جوز بيعه قبل البلوغ للاختيار حتى لا يبلغ إلا رشيداً لقوله تعالى: [فان آنستم منهم رشداً]<sup>(١)</sup> وظهرها عند شيخنا ان الاختيار بعد البلوغ لا قبله، والأظهر عند الكاشاني وجماعة من المحققين جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون لاطباق السلف والخلف على ذلك وفيه نظر عند شيخنا، لأن الأخبار متفقة المضامين على عدم جواز بيعه وشرائه مطلقاً.

ولا عبرة ولا عبرة برضا الصبي والمجنون والسفيه وغير المالك بعد العقد سوى الفضولي فانه لو اجاز المالك أو وليه صحي عند الأكثر لخبر البارقي<sup>(٢)</sup>، خلافاً لشيخنا كما عرفت، وعلى تقدير صحته لو لم يجز المالك رجوع في عين ماله ونمائها متصلاً ومنفصلاً وعضوض منافعها المستوفاة وغيرها والتألف من ذلك أو مثله على المشتري، ثم يرجع بذلك كله على البائع إذا لم يكن عالماً انه لغير البائع، أو ادعى البائع الاذن، وإلا لم يرجع بما اغترم.

وهل يرجع بالثمن؟ المشهور لا، لكون هذا الدفع بمنزلة الاباحة، وقيده الشهيد الثاني بما إذا تلف، إمام مع بقاءه فله الرجوع، بل يحتمل الرجوع مطلقاً وفاقاً للمحقق في بعض فتاويه، واستحسنه شيخنا لعدم مخالفته للروايات وظاهر الآيه، والأولى عنده الاعتماد على خبر زريق<sup>(٣)</sup>، وقد أحاط بجميع بيع الفضولي عند ظهور البطلان، إلا أن الظاهر كون المشتري غير عالم بأنه مال الغير فلا ينطبق على حكم العالم المتعمد في جواز

(٢) انوار اللوامع: ١١ / ٢٥٥.

(١) النساء: ٦.

(٣) أبواب عقد البيع ب ٣ ح ١.

الرجوع وعدمه، فلا يمكن الاستدلال به على هذا الفرد إلا بتكلف. ويكفي في المتبايعين المغايرة الاعتبارية فيجوز ان يتولي الواحد طرفي العقد سواء كان وليا أو وصيا كما يظهر من الأخبار الواردة في تقويم الولي أمة ابنه على نفسه، وأما الوكيل ففي جواز تولية طرفي العقد مع اطلاق الوكالة فيشتري لنفسه من مال الموكل وبالعكس خلاف، والمشهور نعم على كراهة، والشيخ وجماعة على المنع مطلقا، والاحتياط عند شيخنا بالنسبة إلى الوكيل القول بالمنع مطلقا، أما من الابتياح مما وكل في بيعه فلرواية علي بن أبي حمزة، وأما العكس [وكذلك لا يبيعه مما عنده] فلصحيح هشام بن المحكم وغيره، إلا مع عدم التهمة لخبر ميسر وظاهر المحقق عدم الخلاف فيما لو نص على الأذن في ذلك، والحلي على المنع مطلقا، فلا تكفي عنده المغايرة الاعتبارية، والأخبار ترده.

ويشترط في المتبايعين الرضا فلا يصح بيع المكره بغير حق، قال الكاشاني: إلا أن يرضى، لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾<sup>(١)</sup>. وقال شيخنا: الأقوى أن يبيع المكره ليس فضوليا بل لا ينعقد أصلا ويقع فاسدا للنهي عنه سنة وكتابا، ومن السنة خبر محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>. وللشهيد الأول قول ثالث ذكره في الدروس حيث قال: والأقرب أن الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله، وفيه نظر.

أما المكره بحق فيصح بلا خلاف لدلالة النصوص عموما وخصوصا، والظاهر عند جماعة منهم الكاشاني ان مجرد التراضي والتقباض كاف في

صحة البيع للطلاق الآية والرواية، بشرط أن تكون هناك قرينة تدل على كونه بيعا، وهو قد يحصل بلفظ من الطرفين وقد يحصل بغير ذلك كبيع المعاطاة، وفاقا لشيخنا المفيد واختاره شيخنا.

والمشهور بل كاد يكون اجماعا انه يجب في العقود جميعا اللفظ الدال على الايجاب والقبول بصيغة الماضي فيهما، ومنهم من أوجب قصد الانشاء به، ومنهم من أوجبهما بالعربية إلا لمن شق عليه تعلمها، ومنهم من أوجب تقديم الايجاب على القبول ومنهم من أوجب مطابقتها، ومنهم من اشترط غير ذلك.

قال شيخنا<sup>(١)</sup>: وبالجملة ان أكثر الأخبار الواردة في هذا المضمار خالية من هذه الشروط في الايجاب والقبول، إلا أنها ليست خالية بالكلية من اعتبارهما، وانهما غير المساومة والأخذ والأعطاء، وانما يقع الأخذ والاعطاء بعدهما، وكيف لا يكون الأمر كذلك مع أن البيوع فيها السلم [الذي يحتاج] إلى الفاظ مخصوصة، ومثل البيوع الخيارية وبيع النسئة والبيوع المشتملة على الشرائط السائغة، ولصحيح بريد بن معاوية العجلي وصحيح منصور بن حازم وصحيح رفاعة وغيرها<sup>(٢)</sup>، المشتملة على الألفاظ المخصوصة في الايجاب والقبول، إلا أن اعتبار الشروط المذكورة اجمع مما ترده الأخبار.

ففي خبر عبدالله بن سليمان<sup>(٣)</sup> دلالة على تقديم القبول على الايجاب وإيقاع الايجاب بصيغة المضارع كما في صحيح منصور، وعلى كل تقدير

(٢) أبواب عقد ابيع ب ١٩ ح ٢١

(١) انوار اللوامع: ١١ / ٢٦٨.

(٣) أبواب ما يكتسب به ب ٣١ ح ٦

لا يقطع بصحة البيع به ولزومه إلا بمثل هذه الألفاظ، فلو وقع الاتفاق على البيع وعرف كل واحد منهما رضا الآخر لم يفد اللزوم في المشهور. وهل يفيد اباحة تصرف كل واحد منهما فيما صار إليه وان جاز الرجوع ما دامت العين باقية؟ أم يكون بيعا فاسدا من أصله؟ والمشهور، الأول وهو الذى عليه المعمول، واختاره شيخنا، والعلامة وجماعة على الثاني، ول بعضهم قول ثالث وهو: الجواز في المبيعات الدونية دون الأشياء العظيمة، والأحوط الاتيان باللفظ الصريح فيما له خط وما ليس له.

وقد اختلفوا في المراد من الاباحة الحاصلة بالمعاطاة قبل ذهاب العين أمى افادة ملك مترزل كالباع فى زمن الخيار وبالتصرف تيحقق لزومه؟ أم اباحة صرفة بمعنى الاذن؟ اختار فى التحرير الأول وعليه يكون النماء تابعا للعين، وان قلنا بالثاني احتمال كونه مباحا لمن هو فى يده. ويقوم مقام الايجاب والقبول اللفظيين عند الجميع الاشارة مع العذر كما فى الأخرس ومن فى لسانه آفة، وكذا تسقط العريية فى المعاملات ممن لم يحسنها.

ويشترط فى المشتري للمسلم الإسلام لانتفاء السبيل، وقد تقدم فى حكم ما لو أسلم قبل مولاه، والشيخ فى أحد قوليهِ وجماعة يجبر على بيعه وليس بشيء والحق جماعة بالبيع المنع من جميع المعاملات الناقلة له للكافر لعموم الآية<sup>(١)</sup>، نعم إذا كان ممن ينعتق عليه صح العقد، وتردد فى الشرائع، وربما قيل بعدم الجواز.

وفى حكم العبد المسلم المصحف وابعاضة فلا يباع من غير المسلم،

وقد تقدم المنع من بيعه على المسلم أيضاً، وإنما يباع الورق والخلاف، فلا باللاحق كما اختاره شيخنا.

ويشترط في العوضين ان يكون عينا فلا يصح في المشهور بيع المنفعة، خلافاً للشيخ في المبسوط في خدمة العبد فكعينه ولا يصح بيع ما لا منفعة له مشروعه كالميتة واجزائها لصحيح البنزطي وصحيح علي بن جعفر<sup>(١)</sup>، ولا خلاف في ذلك بل أطلقوا المنع من بيع الأعيان النجسة والمائعات المتنجسة مما لا تقبل التطهير لاستخبائها ونجاستها، ويدل عليه صريحا خبر تحف العقول<sup>(٢)</sup> وصحاح علي بن جعفر وغيرها، وفي بعضها دلالة على المنع كليا سوى كلب الصيد والأدهان لفائدة الاستصباح تحت السماء أو مطلقا.

وألحق جماعة من المحدثين إليات الغنم من الميتة، لكن في جواز الاستصباح دون البيع لصحيح البنزطي وصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٣)</sup>، وأما استثناء الأدهان للاستصباح فلصحيح زرارة وغيره<sup>(٤)</sup>، وألحق الشهيد الأول والعلامة في بعض أقواله بالاستصباح بيعه ليعمل صابونا لأخبار النوادر والجعفریات والدعائم<sup>(٥)</sup>، وأما استثناء كلب الصيد فلصحيح محمد ابن مسلم وغيره<sup>(٦)</sup>، وخصه الشيخ بالسلوقي ومنهم من جوز بيع كلب الماشية وكلب الزرع وكلب الحائط كالبستان والبيوت، وربما استدل على ذلك بأخبار الدية وبمرسل المبسوط<sup>(٧)</sup> إلا أنها قاصرة عن تخصيص الأخبار المانعة من بيع الكلب مطلقا.

(١) أبواب ما يكتسب به ج ٦ ح ٦ (٢) أبواب ما يكتسب له به ج ٢ ح ١

(٣) أبواب ما يكتسب له ج ٦ ح ٦ (٤) أبواب ما يكتسب به ج ٦ ح ٢

(٥) المستدرک: أبواب ما يكتسب به ج ٦ ح ١ و ٤

(٦) أبواب ما يكتسب به ج ١٤ ح ٣ (٧) أبواب ما يكتسب به ج ١٤ ح ٩

وأطلق الأصحاب المنع من بيع المسوخات بناء على عدم وقوع الزكاة عليها فتدخل في الميتة سوى الفيل عند الشيخ وجماعة لخبري عبدالحميد بن سعيد وموسى بن يزيد<sup>(١)</sup>.

وأطلقوا المنع من بيع السلاح والصفاد والسباع كلها بناء على عدم قبولها سوى الهر للانتفاع به حيا، ولصحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>، وسوى الفهد على قول الشيخ لصلاحيته للصيد وهو مذهب القديمين إذا كان معلما، ومنهم من استثنى سباع الطير أيضاً لصحيحتي العيص بن القاسم<sup>(٣)</sup>، والشيخ والمحقق جوزا بيع السباع كلها لورود النص المعتد في جلود النمر المدبوغة كخبر أبي مخلد السراج وصحيح علي بن جعفر وغيرهما<sup>(٤)</sup>، وليكون العمل عليها متجها، وهي دالة على قبول التذكية، وإن منع من الصلاة فيها لتحريم لحومها، ومنع من منع من بيع الأرواح والأبوال مطلقا، طاهرها ونجسها، إلا بول الابل للاستشفاء به في الربو وبعض الأمراض، والنص المتقدم في المطاعم والمشارب. واقتصر شيخنا على جواز بيعه للانتفاع به لهذا المرض الخاص، والأخبار في العذرة مختلفة في المنع والجواز، والأولى حمل أخبار الجواز كخبر محمد بن صادق وموثق سماعة وغيرهما<sup>(٥)</sup> على العذرات الطاهرة، وخبر تحف العقول وخبر تفسير النعماني<sup>(٦)</sup> دالان على أن جميع النجاسات لا يجوز تملكها ولا الانتفاع بها.

وأطلق المشهور المنع من بيع كل ما قصد به محرم كآلات اللهو وإن

(١) أبواب ما يكتسب به ب ٣٧ ح ٣  
 (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٣٨ ح ٢١  
 (٣) أبواب ما يكتسب به ب ٣٧ ح ١  
 (٤) أبواب ما يكتسب به ب ٤٠ ح ٢  
 (٥) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح ١  
 (٦) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح ١

أمكن الانتفاع به في غير الوجه المحرم، لخبر تحف العقول وحسن ابن أذينة وغيرهما<sup>(١)</sup>، وجوز الكاشاني بيع كل ما له نفع محلل مقصود للعقلاء وفاقا لثاني الشهيدين إلا ما ثبت الاجماع على خلافه للأصل، وفيه نظر عند شيخنا، لأن الأخبار المتواترة مصرحة بأن الأصل في كل نجس ومتنجس هو التحريم والمنع من بيعها وشرائها، سيما خبري تحف العقول وتفسير النعماني وأخبار الأستصباح بالدهن وغيرها.

ويشترط في الثمن والمثمن المملوكية، وتامها بأن لا يكون ممنوعا عن من بيعها، فلا يصح بيع ما لا يملك كالحر مثلا، ولا يبيع ما يشترك فيه المسلمون وكالكلاء والماء قبل حايتهما، ويجوز بيع المرعى إذا كان له لرواية ادريس بن زيد<sup>(٢)</sup> ومار ورد من المنع كمرسل الفقيه<sup>(٣)</sup> فمحمول على غير المملوك أو على الاستحباب.

ولا يصح بيع الوقف لصحيح الحلبي عن أيوب بن عطية وصحيح علي بن راشد وغيرهما<sup>(٤)</sup>، وقد دل صحيح علي بن مهزيار<sup>(٥)</sup> على جواز بيعه عند اختلاف أصحابه معللا بأنه ربما جاء تلف الأموال والنفوس، وحمله الشيخ على الرخصة في هذه الصورة وحمله جملة من المحدثين كالمجلسي ومحدث الوسائل وشيخنا على أنه لم يشتمل على القبض لأنه لا يلزم إلا به، وقيل انما يجوز مع خشية خرابه.

وفي رواية جعفر بن حنان: «إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة

(١) أبواب ما يكتسب به ب ٢ ح و ب ٤١ ح ١

(٢) أبواب عقد البيع ب ٢٢ ح ١ (٣) أبواب عقد البيع ب ٢٢ ح ٢

(٤) أبواب أحكام الوقوف والصرقات ب ٦ ح ١ و ٢

(٥) المصدر السابق ح ٦٥



ورضوا كلهم، وكان البيع خيراً لهم باعوا»<sup>(١)</sup>، وعمل بها بعضهم تبعاً للمفيد، ومنهم من ألحق بذلك ما لو خرب وتعطل ولم يبق فيه نفع على ذلك الوجه أصلاً، واستحسنه الشهيد الثاني، وفي هذه المسألة أقوال آخر مدخولة.

قال شيخنا: الأخبار الدالة على المنع محكمة والخاص متشابه لا يمكن الاعتماد عليه، وعلى القول بالجواز في المواضع المخصوصة قليل وهو للشهيد الثاني: يشتري بثمنه ما يكون وفقاً على ذلك الوجه ان أمكن، ويجب تحصيل الأقرب إلى صفته فالأقرب. ويجرى مجراه بيع أم الولد ما دام ولدها حياً، فلا يجوز إلا على ثمن رقبته مع اعسار مولاهما على المشهور، لصحيح عمر بن يزيد وخبره<sup>(٢)</sup>، واشترط بعضهم موت المالك كما هو منطوق الصحيح وجزم المشهور بعدم اشتراطه، وألحق بعضهم مواضع كثيرة ولا نص عليها بالخصوص.

وفي صحيح زرارة: «تباع وتورث توهب، وحجها حج الأمة»<sup>(٣)</sup>، وهو مخالف للمشهور فتوى ورواية، وحمل على ما إذا مات ولدها كما وقع للشيخ وهو مصرح به في صحيح أبي بصير<sup>(٤)</sup>، ويشترط في المعوضين المعلوماتية حذراً من الغرر المنهي عنه للمرسل النبوي الناهي عن بيع المجهول والمبهم ولرواية القاسم بن سلام<sup>(٥)</sup>، والمعلوماتية لكل بحسبه فما يكال أو يوزن أو يعد لا يجوز بيعه جزافاً وان شوهد على المشهور، لصحاح الحلبي وغيرها<sup>(٦)</sup>، خلافاً للاسكافي فيما اختلف جنسهما من

(٢) أبواب بيع الحيوان ب ٢٤ ح ٢١

(٤) المصدر السابق ح ٥

(٦) أبواب عقد البيع ب ٤ ح ١ و ٢ و ٣

(١) المصدر السابق ح ٨

(٣) المصدر السابق ح ٢

(٥) أبواب عقد البيع ب ١٢ ح ١٢

المشاهد، وهذه الأخبار حجة عليه. وفي حسن الحلبي وصحيح هشام بن سالم وعلي بن النعمان وابن مسكان عن الجواز: «لا يستطيع أن يعد فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك من العدد فقال: لا بأس به»<sup>(١)</sup> وعليه عمل الأصحاب، إلا أن بعضهم قيده بالتعذر دون التعسر، وبعضهم بالتعسر وليسا بشيء، لورود مثله جوازا في الزيت كما في خبر عبدالملك بن عمر<sup>(٢)</sup> من غير تقييد، والمستفاد من صحيح يعقوب بن شعيب<sup>(٣)</sup> تجويز المجازفة بعد أن كان الشيء مكيلا.

ويجوز انذار ما يحتمل الزيادة والنقصان للظروف من الموزونات، ويجوز بيعها مع الظروف من غير وضع، ويدل على الانذار خبر معمر الزياتي وخبر علي بن جعفر وموثق حنان بن سدير<sup>(٤)</sup>. وكذا يجوز بلا خلاف الجمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد كبيع واجارة ونكاح، وان كان عوض كل منها بخصوصه غير معلوم للمتعاملين حال العقد. ويكفي في الاستعلام تصديق المشتري للبائع لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله وصحيح محمد بن حمران وغيرهما<sup>(٥)</sup>، وكذلك يجزى ما لو شاهد المشتري كيله قبل الشراء لخبر عبدالكريم بن عمرو وغيره<sup>(٦)</sup>، والذي يدل على ترك الشرائط في الموزون والمكيل صحيحة الحلبي<sup>(٧)</sup>.

ويجوز بيع المجهول كاللبن في الضرع إذا ضم إليه شيء معلوم وفاقا للشيخ وجماعة من القدماء، واختاره شيخنا لموثق سماعة وللإطلاق

(٢) انظر أبواب عقد البيع ب ٢٠

(٤) أبواب عقد البيع ب ٢٠ ح ١ و ٢ و ٣ و ٤

(٦) أبواب عقد البيع ب ٥ ح ٢

(١) أبواب عقد البيع ب ٧ ح ١

(٣) أبواب عقد البيع ب ٥ ح ٥

(٥) أبواب عقد البيع ب ٥ ح ٤

(٧) أبواب عقد البيع ب ٤

وصحيح العيص بن القاسم<sup>(١)</sup>. ويجوز بيع مثل الثوب إذا كان منشورا والأرض مع المشاهدة، وإن لم يمسخا، للأصل والاجماع إلا من ظاهر الخلاف والحلي وهو شاذ، ولا يجوز ابتياع شيء مقدر من ذلك إذا لم يكن متساوي الأجزاء إلا مشانكا كنصف أو ثلث مثلا. وظاهر صحيح بريد بن معاوية العجلي أنه إذا بيع طن قصب مثلا من عشرين طنا والكل متساوي الأجزاء صح البيع، لكنه لم يقع على الاشاعة وإنما يكون المبيع من ذلك [قدر] المعين، والمسألة موضع خلاف، واختار شيخنا ما دل عليه الصحيح.

ويكفي مشاهدة المبيع ولو غاب وقت الابتياع إلا أن تمضي مدة طويلة [جرت العادة بتغيره فيها للاجماع من الإمامية خاصة، ولا بد فيما يباع سلما من ذكر الجنس وهو النوع والوصف والأجل وسائر ما يختلف لأجله الثمن، فلا يكفي العدد في المعدودات، بل لا بد من ذلك الوزن في مثل البطيخ والبيض والباذنجان، وإن كان في البيع لا يحتاج إلى ذلك لصحيح جميل بن دراج وغيره، وما لا ينضب بالوصف لا يصح السلم فيه للضرر ولخبر جابر وغيره. وأما اعتبار الأجل فالأخبار به مستفيضة وبه صار سلما.

وقبل يجوز بيع الثمار والأوراق على الأشجار عاما واحدا أو أكثر، وكذا الخضار جزءة أو جزات بعد ظهورها وخروجها إلى الوجود في الجميع، وإن كانت الثمار في طلوعها والزرع لم يسنبل على كراهة فيما يباع من الثمار عاما واحدا إذا لم يبد صلاحها أو صلاح شيء منها لصحيح بريد

(١) أبواب عقد البيع ب ٨ ح ١

وصحيح الحلبي وغيرهما<sup>(١)</sup>، وفي كثير منها جواز ذلك على الاطلاق عند سلامتها من الآفة يبدو الصلاح، وفي بعضها: «لا تشتري النخل حولا واحدا حتى يطعم»<sup>(٢)</sup> وقد علم منها المنع من بيعها عاما واحدا، إذا لم يبد الصلاح، وبدو الصلاح أن تبلغ مبلغا يأمن عليها العاهة، أو يصفر أو يحمر البسر أو ينعدد الحب في الفواكه، واقتصر جماعة على الاحمرار والاصفرار، ويسقط اعتبار ذلك إذا بيعت بعد الظهور عامين أو أكثر كما يسقط مع الضميمة أو بيعها بأصولها أو مع شرط القطع.

وفي صحيح يعقوب بن شعيب: «كان أبي يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة السنتين والثلاث، كأن يقول: إذا لم يحمل في هذه السنة حمل في الأخرى، ثم قال في الفاكهة والنخل: انما يكره شراء سنة واحدة قبل أن تطلع مخافة الآفة حتى يستبين»<sup>(٣)</sup>، وبمضمونه أفتى الصدوق فجوز البيع أكثر من عام قبل الظهور، ومال إليه في الشرائع والنافع، وقواه في المسالك لصحته وترجيحه على ما يخالفه من أخبار المنع مع امكان حملها على الكراهة جمعا وهو المختار [والأكثر على المنع مطلقا، إلا بشرط القطع لمعلوماته وحضوره]، وأما بيع أصول الزرع قبل أن يسنبل كما هو المشهور فيدل عليه صحيح زرارة وغيره<sup>(٤)</sup>، والصدوق منع من بيع الزرع [أيضاً] قبل أن يسنبل إلا بشرط القطع لصحيح معاوية بن عمار<sup>(٥)</sup>، وحمل على الكراهة، ويدل على هذا الحمل صحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(٦)</sup>، وإذا أدرك بعض ثمرة البستان جاز بيع ثمرته أجمع، وان كانت

(٢) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١

(٤) أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ٣

(٦) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٩

(١) أبواب بيع اثمار ب ١ ح ١ و ٢

(٣) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٨

(٥) أبواب بيع الثمار ب ٣ ح ٣

الأثمار مختلفة لصحيح يعقوب بن شعيب وغيره<sup>(١)</sup>، وخبر على بن أبي حمزة<sup>(٢)</sup> الدال على المنع محمول على الاستحباب وأما مع الضميمة فلا يحتاج إلى بدو الصلاح لصحيح هشام بن سالم وغيره<sup>(٣)</sup>. هذا كله على القول بعدم الجواز بدون هذه القيود، وعلى القول بالجواز يسقط البحث وتحمل الشروط الزائدة على مراتب الكراهة، وملخص كلام شيخنا المنع بعد الظهور، وقبل الاحمرار والاصفرار إذا كان عاما واحدا للأخبار الكثيرة، والجواز قبل الظهور على كراهة لصحيح بريد<sup>(٤)</sup> والجواز مطلقا إذا كان أكثر من عام لصحيح يعقوب<sup>(٥)</sup>، ولم يسبقه إلى هذا التفصيل سابق.

والمشهور عدم جواز بيع الأثمار قبل الظهور مطلقا بخلاف غيره لمفهوم خبري أبي بصير وأبي الربيع الشامي<sup>(٦)</sup>، وأما جواز بيع الحناء والتوت والبقل وأشباه ذلك جزة وجزات فلخبر معاوية بن ميسرة<sup>(٧)</sup> وخرطة وخرطات فلموثق سماعة وخبره<sup>(٨)</sup> والمشهور جواز بيع الأصواف والأوبار على الأنعام منفردة ومنظمة مع المشاهدة وان جهل وزنها، وهو مختار المفيد والعلامة وجماعة لأنها غير موزونة كالثمرة على الشجرة، ويؤيده صحيح الحلبي وغيره<sup>(٩)</sup> والشيخ وجماعة على عدم الجواز إلا مع الضميمة المعلومة ومختار المفيد قوي. ويجوز بيع المسك في فأرة وان لم

- |                               |                               |
|-------------------------------|-------------------------------|
| (٢) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٩  | (١) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٨  |
| (٤) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١  | (٣) أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ٢  |
| (٦) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٧  | (٥) قد تقدم فراجع             |
| (٨) أبواب بيع الثمار ب ١٢ ح ٣ | (٧) أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١١ |
|                               | (٩) أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ١ |

يفتق بناء على أصل السلامة، وتوقف الكاشاني لا وجه له.

ويجوز عند الشيخ وجماعة بيع اللبن في الضرع، والذي يوجد فيه مدة معلومة منضما إلى ما يحتلب منه لخبر أبي بصير وموثق سماعه،<sup>(١)</sup> وكذا بيع سمك الأجسام منضما إليه القصب أو شيء من السمك المصاد، وفاقا للشيخ وابن حمزة و الصدوق في أحد قولي له موثقتي معاوية بن عمار و سماعه و خبر أبي بصير،<sup>(٢)</sup> فكذا القول في كل مجهول ضم إلى معلوم لظواهر أخبار الثمار كموثق سماعه و خبره أخبار الأندار للظروف، وقال متأخرون ان كان المقصود من البيع المعلوم والمجهول تابع له صح، وان انعكس أو كانا مقصودين لم يصح و هو ضعيف لخبر الكرخي<sup>(٣)</sup>.

و يشترط في العوضين القدرة على اقباضهما كلا أو بعضا، فلا يصح بيع ما يتعذر تسليمه للغرر لإامع الضميمة المقدور على تسليمها لصحيح رفاة النخاس<sup>(٤)</sup> - الوارد في بيع الجارية الأبقعة مع ثوب أو متاع - المعمول عليه.

و يصح بيع ما جرت العادة بعوده كالحمام الطائر بغير ضميمة وفاقا لجماعة منهم المحقق والعلامة في غير التذكرة، [ولا يجوز بيع ما يتعذر تسليمه بحل إلا بعد مدة كالدين المؤجل إذا بيع حالا]، ولا يجوز الاسلام [السلم والاسلاف] فيما يتعذر تسليمه وقت الحلول بالانفاق لصحيتي عبدالرحمن بن الحجاج وحسنة وغيرها.<sup>(٥)</sup>

(٢) أبواب عقد البيع ب ١٢ ح ٥ و ٤ و ٦

(٤) أبواب عقد البيع ب ١١ ح ١

(١) أبواب عقد البيع ب ٨ ح ٢

(٣) أبواب عقد البيع ب ١٠ ح ١

(٥) أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ١

ويشترط فيهما المقبوضة قبل البيع ان كان بالبيع لا بغيره من الأسباب الناقلة، وكانا مما يكال أو يوزن ويبيعه مرابحة أو مواضعة دون ما إذا باعه رأساً برأس وهو المسمى بـ«التولية» فيجوز بيعه قبل قبضه، وكذلك الشراء [به]، وهذا الشرط مذهب الأكثر وعليه الشهيد الثاني لصحیحتي منصور بن حازم وغيرهما.<sup>(١)</sup>

ومنهم من أطلق المنع في التولية أيضاً لاطلاق صحیحتي الحلبي وغيرهما<sup>(٢)</sup>، ومنهم من خصه بالطعام كالشيخ في إحدى قوليهِ [والفاضلين] لوقوعه جواباً عن السؤال عنه في بعض الأخبار كصحيح عبدالرحمن وخبر أبي بصير وغيرهما،<sup>(٣)</sup> ومنهم من كره مطلقاً لصحيح علي بن جعفر وخبري إسحاق المدائني وخالد بن الحجاج الكرخي وغيرها،<sup>(٤)</sup> وهو مختار الشهيد الأول والفاضلين، وهو قريب عند شيخنا، وفي خبر جميل بين دراج: «الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري منه يقبضة وكلية، قال: لا بأس بذلك»<sup>(٥)</sup>، والجمع بحمل الأخبار المجوزة على التوكيل، والمانعة على ما إذا لم يوكل على القبض أوفق وأحوط واستحسنه شيخنا.

والمشهور انه يشترط فيهما ان لا يكونا مؤجلين لأنه بيع الكالي بالكالي المنهى عنه في الخبر النبوي،<sup>(٦)</sup> والظاهر انه لا خلاف فيه، ويظهر من التذكرة انه يبيع الدين بالدين سواء كان مؤجلاً أم لا، وظاهرهم تحريم

(١) أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ٥ و ١٠ (٢) أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ٥ و ١٠

(٣) أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ٢ و ١٦ (٤) أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ٩ و ٧ و ١٣

(٥) أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ٦ (٦) أبواب عقد البيع ب ٢٦

الأميرين كليهما. وفي خبر طلحة بن زيد: «لا يباع الدين بالدين»<sup>(١)</sup> ويؤيده صحيح منصور وغيره،<sup>(٢)</sup> وإذا كان أحدهما فحسب مؤجلا صح اجماعا، للنصوص الواردة في بيع السلم والنسيئة.

ولا بد من معلومية الأجل بل لا يحتمل الزيادة والنقصان نسيئه كان أو سلفا بلا خلاف، لصحيح عبدالله بن سنان وغيره.<sup>(٣)</sup>

ولو باع بثمانين متفاوتين إلى أجلين مختلفين أو حالا بشيء ومؤجلا بآخر لم يصح في المشهور، لجهالة الأجل والثنم وللنهي عن بيعتين في واحدة لموثق عمار وغيره،<sup>(٤)</sup> والشيخ وجماعة من القدماء على أن البيع صحيح، ويلزم أقل الثمنين في أبعد الأجلين واختاره شيخنا، لخبري محمد بن قيس والسكوني،<sup>(٥)</sup> وإذا كان أحدهما فقط دينا فان كان الآخر حالا حاضرا كان أو مضمونا غير مؤجل صح بيعه سواء كان مضمونا على الذي هو عليه، بمعنى انه يبيع الدين الذي إليه على الغريم بحاله، وهذا مجمع على جوازه والأخبار المتقدمة دالة عليه، وانما الخلاف في بيعه على غيره فخالف فيه الحلبي ومنع منه وهو ضعيف، لخبر أبي حمزة الثمالي وخبر محمد بن الفضيل،<sup>(٦)</sup> نعم لا تجوز المطالبة قبل الأجل. وان كان الآخر مؤجلا ففيه قولان، والمشهور المنع، وقيل بالجواز على كراهة، وللمانع الأخبار المانعة من بيع الدين [بالدين] وللمجوز خبر إسماعيل بن جابر، نعم لو جعل الدين الحال ثمن السلم وقبض في المجلس صح على

(٢) أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ١٢

(٤) أبواب أحكام العقود ب ٢ ح ٣

(٦) أبواب الدين والقرض ب ١٥ ح ٢ و ٢

(١) أبواب الدين والقرض ب ١٥ ح ١

(٣) أبواب السلف ب ٣ ح ١

(٥) أبواب أحكام العقود ب ٢ ح ٢



الأصح، وهو مختار شيخنا لخبر علي بن جعفر<sup>(١)</sup> ولا فرق بين المدة الطويلة والقصيرة لعموم الأدلة، خلافاً للاسكافي فمنع من التأجيل أقل من ثلاثة أيام تبعا للعامّة، ومنع من أكثر من ثلاث سنين سلفا ونسيئة هو شاذ، وصحيح البيزنطي وخبره المانعان من التأجيل إلى ثلاث واردان في قضية خاصة، وشذوذ هذا القول كشذوذ قوله بالمنع من اسلاف الاعراض في الاعراض إذا كانا مكيّلين أو موزونين أو معدودين فان الأدلة لا تساعد عليه، وانما المنع من ذلك إذا كانت متماثلة لمكان الربا، وأما مع الاختلاف فلا، لخبر وهب بن وهب<sup>(٢)</sup> نعم جاء المنع على كراهة كصحيح عبدالله بن سنان وحسنه<sup>(٣)</sup> وكشذوذ قول العماني بمنع اسلاف غير النقدين، لأن الأخبار تردده، وأما اسلاف الأثمان في الأثمان فلا يجوز كما يأتي وجواز اسلافها في الاعراض محل وفاق. ومن باع مطلقا أو شرط التعجيل صريحا كان الثمن في الحالين حالا، لموثق عمار<sup>(٤)</sup>.

وفي اشتراط ذكر موضع التسليم في السلف خمسة أقوال:

أولها: العدم مطلقا، وهو مختار المحقق والشيخ في النهاية والعلامة في التحرير والارشاد وجماعة وادعى الحلبي عليه الاجماع.

وثانيها: الاشتراط مطلقا واختاره الشيخ في الخلاف وجماعة.

وثالثها: الاشتراط ان كان في حملها مؤنة، واختاره في المبسوط.

ورابعها: الاشتراط ان كان في برية أو بلد غربة قصدهما مفارقتها، واختاره في القواعد والمختلف. وخامسها: الاشتراط ان كان أحد الأمرين

(٢) أبواب السلف ب ٦ ح ٣

(٤) أبواب الخيار ب ٢ ح ٥.

(١) أبواب السلف ب ٨ ح ٣

(٣) أبواب الربا ب ١٣ ح ٦

الأخيرين، ولا نص فيه على الخصوص، واصالة البراءة ترجح عدم عدم  
الاشتراط مطلقا، والتعيين مطلقا أولى وأحوط.

ويشترط فيهما أن لا يكونا ربويين مع زيادة أحدهما على الآخر ولو  
حكمة كالتأجيل، ولا خلاف في شيء من ذلك إلا في الزيادة الحكمية،  
فان الظاهر من الخلاف والمبسوط الكراهة لكن قد يستعملها الشيخ في  
التحريم.

والربويان كل متماثلين مقدرين بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع  
بلا خلاف، وقد انطبقت عليه الأخبار، أوفي عادة البلدان جهل حاله في  
عصره عليه السلام، ومستنده غير معلوم، إلا أن ظاهرهم الاطباق عليه. ولو  
اختلفت البلدان كان لكل بلد حكم نفسه، وقيل: يغلب جانب التقدير،  
ويثبت التحريم عموما، وقوى شيخنا الأول، ويمكن أن يستدل على  
العرف العام بعد الاتفاق عليه بصحيح زرارة وغيره<sup>(١)</sup>، والحنطة ودقيقها  
متماثلان، والتمر ودبسه متماثل، والعنب والزبيب، واللبن والحليب كذلك،  
وجيد كل جنس ورديه واحد لصحیحتي محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٢)</sup>  
الدالة على عدم جواز التفاضل في الحنطة ودقيقها، وصحيح محمد بن  
مسلم<sup>(٣)</sup> يدل على عدم التفاضل في السمسم والحل منه، ومثله رواية  
العلاء، ويدل على تماثل الحنطة والعشير كما هو مختار الأكثر صحیحتنا  
الحلبي وغيرهما<sup>(٤)</sup>، خلافاً للقديمين والحلي للحديث النبوي ورد بالنص  
المتعدد.

(٢) أبواب الربا ب ٩ ح ٣.

(٤) أبواب الربا ب ٨ ح ٤.

(١) أبواب الخيار ب ٢ ح ٥.

(٣) أبواب الربا ب ٩ ح ٢.

واللحوم مختلفة بحسب اختلاف أسماء الحيوان، فلهوم البقر والجواميس متماثلة اجماعاً، وفي أصناف الحمام والسموك خلاف، والنصوص خالية عنها وانما يتصور الخلاف في الحمام إذا بيع لحمه موزوناً، أما لو بيع جزافاً فلا ولو بيع عدداً كما هو الغالب ففي ثبوت الربا فيه خلاف يأتي والأقوى عدمه وهذا الخلاف جارٍ في السموك.

والأقوى أن يختص منه باسم فهو جنس على انفراده، إلا أن الاحتياط مما لا يخفى. وخل العنب مخالف لخل التمر. ولا يجوز بيع رطب أحد المتماثلين بياسه لا متساوياً ولا متفاضلاً لصحيح الحلبي وحسنه وصحيح محمد بن قيس وغيرها<sup>(١)</sup> الواردة في الرطب والتمر، خلافاً لجماعة حيث اقتصروا على المنصوص فجوزوا بيعهما متساوياً في غيرهما، والحلي على الكراهة حتى في الرطب والتمر لموثقتي سماعه وخبر أبي الزبيح،<sup>(٢)</sup> وجزم به الشيخ في كتابي الأخبار واختاره شيخنا لعدم وفاء النصوص بالتحريم، وأما التفاضل بينهما فلم يجوزه أحد من علمائنا وإن كان الفضل في جانب الرطب.

ولا يضر ما جرت العادة به كالتين والحصى ونحوهما بلا خلاف فتوى ورواية، وفي جواز الكيل في الموزون خلاف، والأحوط اعتبار الوزن، وإن كان الأقوى الجواز كما اختاره شيخنا، أما العكس جائز اجماعاً لأن الوزن اضبط.

وفي جواز بيع لحم حيوان بحيوان من جنسه قولان، والمشهور العدم، خلافاً للحلي وهو قوي عند شيخنا وإن كره لموثق غياث بن إبراهيم وخبره<sup>(٣)</sup>.

(١) أبواب الربا ب ١٤ ح ١ و ٢.

(٢) أبواب الربا ب ١٤ ح ٥.

(٣) أبواب الربا ب ١١ ح ١.

وقد ذهب جماعة منهم الشيخ إلى ثبوت الربا في المعدود كالبيض والرمان والجواز لصحيح محمد بن مسلم وخبر ابن مسكان<sup>(١)</sup> وفيه نظر. نعم قد جاءت أخبار عديدة في المنع من ذلك إذا كان نسيئة والجواز يدا بيد، والأصح الكراهة للجمع بين صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> وبين الصحاح الدالة على الحصر للربا في المكيل والموزون، ولصحيح محمد بن مسلم وموثقات منصور<sup>(٣)</sup> في الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين، ولا شك أن النسيئة أشد كراهة لمفهوم صحيحي زرارة: «البعير بالبعيرين والداية بالدايتين ليس به بأس»<sup>(٤)</sup>، وجوز أن يكون السكوت عن جواز النسيئة فيه للتقية كما يظهر من خبر سعيد بن يسار<sup>(٥)</sup>.

وكذلك وقع الخلاف في بيع أحد الربويين بالآخر المخالف للجنس بزيادة أحدهما نسيئة، فالمشهور الكراهة، وحرمة القديمان وهو ظاهر المفيد وسلار والقاضي للصحاح المستفيضة الحاصرة للجواز في كونه يدا بيد، وحملت في المشهور على الكراهة لتصريح صحيح محمد بن مسلم وغيره بها<sup>(٦)</sup>، نعم الكراهة مخلطة مع النسيئة. ويجب حمل الكراهة في أخبار المكيل والموزون عند زيادة أحد المثلين على الآخر على التحريم كصحيح الحلبي وحسنه وغيرهما<sup>(٧)</sup>.

وليس بين المسلم وبين أهل الحرب ربا لخبر عمر بن جميع ومرسل الفقيه<sup>(٨)</sup>، وفي مرسله الآخر، «ولا بين المرأة وزوجها ربا»<sup>(٩)</sup>، وليس بين

(٢) أبواب الربا ب ١٦ ح ٧.

(٤) أبواب الربا ب ١٧ ح ١.

(٦) أبواب الربا ب ١٣ ح ١.

(٨) أبواب الربا ب ٧ ح ٦.

(١) أبواب الربا ب ١٦ ح ١ و ٣.

(٣) أبواب الربا ب ١٦ ح ١.

(٥) أبواب الربا ب ١٧ ح ٧.

(٧) أبواب الربا ب ٨ ح ٤.

(٩) أبواب الربا ب ٧ ح ٥.

الرجل وولده ربا، ولا بيته وبين عبده لخبر زرارة<sup>(١)</sup>، ولا خلاف إلا من الاسكافي حيث خص أخذ الزيادة للوالد دون الولد وبشرط أن لا يكون الوالد وارث غيره ولا عليه دين وهو شاذ.

وفي مرسل الفقيه: «ولا بين المسلم وبين الذمي ربا»<sup>(٢)</sup> وافتى به الصدوق والسيد بشرط أن يكون باذل الزيادة الذمي كما اشترطه المشهور في الحربي لخبر عمر بن جميع<sup>(٣)</sup>، وحمل في المشهور على من لا يقوم بشرائط الذمة لصحيح زرارة<sup>(٤)</sup>.

وأما المكاتب بقسمية، ففيه خلاف، والظاهر ثبوت الربا معه.

وقد يتخلص من الربا المحرم بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ثم يشتري الأخرى بالثمن فيسقط اعتبار المساواة. وكذا لو وهبه سلعة ثم وهبه الآخر، أو يتبايعا هذه بهذه ويهبه الزيادة أو نحو ذلك، ولكن من غير شرط في الكل، ولا يقدر في ذلك كون هذه الأمور غير مقصودة بالذات، وقدر ورد في النصوص ما يدل على استعمال الحيلة على نحو ذلك كصحيح عبد الملك وصحيح محمد بن إسحاق بن عمار وخبر مسعدة بن صدقة وغيرها<sup>(٥)</sup>.

ومن الشرائط أن لا يكون محاقلة ولا مزابنة للنهي عنهما في صحيح عبدالرحمن بن أبي عبدالله وغيره<sup>(٦)</sup>، وفسرتا فيه بأن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة الأول المحاقلة، والثاني المزابنة عند الكاشاني

(١) أبواب الربا ب ٧ ح ٣. (٢) أبواب الربا ب ٧ ح ٥.

(٣) أبواب الربا ب ٧ ح ١. (٤) أبواب الربا ب ٧ ح ٣.

(٥) أبواب الربا ب ٢٠ ح ١ و ٢ وأبواب الصرف ب ٦ ح ١ و ٢.

(٦) أبواب بيع الثمار ب ١٣ ح ١.

والمشهور العكس حملاً للصحيح على اللف والنشر المعكوس، ويؤيده رواية المعاني<sup>(١)</sup> والشيخ في الخلاف إنما يحرم إذا بيع بثمرة منه بعينه أوبحنة من ذلك الزرع، ولا دليل عليه فالأقوى المشهور، ولكن حسنتا الحلبي<sup>(٢)</sup> تدل على جوازهما مطلقاً، وعلى هذا فيجوز حمل النهي على الكراهة، واستوجهه الكاشاني وشيخنا، وحملها الأكثر على المغايرة بين الثمن والمثمن وفيه نظر، لأن فيه قال: «التمر والبسر من نخلة واحدة، قال: لا بأس به».

والمراد بالمحاكلة في الزرع هي بيع السنبل بالحب لموثق عبدالرحمن بن أبي عبدالله<sup>(٣)</sup>، «فلا بأس ببيعه بالحب قبل ظهر الحب»، والظاهر أنه لا خلاف فيه. وفي تعدية الحكم إلى غير ثمر النخل والحنة من الفواكه [والحبوب] خلاف، والحق عند شيخنا عدم التعدي.

ويستثنى من التحريم على القول به كما هو المشهور بيع العريّة وهي النخلة التي تكون في دار الغير أو بستانه لخبر السكوني وخبر القاسم بن سلام<sup>(٤)</sup> المجوزين باشتراطها بخرصها تمراً، والقبالة أيضاً وهي أن يكون بين اثنين نخل أو شجر فيقبل أحدهما من الآخر بحصة صاحبه بشيء معلوم بعد خرصها لصحيحتي يعقوب بن شعيب وغيرهما<sup>(٥)</sup>، ولا عرية في غير النخل اجماعاً وتفسير النصوص لها.

ومن الشرائط أن لا يفترقا قبل التقابض أن كان العينان من النقيدين مسكوكين أم لا لصحيحتي الحلبي وحسنته وغيرها<sup>(٦)</sup>، ولا خلاف في

- (١) أبواب بيع الثمار ب ١٣ ح ٥. (٢) أبواب بيع الثمار ب ١٢ ح ١.  
 (٣) أبواب بيع الثمار ب ١٣ ح ١. (٤) أبواب بيع الثمار ب ١٤ ح ١ و ٢.  
 (٥) أبواب بيع الثمار ب ١٠ ح ١ و ٥. (٦) أبواب الصرف ب ١ ح ١ وب ٢ ح ٩.

ذلك إلا من الصدوق في الفقيه، وله أخبار عمار وخبر زرارة وموثق الفطحية<sup>(١)</sup>، إلا أن الأدلة الأولى أصح سنداً وأكثر عدداً.

وقالوا ومن الشرائط انه لا يفترقا قبل قبض الثمن في السلف والسلم، خلافاً للإسكافي حيث جوز القبض إلى ثلاثة أيام، ولم نجد لأحد القولين مستنداً، إلا أن الأحوط ما ذكره الأكثر. ولو قبض البعض في بيع الصرف صح فيما قبض فحسب، وكذلك في السلم وهذا لا مستند له أيضاً صريحاً، إلا أن الأخبار لا تنافيه.

وحيث يجب التساوي في بيع الأثمان فلا تجوز الزيادة في مقابلة الجودة لوقوع الربا بها لصحيتي الحلبي<sup>(٢)</sup> فلا يجوز ابتياع درهم طازج بدرهم غلة مع اشتراط صياغة خاتم، خلافاً للشيخ لرواية الكناني<sup>(٣)</sup> بل عداها إلى غير صياغة الخاتم، وكذلك الحلبي، وتردد المحقق وجماعة.

والمراكب المحلاة والسيوف ونحوها ان علم ما فيها بيعت بجنس الحلية بشرط أن يزيد الثمن عما فيها أو بغير جنسها مطلقاً، وكذا مع الجهل إذا علم زيادة الثمن لصحيح عبدالرحمن بن الحجاج وخبره وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

ويجوز خرج الدارهم المغشوشة مع جهالة الغش إذا كانت معلومة الصرف بين الناس. وتراب الصياغة يباع بالذهب والفضة معا أو بعوض غيرهما حذاراً من الربا، ويتصدق به مع عدم العلم بأربابه، فان ظهر بعض المستحقين له ولم يرض بالصدقة لم يضمن على الأصح عند شيخنا. ومن الشرائط أن لا يشترط في العقد شرطاً غير مقدور عليه، ولا غير

(١) أبواب الصرف ب ٢ ح ١ و ٢ و ٣. (٢) أبواب الصرف ب ٧ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب الصرف ب ١٠ و ١١. (٤) أبواب الصرف ب ٦ ح ١ و ٢ و ٣.

سائغ في الشرع، للإجماع وصحاح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(١)</sup>، والمشهور أن اشتمال العقد على تمثل هذه الشروط مما يبطله، ومنهم من أبطل الشرط وحده دون العقد وتدل عليه جملة من الصحاح ذكرت في النكاح. ومنها عند جملة من المتأخرين اشتراط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو لا يطاء أو لا يوهب، بل كل ما ينافي مقتضى العقد والملك فهو مفسد للعقد عندهم، ويشكل باشتراط عدم الانتفاع مدة معينة واسقاط الخيار والعق والمكاتبه والتدبير، وبالجملة ما أجمع على صحة اشتراطه، في حسن الحلبي عن الشرط في الإماء أن لا تباع ولا توهب، قال: «يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد»<sup>(٢)</sup>. وبمعناه صحيح ابن سنان<sup>(٣)</sup> وحسن جميل<sup>(٤)</sup>، أما اشتراط أن يبيعه منه فالظاهر اتفاهم على بطلانه، وعلل بلزوم الدور وهو غير لازم عند شيخنا. وكذا أبطل الأكثر اشتراط عدم الخسارة على المشتري، وصحيح عبدالله بن عتبة يشعر بكراهته. وأما اشتراط أن يقرضه شيئاً أو يستقرضه أو يؤجره أو يسلفه إلى غير ذلك من العقود السائغة فهو جائز قطعاً لعموم تلك الأدلة، وان توقف بعضهم في اشتراط القرض إذا باعه الشيء بأضعاف قيمته لأنه يشبه الربا، وما في صحيح يعقوب بن شعيب: «إذا كان قرضاً يجر نفعاً فلا يصلح»<sup>(٥)</sup> محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين صحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٦)</sup>.

(١) أبواب الخيار ب ٦ ح ١ و ٢.

(٢) أبواب الخيار ب ٦ ح ٢.

(٣) أبواب الهورب ب ٤٠ ح ٣.

(٤) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ١٩.

(٥) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ٤.

(٦) تقدم فراجع.



ومن الشرائط أن يذكر الأجل إذا اشتراه مؤجلاً وأراد بيعه مرابحة أو مواضعة أو تولية لصحيح هشام بن سالم وخبر ميسر وغيرهما<sup>(١)</sup>، وأن لا يملكه أولاً من ثالث ثم يشتريه منه بزيادة ليخبر بالثمن الثاني قاصداً بذلك الحيلة على الأصح عند الكاشاني وفاقاً للدروس، والمسالك لأنه تدليس وغرر منهي عنه خلافاً للمحقق، واختاره شيخنا لعدم ثبوت دليل على هذا الشرط، ولو شرى أمتعة لم يجز بيع بعضها مرابحة، تماثلت أو تخالفت لصحیحتي محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٢)</sup>، خلافاً للإسكافي في المماثل، وهو شاذ لا مستند له، ولو قوم على الدلال متاعاً ولم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة لخبر الكناني وموثق سماعة<sup>(٣)</sup>، ومع التقويم وعدم المواجهة فإن جعل له الزائد كان له لصحيح زرارة وصحيح محمد بن مسلم، ولو لم يعجل له الزيادة فالمشهور أن للدلال أجرة المثل سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتداه. وفرق الشيخ بينهما فحكم بأن الزائد للدلال في الأول ولا شيء له في الثاني، وكأنه استند إلى الصحيحين.

ويكره نسبة الربح إلى رأس المال، كأن يقول: «بعتك هذا عشرة بأحد عشرة» مثلاً، لصحيح الحلبي وحسنه وغيرهما<sup>(٤)</sup>، للجمع بينها وبين ما دل على الجواز كصحيح العلاء وخبره<sup>(٥)</sup>، وحرمه الشيخ في أحد قوليهِ. ويجب ذكر صرف الدارهم لو لحقها صرف في بيع المرابحة لصحیحتي

(١) أبواب أحكام العقود ب ٢٥ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام العقود ب ٢١ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب أحكام العقود ب ١٠ ح ٣. (٤) أبواب أحكام العقود ب ١٤ ح ١ و ٢.

(٥) أبواب أحكام العقود ب ٢٧ ح ١.

إسماعيل بن عبد الخالق<sup>(١)</sup>، وإنما يدخل في المبيع ما تناوله اللفظ بحسب العرف العام أو الخاص فلا تدخل الثمرة في بيع الشجرة. ومن باع نخلا قد أبر فثمرته لمن باع إلا أن يشترط المبتاع ذلك لموثق يحيى بن أبي العلاء وغيره، وعليه الإجماع إلا من ابن حمزة فإنه قدرها في التبعية وعدمها يبدو الصلاح ولا مستند له، وليس هذا الحكم جارياً في سائر الثمار كأثمار الأشجار إذ هي للبائع مطلقاً ما لم يشترط المشتري.

ولو انتقل النخل بغير البيع فالثمرة للنقل بلا خلاف وإذا ظهرت أتمت الفحول فهي للبائع وان لم تنشق، وإذا باع المؤبر وغيره كان المؤبر للبائع، وكذا لو كان في النخلة الواحدة وفاقاً للدروس واختاره شيخنا، خلافاً للتذكرة ففرق بين النخلة والنخيل فحكم بالجميع للبائع في الأول خاصة وغيرها.

وفي دخول الحمل مع الحامل مع الاطلاق قولان، المشهور عدم الدخول خلافاً للشيخ، والأخبار مصرحة بالأول، واحتج الشيخ بخبر السكوني الوارد في العتق لتبعية الولد لها، والمشهور لا يقول به هناك أيضاً، أما البيض فيدخل قطعاً.

واطلاق العقد يقتضي السلامة من العيوب وتسليم العوضين ويجبر الممتنع، وعند امتناعهما يجبراً مرة واحدة، وقال الشيخ يجبر البائع أولاً، وفيه نظر.

والرجوع في القبض إلى العرف، والمشهور التخليّة مطلقاً، وعند جماعة فيما ينقل ويحول القبض باليد أو الكيل أو الوزن فيما يوزن، والعد فيما يعد

(١) أبواب أحكام العقود ب ٢٤ ح ١.

والإنتقال في مثل الحيوان، وهذا القول مستفاد من كثير من الأخبار سيما أخبار بيع الطعام كصحيح معاوية بن وهب: «لاتبعه حتى تكيله أو تزنه»<sup>(١)</sup> وغيره. واختار شيخنا الرجوع إلى العرف وهو يدل على أن قباض غير المنقول بالتخلية مع رفع يد البائع عنه وعدم المانع من قبضه، والمنقول باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا، فعلى ذلك لا بدّ من إذن الشريك في المنقول، وإن كان غير منقول ففي توقفه عليه قولان، أجمعهما العدم، وعلى التوقف لو لم يأذن رجوع إلى الحاكم، ومع عدم القبض يضمن البائع الأصل والنماء حتى أجرة المدة في بيع مثل الخانات والدور، والمحقق في الشرايع لا يضمن أجرة المدة إلا مع حبسه بغير الحق.

ولهما الخيار ما لم يتفرقا بالإجماع والصحاح، منها صحيح محمد بن مسلم وصحيح زرارة وصحيح الحلبي. وهل يثبت الخيار للموكلين إذا حضرا المجلس أم لا خيار حينئذ إلا لهما؟ وهل يعتبر تفرق الوكيلين أو المالكين أو الجميع؟ أوجه:

قال شيخنا: والمتيقن ثبوت الخيار لكل متبايعين إذا كانا مالكين متولين للعقد والإفتراق منسوب إليهما خاصة، وفيما سوى هذه المسألة لم يثبت الخيار لا للمالكين ولا للوكيلين، ولا عبرة بافتراقهما، والمشهور أن للوكيلين الخيار لظاهر صحيح زرارة<sup>(٢)</sup> وغيره، ولهما الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام عند المرتضى لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup>، وخصه الأكثر بالمشتري لمفهوم صحيح الحلبي وخبره<sup>(٤)</sup> وغيرهما، واختاره شيخنا.

(١) أبواب احكام العقود ب ١٦ ح ١١ . (٢) أبواب الخيار ب ح ١ و ٢ و ٤ .

(٣) أبواب الخيار ب ح ٢ . (٤) أبواب الخيار ب ح ١ و ٤ وب ح ٢ ح ١ .

ويحمل الصحيح الأول على التقية، وجعله الحلبي في الأمة مدة الإستبراء، والمشهور عدم الفرق بينها وبين سائر الحيوان، لصحيح ابن ريبان<sup>(١)</sup>، وفيهما ما يدفع مذهب أبي الصلاح والمرتضى. ومن التصرف أخذ الحافر والتنجيل والركوب فراسخ كما اشتملت عليه مكاتبة الصفار<sup>(٢)</sup>، وكذا يثبت الخيار إذا اشتراه على حسب ما اشترطه لهما أو لأحدهما أو الثالث، وكذا إذا اشترط شرطاً سائفاً ولم يحصل المشروط لما مر من الأدلة ولقولهم ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup> كما في روايات عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٤)</sup>.

وقال شيخنا: والأخبار انما تفي بوجود القيام بالشرط لا ترتب الخيار على عدم الوفاء به إلا إذا شرط الفسخ عند الإخلال به، لكن المشهور اثبتوا الخيار بمجرد الإخلال بالشرط سيما إذا لم يمكن جبره عليه، واما اشتراطه لأجنبي منفردا ففيه خلاف، وهل يتوقف على رضا الاجنبي بالخيار؟ المشهور لا، خلافاً لابن حمزة ولو شرط الخيار لاحدهما أو في احدى العينين منهما بطل لمكان النجالة [عند شيخنا] والمشهور انه يصح في جميع العقود إلا في النكاح لعموم تلك الاخبار، ولا يصح في البراء والوقف العتق على خلاف فيها [ولا في الطلاق].

ويشترط ان تكون مدة الخيار مضبوطة الوقت سواء اتصلت بالبيع أو انفصلت للعمومات المتقدمة، وفي ثبوته من حين العقد أو التفرق مع الاطلاق قولان: فعند الفاضلين مبدؤه من العقد واختاره شيخنا، وعند الشيخ من حين التفرق.

(٢) أبواب الخيار ب ٤ ح ٢.

(١) أبواب الخيار ب ٣ ح ٩.

(٤) أبواب الخيار ب ٦ ح ٢ و ١ و ٣ و ٤.

(٣) أبواب الخيار ب ٦ ح ١ و ٢.

ومن أقسام هذا الخيار اشتراط ارتجاع المبيع عند رد الثمن مع تعيين المدة كما دلت عليه الاخبار، منها صحيح عبدالله بن سنان وصحیحتا سعید بن یسار<sup>(١)</sup>، وللمشتري الخيار إذا علم بالعيب قبل التصرف، وأخذ الارش بعده، إلا ان يكون العيب حبلا في الامة كما سیأتی.

والعیب ما زاد على الخلقة أو نقص عنها لرواية السیاري وغيرها<sup>(٢)</sup>، ومن العیوب انقطاع الحیض عن الامة إذا كانت في سن من حیض لصحیح داود بن فرقد وغيره<sup>(٣)</sup>، والمشهور ان خيار العیب ثابت قبل التصرف فهو مخیر بین الرد وأخذ الارش، والنصوص عند شیخنا والكاشاني انما اقتضت الرد خاصة قبل التصرف والارش بعده كصحیحتي جمیل بن دراج وصحیحتي محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٤)</sup>، وكلها دالة على انه بعد التصرف لیس له رد وانما له الارش وكلها خالية من التخییر بین الرد بالخيار و بین الارش قبل التصرف، والاصحاب اثبتوا هذا التخییر ولم یذكروا له مستندا.

قال شیخنا: وقد وقفنا على خبر في الفقه الرضوي یشرع بهذا التخییر وهو غیر مناف لهذه الاخبار فانها لم تنف الارش قبل التصرف وانما اثبتت الرد بعده وحده، اما بعد التصرف فلیس إلا الارش وان تطاولت المدة، واحتمل في المسالك الفورية، وفرق الشیخ والحلي في جواز اخذ الارش بین حدوث العیب قبل العقد أو بعده فجوازه في الاول دون الثاني وهو ممنوع.

(١) أبواب الخيار ب ٧ ح ١ وب ٨ ح ٢. (٢) أبواب أحكام العیوب ب ١ ح ١.

(٣) أبواب أحكام العیوب ب ٢ ح ١.

(٤) أبواب أحكام العیوب ب ٢ ح ٦ وب ٣ ح ٥.

ويسقط هذا الخيار بالتبري من العيوب وبالإيجاب وامضاء البيع، ويدل على السقوط مع التبري خبر جعفر بن عيسى ورواية زرارة، وأما اخبار الإيجاب فقد تقدمت، ولكن يسقط الرد بهما خاصة دون الارش، ويسقط الرد خاصة دون الارش بحدوث عيب بعد القبض فانه مانع من الرد بالعيب السابق، لأن شرطه تقدم على العقد أو في ايام الخيار كخيار الحيوان فانه بمنزلة السابق، ويسقطان مع علم المشتري بالعيب حين العقد لرضاه به، ويسقط الرد دون الارش بالتصرف لما تقدم، إلا إذا كان العيب حبلا في الأمة وقد وطأها المشتري فيردها ويرد معها نصف عشر قيمتها من غير فرق بين البكر والثيب عند شيخنا لصحيح ابن سنان وصحيح رفاعة وصحيح عبدالرحمن<sup>(١)</sup>، والمشهور ان المردود هو النصف ان كانت ثيبا لما ذكر والعشر ان كانت بكرا، وان بعد الفرض فلانه عقر البكر [بالنصوص المستفيضة] وللنص الخاص به وهو مرسل الكافي<sup>(٢)</sup> وعليه يحمل صحيح عبدالملك بن عمر وبحملة على البكر جمعا.

ومن العيوب في الزيت والسمن حصول الردي الخارج عن المعتاد لصحيح ميسر بن عبدالعزيز وخبر السكوني<sup>(٣)</sup>، وكذا لو وجد اسفل التمر رديا خلاف ظاهره لخبر أبي صادق<sup>(٤)</sup>. ومن المواضع المستثناة جواز الرد بعد التصرف ما لو كان العيب تصرية فانه يردها ويرد معها ما قابل لبنها بالاجماع والنصوص العامة. ومنها رواية المعاني<sup>(٥)</sup> وعند أكثر المتأخرين انه يرد مثل لبنها أو قيمته لانه مقتضى ضمان الأموال.

(١) أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ١ و ٢ و ٥.

(٢) أبواب أحكام العيوب ب ٦ ح ١. (٣) أبواب أحكام العيوب ب ٧ ح ١ و ٣.

(٤) أبواب أحكام العيوب ب ٧ ح ٢. (٥) أبواب الخيار ب ١٣ ح ٢.

ومنهم من ألحق بالشاة الناقة والبقرة وهو للشيخ وجماعة، والنص مشتمل عليها على اللاحق. والاسكافي في سائر الحيوانات حتى الادمي عند اخذ الامة للارضاع، ونفى عنه الكاشاني البعد وفاقا للدروس والمسالك، وجماعة من المتأخرين واليثوبة ليس عيبا خلافاً للمسالك في الصغيرة التي ليس محلا للوطي وظاهر القاضي انه عيبا مطلقا، ويدل على المشهور خبر يونس وموثق سماعة وغيرهما<sup>(١)</sup>.

ويرد المملوك من الأحداث المتجددة في السنة المستقبلية إلى تمامها من الجنون والجدام وان أوجبا العتق للمملوك لكن المشتري مسلط على الفسخ عند ظهور الآثار قبل الاستقرار، ومثلها البرص كما في صحيح إسماعيل بن همام<sup>(٢)</sup>، وقد اشترط الأصحاب أنه لا يرد بهذه العيوب مع التصرف وهو عند شيخنا بعيد من الاخبار لان بقاء المبيع من دون تصرف فيه في هذه المدة من الامور المستبعدة، وظهر الاسكافي الكفر عيبا، كذلك الشيخ في أحد قوليه وقواء في الدروس ولو ظهر تحريم الامة على المشتري ففي كونه عيبا خلاف.

والارش هو ما بين قيمته صحيحا ومعيبا لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٣)</sup>، وإذا باع ما يملك وما لا يملك فإن أجاز المالك صح على القول بجواز بيع الفضولي، ولا خيار، وان لم يجز أو قيل بعدم الصحة اتجه المشتري مع الجهل بين الأخذ بحصته من الثمن وبين رد الجميع لتبعض الصفة أو الشراء، وإذا اشترى شيئين صفقة وعلم بعيب في احدهما لم يجبر له رد المعيب منفردا وله ردهما أو اخذ الارش لتضرر البائع بتبعض

(١) أبواب أحكام العيوب ب ٦ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام العيوب ب ١ ح ٢.

(٣) أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٤.

الصفقة، ومتى تصرف في أحدهما سقط الرد. وكذا لو اشترى اثنان شيئاً فليس لاحدهما رد نصيبه على المشهور خلافاً للشيخ وجماعة، وقيل ان علم بالتعدد جاز التفريق إلا فلا، واستحسنه الكاشاني تبعا للتحرير والمسالك، والنصوص لا تساعد عليه عند شيخنا.

وللمشتري الخيار عند الرؤية إذا ظهر بخلاف الوصف للغرر ولصحيح جميل بن دراج<sup>(١)</sup>، والظاهر من الفتوى انه على الغرر ويسقط هذا الخيار أيضاً بالشرط وكذا له الخيار لو اشترى أرضاً على أنها جزءان معينة فكانت أقل، فاما أن يأخذ بجميع الثمن أو يفسخ عند الكاشاني، والمشهور له حينئذ أن يأخذها بحصتها من الثمن، وللشيخ قول ثالث بأن البائع ان كان له أرض إلى جنبها تفي بالناقص فعليه الاكمال منها وإلا أخذ المشتري بكل الثمن أو فسخ، لخبر عمر بن حنظلة<sup>(٢)</sup>، وفيها زيادة تصلح ان تكون حجة للمشهور، وكذا له الخيار لو اشترى مرابحة فبان رأس المال أقل، والشيخ وجماعة يأخذ به بإسقاط الزيادة، وكذا لو ظهر ان البائع اشترى مؤجلاً ولم يخبر بالاجل فله الخيار، وفي النصوص.

ومنها حسن هشام بن الحكم<sup>(٣)</sup> ان للمشتري من الاجل ما كان للبائع وعمل به جماعة منهم الشيخ وتلامذته وهو مذهب القدماء وظاهر شيخنا، وكذا له الخيار فيما إذا اشترط بالمسلم وقد حل الاجل وأخر البائع التسليم فيفسخ به أو يصبر على المشهور لصحيحتي الحلبي وغيرهما<sup>(٤)</sup>، خلافاً للحلي أسقط ولبعضهم فأوجب القيمة الآن وكلاهما ترده الصحاح وغيرها، والمستفاد من الاخبار عدم جواز أخذ الزائد على رأس المال من

(١) أبواب الخيار ب ١٥ ح ١.

(٢) أبواب الخيار ب ١٤.

(٣) أبواب أحكام العقود ب ٢٥ ح ٢.

(٤) أبواب السلف ب ١ ح ٤ و ٩.



البائع إلا أن يأخذ منه ليشتري المضمون وحينئذ ينبغي أن يولي الشراء غير المشتري أو يدفعه البائع ليشتري به المضمون، بالجملة لا يخلو من كراهة، إلا المبصر بالمسئلة وان كان ظاهر الشيخ في كتابي الاخبار المنع مطلقا، وهذا الخيار ليس على الفور لأصالة العدم، ولو قبض البعض فله الخيار في الباقي، لأنه المتضرر خاصة فله الرجوع إلى ثمنه لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup> وحسن هشام بن سالم وغيرهما<sup>(٢)</sup> إوله الفسخ في الجميع فيتخير في ثلاثة اشياء الصبر وهذين الوجهين لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> وغيره وهذا الخيار ليس على الفور لأصالة العدم ولو قبض البعض فله الخيار في الباقي أيضاً لأنه المتعذر خاصة فله الرجوع إلى ثمنه، ولحسن هشام بن سالم وغيره.

وله الفسخ في الجميع حذرا من تبعض الصفقة والأصح ان للبائع أيضاً الخيار مع رد المتخلف لتبعض الصفقة عليه أيضاً، إلا أن يكون التأخير بتفريطه فلا خيار، وكذلك لو وقع من المشتري ولكل منهما الخيار إذا لم يكن من اهل الخبرة، وظهر في المبيع غبن لم تجرى العادة بالتغابن عليه على المشهور وجماعة سيما المتأخرين ولم يذكره القدماء كالصدوقين، وأول من ذكره الشيخ واتباعه ولم يتقدر الغبن بغير العرف، ولا نص في هذا الخيار بخصوصه، نعم خبر تلقي الركبان ويؤيده<sup>(٤)</sup> حديث نفي الضرر وهو موثق زرارة وغيره<sup>(٥)</sup>، مما يدل على ذلك، وايد أيضاً باخبار: «غبن المؤمن حرام وغبن المسترسل سحت»<sup>(٦)</sup>، فلا بأس به عند شيخنا وهل

(١) أبواب السلف ب ١١ ح ٢. (٢) أبواب آداب التجارة ب ٣٦.  
(٣) أبواب احياء الموات ب ١٢ ح ٣. (٤) أبواب آداب التجارة ب ٣٦.  
(٥) أبواب الخيار ب ١٦ ح ٢. (٦) أبواب ما يكتسب به ب ٨٦.

هو على الفور أو التراخي قولان، ولعل الاول اقوى لانه المتباذر من أخبار الخيار هنا وفي النكاح، ويسقط بالشرط والايجاب والالتزام او بمنع مانع من رده كأن ينكح الامة فتصير ام ولد، فالاستيلاد مانع من الرد في المشهور، ولا يثبت به ارش بلا خلاف.

قال شيخنا: وإذا تأملت الادلة احتمل سقوط الخيار للمغبون منهما لو بذل له الغابن التفاوت لزوال الغرر. وأما البيوع الخيارية المستعملة في هذه الازمان فلا يتحقق الغبن للمغبون فيها لاقدامة على هذا البيع، لاشتراط الخيار فيها انتهى.

وللمشروط شرط سائغ الخيار إذا لم يف الآخر بالشرط، وقيل ليس له ذلك إلا مع تعذر تحصيل الشرط ولو بالرفع إلى الحاكم لوجوب الوفاء به على صاحبه، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، ولقولهم لِلرَّابِعِ: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، ومختار شيخنا عدم ثبوت هذا الخيار، وانما يجب الوفاء بالشرط كما تقدم.

وللبائع الخيار إذا لم يقع التقابض فيهما ولا في احدهما، ولا اشتراط تأخيره ومضي ثلاثة ايام على المشهور، بل نقل عليه إجماعنا لصحاحتي زرارة وغيرهما<sup>(٢)</sup> واختار شيخنا بطلان البيع بعد الثلاثة من جهة البائع والمشتري وفاقا للاسكافي، والشيخ في احد قوله لهذين الصحاحين، وفيهما، «ان جائه فيما بينه وبين ثلاثة ايام وإلا فلا بيع له»<sup>(٣)</sup> ولصحاح علي بن يقطين وغيره<sup>(٤)</sup>، وفيه نظر.

ويثبت الخيار فيما يفسد بالمبيت بعد أن يأتي الليل لخبر زرارة

(١) أبواب الخيار ب ٦. (٢) أبواب الخيار ب ٩ ح ١.

(٣) أبواب الخيار ب ٩ ح ١. (٤) أبواب الخيار ب ٩ ح ٢.

وغيره<sup>(١)</sup> ويملك المشتري ما فيه خيار، ولا يتوقف على انقضاء مدة الخيار خلافاً للاسكافي مطلقاً، والشيخ: إذا كان الخيار للبائع أولهما وهما شاذان فالنماء للمشتري، وان انفسخ العقد والتلف من غير تفريط منه إذا كان الخيار لهما أولالبائع، ومن البائع إذا كان للمشتري وقبل القبض من البائع مطلقاً لكنه يفسد البيع كما دل عليه خبر عقبة بن خالد<sup>(٢)</sup> وموثق إسحاق بن عمار وصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٣)</sup>، وإذا ثبت لاحد المتبايعين أوولهما خيار ثم مات انتقل الخيار للوارث، فلو اختلف الوارثان في الفسخ والاجازة كان الفاسخ مقدماً، وهل ينفسخ في الجميع أو في حصته خاصة ويتخير المشتري للتبعيض الصفقة؟ وجهان، اجودهما الاول، ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه ان كان المبيع باقيا وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفا في المشهور، لمرسل بن أبي نصر والفقيه ولا معارض لهما، فالقول به قوي عند شيخنا وفي المسئلة أقوال أخر لا مستند لها.

(١) أبواب الخيار ب ١١ ح ٢. (٢) أبواب الخيار ب ١٠ ح ١.  
(٣) أبواب الخيار ب ٨ ح ١ و ٢.

## فصل في الشفعة

وهي ثابتة في العقار بلا خلاف، لخبر عقبة بن خالد<sup>(١)</sup> ومعتبرته واشترط المتأخرون قبوله القسمة الإجبارية لخبري السكوني وفيهما: «لا شفعة في سفينة ولا في نشر ولا طريق»<sup>(٢)</sup> ولا دلالة فيهما، فالصحيح عند شيخنا عدم اشتراطه وفاقا للسيد والحلي، وأكثر القدماء وجماعة من المتأخرين على ثبوتها في كل مبيع لعموم مرسل يونس وغيره<sup>(٣)</sup>، ويعارضه مرسله الآخر. وما يدل على نفيها عن الحيوان كصحيح الحلي وحسنه وغيرهما<sup>(٤)</sup>، ومنهم من أثبتها في العبد دون غيره من الحيوان، والمنقول وهو خيرة العلامة في المختلف لصحيح الحلي<sup>(٥)</sup>، ولا شفعة في المقسوم بعد الشركه لحسن محمد بن مسلم وخبره وغيرهما، خلافا للعماني وهو شاذ.

ويشترط ان يكون الانتقال بالبيع فلو جعله صداقا أو صدقة أو هبة أو صلحا فلا شفعة عند الأكثر لمعتبر أبي بصير<sup>(٦)</sup> حيث نفاها عن الصداق خلافا للاسكافي، والاحوط قصرها على المبيع لأنه المتيقن. وليس

- 
- (١) أبواب الشفعة ب ٣ ح ٥.      ٢. أبواب الشفعة ب ٨ ح ١.  
(٢) أبواب الشفعة ب ٥ ح ٣.      (٤) أبواب الشفعة ب ٧ ح ٣.  
(٥) أبواب الشفعة ب ٧ ح ٣.      (٦) أبواب الشفعة ب ٧ ح ٧.

لليهودي والنصراني شفعة على المسلم لخبري السكوني وطلحة بن زيد<sup>(١)</sup>، ويشترط ان يكون قادرا على الثمن ولو بالاقتراض غير مماطل ولا هارب فيسقط حقه اجماعا وان كان قد ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام وان ذكر انه يبلى آخر اجل مقدار ذهابه إليه واخذه وعوده، وثلاثة ايام كما في حسن علي بن مهزيار<sup>(٢)</sup>، وعليه العمل، وان يكون الشريك واحدا على المشهور لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٣)</sup>، خلافا للاسكافي فائبتها مع التعدد لصحيحتي منصور بن حازم وغيرهما<sup>(٤)</sup>، وجعلها على قدر السهام وجوزها على عدد الشفعاء، خلافا للصدوق فائبتها معه في غير الحيوان خاصة لصحيح عبدالله بن سنان وصحيح الحلبي<sup>(٥)</sup> وجعلها على عدد الرؤس، وفي خبر طلحة الشفعة على عدد الرجال» والعمل عند شيخنا على المشهور.

ولو باع المشفوع وغيره صفقة ثبت في المشفوع خاصة اتفاقا إلا إذا كان غير المشفوع طريقا أو شربا فتثبت في الجميع لصحيحتي منصور<sup>(٦)</sup>، وكذا إذا كان من جملة المرافق كالأبواب المثبتة في الدور، ولا تثبت الشفعة في الثمرة وان بيعت على رؤس النخل، وقال الشيخ: تثبت في الثمار - والزروع - تبعا للاصل، والاشهر الاول، وعليه عند شيخنا المعول، ولو كان بعض المشفوع وقفا ففي ثبوت الشفعة للموقوف عليه اولولي الوقف من ناظر أوحاكم اقوال، والحلي أثبتها مع وحدة الموقوف عليه خاصة، واختاره المتأخرون، واختار في المبسوط عدم الشفعة هنا مطلقا،

- (١) أبواب الشفعة ب ح ٦ و ٢ و ١.  
 (٢) أبواب الشفعة ب ح ٧ و ٣.  
 (٣) أبواب الشفعة ب ح ٤ و ٢.  
 (٤) أبواب الشفعة ب ح ١٢ و ١٣.  
 (٥) أبواب الشفعة ب ح ٧ و ١ و ٣.

وهو مختار شيخنا لأن الأوقاف لله كما في الأخبار.

وتجب المبادرة للمطالبة بالشفعة منه العمل والابطل حقه عند الاكثر للخبرين العاميين، ولحسن علي بن مهزيار<sup>(١)</sup> والمرضى وابن الجنيد وعلي بن بابويه والحلي والحلي: لا تبطل إلا ان يصرح بالاسقاط، ولو تطاولت المدة المعتمد الاول كما عليه شيخنا، وان كان لتأخيره عذر لم تبطل وكذا لو ترك المطالبة لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا أو ان الثمن ذهب فبان فضة أو انه اشترى النصف فبان الربع أو بالعكس أو ان المشتري واحد فبان اكثر أو بالعكس ونحو ذلك لاختلاف الاغراض.

وللغائب المطالبة بعد خضوره وان طال زمان الغيبة إلا مع التمكن في الغيبة بنفسه او وكيله ولو قصر ولي الطفل في طلب الشفعة لم يبطل حقه، وفي خبر السكوني: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه ياخذ له الشفعة إذا كان له رغبة»<sup>(٢)</sup> وللغائب شفעתه، وهذا الخبر مستند هذه الأحكام ولا تسقط بتقاييل أحد المتبايعين، نعم لو رضي بالبيع ثم تقايلا لم يكن له شفعة، ولا تسقط بتصرف المشتري وفي سقوطها ببيع الشفيح حصته قبل أن يشفع أقوال، فالعلامة نعم، والمحقق لا، والشيخ ان باع بعد العلم سقط، وإلا فلا، وأقربها عند شيخنا مذهب المحقق لاستصحاب الثبوت. وفي السقوط بعفوه عنها قبل البيع أو حضوره عليه أو اذنه للمشتري أو للبائع قولان، والأصح عند شيخنا عدم السقوط إلا مع التصريح بعد ثبوتها أو اخلاله بالفورية.

وهل يستحق الأخذ بالعقد ويراعي بانقضاء الخيار أو به؟ بانقضاء

(١) أبواب الشفعة ب ١٠.

(٢) أبواب الشفعة ب ٦ ح ٢.

الخيار قولان، المشهور الأول فتوى ونصا، والثاني الشيخ، أما لو كان الخيار للمشتري خاصة فانه يستحقها بنفس العقد، وفي سقوط خياره وجهان، وظاهر الأكثر السقوط، أما خيار البائع فالأصح عدم سقوطه بالأخذ لاصالة البقاء.

وهل يجب تسليم الثمن أولا؟ أم يتقاضان معا؟ قولان، وليس في الأخبار سوى وجوب دفع الثمن للمشتري بعد الأخذ بها ووجوب تسليم الثمن له.

وقد ذهب في الشرائع إلى وجوب أولا التسليم بخلاف سائر المعاوزات، ويدفع الشفيع مثل الثمن ان كان مثليا وإلا فقيمه على الأصح، والمشهور لعموم الأدلة، والشيخ وجماعة على السقوط مع تعذر المثل، لمعتبرة علي بن رباب<sup>(١)</sup> وحسنه هارون بن حمزة الفنوي<sup>(٢)</sup>، ولا دلالة فيهما.

وهل المعتبر قيمته وقت العقد أو الوجوب حيث يتعذر المثل أو الأعلى منهما أقوال: أولها أقواها وآخرها أضعفها، ولا يلزمه ما زاد من الثمن أو نقص بعد العقد إلا إذا كان في زمن الخيار على قول الشيخ وهو ضعيف. ويشترط في الأخذ بالشفعة والعلم بالثمن تقدرا وجنسا ووصفا، فلو نسيه المشتري أو نحو ذلك [من الأسباب] الموجبة للجهالة سقطت الشفعة، ولا يكفيه عند الكاشاني أن يقول «شفعت بما اشتريت به» لتعذر تسليم الثمن، واحتمل شيخنا الاكتفاء بذلك. ولو اختلفا في مقدار الثمن فالمشهور أن القول قول المشتري مع يمينه، ولا تقبل شهادة البائع

(٢) أبواب الشفعة ب ٢.

(١) أبواب الشفعة ب ١١ ح ١.

لأحدهما، وفي المسألة وجه بقبول شهادته مع القبض لا بدونه، والأظهر عدم قبوله مطلقاً.

ولو عاب المبيع قبل مطالبة الشفيع فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك على المشهور لمرسل ابن محبوب<sup>(١)</sup>، وقيل: بل يضمه المشتري، سيما إذا عاب بفعله، وقربه شيخنا، ولا ينافيه الخبر. وإن عاب بعد المطالبة ضمن المشتري خلافاً للشيخ في المبسوط بناءً على أنه لا يملكه بالمطالبة بل بالأخذ كما هو الظاهر من الفتوى والأخبار. وإن تلف منه شيء يقابل بشيء من الثمن ضمنه مطلقاً على الأقوى.

وأما النماء المنفصل فهو للمشتري كما إن المتصل للشفيع كما هو المفهوم من الأخبار والفتوى. والمشهور إن الشفعة حق من الحقوق يصح المصالحة على إسقاطها والتوارث بها للعمومات القرآنية وللحديث النبوي المرسل: «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه»<sup>(٢)</sup>، خلافاً للشيخ والقاضي والطبرسي لخبر طلحة بن زيد: «لا تورث الشفعة»<sup>(٣)</sup> وهو ضعيف، وتقسم على سهام الورثة على المشهور، وقيل: «بل تقسم على الرؤوس» وليس بشيء، ولا تسقط بعفو البعض بل للباقي أخذ الجميع، كما في القصاص كذا قيل، وتردد فيه المحقق وضعفه، وربما انعكس التضعيف، والدليل مفقود من الطرفين، وحيث يقبل التبعض يكون المناسب عند شيخنا إن يقتصر على قدر حقه.

(٢) انظر أبواب موجبات الإرث ب ١.

(١) أبواب الشفعة ب ٩.

(٣) أبواب الشفعة ب ١٢.



## فصل في الشركة

وهي ثابتة بالاجماع والنصوص في الشفعة كلها مشعرة بثبوت الشركة، وكذلك أخبار القسمة، وجاء في النصوص بالخصوص بيان ما يترتب على الشركة.

ويشترط فيها عدم الاختيار، وتكون في العين والمنفعة والحق، وتحل بالارث والعقد والمزج بحيث لا يتميز كمزج الحنطة بالحنطة لا مزجها بالشعير، وتحصل أيضا بالحيازة وقد يقصد بها التجارة وتسمى بالعناية وهي الشركة في المال، ويعتبر اشتراكهما في العمل بأيديهما فان اختص به أحدهما فان جعل في مقابلة زيادة ربح فهو قراض ومضاربة وإلا فهي معونة وتبرع لا يستحق عليه شيئا.

ولا يشترط تساوي المالين في القدر ولا العلم بتساويهما أو تفاوتهما ان امكن معرفتهما إطلاق الأدلة شاملة لهذه الأقسام. ولو ان الشريكين شرطا في التصرف الاجتماع لزم، ولا يجوز لاحد الشركاء التصرف في المشترك إلا مع اذن الباقيين فيقتصر على المأذون لخبر زادن<sup>(١)</sup>، ويضمن مع التعدي لابدونه، إلا إذا منعه من الانتفاع به بالمرّة فلا يحرم التصرف بدون اذنه

حينئذ، اذ «لا ضرر ولا ضرار في الدين»، للاخبار النبوية وغيرها<sup>(١)</sup>، ولكل منهما الرجوع في الاذن فانها جائزة، وحيث يطلق في الاذن يتصرف حيث شاء من وجوه التجارة من قبض الثمن واقباض المثل حتى الحوالة لدخولها في الاطلاق، وربما قيل انه مظنة الخطر، فتخرج عن الاطلاق بدليل مفصل وفيه ما فيه عند شيخنا، ولا يجوز له أن يتخطا ما عيّنه له.

وهل تتوقف العمارة على اذن الشريك أم تجوز وان منع؟ قولان، المشهور التوقف، والثاني الجواز وهم للشيخ فانه إحسان، ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾<sup>(٢)</sup>. ومع اعتبار الاذن كما هو المشهور لو خالف وعمر، فهل للشريك نقضه؟ الاظهر لا، ان عمر بالألة المشتركة بينهما خانه تصرف في ملك الغير، ولو عمر بالألة المختصة بالشريك، قال الشيخ في المبسوط تخير بين مطالبته فيقضه واعطائه نصف القيمة وبقائه، وقيل بل التخيير فيه للثاني، ومع اعتبار الاذن لو امتنع الشريك رفع امره إلى الحاكم ليجره على المساعدة الاذن، فان امتنع أذن الحاكم، ولا يجب على الشريك المشاركة في العمارة ان أضر بها الحال فان اختار الشريك عمارته مجاناً فعل، وإلا ترك وان كان الترك مضراً كان له طلب القسمة، وكانت واجبة.

وينبغي عند شيخنا تقييده بما إذا لم يكن هناك ضرر بترك العمارة، وإلا وجبت المساعدة والمعونة والانفاق تعذر القسمة، اذ «لا ضرر ولا ضرار في الدين»، كما في ذلك الاخبار والربح والخسارة تابعان للمال وهو

(٢) التوبة: ٩١.

(١) أبواب الخيار ب ١٦.

موضع وفاق، فمتى كان مال أحدهما أكثر فله الربع بنسبته وان عملاً معاً لصاح الحلبي<sup>(١)</sup> وغيرها

ولو شرط زيادة لاحدهما مع تساوي المالين أو التساوي في الربح مع التفاوت في المال فأقوال ثالثها للحلبي<sup>(٢)</sup>. وهو بطلان الشرط خاصة، ومرضى المرتضى والعلامة في كثير من كتبه ووالده وولده وشيخنا الصحة مطلقاً، لصحيح رفاة وخبر حريز<sup>(٣)</sup>، والمشهور البطلان مطلقاً لمنافاة الشرط لمقتضى العقد، ثم على القول بالبطلان اما مطلقاً، أو على بعض الوجوه يثبت لكل واحد أجرة مثله، ويقتسمان الربح على نسبة المالين.

ولو اشتركا بالأعمال بان يكن بينهما كل ما يكسب به بأيديهما لم يجز ذلك الإشتراك، ولم يخالف في بطلان شركة الاعمال والابدان إلا الإسكافي فأجازها مع تشاركهما الفضل مع انه راجع إلى البطلان، وربما استدل بعض فضلاء المتأخرين على الجواز بعمومات أخبار الشركة<sup>(٤)</sup> وهو في غير محله.

ومن الاقسام الباطلة ما لو اشتركا في المعاوضة بأن يكون بينهما كل ما يملكان وما يلتزمان من غرم، ويحصل لهما من غنم لاشتمالها على الفرر المنهي عنه وكذا لو اشتركا بالوجوه، بأن يشترك وجيهان عند الناس لامال لهما ليشتريا في الذمم إلى أجل، فما يربحان بعد أداء الثمن فهو بينهما أو يشتري وجيه في الذمة فيفوض بيعه إلى خامل ويكون الربح

(١) أبواب أحكام الصلح ب ٤. (٢) تقدم فراجع.

(٣) أبواب أحكام الشركة ب ١ ح ٨. (٤) انظر ابواب احكام الشركة ب ١.

بينهما على جهة الشرط فكل هذه الاقسام باطلة خلافا للإسكافي في الاول وهو شركة الابدان.

وما استدلووا به على المنع لا يخلو من ضعف شيخنا ولا مانع من الصحة عنده مع التراضي والتارك لحقوقهما والتصالح على اسقاط تلك الحقوق، وعندني ان ذلك راجع إلى البطلان وإلا لما احتاج إلى التراضي ولا غيره. ولو كان المشتري فيه ديناً فلو استوفى أحدهما منه شيئاً ولو بعد قسمة مشاركة الاخر فيه على المشهور، خلافا للحلي في أحد قولييه، ويدل على المشهور خبر أبي حمزة الثمالي وصحيح معاوية بن عمار وصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(١)</sup>.

ليكن في خر علي بن جعفر وصحيحه: «عن رجلين اشتركا في التسلم أضح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟ قال: لا بأس»<sup>(٢)</sup>، وحمل على الجواز دون اللزوم أو على التقيّة، والحلي جوز أن يقبض حقه من دون مشاركة الآخر محتجا، باعتبارات قوية لكنها لاتعارض تلك الآخبار، وربما وجهت الحيلة في تصحيح ذلك بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد ان يعطي صاحبه ويقبل الآخر بناء على صحة الحوالة من البري، وترده موثقة غياث<sup>(٣)</sup>، ولو فرض سبق دين له عليه فلا اشكال في الصحة، ولو اصطلحا على ما في الذهم بعضا ببعض وفي الدروس قرّب الصحة واستجبه في المسالك، ويكره مشاركة الكفار لصحيح ابن رباب<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب أحكام التركة ب ٦ ح ١ و ٢. (٢) أبواب الدين والقرض ب ٢٩ ح ٢.

(٣) أبواب أحكام الشركة ب ٦ ح ١. (٤) أبواب أحكام الشركة ب ٢ ح ١.

## فصل في القسمة

والاخبار الواردة بمشروعيتها كثيرة كأخبار النوادر والدعائم وقسمة الغنائم وغيرها، وهي عندنا: «تمييز حق وليست يبيعا وان اشتملت على رد»، وتظهر الفائدة في الشفعة وفي بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض كالنقدين قبله في البيع، وفي قسمة الوقف في المطلق وخيار المجلس وخيار الحيوان وقسمة الموزون بالكيل في الربوي وغير ذلك فهذه كلها منتفية في القسمة دون البيع.

والمقسوم ان لم يكن في تعديله رد ولا ضرر اجبر الممتنع لان الانسان له ولاية الانتفاع بماله وحينئذ تتحتم في المشهور عملاً باطلاق النصوص عندهم وتسمى "قسمة اجبار"، وظاهر الأصحاب نقل الاجماع عليها، قال شيخنا "ولم نقف على دليل صريح سوى ما دل على آن الضرر لا يندفع إلا بها، وليس ضرر الشركة بموجب له لأنه جبر بالشفعة، وعلى المشهور فلو تضمنت الرد أو الضرر لم يجبر اذ «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>، ولأخبار الدعائم وغيرها<sup>(٢)</sup>، وان اختلف بأحدهما اجبر الآخر دونه، اما إذا كان الضر من الطرفين فلا جبر أصلاً.

وهل يتحقق الضرر بنقصان القيمة مطلقا كما عليه المشهور؟ أم مع التفاحش كما اختاره في الدروس؟ أو مع عدم الانتفاع بالمقسوم مطلقاً لتضمنه الضرر وهو ظاهر الصدوق في الدعائم؟ أو مع عدم الانتفاع الذي كان مع الشركة؟ وعلى كل الأقوال فمتساوي الأجزاء كالحبوب الادهان يقسم قسمة إجبار، وما عد شيئين فصاعداً فان كان عقارا كالدور المتعددة والدكاكين كذلك فقسمة غير اجبارية على المشهور خلافا للقاضي في الدور والقراح وهي التي لاماء لها ولا شجر.

وان لم تكن عقارا كالعبيد والدواب والثياب، فان كانت من نوع واحد وامكن التسوية عدداً وقيمة فقسمة قسمة إجبار عند الأكثر لمساواته للمتحد، والمشهور في الحبوب المختلفة أنها ليست بإجبار واحتمله جماعة، ان تساوت الحصص عدلت أولاً بالقيمة ليتمكن القسمة والأخبار الواردة في الشفعة بانه إذا عدلت السهام فلا شفعة، ثم إذا عدلت أقرع بينهم فان اختلف بأن لواحد الثلثان وللآخر عدلت على أقلهم نصيباً ثم أقرع اما يجعل الرقاع على عدد الشركاء أو عدد السهام، والأول أشهر فيخرج على السهام ويجعل لها أولاً وثانياً وهكذا إلى الآخر فان خرج الأول من له الثلث فهو له، فاخرج اسمه عليه فهو له فان كانت حصته أزيد فتبعه مما يليه في السهام حتى يستوفي الحصة.

والقرعة بالرقاع هو المعروف بين الفقهاء عملاً بالخبر بل الأخبار الواردة في العتق والوصية وغيرهما والظاهر عدم تعيينها بل يجوز بالأقلام كما ورد في الكتاب في قضية مريم عليها السلام <sup>(١)</sup> إلا أن الوقوف مع المشهور

أولى لأنه المتيقن لتكثر الأخبار به، وفي اشتراط رضاهم بعد القرعة مطلقا في القسمة الجبرية وغيرها أو فيما يشمل الرد خاصة قولان، الشيخ في المبسوط لا يشترط، وصرح في الدروس بكون قسمة منصوب الإمام تلزم بالقرعة مطلقا، وغيره يعتبر تراضيهما في قسمة الرد خاصة، وقواه شيخنا. ولو تراضوا على القسمة من غير قرعة بعد التعديل جاز وفاقا للقواعد واللمعة وان كانت قسمة رد، واختيار شيخنا والكاشاني وإذا ادعى بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه إلا بالبينة وله اليمين ان ادعى على شريكه العلم بالغلط، وربما قيل له خلاف الشريك مطلقا، وقواه شيخنا وفرق في المبسوط بين قسمة التراضي وغيرها. ويستحب للأمام أن ينصب قاسما كما في الدعائم والجعفریات<sup>(١)</sup>.

## فصل في المضاربة والمباذعة

والفرق بينهما ان المضاربة لا بدّ [فيها] من اشتراطها الربح بينهما، والمباذعة هو أن يشترط الربح للمالك خاصة والمضاربة ثابتة بالنصوص المتواترة كصاح الحلبي<sup>(١)</sup> وغيرها والإجماع، إلا من شد منا كالمفيد والقاضي والشيخ في النهاية وجماعة ممن تبعوه، حيث ذهبوا إلى ان الربح كله للمالك، وللعامل الأجرة ولا دليل عليه.

ويشترط في المال أن يكون [من] دراهم أو دنانير مسكوكة لظاهر خبر عبد الملك بن عتبة<sup>(٢)</sup> وظواهر أخبار الشراء بالجمال والضرب به، وتردد في الشرائع في القراض بالانقرة ولا وجه له ولا يضر غشها إذا كانت معلومة الصرف بين الناس سواء كان الغش قليلاً أو كثيراً، وأما العروض وهي الأمتعة فلا تصح المضاربة بها قطعاً، ويصح القراض بالمال المشاع، ويشترط فيه أن يكون معلوما عدداً أو نقداً أو مقدراً، فلا تكفي المشاهدة للغرر خلافاً للمبسوط والمختلف، ولا تصح المضاربة بالدين حتى يقبض لخبر السكوني<sup>(٣)</sup>.

ويشترط أن يكون الربح مشاعاً لصحيتي وصحيتي محمد بن مسلم

(١) أبواب أحكام المضاربة ب ١ ح ٢ و ٥ و ٧.

(٢) أبواب أحكام المضاربة ب ٢ ح ١ و ٤. (٣) أبواب أحكام المضاربة ب ٥ ح ١.



وغيرها<sup>(١)</sup>. ولو شرط أحدهما شيء معين والباقي بينهما فسد الشرط في الأشهر لهذه الصحاح وغيرها، ولو قال: «ان الربح بيننا» كان بينهما نصفين. ولو قال: «ان لك النصف» صح، ولو قال على أن لي النصف لم يصح لانه لم يعين للعامل شيئاً، واحتمل في المسالك الصحة، والاقوى عند شيخنا البطلان.

ولو كانت المضاربة بدون اذن المالك توقف على اجازته في المشهور وبطلت عند شيخنا، ويجوز ولي اليتيم المضاربة بماله إذا أومس إليه بذلك وبدونه لا يجوز، فان عمل به فربح فان الربح لليتيم، وان كان وضيفة فعلى الذي أعطاه، لما تقدم في أخبار الزكاة سيما مع عدم الملائمة، والمشهور وجوب الشراء بعين المال فانه المتبادر من تلك الأخبار وجوب البيع نقداً لما في النسيئة من التعزير، وبثمن المثل لا بدونه كما أطلقه الشيخ والمحقق وجماعة من المتأخرين والأقوى عند شيخنا والكاشاني جواز البيع بالعروض مع الغبطة.

ولا يجوز السفر إلا باذن المالك عندنا، ولو شرط أن لا يسافر إلى جهة معينة أو ببلد معين، أو لا يشتري إلا الثوب الفلاني صح ولزم بلا خلاف لصحیحتي الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيرهما، فلو خالف ضمن، ولو ربح فالربح بينهما لصحيح الحلبي<sup>(٣)</sup> وغيره، ولو شرط أن يشتري أصلاً كان في نمائه كالشجر والغنم قيل يفسده، وتردد المحقق، ووجه الفساد أنه لا ينطبق على المضاربة. ولو خلط مال القراض بغيره خلطاً لم يتميز أثم وضمن

(١) أبواب أحكام المضاربة ب ٢ ح ٣ وب ١ ح ٥.

(٢) أبواب أحكام الشركة ب ١ ح ٧٥. (٣) أبواب أحكام الشركة ب ١ ح ٥.

وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال وفاقا للاشهر لصحيح علي بن جعفر وغيره<sup>(١)</sup>، وقيل بل الزائد نفقة الحضر خاصة، وقيل بل نفقة السفر كلها على نفسه كنفقة الحضر وكلاهما اجتهاد مقابل النص.

ويجب الإقتصار على ما تحتاج إليه للتجارة، فلو أقام زيادة عنه فنفقته على نفسه خاصة، ويراعي في النفقة ما يليق بحالة عادة على وجه الاقتصاد، فان أسرف حسب عليه، وان قتر لم يحسب له، ولو شرط عدم النفقة لزم الشرط، وهل يشترط تعيينها حينئذ؟ قولان، والقول به قوي جدا عند شيخنا.

ولو كان لنفسه أو لغيره مال غير هذا المال فالوجه التقيط وهل التقيط على نسبة المالكين أو نسبة العاملين قولان، أجودهما عند شيخنا الأول والربح وقاية لرأس المال، يجبر به ما تلف منه أو خسر سواء كان الربح والخسران في مرة أو أكثر، في سفر أو أكثر، فان لم يفضل شيء فلا ربع كما هو المشهور، وقيل لا يجبر بالربح ما تلف من المال قبل دورانه بالتجارة، وفيه نظر. نعم لو أخذ المالك بعد الخسارة شيئا من المال ثم ربح بعده فيه فلا يجبر به إلا خسران رأس المال الذي ربح فيه لا مطلق الخسران.

والعامل يملك حصته بظهور الربح على المشهور لصحيحتي محمد بن قيس ومحمد بن ميسر<sup>(٢)</sup>، وقيل انما يملك بالأنضاض، وقيل انما يملك بالقسمة، وقيل ان القسمة كاشفة عن ملك العامل، وكلها ضعيفة المأخذ. وعلى تقدير الملك بالظهور فليس بملك تام بل لا بد في استقراره من

(١) أبواب أحكام الشركة ب ٦ ح ١. (٢) أبواب أحكام الشركة ب ٨ ح ١.

انضاض جميع المال أو انضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أولاً معها، على قول قوي، وبدونه تجبر الخسرات، وإذا انفسخ العقد ولم يظهر الربح فلا شيء للعامل إلا أن يكون الفسخ من قبل المالك فعليه اجرة المثل وفيه نظر عند شيخنا، لإقدامه على معاملة جائزة الفسخ، وهل للعامل أن يبيعه لو كان عرضاً، والحال هذه من دون رضا المالك أم لا؟ قولان مشهوران.

وكذا الخلاف لو طلب المالك منه انضاض المال ففي اجباره عليه مع عدم الربح كما هو المفروض قولان، والأقوى عند شيخنا والكاشاني العدم فيهما ولا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض، ولا أن يأخذ منه بالشفعة. والعامل أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن تفريط أو تعد، وقوله مقبول في التلف لامانته سواء في المضاربة لصحاح الحلبي<sup>(١)</sup> وغيرها، والبضاعة لخبر محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>، ولا يجوز أن يضمن المضارب لصحيح محمد بن قيس وموثقه وروايته<sup>(٣)</sup> وغيرها. ويجوز للمالك أن يدفع أكثر المال قرضاً والباقي مضاربة، ويشترط حصته من الربح للجميع أو يجعل الباقي بضاعة فان تلفت ضمن القرض لصحيح عبد الملك بن عتبة الهاشمي<sup>(٤)</sup> وخبره.

ومن كان بيده مضاربة فمات فان عيبتها لواحد بعينه فهي له، وإلا قسمت على الغرماء بالحصص لخبر السكوني ومرسل الفقيه<sup>(٥)</sup>، ولا يجوز

(١) قد تقدم في اول الفصل.

(٢) أبواب أحكام ب ١ ح ١.

(٣) أبواب أحكام المضاربة ب ٤ ح ١.

(٤) أبواب أحكام المضاربة ب ٢ ح ٣.

(٥) أبواب أحكام المضاربة ب ١٣ ح ١.

للمضارب وطأً الجارية أن يطأ الإمة المشتراة من مال المضاربة ان ظهر ربح، إلا إذا أذن له المالك فخير عبدالله يحيى الكاهلي<sup>(١)</sup> يجب حمله على جواز تحليل المالك له. ولا يجوز أن يشتري في المضاربة ما ينعقد على رب المال فان أذن له صح وانعقد وبطلت المضاربة في ثمنه، فان كان فيه ربح فهل يستحق حمته من العبد أم الأجرة؟ قولان، قوَى شيخنا ثبوت الأجرة، وإذا كان المال لامرأة فاشترى زوجها فان كانت باذنها بطل النكاح، وان كان بغير اذنها قيل يصح الشراء وقيل يبطل وهو المشهور. وقواه شيخنا ولو اشترى العامل أباه فان ظهر ربح نصيبه من الربح ويسعى المعتق في باقي قيمته معسرا كان العامل أو موسرا لصحيح محمّد بن قيس<sup>(٢)</sup> وخبر السكوني<sup>(٣)</sup>. ولو اختلف العامل والمالك في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه، وهذا مع عدم ظهور ربح، وإلا ففي قبول قوله اشكال.

(١) أبواب أحكام المضاربة ب ١١ ح ١. (٢) أبواب أحكام المضاربة ب ٨ ح ١.

(٣) قد تقدم فراجع.

## فصل في المزارعة والمساقات

المزارعة: معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، والمساقات: معاملة على أصول ثابتة بحصة من حاصلها. ومما يدل عليهما صحيح يعقوب بن شعيب<sup>(١)</sup>، وصحيحه الآخر<sup>(٢)</sup> نص في المساقات. ومما يدل على المزارعة صحيحنا الحلبي وغيرهما<sup>(٣)</sup>، يدل على مشروعيتها صححتنا الحلبي أيضا، ولا بدّ من الإيجاب والقبول وضبط المدة فلا تنفسح حينئذ بالتقاييل من الطرفين أو انقطاع الماء وفساد منفعة الأرض ونحو ذلك. ولا تبطل المساقات بموت أحدهما إلا إذا شرط العمل عليه بنفسه ومات قبل ظهور الثمرة خلافا للمبسوط، متبطل بموت أحدهما مطلقا، والأقوى عند شيخنا مذهب المشهور لدلالة الكتاب والسنة على ذلك.

ويشترط فيهما أن يكون النماء مشاعا بينهما كالنصف والثلث والرابع لصحاح الحلبي وصحيحتي ابن سنان<sup>(٤)</sup> وغيرها، وجوز الشيخ وجماعة استثناء البدر من جملة الحاصل وإشاعة الباقي. وفي المختلف قوى

(١) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ٩ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٠ ح ٢.

(٣) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ٨ ح ٢ و ٣ و ٤.

(٤) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٥ ح ٢.

استثناء شيء معين منه مطلقا، بذرا أو غيره مع اشاعة الباقي ولا مستند له، بل الأخبار انما دلت على عكسه كخبر اباراهيم الكرخي<sup>(١)</sup>، فالقول الأول الأشهر وأظهر. أما لو شرط أحدهما شيئا يضمنه في ذمته من نقد أو عروض من غير الحاصل مضافا إلى الحصة، فالمشهور جوازه، فيجوز اشتراط الخراج على العامل كما جاء في الأخبار<sup>(٢)</sup>.

وحصة السلطان عملا بلزوم الشرط، ولصحيتي يعقوب بن شعيب وغيرهما<sup>(٣)</sup>، ويجوز أن يفرد كل نوع بحصة بشرط العلم بمقدار كل نوع لعموم الأخبار، ولا يجوز أن يجعل للبذر شيئا وللبرق شيئا وللعمل شيئا إن كان سائغا لمنع الأخبار من ذلك صريحا كصحيح الحلبي<sup>(٤)</sup> وغيره، ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح وبالثلث ان سقي بالسايح بطلت لأن الحصة لم تتعين. ويشترط فيهما تعيين مدة يدرك فيها الزرع علما أو ظنا غالبا في المشهور بالنسبة إلى اشتراط المدة، وأما ادراك الزرع فالأكثر لم يشترطه إلا أن الأقوى عند شيخنا اعتباره لصحيتي يعقوب بن شعيب والحلبي وغيرهما خلاف لجماعة في الأمرين.

وفي جواز إزالة المالك الزرع بعد انقضاء المدة على تقدير صحة المعاملة قولان، والمشهور أن له لإزالة مطلقا، واختاره شيخنا، وقيل أن [له] إزالة مع الارض جمعا بين الحقين أما لو اتفقا على التبقية جاز بوضع [بعوض] وغيره، ولا يجبر أحدهما عليه خلاف لظاهر القواعد حيث جعل

(١) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٠ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٤.

(٣) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٨ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ٨ ح ٤.

التخيير في قلعه بالأرش، وإبقاؤه بأجرة للمالك، وفيه نظر عند شيخنا، ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة لزمه أجرة المثل. وهل يغرق بينهما إذا ترك العامل الإنتفاع اختيارا وغيره؟ ظاهرهم العدم ولا يبعدى الفرق عند شيخنا لإنتفاء التقصير في الثاني.

ويشترط فيهما أن تكون الأرض والاشجار مما يمكن الانتفاع به عادة بأن يكون لهما ماء يكفيهما للسقي غالبا، فبتطل بدونه، ولو رضي العامل به لصحيح يعقوب بن شعيب<sup>(١)</sup> وغيره، وتردد في التذكرة فيما لو كان لها ماء نادرا في صحة المزارعة وعدمها، ولو تجدد انقطاع الماء في الأثناء قيل تبطل، وهو ظاهر من الأخبار والفتوى، وعند الفاضلين أن للعامل خيار الفسخ ولا يجب تعيين الزرع على الأقوى لاطلاق الأدلة خلافا للعلامة في التذكرة وفيه نظر. وان عين لم يجز التعدي، فلو فعل لزمه أجرة المثل، وقيل وهو المحقق في الشرائع بل يتخير المالك بينه وبين أخذ المسمى مع الأرض، والعلامة والمحقق في أحد قوليه يجوز مع التعيين زرع ما هو أقل ضررا، وفيه نظر عند شيخنا.

وخير العلامة في أكثر كتبه بين أخذ أجرة المثل والمسمى وفيه نظر أيضا، والأقوى عند شيخنا ثبوت أجرة المثل خاصة، وللمزارع أن يشارك غيره وأن يزارع عليها غيره بغير اذن المالك لنقل منفعة الأرض إليه، «والناس مسلطون على أموالهم» كما في الخبر النبوي<sup>(٢)</sup> وغيره. وفي المسالك لا يجوز له تسليم الأرض إلا باذن المالك، واختار شيخنا الأول

(١) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٠ ح ٢.

(٢) أبواب أحكام المزارعة والمساقات ب ١٥ ح ٣ و١.

لخبري سماعة وموثقه وصحيح إسماعيل بن الفضل<sup>(١)</sup> وغيرها، وقيل انما تجوز مزارعة غيره ومشاركة، إذا كان البذر منه وهو كذلك عند شيخنا بالنسبة إلى مزارعة غيره، أما المشاركة فلا. وعليه تنطبق الأخبار عنده، هذا إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه، وإلا لم تجز المزارعة ولا المشاركة.

وأما المساقات فليس للعامل أن يساقي غيره، لأنه لا يملك فيها سوى الحصة من الثمر بعد ظهورها وإمام العمل، أما لو اشترط المالك على العامل أن يعمل بنفسه فلا يجوز له التعدي، اتفاقا لقولهم: "المؤمنون عند شروطهم"<sup>(٢)</sup>.

ويجوز لصاحب الأرض في المزارعة وصاحب الأصول في المساقات أن يخرص على العامل بعد انعقاد الحب وظهور الثمرة، والعامل بالخيار في القبول والرد لصحيح الحلبي<sup>(٣)</sup> وصحيحتي يعقوب بن شعيب<sup>(٤)</sup> وغيرها، وقد جاء في الأخبار تسميته بالقبالة، والمشهور اشتراط استقراره في ذمة المتقبل على السلامة من الأفات السماوية، ولا نص فيه عند شيخنا، وانكره الحلبي رأسا فجعله باطلا مع الشرط، لأنه ان كان مبيعا فهو محاكمة، وان كان صلحا فهو لازم مسلم أولا ان كان بعوض مضمون.

وخراج الأرض على صاحبها لصحيح داود بن سرحان وغيره، وكذا كلما لا يتكرر كل سنة كاصلاح الحائط واقامة الدولاب ونحوهما دون ما

(١) أبواب أحكام المزارعة والمساقات ب ١٥ ح ٣ و ١.

(٢) أبواب أحكام المزارعة والمساقات ب ٨ ح ٣ و ٤.

(٣) أبواب أحكام المزارعة والمساقات ب ٨ ح ٢ و ٣ و ٤.

(٤) أبواب أحكام المزارعة والمساقات ب ٩ ح ٢ و ب ١٠ ح ٢.



فيه صلاح الأرض مما يتكرر كل سنة كالزراع والسقي وآلاتهما وتنقية النهر وكنسه وأشبه ذلك مما يتوقف عليه تنمية الثمرة، فهو على العامل لو شرط لخراج أو شيئاً من القسم الأول اللازم للمالك على العامل صح ولزم لصحيتي يعقوب بن شعيب<sup>(١)</sup> وغيرهما.

والزكاة على كل منهما مع بلوغ نصيبه النصاب خلاف لابن زهرة حيث أوجبها على صاحب الأصل وهو مخالف للنصوص. وكل موضع حكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الأرض اجرة المثل ان كان البذر من الزارع، وإذا ساقاه على أصول فبانت مستحقة ولم يجز المالك بطلت المساقاة وعليه الأجرة للعامل إلا إذا كان عالماً فليس له شيء وكذا كل موضع يفسد فيه العقد فان الثمرة لصاحب الأصل، وللعامل أجرة المثل، وإذا تنازعا في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه، وكذا لو اختلف في الحصة فالقول قول صاحب البذر، ولو قال العامل "أعرتنيها" فأنكر المالك فالقول قول صاحب الأرض لرواية الدعائم<sup>(٢)</sup>، وتثبت له أجرة المثل والمغارسة باطله لجهالة، ولصاحب الأرض قلعة وله الأجرة لطول بقائه، ولو نقص بالقلع ضمن أرش، وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً وباقياً بالأجرة.

(١) قد تقدم فراجع.

(٢) المستدرک: أبواب الزراعة المساقات ب ١٨ ح ١ والدعائم ٧٣/٢.

## فصل في الإجارة

وهي ثابتة بالنص المتواتر ولزومها متفق عليه، ولا تنفسخ بالبيع فان كان المشتري عالماً بتعيين عليه الصبر إلى انقضاء المدة، وان كان جاهلاً تخير بين فسخ البيع وامضائه مجاناً، لرواية يونس بن عبد الرحمن وحسن الحسين بن نعيم الصحاف<sup>(١)</sup>. ومثل الاجارة السكنى لحسن الصحاف، ولو فسخ المستأجر بعد البيع عادت المنفعة للبائع لا للمشتري لسبق حقه. أما لو باعها على المستأجر مع البيع. وفي انفساخ الاجارة هنا قولان، أقواهما بقاء الاجارة لصحيح على بن يقطين وخبره<sup>(٢)</sup> وغيرهما، ولو انهدم المسكن واعاده صاحبه ومكنه منه بلا فوات شيء من المنافع، وان قل قلة لا يتسامح فيها سقط الخيار على الاصح عند الكاشاني تبعاً للمشهور. والاصح عند شيخنا وشهيد المسالك التسلط على الفسخ مطلقاً، وعدم وجوب العود على المالك لخبر الدعائم<sup>(٣)</sup>. ولا تبطل الاجارة بالعتق فتستوفى المنفعة التي تلك المدة وهو ضعيف، ولا تبطل بالموت في المشهور إلا إذا اشترط الانتفاع بنفسه والشيخ على البطلان به، وفي احد

(١) أبواب أحكام التجارة ب ٢٤ ح ٤ و ٣. (٢) أبواب أحكام التجارة ب ١٤٧.

(٣) المستدرک: أبواب ما یکتسب به ب ٤٢ ح ١ و ١٠٠ والدعائم: ٢٦٣/١.

قوله: تبطل بموت المستأجر دون المؤجر، ويدل على المشهور خبر ابراهيم بن محمد الهمداني وصحيح احمد بن اسحاق الابهرى. ولو شرط خيار المجلس فهل يثبت كسائر الشروط السابقة ام لا؟ والشيخ في المبسوط على الثبوت، والمشهور حتى منه في غيره على عدم الثبوت، لأن ثبوته مختص بالبيع. ومن أكثرى سفينة أو دابة فهكلت الدابة أو عطيت السفينة فقد انفسخ الكرى، وعليه بحساب ما قطع من الطريق لخبر الدعائم<sup>(١)</sup>.

ويشترط في العين المؤجرة ان تكون مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه إلا في مسائل خصوصاً كاستيجار لبن المرصعة للارضاع واستيجار لبن الشاة للاستحلاب عند مجوزه، واستيجار الآبار للاستسقاء من مائها. ولا فرق بين اجاره المقسوم والمشاع إجماعاً لصحيح أبي بصير وموثق البقباق<sup>(٢)</sup> وغيرهما

ويجوز استيجار الدراهم والدنانير للترزين والتجمل ونحو ذلك وان استشكل الفاضلان في مواضع من كتبهما، وقد جاء في الاخبار والفتوى، استيجار المرأة للارضاع واستيجار الرجل للصبغ، والبئر للاستسقاء ونحو ذلك، وهل يجوز استيجار الحائط المزوق للنزهة ام لا؟ الحللي على الجواز واستحسنه شيخنا، وجماعة على المنع.

ولو أجر الوصي صبياً مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن فيه البلوغ وصحت في المحتمل، وان تيقن [اتفق] البلوغ فيه لخبر تحف العقول<sup>(٣)</sup>.

(١) قد تقدم.

(٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٩ ح ٣ و ٢.

(٣) أبواب أحكام الإجارة ب ١ ح ١.

وفي جواز الفسخ للصبي بعد بلوغه قولان، والمشهور ليس له ذلك، وتردد المحقق وهو في محله، وحكم المجنون بعد الافاقة حكم الصبي إذا بلغ في الوقت المحتمل، وإهذا كله إذا كان رشيدا حالة الاجارة وإلّا لم يلزم.

وللمستأجر ان يؤجر غيره اذن المالك ام لم يأذن لصحيحة علي بن جعفر وصاح الحلبي وغيرها<sup>(١)</sup>، خلافا للشهيد الثاني فلم يجوز له تسليم العين إلا باذن المالك، فان فعل ضمن، ويدفعه صحيح علي بن جعفر<sup>(٢)</sup>. وهل يجوز اجارة المسكن والخان والاجير بأكثر مما استأجر أم لا إلا ان يؤجر بغير جنس إلا جرة أو يحدث ما يقابل التفاوف فتصح الاكثرية؟ قولان الاكثر على المنع إلا مع المغاير [التغاير] والحدث، لحسن الحلبي<sup>(٣)</sup> في الدار، وفيه «إلا أن يحدث فيها شيئا»، وفي خبر أبي المعزا وخبر ابراهيم بن ميمون وغيرها «في الرجل يستأجر الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال: لا بأس ان هذا ليس كالحانوت»<sup>(٤)</sup>. والاجير ان فضل الحانوت والأجير والبيت حرام. وفي خبر أبي الربيع «ولا مثل البيت ان فضل الاجير، والبيت حرام»<sup>(٥)</sup>، وفي معتبرة اسحاق بن عمار: «إذا تقبلت أرضا بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لان الذهب والفضة مضمونان»<sup>(٦)</sup>، ومثله معتبر أبي بصير<sup>(٧)</sup> وغيره، وحمل جماعة من

(١) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٢ ح ٣ و٤ و٧ و٨.

(٢) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٢ ح ٧. (٣) ابواب احكام الاجارة ب ٢٢ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٠ ح ٤ و٥.

(٥) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٠ ح ٢. (٦) أبواب أحكام الاجارة ب ٢١ ح ٢.

(٧) أبواب أحكام الاجارة ب ٢١ ح ٦.

المتأخرين هذه الاخبار على الكراهة، وجعلوا موثق أبي بصير وفيه: «إني لآكره ان استأجر رحي وحدها ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها إلا ان أحدث فيها حدثا أو أغرس فيها غراسه»<sup>(١)</sup> قرينة على الكراهة.

وحملها على التحريم عند شيخنا اولى لصراحة تلك الاخبار أو تخصيصها بما سوى البيت والحانوت والاجير كما هو صريح بعضها. قال شيخنا: وللمؤجر نفسه ان يؤجر غيره بأقل أو أكثر بالاتفاق فتوى ورواية إلا إذا شرط العمل بنفسه، فاذا استأجر الغير بأقل مما استأجره ففي كراهته او تحريمه قولان مشهوران: الاول للمتأخرين والثاني للقدماء، لاختلاف الأخبار إلا أن المشهور فتوى ورواية التحريم، وظاهر كلام الأصحاب ان الخلاف جار في المطلق أيضا. وفي صحيح محمد بن مسلم: «سألته عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه، ويدفعه إلى آخر ويربح فيه، قال: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا!»<sup>(٢)</sup>، وبمعناه صحيحه الآخر وغيره.

وفي التهذيب: «لا بأس فيما تقبلت من عمل ثم استفصلت فيه»، ويجوز للزوجة الحرة اجارة نفسها للإرضاع وغيره مع اذن الزوج مطلقا عندنا، وبدون الإذن ان منع شيئا من حقوقه توقف على اجارته قطعا، وان لم يمنع فقولان: الجواز وهو مختار الشرائع وجماعة من المتأخرين، ومنهم شيخنا للأصل والعمومات القرآنية، والثاني المنع هو للشيخ في جميع كتبه لما ورد من المنع من ارضاع المرأة لغير ولد زوجها، وهو محمول على منعه شيئا من حقوق الزوج أو على التقبة.

(١) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٢ ح ٥. (٢) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٣ ح ١ و٥.

ولو فرض تقدم الإستئجار على النكاح فلا اعتراض للزوج، وله الاستمتاع بها فيما فضل عنه، وليس لولي الطفل منع الزوج عن الوطي مع تضرر الولد به ومعه له المنع لسبق حقه، وكذا القول فيما لو أجر أمته للإرضاع ثم زوجها، وكل موضع يمنع فيه الزوج من الوطي لحق الإرضاع تسقط فيه عنه النفقة تلك المدة عند الأكثر وفيه نظر عند شيخنا.

ويشترط في صحة الإجارة أن تكون المنفعة مباحة فلو أجره مسكنا ليحرز فيه خمرًا أو أجيرا ليحمل مسكرا لم ينقذ لخبر تحف العقول<sup>(١)</sup> وغيره، [وقيل]. وهل تنقذ الإجارة وان كان محرمة؟، ويشترط في المنفعة أن يكون مقدوراً على تسليمها، فلو أجر الأبق لم تصح مطلقا في المشهور. وهل يشترط قدرة المستأجر عليه أم لا؟ قولان، الأقوى عند شيخنا عدم الإنعقاد، وتصح، اجارته عند الشهيد الأول مع الضمية قياسا على البيع وفيه نظر.

ويشترط أن تكون المنفعة معلومة مما لا يمكن تقديره إلا بالزمان فلا بد من تقديره به، كسكنى الدار والإرضاع ونحو ذلك، ولو قدر بالمدة والعمل معا قيل يبطل لان استيفاء العمل في المدة المعينة على وجه التطابق بحيث يتمان معا لا يتفق، وهو حسن شيخنا، والقول بالصحة للعلامة. نعم لو اراد الظرفية المطلقة وامكن وقوع الفعل فيها جاز.

وفي اشتراط اتصال المدة بالعقد قولان: والاصح عند المشهور العدم. والقول بالإشتراط للشيخ وهو المفهوم من الاخبار عند شيخنا، اما لو أطلق ولم يقيد بمدة متصلة او منفصلة، فالشيخ على البطلان، والاكثر

(١) أبواب أحكام الاجارة ب اح ١.

على الصحة، ويقتضي الإتصال وهو حسن عند شيخنا، والكاشاني فيما دل عليه العرف وإلا فلا، ولو استأجر لينتفع بالمستأجر بما شاء صح وتخير.

وفي الدعائم<sup>(١)</sup> «ليس لصاحب الدار أن يمنعه من عمل مالم يكن يضر»، وكذلك الحوائت، ولا بد من تعيين العقار وهو البيت والشجر والأرض بما يرفع الجهالة فتجب المشاهدة أو الوصف. واشترط في الشرائع السرائر في الموصوف أن يكون شخصا، فلا يكفي عند اجارة عقار موصوف في الذمة. وفيه نظر عند شيخنا.

ويشترط في وصف الدابة وما يحمل عليها، ووقت السير ليلا أو نهارا لا أن يكون هناك عادة فيكتفي بها لإندفاع الغرر بذلك، ومنع العلامة في التذكرة من الإستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها. ولا بد من تعيين الصبي للإرضاع والمرضعة، بل ذهب جماعة إلى تعيين الموضوع الذي ترضعه فيه، وتردد المحقق، وكذا يشترط تعيين الأرض إذا استأجر أجيرا فيها إذا لم يقدر العمل بالمدة، والذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة أو عملا معيننا مع تعيين أول زمان لا يجوز له العمل لغير المستأجر إلا بإذنه كما في معتبر اسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>، والموثق في المشهور، والصحيح عند شيخنا.

وفي وجوب المبادرة إلى الفعل مع الإطلاق قولان: المشهور العدم، والعلامة والدروس على الوجوب الفوري، والأخبار دالة على التوسعة

(١) المستدرك: أبواب كتاب الاجازة ب ١٩ والدعائم: ٧٦/٢

(٢) أبواب أحكام الاجارة ب ٩ ج ١

عند الإطلاق. ويشترط أن تكون الأجرة معلومة بالوزن في الموزون والكيل في المكيل والعد في المعدود، والشيخ والمرضى وجماعة "تكفي المشاهدة"، وقواه شيخنا إلا أن الأول أحوط.

ولو استأجره ليحمل له متاعا إلى موضع معين بأجرة معينة في وقت معين فان نقص عنه نقص من أجرته شيئا جاز، ولو اشترط سقوط الإجارة ان لم يوصله فيه لم يجز، وكان له أجرة المثل قالهما الأكثر، لصحيح محمد بن مسلم وموثق الحلبي<sup>(١)</sup> والحلي وأكثر المتأخرين على البطلان فيهما، وربما احتج لهم بخبر الدعائم<sup>(٢)</sup>، وهو قاصر عن المعتبرين مع تأييدهما بصحيح أبي حمزة الثمالي<sup>(٣)</sup>، وعلى الحكم بالبطلان تثبيت له أجرة المثل، إلا أن يشترط اسقاط الجميع فلا شيء في الإتيان به في المعين، وقد دل على ذلك خبر الدعائم<sup>(٤)</sup>.

ولو قال "أجرتك هذه الدار كل شهر بكذا"، فالمحقق وجماعة: انما يصح في شهر، وأكثر المتأخرين على البطلان مطلقا واختاره شيخنا. ولو قال: ان خطتة فارسيا فلك درهم، وان خطتة روميا فلك درهمان"، وكذا ان قال: "ان عملت هذا العمل في هذا اليوم فلك درهمان، وان عملته في غد فلك درهم"، فالمشهور على الصحة فيهما، واختار في المسالك البطلان كالبيع بثمانين نقدا بكذا ونسيئة بكذا، أو إلى أجلين .  
نعم لو وقع ذلك جهالة صح كما صرح به الحلي والشهيد الثاني وهو

(١) أبواب أحكام الاجارة ب ١٢ ج ١ و ٢.

(٢) قد تقدم (٣) أبواب أحكام الاجارة ب ٨ ج ١

(٤) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٩ ج ٥



اختيار شيخنا والكاشاني. ولو استأجره للعمل في الأشجار بجزء من الثمرة، فإن كان قبل ظهورها لم يجز قولاً واحداً، وإن كان بعده وقبل بدء الصلاح وهو الإحمرار والإصفرار وانعقاد الحب وكان بشرط القطع أو بعد بذرة الصلاح جاز وكفت المشاهدة كما في البيع، ويمكن الاستدلال به عليه بخبري أبي بردة والفضيل بن يسار.

والمشهور كراهة إجارة الأرض للزراعة لا لغيرها من الأعمال بالحنطة والشعير مما يخرج منها لخبري أبي بردة والفضيل<sup>(١)</sup> أيضاً والمحقق في الشرائع، وجماعة من المتأخرين على المنع والتحرير لظاهر النهي وفيه نظر، لأن الأخير فيه لا تدل على التحريم، أما مع الاطلاق أو مع شرط من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة للأصل.

وظاهر صحيح الحلبي وصحيح أبي المعز أو موثق أبي بصير وغيرها<sup>(٢)</sup> المنع مطلقاً إلا أن الأصحاب حملوها على الكراهة، والقاضي على المنع لورود النهي عنه صريحاً وسيما صحيح الحلبي، وحمل في المشهور على ما يخرج منها حملاً للمطلق على المقيد، وقوى شيخنا الكراهة لصحيح أبي المعز وخبر العلل.

ويملك كل من العوضين بنفس العقد إلا أنه لم تجب الأجرة لا بتسليم العين المستأجرة بالعمل إن كان كانت الأجرة عليه، ومع تسليم العين وانقضاء العمل يجب التعجيل، ولو شرط قبضها قبل تسليم العين أو العمل صح. وكذا لو شرط التأجيل صح ولزم بشرط أن يكون الأجل معلوماً

(١) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٦ ج ٩

(٢) أبواب أحكام الزراعة والمساقات ب ١٦ ج ٧٠٦

متحدا كشهراً أو متعددا بأن يجعله نجوماً.

وكذلك لا فرق بين الإجارة الواقعة على معين شخصي والمطلقة الواقعة على الذمة لخبر محمد بن علي الهمداني<sup>(١)</sup> وصحيح أحمد بن اسحاق الأبهري<sup>(٢)</sup>. وفي توقف المطالبة بها بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها ثلاثة أقوال: أحدها عدم التوقف مطلقاً، وثانيها: التوقف على دفع العين. وثالثها: الفرق بين ما إذا كان العمل في ملك الأجير أو المستأجر فيتوقف على الأول دون الثاني، وهو مختار المحققين من المتأخرين، وشهيد المسالك جعل أجودها ثانيها، وقواه شيخنا، والمشهور ان كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، ومنه الخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة، وقيل بل الواجب عليه العمل خاصة وما سواه فعلى المستأجر.

وأما عمارة الحيطان والسقوف وعمل الأبواب ومجرى الماء فعلى المؤجر قطعاً، وكذلك اللحام والزمام وغيرهما من الآلات، والسائق والقائد والإعانة على الركوب والنزول، كل ذلك مع قضاء العادة به، وكذلك سقي الدابة وعلفها على الأصح كما هو المشهور، ودلت عليه النصوص<sup>(٣)</sup>، فان كان المالك حاضراً وإلا استأذنه أو الحاكم في الإنفاق، ورجع عليه، ويسقط الإستئذان مع التعذر والإشهاد، وقال وجماعة ان ذلك على المستأجر لخبر سليمان بن خالد، وفيه نظر هند شيخنا، فالحق ما قاله المشهور.

(١) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٠ ج ١ (٢) نفس المصدر السابق

(٣) أنظر أبواب أحكام الاجارة ب ٢١

والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر في المدة ولا بعدها إلا بتعد أو تفريط لصحیحتي علي بن جعفر<sup>(١)</sup>، نعم لو حبسها بعد انقضاء المدة ضمن مع الطلب خلافا للشيخ والاسكافي فيما بعد المدة، فيضمن مطلقا الردا وإذا أفسد الصانع ضمن ولو كان حاذقا شديد البصيرة أو كان مفرط اجماعا، ففي حسنة الحلبي: «كل أجیر يعطى الأجر على ان يصلح ما يفسد فهو ضامن»<sup>(٢)</sup>.

ومثله صحیحه الآخر وغيره<sup>(٣)</sup>. اما لو تلف ما في يده من غير تفريط ولا تعد لم يضمن على الاصح لدلالات كثيرة من الاخبار عليه، إلا إذا لم تكن له بينة على قوله لصحیحتي الحلبي وغيرهما، والمرضى وجماعة " يضمن مطلقا" وان كان تلفه بغير يده وهو خلاف النصوص.

والملاح والمكاري لا يضمنان لا مع التفريط أو عدم لها البينة لصحيح الحلبي وحسنه وغيرهما. وفي خبر الزيدية نفي ضمان العامل إذا كان مؤتمنا ولم يفسد ولم يفرط كما هو مختار شيخنا، وصاحب الحمام لا يضمن إلا مع التفريط لموثق غياث بن ابراهيم<sup>(٤)</sup> وغيره. والمشهور ان الصانع المفسد إذا كان مملوكا واجره مولاة او باذنه تعلق الضمان بكسبه إلا ان يفرط فبرقيته .

ولو زادت الجناية على الكسب ففي لزومها المولى أو رقبته يتبع بها بعد العتق كحالة التفريط قولان: المشهور عدم ضمان المولى والآخر للشيخ والحلبي، والأقوى عند شيخنا ما اختاره الشهيد الثاني والكاشاني

(١) أبواب أحكام الاجارة ب ٣٢ ج ٤ (٢) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٩ ج ١٩

(٣) أبواب أحكام اجارة ب ٢٩ ج ٢١ (٤) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٩ ج ٢ و١

وهو" ان كان الافساد في المال الذي يعمل فيه من غير تفريط تعلق بكسبه " وعليه يحمل صحيح أبي بصير<sup>(١)</sup> وان كان بتفريط تعلق بذمته، نعم لو كان باذن المولى تعلق به وعليه يحمل حسن زرارة. واذ استعمله لعمل يستأجر لمثله في العادة أو كان العامل من عاداته ان يستأجر فله اجرة مثل عمله وعند انتقائها لا يلتفت إلى مدعيها.

ويكره الاستعمال قبل المقاطعة لخبر مسعدة وصحيح سليمان الجعفري وغيرهما<sup>(٢)</sup>، ويستجب المبادرة ببذل الاجرة بعد الفراغ قبل ان يجف عرقه لصحيح هشام بن سالم<sup>(٣)</sup> وغيره، والمشهور ان كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت لخبر الدعائم<sup>(٤)</sup>، واستثنى الشهيد الاول من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم وجوب الاجرة في العقد أو متضمنا لها كما لو لم تذكر اجرة فانه يقوي عدم وجوب الاجرة، واستحسنه الثاني ويرده صحيح محمد بن مسلم وحسن الحلبي<sup>(٥)</sup> وإذا مضت مدة يمكنه الانتفاع لزممت الاجرة انتفع ام لا، اجماعا لصحيح إسماعيل بن الفضيل<sup>(٦)</sup> وموثقه. ولو رضي المؤجر بوضع الاجرة على يد احد فلا ضمان على المستأجر وان تلفت، لخبر هارون بن حمزة<sup>(٧)</sup>. ولو تنازع درت الدار والساكن فقال ربها أكريتها مني وقال الساكن اسكنتها تبرعا فالقول قول رب الدار مع يمينه، وله أجرة المثل، فان كان لا حدهما بينة سقطت اليمين

(١) أبواب أحكام الاجارة ب ١١ ج ٣

(٢) أبواب أحكام الاجارة ب ٣ ج ١

(٣) أبواب أحكام الاجارة ب ٤ ج ١

(٤) المستدرک أبواب کتاب الإجارة ب ١٩

(٥) أبواب أحكام الاجارة ب ١١ ج ٢

(٦) أبواب أحكام الاجارة ب ١٨ ج ١ وفي المصدر إسماعيل بن مسلم

(٧) أبواب أحكام الاجارة ب ٩ ج ١

لخبر الدعائم. ولو اختلفا في قدر الاجرة فالمشهور ان القول قول المستأجر وقيل قول رب الدار | مع يمينه | فالمشهور ان القول المستأجر وقيل قول رب الدار "، وان تحالفا انفسخ العقد، واخذ باجرة المثل ان وقع السكني اخبر الدعائم. ولو قال رب الثوب امرتك ان تخطه قميصا وقال الخياط بل قباء ولا بيّنة فالقول قول الخياط مع يمينه لخبر الدعائم<sup>(١)</sup> كما اختاره شيخنا، والمشهور ان القول قول المالك ولو قال آجرتني الدار جميعها بمائة وقال المالك بل البيت خاصة بالمائة فالقول قول المنكر، واختاره شيخنا، وربما قيل هنا بالتحالف.

وإذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع وانكر المالك كلفوا البيّنة، ومع فقدتها فالمشهور ان عليهم الضمان للمعتبرة المستفيضة، وقيل القول قولهم مع يمينهم، لانهم أمثاء لجملة من الاخبار، ويمكن حمل ما دل على الضمان على التفريط وعدم تضمينهم على الاستحباب.

## فصل في الجعالة

وهل هي من العقود أو الإيقاعات؟ المحقق وجماعة على الثاني، ومنهم من جعلها من العقود الظاهرة في موضع آخر، وتظهر الفائدة فيما لو عمل بغير قصد العوض ولا قصد التبرع بعد الإيجاب، فعلى الأول يستحق العوض دون الثاني وإن عمل، واستقرب في الدروس استحقاق العوض، أما لو قصد التبرع فإنه لا يستحق وإن سمع الصيغة.

والجعالة ثابتة بالإجماع والنص المتعدد، كصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(١)</sup> وغيرهما، وهي جائزة من الطرفين تنفسخ بموت كل منهما قبل التلبس في العمل بعده، ولا شيء للعامل قبل العمل. وكذا بعده إذا كان الفسخ من قبل العامل، ولم يجعل له العوض إلا في مقابلة مجموع العمل إلا إذا كان العمل مثل خياطة الثوب فخاط بعضه ثم مات أو منعه ظالم فإن له حصة من العمل وهذا الإستثناء مجمع عليه إلا من الدروس والمسالك، وإذا كان الفسخ من قبل المالك فعليه عوض ما عمل.

وهل العوض آجرة مثل ما عمل أم بنسيئة ما فعل الي المجموع؟

قولان:

أظهرهما الثاني، والمشهور صحتها لكن عمل محلل مقصود في نظر العقلاء، وهذا مستفاد من النصوص سيما خبر الدعائم<sup>(١)</sup>. وشرط بعضهم ان لا يكون ذلك العمل واجباً بل ولاعبادة مشروطة بالنية، ولا فرق في العمل المحلل بين أن يكون معلوما كخياطة ثوب أو مجهول كرد الآبق والضالة لصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٢)</sup>، وفي اشتراط معلومية العوض قولان: المهر الإشتراط، واختار شيخنا عدمه للمنع من المشاركة في كسب الحجام وكسب النائحة ونحوهما، ولاطباقهم على صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل.

وقيل وهو لشهيد المسالك: تجوز الجعالة في العوض حيث لا يمنع من التسليم كنصف العبد الأبق إذا رده، ومنه سلب المقتول للمرسل النبوي «من قتل قتيلاً فله سلبه»<sup>(٣)</sup>، بخلاف جعل العوض ثوباً أو دابة أو نحو ذلك مما يختلف كثيراً وهو أظهر الأقوال في المسألة كما اختاره كثير من متأخري المتأخرين: وإذا أبهم العوض لزم أجره المثل.

وخص في المشهور بغير رد الأبق ففيه دينار ان أخذ من مصره، ومن غيره أربعة دنائير لرواية مسمع بن عبد الملك، وحمله في المبسوط على الفضل لا الوجوب فلا يجب إلا أجره المثل كغيره واثبت في الفقيه والمقنعة وإن ما طه لم يستدعه المالك نظراً إلى الاطلاق، وفيه نظر، ومنهم من أوجب أقل الأمرين من المقدار المذكور في الخبر وقيمة العبد الأبق. والمفيد ألحق بالعبد البعير، ولكنه لمرسله إلى الرواية المرسلة، ومنهم

(٢) أبواب الجعالة ب ١ ح ١.

(١) الدعائم: ٧٠/٢.

(٣) صحيح البخاري: ٥٧/٤.

من أعرض عن هذا الحكم، وهو مختار المسالك، والمشهور أنه يشترط في الجاعل جواز التصرف، وفي العامل إمكان تحصيل العمل، فلو رد الصبي المميز لها ولو بغير اذنت وليه، والمحجور عليه، استحق الجعل، أما المجنون وغير المميز ففيه قولان: والظاهر عدم الاستحقاق لعدم القصد، ولو استدعى المالك الرد أو عملاً آخر ولم يستلم فيه أجره، فالمشهور أنه لا يستحق شيئاً، وفيه إشكال.

والعجب من المحقق في الشرائع حيث أثبت الأجرة في الإجارة ونفاها في الجعالة، وإنما تسقط إذا صرح بالتبرع أو قصده العامل، وأثبت الشيخان في مسألة رد الأبق الجعل المقدر في الخبر وإن لم يستدع المالك الرد وفيه نظر. ولو جعل لو أحد جعلاً على الرد فشاركه آخر كان للمجعل له نصف الأجرة، وليس للأخر شيء لتبرعه. وقال الشيخ يستحق نصف أجره المثل وهو بعيد، وللعلامة قول باستحقاق العامل الجميع وهو ضعيف عند شيخنا، ولو جعل جعلاً معيناً على رده من مسافة معينة فرد من بعضها فالمشهور أن له من الجعل بنية المسافة، وناقش فيه في المسالك، ولو قال المالك شرطت العوض على ردهما معاً فقال العامل بل على أحدهما أو على هذا الحاضر قدم قول المالك.

وهل يثبت للعامل قسط من رده من المجموع أم لا؟ يظهر من كره ثبوته، وتنظر في المسالك، ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه فالشيخ وجماعة أن القول قول الجاعل مع يمينه، ويثبت للعامل أجره المثل مع يمينه واستظهر المحقق ثبوت أقل الأمرين من أجره المثل والقدر المدعى واختار في الدروس التخالف.



## فصل في السبق والرماية

في الحديث النبوي المستفيض من الطرفين: «لا سبق إلا في نصل أو حاضر أو خف»<sup>(١)</sup>، ومثله خبر الوشاء<sup>(٢)</sup> وغيره، والنصل يشمل السهام والحسام والسنان وآلة الحرب من ذوات النصل دون غيرها، وهذه الثلاثة ثابتة بالنص المتعدد كخبر أبي بصير ومرسل الفقيه وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وفيها ان الملائكة تحضره.

وهل هذا العقد لازم أوجائز بعد وقوعه مستكمل الشرائط؟ قولان: أولهما لعموم «أوفوا بالعقود»<sup>(٤)</sup>، وثانيهما للشيخ في المبسوط والخلاف: وعلى تقدير اللزوم لو مات الفارس فعلى الوارث الإتمام على اشكال عند العلامة، وقوى ابنه البطلان، ويتفرغ على الجواز، لكل الرجوع قبل الشروع وبعده قبل ظهور نصل أحدهما بل مع تساويهما. وأما بعده فلصاحب الفضل الرجوع، وأما المفضول ففيه إشكال، والأصح عند شيخنا أنه ليس له الفسخ بعد التمام بل قبله. وكذا اختلفوا في

(١) أبواب أحكام السبق والرماية ب ٣ ح ٤.

(٢) أبواب أحكام السبق والرماية ب ٣ ح ٢.

(٣) أبواب أحكام السبق والرماية ب ٢ ح ١ و ٤.

(٤) المائدة: ١.

أفتقاره إلى الإيجاب والقبول اللفظيين والأقوى عند شيخنا الاكتفاء بالايجاب الفعلي، خلافاً للمشهور

وحيث قيل انها جعالة يكفي الإيجاب، ولا يشترط فيه ذكر العوض بناء على انه جعالة، ومع ذكره لابدّ من انضباطه بالقدر والجنس لحديث قرب الاسناد، ويجوز ان يبدله غير المتسابقين إجماعاً، وان يبدله أحدهما إجماعاً أو كلاهما على المشهور، خلافاً للإسكافي حيث لم يجوز ذلك إلاّ بالمحلل. والأخبار المتقدمة شاهدة بعموم هذه الصور.

والمحلل المشترط ان يكون بينهما ثالث في السباق ان سبق أخذ العوضين معاً، وان لم يسبق لم يغرم، أخذاً بخبر عامي وفيه نهي عن بذل العوض منهما إلاّ أن يكون معهما ثالث، ولا دلالة فيه على الاشتراط، والمشهور انه يشترط في الخف والحاضر تقدير المسافة ابتداء وانتهاء لألا يقع الغرر.

ويشترط عدم تيقن قصور أحدهما عن الآخر ويكفي احتمال ذلك، ويشترط تساويهما في الجنس فلا تجوز المسابقة بين الخيل والبغال ونحو ذلك، ومع التساوي جنسا لا وصفا كالعربي والبرذون وانجاني والعربي موضع خلاف، والأقوى عند شيخنا الجواز، وربما اشعر بعض الأخبار بالمماثلة، ويشترط ارسالهما دفعة وان يكون المتسابقان من أهل القتال، فلا يجوز للمرأة، وأن يجعل العوض كله أو القسط الاوفر منه للسابق، والمشهور ان المتقدم بعقق دابته وكاهاها.

واكتفي ابن الجنيد بالتقدم بالاذن، وبعضهم بالعتق خاصة وهو للحلي أيضاً، فلا يجعل للمصلي أكثر منه إجماعاً ولا مساوياً في المشهور. وخبر

طلحة يدل على جواز المساواة، ولا يجعل للتالي وللمصلي وهو الثالث أكثرها للمصلي، أو مساوياً له وهكذا إلى آخر المتن وهو ممنوع في المساواة لخبر طلحة<sup>(١)</sup>.

واسماء الخيل اثنا عشر: آخرها الفسكل فالسابق هو المجلي قد عرفته، والثاني المصلي وهو الذي يحاذي رأسه صلاة السابق، والصلوان ما بين يمين الذنب وشماله، والثالث هو التالي للمصلي، والرابع البارع، والخامس المرتاح، والسادس الخطي، والسابع العاطف، والثامن المؤمل، والتاسع اللظيم، والعاشر السكيت مصغراً مشدداً، وقيل الهسقل وهو آخر الأفراس في الرهان، وأكثر الأخبار لم تشمل على هذه الأسماء وإنما صرح فيها بالسابق والمصلي والتالي وفي اشتراط التساوي في الموقف قولان: المشهور نعم، والأظهر عند شيخنا والكاشاني عدمه كما هو مختار الشرائع لاطلاق الأخبار:

والسبق في النصل قسمان: مبادرة ومحاطة، وقد يزداد ثالث وهو الجواب، ولا بدّ من تعيين أحد الأقسام وعدد الرمي وعدد الاصابة وصفتها. ولها أوصاف كثيرة انهاها بعضهم إلى تسعة عشر اسماً، وفي التذكرة اقتصر على احد عشر اسماً منها: الحابي، والخاصر، والخازق، والخارق، والخارم، والمزدلف. ويشترط تعيين المسافة والغرض وهو الهدف المقصود اصابته، واشترط جماعة تماثل جنس الآلة، والشهيد قوى العدم، وإذا فسد عقد السبق لاختلال بعض شرائطه لم يجب بالعمل بأجرة المثل كما هو مختار الشيخ والمحقق، وذهب العلامة وجماعة من المتأخرين إلى وجوبها، وفيه نظر عند شيخنا والشهيد الثاني.

(١) أبواب أحكام السبق والرماية ب ١ ح ١ و ٢.

## فصل في الصلح

وهو ثابت بالاجماع والنص المتعدد، وقد جاء الترغيب في السعي في تحصيله بين المتخاصمين وبذل المال فيه تبرعا كما في صحيح هشام بن سالم، وصحيح الثماني<sup>(١)</sup> وغيرهما، وفي مرسل الفقيه: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»<sup>(٢)</sup>، وفسر الاستثناء بنحو استرقاق الحر وترك وطى الحليلة ونحو ذلك.

وليس الصلح فرعا على غيره ولو أفاد فائدة، خلافا للشيخ في المبسوط حيث جعله فرعا على البيع ان افاد، ونقل ملك بعوض معلوم، وعلى الاجارة فان وقع على منفعة، وعلى الهبة ان تضمن ملك الغير بعوض، وعلى الابراء إذا تضمن اسقاط دين أو بعضه، وعلى العارية ان تضمن اباحة منفعة بغير عوض، وعلى كونه أصلا برأسه فهو عقد لازم لدخوله في عموم الأمر بـ«الوفاء بالعقود»، وعلى قول الشيخ تابع لما فرع عليه، واختاره شيخنا المشهور.

ويصح مع الاقرار والانكار لاطلاق الأخبار، وانما يصح مع الانكار بحسب الظاهر دون نفس الأمر. ولو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة

(١) أبواب أحكام الصلح ب ١ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام الصلح ب ٣ ح ٢.

يجوزها، كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على أحد، أو شهد له بها من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال، وتوجهت له اليمين على المنكر وصالحه، فالمتجه صحة ذلك الصلح ظاهرا وباطنا. ومثله ما لو توجهت دعوى بالتهمة وقلنا بقولها حيث يلزم المنكر باليمين ولا يمكن ردها على المدعي. وفي خبر علي بن أبي حمزة: «رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم فمات إلى أن صالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز حتى تخبرهم»<sup>(١)</sup>، ومثله خبره، وإنما اشترط فيها ذلك الإعلام ليقع الصلح صحيحا، وفي صحيح محمد بن مسلم: «في رجلين كان لهما واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما ما له عند صاحبه، فقال: كل واحد منهما يقول لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»

ومثله حسنه<sup>(٢)</sup> وغيره، وهي صريحة في صحة الصلح مع الجهالة، ولو اختص أحدهم بالجهل فإن كان هو المستحق لم يصح الصلح في نفس الأمر إلا أن يعلم بالقدر أو يكون المصالح به قدر حقه، مع كونه غير متعين الأخبار ابن أبي حمزة<sup>(٣)</sup> وغيرها «نعم لو رضي صاحب الحق باطنا صح وفاقا للتذكرة لصحيح لحلي وصحيح ابن حماد»<sup>(٤)</sup>، ويصح الصلح على عين بعين أو منفعة بعين أو منفعة لحسن محمد بن مسلم وصحيح الحلبي<sup>(٥)</sup> وغيرهما.

(١) أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ٢. (٢) نفس الصدور.

(٣) أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ٢. (٤) أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ٣.

(٥) أبواب أحكام الصلح ب ٧ ح ١.

ويصح على مثل اسقاط خيار أوفق أولوية في تحجير أو سوق أو مسجد أيضا وفاقا للمسالك والروضة لعموم هذه الأخبار،<sup>(١)</sup> ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف لانه أصل برأسه كما هو المشهور، والمختار في جريان الربا فيه قولان مشهوران: والأصح عند شيخنا ما ذهب إليه الأكثر من الجريان لعموم حسن بن محمد بن مسلم وصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيرهما. ولا بدّ في الصلح ان يكون القدر معلوما ليرتفع الغرر، وإذا اصطاح الشريكان بعد انتهاء الشركة وأرادا لفسخ على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله سح، لصحيح الحلبي وخير داود البزاري<sup>(٣)</sup>، والتقييد بانتهاء الشركة وقع للشهيد الثاني وتبعه الكاشاني لصحيح أبي الصباح الكناني<sup>(٤)</sup> والأصح عند شيخنا التعميم للصحيح المذكور أولا.

(١) أبواب أحكام الصلح ب ١ و ٥  
 (٢) أبواب أحكام الصلح ب ٧ ح ١  
 (٣) أبواب أحكام الصلح ب ٤ ح ١  
 (٤) أبواب أحكام الصلح ب ٧ ح ١

## فصل في الاقالة

وهي مستحبة بالاجماع والنص المتعدد كرواية الثمالي وموثق سماعة<sup>(١)</sup> وغيرهما. وهي فسخ لا تثبت بها شفعة، ويرجع كل عوض إلى صاحبه من غير زيادة ولا نقصان، فان إشتراط أحدهما بطلت لصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيره، ولو فقد العوض حالة الاقالة ضمن بمثله ان كان مثليا وإلا بقيمته، والمحقق على الضمان بمثله مطلقا وهو ضعيف، والاعتبار بالقيمة يوم التلف كما هو المشهور، وقيل الاعتبار بيوم القبض، وقيل من يوم الاقالة إلى يوم التلف، وقيل الاعلى من يوم القبض إلى يوم التلف. والأخبار عند شيخنا لاتفيء بشيء من الأقوال إلا أن صحيحة أبي ولاد<sup>(٣)</sup> في الاجارة شاهدة بان القيمة المعتبرة يوم التعدي والمخالفة، لكنه لا يجزي في هذه المسألة، لأن الضمان هنا واقع وان لم يفرط، والنماء المتصل تابع لمالك العوض دون المنفصل كالولد والثمره، وفي كون العين متصلا نظر عند شيخنا.

---

(١) أبواب آداب التجارة ب ٣ ح ٢ و ٥. (٢) أبواب أحكام العقود ب ١٧ ح ١.  
(٣) أبواب أحكام الاجارة ب ١٧ ح ١.

## فصل في المداينات

تكره الاستدانة من غير ضرورة لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج وصحيح عبدالله بن ميمون وأخبار السكوني وغيرها<sup>(١)</sup>، واختار الحلبي التحريم إذا لم يكن له ما يقضيه للنهي عنه في الأخبار، ولأنه خديعة، وقوّاه شيخنا إن لم يكن المدين مطلقاً على حاله، ويؤيده موثقنا سماعه وخبر أبي تمام<sup>(٢)</sup>، وظاهرها قول الحلبي إلا أن التقييد لأخبار آخر كخبر سماعه<sup>(٣)</sup>، وعند المشهور تخف الكراهة لو كان من يقضيه عنه لخصوص خبر سماعه<sup>(٤)</sup>، ولو خاف التلف بدونها وجبت، ولا كلام في رجحانها مع الحاجة لصحيح معاوية بن وهب وغيره<sup>(٥)</sup>. ويستحب الاقراض لما فيه من معونة المحتاج، وفي الأخبار النبوية وغيرها: «الصدقة بعشر، والقرض بشمانية عشر»<sup>(٦)</sup>، ويجب الاقتصار على رد العوض، فلو شرط النفع حرم للصحاح الكثيرة وغيرها، منها صحيح الحلبي وصحيح محمد بن مسلم وصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٧)</sup>، ولا يجوز شرط الصحاح عوض

(١) أبواب الدين والقرض ب ١ ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) أبواب الدين والقرض ب ٤ ح ٣ و ٢ وفي المصدر: أبي ثمامة.

(٣) أبواب الدين والقرض ب ٢ ح ٥. (٤) أبواب الدين والقرض ب ٢ ح ٥.

(٥) أبواب الدين والقرض ب ٢ ح ١. (٦) أنظر أبواب الدين والقرض ب ٦.

(٧) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ٤ و ١٨.



المكسرة خلافاً للشيخ في النهاية، وتبعه جماعة استناداً إلى صحيحة يعقوب بن شعيب<sup>(١)</sup>، ولا يخفى بعدها عن الدلالة.

نعم لو تبرع المقرض بزيادة في الثمن أو الصفة كما في هذا الصحيح وغيره جاز للاجماع والمعتبرة المستفيضة سواء كان ذلك من نيتها أم لا؟ معتاداً أم لا؟ للاطلاق الأول منصوص كصحيح أبي بصير وصحيح جميل<sup>(٢)</sup> فانهما مشعران بهذه النية، وانها الحاملة على القرض واما دل على مراعاة الاعتبار كما دل عليه بعض الأخبار وإلا فلا يقبله فمحمول على الكراهة، والجمع بين النصوص بالاشتراط وعدمه كما فصل في صحيح محمد بن مسلم وصحيح محمد بن قيس بن جعفر وغيرها<sup>(٣)</sup>.

ويملك القرض بمجرد القبض لا بالتصرف وفاقاً للمشهور، وليس للمقرض ارتجاعه [وفاقاً للاكثر]، وقيل للمقرض الرجوع ما دامت العين باقية وهو للشيخ، والمشهور جواز العقد وان كان في الحقيقة، لا مستند له عند شيخنا سوى الشهرة بل ادعى عليه الاجماع، فلو شرط التأخير فيه لم يلزم الشرط فيه إلا أن يشترط في عقد لازم، وكذا كل شرط سائغ، واختار شيخنا والكاشاني اللزوم لعموم «الوفاء بالعقود»<sup>(٤)</sup>، وخصوصاً من مات وقد اقترض إلى أجل بحل كما في الأخبار، الآتية فان كان اجماعاً داخلياً فيه المعصوم، فالامر كذلك من الجواز وإلا فلا. وكل ما تتساوى اجزاء قيمته ومنفعته يثبت في الذمة مثله، كالحبوب ونحوها مع الاجناس بلا خلاف، وإذا تعذر ينتقل إلى قيمته وقت المطالبة، وقيل وقت القرض، وقيل وقت التعذر، وما ليس كذلك كأن كان قيمياً وتعذر، يثبت في الذمة قيمته

(١) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ٩. (٢) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ١٠ و ١٢.

(٣) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ٤ و ١١ و ١٨.

(٤) وهي قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»، المائدة: ١.

لا غير وفاقاً للاكثر لاختلاف الصفات فالقيمة أعدل، وتعتبر وقت القبض، وقيل وقت الملك وقيل وقت القرض، ذكره في القواعد.

وقيل الاعتبار بالقيمة وقت التصرف، ولا اعتبار بقيمته يوم المطالبة اجماعاً إلا على القول بضمانه بالمثل ويتعذر. وقيل بل يثبت مثله أيضاً، واستحسنه في الشرائع لخبرين مرويين عن النبي ﷺ<sup>(١)</sup> واردين في مطلق الضمان، وليس موردهما القرض، وقيل بضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف، كقرض الحيوان والثبات، وضمان القيمة في غيره كالجواهر والقصي لخبرين عاميين<sup>(٢)</sup> في الحيوان من أنه ﷺ «أقرض بكرة فرد باذلاً وأنه استقرض بكرة فأمر برد مثله» مع أن ظاهرهما الوقوع مع التراضي، ولا شبهة في جواز دفع المثل معه مطلقاً، وهذا مذهب العلامة في التذكرة، والأقوى المشهور، وكل ما ينضبط بالوصف يجوز اقتراضه على الأقوى، وكذا ما ينضبط بالقيمة على المختار.

ويفتقر التفاوت اليسير المتسامح بمثله عادة كالجوز والبيض والخبر معدودة على المشهور، لخبر الصباح بن سيابة وموثق غياث وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وهي شاملة للعدد والوزن، وإذا تغيرت الدراهم أو الدنانير أو الفلوس وسقطت المعاملة بها فيلس للمقرض [في المشهور] إلا ما اقرضه، ومع التعذر قيمته من غير الجنس أو مع التساوي وفاقاً للاكثر نصاً وفتوى كما في صحيح يونس<sup>(٤)</sup> وصحيح صفوان<sup>(٥)</sup> ولان حكم المشهور ذلك خلافاً للاسكافي وجماعة من القدماء، بل له ما ينق بين الناس لخبري

(١) سنن الترمذي: ٤٠٦/٢.

(٢) مسند أحمد: ٦ / ٢٩٠ وصحيح مسلم: ٥ / ٥٤.

(٣) أبواب الدين والقرض ب ٢١ ح ١ و ٢ و ٣.

(٤) أبواب الصرف ب ٢٠ ح ١. (٥) أبواب الصرف ب ٢٠ ح ٤.

يونس<sup>(١)</sup>، وإذا دفع عوضاً على أنها قضاء ولم يساعده أحتسب بقيمتها يوم القبض لا يوم المحاسبة للاجماع والنصوص كمكاتبتي الصفار الصحيحتين<sup>(٢)</sup>، ويدخل في ملك المدين من غير عقد ولا مساومة بل بمجرد القبض وإن لم يساعده، وهذا مستثنى من القواعد لخصوص النصوص. ويجب على المستدين نية الوفاء لوجوبه في الفتوى والنصوص كصحيح أبي خديجة وغيره<sup>(٣)</sup>، ويجب المبادرة إليه مع الحلول والتمكن والمطالبة للنصوص المؤكدة، منها صحيح الثمالي<sup>(٤)</sup>، وفي بعض الأخبار<sup>(٥)</sup> فإن آخر كان عاصياً، وفي بعضها على الحاكم حبسه أو قسمة أمواله بين غرمائه، وله ضربه مع الاصرار ولصاحب الدين الاغلاظ في القول للخبر النبوي<sup>(٦)</sup> وغيره، وفي موثق غياث «وان كان معسراً فعلى الإمام القضاء عنه من سهم الغارمين ان صرفه في غير معصية الله»<sup>(٧)</sup> ولو كان مع الموت، لصحيح الوليد بن صبيح<sup>(٨)</sup> وغيره.

وفي مرسل العباس بن معروف: «الإمام يقضي عن المؤمنين الديون ما خلا مهور النساء»<sup>(٩)</sup> وعمل به الاسكافي، وحمله الأكثر على من عزم على عدم الوفاء لانه أحد الزنا أو أحد السراق للاخبار المتقدمة في النكاح، والشيخ وجماعة بل هو المشهور. وإن لم يعرف صاحبه اجتهد في تحميله، ومع اليأس يتصدق به عنه لمرسل الفقيه<sup>(١٠)</sup>، وتوقف في الشرائع والعلامة في كثير من كتبه.

(١) أبواب الصرف ب ٢٠ ح ١.

(٢) أبواب الدين والقرض ب ٤ ح ٥.

(٣) أبواب الدين والقرض ب ٤ ح ٥.

(٤) أنظر أبواب الدين والقرض ب ٨ ح ٥.

(٥) المستدرك: أبواب الدين والقرض ب ٨ ح ٥.

(٦) أبواب الدين والقرض ب ٩ ح ١.

(٧) المصدر السابق: ح ٤.

(٨) الفقيه: ٣٣١/٤.

(٩) أبواب أحكام العقود ب ٢٦ ح ٥.

(١٠) أبواب الدين والقرض ب ٧.

وذهب الحلبي إلى عدم جوازها، وعلى القول بالجواز ينوي الوفاء مع الظفر، وفي موثق هشام بن سالم<sup>(١)</sup> وغيره هو كسبيل مالكة فان جاء طالبه أعطيته، والصدوق وجماعة من المتقدمين والمتأخرين وهو قول الحلبي انه ينوي القضاء مع الظفر به، ويجعله كسبيل ماله، ويجب العزل عند الوفاة والوصية به لخبر هشام بن سالم وموثقه<sup>(٢)</sup>، وصحيحا معاوية بن عمار بن وهب<sup>(٣)</sup> ظاهران في عدم الصدقة كما هو مختار الحلبي.

وعلى تقدير الصدقة فهل عليه ضمان عوضها إن لم يرض بها لمالك؟ قولان، الأقوى عند شيخنا الضمان كما جاء في اللقطة والمال المجهول، ومصرفها المساكين، واما العزل عند الوفاة فظاهرهم الاتفاق على وجوبه، ويقضي عن الغائب من ماله إذا قامت البيّنة عليه بالكفالة إذا لم يكن ملياً، لمرسل جميل<sup>(٤)</sup> وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup>، وقد اشترط المحقق وأكثر المتأخرين الاستحلاف له احتياطاً كالصبي، ولا مستند له سوى الاحتياط، وإذا قضي عن الميت تبرعاً برأت ذمته بلا خلاف لحسن الوليد بن صبيح<sup>(٦)</sup>.

وانما اختلفوا في الاجزاء عن الحي فالمشهور انه كذلك لاطلاق الادلة، وإذا لم يخلف الميت شيئاً لم يكن معاقباً إذا لم ينفقه في معصية وكان من غرمه القضاء لخبر محمد بن سليمان وصحيح عبد الغفار<sup>(٧)</sup> وغيرهما، ولا تباع الدار ولا الجارية في الدين لحسن الحلبي ومرسله<sup>(٨)</sup> إلا إذا كانت الدار كبيرة أو مثمرة على مذهب محمد بن الحسن بن الوليد<sup>(٩)</sup>.

(١) أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ١. (٢) قد تقدم.

(٣) أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٢. (٤) أبواب كيفية الحكم ب ٢٦ ح ١.

(٥) المصدر السابق. (٦) أبواب الدين والقرض ب ٩ ح ١.

(٧) أبواب الدين والقرض ب ٥ ح ١. (٨) أبواب الدين والقرض ب ١١ ح ١.

(٩) أبواب الدين والقرض ب ١١ ح ٦.

ولا يحل مطالبة المعسر، ولا يجوز حبسه وملازمته للكتاب والسنة كصحيح معاوية بن عمار<sup>(١)</sup> وغيره، ولا فرق بين المستدين في الطاعة والمعصية خلافاً للمدوقين والحليي فيما أنفقه في المعاصي والأخبار مطلقة، وإن طولب وخاف الحبس جاز له الإنكار والحلف على انتفائه مع التورية، ونية القضاء مع المكنة، قاله جماعة ولم يذكروا له مستنداً، واشترط الحليي اعلامه بذلك ولا مستند له أيضاً.

وإذا كان المعسر مكتسباً فابن حمزة وجماعة يؤمر بالاكتساب ويصرف الزائد على نفقته ونفقة عياله في الدين لخبر السكوني<sup>(٢)</sup> واختاره العلامة في المختلف، ويثبت الاعسار بموافقة الغريم، لكن في حقه خاصة، وبقيام البينة مع الصحة المطلقة على باطن أمرها، لكن بشرط أن تكون على إثبات يتضمن النفي اذ الشهادة على النفي الصرف غير مسموعة.

ولو كان له أصل مال أو كان أصل الدعوى مالاً ولا بيينة للاعسار فالمشهور انه يحتبس حتى يثبت الاعسار، وعليه انطبقت تلك الأخبار، والمحقق والعلامة في أحد قوليهِ: بل يحلف الغرماء على عدم التلف، وإذا شهدت البينة بالتلف قضي بها وإن لم تكن مطلقة على باطن أمره بل نظراً إلى ظاهره.

وهل للغرماء أحلافه في هاتين صورتين؟ أقوال ثلاثة: المشهور أنه لا يكلف اليمين، وإذا لم يعلم له أصل مال وادعى الاعسار قبلت الدعوى، ولا يكلف البينة، وللغرماء مطالبته باليمين، وإذا كان لكل منهما على

(١) أبواب الدين والقرض ب ٢٥ ح ٤. (٢) أبواب أحكام الحجر ب ٧ ح ٢.

الآخر دين واتحد الجنس والصفة تقاصا قهراً وان اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل واختلاف الاجل، أو كانا قيمتين اتبر التراضي من الطرفين ولا يفترق معه إلى قبضها ولا قبض أحدهما سواء كان المال ائماناً أو أعراضاً.

وللشيخ قول آخر بالتفصيل والفرق وكأنه يرى المقامة بيعاً فلا بد من التقابض في الاثمان ولا مستند له سوى الاعتبار، وإذا جحد الدين ووقع له عند المجهود مال ولو على جهة الوديعة جاز له المقابلة سواء كان مثلياً أو قيمياً كما هو المشهور لصحيح داود بين زرني<sup>(١)</sup> وصحيح البقباق<sup>(٢)</sup> وصحيح علي بن جعفر<sup>(٣)</sup> وغيرها، وفي مختصة بالجاحد للمدين [للدين] تعمداً، والمشهور التعميم، فتجوز المقاصة وإن لم يجحد سواء كان المال من جنس الدين أم لا مع تعذره بلا خلاف عندنا للعموم. ويتخير في غير الجنس بين أخذه بالقيمة وبين بيعه وصرفه في جنس الحق، ويستقل بالمعاوضة، والرجوع إلى الحاكم في ذلك أولى، ولو كان قد ألقفه [أحلفه] لم يجز له ذلك مطلقاً، لخبر خضر النخعي<sup>(٤)</sup> ومرسل ابراهيم بن عبد الحميد<sup>(٥)</sup> وموثق معاوية<sup>(٦)</sup> بن عمار وغيرها، وظاهر الصدوق والشيخ في الاستبصار: يكره في الوديعة ولا يحل له إلا بعد أن يقول: «اللهم لن آخذه ظلماً ولا خيانة وانما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم أردد عليه شيئاً» لخبر موسى بن بكر<sup>(٧)</sup>

(١) أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١ أو في المصدر: «ابن زرني».

(٢) أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٢. (٣) أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١٣.

(٤) أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ١. (٥) أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ٢.

(٦) أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١١. (٧) أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٤.

والمشهور أن هذا الدعاء مستحب.

وقال الشهيدان: لو كان لصاحب الحق بينة يثبت بها الحق عند الحاكم لم تجز له المقامة مطلقاً، قيمياً ومثلياً، وهو خالف النصوص. نعم يستحب أن يراعي الوديعة ولا يربكها إلا من الضرورة الشديدة وانه لا يحل له إلا بعد هذا الدعاء لانه قد وقع في اخبار متعددة كحسنتي الحضرمي<sup>(١)</sup> وخبره وغيرهما.

وفي خبر الفضيل بن يسار: «أد الامانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خائك»<sup>(٢)</sup>، والاحتياط في الوديعة مما لا يخفى ولا يجوز اجماعاً تأخير شيء من الحقوق المالية بزيادة لانه ربي، ويجوز تعجيلها بنقصان منها أما ببراء أو صلح ونحوهما من المسقطات لصحيتي محمد بن مسلم ونحوهما<sup>(٣)</sup> وكلها دالة على جواز التعجيل بالنقصان وبدون الصلح، والابراء لا يلزمه الوفاء في المشهور. وكل من كان في ذمته حق للغير فله الامتناع من التسليم حتى يشهد عليه على الاصح عند الكاشاني كما هو مختار المشهور، وقيل: ان كان ممن يقبل قوله في الرد فليس له الامتناع، وقيل: كذا إذا لم يكن على الحق بينة، واختار شيخنا التفصيل.

ويستحب لصاحب الدين الارفاق بالمديون وترك الاستقصاء في مطالبته ومحاسبته لصحيح حماد بن عثمان<sup>(٤)</sup> وخبريه وغيرهما، ويستحب أيضاً ابراء المعسر لآية: ﴿وان تصدقوا خير لكم﴾<sup>(٥)</sup>، وسيما إذا مات. وفي موثق ابراهيم بن عبد الحميد «ان له بكل درهم عشرة إذا حلله

(١) المصدر السابق: (الهامش).

(٢) المصدر السابق: ح ٣.

(٣) أبواب أحكام الصلح ب ٧ ح ١.

(٤) أبواب الدين والقرض ب ١٦ ح ١ و ٣.

(٥) البقرة: ٢٨٠.

فان لم يحلله فانما له درهم بد درهم»<sup>(١١)</sup>.

ويستحب أن لا يطالبه في الحرم بل لا يسلم عليه ولا يروعه حتى يخرج لموثق سماعة<sup>(١٢)</sup> ولو ألتجأ المديون إليه لم تجز مطالبته فيه بل يضيق في المطعم والمشرب حتى يخرج لقوله: «ومن دخله كان آمناً»<sup>(١٣)</sup>، ولأخبار الجنائيات. ويستحب أن لا ينزل عليه لصحيح جميل بن دراج<sup>(١٤)</sup> وغيره فان فعل هذا المكروه فلا يزيد على ثلاثة أيام لموثق سماعة<sup>(١٥)</sup> وغيره وحرمة الحلبي، ويدل على الكراهة صحيح جميل<sup>(١٦)</sup>، ويستحب أن يحسب هداياه من دينه لموثق غياث بن ابراهيم<sup>(١٧)</sup> سيما إذا لم يكن معتاداً لمفهوم خبر هديل بن حيان الصيرفي<sup>(١٨)</sup> وفي كثير من الأخبار<sup>(١٩)</sup> ان خير القرض ما جرى لمنفعة. وفي صحيحتي جميل بن دراج: «عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم والمال فيدعوه إلى طعامه أو يهدي له الهدية، قال: لا بأس»<sup>(٢٠)</sup>.

وإذا مات من عليه الدين حل ما عليه دون ما له على المشهور، أما حلول ما عليه فلخبر السكوني وخبر إسماعيل بن مسلم<sup>(٢١)</sup>، وأما الحكم الثاني مخالف فيه الحلبي وجماعة كالصدوقين والشيخ في أحد قوليهِ والطبرسي وشيخنا لخبر أبي بصير: «إذا مات الرجل حل ما له وما عليه»<sup>(٢٢)</sup>، ومثله مرسل الفقيه: «إذا استدان العبد لنفسه بأذن مولاه فالدين

- |                                   |                                    |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| (١) أبواب الدين والقرض ب ٢٣ ح ١.  | (٢) أبواب الدين والقرض ب ٢٦ ح ١.   |
| (٣) البقرة: ١٢٥.                  | (٤) أبواب الدين والقرض ب ١٨ ح ١.   |
| (٥) أبواب الدين والقرض ب ١٨ ح ٢.  | (٦) تقدم فراجع.                    |
| (٧) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ١.  | (٨) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ٢.   |
| (٩) أبواب الدين والقرض ب ١٩.      | (١٠) أبواب الدين والقرض ب ١٩ ح ١٧. |
| (١١) أبواب الدين والقرض ب ١٢ ح ٣. | (١٢) أبواب الدين والقرض ب ١٢ ح ١.  |



على مولاه»<sup>(١)</sup>، وفاقاً للمشهور لصحيح ليث المرادي<sup>(٢)</sup>.  
والشيخ في الاستبصار وجماعة ان كانت الاستدانة لنفسه باذن مولاه  
واعتق استقر في ذمته لخبري ظريف<sup>(٣)</sup> وان استدان بغير اذنه فلا شيء  
على مولاه لصحيح أبي بصير وغيره<sup>(٤)</sup> وعند الشهيدين انه يتعلق بذمة  
العبد، ويلزمه إذا اعتق وإلّا ضاع وللمولى منعه من الاستسعاء، وربما  
يستدل لهما بخبري ظريف<sup>(٥)</sup>، والمعتمد المشهور للصحيح المذكور<sup>(٦)</sup>، ومن  
كان له على غيره حق في ملك لم يبطل حقه تأخير المطالبة، وقال  
الصدوق في الفقيه: ومن ترك داراً أو عقاراً أو أرضاً في يد غيره فلم  
يتكلم ولم يطالب ولم يخاصم في ذلك عشر سنين فلا حق له لخبري  
يونس بن عبد الرحمن<sup>(٧)</sup> وعلي بن مهزيار<sup>(٨)</sup> وهما بمعزل عن الدلالة.  
ولا يجوز في المشهور اقراض مال الطفل إلّا مع مصلحة كخوف التلف  
فيقرض من الثقة الملي ويرهن عليه ويشهد له، وقد وردت النصوص<sup>(٩)</sup>  
في جواز اقراض الولي من نفسه أيضاً بل الامين مطلقاً من غير تقييد  
بتلك القيود والشرائط، وهي محمولة في المشهور على الملائمة والمصلحة،  
ولا داعي له عند شيخنا وان كان الاحتياط فيما ذهبوا إليه.

- (١) أبواب الدين والقرض ب ١٢ ح ٤. (٢) أبواب الدين والقرض ب ٣١ ح ١.  
(٣) أبواب الدين والقرض ب ٣١ ح ٢ و ٣. (٤) أبواب الدين والقرض ب ٣١ ح ١.  
(٥) أبواب الدين والقرض ب ٣١ ح ٢ و ٣. (٦) أبواب الدين والقرض ب ٣١ ح ١.  
(٧) أبواب احصاء الموات ب ١٧ ح ١. (٨) أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٧.  
(٩) أنظر أبواب ما يكتسب له ب ٧٦.

## فصل في أحكام الرهن

وهو وثيقة لدين المرتهن، وشرط السفر في الآية<sup>(١)</sup> مبني على الغالب للاجماع، ولحديث الدرع<sup>(٢)</sup> الذي رهنه النبي ﷺ عند يهودي وهو حاضر بالمدينة، وللأخبار الدالة على العموم كصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> وغيره، وأما ما في خبر مبروك بن عبيد: «من كان الرهن عنده أوثق من أخيه المسلم فالله منه بريء»<sup>(٤)</sup>، فحمول على زمن حضور القائم عليه السلام لخبر سالم<sup>(٥)</sup>. والقبض شرط في صحة الرهن وفاقاً للاكثر وهو مختار شيخنا لموثق محمد بن قيس بل صحيحه<sup>(٦)</sup>، وذهب جماعة من المتقدمين والمتأخرين إلى عدم الاشتراط للعمومات، وفيه: ان العالم لا يعارض الخاص، وليس استدامة القبض شرطاً بالاتفاق ولو تقدم القبض ولو على جهة الغضب أجزأ في المشهور لعموم الأدلة له، وقيل بعدم الاكتفاء به، والظاهر عند شيخنا تقييده بما إذا أذن الراهن في بقائه مستمراً. ولو رهن ما هو غائب لم يصير رهناً حتى يحضر المرتهن عند الرهن

(١) وهو قوله تعالى: «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة»، البقرة: ٢٨٣.

(٢) المستدرک: أو کتاب الرهن: ب ١ ح ٥، ومجمع الزوائد: ٤/٥٠.

(٣) أبواب أحكام الرهن ب ١ ح ١. (٤) أبواب أحكام الرهن ب ١ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الرهن ب ٢ ح ٢. (٦) أبواب أحكام الرهن ب ٣ ح ١.

ويقبضه، ولو أقر الراهن بالاقباض قضي عليه إلا أن يعلم كذبه، كما لو قال: «رهنته اليوم داري التي في الحجاز، وهما بالشام وأقبضته اياها»، ولو كان المرتهن سهماً شائعاً وكان مما ينقل توقف التقبض والقبض على رضا الشريك في المشهور، وما يكفي فيه مجرد التخلية ففي اشتراط اذنه خلاف أقربه عند شيخنا العدم، على تقدير عدم الجواز، ولو قبضه بدون اذن الشريك فهل يتم القبض أم لا؟ قيل: لا، للنهي وهو مختار الشهيد الأول، والأقوى عند شيخنا تحققه وهو اختيار العلامة وجماعة. ويشترط في الرهن أن يكون عيناً صحيح البيع فلا يقع على الوقف ولا على العبد المدبر قبل الرجوع ولا على المجهول قدرأً ووزناً ولا على أم الولد مع حياة ولدها، ولا يصح على المنافع. وأما الدين فربما يبني عدم جواز رهنه على القول باشتراط القبض وعدمه، والأقوى عند شيخنا الاجتزاء بقبض ما يعينه المدينون ويصح على كل دين ثابت في الذمة وإن لم يكن ثبوته مستقراً كالثمن في مدة الخيار.

ويشترط ذلك في الدين الثابت أنه يمكن استفاؤه منه وان كان ذلك الدين عملاً، أما العين فلا يصح الرهن عليها ان كانت أمانة بالاتفاق، وكذا ان كانت العين مضمونة عند جماعة كالمغصوبة والمقبوضة باسوم والمستعارة مع الضمان، وقيل بالجواز لعموم الأخبار كصحيحتي محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وغيرهما.

ويجوز الرهن على مال الكتابة المطلقة اتفاقاً، لانها لازمة بخلاف المشروط وفيها خلاف، والمشهور انها كذلك خلافاً للشيخ وجماعة.

(١) أبواب أحكام الرهن ب ١ ح ٢.

والرهن لازم من طرف الراهن كما هو المشهور بل كاد أن يكون اجماعاً للاخبار الآمرة به، ولكنه جائز من طرف المرتهن لانه لمصلحته فيجوز التخلف عنها، وكل شرط ينافي مقتضى الرهن، وكان غير سائغ فهو فاسد، وهل هو مفسد للعقد؟ الاصح انه غير مفسد للاخبار المستفيضة وما عداه صحيح لازم لقولهم عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

ولو رهن على مال رهناً ثم استدان آخر وجعل ذلك عليهما جاز لعدم المانع، ولا يشترط الفسخ ثم تجديد العقد بل يضم بعقد جديد، وكذا لو رهن على المال الواحد رهناً آخر فصاعداً، وان كانت قيمة الأول تفي بالدين، وهذا الحكم غير منصوص ولكن العمومات<sup>(٢)</sup> تشملها.

والرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه إلا بالتفريط للاجتماع والصحاح وغيرها، منها صحيحتنا الحلبي وصحيح جميل<sup>(٣)</sup>. وليس لاحدهما التصرف فيه إلا باذن الآخر اجماعاً إلا تصرفاً يعود نفعه عليه، بل إذا لم يضر به إذا كان التصرف من جهة الراهن، وهذا هو المشهور، واطلق الشيخ فجوز للراهن الانزاء على الانثى مطلقاً لصحيح محمد بن مسلم وصحيح الحلبي<sup>(٤)</sup> وهما ظاهران في مذهبه، إلا أن ترك العمل بهما أوضح لامكان حملهما على التقية ولو أذن أحدهما للآخر في البيع فباع الآخر بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهناً إلا مع اشتراط ذلك عند الاذن وهو مختار شيخنا، وللشيخ قول بجعل الثمن رهناً أن كان الاذن بعد حلول الحق، اما إذا تلفه متلف غير الراهن والمرتهن اتلافاً يقتضي العوض كان

(١) أبواب المتعة ب ٣٢ ح ٩.

(٢) أبواب أحكام الرهن ب ١.

(٣) أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٣ و ١.

(٤) أبواب أحكام الرهن ب ١١ ح ١ و ٢.

المعوض رهناً، والأخبار لا تفي بهذه التفاصيل عند شيخنا. ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الاجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعد حلوله، صح واطلق المحقق وجماعة صحة التصرف للمرتهن في ثمن المرتهن وهو مبني على موافقته للثمن جنساً ووصفاً وإلا فلا، وقالوا: لو تصرف المرتهن فيه بركوب أو سكنى ضمن لزمه الاجرة فيما له أجرة والمثل والقيمة فيما يضمن كاللبن وليس في الأخبار ما يدل عليه.

وفي صحيح أبي ولاد<sup>(١)</sup> ان كان معلقه فله أن يركبه، وفي رواية السكوني «الظهر يركب والدر يشرب إذا كان مرهوناً»<sup>(٢)</sup> وعلى الذي يشرب ويركب نفقته وعمل بها الشيخ في كتابي الأخبار والحلي، واختار شيخنا، وان كان الاولي الاجتناب لصحيح ابن عمار وموثقه<sup>(٣)</sup>.

وما يحصل للرهن من فائدة فهو للراهن بلا خلاف لصحيحتي محمد بن قيس وصحيح ابن سنان<sup>(٤)</sup> وغيرها، وتدخل في الرهن إذا كانت متصلة كالسمن والفول اجماعاً، وكذا إذا كانت منفصلة كالثمرة أو الولد أو تقبل الانفصال كالشعر والصوف على المشهور، بل نقل عليه الاجماع من السيد والحلي خلافاً للعلامة والشهيدين وحجة الطرفين اعتبارية لا تنهض حجة عند شيخنا إلا أن الأخيرة أرجح لاصالة العدم.

ولو شرط المرتهن دخولها أو الراهن خروجها زال الاشكال وما كان منها موجوداً حالة الرهن كالحمل لم يدخل فيه إلا بالاشتراط او الاتصال

(١) أبواب أحكام الرهن ب ١٢ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الرهن ب ١٢ ح ٢ مع اختلاف و تقطيع.

(٣) أبواب أحكام الرهن ب ٨ ح ١. (٤) أبواب أحكام الرهن ب ١٠ ح ٢ و ١.

الغير القابل للانفصال عند الأكثر خلافاً للاسكافي حيث أدخلها مطلقاً، والمحقق الثاني اختاره في المسالك على دخول مثل الصوف لانه كالجزم واستحسنه شيخنا حيث لا يدخل فالاقرب جواز الراهن على الازالة، ويحتمل العدم إلا أن الاصح الدخول.

وإذا حل الدين فان كان المرتهن وكيلًا جاز له البيع من نفسه وغيره خلافاً للاسكافي في الأوّل وهو ضعيف لتصريح الأخبار بالجواز، وإلا يكن وكيلًا طلب منه البيع أو الاذن فيه، فان فعل وإلا رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه بالبيع أو يبيع عنه. ولو يمكن اثباته عند الحاكم احتتمل جواز استقلاله واستيفاء حقه، اذ «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup> كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون الجاحد سيما مع عدم البيّنة كما هو المشهور، وقد تقدمت الأخبار في ذلك.

وكذا يجوز له ان خاف جحود الوارث ان اعترف لهم بالرهن ولم تكن له بيّنة على ذلك لخبر سليمان بن حفص المروزي<sup>(٢)</sup>، وكذا إذا غاب صاحبه غيبة منقطعة ولم يطعم في رجوعه، وفي صحيح إسحاق بن عمار<sup>(٣)</sup> وغيره دلالة على جواز البيع واستيفاء الحق لو تعذر عليه الاستئذان وخبر المروزي<sup>(٤)</sup> لا تعارضه الأخبار المانعة، كموتقتي ابن بكير<sup>(٥)</sup> لاطلاقها وتقييده، والمرتهن احق باستيفاء دينه من سائر الغرماء سواء كان الراهن حياً محجوراً عليه بالفلس أو ميتاً تنقص مواله عن ديونه على الأشهر لسبق تعلق حقه.

(١) أبواب الخيار ب ١٧ ح ٤.

(٢) أبواب أحكام الرهن ب ٢٠ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الرهن ب ٤ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الرهن ب ٢٠ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الرهن ب ٤ ح ٣.

ويظهر من فقيهه الفقيه أنه هو وغيره سواء إذا كان ميتاً لخبري عبدالله بن الحكم وسليمان المروزي<sup>(١)</sup> واختاره شيخنا، ولا نبطل الرهانة بموت أحدهما، لكن إذا مات أحدهما كان للآخر الامتناع من تسليمه إلى وارثه، وكذا للوارث الامتناع من تسليمه إليه لان وضعه عند أحدهما مشروط باتفاقهما عليه، وان تشاحا فللحاكم تسليمه إلى عدل ليقبضه لهما، هكذا قالوه والأخبار لا تساعد عليه إلا أنه الاحوط، ولو كان عبداً فجني متعمداً على الغير كان حق المجني عليه في المرهون للجاني أولى من حق المرتهن لصحيحتي إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>.

ويجوز رهن مال الغير بأذنه فيكون اعادة منه إليه اجماعاً، ويضمن الراهن وان تلف تفريط، وللمالك اجباره على افتكاكه مع قدرته وقت الحلول لذلك الدين لا قبله لانه عارية، وهي غير لازمة، اما قبل الحلول فليس له ذلك الاجبار إذا اذن فيه، وللمرتهن مع الحلول واعسار الراهن ان يبيعه ويستوفي دينه منه ان كان وكيلاً في البيع وإلا باعه الحاكم عند الاعسار، وهذه الأحكام مأخوذة من عموم الأخبار.

وإذا وجد الرجل عنده رهناً ولم يعلم صاحبه ولا ما عليه كان كماله لخبر محمد بن رياج العلاء<sup>(٣)</sup>، ويجوز بيعه في تلك الحال لصحيح إسحاق<sup>(٤)</sup> أيضاً، ولو ادعى المرتهن تلف الرهن من غير تفريط كان القول قوله مع يمينه، وفي موثق البقباق ومرسل أبان<sup>(٥)</sup> ان ذهب من بين ماله وله مال فلا يصدّق، وحمل على أنه لا يصدّق بغير يمين، وإذا فرط لزمته

(١) أبواب أحكام الرهن ب ١٩ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٦.

(٣) أبواب أحكام الرهن ب ١٤ ح ١ «القتلا» في المصدر.

(٥) أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٧.

(٤) قد تقدم.

قيمته يوم قبضه عند المحقق وجماعة، وعند الأكثر يوم هلاكه وهو مختار المحقق في النافع، وقيل بأعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف. والمعتمد عند شيخنا قول الأكثر لانطباقه على القواعد، ولو اختلفا في متاع، فقال أحدهما هو وديعة، وقال الممسك له هو رهن، فالقول قول المالك عند الأكثر، والشيخ في الاستبصار على أن القول قول الممسك، وقبله الصدوق وتمسك الأكثر بصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، والشيخ بموثقة ابن أبي يعفور<sup>(٢)</sup>، وذهب ابن أبي حمزة إلى قبول قول المرتهن ان اعترف الراهن له بالدين وإلا فالقول قول المرتهن.

وفيه جمع بين الأخبار، وقواه شيخنا، ولو اختلفا فيما على الرهن من الدين كان القول قول الراهن في المشهور، وقيل وهو لابن الجنيد القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه الرهن لرواية السكوني<sup>(٣)</sup>، والأقوى عند شيخنا المشهور لصحیحتي محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وغيرهما.

(١) أبواب أحكام الرهن ب ١٧ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الرهن ب ١٧ ح ٢.

(٤) نفس المصدر: ح ١.

(٣) أبواب أحكام الرهن ب ١٧ ح ٤.



## فصل في الضمان

وهو ثابت بالاجماع والأخبار النبوية وغيرها البالغة حد التواتر<sup>(١)</sup>، ولا يقع معلقاً عندنا على شرط ولا صفة إلا على رضا المضمون له، وهو صاحب الدين عند الأكثر، كما يشترط رضى الضامن لصحيح عبدالله بن سنان وفيه: «إذا رضى الغرماء فقد برأت ذمة الميت»<sup>(٢)</sup>، خلافاً للشيخ في الخلاف لخبر سعيد الخدري<sup>(٣)</sup> وهو قاصر عن الدلالة.

وأما رضا المضمون عنه فلا يشترط اجماعاً، ولا يشترط حياته لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> وغيره، ولا يشترط معرفته ولا معرفة المضمون له لخبر الخدري وجابر بن عبدالله ومعاوية بن وهب<sup>(٥)</sup>، خلافاً للشيخ في المبسوط حيث اعتبر علم الضامن بهما، وفي المختلف اعتبر العلم بالمضمون عنه وهو مختار المحقق، ولا دليل لهم.

والمشهور انه لا يشترط العلم بكمية المال فيصح عما في ذمته لعموم الأخبار وآية: «ولمن جاء به حمل بعير»<sup>(٦)</sup>. واللازم حينئذ ما تقوم به

(١) أنظر أبواب أحكام الضمان ب ١ و ٢ و ٣.

(٢) أبواب أحكام الضمان ب ٢ ح ١. (٣) أبواب أحكام الضمان ب ٣ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الضمان ب ٢ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الضمان ب ٣ ح ٢ و ٣ وب ٢ وح ٢.

(٦) يوسف: ٧٢.

البينة [بتاريخ سابق عليه، وفي لزوم ما أقر به الغريم كما قاله الحلبي وابن حمزة أو ما يحلف عليه المضمون له مطلقاً سواء كان برد اليمين أو غيره كما اختاره الشيخ اشكال عند أكثر المتأخرين فلا يلزم إلا ما تقوم به البينة]، ويشترط في صحة العقد اهلية الضامن المتبرع، وفي لزوم ملائته لا في صحته أو علم المضمون له باعساره. ويدل على اشتراط الملاءة موثق الحسن بن الجهم<sup>(١)</sup> وعلى صحة الضمان مع اعسار الضامن، وعليه به خبر عيسى بن عبدالله<sup>(٢)</sup>، ويصح في العبد باذن مولاه بلا خلاف، ويتعلق بذمته فيتبع به بعد العتق على ما قرره العلامة في التذكرة، والمشهور بكسبه، والبحث في ذلك قريب مما لو أذن له في الاستدانة، وقد تقدم، أما بدون الاذن ففيه قولان، والمنع أقوى عند شيخنا.

ويشترط في المال أن يكون ثابتاً في الذمة، أما الامانة فلا يصح ضمانها، وفي ضمان الاعيان المضمونة كالمقبوض بالبيع الفاسد قولان: والأقوى عند شيخنا عدم الجواز. ولا فرق في ضمان العهدة للثمن بين أن يكون فيه خيار أم لم يكن لانه ضمان جائز بالاتفاق، وقد تقدم في البيوع ما يرشد إليه، وفي صحيح داود بن سرحان: «عن الكفيل والرهن في بيع النسيئة، قال: لا بأس»<sup>(٣)</sup>، ومثله صحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وغيره، والمراد بالكفيل هنا الضامن سواء تعلق بالنفس أو بالمال.

وبالجملة ف ضمان العهدة حقه أن لا يصح لكن الادلة أوجبت له الاستثناء كما إذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري وللمشتري عن البائع إذا قبضه اياه لجواز ظهور المبيع مستحقاً، وكذا الحال في المبيع. ويلزمه في

(١) أبواب أحكام الضمان ب ٤ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الضمان ب ٥.

(٣) أبواب أحكام الضمان ب ٨ ح ١.

(٤) نفس المصدر.

هذه الصور الدرك، ولا بدّ من ثبوته في ذمة المضمون عنه حالة الضمان، ولو تجدد الفسخ بالتقابل أو تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضمان [ورجع على البايع] وينقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، ويرجع الضامن على المضمون عنه ان ضمن باذنه وإلا فلا، اجماعاً في صورتين فيما عدى الاعيان المضمونة، وانما يرجع بأقل الامرين الذي ضمنه والذي دفعه على المشهور لموثق عمر بن يزيد<sup>(١)</sup> خلافاً للاسكافي حيث عين الذي ضمنه وهو لا دليل له عليه.

وفي الاعيان المضمونة يجوز مطالبة كل منهما، وفي العهدة وفي البيع ونحوه ان شاء طالب الضامن كما هو الظاهر وان شاء طالب الآخر لان المقصود التوثيق لا غير، كذا قاله في التذكرة. وكذا لو أبراه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلا بما أداه، ولو دفع عروضاً عن مال الضمان رجع بأقل الامرين من قيمته ومن المضمون، وإذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه وحينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء، ولو شهد المضمون عنه للضامن بالدفع قبلت شهادته مع انتفاء التهمة وألحق المضمون أما أن يكون حالاً أو مؤجلاً. وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلاً أما أن يكون الاجل الثاني مساوياً للأول أو أنقص أو أزيد، وعلى التقادير أما أن يكون الضامن أو بسؤال المضمون عنه، فالصور حينئذ اثنتا عشرة صورة حاصلة من ضرب الصور الابع في الثلاث الأخيرة، وكلهما جائزة على الاصح عند شيخنا وفاقاً لشهيد المسالك، وبعض ذلك مجمع عليه، مطلقاً حالاً

(١) أبواب أحكام الضمان ب ٦ ح ١.

ومؤجلاً أو بعض صورته وهو ما لو ضمن الحال مؤجلاً أو ضمن المؤجل بأجل أكثر منه لا مطلقاً كما يظهر من تعاليلهم المنع في الحال، بحيث يضمن المؤجل بأجل حالاً، وتعاليلهم كلها عليلة. ويدل على جواز ضمان الحال مؤجلاً خبر عيسى بن عبدالله،<sup>(١)</sup> وأما بقية أخبار الباب فهي في غاية الاجمال محتملة لبقية الصور المختلفة فيها.

ويصح الضمان عن الضمان وهكذا، وكما يصح الترامي والتسلسل يصح الدور أيضاً على المشهور لعموم الأخبار واطلاقها، ومنع الشيخ في جملة كتبه لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً والعكس، وفيه نظر.

ويصح أيضاً وحدة الضامن وتعدد المضمون عنه وبالعكس مع الافتراق في المضمون به، أما بدونه في مال واحد فيصح الأول خاصة، وهو وحدة الضامن وهذا كله ظاهر لمن راجع القوانين.

(١) أبواب أحكام الضمان ب ٥ ح ١.

## فصل في الحوالة

وهي تحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله، وهي ثابتة بالكتاب والسنة النبوية<sup>(١)</sup> وغيرها.

ويشترط فيها رضا المحيل والمحتال، وهو المحال بالاتفاق، وكذا رضا المحال عليه، كما في المشهور خلافاً لجماعة منهم شيخنا، فلا وجه لرضاه، نعم لو كان الحقان مختلفين اعتبر رضاه لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة، ثم على تقدير رضا المحال عليه كما هو المشهور، وعند جماعة من المتأخرين يكفي رضاه مطلقاً مقارناً للعقد، أو متقدماً أو متأخراً بخلاف رضا الآخرين، فلا بد من المقارنة، ولو كان المحال عليه بريئاً اعتبر رضاه قطعاً، ولو تبرع المحال عليه بالوفاء لم يعتبر رضاه المحيل.

والعبارة حينئذ ان يقول المحال عليه للمحتال: «أحللت بالدين الذي لك على فلان على نفسي» فقبل. ويشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه، ويقومان بركني العقد بخلاف رضا المحيل لقيام العقد بغيره. ويشترط في لزومها ملاءة المحال عليه حالة الحوالة، أو علم المحتال

باعساره لما في عدمه من الضرر والغرر المنهي عنهما سنة واجملاً،  
 كخبري أبي أيوب وصحيحته وموثقة منصور بن حازم<sup>(١)</sup>.  
 ولو أفلس بعد الحوالة لم يكن له الرجوع لخبر عقبة بن جعفر<sup>(٢)</sup>،  
 واشترط الديلمي قبض البعض وإلا فله الرجوع معللاً بأن القبول لا يتم إلا  
 بذلك، وفيه نظر. واشترط الشيخ في أحد قوليهِ شغل ذمة المحال عليه  
 للمحيل، ومنعه الأكثر من المتأخرين، فجوزوا الحوالة على البري عملاً  
 بالأصلين الجواز وعدم الاشتراط.

والاظهر عند جماعة، منهم الكاشاني تبعاً للمحقق ان هذا ضمان  
 بالمعنى الاخص، وان بلفظ الحوالة لان ما ذكر من أحكام الضمان معناه،  
 قال شيخنا وهذا الخلاف قليل الجدوى لعدم الوقوف على ما يدل على  
 الحوالة من البري ولزومها، فهي من باب الوكالة والقرض والضمان،  
 والحوالة فهي بالخيار ان قبلها اذ لم يثبت اشتغال تلك الذمة بمجرد القبول.  
 انتهى.

ويشترط في المال ان يكون معلوماً عند المحيل، وان يكون ديناً ثابتاً  
 في الذمة وإن لم يستقر مثلياً كان أو قيمياً خلافاً لجماعة حيث منعوا من  
 الحوالة بالقيمي، وفي اشتراط تساوي المالين جنساً ووصفاً قولان،  
 والنصوص خالية عن الدلالة على أحد القولين وربما يستأنس للجواز كما  
 هو المشهور بصحيح داود بن سرحان<sup>(٣)</sup> وصحيح محمد بن مسلم، وربما  
 ينبغي الاشتراط على عدم اعتبار رضا المحال عليه، ومنع الحوالة على

(١) أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ١ و ٣. (٢) أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ٤.

(٣) أبواب أحكام الضمان ب ١٢ ح ١.

البري فان اعتبر لم يجز قطعاً، وقد تحرر من ذلك ان القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له مطلقاً إلا أن يقول بعدم جواز الحوالة على البري وإلا صحت الحوالة هنا.

وبالجملة ان المسألة محل اشكال واعتبار رضاء المحال عليه عند مخالفة الاجناس مما لا بد منه عند شيخنا، ويتحول المال على المحال عليه اجماعاً ويبرء المحيل وإن لم يبرءه المحتال خلافاً للشيخ وجماعة حيث اشترطوا براءته بأن يقول الذي احتال «برئت مما لي عليك» فقبله يجوز له الرجوع على المحيل لحسن زرارة<sup>(١)</sup> وفيه عند شهيد المسالك ان البراء في الحديث ليس على ظاهره بل كناية عن قبول الحالة، ونفي عنده شيخنا البأس.

(١) أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ١.

## فصل في الكفالة

وهي تعمد بالنفس واحضارها لمن له الحق عليها، وهي ثابتة بالسنة المتواترة من النبوية وغيرها، وقد جاء في النصوص كراهة التعرض لها كصحيح حفص بن البختری<sup>(١)</sup> وغيره.

ويشترط فيها رضا الكفيل والمكفول له بلا خلاف، وأما المكفول فلا يعتبر رضاه في المشهور خلافاً للشيخ والعلامة في أحد قوليهما، والحلي فاعتبروا رضاه، والمشهور أنه لا يشترط في الكفالة، التأجيل للاصلين: الجواز وعدم الاشتراط، ولاطلاق الأخبار للشيخ وجماعة حيث اشترطوه. فلو سلمه قبله ولم يلزم القبول خلافاً للشيخ في الخلاف فيما إذا انتفى الضرر.

وكذا الكلام في المكان المشروط والذي يحمل الاطلاق عليه هو محل الكفالة أن كان في مصر أو بلد أو نحوهما بخلاف الطريق والصحراء وان يكون المال مما يصح ضمانه كما عليه الفتوى إلا أن الأخبار المجودة في المسألة لا تدل عليه صريحاً بل ربما دلت على نفيه كموثق عمار<sup>(٢)</sup> وخبره وغيرهما. وفي خبر عامر بن مروان ومرسل الفقيه «الكفالة ندامة وغرامة»<sup>(٣)</sup>، وهذا لا ينطبق إلا على كونها تؤول إلى الضمان والغرم إلا إذا

(١) أبواب أحكام الضمان ب ٧ ح ١. (٢) أبواب أحكام الضمان ب ٩، ح ١.

(٣) أبواب أحكام الضمان ب ٩ ح ٤.



حملت الكفالة فيهما على ما يشمل الضمان، كذا قرره شيخنا. وأن لا تكون الكفالة على حق من حقوق الله، وفي خبر السكوني: «لا كفالة في حد»<sup>(١)</sup>، والكفيل لا يلزم عند شيخنا وجماعة، منهم العلامة بأداء المال اصلاً، وليس إلا الزامه بالاحضار لرواية الحسين بن خالد<sup>(٢)</sup> وخبر السكوني<sup>(٣)</sup>. لكن خبر داود الرقي ومرسل الفقيه<sup>(٤)</sup> دالان على أن الكفالة تستلزم الغرامة، فسيأنس بها المذهب المشهور، ويمكن الجمع بأن الواجب الاحضار ومع الامتناع ينتقل إلى المال. وإذا كان المكفول غائباً انظر بعد الحلول والمطالبة بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به، ولو انقطع خبره لم يكلف الاحضار، وكذلك إذا مات أو سلم نفسه أو سلمه أجنبي عنه فيبرء الكفيل وإن لم يسلمه عنه ففيه قولان: ولو تكفل لرجلين معاً لم يبرء بالتسليم لاحدهما وهو ظاهر. ويجوز ترامي الكفالات كما جاء في الضمان دون دورها لان حضور المكفول الأوّل يوجب براءة من كفله. ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره أو أداء ما عليه لصحيح حرير<sup>(٥)</sup> فائدة في خبر ابن العباس البقباق، قال: «قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل كفّل لرجل بنفس رجل، قال: ان جئت به وإلا علي خمسمائة درهم، قال: عليه نف سه ولا شيء عليه من الدراهم، فان قال: علي خمس مائة درهم إن لم أدفعه إليه قال: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»<sup>(٦)</sup>، وحمل الشيخ ومن تبعه على ظاهره واختار شيخنا ولا حاجة إلى الارجاع إلى القواعد التي قررها، ولابن الجنيد في هذه المسألة قول آخر، وللمحقق قولان، وللعلامة أربعة أقوال.

- |                             |                                    |
|-----------------------------|------------------------------------|
| (١) أبواب أحكام الضمان ب١٦. | (٢) أبواب أحكام الضمان ب١.         |
| (٣) أبواب أحكام الضمان ب١٦. | (٤) أبواب أحكام الضمان ب٧ ح ٥ و ٦. |
| (٥) أبواب أحكام الضمان ب١٥. | (٦) أبواب أحكام الضمان ب١٠ ح ١.    |

## فصل في تفليس المديون

وهو الفقير الذي ذهب جل ماله وبقي فلوسه، وشرعاً هو الذي جعل مفلساً، ومنع من التصرف في ماله، وهو ثابت بالاجماع والنصوص الكثيرة، كموثقتي غياث بن ابراهيم وإسحاق بن عمار<sup>(١)</sup> وغيرهما. ويشترط فيه قصور أمواله عن ديونه اجماعاً، وان تكون الديون حالة في المشهور، وقول الاسكافي في حلول المؤجلة قياساً على الموت ضعيف، وان يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر ولا يحجر لو سأل هو الحجر على المشهور خلافاً للعلامة، مجوزه حينئذ لحجر النبي ﷺ على معاد بالتماسه خاصة،<sup>(٢)</sup> لكنه لم يثبت في أخبارنا، ومع تحقق الشروط يمنع من التصرف المالي المبتدأ إلا ما يفيد تحصيلاً للمال كالاختطاب والانتهاج، وقبول الوصية فيملك بذلك وان منع من التصرف فيه بعده إلا مع اجازة الغرماء فانه يجوز التصرف كما قواه الشهيد الثاني ونفي شيخنا عنه البعد.

ولو أقر لاحد بدين سابق أو عين صح لعموم جواز «اقرار العقلاء على أنفسهم» كما في النصوص<sup>(٣)</sup>. وهل يشارك المقر له الغرماء؟، العلامة في

(١) أبواب أحكام الحجر ب ٦ ح ١. (٢) فتح الباري: ١٩٢/٧.

(٣) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.

الارشاد، والشهيد الأوّل وجماعة على المشاركة سواء كان بعين أو دين، وثانيها عدم انفراد الاقرار مطلقاً واختاره الشهيد الثاني، وثالثها نفوذ اقراره في العين دون الدين وهو مذهب الحلبي، ورابعها اختيار المحقق في الشرائع وهو الانفاد في الدين دون العين، وأساس هذه الاربعة الاحتمالات.

واما خبر «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(١)</sup> فلا يدل على شيء من ذلك لان قصارى دلالته قبول اقراره على نفسه لا على الغرماء، ومن ثم الزم [الغرم] بالمال بعد الحجر كذا قرره شيخنا. ولو قال هذا المال مضاربة لغائب قبل قوله مع يمينه ويقر في يده عند شيخ المبسوط والمشهور خلافه. ولو أقرضه انسان مالاً بعد الحجر او باعه عيناً بثمن في ذمته لم يشارك الغرماء مع العلم بحاله اجماعاً، فيثبت في ذمته ويتبع به بعد زوال الحجر، ومع الجهل أقوال ثلاثة، أحدها: انه كالعالم وهو مختار المحقق، وثانيها الضرب معهم. وثالثها الاختصاص بعين المال لعموم قوله عليه السلام: «صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد»<sup>(٢)</sup> ولو اتلف مالاً بعد الحجر ضمن وضرب صاحب المال مع الغرماء لانتفاء رضاه.

ومن وجد عين ماله فله أخذها وإن لم يكن سواها على المشهور لخبر عمر بن يزيد<sup>(٣)</sup> وهو مطلق، ولكنه خص بالحي في المشهور، وفي معناه روايتا الدعائم، وقال الشيخ: لا اختصاص إلا أن يكون هناك وفاء، لصحيح ابن ولاد<sup>(٤)</sup> المقيد لاطلاق غيره، ولا فرق بين الحي والميت وان

(١) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.

(٢) أبواب أحكام الحجر ب ٥ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الضمان ب ٥ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الضمان ب ٥ ح ٣.

كان مورده في الميت جمعاً بين الأخبار، وليس ببعيد عنه شيخنا وان خالف المشهور حيث قالوا: ان الحي مظنة الوفاء فلا يضر الاختصاص بالغرماء بخلاف الميت. فلا اختصاص إلا أن يكون هناك وفاء وابن اجنيد: يختص بها وإن لم يكن وفاء.

وهل الخيار لمن وجد عين ماله على الفور أو مطلقاً قولان: والمشهور الأول لكن مع العلم بالخيار، واختار في المسالك ثبوته مطلقاً، وقواه شيخنا، وان كان مراعاة الفورية أولى. ولو وجد بعض المبيع سليماً أخذ الموجود بحصته من الثمن وضرب بالباقي مع الغرماء، وكذا لو وجده معيباً كان مخيراً بين أخذه وبين تركه والضرب معهم، وإذا حصل نماء قبل الفسخ وكان منفصلاً كاللبن والولد فهو للمشتري، ولو كان متصلاً كالسمن والطول فموضع خلاف، فالشيخ والعلامة في القواعد أنه يتبع للاصل للاطلاق، والاسكافي والعلامة في غير القواعد وجماعة إلى ان الزيادة للمفلس. واستقرب العلامة في التذكرة عدم جواز الرجوع في العين، وهو مختار الشهيدين، والمجني عليه أحق بالبعد الجاني من الغرماء إذا كانت الجناية مستوعبة والاسترقاق منه بقدرها ولا تباع الدار والخادم اللاتقان بحاله كمأً وكيفاً، إلا ما يفضل عن حاجته فيهما ولا فرق بين العبد والامة. وفي حكمها دابة ركوبه وثباته اللائقة بحاله عند جماعة لأخبار الجناية<sup>(١)</sup>، وانما استثنيت الدار والخادم لخصوص حسنتي الحلبي وذريع<sup>(٢)</sup> الأول فيهما، والثاني في الدار، ويكره ثمن الدار ولو باعها من

(١) في الانوار اللوامع: وفي الاصل «الجزية».

(٢) أبواب الدين والقرض ب ١١ ح ١.

اختيار نفسه لرواية ابراهيم بن هاشم، ورواية ابراهيم بن عثمان بن زياد<sup>(١)</sup> إلا إذا اكتفى ببعضها لوسعها او حصل داراً مناسبة له غيرها فيشتريها ويقضي بالباقي دينه لرواية مسعدة بن صدقة ولمرسل الفقيه<sup>(٢)</sup>، وقد ذكر هذا الحكم غير واحد وعليه المعتمد عند شيخنا.

ويجب أن يحمل عليه خبر سلمة بن كهيل<sup>(٣)</sup>، ونقل عن الاسكافي جواز بيع الدار والخادم على كراهة، وعن الصدوق جواز بيعهما فيمن استدان في معصية لخبر الفقيه الرضوي، والمختار عند شيخنا ما عليه المشهور، ومما يجري على المفسل من أمواله نفقته ونفقة من يجب عليه وكذلك الكسوة من يوم الحجر إلى يوم قسمة ماله ويعطى ذلك اليوم، ويعتبر ما يليق بحاله في افلاسه عند العلامة في التذكرة، والأخبار مطلقة. ولو مات قدم كفه لصحيح زرارة<sup>(٤)</sup> وخبره، وخبر السكوني<sup>(٥)</sup>، وكذا كفن من يجب عليه كالزوجة، وكذا سائر مؤن التجهيز عند العماني وربما يستنبط من رواية الفضل بن يونس<sup>(٦)</sup>.

ويجب على الحاكم الاحتياط في بيع أمواله فيبدأ ببيع ما يخشى تلفه، وقد جعل جماعة هذا الحكم من المندوبات كالمحقق في الشرائع والعلامة في جملة من كتبه، والاجود عند شيخنا وجوبه، ويستحب في المشهور احضار كل متاع في سوقه، والأخبار خالية من هذه الأحكام وجوباً واستحباباً. ويستحب حضور الغرماء تعرضاً للزيادة، بل حضور المفسل

(١) أبواب الدين والقرض ب ١١، ح ٥ و ٣. (٢) أبواب الدين والقرض ب ١١ ح ٧ و ٦.

(٣) أبواب الدين والقرض ب ١١ ح ٩. (٤) أبواب الدين والقرض ب ١٣ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٧ ح ٣. (٦) أبواب التكفين ب ٣٣ ح ١.

أو وكيله أيضاً لانه أخبر بقيمة متاعه ويمكن وجوبه مع رجاء الزيادة، ويستحب أن يعول على مناد يرضى به الغرماء والمفلس جميعاً وان تعاسروا عيّن الحاكم، وينبغي أن يكون هذا الحكم على سبيل الوجوب، ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة قيل يجعل في ذمة أجنبي أمين احتياطاً وفيه توقف عند شيخنا، فيجوز الاقتصار على الوديعة وان أمكن القرض وبه قطع في التذكرة وان كان الاحوط الاقتراض.

وإذا حضر غريم بعد القسمة نقضها الحاكم وشاركهم كما هو المشهور، وعند الشهيد في المسالك انه يرجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب، وله وجه وجيه عند شيخنا، وان كان القول بالنقض أجوده وإذا قسم المال بين الغرماء زال الحجر وهو مذهب الفاضلين وجماعة من المتأخرين، ومذهب القدماء أنه لا يزول إلا بحكم الحاكم. هذا كله مع اعتراف الغرماء بأنه لا مال له سواه، أو عدم تعرفهم، فلو ادعوا المال ففيه التفصيل السابق في مباحث الدين حيث يدعي الاعسار.

## فصل في الاقرار

وهو ثابت بالكتاب لقوله تعالى: ﴿ولو على انفسكم﴾<sup>(١)</sup>، وخبر جراح المدائني: «لا اقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه»<sup>(٢)</sup>، وقد روى جماعة من أصحابنا عن النبي ﷺ انه قال: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(٣)</sup>.

والاقرار اخبار بحق واجب، ولا يقع معلقاً على شرط، ولا صفة لمنافاة التعليق بالجزم، ولو قال: ان شهد لك فلان فهو صادق، ففي كونه اقراراً موضع خلاف، فالشيخ والمحقق في الشرائع وجماعة على أنه اقرار وان كان معلقاً، ومثله لو قال: «ان شهد بكذا فهو حق أو صحيح» وكذا لو لم يعين الشاهد فقال: «ان شهيد على شاهد بكذا فهو صادق» أو شهد عليه بالعمل فقال: «صدقته» أما لو قال: «ان شهد صدقته» أو فهو عدل لم يكن اقراراً، لان الكاذب قد يصدق والقول الآخر انه لا يخرج بذلك عن التعليق فلا يلزم بالحق في الجميع، وهو قوي عند شيخنا وهو اختيار أكثر المتأخرين.

واطلاق اللفظ في الاقرار محمول على متفاهم العرف، فان انتفى فاللغة، ومع تعدد العرف ترجع إليه، وان فسره بالكل [بالامل] وان تعذر

(٢) أبواب الاقرار ب ٦.

(١) المائدة: ٨.

(٣) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.

الرجوع حمل على الاقل، وكذا كلما احتمل اللفظ معنيين، ومع تساوي العرف يرجع إليه في التعيين، وإذا أقر لزم، ولا يسمع انكاره بعده، ولو اتصل به إلا أن يكون مع متممات الكلام كالاستثناء والبدل والوصف المفيد، ولو قال: ملكت هذه الدار من فلان أو غصبتها منه أو قبضتها منه كان ذلك اقراراً له بالملك إلى أن يثبت خلافه.

ولو قال كان فلان علي كذا لزمه ولم يقبل دعواه في السقوط بعد، وإذا شهد على نفسه بالبيع وقبض الثمن ثم أنكر فيما بعد وادعي أنه انما أشهد تبعاً للعادة من غير مطابقة للواقع ولم يقبض قيل وهو مجهول لا تقبل دعواه، لانه مكذب لاقراره، والمشهور القبول، وقواه شيخنا. اما لو شهد الشاهد ان بمشاهدة القبض لم يقبل انكاره ولا يمين على المشتري حينئذ، وتقبل أقارير الجملة كما تقبل المفصلة، فلو قال له علي «مال قبل» منه بأقل ما يتمول، والشئ أعم منه، فيقبل فيه ما لا يقبل في المال كحد القذف وحق الشفعة ونحوهما.

اما لو فسره بجلد الميتة والسرجين ونحوهما، ففيه قولان، فالاشهر الاظهر العدم، لظهور له [على] في الملكية وهذه لا تملك، والقول بالقبول للعلامة في أحد قولييه. ولو فسر الشيخ بما لا يتمول كحبة الحنطة وقمع البادنجان ففيه قولان، اختار في التذكرة القبول. ولا يقبل تفسيره برد السلام والعبادة لبعده عن الفهم.

ويجب أن يحمل اللفظ على الظاهر المتبادر، ويراعي اصالة البراءة مهما أمكن، فيقتصر على المتقين، وربما تصرف القرائن اللفظ عن الحقيقة فتلغى ويحمل على المجاز. ويشترط في المقر أهلية التصرف ويدل على



اشترط العقل الخبر النبوي «اقراره العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(١)</sup>، وعلى اشترط البلوغ الأخبار الصحيحة الواردة في العتق والملك كصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup>، ولا بدّ من الاختيار فلا يسمع اقرار المكره، والمتوعد لخبر أبي البختري<sup>(٣)</sup> وصحيح سليمان بن خالد<sup>(٤)</sup>. ولا يقبل اقرار السكران خلافاً للاسكافي فيمن شرب محرماً. مختاراً وهو ضعيف، ولا يقبل اقرار المحجور عليه بالسفه بمال، ويقبل فيما عداه ويلزمه التخلص من المال فيما بينه وبين الله.

ولا يقبل اقرار المملوك مطلقاً، لا بمال ولا بحد ولا بقصاص، نعم يتبع به إذا اعتق إلا إذا كان مأذوناً في التجارة فأقر بما يتعلق بها على المشهور. واستشكل في التذكرة القبول هنا، وعلى المشهور انما ينفذ في مقدار ما بيده فان كان أكثر لم يضمه المولى، ويتبع به بعد العتق كغيره، ولو أقر بسرقة لم يقطع إلا بشاهدين لصحيح الفضيل بن يسار<sup>(٥)</sup>.

واما اقرار المريض فينفذ من الاصل عند الأكثر إلا مع التهمة، فمن الثلث سواء الوارث وغيره. لصحيح منصور بن حازم<sup>(٦)</sup> وصحيح العلاء<sup>(٧)</sup>. الأوّل في الوارث، والثاني في الاجنبي. والمحقق في الشرائع أنه للوارث من الثلث مطلقاً، والاجنبي من الاصل إلا مع التهمة، واستند في الوارث إلى صحيح إسماعيل بن جابر، فهو محمول عند الأكثر على حالة التهمة جمعاً، وجماعة من القدماء على أنه من الاصل مطلقاً فيهما

(٢) أبواب الدين والقرض ب ٢٥ ح ٤.

(٤) أبواب حد السارق ب ٧ ح ١.

(٦) أبواب الاقرار ب ١ ح ١.

(١) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.

(٣) أبواب الاقرار ب ٤ ح ١.

(٥) أبواب حد السرقة ب ٣٥.

(٧) أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٢.

لعوم «قرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(١)</sup>.

ويدفعه النصوص المفيدة في المرض بالتهمة وغيرها وبالوارث وغيره، وصحيح أبي ولاد<sup>(٢)</sup> وصحيح آخر للحلبي<sup>(٣)</sup> ورواية سماعة<sup>(٤)</sup> لا يمكن الجمع بينهما وبين ما تقدم عند شيخنا إلا أن يقال ان الاقرار للوارث من الثلث إلا إذا كان ملياً لصحيح الحلبي<sup>(٥)</sup> أو المقر به قليلاً لرواية سماعة<sup>(٦)</sup>، أو المقر له عدلاً للجمع فانه من الاصل. ولغير الوارث من الاصل إلا مع التهمة فتجتمع غاية الاجماع وإن لم يقل به أحد، كذا قرره شيخنا. ويشترط في المقر له أهلية التملك، ولو كان حاملاً فان كذبه فيما اقر به فيما يعضل بالمقر به أقوال، أظهرها تخيير الحاكم بين أخذه وبين اقراره يد المقر عليه إلى أن يظهر مالكة. والثاني رجوعه إلى ملك المقر، وثالثها انه من الانفصال، وهو ملك الإمام وان كان عبداً ففيه أو جد ثلاثة: الحكم بالحرية مطلقاً وهو للشيخ والمحقق وجماعة منهم الكاشاني، والثاني كذلك ان ادعاها العبد في تلك الحال وإلا فلا، وقيل يبقى على الرقية المجهولة وهو مختار الشرائع والظاهر عند شيخنا ما اختاره في الشرائع.

(١) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٥.

(٦) المصدر السابق.

## فصل في حكم الابرء

وهو اسقاط لما في الذمة من الديون والحقوق، وهو ثابت بالكتاب لقوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾<sup>(١)</sup> وغيرها، والاجماع والسنة المكثرة، وقد ورد بعضها في ابراء المتمتع بها من المدة، ويشترط فيه مع أهلية التصرف الايجاب، ولا ينحصر في لفظ معين، وقد جَوَّزه الشارع بلفظ العفو، ولفظ الصدقة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾<sup>(٢)</sup> وغيرها.

وهذا دليل على التوسعة، فينبغي جوازه بلفظ الاسقاط والابرء بالطريق أولى، وقد تستعمل الهبة بمعنى جوازه بلفظ الاسقاط والابرء بالطريق أولى، وقد تستعمل الهبة بمعنى كما في صحيحتي معاوية بن عمار<sup>(٣)</sup>، ولم يأت في الأخبار بلفظ الهبة إلا حديث سماعة وصحيح الحلبي<sup>(٤)</sup>، وفي اشتراط القبول قولان، المشهور على عدم الاشتراط للاصل، ولظاهر ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾<sup>(٥)</sup>، والقول الثاني لابن زهرة، وابن ادريس حيث اشترط القبول في الابرء،

(١) البقرة: ٢٣٧. (٢) النساء: ٩٢.

(٣) أبواب أحكام الهبات ب ١ ح ١ و ٢. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ١٧ ح ١٥ و ١٦.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

واختلف كلام الشيخ في المبسوط.

واختار شيخنا القول المشهور لان اخبار الابرء كصحيح بن رئاب وموثق سماعة<sup>(١)</sup> وغيرهما خالية عما سوى الايجاب بل دلالتها على عدم اعلام المبرء في غاية الظهور، وكذلك عدم جواز الرجوع فيها وان وقعت بلفظ الهبة والصدقة، أما لو وهب في الذمة لغير من هو عليه ففي صحته قولان، أحدهما: وعليه المعظم العدم، والثاني الصحة وعليه إليه الشيخ والحلي في أحد قوليهما، والعلامة في المختلف.

واعلم أنه لا شبهة في أن الدين مملوك للواهب قبل قبضه، وقبضه ممكن، فصحت هبته متوقفة على قبضه، وبه يظهر أن الصحة متوجهة وان كان جانب البطلان وجيهاً من حيث أن المشهور، ويمكن الاستدلال على الصحة لصحيح صفوان بن يحيى إلا أن فيه احتمالات، فلا حجة فيه على المشهور، وسيأتي في الهبة ما يدل على الفرق بين هبة الوالد لولده البالغ وغير البالغ حيث انه القابض عن الصغار، ولا يشترط في صحة الابرء القربة وان وقع بلفظ الصدقة. نعم لا يثاب على ذلك إلا بها وقد جاء في الأخبار الترغيب في الابرء، ولو ببعض الدين كصحيح معاوية بن عمار<sup>(٢)</sup> وغير ما حكم بسائر الامانات والضمانات.

(١) أبواب المتعة ب ٢٩ ح ١ وب ٣٠ ح ١. (٢) أبواب الدين والقرض ب ٢٥ ح ٤.

## فصل في الوديعة

وهي استنابة في الحفظ، ويشترط فيها ما يدل على الايجاب والقبول، ولو كان تلويحاً أو اشارة، ويكفي القبول كما هو المشهور بل ربما كان أقوى من القول لزمانه لها حينئذ لو قصر لعموم «على اليد ما أخذت»<sup>(١)</sup> في الخبر النبوي المشهور وغيره، وعند آخرين ان كان الايجاب بلفظ «أودعتك» وشبهه، وجب القبول لفظاً، وان قال: «احفظه» ونحوه لم يفترق إلى اللفظ كالوكالة وهو كلام لا نص عليه.

وكيف كان فلا تجب المقارنة بين الايجاب والقبول بلا خلاف، ومع تحقق العقد بين الحفظ والرد عند الطلب وإلا ضمن، ولو طرحه عنده من غير ما يدل على الايداع، ولو تلويحاً ولم يحصل القبول فعلاً لم يلزم الحفظ، حتى لو ذهب وتركه فلا ضمان عليه لكن يأنم ان كان ذهابه بعد غيبة المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر والتقوى.

ولو تمت الوديعة فذهب المستودع والمالك حاضر، فهل هو رد للوديعة أم لا؟ جزم في التذكرة بعدم الضمان حيث ان ذلك رد للوديعة، واستشكله شيخنا ولو أكرهه على القبض في الوديعة لم يضمن إلا أن

(١) المستدرک: أبواب کتاب الوديعة ب ١، ح ١٢.

يضع يده عليه بعد ذلك مختاراً، وهل يصير بذلك أمانة أو وديعة شرعية؟  
أحتملان، ويمكن الفرق بين الوضع بنية الاستيداع وعدمه.

ولا تصح وديعة الطفل ولو كان مميزاً ولا المجنون، ويضمن القابض  
ولا تبرأ برده اليهما بل إلى وليهما أو إلى الحاكم مع عذمه كما تضمنته  
أخبار الولاية الشرعية عليهما، ولو علم أنه يتلف من أيديهما فقبضه بنية  
الحسبة الشرعية في الحفظ لم يضمن لانه محسن، «ما على المحسنين  
من سبيل»<sup>(١)</sup> آية ورواية، لكن يجب مراجعة الولي في ذلك مع الامكان،  
ولو استودعا لم يضمنا لخبر الدعائم وفيه: «من أودع صبياً لم يبلغ الحلم  
وديعة فأتلفها فلا ضمان عليه»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك المملوك إذا استودع من غير اذن سيده عليه ضمان، نعم لو  
تعديا فيه فتلف، فهل لضمان مطلقاً أم المميز خاصة أم لا مطلقاً؟ وجوه  
وأقوال لا مستند لها في الأخبار إلا أن الأقوى عند شيخنا الضمان، قال:  
لان الاتلاف سبب للضمان والاسباب من خطابات الوضع لا من خطابات  
الشرع، فيشترك فيه الصغير والكبير العامد والخاطي والجاهل والعالم،  
وكذا الحكم في كل ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه ولو بأكله، فانهما  
يضمنان وإن لم يكن لهما مال خرج منه ما لو كان وديعة لهما للاجماع  
وخبر الدعائم، انتهى<sup>(٣)</sup>. وفيه نظر يظهر من المتأمل في خبر الدعائم حيث  
نفي الضمان من التلف إذا كان وديعة لهما وهو أعم من التعدي، والله أعلم.  
والوديعة جائزة من الطرفين فللمستودع ردها متى شاء، وللمودع

(٢) المستدرک: أبواب کتاب الوديعة ب ٨ ح ٤.

(١) التوبة: ٩١.

(٣) أنوار اللوامع: ١٢/١٣.

مطالبته بها كذلك، ومع فقد المالك أو وكيله لا يبرأ إلا بردها عليه، ومع فقدهما يجوز دفعها إلى الحاكم مع العذر كالعجز عن حفظها أو الخوف عليها أو نحو ذلك لا بدونه بلا خلاف، ومع تعذر الحاكم يجوز ايداعها من ثقة، وتقديم الحاكم على الثقة بناء على أن له ولاية الغائب كما هو المشهور، ويجوز السفر بها بعد ذلك كله إلا أن يخاف عليها مع الايداع فيقدم السفر، وظاهرهم الاتفاق ولو اضطر إلى الدفن جاز، وتبطل بخروج كل منهما عن أهلية التصرف بموت أو جنون أو اغماء أو نحو ذلك فتصير حينئذ أمانة شرعية وتجب المبادرة بردها إلى أهلها على الفور، فإن أخره مع القدرة ضمن.

ولو طلبها الوارث فادعى المستودع عدم علمه بانحصار الارث فيه أو الشك في كونه وارثاً ففي الضمان وعدمه خلاف، والأقوى عند شيخنا عدم الضمان، ولو أخر تسليمها إلى الوارث لبحث عن وصية الميت أو اقراره بدين ونحوه فالاقرب عند شيخنا الضمان، والامانة الشرعية، لا يقبل قول من هي في يده بردها إلى المالك مع التنازع بيمينه بلا خلاف بخلاف الوديعة. والوديعة لا تضمن إلا مع التفريط لحسن الحلبي<sup>(١)</sup>، واخبار الدعائم<sup>(٢)</sup> وغيرها، ولو زال السبب الموجب للضمان لم يبرأ إلا أن يجدد له من المالك الاستيمان أو يبرؤه من الضمان، ويتحقق ذلك بأمر: - منها أن يرده عليه ويجدد له الوديعة بلا خلاف، ومنها أن يجددها له من غير أن يدفها إليه، وجزم بذلك المحقق وجماعة، وفيه اشكال عند شيخنا. ومنها ان يبرئه من الضمان كما جزم به المحقق، ولو أكره على

(١) أبواب أحكام الوديعة ب ٤، ح ١. (٢) تقدم فراجع.

دفعها إلى غير المالك دفعها، ولا ضمان خلافاً للحلبي إذا سلمها في يده وهو ضعيف، نعم لو تمكن من المنع وجب ولو لم يفعل ضمن.

ولا يجب تحمل الضرر الكثير بذلك كالجراح وأخذ المال ونحوهما، فإن أنكر وطلب باليمين وجب ويوري في يمينه، أما على جهة الاستحباب أو الايجاب، ويجب حفظ الوديعة بما جرت العادة به في حفظها كالثوب في الصندوق والدابة في الاضطبل، والشاة في المراح.

وحيث لم يعينه الشارع كان الحكم فيه العرف وان عيّن موضعاً اقتصر عليه، وان نقلها عنه ضمن إلا إلى الاحرز على قول الأكثر، والمساوي على قول، وقوى شيخنا منع التخطي عما عيّن مطلقاً، ولو قال لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان إلا أن يخاف تلفها فيه، ولو قال وان تلفت، لكن هنا لو ترك نقلها أثم ولا ضمان، ولو نقلها إلى غير المعين، وتوقف على أجرة قال في التذكرة: لا يرجع بها على المالك لانه متبرع واستحسنه شيخنا مع احتمال الرجوع مع نيته.

ويلزمه نفقة الحيوان ودواؤه، وسقي الدابة والشجر ونحو ذلك، وإن لم يأمره ويرجع بما عزم مع أذنه أو أذن الحاكم أو شهادة عليه أو بنية الرجوع على الترتيب ولو نهاه المالك عن ذلك فتلفت بذلك لم يضمن وان أثم كما هو أصح القولين لاسقاط المالك له عنه.

ولو نهاه عن غير الحيوان، فهل يجب حفظه؟ الأقوى عند شيخنا عدمه، وحيث ينفق مع عدم الاشهاد اما لتعذره أو لعدم اشتراطه، واختلفا في قدره فالقول قوله مع يمينه، ولو اختلفا في مدة الانفاق فالقول قول المودع، فيجب رد الوديعة مع المطالبة لقوله تعالى: ﴿ان الله يأمركم أن



تؤدوا الامانات إلى أهلها»<sup>(١)</sup>، والسنة المتواترة الواردة في تفسير الآية وغيرها لحسن الحسين بن مصعب وصحيح الحسن بن أبي العلاء وخبر محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> وغيرها، وعلى ذلك قام الاجماع أيضاً.

فلو أخرج من غير اذن ضمن لها ولو كان المودع كافراً، ولو كان قاتل الحسين عليه السلام خبر القرشي<sup>(٣)</sup> لا كما في خبر الشباني<sup>(٤)</sup> أو قاتل علي عليه السلام كما في خبر مروان<sup>(٥)</sup> وغيرهما، خلافاً للحلبي في الحربي حيث أوجب ردها إلى سلطان الإسلام ولا مستند له. ولو كان المودع غاصباً لها أنكره وردها إلى صاحبها ان عرف وان جهل عرفها ستة كاللقطة ثم جاز التصدق بها ويضمن مع كراهة صاحبها على المشهور لخبر حفص بن غياث<sup>(٦)</sup>، خلافاً للحلبي حيث أوجب ردها إلى إمام المسلمين أو نائبه الخاص، ومع التعذر تبقى أمانة في يده ثم يوصي بها إلى عدل ويوصي بها ذلك العدل، وهكذا إلى حين التمكن من المستحق، وقوَاه في المختلف واستحسنه في المسالك. وخلافاً للمفيد حيث أوجب اخراج الخمس منها والباقي يتصدق به، ولم يذكر التعريف، وتبعه الديلمي والاجود عند شيخنا التخيير بين الصدقة وابقائها أمانة وليس له قصد التملك كاللقطة.

وانما يجب منع الغاصب منها مع امكانه فلو لم يقدر سلمها إليه وفي الضمان حينئذ قولان، والأقوى عند شيخنا عدم الضمان [و] على الغاصب، والذي تقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على أيهما شاء،

(١) النساء: ٨٥. (٢) أبواب أحكام الوديعة: ب، ٢، ح ١ و ٧ و ٦.

(٣) المصدر السابق: ح ٤.

(٤) المصدر السابق: ح ٥ وفي الاصل العياشي وما اثبتاه من المصدر.

(٥) المصدر السابق: ح ٨. (٦) أبواب اللقطة ب، ١٨ ح ١.

وان كان قرار الضمان على الغاصب، ولو مزجها الغاصب بماله ثم أودع الجميع، فمع عدم التمييز يجب اعادتهما على الغاصب عند الأكثر، والأقوى عند شيخنا وجوب رده على الحاكم ان أمكن ليقسمه، ولو امتزج بحيث لم يتميز أصلاً ففيه اشكال عند شيخنا.

وإذا ظهر للمستودع امارات الموت وجب الايضاء بها إلى عدل فلو أخل بذلك ضمن، والعلامة في التذكرة وجماعة يجب الرد إلى الحاكم فان تعذر أودعه من ثقة قبل الايضاء، والمحقق وجماعة: يجب الاشهاد عليه، فيعتبر شاهدان عدلان، والظاهر براءته باحدى المذكورات، ولا يجب عليه الجميع لعدم اقتضاء الادلة، ذلك كما اختاره شيخنا، ولو لم يفعل شيئاً منها وانكر الورثة فالقول قولهم، ولا يمين عليهم إلا أن يدعي عليهم العلم فيجب عليهم الحلف أو رد اليمين على المودع.

ولو فرض موته فجأة لم يضمناها، ولو تلفت ومن أمر غيره بدفع الوديعة إلى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فانكر المدفوع إليه، فهل يضمن أم لا؟ قيل يضمن فيهما، وقيل لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان، ومال إليه في المختلف، وقيل يجب الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعة وهو مختار العلامة في التذكرة، والمحقق في الشرائع اختار عدم وجوب الاشهاد على أداء الوديعة.

وفي الوكالة على أداء الدين فاختار الوجوب على تردد فيه والتفصيل حسن عند شيخنا، ومدعي المال الرد على المالك فالقول قوله مع يمينه وظاهر الصدوق قبول قوله من غير يمين لخبر المقنع وخبري الفقيه والتهذيب وخبري مسعدة بن صدقة وابن زياد<sup>(١)</sup> وفي خبر

(١) أبواب أحكام الوديعة ب ٩ ح ٤ و ٥ و ١ و ٣.

الدعائم<sup>(١)</sup> التصريح بما هو المشهور، فلو أودع شخصان شخصاً وديعة ونهايه ان يدفعها لاحدهما فدفع إلى أحد منهما ضمن، لخبر الدعائم،<sup>(٢)</sup> ولا يجوز التصرف في شيء من الامانات إلا مع الوثاقة والملاءمة عند الاضطرار إلى ذلك والمشهور عدم الجواز مطلقاً، وظاهر الأخبار عند شيخنا ومختار القدماء جوازه مع الملاءة، أو وجود من يضمن عليه إذا لم يكن ملياً لصحيح حبيب النخعي<sup>(٣)</sup> في الامرين، وصحيح علي بن جعفر<sup>(٤)</sup> وخبره في جوازه مع الملاءة. وإذا فرط في الامانة وضمن قيل القول قول المالك مع يمينه وقيل القول قول الغارم، وهو اشبه عند شيخنا وهو مختار المشهور، والأول للشيخ.

(١) المستدرک: أبواب کتاب الشركة ب ٣ والدعائم: ٢٩٣/٢.

(٢) المستدرک: أبواب کتاب الوديعة ب ٦ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الوديعة ب ٨ ح ١. (٤) أبواب أحكام الوديعة ب ٨ ح ٢.

## فصل في العارية

وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة، ويشترط فيها بعد اهلية التصرف ما يدل على الإيجاب والقبول: قال الكاشاني تبعاً للمسالك: وإن لم يكن لفظاً كما لو فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه وكأكل الطعام من القصعة المبعوث بها ونحو ذلك، وفاقاً للتذكرة. وقال شيخنا: ليس هذا من العارية وإنما هو من باب الكرامة والاذن كما تضمنته الأخبار فهو من باب الإباحات. وشاهد الحال يعضده، ومنهم من اشترط اللفظ وهو اختيار المشهور، وبين القولين عند شيخنا تفريط وافراط، واكتفى فيها بالمعاطاة.

والعارية جائزة سواء اطلق أو جعل له مدة، إلا إذا اعاره للرهن فلهن كما تقدم في الرهن، أو لدفن المسلم فدفن بلا خلاف، وفي الأخبار ما يدل عليه كمن وقع في بئر ضيق فمات وعسر اخراجه فان البئر يعطل، ويجعل قبراً إلا إذا صار رميماً فيجوز نبشه اجماعاً والمناقشة فيه حاصلة عند شيخنا، أو حصل بالرجوع في العارية ضرر على المستعير لا يستدرك كما أعار لوحاً ترقع به السفينة فرقع ثم لجج في البحر.

وفي هذا كله نظر عند شيخنا إلا أن يعود الاستدلال إلى خبر «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>، فينطبق على هذه الوجوه كلها، أو أعار حائطاً ليضع عليه

(١) أبواب الخيار ب ١٧ ح ٤.

أطراف خشبته وكان الطرف الآخر في ملكه عند الشيخ وفيه نظر عند شيخنا، أو أعار أرضاً للزرع فزرع ولم يدرك بعد، عنده وعند الحلبي، أو أعار أرضاً للبناء والعرس مدة معلومة عند الاسكافي.

والمشهور جواز مطالبة المعير بالازالة في هذه الثلاثة، يدفع الارش للمستعير، وفي اعتبار كون الابقاء مجاناً أو بأجرة قولان، أقربهما عند شيخنا الثاني وفاقاً للشهيد الثاني، ولو بذل المعير قيمة العرس والزرع والبناء لم تجب اجابته كما لا تجب اجابة المستعير لو بذل قيمة الأرض أو الاجرة خلافاً للشيخ في الأوّل.

ويشترط في المستعار أن يكون مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، وأن لا يكون مما حرم الشارع اعارته كالامة للاستمتاع فانه محرم لخبر أبي العباس البقباق<sup>(١)</sup> والاجماع منّا. وأما يكون الانتفاع بعين منزوعة من عين ثابتة كاللبن والصوف في الحيوان ففيه قولان، وخبر المنحة<sup>(٢)</sup> شاهد يجوز اعارة الشاة للانتفاع بلبنها، وقد أجمعوا عليه، والأكثر جمد على المنصوص، ومنهم من عدّى الحكم إلى غير الشاة من الانعام الثلاثة، ومنهم من عدّاه إلى غير اللبن من الصوف والشعر، وفي الكل عند شيخنا نظر، لان النص من طريقنا غير موجود، والقول بالمنع عنده أحوط وأحسن. وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة به، ولو تعددت منفعة العين جاز الانتفاع بجميع وجوهها على الأقوى وهو مذهب ثاني الشهيدين والكاشاني، وظاهر البعض المنع مع الاطلاق، أما لو عيّن وجهاً تعيّن، وفي جوازه بالادون ضرراً والمساوي وجهان بل قولان، والأقوى عند شيخنا

(١) أبواب نكاح العيب ب ٣١ ع ٤.

(٢) سنن الترمذي: ٢٢٩/٣ والمستدرک: وأبواب أحكام الدواب ب ٢٤ ح ١.

جوازه بالادون دون المساوي كما هو مقتضى الحال، وفي جواز غرس شجرة أخرى بعد قلع المأذون لها قولان، الأقوى عند شيخنا ما اختاره المحقق وجماعة وهو الافتقار إلى اذن جديد.

وقال العلامة في التذكرة الأقوى الاولى الجواز من غير تجديد اذن، والعارية أمانة لا تضمن إلا مع التفريط، وهو مصدق مع الائتمان للاجماع، ولصحيح الحلبي وصحيح عبدالله بن سنان وصحيح ليث المرادي<sup>(١)</sup> وغيرها، وقد تضمنت تضمين من اشترط عليه الضمان إلا الدراهم والدنانير فانهما مضمونان وإن لم يشترط الضمان للاجماع وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> وغيرها.

وفي الحاق غير النقدين من الذهب والفضة كالحلي والسبائك والاوناني بهما قولان مشهوران، فمقتضى صحيح زرارة<sup>(٣)</sup> وغيره الدخول، ومقتضى صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> خروجهما، واختاره في المسالك وهو مختار شيخنا، وألحق الاسكافي الحيوان بالذهب والفضة في الضمان لخبر وهب بن وهب<sup>(٥)</sup> وهو معارض بصحيح محمد بن قيس<sup>(٦)</sup> وغيره.

ثم اشترط الضمان ان يختص بالتلف أو النقصان أو كلاهما فذاك ثابت بالاجماع وان كان مطلقاً، قيل وهو للاكثر نزل على التلف لان النقصان عند الاطلاق غير مضمون، ولو تلف بالاستعمال ولم يشترط الضمان لم يضمن وفيه نظر، فالقول بالضمان مطلقاً لا يخلو من قوة عند شيخنا

(١) أبواب أحكام العارية ب ١، ح ١ و ٣ و ٤.

(٢) أبواب أحكام العارية ب ٣ ح ١. (٣) أبواب أحكام العارية ب ٣ ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ح ١. (٥) أبواب أحكام العارية ب ١ ح ١١.

(٦) أبواب أحكام العارية ب ١ ح ٩.

والكاشاني. ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب، إلا إذا كانت مضمونة بالشرط أو في نفسها.

وللمالك الزام أيهما شاء فان أُلزم المستعير رجع هو على الغاصب مع جهله، وان أُلزم الغاصب لم يرجع على المستعير إلا إذا كانت مضمونة عليه. ولو أعارها المستعير للمالك الرجوع بأجرة المثل عن الاعارة الثانية على من يشاء منهما، وبعوض العين ان تلفت، ولا يجوز للمستعير رهنه فان رهنه بطل لصحيح حريز<sup>(١)</sup> وغيره.

والمشهور كاد يكون اجماعاً كراهة اعارة الجارية من الاجنبي للخدمة دون الاستمتاع خصوصاً إذا كانت حسنة، للاخبار الكثيرة الواردة<sup>(٢)</sup> في التحليل للخدمة لان الاعارة نفس التحليل، واختاره شيخنا، ويدل على الجواز صحيح محمد بن قيس، ويحرم اعارتها للاستمتاع بلا خلاف لان الفروج لا تعار كما في خبر البقباق<sup>(٣)</sup>، ولو فرط في العارية كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل، وقيل أعلا القيمة من حين التفريط إلى حين التلف، وقيل قيمتها وقت الضمان، والأقوى عند شيخنا الأول، فان اختلفا في القيمة فالقول قول المستعير وعليه المشهور، وقال الشيخ وجماعة: القول قول المالك، وفيه نظر.

(١) أبواب أحكام العارية ب ٥ ح ١.

(٢) أنظر أبواب نكاح العبيد ب ٣٤.

(٣) أبواب نكاح العبيد ب ٣١ ح ١.

## فصل في الغصب والاتلاف

وهما محرمان لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾<sup>(١)</sup>،  
للمستفيضين عن النبي ﷺ وحديث المناهي<sup>(٢)</sup> وغيرها.  
والغصب يتحقق بالاستيلاء، على حق الغير بغير حق على المشهور  
وهو مختار الشيخ، وبالاستقلال عدواناً عند آخرين، منهم المحقق،  
والأول يشمل الجاهل وغير المستقل بخلاف الثاني، ومذهب الأكثر هو  
الأقوى عند شيخنا، وغصب العين غصب لفوائدها، [والأقوى ضمان  
الاعلى]، والمشهور أن الحر لا يضمن بالغصب وان كان صغيراً.  
نعم لو استخدمه لزمه الاجرة، ولا مستند له سوى الشهرة، ويدفعه خبر  
وهب بن وهب: «من استعار صغيراً فهو ضامن»<sup>(٣)</sup>، وفاقاً للشيخ في أحد  
قوله، وقواه في المختلف وألحق به في الدروس المجنون واستحسنه في  
المسالك. وكذا لا يضمن الخمر والخنزير، إلا إذا غصبا من الذمي الكتابي  
مستتراً أو كانت متخذة للتحليل، فتضمن ويقوم عند مستحليه فانه مسوغ  
لدلالة الأخبار وعليه الفتوى، وقال الاسكافي يحكم له بقيمتها خلا، وفيه  
نظر.

(٢) أبواب الغصب ب ١ ح ٢.

(١) البقرة: ١٨٨.

(٣) أبواب أحكام العارية ب ١ ح ١١.



ويدل على نفي الضمان الخمر والمسكر، وآلات الخمر واللعب خبير الدعائم<sup>(١)</sup>، ويجب بالكتاب والسنة والاجماع رد المغصوب ما دام باقياً وان تعسر كالخشبنة المستدخلة في البناء ونحوها لخبر الدعائم<sup>(٢)</sup> وغيره، وإلا يمكن الرد لازم المالك أخذ القيمة في القيمي أو المثل في المثلي إلا إذا فسد بالامتزاج، والشيخ وجماعة لو طلب الفاسد وجب اعطاؤه مع القيمة كاملة إن لم يبق له قيمة وتامها ان بقيت، ولو كان النقص في القيمة السوقية دون تغيير في العين [لمن يضمن] بلا خلاف.

ولو كان العيب مما يزداد كغصن الحنطة، فالشيخ في أحد قوليهِ: يضمن القيمة بأسرها إن لم يكن موجوداً مثلها، والأكثر بل ترد العين مع الارش. ولو نقله إلى بلد آخر وجب اعادته ولو رضي بين المالك هناك لم يكن للغاصب الاعادة، فان تلف المغصوب ضمن مثله ان كان مثلياً وإلا فقيمة السوقية، والمشهور ان المثلي ما تتساوى قيمة أجزائه كالحبوب والادهان وعند بعضهم هو المقدر بالكيل والوزن.

وتلزم القيمة في القيمي يوم الغصب عند جماعة منهم الشيخ في غير المبسوط والخلاف، ونسبه في الشرائع إلى الأكثر. ووقت التلف عند جماعة منهم ابن البراج والعلامة في المختلف ونسبه في الدروس إلى الأكثر، وأعلى القيم بينهما عند جماعة منهم الشيخ في الخلاف والمبسوط والحلي، واستحسنه المحقق، وبالاول وهو أقواها عند شيخنا لصحيح أبي ولاد<sup>(٣)</sup>، ولو استند نقص القيمة إلى النقص في العيص فالاعلى مضمون

(١) المستدرک: أبواب ما یکتسب به ب ٨٤ ح ٢.

(٢) المستدرک: أبواب جهاد النفس ب ٧٨ ح ٥.

(٣) أبواب الغصب ب ٧.

وفاقاً، فإن تعذر المثل في المثلي فالقيمة وقت الدفع عند الأكثر، وقيل وقت ورد الاعوار، وفيه وجوه أخرى.

وهل الذهب والفضة مثليان أم هما قيميان؟ الأشهر الاظهر الأوّل، ولا فرق بين المضروب وغيره خلافاً للشيخ، نعم لو كان لهما صنعة لها قيمة غالبية كالحلي خرجا من المثلية على الاصح عند شيخنا بشرط أن تكون الصنعة محللة، وكذا كلما كان له صنعة من المثليات فبرد فيه القيمة، ولو كان ربوياً فمن غير الجنس، وقيل بل يرد مثل الاصل وقيمة الصنعة إلا أن يكون ربوياً وقيل أن يكون ربواً لانتفاء الربو باختلاف المضمونين، والأوّل أصح عند شيخنا المشهور أنه لا تقدير في شيء من أعضاء الدابة بل يرجع إلى الارش السوقي العرفي.

وفي رواية عاصم بن حمزة: «أن علياً عليه السلام قضى في عين الدابة بربع قيمتها ومثلها»<sup>(١)</sup>، ومثلها رواية البقباق<sup>(٢)</sup> وغيرها، وادعى الشيخ الوفاق والرواية في إحدى العينين نصف القيمة، وفي كليتهما تمامها، بل كل ما في البدن منه اثنان ففيهما القيمة، وفي أحدهما نصفها، ولم تساعد عليه الروايات المتقدمة. والمشهور أنه لا تقاس جناية الغاصب على جناية غيره فيؤخذ منه قيمة العبد الذي قتله، وان زادت على دية الحر لاطلاق الادلة في الغصب خلافاً للخلاف والمبسوط فهو وغيره سواء لاطلاق أخبار الدية، ويدل على القول المشهور خير الدعائم وصحيح أبي ولاد<sup>(٣)</sup> وهو مختار شيخنا، وكذا يؤخذ منه أكثر الامرين المقدر ومن الارش في

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٧ ح ٤. (٢) المصدر السابق.

(٣) قد تقدم فراجع.

جناية الطرف لصحيح أبي ولاد<sup>(١)</sup>.

وفيه تغليب لجانب المالية في الجناية على الدابة ونحوها، وإذا زادت بفعل الغاصب فإن كانت أثراً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونحوهما رده ولا شيء له، وإن كانت عيناً كما إذا اختلط الزيت بمثله فهما شريكان إلا مع الخلط بالاردى فيتخير المالك بين أخذ حقه من العين مع الارش وبين طلب المثل، والشيخ وجماعة بل ينتقل إلى المثل مطلقاً.

أما لو خلط بغير جنسه فاستهلك ضمن المثل، ولو كانت العين الغصوبة أرضاً فالزرع والنماء للغاصب الزارع وعليه أجره الأرض والازالة وإن لم يبلغ أوانه. ولا يجب على أحدهما اجابة الآخر إلى تملك ما يملكه بعوض ولا غيره للاصل، والاسكافي: يتخير المغصوب منه بين أن يدفع إلى الغاصب نفقته على العين التي يحدثها ويأخذها وبين أن يتركها له لما روي عن النبي ﷺ<sup>(٢)</sup> والرواية لم تثبت صحتها عند شيخنا، ويعارضه خبر عقبه بين خالد وموثقة محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup>.

وكذلك لو وقع فيها بناء فللمالك ازالته وأمره بالازالة وعليه أجره الأرض وأرش وارثها لخبر عبد العزيز<sup>(٤)</sup> ولو تعاقبت الايدي الغاصبة على المغصوب تخير المالك في الزام أيهم شاء، والزام الجميع أو أكثر من واحد بدلاً واحداً لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(٥)</sup> ويرجع بعوضها بالغصب على من غره، ثم إن علم الأخير أو جهل وكانت يده يد

(١) قد تقدم فراجع.

(٢) مسند أحمد: ٤٦٥/٣، سنن الكبرى: ١٣٦/٦.

(٣) أبواب الغصب ب ٢ ح ١ و ٢. (٤) أبواب الغصب ب ٣ ح ١.

(٥) المستدرک: أبواب کتاب الودیعة ب ١ ح ١٢.

ضمان كالعارية المضمونة وتلف في يده استقر الضمان حتى لو عزم لم يرجع على الأوّل كالعالم ولو عزم الأوّل وهو الغاصب رجع عليه. وكذا إذا أتلّفه وان كانت يده يد أمانة ما لم يكن مغروراً في الاتلاف عند الكاشاني، كما إذا أطعمه الغاصب جاهلاً بالغصب، وان كان هو المالك لضعف المباشرة بالغرور والاصح عند شيخنا ان للمالك الرجوع أيضاً فيرجع به على الغاصب على الغاصب جمعاً بين الحقين، واستظهره ثاني الشهيدين، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، فان غيرها وأخرجها على الاسم عندنا بل وان زرع الحب وأفرخ البيض خلافاً للشيخ في المبسوط. وهل على العالم الاجرة إلى وقت دفع البدل أو حين اعادة المغصوب؟ قولان، الأقوى عند شيخنا الثاني لاطلاق الأخبار مع استيفاء الاجرة من الغاصب فلا شك في رجوعه عليها حتى لو كان العبد أجر نفسه فانه يرجع بها على الغاصب لخبر الدعائم والفوائد المتجددة في العين المغصوبة كلها للمالك بلا خلاف لأخبار الدعائم<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن قيس<sup>(٢)</sup> وغيرها.

وإذا كان وطأ الغاصب المملوكة المغصوبة فلا يخلو، اما أن يكونا جاهلين بالتحريم أو عاليمين، والأوّل عالم والثاني جاهل أو بالعكس، وعلى التقادير الاربعة اما أن يجعلها الأوّل أولاد وعلى التقادير الثمانية، فاما أن يطأها مختارة أو مكروهة، ومع الجهل اما أن يطأها بعقد أم لا، فان وطأها جاهلين بالتحريم وجب عليه مهر أمثالها عند الشيخ والحلي،

(١) الدعائم: ٤٨٥/٢، المستدرک: کتاب الغصب ب ٦ ح ١.

(٢) أبواب العدد ب ٣ ح ٣.

وعند الأكثر عشر قيمتها ان كانت بكرةً ونصفه ان كانت ثيباً. وبه روايات موردها أخبار التدليس في جارية الغير<sup>(١)</sup>، فلو افتضها باصبعه لزمه دية البكارة ووجب الامرين عليه، وذهب جماعة منهم العلامة وشهد الدروس إلى التداخل، ولو أحبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرش ما نقص من الامة من الولادة، ولو سقط ميتاً فموضع خلاف. فالشيخ على عدم الضمان، وظاهر المحقق استحكال ذلك.

ولو كان الغاصب والامة عالمين بالتحريم فللمولى المهر وعلى الغاصب الحد، وأن طاوعته حداً، واختلف في المهر، فالمشهور انه لا مهر لنهي النبي ﷺ عن مهر البغي، وفي التذكرة: لا يسقط: وعلى كل تقدير لا اشكال في أرش البكارة، وفي الجعفریات عن علي عليه السلام ما يدل على ثبوت الهر للمولى بكل وطى، وانه يقال له في الزنا: «عقر لا مهر». ولا يدخل في النص، ولو حبلى لم يلحق الولد به وكان رقاً لمولاها. وقد تقدم ما يدل عليه ولو كان الغاصب عالماً وهي جاهلة فهو زان دونها، ويلحق بها الولد دونه وعليه الحد والمهر، وكذا العكس في العكس. وفي ثبوت المهر خلاف تقدم.

وإذا قدر المغصوب منه على استرجاع عين ماله من غير تحريك فتنة استقل به، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، وان كان ديناً لم يستقل، نعم لو امتنع أو ماطل جاز الاقتصاص منه أما مطلقاً كما عليه المشهور نصاً وفتوى أو بشرط تعذر اثباته عند الحاكم، وقد مضى في الدين بيان الاقوال والادلة.

(١) أنظر أبواب العيوب والتدليس ب ٧.

وأما الائتلاف فهو أيضاً موجب أيضاً للضمان، وإذا اجتمع المباشر والسبب قدم المباشر كمن سعى لظالم بأخر فأخذ ماله، إلا مع قوة السبب كالمكره لمن يأخذ مالك فليس على المباشر شيء، أما لو فتح باباً عن مال فسرق أو دل السراق عليه فسرقوه فالمباشر هنا أرجح، وإذا حصلت دابته في دار آخر، ولا تخرج إلا بالهدم فإن كان بسبب أحد المالكين فالضمان عليه وإلا فعلى مالك الدابة، وفي المشهور تخليص ماله، والظاهر عند شيخنا انه إذا خيف هلاك الدابة اتجه وجوبه، ومع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر.

وبالجملة فحكم المسألة مع انتفاء التفريط مشكل، وإذا اختلفا في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب، وان اختلفا في القيمة بعد التلف فالأكثر على ان القول قول المالك مع يمينه، وقيل قول الغاصب، واختاره شيخنا جرياً على القاعدة.

## فصل في اللقطة

بفتح القاف وسكونها وهي اسم للملقوط، وقال الخليل بالتسكين لا غير، وأما بفتح القاف فهي اسم للملتقط، ويكره اخذ كل صامت كالدرهم والدنانير كراهة مغلظة، وربما قيل بالتحريم لخبر مسعدة وصحيح علي بن جعفر وحسن الحسين بن أبي العلاء<sup>(١)</sup> وغيرها.

وتتأكد الكراهة من الحرم، وسيما ما بلغ قيمته الدرهم، فالمشهور تحريم لقطة الحرم، ويدفعه صحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيره مما يدل على الجواز على كراهة، ومرسل ابراهيم بن أبي البلاد<sup>(٣)</sup> وغيره لا يدل على أكثر من الكراهة المغلظة وان كان اجتنابها من الواجبات الاحتياطية عند شيخنا، والكراهة للفسق والمعسر أكد. وفي التذكرة ادعى الاجماع على جواز تملك لقطة الحرم، والمحقق وجماعة جوزوا تملك القليل، والحلبي الكثير أيضاً، ومع الاخذ يملك ما دون الدرهم من غير تعريف، بلا خلاف لمرسل ابن أبي حمزة<sup>(٤)</sup> وغيره.

ويجب أن يعرف ما سواه حولاً فان جاء صاحبها وإلا تخير بين أن يملكها مع الضمان لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> وغيره أو يستبقها أمانة في

(١) أبواب اللقطة ب ١ ح ٨ و ٩ و ٢.

(٢) أبواب اللقطة ب ١ ح ٢.

(٣) أبواب اللقطة ب ٤ ح ١.

(٤) أبواب اللقطة ب ٢ ح ٣.

يده من غير ضمان أو يتصدق بها عن مالها، فإن جاء ولم يرض اغترمها لضم بعض الأخبار إلى بعض، والاحتياط عند شيخنا بعد الالتقاط والتعريف صرفها في الصدقة لا غير، ومنع الحلبي من التقاط النعلين والادوات والسوط مطلقاً زادت عن الدرهم أو لا، في الحل والحرم لخبر عبد الرحمن ابن أبي عبدالله، وخبر داود بن أبي يزيد<sup>(١)</sup> والاصح الكراهة كما عليه الأكثر.

وان كانت اللقطة لا تبقى كالطعام قومه على نفسه ثم يعرفه، ويعمل بالقيمة بعد الحلول ما يعمل بالعين إذا كان درهماً فصاعداً لخبر السكوني والفقهاء<sup>(٢)</sup>، وإذا افتقرت اللقطة في الابقاء إلى علاج، ولم يتبرع به الواجد دفعها للحاكم لبيع بعضها وينفقه على الباقي.

وفي جواز ذلك له من غير تعذر الحاكم قولان، الأكثر على المنع وصحيح علي بن جعفر<sup>(٣)</sup> مشعر بوجوب الابقاء عند الملتقط في مطلق اللقطة سوى الطعام، فما ذكروه من التقسيم لا دليل عليه عند شيخنا والظاهر من الروايات<sup>(٤)</sup> كما هو المشهور ان التعريف شرط في التملك فلا تملك بدونه، وان بقيت أحوالاً ومع ذلك فهو ضامن وإن لم يفرط لخبر صفوان الجمال<sup>(٥)</sup> وغيره.

وهل تشترط المبادرة إليه في الحول الأول وإلا لم تملك؟ قيل: نعم لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٦)</sup> ولا دلالة فيه إلا على اشتراط التملك بالتعريف، ولا نزاع فيه فالظاهر عند شيخنا العدم لاطلاق خبر صفوان<sup>(٧)</sup> وغيره.

(٢) أبواب اللقطة ب ٢٣.

(٤) أبواب اللقطة ب ٢ ح ١٤.

(٦) أبواب اللقطة ب ٢ ح ٣.

(١) أبواب اللقطة ب ١٢ ح ٢ و ٣.

(٣) أبواب اللقطة ب ٢٠ ح ٢.

(٥) أبواب اللقطة ب ١٤ ح ١.

(٧) أبواب اللقطة ب ١٤ ح ١.



وهل يجب التعريف مطلقاً أم مع نية التملك؟ الاظهر الأشهر الأوّل، لصحيحتي محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وغيرهما خلافاً للمبسوط فانه لا يجب التعريف عنده مع عدم قصد التملك.

ولا يجب في التعريف استيعاب الحول به ولا كل يوم بل ما يعد تعريفاً عرفاً، والظاهر تحققه في الابتداء كل يوم مرة أو مرتين ثم في كل اسبوع ثم في كل شهر والتعريف في مجمع الناس بأوصاف مشتركة، وكلما أوغل في الابهام كان أحوط، ويجب ايقاعه عقيب الالتقاط مع الامكان، وفي مكانه ان كان بلداً ومجتمعاً لخبر أبان بن تغلب<sup>(٢)</sup>.

ويجوز أن يستنيب فيه، ويشترط فيه العدالة، وهل يحصل التملك بعد الحول قهراً أم لا حتّى يختار التملك؟ اختار شيخنا الأخير لصحيح علي بن جعفر<sup>(٣)</sup>. وهل تكفي النية في حصول التملك أم يتوقف على التلطف كقوله اخترت تملكها ونحوه أو لا تملك إلاّ مع التصرف مع النية؟ أقوال كلها للشيخ أولها في الفقيه ووافقه الحلبي، وثانيها في المبسوط، وثالثها في الخلاف، وهو ظاهر التذكرة.

ومع التعدي والتفريط ان ينوي تملكها قبل التعريف ولو نوى التملك فجاء المالك لم يكن له الانتزاع، وطالب بالمثل أو القيمة لصحيح الحلبي وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وقيل له انتزاعها ما بقيت العين وهو قريب وان كان المشهور عند شيخنا أقرب إلى ثوري الأخبار. ويجوز دفعها ابتداء من غير توقف إلى الحاكم مطلقاً ولم يثبت عند شيخنا.

وما يوجد في الدار العامرة فهو لاهلها ان عرفوه ولم يكلفوا البينة عليه، وما يوجد في خربة قد جلى أهلها فالواجد أحق به لصحيحتي محمد بن

(١) أبواب اللقطة ب ٢ ح ٣.

(٢) أبواب اللقطة ب ٢ ح ٧.

(٤) أبواب اللقطة ب ٢ ح ١ و ٣.

(٣) أبواب اللقطة ب ٢٠ ح ٢.

مسلم<sup>(١)</sup>، قليلاً كان أو كثيراً مدفوناً كان أم لا، عليه أثر الإسلام أم لا لاطلاقهما وهو مختار شيخنا. وقيدته جماعة من المتأخرين بما لم يكن [عليه أثر الإسلام في سكتها] وإلا لكان لقطه جمعاً بينها وبين غير خبر محمد بن قيس<sup>(٢)</sup> وفيه نظر عند شيخنا.

وكذا الكلام فيما يوجد في المفاوز ودار الحرب مطلقاً حيث لا يوجد فيها مسلم ولا مسالم، والأرض التي لا مالك لها بشرط ان يكون مدفوناً بحيث يعد كنزاً فهو لواجده، وليس عليه الخمس وإلا يكن مدفوناً فهو لقطه، ولو كان لها مالك أو بائع قريباً كان أو بعيداً عرفه وان كان قليلاً فان عرفه فهو أحق به وإلا فهو لواجده.

وكذا لو وجدته في جوف دابة مملوكة لصحيحتي عبدالله بن جعفر الحميري<sup>(٣)</sup>، أما لو كانت مباحة كالسمكة والنعم الوحشية فلا يفتقر إلى التعريف إلا إذا كانت السمكة في موضع محصور فيجب التعريف. ولو علم بانتفائه عن المالك سقط تعريفه في الجميع، وكان كالموجود في المباح فهو لواجده لخبر أبي حمزة الشمالي وخبر حفص بن غياث وخبر تفسير العسكري<sup>(٤)</sup> وهي مشعرة أيضاً بما ذهب إليه المشهور من التفصيل بين المملوك بالاصالة والمباح بالاصالة، حيث حكمت بحل ما في بطن السمكة لواجده.

ومن وجد في داره أو صندوقه مالاً ولم يعرفه فهو له إن لم يشاركه فيه غيره لشهادة الظاهر، وان كان غير ذاك، ولصحيح جميل بن صالح<sup>(٥)</sup> وقيدته العلامة والشهيدان بما إذا لم يقطع بانتفائه عنه وإلا فهو لقطه ولا

(١) أبواب اللقطة ب ٢ ح ١ و ٢.

(٢) أبواب اللقطة ب ٩ ح ٢.

(٣) أبواب اللقطة: ب ٣، ح ١.

(٤) أبواب اللقطة ب ٥ ح ٥.

(٥) أبواب اللقطة ب ١٠ ح ١ و ٢ و ٥.

بأس به، ثم ان كان المشارك محصوراً بدأ بتعريفه له أولاً، بل احتمال بعضهم الاقتصار عليه وأخذ اللقيط وهو الانسان الصغير الضائع واجب كفاية عند الشيخ لانه معاونة على البر، والمشهور لاستحباب، وأما الحيوان ويسمى الضالة فالصحيح منه الممتنع عن السباع والموجود في كلاء وماء لا يحل أخذه على العموم عند الكاشاني، والمشهور تعليق الحكم على البعير، وتردد في الشرائع في مثل البقرة الحمار، واستظهر في المسالك مساواتهما للبعير واستظهر الشهيد الثاني الحاق البقرة دون الحمار، وانما منع من الممتنع لخصوص النصوص الواردة أكثرها في البعير كصحيح الحلبي وصحيح محمد بن عيسى وصحيح معاوية بن عمار<sup>(١)</sup> وغيرها.

وما كان منه في معرض التلف في الغلاة فهو له مباح لصحيح معاوية بن عمار وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> وغيرهما، وفي ضمانه إذا ظهر المالك قولان، المشهور عدم الضمان لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> إلا أن مورده اعراض المالك ورواية مسمع بن عبد الملك وخبر السكوني<sup>(٤)</sup> وفي الحاق البقرة والحمار الصحيحين بالممتنع من السباع أم المعرض للتلف أم الأوّل وهو البقرة بالاول وهو الممتنع، والثاني أعني الحمار بالثاني أقوال: فالقول بالحاقهما بالممتنع لشيخ الخلاف وبعده للمشهور، وهل يلحق المملوك بالممتنع أم غيره؟ قولان، وربما يفرق بين الصغير الذي لا يحفظ نفسه والكبير فيجوز التقاط الأوّل بل يجب دون الثاني وهو حسن إن لم يخف على الكبير الذهاب عن مالكة، ثم في جواز تملك الصغير خلاف، ففي القواعد جوزه بعد التعريف حولاً وفي الفقيه منع مطلقاً كالابل وفيه نظر.

(١) أبواب اللقطة: ب ١٣، ح ١ و ٥.

(٢) أبواب اللقطة ب ١٣ ح ٥ و ٢.

(٤) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

ويحتمل في الصغير الجواز من غير تعريف كسائر الحيوان الذي في معرض التلف، ولو أبق منه أو ضاع من غير تفريط لم يضمن لموثق غياث بن ابراهيم<sup>(١)</sup> وغيره. ولو أنفق [عليه] باعه في النفقة إذا تعذر استيفائها لصحيح علي بن جعفر<sup>(٢)</sup> في الجارية، وجاء في عدة أخبار منها خبر محمد بن أحمد<sup>(٣)</sup> الاستخدام بما أنفق عليه فلعله مقدم على البيع.

وأما ما يوجد من الحيوان في العمران، فلا يجوز أخذه مطلقاً ممتنعاً كان كالابل أو كالصغير منه على المشهور، لعدم النهي عن أخذ الضالة إلا ما خرج بالنص فإن أخذه أمسكه لصاحبه أمانة وانفق عليه أو دفعه إلى الحاكم، وفي رجوعه في الانفاق حيث يجوز الالتقاط على المالك خلاف، نعم لو كان له نفع جاز التقاص وإن كان شاة، ففي خبر ابن أبي يعفور<sup>(٤)</sup> أنه يحبسها ثلاثاً أيام ويعرف فإن لم يأت صاحبها باعها وتصدق ثمنها وحمل على العمران للجميع، ولو ظهر المالك ولم يرض بالصدقة ففي الضمان وجهان إلا أن الأقوى عند شيخنا الضمان ويحتمل في غير الشاة، عند الكاشاني، بل في الضالة مطلقاً لضعف مستند الشاة.

ووجوب التعريف سنة ثم التصدق أو التملك كغير الحيوان من الأموال عملاً بالعموم<sup>(٥)</sup> ولصحيح علي بن جعفر<sup>(٦)</sup> في الدرهم والثوب والدابة وقد خرجت الشاة بدليل خاص عند شيخنا فقول الكاشاني [بل مطلقاً] ضعيف.

ويشترط في الملتقط أهلية الاكتساب عند قوم وأهلية الحفظ عند آخرين، واحدى الاهليتين عند المحقق، ولعله أقرب من حيث الاعتبار

- (١) أبواب أحكام الحجر ب ٦ ح ١. (٢) أبواب اللقطة ب ٢ ح ٨.  
 (٣) أبواب اللقطة ب ٢٢ ح ٤. (٤) أبواب اللقطة ب ١٣ ح ٦.  
 (٥) أبواب اللقطة ب ٢. (٦) أبواب اللقطة ب ١٣ ح ٧.

فيجوز للصبي والمجنون الغير الممنوع من التملك والفاسق لكن في الاولين يتولى الحفظ والتعرف الولي وفي الآخريين الحاكم أو من نصبه عاماً أو خاصاً، وفيه اشكال لان الاذن في الوديعة جاء من قبل المالك بخلاف اللقطة ولا فرق في الملتقط بين الفاسق والعدل والكافر والمؤمن، وفي العبد خلاف.

وفي خبر أبي خديجة<sup>(١)</sup> المنع من تعرفه اللقطة مطلقاً حرمية أو لا، اذن السيد أو لا، ويمكن الخبر ليس صريحاً في التحريم فيحمل على الكراهة. اما إذا أذن المولى فلا اشكال في جوازه، ويدل عليه التعليل في الخبر، ولا تدفع اللقطة إلا بالبينة، ولا يكفي الوصف إلا أن يصف بصفات لا يطلع عليها إلا المالك فيجوز التسليم حينئذ كما هو المشهور، وإن لم يجب خلافاً للحلبي فلا يجوز مطلقاً، وحصرها في البينة، ولا دليل المشهور ما روته العامة والخاصة عنه عليه السلام<sup>(٢)</sup> وخبر سعيد<sup>(٣)</sup>.

ولو سلمها بالوصف ثم قامت بينة بها، وكانت قائمة انتزعتها لانه أقوى من الوصف، ولو تلفت كان له مطالبته أيهما شاء، لكن لو طالب الملتقط رجوع على الاخذ بخلاف العكس، أما لو قامت البينة بعد الحول وتملك الملتقط ودفع العوض إلى الأوّل ضمن الثاني.

(٢) مسند أحمد: ١١٦/٤.

(١) أبواب اللقطة ب ١ ح ٦.

(٣) أبواب اللقطة ب ٦ ح ١.

## فصل في الولاية

يفهم من كثير من الأخبار عدم صحة الولاية لكل سفيه وفاسق واشدها شارب الخمر لصحيح حريز<sup>(١)</sup> وغيره. وما دل على سفاهة النساء مطلقاً، كصحيح مسعدة بن زياد<sup>(٢)</sup> فمحمول على التقية وليس للصبي والمجنون مطلقاً التصرف في شيء من الامور لخبر حمزة بن حرمان وموثقة الحلبي<sup>(٣)</sup> وغيرهما في الصبي إلا وصية الصبي المميز إذا بلغ عشراً لصحيح أبي بصير وصحيح منصور وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله<sup>(٤)</sup> وغيرها، وهو المشهور عند القدماء والشيخ في النهاية، والقاضي والحلي وهو مذهب المفيد وساوى الاسكافي بين البالغ الرشيد وبين ابن ثمان سنين، وبنت سبع.

وجوز ابن حمزة وصية مراهق الرشد وعتقه وهبته، ومنعه الحلبي وجماعة من المتأخرين، ولا يجوز التصرف للملوك مطلقاً إلا بأذن مولاه، وان قلنا يملكه لقوله تعالى: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾<sup>(٥)</sup>

(١) أبواب أحكام الوديعه ب ٦ ح ١. (٢) أبواب أحكام الوديعه ب ٦ ح ٤.

(٣) أبواب أحكام الحجر ب ٢ ح ١ و ب ١ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤، ح ٢ و ٧ و ٣.

(٥) النحل: ٧٥.

ولصحيح أبي بصير وموثقة وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup> وغيرهما ما عدا الطلاق في المشهور نصاً وفتوى، وذلك إذا كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه لما تقدم في الطلاق من انه بيد من أخذ بالساق، وبازائها اخبار صحاح عمل بها القديمان، وهي مشعرة باذن المولى لصحيح زرارة وصحيح بريد وغيرهما.<sup>(٢)</sup>

ولا يجوز التصرف للسفيه ولا المفلس في شيء من أموالهما اجماعاً لكن المفلس بعد حجر الحاكم فيجوز قبله بلا خلاف وانما الخلاف في السفيه، فربما قيل وهو للفاضلين يلحق بالمفلس السفيه أيضاً فانه لا يمنع إلا بعد الحجر وهو ضعيف تدفعه رواية يونس وحسن عبدالله بن سنان وموثقه وخبره<sup>(٣)</sup> وغيرها الدالة على الاكتفاء في الحجر بظهور السفه.

وكذا وقع الخلاف في توقف زوال الحجر فيهما على أذن الحاكم والمختار عند شيخنا عدم التوقف لهذه الأخبار وغيرها، وقد فهم من هذه الأخبار وغيرها، ان الرشد المعتبر شرعاً هو حفظ المال فلو صرفه في وجوه الخير فان كان لاثقاً بحاله لم يكن سفياً قطعاً، وان زاد على ذلك فالمشهور انه كذلك اذ لا سرف في الخير كما لا خير في السرف، خلافاً للتذكرة وللأخبار متعارفة وكذا الآيات<sup>(٤)</sup> وأحسن ما جمع به ان من له توكل على الله فليس باسراف في حقه.

ويثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال وبشهادة الرجال والنساء في

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٢ و ٦ و ٨.

(٢) أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٥.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ١١ و ب ٤٦ ح ٢.

(٤) الاسراء: ٢٩.

النساء دفعاً لمشقة الحرج، ولو جاز الولي للسفيه تولى أمر لمصلحة، فالمشهور جوازه خلافاً للشيخ وجماعة فحكموا بعدم الصحة، وفي استفادة ذلك من الأخبار نظر، وولاية الصبي والمجنون إذا بلغ فاسد العقل للاب والجد للاب، ولا مستند له. وفي تقديم الأب على الجد أو تصرف دفعه خلاف، فالمشهور تقديم الأب في ولاية المال عكس النكاح اذ ليس في الأخبار ما يدل على ولاية الجد نصاً لصحيح إسماعيل بن سعد الاشعري<sup>(١)</sup> وصحيحة ابن بزيع<sup>(٢)</sup> وغيرهما، تعطى ولاية الأب ووصايته في أمر اطفاله، وان أمر الحاكم بعد الوصي فالقول المشهور في تقديم الأب على الجد في المال أقوى، ثم في تقديم وصية على الجد خلاف. والحق ان الجد مقدم على وصي الاب، وقيل حكم الولاية للاب والجد في مال من بلغ سفيهاً للاستصحاب.

اما من تجدد سفهه بعد أن بلغ رشيداً، وكذا المفلس ولايتهما للحاكم لا غير، والمشهور ان الولاية في السفيه نظر إلى تجدد الاستمرار كالمفلس، والقول بالتفصيل أقوى حجة عند شيخنا لان الأخبار لا تف بثبوت ولاية الحاكم على السفيه مطلقاً واستوجهه الكاشاني.

وليس للسفيه الاتيان بالعبادات المالية إلا إذا كانت واجبة عليه ويتولاه الولي ولو وگله أجنبي في بيع أو هبة أو احدى المعاملات جاز، وكذا عند جماعة، ولو تصرف وأجازه الولي خلافاً للشيخ وجماعة، والرشد انما يعلم بالاختبار لقوله تعالى: ﴿فان آنستم منهم رشداً﴾<sup>(٣)</sup> وذلك بامتحانه بما يلائمه من التصرفات.

(٢) أبواب عقد البيع ب ١٦ ح ٢.

(١) أبواب عقد البيع ب ١٦ ح ١.

(٣) النساء: ٦.



واعتبر الشيخ في جملة من كتبه في تحققة اصلاح المال والعدالة لخبر يونس بن يعقوب وغيره، ودفعه نفى الحرج، وفي التذكرة الاجماع على عدم اعتبار العدالة، ويختبر الرشد قبل البلوغ عند قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾<sup>(١)</sup> ويجوز لولي اليتيم أن يتناول أجره المثل مع الفقر لانه عمل فيستحق عليه أجره، وحمل على ذلك موثق هشام بن الحكم،<sup>(٢)</sup> واختار الحلبي ان ماله قدر الكفاية لظاهر الآية، وفي صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> المعروف وهو القوت، والشيخ في المبسوط أقل الامرين من الاجرة والكفاية، وقيدها في المبسوط بالعسر.

وفي المجتمع انه «يأكل من مال اليتيم ان كان فقيراً بحسب الحاجة من الكفاية على جهة الفرض»<sup>(٤)</sup>. والمفهوم عند شيخنا من الأخبار كصحيح آخر لعبد الله بن سنان وروايتي محمد بن مسلم وحسنة الكاهلي<sup>(٥)</sup> وغيرها، وجوب التنزه بحسب الامكان، والاقتصار مع الفقراء على جهة الحاجة والاضطرار، وأفضلها الاخذ منها على جهة القرض إذا كان من أهل التكسب والانتظار، والمشهور ان الغني كالفقير إلا انه يستحب له التعفف، لقوله تعالى: ﴿ومن كان منكم غنياً فليستعفف﴾<sup>(٦)</sup> والأقوى عند شيخنا وجوب التعفف لظاهر الامر في الآية والأخبار موردها الفقير.

(١) النساء: ٦. (٢) أبواب ما يكتسب به ب ٧٢، ح ٥.

(٣) أبواب ما يكتسب به ب ٧٢ ح ١. (٤) أبواب ما يكتسب به ب ٧٢ ح ٦.

(٥) أبواب ما يكتسب به ب ٧٢، ح ١ و ٦ و ٣ وفي المصدر: «الكناني».

(٦) النساء: ٦.

## فصل في الوكالة

ويشترط فيها بعد أهلية التصرف ما يدل على الإيجاب والقبول ولو إشارة مفهومة في الإيجاب وفعلاً دالاً على الرضا في القبول بلا خلاف. ولا يلزم فيهما الاقتران، واكتفى المحقق وجماعة من المتأخرين في الإيجاب والكتابة مع أمن التزوير، واختاره شيخنا لانه وقع في أخبارنا المعتبرة ما يدل على أن أكثر الوكائل قد صدرت منهم على سبيل المكاتبه والمراسلة كما وقع في أخبار الوصايا<sup>(١)</sup> وغيرها.

فالقبول فيها فعلي مترخ، فمن تلك الأخبار صحيح العباس بن معروف<sup>(٢)</sup> فتأخير القبول لا يقدح في الصحة، ومن شرطها التخيير بحيث لا تعلق على شرط ولا صفة في المشهور حتى كاد يكون اجماعياً، ومتى فسد العقد لتعليقه فهل يصح التصرف بعد حصول الشرط؟ قرب في التذكرة ذلك فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة ان كان والرجوع إلى أجرة المثل والأخبار عند شيخنا لا تفي باشتراط التخيير في هذه العقود الجائزة بل ربما أشعر بعضها بجواز التوكيل المعلق على شرط كما ثبت في الوصايا أيضاً.

وعلى كل تقدير انه لو نجز الوكالة، وشرط تأخير التصرف جاز، كأن

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٣ و ٤. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ٧..

يقول: «وكلتك في كذا ولا تتصرف إلا بعد مدة كذا»، فانه جائز بالاجماع، ويشترط فيها عدم اشتغالها على الضرر في كل شيء لخبر العيون وخبر المعاني وأخبار الدعائم<sup>(١)</sup> نعم لا يجب استقصاء وصفه في شراء ما وكل عليه اجماعاً، والجواز عند شيخنا مطلقاً قوي، وان كان اعتبار الوصف أحوط، ولا فرق بين كونه للتجارة أو القنية، واحتمل أول الشهيدين التفصيل، وحديث عروة البارقي يدل على جواز الاطلاق حيث قال له: «اشتر لنا شاة»<sup>(٢)</sup> ولم يصفها، وهي جائزة من الطرفين لكل منهما فسخها إلا انه يشترط اعلام الوكيل والآن لم ينزل وفاقاً للمشهور خصوصاً للمتأخرين، منهم شيخنا لصحيح هشام بن سالم وخبر العلاء بن سيابة<sup>(٣)</sup> وعند الشيخ: ان تعذر فاشهد انزل، وخبر سيابة حجة عليه.

وعند العلامة في القواعد انه ينزل بالعرض مطلقاً، ويدفعه الصحيح والخبر<sup>(٤)</sup>، وتبطل بالموت من غير توقف على الاعلام اجماعاً للاخبار المتضمنة للبطلان، بالموت كصحيح أبي ولاد ومرسل ابن بكير. ولا تبطل الامانة ببطلان الوكالة، لكن يجب عليه المبادرة في ايصال العين إلى الوارث فان آخر الضمان كالوديعة، وتبطل أيضاً بالجنون والاعماء من كل منهما اجماعاً. ويحجر الموكل عن التصرف فيما وكل فيه، وتبطل ما تعلقت به الوكالة وبفعل ذلك الموكل بنفسه، أو فعله لما ينافي الوكالة.

وفي كون وطئ الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها وجهان، وعدم البطلان أولى عند شيخنا، والعلامة في القواعد فرق بين الزوجة والسرية، فقطع في الزوجة بالبطلان بخلاف السرية. وتصح الوكالة

(١) العيون: ٥٠/١ والمعاني: ١٥١ والدعائم: ٢١/٢.

(٢) مسند أحمد: ٣٧٦/٤. (٣) أبواب أحكام الوكالة ب، ح ١ و ٢.

(٤) قد تقدم.

في كلما يصح أن يليه بنفسه إلا ما يتعلق غرض بايقاعه منه مباشرة له أما شرعاً أو عقلاً، فالاول كأكثر العبادات إلا في مواضع نادرة استثناها الشارع، أما مطلقاً أو في حال الضرورة، والثاني كالتقسيم بين الزوجات ونحو ذلك من الاستمتاع. ويصح التوكيل على كل قليل وكثير لاطلاق الأدلة خلافاً للشيخ لما يتطرق من الضرر في هذا الإبهام.

وينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء، وكل من له عليه ولاية، وينبغي لذوي المروات أن يوكلوا للمنازعات والخصومة كما وكل أمير المؤمنين عليه السلام عقيلاً أخاه للخصومة على ما رواه الفريقان<sup>(١)</sup>.

ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما يوكل فيه، عارفاً باللغة التي يحاور بها، وقال القاضي بوجوب ذلك وهو ظاهر الحلبي. ولا تجوز وكالة الكافر على المسلم لمسلم كان أو كافراً على المشهور لانتهاء السبيل له عليه بالآية<sup>(٢)</sup> وخبر الجعفریات، وكذا وكالة المسلم على المسلم إذا كان الحق لكافر على قول الشيخ والمشهور الكراهة، واختاره شيخنا، وأما العبد فتجوز وكالته عند الكاشاني باذن مولاه مطلقاً، وبدون اذنه فيما لا يمنع شيئاً من حقوقه وفاقاً للتذكرة، والمشهور توقفه على اذن المولى من دون فرق وهو اختيار شيخنا لعموم الآية والأخبار واطلاق الوكالة يقتضي الابتاع بثمن المثل ونقد البلد حالاً وشراء الصحيح دون المعيب، والاذن في تسليم الثمن والمبيع ونقد البلد فان اتحد حملة عليه، وان اختلف باع بالاغلب. واطلاق الوكالة بالشراء يقتضي شراء الصحيح بخلاف القراض والمضاربة ولا يقتضي التوكيل في البيع تسليم الثمن للوكيل، وليس له أيضاً الرد بالمعيب إلا إذا وكله على ذلك.

(٢) النساء: ١٤١.

(١) انظر أنوار اللوامع: ١٣/١٧٨.

وظاهر الشرائع ان للوكيل ان يرد بالعيب، ويجب الاقتصار على المأذون فيه وما تشهد العادة بالاذن فيه من اطرادها أو دلالة القرائن كما لو أذن بالبيع بقدر نسبته فباع نقداً أو بأزيد إلا أن يكون له غرض في التعيين كالمحابات ونحوها، ولو عين له سوقاً مخصوصة فباع في غيرها بالثمن الذي عين له أو مع الاطلاق بثمان المثل صح إلا أن يعلم بالغرض. نعم يلزمه بالنقل الضمان لو فات والتوكيل في الحكومة ليس توكيلاً في قبض الحق ولا العكس لعدم التلازم وكذا التوكيل في قبض حقه من فلان لا يستلزم مطالبته للوارث إلا أن يقول حقي الذي على فلان. وإذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه أو شرائه من نفسه فالمشهور الجواز وقواه شيخنا والشيخ، وجماعة على المنع وتردد في الشرائع.

وهل يدخل الوكيل في من بيع منه أو يشتري مع اطلاق الاذن؟ قيل، نعم مطلقاً وفاقاً للمختلف، والشيخ لا للتهمة ومع التصريح بالاذن، هل يتولاه بنفسه أم لا؟ وعلى القول بالجواز هل يصح تولي الطرفين أم لا؟ الشيخ على المنع في الثلاثة والعلامة في المختلف على الجواز فيها، والشهيد الثاني في المسالك، وفي غيره في الأخيرين، والمحقق جوز الأخير، ومنع الأوّل وتردد في الوسط، وهذا ناش من اختلاف الروايات، فمن المانع في الشراء صحيح هشام بن الحكم وحسنه<sup>(١)</sup> وخبره ورواية إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup> ورواية ميسر فكلها مانعة في الشراء إلا الأخير ففيه: «ان أمنت أن يتهمك فاعطه من عندك وان خفت ان يتهمك فاشتر له من السوق»<sup>(٣)</sup> ومما ورد من المنع في البيع بأن يأخذ لنفسه مما يبيع رواية

(٢) أبواب آداب التجارة ب ٥ ح ٢.

(١) أبواب آداب التجارة ب ٥ ح ١.

(٣) أبواب آداب التجارة ب ٥ ح ٤.

علي بن أبي حمزة<sup>(١)</sup> وخبر خالد القلانسي<sup>(٢)</sup> وحملا في المشهور على الكراهة فالاحتياط عند شيخنا هو القول بالمنع في البيع مطلقاً، وفي الشراء كذلك إلا أن تنتفي التهمة رأساً، وليس للوكيل أن يوكل إلا بأذن الموكل ولو عموماً أو ضماناً بحيث يفهم أن غرضه ايقاع الفعل ولو مباشرة غير الوكيل كـ«اصنع ما شئت» أو «فوّضت لك الامر» أو نحوه، أو مدلولاً عليه بالقرائن كاتساع متعلق الوكالة وترفع الوكيل عن المباشرة ونحو ذلك. ومع التصريح ان عيّن توكيله عن نفسه أن عن الموكل فذاك وان اطلق فثلاثة أقوال: أحدها انه وكيل عن الوكيل، وثانيها ان يكون وكيلاً للموكل واختاره في القواعد والسرائر، وثالثها ان يتخير الوكيل بين الامرين وهو أن يوكله عن نفسه أو موكله وهو ظاهر الشرائع واستقر به شيخنا جداً. ولو وكل اثنين لم يجز لاحدهما الانفراد بشيء من التصرف إلا مع الاذن صريحاً أو ضمناً، وتبطل الوكالة بموت أحدهما، وليس للحاكم ان يضم إليه آخر بخلاف الوصيين لو انفرد أحدهما، والفرق أنه لا ولاية للحاكم على الموكل. وان اشترى لموكله بثمن معين طالب البائع من هو في يده، وان كان في الذمة، فان جهل البائع الوكالة طالب الوكيل بالثمن ولا يكون كذلك بل كان عالماً تخير في مطالبته أيهما شاء، إلا إذا لم يدفعه الموكل إلى الوكيل. ومال الموكل أمانة في يد الوكيل لانه يجب ايصالها إليه إلا بعد الطلب، فلو امتنع من غير عذر وادعى التلف أو ادعى الرد قبل المطالبة قيل لا يقبل دعواه وان أقام بينة، والوجه عند شيخنا انها تقبل، والقول قوله بيمينه أو بيئنته، وهو اختيار المحقق وجماعة، وله الامتناع

(١) أبواب آداب التجارة ب ٦ ح ٢. (٢) أبواب آداب التجارة ب ٦ ح ١.

منه حتى يشهد على القبض ويضمن مع التعدي ولا تبطل الوكالة به. ولا تثبت الوكالة إلا بشاهدين لا الواحد ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين بلا خلاف لانها مخصوصة بالاموال. ولو اختلفا في التاريخ قبلت شهادتهما سواء شهدا باقراره بها كما هو متفق عليه أو بانشائه لها عند الكاشاني والمشهور، وعليه شيخنا على عدم الثبوت في غير الاقرار. وان ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله ولا بينة فان صدقه الغريم جاز له تسلمه. وإن لم يجب الدفع إلا انه ضامن إن لم يصدقه الموكل في دعواه. وقيل ان كان ديناً وجب تسليمه مع التصديق، وقواه شيخنا، وان كذبه فلا يمين له عليه إلا إذا ادعى عليه العلم بها. وإذا زوجه امرأة بدعوى الوكالة منه وانكر الزوج الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه. وفيما يلزم الوكيل هنا خلاف فالشيخ في النهاية على وجوب المهر كله، والمشهور النصف لرواية عمر بن حنظلة<sup>(١)</sup> واختاره شيخنا، ويمكن حمل الرواية على ما اختاره المحقق وجماعة كثيرة من المتأخرين من أنه لا يلزم الموكل شيء في الظاهر. ويجب على الموكل أن يطلقها ان كان صدق الوكيل ويسوق لها نصف المهر، ولو اختلفا في التفريط فالقول قول منكره لقوله ﷺ: «واليمين على على من أنكر»<sup>(٢)</sup> وان اختلفا في دفع المال إلى الموكل فان كان التوكيل بجعل كلف البينة، وان كان بغير جعل فالمشهور انه كالوديعة يقبل قوله بيمينه، وقيل قول المالك، وجعله المحقق أشبه.

(١) أبواب أحكام الوكالة ب ٤.

(٢) انظر أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ب ٣.

## فصل في الوصايا

وهي استنابة بعد الموت في التصرف في أموال الميت، أو في الولاية على أطفاله، وانفاذ وصاياه.

ويشترط فيها بعد أهلية التصرف ما يدل على الإيجاب والقبول. وهل تنحصر في اللفظ أم يكفي الفعل؟، واكتفى جماعة بالقبول الفعلي كالوكالة، ولا يجب فيه مقارنة القبول للإيجاب للاجماع والنصوص المستفيضة<sup>(١)</sup>. وفي اشتراط عدالة الوصي قولان، المشهور الاشتراط، والقول بعدمه للحلي، والمحقق في النافع، والعلامة في المختلف، وقوى شيخنا المشهور لقوله عليه السلام: «إذا كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»<sup>(٢)</sup> وصحيح مسعدة<sup>(٣)</sup> وغير ذلك.

ولو فسق بعد القبول بطلت الوصية في المشهور حتى عند من لم يشترط العدالة كالشهيد الثاني والكاشاني، وعلى تقدير بطلان الوصية بذلك، فهل تلغى من رأس أو ان الحاكم يتسلط على الفسخ؟ وتظهر الفائدة في القولين في صحة التصرف قبل العزل والاحتياط لا يخفي، ولا

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣.

(٣) الكافي: ٢٠٩/٥ وأمالى الصدوق: ٣٤٢.



تجوز الوصية للمملوك إلا بأذن مولاه لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(١)</sup> ولا إلى صبي إلا منضماً إلى البالغ لصحيح محمد بن الحسن الصفار ومكاتبته وخبر علي بن يقطين،<sup>(٢)</sup> وحينئذ فيتصرف الكبير منفرداً حتى يبلغ الصغير، وليس له نقض ما أمضاه لخبر علي بن يقطين، ولا لاحدهما التصرف منفرداً إلا مع اذن الوصي أو بلوغ فاسد العقل فينفرد الكبير، وكذا الحكم في كل وصيتين.

والشيخ إذا أطلق الموصي جاز الانفراد لكل منهما لرواية يزيد بن معاوية وصحيح محمد بن الحسن الصفار<sup>(٣)</sup> ولا دلالة فيهما بل يظهر من الصحيحة عدم الجواز، وكذلك صحيح صفوان بن يحيى<sup>(٤)</sup> وعلى تقدير وجوب الاشتراك لو تعاسر أجاز للحاكم الاستبدال عند الحلبي وجماعة منهم شيخنا بعد جبرهما على الاجتماع، ولو ظهر منه عجز ضم إليه مساعد ولا تشترط الذكورة للاجماع، وخبر علي بن يقطين وخبر السكوني محمول على الكراهة، وكذلك ما ضاهاه كمرسلي الفقيه، وحملهما الشيخ على التقية، وفي اشتراط الايمان قولان، والمشهور اشتراطه.

ويشترط أن لا يكون سفيهاً، وفي اعتبار هذه الصفات حين الوصية خاصة أو تستمر إلى الانفراد أو حين الموت، أقوال ثلاثة أوسطها. أوسطها عند شيخنا وشهيد الدروس وهو الاستمرار إلى الانفراد، والأكثر

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٧٨، ح ١ و ٢.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٠ ح ١ و ٢. (٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٥١ ح ٣ و ١.

(٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٥١ ح ٢.

على الأول، ولكل منهما الفسخ ما دام الموصي حياً إلا أن فسخ الوصي مشروط ببلوغه إلى الموصي وإلا لم يفسخ بلا خلاف لخبر منصور بن حازم<sup>(١)</sup>، أما بعد موت الموصي فليس الفسخ مع القبول بالاجماع وبدونه على المشهور وهو مختار شيخنا، خلافاً للتحريم والمختلف، واحتج للمذهبين بالصاح.

منها صحيح محمد بن مسلم وصحيح هشام بن سالم وصحيح الفضيل ابن يسار<sup>(٢)</sup> إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، وإن كان من مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه، وهي لا دلالة فيها عند شيخنا، وإنما هي في الموصي إذا كان غائباً وبعث بوصيته إلى من كان حاضراً فليس له ردها، وقد أفتى بمضمونها محدث الوسائل وهو ظاهر صدوق الفقيه وثقة الكافي، وحملها الأكثر على الاستحباب.

والشيخ ومن تبعه على ما إذا لم يبلغه الرد في حياته، وإنما ذكرت الغيبة على سبيل المثال، والاولى عند شيخنا الاستدلال للمشهور بصحيفة إسماعيل بن سعد الأشعري<sup>(٣)</sup>، ومتى بلغه الخبر بعد موت الموصي لزمه القبول عنده كما هو المشهور، فاستثنى غير واحد حصول الضرر الديني أو الدنيوي أو المشقة التي لا تتحمل عادة، لكن في صحيفة إسماعيل ما يدل [على عدم جواز الرجوع، وعلى تقدير الاستثناء فهل يعود إذا زال المانع أم لا؟ الأقوى عند شيخنا] وجوب العود إليها، ولو عمم الوصية في قليل أو كثير مما تصح الوصية عليه صح في المشهور،

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ٣. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ١ و ٤ و ٢.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ٦.

خلفاً للشهيد الثاني إذا لم يعين ما فرضه إليه، والوصي أمين لا يضمن إلا بالتفريط لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وغيره.

ومما دل على اطلاق الضمان كصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيره فمحمول على ذلك، ولو كان له على الميت دين جاز له أن يستوفيه مما في يده من غير اذن الحاكم، وقيد الشيخ وجماعة بما إذا لم تكن له بينة فان استند إلى موثق يريد العجلي<sup>(٣)</sup> فهو مفروض في الوصيين المتعددين وانه ليس لاحدهما ذلك، والقول بالجواز مطلقاً حتى مع المشاركة إذا لم يطلع الآخر قوي عند شيخنا والشهيد، ويجوز للوصي أن يشتري لنفسه من نفسه اذ المفروض عدالته ومراعاة الغبطة كما هو المشهور، والشيخ على المنع إلا ما أخرجه الدليل وهو الأب والجد له، والأقوى عند شيخنا الجواز لمكاتبة محمد بن يحيى<sup>(٤)</sup>.

ويجب العمل بما رسمه الموصي إذا لم يكن منافياً للشرع للامر به في الآيه ولصحيح محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> وغيرهما. وإلا يكن موافقاً للشرع جاز التبدل لصحيح محمد بن سوقة<sup>(٦)</sup> وغيره، وإذا لم يوص أو لم يعين وصياً أو عين وبطل بفسق ونحوه وجب على الحاكم انفاذ الوصايا والقيام بأمر أطفاله وغير ذلك مع فقد الأب والجد له كما مر في الولاية.

وقد تقدمت الأخبار الدالة على ذلك كصحيح علي بن رثاب<sup>(٧)</sup> وغيره، وإذا فقد الحاكم فمن يوثق به من المؤمنين كفاية وفاقاً للاكثر لصحيح

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٦ ح ١. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٦ ح ٢.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٣ ح ١. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٩ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٢ ح ١. (٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٨ ح ١.

(٧) فراجع.

إسماعيل بن سعيد<sup>(١)</sup> وغيره، ومنع منه الحلبي، والآيات والنصوص حجة عليه، أما ما يضطر إليه الاطفال والدواب وصيانة الأموال المشرفة على التلف ونحو ذلك فهو واجب على الكفاية على جميع المسلمين فضلاً عن العدل منهم بلا خلاف حتى من الحلبي، وقيل هو للمشهور لا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين مسلمين عدلين، لا من أهل الذمة لاختصاص الآية بالوصية بالمال اجماعاً.

وكانهم خصصوا الأخبار بذلك، ولا داعي له عند شيخنا لصحيح هشام بن سالم<sup>(٢)</sup> وغيره مما دل على عدم التخصيص. ولا يجوز شهادة النساء ولا شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين بلا خلاف في الاولين للاخبار النافية لشهادة النساء في الوصية، كخبر عبد الرحمن وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup>، وحملهما الاصحاب على الوصاية. ويرد عليهم عند شيخنا فيما قالوه من عدم قبول شهادة رجل وامرأتين في الوصايا صحيح ابراهيم بن محمد الهمداني<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب عقد البيع ب ١٦ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠ ح ٤.  
 (٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ ح ٧. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ ح ٨.

كتاب

# العطايا والمروات



قال الله تعالى: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾<sup>(١)</sup>، وفي الحديث النبوي: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: ولد صالح يدعوا له، وعلم ينتفع به بعد موته، وصدقة جارية»<sup>(٢)</sup> إلى غير ذلك، ويتأكد استحباب العطية لذي الرحم وتشتد في الولد والوالد، ولهذا بدأ في الآية بالقرابة، والنصوص بذلك مستفيضة<sup>(٣)</sup>.

## فصل في الهبات والهدايا

العطية تجمع جميع ذلك، والهبة أعم من الصدقة لاشتراطها بالقرابة دونها. ومن الهدية لنقلها من مكان إلى مكان، ولهذا لا يطلق لفظها على العقار، والثلاثة ثابتة بالنصوص المستفيضة<sup>(٤)</sup>، وكل من الهبة والهدية معوضة وغير معوضة، وله الرجوع عن عدم التعويض ولو بالقرابة كأن أهديت للمتصنع ما لم يكافأ عليها لخبر عيسى بن أعين<sup>(٥)</sup> وغيره. ويشترط في الهبة بالمعنى الاعم الشاملة للنحل والصدقات والهدايا بعد أهلية التصرف على ما يدل على الايجاب والقبول، وظاهر الاصحاب

(١) انظر أبواب الوقف والصدقات ب ١.

(١) آل عمران: ٩٢.

(٤) أبواب ما يكتسب به ب ٨٨ ح ١.

(٣) المصدر السابق.

(٥) أبواب ما يكتسب به ب ٩١ ح ٣.

الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ لا يفيد الملك بل مجرد الاباحة حتى لو كان جارية لم يحل له الاستمتاع بها وفيه نظر عند شيخنا حتى في الجوارى، فيحل نكاحها بهذه القضية من غير ايجاب وقبول اللفظيين لخبر الثمالي<sup>(١)</sup> مع ان أخبار الهدايا ليست مشتملة على سوى الاخذ والعطاء.

وللعلامة في هذه المسألة مذاهب مختلفة فظاهر التذكرة وصريح التحرير ان الهدايا لا يشترط اللفظ فيها، وتصح الوصية ممن بلغ عشرين لخبر زرارة<sup>(٢)</sup> وممن يضع الصدقة في موضعها، وإن لم يحتلم، لصحيح الحلبي وصحيح جميل<sup>(٣)</sup> وهذا هو رأي الأكثر بل المشهور كما سيأتي.

والقبض شرط في لزوم الهبة لموثق أبي بصير وخبر محمد بن عيسى العبيدي وخبر ابراهيم عبد الحميد<sup>(٤)</sup> وغيرهما، وبهذا تبين ان للقبض شرط في لزوم الهبة لا في صحتها وهو اختيار شيخنا، وفاقاً للحلبي والمختلف لخبر أبي بصير الصحيح في معاني الأخبار<sup>(٥)</sup>، وبه الجمع بين الأخبار المذكورة وبين ما دل على أنه شرط في الصحة، بل ادعى عليه في الدروس الاجماع وهو مذهب كثير من العامة، فأخباره محمولة عند شيخنا على التقية.

ويشترط في صحة القبض اذن الواهب إلا أن يكون مقبوضاً قبلها

(١) انظر أنوار اللوامع: ٢٤١/١٣. (٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ١٥ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ١٥ ح ٣.

(٤) أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ٧ و ٨ و ٦.

(٥) أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ٤.



قبضاً شرعياً ولا يشترط في اذن الواهب في القبض كونه بنية الهبة في المشهور، واستحسنه شيخنا جداً. ويستثنى من هذه القاعدة ما إذا وهب الأب أو الجد الصغير فانه يلزم بمجرد العقد، فان قبض الولي قبض عنه لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله وصحيح علي بن جعفر<sup>(١)</sup> وغيرهما. وهل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة؟ قولان، للعلامة في أكثر كتبه الاعتبار، خلافاً للتحرير، وظاهر الاسكافي الحاق الانثى مطلقاً بالصغير ما دامت في حجره بالنسبة إلى هبتها، وله بعض الأخبار إلا أنه محمول على التقية. وهل يلحق بالاب والجد الوصي أم لا؟ المشهور وعليه شيخنا اللاحق، خلافاً للمبسوط.

ولو وهب لما في الذمة فان كان لمن عليه الحق صح اتفاقاً وصرف إلى الابرء، فانه يجوز بلفظ الهبة لصحيتي معاوية بن عمار<sup>(٢)</sup>، وان كان لغيره فقولان، المشهور عدم الصحة خلافاً للحلي وعلامة المختلف لامكان قبضه بأن يقبضه المالك من الغريم ثم يقبضه اياه أو يوكله في القبض عند ثم يقبضه المالك من الغريم ثم يقبضه اياه أو يوكله في القبض عنه ثم يقبضه من نفسه، لا بأن يجعل قبضه عن الهبة قبضاً عن المالك، لئلا يلزم الدور. وهذا هو الاصح عند شيخنا لصحيح صفوان<sup>(٣)</sup>،

ولا يجوز الرجوع في الهبة مع التعويض لصحيتي عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> وغيرهما، ولا مع نية التقرب كما هو المشهور لصحيتي محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> وغيرهما خلافاً للشيخ في الخلاف وجماعة مع التلف كما هو

(١) أبواب أحكام الهبات ب ٥ ح ٤ و ٥. (٢) أبواب أحكام الهبات ب ١ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب أحكام الهبات ب ٢. (٤) أبواب أحكام الهبات ب ٩، ح ١.

(٥) أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ٢.

المشهور، لحسن جميل بن دراج وحسن حماد بن عثمان<sup>(١)</sup> خلافاً للسيد، ولا إذا كانت لذي رحم لصحيح محمد بن مسلم وخبر عبدالله بن سليمان<sup>(٢)</sup> خلافاً للسيد مطلقاً.

ولجماعة منهم الشيخ في الخلاف في غير الابوين ولا إذا كانت لاحد الزوجين على قول، واختاره شيخنا وجماعة من المحدثين لصحيح زرارة وصحيح أبي عبيدة الحذاء<sup>(٣)</sup>، وظاهرهما للزوم مطلقاً وإن لم يقبض، والأكثر على الكراهة الشديدة لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup>.

ولا يجوز الرجوع في الهبة مع التصرف عند الأكثر لخبر ابراهيم بن عبد الحميد<sup>(٥)</sup> خلافاً للمحقق وجماعة كسلار والحلي وظاهر الاسكافي، وهو مختار شيخنا لعدم صراحة الخبر، ولاطلاق الصحاح المستفيضة في جواز الرجوع في مطلق الهبة إذا لم تكن معوضة، ولو بالقربة ما لم تتلف عينها ولا متعلقة بالابوين ولا بذوي الرحم ولا بالزوجين.

فمن تلك الصحاح صحيح الحلبي<sup>(٦)</sup> وابن حمزة وشهيد الدروس وجماعة من المتأخرين على تخصيص المنع بما إذا تغيرت العين أو زال عن الملك لحسن جميل بن دراج وحسن الحلبي<sup>(٧)</sup> الواردين في التلف، وزاد ابن حمزة فقال «لا يقدر الرهن في الامة بالكتابة»، واستحسنه الكاشاني.

وعند شيخنا انهما لا يصلحان لتقييد تلك الصحاح الكثيرة الدالة على جواز الرجوع في غير المواضع المذكورة وفي غير ما ذكر من الوجوه

- |                                  |                                     |
|----------------------------------|-------------------------------------|
| (١) أبواب أحكام الهبات ب ٨ ح ١.  | (٢) أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ٢ و ١. |
| (٣) أبواب أحكام الهبات ب ٧ ح ١.  | (٤) أبواب أحكام الهبات ب ٧ ح ٢.     |
| (٥) أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ٤. | (٦) أبواب أحكام الهبات ب ١٠.        |
| (٧) أبواب أحكام الهبات ب ٨ ح ١.  |                                     |

الدالة على اللزوم يجوز الرجوع بلا خلاف لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وصحيح زرارة<sup>(٢)</sup> وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> وغيرها إلا أنه مكروه لخبر المدائني وخبر ابراهيم بن عبد الحميد<sup>(٤)</sup> وإذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع بالارش.

وكذا لم يرجع في الزيادة المنفصلة مع اتصالها كالحمل المتجدد واللبن كذلك قبل أن يحلب على الأقوى، والمشهور انه نماء حدث في ملكه خلافاً لابن حمزة، والمشهور انه إذا وهب وأطلق لم تكن الهبة مشروطة بالثواب خلافاً للشيخ مطلقاً، والحلي في هبة الادنى للاعلى فانه أوجب الثواب فيها بمثلها، نعم يستحب لخبر أبي جرير القمي وخبر إسحاق بن عمار وخبر عيسى بن أعين<sup>(٥)</sup> وهذه الأخبار دافعة للقولين أيضاً.

وان شرط الثواب صح أطلق أو عيّن بلا خلاف، وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط، ومع الاطلاق يلزم الوفاء به، فان لم يتفقا على قدر وجب مقدار الموهوب، ويتخير الواهب بين الرجوع وقبول العوض لانها جائزة من قبله ما لم يقبضه، وكذا يتخير المتهب بين الرد والاثابة على قول ثاني الشهيدين. ولو تلف من يده قبل الاثابة أو عابت ففي ضمانه قولان، المشهور عدم الضمان، والضمان للاسكافي وبعض المتأخرين منهم الكاشاني وشيخنا لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٦)</sup>.

ويكره تفضيل بعض الأولاد على بعض في العطية لموثقتي سماعة

(١) أبواب أحكام الهبات ب ٦، ح ٢. (٢) أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ١. (٤) أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ٣ و ٤.

(٥) أبواب ما يكتسب به ب ٩١ ح ١ و ٢ و ٣.

(٦) المستدرک: ٨/١٤.

وأبي بصير<sup>(١)</sup> وغيرهما، ففي رواية الفقيه: «لا تشهدني على جور»<sup>(٢)</sup>، والمشهور الكراهة سيما مع المرض والاعسار خلافاً للاسكافي فحرمته لظواهر تلك الأخبار إلا مع المزية فاستثنها الكل، وفي كثير من المعتمدة ما يدل على نفي الكراهة رأساً كصحيح محمد بن قيس وصحيح علي بن جعفر<sup>(٣)</sup> وخبره وغيرها، فلا حاجة إلى المرض والاعسار لان ذلك مخصوص عند شيخنا بحالة الاضطرار.

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ١٧ ح ١١ و ١٦ و ١٢.

(٢) أنظر أبواب أحكام الوصايا ب ٨. (٣) أبواب أحكام الهبات ب ١١ ح ١ و ٦.

## فصل في الوقف

وهو عقد ثمرته تحببب الاصل واطلاق المنفقة، وهو ثابت بالنص والاجماع، ويشترط فيه بعد أهلية التصرف ما يدل على الايجاب صريحاً كـ«وقفت» أو غير صريح مع القرينة كـ«حرّمت» و«تصدّقت»، وألحق جماعة بالصریح ما لو قال: «جعلته وقفاً أو صدقة محرّمة بدون دعوى البينة»، وهو حسن عند شيخنا، وذهب جماعة منهم العلامة في التذكرة والقواعد إلى صراحة «حبست وسبّلت»، وذهب المحقق والعلامة في غير الكتابين إلى افتقارهما إلى البينة أو القرينة.

وفي اشتراط القبول أقوال: أحدها اشتراطه، وهو لجماعة من المتأخرين، وثانيهما عدمه مطلقاً، وهو ظاهر الأكثر، وثالثها اعتباره ان وقف على جهة خاصة كشخص معين أو جماعة معينين ويظهر من المحقق الميل إليه، ولعله عند شيخنا أقوى.

وفي اشتراط نية القربة قولان، فالمشهور العدم وهو مختار شيخنا لعدم الدليل، ويشترط في صحة الاقباض بلا خلاف، فلو مات قبله كان ميراثاً ومعه يلزم، فلا يجوز الرجوع بعده، وصحيح محمد بن مسلم وصحيح صفوان وصحيح علي بن مهزيار<sup>(١)</sup> وغيرها دالة على الحكمين، ولا خلاف

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٤ ح ١ و ٤ و ٦.

في اشتراط تنجيذه إلا إذا علق بما يقطع قطعاً ولا دليل عليه سوى الاجماع والمشهور اشتراط التأييد إلا إذا أراد بذلك الوقف التحبب وهو المنقطع الآخر، والمحقق وجماعة ممن تأخر عنه: يكون منقطع الآخر وقفاً، ومع الانقراض يرجع إلى ورثته عند المشهور، وإلى ورثة الموقوف عليه عند المفيد والحلي والعلامة في السرائر وقال ابن زهرة: يصرف في أنواع البر، ونفى عنه في المختلف البأس.

وحجة المشهور مكاتبة الصفار الصحيحة<sup>(١)</sup> ورواية جعفر بن حنان<sup>(٢)</sup> وغيرها وحجة المفيد ان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها كما في مكاتبة الصفار الصحيحة<sup>(٣)</sup> والاحوط عند شيخنا ان لا يجعله إلا مؤبداً، وعند ارادة الحبس ينصب قرينة عليه غير انقطاع الآخر كما فعله الائمة عليهم السلام كما في خبر ربعي<sup>(٤)</sup> وغيره، حيث اعتبروا التأييد والدوام.

ويشترط في الموقوف أن يكون عيناً مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقاء أصلها، وفي الدراهم والدنانير قولان: وفي وقوع الوقف فضولياً خلاف، والمشهور هنا عدم الجواز وان كان المشهور في البيع الجواز، وشيخنا على المنع إلا في النكاح. وفي جواز وقف الايق والبعير الشارد قولان، والأقوى عند شيخنا الجواز، ولا خلاف في صحة وقف المشاع وقبضه كقبض المبيع والهبة والصدقة ويدل عليه ما دل على جواز الصدقة كصحيح الحلبي<sup>(٥)</sup>.

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٧ ح ٢.

(٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٦، ح ٨.

(٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٧ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٦ ح ٤.

(٥) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٩ ح ١.

ويشترط في الموقوف عليه أن يكون موجوداً له أهلية التملك أو تابعاً لموجود كذلك، فلا يصح على المعدوم المحض، فلو ضمه إلى موجود بطل فيما يخصه خاصة على الأقوى عند شيخنا وقيل مطلقاً. ولا يجوز الوقف على العبد بناء على عدم تملكه كما هو المشهور. ولو بدأ بمعدوم أو غير متأهل للملك ثم بعده على الموجود أو من يملك فالمحقق وأكثر المحققين أنه لا يصح مطلقاً، واختاره شيخنا وجماعة أنه يصح على الموجود والتملك خاصة ويصح على المصالح كالقناطر والمساجد وأكفان الموتى ونحو ذلك لخبر أبي الحسين<sup>(١)</sup> وغيره.

وفي الكافر غير الذمي قولان، المشاع عدم جوازه مطلقاً، وفي الذمي أربعة أقوال أحدها المنع مطلقاً وهو لسار وابن البراج، وثانيها الجواز مطلقاً وهو اختيار الفاضلين وجماعة، وثالثها الجواز مع القرابة وهو مختار الشيخين وجماعة، ورابعها الجواز للابوين خاصة وهو للحلي للجواز مطلقاً لعمومات القرآن ومكاتبة الصفار الصحيحة: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(٢)</sup> وأخبار الوصية إلى الذمي<sup>(٣)</sup> وللمنع مطلقاً كما هو المشاع في الحربي ومختار سار وابن البراج النهي عن المؤادات<sup>(٤)</sup> وللجواز للقرابة وجوب صلتهم في الآيات والروايات وللتخصيص بالوالدين التوصية بهما في الآيات والروايات.

وعند شيخنا الاحوط المنع في الحربي لمجيئ الأخبار بجواز الصدقة عليهم. ولا يصح في معونة العصاة لقوله تعالى: «وتعاونوا على البر

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٤ ح ٦.

(٢) قد تقدم. (٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٤ ح ١.

(٤) الممتحنة: ٨ وهي قوله تعالى: (لا تجد قوماً...) الآية.

والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان»<sup>(١)</sup>، هذا إذا كان الواقف مسلماً، أما لو وقف الكافر على هؤلاء الاصناف من الكفار وعلى كتبهم المنسوخة وبيعهم وكنائسهم صح عند من لم يشترط في الوقف القرابة كما هو ظاهر المحقق وجماعة، أو يقال بأن قصدها عند من يعتقد حصولها كاف وهذا هو الظاهر كما وقع في كثير من الاحكام.

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف إلى فقراء المسلمين، وكذلك الكافر ينصرف إلى فقراء أهل نحلته لصحيح عبدالله بن سنان وصحيح أبي خديجة<sup>(٢)</sup> وغيرهما، مما جاء في الوصية. ويشترك الذكور والاناث والخنائي إذا قال للمهاشميين مثلاً ففي دخول من انتسب إلى المنسوب من جهة الام خاصة قولان، المشهور عدم واختاره شيخنا لمرسل حماد<sup>(٣)</sup> خلافاً للسيد والمفيد في أحد قوليهِ مطلقاً وابن حمزة وجماعة في الوقف دون الزكاة والخمس لقوله: «ومن ذريته داود وسليمان»<sup>(٤)</sup> وقوله: «وحلائل أبنائكم»<sup>(٥)</sup>.

ولا يخلو من قوة عند الكاشاني، ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الفرقة الاثنى عشرية في المشهور وعند كثير من القدماء إلى مجتنبى الكبراء منهم خاصة والأول أقوى عند شيخنا، ومختار الشيخين والصدوقين انه لا يكون مؤمناً إلا بالعمل فلا يجوز للفساق من الإمامية أخذ شيء منه لما ورد في كثير من الأخبار<sup>(٦)</sup>: «ان الايمان مركب من ثلاثة أشياء اعتقاد بالجنان وقرار باللسان، وعمل بالاركان».

(١) المائة: ٢. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٥ ح ٤.

(٣) أبواب المستحقين للزكاة ب ٣٠. (٤) الانعام: ٨٤.

(٥) النساء: ٢٣. (٦) أبواب جهاد النفس ب ٤٥ ح ٣٣.



ولو وقف على السفية فهي للامامية وغيرهم من فرق الشيعة في المشهور، وقال الحلبي يصرف إلى أهل نخلته، ومن وقف على الجيران رجع إلى العرف عند جماعة من المحققين فالمشهور أنه لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كل جهة لخبر محمد بن محمد الشعيري. وفي صحيح جميل بن دراج وصحيح معاوية بن عمار<sup>(١)</sup> وغيرهما: إن حد الجوار إلى أربعين ذراعاً، والعمل عليها متجه عند شيخنا وإن كان القائل به شاذاً.

وفصل الرواندي بين المتعة وغيرها، ولو اعتبرنا عدد الدور ففي قسمته على رؤس أهلها أو على عدد الدور قولان، وعلى الثاني يقسم على الدور أولاً ثم على رؤس أهلها. ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل خلافاً للاسكافي وهو شاذ، ولو وقف على غير معين كأحد هذين المسجدين أو الرجلين بطل أيضاً كما عليه المشهور لمكاتبة الصفار الصحيحة وصحيح علي بن مهزيار<sup>(٢)</sup>

ولو وقف على مصلحة من المصالح فبطل رسمها صرف في وجوه البر على المشهور، كالوقف الذي جهل مصرفه، ويؤيده خبر [أبي] علي بن راشد<sup>(٣)</sup> والأقرب الأولى عند شيخنا أن يصرف إلى الأقرب إلى تلك المصلحة فالأقرب، كما اختاره في المسالك، فيصرف وقف المسجد إلى مسجد آخر والمدرسة إلى مثلها وهكذا.

[ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل خلافاً للاسكافي وهو شاذ، ولو وقف على غير معين كأحد هذين المسجدين والرجلين بطل أيضاً كما

(١) أبواب أحكام العشرة ب ٩٠ ح ١ و ٣ و ٤.

(٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٧ ح ٢ و ١.

(٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٦ ح ١.

عليه المشهور لمكاتبة الصفار الصحيحة وصحيح علي بن مهزيار<sup>(١)</sup> ولو وقف في وجوه البر وأطلق صرف في كل مصلحة يتقرب بها إلى الله تعالى مما فيه نفع المسلمين المحتاجين، وقيل: وان كانوا اغنياء لانه من جملة البر وهو حسن عند شيخنا، ولو وقف على نفسه لم يصح بلا خلاف، فلو وقف على نفسه ثم على غيره بطل في حق نفسه، وهل يصح في حق غيره؟ قولان، الأقوى عند شيخنا البطلان مطلقاً، ولو عطف بالواو فالأقوى عند شيخنا صحة الوقف على الغير في نصفه وبطلان النصف في حقه. ولو وقف على الفقراء، فصار منهم شاركهم خلافاً للحلي، واشترط الشهيد الثاني عدم قصد ادخال نفسه أولاً.

ولا بأس به عند شيخنا ولو اشترط عوده إليه عند الحاجة صح الشرط وصار حياً كما اختاره شيخنا وهو مختار المشهور لقولهم: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> ولخبري إسماعيل بن الفضل<sup>(٣)</sup> خلافاً للحلي والنافع، فيبطل من رأس، فان لم يرجع ولم يحتج حتى مات، فهل يبطل أم يستمر على حاله؟ قولان، اختار في الشرائع والعلامة في جملة من كتبه، وجماعة الأول، والثاني للمرتضى والعلامة في المختلف، والمشهور رجوعه ميراثاً لخبري إسماعيل<sup>(٤)</sup>.

ولو وقف على غيره وشرط قضاء ديونه أو اراد مؤنته لم يصح، فيبطل الوقف والشرط جميعاً لعدم اخراج نفسه من جميع الجهات، ويرشد إليه

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٧ ح ٢ و ١.

(٢) أبواب المتعة ب ٣٢ ح ٩.

(٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٣ ح ٣.

(٤) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٣ ح ٣.

خبر علي بن سليمان بن رشيد<sup>(١)</sup>. أما لو شرط أكل أهله منه صح الشرط والوقف، كما فعله النبي ﷺ، وكذلك الناظر لو شرط له ذلك أو يطعم غيره لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٢)</sup>.

ولو شرط ادخال من يريد الموقوف عليه جاز، وهل ينتقل الموقوف على الواقف؟ المشهور ذلك خلافاً للحلبي وعلى المشهور، هل ينتقل إلى الموقوف [عليه] مطلقاً أم لله سبحانه الأكثر على الأول، ومنهم من فصل بين المنحصر المعين وبين الجهات العامة ففي الأول الأول، وفي الثاني الثاني، وهو انتقاله لله سبحانه وهو الاظهر عند شيخنا.

ولا يجوز بيع الوقف لصحيح علي بن راشد<sup>(٣)</sup> وغيره، وجوز المفيد إذا كان يبيعه أنفع لاربابه، وإن لم يكن خلف لرواية جعفر بن حيّان<sup>(٤)</sup>، وجوزه الكاشاني مع الخلف المؤدي إلى ذهاب الانفس وخراب الوقف لصحيح علي بن مهزيار<sup>(٥)</sup>، ولا دلالة فيه على اشتراط خوف الخراب. وفي الشرائع بشرط اختلاف الارباب وخوف الخراب، والحلي لم يجوزه مطلقاً واختاره شيخنا.

وكذا قد استثنوا من المنع من البيع ما لو انقلعت نخلة من الوقف أو جذع من الشجرة أو نحو ذلك مع عدم امكان الانتفاع به مع بقاء أصله باجارة ونحوها كما ذكره الشيخ وتبعه الأكثر، وردة الحلي بامكان الانتفاع المذكور وهو في موضعه عند شيخنا حيث يمكن وإلا فكلام الشيخ جيد!

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٣ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٥ ح ٣.

(٣) قد تقدم. (٤) أبواب أحكام الوقوف والصدقات. ب ٦ ح ٨.

(٥) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٦ ح ٦.

ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه ولغيره ولمن سيوجد لصحيح أبي بصير<sup>(١)</sup> وغيره.

ويشترط في الناظر أن يكون عدلاً مهتدياً إلى كيفية التصرف، فان شرط له شيئاً من الوقف جاز، كما مر في تلك الأخبار، وان أطلق فله أجره المثل على الأقوى، وليس له شيء إلا برضاء الموقوف عليهم أو ما يعينه الناظر العام.

والوقف على المنحصر وقف على الجهة المخصوصة لا على أشخاصها فلا يجب صرف النماء إلى جميع الاشخاص الداخلين في الوصف بل من كان موجوداً في بلد الوقف وان تتبع الغائب جاز، وفي استيعاب من في البلد خلاف، والظاهر عند شيخنا وجماعة العدم دفعاً للمشقة، وفي خبر علي بن محمد بن سليمان النوفلي: «الوقف لمن حضر البلد الذي هو فيه ليس لك أن تتبع من كان غائباً»<sup>(٢)</sup> والأكثر على الاكتفاء بثلاثة وقيل يكتفي باثنين، ولا يجب التسوية في القسمة سواء وجب الاستيعاب أم لا والقبض معتبر في الموقوف عليه أولاً، ويسقط اعتباره في بقية الطبقات. ولو وقف على الفقراء أو الفقهاء فلا بد من نصب قسيم لقبض الوقف لصحيح صفوان<sup>(٣)</sup> والنصب إذا لم يعين قيماً للحاكم أو منصوبه والأكثر على أن النصب للحاكم لا غير، والأقرب عند شيخنا جوازه له أيضاً خصوصاً مع فقد الحاكم أو منصوبه، ومحل النصب قبل ايقاع الصيغة ان اعتبرنا فوريته وإلا فقبله أو بعده، وهو الأقوى عند شيخنا.

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ١٠ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٨ ح ١ مع اختلاف يسير.

(٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٤ ح ٤.

ولو كان الوقف مسجداً أو مقبرة تححقق القبض بصلاة واحدة، ودفن ميت واحد، ومنهم من اشترط ذلك بينة القبض ولا بأس به عند شيخنا، ولو قبض الحاكم أو منصوبه بدون اذن الواقف ففيه اشكال. ولو وقف على أولاده الاصغر سقط اعتبار القبض، والاولى ان يقصد بعد ذلك القبض عنهم للوقف، وعند شيخنا ان صحيح صفوان<sup>(١)</sup> دال على اعتبار القبض عنهم بعد الوقف وبدون ذلك له الرجوع، ومنهم من تردد في صحة قبض الوصي كالمحقق في الشرائع والعلامة في التحرير، ولا وجه له.

وكل شرط ينافي مقتضى العقد فهو فاسد كاشتراط اخراج من يريد من الموقوف عليهم اجماعاً وكاشتراط نقله عنهم إلى من سيوجد على المشهور خلافاً للتذكرة، واستقره في الدروس والشيخ في الخلاف والمبسوط على جواز ادخال من يريد إذا وقف على أولاده الاصغر وإن لم يشترط لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٢)</sup> وغيره. والمشهور عدم جواز الادخال مطلقاً إلا مع الاشتراط وهو الاحوط عند شيخنا، ومع الاشتراط لا شبهة في الجواز عند شيخنا لمكاتبة جعفر بن حماد إلى صاحب الزمان<sup>(٣)</sup>.

(١) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٤ ح ٤.

(٢) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٥ ح ٣.

(٣) أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٥ ح ٤ وفي المصدر: «ابن حمدان».

## فصل في الحبس

وهو قريب من الوقف ومورده مورد الوقف، واعتبر في الفقيه قصد القرية وفي التذكرة القبض بعد العقد وله وجه، ثم ان كان على القرب فهو لازم ابداً على المشهور، فلا يصح الرجوع فيه مطلقاً، وفيه نظر عند الكاشاني لان لزوم الوقف مشروط بالقبض للاخبار الصحيحة<sup>(١)</sup> وان كان انسان فان اطلق بطل بموت الحابس اتفاقاً وان عين مدة لزم الحبس فيها اجمع، ثم يرد إلى المالك بلا خلاف، والحامل للاصحاب على التفضيل بين التحبیس على القرب وغيرها، صحيح محمد بن مسلم وصحيح يعقوب بن شعيب<sup>(٢)</sup> ورواية علي بن سعيد<sup>(٣)</sup> وهو غير بعيد عند شيخنا.

---

(١) أنظر أبواب أحكام الوقوف والصدقات ب ٤.

(٢) أبواب أحكام السكنى والحبس ب ٦ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب أحكام السكنى والحبس ب ٣ ح ٢ وفي المصدر: «علي بن معبد» كما في الأنوار.

## فصل في السكنى والعمرى والرقبى

والثلاثة ثابتة بالنص والاجماع، فاذا قرنت بالاسكان قيل سكنى، وان قرنت بالعمر قيل عمرى، وان قرنت بالمدة خاصة قيل رقبى، والشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة والقاضي والحلي ان العمرى والرقبى بمعنى واحد للخبر المروي عن علي عليه السلام<sup>(١)</sup>، والأشهر المغايرة ويجوز اضافة «عقب» المعمر إليه لصحيحتي الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيرهما، وهل يجوز التعليق بعمر غيرهما قال في الدروس، نعم لعموم وجوب الوفاء بالعقود<sup>(٣)</sup> ولان «المسلمين عند شروطهم»<sup>(٤)</sup>.

ولا يشترط في السكنى ذكر المدة بلا خلاف، وفي اختها خلاف، والمشهور اشتراط التقييد في العمرى بالعمرى وفي الرقبى بمدة معينة، ويدل على الجواز في السكنى موثق الحلبي وحسنه وكل ما يصح وقفه يصح اعماراه وارقابها وأما السكنى فتختص بالمسكن. ويشترط في الثلاثة بعد صحة التصرف الايجاب والقبول، وربما قيل بعدم اشتراط القبول في السكنى المطلقة لجوازها، وفي اشتراط قصد القرية قولان، والمشهور وعليه شيخنا عدم إلا في حصول الثواب وظاهر القواعد أنها شرط

(١) أنظر أنوار اللوامع: ٣٣٠/١٣.

(٢) أبواب أحكام السكنى والحبيس ب ٢ ح ٣ وب ٣ ح ٢.

(٣) المائدة: ١. (٤) أبواب أحكام السكنى والحبيس ب ٢ ح ١.

لصحتها والعبارة اسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك كما تضمنته أكثر الروايات<sup>(١)</sup> ولا يلزم شيء منها، قبل القبض، وبعده يلزم في الجميع على المشهور لصحيح حرمان وصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيرهما، وقيل لا يلزم مطلقاً، بل له الرجوع في جميعها وقيل يلزم أن قصد القرابة وهما ضعيفان. وعند الشهيد الثاني مع اطلاق السكنى يلزم مسماه ولو يوماً، ثم تكون جائزة بعد ذلك، والعمل على المشهور عند شيخنا وهو اللزوم مطلقاً إلا في المطلقة من السكنى عند لموثق الحلبي وحسنه<sup>(٣)</sup>، وليس لورثة المالك ازعاج المعمر قبل وفاته مطلقاً، خلافاً للاسكافي أن نقصت قيمة العين عن الثلث لخبر بن نافع البجلي<sup>(٤)</sup> وفي متنه خلل.

نعم لو وقع العمرى في مرض الموت وقلنا بالحجر عليه من منجزاته اعتبرت المنفعة الخارجة من الثلث الجميع العين كما هو ظاهر الخبر والمشهور أن اطلاق السكنى يقتضي أن يسكن من جرت العادة باسكانهم معه دون غيرهم، ولا يجوز للسكان اجارتها خلافت للحلبي فجوز اسكان من شاء واجارته والأول أحوط في الفتوى والعمل. ولا يبطل شيء من الثلاثة بالبيع ولكل حقه لحسن الحسين بن نعيم الصحاف وصحيحته<sup>(٥)</sup> ولو كانت السكنى مطلقة أو العمرى أو الرقبى حيث نجوزهما كذلك صح البيع وبطل السكنى، وما في معناها خلافاً لجماعة، منهم شهيد الدروس وهو اجتهاد في مقابلة النص وهو صحيح الصحاف وحسنه<sup>(٦)</sup> ومنهم من فرق بين بيعه منه ومن غيره فجوز الأول وفساده واضح.

(١) أبواب أحكام السكنى والحبيس ب ٢ و ٣ و ٤.

(٢) أبواب أحكام السكنى والحبيس ب ١. (٣) أبواب أحكام السكنى والحبيس ب ٤ ح ١.

(٤) أبواب أحكام السكنى والحبيس ب ٨ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٤، ح ٣. (٦) أبواب أحكام الاجارة ب ٢٤ ح ٣.



## فصل في الوصية بالعطية

ويشترط فيها بعد أهلية التصرف بلوغه عشراً عاقلاً مميزاً، أما مطلقاً في جميع أنواع الوصية للصالح، منها صحيح ليث المرادي<sup>(١)</sup> أو لذوي الارحام خاصة كما في صحيحة محمد بن مسلم وموثق أبي أيوب الخراز<sup>(٢)</sup> خلافاً للحلي فقد نص على المنع فيهما أيضاً.

ويشترط ما يدل على الايجاب والقبول، وإن لم يكن لفظاً على الاصح كما في العقود الجائزة، ولو كانت لغير معين كالفقراء، وفي سبيل الله فالمشهور اشتراط القبول من الحاكم، والاصح عند شيخنا، والكاشاني وجماعة سقوط اشتراط القبول فيه، وفاقاً للشهيد الثاني، والمقارنة غير شرط بالاجماع والنصوص كما مر في الوكالة<sup>(٣)</sup>، بل في صحة القبول قبل الموت قولان، وهل يحصل الملك بالموت قهراً كالارث وان كان متزلزلاً حتى يقبل أو به، وبالقبول معاً أو القبول كاشف عن حصوله بالموت، الأكثر على الأخير، ويظهر من الأخبار حصوله بالايجاب.

وفي اشتراط القبض للموصي به قولان، الأشهر وهو الاصح العدم، وللموصي الرجوع ما دام حياً لصحيح بن مسكان<sup>(٤)</sup> وغيره، ولو مات

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٢. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ١.

(٣) أنظر أبواب أحكام الوكالة ب ٤ و ٥. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ١٨ ح ١.

الموصى له قبل الموصي فالشيخ في المبسوط وابن حمزة والشهيد الأوّل في نكت الارشاد، والاسكافي والعلامة في جملة من كتبه تبطل الوصية لصحيح أبي بصير وموثق منصور، والأكثر انها لورثته لصحيح محمد بن قيس وحسنة المثنى وخبر محمد بن عمر الباهلي<sup>(١)</sup>، واختاره شيخنا.

وتجوز الوصية للاقارب والاجانب بالاجماع والصحاح، منها صحاح أبي ولاد<sup>(٢)</sup>، وتتأكد الوصياً لمن لا يرث من الاقارب لخبر السكوني<sup>(٣)</sup> وتتأكد في القاطع لخبر ابراهيم بن عبد الحميد<sup>(٤)</sup> وغيرها، وفي جوازها للذمي خلاف الجواز مطلقاً، والمنع مطلقاً، والتفضيل بين الرحم وغيره، والاصح عند شيخنا الجواز لصحيح محمد بن مسلم وحسنته<sup>(٥)</sup> وغيرها، بل صحيح أبي خديجة<sup>(٦)</sup> دال على جواز وصية المسلم للكافر مطلقاً، ومكاتبه أحمد بن هلال<sup>(٧)</sup> الدالة على المنع غير صريحة عنده، أقوال هذه مادة وهي غير جائزة كتاباً وسنة.

ولا تصح الوصية لمملوك الغير لخبر محمد بن الحجاج<sup>(٨)</sup>، أما المكاتب فان كان مطلقاً، وقد أدى شيئاً أن يوصي له بحسابه لصحيح محمد بن قيس<sup>(٩)</sup> وغيره، وان كان مشروطاً ففيه قولان، المشهور عدم الجواز، ولا تجوز الوصية للمعدوم ولا الميت، ولا من يوجد وان كان على سبيل التبعية للموجود فان ذلك مخصوص بالوقف والتحبيس لخصوص الدليل

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ١٥ ح ١. (٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٣ ح ٣.

(٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٣ ح ١. (٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٢ ح ١.

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٥ ح ٤. (٧) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٥ ح ٢.

(٨) أبواب أحكام الوصايا ب ٧٩ ح ٣. (٩) أبواب أحكام الوصايا ب ٧٨ ح ١.

أما الحمل الموجود فتصح الوصية له وتستقر بانفصاله حياً، وفي اعتبار القبول فيه وجهان، والاولى اعتبار القبول، ويتولاه الولي، ولا تصح الوصية في معصية بلا خلاف لصحيح محمد بن قيس<sup>(١)</sup> وغيره.

ولا تجوز من الجارح نفسه عمداً بما يهلكه إلا أن يكون قد أوصى قبل الجرح على المشهور لصحيح أبي ولاد<sup>(٢)</sup> خلافاً للحلي. ولا تجوز بما لا يملك كالخمر ومال الغير ولا باخراج بعض الورثة من التركة لحديث مسعدة<sup>(٣)</sup> وغيره، وقيل وهو للعلامة في أحد قوليهِ: تنفذ في الثلث، وفي رواية وصي علي بن السري ان رجلاً وقع ابنه على أم ولد له فأخرجه من الميراث وأوصى بذلك الاخراج فسأل وصية الكاظم عليه السلام فقال: «أخرجه ان كنت صادقاً فسيصيه خيل»<sup>(٤)</sup>، قال في الفقيه: ولو لم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصي انقاذ وصيته في ذلك واستدل بصحيفة سعد بن سعد<sup>(٥)</sup>.

ويجوز تفضيل بعض الورثة على بعض إذا اختص بوصف مطلوب للعقلاء كعلم أو عجز أو صلاح أو غير ذلك، وبغير ذلك لا تخلو من كراهة، والوصية بما دون الثلث أفضل حتى أنها بالربع أفضل من الثلث وبالخمس أفضل من الربع مطلقاً للصحيح منها صحيح محمد بن قيس<sup>(٦)</sup>، وفي صحيح حماد وحسنه: «من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثة»<sup>(٧)</sup> وهذا عند شيخنا فيما إذا كانت الوصية لغير القرابة، فقد جاء الحث الاكيد

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٧٨ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٨ ح ٢.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٠ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٠ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٨، ح ١.

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٩ ح ٢.

(٧) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٠ ح ٢.

على الوصية لغير الوارث منهم وإلا ختم أمره بالمعصية، ثم ان زاد على الثلث فان كان لحق واجب أو بأذن الورثة أو أجازوا بعدها أنفذت وإلا لم تنفذ إلا في ثلث ما ترك صحيحاً أو مريضاً للصحيح، منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>.

وخلاف والد الصدوق شاذ حيث جوز له الوصية بجمع ماله لخبري عمار الساباطي<sup>(٢)</sup>، وليس فيهما سوى جواز الوصية، ولكن للوارث الرد ولخبري علي بن الحسن بن فضال وخبر محمد بن عبدوس<sup>(٣)</sup> وهي محمولة على اجازة الوارث، ولا فرق في الاجازة قبل الوفاة وبعدها عند جماعة منهم شيخنا لصحیحتي محمد بن مسلم ومنصور بن حازم<sup>(٤)</sup> وغيرهما خلافاً للمفيد والحلي، فلا تلزم قبل الوفاة، وهو مخالف للاخبار لانه مورد أكثرها، والحلي، فلا تلزم قبل الوفاة، وهو مخالف للاخبار لانه مورد أكثرها، ولا دليل على البعدية المجمع عليها إلا صحيح أحمد بن محمد بن عيسى<sup>(٥)</sup>.

ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصية على المشهور لصحاح محمد بن قيس<sup>(٦)</sup> وغيرها، وقيل: الاعتبار بحال الوصية، وقيل أكثر الامرین، وربما قيل بأقل الامرین وهي شاذة، وفي منع المريض من التبرعات المنجزة التي تستلزم تفويت مال على الورثة من غير عوض زيادة على الثلث من دون اذنهم واجازتهم بعده قولان.

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ١٠ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ١٩.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ١٦.

(٤) أبواب أحكام الوصايا ب ١٣.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ٧.

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٨ ح ١.

فمذهب الأكثر انها من الثلث لخبر علي بن عقبة ورواية أبي ولاد ورواية عثمان بن عيسى<sup>(١)</sup> وغيرها، وقال الشيخ في الفقيه والمفيد والقاضي والحلي، واختاره الشيخ يوسف وشيخنا انها من الاصل لموثقتي عمار وخبري سماعة وأبي بصير<sup>(٢)</sup> وغيرهما، والأكثر قد أطلقوا في المريض وربما تقيّد بالتخوف معه الموت كما وقع للعلامة وجماعة والأخبار لا تساعد عليه أما لو برئ لزمت بلا خلاف، والحاق الاسكافي بالمرض كل حالة يغلب معها التلف شاذ.

وعلى التقارير تقدم المنجزة على المؤخرة وان تأخرت في الذكر لصحيح محمد بن مسلم وحسنه<sup>(٣)</sup> وغيرهما، ويقدم الأوّل من المنجزات فالاول، وإذا تعددت الوصايا ولم يجيزوا بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث لخبر حمران<sup>(٤)</sup>، وقدم الشيخ والاسكافي العتق وان تأخرت وقيل يبدأ المتأخر ان وقع في زمان آخر، ولو اشتبه الأوّل استخرج بالقرعة لانها لكل أمر مشتبه، لو لم يترتب بسط الثلث على الجميع لعدم المرجع. ومن أوصى بجزء من ماله حمل على العشر عند الأكثر لحسن أبان بن تغلب وحمزة<sup>(٥)</sup> وغيرهما، وعلى السبع عند أكثر المتأخرين لصحيح أحمد بن أبي نصر البنظري وإسماعيل بن همام<sup>(٦)</sup>، والأوّل أشهر رواية، والثاني أوضح سنداً والسهم يحمل على الثمن لصحيح صفوان وحسنه وصحيح

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ٤ و ١١ و ١٥.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ١٧ ح ٤ و ٥ و ١ و ٢.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٦٧ ح ٤. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٦٦ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٤ ح ١ و ٤ وب ٦٧ ح ٢..

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٤ ح ١٣.

البنزطي<sup>(١)</sup> وغيرها، والشيخ في أحد قوليهِ يحمل على السدس لمرسِل العماني والفقهِه<sup>(٢)</sup> وحمله شيخنا على التقيّة، والوصية بالشيء يحمل على السدس لصحيح أبان بن تغلب وموثقته<sup>(٣)</sup>.

وكل لفظ وقع على أشياء وقوعاً متساوياً ولا قرينة فللوارث الخيار في التعيين، والعرف مقدم على اللغة إلا مع قرينة خلافه، فالجنس والحلية داخلان في السيف لخبر أبي جميلة<sup>(٤)</sup>. أما الثياب فلا تدخل في الصندوق والسفينة والجراب، إلا مع القرينة عند الكاشاني، خلافاً للمشهور فاطلقوا دخولها بغير قرينة لخبر عقبة بن خالد وخبر أبي جميلة وخبر عقبة بن خالد الوارد في السفينة<sup>(٥)</sup>، وإطلاق الوصية لجماعة يقتضي التسوية بلا خلاف، إلا إذا أوصى لاعمامه وأخواله فالشيخ في الفقيه وكتابي الأخبار، وجماعة ممن تأخر عنه، واختار شيخنا للاعمام الثلثان وللأخوال الثلث لصحيح زرارة<sup>(٦)</sup>، وحمل في المشهور على ما إذا أوصى على كتاب الله.

وتصح الوصية بالجمل وما تحمله الدابة والشجرة، وإذا أوصى بما تحمل الدابة والشجرة، فهل يحمل على العموم أو على حمل واحد وثمره واحدة؟ قولان، والحمل المتعدد يدخل قطعاً، وهل يدخل الموجود حال الوصية أم لا؟ الأقوى عند شيخنا العدم، وفي الوصية بالمنفعة المؤبدّة أقوال، الأوّل أن تقوم العين بمنافعها وخروج مجموع القيمة من الثلث، والثاني من المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها وقيمها مسلوبة المنافع، وثالثها

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٥ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٦ ح ١.

(٣) نفس المصدر السابق. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٧ ح ١.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٥٩ ح ١ وب ٥٨ ح ٢.

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٦٢ ح ١.

ان تحسب قيمة المنفعة من الثلث ولا تحسب قيمة الرقبة على أحد من المواريث والموصى له، ويتفرع على هذه الاقوال مسائل كثيرة.

وإذا أوصى بعق عبيده وليس له سواهم ولم تجز الورثة عتق ثلثهم بالقرعة لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وغيره، ولو رتبهم عتق الأوّل فالاول لخبر حرمان<sup>(٢)</sup> ولو أوصى بعق واحد كان التعيين للورثة، ولو كان عليه دين ولم يترك ما أحاط بدينه لم يجز عتقه لصحيح جميل بن دراج<sup>(٣)</sup>

وهل تصح الوصية للملوك؟ المشهور نعم لخبر الحسن بن صالح<sup>(٤)</sup> في رجل أوصى لمملوكه بثلث ماله، قال: يقوم المملوك قيمة عادلة ثم ينظر ما بلغ ثلث الميت، فان كان أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى في ربع القيمة، وان كان أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه ما فضل عن الثلث بعد القيمة، والاسكافي والعلامة في المختلف وجماعة: انما تصح إذا أوصى بجزء مشاع من التركة لتناوله رقبة العبد فيعتق منه، أما بشئ معين فلا لعموم «لا وصية لمملوك»، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٥)</sup>.

وإذا أوصى لام ولده صحت الوصية، وهل تعتق من الوصية كما في صحيح أبي عبيدة وصحيح البنظي<sup>(٦)</sup> وغيرهما؟ وفيهما تعتق من الثلث، ولها الوصية أم من نصيب ولدها وتطعى الوصية كما في خبر الفقيه<sup>(٧)</sup> والكافي منضمّاً إلى خبر أبي عبيدة<sup>(٨)</sup>، وعند شيخنا انها تعتق من الثلث ثم

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٦٧ ح ١.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ٦.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٧٨ ح ٢.

(٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٤ و ١.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٣.

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٤.

يدفع لها كمال الثلث فاذا استوعب الثلث بعقبتها فلا وصية لها.  
 وإذا أوصى بوجوه فنسي الوصي بعضها صرف في وجوه البر على  
 الأقوى والمشهور لخبر محمد بن الریان<sup>(١)</sup> خلافاً للحلي فيرجع للوارث  
 وهو شاذ. وتثبت الوصية بالمال بشاهدين عدلين لصحيح أبي يعفور<sup>(٢)</sup>،  
 ومع الضرورة تقبل شهادة أهل الذمة خاصة لآية: «أو آخران من  
 غيركم»<sup>(٣)</sup> لصحيح يونس بن عبد الرحمن عن يحيى بن محمد وغيره<sup>(٤)</sup>،  
 ورواية المفضل بن عمر<sup>(٥)</sup> تدل على ما يشمل المخالفين، ولا عامل بها.  
 وهل يشترط في قبولها السفر أم يجزي ذلك مجرى الغائب؟ الاصح  
 عند شيخنا الثاني كما هو المشهور لصحيح الحلبي وموثق سماعة<sup>(٦)</sup>  
 وغيرهما. والعلامة أوجب تحليفهما بعد صلاة العصر لرواية تفسير  
 النعماني<sup>(٧)</sup> وهي لا تدل على الوجوب، وإنما يقع ذلك عند الارتياح لا  
 مطلقاً، نعم ينبغي أن يكون بصورة الآية احتياطاً عند شيخنا، وتقبل شهادة  
 واحد مع اليمين في المال عيناً أو ديناً وأكثرها وروداً في الدين حتى  
 خصه بعض علمائنا به للصالح المستفيضة، منها صحيح منصور بن  
 حازم<sup>(٨)</sup>، وورد بعضها في العين كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٩)</sup>  
 وتقبل شهادة شاهد وامرأتين كما في الآية والأخبار المفسرة لها، وتقبل  
 شهادة الواجد في ربع ما شهدت، واثنيتين في النصف، وثلاث في الثلاثة

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٦١ ح ١. (٢) أنظر أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠.

(٣) المائة: ١٠٦. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠ ح ٦.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠ ح ٨. (٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠، ح ٢.

(٧) أبواب أحكام الوصايا ب ٢١.

(٨) أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ب ١٤ ح ٢.

(٩) أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ب ١٤ ح ٦.



الارباع، والأربع في الجميع للصحاح وغيرها، منها صحيح ربي وصحيح عمر بن يزيد<sup>(١)</sup>.

ولا يثبت بالرجل الواحد النصف من غير يمين ولا بالرجل والمرأة ثلاثة الارباع، والخنثى هنا كالمرأة على الأقوى مع احتمال سقوط شهادتها رأساً، ولا يشترط في قبول شهادة المرأة هنا تعذر شهادة الرجال عملاً بالعموم خلافاً للحلبي والاسكافي، وهل للمرأة الواحدة مع علمها بالحال ان تضعف المال حتى يصير ربه بقدر الموصى به أم لا؟ قولان، ظاهر الشهيد الأوّل جواز ذلك، وذهب جماعة إلى المنع، واختاره شيخنا. ولا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه في المشهور، وجوزها ان الجنيد لليتيم، وان كان هو المخاصم للطفل، ومال إليه المقداد، ونفى عنه شيخنا البأس، ولو أشهد انسان عبيدين له على حمل أمته انه منه ثم مات فاعتقا وشهدا بذلك قبلت شهادتهما، ولا يسترقهما المولود لخبر داود بن فرقد<sup>(٢)</sup> وقيل يكره.

وذهب بعض الاصحاب إلى أنه لو رسم الموصي الكتابة ما أوصى به بحيث قامت الكتابة مقام النطق لتعذره وجب القيام به لموثوق سدیر<sup>(٣)</sup> وكذا لو وجد الوارث كتابة بخط مورثه واعتقد عدم التغيير فيها وجب عليه انفاذها لخبر ابراهيم بن محمد الهمداني<sup>(٤)</sup> وتقوم الاشارة في حال الضرورة مقام النطق كالاخرس وغيره لصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٥)</sup>

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ ح ١ و ٢. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٧١ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٨ ح ١. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٨ ح ٢.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٤٩ ح ٢.

وغيرهما، وتقدم الحقوق الواجبة على الوصايا المتبرعة إجماعاً لصحيحتي معاوية بن عمار<sup>(١)</sup> وغيرهما، ومن أوصى لمواليه لم يدخل موالى أبيه إلا بالتخصيص لصحيح الصنفار<sup>(٢)</sup> وغيره.

واختلف الاصحاب في معنى القرابة لعدم النص، والمشهور فيها رده إلى العرف [وهو مختار شيخنا] وهم المعروفون بنسبه عادة سواء الوارث وغيره وهو مختار شيخنا، وقال الشيخ ينصرف إلى من يتقرب إليه إلى آخر أب وأم في الإسلام، ومن أذن لوصيه بالمضاربة في مال ولده الصغير من غير ضمان جاز له ذلك وليس عليه ضمان عند المشهور، واختاره شيخنا لخبر بكر بن خالد<sup>(٣)</sup> وموثق محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وأكثر الاصحاب أطلقوا الصحة في الورثة فيشمل المكلفين وغيرهم، وليس كذلك.

ومن أوصى لقرابته بمال من غلة ضيعته [كل سنة] فمضت مدة لم تكن لضيعته غلة ثم انها عمرت فزادت وصار في غلتها ما يقولم بالسنين الماضية أخذ منها بقدر مامضى بعد اجراء العمار جمعاً بين الحقين كما في صحيح سعد بن سعد الاشعري<sup>(٥)</sup>. ومن أوصى بمال لولد فاطمة جاز صرفه على بعضهم، ولا يجب البسط حيث انهم غير محصورين لصحيح محمد بن عثمان<sup>(٦)</sup>. ومن أوصى بمال في سبيل الله فقد اختلف في صرفه لاختلاف الأخبار فليل انه شامل لكل ما يتقرب به إلى الله تعالى، واختاره شيخنا، وذهب الشيخ ومن تبعه انه مع الاطلاق يصرف في الجهاد والغزو،

(١) أبواب أحكام الوصايا ب ٦٥ ح ١. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٦٣ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٢ ح ٢. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٢ ح ٢.

(٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٦ ح ١ وفي المصدر: «الاحوص».

(٦) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٤ ح ٢ وفي المصدر: «حماد بن عثمان».

وعند تعذرها يصرف في أنواع البر وفي القواعد قدم الجهاد على صلة المؤمن وهي على مطلق وجوه البر، وهو مذهب القاضي والصدوق الأول. وابنه في المقنع يدفع إلى إمام المسلمين وله الامر فيه، والحلي يصرف في مطلق المصالح.

وفي خبر الحسن بن راشد: «سبيل الله شيعتنا»<sup>(١)</sup> وفي خبر الحسين بن عمران<sup>(٢)</sup> صرفه في الحج، وخبر حجاج الخشاب<sup>(٣)</sup> يشعر بما قاله الصدوقيان، والجمع عند شيخنا بالتخير، وان كان الحج أفضلها. ومن أوصى ان يحج عنه مهما اقتصر على المرة وان علم منه التكرار وجب أن يحج ما بقي من ثلثه لخبر الحسين بن خالد، وخبر محمد بن الحسن الاشعري<sup>(٤)</sup>. ومن أوصى بعق رقبة مؤمنة عارفة فاعتقت ثم بان أنها غير ذلك أجزأت لصحيح عمار بن مروان<sup>(٥)</sup> ومن أوصى لقوم فموضع خلاف فالمشهور أنه لاهل لغته الذكور، ومنهم من لم يقيد بالذكور.

ونسبه في السرائر إلى الرواية، واختاره شيخنا انه للرجال من قبيلته من أهله وعشيرته، ولو قال لاهل بيته دخل فيهم الآباء والأولاد خاصة عند المشهور، واختار العلامة دخول كل من يعرف بقربته، واختاره شيخنا لقولهم عليه السلام: «انا أهل بيت لا تحل لنا الصدقة»<sup>(٦)</sup>، وقد اختلفوا فيما لو أوصى لعشيرته فالمشهور انها أقرب الناس إليه. وفي كتب العلامة انها القرابة مطلقاً والاجود عند شيخنا الرجوع إلى العرف ومع انتفائه فالعموم حسن.

- (١) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٣ ح ١. (٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٣ ح ٢.  
 (٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٣٣ ح ٣. (٤) أبواب أحكام الوصايا ب ٨٧ ح ١.  
 (٥) أبواب أحكام الوصايا ب ٩٥ ح ٢. (٦) أبواب المستحقين للزكاة ب ٢٩ ح ٦.

## فصل في العتق

وهو ثابت بالنص والاجماع، وفضله متفق عليه لصحيح الفضلاء<sup>(١)</sup>، وغيره، ويتأكد في المؤمن الذي أتى عليه سبع سنين في ملكه لصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيره، وقد جاء كراهيته في المخالف، وتحريمه في الناصب كما تقدم في الأخبار، وفي صحة عتق ولد الزنا خلاف والاصح الصحة كما هو المشهور لحديث سعيد بن يسار<sup>(٣)</sup> وغيره. ولا يصح عتق مملوك الغير وان اجاز المالك لصحيح منصور بن حازم<sup>(٤)</sup> وغيره. وقول الشيخ بجواز عتق مملوك الابن من غير تقويم على نفسه شاذ.

ويشترط في العتق اهلية التصرف والقصد والاختيار كما يستفاد من الأخبار كصحيح زرارة<sup>(٥)</sup> بالنسبة إلى عدم جواز عتق المولّد، وصحیحتي الحلبي<sup>(٦)</sup> بالنسبة إلى السكران، وصحیحتي زرارة بالنسبة إلى المكره، ولا بدّ من التقرب إلى الله بلا خلاف لصحيح الفضلاء وغيره، وللشيخ قول بجواز عتق من بلغ عشرأ وعطاياه لخبر زرارة<sup>(٧)</sup> واطراحه عند شيخنا

- 
- |                           |                               |
|---------------------------|-------------------------------|
| (١) أبواب العتق ب ١، ح ١. | (٢) أبواب العتق ب ٢ ح ١.      |
| (٣) أبواب العتق ب ١٦ ح ١. | (٤) أبواب العتق ب ٥ ح ١.      |
| (٥) أبواب العتق ب ٢٠ ح ١. | (٦) أبواب العتق ب ٢١ ح ١ و ٣. |
| (٧) أبواب العتق ب ٥٦ ح ١. |                               |

متعين، ويمكن حمله عنده على أن ابن العشر محل امكان البلوغ لان الولد يلحق به، وعبارته الصريحة في التحرير اجماعاً، وفي الاعتاق قولان، المشهور وقوعه كما اختاره شيخنا، لخبر العيون وصحيح الحلبي<sup>(١)</sup> وغيرهما، ولا يقع بالكنيات كـ«لا سلطان» أو «لا سبيل لي عليك» و«أنت سائبة»، ولا بالاشارة اختياراً وان دل عليها بالقرائن وقصدها إلا مع العجز عن النطق كما في صحيح الحلبي<sup>(٢)</sup>، والمشهور اشتراط تجريده عن الشرط والصفة واختاره شيخنا لصحيح علي بن جعفر خلافاً للاسكافي والقاضي، حيث جوز الرجوع فيه قبل حصولهما كالتدبير وهو مذهب العلامة.

أما لو شرط على المملوك شرطاً سائغاً من مال أو خدمة أو نحوهما جاز بلا خلاف لصحيحة أبان وصحيحة يعقوب بن شعيب<sup>(٣)</sup> وغيرهما، ولو لم يف بالشرط لم يعد في الرق لصحیحتي يعقوب بن شعيب<sup>(٤)</sup> والمحقق والحلي قبله وأكثر المتأخرين انه يلزمه الشرط ويستقر في ذمته، وله الزامه بأجرة المثل لو أبق مدة الخدمة خلافاً للنهائية وجماعة، وهو مختار الاسكافي فانهم نفوا الاجرة عنه رأساً، قواه شيخنا.

أما استخدامه بذل تلك الخدمة فلا، عند الجميع لصحيح يعقوب بن شعيب، ولو شرط اعادته في الرق ان خالف الشرط ففي صحتها وبطلانها وصحة العتق خاصة أقوال، الشيخ وأتباعه على الأوّل لعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٥)</sup> ولموثق إسحاق بن عمار<sup>(٦)</sup> له شرطه

(٢) أبواب العتق ب ٤٤ ح ١.

(٤) أبواب العتق ب ١١، ح ١.

(٦) أبواب العتق ب ١٢ ح ٣.

(١) أبواب العتق ب ٣٠، ح ١.

(٣) أبواب العتق ب ١١ ح ١.

(٥) أبواب المتعة ب ٣٢ ح ٩.

والمحقق على بطلانها معاً، والقول الثالث للحلبي في سرائره، وقواه فخر المحققين، والأقوى الأوّل كما هو مختار شيخنا، ويدل عليه أيضاً صحيح عبد الرحمن وصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>.

وهل يعتبر قبول المملوك للشرط السائق؟ أقوال، ثالثها نعم ان كان مالاً ولا ان كان خدمة، وقواه شيخنا. وفي اشتراط تعيين المعتق خلاف، والاصح كما هو مختار شيخنا، والمشهور العدم لصحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيره، فلو قال: أحد عبيدي حر، وقع ورجع إليه في التعيين، ولو مات قبله فالمشهور ان التعيين للورثة والشيخ وجماعة «يقرع» كما في النصوص الواردة والوصايا وغيرها كخبر يونس<sup>(٣)</sup>، والاحتياط فيها عند شيخنا.

وهل يمنع الدين العتق المشهور لا، لخبر عجلان<sup>(٤)</sup>، ولا دلالة فيه عند شيخنا، نعم يدل عليه صحيح الحلبي<sup>(٥)</sup> إلا أن في صحيح جميل<sup>(٦)</sup> انه إذا لم يترك ما أحاط بدينه بطل عتقه وفيه دلالة على القول الآخر. ومن أعتق شقصاً من مملوك سرى العتق فيه كله في المشهور، لخبري غياث بن ابراهيم وطلحة بن زيد<sup>(٧)</sup> ونفى ابن طاووس السراية. وله أخبار كثيرة منها صحيح الحارثي وصحيح عبدالله بن سنان وصحيح علي بن جعفر وخبره<sup>(٨)</sup> وغيرها، وحملت على التقيّة لانه مذهب عامة العامة، هذا ان كان كله له، فان كان له فيه شريك قوّم عليه وسرى العتق ان كان المعتق مؤسراً أو سعى العبد في فك ما بقي ان كان معسراً، ولو عن البعض على

(١) أبواب العتق ب ١٢ ح ١ و ٤.

(٢) أبواب العتق ب ٣٤ ح ١.

(٣) أبواب العتق ب ٥ ح ٧.

(٤) أبواب العتق ب ٦٤ ح ١ و ٢.

(٥) أبواب العتق ب ٦٤ ح ٤ و ٧ و ٨.

المشهور للنصوص منها صحيح محمد بن قيس<sup>(١)</sup> خلافاً للشيخ في الفقيه وكتابي الأخبار فقال: ان قصد الاضرار قوم عليه حصة الشريك مع الايسار وبطل مع الاعسار حتى في حصته وإلا يقصد الاضرار سعي العبد في الباقي ولا يقوّم عليه، وان كان مؤسراً.

والجمع بين الأخبار يقتضي عند شيخنا ما قاله الشيخ بل يقتضي عنده سعي العبد من غير المشترك أيضاً، كما في صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> وغيره، ومال ابن طاووس إلى عدم السراية مطلقاً لضعف الخبرين ومعارضة الأخبار الكثيرة وقد حملت على التقية، ولان ثبوت السراية على الشريك قد ثبتت بصحيح محمد بن قيس وصحيح الحلبي<sup>(٣)</sup> وغيرهما، فالسراية في ملكه بطريق أولى وقيل ان كان العتق لوجه الله فالسرية تقع ولكن يستسعي العبد مطلقاً ومع المضارة فهي على الشريك عقوبة له كما اقتضته الأخبار وهو ظاهر الصدوق ومع قصد المضارة مع الاعسار فالعتق باطل.

وفي غيره يقوم عليه مع اليسار ويستسعي العبد مع الاعسار وهو ظاهر السرائر والعمل بما جمع به الشيخ عند شيخنا قوي، وهل تعتق حصة الشريك بأدنى القيمة أم الاعتاق مراعى؟ أقوال: ؟ أولها للمفيد والشيخ في الخلاف والمحقق في الشرائع والعلامة والشهيد الأوّل وثانيها للحلبي وثالثها للشيخ في المبسوط، وشهيد المسالك ويدل على الأوّل والثاني روايات كثيرة والقول بالمراعاة جمع بينها، ورجح في الدروس اعتبار الاداء لصحيح محمد بن قيس<sup>(٤)</sup> والحق عند شيخنا الجمع بالمراعاة،

(١) أبواب العتق ب ٦٤ ح ٤ و ٧ و ٨ .

(٢) قد تقدم.

(٣) قد تقدم.

(٤) قد تقدم أيضاً.

ويتفرع على هذا الخلاف أحكام كثيرة. وتعتبر القيمة وقت العتق لا وقت الحيلولة.

وهل يسعى العبد بجميع كسبه أم بحصته من الحرية؟ وجهان والظاهر عند شيخنا الأوّل كما يظهر من الأخبار، وهل يتناول الكسب مطلقاً أم غير النادر؟ اختار شيخنا العموم لعموم الأدلة. وهل تجري السراية في غير الاختياري من العتق كملك ذوي الارحام؟ المشهور لا لظهور المنصوص في ذلك خلافاً للخلاف، وهل يسري عتق الحامل إلى الحمل أو بالعكس؟ المشهور لا خلافاً للنهائية وكتابي الأخبار لخبر السكوني<sup>(١)</sup>: «في رجل أعتق أمته وهي حبلى واستثنى ما في بطنها حر لانه في بطنها»، ويوافقه خبر الجعفریات والدعائم، ويمكن حملها على استثناء ما في بطنها المتجدد فانه باطل فالعمل اذن على المشهور فيه نظر.

ولو أوصى بعتق بعض مملوكه أو عتقه وليس له غيره فالشيخ وجماعة على أنه لا يقوم باقيه على الورثة ولا على الميت، وللشيخ قول بالسراية ان وسعه الثلث لخبر أحمد بن زياد، ومن أعتق وله مال فان قلنا ان المملوك لا يملك مطلقاً كما هو المشهور بين المتأخرين فماله لمولاه، وان جوّزنا ملكه كما هو مذهب القديمين أما مطلقاً أو فاضل الضريبة أو ما ملكه مولاه فهو له ان علمه المولى ولم يستثنه وإلا يعلم به فلمولاه كما هو المشهور لصحيح زرارة وخبره<sup>(٢)</sup> وغيرهما. ويحصل الانعتاق بالجذام والعمى والاقعاد وملك القريب من ذوي الارحام، وقد تقدم ذلك في المعاش.



## فصل في التدبير

وهو تعليق العتق على وفاة المولى، ولو علقه على وفاة غيره لم يصح عند الشيخ والفاضلين إلا من يجعل المولى [له] خدمته، كما في صحيح يعقوب بن شعيب<sup>(١)</sup> خلافاً للحلي، فمنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً، وللمحقق في الشرائع فجوزه مطلقاً وان كان على موت الغير وهو الاظهر عند الكاشاني لخبر محمد بن حكيم وصحيح يعقوب<sup>(٢)</sup>، وبما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمي، ومذهب الأكثر هو المعتمد عند شيخنا إلا أن النصوص واردة الامة فتعديته إلى العبد لا يخلو من نظر عنده.

ويعتبر الاتيان بلفظ صحيح «كانت حرة بعد وفاتي؟ وعتيق»، وفي وقوعه بلفظ التدبير أقوال، عدم الصحة مطلقاً، وهو للشيخ في الخلاف، والمحقق في الشرائع، والصحة وهو مختار الشيخ في المبسوط والعلامة في جملة من كتبه، واختاره في المسالك، وعليه شيخنا والاسكافي، والقاضي انه يصح بالنية لا بدونها. ويجوز تقييده بقوله: «إذا مات في سفري هذا أو مرضي هذا» أو نحوهما كما المشهور خلافاً للمبسوط، فقد ألحقه بالعتق المعلق على شرط في البطلان.

(٢) نفس المصدر السابق.

(١) أبواب التدبير ب ١١ ح ١.

وصحيح منصور بن حازم<sup>(١)</sup> ظاهر في التقييد، أما تعليقه على شرط أو صفة فالمشهور عدم جوازه خلافاً للاسكافي. وفي اشتراطه بالقربة قولان، والأقوى عند شيخنا عدم مراعاتها فيه، وإن كان الاحوط ذلك، وهل هو عتق معلق كما هو مذهب القدماء، أم وصية بالعتق كما هو الأشهر، أم هو ايقاع مستقل كما احتمله في المسالك؟.

أقوال، أقواها المشهور كما يستفاد من صحيح عمار<sup>(٢)</sup> وغيره، وكيف كان فلا خلاف في جواز الرجوع فيه قولاً واحداً لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وغيره، وإن منع الشيخ من البيع أو ابن حمزة من الهبة حتى تقدم الرجوع القولي، والصدوق لم يجوز بيعه إلا أن يشترط على المشتري عتقه بعد موته، وهو مختار العماني لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup>.

والمفيد حرره حتى مات البائع وإن لم يشترط لخبر علي بن حمزة<sup>(٥)</sup> ومثله في الدلالة على جواز بيع الخدمة خبر السكوني<sup>(٦)</sup>، والشيخ عمل بظايره فجوز بيع الخدمة لا غير، حتى يرجع في التدبير بالقولي، والجمع يقتضي عند الكاشاني حمل ما ورد من التقييدات المذكورة في تلك الأخبار في جواز بيعه على الاستحباب مثل تقييده برضاء المملوك كما في صحيح جميل<sup>(٧)</sup> وغيره.

أو تقييده ببيعه من نفسه كما في خبر وهب بن وهب<sup>(٨)</sup> أو باحتياج

(١) التهذيب: ١٩١/٩.

(٢) أبواب التدبير ب ٢ ح ٤.

(٣) أبواب التدبير ب ٢ ح ٤.

(٤) أبواب التدبير ب ٨، ح ٢.

(٥) أبواب التدبير ب ١ ح ٥.

(٦) أبواب التدبير ب ٢ ح ١.

(٧) أبواب التدبير ب ١ ح ٤.

(٨) أبواب التدبير ب ٣ ح ٤.

(٩) أبواب التدبير ب ٤ ح ٢.

المولى إلى ثمنه لخبر الوشاء<sup>(١)</sup> وغيره، أو باشتراط عتقه على المشتري لصحيح محمد بن مسلم أو بيع خدمته دون رقبته كما هو مذهب الشيخين لخبر علي بن أبي حمزة<sup>(٢)</sup>، واختاره شيخنا المشهور وهو هو المنع من البيع وحمل ما دل على ما سواه على التقية.

والمدير رق في حياة مولاه وله وطى الجارية كما في مرسل ابن أبي عمير<sup>(٣)</sup> فان حملت منه لم يبطل التدبير، ولو حملت بمملوك لمولاه كان مدبراً كأمه لصحيح أبان بن تغلب<sup>(٤)</sup> وغيره، وهل يجوز له الرجوع في تدبير الولد كما يجوز في تدبير الام؟ أكثر المتأخرين نعم لعموم الأخبار<sup>(٥)</sup> خلافاً للخلاف فانه منع من ذلك.

وقواه في المسالك واستحسنه شيخنا والكاشاني لصحيح أبان بن تغلب<sup>(٦)</sup> وهل تدبير للحمل؟ تدبير الحمل الأكثر نعم إلا مع عدم علم المولى، واختاره شيخنا لحسن الوشاء<sup>(٧)</sup> والشيخ في الخلاف والحلي والفاضلان لا لموثق عثمان بن عيسى<sup>(٨)</sup> وقيل نعم مطلقاً، والمدير يعتق بموت مولاه من الثلث لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٩)</sup> وغيره.

ولو كان التدبير معلقاً على موت المخدم فمات قبل السيد لم يعتبر فيه من الثلث لانه مختص بموت المولى، وتقدم الدين على التدبير مطلقاً في المشهور، وقال الشيخ ان تقدم التدبير على الدين تقدم عليه لحصيتي

(١) أبواب التدبير ب ١ ح ٣.

(٢) أبواب التدبير ب ١ ح ٨.

(٣) أبواب التدبير ب ١ ح ٨.

(٤) أبواب التدبير ب ٢.

(٥) أبواب التدبير ب ٥ ح ٣.

(٦) أبواب التدبير ب ٨ ح ١.

(٧) أبواب التدبير ب ٨ ح ٣.

(٨) أبواب التدبير ب ٥ ح ١.

(٩) أبواب التدبير ب ٥ ح ١.

الحسين بن علي بن يقطين وموثق أبي بصير<sup>(١)</sup> وهو فرق حسن إلا أن الدليل أعم من المدعى، فاذا دبر البعض فالمشهور عدم اعتناق الباقي ولم يكلف شراء حصة الشريك خلافاً للسيد فيهما.

ولو كان مشتركاً بين اثنين ثم دبراه ثم عجل أحدهما العتق، فهل يكون عليه نصيب الآخر؟ قولان، ذهب في المبسوط إلى العدم، والوجه عند شيخنا التقويم. ويبطل التدبير بالاباق بلا خلاف لروايتي محمد بن مسلم والعلاء بن زريرين<sup>(٢)</sup> بخلاف الارتداد في المشهور خلافاً للاسكافي، ولو جعل خدمته لغيره، وعلّق تدبيره على موت المخدوم لم يبطل بالاباق لصحيح يعقوب بن شعيب<sup>(٣)</sup>.

(٢) أبواب التدبير ب ١٠ ح ١ و ٢.

(١) أبواب التدبير ب ٩ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب التدبير ب ١١ ح ١.

## فصل في الكتابة

وهي مستحبة ابتداء مع الامانة والاكتاب للامر بها في الكتاب، والمراد بالخير الدين والمال معاً عند شيخنا كما في صحيح الحلبي<sup>(١)</sup>، وفسّره في صحيحه الآخر بالمال فقط وهو المشهور. وفي اباحتها بدون الامرين أو كراهتها قولان، أصحهما عند شيخنا الأوّل، وفي كونها عتقاً بصفة كما هو مذهب الشيخ وجماعة من القدماء أو بيعاً كما هو مذهب الحلبي والحلي أو معاملة مستقلة كما هو مذهب الأكثر خلاف اختار شيخنا المشهور. ويشترط فيها بعد أهلية الطرفين ما يدل على الايجاب والقبول، ولفظها الصريح كـ«أتيتك» مع تعيين العوض والاجل، وفي افتقارها إلى قوله: «فان أديت فأنت حر»، أم تكفي النية مع العقد؟ قولان.

أصحهما الثاني عند شيخنا. ولا تصح الكتابة من دون الاجل عند الأكثر سيما المتأخرين خلافاً للخلاف، والحلي فنياً للاشتراط واختاره شيخنا، ولا يشترط تعدد النجوم خلافاً للعامة، فلا تصح على عين معينة، ولا بدّ من وصف العوض بما يرفع الجهالة مالمّا كان أو منفعة لصحيح علي بن جعفر<sup>(٢)</sup>، والمشهور انه يكره ان يجاوز قيمته ولا مستند له، فيدل على الجواز مرسله أبان بن عثمان<sup>(٣)</sup>، وإذا أطلق العقد أعتق بقدر ما أدى، فان

(٢) أبواب الكتابة ب ٣ ح ١.

(١) أبواب الكتابة ب ١ ح ١.

(٣) أبواب الكتابة ب ٤ ح ٤.

اشترط رده في الرق متى عجز فلا يعتق إلا بأداء الجميع للاجماع والصالح<sup>(١)</sup> وغيرها. منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>. ثم ان عَيْن حد العجز فذاك، وإلا ففي تحديده بتأخر نجم إلى آخر كمذهب الشيخ في النهاية واتباعه أو تأخره عن محله كما هو مذهب الشيخين الثاني في البصائر أو بأن يعلم من حالة العجز عن الفك أقوال، ومستند الكل ضعيف، نعم صحيح معاوية بن وهب<sup>(٣)</sup> يشعر بالاول، وله الفسخ مع العجز في المشروط والمطلق إلا انه في المطلق لا يعود إلا بمقدار ما لم يؤد لرواية جابر<sup>(٤)</sup> وفي لزوم القسمين مطلقاً كما هو مختار المحقق وجملة من المتأخرين للزوم العقود لقوله: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٥)</sup> أو للزوم من جهة المولى والجواز من جهة المملوك كما اختاره شيخنا لدعوى الشيخ الأخبار به أو تلزم المطلقة مطلقاً، والمشروطة من طرف المولى كما عليه الشيخ المبسوط والحلي أم تجوز المشروطة من الطرفين والمطلقة من طرف المكاتب خاصة، كما عليه ابن حمزة؟ والأقوى ما اختاره شيخنا لنقل الشيخ الاجماع ودعواه وجود الأخبار وهو ثقة؟ ولو اتفقنا على التقابل صح اتفاقاً. ويستحب الصبر عليه مع عجزه لخبر جابر<sup>(٦)</sup> وغيره، والشيخ في المبسوط وجماعة أوجبوا على السيد اعانة المكاتب بالحط عنه وإن لم تجب عليه الزكاة، وفي المختلف ذهب إلى الاستحباب، والمحقق أوجب الاعانة على المولى ان وجبت عليه الزكاة فالاستحباب إن لم تجب، والمستفاد من الأخبار كصحيحتي محمد بن مسلم<sup>(٧)</sup>

(٢) أبواب المكاتب ب ٤ ح ٧.

(٤) أبواب المكاتب ب ٤ ح ١٦.

(٦) أبواب المكاتب ب ٤ ح ١٦.

(١) أنظر أبواب المكاتب ب ٤.

(٣) أبواب المكاتب ب ٤ ح ١.

(٥) المائدة: ١.

(٧) أبواب المكاتب ب ٩ ح ١.

وغيرهما، ان المراد من قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ﴾<sup>(١)</sup>، ما يعدونه ثمن العبد، وفي نيتهم ان لا ينقصوا منه شيئاً إلا أنها لا تدل على ايجاب ولا استحباب عند شيخنا. وفي رواية العلاء: «ان أبا جعفر عليه السلام وضع من مكاتبة ألفاً من ستة آلاف»<sup>(٢)</sup> فينبغي اتباعه في ذلك، والشروط السائغة لازمة دون الفاسدة المخالفة للكتاب والسنة لصاح الحلبي<sup>(٣)</sup> وغيرها. ولو حملت بعد المكاتبة بمملوك لمولاها كان مكاتباً أيضاً لصحيح محمد بن مسلم وغيره، وإذا وطأ السيد مكاتبته عالماً بالتحريم عزر إن لم يتحرر منها شيء، وحد بنسبة الحرية ان تبعضت، ولو طاوعته هي حدث حد المملوك إن لم تتبعض وإلا فبالنسبة، وان أكرهها اختص بالحكم ولها مهر المثل وفي تكرره أوجه، ثالثها تحلل ادائه اليها بين الوطين.

وفي جواز كتابة مملوك اليتيم مع الغبطة قولان، أشهرها الجواز لصحيح معاوية بن وهب<sup>(٤)</sup>، والقول بالمنع للشيخ في المبسوط، وقد اختلف في كتابة الكافر جوازاً ومنعاً على قولين وهما متباينان على أن الخبر في الأمة، الدين والمال، كما في صحيح الحلبي<sup>(٥)</sup> أو المال خاصة كما في بقية الأخبار. وهل يجوز كتابة البعض من العبد ويبقى الباقي على الرقية؟ المشهور الجواز والمنع للشيخ في المبسوط، وكذا اختلفوا في جواز كتابة الحصاة من العبد المشترك، والمشهور الجواز، والمحقق وجماعة ان اذن الشريك جاز، والقول بالجواز مطلقاً للشيخ، أما لو كان بعضه حراً وبعضه رقاً جاز بلا خلاف لصحيح مالك بن عطية عن بي بصير<sup>(٦)</sup>.

وليس للمكاتب الاستقلال في التصرف في ماله إلا بما يتعلق

(١) النور: ٣٣. (٢) أبواب المكاتبة ب ٩ ح ٢.

(٣) أبواب المكاتبة ب ٤ ح ٣ و ٥ و ٦. (٤) أبواب المكاتبة ب ٤ ح ١.

(٥) أبواب المكاتبة ب ٤ ح ٣. (٦) أبواب المكاتبة ب ٦ ح ٤ و ب ١٢.

بالاكتساب لصحيح معاوية بن وهب<sup>(١)</sup> وغيره. ولا لسيدة التصرف فيه إلا بما يتعلق بالاستيفاء، وتسقط نفقته عن مولاه وتعلق بكسبته ان أمكنه الكسب لصحيح معاوية بن وهب<sup>(٢)</sup> وغيره، وكذا تسقط فطرته عنه إذا كان مكاتباً مطلقاً، وعن نفسه أيضاً، إلا أن يتحرر منه شيء فتجب نفسه الحرية. أما المشروط ففطرته على مولاه في المشهور خلافاً للقاضي لتبعية الفطرة النفقة، وهو قوي عند شيخنا والكاشاني، وفي صحيح علي بن جعفر<sup>(٣)</sup> الفطرة عليه دون من كاتبه من غير فرق بين القسمين، ويكفر بالعتق والاطعام باذن المولى والشيخ في المبسوط على عدم الاجزاء ولا تبطل المكاتبه بموت المولى، وتبطل بموت المكاتب ان كان مشروطاً لصحيحتي عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> وغيرهما، وكذلك إذا كان مطلقاً ولم يؤد شيئاً، وكان له مال يتحرر منه بحسابه.

ويبطل الباقي ويتحرر أولاده بقدر حرите ويؤدي ورثته البقية من قدر ما فيه من حرية من تركته على المشهور لصحيح بريد العجلي<sup>(٥)</sup> وغيره، ومن أصل التركة عند الاسكافي لصحيح الحلبي<sup>(٦)</sup> وغيره، وحملت من جهة اطلاقها على نصيب الوارث جمعاً وإن لم يكن له مال من المكاتبه سعى أولاده فيما بقي، ومع الاداء تنعتق الأولاد لصحيح جميل عن مهزم وخبر عبدالله بن سنان<sup>(٧)</sup>، وهل للمولى اجبارهم على الاداء؟ ظاهر الأكثر الوجوب كما هو متقضى صحيح الحلبي<sup>(٨)</sup> وغيره من الأخبار.

(٢) أبواب المكاتبه ب ٦ ح ١.

(٤) أبواب المكاتبه ب ١٩ ح ٣.

(٦) أبواب المكاتبه ب ٣٩ ح ٣.

(٨) أبواب المكاتبه ب ٦ ح ٥.

(١) أبواب المكاتبه ب ٦ ح ١.

(٣) أبواب المكاتبه ب ٢٢ ح ٢.

(٥) أبواب المكاتبه ب ٧ ح ١.

(٧) أبواب المكاتبه ب ٧ ح ٤.



كتاب

# القضاء والشهادات



القضاء من فروض الكفاية، ففي الخبر المرسل عن النبي ﷺ: «ان الله تعالى لا يقدس أمة فيهم من يأخذ للضعيف حقه»<sup>(١)</sup>، وخطره عظيم ففي خبر إسحاق بن عمار: «يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي»<sup>(٢)</sup>.

ويشترط في القاضي البلوغ والعقل والايامن والعدالة بالمعنى الذي مر في صحيحة عبدالله بن أبي يعفور<sup>(٣)</sup> فلا يحكم الفاسق ولا المجهول، واعتبر في الحدائق والدرر التجفية في القاضي والمفتي الورع والتقوى، وله عدة أخبار كرواية الاحتجاج<sup>(٤)</sup> وغيرها. إلا انها جمعت أشياء لا تكون إلا في المعصومين. ويشترط فيه طهارة المولد، فلا يتولاه ابن الزنا للاخبار<sup>(٥)</sup> الدالة على رد شهادته وعدم جواز الاقتداء به.

والذكورة لان الأخبار الواردة في صفات القاضي مصرحة بالرجولية من العلماء الإمامية كصحيح أبي خديجة ومقبولة ابن حنظلة<sup>(٦)</sup> وغيرها، والفقيه عن بصيرة وان كان متجزياً، ومما دل على عدم جواز اقتداء الناس من غير علم صحيح أبي عبيدة<sup>(٧)</sup> وغيره، وعلى خصوص القضاء مقبولة ابن حنظلة<sup>(٨)</sup> وغيرها، ولا فرق من نقص عن مرتبة البصيرة والملكة بين

(١) المستدرک: أبواب صفات القاضي ب ١٥ ح ٨.

(٢) أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٢. (٣) أبواب الشهادات ب ٤١ ح ١ و ٢.

(٤) أبواب صفات القاضي ب ١٠ ح ٢٠. (٥) أنظر أبواب الشهادات ب ٣١.

(٦) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤. (٧) أبواب صفات القاضي ب ٤ ح ١ و ٢.

(٨) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤.

المطلع على فتوى الفقهاء وغيره، فانه داخل في حكم غير المطلع، ولا فرق بين عدم جواز الفتوى له والقضاء بين حالة الاختيار والاضطرار باجماعنا فيهما وفي اشتراط علمه بالكتابة قولان، أظهرها ذلك وان تردد المحقق.

وفي اشتراط البصر قولان، الأكثر على الاشتراط، ومقتضى الاصل عند شيخنا العدم، وفي اشتراط الحرية قولان، الأكثر على الاشتراط، واستقرب المحقق عدمه، واختاره لعموم صحيح أبي خديجة<sup>(١)</sup> وغيره، ومع حضور إمام الاصل وسلطانه لا بدّ من نصبه خصوصاً لأن الحكومة انما هي للإمام العادل لرواية سليمان بن خالد الصحيحة في الفقيه، ومع غيبته أو عدم سلطانه ينفذ حكم الفقيه الجامع للشرائط التي تضمنتها مقبولة ابن حنظلة<sup>(٢)</sup> وغيرها فاذا انحصر في واحد تعين وصار الوجوب عينياً فان توقف على بذل مال للجائر جاز بل ربما وجب.

وإذا لم ينحصر هل يجوز بذل المال لتولي هذا المنصب أم لا؟ اختار شيخنا الجواز إذا كان القضاء في حقه راجحاً في جواز قضاء المفضول مع وجود الفاضل مع أهليتهما قولان مبنيان.

على تعيين تقليد الاعلم أم التخيير المشهور المنع من تقليد غير الاعلم لمقبولة ابن حنظلة «الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر»<sup>(٣)</sup> وفي معناها موثق داود بن الحسين<sup>(٤)</sup>.

وعلى القول بترجيح الاعلم لا فرق بين كون الآخر أعدل وعدمه، إذا

(١) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤.

(٢) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤.

(٣) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤.

(٤) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤.

تعذر الوصول إلى الاعلم سقط اعتباره قطعاً، ومتقاضى مقبولة ابن حنظلة<sup>(١)</sup> الترجيح بالاعلمية والاورعية انما هو مع التخالف، وكانا أهليين للقضاء وحكما في مسألة من المسائل، وأما ابتداء فلا، بل له الترافع إلى كل منهما كما اختاره شيخنا.

وفي جواز نصب قاضيين في البلد الواحد بحيث لا يصدر القضاء إلاّ عنهما معاً قولان أحدهما عدم وهو المشهور، واختار المحقق والعلامة ووالده الجواز، ولا يجوز التحاكم إلى غير الفقيه الجامع للشرائط وان استقضاه الوالي ذو الشوكة وأهل البلد وتراضى الخصمان به بلا خلاف للمقبولة الحنظلية<sup>(٢)</sup> وغيرها، إلاّ أن يتوقف حصول حقه على الترافع إلى غير الجامع كما يشعر به خبر أبي بصير<sup>(٣)</sup>، وفي دلالة على المطلوب عند شيخنا نظر، وان كان له وجه في الجملة فانه يسقط الاثم عن المجبور.

والمشهور انه متى اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته وجاز الترافع إليه بمراعاة للمصلحة، كما ولى أمير المؤمنين عليه السلام غيره والقول الآخر بالمنع، واختاره شيخنا للاخبار المانعة. وفي جواز أخذ الاجرة على القضاء ولوازمه من التحليف ونحو ذلك، وكذا الارتزاق من بيت المال خلاف، والمشهور المنع إذا كان الوجوب عينياً، والثاني الجواز واختاره في الشرائع.

وعلى كل حال فمع وجود الكفاية من بيت المال لا يجوز له أخذه، وخبر الجعفریات<sup>(٤)</sup> وخبر الدعائم<sup>(٥)</sup> دالان على المنع من أخذ الاجرة

(١) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤. (٢) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٤.

(٣) أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٢. (٤) المستدرک: أبواب ما یکتسب به ب ٢٧.

(٥) المستدرک أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ٢.

على القضاء، وجواز الارتزاق مطلقاً من بيت المال. وصحيح عبدالله بن سنان وصحيح الفقيه<sup>(١)</sup> الدلان على عدم جواز الارتزاق محمولان على الارتزاق من السلطان الجائر. والمشهور استحباب الاستدبار للقاضي خلافاً للشيخ في المبسوط والقاضي ويسأل عن أهل السجون وعن موجب حبسهم، فمن لم يثبت لحبسه موجب أطلقه وكذا من لم يظهر له خصم بعد اشاعة حاله، وان ادعى ان لا خصم له ففي احلافه ذلك قولان، والأقرب الاحلاف كما عليه الشيخ، وما يتلفه خطأ فعلى بيت المال لخبر الاصبغ بن نباتة<sup>(٢)</sup>.

ويكره ان يقضي وهو غضبان لخبر السكوني ومرفوعة البرقي<sup>(٣)</sup>، أو جائع لو صية علي عليه السلام لشريح، أو مغموم، وبالجملة كل ما يشغل النفس كما يستفاد من الأخبار. ويكره أن يعين للشهادة قوماً دون غيرهم، وقيل بالتحريم، وقواه شيخنا، ويكره أن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً لظواهر الأخبار، والأكثر على الكراهة مطلقاً، والشيخ في المبسوط جوزة مطلقاً من غير كراهة، والشيخان في الفقيه والقواعد واتباعهما والحلي على الاستحباب مطلقاً.

وإذا حكم القاضي الأوّل بحكم لم يجب على الثاني البحث فيه، وجاز امضاؤه، لكن لو نظر فيه فظهر خطؤه وجب عليه نقضه، ولو حكم هو بحكم فتبين له خطأه نقضه أيضاً ولا ينقضه بتغيير اجتهاده فيه كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة ثم ظهر له ضعف ذلك، فان مثل هذا لا يسمى خطأ ولو ادعى رجل على أن القاضي الأوّل المعزول حكم عليه بشهادة

(١) أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ١. (٢) أبواب كيفية الحكم ب ٢٠ ح ٢.

(٣) أبواب آداب القاضي ب ٢ ح ١ و ٢.

فاسقين وجب احضاره، فان اعترف ألزم، وان قال لم أقض إلا بشهادة عدلين، ففي المبسوط انه يفتقر إلى البيّنة وإلا حكم عليه، والاسكافي والشيخ، والفاضلان وأكثر المتأخرين أنه يصدّق باليمين، واختار شيخنا تصديقه من غير يمين.

ويحرم على القاضي أخذ الرشوة بالاجماع، وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup> وغيره، ويأثم الدافع لها إلا إذا توقف حقه بدونها، وقيل إذا كان يحكم بالحق وإن لم يرتش جاز الدفع له، وليس بشيء. ويحرم عليه قبول الهدية إذا كان للمهدي خصومة في الحال أو لم يعهد منه الهدية قبل تولي القضاء، وفي المرسل النبوي: «هدية العمال سحت»<sup>(٢)</sup>، ويؤيده رواية جابر<sup>(٣)</sup>، ولو شرط على المتخاصمين أو أحدهما جعلاً ليفضل الحكومة بينهما من غير اعتبار الحكم لاحدهما بخصومة جاز عند بعضهم لعموم أخبار الجعالة<sup>(٤)</sup> والأقوى عند شيخنا المنع سيما إذا كان واجباً عليه وجوباً عينياً وكفائياً.

(١) أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ١ و ٢. (٢) أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ٦.

(٣) المصدر السابق. (٤) أنظر أبواب الجعالة ب ١ و ٢ و ٣.

## فصل في كيفية الحكم

تجب التسوية بين الخصمين في الحكم بلا خلاف، للآية<sup>(١)</sup> والرواية<sup>(٢)</sup>، وهل تجب التسوية بينهما في الاجلاس والقرب والبعد والنظر والانصاب وسائر أنواع الاكرام مع التساوي في الإسلام أم يستحب؟ قولان، أشهرهما الأوّل للمرسل النبوي وخبري السكوني وسلمة بن كهيل<sup>(٣)</sup> واختاره شيخنا، والثاني لكثير من متأخري المتأخرين، وأما التسوية في الميل القلبي فلا، قولاً واحداً.

ولا يجوز أن يقضي للأول حتّى يسمع كلام الآخر لخبر محمد بن مسلم وغيره<sup>(٤)</sup> ويجب أن يأخذ بأول الكلام دون آخره لصحيح هشام بن سالم<sup>(٥)</sup> ولا يجوز أن يلقن أحدهما ما فيه ضرر على الآخر، ولا أن يرشده لوجوه الحجاج، ويكره في المشهور أن يضيف أحد الخصمين من دون صاحبه لخبر السكوني<sup>(٦)</sup> وإن يحضر ضيافة الخصوم.

ويستحب له ترغيبهما في الصلح فانه جائز بين المسلمين كما في

(١) النساء: ٥٨. (٢) أبواب آداب القاضي ب ٣.

(٣) أبواب آداب القاضي ب ٣، ح ١ و ٢ وب: ١.

(٤) أبواب آداب القاضي ب ٤ ح ٢ و ٣. (٥) أبواب آداب القاضي ب ٤ ح ٣.

(٦) أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.



مرسل الفقيه<sup>(١)</sup> وغيره، فإن أياً إلا النزاع وكان الحكم واضحاً عنده لزم القضاء، وإن اشكل جاز التأخير حتى يتضح. وإذا ورد أمر تبين بدأ بالاول [فالاول] كما في خبر زرارة،<sup>(٢)</sup> وإن وردوا جميعاً أقرع بينهم، إلا أن يتضرر أحدهم بالتأخير فيقدم. وإذا ابتدأ أحدهما بالدعوى فهو أولى، ولو ابتداء جميعاً فالمشهور أنه يسمع من الذي عن يمين صاحبه لخبر محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وفي دلالة عند شيخنا والكاشاني نظر، ومال الشيخ إلى القرعة.

وفي صحيح عبد الله بن سنان<sup>(٤)</sup> اشعار بالمذهب المشهور وبعضهم قدم المسافر على المقيم مطلقاً، والأقوى أنه يقدم من عليه ضرر، وإن كان حاضراً، وإذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس القضاء أحضره إذا كان من البلد، إلا أن يكون له مانع من الحضور كالمرض وكون المرأة مخدرة ونحو ذلك وهي التي لم تجر العادة بابرازها إلا للضرورة.

فالخصم الذي له مانع من الحضور يبعث له من يحكم بينه وبين خصمه ممن اجتمعت فيه الشرائط أو يأمره بنصب وكيل، ولو كان غائباً عن بلد الحكم لم يجب عليه أن يحضره حتى تحرر دعواه، هذا إذا لم يكن هناك خليفة، وإلا بعث إليه ليحكم بينهما، وأكثر هذه الأحكام مأخوذة من العمومات وإن كانت كالمجمع عليها وإلا بطلت الحقوق.

والمشهور جواز الحكم على من غاب عن مجلس القضاء للخبر المستفيض من الطرفين<sup>(٥)</sup> ومثل الغائب ما لو كان حاضراً في البلد وتعذر

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٥. (٢) أنظر أنوار اللوامع: ٥٩/١٤.

(٣) أبواب آداب القاضي ب ٥ ح ٢. (٤) أبواب آداب القاضي ب ٥ ح ١.

(٥) المستدرک أبواب أحكام العشرة ب ١٣٤ ح ٤.

حضوره مجلس الحكم لعارض ولو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز لعموم الأدلة والشيخ في المبسوط اعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم، ولا يخلو من قوة عند شيخنا وجماعة، وخبر جميل<sup>(١)</sup> صريح في جواز القضاء على المسافرين، ويكون على حجة إذا قدم، ومثله خبر محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز الحكم على الغائب مطلقاً في حقوق الله عز وجل، ولو اشتمل على الحقين فلكل حكمه، وإذا سكت الخصمان استحب له أن يقول «تكلما أو ليتكلم المدعي» ثم إذا تمت الدعوى ففي وجوب مطالبة المدعى عليه بالجواب ابتداءً أو يتوقف ذلك على التماس المدعي قولان، اختار شيخنا التوقف وفيه نظر ثم إن سكت المدعى عليه أزم بالجواب فإن عاند فالمشهور أنه يحبس حتى يتعين لخبر ذكره المحقق ولم نجده، وقيل يجبر حتى يجيب وهو مجهول القائل، والشيخ في المبسوط يقول الحاكم ثلاثاً «ان أجبت مدعيك وإلا جعلتلك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك».

واختاره الحلبي وهو مبني على عدم القضاء بالنكول وإلا قضى عليه بامتناعه، وفيه منع كون السكوت نكولاً سواء قضينا به أم لا فالقول المشهور عند شيخنا هو الأقوى، وإن أقر لزمه الاقرار، وإن أنكر فعلى المدعي احضار بيّنة إن كانت له بيّنة.

وللحاكم أمره باحضارها خلافاً للشيخ في المبسوط والقاضي والحلي فليس له أمره بذلك، ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٢٦، ح ١. (٢) أبواب كيفية الحكم ب ٢٦ ح ١.

المدعي ذلك، ومع الاقامة لا يحكم بمسألته عند جماعة، وظاهر النصوص كصحيح العجلي وغيره<sup>(١)</sup> كما عليه المشهور ان الحاكم له الالتزام والاستيفاء بعد قيام البينة، ولو التمس المحكوم له ان يكتب له حجة تكون في يده لحقه، ففي وجوب اجابته قولان، أشهرهما الوجوب أما دفع المداد والقرطاس فليس بواجب.

وإن لم تكن للمدعي بيّنة فعلى المنكر اليمين للخبر المستفيض من النبوي وغيره «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(٢)</sup> وفي معنى ذلك موثقاً أبي بصير وصحيح العجلي وغيرها<sup>(٣)</sup> ولا يحلفه الحاكم إلا بسؤال المدعي احلافه بلا خلاف فلو تبرع الحاكم من غير التماس المدعي لم يعتد به لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٤)</sup> وغيره، وليس للمدعي أن يطالبه بعد احلافه ولا أن يأخذ مقاصة للنصوص المستفيضة<sup>(٥)</sup>.

منها حسنة خضر النخعي<sup>(٦)</sup> والمفيد وجماعة على أنه لو قام البينة بعد احلافه سمعت إلا مع اشتراط المنكر السقوط للحق بتلك اليمين، والشيخ في موضع من المبسوط، والحلي تسمع البينة مع النسيان أو عدم العلم بها، والشيخ في موضع من المبسوط تسمع مطلقاً، والكل شاذ يدفعه صحيح ابن أبي يعفور<sup>(٧)</sup> والحسن المتقدم<sup>(٨)</sup> وغيرها.

أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته، وحل مقاصته لخبر مسمع بن عبد الملك<sup>(٩)</sup> وان رد اليمين على المدعي لزمه الحلف للنصوص، منها

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٢ و ٣. (٢) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٥.

(٣) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٣ و ٢ و ٥. (٤) أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ١.

(٥) أبواب كيفية الحكم ب ١٠. (٦) أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ١.

(٧) أبواب كيفية الحكم ب ٩ ح ١. (٨) أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ١.

(٩) أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ٣ وفي المصدر: «أبي سيار».

صحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، إلا في مواضع كدعوى التهمة كما لو ادعى الوصي مالاً لليتيم على آخر، وادعى على الوارث ان الميت أوصى للفقراء بالخمس أو الزكاة أو نحوهما فان اليمين لا ترد. وهل يمين المدعي بمنزلة البينة أو بمنزلة قرار المنكر؟ قولان.

وهل يجب الحق بيمينه أم لا بدّ معها من حكم الحاكم؟ قولان متفرعان على القولين الاولين، فان امتنع المدعي من الحلف سقط حقه من اليمين، وليس له استئناف الدعوى بمجلس آخر كما لو حلف المدعي عليه للنصوص منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> انما يسقط حقه في ذلك المجلس خاصة، وهو شاذ، إلا أن يأتي بيينة فتسمع اذ النكول انما اسقط حقه من اليمين إلا أن يذكر لامتناعه من اليمين سبباً كالنظر في الحساب ونحو ذلك، فانها لا تسقط أيضاً.

أما المنكر فلا يمهّل إلا إذا استمهل لان الحق فيه لغيره، وان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد فالمشهور انه يقضي عليه كما عليه الصدوقان والشيخان واتباعهما، منهم القاضي والكامل والمحقق، وقيل بل يرد اليمين على المدعي فان حلف ثبت حقه وان امتنع سقط، وهو للشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي في المهذب، والاسكافي والحلي والعلامة في أكثر كتبه وسائر المتأخرين، والأول أظهر عند شيخنا والكاشاني لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وغيره، وخبر هشام بن سالم وخبر عبيد بن زرارة<sup>(٤)</sup> لا دلالة فيهما على القول الثاني لان المراد فيهما هو

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أبواب كيفية الحكم ب ٣٣ ح ١.

(٤) أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ٣.

المنكر لا المدعي إلا أن الرد أولى وأحوط على جهة الاستحباب فلو بذل يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه وهو ردها ثم بذلها قبل أحلاف المدعي، ففي قبولها منه قولان.

ولو كان له بينة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر، فهل يجوز له الرجوع إلى بينته قبل حلف المنكر قولان، والأقوى عند شيخنا أن له الرجوع في الموضوعين ما لم يحكم عليه بالنكول في الأولى، وما لم تبطل بينته في الثانية، ولا يستحلف المدعي مع البينة للاجماع والنصوص. منها صحيح محمد بن مسلم وصحيح البقباق وغيرهما<sup>(١)</sup> إلا أن تكون الشهادة على ميت لخبر عبد الرحمن بن أبي عبدالله<sup>(٢)</sup> الملتقى بالقبول عند الاصحاب، وان كان في طريقه العبيدي الذي لا نص على توثيقه.

ومن ثم تردد الاردبيلي والعلامة الشيخ سلمان ووالد شيخنا إلا أن الشهرة جائزة لضعفه، وكذلك اعتضاده لمكاتبة الصفار الصحيحة وخبر المروزي<sup>(٣)</sup>، وفي الحاق الغائب والصبي والمجنون بالميت في انضمام اليمين مع البينة قولان، المشهور اللاحق والمحقق وأكثر المتأخرين، منهم شيخنا على عدم لعدم الدليل، ويدل على ثبوت اليمين مع البينة في الدعوى على الميت صحيح محمد بن يحيى وخبر المروزي<sup>(٤)</sup>.

وربما عورضت هذه الادلة باخبار اقرار الوارث بدين فانهما لو كانا عدلين ألزم بقية الورثة، وليس فيها تعريض لليمين. ويمكن الجواب بأنها ليست من باب الدعوى بل من باب الاقرار فلا تعارض بينها، هذا إذا

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٨ ح ١ و ٢ . (٢) أبواب كيفية الحكم ب ٤ ح ١ .

(٣) أبواب الشهادات ب ٢٨ . (٤) أبواب الشهادات ب ٢٨ .

كانت الدعوى ديناً فلو كانت عيناً في يده بعارية أو غصب دفعت مع البينة من غير يمين.

ولو لم توجد في التركة وحكم بضمانها للمالك ففي الحاقها حينئذ بالدين أو العين وجهان، أجودهما عند شيخنا الثاني، ولو أقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء غالباً، ففي وجوب ضم اليمين إلى البينة وجهان، الأقوى عن شيخنا الاكتفاء بالبينة، وكذا لو كان لیتيم صغير أو لجهة وأقر بها عند الموت وكذا قطعت الشهود على بقاء الحق إلى ما بعد الموت أو انه أوصى به أو كان مؤجلاً ولا يحل إلا بالموت فالأقوى عند شيخنا سقوط اليمين مع البينة.

وإذا ثبت الحق على الغائب بالبينة دفع إليه ما ادعى عليه بكفلاء إلا مع الملاءة، وخبر جميل بن دراج وغيره<sup>(١)</sup>، ولو ذكر المدعي ان له بينة غائبة خيره الحاكم بين الصبر واحلاف الغريم وليس له مطالبتة بكفيل عند الأكثر خلافاً للنهاية والأخبار لا تساعد عليه.

وهل يشترط في الدعوى ان تكون بصيغة الجزم أم يسمع المظنون فيما يخفى كالتهمة ونحوها قولان، الأوّل للمحقق والثاني لابن نما والأقوى عند شيخنا الأوّل لظاهر الأخبار والفتوى، وعلى الثاني ان حلف المنكر أو قضينا بالنكول فلا كلام، وإن لم نقض إلا ببرد اليمين لم ترد هنا.

وفي سماع الدعوى المجهولة كفرس وثوب على الاطلاق قولان، فالشيخ انها لا تسمع إلا إذا كانت وصية، وثاني الشهيدین على السماع، وقواه شيخنا، وإذا جهل الحاكم عدالة الشاهد وجب عليه أين يبحث عن

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٢٦ ح ١ و ٢.

عدالته كما هو المشهور، وقيل وهو لجماعة من المتأخرين، بل يكفي أن يكون ظاهره الخير من غير أن يطلع عليه بالمعاشرة لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>، وهي قابلة للتأويل، والعمدة على صحيح عبدالله بن أبي يعفور<sup>(٢)</sup> كما عليه المشهور.

والشيخ في المختلف اعتمد في العدالة على ظاهر الإسلام لا غير لصحيح حرير بن عبدالله وغيره<sup>(٣)</sup>، ولا دلالة فيها بل الأخبار تضمنت التفتيش عن العدالة والمنع مع الاقتداء بالمجهول، ويرشد إلى ذلك رواية تفسير العسكري<sup>(٤)</sup>، ولو تعارضاً جرحاً وتعديلاً ولم يمكن الجمع توقف الحكم عند شيخنا وفاقاً للخلاف، فلا يقدم الجرح على التعديل وكما هو المشهور أنه يكفي في التعديل الاطلاق ولا بد في الجرح من بيان السبب، وقيل يكفي الاطلاق مطلقاً وهو متجه عند الكاشاني.

واشترط العلامة ذكر سبب التعديل دون الجرح عكس المشهور وهو غريب، والحق عند شيخنا انه لا يجوز الجرح ما لم يعلم سببه يقيناً فيذكره للحاكم مفصلاً، وإذا ثبتت العدالة حكم باستمرارها ما لم يتبين خلافها في المشهور خلافاً لشاذ إذا مضت مدة يمكن تغير حاله فيها، والمشهور انه لا تقبل توبة الفاسق لتقبل شهادته، خلافاً للشيخ في المبسوط فانه يقول له تب تقبل شهادتك.

ولا يجوز ايقاف الغريم عن الاقرار إلا في حقوق الله تعالى لخبر معز<sup>(٥)</sup>

(١) أبواب الشهادات ب ٤١. (٢) أبواب الشهادات ب ٤١ ح ٣ و ٤.

(٣) أبواب الشهادات ب ١٢ ح ١ قريب منه مع اختلاف الراوي.

(٤) أبواب كيفية الحكم ب ٦ ح ١. (٥) المبسوط: ١٥٠/٨ والسرائر: ١٧٩/٢.

وإذا كان الشهود من أهل الريبة استحب التفريق لصحيح معاوية بن وهب وغيره<sup>(١)</sup>، ولا يمين في حد ولا قصاص في عظم كما في مرسل البنظي وغيره<sup>(٢)</sup>. ولو اشترك الحقان بين الله وبين العبد كالقذف ولا بيّنة، ففي استحلاف القاذف وجهان، والأقوى عند شيخنا عدم الاحلاف لمرسل البنظي<sup>(٣)</sup>، ومنكر السرقة تتوجه عليه اليمين لاسقاط الغرم ولو نكل لزمه المال دون القطع، ويقضي بالشاهد واليمين في الأموال من عين أو دين بلا خلاف لصحيحتي محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

ولو كانت الدعوى على ميت أضاف يميناً أخرى، واكتفى بالبعض باليمين المركبة، والاحوط عند شيخنا عدم الاكتفاء وظاهر أكثر عبارة الاصحاب انه لا بدّ من بيّنة ويمين لخبر عبد الرحمن وغيره<sup>(٥)</sup>، واختاره شيخنا. أما في حقوق الله تعالى وكل ما لا يتضمن مالاً بوجه كالطلاق والنسب والوكالة والوصية بغير المال، وعيوب النساء والهلال ونحوها فلا بد من بيّنة خلاف، لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٦)</sup> وفي النكاح والخلع والعتق خلاف، وتردد المحقق في النكاح وجزم بنفيه في الباقي، والظاهر ثبوت النكاح بهما ان ادعته الزوجة خاصة، وفي الوقف أيضاً خلاف، وبالجملة الثبوت بهما يتبع المالية.

ويشترط تقديم الشهادة على اليمين لان وظيفة المدعي بالاصالة انما هي البيّنة، ويثبت الحق المالي أيضاً بالمرأتين بأمرأتين على الاصح

(١) أبواب كيفية الحكم ب ١٩ ح ١. (٢) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤ ح ١.  
 (٣) المصدر السابق. (٤) أبواب كيفية الحكم ب ١٤ ح ١ و ١٢ و ١١.  
 (٥) أبواب كيفية الحكم ب ١٤ ح ١٢. (٦) أبواب كيفية الحكم ب ٤ ح ١.



لصحيح الحلبي وخبر منصور بن حازم<sup>(١)</sup> خلافاً للحلي، والعلامة في موضع من المعتمر، ولا يستحلف أحد إلا بالله لصحيحتي الحلبي<sup>(٢)</sup> وغيرهما خلافاً للمبسوط في المجوسي لاعتقاده ان التوراه فيضم إليه ما يزيل الاحتمال، ومال إليه فخر المحققين وهو شاذ.

ولا يجوز الاحلاف بغير أسمائه سبحانه لحسن محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup>، وقيل بالكرهه كما عليه الاسكافي، والشيخ في أحد قوله لخبر أبي جرير وغيره، والحق الجواز ان قصد به تأكيد الكلام دون التزام الاحكام، وعلى القولين لا اعتداد به في إثبات الحق، والشيخ في النهاية والمحقق وجماعة «لو رأى الحاكم ان احلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع كالتوراة لليهودي جاز لرواية السكوني<sup>(٤)</sup> وغيرها»، ويدفعها الصحاح كصحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(٥)</sup>، وحلف الاخرس بالاشارة كما هو المشهور، وأضاف إليها الشيخ وضع اليد على اسم الله، وابن حمزة يكتب اليمين في لوح ويغسل في الماء ويؤمر بشربه بعد اعلامه بالاشارة إليه بأن هذا طريق احلافه، ويحضر المصحف عند ذلك لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٦)</sup>، واختاره شيخنا.

ويستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين، وذكر الأخبار الواردة فيها وان يغلظ عليه بالقول لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٧)</sup> وغيره، والتغليظ ثابت في الحقوق كلها، وان قلت عدا المال فانه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع لرواية محمد بن مسلم ووزارة<sup>(٨)</sup>، وفي مرسل علي بن الحكم: «إذا

- |                                     |                                 |
|-------------------------------------|---------------------------------|
| (١) أبواب كيفية الحكم ب ١٥ ح ٣ و ١. | (٢) أبواب الأيمان ب ١٥ ح ١.     |
| (٣) أبواب كيفية الحكم ب ٣٤ ح ١.     | (٤) أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٤ و ٥. |
| (٥) أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ١ و ٢.     | (٦) أبواب كيفية الحكم ب ٣٣ ح ١. |
| (٧) أبواب كيفية الحكم ب ٣٣ ح ١.     | (٨) أبواب كيفية الحكم ب ٢٩ ح ١. |

ادعى عليك مال ولم يكن عليك شهود فأراد أن يحلّفك فان بلغ مقدار ثلاثين درهماً فاعطه ولا تحلف، وان كان أكثر من ذلك فاحلف ولا تعطه»<sup>(١)</sup>.  
 واليمين على البت أبداً، ولا بدّ من العلم لصحيح هشام بن سالم وحسنه ومرسل يونس<sup>(٢)</sup> إلا إذا حلف على نفي فعل الغير، ولو أراد الحلف على نفي الاستحقاق ففي اجابته إليه وعدمه قولان، أقربهما وعليه شيخنا نعم، ولو ادعى المنكر البراء فقد انقلب المنكر مدعياً فيكفي المدعي هنا اليمين على بقاء الحق.

ويقبل قول المدعي بغير بينة ولا يمين في مواضع كثيرة كدعواه فعل الصلاة والصيام والزكاة إلى غير ذلك، وضبطها بعضهم بكلما كان بين العبد وبين الله تعالى، ولا يعلم إلا من قبله، وإمام الاصل يقضي بعلمه مطلقاً كما كان لداود<sup>(٣)</sup> كما وقع في الأخبار في قضايا عديدة كصحيح الفضيل بن يسار وغيره<sup>(٤)</sup> وظاهر المرتضى ان الاسكافي لا يرى قضاء الحاكم بعلمه مطلقاً سواء في ذلك الإمام وغيره والمهور في كتابه الاحمدي<sup>(٥)</sup> المنع في حقوق الناس خاصة.

وأما غيره من القضاة فالمشهور أيضاً، وعليه شيخنا انه يقضي بعلمه لانه أقوى من الشاهدين، والاسكافي لا يقضي بعلمه مطلقاً، لان فيه تزكية لنفسه وفي كتابه الاحمدي<sup>(٥)</sup> يقضي بعلمه في حقوق الله خاصة، لصحيح الفضيل بن يسار وغيره<sup>(٦)</sup>، والحلي يقضي في حقوق الناس خاصة لقوله<sup>(٧)</sup>: «لو كنت راجماً بغير بينة لرجمتها»<sup>(٧)</sup> وعلى التقادير

(٢) أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ١ و ٣ و ٤.

(٤) كفاية الأحكام: ٢٦٣ والمسالك: ٣٨٤/١٣.

(٦) أبواب حد الزنا ب ١ ح ١٥.

(١) أبواب الأيمان ب ٣ ح ١.

(٣) أبواب كيفية الحكم ب ١٨.

(٥) المصدر السابق.

(٧) أنظر أنوار اللوامع: ١٤٢/١٤.

يقضي بعلمه بلا خلاف. في تزكية الشهود وجرحهم لخبر تفسير العسكري<sup>(١)</sup> وفي الاقرار عنده لصحيح الفضيل وغيره<sup>(٢)</sup>. وكذا فر تعزيز من أساء أدبه في مجلسه وإن لم يعلمه غيره لرواية الخرايج والجرايح<sup>(٣)</sup>. وكذا إذا شهد معه آخر إلا أن هذه غير منصوبة فهي قابلة للمناقشة، ويجوز انهاء حكم الحاكم عند آخر بالكتاب عند الاسكافي في حقوق الناس، واختاره شيخنا لمسيس الحاجة إلى ذلك، ولمكاتباتهم عليهم السلام والأكثر لم يكتف بالمكاتبة لان الخطأ يحتمل التزوير، ولخبري السكوني وطلحة بن زيد<sup>(٤)</sup> وهل ينفذ حكم الحاكم عند الحاكم الآخر بالقول مشافهة أو الشهادة عليه، خلاف فيهما وخالف الشيخ في الأوّل، وذهب إلى عدم القبول، والاصح عند شيخنا جواز الانفاذ بهما للنهي إليه بمسيس الحاجة في إثبات الحقوق.

وأما الشهادة على الحاكم [فهي ثابتة بالاتفاق لانها لو لم] لو تشرع بطلت الحجج مع تطاول المدد، وخبر السكوني وطلحة<sup>(٥)</sup> مع ضعفهما محمولان على الكتابة المجردة عن البيّنة، نعم يجب الاقتصار في ذلك على حقوق الناس دون الحدود وغيرها، وحيث حكمنا بانفاذ الحاكم ما حكم به غيره فأتّم صورته احتياطاً حضور شاهدين لانهاء الواقعة. ولو أخبر الحاكم حاكماً غيره بأنه ثبت عنده كذا، لم يحكم به للثاني لان الأدلة المجوزة موردها البلاد البعيدة، هكذا ذكره البعض والأقوى عند شيخنا القبول.

- (١) أبواب كيفية الحكم ب ٦ ح ١. (٢) أبواب حد الزنا ب ١ ح ١٥.  
 (٣) قد تقدم. (٤) أبواب كيفية الحكم ب ٢٨ ح ١.  
 (٥) أبواب كيفية الحكم ب ٢٨ ح ١.

## فصل في اللواحق

قد ثبت بالخبر المستفيض وغيره «أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>، وقد اختلف في تفسيرها، فالمحقق ان المدعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة، وقيل ان المدعي هو الذي يدعي خلاف الاصل، والمدعى عليه ما يوافق الاصل، وقيل ان المدعي هو من يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه ما يوافق الظاهر، ولم يختلف موجب هذه التفاسير إلا نادراً، واليد ظاهرة في الملك ما لم تعارضها البينة الشرعية، فان كان في يدهما معاً أو يد من أقر لهما قضى بينهما نصفين، ويحلف كل منهما لصاحبه، وان كان في يد أحدهما [أو من أقر لاحدهما] قضى له بيمينه، ولو قال ذو اليد هي لاحدهما أولاً أعرفه احتمال قوياً القرعة.

ولو أقام كل منهما مع اليد بينة ولم يكن التوفيق بينهما وهما متكافيان قضى بينهما نصفين بتقدم بينة الخارج كونه مدعياً فيقض لكل بما في يد الآخر، وان اختص أحدهما باليد قيل قضى به لاكثرهما بينة [مع يمينه] لرواية أبي بصير<sup>(٢)</sup>، ومع التساوي عدداً وعدالة يقضى بها للخارج لخبر منصور<sup>(٣)</sup>، واختاره شيخنا، وقال في الفقيه وكتايب الأخبار انما تقدم بينة

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٥ قريب منه.

(٢) أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١. (٣) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٤.

الداخل مع اختصاصها بيان السبب، وتبعه على هذا التفصيل القاضي والمحقق وجماعة جمعاً بين الأخبار.

وفي عدة من الأخبار ان مع تساوي البيتين يقرع بينهما، منها صحيح الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>، والقول بترجيح الخارج مطلقاً للصدوقين وسلار وابن زهرة والحلي والشيخ في موضع من الخلاف، لكن الصدوق قدم أعدل البيتين ومع التساوي بينة الخارج للاخبار النبوية وغيره، «ان البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(٢)</sup>، ولرواية محمد بن حفص<sup>(٣)</sup>.

ولا يتحقق التعارض بين شاهدين أو شاهد وامرأتين وبين شاهد ويمين لضعف الثاني وقوة الاولين، خلافاً للشيخ في المبسوط فأوجب القرعة وهو نادر، ويتحقق التعارض بين الاولين لتكافئهما لقوله تعالى: ﴿فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾<sup>(٤)</sup>، والمسألة غير منصوصة إلا أنها من المشهورات، والشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، وقيل بتقديم اليد على الملك القديم وقواه شيخنا. والشهادة بالملك أولى من الشهادة بالتصرف، والشهادة بسبب الملك أولى من اليد والتصرف.

ولو ثبت الملك وسببه بتاريخ متقدم على بينة التصرف وبينة اليد بالحال فقولان: المشهور التقديم مطلقاً، واسقط في المبسوط البينة القديمة منهما وحجة المشهور أقوى، ولو تعارضا في الملك واختصت أحدهما بالاقدمية ولم يكن في يد واحد منهما ففيها قولان للشيخ. ولو كانت في يد أحدهما وتعارضا في الملك، فهل يكفي الآخر اقامة البينة على سبق

(١) أبواب كيفية الحكم ب ١٣ ح ١ و ٢. (٢) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٥.

(٣) أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٤. (٤) البقرة: ٢٨٢.

الملك أو اليد أو التصرف؟ قيل لا، وهو للشيخ في المبسوط وجماعة والشيخ في الخلاف والمحقق «تسمع وتقدم» والأول أظهر عند شيخنا لجملة من الأخبار.

وإذا تداعى الزوجان متاع البيت فهل هما فيه سواء مطلقاً كما عليه الشيخ في المبسوط والعلامة في القواعد وولده فخر المحققين لدخوله في العمومات السابقة، أو ما يصلح للرجال فهو له، وما يصلح للنساء فهو لها، وما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول وهو للاسكافي والشيخ في الخلاف والعلامة في السرائر، بل مذهب الأكثر لصحيح رفاة النخاس<sup>(١)</sup>، أو القول قول المرأة مطلقاً، وهو مذهب الشيخ في الاستبصار والعلامة في المختلف، والشهيد الأول في شرح الارشاد وجماعة من المتأخرين منهم شيخنا لصحيحتي عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٢)</sup> إلا أن الصلح عنده أحسن.

ومن ادعى رقية بالغ عاقل اعتبر تصديقه، فان أنكر فالقول قوله لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup>، ولو تداعيا زوجية امرأة ولم تترجح بينة أحدهما لكونهما خارجين، ونكلا عن اليمين أقرع بينهما لمرسل داود بن يزيد العطار<sup>(٤)</sup>، ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه وهو المشهور لعموم الخبر المستفيض<sup>(٥)</sup> وللشيخ قول بالتخالف وثبوت أجره المثل وواقفه بعض المتأخرين وله في موضع من الخلاف قول بالقرعة.

(١) أبواب ميراث الازواج ب ٨ ح ٤.

(٢) أبواب ميراث الازواج ب ٨ ح ١.

(٣) أبواب العتق ب ٢٩ ح ١.

(٤) أبواب ميراث الازواج ب ١٢ ح ٨.

(٥) أبواب كيفية الحكم ب ٣.

ولو ادعى انسان عيناً عند انسان فقال المدعى عليه: «ليس لي» فأما أن يتقصر عليه أو يضيف إلى رجل مجهول أو معلوم فإن اقتصر أو أضافه إلى مجهول ففي انصراف الخصومة عنه وانتزاعه منه أم لا وجهان؟ أصحابهما عند شيخنا عدم وعلى هذا فإن أقر لمعيّن قبل وانصرفت الخصومة للمعيّن، والوجه الثاني أنها تنصرف عنه وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعي بينة وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة، وإن أضافه إلى جهة أو صغير فلا تغني إلا البينة. ولو أقر لمعيّن فكذبه المقر له فهل تنتزع من يده ويحفظه الحاكم إلى أن يظهر المالك أم يترك في يد المدعى عليه أو يسلم إلى المدعى أوجه.

ولو كان كيساً من المال بين جماعة فيسألون هل هو لكم؟ فيقولوا: لا، يقول واحد منهم: «هو لي» فإن يقضى به لمن ادعاه لصحيح منصور بن حازم<sup>(١)</sup>، ولو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لاهله، وما خرج بالغوص فهو لمخرجه، وقد ذكر هذا الحكم الشيخ في الفقيه لخبر السكوني<sup>(٢)</sup>، وطعن فيه المحقق، وشرط الحلّي ترك أصحابه له آيسين منه، والاصح عند شيخنا ان جواز أخذه مشروط باعراض مالكة عنه مطلقاً، ومعه يكون اباحة لاخذه هذا ان كان معلوماً وإلا كان كالاموال التي توجد في البحار وتستخرج بالغوص، وليست معلومة المالك وعليه تنزل الرواية.

(٢) أبواب اللقطة ب ١١ ح ١.

(١) أبواب كيفية الحكم ب ١٧ ح ١.

## فصل في الشاهد

يشترط فيه العدالة لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾<sup>(١)</sup>،  
ولقوله: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾<sup>(٢)</sup>، وللنصوص المستفيضة، منها  
صحيح ابن أبي يعفور<sup>(٣)</sup>، والبلوغ إلا في القتل والجرح على المشهور  
لحسن جميل بن دراج ورواية محمد بن حمران<sup>(٤)</sup>. وقيد جماعة جواز  
شهادة غير البالغ فيها ببلوغه عشراً ونسبه في الشرائع إلى الشيخ مع انه  
قيده به في النافع لخبر طلحة بن زيد<sup>(٥)</sup> وليس مورده الجرح والقتل، لكنهم  
خصوه بذلك، وزاد في الخلاف ان يكون اجتماعهم على مباح، وزاد  
المحقق في النافع تبعاً للشيخ كونه في الجراح خاصة، ومورد النصوص  
القتل، وقد اقتصر عليه شيخنا، وأما القول بقبول شهادة ذي العشر مطلقاً  
شاذ نسب للشيخ في النهاية وهو وهم، ومستنده مقطوع متهافت وهو خبر  
أبي أيوب الخزاز<sup>(٦)</sup>.

ويشترط فيه كمال العقل، فلا تقبل شهادة المجنون بلا خلاف لقوله:  
﴿ممن ترضون من الشهداء﴾<sup>(٧)</sup> وفي حكم المجنون المغفل الذي لا

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(١) الطلاق: ٢.

(٤) أبواب الشهادات ب ٢٢ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب الشهادات ب ٤١، ح ١ و ٢.

(٦) أبواب الشهادات ب ٢٢ ح ٣.

(٥) أبواب الشهادات ب ٢٢ ح ٦.

(٧) البقرة: ٢٨٢.



يحفظ ولا يضبط، شيئاً، وكذا من يكثر غلظه ونسيانه إلا أن يعلم عدم غفلته فيما يشهد به، وقد أشار إلى ذلك خبر تفسير العسكري<sup>(١)</sup> ويشترط فيه الإسلام الخاص وهو الاقرار بالولاية في المشهور، وهو مختار شيخنا، واشترط الإسلام العام لا خلاف فيه للنصوص المعبر فيها بلفظ الإسلام كصحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> وغيره.

ولا تقبل شهادة الكافر بجميع اصنافه على المسلم إلا في الوصية بالمال لا الوصاية بالولاية فتقبل شهادة أهل الذمة خاصة مع العدالة كما مر بيانه، والشيخ في النهاية أجاز شهادة كل ملة لمثله في التدين والاعتقاد للخبز المروي عن النبي ﷺ من الطرفين<sup>(٣)</sup> ووافق المشهور في جميع كتبه، والاسكافي أجاز شهادة كل ملة من الكفار لمثله ولغير مثله ولا مستند له، وفي صحيح الحذاء «يجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل»<sup>(٤)</sup>.  
ولا تجوز شهادة أهل الملل على المسلمين، والمشهور حتى عبر البعض كالفاضلين بالاجماع اشتراط الايمان أيضاً.

ويشترط في قبول الشهادة أن لا يكون الشاهد متهماً لصحيح عبدالله الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup>، وسبب التهمة أما جر النفع كشهادة الشريك فيما هو شريك فيه لصحيح أبان<sup>(٦)</sup> وشهادة صاحب الدين للمجوز عليه، وفي المنع من شهادة السيد للمكاتب مطلقاً قولان، اختار في القواعد عدم المنع، وفي السرائر المنع، وقواه شيخنا.

(١) أبواب كيفية الحكم ب ٦ ح ١. (٢) أبواب الشهادات ب ٣٨ ح ٣.

(٣) المستدرك: أبواب الشهادات ب ٣٢ ح ٤.

(٤) أبواب الشهادات ب ٣٨ ح ١. (٥) أبواب الشهادات ب ٣٠ ح ٥ و ٦.

(٦) أبواب الشهادات ب ٢٧ ح ١.

ولو عاداه من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته فلم يجب وسكت قبلت شهادته وإلا لاتخذ الخصماء ذلك ذريعة إلى اسقاط الشهادات، ولو كان رفقة في طريق فقطع عليهم اللصوص فأخذوا منهم فشهد بعضهم لبعض فهل يقبل أم لا؟ قطع المحقق بالعدم لرواية محمد بن الصلت<sup>(١)</sup> وان تعرض الشاهد لما أخذ منه، واختار في الدروس القبول مطلقاً.

وتقبل شهادة الصديق لصديقه وان تأكدت الصحبة، وكذا القريب لقريبه حتى الأب والابن للنصوص المستفيضة منها صحيح الحلبي<sup>(٢)</sup>. واشترط في الفقيه في مطلق القرابة ضمنية عدل آخر لرواية السكوني<sup>(٣)</sup>. ويمكن حملها على التقية، وعمم في الفقيه هذا الشرط في الزوجين إذا شهد أحدهما للآخر، والمحقق في الشرائع خص ذلك بشهادة الزوجة لصحيح الحلبي<sup>(٤)</sup>، ولا دلالة فيه على اشتراط الضميمة مطلقاً.

وتقبل شهادة القريب على قريبه إلا إذا شهد الولد على والده، فلا تقبل كما هو المشهور، واختاره شيخنا لمرسل الفقيه<sup>(٥)</sup> المعضود بالشهرة خلافاً للسيد والقديمين وشهيد الدروس والكاشاني للعمومات القرآنية والأخبار المعصومية، وفيه ان العام لا يعارض الخاص، والخاص كخبير داود بن الحصين وغيره<sup>(٦)</sup> محمول على التقية لموافقته للعامة عامة.

وتقبل شهادة الضيف لمضيفه بلا خلاف لموثق أبي بصير<sup>(٧)</sup> وفي قبول شهادة الاجير للمستأجر له ما دام أجيراً قولان، فالصدوقان والشيخ في

- |                              |                               |
|------------------------------|-------------------------------|
| (١) أبواب الشهادات ب ٢٧ ح ٢. | (٢) أبواب الشهادات ب ٢٦ ح ١.  |
| (٣) أبواب الشهادات ب ٢٦ ح ٥. | (٤) أبواب الشهادات ب ٢٥ ح ١.  |
| (٥) أبواب الشهادات ب ٢٦ ح ٦. | (٦) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٥. |
| (٧) أبواب الشهادات ب ٢٩ ح ٣. |                               |

الفقيه والحلي على المنع، لخبري العلاء بن سيابة وسماعة<sup>(١)</sup> والمحقق والأكثر على القبول لموثق أبي بصير<sup>(٢)</sup> ويحمل الخبران على الكراهة جمعاً، والمشتهر بالفسق إذا ردت شهادته ثم تاب فأعاد تلك الشهادة بعينها لم تقبل شهادته في المشهور بين المتأخرين.

والأظهر عند شيخنا القبول مع ظهور صدق توبته لدخوله تحت عموم الأخبار. ولا تقبل شهادة السائل بكفه لصحيح علي بن جعفر وموثق محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وقيد جماعة بمن لم تدعه الضرورة إلى ذلك، منهم الفاضلان والشهيدان ونفى عنه شيخنا البأس، ومن أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة إليها قبل استنطاق الحكم لورود ذمه في أخبار الملاحم ورواية جامع الأخبار<sup>(٤)</sup>.

وأما في حقوق الله المحضة والمشاركة كالقذف والمصالح العامة كالأوقاف قولان، أصحهما وهو المشهور القبول كما يستفاد من المعتبرة الواردة في شهود الزنا واللواط، ولأنه لو لم تشرع لتعطلت. وهل تقبل شهادة المملوك مطلقاً أو على غير مولاه أو عليه خاصة، أو على خاصة، أو على الكافر خاصة أو لغير مولاه خاصة أو العدم مطلقاً؟ أقوال.

الأول وهو القبول مطلقاً لخبر يحيى بن سعيد<sup>(٥)</sup> مثله خاصة. وأكثر المحدثين منهم شيخنا لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٦)</sup>، والثاني للأكثر حتى الشيخين والمرضى جمعاً بين الأخبار، الثالث غير معلوم القائل،

(١) أبواب الشهادات ب ٢٩ ح ٢. (٢) أبواب الشهادات ب ٢٩ ح ٣.

(٣) أبواب الشهادات ب ٣٥ ح ١ و ٢.

(٤) المستدرک: أبواب كتاب الشهادات ب ٤٦ ح ٨.

(٥) أبواب الشهادات ب ٢٣ ح ٣ و ٥. (٦) أبواب الشهادات ب ٢٣ ح ٣ و ٥.

ورابعهما للاسكافي فلا تقبل إلا على مثله أو على الكافر، وخامسها لصدوق الفقيه، وسادسها للعماني، وأكثر العامة وهو عدم القبول مطلقاً لصحيح محمد بن مسلم أيضاً وصحيح الحلبي<sup>(١)</sup> وهما محمولان على التقية. ومستند سائر الاقوال ضعيف، والمشهور عدم قبول شهادة ولد الزنا للنصوص المستفيضة منها صحيح الحلبي<sup>(٢)</sup> خلافاً لشيخ المبسوط مطلقاً، وفي الفقيه في الشيء اليسير خاصة لخبر بن عبدالله<sup>(٣)</sup>، ومثله ورد في المملوك كخبر عبدالله بن أبي يعفور<sup>(٤)</sup>. وتصح شهادة الاخرس مع حصول الافهام المعتبر منه بالاشارة، وان جهل القاضي اشارته اعتمد فيها على مترجمين عدلين، وأما الاعمى ففيه قولان، والأقوى القبول عند شيخنا إذا فرض العلم لصحيح عبدالله بن جعفر الحميري، وفي صحيح محمد بن قيس روايته<sup>(٥)</sup> تجوز وشهادته إذا أثبت.

(١) أبواب الشهادات ب ٢٣ ح ١٠ و ١٢ . (٢) أبواب الشهادات ب ٣١ ح ٦ .  
 (٣) أبواب الشهادات ب ٣١ ح ٥ . (٤) أبواب الشهادات ب ٢٣ ح ٨ .  
 (٥) أبواب الشهادات ب ٤٢ ح ٤ و ١ و ٢ .

## فصل في العدد المعتمد في الشهادات

والاصل في الشهادة رجلا ن لقوله تعالى: ﴿واشهدوا شهيدين﴾<sup>(١)</sup>، وقوله: ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾<sup>(٢)</sup>، فلا يكفي الواحد مطلقاً إلا ما قيل عن سلار في هلال شهر رمضان نظراً إلى الصيام، فاكتفى بالواحد دون الإفطار لخبر محمد بن قيس<sup>(٣)</sup> وهو محتمل للتقية. ولا يكفي شاهد ويمين إلا في الماليات، وكذا لا يكفي شاهد وامرأتان إلا في الماليات عند الأكثر لظاهر الآية: ﴿فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾، وعدة من الروايات.

وكذا الخلاف في المرأتين مع اليمنى، [ويختص بالمال أيضاً]، وفي ثبوت العتق والطلاق والنكاح والقتل بذلك خلاف، والأقرب المنع في الأولين لعدم تعلقهما بالمال، وللنصوص الحاضرة له في المال والنافية له في الطلاق والعتق، والثبوت في الأخيرين وهما النكاح والقتل وان اختلف النصوص<sup>(٤)</sup> فيهما لاكثرية ما دل عليه، منها صحيح الحلبي<sup>(٥)</sup> وغيره.

(٢) الطلاق: ٢.

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٤) أبواب الشهادات ب ٢٤.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٥) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٢.

وأما بالنسبة إلى القتل، فيدل عليه صحيح جميل<sup>(١)</sup> وغيره، والمعارضة لها فيهما نادرة، وقال الحلبي: «تقبل شهادة امرأتين في نصف دية النفس، والعضو والجرح عند أخذ الدية، والواحدة في الربع» لصحيح محمد بن قيس<sup>(٢)</sup> وخبر عبدالله بن الحكم<sup>(٣)</sup>. وأما الخلع فالمشهور عدم ثبوته بذلك مطلقاً، والعلامة وجماعة: يثبت من جهة تضمنه المال والظاهر عند شيخنا عدم قبول شهادتين فيه حيث مالاً تتضمن مالاً إلا ما نذر كما لو رجعت في بذل الخلع، وعند الكاشاني كالطلاق ان أدعته المرأة، ولو تضمن الطلاق عوضاً فكالخلع فيثبت بشهادتين حيث يدعيه الزوج. وتقبل شهادتين منفردات ومنضات فيما يعسر عليه اطلاع الرجال غالباً كالولادة والاستقلال وعيوب النساء الباطنة لصحيحتي الحلبي<sup>(٤)</sup> وغيرها<sup>(٥)</sup> وفي الرضاع خلاف أظهره الجواز عند شيخنا، ولظاهر مرسل ابن بكر<sup>(٦)</sup> ومذهب الأكثر عدم القبول. ولا تقبل شهادتهن منفردات حيث تقبل بأقل من أربعة لخبر تفسير العسكري<sup>(٧)</sup> إلا في ميراث المستهل الذي حيا، والوصية بالمال فيثبت بالحساب كالربع للواحد والنصف بالاثنتين، وهكذا للصحاح وغيرها.

منها صحيح ربعي<sup>(٨)</sup> خلافاً للمفيد والديلمي، فتقبل في عيوبهن والاستهلال والناس [النفاس] والحيض والولادة والرضاع، شهادة امرأتين

- 
- (١) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ١. (٢) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ١٥.  
 (٣) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٣. (٤) أبواب الشهادات ب ٢٢ ح ٢ و ٤٦.  
 (٥) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٤٥. (٦) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٩.  
 (٧) أبواب كيفية الحكم ب ٦ ح ١. (٨) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٧.

فلتمتين، وإن لم توجد الشهادة واحدة مأمونة قبلت لصحيح الحلبي<sup>(١)</sup>.  
 وحمل في المشهور على الربع كما في صحيحتي عبدالله بن سنان  
 وغيرهما<sup>(٢)</sup> وخصه العماني بالولادة وهو متروك للاخبار، رجاء هذا  
 التبعض أيضاً لشهادتهن في القتل كما في صحيح محمد بن قيس وعبدالله  
 ابن الحكم<sup>(٣)</sup> وإن لم يعمل به الأكثر. ولا تقبل شهادتين منفردات في غير  
 ما ذكر حتى المال.

(١) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٢.

(٢) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٤٥ و ٤٨.

(٣) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ١٥ و ٣٣.

## فصل في تحمل الشهادة وأدائها

المشهور وجوب تحمل الشهادة على الكفاية لشمول: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾<sup>(١)</sup> للتحمل والاداء أو اختصاصها بالتحميل للنصوص المستفيضة كصحيح هشام بن سالم<sup>(٢)</sup> وصحيح محمد بن الفضل<sup>(٣)</sup> وغيرهما خلافاً للحلبي، فلا يجب التحمل لها عنده، وهو خلاف الروايات.

ويجب أداء الشهادة مع الاستدعاء إذا كان قد استشهد بنالتماس بالكتاب<sup>(٤)</sup> والنصوص<sup>(٥)</sup> الكثيرة، منها روايتنا تفسير العسكري<sup>(٦)</sup> وخبر جابر<sup>(٧)</sup> والاجماع، ووجوبه كفايي أن زاد الشهود عن العدد المعترف في ثبوت الحق، وإلا فهو عيني.

وهل يجب لو سمع من دون استشهاد؟ المشهور نعم لعموم الأدلة، ولخبر العيون<sup>(٨)</sup> خلافاً للشيوخ والاسكافي للمعتبرة المخصصة لتلك العمومات، منها صحيح محمد بن مسلم وخبره<sup>(٩)</sup> ولا ينافيها عموم خبر

(٢) أبواب الشهادات ح ١.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

(٦) أبواب الشهادات ب ٢ ح ٧.

(٨) أبواب الشهادات ب ٢ ح ٤.

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٣) أبواب الشهادات ح ٢.

(٥) أبواب الشهادات ب ٢.

(٧) أبواب الشهادات ب ٢ ح ٥.

(٩) أبواب الشهادات ب ٥ ح ١ و ٢.



علي بن أحمد بن أشيم<sup>(١)</sup> وقال في الفقيه: «ان صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> الدال على التخيير في أداء الشهادة إذا كان الحق غيره فمتى علم ان صاحب الحق المظلوم ولا يحيى حقه إلا بشهادته وجب عليه اقامتها عينياً».

لخبر يونس بن عبد الرحمن<sup>(٣)</sup>، قال شيخنا والكاشاني: فلو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشهود وجب عليهم تعريفه مع خوفهم بطلان الحق، ولو لم يكونوا عدولاً فان أمكن الحق بشهادتهم، ولو عند حاكم الجور وجب أيضاً وإلا ففي الوجوب قولان، قَرَّب في الدروس الوجوب. ولو كان أحدهما عدلاً وجب عليه قطعاً رجاء ان يحلف معه، ويجب عليه عند تأديتها تصحيحها بكل وجه يخبر بها القاضي إذا كانت حقاً كما في موثقتي داود بن الحصين ومرسلة عثمان بن عيسى<sup>(٤)</sup>.

ولا يجب على الشاهد تحمل المؤنة المحتاج اليها في التحمل والاداء لو احتاج إلى سفر فافتقر إلى الركوب وغيره من الزاد ومؤن السفر، فان أقام بها المشهود له وإلا سقط الوجوب، ولا يجب عليه أيضاً تحمل الضرر الغير المستحق، وكذلك لو كانت شهادته تضر أخاه المؤمن حيث يؤجل بخلاف الحق أو يؤخذ مع الاعسار سقط الوجوب بل وجب الكتمان لرواية علي بن سويد<sup>(٥)</sup>.

نعم يجب عليه السعي المتحمل والاداء ان احتيج إليه مع الامكان،

(١) أبواب الشهادات ح ٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) أبواب الشهادات ب ٤ ح ١ و ٢ و ٣.

(٥) أبواب الشهادات ب ٣ ح ١.

وبذل المؤنة. والاصل في الشهادة البناء على العلم واليقين لقوله: «ولا تقف ما ليس لك به علم»<sup>(١)</sup> ومرسل الشرائع<sup>(٢)</sup> وصحيح معاوية بن وهب واخبار تفسير العسكري عليه السلام<sup>(٣)</sup> وغير ذلك.

وقال الشهيد الثاني: ان من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه ولا يستغني عن اقامة البينة عليه فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين، وفي خبر عمر بن يزيد: «قلت له: رجل يشهدني على الشهادة فأعرق حظي خاتمي ولا أذكر من الباقي شيئاً قليلاً ولا كثيراً، قال: إذا كان صاحبك ثقة ومعك رجل ثقة فاشهد له»<sup>(٤)</sup>، وقد عمل به الشيخ وجماعة منهم شيخنا والكاشاني، وردها الأكثر لرواية السكوني وخبر جعفر بن عيسى وخبر زيد النرسي<sup>(٥)</sup>

وعلى اشتراط العلم أو الاكتفاء بالظن المتأخم له فمستندها اما المشاهدة أو السماع أو هما، فما يفتقر إلى المشاهدة هو الافعال المحضة، لان آلة السمع لا تدركها كالغصب والسرقة والقتل والزنا واللواط، ويكفي فيه شهادة الاصم لعموم الأخبار<sup>(٦)</sup>، وقيل هو لشيخ النهاية والقاضي يؤخذ بأول قوله كشهادة الصبي في القتل، ولا يؤخذ بثانية لخبر جميل<sup>(٧)</sup> وهو شاذ، والوجه القبول مطلقاً. وما يكفي فيه السماع وحده النسب والموت والملك المطلق والوقف والعتق ونحوها.

(١) الاسراء: ٣٦.

(٢) شرائع الإسلام: ٤/١٣٨.

(٣) أبواب الشهادات ب ٢ ح ٧ و ٨.

(٤) أبواب الشهادات ب ٨ ح ١.

(٥) أبواب الشهادات ب ٨ ح ٤ و ٢ و ٣.

(٦) أبواب الشهادات ب ٢ و ٣ و ٤.

(٧) أبواب الشهادات ب ٢٢ ح ١.

ويتحقق كل واحد من هذه بتوالي الأخبار من جماعة لا يضمهم قيد المواعدة، ويحتمل عدم الاكتفاء في نسب الام كما ذهب إليه البعض، والموت لامكان الرؤية لكن الأشهر خلافه، ويتحقق كل واحد من هذه بالتواتر، وبالغ في المبسوط واكتفى بالسماع من عدلين فصاعداً، ولا عبرة به.

وهل يفتقر استفاضة الملك إلى مشاهدة السيد والتصرف؟ الاصح: لا، ولو شاهد التصرف المتكرر أو اليد من غير منازع، ففي جواز شهادته بالملك المطلق قولان، المشهور الجواز لخبر حفص بن غياث<sup>(١)</sup> وصحيح معاوية بن وهب<sup>(٢)</sup> وغيرهما، والقول بالمنع ضعيف.

وأما ما يفتقر إلى السماع والمشاهدة معاً فهو الاقوال من النكاح والطلاق والبيع وسائر العقود والفسوخ والاقرار بها، فلا تقبل فيها شهادة الاصلم بالذي لا يسمع شيئاً، وأما الاعمى ففي جواز شهادته اعتماداً على ما يعرفه من الصوت وجهان بل قولان، قوي شيخنا الصحة متى فرض العلم لصحيح عبدالله بن جعفر الحميري<sup>(٣)</sup> وصحيح محمد بن قيس<sup>(٤)</sup> وروايته<sup>(٥)</sup>، وقد وقع الاجماع على ان له وطى حليلته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها.

(٢) أبواب الشهادات ب ١٧ ح ١ و ٢.

(٤) أبواب الشهادات ب ٤٢، ح ١.

(١) أبواب الشهادات ب ١٧.

(٣) أبواب الشهادات ب ٤٢ ح ٤.

(٥) أبواب الشهادات ب ٤٢ ح ٢.

## فصل في الشهادة على الشهادة

وهي مقبولة بالنص والاجماع ومن النصوص خبر محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، وخصت بالمرّة الاولى بلا خلاف، لرواية عمر بن جميع<sup>(٢)</sup>، وبما عدا الحدود التي هي حقوق الله أو مركبة من الامرين على المشهور لخبري غياث<sup>(٣)</sup> وطلحة بن زيد<sup>(٤)</sup>، والشيخ في المبسوط وابن حمزة، بل تسمع في الحدود المشتركة ترحماً لحق الآدمي والمعتمد عند شيخنا المشهور. وتكفي شهادة اثنين على الاقرار في الاصل وفي الفرع على كل منهما، وقيل يتوقف الاقرار بالزنا على أربعة كاصله واختاره العلامة، وفي قبول شهادة النساء على الشهادة فيما يقبل فيه شهادتهن قولان، أظهرها المنع، وهو مختار شيخنا والمشهور، والقول بالجواز للشيخ في المختلف محتجاً بالأخبار<sup>(٥)</sup> وإليه ذهب الاسكافي والعلامة في المختلف لخبر السكوني<sup>(٦)</sup>، ولا بدّ من اثنين على كل واحد من شاهدي الاصل وإن لم تعتبر مغايرتهما فيهما عندنا، بل يكفي اثنان عليهما جميعاً أو على احدهما مع الاصل الآخر لثبوت ذلك شرعاً. [وان شهد كل منهما على كل منهما أو أحدهما مع شاهد الاصل على الآخر جاز أيضاً] وفي جواز كون الاصل فرعاً

(٢) أبواب الشهادات ب ٤٤ ح ٦.

(٤) أبواب الشهادات ب ٤٥ ح ٢.

(٦) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٤٢.

(١) أبواب الشهادات ب ٤٤، ح ١.

(٣) أبواب الشهادات ب ٤٥ ح ١.

(٥) أبواب الشهادات ب ٤٤.

وجهان، ومذهب الاصحاب الجواز والمشهور اشتراط تعذر حضور الاصل في قبول شهادة الفرع أو زمانة أو لمانع من حضور مجلس الحاكم أو لمشقة لا تتحمل غالباً خلافاً للخلاف حيث مال إلى عدم اشتراط ذلك، والمختار عند شيخنا هو المشهور لخبر محمد بن مسلم.

وأما الأخبار الدالة على اعتبار الاثنين فموثقة غياث وخبر طلحة بن زيد<sup>(١)</sup>، ولتحمل في شهادة الفرع إلى الاصل مراتب أعلاها الاستدعاء وهو عند الأكثر أن يقول له شاهد الاصل «أشهد على شهادتي اني أشهد كذا» وفي معناها ان يستدعي آخر، وأما المرتبة التي بعدها فهو ان يسمعه يشهد عند الحاكم وإن لم يستدعه، أما لو قال: «أشهد ان على كذا» من دون استدعاء<sup>(٢)</sup> ولا ذكر سبب ولا في مجلس الحكم فلا يجوز شهادة الفرع لا اعتبار التسامح بذلك بخلاف ما لو سمعه يقر لآخر فانه تجوز الشهادة عليه ظاهراً، وظاهر الاسكافي المنع في غير الصورة الاولى لحصره القبول فيها وهي حالة الاستدعاء.

ويجب على الفرع أن يبين عند الاداء جهة التحمل إلا إذا عرف المراتب وموافقة رأيه لرأي الحاكم فيجوز الاطلاق عند شيخنا والكاشاني ولا يكفي تعديل الفرع للاصل ما لم يسمه لمكان معرفة الحاكم اياه بالجرح، ولو أنكر الاصل بعد شهادة الفرع فالصدوقان والشيخ في النهاية والقاضي واختاره شيخنا «يحكم بشهادة أعدلهما» لصحيح عبدالله بن سنان وحسنه وغيرهما<sup>(٣)</sup> والمشهور سقوط شهادة الفرع وقد زال، وقال في المختلف ان حضور الاصل بعد الحكم غير قاذح فيؤخذ بقول أعدلهما وعليه تحمل الروايات واستوجهه في المسالك.

(١) أبواب الشهادات ب ٤٥ ح ١ و ٢. (٢) في نسخة استدعاءات.

(٣) أبواب الشهادات ب ٤٦ ح ٣.

## فصل في اللواحق

لابدّ من قبول الشهادة من موافقة العدد المعبر في الدعوى وتوافقهم في المعنى وان اختلف اللفظ، أما لو اختلفا معنى كأن يشهد أحدهما حضوراً والآخر اقراراً لم تثبت، وكذا لو شهد أحدهما أنه سرق غدوة والآخر عشية إلا أن أحلف مع أحدهما ولو شهد واحد بالاقرار بألفين وآخر بألف ثبت الألف بهما والألف الآخر بانضمام اليمين.

ولو طرأ فسق الشاهدين بعد الاقامة وقبل الحكم ففي جواز الحكم وعدمه قولان مشهوران، الجواز للشيخ في المبسوط والخلاف، والحلي والفاضلين في أحد قوليهما، وعدمه وهو للعلامة في المختلف والشهيد وجماعة من المتأخرين، واختاره شيخنا. أما لو كان حقاً لله تعالى فلا يحكم بشهادتهما قولاً واحداً، ولو شهدا لمورثهما فمات قبل الحكم لم يحكم لهما بشهادتهما بلا خلاف.

ولو كان لهما في الميراث شريك ففي ثبوت حقه بشهادتهما وجهان، قوى شيخنا عدم الثبوت، وبه قطع في القواعد، ولو رجعا قبل الحكم لم يحكم بلا خلاف، أما بعد الحكم وقبل الاستيفاء فوجهان، والاصح عند شيخنا عدم سيما في حقوق الله لذريئها بالشبهة للخبر المستفيض<sup>(١)</sup>، وأما

بعد الاستيفاء فالمشهور عدم نقض الحكم خلافاً للشيخ في النهاية والقاضي، فترد العين إلى صاحبها مع قيامها.

وحيث لا ينقض الحكم كما في المشهور يغرّم الشهود للمحكوم عليه كالإقرار بالعين لشخص تم الإقرار بها لشخص آخر معه، ويؤيده حسنة جميل عن ابن أبي عمير<sup>(١)</sup>، ولو شهدا بالعتق ثم رجعا ضمنا القيمة عمداً أو خطأ، فإن كان مما يتعذر تداركه كما إذا شهدا عليه بالردة فقتل فإن قالوا تعمدنا فعليهم القصاص أو الدية في موضع لا يقتص منه من المتعمد، كما لو كان الشاهد الأب أو كان الحد الجلد فمات به، فإن قالوا أخطأنا فعليهم الدية، وإن اختلفوا في القول اختص كل بحكمه.

ويؤيد هذه الأحكام حسنة جميل عن ابن أبي عمير<sup>(٢)</sup> وصحيح محمد بن قيس<sup>(٣)</sup>، ولو رجع البعض خاصة لم يمض إقراره إلا على نفسه فحسب لخبر مسمع وغيره<sup>(٤)</sup>، والاسكافي والشيخ في الفقيه: يقتل الراجع المتعمد ويرد عليه الباقيون ثلاثة أرباع الدية لحسن إبراهيم بن نعيم الصحاف<sup>(٥)</sup> وحمل في المشهور على ما إذا رجعوا جميعاً، لكن قال أحدهم «تعمدت» وكلما اغرم العدد المعتبر برجوعهم أغرموا بالسوية.

وأما المرأة فنصف الرجل ومع رجوع البعض خاصة فبالحساب، ولو كان أزيد من العدد فرجع الزائد خاصة ففي ثبوت الغرم قولان، والشيخ على الغرم بالتوزيع وأظهرهما عند شيخنا العدم كما اختاره المحقق

(٢) أبواب الشهادات ب ١٠ ح ١.

(٤) أبواب الشهادات ب ١٢ ح ٣ و ٢.

(١) أبواب الشهادات ب ١٠ ح ١.

(٣) أبواب الشهادات ب ١٤ ح ١.

(٥) أبواب الشهادات ب ١٢.

وجماعة. وإذا ثبت أنهم شهدوا بالزور من غير طريق الرجوع نقض الحكم واستعيد المال، فان تعذر غرم الشهود لصحيتي جميل ومحمد بن مسلم<sup>(١)</sup> هذا إذا كان مالاً، ولو كان قتلاً ثبت عليهم القصاص، وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقروا بالعمد، وربما ثبت كونها زوراً بعلم الحاكم أو بالخبر المفيد للعم لا بالبينة لا بالاقرار.

وحيث ينقض الحكم فان كان طلاقاً أو عتقاً أو عقداً من العقود تبين خلافه، وان كان على مال وكانت العين باقية ردت أو تالفة فعلى المحكوم عليه للخبر المشهور: «على اليد ما قبضت حتى تؤدي»<sup>(٢)</sup>، فان كان معسراً أنظر إلى يساره للآية والأخبار، والشيخ مع الاعسار يضمن الإمام فيتخير المضمون له بين أخذه منه أو الانتظار إلى اليسار، والأول أظهر عند شيخنا، وعلى قول الشيخ يرجع عليه مع اليسار وان كان قتلاً أو جرحاً فلا قتل، والدية في بيت المال لانه من خطأ الحاكم.

(١) أبواب الشهادات ب ١١ ح ٢ و ٣ و ١. (٢) المستدرک: کتاب الودیعة ب ١ ح ١٢.



كتاب

# الفرائض والمواريث



موجبات الارث ثلاثة بالضرورة من الدين: النسب، والزوجية، والولاء. والنسب على طبقات أقربها الأبوان من غير ارتفاع، والأولاد وان نزلوا بشرط الترتيب والأقرب فالأقرب ثم الاجداد، والجدان وان علوا مرتبين والاخوة والاخوات وأولادهم مع فقدهم وان نزلوا كذلك ثم الاعمام والعمات والاخوال والخالات وأولادهم مع فقدهم وان نزلوا كذلك.

ثم أعمام الابوين وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما وأولادهم مع فقدهم وان نزلوا كذلك، ثم من بعدهم أعمام الجد والجدة وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما وأولادهم مع فقدهم وان نزلوا الأقرب فالأقرب، وهكذا إلى سائر الطبقات لآيتي: ﴿وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض﴾<sup>(١)</sup>

ولمؤثقة زرارة وصحيحة هشام بن سالم عن بريد الكناسي<sup>(٢)</sup>، ففي كل من الطبقتين الاوليتين صنفان، وفي البواقي صنف واحد لانهم أخوة الأب والام ولا يحجب الأقرب من كل صنف الابدع من الصنف الآخر الذي في طبقته فيرث ولد الولد مع الابوين في الاولى وأب الجد مع الاخوة وأولاد الاخوة مع الجد الأقرب في الثانية بل انما يحجبه من صنفه.

والواحد من كل طبقة أو درجة وان كان انثى يحجب من ورائه من الطبقات والدرجات لظاهر الآية ولصحيح أبي مريم وغيره<sup>(٣)</sup> إلا في صورة

(٢) أبواب موجبات الارث ب ١ ح ١ و ٢.

(١) الانفال: ٧٥.

(٣) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٥.

واحدة اجتماعية وهي ان ابن العم للاب والام يحجب ابن العم للاب وحده ويأخذ نصيبه لخبري إسحاق السبيعي بن الحرث الاعور ومرسل الفقيه<sup>(١)</sup> ولا دلالة فيها عند شيخنا لو لا الاجماع، ونعم يدل على ذلك صحيح الفقيه<sup>(٢)</sup> الذي لم يتعرض له الأكثر، ولا يتعدى الحكم إلى غيرها إذا كان بدل العم عمه للاب وحده، أو بدل الابن بنتاً أو معها خال أو خالة أو هما بل ينعكس الحجب ويعود إلى حكم القاعدة من ثبوت الميراث للاقرب فالاقرب، وما يدل على التعدي وهو خبر الحرث الاعور<sup>(٣)</sup> متروك أو مخصوص بهذه الصورة أو متقى فيه. ولو تعددا أو تعدد أحدهما أو كان معهما زوج أو زوجة فقد ذهب الشهيد الأول إلى عدم تغير الحكم بذلك في الموضوعين، وذهب الشيخ إلى عدم تغير الحكم بتغير الذكورة والانوثة فيهما أو في أحدهما، والمشهور التغير في هذه الصورة كلها للصحيح المذكور الذي مورده ابن العم للابوين، والعم للاب من غير أن يكون في مرتبتهما أحد ولا تعدد في أحد الطرفين. وأما تغيره بهبوط ابن العم مع وجود العم فيبنى على أن ابن الأب هل يصدق عليه الابن حقيقة أم لا؟ والأقوى عند شيخنا، والمشهور تغير الحكم هنا [ويتغير الحكم أيضاً بانضمام الخال أو الخالة]. والوجه المعتمدة في هذه الصور أربعة: أولها حرمان ابن العم ومقاسمة العم والخال المال أثلاثاً وهو للطبرسي والفاضلين والشهيد الأول وجملة من المتأخرين، منهم شيخنا لخبر سلمة

(١) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ١٣ ح ٢ و ٤.

(٢) أبواب ميراث الاعمام والاخوال ب ٥ ح ٥.

(٣) أبواب ميراث الاعمام والاخوال ب ٥ ح ٤ و ٦.

ابن محرز، ويؤيده صحيح أبي بصير<sup>(١)</sup>.

وثانيها حرمان العم خاصة وجعل المال للخال وابن العم وهو للراوندي ومعين الدين المصري.

وثالثها حرمان ابن العم والعم واختصاص الخال بالمال وهو لسديد الدين محمود الحمصي.

ورابعها حرمان العم والخال وجعل المال كله لابن العم.

وقد ثبت بالاجماع والنصوص المتقدمة وظاهر الآيات أن من له قرابة من جهتي الأب والام يحجب من له تلك القرابة من جهة الأب وحده في جميع هذه الطبقات والمراتب، وقد تضمن خبر الكناني<sup>(٢)</sup> كثيراً منها، أو من جهة الام وحدها من الرد دون الفرض بشرط التساوي في القرب.

أما من له قرابتان مختلفتان فلا يحجب من له قرابة واحدة لكن بمجتمعتي استحقاقه إذا استويا في الرتبة ككون العم خالاً، كل ذلك للنصوص المستفيضة<sup>(٣)</sup> وأكثره مجمع عليه، وتقديم [الصدوق] الابوين على أولاد الأولاد شاذ ودليله غير دال، وهو صحيحتا سعد بن أبي خلف وعبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٤)</sup>، ووافقه كثير من العامة وظاهر التنزيل والمتواتر من الأخبار كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج وخبر زارة وخبر إسحاق بن عمار<sup>(٥)</sup> خلفه.

وكذا تشريك الجد معهم لاطلاق الابوة وتشريك الجد من الأب مع

(١) أبواب ميراث الاعمام والاخوال ب ٥، ح ٤ و ٦.

(٢) أبواب ميراث الاعمام والاخوال ب ١٣، ح ١ وفي المصدر: «الكناسي».

(٣) أنظر أبواب موجبات الارث ب ١. (٤) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٧، ح ١.

(٥) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٧، ح ٢ وب ١٨ ح ٣.

الأب والجد من الام لخبر عبد الرحمن ورواية إسحاق<sup>(١)</sup> ولا حجة فيهما، وكذا تشريك الاسكافي الجدين والحدثين مع الابوين والبنات وكأنه استند إلى الخبرين المذكورين ولا دلالة فيهما مع أن فيهما رد أخبار واردة بخصوص المسألة كرواية أبي بصير وخبري ابراهيم بن عبدالله بن جعفر وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

[نعم يستفاد من حسنتي جميل<sup>(٣)</sup> وغيرهما اعطاء الجدة السدس مع وجود ولدها على سبيل الطعمة والاستحباب] وعدى الاصحاب حكمه إلى الجد وقيدوه بما إذا زاد نصيب كل [من الابوين] منهما على السدس وكون المطعم له متقرباً بالمطعم، ولا مستند لهم عند شيخنا والكاشاني إلا ما ورد في التعديّة إلى الجد من الخبر المشتمل على الحكم الغير المعمول عليه عندهم وهو مرسل إسماعيل بن منصور<sup>(٤)</sup> والاسكافي جعل السدس من نصيب المطعم لا من الاصل، وظاهر الأخبار يدفعه لتصريحها بدفع السدس للاب وسدس له.

وفي خبر جميل<sup>(٥)</sup>: «إذا ترك الميت جدتين أم أبيه وأم أمه فالسدس بينهما»، وحمله الشيخ على التقيّة، وحمله عند شيخنا على الطعمة ممكن ثم ظاهر مرسل الكليني<sup>(٦)</sup> ان الطعمة انما تعطى إذا لم يكن للميت ولد، وتشريك يونس بن عبد الرحمن<sup>(٧)</sup> العم مع ابن الاخ لا وجه له، وتشريك

(١) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٢٠، ح ٦ و ١٠.

(٢) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٩، ح ٣ و ٤.

(٣) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٢٠، ح ١ و ٢.

(٤) المصدر السابق: ح ١٢.

(٥) المصدر السابق: ح ٧.

(٦) أنظر من لا يحضره الفقيه: ٣٧٦/٤.

(٧) المصدر السابق: ح ٨.

الفضل بن شاذان ابن الاخ من الأب والام مع الاخ من الام وابن الاخ من الابوين مع ابن الاخ من لام ونحو ذلك بناء على أصله من جعل الاخوة صنفين أحدهما الاخوة للاب والآخ الاخوة للام ليس بشيء لاتحاد صنف الاخوة جميعاً كالجد كما هو المفهوم من تقديم الأقرب فالأقرب.

ولصحيح بريد الكناسي وغيره<sup>(١)</sup> والزوجان يدخلان على جميع الطبقات ولا يحجبهما أحد لعموم: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾... الخ<sup>(٢)</sup> ولصحيحتي محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٣)</sup> والاجماع فيأخذان سهمهما المفروضين في الكتاب والسنة لا غير إلا إذا لم يوجد وارث للميت سوى الزوج مع سائر الورثة نسبت وولاء، عدا الإمام فيرد عليه الفاضل من فرضه على المشهور بل ادعى الشيخان والسيد الاجماع للنصوص المستفيضة، منها صحيح محمد بن قيس وحسنه وموثقتا أبي بصير وغيرها<sup>(٤)</sup> خلافاً للدليمي لموثق جميل: «لا يكون رد على زوج ولا زوجة»<sup>(٥)</sup> وحمل على التقية. ولا يرد على الزوجة أصلاً على المشهور لصحيح علي بن مهزيار وموثقات أبي بصير وغيرها<sup>(٦)</sup> خلافاً لظاهر المفيد لصحيح أبي بصير<sup>(٧)</sup> ويجوز حمله هبة الإمام حقه للمرأة إلا أنه يأباه مساواتها للزوج، وفصل الصدوق والشيخ في كتابي الأخبار ويحيى بن سعيد والعلامة في السرائر والارشاد والشهيد في اللمعة بحال غيبة الإمام

(١) أبواب موجبات الارث ب ١ ح ١. (٢) النساء: ١٢.

(٣) أبواب ميراث الازواج ب ١، ح ١ و ٢.

(٤) أبواب ميراث الازواج ب ٣، ح ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

(٥) أبواب ميراث الازواج ب ٤، ح ١٠. (٦) أبواب ميراث الازواج ب ٤، ح ١ و ٤.

(٧) المصدر السابق: ح ٦.

وحضوره فيرد في الأوّل حملاً لهذا الصحيح دون الثاني، وليس بشيء. وإذا عقد المريض على امرأة في مرض الموت ولم يدخل بها حتى مات في مرضه من غير براء فالمشهور بطلان العقد بمعنى عدم لزومه وعدم التوارث والمهر لصحيح زرارة وحسنه وغيرهما<sup>(١)</sup>.

ومن طلق امرأة في مرضه الذي مات فيه ورثته إلى سنة ما لم يبرأ أو تتزوج بغيره من غير فرق بين الاضرار وعدمه في المشهور، لصحيتي البقباق وحسنته وغيرها<sup>(٢)</sup>، وذهب الشيخ في الاستبصار إلى اختصاص ذلك الحكم بالطلق للضرار لمرسل يونس وخبر سماعة<sup>(٣)</sup>، واختاره شيخنا لان الطلاق في المرض اضرار كما تعطيه الأخبار.

هذا بالنسبة إلى ارثها له، وأما هو فلا يرثها إلا في العدة الرجعية لصحيتي زرارة وموثقته وغيرها<sup>(٤)</sup>، ويجب الارث للزوجين بمجرد العقد الصحيح وإن لم يدخل بها إذا كان الزوج صحيحاً بالاتفاق والصحاح المشهورة وغيرها، منها صحيح محمد بن مسلم وموثقه وغيرهما<sup>(٥)</sup>.

وإذا طلق واحدة من أربع وتزوج أخرى فاشتبهت المطلقة فللاخيرة ربع الربع أو ربع الثمن والباقي بين الأربع بالسوية، لموثق أبي بصير أو صحيحه<sup>(٦)</sup>، وعمل الأكثر عليها، والحلي أوجب القرعة في استخراج المطلقة بها، وجعله شيخنا الاحوط والصلح عنده حسن، ولو زوج الصغيرين أبواهما أو جدتهما لابويهما توارثا لصحيح أبي عبيدة وغيره<sup>(٧)</sup>.

(١) أبواب ميراث الأزواج ب ١٨، ح ٢ و ٣. (٢) أبواب أقسام الطلاق ب ٢٢ ح ١ و ٨ و ١١.

(٣) أبواب ميراث الأزواج ب ١٤، ح ٧ و ٩. (٤) أبواب ميراث الأزواج ب ١٣، ح ٤ و ٣ و ٥.

(٥) أبواب ميراث الأزواج ب ١٣، ح ٥ و ٩. (٦) أبواب ميراث الأزواج ب ٩، ح ١.

(٧) أبواب ميراث الأزواج ب ١١، ح ١ و ٢.



ولو زوجها غير الأب والجد كان موقوفاً على رضاها عند البلوغ والرشد، ولو مات أحدهما قبل ذلك بطل العقد ولا ميراث.

وكذا لو بلغ أحدهما فرضي ثم مات الآخر قبل البلوغ، ولو مات الذي رضي عزل نصيب الآخر من تركته وتربّص بالحي فان بلغ وانكر بطل العقد ولا ميراث وان أجاز صح، واحلف انه يدعي إلى الرضاء لرغبة في الميراث، ويدل على الشق الأخير صحيح أبي عبيدة<sup>(١)</sup>.

وفي ثبوت ولاية الوصي مطلقاً أو مع نص الموصي أو عليمن بلغ فاسد العقل خاصة إذا كان به ضرورة إلى النكاح أو العدم مطلقاً أقوال أشهرها وأقواها عند شيخنا الأخير فحكمه حكم الفضولي وقد تقدم الكلام في ذلك.

ولا توارث بين المتمتعين مطلقاً على الأشهر لصحيح ثعلبة بن ميمون<sup>(٢)</sup> وحسنة الحسين بن زيد وخبريه وغيرها<sup>(٣)</sup>، والشيخ والمحقق واتباع الشيخ سوى القاضي يتوارثان مع الشرط، واختاره شيخنا لصحيح محمد بن مسلم وصحيح البنظي<sup>(٤)</sup>، وقال القاضي يتوارثان وان شرط عدم الارث لموثق محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> يتوارثان إذا لم يشترطاً.

وحمل عند الشيخ وجماعة على اشتراط الاجل لا اشتراط الميراث واستحسنه شيخنا، وعلى تقدير اشتراط الارث يكون بمنزلة الوصية فيخرج من الثلث كما ذهب إليه جماعة من الاصحاب، والولاء بعد النسب

(١) أبواب ميراث الازواج ب ١١، ح ١ و ٢. (٢) أبواب المتعة ب ١٨، ح ٢.

(٣) أبواب مقدمات النكاح ب ٣٥، ح ١ و ٢.

(٤) أبواب ميراث الازواج ب ١٧، ح ٢ و ٣. (٥) أبواب ميراث الازواج ب ١٧، ح ٢ و ٣.

للاجماع، وآية: ﴿وأولوا الارحام﴾<sup>(١)</sup>، والنصوص المستفيضة كصحيح علي بن يقطين وخبره وصحيح عبد بن سنان وموثقه وغيرها<sup>(٢)</sup>، وما ورد بعكس ذلك كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج وغيره<sup>(٣)</sup>، فمحمول على التقية وهو على طبقات أقربها ولاء العتق.

ويختص الارث [بالعلم] بالمنعم دون المنعم عليه على المشهور، منها صحيح الحلبي: «الولاء لمن أعتق»<sup>(٤)</sup>، وفي بعض ألقاب الأخبار النبوية «انما الولاء لمن أعتق»<sup>(٥)</sup>، خلافاً للصدوق والكاشاني، فجعلوا الولاء مشتركاً بين المعتق والمعتق، ولعله لخبر السكوني: «الولاء لحمة كلحمة النسب»<sup>(٦)</sup> وهو شاذ.

نعم لو دار الولاء توارثاً كما لو أعتق العتق أب المنعم، ويشترط أن يكون العتق تبرعاً على المشهور، لصحيح علي بن رثاب وغيره، خلافاً للبسوط وابن حمزة في عتق أم الولد، ولا مستند له، وفيمن انعتق بالقرابة قهراً سواء ملكه بالاختيار أم لا قولان: فذهب الشيخ [في المبسوط] وجماعة إلى ثبوت الولاء به وهو ظاهر المحقق في الشرائع لموثق سماعة<sup>(٧)</sup>، وحمل على الارث بالقرابة دون الولاء ومورده عند شيخنا العتق على الاستحباب في القرابة التي لا تنعتق، وفي منذور العتق والمعتق في الكفارة قولان، والمشهور العدم، وصحيح أبي بصير يدل على ثبوت الولاء في عتق الكفارات، وحمله الشيخ على ما إذا توأ إلى إليه وضمن جريته.

(١) الاحزاب: ٦. (٢) أبواب ميراث ولاء العتق ب ١، ح ١ و ٥ و ٩.

(٣) أبواب ميراث ولاء العتق ب ١، ح ١٠ و ١١.

(٤) أبواب ميراث ولاء العتق ب ٣، ح ٢. (٥) أبواب ميراث ولاء العتق ب ٣، ح ٢.

(٦) أبواب العتق ب ٤٢، ح ٢. (٧) أبواب ميراث ولاء العتق ب ١، ح ٦.

ويشترط في العتق تبرعاً أن لا يتبرأ من ضمان جريرته حال الاعتاق، فلو تبرأ فلا ولاء للاجماع، لخبر ابن أبي الربيع الشامي ومرسل المقنع<sup>(١)</sup>، وربما حمل عليهما صحيحنا عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> وفي اشتراط الاشهاد بالتبري قولان، فالشيخ وجماعة على الاشتراط، والأكثر على العدم وتضمن الأخبار المذكورة الامر بالاشهاد لا يدل على الاشتراط بل على الوجوب في نفسه أو الاستحباب وهو مذهب المتأخرين قاطبة، والاحتياط لا يخفى.

وإذا فقد المنعم فالميراث لاولاده الذكور خاصة ان كان المعتق رجلاً ثم لعصبته وهي قرابة الأب كالاخوة وأولادهم والاعمام وأولادهم والاجداد للاب وهم الذين يعقلون عنه، وان كان المعتق امرأة فلعصبتها دون بنيتها، كذا في النهاية وكتابي الأخبار وهو للقاضي وابن حمزة وأكثر المتأخرين، وهو أحد الاقوال الخمسة في المسألة للصحاح المستفيضة.

منها صحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٣)</sup> في حكم الرجل وصحيح بريد بن معاوية وغيره<sup>(٤)</sup> في حكم المرأة، ويدل على اختصاص عصبته بالولاء دون الاناث صحيح محمد بن قيس<sup>(٥)</sup> والشيخ في أحد الوصفين من الاستبصار، وفي الخلاف اختار التشريك بين الذكور والاناث في ولاء الرجل لحديث مولى حمزة بين عبد المطلب عليه السلام<sup>(٦)</sup>.

وان كان امرأة فلعصبتها دون ولدها واستدل باجماع الفرقة واخبارهم.

(١) أبواب العتق: ب ٣٦، ح ٢، ب ٣٥، ح ١.

(٢) أبواب العتق ب ٣٨، ح ٢ و ٨. (٣) أبواب العتق ب ٣٩، ح ١.

(٤) أبواب العتق ب ٤٠، ح ٢. (٥) أبواب العتق ب ٤٠، ح ١.

(٦) أبواب ميراث ولاء العتق ب ١، ح ١٠ و ١٣.

والصدوق يرثه أولاد المنعم ذكوراً واناثاً أو متفرقين ذكراً كان المنعم أو امرأة. والعماني يرثه وارث المال مطلقاً. وخامس الاقوال للمفيد ان الولاء لاولاد المعتق دون الاناث ذكراً كان المعتق أو انثى، وإن لم يكن هناك أولاد ذكور ورثه عصبه المعتق، واختار شيخنا الأول للصحيح المستفيضة<sup>(١)</sup>. وهل يورث الولاء كما يورث به؟ قولان، أصحهما العدم للاصل، يوهب ولانه لا يباع ولا يصح اشتراطه في بيع لصحيح العيص بن القاسم<sup>(٢)</sup>، وتظهر الفائدة لو مات المنعم عن ولدين ثم مات أحدهما عن أولاد، ثم العتيق، فعلى المختار يختص الارث بالولد الباقي وعلى الآخر يشاركه أولاد الولد الميقت، وكما يرث المولى عتيقه مع فقد قرابته كذلك يرث أولاد عتيقه مع فقد النسب لصحيح العيص وغيره<sup>(٣)</sup>

ولو تعدد مولى الأب والام فوارث الولد مولى الأب دون الامهات لقوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾<sup>(٤)</sup> ولو كان عتق الأب بعد الام كما هو صريح تلك الرواية انجزّ الولاء من معتق الام إلى معتق الاب، ولو اعتق الجد قبل عتق الأب ففي انجرار الولاء من مولى الجد إلى مولى الام قولان، وعلى القول بالانجرار كما عليه الشيخ.

فلو اعتق الأب بعد العتق الجاري على الجد انجزّ الولاء من مولى الجد إلى مولى الاب، ولو كان أحد الطرفين حراً أصلياً فلا ولاء على الولد لاتباعه بالاشراف، ولو كان معتق الولد معتق الابوين اختص كل بولائه لتقدم مباشرة العتق على عتق الابوين، ولا ينجر ولاء الولد من معتقه على

(٢) أبواب العتق ب ٣٨، ح ١.

(١) أبواب ميراث ولاء العتق ب ١.

(٤) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٣ ح ١.

(٣) المصدر السابق.

تقدير فقده وفقد عصبته إلى معتق أبويه لاختصاص الانجرار من الضعيف إلى القوي، نعم لو حملت به بعد العتق وكان أبوه رقاً فوله الولد لعتق الام، كذا قالوا، ولا مستند سوى الشهرة.

وإذا فقد قرابة المولى يرثه مولى المولى فان عدم قرابة مولى المولى على تفضيل قرابة المولى، فان فقد الجميع فمعتق أب المعتق ثم معتق هذا المعتق وهكذا كالاول. وإذا فقد ولاء العتق أصلاً فوله ضامن الجريرة فانه يرث المضمون من دون عكس، فلا يرث المضمون الضامن إلا أن يتعكس الضمان فتكون الضمانة من الطرفين بالاجماع والنصوص المستفيضة، كصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>، وهذا العقد يفتقر إلى ايجاب وقبول، وفي لزومه أو جوازه إلا أن يعقل فيلزم عنه قولان، أحدهما الجواز وهو للشيخ في المختلف وابن حمزة، والآخر للحلي وأكثر المتأخرين منهم شيخنا، ولا يتعدى الارث من الضمان إلى أقاربه وورثته فاذا عدم الضامن كان الميراث للإمام للصالح<sup>(٢)</sup>،

منها صحيح بريد العجلي<sup>(٣)</sup> وهو آخر طبقات الولاء، فان الإمام وارث من لا وارث له باجماعنا. وفي الاستبصار جعل الارث بعد الضامن لبيت المال كما عليه العامة لخبري سليمان بن خالد وأبي بصير<sup>(٤)</sup>، والمحقق الخواجة نصير الدين محمد بن محمد الطوسي جعل بين ولائي الضامن والإمام ولائين آخرين: ولاء من أسلم على يده كافراً بارشاده فوله

(١) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٣ ح ١. (٢) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٣ ح ٤.

(٣) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ١ ح ١.

(٤) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٤ ح ٨ وب ٣ ح ٩.

الكافر له، وورثه إذا لم يكن له وارث مسلم كما في خبري السكوني ومسمع<sup>(١)</sup>، وفيهما ضعف، والآخرون ولاء مستحق الزكاة إذا كان الميت عبداً مشترى من مالها لفقد المستحق كما في موثق عبيد بن زرارة: «يرثه الفقراء المؤمنون الذين يستحقون الزكاة»<sup>(٢)</sup>. وبه قال الشيخ والصدوقان والحلي وأكثر الأصحاب، واختاره شيخنا، ويدل عليه أيضاً صحيح أيوب بن الحر<sup>(٣)</sup>، ومال الإمام يقسم حال غيبته في الفقراء والمساكين لخبر خلاد السندي ومرفوعة السري ومرسلة داود<sup>(٤)</sup>، وفي المقنعة يحفظ له بالوصاية والدفن إلى حين حضوره، والمختار عند شيخنا الأول لما تقدم، ولصحيحتي محمد بن مسلم والحلي وغيرهما<sup>(٥)</sup>، بل يجوز عنده لمطلق الشيعة وإن كانوا أغنياء، وبه أخبار كثيرة إلا وأن الاحتياط عنده مطلوب ومع تعذر الحاكم فلا يبعد الاكتفاء فيه بعدول المسلمين.

(١) أبواب أبواب جهاد الحروب ب ١٠ ح ١.

(٢) أبواب المستحقين للزكاة ب ٤٣ ح ٢. (٣) أبواب المستحقين للزكاة ب ٤٣ ح ٣.

(٤) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٤ ح ١ و ٢ و ٣.

(٥) أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٢ ح ١ و ٣.

## فصل في موانع الارث واللواحق

الكفر يمنع الارث من المسلم، والخوارج والغلاة والناصبية كفار وان حكم باسلامهم العام، كما نص عليه غير واحد من المتأخرين، واختاره شيخنا، وهذا الحجب ثابت بالاجماع والنصوص كحسن جميل وهشام بن سالم وصحيح محمد بن قيس وغيرها<sup>(١)</sup>.

وأما ما جاء من نفي التوارث بين ملّتين على الاطلاق مثل موثق حنان<sup>(٢)</sup> فمحمول على نفي التوارث من الجانبين لا من كل وجه، فلو كان للكافر وارث مسلم وكافر لم يشتركا بل يمنع المسلم الورثة الكافرين وان كانوا أقرب إلى الميت باجماعنا، والنصوص.

كصحيح أبي بصير وابراهيم بن عبد الحميد في نصراني أسلم ثم رجع إلى النصرانية ثم مات قال: «ميراثه لولده النصراني»<sup>(٣)</sup> فهو شاذ، وان افتى به في المقنع، [أبي بصير ومرفوعة جعفر بن محمد بن رباط وخبر الحسن ابن صالح<sup>(٤)</sup>] وإذا لم يكن للمسلم وارث سوى الكفار ورثه الإمام كما في النصوص<sup>(٥)</sup>.

(١) أبواب موانع الارث ب ١ ح ١٤ و ١٨ و ١٧.

(٢) أبواب موانع الارث ب ١ ح ٢٠. (٣) أبواب موانع الارث ب ٦ ح ١ وب ٣ ح ١.

(٤) أبواب موانع الارث ب ٣ ح ١ وب ٥ ح ١ وب ١ ح ٢.

(٥) أبواب موانع الارث ب ١ ح ١٤ و ١٨ و ١٧.

منها صحيح أبي بصير وصحيح سليمان بن خالد<sup>(١)</sup>، وما في مرسل ابراهيم بن عبد الحميد: «في نصراني أسلم ثم رجع إلى النصرانية ثم مات قال: ميراثه لولده النصراني»<sup>(٢)</sup> وهو شاذ وان أفتى به في المقنع. ولو أسلم الوارث قبل القسمة ورث لصحيح ابن مسكان وغيره<sup>(٣)</sup>، إلا مع اتحاد الوارث لفقد القسمة حينئذ كانت العين تالفة أو باقية خلافاً للاسكافي في الثاني، والشيخ وجماعة ان كان الوارث الواحد الإمام ورث هذا المسلم وحجب الإمام لصحيح أبي بصير<sup>(٤)</sup> والعلامة في الارشاد، وظاهر المبسوط يشترط عدم نقل التركة إلى بيت مال الإمام وإلا فلا ميراث له.

وربما يلحق بالامام في هذا التفصيل الزوج والزوجة [وللشيخ في النهاية والقاضي قول بالرد على الزوج، ومع ذلك يشاركهما المسلم ونصره المحقق في النكت هذا إذا قسم الكل] ولو قسم البعض ورث مما لم يقسم، ولو كان ورثة الكافر الميت أولاده الصغار فالمشهور بين القدماء انه ينفق من التركة عليهم إلى أن يبلغوا فان اختاروا الإسلام ورثوا وإلا منعوا لخبر مالك بن أعين<sup>(٥)</sup> خلافاً لاكثر المتأخرين فانهم يحجبون بوجود وارث مسلم وان بعد، وحملوا الرواية على الاستحباب، والمشهور ان المسلمين يتوارثون وان اختلفوا في المذاهب، والكفار يتوارثون وان اختلفوا في النحل لان كلاً من الإسلام والكفر ليس ملة واحدة، [لانه «لا توارث بين ملتين»]<sup>(٦)</sup> كما في الأخبار الكثيرة، خلافاً للحلي، فيرث كفار ملتنا غيرهم من الكفار، ولا يرثهم الكفار، قال: فالمجبر

(٢) أبواب موانع الارث ب ٦ ح ١.

(١) أبواب موانع الارث ب ٣ ح ٦.

(٤) أبواب موانع الارث ب ٣ ح ١.

(٣) أبواب موانع الارث ب ٣، ح ٢ و ٣.

(٦) أبواب موانع الارث ب ١ ح ٢٠.

(٥) أبواب موانع الارث ب ٢ ح ١.



والمشبه وجاحد الإمامية لا يرثون المسلم.  
وعن المفيد: يرث المؤمن أهل البدع من المرجئة والمعتزلة والحشوية الذين تساهلوا في العقائد، ولا يرث هؤلاء الفرق مؤمناً لأنه لا توارث بين ملتين. وهذا هو المنطبق على المشهور لان هؤلاء الفرق كفار ولو بالتأويل، واختاره شيخنا ففي رواية أبي العباس البقباق: «ان المسلم يرث الكافر والكافر لا يرث المسلم»<sup>(١)</sup> إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة. والرق يمنع الارث والايراث من الطرفين للصالح الكثرية.

منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين القن والمكاتب والمدير وأم الولد، وان اعتق قبل القسمة ورث لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٣)</sup>، إلا مع اتحاد غيره الوارث، والمبعض يرث ويورث من نصيبه بقدر ما فيه من الحرية بلا خلاف، واستفاض أخبارنا به في المكاتب، منها صحيحنا محمد بن قيس<sup>(٤)</sup>.

وفي كيفية الارث منه بنسبة الحرية وجهان، أصحهما أنه يورث جميع ما يملكه بنصف الحر لان مالك الباقي قد استوفى نصيبه بحق الملك، ولو انحصر الوارث في المملوك اشترى من التركة واعتق واعطي بقية المال، يقهر المالك على بيعه باجماعنا والنصوص المستفيضة في الابوين وهما محل الاجماع، فمنها صحاح سليمان بن خالد [وصحيحنا عبدالله بن سنان] وصحيحنا جميل بن دراج<sup>(٥)</sup>.

أما في غيرهما من الأولاد وسائر الاقارب والزوجين فأقوال: أحدها: الاقتصار على الابوين، والثاني: الفرق بين النسب والسبب، فيجزى في

(١) أبواب موانع الارث ب ١ ح ١٥. (٢) أبواب موانع الارث ب ١٦ ح ١.  
(٣) أبواب موانع الارث ب ١٦ ح ١. (٤) أبواب موانع الارث ب ١٩ ح ١.  
(٥) أبواب موانع الارث ب ٢٠ ح ١ و ٧ و ١٠ و ٢ و ٦ و ٤.

النسب دون السبب، وثالثها: وهو أصحابها عند شيخنا وأشهرها - اجراء ذلك مع كل وارث لدلالة حسن بن جميل وصحيحه وغيره<sup>(١)</sup> على حكم الأولاد ومرسل ابن بكير<sup>(٢)</sup> على سائر الاقارب، وصحيح سليمان بن خالد<sup>(٣)</sup> على الزوجة والزوج أولى منها.

ولو تعدد الوارث المملوك فكالمتحد في وجوب شراء الجميع والعق وخبر إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup> فلو قصرت التركة عن الجميع ووفت ببعضهم، فهل يفك البعض أم لا؟ قولان: ولو قصر المال عن ثمن الوارث فهل يفك بما وجد ويسعى في الباقي أم يكون الميراث للامام؟ قولان، أقواهما الأول عند الكاشاني وجماعة، وأشهرها الثاني فتوى ورواية وهو مختار شيخنا. فعلى القول بالتبويض في الواحد فلو كان الوارث المملوك متعدداً اشترى من كل واحد جزء بحسب سهمه، وعلى المشهور يحتمل فك واحد بالقرعة، والأشهر هو العدم.

ولو انحصر الوارث في البعض اشترى ذلك الجزء من الرق من تركته واعتق وورث الجميع، ولا يمنع هنا من بيع أم الولد لانها داخله في عموم هذه الأخبار، وهل يكفي شراؤه عن الاعتراف أم يتوقف على العتق بعده؟ وجهان ظاهر الأخبار وأكثر كلمات الاصحاب هو الثاني<sup>(٥)</sup>. والقتل يمنع الارث ان كان عمداً ظلماً لصحيح محمد بن قيس وموثقته وغيرها، وان كان بحق لم يمنع بلا خلاف لخبر حفص بن غياث<sup>(٦)</sup> والاجماع.

وفي قتل الخطأ أقوال ثلاثة: أولها: عدم المنع مطلقاً، وثانيها: المنع مطلقاً، وثالثها: المنع مع الدية خاصة، والأشهر في الرواية عدم المنع مطلقاً

(١) أبواب موانع الارث ب ٢٠ ح ٤ و ٥. (٢) أبواب موانع الارث ب ٢٠ ح ٣.

(٣) أبواب موانع الارث ب ٢٠ ح ١٠. (٤) أبواب موانع الارث ب ٢٠ ح ٨.

(٥) أبواب موانع الارث ب ٨ ح ٢ و ٤. (٦) أبواب موانع الارث ب ١٢ ح ١.

لصحيح عبدالله بن سنان وصحيحتي محمد بن قيس وغيرها<sup>(١)</sup>.  
وحجة المنع مطلقاً وهو للعماني خبر الفضيل بن يسار<sup>(٢)</sup> وهما  
ضعيفان، وحجة الفضل خبر عمر بن شعيب عن أبيه عن جده وهو عامي،  
وعموم «لا ميراث للقاتل»<sup>(٣)</sup>.

كما في صحيح هشام بن سالم<sup>(٤)</sup> مخصوص بالعمد، لصحيح عبدالله بن  
سنان، وصحيحتي محمد بن قيس<sup>(٥)</sup> ومع ذلك فالقول بالتفصيل كما هو  
المشهور لا يخلو من قوة لما فيهن الجمع بين الأخبار كما قاله المفيد،  
وفيه الاحتياط وان كان الأقوى عند شيخنا المنع نظراً إلى الأدلة، كما  
هو مذهب سلار والمفيد فيحد قوله، والمسلم لا يرث بالسبب الفاسد،  
ويرث بالنسب بالشبهة كما يرث بالنسب الصحيح بلا خلاف للحوق  
أحكام النسب بها شرعاً.

وأما ما نكر من المحرمات من أهل الذمة لشبهة دينه، فيرث  
بالنسب والسبب جميعاً على الاصح وفاقاً للشيخ ابن حمزة وسلار  
وابن زهرة واكثر الاصحاب لخبر السكوني<sup>(٦)</sup>، وفي مرسل التهذيب:  
«كل قوم أتو بشئٍ لزمهم حكمه»<sup>(٧)</sup> وفي معناه خبر بن سنان وغيره<sup>(٨)</sup>  
خلاف ليونس ابن عبد الرحمن واختارها الحلبي والحلي والمفيد والعلامة  
في المختلف، فلا يرث بذلك مطلقاً، وللفضل بن شاذان يرث بالنسب دون  
السبب كالمسلم، ونقله المحقق عن المفيد واستحسنه، وان عارفاً اثنان  
توارث ولا يكلفان البينة لصحيحتي عبد الرحمن بن الحجاج وخبره

(١) أبواب موانع الارث ب ٩ ح ٢ و ١.

(٢) أبواب موانع الارث ب ٧ ح ١.

(٣) أبواب موانع الارث ب ٩ ح ٢ و ١.

(٤) أبواب موانع الارث ب ٩ ح ١.

(٥) أبواب موانع الارث ب ١ ح ٣.

(٦) أبواب موانع الارث ب ٩ ح ٣.

(٧) أبواب موانع الارث ب ٧ ح ١.

(٨) أبواب ميراث المجوس ب ١ ح ١.

(٩) أبواب ميراث المجوس ب ٢ ح ١.

وصحيح الاعرج وغيرها<sup>(١)</sup>، إلا إذا كانا معروفين بغير ذلك النسب، والشيخ وأحد قوليهِ وجماعة من متأخري المتأخرين تكلف الام بالبينه عند الولادة لامكان اقامتها عليها وهو ضعيف لان الصحاح المقدمه وغيرها، وردها إلا من غير استعضال.

ولد الملاعنة لا يرثه أبوه ولا أحد من جهته ولا يرث أباه وأحداً من جهته. نعم اعترف الوالد بعد للعان الحق به ورثه الولد، وهو لا يرثه للنصوص المستفيضة كصحيح الحلبي وموثقتي ابن بصير وغيرها<sup>(٢)</sup>، وهل يتعدى أرثه أقارب أبيه؟ الأكثر لا خلافاً للحلبي والأخبار لا تساعد. ويرث أمه وأقاربها اجماعاً ونصاً لانطباق أكثر النصوص على ذلك [وثبوت نسبه اليها شرعاً كما] يرث أقاربها؟. [و] يرثونه على الاصح وللنصوص المستفيضة.

منها صحيح منصور وصحيح عبد الرحمن البصري وغيرها<sup>(٣)</sup> وأما ما دل على أنه لا يرث إلا أمه ولا يرث أقاربها إلا أن يعترف به الأب ويرجع عن اللعان كحسنة الحلبي وخبر أبي بصير<sup>(٤)</sup> كما اعتمده في الاستبصار فمتروك. وكذا ما دل على أن ابن الملاعنة انما ترث أمه الثلث والباقي لامام المسلمين كصحيح الحذاء وصحيح زرارة<sup>(٥)</sup> فمتروك أيضاً، وولد الزنا من الطرفين لا يرث أحداً من والديه وأقاربهما ولا يرثونه لحصيتي الحلبي وغيرهما<sup>(٦)</sup>، ولو كان الزنا من أحد الطرفين ثبت له الارث من

(١) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٩، ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ١ ح ١ و ٧ و ٨.

(٣) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ١ ح ٣ و ٦ و ٤.

(٤) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ١ ح ١ و ٨.

(٥) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٣ ح ٣ و ٤.

(٦) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٨ ح ١ و ٢.

جهته الصحيحة، ولو بالشبهة وانتفى من جهته الفاسد أياً كان أو أما على المشهور.

وعند الصدوق والاسكافي انه كولد الملاعنة فيرث أمه وأقربائها دون أبيه وأقاربه لخبري يونس بن عبد الرحمن، وإسحاق بن عمار<sup>(١)</sup>. ولا توارث بين اللقيط والملتقط بسبب الالتقاط بلا خلاف لخبر إسحاق السبيعي<sup>(٢)</sup> ولا بين من وطئ أمه مع أبيه غيره في طهر واحد وبين أبيه عنه جماعة منهم الشيخ في النهاية فينفق عليه أبوه يعزل له من المال قدر ما يتقوى به لصحيح عبدالله بن سنان وصحيح حريز وحسنه سعيد بن يسار وغيرها<sup>(٣)</sup>، خلافاً للمشهور، واختاره شيخنا لان «الولد للفراش وللعاهر الحجر» كما تضمنه الخبر المتواتر<sup>(٤)</sup>، وتلك الأخبار مختلفة الدلالة.

ومن كانت أمه أمة مشتركة قد وطأها الشريكان معاً في طهر واحد وأتت بولد فتداعياها واقرع بينهما لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup> وارث الحمل مشروط بخروجه حياً، والمعتبر في الحياة الحركة البينة لصحيح الفضيل ابن يسار<sup>(٦)</sup> وغيره، فلا اعتبار بالتخلص، وفي اشتراط استقرار الحياة قولان، المشهور عدم الاشتراط لصحيح ربعي وحسنه وغيرهما<sup>(٧)</sup>. وأما موثق عبدالله بن سنان: «لا يرث من والديه شيئاً حتى يصيح ويسمع صوته»<sup>(٨)</sup> فلا ينافي ذلك عند الكاشاني لاختصاصه بها عنده وهو مذهب العامة، والشيخ حمله على التقية وهو حسن عند شيخنا، ولا يشترط

(١) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٨ ح ٦ و ٩.

(٢) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ١١.

(٣) أبواب نكاح العيب ب ٥٥ ح ١ و ب ٥٦ ح ٣ و ٢.

(٤) أبواب نكاح العيب ب ٥٦.

(٥) أبواب نكاح العيب ب ٥٧ ح ٤.

(٦) أبواب نكاح العيب ب ٥٧ ح ٢.

(٧) أبواب ميراث الخنثى ب ٧ ح ٣.

(٨) أبواب ميراث الخنثى ب ٧ ح ١.

تحقق حياته عند موت المورث بل خلاف لعموم النصوص.  
 نعم يشترط العلم بوجوده عند الموت بأن تلده بما دون ستة، وإذا مات  
 وعليه دين فإن استوعب التركة لم ينقل إلى الوارث وإلا يكون مستوعباً  
 لها وانتقل ما فضل عند الأكثر لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو  
 دين﴾<sup>(١)</sup>، وللأخبار الواردة في تفسيرها<sup>(٢)</sup> والشيخ وجماعة: بل ينتقل إليه  
 مطلقاً بالموت وإن منع من التصرف إلى أن يوفي الدين لظاهر الأخبار  
 المرتبة للتركة «الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث»<sup>(٣)</sup>.

ويرجحه صحيح البنظي وموثق الحلبي<sup>(٤)</sup> واختاره شيخنا والشيخ  
 يوسف، وتظهر الفائدة في النماء المتخلل على تقدير الاستيفاء، فعلى  
 المشهور يكون كأصله، وعلى الثاني للورثة، وفي جواز وفاء ذلك الدين  
 من غير التركة، ولو كانت مماثلة على الثاني بخلاف الأول.

الدية في حكم مال المقتول يرثها الوارث جميعاً ويقضي منها الديون  
 وتخرج منها الوصايا عند جماعة بل هو المشهور لعموم الكتاب<sup>(٥)</sup>،  
 ولخصوص خبر إسحاق بن عمار ورواية أبي عمير والعبيدي<sup>(٦)</sup> خلافاً  
 لآخرين كالشيخ في النهاية وابن البراج والحلي وابن حمزة والمحقق  
 فانهم منعوا منها المتقرب بالام لصحيح سليمان بن خالد وصحيح محمد  
 بن قيس<sup>(٧)</sup>. والأولى عند شيخنا قصر الحكم على الاخوة من الام كما هو  
 ظاهر الدروس، واستجوده في المسالك، وقال في موضع من الخلاف: لا  
 يرث منها المتقرب بالاب وحده، أيضاً كالمقرب بالام، ولا مستند له.

(١) النساء: ١١ و ١٢.

(٢) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٨ ح ١.

(٣) أبواب أحكام الوصايا ب ٢٩ ح ١ و ٢.

(٤) أبواب موانع الارث ب ١٤ ح ١.

(٥) النساء: ١١ و ١٢.

(٦) أبواب موانع الارث ب ١٠ ح ١ و ٤.

(٧) انظر تفسير البرهان: ٤١/٣ و ٤٧.

وقيل لا يصرف منها في الدين، ويدفعه صحيح يحيى الازرق وموثقته وروايته وغيرها<sup>(١)</sup>.

ولا فرق بين قتل العمد والخطأ في ذلك، وقيل يختص بالخطأ وليس بشئ بعد ورود الأخبار الصريحة الصحيحة الشاملة للامرين بل هي في العمد أظهر، ولهذا لو كان القتل عمداً وأراد الوارث الاقتصاص فهل للديان منعه منه إلى أخذ الدية؟ الأشهر، لا والشيخ في كتابي الأخبار «نعم»، لخبر أبي بصير وخبر يونس بن عبد الرحمن وخبر علي بن حمزة<sup>(٢)</sup>، وهذا الخبر في مذهب المشهور أنسب.

والرجل المرتد عن فطرة الإسلام وهو من تخلق واحد أبويه مسلم تقسم تركته من حين ارتداده سواء قتل أم لا، بلا خلاف لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٣)</sup>، وأما المرأة فلا تقتل حتى تستتاب، فان أبت تحبس وتضرب ويضيق عليها، ولا خلاف في ذلك كله سوى الفطري عند الاسكافي [فانه كالملكي لا بد من استتابته]، وأما عدم قبولها مطلقاً في الفطري فهو المشهور لاطلاق الأخبار والحق عند شيخنا قبولها فيما بينه وبين الله جمعاً بين الادلة والمفقود.

ولا تقسم تركته حتى يتحقق موته بقيام البينة أو شياع موته بحيث يبلغ إلى حد العلم وزاد المشهور، سيما المتأخرين [أو تنقضي مدة لا يعيش مثلها اليها عادة غالباً]، وقدّرت عند الأكثر بمائة وعشرين سنة واستظهر في المسالك الاكتفاء في زمانه بمائة، ولا دليل على التقدير، ولكنه يوافق الاصل من بقاء الحياة.

وعلى القول بالتقدير لا يشترط حكم الحاكم بموته، وعند الصدوق

(١) أبواب الدين والقرض ب ٢٤ ح ١. (٢) أبواب القصاص في النفس ب ٥٩ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب موانع الارث ب ٥ ح ٥ و ٦.

والسيد والحلي ان الغائب الذي لا يعلم خبره يطلب أربع سنين في الجهات الأربع على يد الحاكم الشرعي بأمر الثقات بذلك، فان لم يوجد له خبر قسّمت أمواله لاعتداد زوجته على هذا الوجوده عدة الوفاة اجماعاً كما تقدم، وهذا دليل على الحكم بموته شرعاً.

وعصمت الزوج أشد من عصمة الأموال كما دلت عليه النصوص، ولموثق إسحاق بن عمار<sup>(١)</sup>، والاسكافي عشر سنين من غير قيد الطلب بشرط انقطاع خبره، وقليل فيمن شهدت هزيمته في العسكر وقتل أكثر من كان فيه أربع سنين، وبدون ذلك لا بدّ من العشر، واحتج على العشر برواية علي بن مهزيار<sup>(٢)</sup> وفيه نظر، وكذلك ما قاله المفيد من أنه يقسم ماله وارثه المليّ من ضمانهم له لموثق إسحاق بن عمار<sup>(٣)</sup> وفيه اجمال يوجب الاحتمال، وقول السيد سيد الاقوال عند شيخنا والكاشاني والشيخ يوسف [و] قواه في الدروس، وان كان المشهور أحوطها.

والمفهوم من كلام الاصحاب ان كل من لم تعلم حياته ولا موته وإن لم يكن في سفر أو غيبة ترتبت عليه هذه الأحكام من الارث وغيره، والمفهوم من الأخبار عند شيخنا هو أنه متى سافر إلى ناحية أو صقع وانقطع خبره ترتب عليه ما أمر به من الطلب كما في صحيح بريد العجلي وغيره<sup>(٤)</sup>، ومن هنا ذهب الشيخ أحمد الجزائري والشيخ يوسف في الحدائق إلى ان من حصل العلم العادي بعدم حياته فانه يجوز نكاح زوجته وإن لم ترفع أمرها إلى الحاكم.

ومثله قسمة ماله وميراثه لان المفقودين في البحور من كثرة المترددين في السواحل المحيطة بموضع الغرق محصل للعلم بهلاكهم بل هو أقوى

(١) أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٥. (٢) أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٧.  
(٣) أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٦. (٤) أبواب أقسام الطلاق ب ٢٣ ح ١ و ٢.



من العلم بالشاهدين، وكذا المفقود في المفاوز من شدة الحر والبرد مع احاطة الدوران بأطراف ذلك المكان، ولم يأت مخبر عنه مع كثرة المترددين. وكذا المفقود في المغارات العظام فانه لا يحتاج إلى التأجيل أربعة أعوام لان ذلك انما هو في المفقود الذي دلت عليه مفاهيم الأخبار، وإذا اقترن موت المتوارثين أو اشتبه المتقدم فلا أرث، لرواية عبدالله بن ميمون القداح<sup>(١)</sup>، إلا في الغرقى والمهدوم عليهم مع الاشتباه، فانه يرث كل منهم صاحبه، فيفرض تارة تأخر موته ليرث من صاحبه، وتارة تقدمه عليه ليرث صاحبه منه.

وهذا الاستثناء بالاجماع والنصوص كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج وصحيح عبيد بن زرارة وغيرها<sup>(٢)</sup>، وألحق بهما الاسكافي والحلي، وظاهر الفقيه: ما سوى حتف الانف من الاسباب الموجبة للاشتباه كالحرق والقتل والتدخين ونحوها، لغلبة الاشتباه. وهو قياس محض مع ان الحكم على خلاف القياس فلا يتعدى عنه إلى غيره إلا بدليل، وسيما إذا يرث أحدهم ما ترك صاحبه خاصة دون ما ورثه من الآخر عند الأكثر. فلو كان لاحدهم مال دون الآخر انتقل المال إلى من لا مال له، ومنه

إلى وارثه الحي، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج ومرسلة حمران بن أعين<sup>(٣)</sup> خلافاً للمفيد والديلمي فيما لو لم يكن لاحدهما مال فانه يورث مما ورث من الأوّل عندهما لورود تقديم الاقل نصيباً على الأكثر نصيباً كما في صحيح عبيد بن زرارة وخبر محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٤)</sup>. جعل

(١) أبواب ميراث الغرقى والمهدوم ب ٥ ح ١.

(٢) أبواب ميراث الغرقى والمهدوم ب ٢ ح ١ وب ٦ ح ٢ و ١.

(٣) أبواب ميراث الغرقى والمهدوم ب ٢ ح ١ وب ٣ ح ٢.

(٤) أبواب ميراث الغرقى والمهدوم ب ٦ ح ٢ وب ٤ ح ٣.

التقديم تعبدًا مع ان في رواية محمد بن أبي حمزة وعبد الرحمن بن الحجاج<sup>(١)</sup> ما ينفي ذلك الترتيب، وفيه تصريح بالمذهب المشهور، واختاره شيخنا.

ويشترط في التوارث ان تكون الموارثة دائرة بينهما بمعنى ان كل واحد منهما يرث من الآخر، وفي المختلف ولو بمشاركة غيره. وهذا الشرط مختلف فيه إلا أن المشهور اعتباره. ولو غرق أخوان، ولكل منهما ولد فانه لا توارث بينهما، أما لو كان الولد لاحدهما خاصة دون الثاني، وليس للثاني وارث إلا أخوة ذي الولد فان المشهور عدم توريث الاخ واختصاص الميراث بغيره. وان كان أبعد لعدم ثبوت بقائه بعد أخيه الذي هو شرط في الارث، وظاهر الفاضل الخراساني، وقبله المولى الاردبيلي المناقشة في ذلك بجواز ادخال ذلك في المسألة، وجزم به شيخنا. ولا تجوز البراءة عند السلطان من أرث الولد وجريرته، ولا يوجب ذلك نفي الميراث بينهما في المشهور خلافاً للشيخ في النهاية فميراث الولد عنده لعصبة أبيه دون امه لخبري يزيد بن خليل وأبي بصير<sup>(٢)</sup> وهما شاذان.

(١) أبواب ميراث الفرقى والمهدوم ب ١ ح ٢ و ١.

(٢) أبواب ميراث ولد الملاعنة ب ٧ ح ٢ و ٣.

## فصل في تفصيل السهام وكيفية الاقتسام

قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾<sup>(١)</sup>، وقال: ﴿إِن أَمْرُهُ هَلَكَ﴾<sup>(٢)</sup> الآية.

والفروض ستة: الأول: الثلثان، وهو فرض البينتين فصاعداً، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾<sup>(٣)</sup>، والاختين فصاعداً لآبِ وَأُمِّ أَوْ لآبٍ مَعَ فَقْدِ الْإِخْوَةِ، لقوله: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾<sup>(٤)</sup>.

والثاني: النصف، وهو فرض البنت الواحدة لقوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾<sup>(٥)</sup> والاخت الواحدة لآبِ وَأُمِّ أَوْ لآبٍ، لقوله: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرُهُ هَلَكَ وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾<sup>(٦)</sup>، والزوج مع عدم الولد لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾<sup>(٧)</sup>.

والثالث: الثلث، وهو فرض الام مع عدم من يحجبها من الولد والاخت،

(١) النساء: ١٧٦.

(١) النساء: ١١.

(٢) النساء: ١٧٦.

(٣) النساء: ١١.

(٣) النساء: ١٧٦.

(٥) النساء: ١١.

(٤) النساء: ١٧٦.

(٦) النساء: ١٢.

لقوله: ﴿فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث﴾<sup>(١)</sup>، وفرض الأكثر من الواحد من ولد الام، لقوله: ﴿فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فيه الثلث﴾<sup>(٢)</sup>.

والرابع: الربع، وهو فرض الزوج مع وجود الولد، لقوله: ﴿فان كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن﴾<sup>(٣)</sup>، والزوجة وأكثر مع عدمه لقوله: ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد﴾<sup>(٤)</sup>.

والخامس: السدس، وهو فرض الأب مع وجود الولد والام المحجوبة بالولد والاخوة، لقوله: ﴿ولا يويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد﴾<sup>(٥)</sup>، ثم قال: ﴿فان كان له أخوة فلامه السدس﴾<sup>(٦)</sup>، والواحد من كلاله الام هو الاخ والاخت من الام خاصة، لقوله: ﴿وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس﴾<sup>(٧)</sup>.

والسادس: الثمن، وهو فرض الزوجة فأكثر مع وجود الولد، لقوله تعالى: ﴿فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾<sup>(٨)</sup>.

وقد استفاضت الأخبار بهذه القسمة أيضاً سيما الأخبار النافية للعول، ففيها «ان الفرائض لا تعول على أكثر من ستة»<sup>(٩)</sup>، وقد علم مما تقرر كون أصحاب الفروض الستة ثلاثة عشر، وإذا اعتبرنا تعدد الابوين صارت أربعة عشر وللأب مع عدم الولد ما بقي بعد نصيب الام، وهو

(١) النساء: ١١.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) النساء: ١١.

(٤) النساء: ١٢.

(٥) النساء: ١١.

(٦) النساء: ١٢.

(٧) أبواب موجبات الارث ب ٦ ح ١.

الثالث أو السدس لوجود الاخوة وأحد الزوجين لانه هنا لا فرض له. والأولاد إذا كان فيهم ابن انتفى الفرض عن الاناث ﴿للمذكر مثل حظ الانثيين﴾<sup>(١)</sup> كما هو صريح الكتاب، والأخبار وللمتقرب بأحد الابوين ممن لا فرض له نصيبه، أو نصيب من يتقرب به إليه لآية: ﴿وأولوا الارحام﴾<sup>(٢)</sup>، لكن المتقرب بالاب والابوين يقتسمون للمذكر مثل حظ الانثيين، والمتقربون بالام يقتسمون بالسوية وإذا احتجت الكلالات الثلاث سواء كانت أخوة واعماماً واخوئاً وكذلك أولادهم سقط المتقرب بأب في جميع الصور. والمتقرب بالام من الاخوة أولادهم من عدمهم السدس ان كان واحداً والثالث ان كان أكثر بالسوية، وما بقي من يتقرب بهما او بالاب مع عدمه بالفاضل، والمتقرب بهما من الاعمام والاقوال أولادهم مع عدمهم الثالث. ولو كان واحد ومع الاجتماع يقتسمون بالسوية وللمتقرب بهما أو بالاب مع عدمه من الاعمام بالتفاضل من الاقوال بالسوية في المشهور. كل ذلك للنصوص خصوصاً في بعض وعموماً في آخر.

[وان اختلفت احدى القرائن بأن يكون بعضها منجهة أم من يتقربون به، وبعضها من جهة أبيه كان للذي يتقرب بالام السدس ان كان واحداً، والثالث ان كان أكثر، والباقي لمن يتقرب بالاب] والجد والجدة من كل جهة كالاخ والاخت من تلك الجهة، وأكثر هذه الأحكام مجمع عليه منصوص به في القرآن والأخبار المفسرة لتلك الآية، وبعضها مستنبط منها بالنظر والاستدلال ولا خلاف يعتد به إلا في مواضع نذكرها.

والمشهور ان لاولاد الأولاد نصيب آبائهم، للصالح منها صحيح البجلي وصحيح سعد بن أبي خلف<sup>(١)</sup>، ومقتضاهما انهم يتلفون سهام آبائهم فتأخذ بنت الولد الثلثين، وولد البنت الثلث، وكذلك موثق إسحاق بن عمار وحسن الحلبي<sup>(٢)</sup>، خلافاً للسيد والحلي وجماعة، واختاره شيخنا الشيخ يوسف، فيقتسمون تقاسم الأولاد من غير اعتبار من تقربوا به لدخولهم في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾<sup>(٣)</sup> ولا يخلو من قوة عند الكاشاني والشهيد الثاني.

ويرد عليهم عند شيخنا تبعاً للمشهور ان الظاهر من صحيحتي عبد الرحمن بن الحجاج، وصحيحة سعد بن أبي خلف<sup>(٤)</sup> من قيامهم مقامهم تنزيلهم منزلتهم لو كانوا موجودين مطلقاً لا في أصل الارث خاصة، وعلى كل من القولين يقتسم كل من أولاد الابن والبنت نصيبهم للذكر مثل حظ الانثيين، كما هو مقتضى اطلاق الآية على المشهور.

واختاره شيخنا لرواية زرارة<sup>(٥)</sup> وخبر الدعائم<sup>(٦)</sup>، وخالف في ذلك القاضي تبعاً لبعض القدماء، فقال باقتسام أولاد البنت نصيبهم بالسوية لتقربهم بالانثى وهو شاذ منقوض بموافقته للقوم في اقتسام أولاد الاخت للابوين أن للاب بالتفاوت اجماعاً [مع ان الآية انما وردت في الاخوة نفسهم لا في أولادهم].

(١) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب٧ ح ٣ و ٢.

(٢) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب٧ ح ٢.

(٣) النساء: ١١. (٤) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب٧ ح ١ و ٣.

(٥) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب١٨ ح ٣.

(٦) المستدرک: أبواب ميراث الابوين والأولاد ب٦ ح ٣.

[والمشهور ان للخال والخاله المفتردين مع العم والعمة الثلث، لانهم يأخذون نصيب الام ونصيب الام ذلك، فيقتسمون بالسوية، ولصحيح أبي بصير وصحيح محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(١)</sup> خلافاً للصدوقين وجماعة منهم العماني والمفيد والقطب الكندري ومعين الدين المصري فالسدس ومع التعدد فالثلث، كأنهم ألحقوه بالكلالة وهو ضعيف جداً، وكذا الكلام في الجد والجدة للاب على المشهور، وفيه أقوال أخر منها قول العماني، وقبله الفضل بن شاذان انه إذا اجتمع جدة أم أم وجدة أم أب فلام الام السدس ولام الأب النصف والباقي يرد عليهما بالنسبة، ومنها قول فان للجد من الام مع الجد للاب أو الاخ للاب السدس والباقي للجد للاب أو الاخ].

ومنها قول الفضل أيضاً فيمن ترك جدته أم أمه وأخته للابوين فللجدة السدس، ومنها قول التقي وابن زهرة والقطب الكندري ان للجدة أو الجددة للام السدس، ولهما معاً الثلث بالسوية، ولا مأخذ لهذه الاقوال سوى الحاق الاجداد من الطرفين بالكلالة وهي أقوال نادرة، نعم صحيح زرارة وصحيح الفضلا وصحيح الحلبي وصحيح أبي بصير وموثقته وغيرها<sup>(٢)</sup> مشعرة، وان الجد مثل الاخ مطلقاً من حيث العموم وموثقة محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> كاشفة عن المذهب المشهور من ان الاجداد والجدات للاب كالاخوان، والاخوة للاب والاجداد والجدات للام كالاخوان والاخوة للام

(١) أبواب ميراث الاعمام والاخوان ب ٢ ح ١ و ٤.

(٢) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٦، ح ٩ و ١٠.

(٣) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٩ ح ٢.

لان الاجداد كالاخوة مطلقاً، ويرشد إليه صحيح عبدالله بن سنان<sup>(١)</sup> أيضاً وخبر مسمع بن عبد الملك وموثق الحلبي<sup>(٢)</sup> ويدل على مذهب المشهور من أن الجدة للام مع الانفراد لها الثلث، وكذلك الجد لها موثقة محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup>.

والمشهور ان الاجداد المجتمعين من الجانبين في المرتبة الثانية فصاعداً تقسيم المتقرب بالاب منهم الثلثين بالتفاوت والمتقرب بالام الثلث بالسوية اعتباراً بالنسبة إلى نفس الميت خلافاً للمصري قلت الثلث لابوي أم الام بالسوية وثلاثه لابوي أبيها بالسوية أيضاً، وثلث الثلثين لابوي أم الأب بالسوية وثلاثهما لابوي أبيه أثلاثاً، والخلاف الثاني للبرزهي وهو الشيخ زين الدين محمد بن القاسم، قلت الثلث لابوي أم الام بالسوية، وثلاثه لابوي أبيها أثلاثاً، وقسمة أجداد الأب كالقول الأول عنده اعتباراً في الطرفين بالتقرب إلى أب الأب في الجملة، والمسألة لا نص فيها على أحد الاقوال والشهرة مرجحة للقول الأول، ومثله بعينه الخلاف في الاعمام والاقوال والعمات والخالات المجتمعون من الجانبين في المرتبة الثانية فصاعداً، وهي أعمام الآباء وعماتهم وأحوال الآباء وخالاتهم والأشهر فيه الأول أيضاً، وأما أولاد الاخوة والاخوات المجتمعون في المرتبة النازلة فلا خلاف في اعتبار نسبتهم إلى نفس الميت في القسمة لصحيح محمد بن مسلم وخبره<sup>(٤)</sup> وغيرهما فالمتقرب

(١) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٢ ح ١.

(٢) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٨ ح ٤ و ٩.

(٣) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٩ ح ٤.

(٤) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٥ ح ٣ و ٤.



بالاخ الواحد أو الاخت الواحدة من قبل الام يأخذون السدس يقتسمون بالسوية، ومع التعدد في الاخوة من الام يأخذون الثلث، ويقتسمون بالسوية أيضاً لأن الأخبار والفتوى مطابقان على ذلك.

ومن جهة الأب يقسمون بالتفاوت ولو كانوا من أخت واحدة، وكذا أولاد الأولاد يتلقون سهام آبائهم إلا على قول القاضي تبعاً لبعض القدماء حيث ذهبوا إلى أن أولاد البنات يقتسمون بالسوية وهو شاذ، والوارث ان كان واحداً من أي طبقة أو درجة كان يجوز المال أجمع بعضاً بالفرض ان كان صاحب فرض، والباقي أو الجميع بالقرابة المحضة كالعمة والعم والجد للاب والجدة للاب أو بالولاء على الترتيب المذكور سابقاً، وان كان أكثر من واحد ولم يحجب بعضهم بعضاً قسم على التفصيل السابق قدم صاحب الفرض ان كان والباقي للباقي ان كان بقي هناك شيء وان كانوا جميعاً أصحاب فروض يعطى صاحب كل فرض سهمه فان لم يف المال بسهامهم كان النقص داخلاً على البنت أو البنات أو الاخت أو الاخوات للابوين أو الأب لا غير اذ لا عول عندنا بالضرورة مذهبنا والمعتبرة كصاح محمد بن مسلم وغيرها، وخص هؤلاء بالنقص لان محل من سواهم فريضتين في حالتين عليا ودنيا بخلافهم لانهم لا دنيا لهم فأخروا لذلك، والمراد بالعول ان تزداد الفريضة لقصورها عن سهام الورثة على وجه يحصل النقص على الجميع بالنسبة واتفق أكثر رأي العامة على العول، وبالغ ابن عباس في الانكار عليهم.

وفي صحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> وغيرها، ان الذي رمل عالج يعلم ان

(١) أبواب موجبات الارث ب ٦ ح ١١ و ٩.

السهام لا تعول على ستة، وفي صحيح ابن أذينة<sup>(١)</sup> في زوج وأبوين وابنة فللمزوج الربع ثلاثة من اثني عشر وللأبوين السدسان أربعة من اثني عشر، وبقي خمسة أسهم فهي للابنة لأنها لو كانت ذكراً لم يكن لها غير ذلك كثرة، وإن فضل شيء من المال بعد سهامهم يرد على ذوي الانساب بقدر سهامهم وفروضهم، ولا يورث فيه إلا بعد من العصبه إذا لا تعصب عندنا بضرورة مذهبنا والمعتبرة المستفيضة بل المتواترة وآية: «أولي الارحام»<sup>(٢)</sup> نص في ذلك، وفي صحيح محمد بن مسلم: «إن أبا جعفر<sup>(٣)</sup> أقراني صحيفة الفرائض التي أملاء رسول الله ﷺ وخط علي<sup>(٤)</sup> بيده في حديث فيها: رجل ترك ابنته وأمه للابنة النصف وللأم السدس يقسم المال على أربعة أسهم، فما أصاب سهماً فهو للام، ووجدت فيها: رجل ترك ابنته وأبويه للابنة النصف ثلاثة أسهم، وللأبوين كل واحد منهما السدس يقسم المال على خمسة أسهم فما أصاب ثلاثة فهو للابنة، وما أصاب سهمين فللأبوين، قال: وقرأت فيها رجل ترك ابنته وأباه للابنة النصف، وللأب سهم يقسم المال على أربعة أسهم فما أصاب ثلاثة فللابنة، وما أصاب سهماً فللاب»<sup>(٥)</sup> الحديث، وهو كما ترك هادم للتعصب ويدل عليه أيضاً خبر عبدالله بن سنان وخبر زرارة وخبر سليمان ابن خالد<sup>(٦)</sup>.

فاذا اجتمع المتقرب بالابوين مع المتقرب بالام اختص الأول بالرد على المشهور لان النقص يدخل عليه فيكون القافضل له، وخلاف العماني

(١) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٧ ح ١.

(٢) الانتفال: ٧٥. (٣) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٥ ح ٥.

(٤) أبواب موانع الارث ب ٨ ح ٩ و ١٠ و ١١.

ابن شاذان شاذ حيث قال بالرد عليهما معاً على قدر سهامهما ولا مستند له بل الدليل قائم على الاختصاص [كما في رواية الدعائم]<sup>(١)</sup>

وإذا اجتمع الاخت للاب مع الاخت للام اختص الأول بالرد عند الصدوق وجماعة منهم في الفقيه والاستبصار والقاضي والحلي وأكثر المتأخرين منهم شيخنا لان النقص يدخل عليه بالزوج ولموثق محمد بن مسلم: «عن ابن أخت الأب وابن أخت الام، قال: لابن الاخت من الام السدس، وأما الباقي لابن الاخت من الاب»<sup>(٢)</sup> وفي معناه خبره خلافاً للقديمين وجماعة منهم شيخ المبسوط والحلي ومحقق الشرائع، فحكموا بالرد عليهما معاً بنسبة فرضهما لآية: ﴿أولي الارحام﴾<sup>(٣)</sup> وأجاب الاولون برد المخصص، وأما تخصيص الاسكافي في الرد في أحد الابوين والبنتين بالبنتين لدخول النقص عليهما بالزوجين، ولخبر أبي بصير<sup>(٤)</sup> فشاذا لا يعارض ما تقدم من النصوص المستفيضة المسوية بين البنتين والبنات إذا جاءت أحد أحد الابوين.

وكذا تخصيص معين الدين المصري حصة الام المحجوبة من الرد بالاب لان حجبها لمكانه فيكون الزائد له، لا وجه له، والادلة كصحيح محمد بن مسلم وخبر زرارة<sup>(٥)</sup> لا تساعد عليه. ولو اجتمع الأبوان والبنت كان لهما السدسان ولها النصف والباقي يرد على الابوين والبنت أخماساً، ومع الحاجب من الاخوة برد الفاضل على الأب والبنت خاصة أرباعاً على المشهور، وهو مختار شيخنا.

(١) المستدرک: أبواب میراث الاخوة والاجداد ب ٢ ح ٢.

(٢) أبواب میراث الاخوة والاجداد ب ٥ ح ١١.

(٣) الانفال: ٧٥. (٤) أبواب میراث الابوين والأولاد ب ١٧ ح ٧.

(٥) أبواب میراث الابوين والأولاد ب ١٧ ح ١ و ٢.

والولد الحاجب لكل من الابوين والزوجين عن كمال نصيبه، يشتمل ولد الولد وان نزل لاطلاق لفظ الولد عليه، ولخصوص خبير زرارة وغيره<sup>(١)</sup>، ومعناه ان الأولاد يحجبون الابوين والزوج والزوجة عن سهامهما الأكثر وان سفلوا بيطنين أو ثلاثة يرثون ما يرث ولد الصلب، ويحجبون ما يحجب ولد الصلب، وفي شمول الممنوع من الارث كالرقيق والكافر ونحوها وجهان، وظاهر المسالك اشتراط الارث، واختاره شيخنا، وأما المنفي باللعان فيجب لانه وارث لأمه، وولد الزنا لا يحجب على القول بأنه يرث أمه ويدل على حجب المملوك صحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup>، والاخوة الحاجبون للام تشمل الاخوين فصاعداً.

وكذا الاخ مع الاختين والأربع أخوات بالاجماع في الاخوين، والنص في الجميع، ففي صحيح محمد بن مسلم: «لا تحجب الام من الثلث إذا لم يكن ولد إلا اخوان أو أربع أخوات»<sup>(٣)</sup> وفي حسن البقباق: «إذا ترك الميت أخوين فهم أخوة مع الميت حجباً الام من الثلث، فان كان واحداً لم يحجب الام وقال: إذا كرر أربع أخوات حجب الام من الثلث لانهن بنزلة أخوين، وان كن ثلاثاً لا يحجبن»<sup>(٤)</sup> وفي معناه ما هو بمنزلة الصحيح عن البقباق أيضاً وموتقه أيضاً فمن قوله: «لانهن بمنزلة أخوين حجب الاخ والاختين»<sup>(٥)</sup> كما هو متفق عليه، وان استشكل الشيخ يوسف

(١) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٨ ح ٣ و ٤.

(٢) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٤ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١١ ح ٤.

(٤) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١١ ح ١.

(٥) قد تقدما قريباً فراجع.

للحصر في صحيح محمد بن مسلم وموثق البقباق<sup>(١)</sup>.  
ويشترط أن لا يكونوا كفرة ولا أرقاء بالاجماع، وصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup> وفي القاتل قولان، أحدهما أنه يحجب والآخر عدمه، والقول بالحجب للصدوق والعماني، وكذا في الحمل قبل أن يبرز، والأشهر عدم الحجب فيهما لرواية العلاء بن الفضيل ان الطفل والوليد لا يحجب ولا يرث إلا إذا أذن بالصرح.

ومن الشرائط أن يكونوا للاب والام أو للاب وحده باجماعنا، والنصوص كصحيح ابن أذينة وموثقة عبيد بن زرارة وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وأن يكون الأب موجوداً على المشهور للنصوص كصحيح زرارة ومعتبرة إسحاق بن أعين وخبر علي بن سعيد وغيرهما<sup>(٤)</sup> خلافاً للصدوق من عدم اشتراط وجود الأب وله حسن زرارة وصحيح بن بزيع<sup>(٥)</sup> إلا أنهما متروكان بالاجماع لاشتمالهما على ارث الاخوة مع الام فيحملان على التقية والزمامهم بمعتقدهم كما تقدم في الطلاق وغيره، وفي القضاء الأخبار بذلك مستفيضة كخبر عبدالله بن محرز وموثقة جميل بن دراج<sup>(٦)</sup>.

والزوجة لا ترث من رقبة الأرض والعقار، وهو كل أصل ثابت من الابنية وغيرها لا عيناً وقيمة، وترث من أبنيتها وآلاتها الغير المنقلة بل الثابتة كالطوب والخشب والجدوع والابواب قيمة لا عيناً عند الأكثر

(١) قد تقدما قريباً فراجع. (٢) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٤ ح ١.

(٣) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٠ ح ٤.

(٤) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ١٠ ح ٢ و ٣.

(٥) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٤ ح ٦.

(٦) أبواب ميراث الاخوة والاجداد ب ٤ ح ١ و ٢.

لصاح محمد بن مسلم، وحسن الفضلاء الخمسة، وصحیحتي زرارة،  
ومحمد بن مسلم وغيرها<sup>(١)</sup>.

وفي الحاق الشجر بالارض لدخوله في العقار والآلات من الأرض  
والتربة قولان، وصحيح مؤمن الطاق<sup>(٢)</sup> نص في الثاني، وفي حكم الشجر  
والمياه المملوكة بتبعة الأرض، وكذا التي تكون مثل البئر والقناة فيؤخذ  
منها حكم الأرض تارة فلا ترث من عينها ولا من قيمتها لانها من العقار،  
وتارة يؤخذ فيها حكم الشجر والآلات. وحاصل كلام السيد ماجد  
الصادقي ان القدر الموجود من المياه ترث منه كسائر النقولات وما لا  
يكون كذلك فلا يكون تركة بل هو نماء الأرض فيكون تابعاً لها.

ونفى عنه شيخنا البعد وان كان سبيل الصلح في مثل ذلك أصلح  
وأحال الكاشاني الماء على حكم الشجر وجعله الأقوى والمفيد خص  
هذا الحرمان بالمساكن والدور دون البساتين والضياع فتعطى من البساتين  
والضياع عيناً ومن الابنية الكائنة في المساكن والدور قيمة، وفيه نظر.

والسيد خصه مع ذلك بالعين القيمة فتعطى عين الضياع وقيمة المساكن  
مطلقاً، رتبة وآلة للجمع بين الاجماع على الحرمان. ونص القرآن،  
فمذهب المفيد ومن تبعه والمرضى واحد بالنسبة إلى الضياع وقيمة البناء  
والآلات ولا مخالفة إلا في قيمة أرض المساكن حيث اعتبرها المرضى  
ونفاها المفيد.

وذهب الصدوق وأكثر المتأخرين إلى اختصاص الحرمان بغير ذات

(١) أبواب ميراث الازواج ب٦ ح ٢ و ٥ و ١ و ٧ و ٨.

(٢) أبواب ميراث الازواج ب٦ ح ١٦.

الولد لخبر ابن أذينة: «إذا كان لهن ولد من الرباع»<sup>(١)</sup> وهو لا يدل عند شيخنا على هذا من المدعى لانه لا يدل على التعميم بحيث يشمل الأرض عيناً لانه من التعبيض، فاذا أقوى عنده عموم الحرمان ولا معنى للجمع بين هذه النصوص الدالة على الحرمان وبين موثق البقباق «يرثها وترثه من كل شيء ترك وتركت»، بحمله على ذات الولد والاولى حمله على التقية.

وذهب الاسكافي إلى منع الحرمان من كل شيء عملاً بظاهر القرآن، وموثق البقباق<sup>(٢)</sup>.

والقول الثاني وهو الحرمان من رقبة الأرض والعقار عيناً وقيمة، وترث من ابنتها وآلاتها وأشجارها قيمة لا عيناً بدون التخصيص بذات الولد كما هو الظاهر من تلك الأخبار، أقوى الاقوال عند شيخنا.

والحكم بهذا الحرمان من متفرداتنا، والحكمة في ذلك ما استفاض في تلك النصوص المشتملة على الحرمان من أن الزوجة لا نسب بينها وبين الورثة، وانما هي دخل عليهم، فربما زوجت بأجنبي فيزاحمهم في عقارهم، والظاهر من الأخبار ان المراد من المساكن والابنية ما هو أعم مما يسكن بالفعل وغيره من الحمامات والخانات ونحوها مما يصدق عليه اسم البناء، فانها على المشهور المختار لا ترث من عينه، وانما ترث من قيمته.

وهل القيمة في المواضع المذكورة عزيمة فيجب بذلها على الوارث ولو على وجه القهر أم رخصة للورثة فله الخيار في بذل القيمة أو العين؟

(١) أبواب ميراث الأزواج ب ٧ ح ٢. (٢) أبواب ميراث الأزواج ب ٧ ح ١.

وجهان، فإلى الأولى مال المحقق والشهيد الثاني في المسالك وشيخنا لأخبار يزيد الصائع<sup>(١)</sup>، وإلى الثاني مال الأردبيلي والخراساني، واستقر به الشيخ يوسف وعلى القول باختصاص الحرمان بغير ذات الولد، فهل يختص بثمن الأرض أجمع، وثمن عين ما حرمت منه الأخرى من الآلات والطوب والخشب ونحوها، أو يختص به الورثة أو يكون مشتركاً بين الجميع؟ أوجه، أظهرها الأوّل وهو اختيار المسالك.

ويختص الابن الأكبر مع التعدد أو الولد الذكر حيث لا ذكر سواه بسيف أبيه ومصحفه وخاتمه وثياب بدنه من أصل المال بعد الديون والوصايا لصاح ربي وموثقتي أبي بصير وغيرها<sup>(٢)</sup>، وتسمى بالحبوة في الأخبار والفتوى، وهل الاختصاص على سبيل الوجوب أو الاستحباب، وعلى التقديرين هل يأخذها مجاناً أو تحسب عليه من نصيبه بالقيمة؟ الأكثر على الوجوب وعدم الاحتساب، لظواهر النصوص المتقدمة<sup>(٣)</sup>.

والسيد وجماعة كالحلي والعلامة في المختلف، وقبلهم الاسكافي على الاستحباب والاحتساب لعموم: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾<sup>(٤)</sup> إلا أنه مخصص بالأخبار، فمذهب المشهور هو المنصور. وأضاف الاسكافي إلى الأربعة المتفق عليها السلاح أجمع فيدخل فيه مثل الرمح والخنجر والسكين، واختلفوا في ادخال مثل البيضة والدرع والدبوس.

(١) أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٨.

(٢) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٣ ح ١ و ٢ و ٥ و ٨.

(٣) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٣ ح ١ و ٢ و ٥ و ٨.

(٤) النساء: ١١.



وقد تضمن السلاح موثقة الفضلاء ومرسل ابن أذينة<sup>(١)</sup> وأضاف الصدوق في الفقيه بل هو ظاهر الكليني الرحل والراحلة والكتب أجمع، واختاره شيخنا لورودها جميعها في صحيح ربي<sup>(٢)</sup> بل ورد في صحيحه الآخر<sup>(٣)</sup> الدرع أيضاً، وقد ورد ذلك في حسنة حريز<sup>(٤)</sup> ويحتمل ارادة القميص لاطلاق الدرع عليها كما في أخبار صلاة المرأة، وخصص الحلبي الثياب بثياب الصلاة، وهو مسلوب المستند بل في صحيح ربي وغيره<sup>(٥)</sup> تعميم لثياب الصلاة وغيرها.

واشترط محمد بن حمزة قضاء ما فات أباه من صلاة وصيام لان الحبوة عوض عن ذلك، والنصوص لا تدل على ذلك وان جاز أن تكون هي الحكمة في شرعيتها، واشترط جماعة بل هو المشهور بقاء تركة غيرها حذراً من الاجحاف والاضرار بالورثة، ولا شعار لفظ الحبوة بذلك، وفي كل منهما نظر عند شيخنا لا عندنا، وربما قيل بالاشتراط عدم قصور نصيب واحد عنها وهو اشكال في اشكال.

واشترط جماعة بلوغه وآخرون عقله وآخرون انفصاله لو كان حملاً، وكلها لا مستند لها، والمراد بثياب بدنه ما كان يلبسها أو أعدها للبس ولو لم يلبسها، والأقوى عند شيخنا ان العمامة منها وان تعددت، ولو تعددت هذه الاجناس فما كان منها بصيغة الجمع كالثياب والكتب دخل أجمع عند شيخنا.

(١) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٣ ح ٦ و ٤.

(٢) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٣ ح ١.

(٣) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٣ ح ٢.

(٤) أبواب ميراث الابوين والأولاد ب ٣ ح ٣.

(٥) أبواب ميراث الابوين والاولاد ب ٣، ح ١.

وما كان بلفظ لواحد كالسيف والمصحف والخاتم فالمتفق عليه واحد منها، وفيما زاد على الواحد خلاف، والأقوى عند شيخنا الدخول لتعريفه بلام الجنس أو بأضافته للضمير لانهما يقتضيان العموم في الاصح، وفي دخول حلية السيف والخنجر وبيت المصحف وجهان، والأقوى عند شيخنا الدخول.

ويشترط خلو الميت من دين مستغرق للتركة، واشترط المشهور أن لا يكون سفياً ولا فاسد الرأي، ولا مستند له. ويعزل للحمل عند المشهور، نصيب ذكرين استظهاراً، وحكي في المختلف قولاً بعزل سهم ذكر وأنثى، ولا مستند للقولين إلا أن العمل على الأول في هذه الاعصار وغيرها حتى صار كأنه: أمر ضروري من ضروريات المذهب، فاذا فضل رد على الباقي، ولو زاد العدد أخذت من الباقيين.

والموجود في الأخبار ان أقصى عدد الأولاد في البطن الواحد أربعة، والذي ذكره غير واحد انهم يزيدون على ذلك، والذي له ما للرجال وهو الذكر والانثيان وما للانثى وهو الفرج القبلي وهو المعبر عنه في الأخبار بالخنثى يعتبر ببوله فان بال من فرجيه دون الآخر فالحكم له وان بال منهما معاً حكم بأيهما سبق وان استويا فبأيهما انقطع بلا خلاف للنصوص المستفيضة.

منها موثق هشام بن سالم، وفي آخره: «فان كانا سواء ورث ميراث الرجال والنساء»<sup>(١)</sup> وحمل على نصف الامرين كما في موثق إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>، ويرشد إليه رواية أبي البخترى وفيها: «فان لم يبل من واحد حتى

(١) أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ١. (٢) أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٢.

يموت فنصف ميراث الرجل ونصف ميراث الانثى»<sup>(١)</sup> وأما اعتبار الانقطاع فأيهما انقطع أخيراً فهو الاصلي مذهب الأكثر لرواية الكافي<sup>(٢)</sup> وعند ابن البراج ان الاعتبار بسبق الانقطاع لا بتأخره، وذهب الصدوق والاسكافي والمرضى وجماعة إلى عدم الاعتبار مطلقاً، وذهب الشيخ في الخلاف إلى العمل بالقرعة لأخبار القرعة لكل امر مشتبه، وذهب المفيد والسيد إلى عد الاضلاع فان استوى جنباه فهي امرأة، وان اختلف فهو ذكر، لخبر شريح<sup>(٣)</sup> وعلى اعتماد القرعة وعد الاضلاع فلا اشكال عندنا.

والمشهور عند المتأخرين العمل بأخبار القسمة والجمع بين أخبار القسمة والقرعة وعد الاضلاع في غاية الاشكال فجمع الشيخ يوسف بما إذا مات ولم يعلم عد أضلاعه هو ظاهر تلك الأخبار<sup>(٤)</sup> وحمل هذه على ما إذا علم ذلك قبل موته، ويمكن حمل عد الاضلاع على التقية لروايتهم له في صحاحهم في هذه القضية وفي كيفية القسمة كما هو المشهور، ومختار شيخنا طريقان، ذهب إلى كل قوم أحدهما أن يعطى سهم أنثى ونصفه فاذا اجتمع مع الخنثى ابن كان له أربعة وللخنثى ثلاثة، ولو كان معه بنت فلها سهمان وله ثلاثة، ولو اجتمعا معه فكذلك للذكر أربعة وللانثى اثنان، وللخنثى ثلاثة.

وطريق استخراجة أن يجعل لحصه الابن نصفاً ولحصه البنت نصفاً فأى عدد يفرض للبنت اثنان وللابن ضعفهما وللخنثى نصفهما، فالقريضة

(١) أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٦.

(٢) أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ٤.

(٣) أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٣.

(٤) أبواب ميراث الخنثى ب ٢.

في الأوّل سبعة، وفي الثاني خمسة، وفي الثالث تسعة، والآخر يفرض مرة ذكراً وأخرى انثى وتقسم القريضة مرتين، وتعطى نصف النصيبين.

ويختلفان في بعض المواضع كما إذا اجتمع معه ذكر وانثى فعلى الطريق الأوّل له ثلاثة من تسعة، وعلى الطريق الثاني ثلاثة عشر من أربعين فينقص ثلث واحد لان ثلث الأربعين ثلاث عشر وثلث، ولكن الاظهر بينهم هو الطريق الثاني، ورجحه في النافع واختاره في المبسوط، ويظهر من الشرائع اختيار الأوّل وهو اختيار شيخ النهاية.

ومن ليس له ما للرجال وما للنساء وانما له ثقب يخرج منه البول يورث بالقرعة في المشهور رواية وفتوى للنصوص، منها صحيح الفضل بن يسار قال: «يقرع الإمام أو المقرع ويكتب على سهم عبدالله وعلى سهم أمة الله ثم يقول الإمام أو المقرع: اللهم أنت الله لا اله إلا أنت عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون بين لنا أمر هذا المولود كيف يورث ما فرضت له من الكتاب ثم تطرح السهمان في سهم مبهم لا خط فيه ثم تجال فأيهما خرج يرث عليه، وان خرج مالا كتابة عليه أحيل عليه ثانية»<sup>(١)</sup>.

ومنها معتبرة إسحاق بن عمار ومرسلة ثعلبة بن ميمون وموثقة ابن مسكان<sup>(٢)</sup>، وهل يجب الدعاء أم يستحب؟ قولان، الظاهر الثاني، ويظهر في الشرائع وجوبه في القرعة، وقال الاسكافي: «إذا نحى بوله عند خروجه من مباله فهو ذكر، وان كان لا ينحى بل يبول على مباله وبدنه

(١) أبواب ميراث الخنثى ب ٤ ح ٢. (٢) أبواب ميراث الخنثى ب ٤ ح ١ و ٣ و ٤.

فهو انثى»، لمرسل عبدالله بن بكير<sup>(١)</sup> ورواية مجالس الشيخ وروضة الواعظين<sup>(٢)</sup> والشيخ قدمه على القرعة ان حصل العلم به، والحق عند شيخنا أنه يعارض تلك الأخبار.

ومن له رأسان وبدنان على حق واحد، يوقظ أحدهما فان انتبها دفعة واحدة فهما واحد، وان انتبه أحدهما دون الآخر فهما اثنان بلا خلاف لخبر حريز<sup>(٣)</sup>. وفي المسألة تفريعات كثيرة في بقية الأحكام غير الميراث، فمن تلك التفريعات مسألة الشهادة، والحجب لو كان أختاً.

أما في العبادة فاثنان مطلقاً، فيجب عليه غسل أعضائه كلها ومسحها ولو لم يتوض أحدهما ففي صحة صلاة الآخر نظر، ويمكن اعتبار الايقاظ أيضاً، وفي النكاح هما واحد من حيث الذكورة والانوثة، أما من حيث العقد فالظاهر توقفه على رضاها معاً، وكذا يقع الاشكال في الطلاق، وفي العقود كالبيع هما اثنان، وفي الجناية اثنان وان اشتركا في الجناية اقتص منها دون ما إذا انفرد أحدهما بها، فيقتص منه خاصة إلى غير ذلك من التفريعات.

### تتمة مهمة

المتماثلان من الأعداد هما المتماثلان قدرأ، ويقال لهما المتساويان

(١) أبواب ميراث الخنثى ب ٤ ح ٥.

(٢) أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٧.

(٣) أبواب ميراث الخنثى ب ٥ ح ١.

أيضاً، كثلاثة وثلاثة، والمتداخلان هما اللذان إذا أسقط أحدهما من الآخر مرة أو مراراً أفناه كالثلاثة مع التسعة والاربعة مع الاثنى عشر والمتوافقان هما اللذان لا يعد أقلها الأكثر وبعدهما غير الواحد، ويلزمهما أنهما إذا أسقط الأقل من الأكثر مرة أو مراراً بقي أكثر من واحد كالعشرة والستة مثلاً فانهما يفنيهما الاثنان، والمتباينان هما اللذان إذا أسقط أقلهما من الأكثر مرة أو مراراً، لم يعده ولا بعدهما سوى الواحد كالثلاثة وخمسة وثلاثة وسبعة.

وأما مخارج الفروض فهي [ستة] خمسة، والمراد بالخرج أقل عدد يخرج منه ذلك الجزء صحيحاً كالنصف، فانه يخرج صحيحاً من اثنين فهما مخرج النصف والثلاثين والثلاث من ثلاثة، والربع من أربعة والسدس من ستة، والثمن من ثمانية، وحينئذ أما أن يقع في الفريضة واحد منها أو اثنان فصاعداً، ولا يقع شيء منها على الأوّل فالمخرج المأخوذ منه ذلك الكسر هو أصل الفريضة.

كما إذا اجتمع الزوج مع المرتبة الثانية فان أصل الفريضة اثنان الذي هو مخرج النصف، حصة الزوج فله منها واحد، والواحد الآخر انقسم على الباقيين وإلا عملت بما يأتي، إلى ان تصح الفريضة من عدد ينتهي له الحساب وهكذا اجتمع فيها نصفان او اشتملت على ثلث وثلثين. وعلى هذا القياس.

وعلى الثاني فان خرج الكسران من مخرج واحد كالثلث والثلثين من الثلاثة كالبتين والابوين فالثلاثة أصل الفريضة، وان كان مخرجهما مختلفاً، فاما ان يكونا متداخلين كالثمانية مخرج فريضة الزوجة وهو

الثلث والاثنتين مخرج فريضة البنت الواحدة وهو النصف، فيما إذا اجتمع الزوجة وبنت أو الستة مخرج فريضة أحد الابوين، وهو السدس والاثنتين مخرج النصف فريضة البنت فاذا اجتمع أحد الابوين والبنت فأكثر المخرجين الثمانية في الفرض الأوّل، والستة في الفرض الثاني هو اصل المسألة.

أو متوافقين كالستة مخرج فريضة الواحد من كلاله الام والاربعة مخرج فريضة لزوجة، فتضرب وفق أحد المخرجين في جمع الآخر، فالتوافق هنا بالنصف، ووفق الستة ثلاثة، وأيما ضرب في جمع الآخر يحصل اثنا عشر، وهو أصل المسألة.

أو متباينين كاربعة وثلاثة فيما إذا اجتمع زوجة لها الربع وأما لها الثلث، وكثمانية وثلاثة فيما إذا اجتمع زوجة لها الثلث وبنتان لهما الثلثان، فتضرب أحد المخرجين في الآخر وحاصل الضرب هو أصل المسألة.

ففي الفرض الأوّل ضرب لاربعة في ثلاثة، يحصل اثنا عشر، وفي الثاني تضرب ثمانية في ثلاثة تحصل أربعة وعشرين، وعلى هذا القياس. وعلى الثالث يجعل المال على عدد رؤس الورثة مع التساوي كأربعة أولاد ذكور، وان اختلفوا بالذكر والانوثة فكل ذكر سهمان، وكل أنثى سهم فما اجتمع فهو أصل الفريضة. ثم الفريضة اما أن تكون موافقة للسهام التي هي حصص الوارث أو زائدة أو ناقصة، وعلى الأوّل اما أن تقسم من غير كسر أو لا، وعلى الثاني فاما ان يكون المنكسر عليه فريق واحد أو أكثر، وعلى الثاني فاما أن يستوعب الكسر الجميع أو لا، وعلى كل التقديرين فاما أن يكون بن نصيب كل فريق أو عددهم توافق أو لا،

أو يكون في البعض دون البعض فالاقسام عشرة والمحتاج إلى ذكرها ثمانية.

الأول: أن تكون الفريضة موافقة للسهام وتنقسم من غير الكسر، والحكم فيها ظاهر، كزوج واخت للابوين أو الاب. وفريضة كل واحد منهما النصف مخرجه اثنان لكل واحد منهما واحد.

والثاني: أن تكون الفريضة موافقة للسهام ولا تنقسم إلا بكسر والمنكسر عليه فريق واحد، ولا بد حينئذ من اعتبار النسباً بين النصيب والعدد، والنسبة هنا منحصرة في التباين والتوافق دون التداخل فان كان متباينين ضربت عدد رؤسهم في أصل الفريضة، فما اجتمع فمنه تصح الفريضة، وإذا كانتا متوافقتين ضربت الوفق في عدد رؤسهم لا من النصيب في الفريضة، وما حصل فمنه تصح المسألة.

والثالث: أن تكون الفريضة موافقة للسهام، ولا تنقسم إلا بكسر، والمنكسر عليه أكثر من فريق، والكسر مستوعب للجميع، وبين نصيب كل فريق وعددهم توافق، وحينئذ فترد كل فريق إلى جزء الوفق ثم تعتبر الاعداد بعد الرد هل هي متداخلة أو متماثلة أو متوافقة أو متباينة فهنا صور أربع.

أحدها: أن تبقى الاعداد بعد ردها متماثلة، وثانيها: أن تبقى بعده متداخلة، وثالثها: أن تبقى بعده متوافقة، ورابعها: أن تبقى متباينة، وأمثلة الأربع تطلب من رسالة الشيخ يوسف وغيرها.

والرابع: الصور بحالها، ولكن لا وفق بين نصيب كل فريق وعدده، والنسبة بين أعداد كل فريق مع الآخر اما بالتساوي أو التداخل أو التوافق



أو التباين، فيأتي ما تقدم من الصور الأربع، فإذا كانت النسبة التساوي فحكمه الاكتفاء بأحد المتساويين، وتضربه في أصل الفريضة. وإذا كانت النسبة التداخل فحكمه ان يقتصر على العدد الأكثر، ويضرب في أصل الفريضة، وإذا كان النسبة التوافق فالحكم فيه ضرب وفق أحدهما في مجموع الآخر ثم المرتفع في أصل الفريضة. وإذا كان النسبة التباين فالحكم ضرب أحدهما في الآخر ثم المرتفع في أصل الفريضة. وهذا حكم ما تقدم من الصور الأربع، وعليك باستخراج الامثلة من نفسك وإلا فمن الكتب المبسطة.

الخامس: الصورة بحالها، ولكن عدد البعض يوافق النصيب وعدد البعض الآخر لا يوافق، وفيه الصور الأربع المذكورة أيضاً.  
السادس: أن تكون الفريضة موافقة للسهام، ولا تنقسم إلا بكسر، والمنكسر عليه أكثر من فريق، ولكن لا يستوعب الكسر الجميع.

السابع: أن تكون الفريضة زائدة على السهام فيرد الزائد على ذوي السهام عدا الزوج والزوجة والام مع الحاجب لها من الاخوة، ويجتمع من ذوي الفروض من له سببان مع من له سبب واحد، فيختص الرد بمن له سببان على الأشهر والاطهر، كما لو اجتمع الأبوان، ولها النصف مع الاخوة للام ولهم الثلث فان الباقي وهو السدس يرد على الاخوت كما تقدم بيانه وذكر أدلته.

فلو اجتمع أبوان و بنت فللابوين الثلث، لكل منهما السدس فريضة، وللبنات النصف فريضة ويبقى السدس زائداً فيرد على الابوين والبنات على نسبة سهامهم إن لم يكن للام حاجب وإلا اختص الرد بالاب دونها،

فيرد على التقدير الأوّل اخماساً وعلى الثاني ارباعاً. وهكذا تصنع فيما لو اجتمع أحد الابوين وبتتان فصاعداً فلاحد الابوين السدس فريضة وللبنتين فصاعداً الثلثان، والباقي يرد نسبة السهام أخماساً. هذا ما عندنا، وأما عند العامة فالزائد للعصبة كما تقدم.

والثامن: أن تكون الفريضة ناقصة عن السهام، والنقص لا يدخل إلاّ بدخول أحد الزوجين في الفريضة، ولكن يختص النقص بالاب ومن يتقرب به من الاخوة والأولاد كما تقدم بيانه وذكر أدلته، والله يهدي من يشاء بهدايته.

كتاب

# الحدود والتعزيرات



الحد: ما حدده<sup>(١)</sup> الشارع بقدر معيّن، ومرجع التعزير نظر الحاكم، وقد جاء في الأخبار اطلاق الحد ما يشمل التعزير.

## فصل في حدود الفواحش

يجب الحد بالزنا بغيبوبة الحشفة أو قدرها من مقطوعها في قبل المرأة أو دبرها اختياراً من غير عقد ولا ملك ولا شبهة. وفي اللواط بالايقاب وهو مطلق الادخال ولو بعض الحشفة أو التفخيذ كما هو المشهور لصاح الحلبي وغيرها<sup>(٢)</sup> وسيأتي الكلام في الايقاب. ولو اختص الشبهة أو الاكراه بأحدهما سقط عنه الحد لصحيح محمد ابن مسلم وغيره<sup>(٣)</sup> وقول القاضي باقامته على المشتبه عليه سراً وعلى الآخر جهراً، وخبر أبي روح شاذ. ولو ادعى الزوجية لم يكلف بالبينة ولا اليمين وان توقفت النفقة والكسوة ونحوها على الاثبات في رواية أبي بصير: «عن رجل وجد مع امرأة في بيت فأقرت أنها امرأته، وأقر أنه زوجها، فقال: رب رجل لو أثبت به لاجزت له ذلك، ورب رجل لو أتيت به لضربته»، وهي دالة على اقامة الحد على بعض وتركه على بعض.

(١) أبواب حد اللواط ب ١ ح ٥.

(٢) في نسخه «وقدر».

(٣) أبواب حد الزنا ب ١٨ ح ٢ و ٣.

ويحمل على المتهم بعدم العقد دون غيره عند شيخنا جمعاً بين الأخبار، والصبي والمجنون لا يحدان لحسنة البقباق<sup>(١)</sup> وغيرها بالنسبة إلى الصبي، وصحيح محمد بن قيس<sup>(٢)</sup> وغيره بالنسبة إلى المجنون والمجنونة، وفيها انهما يعزران، والشيخ وجماعة: يحد المجنون كماً دون المجنونة لخبر أبان بن تغلب<sup>(٣)</sup> وهو شاذ.

ويثبت الزنا باقراره أربعاً بلا خلاف للنصوص المستفيضة، منها صحيح خلف بن حماد<sup>(٤)</sup> وبشهادة أربعة رجال بالكتاب والسنة كصحيح أبي بصير وغيره<sup>(٥)</sup>.

والاجماع، أو ثلاثة رجال وامرأتين للنصوص المستفيضة، منها صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٦)</sup> والمشهور وعليه شيخنا ثبوت الجلد فيه خاصة دون الرجم برجلين، وأربع نسوة لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٧)</sup> خلافاً للصدوقين والحلبي والعلامة في المختلف والكاشاني فلا يثبت بذلك عندهم شيء حتى الجلد لعدم الدليل.

والشيخ في الخلاف يثبت الجلد برجل وست نساء لخبر عبد الرحمن<sup>(٨)</sup> وهما شاذان، واكتفى العماني في ثبوت الجلد باقراره مرة واحدة حراً كان أو عبداً، لعموم صحيح الفضيل بن يسار<sup>(٩)</sup> وحمل على التقية. ولا يثبت اللواط إلا بالاقرار أربعاً كالزنا لصحيح مالك بن عطية<sup>(١٠)</sup>

(١) أبواب حد الزنا ب ٩ ح ٣.

(٢) أبواب حد الزنا ب ٢١ ح ٢.

(٣) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٣ و ٤.

(٤) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ١ و ٢.

(٥) مقدمات الحدود ب ١٢.

(٦) أبواب حد الزنا ب ١٨ ح ٣.

(٧) أبواب حد الزنا ب ١٦ ح ١.

(٨) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ١٠ و ١١.

(٩) أبواب الشهادات ب ٢٤.

(١٠) أبواب حد اللواط ب ٥، ح ١.

وجاء ان السحق في النساء بمنزلة اللواط في الرجال<sup>(١)</sup>، والاجماع عليه قائم، وثبوتهما بطريق الشهادة كالزنا، عند الصدوق والاسكافي فيثبت بأربعة رجال اتفاقاً وبثلاثة وامرأتين عندهما.

وتثبت القيادة بشهادة رجلين لانه الاصل في الشهادة وباقراره مرتين بلا خلاف لعموم أخبار الشهادة<sup>(٢)</sup>، ولو شهد ما دون القذف بشئ من الفواحش حد الشهود للفرية بلا خلاف.

وأكثر النصوص واردة في الزنا كصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٣)</sup>، ولا بدّ في الاقرار من التصريح بأنه أدخل مثل الميل في المكحلة والرشاء في البئر لموثقة أبي بصير وغيرها<sup>(٤)</sup> وفي اشتراط تعدد المجالس في الاقرارات قولان، فالشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة على الاشتراط لقصة ماعز بن مالك<sup>(٥)</sup>، واطلق الأكثر منهم لموثق أبي مريم<sup>(٦)</sup> ولا بدّ في الشهادة من ذكرهم جميعاً المشاهدة للولوج كالميل في المكحلة والرشاء في البئر لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٧)</sup>، وان لا يختلفوا في الزمان والمكان والصفة لموثق عمار<sup>(٨)</sup>، وفيه دلالة على سقوط الحد والرجم إذا شهد ثلاثة بأنه زنى بفلاتة. والربع لا يدري بمن زنى. وفيه أيضاً دلالة على سقوط الحد والرجم بذلك، ولكن لا يدل على اشتراطه في الشهادة كما هو مذهب المتأخرين، وأما اتيانهم بهذه القيود فالاصح عند شيخنا عدم اشتراط كما هو ظاهر المتقدمين وظاهر

- (١) أبواب حد السحق ب ١.  
 (٢) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٢ و ١.  
 (٣) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٣ و ٤.  
 (٤) أبواب حد الزنا ب ١٥ ح ١.  
 (٥) أبواب حد الزنا ب ٩ ح ٢.  
 (٦) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٦.  
 (٧) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ١١ و ١٠.  
 (٨) أبواب الشهادات ب ١٥ و ١٦.

المتأخرين منزل عليه، ولو شهد بعض بأنه أكرهها، وبعض شهد بالمطوعة فلا حد عليها، أما عليه فقولان: فالشيخ في الخلاف: لا حد عليه، ويحد الشهود للفرية، وفي المبسوط: يحد الرجل، وهو مختار الاسكافي والحلي، واختاره شيخنا.

وهل يشترط ايقاع الشهادة في مجلس واحد؟ المشهور، نعم، واختاره شيخنا، فلو حضر بعضهم قبل بعض حد للقف، لخبر عباد البصري<sup>(١)</sup>، وأخبار السكوني<sup>(٢)</sup> خلافاً للخلاف لخبر ابن وهب<sup>(٣)</sup> وهو شاذ. وهل يحد المردود في الشهادة بأمر خفي؟ المشهور ذلك، خلافاً للشيخ في المبسوط، أما بالامر الظاهر فلا اشكال في حده ولا خلاف.

ولو رجع واحد بعد شهادة الاربعة حد الراجع خاصة عند جماعة منهم الكاشاني، وصحيح محمد بن قيس<sup>(٤)</sup> الوارد في المسألة يشعر بحد الجميع، واختاره شيخنا. وإذا شهد أربعة بالزنا قبلاً فادعت انها بكرراً فشهد لها أربع نساء فلا حد عليها لخبري زرارة والسكوني<sup>(٥)</sup>، وهل يحد الشهود للفرية؟ قولان، الشيخ في النهاية على الثبوت، وفي المبسوط على النفي، وإليه ذهب الحلي والعلامة وجماعة، والوجه عند شيخنا الأول إلا أن يصرح الشهود بكون الزنا دبراً فتحد المرأة.

والزوج كغيره من الشهود عند الأكثر لخبر ابراهيم بن نعيم<sup>(٦)</sup>، وفي خبر زرارة وصحيح مسمع<sup>(٧)</sup> انه يلاعن، ويجلد الآخرون، وعمل بهما الصدوق

(١) أبواب حد الزنا ب ١٢، ح ٩. (٢) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٨.

(٣) أبواب كيفية الحكم ب ١٩ ح ١. (٤) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ١١.

(٥) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ١٣ و ٤٤. (٦) أبواب اللعان ب ١٢ ح ١.

(٧) أبواب اللعان ب ١٢ ح ٢ و ٣.



[ولا يثبت الزنا بمجرد وضع الحمل في المشهور، وقال في المبسوط انها تسأل ويقبل قولها، ونقل عن بعضهم ان عليها الحد مطلقاً، والأخبار تدل على درء الحمل]، والقاضي وحملها على اختلال بعض شروط الشهادة كسبق الزوج بالکذف وهو قريب عند شيخنا.

ولا يثبت الزنا بمجرد وضع الحامل في المشهور. وقال في المبسوط أنها تسأل ويقبل قولها. ونقل عنهم ان عليها الحد مطلقاً، والأخبار تدل على رده الحد عنها وإذا تاب قبل قيام البينة سقط عنه الحد بلا خلاف، للنصوص المستفيضة منها صحيح عبدالله بن أبي يعفور<sup>(١)</sup>. وإذا تاب بعده فالمشهور عدم السقوط لخبر أبي بصير<sup>(٢)</sup>، خلافاً للمفيد والحلي فيتخير الإمام في الإقامة والعفو.

وإذا كانت التوبة بعد الاقرار أربعاً فالمشهور التخيير للنصوص الكثيرة منها صحيح ضريس<sup>(٣)</sup>، وقيده الحلي بالرجم وإلا وجب، وهو شاذ. ومن أنكر بعد الاقرار لم يسقط الحد إلا إذا كان المقر به رجماً للنصوص المستفيضة كصحيح الحلي ومرسلي جميل وغيرها<sup>(٤)</sup>، والمشهور انه إذا تكرر الفعل فحد واحد، والصدوق والاسكافي: ان كان بأمرأة واحدة كفى حد، وإلا تكرر لخبر أبي بصير وقواه شيخنا.

وإذا تخلل الحد مرتين قتل في الثالثة عند جماعة منهم الصدوقان والمحقق والحلي، وأكثر متأخري المتأخرين لصحيح يونس بن

(١) أبواب مقدمات الحدود ب ١٦. (٢) أبواب مقدمات الحدود ب ١٦ ح ٤.

(٣) أبواب مقدمات الحدود ب ١٨ ح ١.

(٤) أبواب مقدمات الحدود ب ١١ ح ١ و ٢ وب ١٦ ح ٣.

عبدالرحمن<sup>(١)</sup>، والمشهور انه يقتل في الرابعة لخبر أبي بصير ومحمد بن سنان وغيرهما<sup>(٢)</sup>، وقواه شيخنا. والشيخ في الخلاف: يقتل في الخامسة لخبري محمد بن مسلم ومحمد بن سنان<sup>(٣)</sup>، وليسا بنصين والجمع بالتخيير عند شيخنا ليس بالبعيد.

والمملوك يقتل في الثامنة في المشهور لخبر يزيد العجلي<sup>(٤)</sup>، واختاره شيخنا، والشيخ في النهاية والقاضي وجماعة في التاسعة لخبر عبيد بن زرارة ويزيد العجلي عن محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup>.

(١) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٠ ح ٣. (٢) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٠ ح ٤.  
 (٣) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٠. (٤) أبواب حد الزنا ب ٢٠ ح ٢.  
 (٥) أبواب حد الزنا ب ٣٢ ح ١ و ٢.

## فصل في حد الزنا

الزنا مع الاكراه القتل اجماعاً لصحيح يزيد العجلي وغيره<sup>(١)</sup>، مسلماً كان أو كافراً، حراً أو عبداً، محصناً أو غير محصن، لعموم الأخبار وتنصيصها، وكذا إذا زنا الكافر بمسلمة وان طاعته، لموثق حنان بن سدير وخبر جعفر بن رزق الله<sup>(٢)</sup>، وكذا بذات محرم بلا خلاف للنصوص المستفيضة، منها صحيح جميل وخبره<sup>(٣)</sup>، وخصه جماعة بالنسيان والظاهر شموله للسببيات لخبر السكوني<sup>(٤)</sup>، والحلي أوجب في الاكراه، وزنا الكافر بمسلمة، والزنا بالمحرم الجلد قبل القتل إن لم يكن محصناً، والرجم بعد الجلد ان كان محصناً وهو شاذ.

وغير هؤلاء الثلاثة: ان كان محصناً فعليه الرجم عند قوم، ولعله المشهور سيما بين المتأخرين، منهم شيخنا، رجلاً كان أو امرأة للنصوص المستفيضة، منها صحيح محمد بن قيس<sup>(٥)</sup>.

والشيخان والمرتضى والحلي وجماعة منهم المحقق في الشرائع، «بل على المحصن والمحصنة الرجم بعد جلده ماء سوط» لصحيحتي زرارة

(١) أبواب حد الزنا ب ١٧ ح ١ و ٢. (٢) أبواب حد الزنا ب ٣٦ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب حد الزنا ب ١٩ ح ٢ و ٣. (٤) أبواب حد الزنا ب ١٩ ح ٩.

(٥) أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٢.

وغيرهما<sup>(١)</sup>، وخصه في كتابي الأخبار والفتاوى وأتباعه وجماعة من المتأخرين بالشيخ والشيعة، وهو من تجاوز سنه ستين لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup> وحملوا الأخبار المطلقة على ذلك.

أما الشاب والشابة فالرجم فقط لخبر عبدالله بن طلحة وابن سنان<sup>(٣)</sup>، وقال الشيخ وجماعة من المتأخرين: «إذا كانت المرأة مجنونة وزنى بها المحصن أو كان أحدهما غير بالغ، فعلى الآخر المحصن الجلد فحسب»، لموثق أبي بصير وفيه: «يجلد الغلام دون الحد، وتجلد المرأة الحد كاملاً، قيل له: فان كانت المرأة محصنة؟ قال: لا ترجم»<sup>(٤)</sup>.

وذهب جماعة منهم الاسكافي، والحلبي وظاهر المفيد إلى وجوب الحد على الكامل منهما كلاً لرواية ابن بكر<sup>(٥)</sup>، وان كان الزاني غير محصن فحدّه جلد مائة سوط وتغريب عام عن بلده إلى بلدة أخرى وحلق رأسه أو جزه في المشهور للمرسل النبوي ورواية عبدالله بن سنان<sup>(٦)</sup>.

وفي رواية زرارة: «الذي لم يحصن بجلده مائة لا ينفى. والذي قد أملك ولم يدخل بها يجلد مائة وينفى»<sup>(٧)</sup>، ومثلها غيرها، فتخص الأحكام الثلاثة بمن أملك ولم يدخل لا بغير المحصن مطلقاً عند الشيخ في النهاية وأتباعه وجماعة من المتأخرين منهم العلامة في المختلف

(١) أبواب حد الزنا ب ١ ح ٦ و ٥.

(٢) أبواب حد الزنا ب ١ ح ١١.

(٣) أبواب حد الزنا ب ١ ح ٩ و ٥.

(٤) أبواب حد الزنا ب ١ ح ٥ و ١١ والمصدر «ابن طلحة».

(٥) أبواب حد الزنا ب ١ ح ٦ و ٧.

والسراير، والمشهور ان التعريب مختص بالرجل، وخالف فيه القديمان لشمول النصوص لها واختاره شيخنا.

والمملوك يجلد خمسين محصناً كان أو غير محصن، ذكرراً كان أو أنثى، لقوله تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾<sup>(١)</sup> والاجماع والنصوص المستفيضة منها صحيحتا محمد بن قيس وغيرهما<sup>(٢)</sup>، ولا جزّ عليه ولا تعريب لصحيح محمد بن قيس<sup>(٣)</sup>، أما المبعوض فيضرب بقدر حد الجزية لجزئه وقدر حد المملوك لجزئه الرق بالاجماع، والأخبار المستفيضة منها صحيحتا محمد بن قيس وغيرهما<sup>(٤)</sup>. والاحصان ان يكون له فرج يغدو عليه ويروح كما في صحيح إسماعيل بن جابر وغيره<sup>(٥)</sup>، والمشهور ان ملك اليمين يحصن لمعتبرتي إسحاق بن عمار<sup>(٦)</sup>، خلافاً للقديمين لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٧)</sup>، ويمكن حمله على التقية، والمتعة لا تحصن بالاجماع والنصوص، منها موثق إسحاق بن عمار<sup>(٨)</sup>

ويشترط الدخول والاصابة، ولو بغيوبة الحشفة بلا خلاف لصحاح محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٩)</sup>، وتشرط الحرية حالة الاصابة فلا يكون العبد محصناً ولا الامة، ففي موثق أبي بصير: «في العبد، يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فاحشة، فقال: لا رجم عليه حتى يواقع الحرة بعد العتق»،

(١) النساء: ٢٥. (٢) أبواب حد الزنا ب ٣١ ح ٥.

(٣) أبواب حد الزنا ب ٣١ ح ٥. (٤) أبواب حد الزنا ب ٣١ ح ٥.

(٥) أبواب حد الزنا ب ٢ ح ١ و ٣. (٦) أبواب حد الزنا ب ٢ ح ٢ و ٥.

(٧) أبواب حد الزنا ب ٧ ح ٩. (٨) أبواب حد الزنا ب ٢ ح ٥.

(٩) أبواب حد الزنا ب ٧ ح ٢.

والطلاق الرجعي لا ينافي الاحصان لصحيح علي بن جعفر وخبره وغيرهما<sup>(١)</sup>، وينتفي الرجم بالغيبة بحيث لا يغدو على ذلك الفرج ويروح، وأما تقديرها بالغيبة التي توجب القصر والافطار كما في صحيحتي عمر ابن يزيد وغيرهما<sup>(٢)</sup>، فمطروحة عند الأكثر.

والمشهور أن حد اللواط مع الايقاب وإن لم يكن بقدر الحشفة القتل فاعلاً كان أو مفعولاً محصناً كان أو غير محصن، مسلماً كان أو كافراً، حراً كان أو عبداً لاطلاق النصوص المستفيضة، منها صحيح حماد بن عثمان<sup>(٣)</sup>، وإن كان الفاعل مسلماً [كافراً أو المفعول مسلماً] قتل الكافر كما إذا زنى بالمسلمة وإن لم يوقب بلا خلاف لأن حد الزاني كما في النصوص المستفيضة، كصحيح زرارة وغيره<sup>(٤)</sup>.

وفي التفخيز وما بين بين الاليتين جلد مائة في الفاعل والمفعول والمحصن وغيره، والكافر وغيره، لخبر سليمان بن هلال<sup>(٥)</sup> خلافاً للصدوقين والاسكافي فجعلوا حده القتل مطلقاً كالموقب لانه اللواط لخبر حذيفة بن منصور وغيره<sup>(٦)</sup> والاصح المطابق للاخبار اشترط الايقاب والاحصان جميعاً في قتل الفاعل ورجمه.

وفي صحيح أبي بصير: «إذا أخذ الرجل مع غلام في لحاف مجردين ضرب الرجل وعذب الغلام، وإن كان ثقب وكان محصناً رجم»<sup>(٧)</sup> وحمله الشيخ مع صراحته على التقية ومع وجوب القتل بأي نحو كان يتخير

(٢) أبواب حد الزنا ب ٣ ح ٣ و ب ٤ و ١.

(٤) أبواب حد اللواط ب ١ ح ١ و ٣.

(٦) أبواب حد اللواط ب ١ ح ٥.

(١) أبواب حد الزنا ب ٦ ح ١.

(٣) أبواب حد اللواط ب ١ ح ٤.

(٥) أبواب حد اللواط ب ١ ح ٢.

(٧) أبواب حد اللواط ب ٣ ح ٧.

الإمام بين ضربه بالسيف ضربة تأخذ منه ما أخذت، والقائه من فوق شاقق، والبقاء جدار عليه، واحرقه بالنار للنصوص الواردة بجميع هذه الافراد منها حسن مالك بن عطية<sup>(١)</sup>

وله أن يجمع بين هذه والاحراق لصحاحتي عبد الرحمن العرزمي وغيرهما<sup>(٢)</sup> والمشهور بين القدماء انه يعزر الزاني بالميتة واللائط بالميت زيادة على الحد تغليظاً لان جنايتهما أفحش ووزرهما أعظم، كما في مرسلته ابن أبي عمير<sup>(٣)</sup> وان كانت الميتة زوجته اقتصر في التأديب على التعزير وسقط الحد بالشبهة<sup>(٤)</sup> كما في الحية والحي على المشهور لعموم الادلة<sup>(٥)</sup>.

والشيخ وجماعة يثبت الزنا بالميتة بالشاهدين وبالاقرار مرتين وهو ضعيف، وحده ماء جلدة على المشهور لموثق زرارة وصحيح أبي خديجة<sup>(٦)</sup> والشيخ والقاضي، وابن حمزة ترجم مع الاحصان، وتجلد مع عدمه، واختاره شيخنا لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٧)</sup>.

وحد القيادة ثلاثة أرباع حد الزاني وهو خمسة وسبعون سوطاً، وينفي من المصر الذي كان فيه لرواية عبدالله بن سنان<sup>(٨)</sup> والشيخ في النهاية: يحلق رأس الرجل ويشهر مع ذلك، والمفيد والحلبي وسلار انه: ينفي في المرة الثانية دون الاولى، وزاد الحلبي: فان عاد ثالثة جلد، فان عاد رابعة استتيب، فان أبي قتل، فان أحدث بعد التوبة خامسة قتل على كل حال، ولم نجد مستندهما.

(١) أبواب حد اللواط ب ٣ ح ١ . (٢) أبواب حد اللواط ب ٣ ح ٣ و ٤ .

(٣) أبواب نكاح البهائم ب ٢ ح ٢ . (٤) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤ ح ٤ .

(٥) أبواب نكاح البهائم ب ٢ ح ١ . (٦) أبواب حد الزنا ب ١٠ .

(٧) أبواب حد السحق ب ٥ ح ١ . (٨) أبواب حد السحق ب ٥ ح ١ .

ولا فرق بين الحر والعبد والمسلم والكافر في حد السحق والقيادة بلا خلاف لاطلاق النصوص، والمجتمعان تحت ازار واحد مجردين من دون حل ولا ضرورة يعزران دون الحد، ولو بسوط واحد في المشهور، وقد قدر بثلاثين سوطاً إلى تسعة وتسعين لخبري سليمان بن هلال وابن سنان<sup>(١)</sup> وفي الأوّل ثلاثين وفي الثاني حداً غير سوط، والتحديد بالمائة إلا سوطاً تساعده صحيحة حرير وغيرها<sup>(٢)</sup>، وأوجب الصدوق والاسكافي الحد كاملاً مائة جلدة لحسنتي أبي عبيدة وعبد الرحمن بن الحجاج وغيرها<sup>(٣)</sup> وينبغي حملها على التقية لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٤)</sup>.

ومن استمنى بشيء من أعضائه أو أعضاء غيره سوى الزوجة والامة الغير المزوجة والمشركة والمكاتبه عزز، وتقديره إلى الامام، وفي استثناء الزوجة نظر عند شيخنا، وقال: لمنع الكتاب والسنة عن الاستمنا لقوله تعالى: ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾<sup>(٥)</sup>، والأخبار الواردة في تحريمه كرواية زرارة وغيرها<sup>(٦)</sup> أقوال، لا دلالة في شيء من الأخبار على تحريمه بالنسبة إلى الزوجة وكذلك الآية والله أعلم.

ويثبت بشهادة عدلين وباقراره ولو مرة لعموم: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(٧)</sup> خلافاً للحلي فمرتين احتياطاً. ومن تزوج أمة على حرة مسلمة فوطأها قبل الاذن كان عليه ثمن حد الزاني اثنا عشر سوطاً

(١) أبواب حد الزنا ب ١٠ ح ١٨ و ٢١. (٢) أبواب حد الزنا ب ١٠ ح ٢٠ و ١٩.

(٣) أبواب حد الزنا ب ١٠ ح ١٥ و ٩. (٤) أبواب حد الزنا ب ١٠ ح ٤.

(٥) المؤمنین: ٧. (٦) أبواب حد البهائم ب ٣ ح ٢ و ٣.

(٧) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.



ونصف على المشهور لمرسل منصور بن حازم<sup>(١)</sup> وأما على القول ببطلان النكاح مطلقاً كما هو مختار شيخنا فعليه الحد كاملاً، وقد مضى في النكاح.

وكيفية النصف ان يقبض على نصف السوط، وكذلك الربع والثالث وسائر الكسور، كما ورد في جملة من الصحاح<sup>(٢)</sup>. وقيل يضرب ضرباً بين ضربتين لا قوياً ولا ضعيفاً، ومن أتى أهله في أول الحيض عالماً بالتحريم ضرب ربع حد الزاني وفي آخر الثمن لخبر الهاشمي<sup>(٣)</sup>، وأما الثمن فيدل على خبر تفسير القمي<sup>(٤)</sup>.

ومن افتض بكرراً بأصبعه جلد من ثلاثين إلى سبعة وسبعين في المشهور، والمفيد إلى ثمانين، والحلي إلى تسعة وتسعين، ويدل على مذهب المفيد صحيحنا عبدالله بن سنان وموثقته<sup>(٥)</sup>.

ومن أتى فاحشة في مكان شريف أو زمان شريف عوقب بزيادة على الحد لخبر المفضل وغيره<sup>(٦)</sup>، ومن وطئ بهيمة عزر بما يراه الحاكم على المشهور، لصحيح الفضيل بن يسار وربيعي وغيره<sup>(٧)</sup> وذهب العماني إلى أنه يضرب خمسة وعشرين سوطاً لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٨)</sup>، والشيخ ومن تبعه: يحد حد الزاني لصحيح أبي بصير وغيره<sup>(٩)</sup> وقيل يقتل لصحيح جميل بن دراج<sup>(١٠)</sup> وحمل على تكرار الحد والاستحلال.

(١) أبواب حد الزنا ب ٤٩ ح ١. (٢) أبواب حد الزنا ب ٣٣.

(٣) أبواب بقية الحدود ب ١٣ ح ٢. (٤) المصدر السابق.

(٥) أبواب حد الزنا ب ٣٩ ح ١ و ٢ و ٣. (٦) أبواب بقية الحدود ب ١٢ ح ١.

(٧) أبواب نكاح البهائم ب ١ ح ٥. (٨) أبواب نكاح البهائم ب ١ ح ١ و ٢.

(٩) أبواب نكاح البهائم ب ١ ح ٨. (١٠) أبواب نكاح البهائم ب ١ ح ٦.

ولا يقام الحد على الحامل حتى تضع وترضع الولد، إن لم يكن لها موضع، وإلاّ جاز ويرحم المريض والمستحاضة والنفساء ولا يجلد أحدهم إذ لم يجب قتله ولا رجمه حتى يبرأ، وإذا رأى الحاكم صلاحاً في تعجيله ضرب بحسب ما يحتمله فيضرب بالضغث، وهي القبضة من الحشيش ومن الشراخ المشتمل على العدد لصحيح أبي العباس البقباق وغيره<sup>(١)</sup>، ولا يجلد في شدة البرد والحر للاخبار الكثيرة منها خير هشام ابن أحمر<sup>(٢)</sup>، ولا يجوز اقامة الحد في أرض العدو لموتقات غياث وغيرها<sup>(٣)</sup>.

ولا يحد في الحرم من التجأ إليه ويضيق عليه في المطعم والمشرب إلاّ من أحدث موجه فيه لصحيح هشام بن الحكم وغيره<sup>(٤)</sup>، ولا يسقط الحد بعروض الجنون ولا الارتداد اجماعاً لصحيح أبي عبيدة وغيره<sup>(٥)</sup>، ولا كفالة في حد لخبر السكوني<sup>(٦)</sup> ولا تأخير مع الامكان لخبره أيضاً وغيره، ولا شفاعة في اسقاطه إلاّ أن يكون حقاً للناس لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٧)</sup>

وإذا اجتمعت حدود بدء بما لا يفوت معه الآخر لصحيحتي زرارة وغيرهما<sup>(٨)</sup>، وقول الشيخين وأتباعهما بالتأخير في الحدان كان قتلاً أو رجماً لا دليل عليه، ويدفن المرجوم إلى حقوقه، والمرأة إلى وسطها،

(١) أبواب مقدمات الحدود ب ١٣ ح ٥. (٢) أبواب مقدمات الحدود ب ٧ ح ١.

(٣) أبواب مقدمات الحدود ب ١٠ ح ٢. (٤) أبواب حد الزنا ب ٣٤ ح ١.

(٥) أبواب حد الزنا ب ٢٦ ح ١. (٦) أبواب مقدمات الحدود ب ٢١ ح ١.

(٧) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٠ ح ١. (٨) أبواب مقدمات الحدود ب ١٥ ح ١ و ٢.

لموثق سماعه وخبره وغيرهما<sup>(١)</sup>، والمحقق في الشرائع تبعاً لجماعة من المتقدمين: تدفن إلى صدرها، ولا دليل عليه.

وهل تجب هذه الكيفية أم تستحب؟ قولان، وإذا فر أعيد ان ثبت زناه، ولو ثبت بالاقرار لم يعد لحسن الحسين بن خالد ومرسل الفقيه<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين أن يكون اصابته الحجارة أم لا عند المفيد والحلي وسلار وجماعة، خلافاً للشيخ في النهاية فيعادان قبل الاصابة، لمفهوم حسن الحسين بن خالد وغيره<sup>(٣)</sup>، وموثق أبي بصير<sup>(٤)</sup> على عكس ذلك.

وينبغي اعلام الناس لرواية الاصبغ بن نباتة وغيرها<sup>(٥)</sup>، ويجب حضور طائفة من المؤمنين، عند الحلي وجماعة، والمشهور الاستحباب، وشيخ الطائفة: واحد كما في خبر غياث<sup>(٦)</sup>، وبه أفتى الشيخ في النهاية والفاضلان والشيخ في الخلاف.

والحلي: لا بدّ من ثلاثة، وعن الشيخ في الخلاف: عشرة. وفي وجوب حضور الشهود في الرجم قولان، مبنيان على وجوب بدأتهم به أو استحباب ذلك، والاصح الثاني لضعف مستند الوجوب كما هو مذهب الأكثر.

وإذا ثبت بالاقرار بدأ الإمام استحباباً لموثقتي سماعه وغيرهما<sup>(٧)</sup>، والشيخ وجماعة على الوجوب استناداً لخبر المفضل<sup>(٨)</sup>، ويدفعه قصة

(١) أبواب حد الزنا ب ١٤ ح ٣ و ٤. (٢) أبواب حد الزنا ب ١٥ ح ٤.

(٣) أبواب حد الزنا ب ١٥ ح ١. (٤) أبواب حد الزنا ب ١٥ ح ٥.

(٥) أبواب مقدمات الحدود ب ٣١ ح ٤. (٦) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ٥.

(٧) أبواب حد الزنا ب ١٤ ح ٣ و ٤ و ١. (٨) أبواب مقدمات الحدود ب ٣٢ ح ١.

ما عَزَّ (١) ولا يَرْجَمُ المحصن من قبله حق، وإن لم يكن رجماً لخبر الاصْبَغ ابن نباتة وغيره (٢)، وهل هو على الكراهة أو التحريم؟ المشهور الأول والثاني للشيخ وجماعة.

ويجلد الرجل قائماً في المشهور لصحيح زرارة (٣) مجرداً لصحيح أبي بصير وغيره (٤)، وقيل على الحالة التي وجد عليها لخبر طلحة بن زيد (٥). والمرأة تجلد جالسة لصحيح زرارة (٦) ويظهر من الصدوق في المقنع أن الرجل والمرأة يجلدان على الحالة التي وجدا عليها، ومع ذلك تضرب وقد ربطت عليها ثيابها لان بدنهما كله عورة للخبر النبوي (٧) والقدماء على أنهما يجلدان مجردين لاطلاق معتبري إسحاق بن عمار (٨) وغيرهما، ويضربان أشد الضرب في الأشهر فتوى ورواية.

منها معتبرات إسحاق (٩) ومتوسطاً عند آخرين لمرسل حرير (١٠) ويفرق على الجسد ويبقى الفرج والوجه والمذاكير لصحيح زرارة (١١) وغيره، ويغسل المرحوم بعد موته إن لم يكن قد اغتسل قبل، ويصلى عليه ويدفن لموثقة أبي مريم (١٢).

- (١) أبواب حد الزنا ب ١٥ ح ١. (٢) أبواب مقدمات الحدود ب ٣١ ح ٤.  
 (٣) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ١.  
 (٤) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ٢ وفي المصدر: «ابن عمار».  
 (٥) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ٧.  
 (٦) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ١.  
 (٧) مسند أحمد: ٤٢٩/٤ وسنن البيهقي: ٢١٧/٨.  
 (٨) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ٢ وفي المصدر: «ابن عمار».  
 (٩) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ٣. (١٠) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ٦.  
 (١١) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ١. (١٢) أبواب حد الزنا ب ١٦ ح ٥.

## فصل في حد القذف

وهو الرمي بالزنا واللواط، بما دل عليهما صريحاً. وفي حسن عبدالله ابن سنان: «أن الفرية ثلاث: رمى الرجل الرجل بالزنا، وإذا قال إن أمه زانية، وإذا دعي لغير أبيه، فذلك فيه حد ثمانون»<sup>(١)</sup> وفي «أنت ولد حرام»، قولان أشهرها عدم الحد وإن أوجب التعزير والحد لمن نسب إليه الزنا دون المواجه به، لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup>، ويعزر للمواجه زيادة على الحد، وكذا كل تعريض بما يكرهه المواجه، وكل سبب لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله وغيره<sup>(٣)</sup>

والذي يدل على أن القذف باللواط قذف كما عليه الاصحاب فموثق غياث وغيره<sup>(٤)</sup>، إلا أن يكون المقول فيه مستحقاً للاستخفاف به لتظاهره بالفسق فإنه لا حرمة له، بل الوقعة فيه مندوب إليها لأنه أحد طرق الإنكار لصحيح داود بن سرحان وغيره<sup>(٥)</sup>، ويسقط الحد بالاحتمال لدرئه بالشبهة.

ففي صحيح سليمان بن خالد وغيره: «في رجل قال لامرأته: لم أجذك عذراء، قال: لا حد»<sup>(٦)</sup> ولو قال: «ولدت من زنا» فوجوه السقوط، وهو

(١) أبواب حد القذف ب ٢ ح ٢. (٢) أبواب حد القذف ب ١٤ ح ١.

(٣) أبواب حد القذف ب ١٩ ح ١ و ٢. (٤) أبواب حد القذف ب ٣ ح ٢ و ١.

(٥) أبواب حد القذف ب ١٣.

(٦) أبواب حد القذف ب ١٣ ح ١ وفي المصدر: «محمد بن مسلم».

أحد قولي الفقيه، والثبوت وهو مذهب الأكثر، والوجه الثالث للابوين معاً، والحق ثبوتيه لهما إذا اجتمعا على المطالبة. ولو قال: «زنيته بفلانة» ففي وجوب تعدد الحد قولان، والتعدد مذهب المفيد والشيخ في النهاية والمبسوط وعدمه للحلي والشهيد الأول في شرح الارشاد، والأقوى عند شيخنا ثبوتيه لهما إلا مع تصريحه بالاكراه. ويحد الرامي للملاعنة لصحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(١)</sup>، وكذا قاذف المحدودة بعد التوبة لخبر بن الفضل ابن إسماعيل الهاشمي عن أبيه<sup>(٢)</sup>. ويشترط في وجوب الحد احصان للمقذوف كما في الآية<sup>(٣)</sup>، والاحصان هنا عبارة عن البلوغ وكمال العقل، والحرية والإسلام، والعفة عن الزنا واللواط أي عدم التظاهر بهما، فان فقدها أو بعضها فلا حد على القاذف وان عزر للنصوص الدالة على تلك الشرائط، كما هو المشهور كصحيحتي أبي بصير ومرسلته وغيرها<sup>(٤)</sup>، والمشهور اشتراط الحرية لصحيح زرارة وغيره<sup>(٥)</sup>. ويعزر القاذف لصحيح منصور وغيره<sup>(٦)</sup> بل يعزر قاذف الذمي لخبر إسماعيل بن الفضيل<sup>(٧)</sup>. وفي ثبوت التعزير في غير التعفيف من المماليك نظر لسقوط حرمة، كما في النصوص «لا حرمة لفاسق»<sup>(٨)</sup> ولو قذف الأب ولده لم يحد وعزر، وكذا لو قذف الأب زوجته الميتة ولا وارث لها إلا ولده لحسن محمد بن مسلم فيهما. والقذف المتكرر يوجب حداً واحداً إلا مع تخلل الحد لصحيح يونس<sup>(٩)</sup>، ويقتل في الثالثة لهذا الصحيح، أو الرابعة للمرسل المتقدم، ولو

(١) أبواب حد القذف ب ٨ ح ١. (٢) أبواب حد القذف ب ٧ ح ١.

(٣) النور: ٤. (٤) أبواب حد القذف ب ٥ ح ٣ و ٤ و ٥.

(٥) أبواب حد القذف ب ٤ ح ٢ و ٨. (٦) أبواب حد القذف ب ٤ ح ١١.

(٧) أبواب حد القذف ب ١٧، ح ٤. (٨) أبواب حد القذف ب ١٤ ح ١.

(٩) أبواب حد القذف ب ١٠.

قال: بعد الحد الذي قلته صحيح لم يحد بهذا القول لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> والاجماع، ويقتصر على التعزير، وإذا تقاذف اثنان سقط الحد عنهما وعزرا لصحیحتي عبدالله بن سنان وأبي ولاد<sup>(٢)</sup>. ويسقط الحد في القاذف بالبينة أو تصديق المقذوف أو عفو قبل رفعه للسلطان للنصوص، ويدل على الأول ظاهر الآية<sup>(٣)</sup> وعلى العفو صحیحتنا محمد بن مسلم وغيرهما<sup>(٤)</sup>. ويسقط اللعان للزوجة للنصوص وظاهر القرآن، ويرث الحد من يرث المال سوى الزوجين ولا يسقط بعفو البعض، بل لغیر العافي طلب الحد لموثقتي الساباطي<sup>(٥)</sup>. وإذا قذف جماعة فان أتوا به مجتمعين حد حداً واحداً وإذا افترقوا فلكل واحد حد عند شيخنا والكاشاني، لصحيح جميل بن دراج<sup>(٦)</sup>. وحمل في المشهور على ما إذا قذفهم بلفظ واحد وإلا تعدد مطلقاً لخبر الحسن بن زياد والطار<sup>(٧)</sup> وعكس الاسكافي. وهل الحكم في التعزير كذلك؟ قولان، والحق عند شيخنا التعدد فيه مطلقاً، والحد ثمانون جلدة بالكتاب والسنة والاجماع ذكراً أو انثى، حرّاً أو عبداً، لحسن الحلبي وغيره<sup>(٨)</sup> خلافاً للصدوق والمبسوط. وعلى المملوك أربعون لقوله تعالى: ﴿فعلیهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾<sup>(٩)</sup>، ولخبر القاسم بن سليمان<sup>(١٠)</sup> وهو معارض بصحيح زرارة وغيره<sup>(١١)</sup>، والمشهور انه يجلد بشيابه ويقتصر على الضرب المتوسط لموثق إسحاق بن عمار وغيره<sup>(١٢)</sup>.

- |                                  |                                  |
|----------------------------------|----------------------------------|
| (١) أبواب حد القذف ب ١٠ ح ١.     | (٢) أبواب حد القذف ب ١٨ ح ١ و ٢. |
| (٣) النور: ٤.                    | (٤) أبواب حد القذف ب ٢٠ ح ٢ و ٤. |
| (٥) أبواب حد القذف ب ٢٢ ح ١ و ٢. | (٦) أبواب حد القذف ب ١١ ح ١.     |
| (٧) أبواب حد القذف ب ١١ ح ٢.     | (٨) أبواب حد القذف ب ٤ ح ٤.      |
| (٩) النساء: ٢٥.                  | (١٠) أبواب حد القذف ب ٤ ح ١٥.    |
| (١١) أبواب حد القذف ب ٤ ح ٢ و ٣. | (١٢) أبواب حد القذف ب ١٥ ح ٣.    |

## فصل في حد شارب المسكر

يجب الحد بشربه ولو جرعة ولا توجب الاسكار للنصوص المستفيضة، منها صحيح عمر بن يزيد<sup>(١)</sup> خالصاً كان أو ممزوجاً، وكذا الفقاع وإن لم يسكر بلا خلاف، لاطلاق الخمر عليه، كما في صحيح إسماعيل بن بزيع وغيره<sup>(٢)</sup> وفي حكم المسكر العصير العنبي إذا غلا ولو بالشمس ولم يذهب ثلثاه وراعى بعضهم فيه الاشتداد ما لم ينقلب خلاً بلا خلاف، ومستنده الاجماع، ويمكن الاستدلال عليه بالأخبار الدالة على أن العصير من أقسام الخمر وإن لم يبلغ حد الاسكار كصحيح عبد الرحمن ابن الحجاج وغيره<sup>(٣)</sup>.

وفي التحريم في الزبيبي دون التمري لخبر زيد النرسي<sup>(٤)</sup> [العصير التمري قولان، وكذا في الزبيبي على القول بتحريمه] لخبر زيد النرسي<sup>(٥)</sup> وأخبار الشراب الحلال من الزبيبي، وتردد فيهما في الشرائع وعلى تقدير فيهما فليس إلا التعزير [والاصح عند المشهور عدم التحريم فيهما فضلاً عن الحد واختار شيخنا التحريم في الزبيبي دون التمري].

(١) أبواب حد المسكر ب ٧ ح ٢. (٢) أبواب حد المسكر ب ١٣ ح ١.

(٣) أبواب الاشربة المحرمة ب ٢٤ ح ٥. (٤) أبواب الاشربة المحرمة ب ٢.

(٥) أبواب الاشربة المحرمة ب ٢.



ويشترط في وجوب هذا الحد التكليف والاختيار والعلم بالتحريم بلا خلاف للنصوص المستفيضة، ولا حد أيضاً على الجاهل لصحيح الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>، وكذا لا حد على المضطر لموثقة عمار<sup>(٢)</sup> ويدل على عدم الجواز في حالة الاضطرار كما اختاره بعض الاصحاب صحيح الفضل بن شاذان وغيره<sup>(٣)</sup>، وحملهما في الوسائل على خوف الضرر من شرب الخمر أيضاً واختاره شيخنا.

وأما الأخبار الدالة على تحريم العلاج به فكثيرة، منها صحيح الحلبي وغيره<sup>(٤)</sup>، والكافر ان تظاهر حد وإلا فلا للنصوص المشهورة منها صحيح زرارة<sup>(٥)</sup>، ولو شهد واحداً بشربها وآخر بقيها حد على المشهور لخبر الحسين بن زيد<sup>(٦)</sup> وتردد الفاضلان والشهيد الأوّل وشيخنا لاحتمال الاكراه. أما لو ادعاه فلا حد قطعاً للأخبار «ادرؤا الحدود بالشبهات»<sup>(٧)</sup>. وإذا تاب قبل البينة أو الاقرار سقط الحد لمرسل جميل ومرفوعة البرقي<sup>(٨)</sup>، وان تاب بعد ذلك فان ثبت بالبينة لم يسقط على المشهور فتوى ورواية خلافاً للحلي فجوز للإمام العفو مطلقاً وهو شاذ، وان ثبت بالاقرار فالمشهور تخيير الإمام بين العفو والاستيفاء.

واختاره شيخنا لخبر تحف العقول وغيره<sup>(٩)</sup>، وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط والحلي، والمحقق في الشرائع لا يسقط واختاره في ذلك

(١) أبواب مقدمات الحدود ب ٦ و ٨ .

(٢) أبواب الاشربة المحرمة ب ٦ ح ٢ .

(٣) أبواب حد المسكر ب ٦ ح ١ .

(٤) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤ ح ٤ .

(٥) أبواب مقدمات الحدود ب ١٦ ح ٣ و ب ١٨ ح ٣ .

(٦) أبواب مقدمات الحدود ب ١٨ ح ٤ .

(٧) أبواب الاشربة المحرمة ب ٣٦ ح ١ .

(٨) أبواب الاشربة المحرمة ب ٢٠ ح ٤ .

(٩) أبواب حد المسكر ب ١٤ ح ١ .

والكاشاني، والحد فيه ثمانون جلدة بالنصوص المستفيضة كصحيح  
 زرارة<sup>(١)</sup> وغيره حرأً كان أو عبداً خلافاً للصدوق، فعلى المملوك أربعون  
 لخبر أبي بكر الحضرمي وصحيح ليث المرادي<sup>(٢)</sup> صريح فهو أقوى.  
 ويضرب عرباناً على ظهره وكتفيه ويتقي وجهه وفرجه لصحيح ليث  
 المرادي<sup>(٣)</sup> ولا يقام عليه الحد حالة سكره حتى يفيق لخبر السكوني<sup>(٤)</sup>،  
 وإذا حد مرتين قتل في الثالثة، وعند شيخنا والكاشاني لصحيح سليمان  
 بن خالد وغيره<sup>(٥)</sup>، والمشهور في الرابعة كما في الزنا اخلافاً لبعض  
 المراسيل<sup>(٦)</sup> وهي لا تعارض الصحاح.

(١) أبواب حد المسكر ب ٣ ح ٢ و ٤. (٢) أبواب حد المسكر ب ٦ ح ١ و ٢.  
 (٣) أبواب حد الزنا ب ١١ ح ١. (٤) أبواب حد المسكر ب ١٢ ح ١.  
 (٥) أبواب حد المسكر ب ١١ ح ١ و ٢. (٦) أبواب حد المسكر ب ١١ ح ٩.

## فصل في حد السارق

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل، فلا حد على الصبي والمجنون لرفع القلم عنهما، لخبر حماد بن عيسى وغيره<sup>(١)</sup>، ويتقصر على تأديبهما بما يراه الحاكم أو الولي والشيخ في النهاية، وكتابي الأخبار والقاضي والعلامة في المختلف انه يعفى عن الصبي إذا سرق فان عاد أدب، فان عاد ثالثة حكّت أنامله حتّى تدمي، فان عاد رابعة قطعت أنامله من رؤس الأصابع فان عاد قطع كما يقطع الرجل للصحاح<sup>(٢)</sup> وهي لا تدل على التفضيل المذكور فتحمل على التأديب بنظر الحاكم.

ولو توهمه مالكة فلا قطع للنصوص الواردة في الغنيمة والمفيد والدلمي وفخر المحققين: لا قطع للغنيمة لمن له شركة فيها مطلقاً لحسن محمد بن قيس وغيره<sup>(٣)</sup>، وحملا على أن المسروق لم يكن زائداً عن نصيبه لصحيح عبدالله بن سنان المفضل<sup>(٤)</sup>.

ولو لم يكن المال محرزاً أو هتك الحرز غيره وأخرج هو لم يقطع فيهما بلا خلاف للنصوص للنصوص في الأوّل.

(١) أبواب حد السرقة ب ٢٨ ح ٢ و ٣. (٢) أبواب حد السرقة ب ٢٨.

(٣) أبواب حد السرقة ب ٦. (٤) أبواب حد السرقة ب ٢٤ ح ٤.

منها صحيح الفضيل بن يسار<sup>(١)</sup> ولعدم تحقق السرقة من الهاتك والاختذ، ولو تعاونوا على الامرين فأخرجوا أقل من نصيبين ففي وجوب القطع قولان، الاصح كما هو المشهور العدم. ولو خان المستأمن لم يقطع لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup> وكذا لو هتك الستر قهراً ظاهراً لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٣)</sup>.

ويشترط بلوغ النصاب، وهو ربع دينار من ذهب خالص مضروب عليه بالسكة أو ما بلغت قيمته ذلك على المشهور لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٤)</sup> وقول الصدوق بالخمس والعماني بالدينار الكامل شاذان، وان كان أخبار الخمس لا تقتصر عن أخبار الربع فمنها صحاح زرارة<sup>(٥)</sup>، ويرجع في الحرز إلى العرف في المشهور بين المتأخرين وهو مذهب الشيخ في المبسوط، ويختلف باختلاف المال المحرز، فحرز الثياب الصندوق المقفل، وحرز الدواب الاصلب المغلق.

والشيخ في الخلاف: كل حرز لجميع الاشياء، والمحقق في الشرائع: الحرز أما بالفعل أو بالغلق واما في بالدفن، لرواية السكوني<sup>(٦)</sup> والشيخ في النهاية: الحرز كل موضع ليس لغير مالكة الدخول إليه إلا باذنه، والمحقق الثاني: الحرز ما كان على سارقه خطر لكونه ملحوظاً غير مضبع، وهو أحسن التفاسير عند شيخنا لمقاربتة من العرف لانطباق الأخبار عليه. والعماني على القطع في أي موضع سرق من بيت أو سوق أو مسجد أو

(١) أبواب حد السرقة ب ١٩ ح ١٤ و ١٥. (٢) أبواب حد السرقة ب ١٤ ح ١.

(٣) أبواب حد السرقة ب ١٢ ح ٢. (٤) أبواب حد السرقة ب ٢ ح ١ و ٢.

(٥) أبواب حد السرقة ب ٢، ح ١ و ٢. (٦) أبواب حد السرقة ب ١٨ ح ٢.

غير ذلك لخبري السكوني وحسن الحلبي<sup>(١)</sup> بالنسبة لمن سرق في المسجد، ويمكن حمله على التفسير الأخير الذي اختاره شيخنا لأنه سرق الرءاء واخفاه ولو لم يخفه لعزر.

وفي سارق الكفن بعد النباش أقوال شتى: فمنها انه يقطع مطلقاً، وإن لم يكن نصاباً لاطلاق الأخبار<sup>(٢)</sup> وان حده حد السارق لكونه حرزاً للكفن وهو المشهور خلافاً للصدوق فإنه ليس بحرزه عنده، وفي صحيح حفص [بن] البخري وغيره<sup>(٣)</sup> ان حد النباش حد السارق، وإليه ذهب الشيخ والقاضي والحلي، وثانيهما: اشتراط بلوغ قيمته النصاب وهو المشهور سيما بين المتأخرين، وهو مختار المفيد والدليمي لاطلاق الأخبار<sup>(٤)</sup>. وثالثها: اشتراطه والقطع للافساد لا للسرقة وهو للحلي،

ورابعها: انه يقطع مع اخراجه الكفن مطلقاً، أو اعتياده النباش وإن لم يأخذ الكفن، وهو قول الشيخ في الاستبصار جمعاً بين الأخبار<sup>(٥)</sup>، وخامسها: عدم قطعه مطلقاً إلا مع النباش مراراً، ومقتضى ذلك عدم الفرق بين بلوغه النصاب وعدمه لرواية سعيد وغيرها<sup>(٦)</sup>، والوجه في الجمع بلوغه النصاب أو اعتياده النباش.

وفي بائع الحر قولان، والقول بالقطع للافساد للشيخ وجماعة لرواية السكوني ورواية عبدالله بن طلحة<sup>(٧)</sup> وقيده في المبسوط بالصغير، وتبعه الأكثر والأخبار مستفيضة بقطع يد سارق الحر مطلقاً، ولا قطع على الوالد

(١) أبواب حد السرقة ب ١٨ ح ٢ و ٤.

(٢) أبواب حد السرقة ب ١٩ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب حد السرقة ب ١٩ ح ١ و ٢.

(٤) أبواب حد السرقة ب ١٩ ح ١١ و ١٣.

(٥) أبواب حد السرقة ب ٢٠ ح ٢ و ٣.

(٦) أبواب حد السرقة ب ١٩.

(٧) أبواب حد السرقة ب ٢.

ان سرق من مال ولده بالاجماع، ولموثق أبي بصير<sup>(١)</sup>، وألحق الحلبي الام بالاب لاطلاق الأب عليها، ولا على العبد بسرقة مال مولاه، ولا على عبد الغنيمة بالسرقه منها للاخبار الواردة في المسألة، منها محمد بن قيس بل صحيحه<sup>(٢)</sup>.

وفي الاجير والضيف قولان، أشهرها ثبوت القطع للعمومات<sup>(٣)</sup> خلافاً للشيخ في النهاية وجماعة منهم الاسكافي والصدوق والحلي لحسن الحلبي بل صحيحه في الاجير<sup>(٤)</sup> وفي خبر: «الاجير والضيف أمينان»<sup>(٥)</sup> وليس يقع عليهما حد السرقة، ولا قطع على سارق الثمرة على شجرتها على المشهور [المأكول وان بلغ النصاب في عام مجاعة]، لرواية السكوني وخبر الاصبغ<sup>(٦)</sup>، وقيده العلامة وولده بعدم كون الشجرة محرزة بقلق ونحوه، وهو غير جيد عند شيخنا، وان استجوده الكاشاني.

وتثبت السرقة بشهادة عدلين بلا خلاف، وبالاقرار مرتين على المشهور لمرسل جميل وغيره<sup>(٧)</sup>، ومعتبرة أبان بن عثمان<sup>(٨)</sup>، خلافاً للصدوق فواحدة لحصيتي الفضيل وغيرهما<sup>(٩)</sup>، وهي محمولة على التقية، ولا يثبت الحد على العبد بالاقرار لصحيح الفضل بن يسار وصحيح ضريس<sup>(١٠)</sup> مأول، أما الغرم فيثبت بالاقرار مرة بلا خلاف حراً كان أو

(١) أبواب ما يكتسب به ب ٧٨. (٢) أبواب حد السرقة ب ٢٩ ح ١.

(٣) أبواب حد السرقة ب ١٧. (٤) أبواب حد السرقة ب ١٤ ح ١.

(٥) أبواب حد السرقة ب ١٤ ح ٥. (٦) أبواب حد السرقة ب ٢٥ ح ٢ و ٤ و ١.

(٧) أبواب حد السرقة ب ٣ ح ١ و ٢ و ٦. (٨) أبواب حد السرقة ب ٣ ح ٤.

(٩) أبواب حد السرقة ب ٣ ح ٣.

(١٠) أبواب حد السرقة ب ٣ ح ٢ و ٣ و ب ٣٥ ح ١.

عبداً ولو أخذ مكرهاً فلا حد ولا عزم لصحیحتي سليمان بن خالد وغيرهما<sup>(١)</sup>، ولو رد المال، والحال هذه فقولان تثبت به السرقة، أو لا؟ الشيخ في النهاية، والعلامة في المختلف على الثبوت، واختاره شيخنا لخبر سليمان ابن خالد<sup>(٢)</sup>، والثاني للحلي، واستحسنه المحقق واختاره في السرائر وغيره. وهل يسقط الحد برجوعه بعد الاقرار؟ الأكثر على أنه لا يسقط لصحيح الحلي وغيره<sup>(٣)</sup>، وكذا لا يسقط لو تاب بعد الاقرار والشيخ في النهاية وكتابي الأخبار والحلي والعلامة في المختلف: يسقط في الحالين، ولعل الحجة في الأوّل مرسل جميل<sup>(٤)</sup> والثاني عموم الأخبار، والشيخ في موضع من النهاية: يتخير الإمام بين الإقامة والعفو لرواية طلحة ومرفوعة البرقي<sup>(٥)</sup> وقواه شيخنا، أما لو تاب بعد البينة فلا خلاف في عدم السقوط لخبر فضيل وغيره<sup>(٦)</sup>، وكذا يسقط مع العفو عن القطع قبل المرافعة، أما بعدها فلا لحسنه الحلي وغيرها<sup>(٧)</sup>. ولو تكررت السرقة ولم يرافع بينها فعليه قطع واحد، وهل القطع للاولى أو الأخيرة أو لكل منهما علة مستقلة؟ أقوال ثلاثة، أولها للعلامة، والثاني للمحقق، والثالث للشهيد الثاني، وهو أقربها عند شيخنا. ولو ثبت سرقة الثانية قبل القطع بالاولى ففي التداخل قولان، أقربها عند شيخنا عدم تعدد القطع.

ولو أمسكت الثانية حتى قطع بالاولى ثم شهدت ففي ثبوت قطع رجله

(١) أبواب حد السرقة ب ٧، ح ١ و ٢. (٢) أبواب حد السرقة ب ٧ ح ١.

(٣) أبواب مقدمات الحدود ب ١٢ ح ١. (٤) أبواب حد السرقة ب ٧ ح ١ و ٢ و ٦.

(٥) أبواب حد السرقة ب ٣ ح ٥. (٦) أبواب حد السرقة ب ٣ ح ٣.

(٧) أبواب مقدمات الحدود ب ١٧ ح ٢.

بالتانية قولان، وفي خبر ابن أعين<sup>(١)</sup> انه يتداخل وانه لو ثبت بعد القطع لم يتداخل وان كانت سابقة على القطع، وقوى شيخنا العمل به. ولا قطع على من يأخذ المال جهراً ويهرب، ويسمى بالمستلب، ولا على من يأخذه حفية ويهرب لا يخفيه، ويسمى المختلس لعدم تحقق السرقة، في الأول، ولحسن محمد بن قيس وغيره<sup>(٢)</sup> في الثاني. وأما الطرار وهو الذي يشق الثوب ليأخذ منه الشيء ففي الأخبار الكثيرة أنه «ان شق عن قميصه الاعلى لم يقطعه وان طر من قميصه الاسفل قطعناه» كما في خبر السكوني وخبر مسمع بن سيار<sup>(٣)</sup>. أما المحتال على الأموال بالتزوير والرسائل الكاذبة، ففي حسن الحلبي<sup>(٤)</sup> أنه يقطع لانه كاذب، وعمل به شيخنا، والشيخ حملة على أن القطع للافساد في الأرض إذا كان معروفاً بذلك. والحد في السرقة قطع اليد بالكتاب والسنة والاجماع، ويختص بالاصابع الأربع من اليمنى تاركاً له الابهام والراحة، وان عاد قطعت رجله اليسرى من المفصل في وسط القدم تاركاً له العقب، فان عاد خلد في الحبس، فان عاد رابعة قتل لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٥)</sup>. وأما الاقتصار على قطع الأربع الأصابع في اليمنى وقطع الرجل اليسرى من وسط القدم فلصحيح الحلبي وغيره<sup>(٦)</sup>، ولو كانت احدى يديه أو كلتاهما شلاء أو مفقودة ففي الحكم أقوال، فالشيخ في النهاية وجماعة: تقطع اليمنى وان كانت شلاء لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٧)</sup>، وفي المبسوط:

- (١) أبواب مقدمات الحدود ب ٩ ح ١ .  
 (٢) أبواب حد السرقة ب ١٣ ح ٢ و ٣ .  
 (٣) أبواب حد السرقة ب ١٥ ح ١ .  
 (٤) أبواب حد السرقة ب ٤ ح ١ و ٢ .  
 (٥) أبواب حد السرقة ب ١١ ح ١ و ٢ .  
 (٦) أبواب حد السرقة ب ١٢ ح ٢ و ١ .  
 (٧) أبواب حد السرقة ب ١٣ ح ٢ و ٣ .



ان بقيت أفواه العروق مفتحة في الشلاء لم يقطع حذراً من السراية، والاسكافي: لا تقطع يمينه إلا مع سلامة اليسار لئلا يبقى بلا يدين لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(١)</sup> وحمل على اظهار التوبة، وفيه بعد عند شيخنا. ومع فقد اليمنى هل تقطع اليسار أم ينتقل إلى الرجل؟ قولان، اختار في النهاية الأول و في المبسوط الثاني، واستشكل المحقق بعد فقدهما، بفقدهما هل يجبس أم لا؟ المشهور السقوط. وجماعة على التردد والنصوص مفقودة.

ولو قطع مقيم الحد يساره عامداً اقتص منه، ولا يسقط قطع اليمين، ولو كان خطأ فعليه الدية، وفي سقوط قطع اليمين وعدمه خلاف، والمشهور السقوط لصحيح محمد بن قيس<sup>(٢)</sup> والقول بالقطع للاسكافي، ويرده الصحيح، ويستحب بعد قطعه حسمه بالزيت المغلي لخبر محمد بن مسلم وغيره<sup>(٣)</sup>، وان كان يطعم اللحم والسمن لصحيح محمد بن قيس<sup>(٤)</sup> وان تعلق اليد المقطوعة في رقبته لفعل النبي ﷺ كما روي مرسلًا<sup>(٥)</sup>.

- (١) أبواب حد السرقة ب ٥ ح ٩. (٢) أبواب حد السرقة ب ٦ ح ١.  
 (٣) أبواب حد السرقة ب ٣٠ ح ١. (٤) أبواب حد السرقة ب ٢٩ ح ٤.  
 (٥) أبواب حد المحارب ب ٣٠.

## فصل في حد المحارب

وهو من جرّد السلاح لاختافة الناس ذكراً أو أنثى للنصوص الكثيرة كصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>، وتخصيص الاسكافي شاذ. وفي اشتراط كونه من أهل الريبة قولان، وكذا قوته على الاختافة والاصح عدم اشتراطهما إذا علم منه قصد الاختافة لعموم الآية<sup>(٢)</sup> والروايات<sup>(٣)</sup> والفتوى، واشترطهما الشيخ والقاضي ولا حجة لهما سوى درء الحدود بالشبهات<sup>(٤)</sup> وهو ضعيف.

ويثبت بشهادة عدلين وباقراره مرة بلا خلاف، ويسقط عنه الحد لو تاب قبل القدرة عليه لخبر داود الطويل وحسن تفسير القمي<sup>(٥)</sup> بخلاف ما لو تاب بعدها فتوقف على اسقاط المستحق لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٦)</sup> وحده ما في الآية<sup>(٧)</sup> من الامور الاربعة المذكورة فيها والاجماع والنصوص المستفيضة<sup>(٨)</sup>، منها صحيح جميل<sup>(٩)</sup> وهي على التخيير عند المفيد وجماعة لظاهر الآية<sup>(١٠)</sup> والصحاح، منها صحيح حريز<sup>(١١)</sup>.

- 
- (١) أبواب حد المحارب ب ١ ح ١ و ٢. (٢) المائدة: ٣٣-٣٤.  
(٣) أبواب حد المحارب ب ١. (٤) أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤، ح ٤.  
(٥) أبواب حد المحارب ب ١ ح ٦ و ١١. (٦) أبواب حد المحارب ب ١، ح ١.  
(٧) المائدة: ٣٣-٣٤. (٨) أبواب حد المحارب ب ١.  
(٩) أبواب حد المحارب ب ١ ح ٣. (١٠) المائدة: ٣٣-٣٤.  
(١١) أبواب مقدمات الحدود ب ١٦ و ١٧.

والمشهور انه لا قتل قُتِلَ وان أخذ المال استعيد منه وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ونفي، ولو جرح ولم يأخذ المال اقتص منه ونفي، ولو اقتصر على شهر السلاح والاختافة نفي لا غير للاخبار الدالة على هذا التفصيل منها صحيح محمد بن مسلم، والأخبار في نفيه مختلفة جداً، ولو عفي ولي الدم قتله الإمام بالحد لصحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup>، ولا يعتبر في قطعه أخذ النصاب خلافاً للخلاف وهو شاذ يدفعه اطلاق النصوص.

ولا يترك المصلوب على خشبة أكثر من ثلاثة أيام لأخبار السكوني<sup>(٢)</sup> ولا بدّ في النفي إلى بلد آخر ان يكتب إلى أهل ذلك البلد بالمنع من مؤاكلته، ونفيه من الأرض كناية عن ذلك لرواية زرارة وغيرها<sup>(٣)</sup>.

(١) أبواب حد المحارب ب ١ ح ١ و ٢. (٢) أبواب حد المحارب ب ٥ ح ١.

(٣) أبواب حد المحارب ب ٤ ح ٨.

## فصل في حد الساحر

ولا طريق في ثبوته سوى الاقرار به لعموم صحيح الفضيل<sup>(١)</sup> وقيل وهو للشيخ وجماعة من القدماء: بل يثبت كغيره بالشاهدين لخبر عمر بن خالد عن زيد بن علي:<sup>(٢)</sup> [وحدّه القتل إذا كان مسلماً، والتأديب ان كان كافراً] لان ما هو عليه من الكفر أعظم، كما في رواية السكوني<sup>(٣)</sup> وقيل انما يقتل مستحله وإلا فحدّه التعزير. وفي خبر زيد الشحام: «الساحر يضرب ضربة بالسيف على أم رأسه»<sup>(٤)</sup>

---

(١) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢. (٢) أبواب بقیة الحدود ب ٣ ح ١.  
(٣) أبواب بقیة الحدود ب ١ ح ١. (٤) أبواب بقیة الحدود ب ١ ح ٢.

## فصل في حد المرتد عن الإسلام

وهو الكفر بعد الإسلام، ولو بانكار ما علم ثبوته من الدين ضرورة أو إثبات ما عليهم كذلك، ومنها انكار ولاية الائمة لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>، ومنها انكار قتل الحسين عليه السلام لصحيح يعقوب بن شعيب<sup>(٢)</sup>، أما ما لم يكن ثبوته ضرورياً فلا يكفر منكره وان كان مجمعاً عليه بين المسلمين، خلافاً للشيخ في بعض كتبه، وكما يتحقق الكفر بالوجود والانكار يتحقق بالشك لصحيح عبدالله بن سنان وصحيح منصور بن حازم<sup>(٣)</sup>.

ويتحقق الكفر أيضاً بتقديم الجبت والطاغوت، وفي خير مسائل الرجال «من كان على هذا الحال فهو ناصبي»<sup>(٤)</sup> وفي معناه غيره، وحكم شيخنا بكفر الزيدية والواقفية والفضحية والبترية إلى غير ذلك للروايات المعول عليها بين المحدثين، وإن لم يقل بمضمونها الأكثر.

ولا عبرة بردة الصبي، ولا المجنون لرفع القلم عنهما، ولا الغالط، ولا الساهي، ولا الغافل، ولا النائم، ولا السكران، ولا المكره ولو بالتخويف، ولا عبرة باسلامهم لان تحقق الارتداد متوقف على تحقق الإسلام كما

(١) أبواب حد المرتد ب ١٠ ح ٣٧ و ٣٨ . (٢) أبواب حد المرتد ب ١٠ ح ٣٩ .

(٣) أبواب حد المرتد ب ١٠ ح ٥٢ و ٥٣ . (٤) أبواب حد المرتد ب ١٠ .

تنادي به الصحاح، منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(١١)</sup>. والمرتد ان كان عن فطرة قتل وان كان عن ملة استتيب فان امتنع قتل على المشهور جمعاً بين ما دل على قتله مطلقاً من تلك النصوص كصحيح محمد بن مسلم<sup>(١٢)</sup> وبين ما دل عليه بعد امتناعه من التوبة كمرسل الحسن بن محبوب وغيره<sup>(١٣)</sup>. ويدل على هذا الجمع والتفصيل صحيح علي بن جعفر وغيره<sup>(١٤)</sup> خلافاً للاسكافي فيستتاب مطلقاً فطرياً أو مليئاً فان امتنع قتل، وهو شاذ، وان كان العمل به عند شيخنا أحوط سيما في زمن التقية، والحق عند شيخنا والكاشاني قبول توبته فيما بينه وبين الله، وان كان فطرياً لخصوص آية: ﴿الذين آمنوا ثم كفروا﴾<sup>(١٥)</sup>، وخصوص خبر جميل<sup>(١٦)</sup>.

وهل لتوبته حد وتقدير مدة؟ المشهور لا، وقدره الاسكافي بثلاثة أيام لخبر السكوني وغيره<sup>(١٧)</sup>، واستحسنه المحقق، والمرأة تستتاب مطلقاً، فان أبت حبست دائماً وضربت أوقات الصلاة حتى تؤدي الصلاة بعد الإسلام للصحاح المشهورة منها صحيح الحسن بن محبوب عن غير واحد<sup>(١٨)</sup>، ومع تكرر الارتداد من المرتد الملي والاستتابة في كل مرة وتخلل وقوع التوبة منه يقتل في الثالثة، وعليه المتأخرون لصحيح يونس وصحيح جميل<sup>(١٩)</sup>، والمشهور في أصحاب الكبائر مطلقاً انه يقتل في الرابعة لصحيح يونس وخبر جميل<sup>(٢٠)</sup>، وقيل في الخامسة.

- |                                   |                                   |
|-----------------------------------|-----------------------------------|
| (١) أبواب حد المرتد ب ١ ح ١.      | (٢) أبواب حد المرتد ب ١، ح ٢.     |
| (٣) أبواب حد المرتد ب ١.          | (٤) أبواب حد المرتد ب ١ ح ٥ و ٦.  |
| (٥) النساء: ١٧٣.                  | (٦) أبواب حد المرتد ب ٣ ح ٣.      |
| (٧) أبواب حد المرتد ب ٣ ح ٥.      | (٨) أبواب حد المرتد ب ٤ ح ٦.      |
| (٩) أبواب حد المرتد ب ٣، ح ٣ و ٢. | (١٠) أبواب حد المرتد ب ٣ ح ٣ و ٢. |

وأولاد المرتد قبل ارتداده حكم أولاد المسلمين، ومن سب النبي ﷺ أو أحد الائمة ﷺ وجاز لكل أحد قتله ما لم يخف على نفسه القتل، أو ماله أو أحد من المسلمين لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>، وأما الأخبار الواردة فيمن نال من الائمة ان حكمه القتل فكثيرة، منها صحيحنا هشام بن سالم<sup>(٢)</sup>، وكذا يجب قتل من ادعى النبوة أو شك فيها، وكان على ظاهر الإسلام، وكذا من قال بمقالة الغلات والقدرية والمفوضة أو الزنادقة وأمثال ذلك من العقائد الفاسدة، عند شيخنا لجملة من الأخبار كخير الحرث بن المغيرة<sup>(٣)</sup> فيمن شك في النبي ﷺ. وخبر عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> فيمن قال لعلي أمير المؤمنين انت الله، وموثق أبي بصير فيمن<sup>(٥)</sup> ادعى النبوة، وخبر حرير<sup>(٦)</sup> في المجيرة والمفوضة، وفي خبر اعتقادات الصدوق: «ان من شك في كفر أعدائنا والظالمين لنا فهو كافر»<sup>(٧)</sup> إلى غير ذلك.

- (١) أبواب حد المرتد ب ١ ح ١ و ب ٧.  
 (٢) أبواب حد المرتد ب ٧ ح ١.  
 (٣) أبواب حد المرتد ب\* ٥ ح ٤.  
 (٤) أبواب حد المرتد ب\* ٦ ح ٤.  
 (٥) أبواب حد المرتد ب ٧ ح ٣.  
 (٦) أبواب حد المرتد ب ١٠ ح ١٠.  
 (٧) أبواب حد المرتد ب ١٠ ح ٢٠.

## فصل في لواحق الحدود

كل من فعل محرماً أو ترك واجباً فللحاكم تعزيره بما يراه، كقذف الوالد ولده، وكذا الاستمتاع بغير الجماع وتقديره إليه إن لم يكن مقدراً في الشرع، ولا يبلغ به الحد، والمشهور أنه يكره أن يزداد في تأديب الصبي والمملوك على عشرة أسواط، ولا مستند له، وربما يستأنس له بمرسل الفقيه<sup>(١)</sup> وفي رواية حماد بن عثمان في تأديبهما قال: «خمسة أو ستة وارفق»<sup>(٢)</sup>، وعمل بها في النهاية.

وإذا أقر رجل بحد ولم يتبينه لم يكلف البيان بل يستحب الاعراض عنه لخبر أنس بن مالك وغيره<sup>(٣)</sup>، وفي صحيح محمد بن قيس<sup>(٤)</sup> أنه يضرب حتى ينهي عن نفسه، وعمل به الشيخ والقاضي وزاد الحلبي: أنه لا ينقص عن ثمانين جلدة وأكثرها حد الزنا وكلاهما ممنوع، وفي حسن أبي العباس البقباق: «لو استتر ثم تاب كان خيراً له»<sup>(٥)</sup>، وفي معناه خبر الاصبع بن نباتة<sup>(٦)</sup> وإذا أتى الذمي ما يوجب حداً أو تعزيراً تخير الإمام بين إقامته عليه بموجب شرعنا لقوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل

(١) أبواب بقية الحدود ب ١٠ ح ٢. (٢) أبواب بقية الحدود ب ٨ ح ١.

(٣) الوافي: ٢ / ٣٩. (٤) أبواب مقدمات الحدود ب ١١ ح

(٥) أبواب مقدمات الحدود ب ١٦ ح ٥. (٦) أبواب مقدمات الحدود ب ١٦ ح ٦.



الله ﴿<sup>(١)</sup> وبين رفعه إلى أهل ملته ليقيموه على معتقده لقوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾<sup>(٢)</sup> ولرواية أبي بصير<sup>(٣)</sup>.

ومن قتله الحد أو القصاص فلا دية له لحسن الحلبي وغيره<sup>(٤)</sup>، خلافاً للمفيد إذا كان في حقوق الناس فان ديته من بيت المال لرواية الحسن بن صالح الثوري وغيرها<sup>(٥)</sup> وفي موثق أبي مريم: «ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين»<sup>(٦)</sup> ومثله خبر الاصبغ بن نباتة<sup>(٧)</sup>، والشيخ في أحد قولي، وتبعه جماعة أنه يجب في ماله لانه قتل خطأ شبيه للعمد. وفي المبسوط والمختلف تردد، ولو انفذ الحاكم إلى حامل لاقامة حد فاجهضت خوفاً قال الشيخ وأكثر الاصحاب ان دية الجنين في بيت المال لان ذلك من خطأ الحكام، والحلي على عاقلته لرواية ارشاد المفيد، واختاره في الوسائل.

(٢) المائدة: ٤٢.

(١) المائدة: ٤٨.

(٣) أنظر أبواب مقدمات الحدود ب ٣ ح ٤. (٤) أبواب مقدمات الحدود ب ٣ ح ٤.

(٥) أبواب مقدمات الحدود ب ٣ ح ٣. (٦) أبواب دعوى القتل ب ٧ ح ١.

(٧) قد تقدمه.

## فصل في عقوبات الجنايات من قصاص وتعزير

الجناية اما عن عمد محض أو خطأ شبيه به أو خطأ محض، فالعمد كالذبح والخنق وقتل بالسم القاتل والشبيه به، كأن يضرب للتأديب فيموت.

والخطأ المحض مثل أن يرمي طائراً فيصيب انساناً وكذلك إذا قتل العالم غالباً ولم يقصد القتل كالحصى الغير العاثر والعود الخفيف، وأما فعل ما يجني نادراً، أو أحتمل ما يحصل به الجناية غالباً أو نادراً مع قصد شخص معين وقصد جناية فالأظهر أنه عمد لصحيح أبي العباس: «إذا رمى الرجل بشيء لا يقتل مثله، قال: هذا خطأ - إلى أن قال - والعمد الذي يضرب بالشئ الذي يقتل مثله»<sup>(١)</sup> وغيره.

والأخبار الدالة على كونه عمداً مطلقاً قصد الجناية أم لا، كصحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(٢)</sup>، يجب طرحها إن لم يمكن تأويلها. وجناية العمد توجب القصاص فلا يثبت بها الدية إلا صلحاً على المشهور لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٣)</sup>، خلافاً للاسكافي. وظاهر العماني: فيتخير الولي

(١) أبواب القصاص في النفس ب ١١ ح ٧ و ٩.

(٢) أبواب القصاص في النفس ب ١١ ح ١٢ و ١٣.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٩ ح ١ و ٢.

بين القصاص وأخذ الدية والعمفو كما عليه أكثر العامة لرواية العلاء بن الفضيل<sup>(١)</sup> واختار شيخنا المشهور.

فلو عفى الولي عن القود سقط على القولين: بعفوه لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٢)</sup> مما دل على السقوط بالعفو، وهل العفو مطلقاً يسقط الدية أم لا ان يعفو عنها؟ المشهور الأول، لظاهر الكتاب والنسبة والأخبار كصحيح الحلبي وغيره<sup>(٣)</sup> والثاني للقديمين. والخطأ شبهه العمد يوجب الدية في مال الجاني للاجماع ولصحيح أبي العباس وصحاح زرارة وغيرها<sup>(٤)</sup>، والخطأ المحض في مال عاقلته للاجماع والنصوص الكثيرة<sup>(٥)</sup>، وان تعذر الاستيفاء من الجاني في العمد وشبهه بموت أو هرب يؤخذ من الأقرب إليه فالأقرب ممن يرث ديته، فان لم يكن له قريب أو كان ولم يكن له مال فمن بيت المال، لصحيح البزنطي وغيره<sup>(٦)</sup>، خلافاً للحلي فيتوقع مع فقره يساره، وفيه اجتهاد في مقابلة النصوص.

ولو اشترك جماعة في قتل واحد فعلى كل واحد كفارة، وانما الخلاف في وجوبها مع القود. فنفاه في المبسوط واختاره شيخنا لصحاح عبدالله ابن سنان وغيرها<sup>(٧)</sup> والمشهور الوجوب، واحتج عليه في الخلاف باجماع الفرقة والأخبار، وإذا اتفق المباشر والسبب ضمن المباشر دون السبب في الأكثر من شقوق هذه المسألة كالذابح مع الآخر أو الممسك فيقتل الذابح

(١) أبواب القصاص في النفس ب ١١ ح ٤. (٢) أبواب القصاص في النفس ب ٥٧ ح ١.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٥٧ ح ١.

(٤) أبواب القصاص في النفس ب ١١ ح ١٣ و ١٧.

(٥) أبواب القصاص في النفس ب، ٢٠ و ٢١.

(٦) أبواب العاقلة ب ٤ ح ٣. (٧) أبواب القصاص في النفس ب ١٢.

اجماعاً لصحيح زرارة وصحيح الحلبي وغيرها<sup>(١)</sup>، والآخرا ن يخلدان في الحبس.

اما الأمر فلصحيح زرارة<sup>(٢)</sup> واما الممسك فلصحيح الحلبي وغيره<sup>(٣)</sup>، ولو نظر لهما ثالث فالمشهور انه تمسل عينه أي تفقأ وتقلع لرواية السكوني<sup>(٤)</sup>، وقد يترجح السبب على المباشر كما لو جهل المباشر خال السبب كمقيم الحد والمشهود زوراً فإنه يقتل الشاهد إذا ظهر منه ذلك كما تضمنه الفتوى لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٥)</sup>.

ومثله المقدم الطعام المسموم مع جهله بالسم فالجناية على من ألقاه في الطعام وأمر، كما لو أغرى به كلباً عقوراً أو ألقاه إلى سبع بحيث لا يمكنه الاعتصام منه على المشهور بين المتأخرين، ومقابله العدم، والأقوى عند شيخنا الأول، أما لو ألقاه في أرض مسبعة فافترسه الاسد اتفاقاً فلا قود فيه بل فرضه الدية من ماله لانه خطأ شبيه العمد.

وإذا حفر بئراً ووضع حجراً في ملكه أو مكان مباح لم يضمن لصحيح زرارة وخبره<sup>(٦)</sup> وغيرهما سواء دخل بأذنه أم لا إلا مع الجهل الداخل لكونه أعمى أو كون ذلك مستوراً أو الموضع مظلماً أو نحو ذلك، وكان الدخول بالاذن فالاقوى حينئذ الضمان لمكان الغرور، ولو فعل ذلك في ملك غيره بغير اذنه ضمن لحسن زرارة وموثقتي سماعة<sup>(٧)</sup>، وخلاف

(١) أبواب القصاص في النفس ب ١٣ ح ١ و ب ١٧ ح ١ و ٢.

(٢) أبواب القصاص في النفس ب ١٣ ح ١. (٣) أبواب القصاص في النفس: ب ١٧، ح ١.

(٤) أبواب القصاص في النفس ب ١٧ ح ٣. (٥) أبواب القصاص في النفس ب ٦٣ و ٦٤.

(٦) أبواب موجبات الضمان ب ٨ ح ١ و ٤.

(٧) أبواب موجبات الضمان ب ٨ ح ٤.

الأقوى في المسألة الأولى عدم الضمان لانه وقع في ملكه، والأخبار<sup>(١)</sup> عامة نافية للضمان.

وكذا يضمن لو فعل في الطريق المسلوك إلا أن يكون لمصلحة المسلمين فأقوال ثلاثة: الضمان ان فعل بغير اذن الامام، وعدمه ان فعل باذنه، والضمان مطلقاً، وعدمه مطلقاً، والقول بالتفصيل لثاني الشهيدين، وفي حسنتي زرارة وغيرها: «ان من حفر بئراً في داره أو ملكه فليس عليه ضمان، ومن حفر في الطريق أو غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها»<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتلف فيها بوقوع الميازيب والرواشن والساباطات قولان، ويدل على الضمان صحيح أبي الصباح وخبر السكوني وغيرهما<sup>(٣)</sup> وهذه الأخبار ربما افادت المنع من استعمال هذه الاشياء في الطرقات وان اشتهر الجواز بل زعم الشهيد الثاني الاجماع، والذي يدل على أن ذلك بدعة لا يمكن ازالتها إلا بعد خروج القائم من آل بيت محمد ﷺ خبر أبي بصير، فاذا اجتمع سببان من اثنين احتمل التساوي في الضمان وان يرجح الأقوى، وقيل ان اختص أحدهما بالعدوان اختص بالضمان، وان تساويا ضمن من سبقت الجنایة بسببه، وحيث لا نص فالرجوع للصالح مع التشريك عند شيخنا أحوط.

وإذا فرط في حفظ دابته الصائلة فجنت في تلك الحال كما يظهر في خبري مسمع وعلي بن جعفر<sup>(٤)</sup> وكذا الراكب يضمن ما تجنيه دابته بيديها

(١) أبواب موجبات الضمان ب ١ و ٨ و ٩. (٢) أبواب موجبات الضمان ب ٨ ح ١ و ٤ و ٣.

(٣) أبواب موجبات الضمان ب ٩ ح ٢ و ب ١١ ح ١.

(٤) أبواب موجبات الضمان ب ١٤ ح ٢ و ٣.

دون ما تجنيه برجليها للنصوص المستفيضة، منها صحيح الحلبي وحسنه: «وإذا وقفت فعليه ما أصابت ييدها ورجلها وان كان يسوقها فعليه ما أصابت برجلها ويدها أيضاً»<sup>(١)</sup> وكذا في رواية العلاء بن الفضيل<sup>(٢)</sup>، وفرق شيخنا بين ما تطؤه برجلها وبين ما تنفحه بها، فيضمن في الوطي دون النفح للأخبار الكثيرة الفارقة<sup>(٣)</sup>.

وفيما تجنيه برأسها قولان مشهوران: الضمان وعدمه، والضمان عند شيخنا أقوى بقرينة الأخبار الواردة<sup>(٤)</sup> في عدم ضمان الخلف ولاطلاق خبر السكوني وغيره<sup>(٥)</sup>، والمولى ضامن لجناية العبد إذا أركبه على المشهور لصحيح علي بن رثاب<sup>(٦)</sup>، وقيده الحلبي بالصغير وإلا تعلق بركبته أو يفديه المولى، والوجه عند شيخنا ان يتبع به بعد العتق. وصاحب المنزل ضامن لجناية كلبه ان كان الدخول باذنه وإلا فلا، للنصوص المستفيضة كروايتي السكوني وغيرهما<sup>(٧)</sup> وقد أطلق المشهور على العمل بها.

والطبيب ضامن وان كان حاذقاً مأذوناً من الولي، والشارع في المعالجة على المشهور لتضمن علي<sup>(٨)</sup> الختان القاطع لحشفة الغلام كما في رواية السكوني<sup>(٩)</sup> وفي معناها روايته الأخرى<sup>(١٠)</sup>، خلافاً للحلبي فإنه لا يضمن مع الحذاقة، والأذن من الولي ومن الانسان نفسه واذن العام من الشارع في ذلك، وفي براءته بالابراء منه، اما من المعالج أو من وليه قبل العلاج قولان: أشهرهما ابراؤه من الضمان بالابراء، واختاره شيخنا

(١) أبواب موجبات الضمان ب ١٣ ح ٣.

(٢) أبواب موجبات الضمان ب ١٣ ح ٥.

(٣) أبواب موجبات الضمان ب ١٣ ح ٥.

(٤) أبواب موجبات الضمان ب ١٧ ح ٢.

(٥) أبواب موجبات الضمان ب ٢٤ ح ٢.

(٦) أبواب موجبات الضمان ب ١٣ ح ٢.

(٧) أبواب موجبات الضمان ب ١٣ ح ٥.

(٨) أبواب موجبات الضمان ب ١٦ ح ١.

(٩) أبواب موجبات الضمان ب ٢٤ ح ١.

لمسیس الحاجة إلى ذلك، ولخبر السكوني<sup>(١)</sup> خلافاً للحلي وجماعة، وتوقف في الشرائع.

والنائم إذا جنى بانقلابه أو حركته فهو خطأ محض، خلافاً للشيخ في أحد قوليّه فشبهه عمد يوجب الدية في ماله، واختاره شيخنا وهو المشهور بين القدماء للنصوص الواردة في جنایات النائم كالظراء ذا قتلت صبياً بانقلابها عليه في النوم فان عليها في مالها الدية ان ظارت للفخر وعلى عاقلتها ان ظارت من الفقر، كما في رواية محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٢)</sup>،

والمعنف لزوجه بالجماع أو بالضم شبه عمد، وفيه الدية من ماله كما في صحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(٣)</sup>، وقال الشيخ: لا شيء عليه ان كان مأموناً لمرسل يونس<sup>(٤)</sup>. ومن دعى غيره فأخرجه من منزله ليلاً فهو ضامن حتى يرجع إليه على المشهور لخبر عبدالله بن ميمون القداح<sup>(٥)</sup>، وعمرو بن أبي المقدم<sup>(٦)</sup>، وظاهر الثاني ان الضمان بالقود، وخبر القداح أعم منه ومن الدية.

وعمل بمضمون الثاني سار وابن حمزة ما لم يدع قتله على غيره، فتجب الدية، وحكم الشيخ بالدية خاصة والمحقق رجع فيما إذا وجد حياً عدم الضمان وهو اختيار الحلي، وحكم شيخنا بضمانه مطلقاً للخبرين، واحتمل كونه بالقود أو الدية، ولو أخرجه بالتماسه ففي الضمان وعدمه قولان، والثاني أقوى عند شيخنا لعدم صراحة النصوص فيه.

(١) أبواب موجبات الضمان ب ٢٤ ح ١. (٢) أبواب موجبات الضمان ب ٢٩ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب موجبات الضمان ب ٣١ ح ١ و ٢.

(٤) أبواب موجبات الضمان ب ٣١ ح ٤. (٥) أبواب موجبات الضمان ب ٣٦، ح ١.

(٦) أبواب موجبات الضمان ب ١٧ ح ٣.

ولو تعدد المدعي كما يدل عليه الخبر الثاني ضمن الجميع على الوجه المذكور، والاكره لا يتحقق في القتل عندنا لانه لا تقيّة في الدماء، ويثبت فيما دون النفس إذا خاف عليها ولو خيّر بين شيئين أو أشياء من المحرمات مع عدم امكان التخلص إلّا بواحد منها فهو كاللجاء إلى شيء معين على الاصح، ولو قال: اقتلني وإلّا قتلتك لم يسغ القتل لان الاذن لا يرفع الحرمة، ولو فعل ففي ثبوت القصاص قولان، أشهرهما العدم، والحق عند شيخنا الثبوت.

وإذا أكره الصبي على الجناية فان كان غير مميز فالقود على الامر لانه كالألة، وكذا المجنون وان كان مميزاً فلا قود والدية على العاقلة ان كان حراً، وتتعلق برقبته ان كان مملوكاً. وفي المملوك أقوال آخر ضعيفة. اما إذا كان الاكره من السيد لعبده فالمشهور عدم الفرق بين الحر فيقتل به ويخلد السيد في السجن لعموم صحيح زرارة<sup>(١)</sup>، ففي موثق إسحاق<sup>(٢)</sup> يقتل السيد به، وفي خبر السكوني<sup>(٣)</sup> يقتل السيد به ويستودع العبد السجن. والشيخ في الاستبصار حملهما على من يتعود أمر عبده بقتل الناس جمعاً.

والصواب عند شيخنا قصر الخبرين على العبد دون ما إذا كان المأمور حراً وهو بالغ رشيد للصحيح المذكور. وإذا جرحاه معاً فمات فهما قاتلان إلّا أن يختص جرح أحدهما بكونه مدققاً فهو القاتل، وان جرحه الثاني قبل ذلك فكأن جرحاً مرفقاً فهو القاتل لانه أبطل سرية الأول، وهذه الفروع مأخوذة من الأخبار العامة والقواعد الكلية عند شيخنا.

(١) أبواب قصاص النفس ب ١٣ ح ١. (٢) أبواب قصاص النفس ب ١٤ ح ١.

(٣) أبواب قصاص النفس ب ١٤ ح ٢.



## فصل في تفصيل ما تثبت به الجناية

انما تثبت الجناية بالاقرار أو البينة أو القسامة التي ذكرها، أما الاقرار فيكفي مرة على الاصح وفاقاً للاكثر لصحيح زرارة وغيره<sup>(١)</sup> خلافاً للحلي وجماعة من المتقدمين والمتأخرين عنه، كالشيخ في النهاية والقاضي فاشترطوا المرتين لانه يقصر عن السرقة وهو قياس. وإذا أقر اثنان على البدلية فالشيخ وجماعة من القدماء والمتأخرين، بل هو المشهور، يتخير الولي في تصديق أيهما شاء لخبر علي بن صالح<sup>(٢)</sup> إلا أن فيه أن أحدهما [أقر] بالعمد والآخر بالخطأ إلا أن القائل لم يفرق.

ولو رجع الأوّل عن اقراره فالأكثر على درء القود والدية عنهما، وأدي المقتول من بيت المال لمرفوعة ابراهيم بن هاشم ومرسلته<sup>(٣)</sup>، وفيه عند شيخنا والكاشاني نظر لانه قضية مخصوصة، والذي تقتضيه الاصول ان الولي مخير في تصديق أيهما شاء، ومن المحتمل عند شيخنا الاستيفاء من الباقي على اقراره من دون تخيير والمختار ما عليه الأكثر، ولو ثبت قتله بالبينة ثم أقر آخر انه قتله عمداً تخير أيضاً لصحيحتي زرارة<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب الاقرار ب ٣ ح ٢.

(٢) أبواب دعوى القتل ب ٣ ح ١ وفي المصدر «الحسن بن صالح».

(٣) أبواب دعوى القتل ب ٤ ح ١. (٤) أبواب دعوى القتل ب ٥ ح ١.

وأما البينة فلا تثبت ما يجب به القصاص إلا بشاهدين لا بشاهد ويمين ولا شاهد وامرأتين لعدم تعلقه بالمال، ولصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>، وجماعة من المتقدمين والمتأخرين منهم شيخ النهاية، والاسكافي والقاضي والحلي انه لا يثبت بهما القصاص بل تجب الدية جمعاً بين ما دل على عدم ثبوته بذلك مطلقاً كصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٢)</sup>، وبين ما دل على ثبوته به مطلقاً كصحيح جميل بن دراج وغيره<sup>(٣)</sup>، بحمل الأول على القود والثاني على الدية، ولا يخلو من قوة.

وقد صار إليه كثير من المتأخرين كعلامة المختلف والشهيد، ويمكن حمل الأخبار النافية على حالة الانفراد عن الرجال فانها لا تقبل اتفاقاً. وأما ما يجب به الدية كالخطأ شبه العمد والخطأ المحض فيثبت بذلك بلا خلاف لصحیحتي الحلي وغيرهما، ولو تعارض البيتان على اثنين فالمشهور ثبوت الدية بينهما ولو كان عمداً، وينبغي تقييده بما إذا لم يدع الولي القتل على أحدهما، والحلي جعله كتعارض الاقرارين فيخير الولي وهو ضعيف.

ولو تعارض البينة والاقرار وأبرأ المقر المشهود عليه كأن يقول: «هو بري من قتله، وأنا القاتل» فللولي قتل المشهود عليه ويرد المقر نصف ديته، ولو قتل المقر فلا رد لاقراره بالانفراد، وله قتلها بعد أن يرد على المشهود وعليه نصف ديته، دون المقر. ولو أراد الدية، كانت عليهما نصفين، كذا في صحيح زرارة<sup>(٤)</sup> وعليه الأكثر واختاره شيخنا والحلي على

(١) أبواب الشهادات: ب ٢٤، ح ٢٨ و ٢٩. (٢) أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٨ و ٢٩.

(٣) أبواب دعوى القتل ب ٢ ح ١ و ٢. (٤) أبواب دعوى القتل ب ٥ ح ١.

التخيير كالمسألة السابقة، ولم يجوز قتلها معاً ونفى عنه في المختلف البأس وقد سبقه المحقق.

وأما القسامة فهي من الايمان وصورتها ان يوجد قتيل في موضع لا يعرف من قتله، ولا تقوم عليه بينة، ويدعي الولي على واحد أو جماعة، وتقرن الواقعة ما يشعر بصدقه، ويسمى باللوث، فيحلف على ما يدعيه. والاصل فيه قضية عبدالله بن سهل المشهورة كما نطقت به الأخبار كصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(١)</sup>، وضابط اللوث ما يغلب به الظن كما لو وجد المقتول في قبيلة، أو حضر، أو قرية صغيرة أو محلة منفصلة عن البلد الكبير، وبين القتل وبين أهلها عداوة ظاهرة، وكما إذا شهد عدل واحد وأفاد خبره الظن فهو لوث.

وأما الصبيان والفساق وأهل الذمة فالمشهور عدم حصول اللوث بأخبارهم، ولو قيل بإفادته اللوث مع حصول الظن كان أحسن، لانه المستفاد من الأخبار والفتوى، وفاقاً للشهيد الثاني، ولو لم تجتمع الشروط المذكورة في اللوث فالحكم فيه كغيره من الدعاوي.

وفي قبول قسامة الكافر على المؤمن لو كان المقتول كافراً قولان، كلاهما للشيخ ومن تبعه في كل منهما، فلتبوت عموم الأخبار<sup>(٢)</sup> إلا أن قال به لم يثبت به القود، وللعدم ان مورد القسامة للمسلم ولا نص بالخصوص، وأما كمية القسامة فالعمد خمسون يمينا، بلا خلاف للصالح، منها صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup>.

(١) أبواب دعوى القتل ب ١٠ ح ١ و ٣. (٢) أبواب دعوى القتل ب ٩.

(٣) أبواب دعوى القتل ب ١١ ح ١.

وأما الشبيه به والخطأ المحض فالمشهور انهما كالعمد لاطلاق رواية بريد بن معاوية العجلي وصحيح عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(١)</sup>، وفيه نظر عند شيخنا لانه حكاية في قضية عبدالله بن سهل، مع ان مورد تلك النصوص العمد والشيخ والمحقق والعلامة في أحد قوليه انها ليست كذلك مطلقاً بل هي فيهما خمس وعشرون يميناً للمعتبرة المستفيضة منها صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> المفضل بين العمد والخطأ، وهو حسن عند شيخنا.

ويبدأ أولاً بالمدعي وأقاربه ممن يرثون الدم والدية [ولو كان الأقرب مفقوداً] فان بلغوا العدد المعترف والآكرت عليهم بالسوية، أو التفريق، ولو عدم قومه وإن لم يكونوا وارثين حلف هو ومن يوافقه العدد المعترف، ولو لم يكن له قسامة من قومه لرواية علي بن فضيل وصحيح بريد بن معاوية وغيرهما<sup>(٣)</sup> ولو كان المدعي عليه أكثر من واحد ففي اشتراط حلف كل واحد منهم العدد المعترف أو الاكتفاء بحلف الجميع، العدد قولان، والأقوى عند شيخنا الأول لما فيه من الاحتياط في الدماء والقصاص ولو امتنع المدعي عليه من القسامة فهل يكفي حلف قومه عنه أم لا؟ قولان، للشيخ أيضاً.

ويشترط في القسامة على المقسم للاخبار المستفيضة، وذكر القتال والمقتول بما يرفع الاشتباه، وذكر الانفراد والشركة ونوع القتل، ولا يجب ذكر كون النية نية المدعي على الاصح، والقول الآخر للشيخ وجماعة،

(١) أبواب دعوى القتل ب ٩ ح ٣ و ٩ و ٨.

(٢) أبواب دعوى القتل ب ١١ ح ١. (٣) أبواب دعوى القتل ب ٩ ح ٣ و ٩ و ٨.

وهل يجوز حبس المنكر إلى أن يحضر بينة المدعي؟ الشيخ وجماعة من القدماء نعم إلى ستة أيام كما في خبر السكوني<sup>(١)</sup>، وابن حمزة إلى ثلاثة أيام ولا مستند له.

والاصح عدم الحبس قبل ثبوت الحق مطلقاً لا ستة ولا ثلاثة، والاحتياط عند شيخنا لا يخفى. وتثبت القسامة في الاطراف مع اللوث كما في النفس فخمسون يميناً فيما فيه الدية وبنسبتها منه فيما دون ذلك عند الأكثر، خلافاً للشيخ فست أيمان فيما فيه الدية، وبحساب ذلك فيما دونه لخبر طريف بن ناصح<sup>(٢)</sup> والعمل به متجه عند شيخنا إلا أن اعتبار الخمسين أحوط وإن لم يكن أقوى لخلو مذهب المشهور من الدليل.

ولو اختلف المدعي والمدعي عليه في فوات شيء من الحواس التي لا تدرك إلا بمجرد النظر فالمشهور انه يمتحن بالعلامات مثل أن يصاح في السمع به بالصوت العظيم بعد استغفاله، ثم ينتظر به سنة فان تحقق ما ادعاه حكم الشارع به وإلا أحلف القسامة وحكم له لصحيح سليمان بن خالد<sup>(٣)</sup> إلا أن في النصوص الواردة خصوص هذه المسألة اختلاف.

ولو ادعى ذهاب بصره وعينيه قائمة حالها فالمشهور أنه يحلف القسامة ويقضي له كما هو القاعدة في الاطلاع على ما هو خفي، وفي رواية سليمان بن خالد<sup>(٤)</sup> انه يؤجل سنة ثم يستحلف بعد السنة انه لا يبصر ثم يعطي الدية، وفي مرفوعة البرقي<sup>(٥)</sup> انه يقابل بالشمس فان كان

(١) أبواب دعوى القتل ب ١٢ ح ١.

(٢) أبواب دعوى القتل ب ١١ ح ٢.

(٣) أبواب ديات المنافع ح ٣ و ١.

(٤) أبواب ديات المنافع ح ٣ و ١.

(٥) أبواب ديات المنافع ب ٤ ح ١.

كما قال بقيتا مفتوحتين، ولو ادعى نقصان أحدهما ففي صحيح معاوية بن عمار وغيره<sup>(١)</sup> قيست بالآخرى، وفعل بها كما يفعل بالسمع. وفي الشم يعتبر في المشهور بالاشياء الطيبة والمنتنة ثم يستظهر عليه بالقسامة، ويقضى له اذ لا طريق هنا للبينه، وفي مرفوعة البرقي: «اما ما ادعاه انه لا يشم الرائحة فانه يحرق له حراق ويقرب منه فان دمعت عيناه ونحى أنفه فهو كاذب، وأما ما ادعاه في لسانه فانه يضرب على لسانه بآبرة فان خرج الدم أحمر فقد كذب، وان خرج أسود فقد صدق»<sup>(٢)</sup> ومثله خبر الاصبغ بن نباتة<sup>(٣)</sup> وخبر قضاء أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(٤)</sup>.

(٢) أبواب ديات المنافع ب ٤ ح ١.

(٤) أبواب ديات المنافع ب ٤ ح ١.

(١) أبواب ديات المنافع ب ٨ ح ١.

(٣) أبواب ديات المنافع ب ٤ ح ١.

## فصل في شرائط القصاص

يشترط في القصاص أن يكون القاتل مكلفاً، والمقتول محقون الدم، وأن يتساويا في الدين والحرية أو الرق، وأن لا يكون القاتل أباً للمقتول فلا يقتص من الصبي، ولا المجنون، ولا النائم لرفع القلم عنهم. وتثبت الدية على عاقلتهم لان عمدهم كالخطأ كما في النصوص المستفيضة، منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(١)</sup> في الصبي، وخبري أبي البخري<sup>(٢)</sup> في رفع القلم عنه وعن المجنون وخبر السكوني<sup>(٣)</sup> وفي ثبوت القصاص على السكران قولان، والأكثر على الثبوت وقواه شيخنا، لكن مع تعدد السبب، وقوى الشهيدان العدم.

وفي الاعمى قولان، أصحهما وعليه الأكثر انه كالمبصر فيما قصد إليه لعموم الآيات<sup>(٤)</sup> والروايات<sup>(٥)</sup>، والذي ذهب إلى مساوات عمد الاعمى وخطئه في لزوم الدية على العاقلة الصدوقان والشيخ في النهاية والقاضي، وهو مختار الاسكافي لخبري الحلبي<sup>(٦)</sup> وأبي عبيدة<sup>(٧)</sup>، ولا دلالة فيهما.

(١) أبواب العاقلة ب ١١ ح ٢.

(٢) أبواب القصاص في النفس ب ٣٦ ح ٢.

(٤) البقرة: ١٧٨.

(٣) أبواب العاقلة ب ١١ ح ٥.

(٥) أبواب القصاص في النفس ب ١ ح ٨.

(٦) أبواب العاقلة ب ١٠ ح ١.

(٧) أبواب القصاص في النفس ب ٣٥ ح ١.

ولا يقتص من المسلم للمرتد الفطري مطلقاً، ولا المَلّي بعد استتابته ولا كل من أباح الشرع قتله، ولا المجنون، بلا خلاف لصحيح أبي بصير وموتقه<sup>(١)</sup> في المجنون، وألحق الحلبي الصبي فلا يقتل القاتل به وربما يحتج له بقوله في هذا الصحيح أو الموتق «لا قود لمن لا يقاد منه» فيشملة، والأكثر على خلافه لعموم الادلة.

ولا يتقص من مسلم لكافر مطلقاً ذمياً كان أو غيره، ولا من حر لمملوك بالكتاب والسنة، والاجماع فيهما. ومما يدل على الحر والعبد صحيح ليث المرادي وغيره<sup>(٢)</sup> فأما أخبار المسلم والكافر فأكثر من أن تحصى، منها صحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> إلا إذا كان معتاد القتل أهل الذمة أو العبيد، فقولان مشهوران، ويدل على اعتياد قتل أهل الذمة أخبار الهاشمي وحسنه بل صحيحته وغيرها<sup>(٤)</sup>، وعلى اعتياد قتل العبيد خبر يونس وغيره<sup>(٥)</sup>.

وعلى العمل بها فهل يقتل قوداً أو حداً؟ جزم الشيخ بالثاني، وعلى الأوّل يجب رد فاضل ديته إلى أوليائه، ويسقط القتل مع العفو إذا كان للقود دون الحد إلا مع الاقرار وعفو الإمام أو مع التوبة قبل أن تقدر عليه أو إذا كان القتل من جهة الفساد، والادلة ناهضة بذلك.

ولا يتقص من الأب لابنه لصحيح الحلبي وحسنه وغيرها<sup>(٦)</sup>، وكذا

(١) أبواب القصاص في النفس ب ٢٨ ح ١. (٢) أبواب القصاص في النفس ب ٤٠ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٤٧.

(٤) أبواب القصاص في النفس ب ٤٧ ح ١ و ٦ و ٧.

(٥) أبواب القصاص في النفس ب ٣٨ ح ٢ و ١.

(٦) أبواب القصاص في النفس ب ٣٢ ح ٢.



الاجداد والجدات بالنسبة إلى الاحفاد وهم أولاد الأولاد على قول غير مشهور، والقول الآخر اختصاص الحكم بالابوين، أما الأب والجد لهما فلا ينفي عنهما القصاص قولاً واحداً إلا على قول الحلبي في الام لاطلاق الأب عليها، ولو قتل زوجته ففي ثبوت القصاص لولدها منه قولان، المشهور نفي القود، ومال في الشرائع إلى القول الثاني، وقى شيخنا المشهور لصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(١)</sup>.

ويتقصد للذمي من المرتد مطلقاً فطرياً وملئياً، وكذا يقتصد من الجاني على من وجب عليه القصاص إذا قتله غير الولي بخلاف الزاني الثابت عليه الحد بالقتل للاتط والمكره على الزنا ونحوهما ممن كان حده القتل فإنه مهدور الدم، وان توقف على اذن الحاكم، وهل يقتصد من المرتد للذمي؟ قولان.

والاظهر ثبوت القصاص لان الكفر كالملة الواحدة، ويعتبر في قصاص الطرف مع الشرائط المماثلة في المحل، فلا تقطع اليد بالرجل ولا الانف بالعين ولا سن بضرس ولا العكس، ولا أصيلة بزائدة، ولا زائدة بزائد مع تغاير المحل، ويعتبر التساوي في الصحة والشلل فلا تقطع الصحيحة بالشلل وان رضي الجاني، أما العكس فالمشهور ان يراجع أهل الخبرة فان أمكن قطع الشلاء من غير سراية النفس قطعت وإلا تعينت الدية. وهل يعتبر في الشلل بطلان الحس والحركة رأساً أم يكفي ضعفه به؟ قولان، أصحابهما العدم لاطلاق الشلل على الامرين، ولا تؤخذ الاسنان

(١) أبواب القصاص في النفس ب ٣٣ ح ١٥ و ١.

الصحيحة بالمكسورة ولا يقطع ذكر الصحيح بذكر العنين، ويقطع ذكر البالغ بذكر الصغير والمجنون والاعلف والذي سلب خصيته، والشيخ بلا خلاف، وتقطع الاذن الصحيحة بالمتقوبة أما المخرومة والمشقوقة ففيهما قولان، قوَى شيخنا القطع إن لم يفت منها شيء يعتد به.

ولو قطع يمين رجل، ومثلها من آخر قطعت يمينه بالاول ويساره بالآخر، لخبر حبيب السجستاني<sup>(١)</sup> الصحيح عند جماعة، ولو قطع يد ثالث قطعت رجله بها لخبر حبيب المذكور، والحلبي على ثبوت الدية، وقواه الكاشاني، ولا قصاص فيما فيه تعزيز بالنفس كالجائفة، والمأمومة لموثق أبي حمزة وخبر أبان<sup>(٢)</sup>، ولا في المنقلة للموثق المذكور ويقص من الهاشمة بالموضحة ويأخذ للهشم ما بين ديتهما، وعلى هذا المقياس، لصحيح أحمد بن محمد بن أبي بصير وغيره<sup>(٣)</sup> وربما يقال بثبوت القصاص في كسر الاسنان لصحيح أبي بصير<sup>(٤)</sup>.

(١) أبواب قصاص الطرف ب ١٢ ح ٢. (٢) أبواب قصاص الطرف ب ١٦ ح ١.

(٣) أبواب قصاص الطرف ب ١٦. (٤) أبواب قصاص الطرف ب ١٣ ح ٤.

## فصل في استيفاء القصاص

يقتل كل من الحر والحررة والعبد والامة بمثله، وبالاشرف بالنصوص المستفيضة، ولا يؤخذ فاضل دية الاشرف لظاهر ﴿ان النفس بالنفس﴾<sup>(١)</sup> وللصاح الصراح الواردة في قتل المرأة الرجل من أنها تقتل من غير رد كصحتي عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

ويقتل الاشرف بالاخس بعد رد فاضل دية الاشرف الذكر بلا خلاف للاخبار المستفيضة كصحتي أبي مريم وغيرهما<sup>(٣)</sup>، وكذا فاضل دية قيمة المملوك عند الكاشاني تبعاً للشهيد الثاني، والمشهور عدم الرد لاطلاق الآية<sup>(٤)</sup>. ويقتص للمرأة من الرجل في الاطراف من غير رد لتساوي ديتهما ما لم تبلغ ثلث دية الحر، ثم يرجع إلى النصف فيقتص لها منه مع التفاوت، وهو نصف دية عضو الرجل للمستفيضة وغيرها، منها صحيح أبان بن تغلب وصحيح الحلبي وصحيح ابن أبي يعفور<sup>(٥)</sup> وموثق أبي بصير وغيرها<sup>(٦)</sup>، اعتبر فيها مجاوزة الثلث في الرجوع إلى النصف. ولذلك قال الشيخ: ما لم يتجاوز الثلث، وعمل الأكثر على ما دلت عليه

(١) البقرة: ١٧٨. (٢) أبواب القصاص في النفس ب ٣٣ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٣٣ ح ١٧ و ١٩.

(٤) البقرة: ١٧٨. (٥) أبواب قصاص الطرف ب ١ ح ١ و ٣ و ٤.

(٦) أبواب قصاص الطرف ب ١ ح ٢.

الصالح للأول، وإذا اشتركوا في قتل واحد تخير الولي بين قتلهم جميعاً بعد أن يرد عليهم ما فضل من دية المقتول، وقتل البعض، ورد الباقي إليه دية جنائهم على المشهور للنصوص كخبري ابن مسكان وصحيح داود بن سرحان وخبره وغيرها<sup>(١)</sup>. ولو اشترك في قتله امرأتان قتلنا به من غير رد، ولو كن أكثر رد فاضل وديتهن، ولو كان رجل وامرأة قتلا به واختص ورثته بالرد في المشهور، وفي المقنعة الرد بين ورثتهما أثلاثاً، لان جناية الرجل ضعف جناية المرأة وهو شاذ. وإذا قتل الرجل خاصة ردت المرأة نصف ديته، وفي الفقيه نصف ديتها، وتبعه القاضي، والاصح الأوّل لصحيح ضريس<sup>(٢)</sup>، واستدل على القول الثاني بصحيح هشام بن سالم<sup>(٣)</sup> ولا ينطبق عليه إلا بتكليف، وإذا كان حر وعبد رد على ورثة الحر نصف الدية ولا شيء لمولى العبد، إلا أن تكون قيمته أكثر من نصف دية الحر فيرد عليه الزائد ما لم يتجاوز قيمة الحر ويرده اليها، وإذا قتل الحر خاصة فعلى المولى أقل الامرين من قيمته ونصف دية الحر لان الجاني لا يجني على أكثر من نفسه لصحيح ضريس<sup>(٤)</sup>، وفي المسألتين أقوال ضعيفة لا مستند لها. ولا يضمن المولى جناية العبد عمداً لكن ولي الدم بالخيار بين القصاص واسترقاقه للنصوص المستفيضة، منها صحيح زرارة<sup>(٥)</sup>، وقيل بل استرقاقه موقوف على رضا المولى، وليس في الأخبار ما يدل على اشتراط التراضي، ولو كان خطأ تخير المولى بين فكه ودفعه وله ما يفضل عن أرش الجناية، وانما يفكه بأقل الامرين من أرش الجناية وقيمه، وفاقاً للمبسوط ولجماعة من المتأخرين المحققين، منهم شيخنا لان

(١) أبواب القصاص في النفس ب ١٢ ح ٤ و ٥ و ١ و ٢.

(٢) أبواب القصاص في النفس ب ٣٤ ح ٢. (٣) أبواب القصاص في النفس ب ٣٤ ح ١.

(٤) أبواب القصاص في النفس ب ٣٤ ح ٢. (٥) أبواب القصاص في النفس ب ٤١ ح ١.

الجاني لا يجني على أكثر من نفسه. والمولى لا يعقل مملوكه للنصوص الآتية والاجماع، خلافاً للشيخ في أحد قوله حيث قال: يفكه بأرش الجناية زادت أو نقصت، ولا فرق بين العمد والخطأ، بل متى فكه ولو برضاء الولي كان ذلك الثابت عليه، ففي خبز هاشم بن عبيد: «على المولى قيمة العبد وليس عليه أكثر من ذلك»<sup>(١)</sup>، وفي معناه غيره، وفيه إيحاء إلى مذهب المشهور وهو قول الشيخ في المبسوط.

والمدير كالقن ولو كان خطأ ومات الذي دبره ففي اعتاقه أقوال، ونصوص، أحد الأقوال ما ذهب إليه الشيخان من اعتاقه بموت مولاه، ولا يبطل التدبير لاستغراق قيمته لجنائته لحسن جميل بن دراج وخبره وغيرهما<sup>(٢)</sup>. وثانيها للحلي وهو بطلان التدبير، وتبعه أكثر المتأخرين لصحيح أبي بصير<sup>(٣)</sup> وهو نص في بطلان التدبير.

والمكاتب المطلق إذا أدى شيئاً يتحرر منه بحسابه فاذا قتل حراً عمداً قتل وان قتل مملوكاً فلا قود، وتعلقت الجناية بما فيه من الرقية مبعضة فيسعى في نصيب الحرية، ويتسرق الباقي منه وان أدى المولى عنه ما قابل نصيب الرقية فالكتابة بحالها لصحيح أبي ولاد<sup>(٤)</sup> وعلى أكثر المتأخرين منهم شيخنا، وذهب الشيخ في الاستبصار وقبله، الصدوق إلى أنه مع أدائه نصف ما عليه يصير بمنزلة الحر فيستسعى في العمد.

ويجب على الإمام نصيب الجناية في الخطأ لرواية علي بن جعفر والصدوق أيضاً وتلميذه المفيد وسلاح، ونفي عنه العلامة في المختلف البأس على أن الإمام عليه أن يؤدي بقدر ما عتق من المكاتب، وما لم

(١) أبواب ديات النفس ب ٨ ح ٤. (٢) أبواب ديات النفس ب ٩ ح ١ و ٣.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٤٢ ح ١. (٤) أبواب القصاص في النفس ب ٤٦ ح ١.

يؤد للورثة أن يستخدموه فيه مدة حياته، وليس لهم بيعه لصحيح محمد ابن مسلم<sup>(١)</sup>، والصدوق أيضاً والشيخ في النهاية والحلي على أن على المولى ما قابل نصيب الرقية وعلى الإمام ما قابل الحرية لخبر عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup>. ولو قتل العبد اثنين دفعة اشتركا فيه اتفاقاً ولو كان على التعاقب فان اختار الأوّل استرقاقه كان للاخير وإلا اشتركا فيه لصحيح زرارة<sup>(٣)</sup> وهو مختار الأكثر، والشيخ في النهاية أنه للاخير مطلقاً لموثق علي بن عقبة بن خالد<sup>(٤)</sup> ولو كان المجني عليهما مملوكين ولم يختر مولى الأوّل استرقاق الجاني، ففي اشتراكهما لتعلق الجناية برقبته أو تقديم الأوّل لسبق حقه قولان، أصحابهما الأوّل، والقول الآخر للشيخ. ولو قتل المولى عبده كقرّ وعزّر وتصدق بثمنه على المشهور لرواية مسمع بن عبد الملك وخبر السكوني<sup>(٥)</sup> وليس في الأخبار المعتبرة سوى الكفارة مع كونها متعددة، منها صحيح حمران، وصحيح علي بن جعفر موثقات سماعة<sup>(٦)</sup>، نعم ورد في صحيح الحلبي<sup>(٧)</sup> أنه تغرم قيمته ويضرب ضرباً شديداً، ويمكن عند شيخنا حمل الصدقة على الاستحباب. وإذا قتل الذمي مسلماً عبداً دفع هو وماله إلى أولياء المقتول وهم مخيرون بين قتله واسترقاقه لخبر ضريس الكناسي وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٨)</sup> خلافاً للحلي فلم يجوز أخذ المال بعد اختيار استرقاقه، حتى لو قتله لم يملك ماله وفي تبعية أولاده الاصاغر لايبهم في الرق قولان، أشهرهما وأصحهما العدم، والآخر للمفيد

(١) أبواب القصاص في النفس ب ٤٦ ح ٢. (٢) أبواب ديّات النفس ب ١٠ ح ١.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٤٥ ح ١. (٤) أبواب القصاص في النفس ب ٤٥ ح ٣.

(٥) أبواب القصاص في النفس ب ٤٠ ح ٦ و ١٠.

(٦) أبواب القصاص في النفس ب ٣٧ ح ٢ و ١١ و ٤.

(٧) أبواب القصاص في النفس ب ٣٧ ح ١. (٨) أبواب القصاص في النفس ب ٤٩ ح ١.

وسلار والشيخ أيضاً، والمشهور أن الجناية على الطرف والجناية على المنفعة لا يتداخلان، كما لو شجّه أو قطع يده فذهب عقله بعد ذلك به. وهل يتداخل قصاص الطرف والشجاج في قصاص النفس؟ أقوال، ثالثها نعم، ان اتحد الضرب وهو الاظهر عند شيخنا والكاشاني لحسن حفص بن البختری<sup>(١)</sup> وهو مذهب الشيخ في النهاية، والأوّل وهو الدخول مطلقاً كما هو مختار المشهور لصحيحة أبي عبيدة الحدّاء<sup>(٢)</sup> ودالاتها لا تفني بما قالوه أجمع، وظاهر صحيح الشمالي<sup>(٣)</sup> عدم الفرق بين تعدد الضربات واتحادها، والقول الثاني وهو عدم الدخول مطلقاً، وهو قول الشيخ أيضاً، والحلي للاصل وعموم: ﴿من اعتدى عليكم﴾<sup>(٤)</sup>، والعموم في قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾<sup>(٥)</sup>. وأما دخول الاضعف في الأقوى مطلقاً فنقله المحقق عن الشيخ في المبسوط والخلاف، وإذا قتل شخصاً قطع يداً وقطع أولاً ثم قتل توصلنا إلى استيفاء الحقيقين للنصوص المستفيضة، منها صحيحة زرارة<sup>(٦)</sup> ولو سرى القطع في المجني عليه ففي ثبوت نصف الدية في تركته وجهان مبنيان على ثبوت القود خاصة بالعمد كما هو المشهور والمختار. وفي التحرير يرجع بالدية أجمع وإذا هلك قاتل العمد سقط القصاص، وفي سقوط الدية قولان، أحدهما السقوط وهو المشهور بين المتأخرين، وقيل لا يسقط لثلاث يطل دم امرء مسلم، وفي موثقتي أبي بصير: «إذا هرب ولم يقدر عليه حتى مات أخذت من ماله وإلا فمن الأقرب فالأقرب»<sup>(٧)</sup> وهل يؤيد بالقول بالثبوت وعليه عمل

(١) أبواب القصاص في النفس ب ٥١ ح ٢. (٢) أبواب ديات المنافع ب ٧ ح ١.

(٣) أبواب ديات المنافع ب ٧ ح ٢. (٤) البقرة: ١٩٤.

(٥) المائدة: ٤٥. (٦) أبواب مقدمات الحدود ب ١٥ ح ١.

(٧) أبواب العاقلة ب ٤ ح ١.

الأكثر، وبمضمونها صحيح ابن أبي بصير<sup>(١)</sup> وإذا جنى على جماعة اقتص منه. وهل يقدم السابق في الاستيفاء إذا كان على التعاقب؟ قولان، وإذا بادر أحدهما بالطلب فاقترض منه ففي ثبوت الدية للباقيين في ماله قولان، حتى للشيخ والمشهور عدم الثبوت، والقديمان على الثبوت. ويؤيده حديث: «لا يطل دم امرء مسلم»<sup>(٢)</sup>، والأخبار خالية من التفصيل اذ ليس سوى مرسله ابن مسكان، وفيها: «إذا قتل الرجل رجلين أو أكثر قتل بهم»<sup>(٣)</sup>، وهل لبعضهم طلب القود والباقيين الدية أم لا؟ قولان مرتبان على القولين المذكورين. والمشهور أنه يرث القصاص والدية والعفو من يرث المال عدا الزوج والزوجة فانهما لا يرثان القصاص اجماعاً، ولا دليل عليه سواه، ولهما نصيهما من الدية في عمد أو خطأ لصحيح سليمان بن خالد وصحيفة محمد بن قيس وموثقتيه<sup>(٤)</sup>، والشيخ في النهاية واتباعه والحلي لا يرث شيئاً من ذلك القصاص والدية والعفو إلا العصبه لصحيح سليمان بن خالد وصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٥)</sup> وبقية البحث قد مضى في الميراث. وإذا عفى بعض الاولياء على مال أو بدونه لم يسقط حق الباقيين القود بل لهم ان يقتصوا بعد رد نصيب من عفا على المشهور لصحيح أبي ولاد وغيره<sup>(٦)</sup> وما دل على سقوط القود بعفو البعض كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(٧)</sup> محمول على التقية، وهل يجوز المبادرة إلى الاستيفاء أم يتوقف على اذن الامام؟ قولان. الأكثر على الأوّل لعموم: «فقد جعلنا

(١) أبواب العاقلة ب ٤ ح ٣.

(٢) أبواب العاقلة ب ٤ ح ١.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ١٥، ح ١.

(٤) أبواب موانع الارث ب ١٠ ح ١ و ٤ وب ١١ ح ٢.

(٥) أبواب موانع الارث ب ١٠ ح ١ و ٢. (٦) أبواب القصاص في النفس ب ٥٢ ح ١ و ٢.

(٧) أبواب القصاص في النفس ب ٥٢ ح ٣.



لوليه سلطاناً<sup>(١)</sup>، خلافاً للعلامة في القواعد حيث أوقفاه على أذنه، ويمكن أن يستدل له بخبر حفص بن غياث<sup>(٢)</sup>، والمحقق في الشرائع على الكراهة، ولو كانوا جماعة لم يجز الاستيفاء إلا بعد الاجتماع لانه حق مشترك، والشيخ على الجواز مع ضمان حصص الباقيين ويدل عليه ما تقدم في حد القذف.

ولو كان الولي مولى عليه فهل لوليه الاستيفاء أم يؤخر إلى أن يكمل؟ قولان، أشهرهما الأول، والقول الآخر للشيخ وظاهر الأخبار عند شيخنا الانتظار إلى حين الاكمال كصحيح أبي ولاد وصحيح إسحاق بن عمار<sup>(٣)</sup>، ولا يمنع من القود مشاركة الأب الذي لا قود معه بل يرد عليه نصف الدية، ويقاد منه عندنا بلا خلاف، لا يمنع منه بثبوت الدين على المقتول من دون وفاء للعمومات القرآنية والأخبار الواردة في القصاص.

والشيخ وجماعة من القدماء بل لا يجوز لهم القصاص إلا بعد ضمان ما عليه من الديون أو مقدار الدية منها لصحیحتي أبي بصير وغيرهما<sup>(٤)</sup> والأول أشهر، وفي رواية أبي بصير ان قتل عمداً قتل قاتله وأدى عنه الإمام الدين من سهم الغارمين، فيجب عند شيخنا حمل ما عارضه على عدم وجود الإمام وعدم تمكنه من بيت المال، ولا يمنع من القود في العين كون الجاني أعور، بلا خلاف لصحيح محمد بن قيس وغيره<sup>(٥)</sup>.

ولو انعكس بأن فقاً الصحيح عين الاعور خلقة غير مجني عليه مأخوذ ديتها، فهل يرد على الاعور بعد قصاصه من الصحيح عيناً واحدة

(١) الاسراء: ٣٣. (٢) أبواب القصاص في النفس ب ١٩ ح ١١.

(٣) أبواب القصاص في النفس ب ٥٣، ح ١ و ٢.

(٤) أبواب القصاص في النفس ب ٥٩، ح ١ و ٢.

(٥) أبواب قصاص الطرف ب ١٥ ح ١.

نصف الدية لان في عينيه الدية كاملة أم لا؟ قولان، أحدهما وهو المشهور عدم وجوب الرد وللنصوص مع الأول، وهو وجوب الرد كصحيح محمد بن قيس وخبر عبد بن الله بن الحكم<sup>(١)</sup>، وهما مخصصان للعموم وهو اختيار الشيخ في النهاية، واتباعه والعلامة في المختلف. ولا يقاد من الحامل حتى تضع وترضع وتحضنه بما يتوقف عليه عيش الولد لموثق عمار الساباطي وغيره<sup>(٢)</sup>.

ولو وقعت الجناية بالتمثيل أو بالحرق والغرق، فهل يجوز الاتيان بالمثل أم يقتصر على ضرب عنقه بالسيف؟ قولان، الجواز للاسكافي لعموم الآية<sup>(٣)</sup> وبعض النصوص الواردة في تفسيرها وقضية حمزة، والمشهور الثاني للنهي في الأخبار<sup>(٤)</sup> عن تعذيب حالة القصاص وهو أحوط، ولا يضمن المقتص سراية القصاص كما في المعبرة إلا مع التعدي لصحيح الكناني وغيره<sup>(٥)</sup>.

ويستحب الاشهاد على القصاص احتياطاً للدماء، وأن لا يقتص الطرف قبل الاندمال كما عليه الشيخ في الخلاف لخبر السكوني<sup>(٦)</sup> ومنعه في المبسوط، والاستحباب عند شيخنا أرحح. ويستحب أن لا يقتص إلا بحديد كسيف ونحوه لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٧)</sup>، وأن يؤخره في الاطراف من شدة البرد والحر إلى اعتدال النهار لخبري هشام بن أحمد وسعدان بن مسلم<sup>(٨)</sup>.

(١) أبواب قصاص الطرف ب ١٥ ح ١ و ٢. (٢) أبواب حد الزنا ب ١٦ ح ٦.

(٣) البقرة: ١٩٤. (٤) أبواب القصاص في النفس ب ٦٢.

(٥) أبواب القصاص في النفس ب ٢٤ ح ١ و ٢.

(٦) أبواب موجبات الضمان ب ٤٢. (٧) أبواب القصاص في النفس ب ٦٢ ح ١ و ٣.

(٨) أبواب مقدمات الحدود ب ٧ ح ٣.

## فصل في بيان مقادير الديات

دية العمد مائة بعير من مسان الابل التي كمل لها خمس سنين لصحيح معاوية بن وهب وغيرهما<sup>(١)</sup>، أو مائة بقرة، أو مائة حلة من الثياب كل حلة ثوبان من برود اليمن، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج وصحيح جميل<sup>(٢)</sup> وفيه: «تؤخذ من أصحاب الحلل الحلل، ومن أصحاب الابل الابل، ومن أصحاب الغنم الغنم، ومن أصحاب البقر البقر»<sup>(٣)</sup> وذلك لا يعطي التخير مطلقاً بل التفصيل.

لكن الاصحاب حملوا ذلك على الاستحباب بقريته اطلاق بعض الروايات، أو ألف دينار أو ألف شاة أو عشرة آلاف درهم لذينك الصحيحين، ولصحيح عبدالله بن سنان وغيرها<sup>(٤)</sup> وما ورد بأقل من عشرة آلاف درهم كصحيح عبدالله بن سنان الآخر وغيره<sup>(٥)</sup>، فمحمول على التقية، أو على سبيل القيمة عن الابل، وتساوي دية العمد في سنة لصحيح أبي ولاد<sup>(٦)</sup>.

وفي قبول القيمة السوقية قولان، أظهرها وأشهرها العدم لتصريح

(١) أبواب ديات النفس ب ٢ ح ٢ و ١ . (٢) أبواب ديات النفس ب ١ ح ١ و ٤ .

(٣) أبواب ديات النفس ب ١ ح ٤ . (٤) أبواب ديات النفس ب ١ ح ٨ .

(٥) أبواب ديات النفس ب ١ ح ٣ و ٥ و ٦ . (٦) أبواب ديات النفس ب ٤ .

الأخبار بهذه الاعيان خلافاً للشيخ في المبسوط، وتردد المحقق وهو عند شيخنا في محله، هذا إذا قدر على الاعيان وإلا فلا اشكال في اجراء القيمة ودية شبيه العمد ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون بنت لبون، وأربع وثلاثون ثنية طروقة الفحل لخبري أبي بصير والعلاء، بن الفضيل<sup>(١)</sup>، وفي صحيح عبدالله بن سنان: «في الخطأ شبيه العمد مائة من الابل منها أربعون خلفه بين ثنية إلى بازل عامها، وثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون»<sup>(٢)</sup> ومثله مرسله، وبه أفتى في التحرير والمختلف وهو الاصح عند متأخرين المتأخرين.

وتستأدي سنتين عند المفيد، ولا قصر هنا، [ولكنه في مطلق الخطأ فالعمل به في الخطأين قوي عند شيخنا]، ودية الخطأ المحض عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن لبون، وثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقة على المشهور لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup>، وتستأدي في ثلاث سنين لصحيح أبي ولاد<sup>(٤)</sup> في كل سنة ثلثاً ولكنه في مطلق الخطأ فالعمل به في الخطأين قوي عند شيخنا.

[وتستأدي التي قبلها في سنتين عند المفيد ولا نص فيها]، وفي الأشهر الحرم دية وثلاث من أي الثلاثة كانت بالنصوص المستفيضة كصحيحتي زرارة وحسنة كليب الاسدي<sup>(٥)</sup> وألحق بهما الشيخان وجماعة من المتأخرين عنهما الحرم، ويمكن الاستدلال عليه بصحيح زرارة<sup>(٦)</sup> فظاهر

(١) أبواب ديات النفس ب ٢ ح ٤ وب ١ ح ١٣.

(٢) أبواب ديات النفس ب ٢ ح ١.

(٣) أبواب ديات النفس ب ٢ ح ١.

(٤) أبواب ديات النفس ب ٤.

(٥) أبواب ديات النفس ب ٣ ح ٢ و ١.

(٦) أبواب ديات النفس ب ٣ ح ٣.

الفتوى انه لا فرق في القتل بين أن يكون خطأ أو عمداً لاطلاق صحيح زارة<sup>(١)</sup> ولا تغليظ في الاطراف عندنا.

ودية المرأة على النصف من جميع الاجناس للنص كصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٢)</sup> والاجماع، ودية الذمي ثمان مائة درهم على المشهور للنصوص المستفيضة، منها صحيح أبان بن تغلب<sup>(٣)</sup>، وما دل على أن ديته دية المسلم كصحيح أبان وغيره<sup>(٤)</sup>، فحملة الشيخ على من يعتاد قتلهم، وفي الفقيه على قيامهم بشرائط الذمة، وفي الوسائل على التقية.

ودية المملوك قيمته ما لم يتجاوز دية الحر فيرد اليها للاجماع والصحاح المستفيضة كصحيح الحلبي وغيره<sup>(٥)</sup>، ودية المبعوض بالنسبة لصحيح محمد بن قيس<sup>(٦)</sup> ودية ولد الزنا إذا أظهر الإسلام فدية المسلم عند الأكثر لدخوله تحت عموم المسلمين خلافاً للسيد والصدوق فدية الذمي لمرسل عبد الحميد وغيره<sup>(٧)</sup>.

وللحلي فلا دية له لانه ليس بمسلم ولا ذمي، والأوّل أصح وأشهر، وأما الاطراف فكل ما في الانسان واحد ففيه الدية كاملة لصحيح هشام بن سالم<sup>(٨)</sup>، وغيره سواء كان عضواً كالانف واللسان أو منفعة كالعقل والشم، ونحو ذلك من القوى فانها متحدة إذا ذهبت بالجناية، والنصوص بذلك مستفيضة كصحيح عبدالله بن سنان وصحيحتي هشام بن سالم وغيرها<sup>(٩)</sup>.

- (١) أبواب ديات النفس ب ٣ ح ٢ و ٤ . (٢) أبواب ديات النفس ب ٥ ح ٢ و ١ .  
 (٣) أبواب ديات النفس ب ١٤ ح ٢ . (٤) أبواب ديات النفس ب ١٤ ح ٣ و ١ .  
 (٥) أبواب ديات النفس ب ٦ ح ٣ و ٤ . (٦) أبواب ديات النفس ب ١٠ ح ٢ .  
 (٧) أبواب ديات النفس ب ١٥ ح ١ . (٨) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١٢ .  
 (٩) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١ و ١٢ .

وقد اشتملت موثقة سماعة<sup>(١)</sup> على حكم الانف والظهر واللسان، ويكفي قطع المارن في الانف لموثقته الاخرى وغيرها<sup>(٢)</sup>، وقطع الحشفة في الذكر لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٣)</sup>، وقد اشتمل موثق إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup> على من لم يستمسك بوله ولا غائطه، وخبر يونس<sup>(٥)</sup> على السمع والصوت والظهر والذكر وكلما هو اثنان في الانسان ففيهما جميعاً الدية وفي كل واحد نصف الدية كالاذنين والشفيتين واللحين واليدين والثديين والخصيتين والشفرتين وهم اللحم المحيط بالفرج والاليتين والرجلين، وكضوء العينين وسمع الاذنين.

والأخبار بهذا مستفيضة كصحيح هشام بن سالم: «كلما في الانسان اثنان ففيهما الدية، وفي أحدهما نصف الدية»<sup>(٦)</sup> وفي الثاني معناه غيره، وفي عين الاعور الدية وفي الاسنان كلها الدية كاملة لصحيح عبد بن سنان وغيره<sup>(٧)</sup> وكذا في أصابع اليدين كلها، وكذا في أصابع الرجلين كلها. وفي كل أصبع عشر الدية لصحيحتي عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٨)</sup> وما لا تقدير فيه ففيه الارش، ويسمى في الحر بالحكومة أيضاً وهو ان يقوم الحر صحيحاً بأن لو كان مملوكاً لكان قيمته كذا، ويقوم مع جنائته على أنه مملوك وينسب إلى القيمة ويؤخذ من الدية بحسابه لصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٩)</sup>.

وكل عضو ديته مقدرة ففي شلله ثلثا ديته، وفي قطعه بعد شلله ثلث

- |                                     |                                       |
|-------------------------------------|---------------------------------------|
| (١) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ٧.     | (٢) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١٠ و ١١. |
| (٣) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ٥ و ٤. | (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٢.          |
| (٥) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ٢.     | (٦) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١٢.      |
| (٧) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١١.    | (٨) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٩ ح ٤ و ٩.  |
| (٩) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٧.        |                                       |

ديته لصحيح سليمان بن خالد وغيرها<sup>(١)</sup>، وفي صحيح بريد بن معاوية وموثق أبي بصير<sup>(٢)</sup> في لسان الاخرس، والعين العوراء الربع وذكر الخصي وأثنىيه ثلث الدية، وما ورد في أن في عين الاعور الربع كرواية عبدالله بن سليمان<sup>(٣)</sup> أو النصف كما في روايته الاخرى فمتروك.

وكل عضو زائد ففيه ثلث ديته الاصيلي ان قطع منفرداً، وان قطع منضماً فلا شيء فيه من دية ولا قصاص، وفي جملة من الأخبار: لا دية فيه ولا قصاص كخبري الحكم بن عيينة وغيرهما<sup>(٤)</sup> وحملت على ما لو قطعت منضمة، وأكثر مورد تلك الأخبار الاسنان، والمرأة تساوي دية الرجل في دية الاطراف حتى تبلغ ثلث دية الرجل على الأشهر والأقوى، أو يتجاوزه على الخلاف المتقدم ثم تصير على النصف لصريح صحيح أبان بن تغلب وغيره<sup>(٥)</sup>

وفي الذمي ينسب إلى ديته في المشهور لصحيح يزيد العجلي<sup>(٦)</sup>، وفي العبد إلى قيمته، لكن إذا جنى عليه بما فيه ديته فمولاه بالخيار بين امساكه ولا شيء له، وبين دفعه وأخذ قيمته لموثقتي أبي ابراهيم وغيث<sup>(٧)</sup>، إلا إذا كان الجاني عاصياً وقوفاً فيما خالف على محل الوفاق. والمشهور ان في كل من شعر الرأس واللحية إذا لم تنبت الدية كاملة لحسن سليمان بن خالد وخبر عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٨)</sup> فان نبتا ففي المشهور أن في

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ٢٨ ح ١ و ٢. (٢) أبواب ديات الاعضاء ب ٣١ ح ١ و ٢.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ٢٩ ح ١ و ٢. (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٩ ح ١.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٤ ح ١. (٦) أبواب ديات الاعضاء ب ٢٢ ح ١.

(٧) أبواب القصاص في النفس ب ٤١ وأبواب قصاص الطرف ب ٣.

(٨) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٧ ح ٢ وب ٣٠ ح ١.

للحية ثلث الدية وفي شعر الرأس مائة دينار لخبر مسمع<sup>(١)</sup>. وفي المقنعة ان في الرأس رواية بمائة دينار وعدل جماعة من متأخري المتأخرين على المشهور وجعلوا الاصح الارش وفاقاً للمحقق في الشرائع وهو في غير محله، وأما شعر رأس المرأة فان لم يعد فالدية كاملة وإلا فمهر نسائها على المشهور لخبر عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> خلافاً للاسكافي فالثلث مع القود.

وفي الحاجبين خمسمائة دينار وفي كل واحد نصف ذلك، والشيخ في المبسوط بل فيهما الدية كاملة لانهما اثنان، وفيه نظر لاحتمال أن يكون شعر البدن كله عضواً واحداً، وسلاز: أنه إذا لم ينبتا فمائة دينار ومع الانبات الارش مستنداً للاخبار، وشيخنا مع كثرة اطلاعه لم يطلع عليها والاصح عند الشهيدان ان مع الانبات الحكومة والارش، وقيل ربع الدية ولا مستند له أيضاً.

وأما الاهداب وهو شعر أشفار العين ففيه كاملة مع عدم الانبات عند الشيخ، وعند القاضي نصف الدية، والحلي الارش حالة الانفراد عن الجفن والسقوط حالة الاجتماع، واسنده الشيخ في الخلاف إلى اجماع الفرقة وأخبارهم، وفي الاجفان الدية كاملة، وفي كل واحد الربع للقاعدة الكلية الثابتة بتلك الصحاح كصحيح عبدالله بن سنان وغيره<sup>(٣)</sup>، وهو للشيخ في المبسوط، والعماني والعلامة في المختلف، وفيه نظر، لمنع تثنيتهما في كل عين إلا بتكليف، وذلك ان جفن كل عين كواحد والأشهر ان في الاعلى الثلث وفي الاسفل النصف.

ويسقط السدس في البين لخبر طريف بن ناصح<sup>(٤)</sup>، واختاره شيخنا

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٧ ح ١. (٢) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٠ ح ١.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١ و ١٢. (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ٢ ح ١.



والشيخ في الخلاف، بل في الاعلى الثلثان، وفي الاسفل الثلث، وتبعه الحلبي واسنده في الخلاف للاخبار والاجماع، وفي الجناية بعضها بنسبة ديته، ولو قلعت مع العينين لم تتداخل ديتها لاصالة العدم ولا فرق في العينين بين الصحيحة والغمشى والحولي ولا فرق في الانف بين قطعه كله وبين قطع مارنه وهو ما لان منه أو كسره مع الفساد فان جبر على غير عيب فمأة دينار، وفي أحد المنخرين ثلث الدية في المشهور لخبري العلاء بن الفضيل وسماعة<sup>(١)</sup> ولاشتمال الانف على الحاجز فيكون ثلاثة، والشيخ في المبسوط وغيره من كتبه بل النصف لانهما اثنان في البدن، وفيه نظر.

وفي بعض الاذن بحساب ديتها وهو النصف، وفي شحمتها ثلث ديتها في المشهور لخبر مسمع<sup>(٢)</sup>، وفي كتاب طريف<sup>(٣)</sup> «في الاذنين إذا قطعت أحدهما فديتها خمسمائة دينار، وما قطع منها بحسابه»، وتستوي الشفتان في الدية للاصل وصحيح الحلبي وغيره<sup>(٤)</sup>، واختاره شيخنا، والمشهور بل في العليا الثلث وفي السفلى الثلثان لأخبار لا تخلو من نظر عند شيخنا.

والصدوق والشيخ في النهاية والعلامة والمختلف: بل في العليا خمسا الدية وفي السفلى ثلاثة أخماس لخبر أبان بن تغلب وابن بابويه<sup>(٥)</sup>. والاسكافي: بل في العليا النصف وفي السفلى الثلثان للخبر المروي في كتاب طريف<sup>(٦)</sup> ويعتبر اللسان بحروف المعجم فتسقط الدية عليها بالسوية

(١) أبواب ديّات الاعضاء ب ١ ح ٨ و ٧ و ١٠.

(٢) أبواب ديّات الاعضاء ب ٧ ح ٢. (٣) أبواب ديّات الاعضاء ٧ ح ١.

(٤) أبواب ديّات الاعضاء ب ١ ح ٤ و ١٠. (٥) أبواب ديّات الاعضاء ب ٥، ح ٢.

(٦) أبواب ديّات الاعضاء ب ٥ ح ١.

فتجزء ثمانية وعشرون جزء، ويؤخذ نصيب ما يعدم منها كما في الصحاح المستفيضة كصحيحتي الحلبي وغيرهما<sup>(١)</sup>.

والمشهور رواية أنها ثمانية وعشرون حرفاً لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> فما ورد بكونها تسعة وعشرون وهو صحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> أيضاً فمتروك، والظاهر انما وقع ذلك للفرق فيه بين الهمزة والألف كما وقع لبعض اللغويين، والاصح أن الهمزة أصلها الألف.

وما ورد يبسط الجمل عليها بحسب حروف الجمل فيجعل الألف واحد وللباء اثنين وللجيم ثلاثة... إلى آخرها كخبر سماعة<sup>(٤)</sup> فيضعف، والاعتبار بقدر المقطوع من الصحيح على المشهور كما دلت عليه الأخبار، ولو قطع نصفه فذهب ربع الحرف فربع الدية ولو انعكس فالنصف لاطلاق النصوص وربما قيل بل المعتبر أكثر الامرين من الذاهب من اللسان ومن الحروف واختاره شيخنا والكاشاني.

والمشهور ان دية الاسنان تقسم على ثمانية وعشرون سنناً، اثنا عشر سنناً في مقدم الفم، وهي ثنيتان ورباعيتان ونابان، ومثلها من أسفل، وستة عشر في مؤخره وهو ضواحك وثلاثة أضراس من كل جانب، ومثلها من أسفل. وفي المقادير ستمائة دينار حصة كل سن من الاثني عشر خمسون ديناراً، وفي المواخير أربع مائة دينار حصة كل سن خمسة وعشرون ديناراً كذا في مرسله الفقيه<sup>(٥)</sup>، وعمل بها الاصحاب.

وفي صحيح عبدالله بن سنان: «الاسنان سواء في كل سن خمسمائة

(١) أبواب ديات المنافع ب ١ ح ٣ و ٤. (٢) أبواب ديات المنافع ب ١ ح ١.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١. (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ٧.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ٨ ح ١.

درهم»<sup>(١)</sup>، وفي معناه صحيحه الآخر وخبر سماعة<sup>(٢)</sup> وينبغي حملها على التقية، وعلى المشهور ان ما زاد على الثمانية والعشرون فهو بمنزلة الزائد فيه ثلث دية الاصيلي لو قلعت منفردة خلافاً للمفيد، فالارش ولو اسودت بالجنابة ولم تسقط ثلث ديتها لصحيح عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup>.

ولو قلعت بعد الاسوداد فالثلث على الأشهر وهو مختار شيخنا لخبر العزمي<sup>(٤)</sup>، والشيخ في النهاية بل الربع لخبر عجلان<sup>(٥)</sup>، والشيخ في المبسوط: الارش، واختاره الكاشاني، وينتظر بسن الصغير فان نبت فالارش وإلا فالدية تامة. ومن الاصحاب من قال ان فيه بغيراً لخبر السكوني وغيره<sup>(٦)</sup>، وهي مطابقته لمذهب العامة، وحد اليد المعصم في المشهور والرجل مفصل الساقين.

فلو قطعت اليد مع شيء من الزند والرجل مع بعض الساق فالدية والارش للزائد عند المشهور وعليه المحقق، والأقوى الاقتصار على الدية كما عليه الكاشاني وشيخنا، وفي كل أصبع من اليدين أو الرجلين عشر الدية سواء على المشهور لصحيحتي عبدالله بن سنان وغيرهما<sup>(٧)</sup> والشيخ والحلي وابن حمزة بل في الابهام الثلث، وفي الأربع البواقى الثلثان بالسوية لخبر كتاب ظريف<sup>(٨)</sup>.

وفي الظفر عشرة دنانير إذا لم تنبت على المشهور لخبر مسمع<sup>(٩)</sup>. وكذا لو نبت أسوداً للخبر المذكور والعلامة في المختلف، وقبله جماعة بل هو

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ٨ ح ٤. (٢) المصدر السابق.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ٨ ح ٤. (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١٣.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ١. (٦) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٣ ح ٣ و ٢.

(٧) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٩ ح ٤ و ٩. (٨) أبواب ديات الاعضاء ب ١٢ ح ١.

(٩) أبواب ديات الاعضاء ب ٤١ ح ١.

في تلك الحال حكمه حكم الشلل فثلثنا ديته، وفيه معارضة الاعتبار للاخبار، ولو نبت أبيض فخمسة دنانير على المشهور لذلك الخبر. وفي صحيح عبدالله بن سنان: «في الظفر خمسة دنانير»<sup>(١)</sup>. وحمل على ما إذا نبت أبيضاً، وفيه نظر عند الكاشاني، وفي النظر نظر عند شيخنا.

ولو جنى على مفاصل الأصابع كان في كل مفصل ثلث دية تلك الأصبع لخبر السكوني<sup>(٢)</sup>، وأما الأصابع الزائدة فمع انضمامها في الجناية لا دية لها ولا قصاص، وعند انفرادها ثلث دية الصحيحة لموثق غياث<sup>(٣)</sup>، وفي الحلمتين الدية وفي أحدهما النصف كما هو المشهور، واختاره شيخنا لصحيح هشام بن سالم وغيره<sup>(٤)</sup>، واستشكال المحقق بأنها بعض من الثديين فليزيم مساواة الجزة لكل لا التفات إليه، وكاذ لا وجه لميله إلى الحكومة فيهما ولا إلى استبعاده الدية في حلمتي الرجل، والصدوق جعل في حلمتي الرجل ثمن الدية، وتبعه ابن حمزة لخبر كتاب ظريف بن ناصح<sup>(٥)</sup> وهو قوي، وفي افضاء المرأة وهو تصيير مسلك البول والغائط أو مسلك البول والحيض كما قواه شيخنا واحداً ديتها لصحيح سليمان بن خالد وغيره<sup>(٦)</sup>.

وتسقط في طرف الزوج ان كان بالوطي بعد بلوغها كمال التسع لخبر بريد<sup>(٧)</sup> وفي رواية نوادر الحكمة<sup>(٨)</sup>: «في رجل اقتضت امرأته جاريته بيدها فقتل أن تقوم قيمة وهي مفضات فيغرمها ما بين الصحة والعيب واجبره على امساكها فانها لا تصلح للرجال»، ولعلها محمولة على الامة،

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ٤١ ح ٢. (٢) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٢ ح ١.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٢ ح ١. (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٩ ح ٢.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ١٣ ح ١. (٦) أبواب ديات المنافع ب ٩ ح ١ و ١ ح ٢.

(٧) أبواب موجبات الضمان ب ٤٤ ح ١. (٨) أبواب ديات الاعضاء ب ٢٦ ح ٢.

ويمكن حملها على التقية لان المشهور عندهم في الافضاء الحكومة كما في خبري السكوني<sup>(١)</sup> ولا فرق في الذكر بين ذكر الشيخ والشاب والصبي لعموم النص والفتوى، وفي صحيح العجلي<sup>(٢)</sup> في ذكر الصبي الدية. أما مسلوب الخصية فثلث الدية كما مر، وما ورد بالربع أو النصف فضعيف، وفي الحشفة فما زاد الدية، وفي شلل ذكر العنين ثلث الدية، وفي رواية السكوني<sup>(٣)</sup> الدية والقول بمضمونها عند شيخنا غير بعيد، وفي كل من الخصيتين وهما البيضان نصف الدية على السواء عند الأكثر، والشيخ في الخلاف وسلار والقاضي والعلامة في المختلف: بل في اليسرى ثلثا الدية لحسن عبدالله بن سنان<sup>(٤)</sup> والاسكافي: اليسرى تمام الدية وفي اليمنى النصف وفي انتفاخها أربعمائة دينار، فان فجع وباعد بين الرجلين فلم يقدر على المشي فثمان مائة دينار على المشهور فيهما لرواية كتاب ظريف<sup>(٥)</sup>.

وفي رواية معاوية بن عمار: «في كل فتق ثلث الدية»<sup>(٦)</sup>، وأما الشجاج في الرأس والجراح في سائر مواضع البدن فالتى تقشر الجلد قليلاً تسمى بالخارصة ويقال لها الدامية أيضاً بغير لرواية مسمع<sup>(٧)</sup> والتي تدمي موضعها من الشق وتأخذ في اللحم قليلاً تسمى بالدامية لرواية منصور بن حازم<sup>(٨)</sup> وقد يقال على الدامية البالغة بغيران والتي تأخذ في اللحم كثيراً وتسمى الملاحمة، ويقال لها الباضعة أيضاً ثلاثة أبعرة، وفي خبر مسمع: «في

(١) أبواب موجبات الضمان ب ٤٤ ح ٣. (٢) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٥ ح ١.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ١. (٤) أبواب ديات الاعضاء ب ١ ح ١.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ١٨ ح ١. (٦) أبواب ديات الاعضاء ب ٣٢ ح ١.

(٧) أبواب ديات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٦.

(٨) أبواب ديات الشجاج والجرح ب ٢ ح ١٤.

الدامية بعير، وفي الباضعة بعيران، والمتلاحمة ثلاثة أبعرة»، ومثله خبر السكوني<sup>(١)</sup>.

ومنها ما تبلغ السمحاق: وهي جلدة مغشية على العظم وتسمى السمحاق، أربعة أبعر لخبري مسمع والسكوني وغيرهما<sup>(٢)</sup>، والتي تخرق تلك الجلدة وتكشف عن واضح العظم وهي بياضة تسمى الموضحة، وفيها خمسة أبعر لصحيح الحلبي وغيره<sup>(٣)</sup>، والتي تكسر العظم سواء جرحه أم لا تسمى الهاشمة، وفيها عشر من الابل أرباباً في أسنانها كما مر في الدية ان كان خطأ، وأثلاثاً ان كان شبيه العمدة كما تقدم لخبر السكوني<sup>(٤)</sup> والتي تخرج إلى نقل العظم وتسمى المنقلة خمسة عشر بعيراً في المشهور لخبر أبي بصير ومرسلته وغيرهما<sup>(٥)</sup>.

والعماني: بل عشرون بعيراً وهو شاذ. والتي تبلغ أم الرأس تسمى بالمأمومة ثلث الدية فتكون بثلاثة وثلاثين بعيراً وأطلق بعض الاصحاب فقال: ثلاث وثلاثين بعيراً بحذف الثلث لاطلاق صحيح الحلبي ورواية زرارة<sup>(٦)</sup>، والظاهر عند شيخنا الأول لصحيح معاوية بن وهب ورواية زيد الشحام<sup>(٧)</sup>.

والتي تفتق تلك الخريطة وتسمى بالدامغة والسلامة معها بعيدة، ثلث الدية بيقين، وقد عبرت النصوص عنها بالجائفة، وفيها ثلث الدية وهي

- (١) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٦ و ٨.
- (٢) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٤.
- (٣) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٤.
- (٤) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٢.
- (٥) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ١٠ و ٩.
- (٦) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٤ و ١١.
- (٧) أبواب دِيَّات الشجاج والجرح ب ٢ ح ١٢ و ٥.

ثلاث وثلثون من غير أكر الثلث كما في صحيح الحلبي وغيره<sup>(١)</sup>، وهذه الشجاج في الرأس والوجه سواء. ومثلها في البدن بنسبة العضو الذي يتفق فيه ما في دية الرأس بعينه، ففي حارصة اليد الواحدة نصف بعير، وفي اليدين مثل دية الرأس وهكذا.

والتي تصل إلى الجوف من أي الجهات كانت تسمى بالجائفة، وفيها ثلث الدية تعميماً لتلك الأخبار، وإن كان خبر أبي بصير<sup>(٢)</sup> قيدها بالرأس، والأخبار قد صرحت بعدم الفرق في الشجاج إذا كانت الدية متعلقة بالنفس وإلا كانت فارقة بين الضربة والضربتين كصحيح الحذاء وغيره. وإذا وقعت هذه الشجاج في العبد نسبت ديته إلى قيمته ما لم تزد على دية الحر فتقود إليها، لمعتبر عبيد بن زرارة وصحيح حريز وخبر السكوني<sup>(٣)</sup>. وقيل في احمرار الوجه بالجناية دينار ونصف، وفي اخضراره ثلاثة دنانير، وفي اسوداده ستة، لرواية إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup> وقيل الجناية في البدن على نصف دية الوجه. وفي كسر الضلع خمسة وعشرون ديناراً إن كان معاً يخالط القلب، وعشرة دنانير إن كان مما يلي العضدين لخبر ظريف<sup>(٥)</sup>.

وأما الجنين فاذا ولجته الروح فديته كاملة، وإلا فالنصوص فيه مختلفة، ففي عدة من المعتبرة كصحيح محمد بن مسلم وغيره<sup>(٦)</sup>، عشر الدية ماءة دينار، وحملت في المشهور على ما إذا تمت خلقته، وفي عدة أخرى منها

(١) أبواب ديات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٤ و ١١.

(٢) أبواب ديات الشجاج والجرح ب ٢ ح ٩.

(٣) أبواب ديات الشجاج والجرح ب ٨ ح ١ و ٥ و ٢.

(٤) أبواب ديات الشجاج والجرح ب ٤ ح ١.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ١٣ ح ١. (٦) أبواب ديات الاعضاء ب ١٩ ح ٤ و ٥.

كخبر كتاب ظريف وغيره<sup>(١)</sup>، انه توزع الدية على مراتب التنفل كما اختلف في ذلك، وأشهرها أنه عظاماً ثمانون، ومضغة وهي القطعة من اللحم ستون، وعلقة وهي القطعة من الدم أربعون، ونطفة وهي أول المراتب عشرون بعد القائها في الرحم، وحملت في المشهور على غير تام النطفة، ولو كان تاماً لكان مائة.

فمن تلك الأخبار خبر كتاب ظريف ومرسلة [ابن سنان]<sup>(٢)</sup> وصحيح محمد بن مسلم وغيرها<sup>(٣)</sup>، وما قابلها من الأخبار كخبر أبي جرير وصحيح الحداد وصحيح ابن رئاب<sup>(٤)</sup> [من جعل دية العلقة والمضغة أربعين ديناراً أو غرة يسلمها إلى أبيه محمول على التقية]، وأطلق في المبسوط في الذكر التام عشر ديته، وفي الانثى التامة عشر ديتها فتشمل الاقسام كلها ولا تخص بالدرهم والدنانير، ويمكن تنزيل كلامه على ما هو المشهور.

والمشهور في الذمي التام عشر دية أبيه وان كان ذكراً، وفي رواية مسمع ورواية السكوني<sup>(٥)</sup> عشر دية أمه، وأما المملوك فعشر قيمة أمه المملوكة لصحيح مسمع وخبر السكوني<sup>(٦)</sup> وفي المبسوط عشر قيمة الأب للذكر وعشر قيمة الام للانثى، والاسكافي نصف عشر قيمتها ان ألقته ميتاً، وعشر قيمتها ان ألقته حياً لحسن مسمع فلم يبق للمشهور حجة سوى خبر السكوني.

ودية الاعضاء والجراحات في الجنين بالنسبة إلى ديته، ومن أفرع

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ١٩ ح ١ و ٢. (٢) في نسخة: «ابن مسكان».

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ١٩ ح ١ و ٢ و ٤.

(٤) أبواب ديات الاعضاء ب ١٩ ح ٩ و ٦. (٥) أبواب ديات الاعضاء ب ٢٢ ح ٢.

(٦) أبواب ديات الاعضاء ب ٢٢ ح ٢.



مجامعاً فعزل عن جماعه وألقى النطفة خارج الفرج فعلى المفزع عشرة دنانير لصحيح ظريف بن ناصح عن أبيه<sup>(١)</sup> ولو عزل اختياراً فلا دية لان الماء ماؤه يضعه حيث شاء للمعتبرة المستفيضة منها صحيحتا محمد بن مسلم وموثقته وخبره<sup>(٢)</sup> والشيخان وجماعة من القدماء بل يلزمه في الحرة مع عدم الاذن عشرة دنانير، لرواية المفضل بن عمرو<sup>(٣)</sup> حملها بعض المحدثين على الاستحباب ولا بأس به عند شيخنا.

ولو قتلت المرأة مع ولدها ولم يعلم كونه ذكراً أو أنثى فالمشهور نصف الديتين لخبري عبدالله بن مسكان<sup>(٤)</sup> وخبر كتاب ظريف<sup>(٥)</sup> خلافاً للحلبي فأوجب القرعة، والعمل عند شيخنا على المشهور، وإذا فعل بالميت ما يوجب قتله لو كان حياً كقطع الرأس، وشق البطن فديته مائة دينار، دية الجنين قبل ولوج الروح فيه في المشهور، لكنه هنا بلا خلاف لصحيح سليمان بن خالد<sup>(٦)</sup> ويستفاد منه اختصاصه بالعامد وانه يصرف في وجوه القرب ولا يرث منه الوارث شيئاً.

- (١) أبواب ديّات الاعضاء ب ١٩ ح ١.  
 (٢) أبواب ديّات الاعضاء ب ١٩ ح ٣.  
 (٣) أبواب ديّات الاعضاء ب ١٩ ح ٣.  
 (٤) أبواب القصاص في النفس ب ٣٣ ح ٢.  
 (٥) أبواب ديّات الاعضاء ب ١٩ ح ١.  
 (٦) أبواب ديّات الاعضاء ب ١٩ ح ١.

## فصل في لواحق الدييات

العاقلة هم الذكور من العصابة دون الاناث، وغير الابوين والمعتق وضامن الجريرة والامام. وضابط العصابة من يتقرب بالاب من الاخوة والاعمام وأولادهم على المشهور، فلا يدخل الأبوان والأولاد، والشيخ في النهاية: العاقلة من يرث دية القاتل لو قتل، والاسكافي: العصابة من يرث بالفرض خاصة، ومع فقدته يشترك من يتقرب بالام مع من تقرب بالاب أثلاثاً لخبر سلمة بن كهيل<sup>(١)</sup> ومستند الكل ضعيف، اذ لا يوجد إلا خبر سلمة وموثقتا أبي بصير وصحيح البنزطي<sup>(٢)</sup> وصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وخبر إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup>، وكلها لا تفي بالمقصود عند شيخنا، سيما مذهب المشهور.

وفي دخول الآباء والأولاد قولان حتى للشيخ نفسه، أشهرهما العدم، أما الصبي والمجنون والمرأة والفقير عند حضور الاجل فلا، لان العبرة بحلولة وان كان غنياً أو عاقلاً وقد فت الجنائية، وان ورثوا جميعاً من الدية لاخراج النصوص لهؤلاء الافراد، ويرشد إليه خبر سلمة<sup>(٥)</sup> وفي صحيح الاحول ان المرأة ليس عليها معقلة وخبر سلمة بن كهيل<sup>(٦)</sup> الوارد

- 
- (١) أبواب العاقلة ب ٢ ح ١. (٢) أبواب العاقلة ب ٤ ح ٣.  
(٣) أبواب العاقلة ب ١١ ح ١. (٤) أبواب العاقلة ب ١١ ح ٣.  
(٥) أبواب العاقلة ب ٢ ح ١. (٦) أبواب العاقلة ب ٢ ح ١.

في عقل أهل البلد مع فقد القراية ضعيف، وان كان مظاهر الاسكافي العمل به، وعند تعدد العاقلة يسقطها الإمام على من يراه بحسب أحوال العاقلة، على الاصح والأشهر، والشيخ في أحد قوليهِ وجماعة ممن تبعه: بل يؤخذ من الغني عشرة قراريط، ومن غيره خمسة قراريط، وهو ربع دينار ولا مستند له يعتد به، والمختار عند شيخنا الأول.

وهل يجمع بين القريب والبعيد في وقت واحد نظراً إلى العموم أم يترتب في التوزيع الأقرب فالأقرب إلا مع عجز الأقرب عن الاتمام؟ قولان، الأول للشيخ، والثاني للمحقق وأكثر المتأخرين لموثقتي أبي بصير وصحيح البيزنطي<sup>(١)</sup>، ويقدم المتقرب بالابوين على المتقرب بالاب لقوله تعالى: ﴿وأولوا الارحام بعضهم أولياء ببعض﴾<sup>(٢)</sup>، وللموثقتين والصحيح، ومع فقد العصبه فالمعتق ان كان فان لم يكن فمعتق ثم عصبته، ثم معتق أب المعتق ثم عصابته كترتيب الميراث.

ولا يدخل ابن المعتق وان علا أو سفلى، ولو تعدد المعتق اشتركوا في العقل كالارث، ويعقل المولى من على ولا يعقل من سفلى فلا يدور، ومع فقد فضاء من جريرته لصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> وهو يعقل ولا يعقل عنه إلا مع دوران الضمان، ومع فقد أو صغره أو جنونه فالامام هو العاقلة يؤديه من بيت المال كما في المستفيضة<sup>(٤)</sup>.

وفي كثير منها انها على الإمام من غير تعرض لبيت المال، وهو الأقرب عند شيخنا لصحيح أبي ولاد<sup>(٥)</sup> وخبر سلمة بن كهيل<sup>(٦)</sup>، والشيخ وجماعة: إذا فقدت العاقلة أخذت من الجاني فان لم يكن له مال أخذت من الإمام

(١) أبواب العاقلة ب ٤ ح ١ و ٣.

(٢) الأنفال: ٧٥.

(٣) أبواب العاقلة ب ٧ ح ١.

(٤) أبواب العاقلة ب ٢ و ١.

(٥) أبواب العاقلة ب ١ ح ١.

(٦) أبواب العاقلة ب ٢ ح ١.

وليس بشيء ولا دلت عليه رواية كما ظنه المحقق.

وللشيخ أيضاً قول انه إذا زادت الدية عن العصبة بعد التقسيط أخذ الزائد من المولى المعتق فان زادت فمن عصبة المولى وان زادت فعلى مولى المولى ثم عصبة مولى المولى إلا أن النصوص خالية عنه، وانما أخذت من قاعدة الارث، والاحتياط في ذلك عند شيخنا: «لثلا يطل دم امرء مسلم»<sup>(١)</sup>، ولا معاقلة بين أهل الذمة بل جنائياتهم في أموالهم مطلقاً فان لم يكن لخاطئهم مال فعلى الإمام لصحيح أبي ولاد<sup>(٢)</sup>.

ولا تتحمل العاقلة عن المملوك لصحيح أبي بصير وغيره<sup>(٣)</sup>، ولا يعقله مولاه أيضاً، بل تتعلق برقبته فان عجز فعلى الامام، ويرشد إليه صحيح أبي ولاد<sup>(٤)</sup>، والقول بتحمل العاقلة شاذ لا يعرف قائله، وفي المبسوط: جناية أم الولد على مولاه لرواية مسمع<sup>(٥)</sup>، وعدم التحمل أشهر وأظهر لضعف هذا الخبر عن المقاومة.

ولا عقل عن البهيمة بل هي كسائر ما يتلفه من الأموال تتعلق برقبة المتلف دون العاقلة لاطلاق النصوص الحاكمة بذلك على المتلف. وهل تعقل العصبة الجناية على العبد خطأ أم لا؟ قولان: ظاهر المحقق «نعم»، والعلامة في التحرير «لا»، والاجود عند شيخنا الأول.

ولا عقل عما يجنيه الخاطيء على نفسه ولا عن اقراره ولا صلحه ولا عمدته كما في النصوص المستفيضة وعليها انطبق الفتوى، فمنها صحيح أبي نصر وموثق ظريف بن ناصح<sup>(٦)</sup>، ولا تعقل العاقلة شبيهه عمدته وانما

(١) أبواب العاقلة ب ٢ ح ١.

(٢) أبواب العاقلة ب ١ ح ١.

(٣) أبواب العاقلة ب ١ ح ١.

(٤) أبواب العاقلة ب ٣ ح ١.

(٥) أبواب ديات الاعضاء ب ٢١ ح ١.

(٦) أبواب العاقلة ب ٣ ح ١.

ديته من ملك الجاني كما صرحت به الصحاح<sup>(١)</sup> وغيرها، وكذا لا تعقل ما دون دية الموضحة عند جماعة، منهم الشيخ مع تابعيه بل ظاهر القدماء لموثقي أبي بصير وغيث<sup>(٢)</sup> وقد ذهب إليه الاسكافي والحلي والقاضي والعلامة في أحد قوليهِ خلافاً لآخرين وهم الشيخ في المبسوط والخلاف والحلي لعموم أخبار التحمل، وفيه نظر.

ودية قتيل الزحام ومن لا يعرف قاتله على الاطلاق في بيت مال المسلمين كما في النصوص المستفيضة وعليه الفتوى، فمنها صحيحنا عبدالله بن سنان<sup>(٣)</sup> إلا أن يكون بين قوم متهمين بالقتل مع القرائن الدالة على أنهم القاتلون لصحيح محمد بن قيس وغيره، وقد تقدم ذلك في القسامة.

والقتل في الإسلام يدل عن النصرة التي كانت في الجاهلية للجاني من قبيلته ومنعهم أولياء القتل من أن يدركوا بثارهم، وهل تجب الدية ابتداءً على الجاني ويتحمل عنه العاقلة أم تجب عليهم ابتداءً؟

قولان أشهرهما وأظهرهما الثاني، وهو ظاهر الأخبار<sup>(٤)</sup> لكن في بعضها اطلاق لفظ التحمل وهو مؤيد للأول ويتفرع على الخلاف ما إذا لم تف العاقلة بالدية فانه يرجع بها أو بباقيها على القاتل في الأول، وقد مر أن الدية في قتل الخطأ تستأدي في ثلاث سنين في آخر كل سنة ثلثاً لصحيح أبي ولاد وغيره<sup>(٥)</sup>.

وهل هو مختص بالدية الكاملة كما هو مورد النصوص أم يجزي في

(١) أبواب العاقلة ب ٣. (٢) أبواب العاقلة ح ٥ ب ٢.

(٣) أبواب دعوى القتل ب ٦ ح ١ و ٢. (٤) أبواب العاقلة ب ٢.

(٥) أبواب ديات النفس ب ٤ ح ١.

أبعاضها والحكومات في الجراح وغيرها على حساب ذلك، فما بلغ الثلث يستأدي في سنة واحدة، والثلثين في سنتين وهكذا؟ المشهور الأوّل. وقال في المبسوط بالثاني، محتجاً بالعمومات، وتوقف آخرون كالمحقق وهو في محله عند شيخنا لخلو القولين عن المستند، وإن كان القوة في الأوّل، والاحتياط في الثاني. ومن أتلف حيواناً لغيره لا تبقى معه مالية فعليه قيمته حياً وإن بقيت فيه مالية كما لو ذبحه فالارش.

وهل للمالك دفع المذكي للمذكي أو المطالبة بقيمته؟ الشيخان ومن تبعهما «نعم»، لأنه أتلف أهم منفعه، والحلي والفاضلان «لا»، لأنه بعض منفعه فيضمن التالف خاصة وهو الاظهر، وفي صحيح محمد بن قيس وصحيح ابن أذينة وغيرهما<sup>(١)</sup>، وعمل بها الشيخ وجماعة من القدماء.

«[و]من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها»<sup>(٢)</sup> والمشهور أن في ذلك «الارش»، وفي رواية السكوني<sup>(٣)</sup> وفي جنين البهيمة إذا ضربت فازلقت عشر ثمنها، وعمل بها الشيخ وجماعة، والمشهور الارش استضعافاً للخبر، والمشهور في دية كلب الصيد مطلقاً أربعون درهماً لخبري أبي بصير<sup>(٤)</sup> وفيهما السلوقي. ومرسلة ابن فضال<sup>(٥)</sup> مطلقة والشيخان ومن تبعهما خصوه بالسلوقي وقوفاً على الخبرين المذكورين. والاسكافي خالف المشهور في جميع كلاب الصيد، وحكم فيه بالقيمة، لكن بشرط أن لا يتجاوز الأربعين، واستحسنه في المختلف والاولى عند شيخنا الجمع فإن السلوقي ديته الاربعون، وكلب الصيد من غيره ديته قيمته، جمعاً بين

(١) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٧ ح ٣ و ٢. (٢) أبواب ديات الاعضاء ب ٤٧ ح ١.

(٣) أبواب ديات الاعضاء ب ١٨ ح ٢. (٤) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٢.

(٥) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٤.

الأخبار وبين خبر السكوني: «فيمن قتل كلب الصيد، قال: يقومه، وكذلك كلب الحائط»<sup>(١)</sup>.

وما ورد من أن قيمة الكلب عشرون درهماً كمرسل العياشي ورواية ابن خضير وغيرهما<sup>(٢)</sup> فقد حملهما غير واحد على غير المعلم، وفيه نظر عند شيخنا، والاولى عنده حملة على غير السلوقي، والأكثر على أن الدية في كلب الغنم والماشية ما يسمى كبشاً لخبر أبي بصير<sup>(٣)</sup> والشيخان والحلي: بل عشرون درهماً لمرسل ابن فضال<sup>(٤)</sup>، والمحقق وجماعة ممن تبعه من كلب الزرع قفير من طعام لخبر أبي بصير<sup>(٥)</sup> والمشهور لا شيء فيه استضعافاً للخبر، وقيده جماعة بالحنطة وهو أجود.

وقال الصدوق فيه زبيل من تراب على القاتل أن يطعي وعلى المالك أن يقبل لمرسل ابن فضال<sup>(٦)</sup>، والاسكافي حكم بذلك في كلب الدار لخبر أبي بصير وابن فضال<sup>(٧)</sup>. والشيخان وجماعة في كلب الحائط عشرون درهماً ولا مستند له، وفي خبر السكوني<sup>(٨)</sup> ان في كلب الحائط قيمته.

والاصح عند شيخنا القيمة في الكل ما سوى السلوقي ولا دية ولا قيمة لما عدا ذلك من الكلاب للامر بقتلها في الأخبار، فلا شيء فيها بلا خلاف، ولو أتلف على الذمي ما يملكه ضمن، وإن لم يملكه التالف كالخمر والخنزير وأمثال ذلك مما حرم على المسلم ملكه لخبر مسمع بن عبد الملك<sup>(٩)</sup> وقد مضى شطراً من الكلام على الاتلاف والله أعلم.

(١) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٣. (٢) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٧ و ٨.

(٣) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٢. (٤) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٤.

(٥) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٢. (٦) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٤.

(٧) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٢ و ٤. (٨) أبواب ديات النفس ب ١٩ ح ٣.

(٩) أبواب موجبات الضمان ب ٢٦ ح ١.

وقد فرغ من تحرير هذه الأحكام المشتملة على حل مسائل الحلال والحرام المنصوص عليها من أهل الذكر عليهم الصلاة والسلام، أقل الناس عملاً وأكثرهم حوباً زلاً العبد المذنب الجاني علي بن عبد الله بن يحيى البحراني، وذلك باليوم العاشر من شهر صفر من السنة ١٢١٥ الخامسة عشرة بعد المائتين والألف [من الهجرة النبوية على مهاجرها وآله أفضل الصلاة والتحية. والحمد لله الذي وفق للفراغ من نسخة هذا الكتاب على يد أسير الذنوب الراجي لها ستر العيوب وعفو علام الغيوب الاقل الاحقر الجاني باليوم الرابع والعشرون من شهر ربيع الثاني من السنة الحادية عشرة بعد الثلاثمائة والألف] ٢٤ / ربيع الثاني / ١٣١١هـ

وصلى الله على محمد وآله الطاهرين، والحمد لله رب العالمين. وهكذا وجدته مسطوراً في النسخة المنسوخ عليها، وكتب أقل الخليفة في الحقيقة يحيى بن عبد العزيز بن محمد علي الخطي القطيفي، يمتعه الله به طويلاً ويعفو به بكرةً واصيلاً.. وكان الفراغ من نسخه بضحة يوم الجمعة ثالث الثالثة من حادي عشر السادسة من خامسة الثالثة بعد الألف من الهجرة النبوية على مهاجرها ألف صلوات وألف تحية.. في بلدة ميناو سائلاً إله الأرض والسماء النجاة من كيد الاعداء وطوارق البلاء، انه بالاجابة جدير وعلى كل شيء قدير، وصلى الله على خير خلقه محمد وآله الطاهرين.

وآخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين - تمت وبالخير عمت.



## رموز العلماء الاعلام

- الصدوق: رمز لابي جعفر محمد بن علي بن بابويه القمي.  
الصدوقان: له مع والده، والمفيد لابي جعفر محمد بن محمد بن النعمان.  
الشيخ: لتلميذه أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي.  
الشيخان: لهما معاً.  
الحلي: لتلميذ التلميذ أبي الصلاح تقي بن نجم الدين.  
الديلمي: لتلميذه الآخر سلار بن عبد العزيز.  
السيد: للمرتضى علم الهدى:  
الاسكافي: لابي علي محمد بن أحمد بن الجنيد الكاتب.  
العماني: لابي محمد الحسن بن أبي عقيل.  
القديمان: لهما معاً.  
القاضي: لعبد العزيز بن البراح.  
المحقق: لنجم الدين أبي جعفر بن سعيد.  
العلامة: لجمال الدين الحسن بن يوسف بن المطهر.  
الحلي: لمحمد بن ادریس.  
الشهيد: لشمس الدين محمد بن مكي.  
الشهيد الثاني: لزين الدين بن علي بن أحمد بن محمد العاملي.  
الفاضلان: للمحقق والعلامة.  
شيخنا: للشيخ حسين.

قق: للمحقق.

ق: للصدوق.

مه: للعلامة.

فهذه رموز العلماء تعظيماً، والحمد لله رب العالمين.

أما رموز بعض كتب علمائنا الاعلام والحديث الصحيح ما نص على جميع رجاله بالتوفيق، وما اشتمل أضعف رجاله على المدح بدون التوثيق والموثق ما اشتمل أضعف رجاله على الموثق والضعيف: ما اشتمل بعض رجاله على مهمل أو مجهول أو مذموم، والمراد بالمعتبرة الاحاديث الثلاثة ما زاد رواته على الثلاثة، وبالخير والأخبار ما كان في سنده ضعف أو جهالة أو ارسال، وبالقوي ما قلت القرائن على اعتباره وان كان ضعيفاً، وبالنص بلفظ الجنس أو النصوص ما يشمل القوي، والمعتبرة من دون ارادة الخصوص، والتعبير بالنص لما كان نصاً في المطلوب وإلا يعبر عنه بالرواية.

فيب: للتهذيب، صا: للاستبصار، ط: المبسوط، ف: للخلاف

لف: للمختلف، كرة ورة: كلاهما للذكرى، عد: للقواعد، يع: للشرائع.

فع: للنافع، كا: للكافي، لك: للمسالك، رك: للمدارك، ير: للتحرير.

يه: حيث أطلق للفقيه وإذا قيل الشيخ في يه فالمراد النهاية.

المس: للمستفيضة، المشي: للمشهور، مط: مطلقاً، وبذلك كفاية.

## محتويات الكتاب

### كتاب المطاعم والمشارب

- فصل في الحيوان المحلل والمحرم ..... ٦
- فصل في التذكية ..... ١٦
- فصل في أحكام الصيد وآلاته ..... ٢٤
- فصل فيما يحل ويحرم بالاصالة ..... ٢٩
- فصل فيما يحل ويحرم بالعارض ..... ٣٥
- فصل في بيان الاضطرار ..... ٣٨
- فصل في آداب الأكل والشرب ..... ٤١

### كتاب النكاح

- أقسام النكاح ومن تحل ومن تحرم ..... ٥١
- فصل في الخطبة والعقد ..... ٨١
- فصل في أحكام الصداق ..... ٩٧
- فصل في آداب الخلوة والدخول ..... ١٠٨
- فصل في الحقوق الزوجية ..... ١١٥
- فصل في الفسخ وما يتبعه من الأحكام ..... ١٣٠

- ١٤١ ..... فصل في الطلاق
- ١٥٤ ..... فصل في الخلع والمباراة
- ١٥٨ ..... فصل في الظهر
- ١٦٣ ..... فصل في الايلاء
- ١٦٧ ..... فصل في اللعان
- ١٧٣ ..... فصل في العدد
- ١٩٠ ..... فصل في الاستبراء
- ١٩٤ ..... فصل في أحكام الأولاد
- ٢٠٠ ..... فصل في آداب الولادة
- ٢٠٤ ..... فصل في الارضاع والحضانة
- ٢٠٩ ..... فصل فيمن يجوز النظر إليه ومن لا يجوز
- ٢١٤ ..... فصل في الاقرار بالنسب
- ٢١٥ ..... فصل في نفقة الانساب

### كتاب المعاش والمكاسب

- ٢٢٤ ..... فصل في وجوه المكاسب وأحكامها
- ٢٣٢ ..... فصل في مسنونات الكسب ومكروهاته
- ٢٣٨ ..... فصل في إحياء الموات
- ٢٤٧ ..... فصل في الاصطياد
- ٢٤٩ ..... فصل في الاسترقاق
- ٢٥٧ ..... فصل في البيع والربا

٢٩٢	..... فصل في الشفعة
٢٩٧	..... فصل في الشركة
٣٠١	..... فصل في القسمة
٣٠٤	..... فصل في المضاربة والمباذعة
٣٠٩	..... فصل في المزارعة والمساقات
٣١٤	..... فصل في الإجارة
٣٢٦	..... فصل في الجعالة
٣٢٩	..... فصل في السبق والرماية
٣٣٢	..... فصل في الصلح
٣٣٥	..... فصل في الاقالة
٣٣٦	..... فصل في المدائنات
٣٤٦	..... فصل في أحكام الرهن
٣٥٣	..... فصل في الضمان
٣٥٧	..... فصل في الحوالة
٣٦٠	..... فصل في الكفالة
٣٦٢	..... فصل في تفليس المديون
٣٦٧	..... فصل في الاقرار
٣٧١	..... فصل في حكم الابرء
٣٧٣	..... فصل في الوديعة
٣٨٠	..... فصل في العارية
٣٨٤	..... فصل في الغصب والاتلاف

- ٣٩١ ..... فصل في اللقطة.
- ٣٩٨ ..... فصل في الولاية
- ٤٠٢ ..... فصل في الوكالة
- ٤٠٨ ..... فصل في الوصايا

### كتاب العطايا والمروات

- ٤١٥ ..... فصل في الهبات والهدايا
- ٤٢١ ..... فصل في الوقف
- ٤٣٠ ..... فصل في الحبس
- ٤٣١ ..... فصل في السكنى والعمرى والرقبى
- ٤٣٣ ..... فصل في الوصية بالعطية
- ٤٤٤ ..... فصل في العتق
- ٤٤٩ ..... فصل في التدبير
- ٤٥٣ ..... فصل في الكتابة

### كتاب القضاء والشهادات

- ٤٦٤ ..... فصل في كيفية الحكم
- ٤٧٦ ..... فصل في اللواحق
- ٤٨٠ ..... فصل في الشاهد
- ٤٨٥ ..... فصل في العدد المعترف في الشهادات
- ٤٨٨ ..... فصل في تحمل الشهادة وأدائها
- ٤٩٢ ..... فصل في الشهادة على الشهادة

٤٩٤ ..... فصل في اللواحق

### كتاب الفرائض والمواريث

٥١١ ..... فصل في موانع الارث واللواحق

٥٢٣ ..... فصل في تفصيل السهام وكيفية الاقتسام

٥٤١ ..... تنمة مهمة

### كتاب الحدود والتعزيرات

٥٤٩ ..... فصل في حدود الفواحش

٥٥٥ ..... فصل في حد الزنا

٥٦٥ ..... فصل في حد القذف

٥٦٨ ..... فصل في حد شارب المسكر

٥٧١ ..... فصل في حد السارق

٥٧٨ ..... فصل في حد المحارب

٥٨٠ ..... فصل في حد الساحر

٥٨١ ..... فصل في حد المرتد عن الإسلام

٥٨٤ ..... فصل في لواحق الحدود

٥٨٦ ..... فصل في عقوبات الجنايات من قصاص وتعزير

٥٩٣ ..... فصل في تفصيل ما تثبت به الجناية

٥٩٩ ..... فصل في شرائط القصاص

٦٠٣ ..... فصل في استيفاء القصاص

٦١١ ..... فصل في بيان مقادير الديات

---

٦٢٦	فصل في لواحق الديات
٦٣٣	رموز العلماء الاعلام
٦٣٥	محتويات الكتاب