

المهذب البارع

الجزء: ٤

ابن فهد الحلبي

الكتاب: المهذب البارع

المؤلف: ابن فهد الحلبي

الجزء: ٤

الوفاء: ٨٤١

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: الشيخ مجتبي العراقي

الطبعة:

سنة الطبع: ذي الحجة الحرام ١٤١٢

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٢٥(ش)	تشابه اللعان في أحكامه للشهادة واليمين
٣٢(ش)	الاحكام المترتبة على اللعان
١٠٦(ش)	فرع: لو مات ولدها من ولد
٣٦٥(ش)	الثالثة: في السهام
٤٤٥(ش)	خاتمة: في تحقيق فقه المواريث
٥	النظر الأول: في اللعان
٥(ش)	كتاب اللعان مقدمة في معنى اللعان
٦(ش)	كيفية اللعان وترتيبه
٧	النظر الثاني: في شرائط اللعان
٧	لعان الكافر
١٠	اعتبار الدخول بالزوجة فيه
١٢	حكم اللعان بين الحر والمملوكة
١٢	النظر الثالث: في الكيفية
١٤	النظر الرابع: في أحكام اللعان
١٤	لو اعترف الأب بالولد بعد لعانه
١٦	لو اعترفت بعد اللعان بالزنا
١٧	لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر
١٩	إذا قذفها فماتت قبل اللعان
٢٢(ش)	خاتمة فيها أبحاث
٢٢(ش)	هل اللعان لنفي الولد خاصة؟
٢٤(ش)	هل اللعان أيمان أو شهادات؟
٢٧(ش)	حكم اللعان في الشبهة
٢٨(ش)	حكم اللعان إذا تحقق عدم التحاقه به
٢٩(ش)	لعان الحامل
٣٠(ش)	اشتراط دعوى المشاهدة في قذف الزوج
٣٠(ش)	موارد اللعان بين غير الزوجين
٣٣	كتاب العتق
٣٥(ش)	مقدمة في معنى العتق لغة وشرعا
٣٦(ش)	أسباب زوال الرق
٣٧(ش)	آداب العتق
٣٨	هل ينعق بالرضاع من ينعق بالنسب؟
٤١	صيغة العتق
٤١	حكم اليمين بالعتق

٤٢	حكم العتق المشروط
٤٤	حكم عتق الصبي
٤٥	حكم عتق الكافر
٤٨	هل للورثة استخدام مملوك المولى؟
(٤٩)ش	حكم النفقة على المعتق في مدة الخدمة
٥٠	لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة
٥٢	حكم مال المعتق
٥٩	عتق السراية
٦٢	عتق الحامل
٦٤	في وجوب العتق بالإقعاد
(٦٤)ش	خلاصة العوارض الموجبة للعتق
٦٧	كتاب التدبير
٦٩	معنى التدبير
٧٠	هل يشترط القرابة في التدبير؟
٧١	لو رجع في تدبير أم الولد
(٧٢)ش	تدبير الحبلى
٧٥	حكم التدبير من الكافر
٧٦	حكم الرجوع في التدبير
(٧٨)ش	حكم بيع المدبر
(٨٠)ش	تفريع في المقام
٨١	تقدم الدين على التدبير
٨٢	لو جعل خدمة عبده لغيره
(٨٥)ش	الكتابة لغة وشرعا
(٨٦)ش	استقلال الكتابة بنفسها
(٨٨)ش	لو باع السيد عبده من نفسه بثمن مؤجل
٨٩	أركان المكاتب
٨٩	حد العجز عن أداء الكتابة
٩٢	شروط المالك المكاتب
٩٣	حكم كتابة الكافر
٩٤	شروط العوض
٩٥	حكم ورثة المكاتب
(٩٩)ش	في ذكر الاستيلاء
(٩٩)ش	الاستدلال على جواز الوطئ بملك اليمين
(١٠٠)ش	أحكام الاستيلاء
١٠١	لو لم يخلف الميت سوى أم الولد
١٠٢	مناقشة في رواية محمد بن قيس
(١٠٣)ش	موارد جواز بيع أم الولد

١٠٧	كتاب الاقرار
١٠٩	أركان الاقرار
١٠٩	تعريف الاقرار
١١٠	لو قال: لي عليك كذا فقال: نعم
١١٢	شروط المقر والمقر له والمقر به
١١٣	الكناية في الاقرار
١١٥	الاستثناء في الاقرار وشروطه
١١٦	تعقيب الاقرار بما ينافيه
١١٦	الاقرار بالنسب
١٢١	كتاب الأيمان النظر الأول: ما به ينعقد
(١٢١)ش	تعريف اليمين
(١٢٣)ش	الاستدلال على وقوع اليمين
(١٢٣)ش	حكم اليمين بغير الله
١٢٥	حكم الاستثناء في اليمين بالمشيئة
١٢٧	النظر الثاني: الحالف
١٢٧	حكم اليمين من الكافر
١٢٨	النظر الثالث: في متعلق اليمين
(١٢٩)ش	مناقشة في رواية ابن عطية
١٣٠	رواية أبي بصير في المقام
١٣١	كتاب النذور والعهود
١٣٣	النظر الأول: في ما يعتبر في النذر
(١٣٣)ش	تعريف النذر
(١٣٤)ش	أنواع النذر
١٣٥	النظر الثاني: في الصيغة
١٣٥	حكم التبرع بالنذر
١٣٧	إذا لم يتلفظ بالجلالة
١٣٨	النظر الثالث: في متعلق النذر
١٤٠	النظر الرابع: في اللوائح
١٤١	لو عجز عن صوم النذر
١٤٢	حكم النذر المعلق بشرط
(١٤٣)ش	مناقشة في رواية إسحاق بن عمار
١٤٤	رواية رفاعة في المقام
١٤٥	لو نذر أن لا يبيع مملوكا أبدا
١٤٧	كتاب الصيد والذبائح علة عنونة الكتاب بالصيد والذبائح
(١٤٩)ش	علة عنونة الكتاب بالصيد والذبائح
(١٥٠)ش	الاصطیاد لفظ مشترك في الشرع
(١٥١)ش	الاستدلال على إباحة الصيد

١٥٣	حكم قطع الصيد بالسيف اثنين
١٥٦	إذا أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة
١٥٨	حكم رمي الصيد بما هو أكبر منه
١٥٩	الفصل الأول: شروط الذابح
١٥٩	اشتراط الاسلام في الذابح
(١٦٢)ش	اشتراط الايمان في الذابح
١٦٣	الفصل الثاني: في الآلة
١٦٣	حكم التذكية بالظفر والسن
١٦٧	الفصل الثالث: في كيفية الذبح
١٦٧	اشتراط قطع الأوداج الأربعة
١٦٨	اشتراط الحركة بعد التذكية
(١٧٠)ش	اشتراط الحركة وخروج الدم
١٧١	حكم إبانة الرأس بالذبح
١٧٢	حكم سلخ الذبيحة قبل بردها
(١٧٣)ش	في المسائل الخلافية
(١٧٣)ش	حكم قلب السكين بالذبح
١٧٥	كيفية ذكاة السمك
١٧٦	في ذكاة الجنين
١٨١	كتاب الأطعمة
١٨٣	القسم الأول: في حيوان البحر
(١٨٤)ش	إلحاق المستطاب بالمحلل
(١٨٦)ش	حكم المحرمات عند الضرورة
(١٨٦)ش	حكم التداوي بالخمر
١٨٨	حكم الجري
١٩١	لو وجد في جوف سمكة سمكة أخرى
(١٩٣)ش	لو قذفت الحية سمكة
١٩٤	لو اختلط السمك الحي بالميت
(١٩٦)ش	فروع في المقام
١٩٧	القسم الثاني: في البهائم
١٩٧	حكم الجلال
(١٩٨)ش	ما به يحصل الجلل
(٢٠١)ش	ما يزول به حكم الجلل
٢٠٦	القسم الثالث: في حكم الطير
(٢٠٧)ش	بحث في تحليلها
(٢٠٨)ش	تحقيق في أقسامها الأربعة
٢١٠	حكم الخطاف
٢١٢	القسم الرابع: في الجامد

٢١٣	حكم الانتفاع بالميتات
٢١٤	ما يحرم من الذبيحة
٢١٧	حكم الفرج والعلباء
٢١٩	الأعيان النجسة
٢١٩	حكم العجين النجس والطين
(٢٢٠)ش	أحكام التربة الحسينية
٢٢١	القسم الخامس: في المائعات
(٢٢١)ش	الفرق بين الطين الأرمني والتربة الحسينية
٢٢٢	حكم الدم
٢٢٣	لو وقع الدم في قدر تغلي
٢٢٥	حكم المائع إذا لاقاه ذمي
٢٢٧	هل يحرم بول ما يوكل لحمه؟
٢٢٩	حكم شعر الخنزير
(٢٣١)ش	حكم الاستقاء بجلود الميتة
٢٣٢	حكم اللحم المشتبه
(٢٣٣)ش	إذا اختلط الذكي بالميت
٢٣٦	حكم الاكل من مال الغير
٢٣٨	لو القي في الخل خمر
٢٤٣	كتاب الغصب
٢٤٥	النظر الأول: في تعريفه
٢٤٧	حكم غصب العقار
٢٤٨	حكم تلف المغصوب بيد الغاصب
(٢٤٩)ش	لو حبس صانعا ولم يستعمله
٢٥٠	النظر الثاني: في الاحكام
٢٥٠	حكم رد المغصوب
(٢٥١)ش	حكم رد المثل أو القيمة
٢٥٣	حكم الجناية على العبد المغصوب
٢٥٤	النظر الثالث: في اللواحق
٢٥٥	حكم شراء المغصوب
٢٥٦	لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة
٢٥٧	كتاب الشفعة
٢٥٩	تعريف الشفعة
٢٦٠	النظر الأول: ما تثبت فيه
٢٦٠	حكم الشفعة في المنقول
(٢٦١)ش	أقوال الأصحاب في محل الشفعة
٢٦٤	حكم الشفعة فيما لا يقسم
٢٦٦	حكم الشفعة في الوقف

٢٦٧	النظر الثاني: في الشفيع
٢٦٨	النظر الثالث: في كيفية الاخذ
٢٧٠	حكم التأخير في المطالبة
٢٧٣	حكم المطالبة لو اشترى بثمان مؤجل
(٢٧٤)ش	حكم الشفعة مع ظهور أمانة الرضا بالبيع
(٢٧٥)ش	هل تبطل بنزول الشفيع عنها قبل البيع
(٢٧٧)ش	هل تبطل بإذن الشفيع قبل البيع
٢٧٨	حكم توريث الشفعة
٢٨١	كتاب إحياء الموات
(٢٨٣)ش	معنى الاحياء والموات
٢٨٥	حكم الطريق المبتكر إذا تشاح أهله
٢٨٦	إذا اشترى دارا فيها زيادة من الطريق
٢٨٨	حكم بيع دار مجهولة المالك
٢٩١	كتاب اللقطة
٢٩٣	تعريف اللقطة
(٢٩٤)ش	الأصل في اللقطة
٢٩٦	القسم الأول: في اللقيط
٢٩٦	حكم اشتراط الاسلام في ملتقط الطفل
٢٩٨	القسم الثاني: في الضوال
٢٩٨	حكم الشاة إذا وجدت في الفلاة
٣٠٣	حكم الانفاق على الضالة
٣٠٤	لو كان للضالة نفع
٣٠٦	القسم الثالث: وفيه فصول:
٣٠٦	الأول: في اللقطة
(٣٠٦)ش	نصاب تعريف اللقطة
(٣٠٨)ش	حكم لقطة الحرم
(٣٠٩)ش	هل تملك لقطة الحرم؟
(٣١٠)ش	لو تصدق بها بعد الحول
٣١١	حكم اللقطة في جوف سمكة
(٣١٤)ش	إذا وجد شيئا في جوف دابة
(٣١٥)ش	حكم التقاط نصاب التعريف
٣١٦	حكم تملك اللقطة بحول الحول
٣١٧	الثاني: اشتراط أهلية الاكتساب في الملتقط
٣١٧	حكم لقطة المملوك
٣١٨	الثالث: في الاحكام
٣١٨	هل يكفي الوصف في دفع اللقطة؟
(٣٢٠)ش	في ذكر الجعالة

٣٢٠)ش	تعريف الجعالة لغة وشرعا
٣٢١	حكم الجعل للآبق
٣٢٣	كتاب الموارث
٣٢٥	وفيه مقدمات: الأولى: في موجبات الإرث
٣٢٥)ش	تعريف الإرث لغة وشرعا
٣٢٧	الثانية: في موانع الإرث
٣٢٧)ش	الاستدلال على ثبوت الإرث
٣٢٨)ش	استحباب التفقه في الموارث
٣٣١	إذا كان أحد الزوجين مسلما وباقي الورثة كفار
٣٣٥	رواية مالك بن أعين في ورثة النصراني
٣٣٩	حكم ميراث المرتد
٣٤٥)ش	لو ارتدت ذات البعل
٣٤٥)ش	حكم توارث المسلمين على اختلاف مذاهبهم
٣٤٦	لو مات المرتد ولم يكن له وارث مسلم
٣٤٧	مانعية القتل عن الإرث
٣٥١	اعتبار الدية كأموال الميت
٣٥١)ش	في ميراث دية المقتول
٣٥٥	إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث
٣٥٥	مانعية الرق عن الإرث
٣٥٦	لو قصر المال عن قيمة العبد
٣٦٠)ش	حكم شراء الوارث مع وفاء التركة بقيمته
٣٧١	حكم التعصيب
٣٧٢	حكم العول
٣٧٢	المقصد الأول: في مراتب الأنساب
٣٧٣	المرتبة الأولى: الآباء والأولاد
٣٧٤	قيام الأولاد مقام الآباء
٣٧٨	حبوة الولد الأكبر
٣٨٤	شروط حجب الآخوة للام
٣٨٥	حكم حجب القتلة
٣٨٦	المرتبة الثانية: الآخوة والأجداد
٣٨٧	لو أبققت الفريضة مع ولد الام
٣٨٩	حكم اجتماع الأجداد المختلفون
٣٩٣	المرتبة الثالثة: الأعمام والأخوال
٣٩٣	هل يتغير الحكم بتعدد العم
٣٩٤)ش	هل يتغير الحكم بتبديل الذكورة بالأنوثة؟
٣٩٦	حكم اجتماع الأخوال والأعمام
٣٩٨	المقصد الثاني: في ميراث الأزواج

٣٩٩(ش)	الموارد التي لا تورث
٤٠٠(ش)	ما تحرمه الزوجة من الميراث
٤٠٤	المقصد الثالث: في الولاء، وفيه أقسام:
٤٠٤	الأول: ولاء العتق
٤٠٥	إذا عدم المنعم
٤٠٦(ش)	حكم انتقال الولاء بعد موت المنعم
٤٠٨(ش)	حكم وراثته الولاء والإرث به
٤٠٩	الثاني: ولاء تضمن الجريرة
٤٠٩	الثالث: ولاء الإمامة
٤١٠	في اللواحق: الأول: في ميراث ابن الملاعنة
٤١٣	في ميراث ولد الزنا
٤١٥	في ميراث الحمل
٤١٦	حكم مال المفقود
٤٢١	لو تبرأ من جريرة ولده وميراثه
٤٢٢	الثاني: في ميراث الخنثى
٤٣١	الثالث: في الغرقى والمهدوم عليهم
٤٣١	لو ماتوا بغير سبب الهدم والغرق
٤٣٢	كيفية التوريث
٤٣٧	الرابع: في ميراث المجوس
٤٤٠	لو خلفت جدة هي أخت
٤٤١	خاتمة: في حساب الفرائض
٤٤٣	تتمة: في المناسخات
٤٤٩	كتاب القضاء وفيه مقدمات: الأولى: تعريف القضاء
٤٥١	وفيه مقدمات: الأولى: تعريف القضاء
٤٥١	الثانية: الاستدلال على مشروعية القضاء
٤٥٢(ش)	الثالثة: كفاية فرض القضاء
٤٥٣(ش)	الرابعة: حرمة تولى القضاء على غير الواثق بنفسه
٤٥٥(ش)	الخامسة: أقسام الناس في القضاء
٤٥٦	النظر الأول: في صفات القاضي
٤٥٦	شرط العلم بالكتابة
٤٥٧	شرط البصر
٤٥٩	شرط الحرية
٤٥٩	النظر الثاني: في الآداب
٤٦١	حكم قضاء الحاكم بعلمه
٤٦٦	لو جهل الحاكم بعدالة الشاهدين
٤٦٧	النظر الثالث: في كيفية الحكم
٤٦٧	المقصد الأول: في وظائف الحاكم

٤٦٨	المقصد الثاني: في جواب المدعى عليه
٤٦٨	لو ادعى الاعسار
٤٧٠	لو ادعى غياب البينة
٤٧٢	حكم الدعوى في مجلس الحلف وغيره
(٤٧٣)ش	إذا نكل المنكر عن اليمين
٤٧٧	المقصد الثالث: في كيفية الاستحلاف
(٤٧٨)ش	كيفية تحليف الأخرس
٤٧٩	حكم المدعي ولا شاهد له
٤٨٠	حكم حضور القاسم في القسمة
٤٨١	المقصد الرابع: في الدعوى وفيه فصول:
٤٨١	الأول: في المدعي
٤٨٣	حكم سماع الدعوى المجهولة
٤٨٤	حكم الخارج من البحر بعد انكسار السفينة
٤٨٦	حكم ضياع المال بالاختلاط
٤٨٧	الثاني: في الاختلاف في الدعوى
٤٨٧	إذا تداعيا خصما
٤٨٨	إذا ادعى أبو الميثة عارية بعض متاعها
٤٨٩	لو تداع الزوجان متاع البيت
٤٩١	الثالث: في تعارض البيئات
٤٩٢	أسباب الترجيح في المتعارضين
(٤٩٤)ش	حكم التعارض إذا وقع في المعين
(٤٩٦)ش	هل يفتقر إلى اليمين بتقديم بيته الداخل؟
(٤٩٩)ش	حكم الاشتراك في الترجيح وعدمه
٥٠٣	كتاب الشهادات
٥٠٥	النظر الأول: في صفات الشاهد
(٥٠٥)ش	تعريف الشهادة لغة، واصطلاحا
٥٠٧	حكم شهادة الصبي
٥١٠	حكم شهادة الذمي
٥١٥	حكم شهادة القاذف
٥١٩	حكم شهادة الولد على أبيه
٥٢٣	حكم شهادة ذو الصحبة
٥٢٥	حكم شهادة المملوك
٥٢٨	حكم شهادة ولد الزنا
٥٣٢	حكم التبرع بالأداء قبل الاستنطاق
٥٣٤	حكم شهادة الأصم
٥٣٥	حكم شهادة النساء في الرضاع
(٥٣٩)ش	حكم شهادة النساء في الوصية والاستهلال

٥٤٠	شهادة النساء مع الرجال في الديون
(٥٤١ش)	الشهادة في الأهلة وثبوت ولاية القاضي والبلوغ
(٥٤٢ش)	شهادة النساء في الجنائيات
(٥٤٤ش)	شهادة النساء في الحدود
(٥٤٩ش)	شهادة النساء في الطلاق
(٥٥١ش)	شهادة النساء في النكاح
(٥٥٣ش)	شهادة النساء في الرضاع
(٥٥٤ش)	شهادة النساء في الوكالة والوصية والعتق والنسب والكتابة
(٥٥٥ش)	شهادة النساء في الوديعه والجنایة الموجبة للقود
(٥٥٥ش)	شهادة النساء في المال والولادة والاستهلال
(٥٥٦ش)	أقسام ما يقبل فيه شهادة النساء
٥٥٧	النظر الثاني: فيما يصير به شاهدا
٥٥٨	لو دعي لتحمل الشهادة
٥٦٠	كفاية الشهادة بالتصرف على الملك
٥٦٣	إناطة الشهادة بالذكر
٥٦٦	النظر الثالث: في الشهادة على الشهادة
٥٦٧	حكم الشهادة على شهادة النساء
٥٧٠	لو شهد الفرع فأنكر شاهد الأصل
٥٧٢	النظر الرابع: في اللواحق: إذا رجع الشاهدان قبل القضاء
٥٧٤	لو رجع الشهود بعد إقامة الحد
٥٧٦	لو شهدا بطلاق امرأة فتزوجت ثم رجعا

المهذب البارع

في

شرح المختصر النافع

تأليف

العلامة جمال الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلبي

٧٥٧ - ٨٤١ هـ

تحقيق: الحجة الشيخ مجتبي العراقي

الجزء الرابع

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(١)

المهذب البارع

(ج ٤)

المؤلف: العلامة جمال الدين أحمد محمد بن فهد الحلبي

المحقق: الحاج آقا مجتبي العراقي

الموضوع: فقه

طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي

التاريخ: ذي الحجة الحرام ١٤١٢ هـ . ق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(٢)

تنبيه: يمتاز هذا الجزء والذي يليه بمقابلته مع نسخة نفيسة مضبوطة المتن جيدة الخط والتي قوبلت مع نسخة بخط المصنف، كما تشهد الصورة الفوتغرافية أعلاه على ذلك. تفضل بها علينا سماحة الحجة الشيخ محمدي الكلپايگاني. وبعد المقابلة أدرجنا الموارد الصحيحة وهي كثيرة في المتن وبعض الموارد التي رأينا فيها تفاوت أدرجنا في الهامش ورمزنا لها ب (گل).

(٤)

كتاب اللعان
والنظر في أمور أربعة.
(الأول): السب، وهو أمران.
(الأول): قذف الزوجة بالزنا مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة. ولا
يثبت لو قذفها في عدة بائة، ويثبت لو قذفها في رجعية.

(١) سنن ابن ماجة: ج ١ (٢١) باب النهي عن الخلاء على قارعة الطريق ص ١١٩ الحديث ٣٢٨
ولفظه (اتقوا الملاعن الثلاث البراز في الموارد والظل وقارعة الطريق).

(٥)

الطرقات، لأن من فعل ذلك لعنه الناس.
وورد به الشرع بين الأزواج بعد استقرار حد الزنا وثبوت حد القذف على العموم والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين) (١).
فبين بهذه الآية لعان الرجل، ثم بين بعدها لعان المرأة، فقال تعالى: (ويدرء عنها العذاب أن يشهد أربيع شهادات بالله إنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) (٢).
فبين بهاتين الآيتين كيفية اللعان وترتيبه.
وأما السنة ففي قضيتين.

(الأول) قضية هلال بن أمية، فإنه قذف زوجته بشريك بن السحماء، فقال النبي صلى الله عليه وآله: البينة وإلا حد في ظهرك، فقال يا رسول الله: يجد أحدنا مع امرأته رجلا يلتمس البينة؟! فجعل رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: البينة وإلا حد في ظهرك، قال: والذي بعثك بالحق إنني لصادق وسينزل الله في ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم) الآية فلاعن رسول الله صلى الله عليه وآله بينهما (٣).
(الثاني) عويم العجلاني، وقيل: عويمر أتى النبي صلى الله عليه وآله فقال:

(١) سورة النور / ٦ - ٧ - ٨ - ٩.

(٢) سورة النور / ٦ - ٧ - ٨ - ٩.

(٣) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٣٩٣ باب الزوج يقذف امرأته، فيخرج من موجب قذفه بأن يأتي بأربعة شهود الخ.

(الثاني) إنكار من ولد على فراشه لسته أشهر فصاعدا من زوجة موطوءة بالعقد الدائم، ما لم يتجاوز أقصى الحمل. وكذا لو أنكره بعد فراقها ولم تتزوج، أو بعد أن تزوجت وولدت لأقل من ستة أشهر منذ دخل.

(الثاني) في الشرائط، ويعتبر في الملاعن البلوغ وكمال العقل. وفي لعان الكافر قولان: أشبههما الجواز، وكذا المملوك.

يا رسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقنته فيقتلونه؟ أم كيف يصنع؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها، فجاء بها، فتلاعنا (١).

والآية نزلت في قضية هلال، وقوله عليه السلام في القضية الثانية: أنزل فيك وفي صاحبك، أراد عليه السلام أنه سبحانه بين حكم الواقعة بما أنزل في مثلها، والحكم على الواحد حكم على الجماعة، لما ثبت في موضعه. وأما الإجماع: فلا خلاف بين الأمة في مشروعيتها، وإن اختلفوا في آحاد مسائله. قال طاب ثراه: وفي لعان الكافر قولان: أشبههما الجواز. أقول: المراد بالكافر الأعم من الزوج والزوجة، لأن كل واحد منهما يلاعن صاحبه.

ويتصور اللعان من الكافر في ثلاث صور.
(أ) أن يكونا ذميين ويترافعان إلينا.
(ب) أن يكون الزوج مسلما والمرأة ذمية.
(ج) العكس.

(١) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٣٩٩ باب سنة اللعان ونفي الولد وإلحاقه بالأم وغير ذلك. وفي سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٧٣ باب في اللعان الحديث ٢٢٤٥.

في صورة إسلامها تحت الذمي، ثم تأتي بولد تلحقه شرعا فينكره، فهل يثبت اللعان في هذه الصورة أم لا؟ فيه ثلاثة مذاهب.

(أ) لا يثبت مطلقا، لأن اللعان شهادة، لقوله تعالى: (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم)، ولأنه يفتقر إلى لفظ الشهادة، ويشترط في الشاهد الإسلام. ولصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال: لا يلاعن الحر الأمة، ولا الذمية، ولا التي تمتع بها (١).

وهو مذهب المفيد (٢) وتلميذه (٣) وأبي علي (٤).
(ب) ثبوته مطلقا، لعموم الآية.

ولحسنة جميل عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: نعم وبين المملوك والحررة، وبين العبد والأمة، وبين المسلم واليهودية والنصرانية

ولا يتوارثان ولا يتوارث الحر والمملوكة (٥) وهو مذهب الشيخ في الثلاثة (٦) (٧) (٨)

(١) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١٢.

(٢) المقنعة: باب اللعان ص ٨٤ س ٢٤ قال: ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة الخ.

(٣) المراسم: اللعان ص ١٦٤ س ٣ قال: ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة الخ.

(٤) المختلف: الفصل الخامس في اللعان ص ٥٤ س ٣٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: فإن كانت الزوجة ذمية لم يكن بينهما لعان.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١١.

(٦) المبسوط: كتاب اللعان ص ١٨٢ س ١٨ قال: يصح اللعان بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا الخ.

(٧) كتاب الخلاف: كتاب اللعان مسألة (٢) قال: اللعان يصح بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا الخ.

(٨) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ٢ قال: وإذا كان الزوج إلى قوله: أو يكون الرجل حرا والمرأة مملوكة ثبت بينهما اللعان.

وبه قال الصدوق (١) والقاضي (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).
وأجابوا عن الأول: بالمنع من كونه شهادة، بل أيمان لوجوه أربعة.
افتقاره إلى ذكر اسم الله، واستواء الذكر والأنثى فيه، والعدل والفاسق،
والبصير والأعمى.

وقد يسمى اليمين شهادة كما في قوله تعالى: (قالوا نشهد أنك لرسول الله) (٥)
وعن الحديث بالمعارضة لغيره وحمله على كونها مملوكة.
(ج) التفصيل: وهو أن اللعان إذا كان لنفي الولد صح لحرمة الولد، سواء كانا
كافرين أو أحدهما من أهل الشهادة أو الجزية، أو لا، وإن كان للقذف لا يصح،
لأن اللعان لإسقاط الحد، ولا يجب الحد بقذف المسلم الكافر، بل التعزير خاصة،
وهو مذهب ابن إدريس (٦) والشيخ في الإستبصار (٧).
اعتماداً على ما رواه إسماعيل بن زياد عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام

-
- (١) المقنع: ص ١٢٠ س ١٦ قال: ويكون اللعان بين الحرة والمملوك وبين العبد والأمة وبين المسلم
واليهودية والنصرانية.
(٢) المهذب: ج ٢، كتاب اللعان والارتداد ص ٣٠٩ س ٤ قال: وإن كانت له امرأة يهودية أو
نصرانية ثبت اللعان بينهما.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) المختلف: الفصل الخامس في اللعان ص ٥٥ س ٩ قال: والوجه ما قاله الشيخ.
(٥) سورة المنافقون / ١.
(٦) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣٠ س ١٠ قال: منها أن يكونا مكلفين سواء كانا أو واحد
منهما من أهل الشهادة أو الجزية أم لا، إذا كان اللعان بنفي الولد، فأما إذا كان اللعان بزنا الخ.
(٧) الإستبصار: ج ٣، أبواب اللعان (٢١٦) باب أن اللعان يثبت بادعاء الفجور وإن لم ينتف الولد،
ص ٣٧٥ ذيل الحديث ١٠ قال بعد نقل الحديث: والآخر أن بمجرد القذف لا يثبت اللعان بين اليهودية
والمسلم ولا بينه وبين الأمة الخ.

وفي الملاعنة البلوغ، وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس، ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان حرمت عليه. وأن يكون عقدها دائماً.

وفي اعتبار الدخول قولان، المروي أنه لا يقع قبله، وقال ثالث بثبوتة بالقذف دون النفي للولد.

أن علياً عليه السلام قال: ليس بين خمس نساء وأزواجهن ملاعنة. اليهودية تكون تحت المسلم فيقذفها، والنصرانية والأمة تكون تحت الحر فيقذفها، والحرية تكون تحت العبد فيقذفها، والمجلود في الفرية، لأن الله تعالى يقول: (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) (١) والخرساء ليس بينها وبين زوجها لعان، إنما اللعان باللسان (٢). قال الشيخ: والوجه حمله على التقية، لأنه مذهب لبعض العامة، فإنه (٣) لا يثبت بمجرد القذف، لاختصاصه بوجوب حد الفرية مع امتناعه عن الملاعنة، ولا يثبت ذلك بين المسلم واليهودية بل التعزير خاصة، فكأن اللعان يثبت بين هؤلاء لنفي الولد لا غير.

قلت: وفي هذه الرواية شاهد على أن اللعان شهادات. قال طاب ثراه: وفي اعتبار الدخول قولان: المروي أنه لا يقع قبله، وقال ثالث: بثبوتة بالقذف دون نفي الولد.

أقول: اعتبار الدخول مذهب الشيخ في النهاية (٤) وتبعه القاضي (٥) وابن

(١) سورة النور / ٤.

(٢) الإستبصار: ج ٣، أبواب اللعان (٢١٦) باب أن اللعان يثبت بادعاء الفجور وإن لم يتنفي الولد ص ٣٧٥ الحديث ١٠.

(٣) في (كل) أو أنه.

(٤) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥٢٢ س ١٩ قال: ويكون اللعان بين الرجل وامرأته إلا بعد الدخول.

(٥) المهذب: كتاب اللعان والارتداد، ص ٣٠٩ س ٢ قال: وإذا قذفها قبل الدخول بها لم يكن لعان.

حمزة (١) وابن زهرة (٢) وهو ظاهر أبي علي (٣).
ومستنده موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يقع اللعان حتى
يدخل الرجل بامرأته، ولا يكون اللعان إلا لنفي الولد (٤).
وروى محمد بن مضارب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل
لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاعنا حتى يدخل بها، يضرب حدا
وهي امرأته ويكون قاذفا (٥).
وعدم اعتباره مذهب بعض الأصحاب، ومأخذه عموم قوله تعالى (والذين
يرمون أزواجهم) (٦).
والتفصيل مذهب ابن إدريس (٧) واستحسنه العلامة في المختلف (٨) واختاره
فخر المحققين (٩).

- (١) الوسيلة: في بيان أحكام اللعان ص ٣٣٦ س ١٦ قال في شرائط اللعان: والمرأة مدخولا بها الخ.
(٢) الغنية: (في جوامع الفقهية) ص ٦١٥ س ١٩ قال في شرائط اللعان: ومنها أن تكون الزوجة
مدخولا بها.
(٣) المختلف: الفصل الخامس في اللعان ص ٥٥ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: قد كان
بينهما دخول.
(٤) الإستبصار: ج ٣ (٢١٦) باب أن اللعان يثبت بادعاء الفجور وإن لم ينف الولد ص ٣٧١
الحديث ٤.
(٥) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٧ الحديث ٥١.
(٦) سورة النور / ٣.
(٧) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣٠ س ٢٣ قال: والأظهر الأصح أن اللعان يقع بالمدخول
بها وغير المدخول بها هذا إذا كان يقذف من يدعي المشاهدة، فأما إذا كان بنفي الولد والحمل فلا يقع
اللعان بينهما بذلك الخ.
(٨) المختلف: في اللعان ص ٥٦ س ٢ قال: والتفصيل الذي ذكره ابن إدريس حسن لا بأس به.
(٩) الإيضاح: ج ٣، الفصل الثاني في الملاعنة ص ٤٤٤ س ١٧ قال بعد نقل ابن إدريس:
والتفصيل حسن لكن نقله عن الأصحاب صلح من غير تراضي الخصمين.

ويثبت بين الحر والمملوكة، وفيه رواية بالمنع، وقول ثالث بالفرق.
ويصح لعان الحامل لكن لا يقام عليها الحد حتى تضع.
(الثالث) الكيفية: وهو أن يشهد الرجل أربعا بالله، أنه لمن
الصادقين فيما رماها به، ثم يقول: إن لعنة الله عليه إن كان من
الكاذبين، ثم تشهد المرأة أربعا أنه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثم تقول:
أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.
والواجب فيه النطق بالشهادة، وأن يبدأ الرجل بالتلفظ باللفظ
العربي مع القدرة.
والمستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة، وأن يقف الرجل عن
يمينه، والمرأة عن يساره، وأن يحضر من يسمع اللعن. ووعظ الرجل بعد
الشهادة قبل اللعن، وكذا المرأة قبل ذكر الغضب.

قال طاب ثراه: ويثبت بين الحر والمملوكة، وفيه رواية بالمنع، وقول ثالث
بالفرق.

أقول: بالثبوت قال الشيخ في الكتب الثلاثة (١) (٢) (٣) وهو مذهب أبو علي (٤)

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب اللعان مسألة (٢) قال: وكذلك بين الحرين والمملوكين وأحدهما حر
والآخر مملوك.
(٢) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ٢ قال: أو يكون الرجل حرا والمرأة مملوكة ثبت بينهما
اللعان.
(٣) المبسوط: ج ٥ كتاب اللعان ص ١٨٢ س ١٨ قال: يصح اللعان إلى قوله: أو أحدهما حر والآخر
مملوك.
(٤) المختلف: في اللعان ص ٥٤ س ٣٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: سواء كانا حرين أو أحدهما
مملوك.

والصدوق (١) والتقي (٢).
وبالمنع قال المفيد (٣) وتلميذه (٤).
وبالتفصيل قال ابن إدريس، فأثبتته لنفي الولد دون القذف (٥).
احتج الشيخ بعموم الآية وبحسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال
سألته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: نعم، الحديث (٦).
احتج المفيد بصحيفة ابن سنان عنه عليه السلام قال: لا يلاعن الحر الأمة
الحديث (٧) وحمل على المنكوحة بالملك.
لصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الحر يلاعن
المملوكة؟ قال: نعم إذا كان مولها زوجها إياها (٨).
واحتج ابن إدريس بكون ما ذهب إليه جمعا بين الأقوال، ولأن اللعان لإسقاط
الحد، ولا حد بقذف الأمة بل التعزير (٩) واختاره فخر المحققين (١٠).

- (١) المقنع: باب الطلاق ص ١٢٠ س ١٦ قال: ويكون اللعان بين الحر والمملوك.
(٢) الكافي: فصل في اللعان ص ٣٠٩ س ٢ قال: اللعان أن يقذف الرجل حرا كان أو عبدا زوجته
حرة كانت أو أمة.
(٣) المقنعة: باب اللعان ص ٨٤ س ٢٤ قال: ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة.
(٤) المراسم: اللعان ص ١٦٤ س ٣ قال: ولا لعان بين المسلم والذمية ولا بين الحر والأمة.
(٥) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣٠ س ١٤ قال بعد نقل قول المفيد والشيخ: ويمكن العمل
بقول كل واحد منهما الخ.
(٦) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١١.
(٧) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١٢.
(٨) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٨ الحديث ١٣.
(٩) تقدم آنفا.
(١٠) الإيضاح: ج ٣ في الملاعنة ص ٤٤٥ س ٢٠ قال: ووجه تفصيل ابن إدريس أنه جمع بين الأخبار
وهو الأصح عندي.

(الرابع) في الأحكام وهي أربعة.
(الأول) يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج وبلعانه سقوطه
وثبوت الرجم على المرأة إن اعترفت، أو نكلت، ومع لعانها سقوطه عنها
وانتفاء الولد عن الرجل وتحريمها عليه مؤبدا ولو نكل عن اللعان، أو
اعترف بالكذب، حد للقذف.
(الثاني) لو اعترف بالولد في أثناء اللعان لحق به وتوارثا وعليه
الحد. ولو كان بعد اللعان لحق به وورثه الولد ولم يرثه الأب ومن
لا يتقرب به، وترثه الأم ومن يتقرب بها، وفي سقوط الحد هنا روايتان،
أشهرهما: السقوط.

قال طاب ثراه: وفي سقوط الحد هنا روايتان، أشهرهما: السقوط.
أقول: يريد إذا اعترف الأب بالولد بعد لعانه، هل يجب عليه حد الفرية لتحقيق
كذبه؟ فيه قولان: لا، قاله الشيخ في النهاية (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة في
المختلف (٣) والإرشاد (٤).
لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى، ثم

-
- (١) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥٢١ س ١٧ قال: والأظهر ما ذكرناه أولا: أنه لا حد عليه بعد
مضي اللعان.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: كتاب الفرائض في ميراث ولد الملائنة ص ١٩٢ س ٢١ قال: تذييب هذا المكذب
نفسه بعد انقضاء اللعان هل يجب عليه الحد؟ إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ: والوجه ما قاله الشيخ لأن
اللعان يسقط الحد الخ.
(٤) الإرشاد: ج ٢ كتاب الفراق ص ٦٢ س ١٧ قال: وإن أكذب بعد اللعان إلى قوله: والأقرب
سقوط الحد.

ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه، فقال: يرد إليه الولد، ولا تحل له لأنه قد مضى التلاعن (١).

وهو يدل على نفي الحد، لأنه لو وجب لتأخر البيان عن وقت الحاجة، وفي قوله: (قد مضى التلاعن) دلالة عليه، لأن مضيه وصحته يقتضي ترتب آثاره عليه، ومن جملة نفي الحد، خرج الولد بالنص والإجماع وصونا له عن الضياع، فيبقى الباقي على أصله.

نعم قاله الشيخ في المبسوط (٢) والمفيد (٣) والحسن (٤) واختاره العلامة في القواعد (٥) وفخر المحققين في الإيضاح (٦) لأن الرواية لا تدل على نفي الحد لجواز انتفائه بسبب عدم تمكن الإمام منه، ولأن في اللعان تأكيدا للقذف وتكرارا واشتهار، فكان أولى بإيجاب الحد، لأنه أقر بأنه كذب فيه. ولما رواه محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه، هل يرد عليه ولده؟ فقال: إذا

(١) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٢ الحديث ٣١.

(٢) المبسوط: ج ٥ كتاب اللعان ص ١٨٨ س ٣ قال: بعد بيان حكم الأخرس: وهكذا الحكم في الناطق إذا لاعن ثم أكذب نفسه فإنه يلزمه الحد.

(٣) المقنعة: باب اللعان ص ٨٤ س ٢٥ قال: ومتى جحد الرجل ولده من الحررة ولاعنها ثم رجع إلى قوله: ضرب حد المفترى.

(٤) المختلف: كتاب الفرائض، في ميراث ولد الملائنة ص ١٩٢ س ٢٢ قال: وقال ابن أبي عقيل: يجب عليه الحد.

(٥) القواعد: في اللعان، المقصد الثالث في الأحكام ص ٩٤ س ٤ قال: ولو أكذب نفسه إلى قوله: وفي ثبوت الحد عليه روايتان أقربهما الثبوت.

(٦) الإيضاح: ج ٣ كتاب اللعان ص ٤٥٣ س ٩ قال بعد نقل الروايات: فكان أولى بإيجاب الحد إلى قوله: وهذا هو الأقوى عندي الخ.

ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنى لم يثبت الحد، إلا أن تقر أربعاً على تردد.

أكذب نفسه جلد الحد، ورد عليه ابنه، ولا ترجع عليه امرأته أبداً (١) وهي صريحة في إثبات الحد. وحملها الشيخ في التهذيب على حصول الإكذاب قبل تمام اللعان (٢). وآخر الخبر يدفعه بقوله: (ولا ترجع عليه امرأته أبداً). قال طاب ثراه: ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنى لم يثبت الحد إلا أن تقر أربعاً على تردد.

أقول: وجوب الحد عليها بعد إقرارها أربعاً، هو المشهور بين الأصحاب، لعموم وجوب الحد على كل من أقر على نفسه بالزنا أربعاً، وبه قال الشيخ في النهاية (٣) وتلميذه عبد العزيز (٤) وقطب الدين الكيدري (٥) وابن إدريس (٦) ويحيى بن سعيد (٧) وتردد المصنف هنا وفي شرايعه (٨) نظراً إلى عموم قوله تعالى (ويدرء عنها

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٤ الحديث ٤٠.
 - (٢) قال في التهذيب: بعد نقل الحديث: قوله عليه السلام في هذا الخبر (ويجلد) المراد به إذا كذب نفسه قبل أن يمضي اللعان الخ.
 - (٣) النهاية: باب اللعان والارتداد، ص ٥٢١ س ٢٠ قال: فإن اعترفت بالفجور بعد مضي اللعان إلى قوله: إلا أن تقر أربع مرات الخ.
 - (٤) المهذب: ج ٢ كتاب اللعان والارتداد ص ٣٠٨ س ٧ قال: وإن اعترفت المرأة بالفجور إلى قوله: إلا أن تقر على نفسها بالفجور أربع مرات.
 - (٥) لم أعثر عليه.
 - (٦) السرائر: باب اللعان والارتداد، ص ٣٣١ س ١١ قال: فإن اعترفت بالفجور بعد مضي اللعان إلى قوله: إلا أن تقر أربع مرات الخ.
 - (٧) الجامع للشرائع: باب اللعان ص ٤٨١ س ١ قال: وإن اعترفت بالزنا بعد اللعان لم تحد حتى تقر أربع مرات.
 - (٨) الشرائع: كتاب اللعان، في الأحكام قال: ولو اعترفت بعد اللعان إلى قوله: وفي وجوبه معها دد ولاحظ عبارة النافع أيضاً.

(الثالث) لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر، فإذا أقامت بينة أنه أرخى عليها الستر لاعنها وبانت منه، وعليه المهر كاملا، وهي رواية علي بن جعفر عن أخيه، وفي النهاية: وإن لم تقم بينة لزمه نصف المهر، وضربت مائة سوط، وفي إيجاب الجلد إشكال.

العذاب أن تشهد أربع شهادات) وقد شهدت، واختاره فخر المحققين للشبهة (١) واستشكله العلامة في قواعده (٢) وظاهر الإرشاد وجوب الحد (٣). قال طاب ثراه: ولو طلق فادعت الحمل منه - إلى قوله - وفي إيجاب الجلد إشكال.

أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول فادعت أنها حامل منه، فإن أقامت البينة أنه أرخى الستر، أو خلا بها، ثم أنكر الولد، لاعنها وبانت منه وعليه المهر كاملا، وإن لم يقم بذلك بينة كان عليه نصف المهر، ووجب عليها مائة سوط بعد أن تحلف بالله أنه ما دخل بها (٤). واعلم أن هذا الكلام قد اشتمل على أحكام. (أ) أن الخلوة قائمة مقام الدخول ويترتب عليه كمال المهر ولحوق النسب ولا افتقار في نفيه إلى اللعان. (ب) إذا لم تثبت الخلوة لم يثبت الدخول، فينتصف المهر وينتفى الولد بغير لعان.

(١) الإيضاح: ج ٣ كتاب اللعان، في أحكامه، ص ٤٥٤ س ٦ قال: والأقوى عندي السقوط للشبهة.

(٢) القواعد: كتاب الفراق، الباب الخامس في اللعان ص ٩٤ س ١١ قال: فإن أقرت أربعا ففي وجوبه إشكال.

(٣) الإرشاد: ج ٢ في أحكام اللعان ص ٦٢ س ١٩ وعبارته هكذا (ولو اعترف بعد اللعان فلا حد عليها إلا أن تقر أربعا على رأي).

(٤) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ١٠ قال: وإذا طلق الرجل الخ.

(ج) جلدها حينئذ مائة سوط حد الزنا لانتفاء الحمل عن الزوج بغير لعان، فهو كإقرارها، أو نكولها، أو قيام البينة بزنائها.
وقال ابن إدريس: لا تأثير للخلوة وإرخاء الستر، والقول قول الزوج، ولا يلزمه سوى نصف المهر، ولا لعان بينهما (١) وهو اختيار المصنف (٢) والعلامة (٣).
قال المصنف: (وفي إيجاب الحد إشكال) يريد في إيجاب الحد عليها، واختار عدم ثبوته، لأنه نوع شبهة، والنبي صلى الله عليه وآله أسقط بها الحد (٤) وهو اختيار العلامة (٥).

والشيخ عول فيما حكاه علي صحيحه علي بن جعفر عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل، قال: فإن أقامت بينة أنه أرخى سترا ثم أنكر ذ الولد لاعنها ثم بانته منه وعليه المهر كملا (٦) ولأن خلوة الصحيح بالحليلة في مظنة الوقاع، فمدعيه يدعي الظاهر، فيكون القول قولها، ولا ينتفى الولد إلا باللعان، لأن الظاهر أنها صارت فراشا، والمهر يجب لمكان التحاق النسب المستلزم للوطئ. قال العلامة في المختلف: ولو قيل يعمل بهذه

-
- (١) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣١ س ٢٤ قال: والأظهر الأصح عند المحصلين من أصحابنا: إن الخلوة: وإرخاء الستر لا تأثير لهما الخ.
(٢) الشرائع: كتاب اللعان (الثاني إنكار الولد) قال: وقيل: لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول إلى قوله: ولعل هذا أشبه.
(٣) القواعد: في اللعان (في إنكار الولد) ص ٩١ س ٤ قال: والأقرب انتفاء اللعان ما لم يثبت الوطئ ولا يكفي الإرخاء.
(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٧) باب نواذر الحدود ص ٥٣ الحديث ١٢.
(٥) المختلف: في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٢٦ قال: والمعتمد أن نقول: لا يجب بالخلوة الصداق إلى قوله: والنبي صلى الله عليه وآله أسقط الحد بالشبهة.
(٦) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٣ الحديث ٣٦.

(الرابع) إذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث، وفي رواية أبي بصير إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وقيل: لا يسقط الإرث، لاستقراره بالموت، وهو حسن.

الرواية لكان وجها، لصحتها واعتزادها بالظاهر من وطئ الصحيح مع الخلوة وصحة تصرف المسلم بخلاف ما لو خلت عن الحمل (١).
قال طاب ثراه: لو قذفها فماتت قبل اللعان، فله الميراث (٢)، وعليه الحد للوارث، وفي رواية أبي بصير: إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وقيل: لا يسقط الإرث لاستقراره بالموت، وهو حسن.
أقول، هنا مسائل:

(أ) إذا قذفها فماتت قبل اللعان، كان له أن يلاعن لعدم المانع منه، ولعموم قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) (٣) وهو عام. وقال في النهاية: إذا لم يلاعنه أحد أوليائها أخذ الميراث، وكان عليه الحد ثمانين (٤) وقال في المبسوط: والوجه أنه لا لعان بعد موتها، لوروده بين الزوجين (٥) واختاره ابن إدريس (٦) واستشكله

-
- (١) المختلف: في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٣١ قال: ولو قيل يعمل بهذه الرواية الخ.
(٢) في (كُل) فله اللعان.
(٣) سورة النور / ٦.
(٤) النهاية: باب اللعان والارتداد ٥٢٣ س ١٧ قال: وإن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الزوج الميراث الخ.
(٥) المبسوط: ج ٥ كتاب اللعان ص ١٩٩ س ١١ قال: وقال قوم، وهو الذي يقتضيه مذهبنا: إن هذه الأحكام لا يتعلق إلا بلعان الزوجين معا فما لم يحصل اللعان بينهما فإنه لا يثبت شيء من ذلك الخ. وهذه العبارة من المبسوط مناسبة للمقام، وأما ما في المتن من قوله: (والوجه إلى آخره) فهو من كلام العلامة في المختلف: لاحظ ص ٥٦ س ٣٩ من المختلف، ولعل في النسخ التي عندنا سقط، أو اشتباه من النساخ والله يعلم.
(٦) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣١ س ٢٩ قال: فماتت قبل أن يلاعنها فقد ماتت على حكم الزوجية وورثها الزوج الخ.

العلامة في التحرير (١) واختاره في القواعد (٢) وهو مذهب المصنف (٣) واحداً قولياً فخر المحققين (٤) وهو المعتمد. ولا استبعاد في وقوع اللعان من طرف واحد، وهو طرف الزوج، فإنه يتحقق في مواضع يأتي إن شاء الله.

(ب) لو لم يلاعن كان عليه الحد للوارث، وموجبه ثابت، وهو القذف العاري عن بينة وما يقوم مقامها في حقه، وقول المصنف (فله لعان وعليه الحد للوارث) يريد مع امتناعه عن اللعان.

(ج) لا يسقط حقه من الإرث وإن لاعن، ويحكم بموتها على زوجيته لأن أحكام اللعان وآثاره مترتبة على حصوله وكمالها، وقد حصل بعد الموت، وإنما يتم بوقوعه من الزوجين. وفيه فائدتان.

(الأولى) إلزام الزوج بمؤنة تجهيزها.

(الثانية) كونه أولى الناس بها في التغسيل والتكفين والصلاة والدفن.

وهل لأحد ورثتها ملاحنته، فتبين منه ويسقط إرثه؟ قال ابن إدريس: لا، لإضافة اللعان إلى الزوجين في الآية، لا إلى الولي، ولأن اللعان أيمان وكيف يحلف وليها عنها، وأيضاً الأحكام إنما تحصل بتمام اللعان، واللعان التام إنما هو الحاصل

(١) التحرير: في اللعان ص ٦٧ س ١٤ قال: وإن ماتت قبل لعانه ورثها هو وعليه الحد للوارث. ولو أراد دفعه باللعان جاز على إشكال.

(٢) القواعد: في أحكام اللعان ص ٩٤ س ١٦ قال: ولو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث وعليه الحد للوارث وله دفعه باللعان.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الإيضاح: ج ٣ في أحكام اللعان ص ٤٥٥ س ١٨ قال: فإذا ماتت المرأة امتنع لعانها وبقي عليه الحد، فإذا طالبه وارثها الخ.

بين الزوجين معا (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
وقال الشيخ في النهاية: نعم (٤) وبه قال ابن حمزة (٥) والقاضي في
كتايبه (٦) (٧).

والمستند ما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: إن قام رجل من أهلها
فلا عنه فلا ميراث له، وإن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث
زوجها (٨).

وعن عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام في رجل
قذف امرأته، ثم خرج وجاء وقد توفيت؟ قال: يخير واحدة من اثنتين، يقال له: إن

-
- (١) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣٢ س ١٢ قال: وأيضاً قال الله تعالى: والذين يرمون إلى
آخره وما قال: أن يشهد وليها فعلق تعالى الأحكام بشهادته وشهادتها، فمن قال غيرها يقوم مقامها يحتاج
إلى دليل، وأيضاً فعندنا أنها أيمان الخ.
- (٢) الشرائع: في أحكام اللعان قال: السابقة إذا قذفها فماتت إلى قوله: والأصل أن الميراث يثبت
بالموت فلا يسقط باللعان المتعقب.
- (٣) المختلف: في أحكام اللعان قال ٥٦ س ٣٢ قال: (مسألة) قال الشيخ في النهاية: وإذا قذف
الرجل امرأته فماتت إلى قوله: والوجه أنه لا لعان بعد موتها لوروده بين الزوجين.
- (٤) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥٢٣ س ١٦ قال: فإن قام رجل من أهلها مقامها فلا
ميراث له الخ.
- (٥) الوسيلة: في أحكام اللعان ص ٣٣٧ س ٢٢ قال: وإن ماتت المرأة قبله وقام وليها مقامها، فإن
أجاب إليه ولا عن سقط الحد عنه والميراث عنها، وإن لم يجب إليه إلى قوله: لزمه الحد وثبت له الميراث.
- (٦) المهذب: ج ٢ كتاب اللعان والارتداد ص ٣١٠ س ٤ قال: وماتت الزوجة قبل الملاعنة وقام
رجل من أهلها ولا عن عنها لم يكن له ميراث الخ.
- (٧) المختلف: في أحكام اللعان ص ٥٦ س ٣٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج
في كتايبه معا.
- (٨) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٠ قطعة من حديث ٢٣.

شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام عليك الحد ويعطى الميراث، وإن شئت أبرزت فلاعنت أدنى قرابتها إليها ولا ميراث لك (١).
والجواب: إن الأولى مقطوعة السند، ورجال الثانية زائدة لا يلتفت إلى ما يروونه (٢).

خاتمة فيها أبحاث

(الأول) المشهور أن سبب اللعان أمران: إنكار الولد، والقذف. والغاية في الأول للزوج رفع اللبس عن نسبه، ودفع الحد عن جسده، وزوال الفراش، وللزوجة رفع العار، ودفع الحد عنها، ونقاء الفراش. وفي الثاني للرجل زوال الفراش، والسلامة من الحد، والخروج من حد الفسق، ورد الشهادة، وللمرأة رفع العار والحد ونقاء الفراش. وقال الصدوق في المقنع: إنما يكون اللعان لنفي الولد خاصة، فلو قذف ولم ينكر الولد جلد ثمانين (٣) (٤)

وتمسك برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام: لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، ولا يكون لعان إلا لنفي الولد (٥) وهي ضعيفة لأن في طريقها

(١) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٤ الحديث ٣٨.

(٢) سند الحديث الأول، كما في التهذيب (أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام) وسند الثاني كما في التهذيب (محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن أبي الجوزاء، عن الحسين بن علوان، عن عمرو بن خالد، عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام).

(٣) الهداية: (١٢٣) باب اللعان ص ٧٢ س ١ قال: ولا يكون اللعان إلا بنفي الولد، وفي المقنع ص ١٢٠ س ٤ قال: وأما اللعان إلى قوله: وينكر ولدها الخ.

(٤) في (گل) وهو نادر.

(٥) الإستبصار: ج ٣ باب اللعان (٢١٦) باب أن اللعان يثبت بادعاء، الفجور وإن لم ينف الولد ص ٣٧١ الحديث ٤.

عبد الكريم بن عمرو، وهو واقفي (١).
ونص الفقيه (٢) والشيخان (٣) (٤) وأبو علي (٥) وباقي علماءنا علي المشهور.
احتجوا بقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم)
وهو نص في الباب بالخصوص.

وسبب نزولها ما رواه عبد الله بن الحجاج (في الصحيح) قال: سألت عباد
البصري أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر، كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال:
أبو عبد الله عليه السلام: أن رجلا من المسلمين أتى إلى النبي صلى الله عليه وآله
فقال: يا رسول الله أرأيت لو أن رجلا دخل منزله فوجد مع امرأته رجلا يجامعها
ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل، وكان
ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل الوحي من عند الله تعالى
بالحكم فيها، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى الرجل فدعاه فقال له: أنت
الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم، فقال له: انطلق فأتني بها، فإن الله
عز وجل قد أنزل فيك وفيها، الحديث (٦).

- (١) سند الحديث كما في الإستبصار (أحمد بن محمد بن أبي نصر البنظري، عن عبد الكريم بن عمرو،
عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام).
- (٢) المختلف: في أحكام اللعان ص ٥٧ س ١٧ قال: (مسألة) المشهور أن سبب اللعان اثنان إلى قوله
بعد نقل قول الصدوق: والمعتمد الأول وهو مذهب الشيخين، والشيخ علي بن بابويه وابن الجنيد وباقي
علمائنا.
- (٣) المقنعة باب اللعان ص ٨٤ س ١٧ قال: وإن أنكروا رجل ولد زوجة له إلى قوله: لاعنها كما يلاعنها
بدعوى مشاهدته فجورها.
- (٤) النهاية: باب اللعان والارتداد ص ٥١٩ س ١٧ قال: إذا اتقى الرجل من ولد زوجة له إلى قوله:
وجب عليه ملامعتها وكذلك إن قذفها بالفجور.
- (٥) تقدم نقله عن المختلف.
- (٦) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٨٤ الحديث ٣.

(الثاني) إذا حصل أحد سببي اللعان تعلق به حد القذف في حق الرجل فإذا لاعن سقط عنه وصار ثابتا في حق المرأة، ولو أقرت مرة واحدة رجمت، لأن تصديقها في أربع شهاداته قائم مقام إقرارها بأربعها، أو لأن شهادته قائمة مقام أربع شهود، وتصديقها تعديل لشهوده، فيحكم عليها بموجب الشهادات. وكذا لو نكلت لأن لعانه قائم مقام أربع شهود، وهي بينة كاملة ناهضة بثبوت الحد على من شهدت عليه، ولم يحصل ما يعارضها من الغريم، فينفذ مقتضاها.

وفيه إشعار بكون اللعان شهادات.

فإذا لاعنت المرأة ثبت أحكام أربعة.

سقوط الحد عنها، وزوال الفراش، وثبوت التحريم المؤبد، وانتفاء الولد عن الرجل ولحقه بالمرأة.

(الثالث) هل اللعان أيمن أو شهادات؟ قال الشيخ في المبسوط: أنه أيمن لما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله لما لاعن بين هلال بن أمية وزوجته، قال: أن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا وقد كذب عليها، وإن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا من شريك بن السحماء، فأتت به على النعت المكروه، فقال النبي صلى الله عليه وآله: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن فسمي اللعان يميناً، وعندهم أنه شهادة ولا يصح إلا لمن يصح منه الشهادة، هذا آخر كلامه (١).

وهو مذهب العلامة في القواعد (٢) وظاهر المصنف في الشرائع إنه شهادات (٣).

(١) المبسوط: ج ٥، كتاب اللعان ص ١٨٣ س ٥ قال: وإنما قلنا أنه يمين لما روى عكرمة الخ.
(٢) القواعد: في أحكام اللعان ص ٩٥ س ١ قال: واللعان أيمن وليس بشهادات فيصح من الأعمى الخ.
(٣) الشرائع: في كيفية اللعان قال: وقال الشيخ: إن اللعان أيمن وليس بشهادات، ولعله نظر إلى اللفظ فإنه بصورة اليمين.

فدل ذلك على أنه شهادات وهو مذهب العامة (١) وأبي علي (٢) وظاهر المصنف في الشرائع (٣).

(وأما الثاني) فأمور.

(أ) اشتراط ذكر اسم الله فيه، ولا شيء من الشهادة يشترط فيه ذلك.

(ب) إن صيغته صيغة مخصوصة، هي (أشهد بالله) وهي أحد صيغ اليمين، فيكون يمينا.

(ج) إن الشهادة لا يشترط فيها تعيين لفظ مخصوص، بل يكفي التعبير عن المعنى.

(د) إن الشاهد يعتبر فيه العدالة، ولا يعتبر ذلك في المتلاعنين.

(هـ) إن الأعمى لا تقبل شهادته عندنا (٤) إلا في مواضع مخصوصة، ويصح لعانه بالإجماع، فدل على أنه ليس بشهادة.

(و) العبد لا تقبل شهادته عندهم، وعندنا فيه تفصيل، ويقبل لعانه.

(ز) الكافر يصح لعانه ولا تصح شهادته.

(ح) لا تصح شهادة الإنسان لنفسه، وفي الحقيقة هنا الشهادة لنفس الإنسان، فلا تكون شهادة.

(ط) إن الشهادة لا تصح مع تطرق الشبهة بجلب النفع، أو دفع الضرر، وهي

(١) نيل الأوطار: ج ٧ ص ٧٠ باب في أن اللعان يمين قال: وذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك والإمام يحيى والشافعي في قول أنه شهادة.

(٢) المسالك: ج ٢ كتاب اللعان ص ١١٩ س ١ قال: اختلف العلماء في اللعان هل هو شهادات أو أيمان فذهب بن الجنيد إلى الأول.

(٣) الشرائع: في كيفية اللعان قال: وقال الشيخ إن اللعان أيمان وليست بشهادات، ولعله نظر إلى اللفظ فإنه بصورة اليمين.

(٤) في (كل) عند المخالف وعندنا.

متحقة هنا، فإن الزوج يدفع عن نفسه حقوق الزوجية بزوال الفراش، والمرأة تدفع عن نفسها العار ووجوب الحد.

(الخامس) لا يحل اللعان إلا مع تحقق السبب، ولا يجوز لمكان الشبهة والتهمة أو الظن لقوله عليه السلام: (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولم يدخلها جنته، وأيما رجل نفى نسب ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين). (١).

وروي أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إن امرأتي أتت بولد أسود فقال: هل لك من إبل؟ فقال: نعم، فقال: ما ألوانها؟ فقال: حمر، فقال: هل فيها أفرق؟ فقال: نعم، فقال: أنى ذلك؟ فقال: لعل أن يكون عرقاً نزع، قال: وكذلك لعل أن يكون عرقاً نزع (٢).

وروى محمد بن يعقوب يرفعه إلى عبد الله بن سنان، عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السلام قال: أتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: هذه ابنة عمي وامرأتي لا أعلم فيها إلا خيراً وقد أتتني بولد شديد السواد، منتشر المنخرين، جعد ققط أفطس الأنف (٣)، لا أعرف شبهه في أحوالي ولا في أجدادي، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا والذي بعثك بالحق نبياً، ما أقعدت

(١) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٤٠٣ باب التشديد في إدخال المرأة على قوم من ليس منهم وفي نفي الرجل ولده، وفي سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٩١٦ (١٣) باب من أنكر ولده الحديث ٢٧٤٣ مع تغيير يسير.
(٢) سنن ابن ماجه: ج ١ ص ٦٤٥ (٥٨) باب الرجل يشك في ولده، الحديث ٢٠٠٢ و ٢٠٠٣ مع اختلاف يسير.

(٣) المنخر كمجلس وكسر الميم للاتباع كمتن لغة والمنخران ثقباً الأنف مجمع البحرين يقال: جعد الشعر بضم العين وكسرها جعودة إذا كان فيه التواء وتقبض فهو جعد وذلك خلاف المسترسل. مجمع البحرين. شعر ققط وقطط بفتحيتين شديد الجعودة، ويقول: الققط شعر الزنجي. مجمع البحرين الفطس بالتحريك تطاً من قصبه الأنف وانتشارها، والرجل أفطس والمرأة فطساء مجمع البحرين.

مقعده مني منذ ملكني أحد غيره، قال: فنكس رسول الله صلى الله عليه وآله رأسه مليا، ثم رفع رأسه إلى السماء، ثم أقبل على الرجل فقال: يا هذا إنه ليس من أحد إلا وبينه وبين آدم تسعة وتسعين عرقا يضرب في النسب، فإذا وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق، تسئل الله الشبه لها، فهذا من تلك العروق التي لم تدركها أجدادك، خذي إليك ابنك، فقالت المرأة: فرجت عني فرج الله عنك (١) (٢).

وروى محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله عز وجل خلق للرحم أربعة أوعية فما كان في الأول فلأب، وما كان في الثاني فلأم، وما كان في الثالث فلعمومة، وما كان في الرابع فللخوالة (٣).

وعن الصادق عليه السلام: إن الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقا جمع كل صورة بينه وبين آدم ثم خلقه على صورة إحداهن، فلا يقولن أحد لولده هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئا من آبائي (٤).

(السادس) قد يجب اللعان إذا تحقق عدم التحاقه به، كما إذا اعتزلها أكثر مدة الحمل، أو جاء لأقل من ستة أشهر منذ دخوله لثلا يلحق بنسبه من ليس منه، ينظر إلى بناته إن كان ذكرا، وينظر إليها إن كانت أنثى، ويزاحم وراثه، وكل ذلك حرام.

- (١) قوله ص (تسعة وتسعون عرقا) لعل المعنى أن الأسباب والدواعي التي أودعها الله في الإنسان مما يورث اختلاف الصور من الأفرجة والأغذية والأفعال الحسنة والقبيحة والأسباب الخارجة كثيرة، فعدم المشابهة لا يوجب نفي النسب، فلعل تلك الأسباب التي تهيأت لتصوير هذا الشخص لم يتهيأ لأحد من آباءه. ويحتمل أن يكون المراد بالعروق أسباب المشابهة بالآباء، فالمراد بالأجداد الذين اتصل به خبرهم كما ورد في خبر آخر أن الله يجمع صورة كل أب بينه وبين آدم فيصوره مشابها لواحد منهم، وعلى الأول يكون هذا الخبر محمولا على الغالب (مرات العقول ج ٢٠ ص ٤١٥).
- (٢) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح باب نواذر ص ٥٦١ الحديث ٢٣.
- (٣) الكافي: ج ٦ كتاب العقيقة ص ١٧ الحديث ٢.
- (٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٣.

(السابع) لا يصح إلا عند الحاكم، أو خليفته، وقال ابن حمزة: أو من رضي به الزوجان (١) وهو قول الشيخ في موضع من المبسوط (٢) والأول هو المشهور. (الثامن) يصح لعان الحامل ومنعه المفيد (٣) وتلميذه (٤) والتقي (٥) والمشهور جوازه لكن لا يقام عليها الحد حتى تضع، قال العلامة: ويحتمل أن يقال: لا لعان لو نفى الولد حتى تضع لاحتمال اشتباه الحمل بغيره، وحينئذ يصح كلامه (٦) أي كلام المفيد.

(التاسع) يصح اللعان بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق، سواء كانا من أهل الشهادة أو لم يكونا، مسلمين أو كافرين أو بالتفريق، حرين أو مملوكين أو بالتفريق، محدودين في قذف، أو لا، أو بالتفريق، قاله الشيخ في الكتابين (٧) (٨) وهو المشهور، وقال أبو علي: إذا كان الزوج قد حد في قذف، لا لعان له، لأن الله سماه كاذبا، والكاذب لا تقبل شهادته (٩).

(١) الوسيلة: في بيان أحكام اللعان ص ٣٣٨ س ٥ قال: واللعان يصح إلى قوله: ومن يرضى به الزوجان.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٣ س ١٢ قال: إذا تراضى الزوجان برجل يلاعن بينهما جاز عندنا.

(٣) المقنعة: باب اللعان ص ٨٤ س ٢٣ قال: ولا تلاعن المرأة وهي حامل حتى تضع حملها.

(٤) المراسم: اللعان ص ١٦٤ س ٣ قال: ولا تلاعن الحامل حتى تضع.

(٥) الكافي: فصل في اللعان ص ٣١٠ س ٥ قال: وإذا قذفها وهي حامل أخر اللعان إلى أن تضع.

(٦) المختلف: في أحكام اللعان ص ٥٧ س ٧ قال: وشيخنا المفيد إن قصد بنفي اللعان نفي ما يجب عنه إلى قوله: ويحتمل أن يقال: لا لعان لو نفى الحمل الخ.

(٧) المبسوط: ج ٥ كتاب اللعان ص ١٨٢ س ١٨ قال: يصح اللعان بين كل زوجين مكلفين إلى قوله: وبين المحدودين في قذف.

(٨) كتاب الخلاف: كتاب اللعان (مسألة ٢) قال: اللعان يصح إلى قوله: وكذلك إذا كانا محدودين في قذف آه.

(٩) المختلف: في أحكام اللعان ص ٥٥ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيد: وإن كان القاذف محدودا بقذفه بالزنا لم يكن بينه وبين زوجته لعان، لأن الله تعالى سماه كاذبا الخ.

واحتج برواية إسماعيل بن أبي زياد وقد تقدمت (١) والرواية ضعيفة
السند (٢).

(العاشر) روى محمد بن سليمان عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: قلت
له: جعلت فداك كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات
بالله، وإذا قذفها غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحد، أو يقيم البينة على
ما قال؟ قال: فقال: قد سئل جعفر عليه السلام عن ذلك فقال: إن الزوج إذا
قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قال:
أنه لم يره قيل له: أقم البينة على ما قلت، وإلا كان بمنزلة غيره، وذلك أن الله تعالى
جعل للزوج مدخلا لم يجعله لغيره، والدا ولا ولدا، يدخل بالليل والنهار، فجاز له أن
يقول رأيت، فإن كان غيره قيل له: وما أدخلك المدخل الذي ترى هذا فيه
وحدك؟! أنت متهم، فلا بد من أن يقام عليك الحد الذي أوجب الله عليك (٣).
فعلم من هذا الحديث اشتراط دعوى المشاهدة في قذف الزوج، فلو لم يدعها،
أو استحالت في حقه كالأعمى فلا لعان وتعين الحد أو البينة.
(الحادي عشر) الأصل صدور اللعان من الزوجين، وقد يخرج عن هذا الأصل
للضرورة، وهي في صور:
(أ) أن يكون بين الزوج والوارث، كما لو ماتت بعد القذف، فلاحد أوليائها

(١) الإستبصار: ج ٣ (٢١٦) باب أن اللعان يثبت بادعاء الفجور وإن لم ينتف الولد ص ٣٧٥
الحديث ١٠.

(٢) سند الحديث كما في الإستبصار (محمد بن الحسن الصفار عن إبراهيم بن هاشم، عن الحسين بن
يزيد النوفلي، عن إسماعيل بن أبي زياد، عن جعفر عن أبيه أن عليا (عليه السلام).

(٣) التهذيب: ج ٨ (٨) باب اللعان ص ١٩٢ الحديث ٢٩.

لعانه، ليستقط إرثه وقد تقدم البحث فيه.

(ب) أن يكون من الزوج وحده كما لو امتنع الوارث من ملاحظته في الصورة المفروضة، فله اللعان على الأصح لإسقاط الحد عنه، لعدم المانع، ولعموم الآية، ولأنه شهادات ولا يشترط في أداء الشهادة حياة المشهود عليه. وكذا لو كان هناك نسب وأراد نفيه، فلو لم يشرع له اللعان لزم الإضرار به، لأنه قد يتحقق عدم التحاقه به فيكون قد التحق بنسبه من ليس منه.

(ج) لو أنكر الولد وصدقته لم ينتف إلا باللعان، ومع اعترافها كيف يصح أن تقول: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين.

(د) لو نفى ولد الصماء الخرساء التي لا يعقل الإشارة كفى لعانه خاصة في سقوط النسب، وحينئذ لا يبعد ما حكاه الشيخ في المبسوط حيث قال: الأحكام المتعلقة باللعان أربعة: سقوط الحد عن الزوج، وانتفاء النسب، وزوال الفراش، وتحريم المؤبد (١).

فهذه الأحكام تعلق بلعان الزوج إذا وجد منه اللعان بكماله، ويتعلق به أيضا وجوب الحد على المرأة.

وأما لعان المرأة فإنه لا يتعلق به أكثر من سقوط حد الزنا عنها، ثم قال: وقال قوم: - وهو الذي يقتضيه أصول مذهبنا - أن هذه الأحكام لا تتعلق إلا بلعان الزوجين معا، والأقرب: الأول في الصور الأربع الخارجة عن الأصل، وأما في غيرها فنقول: يتعلق بلعانه ثلاثة أحكام: سقوط الحد عنه، وثبوتها عليها، ونفي النسب، وبلعانها حكم واحد، وهو سقوط الحد عنها، وبلعانهما ثلاثة أحكام زوال الفراش، وتأبد التحريم، وسقوط الحدين والإرث.

(١) المبسوط: في الأحكام المتعلقة باللعان، ص ١٩٩ س ٣ قال: الأحكام المتعلقة باللعان أربعة الخ.

كتاب العتق

كتاب العتق: والنظر في الرق وأسباب الإزالة.
أما الرق فيختص بأهل الحرب دون أهل الذمة، ولو أدخلوا
بشرائطها جاز تملكهم. ومن أقر على نفسه بالرقية مختاراً، في صحة من
رأيه حكم برقيته. وإذا بيع في الأسواق ثم ادعى الحرية لم يقبل منه إلا
بينة.

كتاب العتق

مقدمة

العتق لغة الخلوص، ومنه سمي البيت عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة،
وقيل: لأنه أعتق من الغرق، أي خلص (١).

(١) وفي التنزيل: (وليطوفوا بالبيت العتيق) وفي حديث ابن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه
(وآله) وسلم قال: إنما سمي الله البيت العتيق، لأن الله أعتقه من الجبابرة فلم يظهر عليه جبار قط،
والبيت العتيق بمكة لقدمه، لأنه أول بيت وضع للناس، وقيل: لأنه أعتق من الغرق أيام الطوفان، دليله
قوله تعالى (وإذ بوأنا لإبراهيم مكان البيت) وهذا دليل على أن البيت رفع وبقي مكانه، وقيل: أنه أعتق
من الجبابرة ولم يدعه منهم أحد، وقيل: سمي عتيقاً لأنه لم يملكه أحد (لسان العرب ج ١٠ لغة عتق
ص ٢٣٦).

(٣٥)

ولا يملك الرجل ولا المرأة أحد الأبوين وإن علوا، ولا الأولاد وإن سفلوا. وكذلك لا يملك الرجل ذوات الرحم من النساء المحرمات كالخالة والعمة و بنت الأخت و بنت الأخ، وينعتق هؤلاء بالملك، ويملك غيرهم من الرجال والنساء على كراهية، ويتأكد فيمن يرثه.

وشرعا: إزالة الملك عن آدمي حي. وهو (أي إزالة الرق) يحصل بأحد أمرين: مباشرة أو تسبيب. أما المباشرة: فثلاثة. العتق، والمكاتبة، والتدبير. وأما التسبيب: فأمران، الملك والعوارض. وفي إلحاق الاستيلاء بأي الأمرين خلاف، فبعض ألحقه بالمباشرة لاستناده إلى الوطي الصادر عن اختياره، وبعض ألحقه بالتسبيب لأن المباشرة إنما يتحقق مع قصد الإنسان إلى العتق وليس هذا الأمر حاصلًا في الاستيلاء. والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) (١) وذكره أيضا في كفارة اليمين (٢). وقال تعالى: (وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه) (٣) نزلت في زيد بن حارثة، وكان النبي صلى الله عليه وآله أعتقه وتبنى به،

-
- (١) سورة النساء / ٩٥.
(٢) سورة المائدة / ٩٢ قال تعالى: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم - إلى قوله - : فتحرير رقبة الخ).
(٣) سورة الأحزاب / ٣٧.

وإنعام الله عليه بالإسلام، وإنعام النبي صلى الله عليه وآله بالعتق، ثم حرم الله التبني في الإسلام فقال: (أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله) (١) (٢).
وأما السنة: فروى عمر بن عنبسة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداه من النار (٣).

وروى واثلة بن الأسقع وغيره أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً له من النار (٤).
وأما الإجماع: فلا خلاف بين الأمة في جوازه وفي فضله.

تذنيب

يستحب عتق المؤمن مؤكداً، لما عرفت، ويكره عتق المخالف، ومن يعجز عن الاكتساب، ومن لا حيلة له، ولو أعتقه صح وسقطت عنه نفقته، لكونها تابعة للملك وقد زال بالعتق، وهو المشهور بين علماءنا.
وقال أبو علي: ومن أعتق طفلاً، ومن لا قدرة له على الكسب كان عليه أن يعوله حتى يكبر ويستغني (٥) وهو اختيار الصدوق (٦).

(١) سورة الأحزاب / ٦.

(٢) لاحظ التبيان ومجمع البيان في تفسيريهما للآية الشريفة، والمبسوط ج ٦ كتاب العتق ص ٥١ س ٣.

(٣) عوالي اللثالي: ج ١ باب العتق ص ٤٢١ الحديث ١ - ٢ ولاحظ ما علق عليه، ولاحظ أيضاً المبسوط: ج ٦ كتاب العتق ص ٥١ س ٧ ففيه روايتان عمر بن عنبسة وواثلة بن الأسقع.

(٤) عوالي اللثالي: ج ١ باب العتق ص ٤٢١ الحديث ١ - ٢ ولاحظ ما علق عليه، ولاحظ أيضاً المبسوط: ج ٦ كتاب العتق ص ٥١ س ٧ ففيه روايتان عمر بن عنبسة وواثلة بن الأسقع.

(٥) المختلف: في أحكام العتق ص ٧٨ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيد من أعتق طفلاً الخ.

(٦) المقنع باب العتق والتدبير والمكاتبة والولاء ص ١٦٠ س ٧ قال: ومن أعتق مملوكاً لا حيلة له فإن عليه أن يعوله حتى يستغني.

وهل يعتق عليه بالرضاع من يعتق بالنسب؟ فيه روايتان، أشهرهما: أنه يعتق، ولا يعتق على المرأة سوى العمودين.

قال طاب ثراه: وهل يعتق عليه بالرضاع من يعتق بالنسب؟ فيه روايتان، أشهرهما أنه يعتق.
أقول: هنا مسألتان:

(الأولى) وقع الاتفاق على أن من ملك أحد العمودين، أو أحد المحرمات عليه نسبا عتق عليه، لكن اختلفوا في الوقت الذي يقع فيه العتق، هل يقع مع البيع بلا فصل، أو في آن ثان؟ ابن إدريس على الأول، قال: وقد قيل فيه أقوال: الأصح من ذلك أنه مع تمام البيع معا، لأن الإنسان لا يملك من ذكرناه (١) وهو قول الشيخ في النهاية (٢) والمفيد (٣) وظاهر التقي (٤).
والشيخ في المبسوط على الثاني (٥) وهو ظاهر أبي علي (٦) واختاره العلامة (٧)

- (١) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ١ قال: وقد قيل في أنه متى يكون العتق الخ.
(٢) النهاية: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٥٤٠ س ٨ قال: ومتى ملك الإنسان أحد والديه إلى قوله: انعتقوا في الحال.
(٣) المقنعة: باب ابتياع الحيوانات ص ٩٢ س ٣٤ قال: ولا يصح استرقاق الرجل أبويه إلى قوله: وإذا ملكهم عتقوا في الحال وخرجوا بذلك عن تملكه سواء أعتقهم أو لم يعتقهم.
(٤) الكافي وأما ملك اليمين ص ٣٠٠ س ١٢ قال: وإذا ملك الرجل أحد أبويه إلى قوله: عتقوا عليه.
(٥) المبسوط: ج ٦ كتاب العتق ص ٥٥ س ٦ قال: وهكذا إذا اشترى أباه عتق عليه إلى قوله: والثاني أن العتق بعد الملك وهو الأقوى عندي.
(٦) المختلف: في أحكام العتق ص ٧٤ س ٣ قال: وقال ابن الجنيد: ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه عند ملكه إياه.
(٧) المختلف: في أحكام العتق ص ٧٤ س ٦ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس: والوجه أنهم يدخلون في الملك أنا واحدا ثم في ثانية يعتقون عليه.

لوجوه: (أ) قوله عليه السلام: لا عتق إلا في ملك (١).
(ب) لتحقق قولهم: إذا ملك أحد هؤلاء عتق عليه.
(ج) إن العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع من غير أن يثبت فيه الملك للمشتري، لما قوم عليه لو اشترى بعضه، ولما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش وغيره.

تنبيه

لو اشترى أباه وانعتق عليه، ثم ظهر له فيه عيب كان له الرجوع بأرشه، وكذا لو وجد فيه عيبا، فللولد الفسخ ويرجع بالثمن، ويطالبه البائع بقيمة العبد كالتالف، وكذا لو وجد البائع في الثمن المعين عيبا فرده، طالبه بقيمة العبد.
(الثانية) لو ملك أحد هؤلاء من الرضاع، هل ينعتق عليه كالنسيب؟ فيه مذهبان.

أحدهما عدم العتق وهو مذهب المفيد (٢) وتلميذه (٣) والحسن (٤) وابن إدريس (٥) لأصالة بقاء الملك، خرج عنه ما وقع الإجماع عليه فيبقى الباقي على أصله.

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢١٧ الحديث ٧ وفيه (لا عتق إلا بعد ملك).
(٢) المقنعة: باب السراري وملك الأيمان ص ٨٥ س ٤ قال: ولا بأس أن يملك الإنسان أمه من الرضاع الخ.
(٣) المراسم: ذكر الشرط الخاص في البيع والمبيع ص ١٧٦ س ٩ قال: فأما الباقيون من الأقارب ومن مائل الأولين ومن الرضاة والأجانب فيثبت في ملكه رقا.
(٤) المختلف: الثالث عشر في بيع الحيوان، ص ٢٠١ س ١ قال: وقال ابن عقيل: لا بأس بملك الأم والأخت من الرضاة ويبيعهن الخ.
(٥) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٤ قال: وأما ذو الأسباب فهو الرضاع إلى قوله: والثاني اختيار شيخنا المفيد وهو الذي يقوى في نفسي وبه أفتي، لأنه لا دليل على عتقهن من كتاب ولا سنة مقطوع بها الخ.

وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه بطل العقد بينهما وثبت الملك.
أما إزالة الرق فأسبابها أربعة: الملك، والمباشرة، والسراية،
والعوارض، وقد سلف الملك.
أما المباشرة: فالعتق، والكتابة، والتدبير، والاستيلاء.

ولما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا اشترى الرجل أباه أو
أخاه فملكه، فهو حر، إلا ما كان من قبل الرضاع (١).
ومثلها رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في بيع الأم من الرضاعة، قال:
لا بأس (٢).
والآخر العتق كالنسب، وهو مذهب الباقرين (٣) لابتناء العتق
على التغليب.

ولما رواه الحلبي وابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة أرضعت ابن
جارتها قال: تعتقه (٤).
ومثلها رواية أبان بن عثمان عن أبي بصير، وعن أبي العباس وعبيد كلهم عن
الصادق عليه السلام إلى أن قال: قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك، قال: نعم
يجري في الرضاع مثل ذلك (٥).

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٥ الحديث ١١٨.

(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٥ الحديث ١١٩.

(٣) لاحظ المختلف، الثالث عشر في بيع الحيوان ص ٢٠٠ س ٣١ قال: (مسألة) قال الشيخ في
النهاية الخ.

(٤) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٣ الحديث ١١١.

(٥) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٣ قطعة من حديث ١١٠.

وأما العتق: فعبارته الصريحة التحرير. وفي لفظ العتق تردد، ولا اعتبار بغير ذلك من الكنايات وإن قصد بها العتق، ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق، ولا يصح جعله يمينا، ولا بد من تجريده عن شرط متوقع أو صفة.

قال طاب ثراه: وفي لفظ العتق تردد.

أقول: قال الشيخ في الخلاف: لا يقع إلا بقوله: أنت حر مع القصد (١) وبمثله قال النقي (٢) والقاضي (٣) مع اتفاق الجميع على صحة عتق الجارية وجعل عتقها صداقها بقول سيدها: أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك وقيل: الإعتاق حقيقة في العتق يحصل به الإعتاق، لأنه لفظ موضوع للعتق، وهو اختيار العلامة (٤) ومذهب الشهيد (٥).

قال طاب ثراه: ولا يصح جعله يمينا، ولا بد من تجريده عن شرط متوقع أو صفة. أقول: هنا ثلاث مسائل:

(الأولى) لا يصح جعل العتق يمينا، لأنه لا يمين إلا بالله سبحانه، لقول النبي صلى الله عليه وآله: من كان حالفا فليحلف بالله وإلا فليصمت (٦) وصيغته أن

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب العتق، مسألة ١٤ قال: العتق لا يقع إلا بقوله أنت حر مع القصد الخ.
(٢) الكافي: فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٧ س ٥ قال: فاللفظ قوله: أنت أو فلان أو فلانة حر لوجه الله تعالى.
(٣) المهذب: ج ٢، باب العتق وأحكامه ص ٣٥٧ س ٩ قال: وينوي العتق إلى قوله: فيقول: أنت أو هذه حر أو حرة لوجه الله.
(٤) التحرير: ج ٢، كتاب العتق ص ٧٦ س ٣٤ قال: (ج) صيغة العتق إما صريحة إلى قوله: وإنما يقع بالتصريح خاصة الخ.
(٥) اللعة الدمشقية كتاب العتق: ج ٦ ص ٢٣٣ س ٤ قال: وعبارته الصريحة التحرير مثل أنت حر الخ.
(٦) مسند أحمد بن حنبل ج ٢ ص ١١ س ٢٨.

ويجوز أن يشترط مع العتق شيء. ولو شرط إعادته في الرق إن خالف فقولان: المروي: اللزوم ويشترط في المعتق جواز التصرف، والاختيار، والقصد، والقربة.

يقول: أنت حر إن فعلت كذا، ويكون مراده منع نفسه من فعل ذلك الشيء فألزم نفسه بالعتق زجرا وردعا عن فعل ذلك الشيء المعلق عليه العتق، كما يلزم الحالف نفسه بالكفارة على تقدير المخالفة، ويسمى الحلف بالعتق، وهو جائز عند الحالف كالطلاق والظهار.

(الثاني) الشرط، وصيغته أن يقول: أنت حر إن دخلت الدار، أو إن فعلت كذا، ويكون مقصوده مجرد التعليق، أي تعليق العتق على حصول الشرط، فغرضه وقوع العتق لا مطلقا، بل عند حصول الشرط، وصيغته وصيغة اليمين واحدة، وإنما يمتاز أحدهما عن الآخر بالقصد، ففي اليمين يكون المقصود نقيض الشرط المعلق عليه حصول العتق، وفي الشرط يكون المقصود وقوع العتق مع الشرط.

(الثالث) الصفة. وهو ما لا بد من وقوعه في الزمان المستقبل، كقوله: أنت حر إذا جاء رأس الشهر، أو أحمر البسر.

والفرق بين الشرط والصفة من وجهين.

(أ) إن الشرط يمكن وقوعه في الحال، والصفة لا يمكن وقوعها في الحال.

(ب) إن الشرط يجوز وقوعه ويجوز أن لا يقع أصلا، والصفة لا بد من وقوعه في ثاني الحال، فوقعها في الحال محال، وفي الاستقبال واجب، والشرط وقوعه وعدمه ممكن في الحالين.

إذا عرفت هذا: فنقول: لا يصح تعليق العتق على شرط ولا صفة إجماعا منا. قال طاب ثراه: ولو شرط إعادته في الرق إن خالف فقولان: المروي: اللزوم. أقول: اشتراط سايع مع العتق على العبد جائز، كقوله: أنت حر وعليك كذا،

ولا يكون هذا تعليقا، بل عتقا وشرطا.
وأما لو شرط عوده في الرق مع الخلاف، فهل يصح هذا الشرط ويعاد في الرق من المخالفة؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:
(أ) صحة العتق والشرط قاله الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي (٢) لعموم قوله تعالى (أوفوا بالعقود) (٣).
وقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (٤).
ولما رواه إسحاق بن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه (٥) واختاره العلامة في القواعد (٦) وهو ظاهر المصنف في الكتابين (٧) (٨).
(ب) بطلانها قاله المصنف في النكت (٩) والعلامة في المختلف (١٠) وأجاب عن

- (١) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٢ س ١٥ قال: فإن شرط عليه أنه متى خالفه كان ردا في الرق مخالفة كان له رده في الرق الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ باب العتق وأحكامه ص ٣٥٩ س ٣ قال: وإذا كان له مملوك فأعتقه وشرط عليه أنه متى خالفه كان ردا في الرق كان الشرط صحيحا.
(٣) سورة المائدة / ١.
(٤) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٧١ الحديث ٦٦ ولاحظ عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ وما علق عليه في الهامش.
(٥) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٢ الحديث ٢٨.
(٦) القواعد: ج ٢ ص ٩٨ س ٩ في أحكام العتق قال: ولو شرط إعادته في الرق إن خالف، أعيد مع المخالفة.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) الشرائع: كتاب العتق، الفصل الأول قال: ولو شرط إعادته في الرق إن خالف، أعيد مع المخالفة.
(٩) نكت النهاية: (في الجوامع الفقهية) ص ٤٣٠ س ٤ قال: وإن شرط عليه إلى قوله: والرواية شاذة فينبغي إطراحها والقول ببطلان العتق الموقوف على الشرط.
(١٠) المختلف: في أحكام العتق ص ٧٤ س ٢٥ قال بعد نقل الأقوال: قال: والجواب إلى قوله: ومع بطلان العتق يكون هذا الحكم ثابتا.

وفي عتق الصبي إذا بلغ عشرة رواية بالجواز حسنة، ولا يصح عتق السكران.

الرواية بالطعن أولاً والقول بالموجب ثانياً، فإنه إذا ثبت له شرطه رده في الرق لبطلان العتق.

(ج) بطلان الشرط وصحة العتق، ويلوح من كلام ابن إدريس (١) وصرح به فخر المحققين في الإيضاح (٢) لبناء العتق على التغليب.

قال طاب ثراه: وفي عتق الصبي إذا بلغ عشرة رواية بالجواز حسنة.

أقول: الرواية إشارة إلى ما رواه الشيخ مرفوعاً إلى زرارة عن الباقر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له من ماله ما أعتق وتصديق على وجه المعروف فهو جائز (٣).

وبمضمونها أفتى الشيخ (٤) والقاضي عبد العزيز (٥) ومنع ابن إدريس (٦)

(١) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٣٣ قال: والشرط إذا كان مخالفاً للكتاب والسنة كان باطلاً فهذا شرط يخالف السنة.

(٢) الإيضاح: ج ٣ كتاب العتق ص ٤٧٩ س ١١ قال: والأقوى عندي صحة العتق وبطلان الشرط الخ.

(٣) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٨ الحديث ١٣١.

(٤) النهاية: باب العتق وأحكامه، ص ٥٤٦ س ٨ قال: وإذا أتى على الغلام عشر سنين جاز عتقه وصدفته الخ.

(٥) المهذب ج ٢ ص ٣٦٢ س ٢ قال: وإذا بلغ الغلام عشر سنين جاز عتقه وصدفته إذا كان على وجه المعروف.

(٦) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢ قال: ولا يصح العتق إلا من كامل العقل إلى قوله: ولا يقع العتق من طفل الخ.

وفي وقوعه من الكافر تردد.

وأبو علي (١) وهو مذهب المصنف (٢) والعلامة (٣) لثبوت الحجر على الصبي حتى يبلغ.

قال طاب ثراه: وفي وقوعه من الكافر تردد.

أقول: أجاز الشيخ عتق الكافر في الكتابين وأثبت له الولاء على العتق للمسلم (٤) (٥) لعموم قوله عليه السلام: الولاء لمن أعتق (٦) لكن لا يرثه ما دام كافرا، فإن أسلم ورثه لأن الكفر يمنع الإرث من المسلم نسبا وسببا، ومنع ابن إدريس (٧) لاشتراط نية القربة في العتق، قال العلامة في المختلف: إن كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى فالوجه ما قاله ابن إدريس، وإن كان لا بهذا الاعتبار بل باعتبار جحد النبوة وبعض أصول الإسلام كالصلاة مثلا فالحق ما قاله الشيخ (٨).

(١) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٧ س ٣ قال: وقال ابن الجنيد: ولما كان العتق نقل ملك إلى قوله: وهو يعطي منع عتق الصبي إلى قوله: وقول ابن إدريس هو الوجه لثبوت الحجر على الصبي حتى يبلغ.

(٢) الشرائع: كتاب العتق، الفصل الأول في المباشرة قال: وفي عتق الصبي إذا بلغ عشرة وصدقته تردد.

(٣) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٧ س ٣ قال: وقال ابن الجنيد: ولما كان العتق نقل ملك إلى قوله: وهو يعطي منع عتق الصبي إلى قوله: وقول ابن إدريس هو الوجه لثبوت الحجر على الصبي حتى يبلغ.

(٤) المبسوط: ج ٦ فصل في الولاء ص ٧٠ س ٢٢ قال: فأما إن أعتق الكافر عبدا مسلما يثبت له عليه الولاء.

(٥) كتاب الخلاف: كتاب العتق، مسألة ١٢ قال: إذا أعتق كافر مسلما ثبت له عليه الولاء.

(٦) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٤٩ الحديث ١٣٨.

(٧) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٣ قال: لأن عتق الكافر لا يصح على الصحيح من أقوال المحصلين الخ.

(٨) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٧ س ٢٦ قال: والتحقيق أن يقال: إن كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى إلى قوله: فالوجه ما قاله ابن إدريس الخ.

ويعتبر في المعتق أن يكون مملوكا حال العتق مسلما، ولا يصح لو كان كافرا، ويكره لو كان مخالفا ولو نذر عتق أحدهما لزم.

قال طاب ثراه: ولا يصح لو كان كافرا، ويكره لو كان مخالفا، ولو نذر عتق أحدهما لزم.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين.

(الأول) هل يصح عتق الكافر ابتداء، فيه مذهبان.

المنع: وهو المشهور، ذهب إليه السيد (١) وأبو علي (٢) وسالار (٣) والتقي (٤) وابن

حمزة (٥) وابن إدريس (٦) والمصنف (٧) والعلامة في القواعد (٨).

والجواز: ذهب إليه الشيخ في الكتابين (٩) (١٠).

احتج الأولون بما رواه سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال: سألته

(١) الانتصار، في مسائل العتق ص ١٦٩ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية إن من أعتق عبدا كافرا لا يقع عتقه.

(٢) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٠ س ١٧ قال: وقال ابن الجنيد: لا يجوز للمسلم أن يعتق مشركا.

(٣) المراسم: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٩١ س ١ قال: ولا يعتق إلا عبد ظاهره الإسلام.

(٤) الكافي: فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ١٨ س ٧ قال: ولا يجوز عتق الكافر.

(٥) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة، ص ٣٤١ س ٤ قال: والخامس (أي من يحضر أعتقه) واحد وهو الكافر.

(٦) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة، ص ٣٤٤ س ٣ قال: لأن عتق الكافر لا يقع على الصحيح من الأقوال.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد: ج ٢ كتاب العتق ص ٩٦ س ٨ قال: ولا يصح عتق الكافر مطلقا.

(٩) المبسوط: ج ٦ ص ٧٠ فصل في الولاء س ٢١ قال: إذا أعتق المسلم عبدا كافرا عتق الخ.

(١٠) كتاب الخلاف: كتاب العتق، مسألة ١١ قال: إذا أعتق مسلم عبدا كافرا عتق الخ.

أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا (١).
احتج الآخرون بما رواه الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام قال: إن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا فأسلم حين أعتقه (٢).
(الثاني) على القول بالمنع عن عتقه ابتداء، هل يصح عتقه مع النذر؟
فقول: للنذر صورتان.

(أ) أن ينذر عتقه لا معينا، بل موصوفا بالوصف العنواني كقوله: لله علي أن أعتق عبدا كافرا، وهذا لا ينعقد، لأن تعليق الحكم على الماهية مقيدة بوصف يشعر بعلية ذلك الوصف، وحينئذ يكون النذر معصية لا طاعة فيه أصلا، فيكون باطلا.
(ب) أن ينذر عتقه معينا مشخصا، كقوله: لله علي أن أعتق غانما مثلا، ويكون كافرا، فهذا لا إشعار فيه بكون الوصف مقصودا، وجاز أن يسلم، فهل يصح عتقه؟ قال في النهاية: نعم (٣) وجزم به المصنف في النافع (٤) ومنع في الشرائع (٥) وتوقف العلامة في المختلف (٦) وأطلق السيد ومتابعوه القول بالمنع ولم يفصلوا بين النذر وغيره (٧).

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢١٨ الحديث ١٥.
(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢١٩ الحديث ١٦.
(٣) النهاية: باب العتق وأحكامه، ص ٥٤٤ س ١١ قال: وإذا نذر الإنسان أن يعتق مملوكا بعينه لم يجز له أن يعتق غيره الخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) الشرائع: كتاب العتق في المباشرة قال: ويعتبر في المعتق الإسلام والملك، فلو كان المملوك كافرا لم يصح عتقه الخ.
(٦) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٠ س ٢٦ قال بعد نقل قول الموافق والمخالف: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.
(٧) تقدم نقل قوله عن الانتصار.

ولو شرط المولى على المعتق الخدمة زمانا معيننا صح.
ولو أبق ومات المولى فوجد بعد المدة، فهل للورثة استخدامه؟
المروي: لا.
وإذا طلب المملوك البيع لم تجب إجابته.

قال طاب ثراه: ولو أبق ومات المولى فوجد بعد المدة، فهل للورثة استخدامه؟
المروي: لا.
أقول: قد عرفت وجوب الوفاء على العتق بالشرط السائغ، والخدمة شرط سائغ،
فإذا أبق فهل للمالك أو ورثته إلزامه أم لا؟
فنقول: أما إلزامه بالخدمة فممنوع، لأن الزمان المعين للخدمة قد فات، وأجزاء
الزمان ليست متساوية، فلا يكون من قبيل المضمون بالمثل، بل بالقيمة، وهي
أجرة المثل عن تلك المدة، فهل يجب على المعتق ضمانها؟ قال ابن الجنيدي: لا يلزم
المعتق العوض عنه (١) وقال في النهاية (٢) وتبعه القاضي: ليس للورثة عليه
سبيل (٣) وقال ابن إدريس: يضمن الأجرة (٤) وهو اختيار العلامة (٥).

-
- (١) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٤ س ٢٧ قال: وقال ابن الجنيدي إلى قوله: ولو فات الفعل أو
امتنع عنه لم يلزم المعتق العوض عنه.
(٢) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٢ س ٢٠ قال: فإن أبق العبد إلى قوله: لم يكن للورثة عليه
سبيل.
(٣) المهذب: ج ٢ باب العتق وأحكامه ص ٣٥٩ س ٤ قال: وكذلك إن شرط عليه خدمة ستة إلى
قوله: وإن أبق المملوك إلى قوله: لم يكن للوارث عليه سبيل.
(٤) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٣٤ قال: فإن أبق العبد إلى قوله: والأولى
أن يكون لهم الرجوع بمثل أجرة تلك المدة الخ.
(٥) التحرير: ج ٢ كتاب العتق، الفصل الرابع في الأحكام ص ٧٩ س ٢٤ قال: فإن أبق حتى
انقضت فالوجه ثبوت الأجرة لهم.

ويكره التفريق بين الولد وأمه، وقيل: يحرم.

احتج الأولون: بصحيفة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل أعتق جاريته وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين، فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا (١).
قال ابن إدريس: قول الشيخ (لم يكن للورثة عليه سبيل) أي ليس للورثة عليه سبيل في الخدمة، والأولى أن يكون لهم الرجوع بمثل أجره تلك المدة، لأنها مستحقة عليه وقد فاتت أوقاتها، فيرجع عليه بأجره مثلها، أما الخدمة فليس لهم عليه سبيل، فلأجل هذا قال شيخنا في نهايته: لم يكن للورثة عليه سبيل، يعني في الخدمة (٢) قال العلامة: وهذا تأويل حسن ويؤيده قول الصدوق (وليس لهم أن يستخدموها) (٣) وهو عين الرواية المتقدمة، حيث سئل (ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا) ونفي الاستخدام لا يلزم نفي الأجرة الثابتة لهم عوضاً عما أتلفته عليهم من الخدمة (٤).

فرع

هل يجب على المعتق نفقة المعتق في مدة الخدمة؟ قال ابن الجنيد: نعم لقطعه عن التكسب (٥) وهو حسن ويحتمل عدمه لأنها تابعة للملك، وينفق عليه من بيت المال أو الصدقات.
قال طاب ثراه: ويكره التفريق بين الولد وأمه.

- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٢ الحديث ٣٠.
(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٣٦ قال بعد نقل أن للورثة أجره تلك المدة: فلأجل هذا قال شيخنا الخ.
(٣) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١ قال: فليس لهم أن يستخدموها.
(٤) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٤ س ٣٢ قال: وهذا تأويل حسن ويزيده قول الصدوق الخ.
(٥) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٤ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: ويجعل له في تلك المدة ما ينفق منه ويكتسي به لقطعه بشرطه عليه من التكسب الخ.

وإذا أتى على المملوك المؤمن سبع سنين يستحب عتقه، وكذا لو ضرب مملوكه ما هو حد.

مسائل سبع.

(الأولى) لو نذر تحرير أول مملوك يملكه، فملك جماعة تخير في أحدهم، وقيل: يقرع بينهم، وقال ثالث: لا يلزمه عتق.
(الثانية) لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين عتقا.
(الثالثة) لو أعتق بعض ممالئك، فقيل له: هل أعتقت ممالئك؟ فقال: نعم، لم ينعق إلا من سبق عتقه.
(الرابعة) لو نذر أمته إن وطأها صح، فإن أخرجها عن ملكه انحلت

أقول: تقدم البحث في هذه المسألة في باب البيع.
قال طاب ثراه: لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة، تخير في أحدهم، وقيل: يقرع، وقال ثالث: لا يلزمه عتق.
أقول: المذهب الأول وهو التخيير قول أبي علي، فإن مات أو منع عن بيان إرادته أقرع (١) واختاره المصنف (٢).
والثاني قول الشيخ في النهاية (٣) وتبعه القاضي (٤) وبه قال الصدوق (٥)

-
- (١) المختلف: كتاب العتق ص ٧٤ س ٣٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: اختار أيهم شاء فأعتقه.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٣ س ١٨ قال: وإذا نذر الإنسان أن يعتق أول مملوكه إلى قوله: أقرع بينهم.
(٤) المهذب: ج ٢ باب العتق وأحكامه ص ٣٦٠ س ٧ قال: وإذا نذر عتق أول مملوك يملكه إلى قوله: أقرع بينهم.
(٥) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ٤ قال: فإن قال: أول مملوك أملكه فهو حر إلى قوله: فإنه يقرع بينهم.

اليمين وإن عادت بملك مستأنف.
(الخامسة) لو نذر عتق كل عبد قديم في ملكه، أعتق من كان في ملكه ستة أشهر فصاعدا.

واختاره العلامة (١) والثالث قول ابن إدريس (٢).
احتج الأولون بما رواه الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فأصاب ستة قال: إنما كان نيته على واحد فليتخير أيهم شاء فليعتقه (٣).
ولأن كل واحد منهم أول بالنسبة إلى من يتحدد ملكه عليه وقد كان مخيرا في اتخاذ سبب النذر فيه بأن يشتريه أولا منفردا فثبت له الخيار كما كان. ولأن المراد بالأول من لم يسبقه غيره فإنه لو ملك واحدا ولم يملك بعده غيره أعتق إجماعا، ويصدق على كل واحد أنه غير مسبوق.
وأجيب عن الرواية بالمعارضة بأصح منها وفي طريقها إسماعيل بن يسار الهاشمي، وهو مذكور بالضعف (٤).
وعن الثاني بأن اتحاد الوصف يوجب عتقه أولا، ولا أولوية، ولا يجب عتق الكل فيتعين القرعة لتحقق الإشكال.
والمعتمد الأول لأصالة براءة الذمة من وجوب القرعة.
احتج الشيخ بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال: أول

-
- (١) المختلف: كتاب العتق ص ٧٥ س ٢ قال: وما اختاره الشيخ في النهاية هو المعتمد.
(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٦ س ٦ قال محمد بن إدريس: والأولى عندي أنه لا يعتق شيء من العبيد الخ.
(٣) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٦ الحديث ٤٥.
(٤) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن إسماعيل بن يسار الهاشمي، عن علي بن عبد الله بن غالب القيسي، عن الحسن الصيقل).

(السادسة) مال المعتق لمولاه وإن لم يشترط، وقيل: إن لم يعلم به فهو له، وإن علمه ولم يستثنه فهو للعبد.
(السابعة) إذا أعتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة.

مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا، قال: يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج اسمه (١).

ولأنه بملك الجماعة يصدق عليه أنه قد ملك مملوكا واحدا قطعا فذلك الواحد إن لم يسبقه ملك مملوك غيره فهو ملك واحد لا غير فوجب عتقه من غير ترقب ملك ثان، وإن سبقه ملك مملوك فذلك هو الأول، فيتعين للنذر، ولا يلزم من عدم صدق الأول على كل واحد بالنسبة إلى الآخر عدم صدقه على كل واحد مطلقا، فيصدق على كل واحد أنه أول، فإما أن يقرع أو يتخير، فيبطل قول ابن إدريس قال العلامة: ولا أستبعد قول أبي علي (٢).

احتج ابن إدريس بأصالة براءة الذمة، وبأن شرط النذر ما وجد، لأنه نذر عتق أول مملوك يملكه وليس لمن ملك في حالة واحدة جماعة من المماليك أول (٣). وعورض بالاحتياط، ولا نسلم عدم وجود شرط النذر، وقد بيناه.
قال طاب ثراه: مال المعتق لمولاه وإن لم يشترط. وقيل: إن لم يعلم به فهو له، وإن علم ولم يستثنه فهو للعبد.
أقول: النظر هنا يقع في أربعة أبحاث.
(الأول) في تحقق الملك ومسائله ثلاث:

- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٥ الحديث ٤٤.
- (٢) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٥ س ١٤ قال بعد نقل الأقوال: على أني لا أستبعد قول ابن الجنيد لكن الأقوى الأول.
- (٣) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٦ س ٦ قال: والأولى عندي أنه لا يعتق شيء من العبيد إلى قوله: والأصل براءة الذمة الخ.

(أ) ملك رقبة المال، والمراد به لا مستقرا، بل ملكا قابلا لتصرف السيد فيه، ولانزاعه منه. وفيه مذهبان

الملك وهو ظاهر الصدوق (١) وأبي علي (٢). والآخر المنع ذهب إليه ابن إدريس (٣) والشيخ في النهاية (٤) والعلامة في أكثر كتبه (٥) وذهب المصنف إلى أنه يملك ويكون محجورا عليه لمكان الرق كما يحجر على الصبي والسفيه (٦). (ب) يملك ملك التصرف (٧) في الجملة، وهو لازم للأول دون العكس، وأثبتته الشيخ في النهاية (٨) وتبعه القاضي (٩) وقواه العلامة في المختلف (١٠) واختاره

- (١) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١٠ قال: فإن أعتق رجل عبده وله مال، فإن كان علم حين أعتقه علم أن له مال تبعه ماله، وإلا فهو له الخ.
- (٢) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٢ س ١٢ قال: وقال ابن الجنيد: وإذا حرر السيد عبده ومعه مال إلى قوله: كان للمعتق.
- (٣) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢٢ قال: وإذا عتق مملوكا وله مال فماله لمولاه إلى قوله: لأن العبد لا يملك شيئا.
- (٤) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٣ س ٨ قال: والعبد والمملوك لا يملك شيئا من الأموال ما دام رقا
- (٥) القواعد: ج ٢ في أحكام العتق ص ٩٩ س ١٠ قال: ومال العبد لمولاه الخ. وفي التحرير ج ٢ ص ٨٠ س ٥ قال: العبد لا يملك شيئا. وفي المختلف كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ١٧ قال: لنا أنه ملك محض فلا يكون له أهلية التملك الخ.
- (٦) الشرائع: كتاب التجارة، في بيع الحيوان (الأولى) قال: ولو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى كان حسنا.
- (٧) في (كل): يملك التصرف.
- (٨) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٣ س ٨ قال: فإن ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه الخ.
- (٩) المهذب: ج ٢ باب العتق وأحكامه ص ٣٥٩ س ١٤ قال: فإن ملكه سيده شيئا من ذلك ملك التصرف فيه.
- (١٠) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ٢٤ قال: لو فرضنا أن العبد يملك، فإنه لا يملك ملكا تاما الخ.

الشهيد (١).

ومنع منه ابن إدريس (٢) والعلامة في أكثر كتبه (٣) وفخر المحققين (٤).
(ج) إباحة التصرف، ولا شك في حصوله للعبد، وعليه إجماع الأمة، سواء
كان التملك من السيد أو من غيره، وهو المعني بالملك عند القائلين بمنع الأولين.
احتج المانعون بوجوه.

(الأول) إنه ملك محض فلا يكون له أهلية التملك كغيره من المملوكات.
(الثاني) إنه لو ملك لدخل المال في ملكه بالأسباب الموجبة للدخول بغير اختيار
كالإرث، ولذا وجب شراؤه من مال مورثه وإعتاقه إذا لم يكن غيره ليتحقق سبب
التمليك فيه، فلو أمكن تحققه قبل العتق كان توسط التكليف بذلك عبثاً.
(الثالث) إنه لو ملك لما جاز للسيد أخذه منه قهراً، والتالي باطل بالإجماع فكذا
المقدم.

بيان الشرطية: تحريم الاستيلاء على مال المسلم بغير رضاه، ولقوله عليه السلام:
المسلم أخو المسلم لا يحل له ماله إلا عن طيب نفس منه (٥).
وبيان بطلان التالي بعد الإجماع: صحيحة محمد بن إسماعيل عن الرضا

(١) اللعة الدمشقية: ج ٣ في بيع الحيوان ص ٣١٣ س ١ قال: وقيل مطلقاً لكنه محجور عليه بالرق
الخ.

(٢) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢٢ قال: لأن العبد عندنا لا يملك شيئاً.
(٣) تقدم نقله عن القواعد والتحرير والمختلف.

(٤) الإيضاح: ج ٣ كتاب العتق ص ٤٨٩ س ١٠ فإنه بعد نقل قول العلامة وابن إدريس بعدم
الملك. قال: وهو الأقوى عندي.

(٥) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٨ و ص ١١٣ الحديث ٣٠٩ و ج ٢ ص ٢٤٠ الحديث ٦ و ج ٣
ص ٤٧٣ الحديث ٣.

عليه السلام قال: سألته عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أيجوز ذلك له؟ قال: نعم إذا كانت أم ولده (١).

(الرابع) قوله تعالى: (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) (٢) وهو نكرة في سياق نفي، فيفيد العموم لما ثبت في موضعه.
(الخامس) قوله تعالى: (ضرب لكم مثلاً من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيما نكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء) (٣) الآية، وهو توبيخ وتقريع وإنكار في صيغة الاستفهام، كقوله: (هل من خالق غير الله) (٤).
احتج المثبتون بأنه يصح عتقه من فاضل الضريبة، وكل من صح عتقه فهو مالك، والتالي حق لقوله عليه السلام: لا عتق إلا في ملك (٥) فكذا المقدم، وبيان الشرطية صحيحة عمر بن يزيد وسيأتي إطلاق الأحاديث الدالة على الإضافة كقول الصادق عليه السلام: فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك (٦) واللام للملك حقيقة (البحث الثاني) في تبعية المال له بعد العتق، وكل من منع الملك للمعين، أو التصرف كالعلامة (٧) وولده (٨) وابن إدريس (٩) منع التبعية ولا يحتاج إلى

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤٢ الباب ١٠ الحديث ٢

(٢) سورة النحل / ٧٥.

(٣) سورة الروم / ٢٨.

(٤) سورة الفاطر / ٣.

(٥) لاحظ عوالي اللثالي: ج ٢ ص ٢٩٩ الحديث ٤ و ج ٣ ص ٤٢١ الحديث ٣ وما علق عليه.

(٦) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٤ الحديث ٤٠.

(٧) القواعد: ج ٢ في أحكام العتق ص ٩٩ س ١٠ قال مال العبد لمولاه وإن علم به حال العتق.

(٨) الإيضاح: ج ٤ ص ٤٨٩ س ١١ فإنه بعد نقل قول العلامة وابن إدريس بالمنع عن ملكية العبد قال: وهو الأقوى عندي.

(٩) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢٢ قال: وإذا أعتق مملوكاً وله مال فماله لمولاه

استثناء، بل يكون للسيد علم به أو لا. ومن أثبت الملك للرقبة أو التصرف قال: إن علم به حال العتق ولم يستثنه فهو للعبد، وإلا فهو للسيد نص عليه الشيخ في النهاية (١) وأبو علي (٢) والصدوق (٣) والتقي (٤).
احتجوا عليه بصحيفة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل أعتق عبدا له وللعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مالا يتبعه ماله، وإلا فهو له (٥).

(البحث الثالث) في كيفية الاستثناء
فنقول: على تقدير عدم التبعية للجهد أو الاستثناء، هل يشترط تقديم لفظ الاستثناء على الحرية؟ قال الشيخ في النهاية: نعم (٦) واختاره فخر المحققين (٧). ولم يشترطه العلامة (٨) وأطلق الصدوق (٩) وابن الجنيد صحة

-
- (١) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٣ س ١ قال: فإن كان عالما بأن له مالا كان المال للعبد.
(٢) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ١٢ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: فإن علم به فلم يستثنه كان للمعتق.
(٣) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١٠ قال: فإن كان حين أعتقه علم أن له مالا تبعه ماله.
(٤) الكافي: فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٨ س ٤ قال: وإذا أعتق عبدا أو أمة وله مال يعلم به فهو للمعتق.
(٥) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٣ الحديث ٣٦.
(٦) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٣ س ٤ قال: بل يبدأ فيقول: لي مالك وأنت حر الخ.
(٧) الإيضاح: ج ٣، المقام الثالث في كيفية الاستثناء ص ٤٩١ س ١٧ فإنه بعد نقل الأقوال قال: والأقوى عندي قول الشيخ الخ.
(٨) القواعد: ج ٢ ص ٩٩ في أحكام العتق س ١٠ قال: مال العبد لمولاه وإن علم به حالة العتق ولم يستثنه.
(٩) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٧ قال: فإن أعتق رجل عبده وله مال فإن كان حين أعتقه علم أن له مالا تبعه ماله وإلا فهو له.

الاستثناء (١).

احتج الأولون بأن قوله أنت حر موجب للتحرير، فيقع الاستثناء بعد تمام السبب، فلا يكون مؤثرا.

ولصحيحة أبي جرير قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل قال لمملوكه أنت حر ولي مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال، يقول: لي مالك وأنت حر برضا المملوك (٢).

احتج العلامة بالأصل، ولأن الكلام إنما يتم بآخره كما لو قال: أنت حر وعليك خدمة سنة (٣).

وفي الاستدلال بالرواية نظر لأنه شرط فيها رضا المملوك ولم يقل به الشيخ. البحث الرابع فيما يلحقه من الأحكام

وهي ثلاثة: صحة الصدقة، والعتق، وعدم ثبوت الولاء.

ومستنده رواية عمر بن يزيد في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له، وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة، فرضي بذلك المولى ورضي بذلك المملوك، فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطيه مولاه من الضريبة، قال: فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك، قال أبو عبد الله عليه السلام: أليس قد فرض الله عز وجل على العباد فرائض فإذا أدوها إليه لم يسألهم عما سواها،

(١) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣ س ١٢ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: فإن علم به فلم يستثنه كان للمعتق.

(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٤ الحديث ٣٩.

(٣) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٣٤ س ٢٨ قال: المقام الثالث إلى قوله: لأن الكلام إنما يتم بآخره الخ.

قلت له: فللمملوك أن يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده؟ قال: نعم وأجر ذلك له، قلت: فإن أعتق مملوكا اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء المعتق؟ قال: فقال: يذهب فيتوالى إلى من أحب، فإذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه وورثه، قلت: أليس قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق؟ فقال: هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت: فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريرته وحدثه، أيلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ قال: فقال: لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرا (١).

ورواها الصدوق أيضا في الصحيح (٢).

وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٣).

تنبيه

قد عرفت أن المصنف وافق الصدوق وأبا علي على تملك العبد وخالفهما في ثبوت الحجر عليه ويظهر تحقيق ذلك في مسائل.

منها: لو أعتق العبد من دون إذن فإنه ينفذ على قول الصدوق، ويقف على الإجازة أو يبطل على قول المصنف.

ومنها: لو تصدق فإنه ينفذ على الأول دون الثاني.

ومنها: لو باع فينفذ على الأول ويجوز التصرف فيه للمشتري ويحكم له بالنماء

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٤ الحديث ٤٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٥٠) باب المكاتبه ص ٧٤ الحديث ٦.

(٣) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٣ س ٨ قال: فإن ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريد، وكذلك إذا فرض عليه ضريبة يؤديها إليه وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز ذلك الخ.

وأما السراية: فمن أعتق شقصا من عبده عتق كله. ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه إن كان موسرا، وسعى العبد في فك باقيه إن كان المعتق معسرا، وقيل: إن قصد الإضرار فكه إن كان موسرا وبطل العتق إن كان معسرا. وإن قصد القرية لم يلزمه فكه وسعى العبد، في حصة الشريك، فإن امتنع العبد استقر ملك الشريك على حصته.

من حين العقد، وعلى الثاني يبطل أو يقف على الإجازة، ولا يجوز له التصرف قبلها، ومع فسخ المولى يسترجع النماء من المشتري.
ومنها: لو وجب على العبد كفارة مخيرة أو مرتبة، فعلى الأول يصح تكفيره بالعتق وإن لم يأذن السيد، وعلى قول المصنف يصح أن يسبق الإذن، وعلى الثالث لا يصح وإن حصل الإذن، بل يكفر بالصوم.
قال طاب ثراه: وقيل: إن قصد الإضرار فكه إن كان موسرا، وبطل العتق إن كان معسرا وإن قصد القرية لم يلزمه فكه وسعى العبد في حصة الشريك، فإن امتنع استقر ملك الشريك على حصته.
أقول: عتق السراية ثابت بالنص والإجماع.
أما الأول: فقول النبي صلى الله عليه وآله: من أعتق شقصا من عبد وله مال قوم عليه الباقي (١) وإذا وجب تكميل العتق والعبد لغيره، فلأن يكمل والباقي له أولى.
وفي رواية غياث بن إبراهيم الداري عن الصادق عن الباقر عليهما السلام: إن

(١) رواه أصحاب الصحاح والسنن بعبارات مختلفة والمعاني واحدة، لاحظ صحيح مسلم ج ٢ كتاب العتق ص ١١٤٠ باب ذكر سعاية العبد الحديث ٢ وسنن ابن ماجة ج ٢ كتاب العتق ص ٨٤٤ الحديث ٢٥٢٧ ومسند أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٤٧٢ و ج ٤ ص ٣٧ ولاحظ العوالي ج ٢ ص ٣٠٦ الحديث ٢٨
و ج ٣ ص ٤٢٧ الحديث ٢٤ وهو مطابق للمتن.

رجلا أعتق بعض غلامه، فقال علي عليه السلام: هو حر ليس لله شريك (١) ونفي الشركة مشترك بين أن يكون العبد له أو مشتركا.
قيل: إن رجلا أعتق شقصا له من مملوك فلم يضمه النبي صلى الله عليه وآله (٢).

وأجيب: بأنه محمول على المعسر جمعا بين الأخبار.
إذا عرفت هذا فنقول:

إذا أعتق الشريك لا يخلو إما أن يكون موسرا أو معسرا، فهنا قسمان.
(الأول) عتق الموسر وشرط الشيخ في التقويم عليه قصد الإضرار بشريكه، ومع قصد القربة لا يقوم، بل يستحب له، فإن لم يفعل استسعى العبد في الباقي ولم يكن لصاحبه الذي يملك ما بقي منه استخدامه ولا له عليه ضريبة، بل يستسعيه فيما بقي من ثمنه، فإن امتنع العبد من السعي في فك رقبتة كان له بقدر ما انعتق ولمولاه بقدر ما بقي (٣).

والباقون على التقويم مطلقا عملا بعموم الخبر.

احتج الشيخ بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضارا كلف أن يعتقه كله، وإلا استسعى العبد في النصف الآخر (٤).

وأورد ابن إدريس لزوم التناقض، لاشرط قصد القربة في العتق، فصحته مع

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه، ص ٢٢٨ الحديث ٥٧.

(٢) سنن أبي داود: ج ٤ باب فيمن روى أنه لا يستسعى، ص ٢٥ الحديث ٣٩٤٨.

(٣) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٢ س ٣ قال: إذا كان العبد بين شريكين إلى قوله: ألزم أن يشتري ما بقي الخ.

(٤) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٠ الحديث ٢١.

قصد المضارة، وهو لزوم السراية فيه، وعدم لزومها مع قصد القرية غير واضح ولا مستقيم (١).

وأجاب العلامة عنه: بأن المراد بالإضرار هنا تقويمه قهرا، أو منع المالك عن ملكه (٢).

(الثاني) عتق المعسر، وفيه ثلاثة أقوال.

(أ) استسعاء العبد في نصيب الشريك قاله الصدوق (٣) والسيد (٤) وهو المشهور.

ومستنده رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: من كان شريكا في عبد أو أمة، قليل أو كثير فأعتق حصته، وله سعة، فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما عتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق (٥).

(ب) استقرار الرق في الباقي قاله الشيخ في المبسوط (٦).

(١) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٥ س ٢٤ فإنه بعد نقل كلام الشيخ في النهاية قال: قال محمد بن إدريس: قوله هذا عجيب إلى قوله: وهذا متناقض مخالف لأصول المذهب الخ.
(٢) المختلف: كتاب العتق وأحكامه ص ٧٢ س ٨ فإنه بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس مبسوطا قال: وقول ابن إدريس في الرد على الشيخ ضعيف، لأن الشيخ لم يقصد أنه أعتق لمجرد الإضرار الخ.
(٣) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٦ س ٩ قال: وإن لم يكن له سعة في المال إلى قوله: ثم يسعى العبد.

(٤) الإنتصار في مسائل العتق ص ١٦٩ س ١٣ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية أن العبد إذا كان بين شريكين إلى قوله: وإن كان المعتق معسرا وجب أن يستسعى العبد في باقي ثمنه الخ.

(٥) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه، ص ٢٢١ الحديث ٢٤.

(٦) المبسوط: ج ٦ ص ٥٥ س ١٣ قال: فأما إن كان معسرا فأعتق نصيبه منه أعتق منه ما أعتق ورق الباقي عندنا.

وإذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه، لرواية السكوني.
وفيه مع ضعف السند إشكال منشأه عدم القصد إلى عتقه.
وأما العوارض: فالعمى، والجذام، وتنكيل المولى بعده.

ومستنده رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في جارية كانت بين اثنين
وأعتق أحدهما نصيبه قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن، وإن كان معسرا
أخدمت بالحصص (١).

(ج) أنه إن كان قصد الإضرار بطل العتق، وإن قصد القرية استسعى العبد في
فك رقبتة، وإن امتنع العبد من السعي كان له من نفسه قدر ما أعتق ولمولاه الباقي
قاله الشيخ في النهاية (٢).

ومستنده رواية محمد عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: وإن عتق الشريك
مضارا وهو معسر فلا عتق له لأنه أراد أن يفسد على القوم ملكهم فيرجع على القوم
حصصهم (٣).

وأجيب بحمله على قصد الإضرار خاصة دون التقرب، جمعا بين
الأحاديث (٤).

قال طاب ثراه: وإذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه، لرواية السكوني،
وفيه مع ضعف السند إشكال، منشأه من عدم القصد إلى عتقه.
أقول: عتق السراية إنما يكون في الأشقاص، لا في الأشخاص، فلا يسري

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢١٩ الحديث ١٨.

(٢) النهاية باب العتق وأحكامه ص ٥٤٢ س ٥ قال: وإن لم يكن موسرا إلى قوله: ولمولاه
ما بقي.

(٣) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢١ قطعة من حديث ٣٨.

(٤) قاله الفخر في الإيضاح: ج ٣ كتاب العتق ٤٩٦ س ١٩ فلاحظ.

العتق في الحمل إلى أمه وبالعكس كما لا يتبعها في البيع قاله ابن إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
وقال الشيخ في النهاية: ينعق الحمل، وإن استثناه من الحرية لم يثبت رقه (٤) وتبعه القاضي (٥) وابن حمزة (٦) وهو ظاهر أبي علي (٧).
والمستند رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عليهما السلام في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرة وما في بطنها حر، لأن ما في بطنها منها (٨) قال الشهيد (٩): وعليها القدماء.
ويؤيدها صحيحة الحسن الوشاء عن الرضا عليه السلام في جارية دبرت وهي حبلى: إن علم به فهو مدبر وإلا فهو رق (١٠).

- (١) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٧ س ٢٠ قال: والأصل أن لا عتق، وثبت العبودية في حملها الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٦ س ٣٩ فإنه بعد نقل قول الشيخ ومن تبعه ونقل قول ابن إدريس قال: والوجه ما قاله ابن إدريس.
(٤) النهاية: باب العتق وأحكامه ص ٥٤٥ س ١٥ قال: وإذا أعتق الرجل جارية حبلى من غيره صار ما في بطنها حرا كهيئتها الخ.
(٥) المهذب: ج ٢ كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٦١ س ١٢ قال: وإذا أعتق مملوكة له حاملا من غيره كان حملها معتقا فإن استثناه من الحرية لم يثبت له رق مع مضي الحرية في أمه.
(٦) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٢ س ١٤ قال: وإن أعتق أمة ذات ولد إلى قوله: وإن كانت حاملا سرى إليه.
(٧) المختلف: كتاب العتق وتوابعه ص ٧٦ س ٣٦ فبعد نقل قول الشيخ قال: وهو ظاهر كلام ابن الجنيد.
(٨) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٥٣) باب الحرية ص ٨٥ الحديث ٨.
(٩) اللعة: ج ٦ ص ٣٠٧ س ٦ قال: وعتق الحامل لا يتناول الحمل كما لا يتناوله البيع الخ.
(١٠) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٥.

وألحق الأصحاب الإقعاد، فمتى حصل أحد هذه الأسباب فيه، انعتق. وكذا إذا أسلم العبد في دار الحرب سابقا على مولاه. وكذا لو كان العبد وارثا ولا وارث غيره دفعت قيمته على مولاه.

قال طاب ثراه: وألحق الأصحاب الإقعاد.

أقول: إنما نسب الإلحاق إلى الأصحاب، لاستناده إلى إجماعهم وخلو لفظ الرواية عنه.

روى السكوني عن النوفلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا عمي أو أجذم فلا رق عليه (١).

وروى ابن محبوب عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كل عبد مثل به فهو حر (٢).

ومثله روى أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنه حر سائبة يتوالى إلى من أحب (٣).
والتحقيق: إن العوارض ثمانية.

(أ) الملك للعمودين، ونعني بهما الآباء والأولاد، فمتى حصل الملك لأحدهم، اختياريا كان سبب التملك أو قهريا، انعتق المملوك. وكذا ينعتق على الرجل المحرمات عليه.

أما انعتاق الولد: فلقوله تعالى (وما ينبغي للرحمان أن يتخذ ولدا إن كل من في السماوات والأرض إلا آتي الرحمان عبدا (٤) دلت على منافاة العبودية للولد،

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٢ الحديث ٣١ ولفظ الحديث (عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا عمي المملوك فلا رق عليه، والعبد إذا جذم فلا رق عليه).

(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٣ الحديث ٣٤.

(٣) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٣ الحديث ٣٥.

(٤) سورة مريم / ٩٢ - ٩٣.

-
- وفي الوالد بطريق أولى.
- وأما المحارم: فلقوله تعالى: (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) (١) نفي اللوم عن الوطئ بملك اليمين، وهو ممتنع هنا، فلا يكون الملك حاصلًا، لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء ملزومه.
- وكذا لا ينعقد على المرأة سوى العمودين، لقيام الدليل الأول فيهما، وعدم تحقق الثاني في غيرهما، والأصل بقاء الملك وعدم العتق.
- (ب) عروض الجذام للمملوك.
- (ج) عروض البرص عند ابن حمزة (٢) ولم يثبت بالباقون.
- (د) عروض العمى.
- (هـ) تنكيل المولى به خلافا لابن إدريس (٣).
- (و) الإقعاد عند أصحابنا.
- (ز) موت قريبه مع عدم وارث سواه.
- (ح) إسلام العبد في دار الحرب قبل مولاه، واشترط السيد خروجه قبله (٤) ولم يشترطه الأكثر.

-
- (١) سورة المؤمنون / ٥ - ٦.
- (٢) الوسيلة: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة، فصل في بيان العتق وأحكامه ص ٣٤٠ س ١١ قال:
- ومن نكل به أو برص الخ.
- (٣) السرائر: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٣٤٤ س ٢١ قال: ولا يجوز أن يعتق في الكفارة الأعمى والمجذوم والمقعد، لأن هؤلاء خرجوا عن الملك بهذه الآفات، والعتق لا يكون إلا بعد الملك.
- (٤) لم نعثر عليه.

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء
أما التدبير فلفظه الصريح: أنت حر بعد وفاتي، ولا بد فيه من النية،
ولا حكم لعبارة الصبي، ولا المجنون، ولا السكران، ولا المحرج الذي
لا قصد له.

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء
التدبير هو عتق المملوك بعد وفاة سيده، واشتقاقه من الدبر. ولما كان التحرير
إنما يحصل بعد الوفاة، وهي دبر الحياة، سمي تدبيراً.
ويدل على مشروعيته النص والإجماع.
أما الأول: فالسنة المتواترة (١) وأما الثاني: فلا خلاف بين الأمة فيه.
تذنيبان

(الأول) التدبير قسماً: مطلق كقوله: إذا مت فأنت حر، ومقيد كقوله:
إذا مت في شهري هذا أو سنتي هذه، أو مرضي هذا فأنت حر، فإن حصل الموت مع
الشرط وقع التدبير وإلا فلا.

(١) الظاهر أن مراد المصنف ب (السنة المتواترة) هي الطريقة المستقيمة والمنهج الدائرة من مبدع
الشرع القويم صلوات الله عليه وآله إلى القرون المتطولة والأعصار القاصية والدانية.

وفي اشتراط القربة تردد.

(الثاني) التدبير هل هو وصية بالعتق، أو عتق بصفة؟ قيل: بالأول لأن العتق لا يقع معلقا، ولا اعتبار خروجه من الثلث، ولجواز الرجوع فيه، وقيل: بالثاني لعدم اشتراط القبول فيه، وعدم توقفه بعد الوفاة على الإعتاق من الوارث له أو الحاكم، فكان عتقا بصفة، وجاز هنا للإجماع، إذ العام يخص بالدليل.

تنبيه

الموصى بعتقه ليس مدبرا وإن خرج من الثلث.

ويظهر فائدته في مسائل

(أ) افتقاره إلى الإعتاق بعد الوفاة من الوارث، أو الحاكم مع امتناعه،

وعدمه في المدبر.

(ب) ثبوت الحرية في المدبر من حين الموت، وفي الموصى بعتقه بعد إعتاقه،

فالكسب للعبد من حين الموت في الأول، وبعد الإعتاق في الثاني.

(ج) لو مات المملوك بعد موت سيده قبل الإعتاق في الموصى بعتقه، حكم

بموته عبدا، ومؤنة تجهيزه على الوارث، وفي المدبر على بيت المال.

(د) صحة تملكه بالهبة والوصية واستحقاق الوقف والنذر وصحة المعاملة

وزوال الحجر بعد الموت في المدبر وأضدادها في الموصى به إلا بعد الإعتاق.

وإنما عقد المصنف الكتاب على الثلاثة، أعني التدبير والمكاتبة والاستيلاء؟

لاشترائها في شئ واحد، وهو صدور سبب العتق عن المالك في الحال، وتوقع

حصول الملك في ثاني الحال، مع جواز أن لا يحصل الرجوع السيد في التدبير، أو عجز

التركة عنه، وحصول عجز العبد في الكتابة، وموت الولد في الاستيلاء.

قال طاب ثراه: وفي اشتراط القربة تردد.

ولو حملت المدبرة من مولاهما لم يبطل تدبيرها وتعتق بوفاته من الثلث.

ولو حملت من غيره بعد التدبير فالولد مدبر كهيتها.
ولو رجع في تدبيرها لم يصح رجوعه في تدبير الأولاد، وفيه قول آخر ضعيف.

أقول: اشترط ابن إدريس قصد التقرب في التدبير (١) وهو ظاهر القاضي (٢) وهو مبني على مسألتين:
(الأولى) أنه عتق.

(الثانية) أن العتق يشترط فيه نية القربة، ويلزم من هذا المذهب بطلان تدبير الكافر، وقيل: لا يشترط للأصل.

والتحقيق أن نقول: التدبير هل هو وصية بعتق، أو هو عتق معلق بالموت؟ فعلى الأول لا يحتاج إلى نية القربة، وعلى الثاني يحتاج إليها إن قلنا باشتراطها في العتق، قال فخر المحققين: وقال كثير من الأصحاب: إنه وصية (٣).
قال طاب ثراه: ولو رجع المولى في تدبيرها لم يصح رجوعه في تدبير الأولاد، وفيه قول آخر ضعيف.

أقول: يجوز للسيد وطىء الأمة المدبرة إجماعاً لكامل الملك، وجواز رجوعه فيها،

(١) السرائر: باب التدبير ص ٣٥٠ س ٢٤ قال: ويكون القربة إلى الله تعالى هو المقصود به دون سائر الأغراض.

(٢) المهذب: ج ٢ باب التدبير ص ٣٦٥ س ١٠ قال: الشروط التي يصح التدبير معها هي شروط العتق، وقال في باب العتق ص ٣٧٥ س ١١ ويكون متقرباً بذلك إليه تعالى.

(٣) الإيضاح: كتاب العتق، الفصل الثاني في المباشر ص ٥٤٥ س ١٤ قال: وقد قال كثير من الأصحاب: أنه وصية.

ولنفوذ تصرفه، ولجواز وطئ المستولدة وحق العتق فيها أكد لتحريم بيعها بالإجماع، وإلزام السيد أرش جنايتها على مذهب بعض، وعدم ثبوت ذلك في حق المدبرة، وليس كذلك المكاتبه والفرق بينهما من وجوه:

(أ) انقطاع تصرف المولى عنها، فصارت أحق بنفسها.

(ب) إن المكاتبه عقد معاوضة، ولهذا اشترط فيها القبول والعوض، وليس شرطاً في التدبير.

(ج) إن المكاتبه لو وطئت بشبهة، أو جنى عليها لكان المهر والأرش لها، بخلاف المدبرة والمستولدة.

إذا عرفت هذا فنقول:

لو حملت بعد التدبير، فإن كان من مولاها لم يبطل تدبيرها، لعدم منافاته التدبير، بل أكد عتقها، فيتم لها من نصيب ولدها بعد عجز الثلث عن قيمتها، وإن حملت من غيره بمملوك، إما من عبد بعقد أو شبهة، أو من حر بزنا، فإن الولد يكون مدبراً كهيئتها، لأنه يتبع أشرف الطرفين، وللسيد الرجوع في تدبيرها قطعاً، وهل له الرجوع في تدبير الولد بعد الرجوع في تدبير الأم، أو منفرداً عنها؟ فيه قولان: أحدهما، لا قاله الشيخ في النهاية (١) والخلاف (٢) وتبعه القاضي (٣) وابن حمزة (٤)

(١) النهاية: باب التدبير ص ٥٥٣ س ٢ قال: وليس للمولى أن ينقض تدبير الأولاد، وإنما له نقض تدبير الأم فحسب.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب المدبر، مسألة ١٤ قال: إذا دبر أمته ثم حملت إلى قوله: وليس له نقض تدبيرهم وإنما له نقض تدبير الأم إلى قوله: دليلنا إجماع الفرقة الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، باب التدبير ص ٣٦٧ س ٢ قال: ولا يجوز له نقض تدبير الأولاد وإنما له نقض تدبير الأم.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦ س ٩ قال: وإذا ابتاع المدبر جارية إلى قوله: ورجع في التدبير صح في المدبر دون ولده.

ولو أولد المدبر من مملوكه كان ولده مدبرا.
ولو مات الأب قبل المولى لم يبطل تدبير الأولاد وعتقوا بعد موت
المولى من ثلثه، ولو قصر سعوا فيما بقي منهم.
ولو دبر الحبلى لم يسر إلى ولدها، وفي رواية: إن علم بحبلها فما في
بطنها بمنزلتها.

واختاره المصنف (١).

ولعل وجهه: أنه إنما يرجع فيما دبره، وتدييره الأولاد حصل بالسراية لا
باختياره، فلا يملك الرجوع.

احتج في الخلاف بإجماع الفرقة.

والآخر الجواز: قاله ابن دريس (٢) واختاره العلامة (٣) وفخر المحققين (٤) لأن
التدبير وصية، وكل وصية يصح الرجوع فيها، أو لأن الولد مدبر، وكل مدبر يصح
الرجوع فيه.

قال طاب ثراه: ولو دبر الحبلى لم يسر إلى ولدها، وفي رواية إن علم بحبلها فما في
بطنها بمنزلتها.

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال.

(الأول) عدم سريان التدبير إلى الحمل مطلقا، أي سواء علم به أم لا وهو قول

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) السرائر: باب التدبير، ص ٣٥١ س ٦ قال: وقد روي أنه ليس للمولى أن ينقض تدبير الأولاد
إلى قوله: والذي يقتضيه مذهبنا خلاف ذلك.

(٣) القواعد: ج ٢ في التدبير، الفصل الثالث في المحل ص ١١٠ س ٢٢ قال: فإن رجع المولى في تدبير
الأم، قيل: لم يكن له الرجوع في تدبير الولد، وليس بمعتمد.

(٤) الإيضاح: ج ٣ في التدبير ص ٥٤٨ س ١٨ فإنه بعد نقل الأقوال قال: والأقوى عندي اختيار
المصنف.

الشيخ في الكتابين (١) (٢) واختاره ابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥).
(الثاني) السريان مطلقا وهو قول القاضي (٦).
(الثالث) السريان مع العلم به وعدمه مع الجهل وهو قول الشيخ في النهاية (٧)
وابن حمزة (٨) وظاهر أبي علي (٩) واحد قولي القاضي (١٠).
احتج الأولون: بموثقة عثمان بن عيسى الكلابي عن الكاظم عليه السلام قال:

- (١) المبسوط: ج ٦ فصل في تدبير الحمل ص ١٧٨ س ٥ قال: وقد بينا أن عندنا في الطرفين على حد واحد لا تبعتها ولا تبعه.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب المدبر مسألة ١٥ قال: إذا دبرها وهي حامل بمملوك لم يدخل الولد في التدبير.
(٣) السرائر: باب التدبير، ص ٣٥١ س ٣ قال: والذي يقتضيه مذهبنا أن ما في بطنها لا يكون مدبرا مثلها الخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) القواعد: ج ٢، الفصل الثالث في المحل ص ١١٠ س ٢٥ قال: ولو دبر الحامل لم يكن تدبيرا للحمل علم به على رأي.
(٦) المختلف: في أحكام التدبير، ص ٨٤ س ٢٧ قال: فإن حملت بعد التدبير وولدت أولادا كان أولادها بمنزلتها مدبرا إلى قوله: وتبعه ابن البراج.
(٧) النهاية: باب التدبير ص ٥٥٢ س ١٥ قال: وإذا دبر الرجل جارية وهي حبلى فإن علم بذلك كان ما في بطنها مدبرا الخ.
(٨) الوسيلة: فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦ س ١٤ قال: وإن دبر أمة حاملا وعرف ذلك، كان الولد مدبرا، وإن لم يعرف لم يكن.
(٩) المختلف: في أحكام التدبير ص ٨٤ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيد: لو دبرها وهو لا يعلم أنها حامل ولم يذكر تدبير ما في بطنها لم يتعدها التدبير.
(١٠) المهذب: ج ٢ باب التدبير ص ٣٦٧ س ١٣ قال: وإذا دبر أمته وهو لا يعلم أنها حامل إلى قوله: كان التدبير لهما الخ.

ويعتبر في المدبر جواز التصرف والاختيار والقصد.
وفي صحته من الكافر تردد، أشبهه الجواز.

إن كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم يذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه (١).
احتج القاضي: بأنه كالجاء، منها، فيتبعها في التدبير كما في العتق والبيع، والأصل ممنوع.

احتج الشيخ برواية الحسن بن علي الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل دبر جاريته وهي حبلى، فقال: إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، وإن كان لا يعلم فما في بطنها رق (٢) وحملها العلامة على تدبير مع الأم (٣).
قال طاب ثراه: وفي صحته من الكافر تردد أشبهه الجواز.
أقول: هنا ثلاثة مذاهب.

(أ) الصحة مطلقا، وهو مذهب الشيخ (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة في المختلف (٦).
(ب) البطلان مطلقا مذهب ابن إدريس (٧).

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٠ قطعة من حديث ١٠.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٠ الحديث ٩.
(٣) المختلف: الفصل الثالث في التدبير، ص ٨٥ س ٥ فإنه بعد نقل الحديث قال: والجواب الحمل على ما إذا دبر الحمل مع الأم.
(٤) المبسوط: ج ٦ فصل في تدبير المشركين غير المرتدين ص ١٨٢ س ١٣ قال: تدبير الكفار جائز ذميا كان السيد أو حريبا الخ.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: الفصل الثالث في التدبير ص ٨٧ س ١ فإنه بعد نقل قول الشيخ قال: والمعتمد ما قاله الشيخ.
(٧) السرائر: باب التدبير ص ٣٥٠ س ٢٤ فإنه بعد اشتراط القرابة في التدبير قال: فعلى هذا تدبير الكافر غير جائز.

والتدبير وصية يرجع فيه المولى متى شاء، فلو رجع قولاً صح قطعاً، أو ما لو باعه أو وهبه فقولان: أحدهما: يبطل به التدبير وهو الأشبه، والآخر: لا يبطل ويمضي البيع في خدمته، وكذا الهبة.

(ج) صحة تدبير الذمي دون الحربي مذهب بعض الأصحاب (١).
قال طاب ثراه: والتدبير وصية يرجع فيه المولى متى شاء، ولو رجع قولاً صح قطعاً، أما لو باعه لو وهبه فقولان: أحدهما يبطل به التدبير، وهو الأشبه، والآخر لا يبطل ويمضي البيع في خدمته، وكذا الهبة.
أقول: التدبير يقبل الدفع إجماعاً، ولما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر، فاحتاج فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من يشتريه مني، فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة دراهم، فدفعها إليه، وقال عليه السلام: أنت أحوج منه (٢) وعجز الكلام يدل على أنه يبطل، وإلا لما كان يحتاج إلى بيان وجه الترجيح لأنه لا يقع التدبير في حياة المولى، وإن لم يبعه.
وينحصر رافعه في أمرين القول والفعل.
أما الأول: فكقوله: رجعت من التدبير، أو أبطلته، أو رفعته، أو فسخته، أو نقضته، أو أزلته وهو إجماعي.
وأما الفعل فأمر
(الأول) الهبة، فإذا وهبه بطل وإن لم يقبض المتهم، لأن اللفظ الدال عليها

(١) الإيضاح: ج ٣ في التدبير ص ٥٤٥ س ٢١ قال: وثالثها يصح تدبير الذمي دون الحربي.
(٢) صحيح مسلم: ج ٣ كتاب الأيمان ص ١٢٨٩ (١٣) باب جواز بيع المدبر الحديث ٥٨ و ٥٩ وفي سنن أبي داود ج ٤ كتاب العتق (باب في بيع المدبر) ص ٢٧ الحديث ٣٩٥٥ و ٣٩٥٦ و ٣٩٥٧ وفي آخره (ثم قال: إن كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كان فيها فضل فعلى عياله، فإن كان فيها فضل فعلى ذي قرابته، أو قال: على ذي رحمه، فإن كان فضلاً فهاهنا وهاهنا).

دال على الرجوع، وإرادة الشيء يستلزم كراهة ضده، وسبب وجود الضد سبب بطلان الضد الآخر وإلا لزم اجتماع الضدين وهو اختيار الشيخ في الكتابين (١) (٢) وصرح ابن حمزة ببطلان الهبة ما لم يتقدم الرجوع في التدبير لفظاً (٣).
(الثاني) العتق فيصح ويكون رجوعاً، لأنه إما وصية بالعتق، أو تعليق له، وكل وصية بالعتق وتعليق له يبطل بتنجزه.
(الثالث) الوقف يبطل تدبيره وإن لم ينقضه لفظاً، وهو قول الشيخ في الكتابين (٤) (٥) وأبطل ابن حمزة الوقف قبل الرجوع باللفظ (٦).
(الرابع) الوصية به فتصح ويبطل التدبير، والخلاف فيه مع ابن حمزة ومن قال بمقالته (٧).
(الخامس) البيع فيصح في الرقبة ويبطل التدبير عند الشيخ في الكتابين (٨) (٩)

- (١) المبسوط: ج ٦ فصل في الرجوع في التدبير ص ١٧١ س ١٥ قال: فإن دبره ثم وهبه وأقبضه كان رجوعاً، وإن لم يقبضه قال قوم إلى قوله: والأول أقوى عندنا.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب المدبر مسألة ٦ قال: إذا دبره ثم وهبه كان رجوعاً في التدبير سواء أقبضه أو لم يقبضه.
(٣) الوسيلة: فصل في بيان التدبير ص ٣٤٦ س ٤ قال: وليس التصرف فيه بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك رجوعاً، فإذا أراد ذلك رجع ثم باع، أو فعل ما شاء.
(٤) المبسوط: ج ٦ فصل في الرجوع في التدبير ص ١٧١ س ٣ قال: إذا دبر عبده كان له الرجوع ببيع أو هبة أو إقباض أو وقف.
(٥) كتاب الخلاف: كتاب المدبر مسألة ٤ قال: دليلنا إلى قوله: فأما بيعه وهبته ووقفه فلا خلاف في ذلك أنه ينتقض التدبير.
(٦) تقدم مختاره آنفاً.
(٧) تقدم مختاره آنفاً.
(٨) تقدم آنفاً من المبسوط في قوله: (بيعه).
(٩) تقدم آنفاً من كتاب الخلاف في قوله: (فأما بيعه).

واختاره ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣).
والخلاف هنا في مقامين.

(أ) هل يصح بيعه أم لا؟ قيل: لا إلا بعد رجوعه، قال الحسن والصدوق: ليس له بيعه إلا أن يشترط على المشتري عتقه عند موته، فإذا أعتقه فالولاء لمن أعتق (٤) (٥) وقال في النهاية: ومتى أراد المدبر بيعه من غير أن ينقض تديره لم يجز له ذلك إلا أن يعلم المبتاع أنه يبعه خدمته، وأنه متى مات هو، كان حراً لا سبيل له عليه (٦).

(ب) على القول بالصحة، هل يرفع التدير؟ قال المفيد: لا، بل متى مات البائع صار حراً لا سبيل عليه (٧).
وبه قال الشيخ في النهاية (٨) وقال ابن إدريس: يرفع التدير (٩) واختاره

-
- (١) السرائر: باب التدير ص ٣٥٠ س ٢٥ قال: يجوز الرجوع فيه إلى قوله: يجوز بيعه في دين وغير دين الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: في التدير ص ٨٣ س ٦ قال: والمعتمد جواز بيعه ومع البيع يبطل التدير
(٤) المختلف: في التدير ص ٨٣ س ٢٢ قال: وقال ابن أبي عقيل: وليس للمدبر أن يبيع إلا أن يشترط على المشتري الخ.
(٥) المقنع: باب العتق والتدير والمكاتبة ص ١٥٧ س ١٣ قال: وإذا أعتق الرجل غلامه أو جاريته عن دبر منه إلى قوله: فليس له أن يبيعه إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته.
(٦) النهاية: باب التدير ص ٥٥٢ س ١٢ قال: ومتى أراد المدبر إلى آخر ما في المتن.
(٧) المقنعة: باب العتق والتدير والمكاتبة ص ٨٥ س ٢٩ قال: التدير إلى قوله: ولمالك العبد أن يبيعه بعد التدير له غير أنه متى مات البائع الخ.
(٨) تقدم نقل كلامه في المتن.
(٩) السرائر: باب التدير ص ٣٥٠ س ٣٦ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية والخلاف قال: بل شروعه في بيعه يقتضي الرجوع عن التدير الخ.

المصنف (١) والعلامة (٢) وفخر المحققين (٣).
احتجوا بأن التدبير وصية، وكل وصية يبطل بإخراج الموصى به عن ملك الموصي في حياته وكل بيع مخرج للملك تلك ثلاث مقدمات، والأوليتان إجماعيتان، والثالثة ظاهرة من مفهوم البيع وحده، إذ هو انتقال عين من شخص إلى غيره. ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سئل عن رجل دبر مملوكا ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أمسكه حتى يموت، وإذا مات السيد فهو حر من ثلثه (٤).
وجه الاستدلال بهذا الخبر من ثلاثة أوجه:
(أ) إنه شرط التدبير بإمساكه حتى يموت وبموته يتحرر، لأنه أتى بلفظ (إن) في قوله (إن شاء) وهي حرف شرط.
(ب) إنه أتى بلفظ (إذا مات) وهي أيضا شرطية.
(ج) قوله: (فهو حر من ثلثه) يدل على أنه على تقدير عدم البيع (٥)، لأنه على زعم الشيخ إذا أخذ الثمن لم يعتبر قيمة المدبر من الثلث، لأنه أخذ عوضه، ولا تفويت فيه على الورثة.
احتج الشيخ بصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق غلامه أو جاريتته عن دبر منه، ثم يحتاج إلى ثمنه أبيعه؟ قال: لا، إلا أن يشترط على

-
- (١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) القواعد: ج ٢ في أحكام التدبير ص ١١١ س ٨ قال: ويجوز الرجوع في التدبير قولاً وفعلاً، فلو وهب قوله: بطل التدبير.
(٣) الاحتجاج من الفخر، لاحظ الإيضاح: ج ٣ في أحكام التدبير ص ٥٥١ س ١ قال: التدبير وصية الخ.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٥٩ الحديث ٦.
(٥) في (كل): يدل على عدم العتق على تقدير البيع.

الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته (١).
ومثلها صحيحة الحلبي (٢) وروايتي أبي بصير (٣) والقاسم بن محمد عن الصادق عليه السلام (٤) ورواية السكوني أيضا (٥).
قال في التهذيب: يحمل الأخبار الدالة على جواز بيعه، وأنه بمنزلة الوصية على تقدير نقض التدبير، كما له أن ينقض الوصية، فيعود المدبر إلى محض الرق، والأخبار الدالة على المنع من بيعه، على سبب رقبته، بل يبيع خدمته إذا لم يرجع (٦).
قال العلامة: وهذا ليس بجيد، لأن التدبير وصية، وهي يبطل بالخروج عن ملكه، وبيع المنافع لا يصح لعدم كونها أعيانا وعدم العلم بها وبمقدارها، بل الوجه في الجمع: أن يحمل المنع من بيع المدبر على ما إذا كان التدبير واجبا فهذا لا يجوز بيعه، لما فيه من مخالفة النذر، ويحمل بيع الخدمة على الإجارة، فإنها في الحقيقة بيع المنافع مدة معينة، ويريد بيع الخدمة مدة حياته: أن له أن يوجره مدة معينة، فإذا انقضت المدة جاز أن يوجره أخرى هكذا، أي مدة حياته (٧).
تفريع
قد ظهر مما تلونا من الأقوال عدم بطلان التدبير عند الشيخ بالخروج عن الملك ما لم يتقدم الرجوع باللفظ، فيتفرع على ذلك فروع.

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ الحديث ٢٢.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ الحديث ٢٣.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ الحديث ٢٥.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٤ الحديث ٢٦.
(٥) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٠ الحديث ٨.
(٦) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٣ س ٣ قاله بعد نقل حديث ٢١.
(٧) المختلف: ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٤ س ٢٢ فإنه بعد نقل قول الشيخ، قال: وهذا الذي ذكره الشيخ ليس بجيد لما بيناه من أن التدبير وصية الخ.

والمدبر رق ويتحرر بموت المولى من ثلثه.
والدين مقدم على التدبير، سواء كان سابقا على التدبير، أو متأخرا،
وفيه رواية بالتفصيل متروكة ويبطل بإباق المدبر، ولو أولد له في حال
إباقه كان أولاده رقا.

(أ) حكم الصلح حكم البيع.

(ب) حكم الرهن كذلك، أي يكون الرهن منصرفا إلى الخدمة، فإن باعه في
دينه باع الخدمة خاصة.

(ج) لو ارتد المولى، فإن كان عن غير فطرة لم يبطل قطعا لبقاء الملك، وإن كان
عن فطرة، فعلى قول الشيخ يكون التدبير باقيا، فإن مات المدبر أو قتل انعتق المدبر،
ويكون المنتقل إلى الوارث بنفس الارتداد إنما هو الخدمة لا غير، كما لو باعه، وعلى
القول المختار يبطل التدبير، لخروج الملك عنه بالارتداد وانتقال تركته إلى الوارث،
فهو كالبيع في اقتضائه البطلان لنقل الملك، ويحتمل عتقه بمجرد الارتداد لأن الردة
بمنزلة الموت، ولهذا يملك الوارث التركة فينعتق بها.

قال طاب ثراه: والدين مقدم على التدبير سواء كان سابقا على التدبير أو
متأخرا، وفيه رواية بالتفصيل متروكة.

أقول: الأصل أن التدبير بمنزلة الوصية، فلا يزاحم الديون، بل تقدم الديون
عليه، ولا فرق بين أن يكون التدبير سابقا على تعلق الدين بالذمة، أو متأخرا، وهو
اختيار ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣).

(١) السرائر: باب التدبير ص ٣٥١ س ١٠ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: لا خلاف بيننا أن
التدبير بمنزلة الوصية يخرج من الثلث ولا يصح إلا بعد قضاء الديون.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ١٣ قال: والمعتمد أن التدبير إن كان واجبا بنذر
وشبهه إلى قوله: وإن كان تبرعا بطل الخ.

ولو جعل خدمة عبده لغيره، ثم قال: هو حر بعد وفاة المخدوم صح
على الرواية.
ولو أبق لم يبطل تدييره، فصار حرا بالوفاة ولا سبيل عليه.

فقال الشيخ في النهاية: إذا دبر عبده وعليه دين فرارا به من الدين ثم مات كان
التدبير باطلا، وبيع العبد في الدين، وإن دبر العبد في حال السلامة ثم حصل عليه
دين ومات لم يكن للديان عليه سبيل (١) وتبعه القاضي (٢) مصيرا إلى صحيحة أبي
بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل دبر غلامه وعليه دين فرارا من
الدين قال: لا تدبير له، وإن كان دبره في صحة منه وسلامة فلا سبيل للديان
عليه (٣).

ومثلها صحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام (٤).
وحملها العلامة على كون التدبير واجبا بنذر وشبهه، فإذا كان في سلامة من
الدين لم يكن للديان عليه سبيل، وإن لم يكن في سلامة ونذر أن يدبر فرارا من الديان
لم ينعقد نذره، لأنه لم يقصد به الطاعة (٥).
قال طاب ثراه: ولو جعل خدمة عبده لغيره، ثم قال هو حر بعد وفات المخدوم
صح على الرواية.

- (١) النهاية: باب التدبير ص ٥٥٣ س ١٠ قال: وإذا دبر الإنسان عبده وعليه دين فرارا به من الدين
ثم مات كان التدبير باطلا الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ باب التدبير ص ٣٦٨ س ١٨ قال: وإذا كان على سيد المدبر دين يحيط بجميع ماله
جاز بيع المدبر في ذلك الخ.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ٢١.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٣.
(٥) المختلف: ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ١٨ قال: والجواب الحمل على ما قلناه من أنه واجب
بنذر وشبهه الخ.

أقول: المشهور بين علمائنا صحة التدبير معلقا بوفات غير السيد إذا جعلت خدمة العبد له في حال حياته، ثم هو حر بعد وفاته، قال الشيخ في النهاية: إذا جعل الإنسان خدمة عبده لغيره وقال متى مات من جعل له تلك الخدمة يكون حرا، كان ذلك صحيحا، فمتى مات المجعول له صار ذلك حرا، فإن أبق العبد ولم يرجع إلا بعد موت من جعل له خدمته لم يكن لأحد عليه سبيل (١) وتبعه القاضي (٢) وهو ظاهر أبي علي (٣) وصرح به ابن حمزة (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).

(أ) جواز التدبير معلقا بحياة غير المالك.
(ب) إن الإباق لا يبطل التدبير في هذه الصورة.
(ج) إنه ليس للورثة عليه سبيل وإن استحق مورثهم عليه الخدمة حال حياته، فليس لهم استخدامه ولا إلزامه بعوض الخدمة.
والمصير في ذلك إلى صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم، فقال: هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرة، فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين، ثم

-
- (١) النهاية: باب التدبير ص ٥٥٣ س ١٩ قال: وإذا جعل الإنسان خدمة عبده لغيره الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ باب التدبير ص ٣٧٣ س ١٦ قال: وإذا جعل السيد خدمة عبده لغيره الخ.
(٣) المختلف: ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ٢١ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: وهو ظاهر أبي علي.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان التدبير ص ٣٤٥ س ١٩ قال: التدبير عتق معلق إلى قوله: أو بموت من جعل السيد خدمته له مدة حياته ثم قال: وإن دبره وجعل خدمته مدة حياة نفسه لغيره وأبق المدبر ولم يرجع إلا بعد وفاة سيده لم يكن عليه سبيل لأحد.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: ج ٢ في أحكام التدبير ص ٨٥ س ٣٠ قال: والحق ما اختاره الشيخ.

يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بقدر ما أبقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد عتقت (١).

وقال ابن إدريس: لا دليل على صحة هذه الرواية، وردها من ثلاثة أوجه.
(أ) إن التدبير في عرف الشريعة عتق العبد بعد موت مولاه، والمجعول هنا غير مولاه.
(ب) لو كان التدبير صحيحا لكان إذا أبق بطل التدبير للإجماع على بطلان التدبير بالإباق.

(ج) إن التدبير حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، ولا دليل إلا هذه الرواية الشاذة (٢).

احتج العلامة: بأن العتق قابل للتأخير كما هو قابل للتنجيز، ومعلوم أن لا تفاوت بين الأشخاص في ذلك، فإن العتق إذا قبل التعليق بحياة المعتق الصادر عنه العتق، كان قابلا للتعليق بغيره، وعدم التفاوت في ذلك معلوم. وأجاب عما تعلق به ابن إدريس، قوله: (التدبير في عرف الشرع عتق العبد بعد موت مولاه) ممنوع، بل هو العتق المؤخر، وهو شامل للصورتين، واستدلالة بالملازمة بين صحته وبطلانه على تقدير الإباق، ممنوع، والقياس على جعل الخدمة للمدبر باطل، لأننا لا نقول بالقياس، ولا يجوز التمسك به، سلمنا لكن الفارق موجود، فإن الخدمة إذا جعلت للمدبر ثم أبق فقد قابل النعمة بالكفر والإباق، فقبول بنقيض ذلك، كالقاتل في العمد في منع الإرث بخلاف ما إذا جعلت الخدمة للغير. وهذه الرواية دليل شرعي، مع أنها صحيحة متلقاة بالقبول عمل بها أكثر الأصحاب ولم ير لها مخالف سواه، واعتزادها بالحكمة المناط بها الأحكام الشرعية، فلا وجه له لردها،

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٤ الحديث ٢٨.

(٢) السرائر: باب التدبير ص ٣٥١ س ١٥ فإنه بعد نقل مضمون الرواية بقوله: وقد روي قال: ولا دليل على هذه الرواية وصحتها الخ.

هذا آخر كلامه (١).

فرع

لو مات المجمعول له الخدمة في حياة المالك كان التدبير ماضيا من الأصل. ولو مات المالك أولا خرج من الثلث، فإن قصر عنه بقي بعضه مدبرا يتحرر بموت المجمعول ويسعى في باقيه.

ذكر الكتابة

الكتابة مشتقة من الكتب، وهو الضم والجمع، تقول: كتب البغلة، إذا ضمنت بين شفرها (٢) بحلقة أو سير (٣)، كتبت القرية إذا ضمنت فها بعضه إلى بعض لتوكى عليه، ومنه قيل للجيش والناس المجتمعين كتيبة لاجتماعهم من مواضع متفرقة وانضمام بعضهم إلى بعض (٤).
وسمي هذا العقد كتابة، لأنه ضم أجل إلى أجل.

(١) المختلف: ج ٢ ص ٨٥ س ٣٠ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس واختياره ما اختاره الشيخ قال: لنا أن العتق قابل للتأخير وبعد الاستدلال على صحة ما اختاره تعرض لكلام ابن إدريس والجواب عنه إلى قوله: فلا وجه لردها.

(٢) الكتب الجمع، تقول منه: كتبت البغلة إذا جمعت بين شفرها بحلقة أو سير، والكتبة: ما شد به حياء البغلة أو الناقة، لئلا ينزى عليها. وكتب الداية والبغلة والناقة، حزم حياؤها بحلقة حديد، أو صفر تضم شفري حياؤها، لئلا ينزى عليها. وكتب السقاء والمزادة والقرية، هو أن يشد فمه حتى لا يقطر منه شئ (لسان العرب ج ١ ص ٧٠١) في لغة كتب).

(٣) السير الذي يقدر من الجلد والجمع سيور، ومنه الحديث: كانوا يتهادون السيور من المدينة إلى مكة (مجمع البحرين لغة سير).

(٤) من قوله: (الكتابة) إلى هنا مقتبس من المبسوط، لاحظ ج ٦ ص ٧٢.

والأصل فيه: الكتاب، والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقولته تعالى: والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا (١) فأمر بالكتابة.

وأما السنة فكثير: مثل ما روى سهل بن حبيب أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من أعان غارما أو غازيا أو مكاتبا في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله (٢).

وروت أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا كان لإحداكن مكاتبا وكان عنده ما يؤدي فليحتجب عنه (٣). وأما الإجماع: فلا خلاف بين الأمة في جوازها.

تذنيبات

(الأول) الكتابة معاملة مستقلة بنفسها، وليست بيع للعبد من نفسه، ولا اعتقا بصفة، لرجحان التأسيس على التأكيد، وقال التقي: هي بيع العبد من نفسه (٤) وتبعه ابن إدريس في ذلك (٥).

(١) سورة النور / ٣٣.

(٢) رواه البيهقي في سننه ج ١٠ باب فضل من أعان مكاتبا في رقبته ص ٣٢٠ بأدنى تفاوت، وفيه (عن عبد الله بن سهل بن حنيف) ونقله في المبسوط، ج ٦ ص ٧٢ كتاب المكاتب كما في المتن، وفيه (روى سهل بن حنيف عن النبي صلى الله عليه وآله من أعان عاتقا الخ).

(٣) رواه البيهقي في سننه ج ١٠ باب الحديث الذي روي في الاحتجاب عن المكاتب، ص ٣٢٧ س ٣ ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ٧٢ كتاب المكاتب س ١١.

(٤) الكافي: فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٨ س ١٤ قال: وأما المكاتبه فهي بيع المرفوق منه.

(٥) السرائر: باب المكاتبه ص ٣٤٩ س ٢٠ قال: وهي بيع العبد من نفسه.

والأول هو اختيار الشيخ (١) واختاره العلامة (٢) وفخر المحققين (٣).

والفرق بينها وبين البيع من وجوه.

(أ) افتقارها إلى الأجل والبيع لا يفتقر إليه.

(ب) عدم ثبوت خيار المجلس فيها وثبوته في البيع.

(ج) عدم قبولها لخيار الشرط وقبول البيع له.

ويتفقان في شيئين.

(أ) ضبط الأجل فيهما.

(ب) ضبط العوض. وأجازها ابن إدريس حالة، لأصالة الجواز (٤) واشترط

الشيخ الأجل (٥) وتبعه ابن حمزة (٦) والمصنف (٧) لأن ما في يد العبد لمولاه فلا يصح

المعاملة عليه، وما ليس في يده يتوقع حصوله بالتكسب فلا بد من ضرب الأجل

تحفظاً من تطرق الجهالة.

(١) المبسوط: ج ٦ كتاب المكاتب ص ٧٣ س ١٩ قال: ويفارق البيع من وجوه الخ.

(٢) المختلف: ج ٢ في أحكام المكاتب ص ٨٩ س ١٤ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس قال: وليس بمعتمد لبعدها عن شبه البيع.

(٣) الإيضاح: ج ٣ في الكتابة ص ٥٧٤ س ٦ قال الكتابة ليست عتقا بعوض ولا يباع للعبد من

نفسه، فبعد نقل الخلاف قال: والأول اختيار الشيخ وهو الأقوى.

(٤) السرائر: باب المكاتب ص ٣٥٠ س ١٨ قال: الكتابة تصح حالة ومؤجلة، وليس الأجل شرطاً في صحتها.

(٥) النهاية: كتاب المكاتب ص ٧٣ س ١٩ قال: إن الكتابة لا بد فيها من أجل الخ.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان الكتابة ص ٣٤٤ س ١٥ قال: وتصح بأربعة شروط: بالنية، وتعين

الأجل الخ.

(٧) لاحظ عبارة النافع. وفي السرائر: كتاب المكاتب (الصيغة) قال: ولا يصح من دون ذكر الأجل الخ.

فرع

لو أطلق العقد كان باطلا عند الشيخ في المبسوط (١) لفوات الشرط، وصحيحا عند ابن إدريس والشيخ في الخلاف (٢) ومن الجائز حصول مال للعبد في الحال إما من الزكاة، أو بالهبة، أو بالميراث، أو الوقف وما أشبه ذلك. ومع عدم ذلك إن صبر السيد عليه منتظرا يساره فلا كلام، وإلا كان له الفسخ، وهو قوي، لكنه لم ينقل من عصر الرسول صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا تجردها عن الأجل، فكان عمل الصحابة على ذلك، والتزامهم به إجماع منهم.

(الثاني) الكتابة تشارك العتق بعوض وبيع العبد من نفسه من وجه، وهو كون كل واحد منهما قد تضمن العتق بعوض وبفارقهما في الشروط والأحكام والتوابع.

(الثالث) لو باع السيد عبده من نفسه بثمن مؤجل، قال الشيخ في المبسوط: صح وانعتق العبد وكان الولاء للإمام (٣) واستشكله العلامة في التحرير: من حيث النظر إلى أصالة الجواز، ومن عدم تحقق مفهوم البيع، إذ هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى آخر، فلا بد من تحقق إضافة الملك بين المشتري والمبيع، لتوقف الإضافة على تغاير المضافين، وليس هنا كذلك. وأيضا فإن تملك العبد يتوقف على حرية، وحرية موقوفة على تملكه فيدور (٤).

-
- (١) المبسوط: ج ٦ كتاب المكاتب ص ٧٣ س ٢٣ قال: ومتى كانت بغير أجل كانت باطلة.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب المكاتب مسألة ٥ قال: تصح الكتابة حالة ومؤجلة، وليس الأجل شرطا في صحتها.
(٣) المبسوط: ج ٦ كتاب المكاتب ص ١٢٠ س ١١ قال: فأما إن باع السيد عبده من نفسه بألف فقال: قبلت صح كالكتابة، إلى قوله: فإذا وجد طالبه به، ويليق بمذهبنا أن يكون ولاءه للإمام.
(٤) لم أعر عليه بهذا التفصيل، وفي المختلف: في أحكام المكاتبه ص ٩١ س ٣٦ قال: احتج المانعون بأن البيع يستدعي انتقال الملك الخ.

وأما المكاتب: فتستدعي بيان أركانها وأحكامها.
والأركان أربعة: العقد، والملك، والمكاتب، وال عوض.
والكتابة مستحبة مع الديانة وإمكان الاكتساب. وتتأكد بسؤال
المملوك، وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزا.
وهي قسمان: فإن اقتصر على العقد فهي مطلقة، وإن اشترط عوده
رقا مع العجز فهي مشروطة، وفي الإطلاق يتحرر منه بقدر ما أدى، وفي
المشروط يرد رقا مع العجز.
وحده أن يؤخر النجم من محله، وفي رواية أن يؤخر نجما إلى نجم.
وكذا لو علم منه العجز.
ويستحب للمولى الصبر لو عجز.

فرع

قال الشيخ: لو لم يوجد (١) الثمن بطل ويعتق العبد (٢).
وفيه نظر: لأن بطلان الثمن يستلزم بطلان البيع، فلا يخرج عن الملك، ويحتمل
تفريعا على الجواز، الصحة، فإن تيسر للعبد قضاءه من زكاة، أو هبة، أو غير ذلك،
وإلا تخير السيد بين الصبر والفسخ.
قال طاب ثراه: وحده (أي حد العجز) أن يؤخر النجم عن محله، وفي رواية أن
يؤخر نجما إلى نجم. وكذا لو علم من حاله العجز.

(١) في (كل): يؤجل.

(٢) المبسوط: ج ٦ كتاب المكاتب ص ١٢٠ س ٢١ فإنه في دعوى السيد مع العبد قال: فإذا حلف
سقط دعوى السيد والعبد حر الخ.

أقول: اختلف الأصحاب في حد التأخير المسمى بالعجز المبيح للفسخ على أقوال:

- (أ) حده تأخير النجم عن محله قاله المفيد (١) وابن إدريس (٢) والشيخ في الإستبصار (٣) وظاهر أبي علي (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
(ب) حده تأخير نجم إلى نجم قاله الشيخ في النهاية (٧) وتبعه القاضي (٨).
(ج) حده التأخير إلى ثلاثة أنجم قاله الصدوق (٩).
احتج الأولون بصحيفة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مكاتبة أدت ثلثي مكاتبتها، وقد شرط عليها إن عجزت فهي رد في الرق، ونحن في حل مما أخذنا منها، وقد اجتمع عليها نجمان قال: ترد ويطيب لهم ما أخذوا، وليس

- (١) المقنعة: ص ٨٥ س ٣١ قال: وأما المكاتبة إلى قوله: أنك إذا عجزت عن الأداء، أو لططت به وقد حل الأجل كان عبداً، وقال في المختلف بعد نقل قول المفيد: وهذا يقتضي أن يكون العجز تأخيراً لنجم عن وقته.
(٢) السرائر: باب المكاتبة ص ٣٤٩ س ٢٦ قال: والأولى أن نقول: أن يؤخر النجم بعد محله.
(٣) الإستبصار: ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو رد في الرق وما حد العجز عن ذلك الحديث ١ عن معاوية بن وهب وفيه: ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله الخ وقال في ص ٣٥ في مقام الجمع بين الروايات ما لفظه: (وقد بين ابنه عليه السلام في رواية معاوية بن وهب التي قدمناها في أول الباب).
(٤) المختلف: في أحكام المكاتبة، ص ٨٨ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيد: فهو رق رجع رقاً متى عجز عن أداء نجم في وقته، إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ في الإستبصار: وهو المعتمد.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: في أحكام المكاتبة، ص ٨٨ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيد: فهو رق رجع رقاً متى عجز عن أداء نجم في وقته، إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ في الإستبصار: وهو المعتمد.
(٧) النهاية: باب المكاتبة ص ٥٤٩ س ١٥ قال: وحد العجز هو أن يؤخر نجماً إلى نجم الخ.
(٨) المهذب: ج ٢ باب المكاتبة ص ٣٧٦ س ٦ قال: وحد عجزه أن يؤخر نجماً إلى نجم الخ.
(٩) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ١٥٨ س ١٥ قال: ينتظر بالمكاتب ثلاثة أنجم.

لها أن تؤخر النجم بعد حله شهرا واحدا إلا بإذنتهم (١).
وفي الصحيح عن معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام إلى أن قال:
فقلت: ما حد العجز؟ فقال: إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم
إلى نجم آخر حتى يحول عليه الحول، قلت: فما تقول أنت؟ قال: لا ولا كرامة، ليس
له أن يؤخر نجما عن أجله إذا كان ذلك في شرطه (٢).
احتج الشيخ بما رواه إسحاق بن عمار عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام
أن عليا عليه السلام كان يقول: إذا عجز المكاتب لم يرد مكاتبة في الرق، ولكن
ينظر عاما أو عامين، فإن قام بمكاتبته، وإلا رد مملوكا (٣).
احتج الصدوق بما رواه جابر عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن المكاتب
إن عجز فهو رد في الرق فعجز قبل أن يؤدي شيئا، فقال أبو جعفر عليه السلام:
لا ترده في الرق حتى يمضي له ثلاث سنين، ويعتق منه بقدر ما أدى، فأما إذا
صبروا فليس لهم أن يردوه في الرق (٤).
وأجيب بضعف السند والحمل على الاستحباب (٥).
وفصل أبو علي فقال: إن شرط رقه إن عجز عن شيء من المال استرق متى عجز

-
- (١) الإستبصار: ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو رد في الرق وما حد العجز في ذلك ص ٣٤ الحديث ٢.
(٢) الإستبصار: ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو رد في الرق وما حد العجز في ذلك ص ٣٣ الحديث ١.
(٣) الإستبصار: ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو رد في الرق وما حد العجز في ذلك ص ٣٤ الحديث ٣.
(٤) الإستبصار: ج ٤ (١٨) باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو رد في الرق وما حد العجز في ذلك، ص ٣٤ الحديث ٤.
(٥) المختلف: في أحكام المكاتب ص ٨٨ س ٣٦ قال: والجواب الحمل الاستحباب وضعف السند.

وكل ما يشترطه المولى على المكاتب لازم ما لم يخالف المشروع.
ويعتبر في المالك جواز التصرف، والاختيار، والقصد، وفي اعتبار
الإسلام تردد أشبهه: أنه لا يعتبر.

عن أداء نجم أو بعضه في وقته، وإن قال: إن عجزت عن نجم لم يتحقق العجز عن
بعضه (١) واستحسنه الشهيد طاب ثراه (٢).

قوله: (وكذا لو علم من حاله العجز) هذا تمام قوله المحكى: (وقيل أن يؤخر
نجما إلى نجم وكذا لو علم من حاله العجز) معناه: أن حد العجز أن يؤخر نجما إلى
نجم، أو يعلم من حاله بعد حلول النجم الأول، فلا يجب الصبر إلى حلول النجم
الآخر، بل إذا حل نجم وعجز عنه، فإن رجي له الوفاء إلى النجم الآخر صبر عليه
حتى يحل عليه النجم الآخر، وإن علم من حاله العجز جاز الفسخ بعد حلول النجم
الأول ولا يجب الصبر حتى يحل النجم الآخر.

قال طاب ثراه: ويعتبر في المالك جواز التصرف والاختيار والقصد، وفي اعتبار
الإسلام تردد، أشبهه أنه لا يعتبر.

أقول: هل يعتبر في السيد الإسلام، أو لا يشترط، فيجوز أن يكتب الذمي عبده
الذمي؟ فيه خلاف مبني على عتق الكافر، فمن أجازته أجاز الكتابة، بل هي أولى،
ومن منع عتقه اختلف هنا، فبعضهم أبطلها لأنها عتق بعوض، والأكثر على
الصحة وهو اختيار المصنف (٣) والعلامة (٤) لأنها معاملة بين السيد وعبده على

(١) المختلف: في أحكام المكاتبه ص ٨٧ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيد: لو قال: وعلى أنه إن عجز
بشيء من مال كتابته ونجومه فهو رق إلى أن قال فإن قال فإن عجز عن نجم من نجومه فبقي عليه بعض
نجم الأخير لم يرجع رقا الخ.

(٢) المسالك: ج ٢ في الكتابة ص ١٤٥ س ٣٨ قال: إذا عجز المكاتب عن مال الكتابة أو بعضه جاز
للمولى الفسخ في الجملة الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في أحكام المكاتبه ص ٨٧ س ٣٩ فإنه بعد ما نقل عن السيد عدم الجواز واستدل به
من عدم جواز عتق الكافر قال: والوجه للجواز.

ويعتبر في المملوك التكليف،
وفي كتابة الكافر تردد أظهره المنع.

عوض معلوم، فهي نوع معاوضة، فيصح من الكافر.
ويتفرع على ذلك ما لو كان العبد مسلماً هل يصح كتابته، أو يجبر على بيعه،
بالثاني قال أبو علي (١) واختاره العلامة (٢) لوجوب إخراج المسلم عن ملك الكافر
على الفور والكتابة لا يحصل منها الإخراج على الفور، ولحصول السبيل بالتسلط
بالاستيفاء، وهو منفي بالآية (٣) ولعموم النص بوجوب البيع (٤) وليست الكتابة
بيعا، وأجازها بعضهم لقطع السلطنة، فيزول المحذور، ولأصالة الجواز.
قال طاب ثراه: ويعتبر في المملوك التكليف، وفي كتابة الكافر تردد أظهره
المنع.

أقول: اعتبار الإسلام وعدمه في العبد مبني على أن الخبر المذكور في قوله تعالى
(فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) (٥) هل المراد به الديانة خاصة كما ذهب إليه
السيد (٦) أو المال خاصة كما ذهب إليه المصنف (٧) والعلامة (٨) أو هما معا كما

-
- (١) الإيضاح: ج ٣ ص ٥٨٩ س ٥ قال: هل يصح منه (أي من الذمي) كتابة عبده المسلم إلى قوله:
قال المصنف الأقرب المنع وهو اختيار ابن الجنيد الخ.
(٢) التحرير في الكتابة ص ٨٤ س ٣ قال: (و) لو أسلم العبد خاصة بيع على مولاه، وليس للمولى
كتابته، وفي القواعد ص ١١٨ س ١٣ قال: بل يقهر على بيعه من مسلم.
(٣) سورة النساء / ١٤١ قال تعالى: لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً.
(٤) الكافي: ج ٧ النوادر من كتاب القضاء، ص ٤٣٢ ح ١٩.
(٥) سورة النور / ٣٣.
(٦) الإنتصار: في شرائط المكاتبه ص ١٧٤ س ٣ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية إلى قوله:
ويسمى ذو الإيمان والدين خيراً.
(٧) الشرائع: كتاب المكاتبه (الصيغة) قال: الكتابة مستحبة ابتداء مع الأمانة والاكتساب.
(٨) قال في المختلف: ص ٨٩ س ١٠: والمعتمد أن نقول: إن الخير في القرآن قد ورد بمعنى العمل
الصالح وبمعنى المال وبمعنى الثواب إلى قوله: وليس في القرآن العزيز ما يدل على أحد الثلاثة، وقال في
التحرير ج ٢ ص ٨٣ س ٢١: مع أمانة العبد وقدرته على التكسب.

ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلاً، معلوم القدر والوصف مما يصح تملكه للمولى، ولا حد لأكثره، لكن يكره أن يتجاوز قيمته، ولو دفع ما عليه قبل الأجل، فالولي في قبضه بالخيار. ولو عجز المطلق عن الأداء فكه الإمام من سهم الرقاب وجوبا.

ذهب إليه أبو علي (١) والشيخ في الكتابين (٢) (٣) فعلى الأول والثالث لا يصح كتابة الكافر، ويصح على الثاني.

احتج السيد، بأن في تحرير الكافر تسلطا على مكاره أهل الدين والإيمان. وبأنه مادة ومادة الكافر حرام للآية (٤) وبأنه لا يسمى الكافر والمرتد إذا كانا موسرين بأن فيهما خيرا، ويسمى ذو الإيمان خيرا وإن لم يكن موسرا. والأقوى الجواز لأنها نوع معاملة، ولأن الخير لو حمل على الدين لم يكن منافيا للجواز، لأن الأمر بالكتابة مع الصلاح والائتاء من مال الله لا يمنع من كتابة الكافر، لأن الكتابة مع الصلاح مستحبة، والائتاء مع الحاجة واجب وهما لا يرفعان الجواز.

احتج الشيخ بما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا) قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله، ويكون بيده ما يكتسب به، أو يكون له حرفه (٥).

(١) المختلف: ص ٨٩ س ١٠ فبعد النقل عن الشيخ بأن المراد بالخير الكسب والأمانة قال: وبه قال ابن الجنيد.

(٢) المبسوط: ج ٦ كتاب المكاتب ص ٧٣ س ١٣ قال: واختلف في الخير المراد بالآية إلى قوله: وقال آخرون هو الأمانة والاكتساب وهو مذهبنا.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب المكاتب (مسألة ٣) قال: فالخير المراد به الأمانة والاكتساب.

(٤) سورة المجادلة / ٢٢ قال تعالى: لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٥٠) باب المكاتبه ص ٧٨ الحديث ٢٣.

وأما الأحكام فمسائل.
الأولى، إذا مات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله وأولاده لمولاه.
وإن مات المطلق وقد أدى شيئاً تحرر منه بقدره، وكان للمولى من
تركته بنسبة ما بقي من رقبته، ولورثته بنسبة الحرية إن كانوا أحراراً في
الأصل، وإلا تحرر منهم بقدر ما تحرر منه وألزموا بما بقي من مال الكتابة،
فإذا أدوه تحرروا، ولو لم يكن لهم مال سعوا فيما بقي منهم. وفي رواية
يؤدون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم.

قال طالب ثراه: وفي رواية يؤدون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم.
أقول: إذا مات المكاتب المشروط بطلت الكتابة لقوله عليه السلام: المشروط
رق ما بقي عليه درهم (١) وحكم بكونه مات رقا، فمؤنته على سيده وله ماله
وأولاده.

أما المطلق: فإن مات قبل أداء شيء من مال الكتابة فكذلك سواء ترك مالا
أو لا. ويحتمل مع التركة إخراج مال الكتابة لأنه كالدين وما فضل للوارث.
وإن كان بعد أن أدى شيئاً تحرر منه بقدر ما أدى، وما بقي منه بطلت الكتابة
فيه لتحقق عجزه عن أداء ما يخص ذلك القدر، لخروجه عن أهلية الملك بالموت،
وحيث تكون مؤنة تجهيزه بالنسبة كما لو كان حياً، فعلى السيد من المؤنة بمقدار
ما أدى، وعلى التركة بمقدار ما عتق، وكان ماله وأولاده على النسبة فما يخص نصيب
الرقية للسيد، وما يقابل نصيب الحرية للورثة، فإن كانوا أحراراً فلا كلام، وإن
كانوا أرقاقاً ولدوا بعد المكاتبه كان ما يقابل نصيب الرقية منهم مكاتباً وعليهم أن
يؤدوا ما بقي على أيهم من مال الكتابة لا ما يساوي قيمتهم، فإن كان من نصيبهم من

(١) عوالي اللثالي: ج ٣ باب التدبير والمكاتبه... ص ٤٣٧ الحديث ١٨.

والمطلق إذا وصى أو أوصى له صح نصيب الحرية وبطل في الزائد، وكذا لو وجب عليه حد أقيم عليه من حد الأحرار بنسبة ما فيه من الحرية، ومن حد العبد بنسبة ما فيه من الرقية. ولو زنى المولى بمكاتبته المطلقة سقط عنه من الحد بقدر نصيبه منها وحد بما تحرر. (الثانية) ليس للمكاتب التصرف في ماله بهبة، ولا عتق ولا إقراض إلا بإذن المولى، وليس للمولى التصرف في ماله بغير الاستيفاء، ولا يحل له وطئ المكاتبه بالملك ولا بالعقد، ولو وطئها مكرها لزمه مهرها، ولا تتزوج إلا بإذنه، ولو حملت بعد الكتابة كان حكم ولدها حكمها إذا لم يكونوا أحرارا. (الثالثة) يجب على المولى إعانته من الزكاة، ولو لم يكن استحب تبرعا.

التركة بقدره دفعوه إلى السيد وانعتقوا، ولو أرادوا إمساكه ودفعه نجوما كما كان على أبيهم منعوا منه، لحللول الدين بالموت، وإن كان قاصرا سعوا في الباقي فإذا أدوه تحرروا. هذا هو المشهور عند علمائنا. قاله الشيخ في الإستبصار (١) وهو ظاهر النهاية (٢) والمبسوط (٣).

-
- (١) الإستبصار: ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٨ فإنه بعد نقل الأخبار الآتية وما يشعر منها التنافي قال: فلا تنافي بين هذه الأخبار والأخبار الأولية الخ.
(٢) النهاية: باب المكاتبه ص ٥٥٠ س ١١ قال: فإن مات المكاتب وترك مالا وترك أولادا ورثه مولاه بقدر ما بقي له من العبودية الخ.
(٣) المبسوط: ج ٦ كتاب المكاتب ص ٩١ س ١٥ قال: وعندنا إن كان مشروطا انفسخت المكاتبه وإن كانت مطلقة وقد أدى بعضه الخ.

وعليه دلت صحيحتا بريد العجلي (١) ومحمد بن قيس (٢) وأطلق الصدوق هذا الحكم ولم يفصل إلى المشروط والمطلق (٣) وقال أبو علي: لو مات المكاتب لم يكن للسيد إلا بقية مكاتبته وكان الباقي في ديونه ووصاياه ولورثته ولم يفصل أيضا (٤) وقال في الخلاف: إذا مات المكاتب المشروط عليه وخلف تركة فإن كان فيها وفاء لما عليه وفي منها ما عليه وكان الباقي لورثته، وإن لم يكن فيها وفاء كان ما خلفه لمولاه، لأن ذلك عجز عن الأداء، وإن كان له أولاد من مملوكة له كان حكمهم حكمه، فإن وفوا ما عليه انعتقوا، وإن عجزوا عن ذلك كانوا مماليك لسيد أبيهم، وإن كانت مطلقة ورث بحساب ما أدى منه ورثته، وبحساب ما بقي للسيد (٥).

فالحاصل: أن في المسألة أربعة أقوال.
(الأول) البطلان في المشروط، والقسمة على النسبة في المطلقة، وهو المشهور.
(الثاني) التوزيع في المطلقة والبطلان في المشروط مع عدم وفاء التركة، وعدم البطلان فيها مع الوفاء، فيرث الفاضل من مال الكتابة ورثته وهو قول الشيخ في الخلاف.

(الثالث) قسمة ما ترك على النسبة بين السيد والأولاد من غير تفصيل بين المطلقة والمشروطة وهو قول الصدوق.

(١) سيأتي عن قريب.

(٢) سيأتي عن قريب.

(٣) المقنع: باب العتق والتدبير والمكاتبه ص ١٥٩ س ٧ قال: وإن مات مكاتب وقد أدى بعض مكاتبته (ولم يفصل بين المشروط المطلق).

(٤) المختلف: في أحكام المكاتبه ص ٨٨ س ١٣ قال: وقال ابن الجنيد: ولو مات هذا المكاتب إلى قوله: ولم يفصل.

(٥) كتاب الخلاف: كتاب المكاتب (مسألة ١٨) قال: إذا مات المكاتب المشروط عليه إلى آخر ما في المتن.

(الرابع) وجوب قضاء ما بقي من مال الكتابة من أصل التركة كالدين والفاضل للورثة من غير تفصيل أيضا، وهو قول أبي علي.
احتج الأولون بصحيفة بريد بن معاوية العجلي قال: سألته عن رجل كاتب عبدا له علي ألف درهم ولم يشترط عليه حين كتابته إن هو عجز عن مكاتبته فهو رد في الرق، وأن المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثم مات المكاتب وترك مالا وترك ابنا له مدركا، قال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب، لأن المكاتب مات ونصفه حر ونصفه عبد للذي كاتبه، فابن المكاتب كهيئة أبيه نصفه حر ونصفه عبد للذي كاتب أباه، فإن أدى إلى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه فهو حر لا سبيل لأحد من الناس عليه (١) هذا سند ما ذكرناه في المطلق.

وأما المشروط: فصحيفة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتب يؤدي بعض مكاتبته ثم يموت ويترك ابنا له من جارية له، فقال إن كان اشترط عليه أنه إن عجز فهو رق يرجع ابنه مملوكا والجارية، وإن لم يشترط صار ابنه حرا ورد على المولى بقية المكاتبه وورث ابنه ما بقي (٢).

احتج أبو علي بهذه الرواية وبصحيفة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك يرجع ابنه مملوكا والجارية وإن لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقي من مكاتبته وورث ما بقي (٣).

-
- (١) الإستبصار: ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٧ الحديث ١.
(٢) الإستبصار: ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٨ الحديث ٤.
(٣) الإستبصار: ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٧ الحديث ٣.

احتج الصدوق بصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي وله مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، وما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه، وهو ماله (١).

ذكر الاستيلاء

مقدمات (الأولى) أجمعت الأمة على إباحة الوطئ بملك اليمين. والأصل فيه الكتاب والسنة قال الله جلّت عظمته (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية (٢). وفعله النبي صلى الله عليه وآله: فإن مارية القبطية كانت جارية له عليه السلام، وهي أم ولد له وهو إبراهيم (٣). وكان في الملل السالفة كملة إبراهيم عليه السلام: فإن هاجر أم إسماعيل كانت جارية سرية لإبراهيم عليه السلام (٤).

(١) الإستبصار: ج ٤ (٢١) باب ميراث المكاتب ص ٣٧ الحديث ٢.

(٢) سورة المؤمنون / ٥ - ٦.

(٣) الطبقات الكبرى لابن سعد: ج ١ ص ١٣٤ وفيه: (وأهدى - أي المقوقس صاحب الإسكندرية - إلى النبي صلى الله عليه وآله) وسلم مارية القبطية إلى قوله: فوطئ مارية بالملك.

(٤) الطبقات الكبرى لابن سعد: ج ١ ص ٤٨ وفيه: كانت هاجر من القبط إلى قوله: فوهبت سارة هاجر لإبراهيم (ع) فوطئها فولدت له إسماعيل.

-
- وكان لسليمان بن داود عليهما السلام سبعمئة سرية (١).
(الثانية) كل مملوكة علفت من سيدها حين ملكه بحر، يلحق به شرعا فهي أم ولد له حقيقة شرعية.
(الثالثة) للاستيلاء أحكام.
(أ) إبطال كل تصرف ناقل للملك عنه إلى غيره، غير مستلزم العتق بذاته، فيجوز بيعها إلى من ينعق عليه لا بشرط يتربق كبيعها على من شرط عتقها على الأقوى.
(ب) إبطال ما يستلزم النقل كالرهن.
(ج) العتق بثلاث شروط:
وفاة المولى.
وبقاء حياة ولدها.
وخلو ذمته عن ثمنها، أو وفاء التركة به. ولو وفيت التركة بالبعض قوم عليه الباقي على الأظهر.
(الرابعة) يظهر ثبوت الاستيلاء وأحكامه بالوطئ بوضعها علقه أو ما بعدها إجماعا، وفي النطفة قولان.
(الخامسة) يستمر حكم الاستيلاء ما دام الولد حيا، لا في حكم الميت قطعاً كارتداده عن فطرة، وموت الأب أو حكمه فينعق بالشرائط.
(السادسة) الاستيلاء ينزل منزلة الإتلاف، فاستيلاء المريض من الأصل كالصحيح فيقدم على الديون.

(١) الطبقات الكبرى لابن سعد: ج ٨ ص ٢٠٢ وفيه (قد كان لسليمان بن داود ألف امرأة سبعمئة مهيرة وثلاثمئة سرية).

وأما الاستيلاء: فهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه وهي مملوكة، لكن لا يجوز بيعها ما دام ولدها حيا إلا في ثمن رقبته إذا كان ديناً على مولاه ولا جهة لقضائها غيرها. ولو مات ولدها جاز بيعها، وتحرر بموت المولى من نصيب ولدها. ولو لم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت فيما بقي. وفي رواية تقوم على ولدها إن كان موسراً.

قال طاب ثراه: ولو لم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها، وسعت فيما بقي، وفي رواية تقوم على ولدها إن كان موسراً. أقول: الخلاف هنا مبني على أن من ملك بعض قريبه قهراً، هل يعتق عليه أم لا، والأقوى عدم التقويم، فلا يقوم هنا على ولدها لأن تملكه لها بغير اختياره، فيسعى للورثة في باقي قيمتها، ولا يقوم عليه وإن كان موسراً، وهو اختيار الشيخين (١) (٢) وابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥) وقال الشيخ في المبسوط: يلزم ولدها أن يؤدي بقية ثمنها (٦) وهو قول أبي علي (٧) لقول النبي صلى

-
- (١) النهاية: باب أمهات الأولاد ص ٥٤٧ س ٢ قال: وإذا مات مولاهما إلى قوله: كان نصيب ولدها منها حراً واستسعت في الباقي الخ.
 - (٢) المقنعة: باب ابتياع الحيوان وأحكامه ص ٩٣ س ١٤ قال: وإذا مات السيد وخلف أم ولد وولدها إلى قوله: كان نصيب ولدها منها حراً واستسعت في باقي حقوق الورثة.
 - (٣) السرائر: باب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ١٩ قال: فإن لم يكن هناك غيرها اعتقت من نصيب ولدها واستسعت في الباقي.
 - (٤) لاحظ عبارة النافع.
 - (٥) القواعد: ج ٢ في الاستيلاء، المطلب الثاني في الأحكام ص ١٢٨ س ١٣ قال: ولو لم يكن سواها عتقت من نصيب ولدها وسعت في الباقي.
 - (٦) المبسوط: ج ٦ كتاب أمهات الأولاد ص ١٨٥ س ١١ قال: وإن كان لولدها مال أدى بقية ثمنها منه.
 - (٧) المختلف: في الاستيلاء ص ٩٥ س ٣٨ قال: وقال ابن الجنيدي: وإنما تعتق عندنا إلى قوله: وقد خلف ما يستحقه ولدها بنصيبه من ميراث والده.

وفي رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت وولدت من مولاهما غلاما ومات فأعتقت وتزوجت نصرانيا وتنصرت، فقال: ولدها لابنها من سيدها، وتحبس حتى تضع وتقتل، وفي (النهاية) يفعل بها ما يفعل بالمرتدة. والرواية شاذة.

الله عليه وآله: من ملك ذا رحم فهو حر (١).
قال طاب ثراه: وروى محمد بن قيس الخ.
أقول: هذه الرواية مخالفة للأصول في شيئين.
(الأول) اشتمالها على استرقاق الحر، لأن ولدها حر، لتولده عن نصراني محترم لا يجوز استرقاقه، إذ التقدير ذلك.
(الثاني) تحتم القتل على المرأة، وهي لا تقتل بالارتداد، وإن كانت عن فطرة، فكيف هذه وهي عن ملة، بل تحبس دائما وتضرب أوقات الصلاة حتى تتوب.
ومحمد بن قيس مجهول العين لأنه مشترك بين جماعة منهم أبو أحمد وهو ضعيف روى عن أبي جعفر عليه السلام.
خاتمة

أجمعت الأمة على تحريم بيع أم الولد في غير ثمنها مع حياة ولدها، ويجوز التصرف فيها بغير البيع من الوطء، والاستخدام، والإجارة، والتزويج، ويصح تديرها، وفي كتابتها قولان: أقواهما المنع.
وعلى القول بالصحة: لو مات السيد قبل الأداء تعجل عتقها من نصيب ولدها.

(١) سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب العتق (٥) باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر الحديث ٢٥٢٤.

ويجوز بيعها عندنا في مواضع.

(الأول) إذا مات ولدها عادت إلى محض الرق عندنا، وعند المخالف حكم الاستيلاء باق وتنعتق بموت سيدها، ويجوز التصرف فيها عندهم بغير البيع كالاستخدام والتزويج.

(الثاني) إذا أفلس بثمنها وليس له وفاء إلا منها بيعت في الدين، وهو المشهور عند علمائنا صرح به القاضي (١) وابن حمزة (٢) وأبو علي (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) ونقل ابن إدريس عن السيد: أنه لا يجوز بيعها ما دام الولد حيا (٦) والروايات بالأول (٧) ولا فرق بين حياة السيد وموته، وفي النهاية: إذا لم يخلف غيرها وكان ثمنها دينا على مولاهما قومت على ولدها ويترك إلى أن يبلغ، فإذا بلغ أجبر على ثمنها، فإن مات قبل البلوغ بيعت في ثمنها وقضى منه الدين (٨) وبالغ ابن

(١) لم أظفر به في كتاب المهذب الذي بأيدينا ولعله أورده في كتاب الدين، وليس هو في المطبوع، ولكن قال في الإيضاح: ج ٣ ص ٦٣٦ س ١٢ والشيخان وابن البراج أطلقوا القول بجواز بيعها في ثمن رقبتها مع إعسار المولى الخ.

(٢) الوسيلة: في بيان بيع الحيوان ص ٢٤٨ س ١ قال: وأم الولد (أي يجوز بيعها) إذا مات ولدها، أو في ثمن رقبتها مع بقاء الولد.

(٣) الإيضاح: ج ٣ ص ٦٣٦ س ١١ قال: نص ابن الجنيد وابن إدريس على عدم اشتراط موت المولى في جواز بيعها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاهما سواها.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في الاستيلاء ص ٩٦ س ١٦ قال: مسألة المشهور أنه لا يجوز بيع أم الولد إلى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين، ولكن في الإيضاح: نقلا عن القواعد ص ٦٣٦ س ٣ ما لفظه: وكذا يجوز بيعها مع وجود ولدها الخ ولا يخفى أن هذه الجملة في القواعد المطبوعة مسطور عليها.

(٦) السرائر: باب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ١٧ قال: وقال السيد المرتضى: لا يجوز بيعها ما دام الولد باقيا الخ.

(٧) الوسائل: الباب ٢ من أبواب الاستيلاء الحديث ١.

(٨) النهاية: باب أمهات الأولاد ص ٥٦٧ س ٤ قال: فإن لم يخلف غيرها وكان ثمنها دينا على مولاهما قومت على ولدها الخ.

إدريس في منع هذا الحكم بمخالفته الأصل من وجهين (أ): إجبار الولد ولا وجه له، والأصل عدمه.

(ب) تأخير الدين وفيه إضرار بصاحبه، وهو منفي لقوله عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار (١). وصوبه العلامة (٢) لكن الشيخ رحمه الله عول في ذلك على موثقة وهب بن حفص عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام (٣).

(الثالث) إذا أسلمت تحت الذمي بيعت عليه عملا بالعموم الدال على بيع المسلم على الكافر (٤) واختاره الشيخ في المبسوط (٥) وابن إدريس (٦) وقال في الخلاف: تجعل عند امرأة مسلمة ويؤمر بالإنتفاق عليها حتى يسلم، أو يموت هو فينعتق ولدها فتباع (٧) وقال العلامة: ونعم ما قال: تستسعى في قيمتها فإذا أدت القيمة أعتقت (٨) لأن البيع مع وجود الولد منهي عنه، وكذا إبقائها في يد المولى لنص الآية (٩) وعتقها مجانا إضرار بالمولى، وكذا الحيلولة، فيتعين الاستسعاء.

- (١) السرائر: باب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ٢٨ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: وهذا الذي ذكره غير صحيح ولا واضح الخ ولا يخفى أنه أجاب عن النهاية به أجوبة ثلاثة نقضا وطرذا فلاحظ:
- (٢) المختلف: في الاستيلاء ص ٩٥ س ٢٢ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس قال: وقول ابن إدريس جيد.
- (٣) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦١ الحديث ١٢.
- (٤) الوسائل: ج ١٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ص ٢٨٢ الحديث ١ نقلا عن النهاية.
- (٥) المبسوط: ج ٦ كتاب أمهات الأولاد ص ١٨٨ س ٢١ قال: إذا كان لذمي أم ولد منه فأسلمت إلى قوله: وتباع عندنا.
- (٦) السرائر: كتاب أمهات الأولاد ص ٣٤٨ س ٢٤ قال: إذا كان لذمي أم ولد فأسلمت إلى قوله: فإنها تباع عليه.
- (٧) كتاب الخلاف: كتاب أمهات الأولاد، مسألة ٢ قال: وتكون عند امرأة مسلمة تتولى القيام بحالها الخ.
- (٨) تقدم أنفا.
- (٩) قال تعالى: (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) سورة النساء / ١٤٠.

(الرابع) إذا مات سيدها وعليه دين يحيط بالتركة قال ابن حمزة: قومت على ولدها فإذا بلغ أُلزم أداءه، وإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن مات قبل البلوغ بيعت في الدين (١) اعتماداً على رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام (٢)، وقيل: لا تباع لأن الاستيلاء إتلاف، ولرواية عمر بن يزيد عن الكاظم عليه السلام إلى أن قال: قلت: فيباع فيما سوى ذلك من دين قال: لا (٣)، واختار الشهيد بيعها لنصهم على عتقها من نصيب الولد، ولا إرث إلا بعد الدين (٤) وتوقف العلامة في المختلف (٥).
وفي هذه المسألة إذن (أربعة - خ) أقوال:
(الأول) بيعها وهو قول الشهيد.
(الثاني) عدمه مطلقاً قاله بعض الأصحاب.
(الثالث) بيعها مع تعذر استيفاء الدين من الولد ولو باستسعائه وهو قول ابن حمزة.
(الرابع) التوقف وهو قول العلامة.
(الخامس) إذا حملت بعد الارتهان لتعلق حق المرتهن بها سابقاً على حق الاستيلاء.

- (١) الوسيلة: فصل في بيان أحكام أمهات الأولاد ص ٣٤٣ س ١٣ قال: قومت على ولدها الخ.
(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٣٨ الحديث ٩٤.
(٣) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٣٨ قطعة من حديث ٩٥.
(٤) اللعة الدمشقية: الطبعة الحديثة ج ٣ ص ٢٥٧ س ٢ قال: أما مع حياته (أي حياة الولد) فلا يجوز بيعها إلا في ثمانية مواضع، أحدها في ثمن رقبتها مع إعسار مولاها الخ.
(٥) تقدم نقله عن المختلف: ص ٩٦ س ٢٣ فإنه بعد نقل قول المشهور وابن حمزة قال: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

كتاب الإقرار
والنظر في الأركان واللواحق.
والأركان أربعة.
(الأول) الإقرار: وهو إخبار الإنسان بحق لازم له، ولا يختص
لفظاً، وتقوم مقامه الإشارة.

مقدمة

الإقرار إخبار الإنسان عن حق لازم له، أي للمقر، وبالقييد الأخير ينفصل عن
الشهادة، لاشتراك الشهادة والإقرار في مطلق الإخبار، وانفصل الإقرار بكون
اللزوم للمخبر، والشهادة لغيره.
وحكمه ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع.
أما الكتاب: فقوله تعالى: (قال أقررتم... قالوا أقررنا قال فاشهدوا) (١)
وقال تعالى: (فليملل وليه بالعدل) (٢) أي فليقر وليه بالحق غير زائد ولا ناقص،

(١) سورة آل عمران / ٨١.

(٢) سورة البقرة / ٢٨٢.

لو قال: لي عليك كذا، فقال: نعم أو أجل فهو إقرار. وكذا لو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، ولو قال: نعم قال الشيخ: لا يكون إقراراً، وفيه تردد.

وقال تعالى: (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) (١) والشهادة على النفس هو الإقرار عليها.

وأما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من ييدي لنا صفحته نقم عليه حد الله (٢) وقوله عليه السلام: أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن أقرت فارجمها (٣) وقوله عليه السلام لماعز بن مالك: الآن أقرت أربعا (٤) وأيضا فإنه رجم العامدية والجهنية بإقرارهما كما رجم ما عزا بإقراره (٥).
وأما الإجماع: فلا خلاف بين الأمة في صحته ولزوم الحق به وإن اختلفوا في مسأله.

قال طاب ثراه: وكذا لو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، ولو قال: نعم قال الشيخ: لا يكون إقراراً وفيه تردد.

(١) سورة النساء / ١٣٥.

(٢) الموطأ: ج ٢ كتاب الحدود (٢) باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا، الحديث ١٢ ورواه الشيخ في المبسوط: ج ٣ كتاب الإقرار.

(٣) صحيح مسلم (٣) كتاب الحدود (٥) باب من اعترف على نفسه بالزنا قطعة من حديث ٢٥.

(٤) صحيح مسلم (٣) كتاب الحدود (٥) باب من اعترف على نفسه بالزنا الحديث ١٧ و ١٩ ورواه الشيخ في المبسوط: ج ٣ كتاب الإقرار.

(٥) صحيح مسلم (٣) كتاب الحدود (٥) باب من اعترف على نفسه بالزنا، الحديث ٢٣ و ٢٤

ورواه الشيخ في المبسوط: ج ٣ كتاب الإقرار وروي الأخبار المذكور في عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٤١ الأحاديث (١ - ٢ - ٣ - ٤).

أقول: منشأ التردد النظر إلى العرف، ووضع أهل اللغة. فإن العرف قيام كل واحدة من الصنفين مقام الأخرى. والإقرار إنما يحمل على مفهوم أهل العرف، لا على دقائق العربية، فيكون إقراراً.

ومن حيث أن (نعم) في جواب السؤال تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام، و (بلى) تكذيب له، لأن أصل بلى (بل) زيدت عليها الياء، وهي للرد والاستدراك، وإذا كان كذلك فقوله (بلى) رد لقوله (أليس لي عليك) لأنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام، ونفي له، ونفي النفي إثبات، وقوله (نعم) تصديق له فكأنه قال: ليس لك ألف.

هذا محصل ما قاله أهل اللغة (١).

وعلى وفاقه ورد القرآن. قال تعالى: (ألست بربكم قالوا بلى) (٢) ولو قالوا: (نعم) كفروا، وقال تعالى: (أم يحسبون أنا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى) (٣). (أيحسب الإنسان أن لن نجتمع عظامه بلى) (٤).

(١) ونعم ونعم كقولك بلى، إلا أن نعم في جواب الواجب، وهي موقوفة الآخر لأنها حرف جاء لمعنى، وفي التنزيل (هل وجدتم ما وعدكم ربكم حقاً قالوا نعم) قال الأزهري: إنما يجاب به الاستفهام الذي لا جحد فيه، قال: وقد يكون نعم تصديقاً ويكون عدة، وربما ناقض بلى إذا قال: ليس لك عندي وديعة، فتقول: نعم تصديق له وبلى تكذيب (لسان العرب ج ١٢ ص ٥٨٩ لغة نعم) وفيه أيضاً: و (بلى) جواب استفهام فيه حرف نفي كقولك: ألم تفعل كذا؟ فيقول: بلى، و (بلى) جواب استفهام معقود بالجحد، وقيل: يكون جواباً للكلام الذي فيه الجحد كقوله تعالى: (ألست بربكم قالوا بلى). التهذيب: وإنما صارت بلى تتصل بالجحد، لأنها رجوع عن الجحد إلى التحقيق، فهو بمنزلة (بل) وبل سيلها أن تأتي بعد الجحد، وإذا قال الرجل للرجل ألا تقوم؟ فقال له: بلى، أراد بل أقوم، فزادوا الألف على بل ليحسن السكوت عليها الخ (لسان العرب ج ١٤ ص ٨٨ لغة بلى).

(٢) سورة الأعراف / ١٥٢.

(٣) سورة الزخرف / ٨٠.

(٤) سورة القيامة / ٤.

ولو قال: أنا مقر لم يلزمه إلا أن يقول به. ولو قال: بعنيه، أو هبنيه فهو إقرار. ولو قال: لي عليك كذا، أترن أو انتقد؟ لم يكن شيئاً. وكذا لو قال: أترنها أو انتقدها. أما لو قال: أجلتني بها، أو قضيتكها فقد أقر، وانقلب المقر مدعياً.

(الثاني) المقر: ولا بد من كونه مكلفاً حراً مختاراً جائز التصرف. فلا يقبل إقرار الصغير، ولا المجنون، ولا العبد بماله، ولا حد ولا جناية ولو أوجبت قصاصاً.

(الثالث) في المقر له: ويشترط فيه أهلية التملك. ويقبل لو أقر للحمل تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد وكذا لو أقر لعبد ويكون للمولى. (الرابع) في المقر به. ولو قال: له علي مال قبل تفسيره بما يملك وإن قل. ولو قال: شيء فلا بد من تفسيره بما يثبت في الذمة. ولو قال: ألف ودرهم رجع في تفسير الألف إليه. ولو قال: مائة وعشرون درهماً، فالكل دراهم.

وقال في (نعم) (فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) (١) (إن لنا لأجراً إن كنا نحن الغالبين قال نعم) (٢). وعلى هذا أكثر الأصحاب، واختاره العلامة (٣) وفخر المحققين (٤) وتردد

-
- (١) سورة الأعراف / ٤٤.
(٢) سورة الشعراء / ٤١ و ٤٢.
(٣) التحرير: ج ٢ كتاب الإقرار، في الصيغة ص ١١٧ س ١٣ قال ولو قال: أليس عليك ألف لي، فقال: بلى لزمه، ولو قال: نعم قيل: لا يلزمه والوجه اللزوم.
(٤) الإيضاح: ج ٢ ص ٤٢٤ س ٦ فإنه بعد نقل عبارة القواعد قال: هذا قول الشيخ وأكثر الأصحاب، لأن نعم في جواب الاستفهام تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث أن أصل بلى بل زيدت عليها الياء وهي للرد والاستدراك الخ.

وكذا كنيته عن الشيء. ولو قال: كذا درهم، فالإقرار بدرهم. وقال الشيخ: لو قال: كذا كذا درهم، لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر. ولو قال: كذا وكذا لم يقبل أقل من أحد وعشرين، والأقرب الرجوع في تفسيره إلى المقر ولا يقبل أقل من درهم. ولو أقر بشيء مؤجلا فأنكر الغريم الأجل لزمه حالا، وعلى الغريم اليمين.

المصنف (١) وقال في الشرائع، وفيه تردد من حيث يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً (٢).

قال طاب ثراه: وكذا كنيته عن الشيء، فلو قال: كذا درهم فالإقرار بدرهم. وقال الشيخ: لو قال: كذا كذا درهم، لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر. ولو قال: كذا وكذا لم يقبل أقل من أحد وعشرين، والأقرب الرجوع في تفسيره إلى المقر. أقول: يريد أن كذا كناية عن الشيء، أي قول المقر له كذا بمنزلة قوله: له شيء، وكما يقبل تفسير الشيء بما يقع عليه التمول، كذا يقبل تفسير (كذا) بما يقع به التمول قل أو كثر وإن فسره بشيء مدرجا له مع الإقرار ألزم ذلك الشيء، ولو قال له: كذا كذا كان بمنزلة قوله: كذا، لأن الشيء يقع على القليل والكثير، فلا فائدة في تضعيفه، وتكراره تأكيد لا تجديد. ولو قال: كذا وكذا استدعى المغايرة، فلا بد من تفسيره، بشيئين مختلفين أو متفقين، يقبل كل واحد منهما في تفسير (كذا) لو لم يكن عطف، وكذا الحكم لو قال: شيء شيء أو شيء وشيء الحكم واحد.

(١) الشرائع: المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب قال: ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى كان إقراراً، ولو قال: نعم لم يكن إقراراً، وفيه تردد من حيث الخ.

إذا عرفت هذا فهنا مسائل.

(الأولى) إذا قال: علي كذا درهم، ووقف عليه ساكنا لزمه درهم بالإجماع، وإن حركه نصبا أو رفعا أو جرا فكذلك، فالرفع على البدل، والنصب على التمييز، والجر على الإضافة، وهو اختيار ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) وفخر المحققين (٤) والشهيد (٥) وقال الشيخ في الكتابين: يلزمه مع النصب عشرون لأن أقل عدد مفرد ينصب ما بعده على التمييز، عشرون. ومع الجر يلزمه مائة لأن أقل عدد يخفض ما بعده على التمييز ذلك نص عليه علماء العربية ولم يوجد في كلام العرب غير ذلك (٦) (٧) وهو بناء على أن كذا كناية عن العدد. وفيه نظر من وجوه (أ) لا نسلم جعلها كناية عن العدد، بل عن شيء، وهو أعم.

- (١) السرائر: باب الإقرار ص ٢٨١ س ٣٢ قال: وإن قال: كذا درهم بالخفض إلى أن قال: والأولى عندي في هذه المسائل أن يرجع في التفسير إلى المقرر... ولم يذكر هذه المسائل أحد من أصحابنا إلا شيخنا أبو جعفر في مبسوطه ومسائل خلافه الخ.
- (٢) لاحظ عبارة النافع.
- (٣) التحرير: ج ٢ كتاب الإقرار، الثالث في المقر به ص ١١٧ س ٣ قال: (يب) إذا قال: له علي كذا درهم بالرفع لزمه درهم، وبالجر يلزمه جزء درهم الخ.
- (٤) الإيضاح: ج ٢ كتاب الإقرار، في الأقارير المجهولة ص ٤٤٢ س ٢١ قال: وهو الأصح عندي، أي لو قال: درهما بالنصب، يلزمه درهم واحد الخ.
- (٥) اللعة الدمشقية: ج ٦ كتاب الإقرار ص ٣٩٣ س ٢ قال: ولو قال: له علي كذا درهم بالحركات الثلاث إلى قوله: فواحد.
- (٦) المبسوط: ج ٣ كتاب الإقرار ص ١٣ س ١٠ قال: ومن الناس من قال: إذا قال: له علي كذا درهما لزمه عشرون درهما إلى قوله: وهو الأصح عندي.
- (٧) كتاب الخلاف: كتاب الإقرار مسألة ٨ قال: إذا قال: لفلان عندي كذا درهما فإنه يكون إقرارا بعشرين درهما. وفي مسألة ١١ قال: إذا قال: له علي كذا درهم لزمه مائة درهم الخ.

واللواحق ثلاثة

(الأول) في الاستثناء، ومن شروطه الاتصال العادي، ولا يشترط الجنسي، ولا نقصان المستثنى عن المستثنى منه، فلو قال: له علي عشرة إلا ستة لزمه أربعة، ولو قال: ينتقص ستة لم يقبل منه. ولو قال: له عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة لزمه ثمانية. ولو قال: له عشرة إلا ثلاثة إلا

(ب) إن الإقرار لا يوازن المبهمات بالمعينات بواسطة الإعراب، لأن أصل البراءة أقوى في نظر الفقهاء من اصطلاح النحاة.

(ج) إن المخاطبات العامة بين أهل العرف العام لا يحمل على اصطلاحات أهل العرف الخاص.

(د) قال الشيخ رحمه الله: متى احتملت الصيغة غير الإقرار بالشئ، لا يكون إقراراً بذلك الشئ، وهنا الاحتمال محقق من احتمال إرادة بعض الدرهم، ومن حصول الخلاف بين الفقهاء في ذلك.

(هـ) أن دلالة الإعراب ظنية، ونقل الأموال مبني على الاحتياط فيناط بالتعيين.

(الثانية) لو قال: كذا كذا درهما نصبا قال الشيخ: يلزمه أحد عشر، لأن أقل عددين تركبا وانتصب ما بعدهما على التمييز أحد عشر. والجواب والبحث كما تقدم.

(الثالثة) لو قال: كذا وكذا نصيبا، قال الشيخ: يلزمه أحد وعشرون، لأن أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب ما بعدهما على التمييز أحد وعشرون. والبحث فيه كما مر.

قال طاب ثراه: ولو قال: له عشرة إلا ستة لزمه أربعة، ولو قال: بنقص ستة لم يقبل.

ثلاثة كان الإقرار بالأربعة. ولو قال: درهم ودرهم إلا درهمان لزمه درهمان. ولو قال: له عشرة إلا ثوبا سقط من العشرة قيمة الثوب، ويرجع إليه تفسير القيمة ما لم يستغرق العشرة.

(الثاني) في تعقيب الإقرار بما ينافيه. فلو قال: هذا لفلان، بل لفلان، فهو للأول ويغرم القيمة للثاني. ولو قال: له علي مال من ثمن خمر لزمه المال. ولو قال: ابتعت بخيار وأنكر البائع الخيار، قبل إقرار في البيع دون الخيار. وكذا لو قال: من ثمن مبيع لم أقبضه.

(الثالث) الإقرار بالنسب: ويشترط في الإقرار بالولد الصغير إمكان البتة، وجهالة نسب الصغير، وعدم المنازع، ولا يشترط التصديق لعدم الأهلية. ولو بلغ فأنكر لم يقبل، ولا بد في الكبير من التصديق، وكذا في غيره من الأنساب. وإذا تصادقا توارثا بينهما، ولا يتعدى المتصادقين، ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل إقراره بالنسب ولو تصادقا، فإذا أقر الوارث بآخر وكان أولى منه دفع إليه ما في يده، وإن كان مشاركا دفع إليه بنسبة نصيبه من الأصل. ولو أقر باثنين فتناكرا لم يلتفت إلى تناكرهما، ولو أقر بأولى منه ثم بمن هو أولى من المقر له، فإن صدقه الأول دفع إلى الثاني، وإن كذبه ضمن المقر ما كان نصيبه. ولو أقر بمساو له فشاركه ثم أقر بمن هو أولى منهما، فإن صدقه المساوي دفعا إليه ما معهما، وإن أنكر غرم للثاني ما كان في يده. ولو أقر للميتة بزواج دفع إليه مما في

أقول: الفرق بينهما: أنه في الصورة الأولى مستثنى، وفي الثانية مضرب، والاستثناء مقبول ومستعمل لغة وعرفا، فلزمه ما بقي بعد الاستثناء، سواء كان

يده بنسبة نصيبه، ولو أقر لآخر لم يقبل إلا أن يكذب نفسه، فيغرم له إن أنكر الأول. وكذا الحكم في الزوجات إذا أقر بخامسة. ولو أقر اثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث، ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ودفعوا إليه مما في أيديهما بنسبة نصيبه من التركة.

الباقي أقل من المنخرج أو أكثر، فلو قال: له مائة إلا تسعون لزمه عشرة، والإضراب غير مقبول لأنه إنكار بعد الإقرار، فلا يكون مسموعاً، فهذا فرق ما بين الصورتين.

كتاب الأيمان

(والنظر في أمور ثلاثة).

(الأول) ما به ينعقد. ولا ينعقد إلا بالله وبأسمائه الخاصة، وما ينصرف إطلاقه إليه كالخالق والبارئ، دون ما لا ينصرف إطلاقه إليه كالموجود. ولا ينعقد لو قال: أقسم أو أحلف حتى يقول بالله. ولو قال لعمر الله كان يمينا، ولا كذا لو قال: وحق الله. ولا ينعقد الحلف بالطلاق والعتاق والظهار، ولا بالحرم ولا بالكعبة، ولا بالمصحف.

مقدمة

اليمين لفظ يقتضي تحقيق ما يمكن فيه الخلاف بذكر اسم الله تعالى، أو صفاته المختصة به.

فالمراد بقولنا: (تحقيق) بالنسبة إلى داعي الحالف غالبا، فإنه لما تعلق الإثم والكفارة بالمخالفة حصل له داعي الإرادة إلى تحقيق الإتيان بمقتضى اليمين. والتحقيق أعم من أن يكون إثباتا أو نفيا، وقال الشهيد: هي الحلف بالله أو بأسمائه

(١٢١)

الخاصة (١) لتحقيق ما يحتمل المخالفة والموافقة في الاستقبال، والقيد الأخير مستدرک، لأن احتمال المخالفة تغني عنه لوجوب الماضي وخروجه عن حد الاحتمال. والأصل في اليمين الكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان) (٢) فأخبر أنه لا يؤاخذ بلغو اليمين، وهو أن يسبق لسانه بغير عقيدة قلبه، وأخبر أنه يؤاخذ بما عقده وحلف به معتقداً.

وقال تعالى: (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم) (٣).

وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا (٤) وفي بعضها ثم قال: إن شاء الله (٥). وروى أنه عليه السلام كان كثيراً ما يحلف بهذا اليمين (ومقلب القلوب) (٦). وروى أبو أمامة المازني - واسمه إياس بن ثعلبة - أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من اقتطع مال امرء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قيل: وإن كان شيئاً يسيراً؟! قال: وإن كان سواكاً (٧).

(١) اللعة الدمشقية: ج ٣ ص ٤٨ س ٧ قال: واليمين الحلف بالله إلى قوله: أو باسمه.

(٢) سورة المائدة / ٨٩.

(٣) سورة آل عمران / ٧٧.

(٤) لاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ١ وما علق عليه، ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ١٩١ س ١٠.

(٥) لاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ١ وما علق عليه، ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ١٩١ س ١٠.

(٦) لاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ٢ وما علق عليه. والظاهر أن كلمة (والأبصار) في عوالي اللثالي زائد من النسخ. ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ١٩١ س ١٢.

(٧) لاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٤٣ باب الأيمان الحديث ٣ وما علق عليه من جامع الأصول. ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ١٤.

وأجمعت الأمة على انعقاد الأيمان بشروطها.

تذنيب

يكره اليمين بغير الله من المخلوقات: كالنبي صلى الله عليه وآله والكعبة، والأبوين.

روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر (١).

وروى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: ليس لخلقه أن يقسموا إلا به (٢).

وقال صلى الله عليه وآله: لا تحلفوا بأبائكم ولا بالأنداد، ولا تحلفوا إلا بالله، ولا تحلفوا بالله إلا وأنتم صادقون (٣).

وروي أنه عليه السلام سمع عمر بن الخطاب يحلف بأبيه، فقال عليه السلام: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم (٤).

وعنه عليه السلام: من حلف بغير الله فقد أشرك، وفي بعضها فقد كفر بالله (٥). وقيل في تأويل الشرك وجهان:

(١) عوالي اللثالي: ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٤ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) الكافي: ج ٧ كتاب الأيمان والنذور والكفارات، باب أنه لا يجوز أن يحلف الإنسان إلا بالله عز وجل ص ٤٤٩ قطعة من حديث ١.

(٣) عوالي اللثالي: ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٦ و ٧ ولاحظ ما علق عليه. ورواهما في المبسوط: ج ٦ ص ١٩١ س ١٩ و ٢١.

(٤) عوالي اللثالي: ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٦ و ٧ ولاحظ ما علق عليه. ورواهما في المبسوط: ج ٦ ص ١٩١ س ١٩ و ٢١.

(٥) عوالي اللثالي: ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٤ الحديث ٨ و ٩ ولاحظ ما علق عليهما. ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ١٩٢ س ٣.

وينعقد لو قال: حلفت برب المصحف. ولو قال: هو يهودي أو نصراني، أو حلف بالبراءة من الله أو رسوله أو الأئمة لم يكن يمينا. والاستثناء بالمشيئة في اليمين يمنعها الانعقاد إذا اتصل بما جرت العادة، ولو تراخى عن ذلك عن غير عذر لزمتم اليمين.

أحدهما الشرك الحقيقي إذا اعتقد تعظيم ما يحلف به ويعتقد أنها كاليمين بالله سبحانه، ومن اعتقد هذا فقد كفر. والثاني معنى أشرك أي شارك في اليمين حيث حلف بغير الله كما يحلف بالله تعالى، وهذا لا يقتضي تكفيره. وأما قوله: (كفر) فلا تأويل له، ويحمل على المعنى الأول من التأويلين المذكورين، ولا تجب الكفارة بالحنث فيها لكن يآثم (١). وقال أبو علي: لا بأس بالحلف بما عظم الله قدره من الحقوق، كقوله: وحق رسول الله صلى الله عليه وآله وحق القرآن (٢) ويحرم بالبراءة من الله أو من رسوله، أو أحد من الأئمة عليهم السلام. وأوجب الشيخان الكفارة بالحنث (٣) (٤) والتقي بمجرد القول إذا لم يعلقه على شرط (٥) ونفاه ابن إدريس مطلقا (٦).

- (١) المبسوط: ج ٦ كتاب الأيمان ص ١٩٢ س ٥ ثم قال: فمتى خالف وحلف حنث بها فلا كفارة عليه بلا خلاف.
- (٢) المختلف: ج ٢ كتاب الأيمان وتوابعها ص ٧٩ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد إلى أن قال: ولا بأس أن يحلف الإنسان بما عظم الله الخ.
- (٣) المقنعة: باب الأيمان والأقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله: ومن حلف بشئ من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظهار.
- (٤) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة من الله إلى قوله: كان عليه كفارة ظهار الخ.
- (٥) الكافي: فصل في الأيمان ص ٢٢٩ س ١٢ قال: وقول القائل: هو برئ من الله إلى قوله: مطلقا مختارا إلى قوله: وكفارة ظهار.
- (٦) السرائر: كتاب الأيمان والندور والكفارات ص ٣٥٢ س ٢٣ قال: وتعليق الكفارة عليها يحتاج إلى دليل الخ.

وفيه رواية بجواز الاستثناء إلى أربعين وهي متروكة.

واختاره المصنف (١) والعلامة (٢).

قال طاب ثراه: وفيه رواية بجواز الاستثناء إلى أربعين يوماً، وهي متروكة أقول: هنا بحثان.

(الأول) جواز الاستثناء في اليمين بمشيئة الله تعالى، وهو إجماع، وقد استثنى رسول الله صلى الله عليه وآله في يمينه (والله لأغزون قريشا) (٣) وكذلك علي عليه السلام في صفيين (والله لنقتلنهم غدا إن شاء الله) (٤) لكن بشرط الاتصال العادي، فلو فصل بالتنفس والسعال وابتلاع اللقمة وقذف النخامة بحيث لا يخرج عن الاتصال، لم تضر، ولو تراخى لا كذلك حكم باليمين. وأما الاستثناء عملاً بعادة اللغة وأهل اللسان، فإنهم لا يلحقون الاستثناء المنفصل بالأول، بل يلغونه.

ولقوله عليه السلام: من حلف على شيء ورأي خيراً، فليكفر وليأت الذي هو خير (٥) رواه الجمهور وفيه بحث. ولو جاز الاستثناء المنفصل لأرشد إليه، وهو المشهور، قاله الشيخ وجماعة من الأصحاب (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة (٨).

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد: ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٣٠ س ٤ قال: أو بالبراءة من الله تعالى إلى قوله: لم تعتقد.

(٣) سنن أبي داود: ج ٣، كتاب الأيمان والندور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت ص ٢٣١ الحديث ٣٢٨٥ و ٣٢٨٦ ولاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٢ الحديث ١ وما علق عليه. ورواه في المبسوط: ج ٦ كتاب الأيمان ص ١٩١ س ٩.

(٤) الكافي: ج ٧ باب النوادر ص ٤٦٠ قطعة من حديث ١ وفيه (والله لأقتلن معاوية).

(٥) لاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ باب الأيمان ص ٤٤٥ الحديث ١٠ وما علق عليه.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب الأيمان، مسألة ٢٨ قال: لا حكم للاستثناء إلا إذا كان متصلاً بالكلام إلى قوله: وبه قال جميع الفقهاء.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) المختلف: ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٠٣ س ٢٢ قال: (مسألة) شرط الاستثناء الاتصال إلى قوله: ولو مكث ساعة ثم استثنى لم يقبل.

وروى الصدوق (في الصحيح) عن عبد الله بن ميمون عن الصادق عليه السلام قال: للبعد أن يستثنى ما بينه وبين أربعين يوماً إذا نسي: إن رسول الله صلى الله عليه وآله أتاه ناس من اليهود فسألوه عن أشياء فقال: تعالوا غدا أحدثكم ولم يستثن فاحتبس جبرئيل عليه السلام عنه أربعين يوماً، ثم أتاه فقال: (ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله واذكر ربك إذا نسيت) (١) (٢).

وأجاب العلامة: بحملها على ما إذا حلف وفي ضميره الاستثناء ونسيه لفظاً، فجاز له استدراكه، ولا حد له حينئذ، والتقيد في الحديث بالأربعين للمبالغة (٣). (الثاني) هل يشترط التلفظ بالاستثناء، أو يكفي الاعتقاد والنية؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال.

(أ) عدم الاكتفاء بالنية وإن اقترنت باليمين، بل لا بد من التلفظ قاله الشيخ في المبسوط (٤) واختاره ابن إدريس (٥) وهو اختيار العلامة في القواعد (٦) والإرشاد (٧).

(١) سورة الكهف / ٢٣.

(٢) الفقيه: ج ٣ (٩٨) باب الأيمان والندور والكفارات ص ٢٢٩ الحديث ١٢.

(٣) المختلف: ج ٢ في أحكام اليمين ص ١٠٣ س ٢٨ قال: والجواب إلى قوله: فالحالف إذا حلف على شيء وفي ضميره الاستثناء لم يقصد العموم في يمينه الخ.

(٤) المبسوط: ج ٦، كتاب الأيمان ص ٢٠٠ س ١٤ قال: وإنما يصح قولاً ونطقاً، ولا تصح اعتقاداً ونية.

(٥) السرائر: كتاب الأيمان ص ٣٥٢ س ٣٧ قال: فإذا أثبت أنه لا يصح إلا موصولاً، وإنما يصح قولاً ونطقاً ولا يصح اعتقاداً ونية.

(٦) القواعد: ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٣٠ س ٨ قال: والاستثناء بمشية الله إلى قوله: وكذا يقع لاغياً لو نواه من غير نطق به.

(٧) الإرشاد: ج ٢ (الأول في نفس اليمين) ص ٨٤ س ١٤ قال: وكذا (أي لم ينعقد) لو استثنى بالنية دون اللفظ.

(الثاني) الحالف: ويعتبر فيه البلوغ، والتكليف، والاختيار، والقصد. فلو حلف من غير نية كانت لغوا، ولو كان اللفظ صريحا. ولا يمين للسكران، ولا المكره، ولا الغضبان إلا أن يكون لأحدهم قصد إلى اليمين.

وتصح اليمين من الكافر، وفي الخلاف لا يصح. ولا ينعقد يمين

(ب) الاكتفاء بالضمير والاعتقاد قاله العلامة (١) لأن المعتبر في الأيمان إنما هو بالنسبة إلى النية والضمير وإذا استثنى سرا لم ينو شمول النية لما استثناه، فلا يندرج في الحلف.

(ج) من حلف علانية فليست علانية، ومن حلف سرا فليست مثل ذلك قاله الشيخ في النهاية (٢).

ورواه الصدوق قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من حلف سرا فليست سرا، ومن حلف علانية فليست علانية (٣).
وأجاب العلامة بأن الأمر هنا للإرشاد، لئلا تتهم بمخالفة اليمين ويحكم عليه بارتكاب المحارم (٤).

وهو حسن.

قال طاب ثراه: وتصح اليمين من الكافر، وفي الخلاف لا يصح. أقول: منع الشيخ في الخلاف من يمين الكافر، لكونه غير عارف بالله، ولتعذر

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٠٣ س ٣٣ قال: والوجه صحة الاستثناء سرا وضميرا وإن حلف علانية.

(٢) النهاية: باب ماهية الأيمان والأقسام ص ٥٥٦ س ١٥ قال: وإذا حلف علانية فليست علانية، وإذا حلف سرا فليست مثل ذلك.

(٣) الفقيه: ج ٣ (٩٨) باب الأيمان والنذر والكفارات ص ٢٣٣ الحديث ٢٩.

(٤) المختلف: ج ٢ كتاب الأيمان ص ١٠٣ س ٣٥ قال: وإنما أمر عليه السلام بالاستثناء علانية مع الحلف بذلك على سبيل الإرشاد.

الولد مع الوالد إلا بإذنه، ولو بادر كان للوالد حلها إن لم تكن في واجب أو ترك محرم، وكذا الزوجة مع زوجها، والمملوك مع مولاه.

(الثالث) في متعلق اليمين. ولا يمين إلا مع العلم، ولا يجب بالغموس كفارة، وتنعقد لو حلف على فعل واجب أو مندوب، أو على ترك محرم أو مكروه. ولا ينعقد لو حلف على ترك فعل واجب أو مندوب أو فعل محرم أو مكروه. ولو حلف على مباح وكان الأولى مخالفته في دينه أو دنياه فليأت لما هو خير له، ولا أثم ولا كفارة. وإذا تساوى فعل ما تعلقت به اليمين وتركه وجب العمل بمقتضى اليمين. ولو حلف لزوجه ألا يتزوج أو يتسرى لم تنعقد يمينه. وكذا لو حلفت هي أن لا تتزوج بعده. وكذا لو حلفت أن لا تخرج معه. ولا تنعقد لو قال لغيره: والله لتفعلن، ولا يلزم أحدهما. وكذا لو حلف لغريمه على الإقامة بالبلد وحشي مع الإقامة الضرر. وكذا لو حلف ليضربن عبده، فالعفو أفضل ولا إثم ولا كفارة. ولو حلف على ممكن فتجدد العجز انحلت اليمين. ولو حلف على تخليص مؤمن أو دفع أذية لم يَأْثَمَ ولو كان كاذبا، وإن أحسن التورية ورى، ومن هذا لو وهب له مالا وكتب له ابتياع وقبض ثمن فينازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولا أثم، ويوري بما يخرج عن الكذب. وكذا لو حلف أن مماليكه أحرار وقصد التخلص من ظالم، لم يَأْثَمَ ولم يتحرروا. ويكره الحلف على القليل وإن كان صادقا.

اللازم الذي هو الغاية من انعقادها، وهو التكفير (١) ثم تردد وجزم في المبسوط

(١) كتاب الخلاف: كتاب الأيمان، مسألة ٩ قال: لا تنعقد يمين الكافر بالله ثم قال: وقال الشافعي تنعقد، واستدل بالظواهر وحملها على عمومها، ثم قال: وهو قوي.

(مسألتان).

(الأولى) روى ابن عطية فيمن حلف أن لا يشرب من لبن عنزة له، ولا يأكل من لحمها: أنه يحرم عليه لبن أولادها ولحومهم، لأنهم منها وفي الرواية ضعف، وقال في النهاية: إن شرب لحاجة لم يكن عليه شيء، والتقيد حسن.

بالجواز (١) واختاره المصنف (٢) وجزم ابن إدريس بالمنع (٣) وفصل العلامة فأجازها ممن لم

يجحد الرب ومنعها منه (٤)، وتظهر الفائدة في إسلامه قبل الحنث، فإن قلنا بانعقادها كفر لو خالف، وإن قلنا بعدمه فلا كفارة. وفي العقاب في الآخرة لو مات على كفره، أما لو أسلم بعد الحنث فلا كفارة عليه إجماعاً، لعموم: الإسلام يجب ما قبله (٥).

قال طاب ثراه: وروى ابن عطية إلى آخره.

أقول: هذه رواها الشيخ في التهذيب عن الحسين بن سعيد، عن سهل بن الحسن مرفوعاً إلى عيسى بن عطية عن أبي جعفر عليه السلام الحديث (٦) وسهل بن الحسن وابن عطية مجهولان، وأفتى بها الشيخ في النهاية وقيدتها بعدم الحاجة (٧).

(١) المبسوط: ج ٦: كتاب الأيمان ص ١٩٤ س ٢٢ قال: الكافر يصح يمينه بالله في حال كفره الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان والندور والكفارات ص ٣٥٤ س ٢٣ قال: لا ينعقد يمين الكافر بالله الخ.

(٤) المختلف: ج ٢ ص ٩٨ س ٣٩ قال: والمعتمد أن نقول: إن كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى إلى قوله: فهذا لا ينعقد يمينه الخ.

(٥) سند أحمد بن حنبل: ج ٤ ص ١٩٩ و ص ٢٠٤ و ص ٢٠٥ والجامع الصغير للسيوطي ج ١ ص ١٢٣ حرف الهمزة المحلى بأل، وكنوز الحقائق للمناوي في هامش الجامع الصغير ج ١ ص ٩٥ نقلاً عن الطبراني.

(٦) التهذيب: ج ٨ (١) باب الأيمان وأقسامه ص ٢٩٧ الحديث ٧٤.

(٧) النهاية: باب أقسام الأيمان ص ٥٦٠ س ١٩ قال: ومن حلف أن لا يشرب من لبن عنز له إلى قوله: ومن شرب لحاجة به لم يكن عليه شيء.

(الثانية) روى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعجبهت جاريتة عمته فخاف الإثم فحلف بالأيمان ألا يمسه أبدا، فورث الجارية، أعليه جناح أن يطأها؟ فقال: إنما حلف على الحرام، ولعل الله رحمه فورثه إياها لما علم من عفته.

وفي سريان التحريم إلى لحوم أولادها وألبانها، إشكال، أظهره العدم لأصالة الحل، خلافا لأبي علي حيث حرم الجميع (١).
قال طاب ثراه: وروى أبو بصير إلى آخره.

أقول: أورد المصنف هذه الرواية (٢) بيانا لسند الحكم لا لتردده فيها. وفيها إيحاء إلى أن إباحتها وطئها بعد ذلك، وحل اليمين المتعلقة بتحريمها، إنما كان لأنه قصد الحرام، أي قصد في ظنه لا يمسه حراما، فلو حلف لا يطأها مطلقا، ولم يخطر بباله قصد الزجر عن الحرام تعلق التحريم بها، ولزمت اليمين، ويلزمها التكفير بوطئها، إلا أن يعرض لليمين ما يوجب حلها، كأن يكون الوطئ أصلا.

(١) المختلف: ج ٢ في أحكام اليمين ص ٩٨ س ٢٠ قال: وقال ابن الحنيد أن لا يأكل لحم عنز إلى قوله: لم يأكل منهم ما أنتجت ولا يشرب من لبنه.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٤) باب الأيمان والأقسام ص ٣٠١ الحديث ١١٠

كتاب النذور والعهود
(والنظر في أمور أربعة)
(الأول) الناذر، ويعتبر فيه التكليف والإسلام والقصد.
ويشترط في نذر المرأة إذن الزوج، وكذا نذر المملوك، فلو بادر
أحدهما كان للزوج والمالك فسخه ما لم يكن فعل واجب أو ترك محرم.
ولا ينعقد في سكر يرفع القصد، ولا غضب كذلك.

كتاب النذور والعهود

مقدمة

النذر التزام الكامل المسلم المختار القاصد، غير المحجور عليه، بفعل أو ترك،
بقوله، ناويا بالقربة. واحترزنا بالمحجور عليه عن المبذر، فلا ينعقد نذره للمال.
والأصل فيه: الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب: فقوله تعالى: (يوفون بالنذر ويخافون) (١) (وليوفوا نذورهم) (٢)

(١) سورة الدهر / ٧.

(٢) سورة الحج / ٢٩.

(وافوا بعهد الله إذا عاهدتم) (١) (وكان عهد الله مسؤولاً) (٢).
وأما السنة: فما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: من نذر أن يطيع الله
فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصيه (٣).
وأما الإجماع: فمن سائر الأمة لا يختلفون في صحة النذر ووجوب الوفاء به في
الجملة.

تذنيب

النذر قسمان: نذر مجازات، ونذر بر.

فالأول: ما ألزم الناذر به نفسه من طاعة يفعلها جزاء لشرط يتوقع حصوله، من
جلب نفع، أو دفع مكروه، فصار هنا شرط وجزاء، فالشرط ما طلب الناذر، والجزاء
ما بذله والتزم به، فالشرط يعتبر فيه أن لا يكون معصية لقوله عليه السلام: لا نذر في
معصية لله تعالى الحديث (٤) واتفق الكل على دلالة المفهوم هنا وثبوت النذر مع
عدم المعصية، وإن منع بعضهم منها، لكن لا هنا ولا فعل مكروه إجماعاً.
والجزاء يشترط فيه أن يكون طاعة مقدوراً لقوله عليه السلام: لا نذر في معصية ولا فيما
لا يملك ابن آدم (٥) وأسقط عن أبي إسرائيل حيث نذر أن يصوم، ولا يقعد، ولا يستقل،

(١) سورة النحل / ٩١

(٢) سورة الأحزاب / ١٥.

(٣) سنن ابن ماجه: ج ١ (١١) كتاب الكفارات (١٦) باب النذر في المعصية ص ٦٨٧
الحديث ٢١٢٦ وفي عوالي اللثالي ج ٢ ص ١٢٣ الحديث ٣٣٨ و ج ٣ باب النذر ص ٤٤٨ الحديث ١.

(٤) سنن ابن ماجه ج ١ (١١) كتاب الكفارات (١٦) باب النذر في المعصية ص ٦٨٦

الحديث ٢١٢٦ وليس فيه جملة (لله تعالى) وتام الحديث (ولا فيما لا يملك ابن آدم).
(٥) تقدم آنفاً.

(الثاني) الصيغة: وهي أن تكون شكراً، كقوله: إن رزقت ولدا
فله علي كذا، أو استدفاعاً، كقوله: إن برئ المريض فله علي كذا، أو
زجراً، كقوله: إن فعلت كذا من المحرمات، أو إن لم أفعل كذا من
الطاعات فله علي كذا، أو تبرعاً، كقوله: لله علي كذا.
ولا ريب في انعقاده مع الشرط،
وفي انعقاد التبرع قولان: أشبههما:
الانعقاد.

ولا يتكلم ما لا طاعة فيه، وأمره بالتزام ما فيه طاعة فقال عليه السلام: مروه فليتكلم
وليستظل وليقعد وليتم صومه (١).
(الثاني) أن يتدئ بالندر تبرعاً من غير شرط وجزاء كقوله: لله علي أن أصوم،
أو أصلي، وفي صحته قولان.
قال طاب ثراه: وفي انعقاد التبرع قولان: أشبههما الانعقاد.
أقول: مختار المصنف هو المشهور بين الأصحاب. وهو اختيار الشيخ (٢) وابن
إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) وقال المرتضى: لا ينعقد إلا ما تعلق

- (١) سنن ابن ماجه: ج ١ كتاب الكفارات (٢١) باب من خلط في نذره طاعة بمعصية ص ٦٩٠
الحديث ٢١٣٦ وفيه أن رسول الله صلى الله عليه مر برجل بمكة وهو قائم في الشمس فقال: ما هذا؟
قالوا نذر الخ ورواه في عوالي اللثالي: ج ٣ (٤٤٨) الحديث ٣ وفيه (اسمه أبو إسرائيل).
(٢) كتاب الخلاف: كتاب النذور، مسألة ١ قال: إذا قال ابتداء لله علي إلى قوله: ولم يجعله جزاء
علي غيره لزمه الوفاء به.
(٣) السرائر: باب النذور والعهود ص ٣٥٧ س ٦ قال: وأما المطلق بأن يقول: لله علي إلى قوله: فنحو
هذا نذر طاعة ابتداء بغير جزاء فعندنا أنه يلزمه.
(٤) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع: كتاب النذر، في الصيغة قال: والتبرع أن يقول: إلى قوله:
والانعقاد أصح.
(٥) الإنتصار: مسائل النذر ص ١٦٤ س ١ قال: ولو قال: لله علي إلى قوله من غير شرط يتعلق به لم
ينعقد نذره.

بشرط (١).

احتج الأولون بوجوه.

(الأول) صدق اسم النذر، لصحة تقسيم النذر إلى المطلق والمقيد، ومورد التقسيم مشترك بين الأقسام فيجب الوفاء به عملا بعموم (يوفون بالنذر) (٢) (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم) (٣) (إني نذرت لك ما في بطني) (٤). ولم يذكر الشرط في هذه الآيات مع تسميته نذرا.

(الثاني) عموم قوله عليه السلام: من نذر أن يطيع الله فليطعه (٥) وصحيحة أبي الصباح عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل قال: علي نذر أنه قال: ليس النذر بشيء حتى يسمى شيئا لله صياما، أو صدقة، أو هديا، أو حجا (٦) ولم يذكر التعليق ولو كان شرطا لزم تأخير البيان عن وقت السؤال، وهو محال لما تقرر في موضعه.

(الثالث) الاحتياط.

احتج السيد بأن معنى النذر ما كان معلقا على شرط، وما لا يتعلق على شرط لا يستحق اسم النذر (٧) وبالإجماع. والثاني ممنوع، والأول عين النزاع فلا يصلح دليلا.

(١) لم نعثر عليه.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) سورة آل عمران / ٣٥.

(٥) سنن ابن ماجه: ج ١ كتاب الكفارات (١٦) باب النذر في المعصية ص ٦٨٧ الحديث ٢١٢٦
وتمام الحديث (ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه).

(٦) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٣ الحديث ٢.

(٧) الإنتصار: في مسائل النذر ص ١٦٤ س ٤ قال: دليلنا على صحة ذلك الإجماع، وأيضا فإن معنى النذر في اللغة أن يكون متعلقا بشرط الخ.

ويشترط النطق بلفظ الجلالة، فلو قال: علي كذا لم يلزم، ولو اعتقد أنه إن كان كذا فله عليه كذا، ولم يتلفظ بالجلالة، فقولان: أشبههما أنه لا ينعقد، وإن كان الإتيان به أفضل. وصيغة العهد أن يقول: عاهدت الله متى كان كذا فعلي كذا، و ينعقد نطقا.

قال طاب ثراه: ولو اعتقد أنه (متى - خ) إن كان كذا فله عليه كذا، ولم يلفظ بالجلالة فقولان: أشبههما أنه لا ينعقد.

أقول: مذهب الشيخ في النهاية انعقاده بالضمير والاعتقاد (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) وهو ظاهر المفيد (٤) وقال أبو علي: لا ينعقد إلا بالتلفظ مع النية (٥) وبه قال ابن إدريس (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة في أكثر كتبه (٨) وتوقف في

(١) النهاية: باب ماهية النذور والعهود ص ٥٦٢ س ١٤ قال: ومتى اعتقد أنه متى كان شيء إلى قوله: وجب عليه الوفاء به.

(٢) المهذب: ج ٢ باب النذور والعهود ص ٤٠٩ س ٢ قال: وإذا لم يتلفظ بالنذر واعتقد أنه إن كان كذا إلى قوله في الهامش: كان الوفاء بذلك واجبا عليه.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان النذر ص ٣٥٠ س ٤ قال: وإن نذر بالنية وحدها دون القول كان حكمه حكم من قال بلسانه.

(٤) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٥ قال: فأما نذر الطاعة فهو أن يعتقد الإنسان أنه إن عوفي في مرضه الخ.

(٥) المختلف: في النذور وأحكامه ص ١٠٨ س ٢٣ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس بعدم الانعقاد إلا باللفظ قال: وهو اختيار ابن الجنيد إلى أن قال: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٦) السرائر: باب النذور والعهود ص ٣٥٨ س ٣٥ قال وقد قلنا ما عندنا في ذلك: من أنه لا ينعقد إلا أن يتلفظ به.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد: ج ٢ في النذر ص ١٣٩ س ١٣ قال: ولو اعتقد النذر بالضمير لم ينعقد. وفي التحرير ج ٢ في النذر ص ١٠٥ س ٢٠ قال بعد نقل قول الشيخ: وليس بجيد.

وفي انعقاده اعتقاداً قولان: أشبههما أنه لا ينعقد ويشترط فيه القصد كالنذر.

(الثالث) في متعلق النذر. وضابطه ما كان طاعة لله مقدوراً للناذر، ولا ينعقد مع العجز. ويسقط لو تجدد العجز. والسبب إذا كان طاعة لله وكان النذر شكراً لزم. ولو كان زجراً لم يلزم. وبالعكس لو كان السبب

المختلف (١).

احتج الشيخ بعموم قوله عليه السلام: إنما الأعمال بالنيات، إنما لكل امرئ ما نوى (٢) وإذا انتفى العمل عند انتفاء النية، وجب أن يتحقق عند تحققها. ولأن المناط في العبادات اللفظية الاعتقاد وهو هنا حاصل، واللفظي إنما هو لإعلام الغير ما في الضمير والله تعالى عالم بسرائر القلوب، فيتحقق عقد النذر بعقد الضمير عليه وإن لم يوجد لفظ، ولقوله تعالى (وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله) (٣).

احتج الباقر: بأن الانعقاد حكم شرعي، فيقف على الشرع، وليس، والأصل براءة الذمة. ولأن النذر إيقاع فلا يكفي فيه مجرد النية كاليمين والعتق. ولأنه من الأسباب ولا يجزي على ما في القلوب، بل لا بد من ظهورها. قال طاب ثراه: وفي انعقاده (أي العهد) اعتقاداً قولان: أشبههما أنه لا ينعقد. أقول: الخلاف في العهد كالنذر، والمخالف فيه ثمة مخالف هنا. قال طاب ثراه: والسبب إذا كان طاعة والنذر شكراً لزم، ولو كان زجراً لم

(١) تقدم آنفاً.

(٢) التهذيب: ج ٤ (٤٤) باب نية الصيام ص ١٨٦ الحديث ١ و ٢ وفي الأمالي للطوسي ج ٢ (مجلس يوم الجمعة ٢١ ع ٢ عام ٤٥٧) ص ٢٣١ س ٩ وفي صحيح البخاري، ج ١ باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، الحديث ١.
(٣) سورة البقرة / ٢٨٤.

معصية، ولا ينعقد لو قال: لله علي نذر واقتصر به. وينعقد لو قال: لله علي قربة، ويبر بفعل قربة، ولو صوم يوم، أو صلاة ركعتين. ولو نذر صوم، صام ستة أشهر. ولو قال: زمانا، صام خمسة أشهر. ولو نذر الصدقة بمال كثير، كان ثمانين درهما. ولو نذر عتق كل عبد قديم، أعتق من كان له في ملكه ستة أشهر فصاعدا، هذا إذا لم ينو غيره. ومن نذر في سبيل الله، صرفه في البر. ولو نذر الصدقة بما يملك، لزم، فإن شق قومه وأخرج شيئا فشيئا حتى يوفي.

يلزم، وبالعكس لو كان السبب معصية. أقول: أشار المصنف هنا إلى أقسام النذر المشروط، وينقسم إلى أربعة أقسام، لأن السبب إنما يكون طاعة أو معصية وعلى التقديرين النذر، أي الجزاء، إما أن يكون شكرا أو زجرا، فالأقسام أربعة:

(أ) أن يكون السبب طاعة والنذر شكرا، كقوله: إن صليت الليلة، أو إن صمت غدا، فله علي صدقة فيقصد بالتزام الصدقة، الشكر لله علي التوفيق للقيام والصيام، فينعقد قطعاً.

(ب) أن يكون السبب طاعة والنذر زجرا، كقوله: إن صمت غدا فله علي صدقة، فيقصد الزجر بالتزام الصدقة، أي منع النفس وزجرها عن الصيام كيلا يلزمه الصدقة، وهذا لا ينعقد، لأنه معصية.

(ج) أن يكون السبب معصية والنذر طاعة، كقوله: إن فعلت كذا من المحرمات فعلي صدقة، ويقصد الشكر، أي يقصد بالتزام الصدقة الشكر على التوفيق والظفر بالمعصية، وهذا لا ينعقد لعدم التقرب به.

(د) أن يكون السبب معصية والنذر طاعة، ويقصد الزجر كقوله: إن فعلت كذا من المحرمات فله علي صدقة، ويقصد منع نفسه وزجرها عن فعل المحرم بمحذور

(الرابع) اللواحق، وهي مسائل.
(الأولى) لو نذر يوما معيناً، فاتفق له السفر أفطر وقضاه، وكذا لو مرض، أو حاضت المرأة، أو نفست. ولو شرط صومه حضراً وسفراً، صام، وإن اتفق في السفر، ولو اتفق يوم عيد أفطره، وفي القضاء تردد.

لزوم الصدقة، وهذا ينعقد قطعاً.
فقد ظهر من هذا. كون السبب إذا كان طاعة وجب كون النذر شكراً. ولو كان معصية وجب كونه زجراً، ولا يصح العكس في القسمين.
قال طاب ثراه: ولو اتفق يوم عيد أفطره، وفي القضاء تردد.
أقول: بالقضاء قال الشيخ في النهاية (١) والمبسوط (٢) وبه قال الصدوق (٣) وابن حمزة (٤).
وبعدمه قال القاضي (٥) وابن إدريس (٦) والعلامة في القواعد (٧) واختاره فخر

- (١) النهاية: باب أقسام النذور والعهود ص ٥٦٥ س ٣ قال: ومتى وجب عليه صيام نذر إلى قوله: أو اتفق أن يكون يوم العيدين وجب عليه أن يفطر ذلك اليوم ويقضيه الخ.
(٢) المبسوط: ج ١ فصل في ذكر أقسام الصوم ص ٢٨١ س ٤ قال: فإن وافق الصوم أحد هذه الأوقات أفطر وقضى يوماً مكانه.
(٣) المقنع: باب النذور والأيمان والكفارات ص ١٣٧ س ١٥ قال: فإن نذر أن يصوم يوماً بعينه فوافق يوم عيد فطر أو أضحى إلى قوله: ويصوم يوماً بدل يوم.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان النذر ص ٣٥٠ س ١١ قال: وإن نذر يوماً بعينه، واتفق أن يكون يوم عيد إلى قوله: أفطر وقضى.
(٥) المهذب: ج ٢ باب النذور والعهود ص ٤١١ س ٢ قال: فوافق أن يكون ذلك يوم العيدين وجب عليه إفطاره وليس عليه قضاءه.
(٦) السرائر: باب النذور والعهود ص ٣٥٧ س ١٩ قال: والصحيح من المذهب إلى قوله: لا يجب عليه القضاء.
(٧) القواعد: ج ٢، في النذر ص ١٤٠ س ١٨ قال: ولو نذر صوم هذه السنة لم يجب قضاء العيدين.

ولو عجز عن صومه أصلا، قيل: يسقط، وفي رواية يتصدق عنه بمد.

(الثانية) ما لم يعين بوقت يلزم الذمة مطلقا، وما قيد بوقت يلزمه فيه، ولو أحل لزمته كفارة

المحققين (١) لأن شرط صحة النذر قبول الزمان للصوم، وكلما لا يصح صومه شرعا لا يدخل تحت النذر. وبأصالة البراءة.

احتج الشيخ بالاحتياط. وبرواية علي بن مهزيار قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام رجل نذر أن يصوم يوم الجمعة دائما فوافي ذلك اليوم يوم عيد فطر أو أضحى، هل عليه صوم ذلك اليوم، أو قضاءه؟ أم كيف يصنع يا سيدي؟ فكتب إليه قد وضع الله الصيام في هذه الأيام كلها ويصوم يوما بدل يوم إن شاء الله (٢). وحمل على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لم يعلقه على المشية بلفظة (إن) المحتملة، لا المحققة، قيل: بل للتبرك.

وأجيب: بأن الأصل في الإطلاق الحقيقة، وفيه دخل: لأن المندوب شاءه الله أيضا، لكونه مطلوباً للشارع (٣).

قال طاب ثراه: ولو عجز عن صومه أصلا، قيل: يسقط، وفي رواية يتصدق عنه بمد.

أقول: يريد لو عجز عن يوم نذر صومه هل يسقط لا إلى بدل، أم لا؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:

-
- (١) الإيضاح: ج ٤ كتاب النذر ص ٥٧ س ٢٢ قال: إذا نذر صوم يوم معين فاتفق يوم عيد وجب ترك صومه ثم قال بعد نقل قول العلامة في القواعد: وهذا هو الأقوى عندي.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٥ قطعة من حديث ١٢.
(٣) الإيضاح: ج ٤ ص ٥٨ س ٩ قال: والجواب الحمل على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لم يعلقه بالمشية الخ.

وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان: أحدهما: يتضيق فعله عند الشرط، والآخر لا يتضيق، وهو أشبه.
(الثالثة) من نذر الصدقة في مكان معين، أو الصوم والصلاة في وقت معين لزمه، فإن فعل ذلك في غيره أعاد.
(الرابعة) لو نذر إن برأ من مرضه، أو قدم مسافره، فبان البرء والقدوم قبل النذر لم يلزم، ولو كان بعده لزم.

-
- (أ) الصدقة عند بمدين قاله الشيخ في النهاية (١).
(ب) القضاء خاصة ولا كفارة قاله المفيد (٢).
(ج) التفصيل: وهو أن العجز إن كان لعذر لا يمكن زواله بمجرى العادة كالكبير والعطاش الذي لا يرجى زواله، لم يكن عليه شيء، وإن كان لمرض يرجى برؤه، أفطر وقضى ولا كفارة (٣).
والرواية إشارة إلى ما رواه محمد بن منصور عن الرضا عليه السلام قال: كان أبي يقول: من عجز عن صوم نذر فمكان كل يوم بمد (٤).
قال طاب ثراه: وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان: أحدهما: يتضيق فعله عند الشرط، والآخر لا يتضيق، وهو أشبه.

-
- (١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧١ س ١ قال: ومن كان عليه صيام يوم قد نذر صومه فعجز عن صيامه أطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم.
(٢) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٢٧ قال: فإن عرض له في ذلك اليوم مرض فليفطره ثم ليقضه ولا كفارة عليه إن شاء الله.
(٣) السرائر: كتاب الصوم، باب حكم المسافر والمريض والعاجز عن الصيام ص ٩١ س ٢٣ قال: وكذلك الشاب إذا كان به العطاش إلى قوله: فإذا برء وجب عليه القضاء الخ.
(٤) الكافي: ج ٤ باب كفارة الصوم وفديته ص ١٤٣ الحديث ٢.

(الخامسة) من نذر إن رزق ولدا حج به، أو حج عنه ثم مات حج به، أو عنه من أصل التركة.

(السادسة) من جعل دابته أو جاريته هديا لبيت الله، بيع ذلك وصرف ثمنه في معونة الحاج والزائرين.

(السابعة) روى إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام في رجل كانت عليه حجة الإسلام، فأراد أن يحج، فقيل له: تزوج ثم حج، قال: إن تزوجت قبل أن أحج فغلامي حر، فبدأ بالنكاح، فقال: تحرر الغلام.

وفيه إشكال إلا أن يكون نذرا.

أقول: القول بالتضييق لابن حمزة (١) والأكثر على خلافه، وهو المذهب. قال طاب ثراه: روى إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام إلى آخره. أقول: هذه الرواية رواها الشيخ في التهذيب عن صفوان بن يحيى عن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام: قال: قلت له: رجل كانت عليه حجة الإسلام، فأراد أن يحج فقيل له: تزوج ثم حج فقال: إن تزوجت قبل أن أحج فغلامي حر، فتزوج قبل أن يحج فقال: أعتق غلامه، فقلت: لم يرد بعتقه وجه الله، فقال: إنه نذر في طاعة الله، والحج أحق من التزويج، وأوجب عليه من التزويج، قلت: فإن الحج تطوع، قال: وإن كان تطوعا ففي طاعة لله عز وجل قد أعتق غلامه (٢). وفيها إشكال من موضعين.

(أ) إنه عتق معلق على شرط، وهو لا يقع عندنا.

(١) الوسيلة: في بيان النذر ص ٣٥٠ س ٢ قال: وإن لم يعين بوقت وحصل الشرط لزمه ما نذر على الفور.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٤ الحديث ٩.

(الثامنة) روى رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل نذر الحج، ولم يكن له مال، فحج عن غيره أيجزي عن نذره؟ قال: نعم. وفيه إشكال إلا أن يقصد ذلك بالنذر.

(ب) إنه إن لم يكن عتقا، بل نذرا كما قيده المصنف بقوله: (إلا أن يكون نذرا) فإنه لم تحصل صيغة النذر فيه، لأنه لا ينعقد ما لم يقل (لله) وإن قصده، لعدم استقلال النية بعقد النذر.

نعم يمشي هذا على قول ابن حمزة حيث قال: إذا قال الإنسان: علي كذا إن كان كذا، ولم يقل (لله) لزمه الوفاء، ولم تلزمه الكفارة بفواته. ولو قال: علي كذا، فحسب، إن شاء وفي وإن شاء لم يف (١).

والأكثر على عدم الوجوب في الصورتين، بل لا بد من التلفظ بقوله (لله) كما تقدم في أول النذر، وقوله: (إلا أن يكون نذرا) أي إلا أن يقصد النذر، والأولى أنه لا ينعقد أيضا، لأنه لم يأت بصيغة النذر.

قال طاب ثراه: وروى رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام إلى آخره. أقول: هذه رواها الشيخ (في الصحيح) عن رفاعه عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل حج عن غيره ولم يكن له مال وعليه نذر أن يحج ماشيا، أيجزي عنه عن نذره؟ قال: نعم (٢) وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٣) وحملها العلامة على ما إذا عجز عن نذره واستمر عجزه (٤) والمصنف على ما إذا قصد ذلك

-
- (١) الوسيلة: في بيان النذر ص ٣٥٠ س ٤ قال: وإن قال: علي كذا إن كان كذا ولم يقل (لله) لزمه الوفاء إلى قوله: وإن شاء لم يف، والوفاء أفضل.
- (٢) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٥ الحديث ٥.
- (٣) النهاية: باب أقسام النذور والعهود ص ٥٦٧ س ١١ قال: ومن نذر أن يحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أجزأه عن حج عنه وعما نذر فيه.
- (٤) المختلف: ج ٢ ص ١١١ س ٢٣ قال: وقال ابن البراج: ونعم ما قال: إلى قوله: كانت حجة مجزية عن ذلك الغير وعليه الحج إذا تمكن منه إلى قوله: وهو المعتمد عندي.

(التاسعة) قيل: من نذر ألا يبيع خادما أبدا لزمه الوفاء، وإن احتاج إلى ثمنه، وهو استنادا إلى رواية مرسلة.
(العاشرة) العهد كاليمين يلزم حيث تلزم، ولو تعلق بما الأعود مخالفته دينا أو دنيا خالف إن شاء، ولا أثم ولا كفارة.

في نذره (١).

قال طاب ثراه: من نذر أن لا يبيع خادما أبدا لزمه الوفاء، وإن احتاج إلى ثمنها، وهو استناد إلى رواية مرسلة.
أقول: قال الشيخ في النهاية: من نذر أن لا يبيع مملوكا له أبدا فلا يجوز بيعه وإن احتاج إلى ثمنه (٢) وتبعه القاضي (٣) ومنعه ابن إدريس للإجماع على أن الصلاح إذا تعلق بمخالفة النذر دينا أو دنيا فليفعل ما هو الأصلح، ولا كفارة عليه (٤)، واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
احتج الشيخ بما رواه (في الصحيح) عن الحسن بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: قلت له: إن لي جارية ليس لها مني مكان ولا ناحية، وهي تحتمل

(١) لاحظ عبارة النافع.

- (٢) النهاية: باب أقسام النذور والعهود ص ٥٦٧ س ٤ قال: ومن نذر أن لا يبيع مملوكا له أبدا الخ.
(٣) المهذب: ج ٢ باب النذور والعهود ص ٤١٢ س ١٣ قال: وإذا كان له عبد فنذر أن لا يبيعه أبدا لم يجز له بيعه، احتاج إلى ذلك أو لم يحتج إليه.
(٤) السرائر: باب النذور والعهود ص ٣٥٨ س ١٣ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: وهذا غير واضح ولا مستقيم على أصول المذهب، لأنه لا خلاف بين أصحابنا الخ.
(٥) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع: كتاب النذر (مسائل العتق) قال: ومن نذر أن لا يبيع مملوكا لزمه النذر، وإن اضطر إلى بيعه قيل: لم يجز، والوجه الجواز مع الضرورة.
(٦) المختلف: ج ٢ في النذر وأحكامه ص ١٠٨ س ٥ قال: والمعتمد أن نقول: إن كان الأصلح له بيعها جاز له البيع سواء احتاج إلى ثمنها أو لا الخ.

الثلث، إلا أنني كنت حلفت فيها بيمين، فقلت: لله علي أن لا أبيعها أبدا، ولي إلى ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة فقال: ف لله بقولك له (١).
وأجاب المسوغون بحملها على عدم التضرر بترك البيع، ويدل عليه قوله: (مع خفة الحاجة).

قال المصنف: (وهي مرسلة)
وليست مرسلة، بل هي متصلة لكنها ضعيفة
الرجال (٢) فقد شاركت المرسل في ضعف التمسك، بل الضعيف، أو هي من المرسل، لأنه لا شك في رده، وقد يتمسك بكثير من المراسيل بل يطلق عليها الصحيح.

(١) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٠ الحديث ٢٦.
(٢) سند الحديث كما في التهذيب: (محمد بن أحمد عن محمد بن أحمد الكوكبي عن أبي عبد الله الرازي عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الحسن بن علي عن أبي الحسن عليه السلام).

كتاب الصيد والذبائح
يؤكل من الصيد ما قتله السيف والرمح والسهم والمعراض (١) إذا
خرق. ولو أصاب السهم معترضا حل إن كان فيه حديدة (٢)، ولو خلا
منها لم يؤكل إلا أن يكون حادا فيخترق. وكذا ما يقتله الكلب المعلم

كتاب الصيد والذبائح
(مقدمة) فيها ثلاث مباحث:

(الأول) إنما ترجم الكتاب بالصيد والذبائح، لأن الوسيلة إلى تذكية الحيوان
طريقان الذبح أو النحر، والعقر المزهق في أي عضو اتفق، لأن الحيوان إما مقدور
عليه أو لا، والأول يحل بالأول والثاني بالثاني، والأغلب في الحيوان الوحشي هو القسم
الثاني، ويلحق به الأنسي المتردي والمستعصي.
روى جابر عن النبي صلى الله عليه وآله قال: أية أنسية توحشت، فذكاتها
ذكاة الوحشية (٣).

-
- (١) المعراض كمفتاح، وهو السهم الذي لا ريش له (مجمع البحرين لغة عرض).
(٢) وكانت الإصابة في الحديدة - ع ل - هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.
(٣) سنن البيهقي: ج ٩ باب ما جاء في ذكاة ما لا يقدر على ذبحه إلا برمي أو سلاح ص ٢٤٦ س ٢٣
ولفظ الحديث (فقال صلى الله عليه وآله: إذا استوحشت الأنسية وتمنعت فإنه يحلها ما يحل الوحشية).

دون غيره من الجوارح. ولا يؤكل ما قتله الفهد وغيره من جوارح البهائم. ولا ما قتله العقاب وغيره من جوارح الطير إلا أن يذكر. وإدراك ذكاته بأن يجده ورجله تركض، أو عينه تطرف، وضابطه حركة الحيوان ويشترط في الكلب أن يكون معلما يسترسل إذا أغرى وينزجر إذا زجر، وألا يعتاد أكل صيده، ولا عبرة بالندرة. ويعتبر في المرسل أن يكون مسلما أو بحكمه، قاصدا بإرساله الصيد، مسميا عند الإرسال، فلو ترك التسمية عامدا لم يؤكل صيده إلا أن يذكره، ويعتبر أن لا ينيب عنه، فلو غاب وحياته مستقرة ثم وجد مقتولا أو ميتا لم يؤكل. وكذا السهم ما لم يعلم أنه القاتل. ويجوز الاصطياد بالشرك والحبالة (١) وغيرهما من الآلة، وبالجوارح، لكن لا يحل منه إلا ما ذكي. والصيد ما كان ممتنعا، ولو قتل بالسهم فرخا، أو قتل الكلب طفلا غير ممتنع لم يحل. ولو رمى طائرا فقتله وفرخا لم يطر حل الطائر دون فرخه.

وقال عليه السلام: حين سئل عن بعير تردى في بئر: لو طعنت في خاصرته لحل لك (٢). (الثاني) اسم الاصطياد يقال بالاشتراك اللفظي في عرف الشرع على ثلاثة معان. (أ) عقر الحيوان الوحشي المحلل عقرا أبطل امتناعه، بآلة الاصطياد. (ب) العقر المزهق للوحشي بالأصالة، المباح بآلة الاصطياد.

- (١) الشرك حبال الصائد، وكذلك ما ينصب للطير، واحدته شركة وجمعها شرك، وشرك الصائد حبالته يرتبك فيها الصيد (لسان العرب ج ١٠ لغة شرك).
(٢) سنن البيهقي: ج ٩ باب ما جاء في ذكاة ما لا يقدر على ذبحه إلا برمي أو سلاح ص ٢٤٦ س ٥ ولفظه (وتردى بعير في بئر فلم يستطيعوا أن ينحروه إلا من قبل شاكلته) ورواهما في الإيضاح (ج ٤ ص ١١٤ كتاب الصيد والذبائح) كما في المتن.

مسائل: من أحكام الصيد.
(الأولى) إذا تقاطعت الكلاب قبل إدراكه حل.
(الثانية) لو رماه بسهم فتردى من جبل، أو وقع في ماء فمات لم
يحل، وينبغي هنا اشتراط استقرار الحياة.

(ج) إثبات اليد على الحيوان الوحشي القابل للملك، وإبطال امتناعه.
(الثالث) الأصل في إباحة الصيد، الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما) (١) فأباح صيد البحر مطلقا وصيد البر، إلا حالة
الإحرام. وقال تعالى (وإذا حللتهم فاصطادوا) (٢) (أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا
ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم) (٣).
وبهيمة الأنعام هو الوحشي عن أبي صالح لأنها أبهمت عن الفهم والتمييز، أو
لأنها أبهمت عن الأمر والنهي (٤).
وسميت أنعاما لكثرة الانتفاع بها، فإنه تنتفع بلحومها وألبانها وجلودها
وأصوافها وأرواثها للوقود.
والأنعام الثلاثة مختص بالإبل والبقر والغنم.
وقال تعالى: (أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما
علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) (٥) وقد دلت هذه
الآية على أمور.
(أ) اشتراط التعليم بقوله (تعلمونهن).

(١) سورة المائدة / ٩٦.

(٢) سورة المائدة / ٢.

(٣) سورة المائدة / ١.

(٤) من قوله: (اسم الاصطياد إلى هنا منقول من إيضاح الفوائد مع تغيير يسير في بعض الكلمات).

(٥) سورة المائدة / ٤.

(ب) ذكر التسمية.

(ج) كون الآلة كلبا.

(د) وجوب الاستمرار على التعليم، فلو خرج عن قانون التعليم لم يحل مقتوله، دل عليه قوله (مما أمسكن عليكم) فلو اعتاد أكل ما يصيده كان إمساكه لنفسه. وشرطنا الاعتياد لأن النذرة لا تقدر. وكذا شرب الدم وإن دام. وأما السنة فكثير، منه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: من اقتنى كلبا، إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع، انتقص من أجره كل يوم قيراط (١) فلما حرم اقتناء الكلب إلا ما كان للصيد، دل على جواز الصيد. وفي الصحيح عن أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسرح كلبه المعلم، ويسمي إذا سرحه، فقال: يأكل مما أمسك عليه، فإذا أدركه قبل قتله ذكاه إلى قوله: قلت: فالفهد، قال: والفهد إذا أدركت ذكاته، فكل وإلا فلا قلت: أليس الفهد بمنزلة الكلب؟ فقال: ليس شيء مكلب إلا الكلب (٢).

وعن أبي ثعلبة قال: قلت يا رسول الله صلى الله عليه وآله إنني أصيد بكلبي المعلم وبكلبي الذي ليس بمعلم، فقال: ما أخذت بكلبك المعلم فأذكر اسم الله عليه وكله، وما أخذت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل (٣). فقد استفيد من هذا الخبر أشياء.

(١) سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الصيد (٢) باب النهي عن اقتناء الكلب إلا كلب صيد أو حرث أو ماشية، الحديث ٣٢٠٤ وفي عوالي اللئالي: ج ٣ باب الصيد والذبائح ص ٤٥٢ الحديث ١.
(٢) الكافي: ج ٦ كتاب الصيد، باب صيد الكلب والفهد ص ٢٠٣ الحديث ٤ وفي عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٥٢ الحديث ٢.
(٣) سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الصيد (٣) باب صيد الكلب قطعة من حديث ٣٢٠٧.

(الثالثة) لو قطعه السيف اثنين فلم يتحركا، حلا، ولو تحرك أحدهما فهو الحلال إن كانت حياته مستقرة لكن بعد التذكية. ولو لم تكن مستقرة حلا. وفي رواية يؤكل الأكبر دون الأصغر، وهي شاذة، ولو أخذت الحباله منه قطعة فهي ميتة.

(أ) كون الكلب معلما.

(ب) حل مقتوله، لإطلاق إباحة الأكل منه، ولم يقيد بالتذكية كما قيدها في غيره.

(ج) اشتراط التسمية فيه.

(د) جواز الاصطياد بغيره واشتراط التذكية فيه.

وأما الإجماع: فلا خلاف بين الأمة في جواز الاصطياد، وإن اختلفوا في فروعه.

قال طاب ثراه: وفي رواية يؤكل الأكبر دون الأصغر، وهي شاذة.

أقول: إذا قطع الصيد باثنين فلم يتحركا حلا، وإن تحركا أو أحدهما، فإن كان لا مع استقرار الحياة فكالأول لعدم اعتبار مثل هذه الحركة، إذ هي كحركة المذبوح فوجودها في الصيد كعدمها وإن كان مع الاستقرار حل مع التذكية المحل القابل للتذكية، وهو ما فيه الرأس، وكان الآخر ميتة كما لو أبان يد الصيد، أو أخذت الحباله أو السيف منه قطعة.

هذا هو مقتضى الأصول المقررة والقواعد الممهدة.

ويؤيده عموم صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الصيد يضربه الرجل بالسيف أو يطعنه برمح، أو يرميه بسهم فيقتله، وقد سمى حين فعل ذلك، قال: لا بأس (١).

(١) الكافي: ج ٦ باب الصيد بالسلاح ص ٢١٠ الحديث ٦.

وهو عام فيما أبين بعضه أو لا، وهو اختيار ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣).

وقال الشيخ في النهاية: إذا قده بنصفين ولم يتحرك واحد منهما جاز له أكلهما إذا خرج منهما الدم، وإن تحرك أحد النصفين ولم يتحرك الآخر، أكل الذي تحرك، ورمى بما لا يتحرك (٤).

فقد خالف ما قلناه بشيئين.

(أ) اشتراط خروج الدم.

(ب) أكل المتحرك مطلقا، ولم يشترط استقرار الحياة وعدمها.

وقال القاضي: الحلال أن يتحرك كل واحد منهما، ويخرج منه الدم، وإن تحرك أحدهما وخرج منه الدم دون الآخر، فالمتحرك هو الحلال دون الذي لم يتحرك لم يخرج منه دم (٥).

فقد اشترط كلا الأمرين من الحركة وخروج الدم.

وقال ابن حمزة: إذا كانا سواء وخرج الدم حلا، وإن لم يخرج حرم، وإن كان أحد الشقين أكبر ومعه الرأس حل ذلك الشق، وإن تحرك أحدهما حل المتحرك،

(١) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٣ س ١٧ فإنه بعد نقل قول الشيخ قال: والذي ينبغي تحصيله في ذلك: أن الجميع يحل، سواء كان الذي مع الرأس أكثر أو أقل الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٠ س ٣٦ قال: والمعتمد أن نقول: إن مات الصيد بهذا الفعل حل أكله سواء خرج الدم أو لا، وسواء كان الأكثر مع الرأس أم لا وسواء تحرك أو لا.

(٤) النهاية: كتاب الصيد والذبائح ص ٥٨١ س ١٥ قال: فإن قده بنصفين ولم يتحرك واحد منهما الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٣٦ س ١٢ قال: وكذلك (أي حلال) إن ضربه أو طعنه فقطعه بنصفين وتحرك كل واحد منهما وخرج منه دم الخ.

وإن أبان بعضه حرم ذلك البعض (١).

وظاهر هذا القول يعطي اشتراط خروج الدم في حلها مع التساوي دون الحركة، ومع تفاوتهما حل الأكبر إذا كان فيه الرأس، وتحريمه مع العكس، وحل المتحرك خاصة.

وفيه خلل من ثلاثة أوجه

(أ) لا نسلم اشتراط خروج الدم، لأنه مقتول بالسهم فكان حلالا كما لو لم يين منه بعضه عملا بعموم الرواية المتقدمة.

(ب) قوله: (وإن كان أحدهما أكبر حل إذا كان معه الرأس) ينبغي أن تقيد بكونه مستقر الحياة، ليكون المقطوع منه ميتة، وحينئذ ينبغي تقييد ما حكم بحله بتذكيته، لا مطلقا.

(ج) حكمه بحل المتحرك خاصة، وينبغي تقييده بكونه مستقرة الحياة، قابلا للتذكية، فيحل معها ويحرم الآخر، فإن لم يكن قابلا للتذكية كما لو كان الطرف الذي فيه الرجلان حلا معا، لأنه لا عبرة بهذه الحركة.

وقال في الخلاف: إذا قطع الصيد نصفين حل أكل الكل بلا خلاف، وإن كان الذي مع الرأس أكبر حل الذي مع الرأس دون الباقي للاحتياط. قال: فإن أكل الذي مع الرأس مجمع على إباحته، وما قالوه ليس عليه دليل (٢). وفي المبسوط: إذا قطعه نصفين حل أكل الكل بلا خلاف، وإن كان الذي مع الرأس أكبر حل أكل الكل عند قوم، وقال قوم: حل ما مع الرأس دون ما عداه،

(١) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الصيد ص ٣٥٧ س ١٣ قال: فإن قطعه نصفين وكانا سواء وخرج منهما الدم، حل.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب الصيد والذبائح، مسألة ١٧ قال: إذا قطع الصيد بنصفين إلى قوله: دليلنا الاحتياط، فإن أكل ما مع الرأس مجمع على إباحته، وما قالوه ليس عليه دليل الخ.

(الرابعة) إذا أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة، ولا آلة ليذكيه، لم يحل حتى يذكي. وفي رواية جميل: يدع الكلب حتى يقتله.
(الخامسة) لو أرسل كلبه، فأرسل كافر كلبه، فقتلا صيدا، أو مسلم لم يسم، أو لم يقصد الصيد، لم يحل.
(السادسة) لو رمى صيدا فأصاب غيره حل، ولو رمى لا للصيد، فقتل صيدا، لم يحل.

وهو مذهبنا (١).

وظاهر هذا القول يعطي كون المراد بالنصفين في الأول تساويهما، كما قاله ابن حمزة، وقوله: (حل ما فيه الرأس) قد بينا ضعفه، بل الأولى حل الجميع عملا بالعموم.

فالحاصل أن في المسألة أربعة أقوال.

(الأول) حلها بشرطين: خروج الدم وحركتهما. ومع انفراد أحدهما بالحركة يؤكل المتحرك، وهو قول الشيخ في النهاية.

(الثاني) حلها مع تساويهما، ومع تفاوتهما يؤكل ما فيه الرأس إذا كان أكبر، ولم يشترط الحركة ولا خروج الدم، وهو قوله في الكتابين.

(الثالث) اشتراط الحركة وخروج الدم في كل واحد من النصفين، ومتى انفرد أحدهما بالشرطين، أكل وترك مالا يجمعهما، وهو قول القاضي.

(الرابع) حلها مع خروج الدم في الجملة مع تساويهما، ومع تفاوتهما يؤكل ما فيه الرأس مع حركتهما معا ومع انفراد أحدهما بها يؤكل المتحرك، وهو قول ابن حمزة. قال طاب ثراه: وفي رواية جميل يدع الكلب حتى يقتله.

(١) المبسوط: ج ٦ كتاب الصيد والذبائح ص ٢٦١ س ١٦ قال: إن قطعه بنصفين حل أكل الكل بلا خلاف إلى قوله: وهو مذهبنا.

أقول: إذا أدرك الصيد وحياته مستقرة، لم يحل إلا بالتذكية، وإن لم يكن معه ما يذكيه لم تحل، قاله ابن إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة في أحد قوليّه (٣) وقال الشيخ في النهاية: فليترك الكلب حتى يقتله ثم ليأكل إن شاء (٤) وبه قال الصدوق (٥) وأبو علي (٦) واختاره العلامة في المختلف (٧).
احتج الأولون: بأنه مستقر الحياة غير ممتنع، فلا يحل بدون التذكية كالشاة إذا لم يكن مع الإنسان ما يذكيها، فإنها لا تحل بقتل الكلب المعلم إجماعاً، وللاحتياط. احتج الشيخ بعموم قوله تعالى: (فكلوا مما أمسكن عليكم) (٨) وهو عام يشمل صورة النزاع.

وما رواه جميل بن دراج (في الصحيح) عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فيأخذه ولا يكون معه سكين فيذكيه بها، أفيدعه حتى يقتله ويأكل منه؟ قال: لا بأس، قال الله عز وجل (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولا ينبغي أن يأكل ما قتله الفهد (٩).

-
- (١) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٥ ص ٥ قال: والأولى عندي أنه يجب عليه أن يذكيه فإن لم يكن معه ما يذكيه فلا يحل له أكله إذا قتله الكلب.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) التحرير: ج ٢ كتاب الصيد والذبائح ص ١٥٦ س ٨ قال: (ح) إذا أرسل الكلب أو الآلة فجرحه وأدركه المرسل حياً إلى قوله: والوجه عندي أنه لا يحل.
(٤) النهاية: باب الصيد وأحكامه ص ٥٨١ س ١ قال: فإن لم يكن معه ما يذكيه فليتركه حتى يقتله ثم ليأكل إن شاء.
(٥) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٣٨ س ١٧ قال: وإذا لم يكن معك حديدة تذبحه بها فدع الكلب يقتله ثم كل منه.
(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٢ س ١٣ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: ونحوه قال ابن الجنيد إلى قوله: والوجه ما قاله الشيخ.
(٧) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٢ س ١٣ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: ونحوه قال ابن الجنيد إلى قوله: والوجه ما قاله الشيخ.
(٨) سورة المائدة / ٤.
(٩) الكافي: ج ٦ باب صيد الكلب والفهد ص ٢٠٤ الحديث ٨.

(السابعة) إذا كان الطير مالكا جناحه فهو لصائده إلا أن يعرف مالكة فيرده إليه. ولو كان مقوصا لم يؤخذ لأن له مالكا. ويكره أن

يرمي الصيد بما هو أكبر منه، ولو اتفق قيل: يحرم، والأشبه الكراهية. وكذا يكره أخذ الفراخ من أعشاشها. والصيد بكلب علمه مجوسي. وصيد السمك يوم الجمعة قبل الصلاة وصيد الوحش، والطير بالليل. والذبائح تستدعي بيان فصول.

وبأنه إذا جاز الذبح بغير الحديد مع العجز عن الآلة وخوف الفوت، فليجز بالكلب، لعدم المخصص.

وأجيب بمنع دلالة الآية على العموم، وإلا لجاز مع وجود آلة الذبح. والرواية لا تقتضي الدلالة، لأن قوله: (فيأخذه) لا يدل على أنه أبطل امتناعه، بل جاز أن يبقى امتناعه، والكلب ممسك له، فإذا قتله حينئذ يكون قد قتل صيدا ممتنعا، فيحل بالقتل، والفرق النهي عن التذكية بالسن، والمخصص الإجماع. قال طاب ثراه: ويكره أن يرمي الصيد بما هو أكبر منه، ولو اتفق قيل: يحرم، والأشبه الكراهية.

أقول: ذهب الشيخ في النهاية: إلى تحريم رمي الصيد بما هو أكبر منه، وتحريم الصيد لو اتفق (١) واختار المصنف الكراهية فيهما (٢) وهو مذهب العلامة (٣).

(١) النهاية: باب الصيد وأحكامه ص ٥٨٠ س ٣ قال: ولا يجوز أن يرمي الصيد بما هو أكبر منه إلى قوله: لم يجز أكله.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) التحرير: ج ٢ كتاب الصيد والذبائح ص ١٥٤ س ٢٣ قال: (ج) كلما مات بالمشقالات حرام إلى أن قال: وهل يحرم أن يرمي الصيد بما هو أكبر منه؟ قال الشيخ رحمه الله: نعم، وقيل: مكروه.

(الأول) الذابح:
ويشترط فيه الإسلام أو حكمه ولو كان أنثى. وفي
الكتابي روايتان، أشهرهما المنع. وفي رواية ثالثة: إذا سمعت تسميته
فكل، والأفضل أن يليه المؤمن، نعم لا تحل ذبيحة المعادي لأهل البيت
عليهم السلام.

ذكر الذبائح

قال طاب ثراه: الذابح: ويشترط فيه الإسلام أو حكمه، ولو كان أنثى. وفي
الكتابي روايتان: أشهرهما المنع. وفي رواية ثالثة: إذا سمعت تسميته فكل.
أقول: البحث هنا يقع في مقامين.

(الأول) اشتراط الإسلام في الذابح، وفيه ثلاثة أقوال:
(أ) تحريم ذبائح غير المسلمين، أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قاله
الثلاثة (١) (٢) (٣) والقاضي (٤) وسالار (٥) والتقي (٦) وابن حمزة (٧) وابن

- (١) الإنتصار: مسائل الصيد ص ١٨٨ س ١٩ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية أن ذبائح أهل
الكتاب محرمة لا يحل أكلها الخ.
- (٢) النهاية: باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ص ٥٨٢ س ١١ قال: الذبائح لا يجوز أن يتولاها
غير المسلمين، فمتى تولاها كافر من أي أجناس الكفار كان يهوديا أو نصرانيا إلى قوله: سمى على ذبيحته
أو لم يسم، فلا يجوز أكل ذبيحته.
- (٣) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٨٩ س ٢٢ قال: وأصناف الكفار من المشركين واليهود
والنصارى إلى قوله: فذبائحهم محرمة بمفهوم التنزيل الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٨ س ٤ قال: وأما المحرم إلى قوله: وكل
ما ذكاه كافر.
- (٥) المراسم: ذكر الذبائح ص ٢٠٩ س ٦ قال: وأن يكون المتولي لذلك مسلما.
- (٦) الكافي: في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٣ قال: أو بفعل كافر كاليهودي والنصراني.
- (٧) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦١ س ١٥ قال: وذبيحة الكافر والناصب حرام.

إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
(ب) إباحة ذبائح أهل الكتاب قاله الحسن (٤) وهو ظاهر أبي علي (٥).
(ج) إباحة ذبائحهم مع سماع التسمية منهم قاله الصدوق في المقنع (٦).
احتج الأولون بقوله تعالى: (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق) (٧) والكافر لا يعرف الله فلا يذكره على ذبيحته، ولا يرى التسمية على الذبيحة فرضا ولا سنة.
وبموثقة سماعة عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن ذبيحة اليهودي والنصراني؟ قال: لا تقربها (٨).
وعن قتيبة قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده فقال: الغنم نرسل فيها اليهودي والنصراني فيعرض فيها العارضة فيذبح، أناكل ذبيحته؟ فقال

-
- (١) السرائر: باب الذبائح وكيفيته ص ٣٦٨ س ٢ قال: الذباحة لا يجوز أن يتولاها غير معتقدي الحق إلى قوله: فلا يجوز أكل ذبيحته.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: ج ٢، في الذبح وكيفيته ص ١٢٧ س ٢٧ قال: والأصل أن لا يؤكل ذبائحهم كيف كانت الخ.
(٤) المختلف: ج ٢، في الذبح وكيفيته، ص ١٢٧ س ٢٩ قال: وقال ابن عقيل: ولا بأس بصيد اليهود والنصارى وذبائحهم الخ.
(٥) المختلف: ج ٢ في الذبح وكيفيته، ص ١٢٧ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولو تجنب من أكل ما صنعه أهل الكتاب من ذبائحهم إلى قوله: كان أحوط.
(٦) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٤٠ س ١ قال: ولا تأكل ذبيحة اليهودي والنصراني أو المجوسي إلا إذا سمعتهم يذكرون اسم الله عليها الخ.
(٧) سورة الأنعام / ١٢١.
(٨) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٣ الحديث ١.

أبو عبد الله عليه السلام: لا تدخل ثمنها مالك ولا تأكلها، فإنما هو الاسم ولا يؤمن عليها إلا مسلم، فقال له الرجل: (أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) (١) فقال: كان أبي يقول: إنما هي الحبوب وأشباؤها (٢).

وفي هذا المعنى من الصحاح والموثقات كثير (٣) ولأنه نوع استئمان وليس الكافر أهلاً للأمانة، ولأن لها شرائط فلا يوثق بقوله في حصولها. احتج المسوغون مطلقاً بقوله تعالى: (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) (٤). وبصحيحة محمد الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن ذبيحة أهل الكتاب ونسائهم، فقال: لا بأس به (٥). ومثلها رواية عبد الملك بن عمرو عنه عليه السلام (٦). وبأصالة الإباحة.

احتج الصدوق بصحيحة حمران قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: في ذبيحة الناصب واليهودي والنصراني لا تأكل ذبيحته حتى تسمعه يذكر الله، قلت: المجوسي، فقال: نعم إذا سمعته يذكر اسم الله، أما سمعت قول الله عز وجل (ولا

(١) سورة المائدة / ٥.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٤ الحديث ٥.

(٣) لاحظ التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه، بقية أحاديث الباب.

(٤) سورة المائدة / ٥.

(٥) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٨ الحديث ٢٥.

(٦) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٨ قطعة من حديث ٢٦.

تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) (١) (٢) وفي معناها غيرها من الصحاح (٣).
والجواب: حمل الطعام على الحبوب للحديث (٤) ولأنه المتعارف، وجاز حمله على
ما ذكاه المسلم وهو ملك اليهودي، فيصدق عليه أنه طعامه، لأن (طعام) ليس
للعوم، فيصدق على فرد من أفراد الطعام، فيحمل على ما ذكرناه، لأن الحكم
معلق على الطعام، وليس الذبح جزءاً من مسماه، والأحاديث معارضة بأمثالها
ومحمولة على الضرورة.

ولرواية زكريا بن آدم قال: قال أبو الحسن عليه السلام: إني أنهاك عن ذبيحة
كل من كان على خلاف الذي أنت عليه وأصحابك إلا في وقت الضرورة (٥)
إليه.

أو على التقية. والأصل معارض بالاحتياط.

(الثاني) في اشتراط الإيمان: وفيه قولان.

(أ) اعتباره، وهو مذهب القاضي (٦) والتقي (٧) وابن حمزة (٨) وابن
إدريس (٩) ويجزي عنده المستضعف، وعنى به الذي ليس منا ولا من مخالفينا.

(١) سورة الأنعام / ١٢١.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٦٨ الحديث ٢٢.

(٣) لاحظ التهذيب باب الذبائح والأطعمة.

(٤) تقدم آنفاً.

(٥) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٠ الحديث ٣٣.

(٦) المهذب: ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ص ٤٣٩ س ٥ قال: لا يجوز أن يتولى الذي إلى
قوله: من أهل الحق.

(٧) الكافي: في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٣ قال: أو جاحد النص.

(٨) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦١ س ١١ قال: والذباح يجب أن يكون مؤمناً.

(٩) السرائر: باب الذبائح وكيفيته ص ٢٦٨ س ٢ قال: لا يجوز أن يتولاها غير معتقدي الحق إلى
قوله: ولا بأس بأكل ذبيحة المستضعف الخ.

(الثاني) الآلة: ولا تصح إلا بالحديد مع القدرة، ويجوز بغيره مما يفري الأوداج عند الضرورة، ولو مروءة أو ليطة أو زجاجة، وفي الظفر والسن مع الضرورة تردد.

(ب) الاكتفاء بالإسلام: وهو مذهب الشيخ (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).

وأجمع الكل على تحريم ذبيحة الناصب.

احتج الأولون برواية زكريا بن آدم (٤) وقد تقدم. ويحمل على الاستحباب. احتج الآخرون بالروايات المتقدمة. وبأصالة الحل، وبعموم قوله تعالى: (فكلوا مما ذكر اسم الله عليه) (٥).

قال طاب ثراه: وفي الظفر والسن مع الضرورة تردد.

أقول: يتعين التذكية بالحديد مع القدرة، ولا يجوز بغيره سواء كان من المعادن كالصفر والذهب أو لا كالعود والقصب.

ويجوز مع الضرورة. أما باضطراره إلى الأكل، أو الخوف من فوت الذبيحة بكل ما يفري الأوداج كالمروءة (٦) والزجاج وما أشبهه.

(١) النهاية: باب الذبح وكيفية ووجوب التسمية ص ٥٨٢ س ١٤ قال: فإن تولاهما غير أهل الحق إلى قوله: لم يكن بأس بأكل ذبيحته.

(٢) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع: كتاب الذبائح، أما الذابح قال: ولا يشترط الإيمان.

(٣) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٨ س ١٨ قال: والمعتمد جواز أكل ذبيحتهم إذا اعتقدوا وجوب التسمية.

(٤) تقدم أنفا.

(٥) سورة الأنعام / ١١٨.

(٦) المروءة حجارة بيضاء براقية يقده منها النار الواحد منها مروءة (مجمع البحرين لغة مرا).

وهل يجوز بالسن والظفر؟ فيه مذهبان.
المنع: ذكره الشيخ في الكتابين (١) (٢) واختاره الشهيد (٣).
والآخر الجواز: ذهب إليه في التهذيب (٤) واختاره ابن إدريس (٥) والعلامة
في المختلف (٦) وتردد المصنف (٧).
احتج الأولون بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن ذبيحة
العود والحجر والقصبة، فقال: قال علي عليه السلام: لا يصلح إلا الحديد (٨).
وبحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الذبيحة بالليطة
فقال: لا ذكاة إلا بحديدة (٩).
والنهي عام فيشمل صورة النزاع.

- (١) المبسوط: فصل فيما يجوز الذكاة به وما لا يجوز ج ٦ ص ٢٦٣ س ٤ قال: إلا ما كان من سن أو
ظفر، فإنه لا يحل الذكاة بواحد منهما.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب الصيد والذبائح، مسألة ٢٢ قال: لا تحل التذكية بالسن والظفر الخ.
(٣) المسالك: ج ١ في آلة الذابح ص ٢٢٦ س ١٩ قال: والشهيد في الشرح استقرب المنع من التذكية
بالسن والظفر مطلقا الخ.
(٤) التهذيب: ج ٩ باب الصيد والذكاة ص ٥١ قال بعد نقل حديث ١٢: وأما حال الضرورة فقد
روي جواز ذلك فيها، ثم أورد حديث المروي عن زيد الشحام وفيه: (اذبح بالحجر والعظم والقصبة
والعود) الخ.
(٥) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٣ س ٢٣ قال: يجوز الذبحة في حال الاضطرار عند
تعذر الحديد بكل شيء يفري الأوداج سواء كان ذلك عظما أو حجرا وعوداً أو غير ذلك الخ.
(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢١ س ٦ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس بالتفصيل
قال: وإنما أطلق (أي الشيخ) في الكتابين المنع بناء على الغالب وهو الاختيار الخ.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥١ الحديث ٢١٢.
(٩) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥١ الحديث ٢١١.

وهو ممنوع لجواز حمله على حالة الاختيار، إذ هي الغالب.
احتج الآخرون بصحيحة زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال: سألته
عن رجل لم يكن بحضرته سكين، أيذبح بقصبة؟ فقال: اذبح بالحجر والعظم والقصبة
والعود إذا لم تصب الحديد، إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس (١).
وبحسنة عبد الرحمان بن الحجاج قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المروة
والقصبة والعود يذبح بهن إذا لم يجدوا سكيناً قال: إذا فرى الأوداج فلا بأس
بذلك (٢).

وروى محمد بن مسلم قال: قال أبو جعفر عليه السلام: الذبيحة بغير حديدة إذا
اضطرت إليها، فإن لم تجد حديدة فاذبحها بحجر (٣).
فاعتبر قطع الحلقوم وفري الأوداج، ولم يعين خصوصية القاطع، وهذا المعنى
موجود في السن والظفر، فهذه روايات الأصحاب وهي خالية من ذكر السن
والظفر تخصيصاً، وإطباق الأصحاب في كتبهم على اعتبار الحديد مع القدرة وإجزاء
السن والظفر مع الضرورة، ويترددون فيهما مع عدم النص عليهما في رواياتهم.
نعم ورد النهي عنهما عينا في روايات العامة.

روى رافع بن خديج (بالخاء المعجمة والذال المهملة والجيم بعد الياء المثناة من
تحت) قال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله إنا لنرجوا أن نلقى العدو غداً، وليس
معنا مدي، أو نذبح بالقصب؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم ما انهمر الدم وذكر
اسم الله عليه فكلوا إلا ما كان من سن أو ظفر، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥١ الحديث ٢١٣.
(٢) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٢ الحديث ٢١٤.
(٣) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٢ الحديث ٢١٥.

فعظم من الإنسان، وأما الظفر فمدي الحبيشة (١). فاستثنى السن والظفر من المأكول، فلا يكون مأكولا، والسؤال وقع عن حال الاضطرار، ولم يفرق الأصحاب بين المتصل والمنفصل، وفرق بينهما أبو حنيفة فأجاز مع الانفصال ومنع مع الاتصال (٢) لكون ذلك أشبه بالأكل والتقطيع والمقتضي للتذكية هو الذبح، ووافقنا الشافعي في عدم الفرق (٣) وقال الشهيد: وجوازه بالعظم لا يلزم منه الجواز بالظفر (٤) ولعله نظر إلى تعليل الخبر بكون السن من الإنسان والظفر مدي الحبيشة، ولعلهما علة النهي. ولما كانت روايات الأصحاب خالية من ذلك، وفتاويهم لا تختلف في جواز الذبح بما عدا الحديد من الحجر والعود مع الضرورة - أنكر ابن إدريس منع الجواز بالسن والظفر مع الضرورة وعبارته:

- (١) رواه أكثر أصحاب الصحاح والسنن في كتبهم في فصول عديدة وأبواب متفرقة. وإليك شطر منهم: لاحظ البخاري: كتاب الذبائح والصيد والتسمية على الصيد، باب مانء من البهائم فهو بمنزلة الوحش. وأيضا باب إذا أصاب قوم غنيمة فذبح بعضهم غنما أو إبلا بغير أمر أصحابهم لم تؤكل. وسنن ابن ماجة ج ٢ كتاب الذبائح (٥) باب ما يذكر به ص ١٠٦١ الحديث ٣١٧٨. وسنن أبي داود ج ٣ كتاب الأضاحي، باب في الذبيحة بالمروءة، قطعة من حديث (٢٨٢١). ومسنء أحمد بن حنبل ج ٣ ص ٤٦٣ حديث رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه. وأيضا في ج ٤ ص ١٤٠ حديث رافع بن خديج س ١٩ و س ٣٠ و ص ١٤٢ س ٢٢ إلى غير ذلك الذي يعثر عليه المتتبع.
- (٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الأندلسي: ج ١، الباب الثالث فيما تكون به الذكاة، ص ٤٦٢ س ١٩ قال: رأى بعضهم أن يكونا منفصلين، إذ كان أنهار الدم منهما إذا كانا بهذه الصفة أمكن، وهو مذهب أبي حنيفة الخ.
- (٣) المجموع: النووي ج ٩ باب الصيد والذبائح ص ٨١ س ١٥ قال: وأما الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل بها الذكاة ولا الصيد بلا خلاف سواء كان الظفر والسن من آدمي أو غيره، وسواء كان المتصل والمنفصل إلى قوله: وقال الشافعي: أكره بالعظم الذكاة الخ.
- (٤) المسالك: في آلة الذابح ص ٢٢٦ س ١٩ قال: والشهيد في الشرح استقرب المنع من التذكية بالسن والظفر وجوزها بالعظم غيرهما الخ.

(الثالث) الكيفية:

وهي قطع الأعضاء الأربعة: المري، والودجان، والحلقوم. وفي الرواية: إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس. ويكفي في النحر الطعن في الثغرة. ويشترط استقبال القبلة بالذبيحة مع الإمكان والتسمية، فلو أخل بأحدهما عمدا لم يحل. ولو كان نسيانا حل. ويشترط نحر الإبل وذبح ما عداها، فلو نحر المذبوح، أو ذبح المنحور لم يحل.

والذي ينبغي تحصيله جواز ذلك في حال الاضطرار وعند تعذر الحديد بكل شيء يفري الأوداج سواء كان ذلك عظما أو حجرا وعودا أو غير ذلك، وإنما بعض المخالفين يذهب إلى أنه لا يجوز الذبح بالسن والظفر في حال الاضطرار والاختيار، واستدل بخبر رواه المخالف من طرقهم، وما رواه أحد من أصحابنا، فليلاحظ ذلك ولا تظن أنه قولنا (١).

قوله: (واستدل بخبر رواه المخالف، إشارة إلى استدلال الشيخ في الخلاف على عدم الجواز بهما ردا على أبي حنيفة (٢) والخبر إشارة إلى ما رواه رافع بن خديج وقد ذكرناه.

قال طاب ثراه: وفي الرواية إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس. أقول: لا بد في إباحة المذبوح من قطع الأعضاء الأربعة، أعني المري، وهو مجرى الطعام، والحلقوم، وهو مجرى النفس، والودجين، وهما عرقان محيطان بالحلقوم، فلا يجزي قطع بعضها مع الإمكان، فلو اقتصر منها على ثلاث لم يحل مع القدرة،

(١) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٢ س ٢٢ قال: والذي ينبغي تحصيله إلى قوله: فليلاحظ ذلك ولا يظن أنه قولنا.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب الصيد والذبائح، مسألة ٢٢ قال: وقال: أبو حنيفة: إن كان الظفر والسن متصلين كما قلناه وإن كانا منفصلين حل أكله الخ.

ولا يحل حتى يتحرك بعد التذكية حركة الحي، وأدناه أن يتحرك

احترازا عن المتردي.

أما لو قطع بعض الحلقوم، أو بعض الودج ولم يبينه، فالظاهر عدم الإجزاء، ويحتمله لحصول القطع في الجملة وإزهاق الحيوان بذلك.

هذا في المذبوح

أما المنحور فيكفي طعنه في ثغرة النحر وهي وهدة اللبة والثغرة بالثناء المثلثة المضمومة، والغين المعجمة الساكنة، والراء المهملة نقرة النحر التي بين الترقوتين واللبة: المنحر والجمع اللباب، وكذلك اللب، وهو موضع القلادة من الصدر من كل شيء.

والوهدة: المكان المطمئن، أي المنخفض، والجمع وهاد.

هذا هو المشهور في عبارات الأصحاب.

قال المصنف: وفي الرواية: إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس.

إشارة إلى صحيحة زيد الشحام وقد تقدمت (١).

وفي حسنة عبد الرحمان بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: إذا فرى

الأوداج فلا بأس (٢).

ولم يشترط البواقي، والأخبار خالية من ذكر الأربعة، بل هو شيء ذكره الشيخ

في كتابي الفروع (٣) (٤) وانعقد عليه الإجماع.

قال طاب ثراه: ولا يحل حتى يتحرك بعد التذكية حركة الحي، وأدناه أن

(١) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ٥١ الحديث ٢١٣.

(٢) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٢ الحديث ٢١٤.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب الضحايا مسألة ٧ قال: الذكاة لا تقع مجزية إلا بقطع أشياء أربعة الخ.

(٤) المبسوط: ج ١ كتاب الضحايا والعقيقة ص ٣٨٩ س ١٨ قال: وعندنا أن قطع الأربعة من شرط الإجزاء الخ.

الذنب، أو تطرف العين، يخرج الدم المعتدل. وقيل: يكفي الحركة،

يتحرك الذنب، أو تطرف العين ويخرج الدم المعتدل. وقيل: يكفي الحركة، وقيل:
يكفي أحدهما، وهو أشبه.

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال.

(الأول) اعتبارهما وهو قول المفيد (١) وتلميذه (٢) والقاضي (٣) وظاهر أبي
علي (٤) حيث قال: ولو لحق البهيمة ما بمثله تموت لو تركت فلحق ذكاتها وخرج
الدم مستويا وتحركت، أو بعض أعضائها بعد خروج الدم، حل أكلها، وكذلك لو
عضها السبع.

(الثاني) الاكتفاء بأحدهما: أعني خروج الدم ونعني به ذا الدفع القوي،
لا ما يكون متاقلا، أو الحركة القوية، ويكفي فيها أن تطرف عينيها، أو تركض
رجلها، أو يتحرك ذنبها، أو شيء من أعضائها، لا الاختلاج والتقلص الذي
يحصل في اللحم، فإنه قد يتفق في اللحم المسلوخ، فمتى حصل أحدهما كفى في حل
الذبيحة، ومع فقدهما تحرم، وهو مذهب الشيخ في النهاية (٥) وبه قال ابن

(١) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٨٩ س ٢٥ قال: وإذا ذبح الحيوان فتحرك عند الذبح وخرج
منه الدم فهو ذكي.

(٢) المراسم: ذكر الذابح ص ٢٠٩ س ٧ قال: فإن تحرك وخرج منه الدم يؤكل لحمه.

(٣) المهذب: ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٣٦ س ٣ قال: فأما الحلال إلى قوله: وكذلك إن ضربه
أو طعنه فقطعه بنصفين وتحرك كل واحد منهما وخرج منه دم الخ وقال في ص ٤٣٧ س ١٦ في ذكر
المحرمات: وكل صيد ضرب بسيف فانقطع بنصفين ولم يتحرك واحد منهما ولا خرج الدم.

(٤) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ١٩ قال: وقال ابن الحنيد: ولو لحق البهيمة
ما بمثله تموت الخ.

(٥) النهاية: باب الذبح وكيفية ووجوب التسمية، ص ٥٨٤ س ١٧ قال: وإذا ذبحت الذبيحة فلم
يخرج الدم، أو لم يتحرك شيء من أعضائها لم يجز أكله فإن خرج الدم أو تحرك شيء من أعضائها يدها
ورجلها أو غير ذلك جاز أكلها لا يخفى أن في عبارة النهاية المطبوعة سقط وأصلحناها من الجوامع الفقهية
وأثبتناها كما فيها فلاحظ.

إدريس (١) وهو ظاهر التقي (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة في القواعد (٤).
(الثالث) اعتبارهما معاً، أو الحركة وحدها، لا الدم وحده، وهو قول
الصدوق (٥) والعلامة في المختلف (٦).
احتج الأولون: بالاحتياط. وبأن الأصل تحريم الحيوان حتى تعلم ذكاته، ومع
اعتبار الأمرين يحصل اليقين بحله، لوقوع الإجماع عليه.
احتج الشيخ برواية الحسن بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: إن كان
الرجل الذي ذبح البقرة حين ذبح خرج الدم معتدلاً فكلوا وأطعموا، وإن كان
خرج خروجاً متثاقلاً فلا تقربوه (٧).
وبصحيحة محمد الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الذبيحة؟
فقال: إذا تحرك الذنب أو الطرف أو الأذن فهو ذكي (٨).

- (١) السرائر: باب الذبائح وكيفية ص ٣٦٩ س ٥ قال: وإذا ذبحت الذبيحة إلى قوله: فالمعتبر على
الصحيح من المذهب أحد الشئيين.
(٢) الكافي: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ٩ قال: أو غير متحركة بعد الذبح، أو لم يسلم
منها دم.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) القواعد: ج ٢، المطلب الرابع الكيفية ص ١٥٤ س ٢٤ قال: السادس: الحركة بعد الذبح، أو
خروج الدم المعتدل.
(٥) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٣٩ س ٩ قال: والشاة إذا طرفت عينها إلى قوله: فهي
ذكية: وإن ذبحت ولم تتحرك وخرج منها دم كثير فلا تأكل.
(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ٢٩ قال: والمعتمد اعتبار الحركة.
(٧) الكافي: ج ٦ باب إدراك الذكاة ص ٢٣٢ قطعة من حديث ٢.
(٨) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٥.

وقيل: يكفي أحدهما، وهو أشبه.
وفي إبانة الرأس بالذبح قولان،
المروي: أنها تحرم، ولو سبقت السكين فأبانته لم تحرم الذبيحة.

ومثلها عن رفاة عنه عليه السلام في الشاة إذا طرفت عينها أو حركت ذنبها،
فهي ذكية (١).

فالرواية الأولى دلت على حله مع خروج الدم. والأخيرتان دلتا على حله مع
الحركة. وبهما تمسك الصدوق ومن تبعه على مطلوبه.

قال طاب ثراه: وفي إبانة الرأس بالذبح قولان: المروي أنها تحرم.
أقول: هنا أربعة أقوال.

(الأول) تحريم الفعل والأكل وهو ظاهر النهاية (٢) وتبعه ابن زهرة في تحريم
الأكل (٣) وبه قال ابن حمزة مع التعمد ومع عدم خروج الدم مطلقا (٤).

(الثاني) كراهتهما، قاله ابن إدريس (٥).

(الثالث) كراهة الفعل وتحريم الأكل، قاله الشيخ في الخلاف (٦).

(الرابع) تحريم الفعل وكراهة الأكل قاله العلامة في المختلف (٧) واختاره فخر

(١) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٤.

(٢) النهاية: باب الذبح وكيفية ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ٤ قال: ومتى تعمد ذلك (أبان
الرأس) لم يجز أكله.

(٣) الغنية (في جوامع الفقهية): فصل في الصيد والذبائح ص ٦١٨ س ٢٠ قال: ولا يحل أكل ذبيحة
إلى قوله: أو فصل الرأس منها أو سلخ جلدها قبل أن يبرد.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦٠ س ١٥ قال: فإن نزع عمدا أو سهوا ولم يخرج
الدم حرم الخ.

(٥) السرائر: باب الذبائح وكيفية ص ٣٦٨ س ٢٠ قال: ويكره أن ينزع الذبيحة إلا بعد أن يبرد بالموت الخ.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب الضحايا، مسألة ١٣ قال: يكره إبانة الرأس من الجسد إلى قوله: فإن
خالف وأبان لم يحرم أكله.

(٧) المختلف: ج ٢، الفصل الثالث في الذبح ص ١٢٨ س ٣٦ قال: والمعتمد تحريم الفعل، لا المذبوح.

ويستحب في الغنم ربط يدي المذبوح وإحدى رجليه، وإمساك صوفه أو شعره حتى يبرد. وفي البقر عقد يديه ورجليه وإطلاق ذنبه. وفي الإبل ربط أخفافه إلى إبطيه. وفي الطير إرساله. ويكره الذباجة ليلاً، ونخع الذبيحة، وقلب السكين في الذبح، وأن يذبح حيوان وآخر ينظر إليه، وأن يذبح بيده ما رباه من النعم. ويحرم سلخ الذبيحة قبل بردها. وقيل: يكره وهو أشبه.

المحققين (١).

أما الأول: فلحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: ولا ينخع ولا تكسر الرقبة حتى تبرد الذبيحة (٢).

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: لا ينخع ولا تقطع الرقبة بعد ما تذبح (٣).

والنهي للتحريم.

وأما الثاني: فلصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ذبح طيراً، فقطع رأسه أيؤكل منه؟ قال: نعم ولكن لا يتعمد قطع رأسه (٤). ونخع الذبيحة قطع نخاعها. والنخاع بضم النون وفتحها وكسرهما، وهو الخيط الأبيض الذي الخرز منظومة فيه، وهو من الرقبة ممدود إلى عجب الذنب. وعجب الذنب بحركة الجيم أصل الذنب. قال طاب ثراه: ويحرم سلخ الذبيحة قبل بردها، وقيل: يكره وهو أشبه.

(١) الإيضاح: ج ٤، المطلب الرابع في الكيفية ص ١٣٧ س ١٥ قال: والصحيح عندي ما اختاره والذي في المختلف، وهو تحريم الفعل وإباحة الأكل.

(٢) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٩ قطعة من حديث ٢٥١.

(٣) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٦٠ قطعة من حديث ٢٥٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢٠٩ الحديث ٥٣.

أقول: بالتحريم قال الشيخ في النهاية: ولو سلخت قبل بردها لم يحل أكلها (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣). وبالكرهه قال ابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦). والشيخ عول على رواية مرسله عن أحمد بن محمد بن يحيى قال: قال أبو الحسن الرضا عليه السلام: الشاة إذا ذبحت وسلخت، أو سلخ شيء منها قبل أن تموت فليس يحل أكلها (٧). والباقون على عموم القرآن (٨)، والأخبار (٩) وأصالة الحل. في مسائل اختلف فيها (الأول) قلب السكين بأن يذبح إلى فوق، ومعناه أن يدخل السكين في وسط اللحم فيقطع إلى الجلد، بل ينبغي أن يتدنى من فوق الجلد فيقطع منه إلى الحلقوم.

-
- (١) النهاية: باب الذبح وكيفيته ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ١٥ قال: ولا يجوز سلخ الذبيحة إلا بعد بردها إلى قوله: لم يحل أكله.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٤٠ س ٢٠ قال: ومن ذبح بهيمة لم يجز أن يسلخها إلا بعد أن تبرد إلى قوله: لم يجز أكلها.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦٠ س ١٦ قال: وإن سلخ قبل أن تبرد حرم.
- (٤) السرائر: باب الذبائح وكيفيته ص ٣٦٩ س ١ فبعد ما نقل قول الشيخ في عدم جواز سلخ الذبيحة قبل البرد: قال: لا دليل على حظر ذلك الخ.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ١٤ فإنه بعد نقل قول ابن إدريس قال: وقول ابن إدريس قوي.
- (٧) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٣.
- (٨) سورة الأنعام / ١١٨ قال تعالى (فكلوا مما ذكر اسم الله عليه إن كنتم بآياته مؤمنين).
- (٩) لاحظ التهذيب: ج ٩ باب الصيد والذكاة، من ص ٥٧.

وبحرمته قال الشيخ (١) والقاضي (٢).
وبكراهته قال ابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥) للأصل.
والشيخ عول على رواية حمران بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: ولا
تقلب السكين تدخلها تحت الحلقوم وتقطع إلى فوق (٦).
(الثاني) نخع الذبيحة، وهو قطع نخاعها متصلا بالذبح، بأن لا يتخللها سكون،
وقد تقدم البحث فيه.
(الثالث) أن يذبح وحيوان آخر ينظر إليه، وحرمة الشيخ في النهاية (٧) وفسره
بالصبر، قال: ولا يجوز ذبح شيء من الحيوان صبوا، وهو أن يذبح شيئاً وحيوان آخر
ينظر إليه.
ومستنده رواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام قال: إن أمير المؤمنين
عليه السلام كان لا يذبح الشاة عند الشاة والجزور عند الجزور وهو ينظر إليه (٨).

-
- (١) النهاية: باب الذبح وكيفية ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ٤ قال: ولا يجوز أن يقلب السكين
فيذبح إلى فوق.
(٢) المهذب: ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ص ٤٤٠ س ٨ قال: ومن أراد الذبائح
فلا يجوز أن يقلب السكين الخ.
(٣) السرائر: باب الذبائح وكيفية ص ٣٦٨ س ٣٠ قال: ويكره أن يقلب السكين فيذبح إلى فوق،
بل ينبغي أن يتدبى من فوق الخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: ج ٢، الفصل الثالث في الذبح ص ١٢٩ س ٥ قال: وقول ابن إدريس قوي.
(٦) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة، ص ٥٥ قطعة من حديث ٢٢٧.
(٧) النهاية: باب الذبح وكيفية ووجوب القسمية ص ٥٨٤ س ١٤ قال: ولا يجوز ذبح شيء من الحيوان
صبوا، وهو أن يذبح الخ.
(٨) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٦ الحديث ٢٣٢.

ويلحق به أحكام.
(الأول) ما يباع في أسواق المسلمين يجوز ابتياعه من غير تفحص.
(الثاني) ذكاة السمك إخراجها من الماء حيا، ولا يعتبر في المخرج الإسلام ولا التسمية. ولو وثب أو نضب عنه الماء فأخذ حيا حل.
وقيل: يكفي إدراكه يضطرب، ولو صيد وأعيد في الماء فمات لم يحل وإن كان في الآلة. وكذا الجراد ذكاته أخذ حيا، ولا يشترط إسلام الأخذ، ولا التسمية، ولا يحل ما يموت قبل أخذه، وكذا لو أحرقه قبل أخذه، ولا يحل منه ما لم يستقل بالطيران.

ولا يدل على التحريم صريحا، والأصل الإباحة.
(الرابع) قطع شئ من أعضائها قبل البرد، عده التقي في المحرمات قبل الذكاة وبعدها قبل أن يحب جنوبها ويبرد بالموت، وجعله ميتة (١) والمشهور الكراهة. قال طاب ثراه: ذكاة السمك إخراجها من الماء حيا إلى قوله: وقيل: يكفي إدراكه يضطرب.
أقول: القائل هو الشيخ في النهاية (٢).
ومستنده رواية سلمة أبي حفص عن أبي عبد الله عليه السلام أن عليا عليه السلام كان يقول: في الصيد والسمك إذا أدركتها وهي تضطرب وتضرب بيديها وتحرك ذنبها وتطرف بعينها فهي ذكاتها (٣).

(١) الكافي: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٤ قال: وما قطع من الحيوان إلى قوله: وكل هذه المذكورات ميتة.
(٢) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٧ قال: وإذا وثبت سمكة من الماء، فماتت، فإن أدركها الإنسان وهي تضطرب جاز له أكلها، وإن لم يدركها كذلك تركها ولم يجز له أكلها.
(٣) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٧ الحديث ٢٤.

(الرابع) ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا تمت خلقتة، وقيل: يشترط مع إشعاره أن لا تلجه الروح، وفيه بعد ولو خرج حيا لم يحل إلا بالتذكية.

وقال العلامة: لا يكفي النظر بل لا بد من إمساكه باليد (١) وهو مذهب المصنف في الشرائع (٢) عملا بالمتيقن وأخذًا بالاحتياط. ولحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: إنما صيد الحيتان أخذه (٣). و (إنما) للحصر، فالمعتبر إصابتها باليد والآلة وإخراجها من الماء وموتها خارجه. واكتفى بعضهم بخروجها حية وموتها خارجه، والمحرم عنده إنما هو موتها في الماء، وهو

الذي ذهب إليه المصنف في النكت (٤) كمذهب النهاية (٥). قال طاب ثراه: ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا تمت خلقتة، وقيل: يشترط مع إشعاره أن لا تلجه الروح وفيه بعد. ولو خرج حيا لم يحل إلا بالتذكية. أقول: أصل المسألة مستفاد من السنة المتواترة. أما من طريق العامة: فما رواه أبو سعيد الخدري قال: سألت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقلنا: يا رسول الله إنا نذبح الناقة، ونذبح البقرة، أو الشاة وفي بطنها الجنين، أنلقيه؟ أم نأكله؟ قال: كلوه إن شئتم فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه (٦)

(١) القواعد: ج ٢ (في اللواحق) ص ١٥٥ س ١٥ قال: ولو أدركه بنظره فالأقرب التحريم. وفي التحرير ج ٢ (في الذباجة) ص ١٥٩ س ٢١ قال: وكذا إن وجدته على الجدد فأخذه بيده أو آله، ولا يكفي مشاهدته.

(٢) الشرائع: كتاب الذباجة (السابعة) قال: ولو أدركه بنظره فيه خلاف، أشبهه أنه لا يحل. (٣) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة، ص ١٠ قطعة من حديث ٣٤ ويؤيده أيضا الحديث ٢٩ و ٣٦.

(٤) النهاية ونكتها: ج ٣ س ٨٠، قال: لأن المحرم إنما هو ما يموت في الماء. (٥) تقدم ما عن النهاية فراجع.

(٦) رواه أصحاب الصحاح والسنن بطرق عديدة. وإليك شطر منها. سنن ابن ماجه، ج ٢ كتاب الذبائح (١٥) باب ذكاة الجنين ذكاة أمه ص ١٠٦٧ الحديث ٣١٩٩ و سنن الدارمي، ج ٢، كتاب الأضاحي ص ٨٤ باب في ذكاة الجنين ذكاة أمه. ومسند أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٩ س ٩ و ص ٤٥ س ٢٥. و سنن أبي داود، ج ٣ كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين الحديث ٢٨٢٧ و ٢٨٢٨ إلى غير ذلك مما يظهر للمتتبع.

ومن طريق الخاصة كثير من الصحاح والحسان.
فمنه ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام أنه قال في
الذبيحة تذبح وفي بطنها ولد: إن كان تاما فكله، فإن ذكاته ذكاة أمه، وإن لم يكن
تاماً فلا تأكله (١).

فروي ذكاة الثاني بالنصب (٢) وانتصابه بنزع الخافض، وهو الكاف (٣)
فيكون تقدير الكلام: إن ذكاة الجنين مثل ذكاة أمه. فعلى هذا يفتقر إلى تذكية له
بانفراده، ولا ينتجه ذكاة الأم، فلو خرج ميتاً، أو حياً لا يتسع الزمان لذبحه، أو
يتعذر ذبحه لتعذر آلة وغيرها، حرم كغيره من الذبائح.
وروي ذكاة الثاني بالرفع (٤)، وهو المشهور بين الأصحاب، وعليه عمل
المصنف (٥) والعلامة (٦) وفخر المحققين (٧) ومعناه: أن ذكاة الجنين هي ذكاة أمه،
فهي مبيحة ونائبة عن تذكيته، وكافية في حله، فلا تحتاج إلى تذكية له بانفراده،
لكن بشرطين.

-
- (١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢٠٩ الحديث ٥٥.
(٢) لم أعثر عليهما بلفظ الرواية، وفي كلمات الفقهاء هكذا، قال في اللمعة: ج ٧ كتاب الصيد
والذباحة ص ٢٤٨ ما لفظه (والصحيح رواية وفتوى: إن ذكاة الثانية مرفوعة خبراً عن الأولى) وفي العوالي:
ج ٢ ص ٣٢٣ قال: فروي ذكاة الثاني بالرفع وروي بالنصب الخ.
(٣) في النسختين المخطوطتين (وهو مثل) بدل (وهو الكاف).
(٤) لم أعثر عليهما بلفظ الرواية، وفي كلمات الفقهاء هكذا، قال في اللمعة: ج ٧ كتاب الصيد
والذباحة ص ٢٤٨ ما لفظه (والصحيح رواية وفتوى: إن ذكاة الثانية مرفوعة خبراً عن الأولى) وفي العوالي:
ج ٢ ص ٣٢٣ قال: فروي ذكاة الثاني بالرفع وروي بالنصب الخ.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) القواعد: ج ٢ كتاب الصيد والذباحة ص ١٥٤ س ٧ قال: وذكاة الجنين ذكاة أمه إن تمت
خلقته الخ.
(٧) الإيضاح: ج ٤ ص ١٣٣ س ١٨ قال: والأقوى عندي اختيار المصنف.

(الأول) أن تتم خلقتة، وحده أن تشعر أو توبر. وإن لم تتم خلقتة وخرج ميتا فهو حرام باتفاق الكل مؤالفا ومخالفا:
(الثاني) قيل فيه أربعة أقوال.

(أ) خروجه ميتا، قاله الشيخ في الخلاف (١)، فلو خرج حيا لم يحل إلا بالتذكية، وهو مذهب السيد (٢) وأبو علي (٣).
(ب) خروجه ميتا، أو حيا لا يتسع الزمان لفعل التذكية نفسها، لا باعتبار عارض من فقدان آله، أو تعذر ذلك، وهو مذهب الشيخ في المبسوط، في كتاب الأطعمة فإن عاش ما يتسع الزمان لذبحه ثم مات قبل الذبح فهو حرام وإن كان لعذر (٤).

(ج) الإقناع بتمام الخلقة. قال المفيد: جنين الحيوان حلال إذا أشعر وأوبر وذكاته ذكاة أمه ولا يجوز أكله قبل أن يشعر أو يوبر مع الاختيار (٥) وقال الحسن: ذكاته ذكاة أمه إن كان تاما وإلا كان حراما (٦) فلم يشترطا سوى تمامية الخلقة.

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب الأطعمة مسألة ١٨ قال: فإن كان تاما وحده أن يكون أشعر أو أوبر، نظر فيه، فإن خرج ميتا حل أكله، وإن خرج حيا ثم مات لم يحل أكله الخ.
(٢) الإنتصار: مسائل الصيد ص ١٩٥ س ٨ قال: مسألة. ومما انفردت به الإمامية القول: بأن الجنين إلى قوله: إن كان كاملا الخ.
(٣) المختلف: ج ٢، كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ٣٨ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وكمال خلقتة أن يوبر أو يشعر الخ.
(٤) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ١٦ قال: فإن خرج ميتا فهو حلال إلى قوله: وإن عاش ما يتسع الزمان لذبحه الخ.
(٥) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ١١ قال: وحنين الحيوان إذا أشعر وأوبر ذكاته ذكاة أمه إلى قوله: مع الاختيار.
(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٩ س ٢٧ قال: وقال ابن عقيل: إذا ذبح ذبيحة فوجد في بطنها ولدا تاما الخ.

وقال الصدوق في المقنع: إن كان تاما فكله، فإن ذكاته ذكاة أمه، وإن لم يكن تاما فلا تأكله، وروي أنه إذا أشعر أو أوبر فذكاته ذكاة أمه (١) هذا آخر كلام الصدوق. وظاهره أن التمامية تحصل قبل الإشعار والإيبار، وما قدمناه من تفسير التمامية بهما ذكره الشيخ في الخلاف (٢).

وهو في صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الحوار (٣) تذكى أمه، أيؤكل بذكاتها؟ فقال: إذا كان تاما ونبت عليه الشعر فكل (٤). وفي حسنة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن قول الله عز وجل: (أحلت لكم بهيمة الأنعام) (٥) قال: الجنين في بطن أمه إذا أشعر أو أوبر فذكاته ذكاة أمه، فذلك الذي عني الله عز وجل (٦).
(د) شرط الشيخ في النهاية (٧) وابن حمزة (٨) وابن إدريس (٩) وسالار (١٠)

-
- (١) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٣٩ س ١٤ قال: فإن كان تاما إلى قوله: فذكاته ذكاة أمه.
(٢) تقدم أنفا.
(٣) الحوار ولد الناقة من حين يوضع إلى أن يفطم ويفصل فإذا فصل عن أمه فهو فصيل (لسان العرب، ج ٤ حرف الراء ص ٢٢١).
(٤) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة، ص ٥٩ الحديث ٢٤٦.
(٥) سورة المائدة / ١.
(٦) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥٨ الحديث ٢٤٤.
(٧) النهاية: باب الذبح وكيفية ووجوب التسمية ص ٥٨٤ س ١٩ قال: فإن كان قد أشعر أو أوبر ولم تلجه الروح فذكاته ذكاة أمه، وإن لم يكن تاما لم يجز أكله على حال.
(٨) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الذبائح ص ٣٦١ س ٦ قال: أما إذا أشعر ولم تلجه الروح إلى قوله: تحصل ذكاة بذكاة أمه.
(٩) السرائر: باب الذبائح وكيفية ص ٣٦٩ س ٨ قال: فإن كان قد أشعر وأوبر ولم تلجه الروح فذكاته ذكاة أمه الخ.
(١٠) المراسم: ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٧ قال: فأما أجننته ما يؤكل لحمه إلى قوله: فإن أشعر أو أوبر وأممه مذكاة، فذكاته ذكاة أمه إذا لم تلجه الروح.

والقاضي (١) في إباحته بذكاة أمه مع إشعاره وإيباره أن لا تلججه الروح، ولا يحل لو اختل أحدهما، فلو ولجته الروح ولم تتم خلقتها، لم يحل، ولو تم خلقتها وقد ولجته الروح في جوفها لم يحل إلا بتذكيته، سواء خرج حيا ولم يتسع الزمان لذبحه، أو خرج ميتا فإنه يكون حراما.

قال المصنف: وهو بعيد (٢) أي اشتراط عدم الولوج مع اشتراط الإشعار والإيبار بعيد أما أولا فلعدم النقل، فإن الروايات خالية من ذكر هذا الشرط. وأما ثانيا فلقضاء العادة بخلافه، فإن ولوج الروح هو السابق على الإشعار والإيبار، فكيف يمكن اشتراط عدمه مع وجود أحدهما. والعلامة (٣) وفخر المحققين (٤) تابعا للمصنف في منع شرط النهاية.

(١) المهذب: ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ومن الميتة والبيض والجلود ص ٤٤٠ س ٢١ قال: ومن ذبح شاة أو غيرها ووجد في بطنها جنينا قد أشعر وأوبر ولم تنشش فيه الروح فذكاته ذكاة أمه.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد: ج ٢، المطلب الثاني. المذبوح ص ١٥٤ س ٧ قال: وذكاة الجنين ذكاة أمه إن تمت خلقتها بأن أشعر أو أوبر وخرج ميتا.

(٤) الإيضاح: ج ٤ في الذبائح ص ١٣٤ س ١٨ قال بعد نقل قول العلامة في القواعد: والأقوى عندي اختيار المصنف.

كتاب الأطعمة والأشربة
والنظر فيه يستدعي أقساماً.
(الأول) في حيوان البحر، ولا يؤكل منه إلا سمك له فلس، ولو
زال عنه كالكنعت. ويؤكل الربيثا، والأربيان، والطمير، والطبراني،
والإيلامي. ولا يؤكل السلحفاة، ولا الضفادع، ولا السرطان،

(كتاب الأطعمة والأشربة)

مقدمة

الأصل في معرفة ما يحل أكله: إن المأكل لا يخلو إما أن يكون من الحيوان أو
من غيره، وكلاهما يرجع فيه إلى الشرع، فما أباحه فهو حلال وما حرمه فهو حرام،
وما لم يكن له في الشرع ذكر وهو من الحيوان حي، فهو حرام، لأن ذبح الحيوان
محظور إلا بالشرع.

وإن لم يكن حياً، أو كان من غير الحيوان، فإن علم اشتماله على
مضرة الجسد كان حراماً، وإن لم يعلم أو علم النفع كان مباحاً، لأن الأصل في
الأشياء كونها قبل ورود الشرع على الإباحة على المذهب المحقق عند

(١٨٣)

الأصوليين (١).

ولقول الصادق عليه السلام: كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي (٢).
ومن قال: بأن الأصل فيها الحظر، أو قال بالوقف يلزم التحريم (٣).
تذنيب

ويلحق بالمحلل في الجملة ما كان مستطابا. ويحرم ما كان خبيثا، لقوله تعالى:
(يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات) (٤) وقال تعالى: (الذين يتبعون
الرسول النبي الأمي - إلى قوله - ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث (٥)).
ومن هذا تحريم الأبوال، لاستخبائها وإن كانت طاهرة، وكذا المشيمة والفرج،
فالطيب إذن ما استطابته النفس وكان خاليا عن الضرر كالسمومات، والخبث
ما نفرت منه واستقدرته كالدم والفرث.
والحاصل: إن اسم الطيب تقع على أربعة أنحاء.

(١) الحظر أو الإباحة في الأفعال من المسائل الأصولية المتنازع فيه بين الأصوليين من العامة
والخاصة، فلاحظ المستصفي للغزالي: ج ١ ص ٦٣ قال: مسألة ذهب جماعة من المعتزلة إلى أن الأفعال قبل
ورود الشرع على الإباحة، وقال بعضهم على الحظر الخ.
وفي الفصول في الأصول، فصل ينقسم الفعل عند القائلين بالتحسين والتقييح العقليين إلى
ما يستقل العقل بإدراك حسنه أو قبحه وإلى ما لا يستقل قال: وأما ما لا يستقل العقل بإدراك حسنه
ولا قبحه، فقد اختلف القائلون إلى قوله: في حكمه قبل ورود الشرع فذهب الأكثرون إلى الإباحة وآخرون
إلى الحظر الخ.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ١ (٤٥) باب وصف الصلاة من فاتحتها إلى خاتمتها ص ٢٠٨
الحديث ٢٢.

(٣) تقدم أنفا تحت رقم ١.

(٤) سورة المائدة / ٤.

(٥) سورة الأعراف / ١٥٧.

(أ) الحلال: قال تعالى: (كلوا من الطيبات) (١) أي من الحلال.
(ب) الطاهر: قال تعالى: (فتيمموا صعيدا طيبا) (٢) أي طاهرا.
(ج) ما لا أذى فيه، كالزمان الذي لا حر فيه ولا برد، يقال: هذا زمان طيب
ومكان طيب.

(د) ما تستطيه النفس ولا تنفر منه، كقوله تعالى: (يسألونك ماذا أحل لهم قل
أحل لكم الطيبات) (٣) وليس المراد منه الحلال لعدم الفائدة في الجواب حينئذ
لأنهم سألوه أن يبين لهم الحلال، فلا تقول في الجواب: الحلال هو الحلال، ولا
الطاهر لأن الطاهر إنما يعرف شرعا وتوقيفا، ولا ما لا أذى فيه، لأن المأكول
لا يوصف به.

فتعين أن يكون المراد ردهم إلى ما يستطيونه ولا يستحبثونه، فردهم إلى عاداتهم
وما هو مقرر في نفوسهم وطباعهم.

قال الشيخ رحمه الله: وهذا قريب غير أنه لا يمتنع أن يقال: المراد ما لا أذى فيه
من المباح الذي ليس بمحرم، فكأنهم لما سألوه عن الحلال، قال: هو ما لا يستحق
بتناوله العقاب، وذلك عام في جميع المباحات، سواء علمنا ذلك عقلا أو شرعا،
قال: ومن اعتبر العرف والعادة ردهم إلى عرف أهل الريف والمكنة وحالة
الاختيار، دون أهل البوادي وذوي الاضطرار من جفاة العرب، كما سئل بعضهم
عما يأكلون؟ قال: كلما دب ودرج إلا أم حبين (٤) وقال بعضهم: لتهن أم حبين

(١) سورة المؤمنون / ٥١.

(٢) سورة النساء / ٤٣.

(٣) سورة المائدة / ٤.

(٤) أم حبين بحاء مهملة مضمومة وباء موحدة مفتوحة مخففة دوية مثل ابن عرس وسام أبرص.
وإنما سميت بذلك من الحين، تقول: فلان به حين أي مستسقي فشبهت بذلك لكبير بطنها، وقال ابن
السكيت: هي أعرض من العظاءة (ذكرها الدميري في مواضع من كتاب حياة الحيوان لاحظ ج ١ باب
الحاء المهملة ص ٢٤١ في أم حبين و ج ٢ باب العين المهملة ص ٩٨ في العظاءة وغيرهما).

العافية تأمن إن تطلب وتذبح وتؤكل (١).

تنبيه:

هذا في حالة الاختيار،
وأما في حالة الضرورة فيباح جميع المحرمات، لقوله تعالى
(وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) (٢) وقوله تعالى: (فمن اضطر غير
باغ ولا عاد فلا أثم عليه) (٣).

ولا يختص التحريم نوعاً من المحرمات، بل يباح الميتة والخمر لدفع العطش
المؤدي إلى التلف، ويقتصر على سد الرمق. وكذا يجوز لإساعة اللقمة إذا لم يجد
سوى الخمر.

أما التداوي بالخمر، أو بشيء من المسكرات، أو المحرمات فلا يجوز، فيحل
تناول الخمر لطلب السلامة في صورة دفع الهلاك، ولا يجوز لطلب الصحة في دفع
الأمراض.

لحسنه عمر بن أذينة قال: كتبت إلى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل
يبحث له الدواء من ريح البواسير فيشره بقدر أسكرجة من نبيذ صلب ليس يريد به
اللذة وإنما يريد به الدواء، فقال: لا، ولا جرعة، ثم قال: إن الله عز وجل لم يجعل في
شيء مما حرم شفاء ولا دواء (٤).

(١) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٧٩ س ٧ أقول: بل جل المطالب من أول كتاب الأطعمة
مأخوذ من المبسوط فلاحظ.

(٢) سورة الأنعام / ١١٩.

(٣) سورة البقرة / ١٧٣.

(٤) الكافي: ج ٦ كتاب الأشربة باب من اضطر إلى الخمر للدواء، أو للعطش، أو للتقية ص ٤١٣
الحديث ٢.

وهل يجوز التداوي به للعين؟ منع منه ابن إدريس (١) والشيخ في أحد قولييه (٢) وأجازه في الآخر (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).
احتج الأولون برواية معاوية بن عمار قال: سأل رجل الصادق عليه السلام عن دواء عجن بالخمير نكتحل منها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما جعل الله عز وجل في حرام شفاء (٦).
وعنه عليه السلام: من اكتحل بميل من مسكر كحله الله بميل من نار (٧).
احتج الآخرون برواية هارون بن حمزة الغنوي عن الصادق عليه السلام في رجل اشتكى عينه، فنعت له كحل يعجن بالخمير فقال: هو خبيث بمنزلة الميتة، فإن كان مضطرا فليكتحل به (٨).

- (١) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة، ص ٣٧٢ س ٣ قال: فإن اضطر إليه للتداوي أو الجوع فلا يجوز له تناوله بحال لا للتداوي للعين ولا غيرها.
(٢) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٨ س ٨ قال: فإن لم يجد إلا خمرا إلى قوله: سواء كان مضطرا إلى الأكل والشرب أو التداوي وفي كتاب الخلاف، كتاب الأطعمة، مسألة ٢٧ قال: إذا اضطر إلى شرب الخمر إلى قوله: أو التداوي فالظاهر أنه لا يستبيحها أصلا الخ.
(٣) النهاية باب الأشربة المحظورة والمباحة ص ٥٩٢ س ٢ قال: فإن اضطر إلى ذلك جاز أن يتداوى به للعين.
(٤) الشرائع: ومن اللواحق النظر إلى حال الاضطرار، قال: ويجوز عند الضرورة أن يتداوى بها للعين.
(٥) القواعد: في الأطعمة والأشربة ص ١٦٠ س ١ قال: ويجوز عند الضرورة أن يتداوى به للعين.
(٦) الكافي: ج ٦ كتاب الأشربة، باب من اضطر إلى الخمر للدواء أو للعطش، أو للتقية ص ٤١٤ الحديث ٦.
(٧) الكافي: ج ٦ كتاب الأشربة، باب من اضطر إلى الخمر للدواء ص ٤١٤ الحديث ٧.
(٨) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ١١٤ الحديث ٢٢٨.

وفي الجري روايتان: أشهرهما التحريم. وفي الزمار، والمارماهي،
والزهو روايتان. أشهرهما: الكراهية.

وكذا نقول: في المريض إذا تيقن التلف لولا التداوي بها جاز إذا كان لدفع
التلف، لا لطلب الصحة، قاله القاضي (١) واختاره العلامة (٢) ومنع الشيخ (٣)
وابن إدريس (٤) قال القاضي: والأحوط تركه (٥).
ولو اضطر إلى بول وخمر يتناول البول، لأن الخمر أفحش، لإسكاره، ووجوب
الحد به.

أما التداوي ببول الإبل فجائز إجماعاً، وفي غيرها من الطاهرة على الأصح.
قال طاب ثراه: وفي الجري روايتان، أشهرهما التحريم، وفي الزمار والمارماهي
والزهو روايتان: أشهرهما الكراهية.
أقول: ذهب الشيخ في موضع من النهاية إلى أن المارماهي والزمار والزهو مكروه
شديد الكراهية، وإن لم يكن محظوراً (٦) وتبعه القاضي (٧).

- (١) المهذب: ج ٢ باب الأشربة ص ٤٣٣ س ١٦ قال: ومن خاف على نفسه من العطش جاز له أن
يشرب من الخمر مقدار ما يمسك ريقه وإذا كان في الدواء إلى قوله: والأحوط له تركه.
(٢) المختلف: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٣٥ س ٢٥ قال: والمعتمد جواز شربه عند خوف
التلف من العطش والمرض الخ.
(٣) النهاية: باب الأشربة المحظورة ص ٥٩٢ س ٣ قال: ولا يجوز له أن يشربه على حال.
(٤) السرائر: باب الأطعمة والأشربة ص ٣٧٢ س ٤ قال: فتحريمها معلوم من دين الرسول صلى
الله عليه وآله وتحليلها يحتاج إلى دليل.
(٥) قد مر نقله آنفاً.
(٦) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ٧ قال: وأما
المارماهي إلى قوله: وإن لم يكن محظوراً.
(٧) المهذب: ج ٢ باب الصيد والذبائح ص ٤٣٨ س ١٩ قال: وأما المكروه إلى قوله: والمارماهي
والزهو والزمار.

وذهب في الخلاف، وباب الحد من النهاية إلى تحريمها ووجوب القتل على مستحلها (١) (٢) وبالتحريم قال المفيد (٣) وتلميذه (٤) والسيد (٥) وابن إدريس (٦) والصدوق (٧) والقديمان (٨) (٩) قال أبو علي: ولا يؤكل من السمك الجري والمارماهي والزمار، وما لا قشر له، وما ليس ذنبه مستويا (١٠) واختار المصنف الكراهة فيما عدا الجري والتحريم فيه (١١) واختار العلامة التحريم في الكل (١٢). احتج الأولون بصحيفة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الجريث.

- (١) كتاب الخلاف: كتاب الصيد والذبائح مسألة ٣١ قال: فأما غيره مثل المارماهي والزمير إلى قوله: فإن جميع ذلك لا يحل أكله بحال.
- (٢) النهاية: باب الحد في شرب المسكر والمأكّل المحظورة ص ٧١٣ س ١٧ قال: ويغرر آكل الجري والمارماهي إلى قوله: فإن استحل شيئا من ذلك وجب عليه القتل.
- (٣) المقنعة: باب الصيد والرماية ص ٨٩ س ٣ قال: ويجتنب الجري والزمار والمارماهي.
- (٤) المراسم ذكر الصيد والذبائح ص ٢٠٧ س ٣: والسمك على ضربين الجري والزمير والمارماهي إلى قوله: فالأول كله حرام.
- (٥) الانتصار: (مسائل الصيد) ص ١٨٦ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية تحريم إلى قوله: الجري والمارماهي والزمار.
- (٦) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ١٧ قال: وكذلك لا يجوز أكل المارماهي ولا الزمار ولا الزهو بالزء المعجمة لأنه لا قشر له.
- (٧) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٤٢ س ٧ قال: ولا تأكل الجري ولا المارماهي ولا الزمير.
- (٨) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله ص ١٢٥ س ٢٣ و ٢٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: وحرام بيع شيء من الجري والمارماهي والزمار، وقال ابن الجنيد: ولا يؤكل من السمك الجري ولا المارماهي والزمار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستويا.
- (٩) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله ص ١٢٥ س ٢٣ و ٢٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: وحرام بيع شيء من الجري والمارماهي والزمار، وقال ابن الجنيد: ولا يؤكل من السمك الجري ولا المارماهي والزمار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستويا.
- (١٠) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله ص ١٢٥ س ٢٣ و ٢٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: وحرام بيع شيء من الجري والمارماهي والزمار، وقال ابن الجنيد: ولا يؤكل من السمك الجري ولا المارماهي والزمار وما لا قشر له وما ليس ذنبه مستويا.
- (١١) لاحظ عبارة النافع.
- (١٢) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله ص ١٢٥ س ٣٩ قال: والحق تحريمه (أي الجري) إلى أن قال: والأولى في الزمار والمارماهي والزهو التحريم الخ.

فقال: وما الجريث؟ فنعت له، فقال: لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة، إلى آخر الآية (١) ثم قال: لم يحرم الله شيئاً من الحيوان في القرآن إلا الخنزير بعينه، ويكره كل شيء من البحر ليس له قشر مثل الورق، وليس بحرام إنما هو مكروه (٢).

ومثلها صحيحة محمد بن مسلم (٣). وبأصالة الصحة. احتج المانعون برواية سمرة بن أبي سعيد قال: خرج أمير المؤمنين على بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله، فخرجنا معه نمشي حتى انتهينا إلى موضع أصحاب السمك، فجمعهم، فقال: أتدرون لأي شيء جمعتمكم؟ قالوا: لا، قال: لا تشتروا الجريث ولا المارماهي ولا الطافي على الماء، ولا تبيعوه (٤). وروى ابن فضال عن غير واحد من أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: الجري والمارماهي والطافي حرام في كتاب علي عليه السلام (٥). وبالاحتياط، وبأنه قول أكثر علمائنا. والجواب عن روايات الإباحة، حملها على التقية. تفسير:

(الجري): بكسر الجيم والراء المهملة المشددة المكسورة، ويقال: (الجريث): بكسر الجيم والراء المشددة، والياء المثناة من تحت والشاء المثناة، (والزمار): بكسر

(١) سورة الأنعام / ١٤٥.

(٢) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥ الحديث ١٥.

(٣) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٦ الحديث ١٦.

(٤) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥ الحديث ١١.

(٥) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٥ الحديث ١٢.

ولو وجد في جوف سمكة سمكة أخرى، حلت إن كانت مما يؤكل، ولو قذفت الحية سمكة تضطرب، فهي حلال إن لم يتسلخ فلوسها. ولا يؤكل الطافي وهو الذي يموت في الماء وإن كان في شبكة أو حظيرة.

الزاء المعجمة، والميم المشددة، والراء المهملة بعد الألف. (والكنعت): بالكاف والنون قبل العين المهملة والتاء المثناة من فوق، ويقال: (الكنعد) بالبدال المهملة، ضرب من السمك له فلس ضعيف، ويحك بالرمل لحرارته فيذهب منه. (والريثا) بالراء المهملة والباء المكسورة المنقطة بواحدة، والياء المثناة من تحت، والتاء المثناة المفتوحة، والألف المقصورة، ضرب من السمك له فلس لطيف. (والأريبان) بكسر الهمزة وكسر الباء الموحدة، والتاء المثناة من تحت قبل الألف والنون أخيرا ضرب من السمك بيض كالودود يكون بالبصرة (والطمر) بكسر الطاء المهملة والميم الساكنة والراء المهملة، (والطبراني) بالطاء المهملة المفتوحة، والباء المفتوحة الموحدة، والراء المهملة المفتوحة والنون المكسورة بعد الألف، (والابلامي) بكسر الهمزة، وسكون الباء الموحدة واللام المفتوحة والميم المسكورة بعد الألف، (والسلحفاة) بضم السين المهملة واللام والحاء المهملة الساكنة والفاء المفتوحة والهاء بعد الألف.

قال طاب ثراه: ولو وجد في جوف سمكة، سمكة أخرى، حلت إن كانت مما يؤكل. ولو قذفت الحية سمكة تضطرب، فهي حلال إن لم يتسلخ فلوسها. أقول: هنا مسئلتان.

(الأولى) إذا شق جوف سمكة فوجد فيها أخرى، قال في النهاية: حلت إذا كانت من جنس ما يحل أكلها ولم تتسلخ، ولا يحل لو تسلخت (١) وقال الفقيه:

(١) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٣ قال: جاز أكلها إلى قوله: وإن كانت قد تسلخت لم يجز أكلها على حال.

والمفيد حلت إن كانت ذات فلوس وإن لم يكن لها فلوس لم يؤكل (١) (٢) ولم يشترطا عدم التسليخ. ومنع ابن إدريس من أكلها إلا إذا خرجت حية (٣) احتج الشيخ بما رواه السكوني بالموثق عن الصادق عليه السلام: أن عليا سئل عن سمكة شق بطنها فوجد فيها سمكة أخرى قال: كلهما جميعا (٤). ومثلها رواية أبان عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام قال: تؤكلان جميعا (٥).

وبالاستصحاب الدال على بقاء الحياة واستمرارها إلى حين إخراجها، قال المصنف في الشرائع: وبهذا روايتان طريق أحدهما السكوني، والأخرى مرسلة، ومن المتأخرين من منع، استنادا إلى عدم اليقين بخروجها من الماء حية وربما كانت الرواية أرجح، استصحابا لحال الحياة (٦). وكذا العلامة في المختلف مال إلى ترجيح الرواية، قال: وقول الشيخ ليس بعيدا من الصواب لعموم قوله تعالى: (وأحل لكم صيد البحر وطعامه) (٧) ثم أورد

-
- (١) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٦ س ٦ قال: وقال الشيخ علي بن بابويه: إلى قوله: وإن لم يكن لها فلوس لم يؤكل.
(٢) المقنعة: باب الصيد والرمية ص ٨٩ س ٤ قال: وإن صيدت سمكة إلى قوله: وإن لم تكن ذات فلوس لم تؤكل.
(٣) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ٢٦ قال: والذي يقتضيه المذهب أنه إن كانت الموجودة حية فإنها يؤكل.
(٤) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذبائح ص ٨ الحديث ٢٥.
(٥) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذبائح ص ٨ الحديث ٢٦.
(٦) الشرائع: كتاب الأطعمة والأشربة، في حيوان البحر قال: وبهذا روايتان الخ.
(٧) سورة المائدة / ٩٦.

الروائيتين واختار ما اختاره ابن إدريس أخيراً، قال: لعدم تيقن الإخراج من الماء حية مع أنه مناط التحليل (١).
احتج ابن إدريس بأن الشرط في إباحته ذكاته بإخراجه من الماء حياً، وهذا الشرط غير معلوم، فلا يباح أكلها (٢) واختاره فخر المحققين لأن وجود المشروط بدون الشرط محال وإلا لم يكن الشرط شرطاً لهذا خلف (٣).
والحاصل: أن منشأ الخلاف أن شرط حل السمك أخذه حياً، ولا شك أن هذه السمكة أحلتها الحياة وقتاً ما، والأصل البقاء إلى الأخذ، فيكون شرط التذكية موجوداً، لانتفاء العلم بالمانع.
ومن حيث أن الشرط هو حياتها حالة الأخذ، وهو مجهول، ومع الجهل بالشرط يستحيل الجزم بالمشروط.
(الثاني) لو قذفت الحية سمكة: قال في النهاية: حلت إن لم تتسلخ (٤) وحرمتها ابن إدريس (٥) إلا أن تقذفها والسمكة تضطرب، قال المصنف في الشرائع:

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٦ س ٨ قال: وقول الشيخ ليس بعيداً من الصواب إلى قوله: مع أنه مناط التحليل.

(٢) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ٢٩ قال: والأولى أن يقال: إن كانت السمكة الموجودة في جوف الحية حية فإنها تؤكل الخ وقال في المختلف ص ١٢٦ س ٧: ومنع ابن إدريس أكل المخرجة من جوف السمكة أو الحية إلا إذا خرجت حية الخ ومن هنا يظهر أن فتواه خروج السمكة حية سواء كان من جوف السمكة أو الحية.

(٣) الإيضاح: ج ٤ في الأطعمة والأشربة ص ١٤٤ س ١٨ قال: والأقوى عندي قول ابن إدريس، لأن وجود الشرط الخ.

(٤) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٤ قال: فإن كانت على هيئتها لم تتسلخ لم يكن بأس بأكلها.

(٥) تقدم تحت رقم (٣).

ولو اختلط الحي منهما بالميت حل والاجتناب أحوط. ولا يؤكل جلال السمك حتى يطعم علفا طاهرا يوما وليلة. وبيض السمك المحرم مثله، ولو اشتبه أكل منه الخشن، لا الأملس.

وينبغي اعتبار أخذها باليد لتحقق الزكاة (١) واختاره العلامة (٢) وفخر المحققين (٣).

احتج الشيخ بما رواه صالح بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك ما تقول في حية ابتلعت سمكة ثم طرحتها وهي حية تضطرب: أكلها؟ فقال: إن كان فلوسها قد تسلخت فلا تأكلها وإن لم يكن تسلخت فكلها (٤). وأجيب بالقول بموجبها، وليس فيها دلالة على مطلوب الشيخ، فإنها نطقت بكونها ألقته وهي حية ولم يذكر فيها إخراجها ميتة، ولا الأعم الشامل للقسمين، كالإخراج في الجملة، بل قيدت إخراجها حية تضطرب. وهل يشترط إمساكها بعد ذلك باليد، أو الآلة، أو موته خارج الماء في الجملة؟ وقد تقدم البحث فيه.

قال طاب ثراه: ولو اختلط الحي منهما بالميت حل والاجتناب أحوط. أقول: إذا نصب في الحظيرة، وهو الماء المحصور بمسناة أو ما أشبهها، أو البركة شبكة وخرج فيها سمك فإن كان حيا حل قطعاً، وإن كان ميتاً حرم، لأنه مات فيما فيه حياته.

-
- (١) الشرائع: في حيوان البحر قال: ولو اعتبر مع ذلك أخذها حية لتحقق الزكاة كان حسناً.
(٢) القواعد: ج ٢ (الأول) ص ١٥٦ س ٣ قال: والوجه التحريم إلا أن يأخذها حيا.
(٣) الإيضاح: ج ٤ ص ١٤٥ س ٨ قال: والأصح اختيار المصنف هنا وهو التحريم.
(٤) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٨ الحديث ٢٧ والحديث عن صالح بن أعين عن الوشاء.

وإن اختلط الحي فيها بالميت، هل يجب اجتناب الجميع، أو يحل الجميع؟ قيل فيه قولان:

(الحل) لخمسة أوجه.

(أ) الأصل، فإن مقتضاه الإباحة.

(ب) عموم قوله تعالى: أحل لكم صيد البحر وطعامه (١).

(ج) قوله عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال (٢).

(د) رواية حماد بن عثمان عن الحلبي قال: سألته عن الحظيرة من القصب تجعل في الماء للحياتان تدخل فيها الحياتان، فيموت فيها بعضها قال: لا بأس به، أن تلك الحظيرة إنما جعلت ليصطاد فيها (٣).

ومثله رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعت أبي يقول: إذا ضرب صاحب الشبكة بالشبكة فما أصاب فيها من حي أو ميت فهو حلال (٤).

(١) سورة المائدة / ٩٦.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن في شرع الإسلام ص ٢٨٣ الحديث ٣٤ و ج ٧، أيضا (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها. وفيه نقل الحديث بعبارات شتى، لاحظ ص ٣٢٨ الحديث ٨ وفيه: (إن الحرام لا يفسد الحلال) وحديث ٩ وفيه: (إن الحرام لا يحرم الحلال) و ص ٣٢٩ الحديث ١٢ وفيه: (إن الحرام لا يفسد الحلال) وحديث ١٣ وفيه (ما حرم حرام حلالا قط) و ص ٣٣٠ الحديث ١٦ وفيه (لا يحرم الحلال الحرام) وحديث ١٧ وفيه (ما حرم حرام قط حلالا) إلى غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع. ومن طريق العامة. سنن ابن ماجه ج ١ كتاب النكاح ص ٦٤٩ (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال، الحديث ٢٠١٥. ولاحظ عوالي اللئالي: ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث ٣١ و ج ٣ ص ٣٣٠ الحديث ٢٠٩ وأيضا ص ٤٦٥ الحديث ١٣.

(٣) الكافي: ج ٦ باب صيد السمك ص ٢١٧ قطعة من حديث ٩.

(٤) الكافي: ج ٦ باب صيد السمك ص ٢١٨ قطعة من حديث ١٥.

(٥) رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كل شيء يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال أبدا حتى تعرف الحرام بعينه، فتدعه (١). وهو اختيار الشيخ في النهاية (٢). والآخر التحريم، لوجوه. (أ) الأصل تحريم الحيوان حتى يعلم ذكاته، والعلم مفقود هنا. (ب) الاحتياط. (ج) قوله عليه السلام: ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال (٣). وهو اختيار ابن إدريس (٤) وظاهر المصنف هنا (٥) وفي الشرائع (٦). فروع (الأول) لو صيد فأعيد في الماء فمات فيه، كان طافيا وحرم أكله، وإن كان في الآلة كما يجعل في الزناق (٧) لأنه مات فيما فيه حياته.

- (١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٦ الحديث ٩٢ وفي التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٩ الحديث ٧٢. (٢) النهاية: باب الصيد وأحكامه ص ٥٧٨ س ١٣ قال: وإذا نصب الإنسان شبكة في الماء إلى قوله: جاز أكل جميعه وإن كان يغلب على ظنه أن بعضه مات في الماء. (٣) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٧ باب الزنا لا يحرم الحلال ص ١٦٩ س ١٧ والحديث عن ابن مسعود، ولاحظ أيضا عوالي اللئالي: ج ٢ ص ١٣٢ الحديث ٣٥٨ و ج ٣ ص ٤٦٦ الحديث ١٧. (٤) السرائر: كتاب الصيد والذبائح ص ٣٦٤ س ٢٣ قال: وتحرير ذلك أن الإنسان متى نصب شبكة ووقع فيها السمك وأخذ منها ما هو حي فإنه حلاله، وإن أخذه وهو ميت فلا يجوز أكله بحال. (٥) لاحظ عبارة النافع. (٦) الشرائع: في حيوان البحر، قال: ولا يؤكل الطافي إلى قوله: وكذا ما يموت في شبكة الصائد في الماء أو في حظيرته. (٧) الزنقة: السكة الضيقة، والزناق من الحلبي المنخقة (الصحاح لغة زناق).

(الثاني): في البهائم: ويؤكل من الأنسية: النعم، ويكره الخيل
والحمر، وكراهية البغل أشد.
ويحرم الجلال منها على الأصح، وهو
ما يأكل عذرة الإنسان محضاً. ويحل مع الاستبراء، بأن يربط ويطعم
العلف، وفي كمية اختلاف محصله: استبراء الناقة بأربعين يوماً،
والبقرة بعشرين، والشاة بعشرة.

(الثاني) لو ضرب السمكة وهي في الماء بآلة كالفالة (١)، أو صيرها غير مستقرة
الحياة في الماء، لم يحل، وكذا لو أخرج منها على الآلة قطعة، كانت
حراماً.

(الثالث) لو أخرج السمكة حية وألقاها في قدر مملوءة من الماء وهي تغلي على
النار فماتت فيها حرمت، لأنها ماتت في الماء.

(الرابع) لو ألقاها وهي حية في حب من الخل أو غيره من المائعات غير الماء
كالزيت حتى ماتت فيه، لم يحرم، لأنه ليس بماء ولا يعيش فيه، فلم تمت فيما فيه
حياتها.

(الخامس) لو قطع منها قطعة بعد خروجها ثم وقعت في الماء وهي مستقرة
الحياة، كان ما قطعه منها حلالاً، لأنه أخذ منها بعد الحكم بتذكيته.
(السادس) هل يجوز أكله حياً؟ الأقرب ذلك، لكنه يحرم من حيث الضرر
لأنه يسرع السل.

قال طاب ثراه: ويحرم الجلال منها على الأصح إلى آخره.

أقول: البحث هنا يقع في ثلاث مقامات.

(الأول) في تحريم الجلال، وهو المشهور بين الأصحاب قاله

(١) آلة على شكل الرمح لها رأس محدد، تستعمل في صيد السمك.

الخمسة (١) (٢) (٣) (٤) (٥) والتقي (٦) وابن حمزة (٧) والقاضي (٨) وابن إدريس (٩)

والمصنف (١٠) والعلامة (١١).

وقال أبو علي: أنه مكروه أكله وشرب لبنه والركوب عليه (١٢).

(الثاني) ما به يحصل الجلل، وهو أن تغتذي عذرة الإنسان محضاً دون غيرها

- (١) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٤ س ٨ قال: فأما حيوان الحضر إلى قوله: إلا ما كان منه جلالاً.
- (٢) المقنعة: باب تطهير الثياب وغيرها من النجاسات ص ١٠ س ١٦ قال: ويغسل الثوب أيضاً من عرق الإبل الجلالة إذا أصابه كما يغسل من سائر النجاسات.
- (٣) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٤١ س ١٦ قال في نقل حديث: وقال لا تشرب من لبن الإبل الجلالة وإن أصابك شيء من عرقها فاغسله.
- (٤) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان ص ١٢٤ س ٣٢ قال: وقال الصدوق في المقنع تربط البقرة الخ ولا يوجد ما نقله في المقنع، ولاحظ ما علق على المقنع ص ١٤١ تحت رقم ٦.
- (٥) لم أضفر على فتوى علي بن بابويه رحمه الله.
- (٦) الكافي: في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٨ قال: أو جلالة الغائط الخ.
- (٧) الوسيلة: في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٤ قال: أحدهما عرض له شيء يحرم لحمه إلى أن قال: فما يمكن إزالته أن يكون جميع غذائه عذرة الإنسان الخ.
- (٨) المهذب: ج ٢ كتاب الأطعمة والأشربة، باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٧ س ١١ قال: ومن ذلك ما كان جلالاً إلى ولاحظ ما علق عليه.
- (٩) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٥ س ٣٧ قال: وأما حيوان الحضر إلى قوله: إلا ما كان منها جلالاً.
- (١٠) لاحظ عبارة النافع.
- (١١) القواعد: ج ٢ ص ١٥٦ س ٢٥ قال: (فائدة) المحلل من الحيوان قد يعرض له التحريم، الأول الجلل إلى آخره.
- (١٢) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٥ قال: وقال ابن الجنيد: والجلال من سائر الحيوان مكروه أكله الخ.

من المحرمات. وقال التقي: ما أدمن شرب النجاسات حرم، حتى يستبرئ عشرة
وجلالة الغائط حتى يحبس الإبل والبقر أربعين يوما، والشاه سبعة أيام، والبط
والدجاج خمسة، وجلالة ما عدا العذرة من النجاسات حتى يحبس الأنعام سبعا
والطير يوما وليلة (١).
فحاصل هذا القول يعطي: إن الجلل عنده ثلاثة أقسام.
جلال الغائط، واستبرأؤه على نحو ما ذكره الأصحاب.
وجلال غير الغائط، فإن كان شربا - بشرط الإدمان، ويرجع فيه إلى العرف -
فاستبرأؤه بعشر، ولم يفصل بين أصناف الحيوان كما فصل في الناقة والبقرة والشاة.
وإن كان غير شرب بل أكلا، فيكون بحبس الأنعام سبعا من غير تفاوت بين
أنواعها، وإن كان طيرا فيوم وليلة من غير تفصيل بين أنواعه.
والمشهور اختصاص الجلل بعذرة الإنسان.
نعم لو شرب الحيوان بولا ثم ذبح على الأثر غسل ما في جوفه.
ولو كان خمرا حرم ما في جوفها وأكل اللحم بعد غسله، وقال ابن إدريس:
لا يحرم ذلك بل يكره، لأصالة الإباحة (٢) والباقون على التحريم (٣).
والمستند موثقة زيد الشحام عن الصادق عليه السلام أنه قال: في شاة شربت خمرا

(١) الكافي: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٧ قال: وما أدمن شرب النجاسات الخ.
(٢) السرائر: باب ما يستباح أكله، ص ٣٦٦ س ٣ قال: وقد روي أنه إذا شرب خمرا، إلى قوله:
والأصل الإباحة.

(٣) لاحظ النهاية: باب ما يستباح أكله ص ٥٧٥ س ١ قال: وإذا شرب خمرا ثم ذبح جاز أكل لحمه
بعد أن يغسل بالماء ولا يجوز أكل شيء مما في بطنه. وفي القواعد: ج ٢ ص ١٥٧ س ٧ قال: ولو شرب خمرا
لم يحرم لحمه، بل يغسل ويؤكل ولا يؤكل ما في خوفه. وفي الشرائع (في البهائم) قال: ولو شرب خمرا لم
يحرم
لحمه، بل يغسل ويؤكل ولا يؤكل ما في جوفه.

حتى سكرت ثم ذبحت على تلك الحال: لا يؤكل ما في بطنها (١).
تنبيه

قد نبهنا أن الجلال هو الذي يتغذى العذرة محضاً، ولكن كم القدر الذي يصير به الحيوان جلالاً؟ هل هو أيام متعددة، أو يوم واحد، أو أكلة واحدة؟ فنقول: نصوص الروايات خالية من هذا التحديد، وكذلك كتب الأصحاب. نعم ذكر الشيخ في كتابي الفروع: أن الجلالة هي التي تكون أكثر علفها العذرة (٢) (٣).

وهذا يشمل ما لو اعتدت في اليوم الواحد مرات متعددة، وهي تخلط من هذا ومن هذا وتكون العذرة أكثر، وهذا إنما يتمشى على القول بكراهية الجلال، أما على القول بالتحريم، فلا يتحقق إلا إذا كان علفها العذرة محضاً، نص عليه الأصحاب (٤).

وروي عن سعد بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن أكل لحوم الدجاج في الدساكر (٥) وهم لا يمنعونها عن شيء، تمر على

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٤٣ الحديث ١٨١.
(٢) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٣ قال: الجلالة، البهيمة التي تأكل العذرة إلى قوله: فإن كان هذا أكثر علفها الخ.
(٣) كتاب الخلاف: كتاب الأطعمة، مسألة ١٦ قال: الجلالة عبارة عن البهيمة التي تأكل العذرة، إلى قوله: فإن كان هذا أكثر علفها الخ.
(٤) لاحظ السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ١ قال: الجلال هو أن يكون غذاؤه أجمع عذرة الإنسان لا يخلطها بغيرها، وفي المختلف: ج ٢ ص ١٢٧ س ١٧ قال: المشهور عند علمائنا الجلال من الدواب هو الذي يأكل عذرة الإنسان، فإن لم يخلطها بغيرها حرم الخ.
(٥) الدسكرة بناء على هيئة القصر: فيه منازل وبيوت الخدم والحشم، وليست بقرية محضه (مجمع البحرين لغة دسكرة).

العذرة مخلى عنها، وأكل بيضهن؟ فقال: لا بأس به (١).
 وحملها الشيخ على الخلط (٢).
 واستشهد على هذا الحمل بما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن أحمد، عن الخشاب، عن علي بن أسباط عمّن روى في الجلالات، لا بأس بأكلهن إذا كن يخلطن (٣).
 قال المصنف قدس الله روحه: وحيث لا تقدير في ذلك فالذي ينقلب أن يخلو من العلف الطاهر ويصير ما يتناوله من العذرة طالبا لآلات الغذاء بحيث يتحقق استحالة القدر الذي يتناوله إلى شبه الأعضاء، إذ لا يتحقق التمحض في الغذاء إلا على هذا الوجه (٤).
 (الثالث) ما يزول به حكم الجلل، وهو الاستبراء، ويختلف باختلاف الحيوان. فلنذكر أقسامه.
 فالأول الناقة واستبرائها بأربعين يوما، وهو إجماع.
 الثاني البقرة، وفيه ثلاثة أقوال:
 (أ) أربعون قاله الشيخ في المبسوط (٥) وتبعه التقي (٦).

- (١) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٤٦ الحديث ١٩٣ ولاحظ ذيله من الحمل على الخلط.
 (٢) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٤٦ الحديث ١٩٣ ولاحظ ذيله من الحمل على الخلط.
 (٣) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ٤٧ الحديث ١٩٥.
 (٤) نكت النهاية (في الجوامع الفقهية) كتاب الصيد والذبائح ص ٤٣٥ س ٢٨ وفيه: (ويصير ما يتناوله من العذرة ماليا آلات الغذاء) وكتب فوق كلمة (ماليا) كلمة (كذا) والظاهر أن الصواب ما أثبتناه والله يعلم.
 (٥) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٦ قال: فإن كان بدنة أو بقرة أربعين يوما.
 (٦) الكافي: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٨ قال: حتى تحبس الإبل والبقرة أربعين يوما

(ب) ثلاثون، قاله الصدوق في الكتابين المقنع (١) ومن لا يحضره الفقيه (٢).
(ج) عشرون قاله الشيخ في النهاية (٣) والخلاف (٤) وتبعه القاضي (٥)
وابن حمزة (٦) وابن إدريس (٧) وبه قال الصدوق في كتابه: وهو في رواية القاسم
بن محمد الجوهري (٨).

(الثالث) الشاة.

وفيهما أربعة مذاهب.

(أ) عشرون قاله الصدوق في المقنع (٩).

(ب) أربعة عشر يوما، حكاه أبو علي على رواية (١٠).

(١) المختلف: الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٢ قال: وقال الصدوق في المقنع تربط البقرة ثلاثين يوما الخ. ولم أعثر عليه في المقنع، ولاحظ المقنع ص ١٤١ ما علق عليه تحت رقم (٦).

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٤ قطعة من حديث ٨١.

(٣) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٤ س ١٥ قال:
والبقر بعشرين يوما.

(٤) كتاب الخلاف: كتاب الأطعمة، مسألة ١٦ قال: والبقرة بعشرين يوما.

(٥) المهذب: ج ٢ باب أفسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٧ س ١٢ قال: والبقرة بعشرين يوما.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٨ قال: وإن كان بقرا وربطه
عشرين يوما إلى قوله: زال حكم الجلل.

(٧) السرائر: باب ما يستباح أكله ٣٦٦ س ٢ قال: والبقرة منه بعشرين يوما.

(٨) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٤ الحديث ٨٢ ولفظ الحديث (وفي
رواية القاسم بن محمد الجوهري: أن البقرة تربط بعشرين يوما، والشاة تربط عشرة أيام، والبطة تربط

ثلاثة أيام).

(٩) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٢ قال: وقال

الصدوق في المقنع: والشاة بعشرين يوما، ولاحظ المقنع ص ١٤١ ما علق عليه تحت رقم (٦).

(١٠) المختلف: ج ٢، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٥ قال: وقال ابن
الجنيد: إلى قوله: وقد روي أن الشاة بعد أربعة عشر يوما، والبطة بعد خمسة أيام.

- (ج) عشرة أيام قاله الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) وابن زهرة (٤) وقال في الخلاف: عشرة أو سبعة (٥).
- (د) سبعة أيام قاله الشيخ في المبسوط (٦) وتبعه التقي (٧) وجعله ابن زهرة رواية (٨).
- (الرابع) البطة. وفيها قولان.
- (أ) خمسة أيام قاله الشيخ في النهاية (٩) والتقي (١٠) وحكاها أبو علي على رواية (١١).

- (١) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٤ س ١٦ قال: والشاة بعشرة أيام.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٧ س ١٣ قال: والشاة بعشرة أيام.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٨ قال: وإن كان غنما وربطه عشرة أيام الخ.
- (٤) الغنية (في الجوامع الفقهية) فصل في الصيد والذبائح ص ٦١٨ س ٣٠ قال: والشاة عشرة أيام وروي سبعة، والدجاج خمسة أيام وروي في الدجاج ثلاثة أيام.
- (٥) كتاب الخلاف: كتاب الأطعمة، مسألة ١٦ قال: والشاة عشرة أيام أو سبعة أيام.
- (٦) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٧ قال: وإن كانت شاة فسبعة أيام.
- (٧) الكافي: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٩ قال: والشاة سبعة أيام.
- (٨) تقدم أنفا تحت رقم (٧).
- (٩) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٨ س ٤ قال: وتستبرأ البطة بخمسة أيام.
- (١٠) الكافي: فصل في بيان ما يحرم أكله ص ٢٧٧ س ١٩ قال: والبط والدجاج خمسة أيام، وروي في الدجاج خاصة بثلاثة أيام.
- (١١) تقدم أنفا تحت رقم (٣).

- (ب) ثلاثة أيام قاله الصدوق في المقنع (١) ورواه في كتابه عن القاسم بن محمد الجوهري (٢).
- (الخامس) الدجاج.
وفيه ثلاثة أقوال:
- (أ) خمسة أيام قاله التقي (٣) وابن زهرة (٤) وجعلا الثلاث رواية (٥) (٦).
- (ب) ثلاثة أيام قاله الشيخ (٧) وبه قال الصدوق (٨) والقاضي (٩) وابن حمزة (١٠) وابن إدريس (١١).
- (ج) سبعة أيام حكاه في المبسوط (١٢) ويوما إلى الليل حكاه الصدوق في المقنع

- (١) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه، الفصل الثاني فيما يباح أكله من الحيوان وما يحرم ص ١٢٤ س ٣٢ قال: وقال الصدوق: إلى قوله: والبطة تربط ثلاثة أيام والدجاجة ثلاثة أيام.
- (٢) تقدم أنفا تحت رقم (١).
- (٣) تقدم تحت رقم (١٣).
- (٤) تقدم تحت رقم (١٣).
- (٥) تقدم أنفا تحت رقم (٧).
- (٦) تقدم أنفا تحت رقم (٧).
- (٧) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٨ س ٥ قال: والدجاجة بثلاثة أيام.
- (٨) المختلف: ج ٢ كتاب الصيد وتوابعه ص ١٢٤ س ٣٢ قال: وقال الصدوق في المقنع إلى قوله: والدجاجة ثلاثة أيام، ولاحظ المقنع ص ١٤١ ما كتب تحت رقم (٦).
- (٩) المذهب: ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٨ س ٣ قال: والدجاج وما يجري مجراه بثلاثة أيام.
- (١٠) الوسيلة: فصل في بيان أحكام حيوان الحضر ص ٣٥٩ س ١٩ قال: وإن كان دجاجا وربطه ثلاثة أيام زال حكم الجلل والتحريم عنه
- (١١) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٦ س ٣ قال: والدجاجة بثلاثة أيام
- (١٢) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨٢ س ٧ قال: وقيل: سبعة.

-
- رواية (١).
(السادس) السمك.
وفيه قولان:
(أ) يوما وليلة قاله الشيخ في النهاية (٢) وهو في حديث يونس عن الرضا عليه السلام (٣).
(ب) يوما إلى الليل قاله الصدوق في المقنع (٤) وروي في السمك يوما إلى الليل، وجعله فيمن لا يحضره الفقيه رواية (٥).

تنبيه
قد أطبق الأصحاب على أن الاستبراء بعلف طاهر وهل يعتبر الطهارة من النجاسة؟ أو يكفي أن يكون طاهرا بالأصل وإن عرض له التنجيس؟ يحتمل الأول، لورود النص بإطعامه علفا طاهرا، وهو حقيقة في الطاهر بالفعل، وما كان طاهرا في أصله وعرضت له النجاسة لا يصدق عليه أنه طاهر إلا بحسب المجاز، ولأن الأصل بقاء التحريم إلى تعيين سبب الحل، وهو مجهول. ويحتمل الثاني لصدق

-
- (١) المختلف: ج ٢ الفصل الثاني فيما يباح أكله ص ١٢٤ س ٣٢ قال: وقال الصدوق في المقنع: إلى قوله: وروي يوم إلى الليل، والسمك الجلال تربط يوما إلى الليل.
(٢) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٦ س ١٠ قال: إلا بعد أن تستبرأ يوما إلى الليل.
(٣) الكافي: ج ٦ باب لحوم الجلالات وبيضهن والشاة تشرب الخمر ص ٢٥٢ قطعة من حديث ٩ وفيه (ينتظر به يوما وليلة).
(٤) تقدم أنفا تحت رقم (١١).
(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٦) باب الصيد والذبائح ص ٢١٤ قطعة من حديث ٨٣ وفيه (والسمك الجلال يربط يوما إلى الليل في الماء).

ويؤكل من الوحشية البقر، والكباش الجبلية، والحمير، والغزلان،
واليحامير.

ويحرم كل ماله ناب، وضابطه: ما يفترس كالأسد، والثعلب،
ويحرم الأرنب، والضب واليربوع. والحشار: كالفأرة، والقنفذ، والحية،
والخنفس، والصراصر، وبنات وردان، والقمل.
(القسم الثالث): في الطير: ويحرم منه ما كان سبعا كالبازي،
والرخصة. وفي الغراب روايتان والوجه: الكراهية. ويتأكد في الأبقع.

الطهارة في الجملة، ولا يشترط بقاء المعنى في صدق الاشتقاق على الأظهر عند
الأصوليين، والأول اختيار فخر المحققين (١) لأن المأمور العلف بالطاهر، فإذا أتى
بالنجس لم يكن ممثلاً.

قال طاب ثراه: وفي الغراب روايتان، والوجه: الكراهية، ويتأكد في الأبقع.
أقول: المشهور عند علمائنا أن الغراب على أربعة أضرب.
(الأول) الكبير الأسود الذي يسكن الجبال والخربان ويأكل الجيف.
(الثاني) الأبقع (٢).

(الثالث) الزاغ، وهو غراب الزرع، صغير أسود (٣).

(الرابع) الغداف، وهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد (٤).

(١) الإيضاح: ج ٤ كتاب الأطعمة والأشربة ص ١٥٠ س ٥ قال: ويطعم علفا طاهرا.

(٢) بقع الغراب بقعا من باب تعب اختلف لونه فهو أبقع وجمعه بقعان بالكسر غلب فيه الاسمية
(مجمع البحرين لغة بقع).

(٣) الزاغ من أنواع الغربان يقال له الزرعي، وغراب الزرع، وهو غراب أسود صغير، وقد يكون محمر
المنقار والرجلين، ويقال له: غراب الزيتون، لأنه يأكله، وهو لطيف الشكل حسن المنظر (حياة الحيوان،
ج ٢ ص ٢ باب الزاي).

(٤) الغداف: غراب الغيظ وجمعه غدافان بكسر الغين المعجمة، وقال ابن فارس: الغداف، هو الغراب الضخم
(حياة الحيوان ج ٢ ص ١٧٢) باب الغين المعجمة.

والبحث في ثلاثة أمور.

(الأول) في تحليلها، وفيه ثلاثة أقوال:

(أ) إباحة الجميع على كراهية قاله الشيخ في النهاية (١) والاستبصار (٢) وتبعه القاضي (٣).

والمعتمد رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام أنه قال: إن أكل الغربان ليس بحرام، إنما الحرام ما حرمه الله في كتابه، ولكن الأنفس تتنزه عن كثير من ذلك تقززا (٤) وأصالة الإباحة.

(ب) تحريم الجميع قاله الشيخ في الكتابين (٥) (٦) واختاره العلامة (٧) وفخر المحققين (٨).

(١) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٧ س ١٨ قال: ويكره أكل الغربان الخ.

(٢) الإستبصار: ج ٤ (٤٢) باب كراهية لحم الغراب ص ٦٦ س ٨ فإنه بعد نقل الأخبار الدالة على المنع قال: الوجه أن نحملها على رفع الحظر وإن كان مكروها.

(٣) المهذب: ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٩ س ٢ قال: وأما المكروهة إلى قوله: والغراب.

(٤) الإستبصار: ج ٤ (٤٢) باب كراهية لحم الغراب ص ٦٦ الحديث ٣.

(٥) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨١ س ١٦ قال: فالمستحب ما يأكل الخبائث إلى قوله: فكلها حرام، وهي النسر والغراب الخ.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب الأطعمة مسألة ١٥ قال: الغراب كله حرام على الظاهر في الروايات.

(٧) القواعد: ج ٢، المطلب الثالث في الطير ص ١٥٦ س ١٦ قال: وأما الغراب إلى قوله في النزاء

والغداف: ففي تحريمهما خلاف، وقال في المختلف ص ١٢٦ س ٢٦: والمعتمد تحريم الجميع.

(٨) الإيضاح: ج ٤ ص ١٤٧ س ١١ قال: بعد نقل قول المختلف: وهو الأصح عندي.

والمعتمد صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن الغراب الأبقع والأسود أيحل أكله؟ فقال: لا يحل شيء من الغربان زاع ولا غيره (١).

قال في المبسوط: ما لا مخلب له مستخبث وغير مستخبث، فالمستخبث يأكل الخبائث كالميتة ونحوها، وكلها حرام، وهو النسر والرخمة والبغاث والغراب ونحو ذلك عندنا وعند جماعة. فروي أن النبي صلى الله عليه وآله أتى بغراب فسماه فاسقا، وقال: والله ما هو من الطيبات (٢) (٣).

(ج) تحليل الزاع منها وتحريم البواقي، قاله ابن إدريس (٤).

(الثاني) في تحقيق تقسيمها إلى الأربعة المذكورة.

وهو اختيار الشيخ في المبسوط (٥) والمصنف (٦) والعلامة (٧).

وقال ابن إدريس: الغربان على أربعة أضرب، ثلاثة منها لا يجوز أكلها، وهي

(١) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ١٨ الحديث ٧٣.

(٢) سنن ابن ماجه: ج ٢، كتاب الصيد ص ١٠٨٢ (٩) باب الغراب، الحديث ٣٢٤٨ بأدنى تفاوت في العبارة.

(٣) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨١ س ١٦ قال: فأما ما لا مخلب له فعلى ضربين: مستخبث وغير مستخبث الخ.

(٤) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٧ س ٢١ قال: فأما الرابع فهو غراب الزرع إلى قوله: فإن الأظهر من المذهب أنه يؤكل على كراهية.

(٥) المبسوط: ج ٦ كتاب الأطعمة ص ٢٨١ س ١٩ قال: والغراب على أربعة أضرب الخ.

(٦) الشرائع: كتاب الأطعمة والأشربة (في الطير) قال: وقيل: يحرم الأبقع، والكبير الذي يسكن الجبال، ويحل الزاع والغداف.

(٧) القواعد: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٦ س ١٦ قال: وأما الغراب فيحرم منه الأسود الكبير الخ.

الغداف الذي يأكل الجيف ويفرس ويسكن الخرابات، وهو الكثير من الغربان السود، وكذلك الأغبر الكبير لأنه يفرس ويصيد الدراج، فهو من جملة سباع الطير، وكذلك لا يجوز أكل لحم الأبقع الذي يسمى العقعق طويل الذنب، فأما الرابع غراب الزرع الصغير من الغربان السود الذي يسمى الزاغ بالزاء المعجمة والغين المعجمة، فإن الأظهر من المذهب أنه يؤكل على كراهية (١).
فقد خالف المشهور في موضعين.

(أ) في تسمية الكبير الساكن الخربان بالغداف مع وفاقه على وصفه: بأنه كبير أسود ساكن الجبال.

(ب) في الأغبر جعله كبيرا أيضا يفرس ويصيد الدراج، والمشهور أن الأغبر هو المسمى الغداف، وليس كبيرا بل هو أصغر من الزاغ، وأما الأبقع الذي أطلق الأصحاب ذكره فسماه بالقعقق وشخصه بطويل الذنب.

(الثالث) في حصر أقسام الغراب في أربعة، هو المشهور في كتب الفقهاء، وقد شاهدناه خمسة أنواع.

(أ) الزاغ: وهو غراب الزرع، الأسود الصغير، يأتي بلادنا أول الشتاء ويقوم حتى الربيع.

(ب) الأغبر الرمادي المسمى الغداف في المشهور، وهو مقيم في بلادنا دائما.

(ج) الأبقع: وهو أكبر منه في القد يسيرا، وأنقى بياضا منه، وهو المسمى بالأبقع، ويسميه العامة البقيع.

(د) الأبقع: شديد البياض بقدر الغداف، طويل الذنب، وهو المسمى

(١) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٧ س ١٩ قال: والغربان على أربعة أضرب إلى قوله: فإن الأظهر من المذهب أنه يؤكل على كراهية.

ويحرم من الطير ما كان صفيغه أكثر من دفيغه، وما ليس له قانصة، ولا حوصلة، ولا صيصية.
ويحرم الخفاش والطاووس.
وفي الخطاف تردد (١) والكراهية أشبه.
ويكره الفاخنة، والقبرة، وأغلظ من ذلك كراهية الهدهد، والصرد، والصوام، والشقراق.
ولو كان أحد المحللة جلالاً حرم حتى يستبرأ، فالبطة وما أشبهها بخمسة أيام. والدجاجة ثلاثة أيام.
ويحرم الزناير، والذباب، والبق، والبرغوث، وبيض ما لا يؤكل لحمه. ولو اشتبه أكل منه ما اختلف طرفاه وترك ما اتفق.

بالعقق. وهذه الثلاثة الأخيرة مقيمة في بلادنا دائماً.
(٥) الكبير الأسود الذي يسكن الخربان، وقد رأيت به بأرض سر من رأى مجاوراً، وفي بعض قباب المقابر.
فهذه خمسة أقسام شاهدناها، وأطلق الأصحاب أنها أربعة، ولعلهم أرادوا بالأبقع الأغم من العقق ومساويه، لكن اختلفوا في طول الذنب وصغر العقق فإنه بقدر الغداف، أو أصغر منه.
قال طاب ثراه: وفي الخطاف روايتان، والكراهية أشبه.
أقول: الخطاف طائر صغير أسود في قدر العصفور يأتي العراق من دواخل البحر، في أواخر القر ويقم به حتى تبيض وتفرخ ثم يفصل وقد استوى أولادها للطيران، فيذهبن جميعاً في أول سمايم الحر.

(١) هكذا في النسخة المطبوعة من النافع وفي النسخ المخطوطة من المهذب (وفي الخطاف روايتان) كما أثبتناه.

وعن النبي صلى الله عليه وآله: استوصوا بالصنينات فإنهن لا يؤذين شيئاً (١).
وفي حديث آخر: إنهن أنس طير بالناس (٢).
وفي تحريمها خلاف بين الأصحاب، فالمفيد على الإباحة (٣) وكذا المصنف (٤)
والعلامة (٥).
والشيخ في النهاية على التحريم (٦) وتبعه القاضي (٧) وابن إدريس (٨).
احتج الأولون: بأصالة الإباحة. وبصحيحة زرارة قال: والله ما رأيت مثل أبي
جعفر قط، قال: سألته قلت: أصلحك الله ما يؤكل من الطير؟ قال: كل ما دف ولا
تأكل ما صف (٩).
ومثلها رواية سماعة بن مهران عن الرضا عليه السلام (١٠) والخطاف مما يدف.

-
- (١) الكافي: ج ٦ كتاب الصيد ص ٢٢٣ باب الخطاف الحديث ٢.
(٢) الكافي: ج ٦ كتاب الصيد ص ٢٢٤ باب الخطاف ذيل حديث ٢ وفيه (إنهن أنس طير الناس بالناس).
(٣) المقنعة: باب الصيد والرماية ص ٨٩ س ٨ قال: ويحرم من الطير ما يصف ويحل منه ما يدف الخ ولم يزد على ذلك ولم يتعرض لخصوص الخطاف، وقال في المختلف: ص ١٢٦ س ٣٣ بعد نقل عبارة المقنعة ما لفظه: (وهو يقتضي إباحة أكل الخطاف عنده لأن ديفه أكثر.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: ج ٢ ص ١٢٦ س ٣٤ قال: والمعتمد الجواز على كراهية.
(٦) النهاية: باب ما يستباح أكله من سائر أجناس الحيوان وما لا يستباح ص ٥٧٧ س ١٩ قال: ولا يجوز أكل الخطاف.
(٧) المهذب: ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٢٩ س ١ قال: والخطاف أي مما يحرم.
(٨) السرائر: باب ما يستباح أكله ص ٣٦٧ س ٢٧ قال: ولا يجوز أكل الخطاف.
(٩) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ١٦ قطعة من حديث ٦٣.
(١٠) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والذكاة ص ١٦ قطعة من حديث ٦٥ والحديث عن الصادق عليه السلام.

مسألتان:

(الأولى) إذا شرب المحلل لبن الخنزيرة كره. ولو اشتد به عظمه حرم لحمه ولحم نسله.

(الثانية) لو شرب خمرا لم يحرم، بل يغسل، ولا يؤكل ما في جوفه. ولو شرب بولا لم يحرم وغسل ما في جوفه.
(القسم الرابع) في الجامد، وهو خمسة.

وبموتقة عمار بن موسى عن الصادق عليه السلام في الرجل يصيب خطافا في الصحراء ويصيده، أيا كله؟ فقال: هو مما يؤكل، وعن الوبر تؤكل، قال: لا هو حرام (١).

ولأن ذرقهن طاهر، فيكون لحمه حلالا.

لما رواه عمار بن موسى في كتابه عن الصادق عليه السلام قال: خرف الخطاف لا بأس به، وهو مما يحل أكله، ولكن كره أكله لأنه استجار بك (٢).
وروي في منزلك، وكل طير استجار بك فأجره (٣).

احتج المحرمون بما رواه الحسن بن داود الرقي قال: بينا نحن قعود عند أبي عبد الله عليه السلام إذ مر رجل بيده خطاف مذبوح، فوثب إليه أبو عبد الله عليه السلام حتى أخذه من يده ثم رمى به، ثم قال: أعالمكم أمركم بهذا أم فقيهكم؟! لقد أخبرني أبي عن جدي أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن قتل الستة: النحلة، والنملة، والضفدع، والصرد، والهدهد، والخطاف (٤).

- (١) الإستبصار: ج ٤ ص ٦٦ (٤٣) باب كراهية لحم الخطاف الحديث ٥.
(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٦٩ الحديث ٢٣ و ٢٤ ولاحظ ما علق عليه، وبمضمونه ما أورده في التهذيب ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة الحديث ٨٠ ص ٨١ س ٤ فلاحظ.
(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٦٩ الحديث ٢٣ و ٢٤ ولاحظ ما علق عليه، وبمضمونه ما أورده في التهذيب ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة الحديث ٨٠ ص ٨١ س ٤ فلاحظ.
(٤) التهذيب: ج ٩ (١) باب الصيد والزكاة ص ٢٠ الحديث ٧٨.

(الأول) الميتات: والانتفاع بها محرم، ويحل منها ما لا تحل له الحيات إذا كان الحيوان طاهرا في حال الحياة. وهو عشرة. الصوف، والشعر، والوبر، والريش، والقرن، والعظم، والسن، والظلف، والبيض إذا اكتسى القشر الأعلى، والأنفحة، وفي اللبن روايتان، والأشبه التحريم.

والجواب: المنع من القتل، إما على سبيل الكراهة، أو التحريم لا يدل على تحريم الأكل.

قال طاب ثراه: وفي اللبن روايتان والأشبه التحريم. أقول: يريد اللبن المحلوب من الحيوان الميت هل حلال أم لا؟ ذهب الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار إلى تسويغه (١) (٢) (٣) وبه قال الصدوق (٤) والمفيد (٥) وابن حمزة (٦)، وجعله القاضي مكروها (٧) وذهب ابن

(١) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة وحكم البيض والجلود ص ٥٨٥ س ١١ قال: ويحل من الميتة إلى قوله: واللبن.

(٢) الإستبصار: ج ٤ ص ٨٨ (٥٤) باب ما يجوز الانتفاع من الميتة الحديث ١ و ٢.

(٣) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٦ الحديث ٥٩.

(٤) الهداية: ص ٧٩ (١٣٤) باب الأشياء التي هي من الميتة ذكية، قال: عشرة أشياء إلى قوله: واللبن.

(٥) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ١٠ قال: وما يوجد من اللبن في ضروع الميتة.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة وحكم الجلود والبيض ص ٣٦١ س ٢١ قال: ويحل من الميتة إلى قوله: والأنفحة واللبن.

(٧) المهذب: ج ٢ باب أقسام الأطعمة والأشربة ص ٤٣٠ س ٤ قال: وأما المكروه من ذلك إلى قوله: وكل لبن يوجد في ضرعها، أي الميتة.

(الثاني) ما يحرم من الذبيحة، وهو خمسة: القضيب، والأنثيان، والطحال، والفرت، والدم. وفي المثانة والمرارة تردد، أشبهه التحريم للاستخبات.

إدريس إلى تحريمه (١) لنجاسته، وهو مذهب أبي يعلى (٢) وظاهر أبي علي (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) لانفصاله عن محل نجس العين، فانفعل بنجاسته، وكل نجس حرام.

ولما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام أنه سئل عن شاة ماتت وحلب منها لبن فقال علي عليه السلام ذلك الحرام محضاً (٦)، احتج الشيخ برواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الإنفحة يخرج من الجدي الميت، قال: لا بأس، قلت: اللبن يكون في ضرع الشاة وقد ماتت قال: لا بأس (٧).

وحمل علي ما إذا قاربت الشاه للموت، أو علي التقية لأنه مذهب العامة. قال طاب ثراه: وفي المثانة والمرارة تردد، والأشبه التحريم للاستخبات. أقول: بتحريمهما قال ابن إدريس (٨) والمرضى حرم المثانة (٩).

- (١) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ٢٠ قال: أما اللبن فإنه نجس بغير خلاف عند المحصلين من أصحابنا الخ.
- (٢) المراسم: ذكر الأشربة ص ٢١١ س ١١ قال: ولا تؤكل البان الميتة التي توحيد في ضروعها بعد الموت
- (٣) المختلف: ج ٢، الفصل الرابع، ص ١٣١ س ٣ قال: وقال ابن الجنيد ولا خير فيما يعصر من حلمة الدير من اللبن بعد الموت إلى أن قال: والمعتمد التحريم.
- (٤) المختلف: ج ٢، الفصل الرابع، ص ١٣١ س ٣ قال: وقال ابن الجنيد ولا خير فيما يعصر من حلمة الدير من اللبن بعد الموت إلى أن قال: والمعتمد التحريم.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٦ الحديث ٦٠ و ٥٩
- (٧) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٧٦ الحديث ٦٠ و ٥٩
- (٨) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ١٠ قال: يحرم من الغنم إلى قوله: والمرارة، إلى قوله: والمثانة.
- (٩) الإنتصار: في الذبائح ص ١٩٧ س ٩ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية تحريم إلى قوله: والمثانة.

والحاصل أن الشيخ في النهاية عدا المحرمات من الذبيحة أربعة عشر: الدم، والفرث، والطحال، والمرارة، والمشيمة، والفرج ظاهره وباطنه، والقضيب، والأنثيان، والنخاع، والعلبا، والغدد، وذات الأشجاع، والحدق، والخرزة تكون في الدماغ (١).

وزاد ابن إدريس فيه المثانة (٢) وهو اختيار العلامة في القواعد جزما (٣) ولم يذكر المفيد سوى الطحال والقضيب والأنثيين (٤) ولم يتعرض لغيرها، وكذا سلار (٥) وقال أبو علي: يكره من الشاة أكل الطحال والمثانة والغدد والنخاع، والرحم والقضيب والأنثيين (٦) ولم ينص على التحريم، وإن كان لفظ (يكره) قد يستعمل في التحريم أحيانا، وقال التقي: يكره النخاع والعروق والمرارة وحب الحديقة وخرزة الدماغ (٧) وقال العلامة في المختلف عندما أورد من الأخبار ما يدل على مطلوب الشيخ ونحوه: وهذه الأخبار لم تثبت عندي

-
- (١) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة وحكم البيض والجلود ص ٥٨٥ س ٧ قال: يحرم إلى قوله: والخرزة تكون في الدماغ.
- (٢) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة وحكم البيض والجلود ص ٣٦٩ س ١٠ قال: يحرم إلى قوله: والمثانة.
- (٣) القواعد: ج ٢ ص ١٥٧ س ١٦ قال: الثاني يحرم من الذبيحة الدم والفرث والطحال والقضيب والأنثيان والمثانة.
- (٤) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ٧ قال: ولا يؤكل من الأنعام الطحال ولا يؤكل القضيب والأنثيان.
- (٥) المراسم: ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٧ قال: ولا يؤكل الطحال ولا القضيب، ولا الأنثيان.
- (٦) المختلف: ج ٢ فيما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ١٣٠ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد: ويكره من الشاة الخ.
- (٧) الكافي: فصل فيما يكره أكله وشربه ص ٢٧٩ س ٧ قال: يكره أكل الكليتين والنخاع إلى قوله: وخرزة الدماغ.

رجالها، فالأقوى الاقتصار في التحريم على الطحال والدم والقضيب والفرث والأنثيين والفرج والمثانة والمرارة والمشيمة، والكراهة في الباقي، عملاً بأصالة الإباحة، وبعموم (أحلت لكم بهيمة الأنعام) (١) (فكلوا مما ذكر اسم الله عليه) (٢) (٣) والأقرب اختيار ابن إدريس لقوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) (٤) (تفسير)

الفرث الروث في جوف الذبيحة، والطحال مجمع الدم الفاسد. والمرارة مجمع المرة الصفراء معلقة مع الكبد شبه الكيس. والمشيمة بيت الأولاد، ويسمى الغرس بالغين المعجمة المكسورة.

(شعر)

يتركب في كل مناح ايس - كل جنين مشعر في غرس (٥).
والفرج الحيا ظاهره وباطنه، والقضيب والذكر واحد، والأنثيان البيضتان، والنخاع بحركات النون الثلاث، الخيط الأبيض في وسط الظهر، وهو الخيط الذي ينظم حرز السلسلة في وسطها، أي وسط الخرز، ويسمى الوتين، لا قوام للحيوان بدونه. والعلباء بالعين المهملة المكسورة، وللأم الساكنة، والباء الموحدة المفتوحة،

(١) سورة المائدة / ١.

(٢) سورة الأنعام / ١١٨.

(٣) المختلف: ج ٢ فيما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ١٣٠ س ٣٩ قال: وهذه الأخبار لم يثبت عندي صحة رجالها الخ.

(٤) سورة الأعراف / ١٥٧.

(٥) أورده في لسان العرب ج ٦ لغة (غرس).

وفي الفرج والعلباء والنخاع وذات الأشجاع والغدد وخرزة الدماغ والحدق خلاف أشبهه الكراهية، وتكره الكلى والقلب والعروق. وإذا شوي الطحال مثقوبا فما تحته حرام وإلا فهو حلال.

والألف الممدودة، عصبتان عريضتان ممدودتان من الرقبة إلى عجب الذنب: والغدد معروفة، وأكثر ما يكون في الشحم. والأكارع وذات الأشجاع أصول الأصابع التي تتصل بعصب ظاهر الكف.

قال لبيد يهجو زيدا:

وأنه يدخل فيها إصبه * يدخلها حتى تواري إشجعه (١).

والحدق: المراد به حبة الحدقة، وهو الناظر من العين، لا جسم العين كله.

هذا مما يذبح، سواء عظم كالجزور، أو صغر كالعصفور، ولا يحرم ذلك من غير المذبوح كالسمك والجراد، فيحرم أكل رأس العصفور جملة إن قلنا بتحريم الخرزة والحدق إلا مع اتقائهما. وخرزة الدماغ المراد بها المخ الكائن في وسط الدماغ شبه الدودة. والمثانة بالثاء المنقطة ثلاثا، مجمع البول ومحقنه.

قال طاب ثراه: وفي الفرج والعلباء، وخرزة الدماغ والحدق خلاف: أشبهه الكراهية.

أقول: بتحريم الكل قال ابن إدريس (٢) وتبعه العلامة في القواعد (٣) وهو

(١) الأشجاع عروق ظاهر الكف، وهو مغرز الأصابع، ومنه قول لبيد: يدخلها حتى يوارى إشجعه (لسان العرب ج ٨ ص ١٧٤ لغة شجع).

(٢) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ١٠ قال: يحرم من الغنم والبقر والإبل إلى قوله الدم والفرث الخ.

(٣) القواعد: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٧ س ١٦ قال: (الثاني) يحرم من الذبيحة الدم والفرث والطحال والقضيب الخ.

مذهب الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) ولم يذكر ذلك المفيد (٤) وتلميذه (٥).

وقال الصدوق: في الشاة عشرة أشياء لا تؤكل: الفرث، والدم، والنخاع، والطحال والغدد، والقضيب، والأنثيان، والرحم، والحياء، والأوداج (٦) والمراد بالرحم المشيمة وروي العروق. ولم يزد السيد على الطحال والقضيب والخصيتين والرحم والمثانة (٧). وأبو علي قال: بكراهة الجميع (٨) واختار المصنف الكراهة (٩). والأولى التحريم في الجميع لاستحبابها، وهو علة في الحرمة.

-
- (١) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٥ س ٧ قال: يحرم من الإبل والبقر والغنم إلى قوله: الدم والفرث الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ص ٤٤١ س ٦ قال: فإنه يحرم منه الطحال والمشيمة والفرث والقضيب والمرارة الخ.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة ص ٣٦١ س ١٨ قال: يحرم من الذبيحة أربعة عشر الخ.
- (٤) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ٧ قال: ولا يؤكل من الأنعام الطحال، ولا يؤكل القضيب والأنثيان.
- (٥) المراسم: ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٧ قال: ولا يؤكل الطحال ولا القضيب ولا الأنثيان.
- (٦) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٤٣ س ٨ قال: واعلم أن في الشاة عشرة أشياء لا تؤكل الخ. ولعل ما أشار إليه بقوله: (وروي العروق) ما رواه في المستدرک ج ١٦ باب ما يحرم من الذبيحة وما يكره منها ص ١٨٩ الحديث ٢.
- (٧) الإنتصار: (في الذبائح) ص ١٩٧ س ٩ قال: مسألة. ومما انفردت به الإمامية تحريم أكل الطحال والقضيب والخصيتين والرحم والمثانة.
- (٨) المختلف: ج ٢ (الفصل الرابع) فيما يحل أكله ص ١٣٠ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد: ويكره من الشاة الخ.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.

(الثالث) الأعيان النجسة: كالعذرات، وما أبين من حي،
والعجين إذا عجن بالماء النجس، وفيه رواية بالجواز بعد خبزه، لأن
النار قد طهرته.

(الرابع) الطين: وهو حرام إلا طين قبر الحسين عليه السلام
للاستشفاء ولا يتجاوز قدر الحمصة.

قال طاب ثراه: والعجين إذا عجن بالماء النجس، وفيه رواية بالجواز بعد خبزه،
لأن النار قد طهرته.

أقول: العجين بالماء النجس هل يطهر بخبزه؟ قال الشيخ في باب المياه من
النهاية: نعم (١) وقال في كتاب الأطعمة منها: بالمنع (٢).

قال طاب ثراه: والطين، وهو حرام إلا طين قبر الحسين عليه السلام للاستشفاء،
ولا تتجاوز قدر الحمصة.

أقول: ذهب ابن إدريس إلى تحريم تناول إلا عند الحاجة (٣) وأجاز الشيخ في
المصباح الإفطار عليه في عيد الفطر (٤).

واحتج العلامة إلى قول ابن إدريس بعموم النهي عن أكل الطين مطلقا (٥)

(١) النهاية: باب المياه وأحكامها ص ٨ س ١٠ قال: فإن استعمل شيء من هذه المياه النجسة في
عجين إلى قوله: لأن النار قد طهرته.

(٢) النهاية: باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٩٠ س ١٠ قال: وإذا نجس الماء إلى قوله: ثم عجن
به وخبز منه لم يجز أكل ذلك الخبز.

(٣) السرائر: باب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٤ قال: ولا يجوز أكل شيء من الطين إلى
قوله: ولا الإفطار عليه يوم الفطر على ما ذهب إليه شيخنا أبو جعفر في مصباحه الخ ولم نعثر عليه في
المصباح.

(٤) السرائر: باب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٤ قال: ولا يجوز أكل شيء من الطين إلى
قوله: ولا الإفطار عليه يوم الفطر على ما ذهب إليه شيخنا أبو جعفر في مصباحه الخ ولم نعثر عليه في
المصباح.

(٥) المختلف: ج ٢ (الفصل الخامس) في الأطعمة والأشربة ص ١٣٤ س ٢٣ قال: وقول ابن إدريس
لا بأس به لعموم النهي عن أكل الطين مطلقا.

وكذا المصنف في النافع (١).

(فروع)

- (أ) يحرم تناول إلا عند الحاجة عند ابن إدريس (٢) ويجوز على قصد الاستشفاء والتبرك وإن لم يكن هناك ضرورة عند الشيخ (٣).
- (ب) التربة التي يجوز تناولها لا يشترط أخذها من الضريح المقدس سلام الله وصلواته على ساكنه، بل يكفي أخذها من حرمة عليه السلام، ويمتد على ما ورد في الحديث إلى أربعة فراسخ (٤) وروي ثمانية (٥) لكنها مترتبة في الفضل. وأفضلها ما أخذ من الضريح بالدعاء المرسوم لذلك، وختمها تحت القبة المقدسة بقراءة سورة القدر، ويستحب الدعاء عند أكلها بالمرسوم (٦).
- (ج) الاحترام للتربة الموجب لتجنبها عن النجاسات - ما أخذ من الضريح المقدس، وكذا لو أخذ من خارج ووضع عليه ثبت الحرمة، لا ما أخذ من باقي الحرم، اللهم إلا أن يأخذ بالدعاء وتختتم.

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٤ قال: إلا طين قبر الحسين عليه السلام فإنه يجوز أن يؤكل منه اليسير للاستشفاء الخ.

(٣) النهاية: باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٩٠ س ٢ قال: ولا يجوز أكل شيء من الطين إلى قوله: إلا طين قبر الحسين بن علي عليها السلام فإنه يجوز أن يؤكل منه اليسير للاستشفاء الخ.

(٤) روي في المسالك ج ٢ ص ٢٤٤ س ٣ قال: وروي إلى أربعة فراسخ، وروي الشيخ في المصباح (فصل في تمام الصلاة في مسجد الكوفة والحائر) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: حريم قبر الحسين عليه السلام خمس فراسخ من أربعة جوانب القبر. ولم أعثر على ثمانية فراسخ. وروي الدعاء عند الأكل في المصباح في فصل تمام الصلاة في مسجد الكوفة والحائر، عن يونس بن ظبيان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: فإذا أكلت فقل: بسم الله الخ وغير ذلك من الأدعية المذكورة هناك.

(٥) تقدم أنفا تحت رقم ٤.

(٦) تقدم أنفا تحت رقم ٤.

(الخامس): السموم القاتلة قليلها وكثيرها، وما يقتل كثيره فالمحرم ما بلغ ذلك الحد.
(القسم الخامس): في المايعات، والمحرم خمسة.
(الأول) الخمر وكل مسكر، والعصير إذا غلا.

(د) يملك التربة بحيازتها، ويجوز بيعها كيلا ووزنا وجزافا، والسجود عليها من أفضل الأعمال، والتسبيح بها والاستغفار مضاعف الثواب أضعافا.
(هـ) يجوز طبخها قصدا للحفظ من التهافت، وإن كان تركه أفضل.
(و) يستحب للزائر أن يصحب معه منها ليشمل البركة أهله وبلده.
(ز) يستحب جعلها مع الميت مؤكدا، والكتابة بها على الكفن.
(تذنيب)

الطين الأرميني إذا دعت الضرورة إليه عينا جاز تناوله خاصة دون غيره، وقيل: إنه من طين قبر الإسكندر (١).
والفرق بينه وبين التربة من وجوه.

(أ) أن التربة يجوز تناولها لطلب الاستشفاء من الأمراض، وإن لم يصفها الطيب، بل وإن حذر منها، والأرميني لا يجوز تناوله إلا أن يكون موصوفا.
(ب) إن التربة لا يتجاوز منها قدر الحمصة، وفي الأرميني تباح القدر الذي تدعو الحاجة إليه، وإن زاد عن ذلك.
(ج) إن التربة محترمة لا يجوز تقريبها من النجاسة، وليس كذلك الأرميني.

(١) المصباح (فصل في تمام الصلاة مسجد الكوفة والحائر على ساكنهما السلام) ولفظ الحديث: سئل جعفر بن محمد عليهما السلام عن طين الأرميني يؤخذ للكسر أيحل أخذه؟ قال: لا بأس به، أما إنه من طين قبر ذي القرنين، وطين قبر الحسين بن علي عليهما السلام خير منه.

(الثاني) الدم، وكذا العلقة ولو في البيضة، وفي نجاستها تردد،
(الأشبه النجاسة) (١).

قال طاب ثراه: الدم نجس (٢) وكذا العلقة ولو في البيضة وفي نجاستها تردد.
أقول: العلقة هي النقطة الحمراء في البيضة المستحيلة عن نطفة الديك، فهل
هي نجسة أم لا؟
فنقول: لا شك أنها دم، وكل دم نجس، وهذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب،
وتردد المصنف طاب ثراه، ووجه ترده: من انفرادها باسم غير الدم عرفاً، فلا
يطلق عليها اسم الدم، فلا يكون نجسة، لأصالة الطهارة وحل البيضة، ولا نسلم أن
كل الدم نجس، بل المسفوح خاصة، وهذا ليس بمسفوح، فيكون كالدم المتخلف في
اللحم.

والأقرب التنجيس كمذهب العلامة (٣) لنجاسة الدم وتحريمه إلا ما استثني،
وهذا ليس من المستثنى.

أما نطفة الديك، فإن علمت في البيضة نطفة حرمت وكانت نجسة، لكن
ذلك غير معلوم غالباً، وقد يوجد في البيض شبه غدد لطاف منفصلات عن الصغار
وأثخن من البياض منقطة كالغدد، وهذه طاهرة ليست من النطفة، لأننا نشاهد
ذلك في بيض دجاج لا ديك لها، فلا يحكم بنجاستها، لأصالة الطهارة، وبقاء

(١) بين الهالين موجود في النسخة المطبوعة من المختصر النافع، ولا يوجد في النسخ المخطوطة من
المهذب.

(٢) كلمة (نجس) ليس في النسخة المطبوعة من المختصر النافع، ولكنها موجودة في النسخ المخطوطة من
المهذب.

(٣) القواعد: (المقصد الثالث في النجاسات) ص ٧ س ٢١ قال: والعلقة نجسة وإن كانت في البيضة.
وفي التذكرة: ج ١ (الباب الثاني في النجاسات) ص ٧ س ٧ قال: الثالث، العلقة نجسة وإن كانت في
بيض الدجاج وشبهه لأنها دم.

ولو وقع قليل دم في قدر وهي تغلي، لم يحرم المرق ولا ما فيها إذا ذهب بالغليان، ومن الأصحاب من منع من المائع وأوجب غسل التوابل، وهو حسن، كما لو وقع غيره من النجاسة.

الحل، إلا أن يدرك فيها النقطة محمرة. قال طاب ثراه: ولو وقع قليل من دم في قدر وهي تغلي، لم يحرم المرق ولا ما فيه إذا ذهب بالغليان، ومن الأصحاب من منع من المائع وأوجب غسل التوابل، وهو حسن.

أقول: للأصحاب في المسألة ثلاثة أقوال:

(أ) طهره بالغليان إذا كان الدم قليلا، ولو كان كثيرا لم يطهر بالغليان وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي ثم استحوط المنع (٢).
(ب) إطلاق القول بطهارته إذا ذهب بالغليان وإن كان كثيرا ذهب إليه المفيد (٣) وتلميذه (٤).

فالحاصل: أن الحل إنما يحصل عند الشيخ بثلاث شرائط: الغليان: وقلة الدم، وعدم ظهوره. والمفيد لم يشترط القلة.

(ج) نجاسة المرق وتحريمه، لأنه ماء قليل، أو مضاف نجس، فلا يطهر بالغليان

-
- (١) النهاية: باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٨٨ قال: فإن حصل فيها شيء من الدم وكان قليلا إلى قوله: لأن النار تحيل الدم.
(٢) المهذب: ج ٢ باب الأشربة ص ٤٣١ س ١٦ قال: فإن وقع فيها دم وكان قليلا جاز أكل ما فيها إلى قوله: والأحوط أن لا يؤكل.
(٣) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٩٠ س ٢ قال: وإذا وقع دم في قدر يغلي على النار جاز أكل ما فيها الخ.
(٤) المراسم: ذكر الأطعمة ص ٢١٠ س ٣ ما وقع دم في المرق فأغلي فإنه يزول حكم نجاسته ويحل أكله.

كغيره قاله ابن إدريس (١) واستحسنه المصنف (٢) واختاره العلامة (٣).
احتج الشيخ: بأن النار تحيل الدم، ولأن اللحم لا يكاد يعرى منه وقد أجزى
أكله بعد الغليان.

وبما رواه سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن قدر فيها جزور
ووقع فيها مقدار أوقية من دم، أيؤكل؟ فقال عليه السلام: نعم لأن النار تأكل
الدم (٤).

واحتج المفيد بعموم رواية زكريا بن آدم قال: سألت الرضا عليه السلام عن
قطرة خمر أو نبيذ مسكر قطرت في قدر فيه لحم ومرق كثير؟ قال: يهراق المرق، أو
يطعمه أهل الذمة، أو الكلاب، واللحم اغسله واكله، وقلت: فإن قطر فيه الدم؟
قال: الدم تأكله النار إن شاء الله (٥).

وحمل العلامة الدم على ما ليس بنجس كدم السمك، ومنع صحة السند، قال:
سعيد الأعرج لا أعرف حاله، والاحتجاج به يتوقف على معرفة عدالته وفي طريق
الثانية محمد بن موسى (٦) فإن كان هو ابن عيسى أبو جعفر السمان، كان ابن

(١) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧٠ س ٢٧ فإنه بعد ما أفتى بالإراقة بوقوع الخمر في
القدر قال: فإن حصل فيها شيء من الدم فكذلك سواء كان الدم قليلا أو كثيرا.
(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: ج ٢ ص ١٣٣ الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة س ١٤ قال: والمعتمد أنه لا يحل
أكل اللحم والتوابل حتى يغسل.

(٤) الكافي: ج ٦ كتاب الذبائح باب الدم يقع في القدر ص ٢٣٥ الحديث ١.

(٥) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة ص ١١٩ قطعة من حديث ٢٤٧.

(٦) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن موسى، عن
الحسن بن المبارك عن زكريا بن آدم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام الخ).

(الثالث) كل مائع لاقته نجاسة فقد نجس: كالخمر، والدم، والميتة، والكافر الحربي.

وفي الذمي روايتان، أشهرهما: النجاسة.

وفي رواية: إذا اضطر إلى مؤاكلته أمره بغسل يده، وهي متروكة. ولو كان ما وقعت فيه النجاسة جامدا ألقى ما يكتنف النجاسة وحل ما عداه. ولو كان المائع دهنا جاز بيعه للاستصباح به تحت السماء خاصة لا تحت الأظلة. ولا يحل ما يقطع من أليات الغنم، ولا يستصبح بما يذاب منها. وما يموت فيه ماله نفس سائلة من المائع نجس دون ما لا نفس له.

الوليد يقول: أنه يضع الحديث (١) فيسقط الاستدلال بالخبرين (٢). قال طاب ثراه: وفي الذمي روايتان أشهرهما: النجاسة. وفي رواية إذا أراد مؤاكلته أمره بغسل يده وهي متروكة.

أقول: الرواية إشارة إلى ما رواه الشيخ (في الصحيح) عن عيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مؤكلة اليهودي والنصراني؟ قال: إذا توضأ فلا بأس (٣).

(١) تنقيح المقال (رجال مامقاني) ج ٣ باب محمد ص ١٩٣ تحت رقم ١١٤١٧ قال: وقال النجاشي: ضعفه القميون بالغلو، وكان ابن الوليد يقول: أنه كان يضع الحديث والله أعلم.

(٢) المختلف: الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة ص ١٣٣ ص ٢١ فإنه بعد تضعيف الحديثين قال: فسقط الاستدلال بالخبرين.

(٣) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة ص ٨٨ الحديث ١٠٨ ولفظ الحديث (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مؤكلة اليهودي والنصراني فقال: لا بأس إذا كان من طعامك، وسألته عن مؤكلة المجوسي فقال: إذا توضأ فلا بأس).

وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (١).

ومنع المفيد (٢) والقاضي (٣) والمرضى (٤) وابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) وحملها العلامة في القواعد على تعدد الأواني (٨) وفي المختلف على ما لا تنفعل بالملاقاة كالفواكه اليابسة، والثمار كذلك والحبوب (٩) قلت: وكذا لو كانت الفواكه رطبة وأكل مما يليه كالرطب، وكذا غير الفواكه مما هو رطب وله حالة جمود لا يحصل منها سريان الانفعال كالجبين والسمك الطري وأكل كل واحد من جانبه. وفائدة الأمر بغسل اليد زوال القدر منها، أو إزالة تنفر النفس. احتج المانعون: بأنهم أنجاس فينفع ما بشروه برطوبة من الأطعمة.

- (١) النهاية: باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٨٩ س ٢٠ قال: ويكره أن يدعو الإنسان أحدا من الكفار إلى طعامه فيأكل معه، فإن دعاه فليأمره بغسل يديه ثم يأكل معه إن شاء.
- (٢) المقنعة: باب الذبائح والأطعمة ص ٨٩ س ٣٤ قال: ولا يجوز سوء مواكلة المجوس الخ.
- (٣) الإنتصار: (في الذبائح) ص ١٩٣ س ٣ قال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية أن كل طعام عالجه الكفار من اليهود والنصارى وغيرهم إلى قوله: فهو حرام لا يجوز أكله الخ وإلى هذا أشار في المختلف ج ٢ ص ١٣٤ س ١٣ بقوله: قال السيد المرتضى: مما انفردت به الإمامية الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ كتاب الأطعمة والأشربة ص ٤٢٩ س ١٠ قال: فأما المحرم إلى قوله: ومؤكلة الطعام مع الكفار، وكل طعام مائع باشره كافر الخ.
- (٥) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٦ قال: ولا يجوز مؤكلة الكافر الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: ج ٢ ص ١٣٤ س ١٥ قال: والمعتمد ما قاله ابن إدريس، إلى أن قال بعد نقل احتجاج الشيخ: والجواب الحمل على ما إذا كان الطعام مما لا ينفعل بالملاقاة كالفواكه اليابسة والثمار كذلك والحبوب.
- (٨) القواعد: ج ٢، المطلب الخامس المائعات ص ١٥٨ س ٢١ قال بعد نقل الحديث: وهي محمولة على الأجسام الجامدة، أو مع اختلاف الأواني.
- (٩) المختلف: ج ٢ ص ١٣٤ س ١٥ قال: والمعتمد ما قاله ابن إدريس، إلى أن قال بعد نقل احتجاج الشيخ: والجواب الحمل على ما إذا كان الطعام مما لا ينفعل بالملاقاة كالفواكه اليابسة والثمار كذلك والحبوب.

(الرابع) أبوال ما لا يؤكل لحمه. وهل يحرم بول ما يؤكل لحمه؟
قيل: نعم، إلا بول الإبل، والتحليل أشبهه.
(الخامس) البان الحيوان المحرم كاللبوة، والذئبة، والهرة. ويكره
ما كان لحمه مكروها كالأتن حليبه وجامده.

وبما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن مواكلة
المجوسي في قصعة واحدة، وأرقد معه على فراش واحد، وأصافحه، فقال: لا (١).
ومثلها رواية هارون بن خارجة حيث سأل الصادق عليه السلام فقال: إني أخالط
المجوس، فأكل من طعامهم؟ فقال: لا (٢).
قال طاب ثراه: وهل يحرم بول ما يؤكل لحمه؟ قيل: نعم إلا أبوال الإبل،
والتحليل أشبهه.
أقول: أما أبوال الإبل للاستشفاء فجائز بالإجماع.
فهنا قيدان: كونها من الإبل، والاحتياج إليه، فلا يحل تناولها لغير ضرورة.
وأما أبوال غيرها، أو أبوالها لغير ضرورة فهل يجوز شربه أم لا؟ منع المصنف في
كتاب الأطعمة من الشرائع (٣) لاستخبائها، وأباحها في كتاب التجارة (٤) وفي
الموضعين من النافع (٥) (٦) لمكان طهارتها.

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٧ الحديث ١٠١.
(٢) التهذيب، ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٧
الحديث ١٠٢.
(٣) الشرائع: كتاب الأطعمة والأشربة، الرابع الأعيان النجسة، قال: وقيل: يحل الجميع لمكان
طهارته، والأشبهه التحريم لمكان استخبائها.
(٤) الشرائع: كتاب التجارة، الأول الأعيان النجسة قال: وربما قيل بتحريم الأبوال كلها إلا بول
الإبل، والأول (أي اختصاص المنع ببول ما لا يؤكل لحمه) أشبهه.
(٥) المختصر النافع: كتاب التجارة (الأول) الأعيان النجسة، قال: والأبوال مما لا يؤكل لحمه.
(٦) لاحظ عبارة النافع في المتن.

فالحاصل: إن علة التحريم هل هو الخبث؟ أو المييح للحل الطهارة؟ مع قطع النظر عن الاستخبات.

فمن قال بالأول قال بتحريمها، وهو اختيار ابن حمزة (١) وأحد قولي المصنف (٢) ومذهب العلامة (٣).

ومن قال بالثاني أجاز شرب جميع الأبوال من المأكول لضرورة وغيرها، وهو قول السيد (٤) وأبي علي (٥) وابن إدريس (٦) قال: وقول الشيخ في النهاية: ولا بأس بأن يستشفى بأبوال الإبل (٧) ليس دليلا على أن غيرها لا يجوز الاستشفاء به ولا يجوز شربه، لأننا بلا خلاف بينا: أن أبوال ما يؤكل لحمه طاهرة غير نجسة (٨). وفيه منع لأننا لا نسلم كون التحريم تابعا للتنجيس، بل الاستخبات كما في محرقات الذبيحة، وللآية (٩) وقد تقدم البحث في هذه في باب المكاسب.

(١) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الأشربة ص ٣٦٤ س ١٥ قال: ولا يجوز شرب دماء الحيوانات ولا أبوالها مختارا إلا بول الإبل للاستشفاء.

(٢) تقدم نقله عن الشرائع تحت رقم (١).

(٣) المختلف: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٣٤ س ٣٣ فإنه بعد قول ابن حمزة في الوسيلة قال: وهو المعتمد، لنا، أنها مستخبثة الخ.

(٤) الانتصار: مسائل الأشربة ص ٢٠١ قال: (مسألة) ومما يظن انفراد الإمامية به القول بتحليل شرب أبوال الإبل وكل ما أكل لحمه من البهائم.

(٥) المختلف: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٣٤ س ٣٠ قال: وقال ابن الحنيد: ولا بأس بشرب بول ما أكل لحمه.

(٦) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٣٢ في الهامش قال: ولا بأس بشرب أبوال الإبل، وكل ما أكل لحمه من البهائم، ثم قال: وقال شيخنا في نهايته: ولا بأس بأن يستشفى بأبوال الإبل ولم يذكر غيرها، وليس ذكره لها دليلا على أن غيرها لا يجوز الخ وكلام الشيخ في النهاية في باب الأطعمة المحظورة والمباحة ص ٥٩٠ س ١٦ قال: ولا بأس بأن يستشفى بأبوال الإبل.

(٧) تقدم آنفا تحت رقم ٦.

(٨) تقدم آنفا تحت رقم ٦.

(٩) قال تعالى: (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) سورة الأعراف / ١٥٧.

(القسم الثالث)، في اللواحق، وهي سبع.
(الأولى) شعر الخنزير نجس سواء أخذ من حي أو ميت على الأظهر، فإن اضطر استعمل ما لا دسم فيه وغسل يده. ويجوز الاستقاء بجلود الميتة، ولا يصلى بمائها (ولا يشرب).

قال طاب ثراه: شعر الخنزير نجس سواء أخذ من حي أو من ميت على الأظهر، فإن اضطر استعمل ما لا دسم فيه وغسل يده، ويجوز الاستقاء بجلود الميتة ولا يصلى بمائها ولا يشرب.

أقول: هنا ثلاث مسائل.

(الأولى) شعر الخنزير هل هو نجس أم لا؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول، والثاني مذهب السيد (١) لأنه لا تحله الحياة، وقد تقدم هذا البحث في كتاب الصلاة.

(الثانية) شعر الخنزير هل يجوز استعماله مع الاختيار؟ منع منه الشيخ في النهاية إلا مع الضرورة، فيستعمل ما لا دسم فيه ثم يغسل يده عند حضور الصلاة (٢)، وهو اختيار المصنف في كتابيه (٣) (٤) وهو مذهب ابن إدريس رضوان الله عليه، حيث قال: شعر الخنزير لا يجوز للإنسان استعماله مع الاختيار على

(١) الناصريات (في الجوامع الفقهية) مسألة ١٩ قال: شعر الميتة طاهر وكذلك شعر الكلب والخنزير، هذا صحيح وهو مذهب أصحابنا إلى أن قال: فإن الشعر لا حياة فيه.

(٢) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة، ص ٥٨٧ س ٦ قال: وكذلك شعر الخنزير لا يجوز له أن يستعمله مع الاختيار فإن اضطر إلى استعماله فليستعمل منه ما لم يكن بقي فيه دسم ويغسل يده عند حضور الصلاة.

(٣) الشرائع: كتاب الأطعمة والأشربة، القسم السادس في اللواحق (الأولى) قال: لا يجوز استعمال شعر الخنزير اختياراً الخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

الصحيح من أقوال أصحابنا وإن كان قد ذهب قوم منهم إلى جواز استعماله وتمسك بأنه لا تحله الحياة إلا أن أخبارنا متواترة عن الأئمة الأطهار بتحريمه، والاحتياط يقتضي ذلك، فإن اضطر إلى استعماله فليستعمل منه ما لم يكن فيه دسم، بأن يتركه في فخار ويجعله في النار، فإذا ذهب دسمه استعماله عند الضرورة والحاجة إليه، ويغسل يده عند حضور الصلاة على ما وردت به الأخبار بذلك (١)، وهو موافق لما أفتى به شيخنا رحمه الله، وجزم به المصنف (٢) والعلامة في القواعد (٣). ويلزم السيد جواز استعماله لمكان طهارته وهو مذهب العلامة في المختلف لأصالة الإباحة، ونجاسته لا تعارض الانتفاع به، لما فيه من المنفعة العاجلة الخالية من ضرر عاجل أو آجل، فيكون سائغا عملا بالأصل السالم عن معارضته دليل عقلي أو نقلي في ذلك (٤).

وبما رواه سليمان الإسكاف عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شعر الخنزير يخز به (٥)، قال: لا بأس به ولكن يغسل يده إذا أراد أن يصلي (٦). وحمله الشيخ على حالة الضرورة.

ولما رواه عن برد الإسكاف عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك إني رجل خزاز لا يستقيم عملنا إلا بشعر الخنزير نخز به قال: خذ منه وبره

-
- (١) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٧٠ س ٣ قال: وكذلك شعر الخنزير لا يجوز للإنسان استعماله الخ.
- (٢) تقدم أنفا.
- (٣) القواعد: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٩ س ٦ قال: ويحرم استعمال شعر الخنزير الخ.
- (٤) المختلف: ج ٢، الفصل الرابع فيما يحل من الميتة وما يحرم من الذبيحة ص ١٣٢ س ١٦ قال: والمعتمد جواز استعماله مطلقا الخ.
- (٥) الخزازون قوم يعملون الخز (مجمع البحرين لغة خزز).
- (٦) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٥ الحديث ٩٢.

واجعلها في فخارة، ثم أوقد تحته حتى يذهب دسّمه ثم اعمل به (١).
(الثالثة) هل يجوز الاستقاء بجلود الميتة؟ قال الشيخ في النهاية: نعم لغير الوضوء
والصلاة والشرب، وتجنبه أفضل (٢) وبه قال المصنف في كتابيه (٣) (٤) والعلامة
في القواعد جزماً (٥) وجعله ابن إدريس رواية (٦) ومنع القاضي (٧) وابن
حمزة (٨) والعلامة في المختلف (٩).
وهو المعتمد لعموم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) (١٠) والأصل عدم
التخصيص، فيحرم جميع أنواع الانتفاع.

- (١) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ٨٤ الحديث ٩٠.
(٢) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٧ س ٨ قال: ويجوز أن يعمل من جلود
الميتة دلو يستقى به الماء لغير الوضوء الخ.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) الشرائع: كتاب الأطعمة والأشربة، في اللواحق، قال: ويجوز الاستقاء بجلود الميتة إلى قوله:
وترك الاستقاء أفضل.
(٥) القواعد: ج ٢ في الأطعمة والأشربة ص ١٥٩ س ٦ قال: ويجوز الاستقاء بجلد الميتة لغير الطهارة
وتركه أفضل.
(٦) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٧٠ س ٦ قال: وروي أنه يجوز أن
تستعمل من جلود الميتة دلو الخ.
(٧) المهذب: ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ومن الميتة ص ٤٤٢ س ١٤ قال: فإن كان
ميتة لم يجز استعماله على وجه من الوجوه.
(٨) الوسيلة: فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة وحكم الجلود ص ٣٦٢ س ١١ قال:
جلود الميتة، ولا يجوز استعمالها الخ.
(٩) المختلف: ج ٢، الفصل الرابع فيما يحل من الميتة وما يحرم من الذبيحة ص ١٣٢ س ٢٦ فإنه بعد
نقل قول ابن البراج بالمنع قال: وهو الأقرب
(١٠) سورة المائدة / ٣.

(الثانية) إذا وجد لحم واشتبهه، ألقى في النار، فإن انقبض فهو ذكي، وإن انبسط فهو ميتة. ولو اختلط الذكي بالميتة، اجتنبا. وفي رواية الحلبي: يباع ممن يستحل الميتة (على الأصح) (١).

ولما رواه الشيخ في المبسوط عن عبد الله بن الحكم قال: أتانا كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله وفيه: أن لا ينتفع بالميتة بإهاب ولا عصب (٢). احتج المسوغون: بالأصل، وهو ممنوع، لوجوب مخالفته عند الدليل، وقد بيناه.

(فرع)

قال الصدوق في المقنع: لا بأس أن يجعل جلد الخنزير دلوا يسقى به الماء (٣). وفيه منع لعدم وقوع الذكاة عليه، فهو كجلد الميتة، وقد مر البحث فيه. قال طاب ثراه: إذا وجد لحم واشتبهه ألقى في النار، فإن انقبض فهو ذكي، وإن انبسط فهو ميت. ولو اختلط الذكي بالميتة، اجتنبا. وفي رواية الحلبي يباع ممن يستحل الميتة. أقول: هنا مسألتان.

(الأولى) إذا وجد لحم فاشتبهه فلا يعلم أذكي أم ميت، ما الحكم فيه؟ قال

-
- (١) هكذا في النسخ المطبوعة التي عندنا من المختصر النافع، وفي النسخ المخطوطة من النافع ومن المهذب ليست كلمة (على الأصح) فيها.
- (٢) لم أظفر عليه في المبسوط والحديث في سنن ابن ماجه: ج ٢ (٢٦) باب من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب ص ١١٩٤ الحديث ٣٦١٣ وفيه (عن عبد الله بن عكيم).
- (٣) المقنع: باب الصيد والذبائح ص ١٤١ س ٩ قال: وإياك أن تجعل جلد الخنزير دلوا تستقي به الماء. وهذا كما ترى على خلاف مقصود المصنف، ولكن في المختلف: ج ٢ ص ١٣٢ س ٢٨ قال: تذييب: قال الصدوق في المقنع: ولا بأس أن يجعل جلد الخنزير دلوا الخ.

الشيخ في النهاية: يطرح في النار فإن انقبض فهو ذكي، وإن انبسط فهو ميت (١) واختاره المصنف هنا (٢) وجعله في الشرائع قولاً (٣) ومنع العلامة في القواعد وأوجب اجتنابه، وحكي اعتباره بالنار قولاً (٤) واختاره فخر المحققين (٥). احتج الشيخ بما رواه شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دخل قرية فأصاب بها لحماً، لم يدر أذكي هو أم ميت قال: يطرحه فكلما انقبض فهو ذكي وكلماً انبسط فهو ميتة (٦).

احتج المانعون: بالاحتياط، وبتحريم اللحم والصيد إلا مع تعيين التذكية، وهو مفقود هنا.

(الثانية) إذا اختلط الذكي بالميت ولم يكن هناك طريق إلى تمييزه لم يحل أكل شيء منه، ويبيع على مستحل الميتة، قاله الشيخ في النهاية (٧) وتبعه العلامة في

(١) النهاية: باب الصيد وأحكامه ص ٥٨٢ س ٢ قال: وإذا وجد لحماً لا يعلم أذكي هو أم ميت فليطرحه على النار الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) الشرائع: كتاب الأطعمة والأشربة، القسم السادس في اللواحق قال: (الثانية) إذا وجد لحم إلى قوله: قيل: يطرح في النار الخ.

(٤) القواعد: ج ٢، في الأطعمة والأشربة، المطلب الخامس في المائعات ص ١٥٩ س ٨ قال: ولو وجد لحم مطروح لا يعلم ذكاته اجتنب، وقيل: يطرح في النار.

(٥) الإيضاح: ج ٤ في الأطعمة والأشربة (في المائعات) ص ١٦١ س ١٨ قال: والأصح عندي التحريم ولا اعتبار بالنار.

(٦) الكافي: ج ٦ كتاب الأطعمة، باب اختلاط الميتة بالذكي، باب آخر منه ص ٢٦١ الحديث ١.

(٧) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٦ س ١ قال: وإذا اختلط اللحم الذكي بالميتة إلى قوله: ويبيع على مستحلي الميتة.

المختلف (١) ومنع ابن حمزة (٢) والقاضي (٣) وابن إدريس (٤) وأوجبوا اجتناب الجميع، وهو اختيار المصنف (٥).
احتج الأولون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: إذا اختلط الذكي باعه ممن يستحل الميتة ويأكل ثمنه (٦).
قال العلامة: وهذا ليس في الحقيقة بيع، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه، فكان سائغا ثم أورد الرواية (٧).
احتج الآخرون: بوجوب تغليب الحرمة مع اجتماعها بالمباح، كوجوب اجتناب الزوجة مع اشتباهها بالأجنبية.
ولقوله عليه السلام: ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام (٨).
ولأن أكله حرام فثمنه كذلك، ولما روي عنه صلى الله عليه وآله: إن الله إذا

(١) المختلف: ج ٢ (الفصل الرابع فيما يحل من الميتة وما يحرم من الذبيحة) ص ١٣١ س ٢٨ قال:
والوجه ما قاله الشيخ (لنا) أنه في الحقيقة ليس ببيعاً، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه فكان سائغا.

- (٢) الوسيلة: فصل في بيان ما يحرم من الذبيحة ويحل من الميتة ص ٣٦٢ س ٤ قال: وإن اختلط لحم الميتة بالذكي ولم يتميز لم يؤكل ويبيع على مستحليه. ولا يخفى أن هذا على خلاف مطلوب المصنف أدل، ولعل ذلك من قلم النساخ والصحيح (وتبعه العلامة وابن حمزة).
(٣) المهذب: ج ٢ باب ما يحل من الذبائح وما يحرم منها ومن الميتة ص ٤٤١ س ١٤ قال: وإذا اختلط لحم ذكي بميتة إلى قوله: لم يحل أكل شيء منه الخ.
(٤) السرائر: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٣٦٩ س ٢٧ قال: وإذا اختلط اللحم المذكى بلحم الميتة إلى قوله: لم يحل أكل شيء منه ولا يجوز بيعه.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) الكافي: ج ٦ باب اختلاط الميتة بالذكي ص ٢٦٠ الحديث ٢.
(٧) تقدم أنفاً تحت رقم ٢.
(٨) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٦٦ الحديث ١٧ ولاحظ ما علق عليه.

حرم شيئاً حرم ثمنه (١).

ومثله قوله عليه السلام: لعن الله اليهود حرمت عليهم الميتة، فباعوها واستحلوا أثمانها (٢).

واستحسن العلامة في القواعد الأول إذا قصد بيع الذكي حسب (٣) فعلى هذا يشترط أن يكون معلوماً عند البائع، لأن بيع المجهول غير جائز. قال فخر المحققين: الضمير في قوله عليه السلام (باعه ممن يستحل الميتة) راجع إلى الذكي، بأن يعلم وزنه، ولا يعلم عينه: ويكون الآخر تابعاً ولا حظ له في الثمن، كالأبق، قال: وفي الكل نظر، والأصح التحريم، ولا اعتبار بالنار هذا آخر كلامه في الإيضاح (٤).

فإن قلت: كيف حكم الشيخ في النهاية بوجوب الاجتناب مع الاختلاط (٥) وأجاز بيعه على مستحل الميتة وجعل الانقباض والانبساط إماراً صالحة للتمييز بين الذكي والميت، فأى فرق بين الحالتين؟ فهلا اعتبر الانقباض والانبساط في المختلط وأكل المتيقن وألقى المنبسط، وتفصي من البيع على المستحل. فالجواب الفارق بين الصورتين موجود، لأن في الاختلاط تيقن وجود ميت

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٢ الحديث ٤٨ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٢ الحديث ٤٩ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) قال في الإيضاح: ج ٤ ص ١٦١ س ١٥ في شرح قول العلامة (ولو وجد لحم مطروح الخ) ما لفظه (وأما جواز البيع ثمة، فلأنه يعلم وجود ذكي ويقصد بيعه، وقول الصادق عليه السلام: إذا اختلط الذكي والميتة باعه ممن يستحل الميتة، الضمير فيه راجع إلى الذكي بأن يعلم وزنه ولا يعلم عينه، ويكون الآخر تابعاً لا حظ له في الثمن).

(٤) الإيضاح: ج ٤ في المائعات، ص ١٦١ س ١٧ قال: والضمير فيه الخ.

(٥) النهاية: باب ما يحل من الميتة ويحرم من الذبيحة ص ٥٨٦ س ١ قال: وإذا اختلط اللحم الذكي بالميتة الخ وقد تقدم أيضاً.

(الثالثة) لا يأكل الإنسان من مال غيره إلا بإذنه، وقد رخص مع عدم الإذن في الأكل من بيوت من تضمنته الآية إذا لم يعلم الكراهية. وكذا ما يمر الإنسان به من ثمرة النخل. وفي ثمرة الزرع والشجر تردد، ولا يقصد، ولا يحمل.

(الرابعة) من شرب خمرا أو شيئا نجسا فبصاقه طاهر ما لم يكن متغيرا بالنجاسة.

(الخامس) إذا باع ذمي خمرا ثم أسلم فله قبض ثمنها.

وذكي، واشتبه المحرم يقينا بالمحلل يقينا، فوجب اجتنابهما، كالإنائين، والزوجتين، وأما المجهول فلم يعلم حاله أنه ميت، فاعتبره بما جعله الشارع صالحا لتمييزه. قال طاب ثراه: وقد رخص مع عدم الإذن، في الأكل من بيوت من تضمنته الآية، وكذا ما يمر به الإنسان من ثمرة النخل، وفي ثمرة الزرع والشجر تردد. أقول: الأصل تحريم التصرف في مال الغير إلا مع صريح الإذن، لقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام) (١) وقوله عليه السلام: المسلم أخو المسلم لا يحل له ماله إلا عن طيب نفس منه (٢) وقوله عليه السلام: مال المسلم ودمه حرام (٣).

وقد أخرج النص من هذا الأصل العام، وجوها.

(الأول) الأكل من بيت من تضمنته الآية، يعني قوله تعالى (ولا على أنفسكم

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٢ ولم أظفر عليه في غيره، نعم بمضمونه روايات، لاحظ سنن ابن ماجه: ج ٢: كتاب الفتن (٢) باب حرمة دم المؤمن وماله ص ١٢٩٨ الحديث ٣٩٣٣ قال: كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه.

أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آباءكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أحوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا (١) يعني مجتمعين ومنفردين. وقوله: (أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم) المراد به بيت العبد، لأن ماله ملك سيده، وقيل: ما يجده الإنسان في داره ولم يعلم به. وشرط الأصحاب: علم انتفاء الكراهية، فلا يحل مع تيقنها، وإن لا يحمل معه. ونقل ابن إدريس عن بعض أصحابنا: أنه لا يأكل إلا ما يخشى عليه الفساد (٢) ولا يشترط الإذن في الدخول إلى البيت، ويكفي البناء على الظاهر من حسن ظنه به، ولا يشترط إذنه مطلقا.

(الثاني) المال المشترك كالشجرة والزرع والمباطخ (٣) فإن لكل واحد من الشركاء، الأكل بدون إذن الشريك لقوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٤) مع عدم علم الكراهة أيضا، ولا يدخل هذا في الصديق المذكور في الآية، لأنه قد لا يكون صديقا. (الثالث) ما يمر به الإنسان من ثمرة النخل وغيرها، وقد تقدم البحث فيه. (الرابع) الشرب والوضوء والغسل من ماء الدالية والدولاب (٥)، عملا بشاهد

(١) سورة النور / ٦١.

(٢) السرائر: كتاب الأطعمة والأشربة ص ٣٧١ س ٢٧ قال: وذهب بعض أصحابنا الخ.

(٣) المبطخة: المكان ينبت فيه البطيخ بكثرة، وفي الأساس: رأيته يدور بين المطابخ والمباطخ ج مباطخ (المعجم الوسيط ج ١، لغة بطخ).

(٤) سورة النساء / ٢٩.

(٥) الدالية: الدلو ونحوها. خشبة تصنع على هيئة الصليب تثبت برأس الدلو ثم يشد بها طرف جبل وطرفه الآخر يخدع قائم على رأس البئر يستقى بها، والناعورة يديرها الماء أو الحيوان (الساقية) والأرض تسقى بالدلو (المعجم الوسيط ج ١ لغة دلو) والدولاب الآلة التي تديرها الدابة ليستقي بها (المعجم الوسيط ج ١ لغة دول).

(السادسة) الخمر تحل إذا انقلبت خلا، ولو كان بعلاج. ولا تحل لو ألقى فيها خل استهلكها.

وقيل: لو ألقى في الخل خمر من إناء فيه خمر لم تحل حتى يصير ذلك الخمر خلا، وهو متروك.

(السابعة) لا يحرم الربويات والأشربة وإن شتم منها رائحة المسكر. ويكره الإسلاف في العصير، وأن يستأمن على طنجه من يستحله قبل أن يذهب ثلثاه. والاستشفاء بمياه الجبال الحارة التي يشتم منها رائحة الكبريت.

الحال، ولو علم الكراهة حرم.

قال طاب ثراه: وقيل: لو ألقى في الخل خمر من إناء فيه خمر لم يحل حتى يصير ذلك الخمر خلا، وهو متروك.

أقول: توضيح المسألة: أن نفرض إنائان في أحدهما خل وفي الآخر خمر، فوقع من إناء الخمر في الخل، فالأصل أن الخل حرم لنجاسته بملاقاة الخمر، وفرضنا تخلل الخمر الصرف الباقي في إنائه، فإنه يحل قطعاً للإجماع على حل الخمر بانقلابه. وهل يظهر الخل الذي وقع فيه الخمر؟ لنا فيه ثلاثة أقوال.

(الأول) طهارته مع انقلاب باقية الصرف كما صورناه، وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) والتهذيب (٢) واستقر به العلامة في المختلف (٣) لأن انقلاب الخمر إلى

(١) النهاية: باب الأشربة المحظورة والمباحة ص ٥٩٢ س ٢٠ قال: وإذا وقع شيء من الخمر في الخل لم يجز استعماله إلا بعد أن يصير ذلك الخمر خلا.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٢) باب الذبائح والأطعمة وما يحل من ذلك وما يحرم منه ص ١١٨ الحديث ٢٤٤ ولاحظ الحديث ٤٤٥ وذيله.

(٣) المختلف: ج ٢ (الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة) ص ١٣٧ س ٤ فإنه بعد نقل قول الشيخ قال: واعلم أن قول الشيخ ليس بعيداً الخ.

الخل يدل على تمامية استعداد انقلاب ذلك الخمر إلى الخل والمزاج واحد، بل استعداد الملقى في الخل لصيرورته خلا، أتم، ولكن لا يعلم لامتزاجه بغيره، فإذا انقلب الأصل المأخوذ منه علم انقلابه أيضا، ونجاسة الخل تابعة للخمرية، وقد زالت، فيزول النجاسة كما في الخمر إذا انقلب.

(الثاني) يكفي في حل الخل أن يمضي عليه وقت تنتقل في مثله العين من التحليل إلى التحريم، أو من التحريم إلى التحليل، وهو قول أبي علي (١).
(الثالث) بقاءه على التحريم قاله ابن إدريس (٢) والمصنف (٣) والعلامة في أكثر كتبه (٤) وهو ظاهر السيد (٥) لنجاسة الخل بملاقاة الخمر، وليس حال ينقلب إليها، ولا يتعدى طهارة ذلك الخمر المنفرد إليه، لأصالة بقاء الحرمة إلى تيقن سبب الحل، ولا يقين هنا. ولأن قليل الخمر لو ألقى في الماء لم يحل بانقلاب الباقي من

(١) المختلف: ج ٢ (الفصل الخامس في الأطعمة والأشربة) ص ١٣٧ س ٧ قال: وقد نبه شيخنا أبو علي بن الحنيد فقال: إلى أن قال: فإنه يحرم عليه شربه في الوقت ما لم يمض عليه وقت تنتقل في مثله العين من التحليل إلى التحريم الخ.

(٢) السرائر: باب الأشربة المحظورة ص ٣٧٣ س ٢٨ فإنه بعد نقل قول النهاية قال: والذي يقتضيه أصول المذهب ترك العمل بهذه الرواية.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) التحرير: ج ٢ كتاب الأطعمة والأشربة في المائعات ص ١٦١ س ١٩ قال: ولو ألقى في الخمر خل أو العكس لم يحل ولم تطهر الخ والقواعد: ج ٢ (المائعات) ص ١٥٨ س ٢٣ قال: (تتمة) لو ألقى الخمر في الخل، أو بالعكس لم يطهر الخمر فكان الخل نجسا الخ.

(٥) الإنتصار: مسائل الأشربة ص ٢٠٠ س ١٦ قال: (مسألة) وعند الإمامية إذا انقلبت الخمر خلا بنفسها أو بفعل آدمي إلى قوله: وأبو حنيفة يوافق الإمامية فيما حكيناه إلا أنه يزيد عليهم، وبعد نقل مذهب أبي حنيفة قال: وعند الإمامية أن ذلك لا يجوز، ومتى لم ينقلب الخمر إلى الخل لم يحل الخ.

كتاب الغضب
والنظر في أمور.
(الأول) الغضب هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.

كتاب الغضب
مقدمة

الغضب هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.
وقيل: هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير بغير حق.
والثاني أعم من الأول والأول أحق.
ويتفرع على القولين: ما لو كان لإنسان عند الصباغ ثوب، فرد عليه غيره غلطا،
ثم علم به فهو غاصب على الثاني دون الأول. وكذا لو خرج الإنسان من جامع، أو
من مزار، فوجد نعالا مختلطة، فجعل يرفع منها بعضها ويضع منها بعضا ليعلم حفه لم
يكن غاصبا فيما أثبت يده عليه، لأنه ليس ظالما في ذلك، ولا متعديا، ولا كان
وضع اليد عليها بنية الاستيلاء، بل لتمييز خفه وهو لا يتم إلا بذلك، ويكون غاصبا

(٢٤٥)

على التعريف الثاني.
 وتحريمه معلوم من العقل. والنص، من الكتاب والسنة والإجماع.
 أما الكتاب: فقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (١) و (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) (٢) ومن غضب مال اليتيم فقد ظلمه.
 وأما السنة: فمنه ما رواه أنس عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفس منه (٣).
 وعن ابن مسعود عنه صلى الله عليه وآله: حرمة مال المسلم كحرمة دمه (٤).
 وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده عن النبي عليه السلام قال: لا يأخذن أحدكم مال أخيه جادا ولا لاعبا، من أخذ عصا أخيه فليردها (٥).
 وروى معلى بن مرة الثقفي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر (٦).
 وعنه عليه السلام: من أخذ شبرا من الأرض بغير حقه طوق به يوم القيامة من سبع أرضين (٧).
 وعنه عليه السلام ليأتين على الناس زمان لا يبالي الرجل بما يأخذ مال أخيه، بحلال

- (١) سورة النساء / ٢٩.
 (٢) سورة النساء / ١٠.
 (٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.
 (٤) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه.
 (٥) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.
 (٦) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٤ الحديث ٦ ولاحظ ما علق عليه.
 (٧) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٤ الحديث ٧ ولاحظ ما علق عليه ورواه أبي داود الطيالسي في سنده ج ١٠ ص ٣١٧ الحديث ٣٤١٠.

ولا يضمن لو منع المالك من إمساك الدابة المرسلة. وكذا لو منعه على القعود على بساطه.

ويصح غصب العقار كالمنقول ويضمن بالاستقلال به. ولو سكن الدار قهرا مع صاحبها ففي الضمان قولان: ولو قلنا بالضمان ضمن النصف.

أو حرام (١).

واتفقت الأمة على تحريم الغصب.

قال طاب ثراه: ويصح غصب العقار كالمنقول - إلى قوله: - ولو قلنا بالضمان ضمن النصف.

أقول: هنا مسائل.

(الأولى) يصح غصب العقار، أي يتحقق الغصب في العقار كما يتحقق في المنقول، وإن لم تستقل اليد عليه، لأن المراد باليد في تعريف الغصب (أنه الاستقلال بإثبات اليد) القدرة، لا الجارحة، ومعناها التمكن من الانتفاع بالعين مع رفع يد المالك، وهذا المعنى لا شك أنه يتحقق في العقار والأرض والأشجار كما يتحقق في المنقولات، بأن يستقل بالتصرف في الدار والبستان مثلا، ويمنع المالك من التصرف.

(الثانية) لو سكن الدار قهرا مع مالكةا، هل يتحقق الغصب هنا؟ يحتمله قويا، لاستقلاله بالتصرف فيما سكنه، ورفع يد المالك عنه، فيصدق الحد عليه، ويحتمل عدمه، لعدم الاستقلال، فإن المالك لم يرفع يده عن الملك، بل هو متصرف فيه، والأول مذهب العلامة (٢) والثاني مذهب المصنف (٣).

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٤ الحديث ٨ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) التحرير: ج ٢ كتاب الغصب ص ١٣٧ س ٢٥ قال: ولو سكن مع المالك قهرا فالوجه أنه يضمن النصف.

(٣) الشرائع: كتاب الغصب (في السبب) قال: فلو سكن الدار مع مالكةا قهرا لم يضمن الأصل، وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد الخ.

ويضمن حمل الدابة لو غصبها، وكذا الأمة. ولو تعاقبت الأيدي على المغصوب، فالضمان على الكل، ويتخير المالك. والحر لا يضمن ولو كان صغيراً،
لكن لو أصابه تلف بسبب الغاصب ضمنه. ولو كان لا بسببه كالموت ولذع الحية فقولان.

(الثالثة) على القول بالضمان، يضمن نصف الدار، ولا فرق بين أن يكون تصرفه في قدر النصف أو أقل أو أكثر، لأن التصرف في الدار اثنان، فيحال بالضمان عليهما كالجنايات. أما الأجرة فلا يضمن منها إلا قدر ما ينتفع به من السكنى.

وهذا البحث على تقدير كون كل واحد من المالك والغاصب متفوضاً في جميع الدار، ولو فرضنا استقلال الغاصب ببيت من الدار مثلاً - ولم يشارك المالك في غيره من الدار، ويد المالك على الباقي - ضمن البيت خاصة. ولو كان المالك يشاركه في التصرف في البيت، ضمن نصف أصل البيت دون باقي الدار ويضمن نصف المجاز إلى البيت لمشاركة المالك له فيه. ولو كان مستقلاً في البيت ومعارضاً (١) للمالك في بقية الدار ضمن البيت بأجمعه ونصف أصل بقية الدار.

قال طاب ثراه: ولو كان لا بسببه كالموت ولذع الحية فقولان.
أقول: الحر لا يدخل تحت اليد، لأنه ليس مالا، فلا يضمن، لأن المضمون باليد إنما هو الأموال، وإنما تضمن بالجناية عليه، وكذا منافعه في قبضه لا يضمن إلا لمباشرة إتلافها كاستعماله.

ويتفرع على هذا الأصل مسألتان.

(أ) لو غصب حراً صغيراً وتلف لا بسبب كما لو مات حتف أنفه، فلا ضمان. وإن كان بسبب كلدغ الحية، ووقوع الحائط، والغرق هل يضمنه؟ قال الشيخ.

(١) في (كل): ومفاوضاً.

في كتاب الجراح من المبسوط: يضمه (١)، لأنه فعل سبب الإلتلاف، إذا الصغير لا يمكنه الاحتراز، فهو كحافر البئر، ولأنه آثم، احتياطا في حقن الدماء وعصمة النفوس، واختاره العلامة (٢) وقال في كتاب الغضب منه وفي الخلاف لا تضمه (٣) (٤) لأن الحر لا يضمن باليد بلا سبب وليس بمباشر، والضمان معلل بهما، وانتفاء العلة توجب انتفاء معلولها، فوجب القول بانتفاء الضمان، ولأصالة البراءة، ثم قال: ولو قلنا بالضمان كان قويا ولم يفرق المصنف هنا بين الموت بالسبب أو لا بالسبب (٥) والأصحاب على الفرق.

(ب) لو حبس صانعا ولم يستعمله، لم يضمن أجرته، لأن منافعه في قبضته، فلا يدخل تحت الغضب كما لا يدخل عينه.

أما لو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله، فهل يضمن أجرته؟ قيل فيه قولان. أحدهما: نعم لوجوب الأجرة على المستأجر بنفس العقد، وإنما يسقط بالتقاييل، أو امتناع الأجير من العمل، والتقدير أنه ممكن باذل منافعه، والتفريط والتضييع مستند إلى المستأجر باعتقاله، فيستقر عليه الأجرة، كما لو استأجر دارا وتسلمها وأهمل الانتفاع بها حتى خرجت المدة.

-
- (١) المبسوط: ج ٧ كتاب الجراح ص ١٨ س ٣ قال: وإن مات بسبب مثل أن لدغته حية إلى قوله: فعليه الضمان.
- (٢) المختلف: كتاب الأمانات (الفصل الخامس في الغضب) ص ١٨١ س ٣٢ فإنه بعد نقل قول المبسوط في الجراح قال: وفيه قوة الخ.
- (٣) المبسوط: ج ٣ كتاب الغضب ص ١٠٥ س ١٦ قال: وإن غصب حرا صغيرا فتلف في يده فلا ضمان عليه بسبب كان أو غير سبب.
- (٤) كتاب الخلاف: كتاب الغضب، مسألة ٤٠ قال: إذا غصب حرا صغيرا فتلف في يده فلا ضمان عليه إلى قوله: وإن قلنا بقول أبي حنيفة كان قويا.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.

ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته. ولو انتفع به ضمن أجرة الانتفاع. ولا يضمن الخمر لو غصبت من مسلم، ويضمنها لو غصبها من ذمي، وكذا الخنزير. ولو فتح بابا على مال ضمن السارق، دونه: ولو أزال القيد عن فرس، فشرده، أو عن عبد مجنون فأبق، ضمن ولا يضمن لو أزاله عن عاقل.
(الثاني) في الأحكام.

يجب رد المغصوب وإن تعسر كالخشب في البناء، واللوح في السفينة. ولو غاب ضمن الأرش. ولو تلف أو تعذر العود ضمن مثله إن كان متساوي الأجزاء، وقيمته يوم الغصب إن كان مختلفا، وقيل: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف. وفيه وجه آخر.

والآخر: لا، وهو الذي قواه المصنف في الشرائع (١) لأن منافع الحر في قبضته، فلا يضمن إلا بتفويتها. والتقدير أن الحابس لم يستوف شيئا من منفعه. واعلم: أن موضوع المسألة ومحل الخلاف إنما هو على تقدير وقوع العقد على العمل ثم حبسه مدة يمكن فيها استيفاؤه. أما لو كانت الإجارة متعلقة بالزمان المعين ثم اعتقله فيه، فإنه يستقر عليه مال الإجارة قولا واحدا. قال طاب ثراه: ولو تلف أو تعذر العود ضمن مثله إن كان متساوي الأجزاء، وقيمته يوم الغصب إن كان مختلفا، وقيل: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، وفيه وجه آخر.
أقول: هنا مسائل.

(الأولى) يجب رد المغصوب مع بقاء عينه، وإن تعسر أو أدى إلى تلف مال

(١) الشرائع: كتاب الغصب (في السبب) قال: ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته الخ.

الغاصب وكان أضعاف قيمة المغصوب كاللوح في السفينة الموفرة في اللجة.
(الثانية) مع رد العين لا نظر إلى القيمة إذا كانت العين على صفاتها،
ولا يضمن تفاوت السوق، فلو غصب منه شاة قيمتها عشرون درهما ثم ردها وقد نزل
سوقها إلى خمسة ولم يتعيب لم يكن عليه شيء، ولو تعيبت بما أنقص قيمتها درهما
بحيث صارت يساوي أربعة، ضمن ستة عشر.

(الثالثة) إذا تلفت العين المغصوبة، أو تعذر ردها، بأن أخذها ظالم، فإن كان
مثليا - وهو ما يتساوى قيمة أجزاءه كالحبوب والأدهان - وجب على الغاصب رد
مثله، فلا عبرة بالقيمة، زادت عن يوم الغصب أو نقصت، لوجه:

(أ) قوله: تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١).

(ب) إن مثله يعرف مشاهدة وقيمه اجتهادا والمعلوم مقدم على المجتهد فيه.

(ج) إنه إذا أخذ المثل نقدا فقد أخذ وفق حقه، وإن أخذ القيمة ربما زاد أو نقص،
فكان المثل أولى.

وإن كان مختلفا - وهو ما لا يتساوى قيمة أجزاءه كالأرض والثوب - رد قيمته.
وفي اعتبارها ثلاثة أقوال.

(الأول) قيمته يوم الغصب، لأنه وقت انتقال الضمان إليه واعتلاقه به،

والضمان هنا بالقيمة، فيقضى بها عليه حينئذ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط (٢).

(الثاني) قيمته وقت التلف، لأنه وقت استقرار الضمان، إذ الغاصب إنما

خوطب بدفع القيمة عند التلف ضرورة وجوب رد العين مع بقائها، فيقضى عليه

(١) سورة البقرة / ١٩٤.

(٢) المبسوط: ج ٣ كتاب الغصب، ص ٦٠ س ٦ قال: وإن أعوز المثل إلى قوله: طالبه بقيمته حين
القبض.

بالقيمة حين وجوبها، وهو اختيار القاضي (١) والعلامة في
المختلف (٢).

(الثالث) أعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف، وهو اختيار الشيخ في
النهاية (٣) والخلاف (٤) وموضع من المبسوط (٥) وهو ظاهر القواعد (٦) والإرشاد (٧)
لأنه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها الحالة العليا، ولو تلف فيها لزمه ضمانه
بتلك القيمة، وكذا لو نقصت قيمته بعد ذلك، لأن تلك الزيادة التي لزمته شرعا لم
يدفعها إلى المالك ولا إلى وكيله، فتكون باقية في ذمته ولأنه يناسب
التغليظ.

(١) المهذب: ج ١ كتاب حظر الغضب والتعدي ص ٤٣٥ س ١٤ قال: فإن أعوز المثل ولم يقدر عليه
كان عليه القيمة.

(٢) المختلف: ج ١، الفصل الخامس في الغضب، ص ١٧٧ س ١٧ قال: (مسألة) إذا كان المغصوب
من ذوات القيم وتلف وجب على الغاصب قيمته يوم التلف.

(٣) ما عثرنا عليه من النهاية على خلاف المطلوب أدل لاحظ باب بيع الغرر والمجازفة ص ٤٠٢ س ٣
قال: رجع على الغاصب بقيمة يوم غضبه، وأيضا في باب الإجازات ص ٤٤٦ س ٥ قال: ولزمه قيمتها يوم
تعدى فيها.

(٤) كتاب الخلاف: كتاب الغضب، مسألة ٢٩ قال: وإن كان مما لا مثل له فعليه أكثر ما كانت
قيمه من حين الغضب إلى حين التلف.

(٥) المبسوط: ج ٣ كتاب الغضب ص ٧٢ س ٢ قال: فإن هلك الثوب قبل الرد فعليه قيمة أكثر
ما كانت من حين الغضب إلى حين التلف.

(٦) القواعد: ج ١ كتاب الغضب (الركن الرابع) ص ٢٠٣ س ٢٤ قال: الأول أقصى قيمته من يوم
الغضب إلى يوم التلف.

(٧) الإرشاد: ج ١ في الغضب، المطلب الثاني في الأحكام ص ٤٤٦ س ٣ قال: والأعلى من حين
الغضب إلى التلف على رأي.

ومع رده لا يرد زيادة القيمة السوقية، وترد الزيادة لزيادة في العين أو الصفة. ولو كان المغصوب دابة فعابت، ردها مع الأرش. ويتساوى بهيمة القاضي والشوكي.

ولو كان عبدا (وكان الغاصب هو الجاني) (١) رده ودية الجناية إن كانت مقدرة. وفيه قول آخر. ولو فرج الزيت بمثله رد العين، وكذا لو كان بأجود منه، ولو كان بأدون ضمن المثل. ولو زادت قيمة المغصوب فهو لمالكه، أما لو كانت الزيادة لانضياف عين كالصبغ والآلة في الأبنية أخذ العين الزائدة ورد الأصل، ويضمن الأرش إن نقص.

قال طاب ثراه: ولو كان عبدا رده ودية الجناية إن كانت مقدرة، وفيه قول آخر.

أقول: إذا جنى على العبد بما فيه مقدر، المشهور: رده وأرش الجناية بالغما ما بلغ، قال المصنف: وفيه قول آخر، يحتمل أن تكون الإشارة به إلى ما قال الشيخ في المبسوط: إن كان الأرش محيطا بالقيمة ليس له المطالبة إلا مع دفع العبد برمته، تسوية بين الغاصب وغيره في الجناية (٢) وقال ابن إدريس: له إمساكه مع المطالبة بأرشه (٣) وهو ظاهر المصنف (٤) واختاره العلامة (٥).

(١) ما كتبه بين الهالين موجودة في النسخ المطبوعة التي بأيدينا من المختصر النافع وغير ثابتة في النسخ المخطوطة التي تحت تصرفنا من المذهب البارع.

(٢) المبسوط: ج ٣ كتاب الغصب ص ٦٢ س ٢٢ قال: إذا جنى على ملك غيره جناية يحيط أرشها بقيمة ذلك الملك كان المالك بالخيار الخ.

(٣) السرائر: باب الغصب ص ٢٧٧ س ٣٦ قال: وإذا غصب عبدا قيمته ألف فخصاه إلى قوله: رده وقيمة الخصيتين الخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) كتاب التحرير: ج ٢ كتاب الغصب (في الأحكام) ص ١٣٩ س ٢٧ قال: والأقرب عندي إلزام الغاصب بأكثر الأمرين من أرش النقص أو دية العضو الخ.

(الثالث) في اللواحق، وهي ستة.
(الأولى) فوائد المغصوب للمالك منفصلة كانت كالولد، أو متصلة كالصوف والسمن، أو منفعة كأجرة السكنى وركوب الدابة. ولا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة كما سمن المغصوب وقيمته واحدة.
(الثانية) لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، أو يضمنه وما يحدث من منفعه وما يزداد في قيمته لزيادة صفة فيه.

ووجه الأول: أن المقتضي لوجوب الدفع على المالك أخذ القيمة بكمالها، لئلا يجتمع للمالك العين القيمة.
ووجه الثاني: عموم وجوب إلزام الغاصب بدية جنائته، وحمله على الجاني قياس، وهو باطل، والمأخوذ من الغاصب عوض الفئات بالجنائية، والمناسبة التخليط، إذ الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال.
ويحتمل أن تكون الإشارة به إلى ما اختاره المصنف في الشرائع: من كون الغاصب مطالباً بأكثر الأمرين من المقدر والأرش، مثلاً قطع يده وهو يساوي مأتين، فدية اليد مائة، فلو نقص مائة وخمسين (بأن صار يساوي خمسين، فالأرش هنا مائة وخمسون، فيضمنها الغاصب، وإن بقي بعد القطع يساوي مائة وخمسون) (١) كان المقدر أكثر من الأرش فيضمن المقدر، وهو مائة.
ووجه هذا الاحتمال: أما ضمان المقدر على تقدير زيادته، فللعوموم وأما الأرش على تقدير زيادته فلأنه نقص أدخله على مال غصبه بسببه فيكون ضامناً له.

(١) ما كتبه بين الهالين لا يكون في النسخة المعتمدة، ولكنه موجود في النسختين المخطوطتين الآخرين.

(الثالثة) إذا اشتراه عالما بالغصب فهو كالغاصب، ولا يرجع المشتري بالثمن البائع بما يضمن، ولو كان جاهلا دفع العين إلى مالكتها، ويرجع بالثمن على البائع وبجميع ما غرمه مما لم يحصل له في مقابلته عوض كقيمة الولد، وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الثمرة وأجرة السكنى تردد.

(الرابعة) إذا غصب حبا فزرعه، أو بيضة فأفرخت، أو خمرا فخللها، فالكل للمغصوب منه.

(الخامسة) إذا غصب أرضا فزرعها، فالزرع لصاحبه وعليه أجرة الأرض، ولصاحبها إزالة الغرس، وإلزامه طم الحفرة، والأرش إن نقصت. ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم تجب إجابته

قال طاب ثراه: وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الثمرة وأجرة السكنى تردد.

أقول: ما يغرمه المشتري للمالك عوضا عما ينتفع به من ثمرة، أو صوف، أو أجرة دار، هل يرجع به على الغاصب؟ للشيخ قولان. أحدهما: الرجوع لأنه سبب، والمباشرة ضعفت بالغرور، لأنه دخل على استيفاء هذه المنافع مجانا، فلا يتعقبه ضمان. والآخر عدم الرجوع لحصول العوض في مقابل التبريم وألوية المباشرة بالضمان مع مجامعة السبب (١).

(١) المبسوط: ج ٣ كتاب الغصب ص ٧١ س ١٧ قال: وإن كان غرم ما دخل على أنه له بغير بدل وقد حصل في مقابله نفع وهو أجرة الخدمة فهل يرجع بذلك على الغاصب أم لا؟ فيه قولان: أحدهما يرجع لأنه غرم والثاني لا يرجع، وهو الأقوى، لأنه وإن غرم فقد انتفع بالاستخدام.

(السادسة) لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة، فالقول قول الغاصب، وقيل: قول المغصوب منه.

قال طاب ثراه: لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة، فالقول قول الغاصب، وقيل: القول المغصوب منه.

أقول: مختار المصنف هو مذهب الشيخ في الكتابين (١) (٢) وابن إدريس (٣) والعلامة (٤) لأنه منكر، والأصل عدم زيادة القيمة، وبراءة ذمته. وقال الشيخ في النهاية: القول قول المالك، ولا يقبل قول الغاصب لأنه خائن (٥) وهو قول المفيد (٦).

- (١) المبسوط: ج ٣ كتاب الغصب ص ٧٥ س ١٤ قال: إذا غصب جارية فهلكت إلى قوله: فإن اختلفا في مقدار القيمة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأن الأصل براءة ذمته الخ.
- (٢) لم أظفر عليه في الخلاف ولكن نقله عنه في المختلف: ج ١ كتاب الأمانات ص ١٨٠ س ٧ قال: مسألة، لو اختلفا في القيمة قال في المبسوط والخلاف: القول قول الغاصب مع يمينه لأنه منكر فيقدم قوله.
- (٣) السرائر: باب الغصب ص ٢٧٨ س ١٨ قال: فإن اختلفا في مقدار القيمة فالقول قول الغاصب مع يمينه الخ.
- (٤) المختلف: ج ١ كتاب الأمانات ص ١٨٠ س ٨ فإنه بعد نقل قول الشيخ في المبسوط والخلاف والنهية قال: والأول (أي كون القول قول الغاصب) أصح.
- (٥) النهاية: باب بيع الغرر والمجازفة ص ٤٠٢ س ٦ قال: فإن اختلف في قيمة المتاع كان القول قول صاحبه الخ.
- (٦) المقنعة: باب إجازة البيع وصحته وفساده ص ٩٤ س ٢٤ قال: ولو أن إنسانا غصب من غيره متاعا إلى قوله: فإن اختلفا في القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله عز وجل.

كتاب الشفعة
وهي استحقاق في حصة الشريك لانتقالها بالبيع.
والنظر فيه يستدعي أمورا.

كتاب الشفعة
مقدمة

الشفعة لغة الزيادة قال تغلب (١): وذلك أن المشتري يشفع نصيب الشريك
يزيد به بعد أن كان ناقصا، كأنه كان وترا فصار شفعا.
وشرعا: استحقاق الشريك حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع.
والأصل فيه: النص والإجماع.
روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: الشفعة في كل مشترك ربع له أو

(١) وسئل أبو العباس (وهو الثعلب كما عن معجم المؤلفين ج ٢ ص ٢٠٣) عن اشتقاق الشفعة في
اللغة؟ فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده، وتشفعه بها،
أي أن تزيده بها، أي أنه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به (لسان العرب ج ٨ ص ١٨٤ لغة
شفع)

(٢٥٩)

(الأول) ما تثبت فيه: وتثبت في الأرضين والمسكن إجماعاً، وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والأمتعة؟ فيه قولان: والأشبه: الاقتصار على موضع الإجماع. وتثبت في النخل والشجر والأبنية تبعاً للأرض.

حائط، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به (١).

وروى سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمان عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢). وأجمعت الأمة على ثبوتها وإن اختلفوا في مسائلها.

تذنيب

الأشياء في الشفعة على ثلاثة أقسام.

(أ) ما يثبت فيه الشفعة متبوعاً.

(ب) ما ثبت فيه تابعاً.

(ج) ما لا يثبت فيه تابعاً ولا متبوعاً.

فالأول: العراض والأراضي المراح.

والثاني: البناء والشجر والبئر والطريق الضيقان، والمقسوم المشترك طريقه ونهره الواسعان.

والثالث: المنقولات والحيوان على أشهر القولين.

قال طاب ثراه: وهل يثبت فيما ينقل كالثياب والأمتعة؟ فيه قولان: والأشبه

(١) سنن أبي داود: ج ٣ كتاب البيوع، باب في الشفعة، الحديث ٣٥١٣ ولاحظ عوالي اللئالي: ج ٣

ص ٤٧٥ باب الشفعة الحديث ١.

(٢) سنن أبي ماجه ج ٢ كتاب الشفعة (٣) باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ص ٨٣٤

الحديث ٢٤٩٧ وفيه: (قضى بالشفعة فيما لم يقسم).

الاقتصار على موضع الإجماع.
أقول: للأصحاب في تعيين محل الشفعة أربعة أقوال.
(الأول) أنه غير المنقول كالبساتين والرابع والعراض (١) وهو قول الشيخ في
المبسوط (٢) وابن حمزة (٣) والطبرسي (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
(الثاني) أنه كل مبيع وهو قول السيد (٧) وأبي علي (٨) والقاضي (٩) وابن
إدريس (١٠)

- (١) العرصة بالفتح كل بقعة بين الدار واسعة ليس فيها بناء والجمع العراض والعرصات (مجمع
البحرين لغة عرض).
(٢) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٦٠ س ١١ قال: فأما ما يجب فيه مقصورا متبوعا فالعراض
والأراضي البراح الخ.
(٣) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨ س ٤ قال: الخلطة في نفس المبيع وفي حقوقه من الطريق والنهر
والساقية الخ.
(٤) المختلف: ج ٢ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٤ س ٢٢ فإنه بعد نقل قول ابن حمزة قال: وهو
قول الطبرسي.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: ج ٢ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٤ س ٢٢ قال: والمعتمد أنها إنما يثبت فيما يصح
قسمة خاصة إلا المملوك.
(٧) الإقتصار: ص ٢١٥ مسائل الشفعة س ٦ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية إثباتهم حق
الشفعة في كل شيء من المبيعات الخ.
(٨) المختلف: ج ٣ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٤ س ٢٠ فإنه بعد نقل قول السيد قال: وكذا
مذهب ابن الجنيد.
(٩) المهذب: ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٨ س ١١ قال: وجميع ما هو من ضياع أو متاع أو عقار أو
حيوان فإن الشفعة تصح فيه وهو الأظهر.
(١٠) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥١ س ٨ قال: وإذا تكاملت شروط استحقاق الشفعة
استحقت في كل مبيع من الأرضين والحيوان الخ.

(الثالث) أنه كل مبيع بشرط إمكان القسمة، فيخرج الطريق، والنهر،
والحمام، والعضائد الضيقة وهو قول الشيخ في النهاية (١).
(الرابع) أنه غير المنقول، والعبد خاصة من المنقولات، نقله المصنف عن بعض
الأصحاب (٢) واختاره العلامة في المختلف (٣) وظاهر الحسن ثبوتها في المقسوم
أيضا (٤).
احتج الأولون: بأن الشفعة على خلاف الأصل، لأن الأصل عدم التسلط على
مال المسلم، فيقتصر فيه على موضع الإجماع ويبقى الباقي على الأصل.
وبما روي عن الصادق عليه السلام: إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله:
الشفعة فيما لا يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة (٥) وإنما للحصر،
والحدود إنما يكون في الأملاك.
وروى جابر عن النبي صلى الله عليه وآله: لا شفعة إلا في ربع أو حائط (٦)

-
- (١) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٠ قال: ولا شفعة فيما لا يصح قسمته مثل الحمام
والأرحية وما أشبههما.
(٢) الشرائع: كتاب الشفعة (ما ثبت فيه الشفعة) قال: ومن الأصحاب من أوجب الشفعة في
العبد دون غيره من الحيوان.
(٣) تقدم أنفا تحت رقم (٦).
(٤) المختلف: ج ٢ الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٥ س ١٠ قال: وقال ابن أبي عقيل: الشفعة
في الأموال المشاعة والمقسومة جميعا.
(٥) سنن أبي ماجه: ج ٢ كتاب الشفعة (٣) باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ص ٨٣٤
الحديث ٢٤٩٩ والحديث عن جابر ولاحظ عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٧٥ باب الشفعة الحديث ٣ وما علق
عليه.
(٦) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٧٦ باب الشفعة الحديث ٤ وفي المبسوط: كتاب الشفعة ص ١١٨ س ١٦
قال: الشفعة في كل شركة ربع أو حائط.

وهي للحصر أيضا.

وبرواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق (١).
احتج المعتمون: برواية يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الشفعة لمن هي؟ وفي أي شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل تكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع (٢) وهي مرسلة.

فإن قيل: الرواية تدل على الجواز، والكلام في الوجوب.
قلنا: جواز المطالبة بها للشفيع يستلزم لزومها للمشتري، وهذا هو بعينه القول بوجوبه، فإن أحدا لم يوجبها على الشريك، بل هي حق له وله إسقاطه إجماعا.

احتج المثبتون لها في العبد بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال في المملوك بين شركاء، يبيع أحدهم نصيبه، فيقول الآخر: أنا أحق، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا، فقيل له: في الحيوان شفعة؟ فقال: لا (٣).
احتج الشيخ على مطلوب النهاية: برواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: لا شفعة إلا لشريك مقاسم (٤).
ولا تتحقق القسمة في البئر والطريق والحمام الضيقة.

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٦ الحديث ١٥ وفيه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، ورواه في المختلف: ج ٢ ص ١٢٤ س ٢٣ عن سليمان بن خالد ولم أظفر بهذا الحديث عنه.
(٢) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٤ الحديث ٧.
(٣) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٦ الحديث ١٢.
(٤) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٧ الحديث ١٨ وفيه إلا لشريك غير مقاسم.

وفي ثبوتها في الحيوان قولان: المروي أنها لا تثبت. ومن فقهاءنا من أثبتها في العبد دون غيره ولا تثبت فيما لا ينقسم كالعضائد والحمامات والنهر والطريق الضيق على الأشبه.

قال طاب ثراه: وفي ثبوتها في الحيوان قولان: المروي أنه لا تثبت، ومن فقهاءنا من أثبتها في العبد دون غيره. أقول: البحث في هذه يعرف من البحث السابق. قال طاب ثراه: ولا تثبت فيما لا يقسم كالعضائد والحمامات، والنهر والطريق الضيق على الأشبه. أقول: هذا أيضا يعرف من البحث السابق. ونزيده إيضاحا. فنقول: اختيار المصنف هنا هو اختيار الشيخ في النهاية (١) وهو اختياره في الكنايين (٢) (٣) وبه قال الفقيه (٤) وسار (٥). ومذهب المرتضى وابن إدريس ثبوتها (٦) (٧) عملا بالدليل المقتضي لثبوتها في

-
- (١) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ٥ قال: ولا تثبت الشفعة بالاشتراك في الطريق والنهر والساقية الخ.
- (٢) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١١٩ س ١٢ قال: إذا باع شقصا من مشاع لا يجوز قسمته شرعا كالحمام إلى قوله: فلا شفعة فيها.
- (٣) كتاب الخلاف: كتاب الشفعة، مسألة ١٦ قال: إذا باع شقصا من مشاع لا يجوز قسمته شرعا كالحمام والأرحية إلى قوله فلا شفعة فيها.
- (٤) المختلف: ج ٢، الفصل العشرون في الشفعة ص ١٢٥ س ٢٣ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وبه قال علي بن بابويه.
- (٥) المراسم: ذكر أحكام الشفعة ص ١٨٣ س ١١ قال: فما لا تصح قسمته لا شفعة فيه أيضا.
- (٦) الإنتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٥ س ٦ قال: إثباتهم حق الشفعة في كل شيء إلى قوله: كان ذلك مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها.
- (٧) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥١ س ٩ قال: في كل مبيع إلى قوله: سواء كان ذلك مما يحتمل القسمة أو لم يكن على الأظهر.

ويشترط انتقاله بالبيع، فلا تثبت لو انتقل بهبة، أو صلح، أو صداق، أو صدقة، أو إقرار.

المبيعات من غير استثناء، ولأن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر، وهو حاصل في غير المقسوم، ولا فرق بين دوامه وجواز انفكاكه.
وأجيب: بأن الضرر إنما هو من تكلف القسمة لما يلحق من المؤنة، وهذا المعنى غير متحقق في صورة النزاع، لأن ما لا يمكن لا يطلب، إذ التقدير أنه لا يمكن قسمته، فقد ظهر الفرق بين الصورتين.
ولما رواه جابر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إنما جعلت الشفعة فيما لا يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة (١).
ووجه الدلالة: أنه أتى بالألف واللام وهما هنا للجنس، فكان تقدير الكلام: جنس الشفعة فيما لا تقسم ولم يقيد نفي الماضي. وفي معناها (لما) و (لا) لنفي الأبد، ولهذا صح دخولها على ما لا يصح قسمته شرعاً، فيقال: السيف لا يقسم، ولا يقال: لم يقسم، لأنه لا يصح اتصافه بالقسمة شرعاً. وأما (لم) فلا تدخل إلا على ما يمكن قسمته شرعاً، ويصح اتصافه بالقسمة في وقت ما من الأوقات، ويؤيد قوله عليه السلام في تمام الحديث (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) فلا قسمة فيما لا يتحقق فيه تمايز الحدود. وصرف الطرق ليس مراداً في الخبر، وقد تصدر فيه ب (إنما) وهي للحصر، فيفيد انتفاء الشفعة في صورة النزاع. ويعلم من هذا انتفائها عن المنقولات على اختلاف ضروبها، لأن الحدود إنما تكون في الأملاك.

(١) سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الشفعة (٣) باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ص ٨٣٤ الحديث ٢٤٩٩.

ولو كان الوقف مشاعا مع طلق فباع صاحب الطلق لم تثبت للموقوف عليه، وقال المرتضى: تثبت وهو أشبه.

قال طاب ثراه: ولو كان الوقف مشاعا مع طلق، فباع صاحب الطلق لم يثبت للموقوف عليه شفعة، وقال المرتضى: يثبت.
أقول: مختار السيد (١) هو مذهب التقي (٢) وعدم الثبوت مذهب الشيخ في المبسوط (٣) وقال ابن إدريس: إن كان الموقوف عليه واحد ثبتت الشفعة (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥).
والحاصل: أن هنا ثلاثة أقوال.
(أ) ثبوتها للموقوف عليه وإن كان متعددا، كالمساكين، والأخذ للناظر، وهو قول السيد.
(ب) عدم الثبوت مطلقا، وهو قول المبسوط.
(ج) ثبوتها مع وحدة الموقوف عليه، وهو مذهب العلامة وابن إدريس.
احتج السيد بعموم ثبوت الشفعة للشريك، وهو أعم من الواحد وما زاد.
واحتج الشيخ: بعدم انحصار الحق في الموقوف عليه، وبعدم الانتقال إليه.
واحتج ابن إدريس: بأنه شريك واحد، فكان له الشفعة كالطلق.

- (١) الإنتصار: في مسائل الشفعة ص ٢٢٠ س ٢٣ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية القول: بأن لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد ومصالح المسلمين.
(٢) لم أعثر عليه في الكافي ولا في غيره من مظانه.
(٣) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٤٥ س ١٦ قال: إذا كان نصف الدار وقفا ونصفها طلقا فبيع الطلق لم يستحق أهل الوقف الشفعة بلا خلاف.
(٤) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٣ س ١٥ قال: فإن كان الوقف على واحد صح ذلك.
(٥) المختلف: ج ٢ في أحكام الشفعة ص ١٢٩ س ٣١ قال: بعد نقل قول ابن إدريس: وهو الأقوى.

(الثاني) في الشفيع، وهو كل شريك بحصته مشاعة قادر على الثمن. فلا تثبت للذمي على مسلم، ولا بالجوار، ولا لعاجز عن الثمن، ولا فيما قسم وميز إلا بالشركة في الطريق أو النهر إذا بيع أحدهما أو هما مع الشقص. وتثبت بين شريكين. ولا تثبت لما زاد على أشهر الروايتين.

قال طاب ثراه: وتثبت بين شريكين ولا تثبت لما زاد على أشهر الروايتين. أقول: المشهور أن الشفعة لا تثبت مع كثرة الشفعاء وهو اختيار الشيخ (١) وبه قال السيد (٢) وابن إدريس (٣) وسالار (٤) والتقي (٥) والقاضي (٦) وابن زهرة (٧). وبالثبوت قال الصدوق (٨) وأبو علي (٩). وهل هي على قدر السهام، أو على عدد الرؤوس؟ على الأول أبو علي (١٠) وعلى

- (١) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ٢ قال: وإذا زاد الشركاء على اثنين بطلت الشفعة.
- (٢) الانتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٦ س ١٧ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية إلى قوله: وإذا زاد العدد على اثنين فلا شفعة.
- (٣) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥٠ س ١٥ قال: فشرط استحقاقها ستة إلى قوله: وأن يكون الشريك واحدا على الصحيح من المذهب.
- (٤) المراسم: ذكر أحكام الشفعة ص ١٨٣ س ٤ قال: فما كان مالكة زائدا على اثنين فلا شفعة فيه.
- (٥) الكافي: فصل في الشفعة ص ٣٦١ س ٤ قال: منها كون المبيع سهما من اثنين الخ.
- (٦) المهذب: ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٣ س ٩ قال: وإذا كان اثنان شريكين في دار وليس فيها شريك غيرهما إلى قوله: كان لشريكه الشفعة.
- (٧) الغنية: في الجوامع الفقهية، فصل في الشفعة ص ٥٩٠ س ١٥ قال: وشروطها ستة إلى قوله: وأن يكون واحدا.
- (٨) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٣٦) باب الشفعة ص ٤٦ قال بعد نقل حديث ١٠ من قوله عليه السلام: (فإن زاد على اثنين فلا شفعة) ما لفظه: يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده، فأما في غير الحيوان فالشفعة واجبة وإن كانوا أكثر من اثنين.
- (٩) المختلف: ج ١ في أحكام الشفعة ص ١٢٦ س ١٣ قال: وقال ابن الجنيد: الشفعة على قدر السهام من الشركة، ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز.
- (١٠) المختلف: ج ١ في أحكام الشفعة ص ١٢٦ س ١٣ قال: وقال ابن الجنيد: الشفعة على قدر السهام من الشركة، ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز.

ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام، فإن لم يحضره بطلت، ولو قال: إنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله وثلاثة أيام ما لم يتضرر المشتري. وتثبت للغائب والسفيه والمجنون والصبي ويأخذ لهم الولي مع الغبطة، ولو ترك الولي فبلغ الصبي، أو أفاق المجنون فله الأخذ. (الثالث) في كيفية الأخذ: ويأخذ بمثل الثمن الذي وقع عليه العقد. ولو لم يكن الثمن مثليا كالرقيق والجواهر أخذه بقيمته. وقيل: تسقط الشفعة استنادا إلى رواية فيها احتمال.

الثاني الصدوق (١).

ويحتج للأول: بأن المقتضي للشفعة، الشركة، والمعلول يتزايد بتزايد علته، وينتقص بنقصها إذا كانت قابلة للضعف.

ويحتج للثاني: بالرواية المنقولة عن علي عليه السلام: أن الشفعة تثبت على عدد الرجال (٢).

ولأن سبب الاستحقاق الشركة في الجملة، ولو بأقل جزء، فيستوي فيه القليل والكثير.

وهو أمتن من الأول.

قال طاب ثراه: ولو لم يكن الثمن مثليا كالرقيق والجواهر أخذه بقيمته، وقيل: تسقط الشفعة استنادا إلى رواية فيها احتمال.

أقول: إذا كان الثمن المدفوع عوض الشقص المشفوع قيميا كالثوب والرقيق، هل تبطل الشفعة؟ لعدم إمكان أداء مثل الثمن، أو تثبت الشفعة ويدفع قيمة

(١) المختلف: ج ١ في أحكام الشفعة ص ١٢٥ س ٢٦ قال: وقال الصدوق إلى قوله: وروي أن الشفعة على عدد الرجال.

(٢) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٦ الحديث ١٣.

العرض وقت العقد؟ الشيخ في الخلاف على الأول (١) وبه قال ابن حمزة (٢) والطبرسي (٣) والعلامة في المختلف (٤).
والمفيد (٥) والشيخ في المبسوط على الثاني (٦) وبه قال التقي (٧) وابن إدريس (٨) واختاره المصنف (٩) وهو أحد قولي العلامة (١٠).
احتج الأولون: بأصالة عدم التسلط إلا في موضع الإجماع، فيقتصر عليه. ولأنها معاوضة بغير رضاء، فيبطل لقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١١).
فإن قلت: التراضي غير شرط في الشفعة إجماعاً، فيبطل الاستدلال. أجيب: بأنه في المثل لا أثر لتسخط المأخوذ منه، لاسترجاعه ما يساويه في المصلحة، بخلاف القيمة، فإن المشتري إنما خرج عن سلعته بإزاء العين المطلوبة،

- (١) كتاب الخلاف: كتاب الشفعة مسألة ٧ قال: وإن كان بثمان لا مثل له كالثياب والحيوان ونحو ذلك فلا شفعة له.
(٢) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨ س ٤ قال: والثاني أن يباع بذوات الأمثال من الثمن.
(٣) المختلف: ج ٢ ص ١٢٦ س ٢١ قال: بالأول (أي بطلان الشفعة) قال الطبرسي إلى قوله: والمعتمد الأول.
(٤) المختلف: ج ٢ ص ١٢٦ س ٢١ قال: بالأول (أي بطلان الشفعة) قال الطبرسي إلى قوله: والمعتمد الأول.
(٥) المقنعة: باب الشفعة ص ٩٦ س ٢٦ قال: وإذا باع الإنسان شقفا لعبد أو أمة كان لشريكه الشفعة على المبتاع بقيمة العبد والأمة وكذلك الحكم في جميع العروض.
(٦) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٠٨ س ٦ قال: وإن لم يكن له مثل أخذه بقيمته.
(٧) الكافي: فصل في الشفعة ص ٣٦٢ س ١٣ والشفعة مستحقة في جميع المبيعات من العروض والحيوان.
(٨) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥٠ س ١٣ قال: تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته على الصحيح من أقوال أصحابنا.
(٩) لاحظ عبارة النافع.
(١٠) القواعد: ج ١ في الشفعة ص ٢١٣ س ٢٠ قال: وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد.
(١١) سورة النساء / ٢٩.

وللشفيع المطالبة في الحال، ولو آخر لا لعذر بطلت شفيعته، وفيه قول آخر، ولو كان لعذر لم تبطل. وكذا لو توهم زيادة ثمن، أو جنسا من الثمن فبان غيره، ويأخذ الشفيع من المشتري ودركه عليه. ولو انهدم المسكن أو عاب بغير فعل المشتري أخذ الشفيع بالثمن أو ترك، وإن كان بفعل المشتري أخذ بحصته من الثمن.

فإذا تعذر وجب رد عينه إليه.

ولرواية علي بن رئاب عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى دارا برقيق ومتاعا وبز (١) وجوهر، قال: ليس لأحد فيها شفعة (٢). ويقرب منها رواية هارون بن حمزة عنه عليه السلام إلى أن قال: فهو أحق بها من غيره بالثمن (٣). وإنما يتحقق ذلك في المثلي. قال المصنف: وفيها احتمال إشارة إلى الرواية الأولى، لأنها مقصورة على من اشترى دارا برقيق ومتاع، فلا تعدي إلى غيرها. ورواية هارون أيضا ليست بصريحة، لأن القيمة مماثلة أيضا غالبا، وابن الجنيد نفى الشفعة إلا أن يأتي الشفيع بعين الثمن، جميعا بين حقه وحق المشتري (٤). قال طاب ثراه: ولو آخر لا لعذر بطلت شفيعته، وفيه قول آخر، ولو كان لعذر لم تبطل.

- (١) في الخبر: كان النبي صلى الله عليه وآله بزازا، البزاز بالفتح وتشديد الزاء الأولى صاحب البز، والبز من الثياب أمتعة التاجر، ومنه قدم بز من اليمن، ومنه اشترى بز فاشتركوا (مجمع البحرين لغة بز).
(٢) التهذيب: ج ٧ (١٤) (باب الشفعة) ص ١٦٧ الحديث ١٧.
(٣) الكافي: ج ٥ (باب الشفعة) ص ٢٨١ قطعة من حديث ٥.
(٤) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٦ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: إذا انتقل عنه بعروض لم يجعل عوضا من ثمن مقرر لم يكن للشفيع شفعة إلا أن يرد على المشتري تلك العين بذاتها لا بثمانها.

أقول: طلب الشفعة هل هو على الفور؟ بمعنى أن الشريك إذا ترك الطلب مع القدرة بطلت شفעתه، أو ليس هو على الفور، بل هو حق له لا يسقط إلا بصريح الإسقاط، فيه مذهبان.

الفور: وهو اختيار الشيخ (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) واختاره المصنف والعلامة في المختلف (٤).

والتراخي: مذهب السيد (٥) وأبي علي (٦) والصدوق (٧) وابن إدريس (٨) وهو ظاهر التقي (٩).

احتج الأولون بوجوه.

(١) كتاب الخلاف: كتاب الشفعة مسألة ٤ قال: مطالبة الشفيع على الفور الخ وفي النهاية باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٦ قال: وإذا علم الشريك بالبيع ولم يطالبه بالشفعة إلى قوله: لم يكن له بعد ذلك المطالبة بالشفعة.

(٢) المهذب: ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٨ س ١٩ قال: ومن وجبت له الشفعة فطوبى بإحضار المال فمطل به إلى قوله: بطلت شفעתه.

(٣) الوسيلة: (باب الشفعة) ص ٢٥٨ س ١٠ قال: والسابع: المطالبة بها على الفور.

(٤) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٧ س ١١ قال: والمعتمد الأول، أي الفور.

(٥) الإنتصار مسائل الشفعة ص ٢١٩ س ١ قال: (مسألة) وما ظن انفراد الإمامية به إن حق الشفعة لا يسقط إلا بأن يصرح الشفيع الخ.

(٦) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٧ س ١٠ فبعد نقل قول السيد قال: وبه قال ابن الجنيد.

(٧) لم أظفر عليه في المقنع والهداية وفي المختلف: (في الشفعة) ص ١٢٧ س ١٠ قال بعد نقل قول السيد: وبه قال ابن الجنيد وعلي بن بابويه.

(٨) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥٠ س ٣٥ قال: وبعضهم يذهب إلى أنه لا يسقط مع القدرة والعلم وتأخير الطلب وهذا هو الأظهر بين الطائفة الخ.

(٩) الكافي: الشفعة ص ٣٦١ - ٣٦٢.

(أ) أنها حق بني علي التضييق بدليل ثبوتها في بعض دون بعض، وعلى وجه دون وجه، فلا تناسب التوسعة.

(ب) عدم القول بكونها على الفور يؤدي إلى ضرر المشتري، إذ لا يرغب في عمارة ملكه لتزله، وهو منفي بقوله عليه السلام: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) (١).

(ج) رواية علي بن مهزيار قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة، فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها؟ أبيعها أو ينتظر مجيء صاحب الشفعة؟ قال عليه السلام: إن كان معه في المصر فلينتظره إلى ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع وبطلت شفעתه في الأرض (٢).

حكم عليه السلام ببطان الشفعة بعد مضي ثلاثة أيام، فلو كانت على التراخي لم تبطل كما إذا لم يطالب إذ ليس للمطالبة أثر في بطانها، لأنه سبب في وجودها، فلا يؤثر في عدمها.

(د) الأصل عدم انتزاع مال الغير قهرا إلا في موضع الإجماع. وروى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله: الشفعة لمن يأتيها (٣). احتج الآخرون بوجهين:

(أ) وجود سبب الثبوت وهو البيع، والأصل بقاء ما كان على ما كان عليه.
(ب) أن سائر الحقوق كالوديعة وأمثالها لا تسقط إلا بالإسقاط، فكذلك الشفعة.

(١) لاحظ عوالي اللثالي: ج ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١ و ج ٢ ص ٧٤ الحديث ١٩٥ و ج ٣ ص ٢١٠ الحديث ٥٤ وأيضا ج ١ ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وفيه (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) ولاحظ ما علق عليها.
(٢) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٧ الحديث ١٦.
(٣) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٧٨ الحديث ١٣.

ولو اشترى بثمان مؤجل، قيل: هو بالخيار بين الأخذ عاجلا والتأخير وأخذه بالثمان في محله. وفي النهاية: يأخذ الشقص ويكون الثمن مؤجلا، ويلزم كفيلا إن لم يكن مليا وهو أشبه. ولو دفع الشفيع الثمن قبل حلوله لم يلزم البائع أخذه. ولو ترك الشفيع قبل البيع لم تبطل.

وأجيب: بالمنع من سببية البيع نفسه، بل هو حدوث علة، والحدوث يبطل في زمان البقاء. والاستصحاب ضعيف، ولا نسلم أن مطلق الحقوق لا تبطل بالترك، بل هو مختص بما عدى الفوري، على أن الفرق حاصل بين الإيداع والشفعة، وهو التضمر في الثاني دون الأول.

قال طاب ثراه: ولو اشترى بثمان مؤجل، قيل: هو بالخيار بين الأخذ عاجلا، والتأخير وأخذه بالثمان في محله. وقال في النهاية: يأخذ الشقص ويكون الثمن مؤجلا، ويلزم كفيلا إن لم يكن مليا، وهو أشبه. أقول: بالأول قال الشيخ في الكتابين (١) (٢) وبالثاني قال في النهاية (٣) وبه قال المفيد في المقنعة (٤) وابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧).

-
- (١) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١١٢ س ٤ قال: إن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالثمان حالا وبين أن يؤخر الخ.
- (٢) كتاب الخلاف: كتاب الشفعة مسألة ٩ قال: إذا اشترى شقصا بمائة إلى سنة كان للشفيع المطالبة بالشفعة، وهو مخير الخ.
- (٣) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٦ قال: وإن بيع الشيء نسيئة كان عليه الثمن كذلك إذا كان مليا الخ.
- (٤) المقنعة: باب الشفعة س ٢٩ قال: وإذا باع إنسان شقصا إلى أجل كان الشفيع أحق به إلى الأجل إن كان مليا الخ.
- (٥) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٣٥١ س ٣ قال: والذي يقوى في نفسي ما ذكره في نهايته.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: ج ٢ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٨ س ٧ فإنه بعد نقل قول الشيخ في النهاية أولا قال: والمعتمد الأول.

أما لو شهد على البائع، أو بارك للمشتري، أو للبائع، أو أذن في البيع ففيه التردد. والسقوط أشبه.

لوجوبها على الفور، ويحصل الوثوق للمشتري بالكفيل، وإن لم يتم كفيلاً تخير بين النزول عن الشفعة، ووزن الثمن حالاً إن لم يكن ملياً، ومع الملاءة لا يجب الكفيل.

تفريع

لو طرأ على الشفيع الإعسار قبل حلول الثمن وحجر عليه كان حق المشتري مقدماً لوجود عين ماله، ولو لم يدفع إليه الثمن رجع في العين. ولو مات المشتري أو الشفيع قبل الأجل، حل، ولا يحل لو مات البائع. ولا يسترد النماء لو استرد العين للعجز على الظاهر، ويحتمله لظهور بطلان الأخذ، والأول أقوى كالمفلس في غير الشفعة، ولا نسلم بطلان الأخذ، بل تجدد استحقاق الرجوع بالإفلاس.

قال طاب ثراه: أما لو شهد على البائع، أو بارك للمشتري، أو للبائع، أو أذن في البيع ففيه التردد والسقوط أشبه.

أقول: وجه التردد: ظهور إماراة الرضا بالبيع في كل هذه الصور، وهو الجامع بينها، فتبطل الشفعة.

ومن وجود السبب المقتضي لثبوتها شرعاً، وهو البيع، والأصل عدم بطلانه إلا بمتفق عليه، ولم يحصل، فبقي على أصله. ولا احتمال ذلك غير الرضا. هذا هو تقرير التردد في الجميع على سبيل الإجمال.

وأما على سبيل التفصيل فيتضح بوصفه في مسائل.
(الأولى) نزول الشفيع عن الشفعة قبل البيع، هل يبطل به؟ قال المصنف:
لا (١) وهو مذهب أبي علي (٢) وابن إدريس (٣) واختيار العلامة في القواعد (٤)
والمختلف (٥) لأنه نزول عما لم يجب، فجرى مجرى إسقاط المرأة صداقها قبل العقد،
وإبراء الجاني قبل الحناية، والمديون قبل الاستدانة، فلا يتعلق به حكم.
وقال العلامة في الإرشاد: تبطل (٦) وهو مذهب الشيخين (٧) (٨) وابن حمزة (٩)
لوجهين.

- (١) الشرائع: فيما تبطل به الشفعة قال: ولو نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع الخ.
(٢) المختلف: ج ٢ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٩ س ٤ قال: وقال أبو علي: لا يكون
ترك الشفيع إياها قبل البيع مبطلاً ما وجب له منها بعد البيع، وهو المختار.
(٣) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٩ قال: والأولى أن يقال: إن في جميع الأحوال
للشفيع المطالبة بها، لأنه إنما يستحقها بعد البيع ولا حق له قبل البيع، فإذا عفى قبله فما عفى عن شيء
يستحقه الخ.
(٤) القواعد: ج ١ (الفصل الرابع في مسقطات الشفعة) ص ٢١٦ س ٧ قال: ولو أسقط حقه من
الشفعة قبل البيع أو نزل عنها إلى قوله: فالأقرب عدم السقوط.
(٥) المختلف: ج ٢ (الفصل العشرون في الشفعة) ص ١٢٩ س ٤ قال: وقال أبو علي: لا يكون
ترك الشفيع إياها قبل البيع مبطلاً ما وجب له منها بعد البيع، وهو المختار.
(٦) الإرشاد: ج ١ في الشفعة ص ٣٨٧ س ١٣ قال: وتبطل الشفعة بالترك مع علم البيع إلى قوله:
وبالنزول قبل البيع على رأي.
(٧) المقنعة: باب الشفعة ص ٩٦ س ١٩ قال: ومتى باع إنسان شيئاً إلى قوله: والشريك حاضر
فأمضى البيع وبارك للمبتاع بطلت شفيعته.
(٨) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٩ قال: ومتى عرض البائع الشيء على
صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يردده إلى قوله: لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.
(٩) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨ س ١١ قال: وتسقط بثلاثة عشر شيئاً إلى قوله: وتبريك الشفيع
على المبتاعين أو على أحدهما. وبأن يشهد على البيع وأن يسكت عن طلب الشفعة مختاراً وبإبائه عن
الابتياح الخ.

(أ) إن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر، ونزوله عنها قبل البيع يؤذن بانتفاءه، فتنفني الشفعة لانتفاء موجبها.

(ب) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به (١) علق الاستحقاق على عدم الاستيذان، والنزول أبلغ من الإذن، وهي لا تثبت معه، وإلا لم يبق للاستيذان معنى. ولا نسلم أنه من باب الإسقاط حتى يتوقف على تحقق الاستحقاق، بل هو من باب الإرفاق وقد شرع لمعنى، فيزول بزوال ذلك المعنى.

(الثانية) لو شهد على البائع هل يبطل به؟ قال في النهاية: نعم (٢) وبه قال ابن حمزة (٣) واختاره المصنف (٤) ونجيب الدين يحيى بن سعيد (٥) وقال ابن إدريس: لا تبطل (٦)

(الثالثة) إذا بارك لهما، أو لأحدهما قال في النهاية تبطل (٧) وبه قال يحيى بن سعيد (٨) ومنع في المبسوط (٩) واختاره المصنف (١٠) وابن إدريس (١١).

-
- (١) سنن أبي داود: ج ٣ باب في الشفعة ص ٢٨٥ الحديث ٣٥١٣ وفيه (لا يصلح أن يبيع).
(٢) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٦ قال: أو شهد على البيع إلى قوله: لم يكن له بعد ذلك المطالبة بالشفعة.
(٣) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩ س ١١ قال: وتسقط بثلاثة عشر إلى قوله: وبأن يشهد على البيع.
(٤) الشرائع: (فيما تبطل به الشفعة) قال: وكذا لو شهد على البيع، ولاحظ عبارة النافع.
(٥) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٨ س ٧ قال: أو شهد البيع إلى قوله فلا شفعة له.
(٦) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٧ قال: ومتى شهد الشفيع حق البيع لم تبطل شفيعته.
(٧) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٤ س ١٧ قال: أو بارك للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له بعد ذلك المطالبة بالشفعة.
(٨) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٨ س ٧ قال: أو بارك لشريكه في البيع أو للمشتري فلا شفعة له.
(٩) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٤١ س ٢٤ قال: فلما لقي المشتري قال له: سلام عليك بارك الله لك إلى قوله: لم تسقط شفيعته.
(١٠) لاحظ عبارة النافع.
(١١) لم نعر عليه في السرائر.

(الرابعة) لو أذن قبل البيع، أبطلها في النهاية (١) وبه قال يحيى (٢) وأثبتها ابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤).
(الخامسة) التوكيل في البيع والشراء: ذهب في المبسوط (٥) والخلاف (٦) إلى عدم البطلان به، وبه قال ابن إدريس (٧) لأن اتحاد سبب الشفعة لا توجب نفيها، وقال العلامة في المختلف: تبطل (٨) لأن رضا المتعاقدين ثابت إلى تمام العقد، فقرارن رضاه بالبيع القبول، والأصل بقاؤه، فبطلت واختاره فخر المحققين (٩).

- (١) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٩ قال: ومتى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بضمن معلوم فلم يردده إلى قوله: لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.
(٢) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٨ س ٧ قال: فإن عرف البيع ولم يطالب إلى قوله: فلا شفعة له.
(٣) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٩ قال: والأولى أن يقال: إن جميع الأحوال للشفيع المطالبة بها الخ.
(٤) الشرائع: فيما تبطل به الشفعة، قال: أو أذن للمشتري في الابتاع فيه تردد، ولاحظ عبارة النافع حيث قال: والسقوط أشبهه.
(٥) المبسوط: ج ٣ كتاب الشفعة ص ١٢٥ س ١٤ قال: إذا كان الشفيع وكيلا في بيع الشقص إلى قوله: لم يسقط بذلك شفيعته.
(٦) كتاب الخلاف: كتاب الشفعة مسألة ٢٧ قال: إذا كان الشفيع وكيلا في بيع الشقص إلى قوله: لم يسقط بذلك شفيعته.
(٧) السرائر: باب الشفعة وأحكامها ص ٢٥٢ س ٢٣ قال: إذا كان الشفيع وكيلا إلى قوله: فإنه يستحق الشفعة ولا تسقط بوكالته.
(٨) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٩ س ١٩ قال بعد نقل قول المبسوط: والوجه عندي بطلان الشفعة.
(٩) الإيضاح: ج ٢ كتاب الشفعة ص ٢١٨ س ٢٠ قال: والأقوى عندي اختيار والدي في المختلف.

ومن اللواحق مسألتان.
(الأولى) قال الشيخ: الشفعة لا تورث. وقال المفيد وعلم الهدى:
تورث، وهو أشبه. ولو عفا أحد الورثة عن نصيبه، أخذه الباكون ولم
تسقط.
(الثانية) لو اختلف المشتري والشفيع في الثمن، فالقول قول المشتري
مع يمينه، لأنه ينتزع الشيء من يده.

قال طاب ثراه: قال الشيخ: الشفعة لا تورث، وقال المفيد وعلم الهدى: تورث،
وهو الأشبه.
أقول: قال الشيخ في النهاية: وموضع من الخلاف لا تورث (١) (٢) وتبعه
القاضي (٣) وابن حمزة (٤) والطبرسي (٥) لقول علي عليه السلام: لا تورث
الشفعة.
وهي رواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال:
لا تورث الشفعة (٦) وهو بتري، وقال في موضع من الخلاف تورث (٧) وهو

-
- (١) النهاية: باب الشفعة وأحكامها ص ٤٢٥ س ٢٠ قال: ولا يصح أن تورث الشفعة كما تورث
الأموال.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب الشفعة: مسألة ١٢ قال: المنصوص لأصحابنا أن الشفعة لا تورث.
(٣) المهذب: ج ١ كتاب الشفعة ص ٤٥٩ س ٥ قال: والشفعة لا تكون مورثة كما تورث الأموال.
(٤) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩ س ٨ قال: والشفعة لا تورث كالأموال.
(٥) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٨ س ٢٦ قال بعد نقل قول النهاية:
وبه قال الطبرسي.
(٦) التهذيب: ج ٧ (١٤) باب الشفعة ص ١٦٧ قطعة من حديث ١٨.
(٧) كتاب الخلاف: كتاب البيوع، مسألة ٣٦ قال: وكذلك إذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة
قام وارثه مقامه.

مذهب أبي علي (١) والمفيد (٢) والسيد (٣) لعموم آية الإرث (٤).
واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).

فرع

وهي تورث كالمال، فيأخذ كل من الورثة قدر نصيبه، فتأخذ الزوجة الثمن،
والزوج الربع اللهم إلا أن تخلو الزوجة من الولد، فلا ترث من شفعة الأرض، نعم
لو بيعت مع شجر أو نخل أخذت حصتها منه.

ولو عفا أحد الورثة كان للباقي أخذ الجميع، ولو أراد الاقتصار على أخذ حقه
منع، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنها في الأصل إنما شرعت لإزالة الضرر
بالشركة، ولو أجزنا له ذلك تطرق الضرر إلى المشتري ببقائها وتبعيض الصفقة
عليه، وهو منفي.

(١) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٨ س ٢٥ قال بعد نقل قول المفيد
والمرتضى: وهو قول ابن الجنيد.

(٢) المقنعة: باب الشفعة ص ٩٦ س ٢١ قال: وإذا مات صاحب الشفعة كان لورثته القيام مقامه
فيها.

(٣) الإنتصار: مسائل الشفعة ص ٢١٧ س ١٧ قال: فإن الشفعة عندنا تورث الخ.

(٤) سورة النساء / ١٢ قال تعالى: ولكم نصف ما ترك إلى آخر الآية وكذلك استشهد العلامة في
المختلف.

(٥) الشرائع: (المقصد الرابع) في لواحق الأخذ بالشفعة قال: الثالثة: وهي تورث كالمال الخ ولاحظ
عبارة النافع.

(٦) المختلف: ج ١ (الفصل العشرون في أحكام الشفعة) ص ١٢٨ س ٢٨ قال بعد نقل قول ابن
إدريس: وهو المختار، لنا عموم قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم).

كتاب إحياء الموات
والعامر ملك لأربابه لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنهم. وكذا ما به
صلاح العامر كالطريق والشرب والمراح.
والموات ما لا ينتفع به لعطلته مما لم يجر عليه ملك، أو ملك
وباد أهله، فهو للإمام لا يجوز إحياءه إلا بإذنه، ومع إذنه يملك بالإحياء.
ولو كان الإمام غائبا فمن سبق إلى إحيائه كان أحق به، ومع وجوده له
رفع يده. ويشترط في التملك بالإحياء: إلا يكون في يد مسلم، ولا حرهما

كتاب إحياء الموات

مقدمة

الإحياء إخراج الشيء من حد الخراب والعطلة إلى حيز الانتفاع.
والموت ضد الحياة، والموات بضم الميم الموت، وبالفتح ما لا روح فيه. والموات
أيضا الأرض التي لا مالك لها من الآدميين، ولا ينتفع بها، والموتان بفتح الميم والواو،
خلاف الحيوان يقال: اشتر الموتان ولا تشتت الحيوان، أي اشتر الأرضين والدور

(٢٨٣)

لعامر، ولا مشعرا للعبادة كعرفة ومنى، ولا مقطعا، ولا محجرا، والتحجير يفيد أولوية لا ملكا، مثل أن ينصب لها مرزابا. وأما الإحياء فلا تقدير للشرع فيه، ويرجع في كفيته إلى العادة.

ولا تشتت الرقيق والدواب (١).
وقال الفراء (٢) الموتان من الأرض التي لم تحيي بعد (٣).
وفي الحديث: وموتان الأرض لله ورسوله فمن أحيا منها شيئا فهو له (٤).
والموتان بضم الميم وسكون الواو، الموت الذريع التي تقع في الناس والبهائم.
ويقال: رجل موتان القلب، بفتح الميم وحزم الواو، إذا كان لا يفهم شيئا (٥).
والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع.
أما الكتاب: فقولته تعالى: (وهو الذي جعل لكم الأرض) (٦) واللام حقيقة في الملك.
وأما السنة فكثير.

روى هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد بن نفييل أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق (٧).

-
- (١) لسان العرب: ج ٢ ص ٩٣ لغة (موت).
(٢) الفراء: يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور، أبو زكريا، مولى بني أسد من أهل الكوفة، نزل بغداد وأملى بها كتبه في معاني القرآن ومات ببغداد، أو في طريق مكة في سنة سبع ومأتين، وقد بلغ ثلاثا وستين سنة، وله قصص وحكايات، وكان المأمون قد وكل الفراء يلقن ابنه النحو وله معها قصة متينة ينسب عن شرافة العلم والعالم، فلاحظ (تاريخ بغداد ج ١٤ ص ١٤٩ تحت رقم ٧٤٦٧).
(٣) لسان العرب: ج ٢ ص ٩٣ لغة (موت).
(٤) عوالي اللثالي: ج ٣ باب إحياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.
(٥) لسان العرب: ج ٢ ص ٩٣ قال: ورجل موتان الفؤاد غير ذكي ولا فهم كأن حرارة فهمه بردت فماتت.
(٦) سورة الملك / ١٥.
(٧) عوالي اللثالي: ج ٣ باب إحياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه.

ويلحق بهذا مسائل.
(الأولى) الطريق المبتكر في المباح إذا تشاح أهله فحده خمسة أذرع،
وفي رواية سبعة أذرع.

وروى سمرة بن جندب (بضم الجيم وسكون النون وضم الدال المهملة وفتحها
أيضا والباء المنقطة بواحدة) أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من أحاط حائطا
على أرض، فهي له (١).
وروي عنه عليه السلام أنه قال: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به (٢)
وعنه عليه السلام: عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني (٣).
وأجمعت الأمة على تملك الأرض الميتة مع إحيائها إذا خلت عن الموانع.
قال طاب ثراه: الطريق المبتكر في المباح إذا تشاح أهله فحده خمسة أذرع، وفي
رواية سبعة أذرع.
أقول: الرواية إشارة إلى ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام
قال: والطريق إذا تشاح أهله فحده سبعة أذرع (٤).
ومثلها روى السكوني عنه عليه السلام (٥).
والروايتان ضعيفتان، وبمضمونها قال الشيخ في النهاية (٦) وتبعه القاضي (٧).

- (١) عوالي اللئالي: ج ٣ باب إحياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.
(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ باب إحياء الموات ص ٤٨٠ الحديث ٤ ولاحظ ما علق عليه.
(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ باب إحياء الموات ص ٤٨١ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.
(٤) الكافي: ج ٥ كتاب المعيشة، باب جامع في حريم الحقوق ص ٢٩٥ قطعة من حديث ٢.
(٥) الكافي: ج ٥ كتاب المعيشة، باب جامع في حريم الحقوق ص ٢٩٦ قطعة من حديث ٨.
النهاية: باب بيع المياه والمراعي وحريم الحقوق وأحكام الأرضين ص ٤١٨ س ١٣ قال: والطريق
إذا تشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع.
(٧) لم أعثر عليه في المهذب ولم يتعرض له في المختلف وفي كشف الرموز: ج ١ ص ٤٠١ قال: (وعليها
فتوى النهاية واتباع الشيخ) ولعل المراد من اتباع الشيخ أن من جملتهم القاضي فتأمل.

(الثانية) حريم بئر المعطن: أربعون ذراعا. والناضح ستون ذراعا،
والعين ألف ذراع. وفي الصلبة خمسمائة.
(الثالثة) من باع نخلا واستثنى واحدة كان له المدخل إليها والمنخرج
ومدى جرائدها
(الرابعة) إذا تشاح أهل الوادي في مائة، حبسه إلا على للنخل إلى
الكعب، وللزرع إلى الشراك، ثم يسرحه إلى الذي يليه.
(الخامسة) يجوز للإنسان أن يحمي المرعى في ملكه خاصة، وللإمام
مطلقا.
(السادسة) لو كان له رحي على نهر لغيره، لم يجز له أن يعدل بالماء
عنها إلا برضاء صاحبها.
(السابعة) من اشترى دارا فيها زيادة من الطريق، ففي رواية: إن

وذهب المصنف والعلامة إلى الاكتفاء بالخمس (١) (٢).
وهو في رواية البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا تشاح قوم في طريق
فقال بعضهم: سبع أذرع، وقال بعضهم: أربع أذرع: فقال أبو عبد الله عليه السلام:
خمس أذرع (٣).
وهو أصح طريقا.
قال طاب ثراه: من اشترى دارا فيها زيادة من الطريق، ففي رواية، إن كان

(١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) القواعد: ج ١ (المقصد الثالث في إحياء الموات) ص ٢٢٠ س ١٥ قال: وحد الطريق إلى قوله:
خمس أذرع.
(٣) التهذيب: ج ٧ (٩) باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ص ١٣٠ الحديث
٤١

كان ذلك فيما اشترى فلا بأس. وفي النهاية: إن لم يتميز لم يكن له عليه شيء، وإن تميز رده ورجع على البائع بالدرك. والرواية ضعيفة، وتفصيل النهاية في موضع المنع، والوجه: البطلان، وعلى تقدير الامتياز يفسخ إن شاء ما لم يعلم.

ذلك فيما اشترى فلا بأس، وفي النهاية: إن لم يتميز لم يكن عليه شيء، وإن تميز رده ورجع على البائع بالدرك، والرواية ضعيفة، وتفصيل النهاية في موضع المنع، والوجه البطلان، وعلى تقدير الامتياز يفسخ إن شاء ما لم يعلم. أقول: إذا اشترى داراً ثم علم أن فيها شيئاً من الطريق، فلا تخلو إما أن يكون متميزاً أو غير متميز، فإن كان متميزاً رده إلى الطريق، لوجوب رد الحق إلى مستحقه، ويتخير المشتري بين فسخ البيع للعيب بتبعض الصفقة، وبين الرجوع بقسطه من الثمن. وإن لم يتميز وجب اجتناب الدار أجمع لاشتباه المحرم بالمحلل، فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن، ويجب على البائع الاستظهار بالاحتياط في رد ما يغلب على الظن أنه من الطريق، أو رد الجميع. ولو لم يؤثر المشتري الفسخ لم يكن له أرش لعدم العلم بقدره، ويجب عليه من الاستظهار ما يجب على البائع. هذا مقتضى الأصل.

وهنا وجهان آخران غير ما ذكرناه، حكاهما المصنف في هذا الكتاب، ولم يذكر المصنف هذه المسألة في الشرائع.

(أ) ما تضمنته رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق، قال: إن كان ذلك فيما اشترى، فلا بأس (١) والعمل بهذه متروك.

(١) التهذيب: ج ٧ (٩) باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ص ١٣٠ الحديث ٣٩.

(الثامنة) من له نصيب في قناة أو نهر جاز له بيعه بما شاء.
(التاسعة) روى إسحاق بن عمار عن العبد الصالح في رجل لم يزل في يده ويد آباءه دار، وقد علم أنها ليست لهم، ولا يظن مجيئ صاحبها. قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، ويجوز أن يبيع سكناه. والرواية مرسلة، وفي طريقها الحسن بن سماعة، وهو واقفي. وفي النهاية: يبيع تصرفه فيها ولا يبيع أصلها. ويمكن تنزيلها على أرض عاطلة أحيائها غير المالك بإذنه، فللمحبي التصرف والأصل للمالك.

(ب) قال الشيخ في النهاية: إن تميز له رده إلى البائع بعد العلم، ويرجع بالثمن، وإن لم يميز فلا شئ عليه (١).

قال المصنف: وهذا التفصيل في موضع المنع. ووجهه: اشتماله على التصرف في ملك الغير، وعسر التخلص منه، وأي عيب أعظم من هذا، وقوله: (فلا شئ عليه) إن كان الضمير راجعا إلى المشتري لزم التصرف في الطريق، وهو ملك الغير، وإن كان راجعا إلى البائع لزم زوال سلطنة المشتري على الرد بمثل هذا العيب الفاحش. قال طاب ثراه: روى إسحاق بن عمار عن عبد صالح إلى آخره. أقول: هذه المسألة أيضا لم يذكرها في الشرائع. ومستنده ما رواه الشيخ مرفوعا إلى إسحاق بن عمار عن عبد صالح عن رجل لم يزل في يده ويد آباءه دار، وقد علم أنها ليست لهم، ولا يظن مجيئ صاحبها، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، ويجوز أن يبيع سكناه (٢).

(١) النهاية: باب بيع المياه والمراعي وحريم الحقوق وأحكام الأرضين وغير ذلك ص ٤٢٣ س ٨ قال: فإن اشترى دارا الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٩) باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ص ١٣٠ الحديث ٤٢.

وهذه الرواية مخالفة للأصول من وجهين:
(أ) أنها تضمنت بيع السكنى، والبيع موضع لنقل الأعيان.
(ب) إن المتصرف اعترف أنها ليست له، فكيف يجوز له التصرف فيها ببيع السكنى.

وهي ضعيفة من وجهين.

(أ) إن في طريقها حسن بن سماعة وهو واقفي (١).
(ب) أنها مقطوعة لعدم العلم باستنادها إلى المعصوم، لأن وصفه بكونه عبدا صالحا لا يقتضي كونه معصوما.

وقال الشيخ في النهاية: يبيع تصرفه فيها، ولا يبيع أصلها (٢) وهذا حسن ينطبق على القواعد الفقهية كما بينه المصنف، وهو رجل أحميا أرضا عاطلة بإذن مالكتها، فرقة الأرض لمالكتها، والتصرف - يعني الآثار التي أحدثها المحيي وصارت بها دارا كالبناى والخشب - مملوك للمحيي، لعدم انتقاله عنه، فحينئذ لا يجوز أن يبيع الدار أجمع، لأن الأرض جزء منها تدخل في بيعها وهي غير مملوكة له، ولكن يبيع تصرفه، وهي الآثار المحدثه من البناى والخشب لبقائها على ملكه، ولا مانع من بيعها وعلى لفظ الرواية: يبيع سكناه، أي استحقاق السكنى للبائع المتصرف، وأولوية الانتفاع بالدار، للإذن المبيح لذلك المانع من مزاحمة غير المالك.

(١) سند الحديث كما في التهذيب: (الحسن بن محمد بن سماعة عن علي بن رئاب وعبد الله بن جبلة عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح).

(٢) النهاية: باب بيع المياه والمراعي وحريم الحقوق وأحكام الأرضين وغير ذلك ص ٤٢٣ س ١٢ قال: وإذا كان الإنسان في يده دار إلى قوله: فإن أراد بيعها فليبيع تصرفه ولا يبيع أصلها على حال.

اللقط بضم اللام وفتح القاف، اسم للمال الملتقط قاله الفراء (١) والأصمعي (٢) ويؤيده حديث زيد بن خالد الجهني (٣) وقال الخليل بن أحمد البصري (٤): بل اسم الملتقط (٥) وأما المال الملقوط فيسكون القاف لأن ما جاء على وزن فعلة فهو اسم كهزمة ولمزة ولعنة، فيقال: رجل لقطه بفتح القاف إذا كان كثير الالتقاط كحفظه لكثير الحفظ. قال فخر المحققين: أجمعت الرواة على روايته

(١) لم أظفر على قولهما في الموارد المظنونة، ولكن نقله عنها في الإيضاح: ج ٢، في المقصد الثالث في اللقطة ص ١٣٥ س ١٩ حيث قال: فقال الفراء والأصمعي هي اسم المال الملقوط، وقال الخليل بن أحمد: اسم الملتقط لأن ما جاء على وزن فعلة فهو اسم الخ.

(٢) تقدم آنفا تحت رقم ١.

(٣) سيحى عن قريب.

(٤) الخليل بن أحمد بن عمر بن تميم الفراهيدي البصري، أبو عبد الرحمان صاحب العربية والعروض، قال السيرافي: كان الغاية في استخراج مسائل النحو وتصحيح القياس فيه، وهو أول من استخراج العروض، وعمل أول كتاب العين المعروف المشهور وكان من الزهاد في الدنيا والمنقطعين إلى الله تعالى، وروي عنه أنه قال: إن لم تكن هذه الطائفة أولياء فليس لله ولي، وهو الذي قال في حق أمير المؤمنين عليه السلام حين سئل عنه قال: ما أقول في حق امرء كتمت مناقبه أولياءه خوفاً، وأعداءه حسداً ثم ظهر من بين الكتمين ما ملأ الخافقين، وقيل له أيضاً: ما الدليل على أن علياً إمام الكل في الكل؟ قال احتياج الكل إليه واستغنائه عن الكل (لاحظ بغية الوعاة للسيوطي) ص ٢٤٣ وتنقيح المقال للمامقاني ج ١ ص ٤٠٢ تحت رقم ٣٧٦٩.

(٥) تقدم نقله عن الإيضاح آنفاً

بالتحريك يعني حديث زيد بن خالد (١).
والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: (فألقوه في غيابت الجب يلتقطه بعض السيارة إن كنتم فاعلين) (٢) فأخبرنا بالالتقاط. وقوله تعالى: (فالتقطه آل فرعون) (٣).
وأما السنة: فروى زيد بن خالد الجهني قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فسأله عن اللقطة؟ فقال: أعرف عقاصها (٤) ووكاها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها. وسأل عن ضالة الغنم؟ فقال: خذها إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب. فسأل عن ضالة البعير؟ فقال: ما لك ولها، وغضب حتى احمرت وجنتاه، أو وجهه فقال: ما لك ولها معها حذائها وسقائها، ترد الماء وتأكل الشجر. وفي بعضها: ما لك ولها معها حذائها وسقائها حتى يأتي ربها (٥).
وأجمعت الأمة على أحكام الالتقاط وجوازه في الجملة، وإن اختلفوا في تفصيل مسأله.

تذنيب

ينقسم الشيء الملتقط إلى ثلاثة أقسام: لأنه إما مال أو حيوان، ويسمى الأول لقطه، والثاني إما إنسان أو غيره ويسمى الأول لقيطا وملقوطا ومنبوذا، ويسمى الثاني ضالة.

(١) الإيضاح: ج ٢ (في اللقطة) ص ١٣٦ س ٩ قال: أجمعت الرواة الخ.

(٢) سورة يوسف / ١٠.

(٣) سورة القصص / ٨.

(٤) العقاص، هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدا كان أو غيره (من هامش صحيح مسلم).

(٥) صحيح مسلم: ج ٢ ص ١٣٤٦ كتاب اللقطة الحديث ١.

وينقسم كل من الأقسام الثلاثة إلى أقسام.
القسم الأول: المال.

وينقسم إلى محرم ومكروه.
فالأول قسمان.

(أ) لقطة الحرم.

(ب) ما أخذ لا بنية الإنشاد مع بلوغ قيمته درهما.
والمكروه: ما عدا ذلك.

القسم الثاني: اللقيط.

وينقسم إلى واجب ومحرم.

فالأول: أخذ الصغير العاجز عن توقي المضار، كغير المميز على الأصح.
والثاني: أخذ البالغ العاقل.

القسم الثالث: الحيوان.

وهو على ثلاثة أقسام.

(أ) المحرم: وهو أخذ الضالة الممتنعة، كضالة الإبل، لقوله عليه السلام: (ما لك ولها) (١).

وروي عنه عليه السلام: لا يؤي الضالة إلا ضال (٢) بضم الياء. ويروى بالفتح (٣)
قال الشيخ: والأول أصح والثاني جائز (٤).

(١) تقدم في رواية زيد بن خالد الجهني.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٧٦) باب النوادر ص ٢٧٢ س ٢٠ من ألفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله. وسنن ابن ماجه: ج ٢ (١٨) كتاب اللقطة (١) باب ضالة الإبل والبقر والغنم ص ٨٣٦ الحديث ٢٥٠٣ وفي عوالي اللثالي: ج ٣ باب اللقطة ص ٤٨٤ الحديث ٣.

(٣) المبسوط: ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣١٨ س ٢١ قال: روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا يأوي الخ إلى قوله: وقيل: (لا يؤي) بضم الياء وهو الأصح والأول جائز.

(٤) تقدم أنفا تحت رقم ٣.

كتاب اللقطة.
وأقسامها ثلاثة.
(الأول) في اللقيط، وهو كل صبي أو مجنون ضائع لا كافل له.
ويشترط في الملتقط التكليف.
وفي اشتراط الإسلام تردد.

وعنه عليه السلام: ضالة المؤمن حرق النار (١) وحرق النار بحركة الراء لهيبتها،
وحرق الثوب بسكونها إذا كان به من القصاره.
وقول الصادق عليه السلام: لا تهجه (٢).
 ويفهم من قوله عليه السلام: (ومعها حدائها وسقائها) الإشارة إلى علة الحرمة،
وهو إمكان بقائها حتى يأتي ربها.
 فيشاركها في هذا الحكم الفرس والحمار والبغل والثور، لامتناعها من صغير
السباع كالثعلب، فساوت الإبل، فالتعدي هنا من باب منصوص العلة، قال
المصنف: لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير (٣).
(ب) المكروه: وهو أخذ الصغير مما ذكرناه كأطفال الإبل والبقر.
(ج) المباح: وهو إذا تحقق تلفها.
قال طاب ثراه: وفي اشتراط الإسلام (أي في ملتقط الطفل) تردد.
أقول: الملقوط إن كان في بلد الإسلام فهو مسلم، فيشترط في ملتقطه الإسلام،
فلا يقر في يد الكافر لو التقطه لوجهين.

(١) سنن ابن ماجه: ج ٢ (١٨) كتاب اللقطة (١) باب ضالة الإبل والبقر والغنم ص ٨٣٦
الحديث ٢٥٠٢ وفي عوالي اللثالي: ج ٣ باب اللقطة ص ٤٨٥ الحديث ٤.
(٢) الكافي: ج ٥ كتاب المعيشة باب اللقطة والضالة ص ١٤٠ قطعة من حديث ١٢.
(٣) الشرائع (القسم الثاني): في الملتقط من الحيوان قال: وفي البقرة والحمار تردد أظهره المساواة.
لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير.

ولا يلتقط المملوك إلا بإذن مولاه. وأخذ اللقيط مستحب، واللقيط في دار الإسلام حر، وفي دار الشرك رق. وإذا لم يتول أحدا فعاقلته ووارثه الإمام إذا لم يكن له وارث. ويقبل إقراره على نفسه بالرقية مع بلوغه ورشده. وإذا وجد الملتقط سلطانا استعان به على نفقته، فإن لم يجد استعان بالمسلمين، فإن تعذر الأمر أنفق الملتقط ورجع عليه إذا نوى الرجوع، ولو تبرع لم يرجع.

(أ) إن الحكم بصحة التقاطه معناه: إثبات الحضانة له، وهي ولاية شرعية، ولهذا يشاح الزوجان فيها، ومثل ذلك لا يثبت للكافر على المسلم، وإلا لزم وجود السبيل، وهو منفي بالآية (١).

(ب) لا يؤمن افتتانه، وهو محذور، فلا يقره الشارع عليه، وهو مذهب الشيخ في المبسوط (٢) واختاره العلامة (٣).

ويحتمل جوازه لوجهين:

(أ) أصالة الجواز.

(ب) عموم الإذن في التقاط الصبي، خصوصا على القول بتكليف الكافر بالفروع، والمصلحة العائدة إلى الطفل، وهي الحكمة المشرعة لالتقاطه، وهي القيام بمصالح الطفل، ودفع ضرورته يصدر عن الكافر كصدورها عن المسلم، والسبيل ممنوع، لانتفاء السلطنة عليه، إذ لا ولاية له في غير الحضانة، بل هي إثبات حق

(١) إشارة إلى قوله تعالى (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) سورة النساء / ١٤١.

(٢) المبسوط: ج ٣ فصل في حكم اللقيط ص ٣٤٠ س ٢٠ قال: فإن كان (أي اللقيط) بحكم الإسلام نزع من يده لأن الكافر لا يلي على مسلم الخ.

(٣) القواعد: ج ١ (في اللقطة) ص ١٩٥ س ٤ قال: ولا يصح التقاط الكافر للمسلم، لأن الحضانة استيمان فلا يليق به.

القسم الثاني، في الضوال: وهي كل حيوان مملوك ضائع، وأخذه في صورة الجواز مكروه، ومع تحقق التلف مستحب. فالبيع لا يؤخذ، ولو أخذ ضمنه الأخذ. وكذا حكم الدابة والبقرة. ويؤخذ لو تركه صاحبه من جهد في غير كلاء ولا ماء، ويملكه الأخذ. والشاة إن وجدت في الفلاة أخذها الواجد، لأنها لا تمنع من ضرر السباع، ويضمنها. وفي رواية ضعيفة: يحبسها عنده ثلاثة أيام، فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بثمنها.

للطفل على الغير.

وتردد المصنف نظرا إلى الوجهين. والمعتمد هو الأول. وإن كان الملقوط في بلاد الشرك لم يمنع الكافر من التقاطه قولا واحدا، لعدم الحكم بإسلامه.

قال طاب ثراه: والشاة إن وجدت في الفلاة أخذت، لأنها لا تمنع من صغير السباع، ويضمنها وفي رواية ضعيفة يحبسها عنده ثلاثة أيام، فإن جاء صاحبها، وإلا تصدق بثمنها.

أقول: الشاة إما أن توجد في الفلاة أو العمران، فهنا قسمان. (الأول) أن يجدها في الفلاة، فيجوز أخذها إجماعا، وهل يملكها؟ فيه ثلاثة أقوال.

(أ) أنه يملكها في الحال مجانا، لأنه مال معرض للتلف، فهي كالبيع المترك من جهد في غير كلاء ولا ماء.

ولقوله عليه السلام: هي لك أو لأخيك أو للذئب (١) وهو ظاهر الفقيه في

(١) الكافي: ج ٥ كتاب المعيشة، باب اللقطة والضالة ص ١٤٠ قطعة من حديث ١٢ وفي البحار: (الطبعة الحديثة ج ١٠ ص ٢٥٠) باب ١٧ ما وصل من أخبار علي بن جعفر، فلاحظ، وفي سنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب اللقطة ص ٨٦٣ قطعة من حديث ٢٥٠٤.

الرسالة حيث قال: وإن وجدت شاة في الفلاة فخذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب (١) وبمثله قال الصدوق في المقنع (٢).
(ب) أنه يأخذها وهو ضامن لقيمتها، قاله المفيد (٣) وابن إدريس (٤) وهو اختيار المصنف في الشرائع (٥) لعصمة مال الغير، ولعموم قول الباقر عليه السلام: من وجد شيئاً فهو له، فليستمتع به حتى يأتيه طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه (٦).
(ج) الغرامة إذا ظهر المالك وطلب، وهو اختيار فخر المحققين (٧) ومعنى الغرامة: تجدد استحقاق المالك إذا ظهر وطالب، وتجدد اشتغال ذمة الملتقط بالضمان، لا وقت الالتقاط.
وتظهر الفائدة في أمور.
(أ) وجوب الإيضاء به وعدمه.
(ب) منع الخمس.
(ج) منع زكاة الفطرة.

- (١) لم أعثر على الرسالة ولا على المنقول عنه علماً بأن عبارة (وهو ظاهر... للذئب) غير مثبتة في (كل).
(٢) المقنع: باب اللقطة ص ١٢٧ س ١٢ قال: فإن وجدت شاة في فلاة فخذها، فإنها لك أو لأخيك أو للذئب.
(٣) المقنعة: باب اللقطة ص ٩٩ س ١٤ قال: فإن وجد فيها شاة فليأخذها وهو ضامن لقيمتها.
(٤) السرائر: باب اللقطة ص ١٧٨ س ٢٦ قال: فأما إذا كان غير ممتنع مثل الشاة إلى قوله: فإن أخذها فهو بالخيار بين أن يأكلها ويكون في ذمته الخ.
(٥) الشرائع: كتاب اللقطة (القسم الثاني في الملتقط من الحيوان) قال: والشاة إن وجدت في الفلاة أخذها الواجد إلى قوله: والأخذ بالخيار إن شاء ملكها ويضمن.
(٦) الكافي: ج ٥ كتاب المعيشة، باب اللقطة والضالة ص ١٣٩ الحديث ١٠.
(٧) الإيضاح: ج ٢ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٤٨ س ٢٣ قال: والأقوى الغرامة إذا وجد المالك وطلب.

(د) دخوله في قسم الغارمين، على القول بالضمان حين الالتقاط، وثبوت أضرارها في الغرامة إلا مع المطالبة. وعلى ظاهر الصدوقين: لا شيء أصلاً وإن طلب المالك (١).

(القسم الثاني) أن يجدها في العمران، فيحرم أخذها إجماعاً، ولو أخذها حبسها ثلاثة أيام، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، وإن لم يأت باعها وتصديق بتمنيتها، أو احتفظه ولا ضمان.

فروع

(الأول) هل يشترط في بيعها إذن الحاكم؟ النصوص وعبارات الأصحاب خالية عنه. واستشكله العلامة في القواعد: من حيث أن الحاكم قائم مقام المالك، لأنه ولي الغياب، والوصول إليه ممكن فيجب استيذانه (٢) واختاره فخر المحققين (٣) والأول هو المعتمد، عملاً بعموم الإذن في البيع (٤).

(الثاني) هل يجوز أن يتصدق بعينها؟ يحتمل قويا عدمه، لأن التصرف في ملك الغير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على محل النص (٥) وهو التصديق بتمنيتها لا غير.

(١) المقنع: باب اللقطة ص ١٢٧ س ١٣ قال: وإن وجدت شاة في فلاة فخذها، فإنها لك أو لأخيك أو للذئب الخ فأطلق ولم يذكر شيئاً، ولم نظفر على الرسالة لعلي بن بابويه.

(٢) القواعد: ج ١ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٩٧ س ٨ قال: فإن جاء المالك وإلا باعها، وفي اشتراط الحاكم إشكال.

(٣) الإيضاح: ج ٢ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٤٩ س ١٠ قال: وهل يشترط في البيع إذن الحاكم إشكال الخ.

(٤)

التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٦ قطعة من حديث ٣١ وفيه (وإلا تصدق بها).

(٥) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٧ الحديث ٣٦ وفيه (وإلا باعها وتصدق بتمنيتها).

ويحتمله ضعيفا، لأن التصرف في الصدقة لما جاز بواسطة البيع، فجوازه بغير واسطة أولى، لأن البيع إثبات ولاية في تصرف، وهو على خلاف الأصل أيضا، وفي الصدقة بعينها تحليل لمخالفة الأصل.

(الثالث) هل هذا التصديق بالثمن بعد انقضاء ثلاثة الحبس، أو مدة الحبس هو الثلاثة ويجب في الصدقة التأخير إلى تمام الحول؟

النصوص وعبارات الأصحاب إطلاق الإذن في البيع بعد حبسها ثلاثة أيام والصدقة به، أو احتفاضه من غير شرط، فلو كان التأخير شرطا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، أو الإغراء بالجهل، أو جعل السبب غير التام تاما، والكل محال. واستشكله العلامة في القواعد (١) من حيث عموم الأمر بالتعريف حولا (٢) وللاحتياط لجواز ظهور المالك في أثناء الحول وتعلق غرضه بعوض ماله، وليس بمعتمد.

(الرابع) هل يجوز أن يبقى عينها أمانة؟ قال العلامة في التحرير: نعم (٣)، ويحتمل عدمه لورود النص باحتفاظ الثمن.

(الخامس) لو تصدق بثمانها وكره المالك ضمن.

(السادس) هل يجب تعريف الثمن لو أبقاه طول الحول؟ الأظهر ذلك كغيرها، ولخفاء حالها عن المالك، ويحتمل ضعيفا عدمه، لأنهم لم يذكروه.

(السابع) لو أراد التملك بعد التعريف حولا هل يجوز له ذلك؟ الظاهر لا.

(١) القواعد: ج ١ (الفصل الثاني في الحيوان) ص ١٩٧ س ٩ قال: وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمانها إشكال.

(٢) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٦ الحديث ٣٤ وفيه (تعرفها سنة).

(٣) التحرير: ج ٢ (الفصل الثاني في الملتقط من الحيوان) ص ١٢٥ ص ٣٠ قال: والوجه عندي جواز إبقائها في يده الخ.

تذنيب

وألحق بالشاة ما لا يمتنع من صغير السباع كأطفال الإبل والبقر في جواز الالتقاط في الفلاة، وتحريمه في العمران، ولا يتبعها في باقي الأحكام من الحبس ثلاثة أيام ثم البيع والتصدق قبل الحول، بل يجب التعريف حولاً، نعم يساويها في عدم رجوعه بالنفقة مدة بقائها.

فالحاصل: أن الأحكام هنا ستة.

(أ) جواز الالتقاط وعدمه على التفصيل.

(ب) جواز الإبقاء أمانة.

(ج) عدم الرجوع بالنفقة.

(د) جواز البيع بعد ثلاثة.

(هـ) جواز التصديق بالثمن.

(و) الخروج عن عهدها قبل الحول بالتصدق بعد الثلاثة، فالثلاثة الأول تشمل الكل، والثلاثة الأخيرة تختص بالشاة.

تنبيه

اختصت الشاة في باب اللقطة عن غيرها من الضوال الملقوطة بأمر خمسة.

(أ) تملكها مجاناً إذا وجدت في الفلاة صحيحة على اختيار الصدوقين (١).

(ب) نصاب تعريف العين فيها ثلاثة أيام.

(ج) جواز بيعها بعد الثلاثة من غير ضرورة.

(١) تقدم آنفاً.

وينفق الواجد على الضالة إن لم يجد سلطانا ينفق من بيت المال، وهل يرجع على المالك؟ الأشبه، نعم.

)

(د) جواز التصدق بها قبل الحول.

(ه) على القول بضمان المأخوذ في الفلاة يجوز تملكها والتصرف فيها في الحال من غير تعريف بإجماع العلماء، وكذا بيعها، لأنه أولى من أكلها.

قال طاب ثراه: وينفق الواجد على الضالة إن لم يجد سلطانا ينفق من بيت المال، وهل يرجع على المالك؟ الأشبه: نعم.

أقول: الضالة إذا أخذت حيث لا يجوز أخذها كالبعير الصحيح في الفلاة، أو الشاة في العمران لا يرجع بنفقتها مدة بقائها عنده على الأقوى. وكذا لو التقط المملوك المميز.

أما ما يجوز التقاطه على كراهية كأطفال الإبل والبقر في الفلاة والعمران إذا تحقق تلفها، فالأولى له دفعها إلى الحاكم لبيعها ويعرف ثمنها، أو ينفق عليها من بيت المال، أو يرسلها في الحمى أو غير ذلك.

وبالجملة هو ولي الغياب بفعل ما يراه الحظ، وإن لم يرفع أمرها إلى الحاكم وأثر إبقائها عنده أنفق عليها ولا يرجع بالنفقة إجماعا.

أما أولا: فلأن عليه الحفظ، ولا يتم إلا بالإنفاق، فيكون واجبا عليه.

وأما ثانيا: فلأن النفقة ربما تكررت وأدت إلى استغراق القيمة، وفيه ضرر على المالك، فلا يتسلط عليه بمجرد إرادته من غير قول المالك ولا وكيله ولا وليه، ولا ضرورة إلى ذلك، لأن ولي المالك وهو الحاكم موجود، والوصول إليه ممكن، لأنه التقدير.

أما لو لم يجد الحاكم وأنفق، فإن تبرع لم يرجع قطعا، وإن لم يتبرع فهل يرجع أم لا؟ فهذا هو موضوع المسألة ومحل الخلاف.

إذا تمهد هذا فنقول:

ولو كان للضالة نفع كالظهر أو اللبن، قال الشيخ في النهاية: كان بإزاء ما أنفق، والوجه التقاص.

ذهب الشيخان وسالار إلى جواز الرجوع (١) (٢) (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) دفعا لتوجه الضرر بالالتقاط، وهو منفي بالآية (٦) والرواية (٧) ولوجوب الحفظ والوجوب إذن شرعي، فيرجع، كالمودع والمرتهن. وقال ابن إدريس: لا يرجع (٨) لأنه لا دليل عليه وقد بيناه. قال طاب ثراه: ولو كان للضالة نفع كالظهر أو اللبن قال في النهاية: كان بإزاء ما أنفق، والوجه: التقاص. أقول: هنا ثلاثة أقوال. (الأول) لا عوض له عن الإنفاق أصلا، لوجوبه عليه، وعليه رد ما استوفاه، قاله ابن إدريس (٩).

- (١) المقنعة: باب اللقطة ص ٩٩ س ٢٠ قال: فإن لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه وكان له الرجوع بنفقته عليه الخ.
- (٢) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٣ س ٢ قال: فإن لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه وكان له الرجوع بنفقته عليه إذا بلغ.
- (٣) المراسم: ذكر اللقطة ص ٢٠٥ س ١٥ قال: فإن لم يجد أنفق هو عليه ويرجع عليه إذا بلغ وأيسر.
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) المختلف: ج ١ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٤ س ٥ قال: والوجه: إن ما أنفقه مع نيته الرجوع يرجع به.
- (٦) قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) سورة الحج / ٧٨.
- (٧) لاحظ عوالي اللثالي: ج ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١ و ج ٢ ص ٧٤ الحديث ١٩٥ و ج ٣ ص ٢١٠ الحديث ٥٤.
- (٨) السرائر: باب اللقطة والضالة ص ١٨٠ س ١٤ قال: والأقوى عندي أنه لا يرجع عليه لأنه لا دليل عليه.
- (٩) السرائر: باب اللقطة والضالة ص ١٨١ س ٥ قال: فإن كان انتفع بلبن فيجب عليه رد مثله والذي أنفقه عليه يذهب ضياعا.

(الثاني) التقاص: ومعناه النظر في قيمة ما انتفع به وقدر ما أنفق، فإن تساويا تهافتا (١)، وإن تفاوتتا رجع صاحب الفضل قاله المصنف (٢) والعلامة (٣) لأنه الأنسب بالعدل.

(الثالث) كون ما انتفع به بإزاء نفقته رأساً برأس قاله الشيخ في النهاية (٤) ولعله حمل ذلك على الرهن، لأنه يختار ذلك في باب الرهن. والتعويل في ذلك على رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلي الذي يركب النفقة، والدر يشرب إذا كان مرهوناً، وعلي الذي يشرب النفقة (٥).

والتمسك ضعيف من وجوه:

(أ) منع الحكم في الأصل.

(ب) منع التعدي، إذ هو قياس وهو ممنوع.

(ج) ضعف السند (٦)

(١) في گل: (تهاترا).

(٢) الشرائع: كتاب اللقطة (في الأحكام) الثانية: قال: وقيل ينظر في النفقة وقيمة المنفعة ويتقاصان، وهو أشبهه ولاحظ النافع أيضاً.

(٣) التحرير: ج ٢ كتاب اللقطة (في الملتقط من الحيوان) ص ١٢٦ س ٤ قال: قال الشيخ: يكون بإزاء النفقة، والوجه التقاص.

(٤) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٤ س ٦ قال: وإن كان من أنفق عليه قد انتفع بشئ من جهته إلى قوله: كان ذلك بإزاء ما أنفق الخ.

(٥) التهذيب: ج ٦ (١٥) باب الرهون ص ١٧٦ الحديث ٣٢.

(٦) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب) عن أحمد بن محمد، عن البرقي، عن عبد الله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر الخ.

(القسم الثالث) وفيه ثلاث فصول.
الأول، اللقطة: كل مال ضائع أخذ ولا يد عليه، فما دون الدرهم
ينتفع به بغير تعريف، وقدر الدرهم روايتان.

(د) قصور دلالاته على المطلوب، لجواز التقاص، ويكون الفائدة من الخبر الإذن
في الانتفاء بالظهر واللبن.
قال طاب ثراه: وفي قدر الدرهم روايتان.
أقول: اختلف الأصحاب في نصاب التعريف، أعني القدر الذي يجب تعريفه
إذا أخذ ولا يحل تملكه، مع اتفاقهم على وجوب تعريف ما زاد على الدرهم، وجواز
تملك الناقص عنه، وبقي الاختلاف في قدره كنصاب العفو في الدم الذي يجب
إزالته في الصلاة.
فالذي عليه الشيخان وجوب التعريف (١) (٢) وهو مذهب الصدوق في كتاب
من لا يحضره الفقيه (٣) واختاره ابن إدريس (٤) والمصنف (٥) والعلامة (٦).
وهو في رواية العمركي عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال:
سألته عن رجل يصيب درهما، أو ثوبا أو دابة، كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة،

- (١) المقنعة: باب اللقطة ص ٩٩ س ١٥ قال: ولا بأس أن ينتفع الإنسان بما يجده مما لم تبلغ قيمته
درهما واحدا.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب اللقطة مسألة ٧ اللقطة إذا كان قيمتها درهما فصاعدا وجب تعريفها، وإن
كان دون ذلك لا يجب تعريفها.
(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩) باب اللقطة والضالة ص ١٨٦ الحديث ٣.
(٤) السرائر: باب اللقطة والضالة ص ١٧٨ س ٢٨ قال: واللقطة على ضربين، ضرب منه يجوز أخذه
إلى قوله: وهو كلما كان دون الدرهم الخ.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: ج ١ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧١ س ٦ قال: هل يجب تعريف الدرهم أو
الزائد عليه إلى قوله: والوجه الأول، أي وجوب التعريف.

وما كان أزيد، فإن وجدته في الحرم كره أخذه، وقيل: يحرم، ولا يحل أخذه إلا بنية التعريف، ويعرف حولا، فإن جاء صاحبه، وإلا تصدق به عنه، أو استبقاه أمانة، ولا يملك، ولو تصدق به بعد الحول فكره المالك لم يضمن الملتقط على الأشهر، وإن وجدته في غير الحرم يعرف حولا، ثم الملتقط بالخيار بين التملك والصدقة وإبقائها أمانة، ولو تصدق بها فكره المالك ضمن الملتقط. ولو كانت مما لا يبقى كالطعام قومها عند الوجدان وضمنها وانتفع بها، وإن شاء دفعها إلى الحاكم ولا ضمان. ويكره أخذ الأدوية، والمحصرة، والنعلين، والشظاظ، والعصا، والوتد، والحبل، والعقال وأشباهها.

فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله وهو لها ضامن (١).
وذهب التقي وسلار إلى جواز تملكه (٢) (٣).
والمستند ما رواه محمد بن حمزة عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
سألته عن اللقطة؟ قال: تعرف سنة قليلا كان أو كثيرا، قال: وما كان دون
الدرهم فلا يعرف (٤).
وهي مرسلة، والمعتمد الأول، لعصمة مال المسلم، ولأنه أحوط.
قال طاب ثراه: وما كان أزيد، فإن كان في الحرم كره أخذه، وقيل: يحرم.

-
- (١) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٧ الحديث ٣٨.
(٢) الكافي: فصل في اللقطة ص ٣٥٠ س ٧ قال: أحدهما يصح التصرف فيه من غير تعريف إلى قوله: مما تزيد قيمته على درهم الخ.
(٣) المراسم: ذكر اللقطة ص ٢٠٦ س ٨ قال: فأما غير الحيوان فعلى ضربين: ما لا تبلغ قيمته أكثر من درهم إلى قوله: فالأول يؤخذ وينتفع به بلا تعريف.
(٤) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٨٩ الحديث ٢.

أقول: هنا مسائل.

(الأولى) هل يجوز أخذ لقطة الحرم أم لا؟ المشهور التحريم: لعموم قوله تعالى: (أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً) (١) وبه قال الشيخ في النهاية (٢) واختاره العلامة (٣).

وقال الفقيه: والأفضل أن يترك لقطة الحرم (٤) وبه قال الشيخ في الخلاف (٥) واختاره المصنف (٦).

واحتج الأولون: بالاحتياط، وبما رواه إبراهيم بن أبي البلاد عن بعض أصحابه عن الماضي عليه السلام قال: لقطة الحرم لا تمس بيد ولا رجل، ولو أن الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها (٧).

ومثلها رواية علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح عليه السلام قال: سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال: بنس ما صنع ما كان له أن يأخذه، قال: قلت: ابتلي بذلك، قال: يعرفه سنة، قال: عرفه ولم يجد له باغياً؟ قال: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن (٨).

(١) سورة العنكبوت / ٦٧.

(٢) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ٦ قال: والضرب الآخر، وهو الذي لا يجوز أخذه، فإن أخذه إلى قوله: ضرب منه ما يجده في الحرم الخ.

(٣) القواعد: ج ١ (الفصل الثالث في لقطة الأموال) ص ١٩٧ س ١٨ قال: وفيه (أي في الحرم)

(٤) المختلف: ج ١ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧١ س ١٢ قال: وعلي بن بابويه: أفضل

ما يستعمله في اللقطة إذا وجدها في الحرم أن يتركها ولا يمسه

(٥) كتاب الخلاف: كتاب اللقطة مسألة ١٢ قال: لقطة الحرم يجوز أخذها.

(٦) لاحظ عبارة الخلاف.

(٧) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ الحديث ٧.

(٨) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٥ الحديث ٣٠.

وقد دل الخبر الثاني على ثلاثة أحكام.

(أ) تحريم الأخذ بقوله: (بئس ما صنع ما كان له أن يأخذه).

(ب) وجوب التعريف مطلقا وإن قل عن الدرهم، لأن ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة والسؤال، وكلاهما محال على ما بين في موضعه.

(ج) ضمان المتصدق مع كراهية المالك.

احتج الآخرون: بالأصل وبما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: لا تحل لقطة الحرم إلا لمنشد (١) دل بمفهومه على إباحتها مع قصد الإنشاد.

(الثانية) هل يملك لقطة الحرم إذا كانت ناقصة عن نصاب التعريف أو لا؟ بل تكون أمانة يجب تعريفها الأول ظاهر القاضي (٢) والثاني مذهب الشيخ في النهاية (٣). وأطلق في الخلاف وجوب التعريف مع قوله بجواز أخذها (٤) وهو اختيار المصنف (٥).

(الثالثة) هل يجوز تملكها بعد التعريف حولا، أو لا، بل يكون أمانة دائما؟

- (١) عوالي اللئالي: ص ٤٨٧ الحديث ١٢ ولاحظ ما علق عليه.
- (٢) لم أظفر عليه في المذهب، وقال في الإيضاح: ج ٢ ص ١٥٠ س ١٩ عند قول المصنف: وفيه يحرم على رأي: أقول: هذا هو المشهور ويظهر من عبارة ابن البراج جواز ما نقص عن الدرهم في الحرم.
- (٣) النهاية: باب آخر من فقه الحج، ص ٢٨٤ س ١٩ قال: ومن وجد شيئا في الحرم فلا يجوز له أخذه الخ.
- (٤) كتاب الخلاف: كتاب اللقطة مسألة ١٢ قال: لقطه الحرم يجوز أخذها ويجب تعريفها سنة الخ.
- (٥) لاحظ عبارة النافع وفي الشرائع: (في لقطة المال) قال: وما كان أزيد من ذلك (أي من الدرهم) فإن وجد في الحرم قيل: يحرم أخذه وقيل: يكره، وهو الأشبه.

التقي على الأول (١) والأكثر على الثاني (٢).
(الرابعة) لو تصدق بها بعد الحول، فكره المالك هل يضمن أم لا؟ الشيخ في
الكتابين على الأول (٣) (٤) وبه قال ابن إدريس (٥) وأبو علي (٦) واختاره العلامة في
المختلف (٧) والمفيد (٨) وتلميذه على الثاني (٩) وبه قال القاضي (١٠) وابن حمزة
(١١)
واختاره المصنف (١٢).

- (١) الكافي: (فصل في اللقطة) ص ٣٥٠ س ١٣ قال: فيجب تعريفه سنة كاملة إلى قوله: وإلا فلاقطه بالخيار بين أن يتصرف فيه الخ.
(٢) المبسوط: ج ٣ ص ٣٢١ س ٣ قال: ولا يجوز أن يملكها. وفي القواعد: ج ١ ص ١٩٧ س ١٨ قال: ولا يحل تملكه وفي السرائر: ص ١٧٨ س ٣٣ قال: وهذا الضرب لا يجوز تملكه ولا يصير بعد السنة كسبيل ماله الخ.
(٣) المبسوط: ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣٢١ س ٣ قال: والصدقة بشرط الضمان.
(٤) كتاب الخلاف: كتاب اللقطة مسألة ١٢ قال: بين أن يتصدق بها بشرط الضمان.
(٥) السرائر: باب اللقطة ص ١٧٨ س ٣٤ قال: فإن تصدق به ثم جاء صاحبه ولم يرض بصدقته كان ضامنا له.
(٦) المختلف: ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٠ س ١٢ قال: وبه (أي الضمان) قال أبو علي إلى قوله: والأقوى الأول (أي الضمان).
(٧) المختلف: ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٠ س ١٢ قال: وبه (أي الضمان) قال أبو علي إلى قوله: والأقوى الأول (أي الضمان).
(٨) المقنعة: باب اللقطة ص ٩٩ س ٦ قال: وليس عليه بعد السنة والتعريف فيها ضمان لصاحبه.
(٩) المراسم: ذكر اللقطة ص ٢٠٦ س ١٩ قال: فما وجد في الحرم إلى قوله: وإلا تصدق به عنه ولا ضمان عليه.
(١٠) المهذب: كتاب اللقطة والضوال واللقيط والآبق ص ٥٦٧ س ٨ قال: وإن لم يحضر بعد السنة تصدق به عنه ولا يلزم منه بعد ذلك شيء.
(١١) الوسيلة: فصل في بيان اللقطة والضالة ص ٢٧٨ س ٩ قال: وإلا تصدق به عنه بعد سنة من غير ضمان.
(١٢) لاحظ عبارة النافع.

(مسائل).

(الأولى) ما يوجد في خربة، أو فلاة، أو تحت الأرض فهو لواجده. ولو وجده في أرض لها مالك، أو بائع، ولو كان مدفونا عرفه المالك أو البائع، فإن عرفه فهو أحق به، وإلا كان للواجد، وكذا ما يجده في جوف دابته.

ولو وجد في جوف سمكة قال الشيخ: أخذه بلا تعريف.

وللشيخ في النهاية القولان: فالأول اختياره في باب الحج (١) والثاني في اللقطة (٢).

احتج الأولون: بعموم ضمان اليد، لقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٣). ولأنه تصرف بإتلاف المال بغير إذن صاحبه.

احتج الآخرون: بأنها أمانة عنده وقد دفعها مشروعا، فلا يتعقبه ضمان، ولأن الأصل عدم الضمان.

فالحاصل: أن لقطة الحرم قد امتازت عن غيرها من اللقط بأمر. (أ) تحريم أخذها.

(ب) عدم تملكها وإن قلت عن النصاب.

(ج) عدم تملكها بعد الحول.

(د) عدم ضمان المتصدق بها مع كراهية المالك.

وفي الكل شك لكن المحصل ما ذكرناه.

قال طاب ثراه: ولو وجده في جوف سمكة قال الشيخ: أخذه بلا تعريف.

(١) النهاية: باب آخر من فقه الحج ص ٢٨٤ س ٢٠ قال: وإلا تصدق به وكان ضمنا.

(٢) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ١١ قال: تصدق به عنه وليس عليه شيء.

(٣) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٢٢٤ الحديث ١٠٦ و ص ٣٨٩ الحديث ٢٢ و ج ٢ ص ٣٤٥ الحديث ١٠

و ح ٣ ص ٢٤٦ الحديث ٢ و ص ٢٥١ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(الثانية) ما وجدته في صندوقه أو داره فهو له. ولو شاركه في التصرف كان كاللقطة إذا أنكره.

أقول: إذا وجد شيئاً في جوف سمكة فلا يخلو إما أن يكون مباحاً في الأصل كالدرّة، أو يعلم سبق الملك عليه. فإذا علم سبق الملك فلا يخلو إما أن يكون ملك مسلم أو محتمل كالسبيكة، فالثالث والأول يملكهما الواجد وعليه الخمس، فإن كان هو الصائد اعتبر بلوغ قيمته ديناراً، وإن كان قد ابتاعها أخرج خمسه وحل له الباقي، ولا يعتبر فيه نصاب الغوص، ولا المعدن، ولا مؤنة السنة، ويكون من باب اللقطة، وهذا شأنها وجوب إخراج خمسها من غير مقدر له. والثاني: وهو ما يعلم سبق ملك المسلم له، بأن يكون عليه سكة الإسلام، فيه احتمالان.

أحدهما إلحاقه بالأول، ليأس المالك منه كالمأخوذ في المفاوز. والآخر، وهو الأقوى، وجوب التعريف فيهما، لعصمة مال المسلم. والأصل في هذا الحكم: أن ما في جوف السمكة باق على أصل الإباحة، لم يدخل في ملك الصائد لعدم علمه به، فيكون باقياً على أصل الإباحة، فتملكه الثاني بإثبات يده عليه.

ويعلم من هذا افتقار تملك المباح إلى نية التملك، لأنه لو كان مجرد إمساكه باليد كاف في حصول الملك لملكه الصائد، ولم يكن للمشتري، كما لو كان المبيع غير السمكة كالدابة، فإنه يجب على المشتري تعريف البائع إجماعاً من غير تفصيل. وهذا مذهب الشيخ رحمه الله (١) والمستند إجماع علمائنا، وإطلاق سلار (٢) يحمل

(١) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢١ س ١٦ قال: إن ابتاع بعيراً إلى قوله: فوجد في جوفه شيئاً له قيمة عرفه من ابتاع إلى آخره ثم قال: فإن ابتاع سمكة فوجد في جوفها إلى قوله: أخرج منه الخمس وكان له الباقي.

(٢) المراسم: ذكر اللقطة ص ٢٠٦ س ١٥ قال: فما وجدته في بطن شيء إلى قوله: أو في بحر وماء أخرج خمسه والباقي ملكه، وإن انتقل إليه بالشراء عرف ذلك إلى البائع الخ.

على التفصيل، ولا عبرة بندوق ابن إدريس حيث لم يفرق بين السمكة والدابة وأوجب التعريف فيهما (١) وأطلق سلار وجوب تعريف ما يجده في بطن حيوان اشتراه دون ما صاده أو ملكه بميراث (٢).

القسم الثاني: أن يعلم سبق ملك مسلم له، كما لو وجد عليه أثر الإسلام، فيكون حكمه حكم ما يوجد في المفاوز والخربان: فالشيخ في النهاية وابن إدريس أطلقا القول بمالك الواجد له (٣) (٤) فإن كان الواجد هو الصائد ملك ذلك عندهما، وإن كان مبتاعا ملكه عند الشيخ خاصة. وقال في المبسوط يكون لقطه لدلالته على سبق ملك المسلم له (٥) وهو اختيار العلامة (٦).

احتج الشيخ على المدعي الأول: بعموم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الورق يوجد في دار، فقال: إن كانت الدار معمورة فهي لأهلها، وإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت (٧).

(١) السرائر: باب اللقطة ص ١٧٩ س ٣٦ قال: إن ابتاع بعيرا فوجد في جوفه شيئا عرفه من ابتاع ذلك الحيوان منه إلى قوله: وكذلك حكم من ابتاع سمكة الخ.

(٢) تقدم أنفا.

(٣) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ١٤ قال: وأما الذي يجده في غير الحرم إلى قوله: وإن لم يجئ كان كسبيل ماله.

(٤) السرائر: باب اللقطة ص ١٧٨ س ٢٩ قال: كما أباح الشارع التصرف بعد السنة إلى قوله: أو يكون ما يجده في موضع حرب قد باد أهله.

(٥) المبسوط: ج ٣ (فصل في حكم اللقيط وما يوجد معه) ص ٣٣٨ س ٢ قال: فإن كان من ضرب الإسلام فإنه يكون لقطه.

(٦) المختلف: ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٦ س ٧ قال بعد نقل المبسوط: وهو حسن لأن أثر الإسلام يدل على سبق تملك المسلم له.

(٧) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ قطعة من حديث ٥.

و (ما) في الاستفهام والمجازات للعموم.
وأجاب العلامة عنه بحمله على انتفاء أثر الإسلام، أو بعد التعريف حولا (١).
تحصيل

إذا وجد شيئا في جوف دابة، فإن كان عليه أثر الإسلام فهو لقطعة، قاله الشيخ
في المبسوط (٢) وهو مذهب الأكثر (٣) وفي النهاية أطلق القول بتملك المشتري له مع
عدم معرفة البائع (٤) وتبعه ابن إدريس (٥).
وإن لم يكن عليه أثر الإسلام وعرفه البائع فهو أحق به، وإن لم يعرفه ملكه
الواجد وعليه الأصحاب، وصرح به العلامة في التذكرة (٦).
لصحيحة عبد الله بن جعفر قال: كتبت إلى الرجل أسأله عن رجل اشترى
جزورا أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو
جوهر، لمن يكون؟ قال: فوق عليه السلام عرفها البائع فإن لم يعرفها فالشئ لك
رزقك الله إياه (٧).

-
- (١) المختلف: ج ٢ (فصل في حكم اللقيط وما يوجد معه) ص ١٧٦ س ٩ قال: والجواب أنه محمول
على انتفاء سكة الإسلام.
(٢) لم أظفر على مفروض المسألة غير الذي تقدم آنفا.
(٣) المختلف: ج ٢ (الفصل الثالث في اللقطة) ص ١٧٣ س ٦ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية الخ
فلاحظ فيها مذهب الأكثر.
(٤) تقدم مختاره آنفا.
(٥) السرائر: باب اللقطة ص ١٧٩ س ٣٦ قال: إن ابتاع بعيرا أو بقرة أو شاة فوجد في جوفه شيئا
إلى قوله: وكان له الباقي.
(٦) التذكرة: ج ٢ (المطلب الثالث في اللواحق) ص ٢٦٥ س ٢٦ قال: مسألة لو وجد شئ في
جوف دابة إلى قوله: وإلا كانت ملكا له.
(٧) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٢ الحديث ١٤.

واحتمل العلامة في التذكرة: أن يكون لقطه يعرفها البائع وغيره، ويبدء بالبائع، قال: لكن علماءنا على الأول (١).

وذهب أحمد إلى أن ما يجده في جوف السمكة يكون للصيد، لأنه لم يعلم به فلم يدخل في المبيع، كما لو باعا دارا له فيها مال مدفون، ويكون ذلك للصيد إن كان مما يخلق في البحر كالدره. ولو كان مما لا يكون في البحر كالدرهم والدنانير فهو لقطه، وكذا الدره لو كان عليها أثر اليد كما لو كانت مثقوبة، أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما (٢).

وهو في موضع المنع، لأن مطلق اليد لا يوجب الاحترام لجواز كونها يد مشرك.

فروع

(أ) يكره أخذ اللقطه من الأموال وإن قلت.

(ب) يحرم التقاط نصاب التعريف لا بنية الإنشاد، فلو التقطه بنية تملكه فعل حراما، وكانت يده يد ضمان. ولو نوى الحفظ بعد ذلك وعرف حولا لم يزل الضمان. وهل له التملك بعد الحول؟ يحتمل عدمه، لأنه أخذ مال الغير على وجه لا يجوز أخذه، فأشبهه الغاصب. ويحتمل جوازه لبطلان النية فكان وجودها كعدمها،

(١) التذكرة: ج ٢ كتاب اللقطه ص ٢٦٥ س ٢٦ قال: مسألة: لو وجد شيئا في جوف دابة إلى قوله: لكن علمائنا على الأول.

(٢) نقله عن أحمد في التذكرة: ج ٢ كتاب اللقطه ص ٢٦٥ س ٣٠ قال: وقال أحمد الخ. وفي كتاب المغني لابن قدامة: ج ٦ كتاب اللقطه ص ٣٧٠ تحت رقم ٤٥١٩ قال: ومن اصطاد سمكة فوجد فيها دره فهي للصيد لأن الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (وتستخرجوا منه حلية تلبسونها) فيكون لأخذها إلى قوله: أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما.

(الثالثة) لا تملك اللقطة بحول الحول وإن عرفها ما لم ينو التملك،
وقيل: تملك بمضي الحول.

واختاره فخر المحققين (١).

(ج) أخذ الضالة الممتنعة في الفلاة وغيرها في العمران حرام. وأخذ غير الممتنع في الفلاة غير الشاة مكروه، وإذا تحقق تلفه كان مباحا.
قال طاب ثراه: لا تملك اللقطة بحول الحول وإن عرفها، ما لم ينو التملك، وقيل:
تملك بمضي الحول.

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال.

(الأول) دخولها في ملك الملتقط بعد التعريف بغير اختياره، وهو ظاهر الشيخ في النهاية (٢) وابن بابويه (٣) (٤) وابن إدريس (٥).
(الثاني) لا يدخل إلا باختياره، ويكفي فيه النية، ولا يشترط تلفه، اختاره العلامة في المختلف (٦) وفخر المحققين (٧).

(١) الإيضاح: ج ٢ (في أحكام اللقطة) ص ١٥٧ س ٩ قال في شرح قول المصنف: (ولو نوى التملك ثم عرف السنة) أقول: لبطلان النية فكان وجودها كعدمها الخ.

(٢) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٠ س ١٥ قال: وإن لم يجئ كان كسبيل ماله ويجوز له التصرف فيه.

(٣) المختلف: ج ٢ (في اللقطة) ص ١٧١ س ١٩ فبعد نقل قول النهاية كما قدمناه قال: وكذا قال ابنا بابويه.

(٤) المقنع: باب اللقطة ص ١٢٧ س ٩ قال: فإن جاء صاحبها، وإلا فهي كسبيل مالك.

(٥) السرائر: باب اللقطة ص ١٧٩ س ٢ قال: فإن لم يجئ كان كسبيل ماله بعد السنة والتعريف فيها يجوز له التصرف فيها الخ.

(٦) المختلف: ج ٢ في اللقطة ص ١٧١ س ٣٢ قال: والمعتمد ما ذهب إليه الشيخ في الخلاف والمبسوط.

(٧) الإيضاح: ج ٢ في أحكام اللقطة ص ١٥٧ س ٢٢ قال بعد نقل قول المختلف: وهو الصحيح عندي

(الثاني) الملتقط من له أهلية الاكتساب. فلو التقط الصبي أو المجنون جاز، ويتولى الولي التعريف. وفي المملوك تردد، أشبهه: الجواز، وكذلك المدبر المكاتب، وأم لولد.

(الثالث) لا تدخل في ملكه إلا باختياره، وبأن يقول: اخترت ملكها وهو قول الشيخ في الخلاف (١) وابن حمزة (٢) والتقي (٣). احتج الأولون: بعموم قول الصادق عليه السلام: يعرفها سنة فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسبيل ماله رواه الحلبي (٤) في الصحيح عقيب التعريف وعدم مجيء المالك بكونها كسبيل ماله، لأن الفاء للتعقيب من غير تراخ، فلا يكون معلقا على غيره، وإلا لتراخى عنه.

احتج العلامة: بقول أحدهما عليهما السلام: وإلا فاجعلها في عرض مالك (٥) يجري عليها ما يجري على مالك، والفاء للتعقيب، وصيغة أفعال للأمر، ولا أقل من أن يكون للإباحة، لأنه ليس للتهديد قطعا فيستدعي أن يكون المأمور به مقدورا بعد التعريف وعدم مجيء المالك، لأنه عقب أمره بالجعل بعدم مجيء المالك والتعريف سنة، ولم يذكر اللفظ، فلو شرط لتأخر البيان عن وقت الحاجة، فلا يشترط اللفظ، وهو المطلوب.

احتج ابن حمزة: بأن ما قلناه مجمع على تملكه به، وغيره ليس عليه دليل. قال طاب ثراه: وفي المملوك تردد، أشبهه الجواز.

(١) كتاب الخلاف: كتاب اللقطة مسألة ١٠ قال: لا تدخل في ملكه إلا باختياره، بأن يقول: هذا قد اخترت ملكها.

(٢) لم أعثر عليهما في كتابي الوسيلة والكافي في باب اللقطة، ولكن قال في المختلف (ج ٢

ص ١٧١ س ٢٢) بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والمبسوط: وكذا قال ابن حمزة وأبو الصلاح.

(٣) لم أعثر عليهما في كتابي الوسيلة والكافي في باب اللقطة، ولكن قال في المختلف (ج ٢

ص ١٧١ س ٢٢) بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والمبسوط: وكذا قال ابن حمزة وأبو الصلاح.

(٤) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٨٩ الحديث ٣: وعبارة (رواه... إلى قوله ماله) ساقطة من

كل (٥) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ الحديث ٥.

(الثالث) في الأحكام، وهي ثلاثة.
(الأول) لا يدفع اللقطة إلا بالبينة. ولا يكفي الوصف، وقيل: يكفي في الأموال الباطنة كالذهب والفضة، وهو حسن.

أقول: منشأ التردد كون العبد أهلاً للتملك، واللقطة اكتساب، ويؤول إلى الملك لدخولها بعد التعريف في ملك الملتقط بمضي الحول مطلقاً عند الشيخ (١) ومع نية التملك عندنا فلا يصح التقاطه، لعدم تحقق لازم اللقطة فيه. ولرواية أبي خديجة (سالم بن مكرم الجمال) (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة، فقال: ما للمملوك واللقطة، المملوك لا يملك من نفسه شيئاً، فلا يعرض لها المملوك (٣) واختارها فيمن لا يحضره الفقيه (٤).

وذهب الشيخ في الكتابين إلى الجواز (٥) (٦) عملاً بعموم الأخبار، ولأن له أهلية الاكتساب. أما لقطة الحرم فلا تعرض لها، لأنها أمانة محضة، والمولى مستولى على منافعه، وربما يتوجه على السيد بذلك ضرر، فيكون حراماً. قال طاب ثراه: ولا يكفي الوصف، وقيل: يكفي في الأمور الباطنة، وهو حسن. أقول: وجه حسنه تعسر اطلاع البينة على أعيان الأموال غالباً، فالإقتصار على

-
- (١) تقدم مختاره آنفاً.
(٢) ليس في التهذيب جملة (سالم بن مكرم الجمال) ولكنه موجود في من لا يحضره الفقيه.
(٣) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٧ الحديث ٣٧.
(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٠) باب اللقطة والضالة ص ١٨٨ الحديث ٨.
(٥) المبسوط ج ٣ كتاب اللقطة ص ٣٢٥ س ٣ قال: هل للعبد أن يلتقط اللقطة؟ قيل فيه قولان أحدهما له أن يلتقط، والثاني ليس له ذلك، والأول أقوى لعموم الأخبار.
(٦) كتاب الخلاف: كتاب اللقطة مسألة ٨ قال: العبد إذا وجد لقطة جاز أن يلتقطها.

البينة عسر و حرج فيكون منفيًا بالآية (١) والرواية (٢) ولأنها إمارة يغلب معها الظن.

ولما رواه الشيخ في التهذيب عن محمد الحجال عن ثعلبة عن سعيد بن عمرو الخثعمي قال: خرجت إلى مكة وأنا من أشد الناس حالًا فشكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام، فلما خرجت وجدت علي بابة كيسا فيه سبعمائة دينار، فرجعت إليه من فوري ذلك فأخبرته، فقال لي: يا سعيد اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد وكن رجوت أن يرخص لي فيه، فخرجت وأنا مغتم، فأتيت مني، فتنحيت عن الناس حتى أتيت الماقوفة (٣) فنزلت في بيت متنحيا عن الناس، ثم قلت: من يعرف الكيس؟ فأول صوت صوت إذا رجل على رأسي يقول: أنا صاحب الكيس، فقلت في نفسي: أنت فلا كنت، قلت: فما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته، فدفعته إليه قال: فتنحى ناحية فعدها فإذا الدنانير على حالها، ثم عد منها سبعين دينارا فقال: خذها حالًا خير لك من سبعمائة حراما، فأخذتها ثم دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت فقال: أما إنك حين شكوت إلي أمرنا لك بثلاثين دينارا، يا جارية هاتيها فأخذتها وأنا من أحسن قومي حالًا (٤).

(١) قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) سورة الحج / ٧٨.

(٢) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١ و ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ و ج ٢ ص ٧٤ الحديث ١٩٥ و ج ٣ ص ٢١٠ الحديث ٥٤ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الماقوفة: لعله اسم موضع، أو اسم لمحل الوقوف بمنى (هكذا في هامش التهذيب وفي ملاذ الأخيار ج ١٠ ص ٤٢٦).

(٤) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٠ الحديث ١٠.

(ذكر الجعالة)

مقدمة

الجعالة: لغة ما يجعل عوضاً عن فعل يتوقع إيجاده.
وشرعاً: الصيغة الدالة على الإذن في عمل بعوض التزمه بقوله.
ولما احتيج إلى هذا العقد لرد الإباق والضلال، ذكره عقيب اللقطة.
وغايته صحة التزام الأعواض على الأعمال المجهولة، لا مساس الحاجة إليها.
والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع.
أما الكتاب: قوله تعالى (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) (١) وفيه دلالة على جواز ضمان الجعالة قبل العمل.
وأما السنة: فمن طريق الخاصة ما رواه ابن أبي سيار عن الصادق عليه السلام قال: إن النبي صلى الله عليه وآله جعل في جعل الآبق ديناراً إذا أخذه في مصره، وإن أخذه في غير مصره فأربعة دنانير (٢).
وأجمعت الأمة على جواز الجعل لا يختلفون فيه، وإن اختلفوا في آحاد مسائله.
تنبيه

وقد اختص هذا العقد بخاصيتين.

(أ) جواز وقوعه على عمل مجهول.

(ب) عدم استحقاق العامل إلا بتمام العمل، فلو جاء بالضالة أو الآبق من مكان بعيد حتى قارب المنزل، فأبق العبد أو شرد البعير لم يستحق شيئاً.

(١) سورة يوسف / ٧٢.

(٢) التهذيب: ج ٦ (٩٤) باب اللقطة والضالة ص ٣٩٨ الحديث ٤٣.

(الثاني) لا بأس بجعل الآبق، فإن عينه لزم بالرد، وإن لم يعينه ففي رد العبد من المصر دينار، ومن خارج البلد أربعة دنانير على رواية ضعيفة يؤيدها الشهرة، وألحق الشيخان: البعير، وفي ما عداهما أجرة المثل.

(الثالث) لا يضمن الملتقط في الحول لقطة ولا لقيطا ولا ضالة ما لم يفرط.

ويشاركه في الخاصية الأولى المضاربة، لكن الأجرة فيها مجهولة، وهنا معلومة، فاختصاص هذا العقد بجواز بدل معلوم في مقابلة مجهول. وهذا العقد جائز من الطرفين قبل الشروع في العمل، وبعده كذلك في طرف العامل، لأن الحق له، فجاز له إسقاطه، ولا يجوز للجاعل إلا بعد بذل مقابل ما صدر من العمل.

قال طاب ثراه: لا بأس يجعل الآبق، فإن عينه لزم بالرد، وإن لم يعين ففي رد العبد من المصر دينار، ومن خارج البلد أربعة دنانير على رواية ضعيفة يعضدها (يؤيدها خ - ل) الشهرة وألحق الشيخان البعير.

أقول: الذي ورد به النص رواية ابن أبي سيار المتقدمة (١)، وهي خاصة بالآبق، ونسبت الإلحاق إلى الشيخين (٢) (٣) لسبقهما إلى القول به، وتبعهما على ذلك كثير

(١) تقدم أنفا.

(٢) المقنعة: باب جعل الآبق ص ٩٩ س ٢٤ قال: وإذا وجد الإنسان عبدا آبقا، أو بعيرا شاردا فرده على صاحبه كان له على ذلك جعل إن كان وجدته في المصر فدينار إلى قوله: بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله.

(٣) النهاية: باب اللقطة والضالة ص ٣٢٣ س ١٧ قال: ولا بأس للإنسان أن يأخذ الجعل إلى قوله: وكان قد وجد عبدا أو بعيرا الخ.

ممن تأخر عن عصرهما (١) وفي طريق الرواية المذكورة سهل بن زياد (٢) وهو ضعيف، لكن تأيدت بشهرتها في عمل الأصحاب بمضمونها.

(١) لاحظ المختلف: ج ٢ (الفصل الرابع في الجعالة) ص ١٧٦ فيمن وافق الشيخ في الإلحاق كابن إدريس وابن البراج وغيرهما.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن يعقوب * عن محمد بن علي عن أبي سعيد عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شمون البصري عن عبد الله بن عبد الرحمان الأصم عن مسمع بن عبد الملك كرد بن أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام).

* قال في هامش التهذيب ما لفظه (قال في الوافي: هذا الحديث لم نجده في الكافي. وقد فحصنا عنه نحن فلم نظفر به أيضا).

كتاب المواريث
والنظر في المقدمات، والمقاصد، واللواحق.
والمقدمات ثلاث
الأولى: في موجبات الإرث، وهي نسب وسبب، فالنسب ثلاث
مراتب:

(مقدمة)

الإرث لغة: البقاء قال صلى الله عليه وآله: إنكم على إرث من أبيكم
إبراهيم (١) أي على بقية، من بقايا شريعته. والوارث الباقي، ومنه الوارث في أسمائه
تعالى: أي الباقي بعد فناء خلقه (٢)، وسمي الوارث وارثاً لبقائه بعد موت المورث.

(١) سنن النسائي: ج ٥ باب رفع اليدين في الدعاء بعرفة ص ٢٥٥ ولفظ الحديث (يزيد بن شيبان
قال: كنا وقوفا بعرفة مكانا بعيدا من الموقف فأتانا ابن مربع الأنصاري فقال: إني رسول رسول الله صلى
الله عليه وآله) وسلم إليكم يقول: كونوا على مشاعركم فإنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم عليه
السلام).

(٢) الوارث صفة من صفات الله عز وجل، وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق ويبقى بعد فنائهم
(لسان العرب ج ٢ ص ١٩٩).

(٣٢٥)

- (١) الأبوان والولد وإن نزل.
(٢) والأجداد وإن علوا، والأخوة وأولادهم وإن نزلوا.
(٣) والأعمام والأخوال.
والسبب قسمان: زوجية وولاء. والولاء ثلاث مراتب: ولاء العتق، ثم ولاء تضمن الجريرة، ثم ولاء الإمامة.

وشرعا: انتقال حق الغير بعد الموت على سبيل الخلافة، والوارث: من انتقل إليه حق الميت خلافة، وترادفه الميراث، والجمع المواريث. فالحق أعم من أن يكون مالا أو غيره كحق الشفعة والقصاص والحد. ويعبر عنه بالفرائض، وهي جمع فريضة، واشتقاقها من الفرض. وهي في اللغة: التقدير والقطع والبيان (١). وفي الاصطلاح: ما ثبت ذلك بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة والإجماع. وسمي هذا النوع من النفقة فرائض، لأنها سهام مقدرة مقطوعة مبينة، ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوي والشرعي. وإنما اختص بهذا الاسم، لأن الله تعالى سماه به، فقال بعد القسمة: (فريضة من الله) (٢) والنبى صلى الله عليه وآله أيضا سماه به حيث قال: تعلموا الفرائض (٣) ولأن الله سبحانه ذكر الصلاة والزكاة وغيرهما من العبادات مجملة ولم

-
- (١) قال ابن عرفة: الفرض التوقيت. وأصل الفرض القطع، وقوله تعالى: (لاتخذن من عبادك نصيبا مفروضا)، أي موقتا وفي الصحاح: أي مقتطعا محدودا (لسان العرب ج ٧ ص ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٥ لغة فرض).
(٢) النساء ١١.
(٣) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ٢٠٨ باب الحث على تعليم الفرائض. وسنن الدارقطني: ج ٤ كتاب الفرائض والسير وغير ذلك الحديث ٤٥ وعوالي اللثالي: ج ٣ باب المواريث ص ٤٩١ قطعة من حديث ٢.

الثانية: في موانع الإرث وهي ثلاثة: الكفر، والرق، والقتل.
أما الكفر فإنه يمنع في طرف الوارث، فلا يرث الكافر مسلماً، حربياً
كان الكافر أو ذمياً أو مرتداً. ويرث الكافر أصلياً ومرتداً، فميراث
المسلم لو ارثه المسلم انفرد بالنسب أو شاركه الكافر، أو كان أقرب حتى
لو كان ضامن جريرة مع ولد كافر فالميراث للضامن. ولو لم يكن وارث
مسلم فميراثه للإمام. والكافر يرثه المسلم إن اتفق ولا يرثه الكافر إلا إذا
لم يكن وارث مسلم. ولو كان وارث مسلم كان أحق بالإرث وإن بعد
وقرب الكافر. وإذا أسلم الكافر على ميراث قبل قسمته شارك إن كان
مساوياً في النسب، وحاز الميراث إن كان أولى، سواء كان المورث
مسلياً أو كافراً. ولو كان الوارث المسلم واحداً لم يزاحمه الكافر وإن
أسلم، لأنه لا تتحقق هنا قسمة.

يبين مقاديرها وتفصيلها وذكر هذا النوع وبين مقاديره بقدر لا يحتمل الزيادة
والنقصان.

والأصل فيه: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: (وورث سليمان داود) (١) وقوله (فهب لي من
لدنك وليا يرثني ويرث من آل يعقوب) (٢) وقوله تعالى: (يستفتونك قل الله
يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو
يرثها إن لم يكن لها ولد) (٣) وقوله: (وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ
أو أخت فلكل واحد منهما السدس) (٤) إلى غير ذلك من الآيات الدالة على تفصيل
الإرث.

(١) النمل: ١٦.

(٢) مريم: ١٩.

(٣) النساء: ١٧٦.

(٤) النساء: ١٢.

وكان التوارث في الجاهلية بالحلف، وبالمعاهدة والنصرة. وأقروا عليه في صدر الإسلام، قال تعالى: (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) (١) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالهجرة، فروى أن النبي صلى الله عليه وآله أخى بين المهاجرين والأنصار لما قدم المدينة، فكان يرث المهاجري من الأنصاري والأنصاري من المهاجري ولا يرث وارثه الذي بمكة وإن كان مسلماً (٢)، لقوله تعالى: (إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) (٣).

ثم نسخت هذه الآية بالرحم والقربة بقوله تعالى: (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) الآية (٤) فبين أن أولى الأرحام أولى من المهاجرين إلا أن تكون وصية. هذا تفصيله في الكتاب. وأما السنة فمتواترة وأجمعت الأمة عليه وإن اختلفوا في آحاد مسائله. تذييب

يتأكد استحباب التفقه في الموارث، روى عبد الله بن مسعود أن النبي صلى

(١) النساء: ٣٣.

(٢) عوالي اللثالي: ج ٣ باب الموارث ٤٩٢ الحديث ٤ وقريب منه ما في سنن البيهقي: ج ٦ باب نسخ التوارث بالتحالف وغيره ص ٢٦٢ س ٢٨ فلاحظ. ونقله بتمامه في المبسوط: ج ٤ كتاب الفرائض والموارث ص ٦٧ س ٩ قال: فروى أن النبي صلى الله عليه وآله الخ.

(٣) الأنفال: ٧٢.

(٤) الأنفال: ٧٥.

الله عليه وآله قال: تعلموا القرآن وعلموه الناس، وتعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنني امرء مقبوض، وسيقبض العلم وتظهر الفتن حتى يختلف الرجال في فريضة ولا يجدان من يفصل بينهما (١).

وعنه صلى الله عليه وآله: تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنها نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينتزع من أمتي (٢).

وهذا حض عظيم على تعلم هذا العلم، وذلك من وجوه:

(أ) أنه عليه السلام أمر بتعلمه وتعليمه، والأمر من الحكيم الذي لا ينطق عن الهوى دليل اشتغال الفعل بالمأمور به على المصلحة الراجحة.

(ب) إعلامه عليه السلام: بأنه ينسى، وفيه تخويف بإهمال التعلم عند إمكان الفرصة منه، لجواز ارتفاعه عند إرادته، فلا تجد السبيل إلى معرفته. فاقتضى الجزم والاشتغال، المبادرة إليه على الفور.

(ج) أنه عليه السلام جعله نصف العلم، وهو قليل الحجم، يسير تناول.

وذلك دليل شرفه، لأن ما عظمت قيمته وصغر مقداره كان أشرف في الشاهد كالجواهر بالنسبة إلى الحديد.

فإن قلت: ما معنى التصنيف المذكور في هذا الحديث؟

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ باب الموارث ص ٤٩١ الحديث ٢ وقريب منه ما في سنن البيهقي: ج ٦ باب الحث على تعليم الفرائض ص ٢٠٨ س ٢١.

(٢) أورده الشيخ في المبسوط: ج ٤ كتاب الفرائض والموارث ص ٦٧ س ٢ وأورده البيهقي في سننه: ج ٦ ص ٢٠٩ س ٣ ثم قال: تفرد به حفص بن عمرو ليس بالقوى، وفي الهامش بعد نقل (تفرد به حفص بن عمر) ما لفظه، قلت: لم أر أحدا وأفقه على هذه العبارة اللينة في حق هذا الرجل، بل أساء القول فيه، قال البخاري منكر الحديث رماه يحيى بن يحيى بالكذب، وقال النسائي: ضعيف، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به بحال الخ.

(مسائل):

(الأولى) الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوي قرابتها الكفار، كافرة كانت أو مسلمة، له النصف بالزوجية والباقي بالرد. وللزوجة المسلمة الربع مع الورثة الكفار، والباقي للإمام. ولو أسلموا أو أسلم أحدهم قال الشيخ، يرد عليهم ما فضل عن سهم الزوجية وفيه تردد.

نصف العلم.

وقيل: وجه التنصيف: إن دخول المال في ملك الإنسان بطريقتين: مكتسب كالبيع ونحوه مما للإنسان فيه صنع واختيار، وغير مكتسب، وهو الميراث، وهذا العلم لبيان أحد الطريقتين، فكان نصفًا بهذا الاعتبار.

قال طاب ثراه: ولو أسلموا أو أحدهم قال الشيخ: ترد عليهم ما فضل عن نصيب الزوجية، وفيه تردد.

أقول: إذا كان أحد الزوجين مسلماً وباقي الورثة كفار، فإن كان زوجاً فالمال له، النصف بالتسمية والباقي بالرد. وإن كان زوجة كان لها الربع والباقي للإمام، فإن أسلم الورثة أو أحدهم لم يكن لمن أسلم مزاحمة الزوج، لاستقرار ملكه على كل التركة بالموت. وكذا في مسألة الزوجة بعد القسمة مع الإمام ولو كان إسلامه قبل القسمة،

أخذ ما فضل عن نصيب الزوجة، وحجب الإمام.

هذا هو مقتضى الأصل، وهو مذهب ابن إدريس (١) واختاره المصنف (٢)

(١) السرائر: كتاب المواريث ص ٤٠٤ س ٦ قال بعد قول النهاية: قال محمد بن إدريس: إلى قوله: فإن أسلم الوارث الكافر قبل قسمة المال بينها وبين الإمام أخذ ما كان يأخذه الإمام، وإن أسلم بعد القسمة فلا شيء له بحال.
(٢) لاحظ عبارة النافع.

والعلامة (١). وقال الشيخ في النهاية: يزاحم الزوج من أسلم منهم (٢) وليس بمعتمد. ولو قلنا بالرد على الزوجة مطلقا كانت كالزوج لا يقاسمها من أسلم بعد الموت، لعدم تصور القسمة.

وتحقيق البحث هنا أن نقول: لا شك أن مسمى الزوج النصف والزوجة الربع مع عدم الولد، ومع نصف التقديرين. ولو لم يكن وارث سوى الزوج أو الزوجة، فهل يرد الفاضل على أحدهما أم لا؟ فهنا قسمان:

(الأول) الزوج: والمشهور الذي عليه الجمهور من الأصحاب رد النصف الباقي عليه دون الإمام، حتى ادعى الثلاثة عليه الإجماع (٣) (٤) (٥).

ورواه الشيخ (في الصحيح) عن أبي بصير قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدعا بالجامعة فنظر فيها فإذا امرأة ماتت وتركت زوجها، لا وارث لها غيره، المال كله له (٦).

(١) التحرير: ج ٢ كتاب الموارث (المقصد الرابع في موانع الإرث) ص ١٧١ س ٢٦ قال: ولو كان الوارث زوجا أو زوجة إلى قوله: ويحتمل المشاركة مع الزوجة دون الزوج الخ.
(٢) النهاية: باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٤ س ١٤ قال: فإن أسلموا رد عليهم ما يفضل من سهم الزوج.

(٣) الإنتصار (المسائل المشتركة في الإرث) ص ٣٠٠ س ١٦ قال: ومما انفردت به الإمامية أن الزوج يرث المال كله إلى قوله: والحجة لنا في ذلك إجماع الطائفة عليه.

(٤) المبسوط: ج ٤ (فصل في ذكر سهام الموارث) ص ٧٤ س ١١ قال: إن الزوج وحده يرد عليه الباقي، لإجماع الفرقة عليه.

(٥) عدة رسائل (ط إيران مكتبة المفيد) رسالة الاعلام فيما اتفقت عليه الإمامية من الأحكام (ميراث الأزواج) ص ٣٣٦ س ٨ قال: واتفقت الإمامية في المرأة إذا توفيت إلى قوله: إن المال كله للزوج، النصف بالتسمية، والنصف الآخر مردود عليه بالسنة.

(٦) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٤ الحديث ١٣.

وفي الصحيح عن أبي بصير أيضا قال: قرأ علي أبو عبد الله عليه السلام فرائض علي عليه السلام فإذا فيها: الزوج يحوز الإرث إذا لم يكن غيره (١) وغيرهما من الأحاديث في معناهما (٢).

وقال الشيخ في الإيجاز: فذووا الأسباب الزوج والزوجة، فإذا انفردوا كان لهم نصيبهم المسمى، إن كان زوجا النصف، والرابع إن كانت زوجة، والباقي لبيت المال. وقال أصحابنا: إن الزوج وحده يرد عليه الباقي بإجماع الفرقة (٣) وهو ظاهر سلار (٤).

(الثاني) الزوجة: وفيها ثلاثة أقوال:

(أ) الرد عليها مطلقا، أي مع ظهور الإمام وسيرته، وهو ظاهر المفيد في آخر باب ميراث الأخوة من المقنعة، حيث قال: إذا لم يوحد مع الأزواج قريب ولا نسب رد باقي التركة على الأزواج (٥).

(ب) عدم الرد مطلقا، وهو اختيار القاضي (٦) وابن إدريس (٧) والصدوقين

(١) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٤ الحديث ١٢.

(٢) لاحظ المصدر، الحديث ١٤ و ١٥.

(٣) الرسائل العشر (ط مؤسسة النشر الإسلامي - قم - إيران) (الإيجاز في الفرائض والمواريث) ص ٢٧٠ فصل في ذكر ذوي السهام عند الانفراد وعند الاجتماع ص ٢٤. قال: فذووا الأسباب هم

الزوج أو الزوجة، إلى قوله: وقال أصحابنا، إن الزوج وحده يرد عليه الباقي بإجماع الفرقة.

(٤) المراسم: ذكر ميراث الأزواج ص ٢٢٢ س ٥ قال: وفي أصحابنا من قال: إذا ماتت امرأة ولم تخلف غير زوجها فالمال كله له بالنسبة والرد.

(٥) المقنعة: باب ميراث الأخوة والأخوات ص ١٠٥ س ١٤ قال: وإذا لم يوجد مع الأزواج قريب إلى قوله: رد باقي التركة على الأزواج.

(٦) المهذب: ج ٢ باب ميراث الأزواج والزوجات ص ١٤١ س ٨ قال: فإن مات رجل وخلف زوجته إلى قوله: كان لها الربع والباقي للإمام.

(٧) السرائر: (فصل وأما ترتيب الوارث) ص ٣٩٧ س ٢٥ قال: فأما مع الزوجة فإنه يستحق (أي الإمام) ما بقي بعد سهمها وفرضها بغير خلاف.

في الرسالة (١) والمقنع (٢).

(ج) التفصيل: وهو الرد مع غيبة الإمام وعدمه مع ظهوره، وهو قول الصدوق في كتابه (٣) واستقر به الشيخ في النهاية (٤) واختاره العلامة في التحرير (٥) ويحيى بن سعيد (٦).

احتج الأولون: برواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل مات وترك امرأته قال: المال لها، قال: قلت: امرأة ماتت وتركت زوجها قال: المال له (٧).

وحملها الشيخ على كونها قريبة منه (٨) فيأخذ الباقي بالقرابة.

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض وأحكامه ص ١٨٥ س ٦ قال بعد نقل قول الصدوق: وكذلك قال أبوه في رسالته إليه.

(٢) المقنع: باب الموارث ص ١٧٠ س ١٦ قال: وإذا ترك الرجل امرأة فللمرأة الربع إلى قوله: جعل ما بقي لإمام المسلمين، وإن تركت المرأة زوجها فللزوجة النصف إلى قوله: فالنصف يرد إلى الزوج. (٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٣٣) باب ميراث الزوج والزوجة ص ١٩٢ قال بعد نقل الحديث الأول: قال مصنف هذا الكتاب: هذا في حال ظهور الإمام عليه السلام فأما في حال غيبته إلى قوله: فالمال لها.

(٤) النهاية: باب ميراث الأزواج ص ٦٤٢ س ١٧ قال بعد نقل التفصيل: وهذا وجه قريب من الصواب.

(٥) التحرير: ج ٢ (في ميراث الأزواج) ص ١٦٨ س ١٠ قال: أما لو كانت زوجة إلى قوله: يرد عليها حال غيبة الإمام وهو الأقوى عندي.

(٦) الجامع للشرائع: كتاب الميراث ص ٥٠٢ س ٢ قال: وإن لم يخلف غيرها إلى قوله: وإذا لم يتمكن من سلطان العدل رد عليها.

(٧) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٥ الحديث ١٦ ثم قال بعد نقل الخبر: هذا الخبر يحتمل شيئين إلى قوله: والآخر، وهو الأولى عندي، وهو أنه إذا كانت المرأة قريبة ولا قريب له أقرب منها، فتأخذ الربع بسبب الزوجية والباقي من جهة القرابة.

(٨) تقدم أنفا تحت رقم ٧.

(الثانية) روى مالك بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام في نصراني مات وله ابن أخ وابن أخت مسلمان، وأولاد صغار: لابن الأخ الثلثان، ولابن الأخت الثلث، وينفقان على الأولاد بالنسبة، فإن أسلم الصغار دفع المال إلى الإمام، فإن بلغوا على الإسلام دفعه الإمام إليهم، فإن لم يبقوا دفع إلى ابن الأخ الثلثين وإلى ابن الأخت الثلث.

واحتج ابن إدريس: بموثقة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يكون الرد على زوج ولا زوجة (١).

وهي معارضة بكثير من الصحاح. وبرواية أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن امرأة ماتت وتركت زوجها لا وارث لها غيره، قال: إذا لم يكن غيره فله المال، والمرأة لها الربع، وما بقي فللإمام (٢) وترك الاستفصال دليل العموم.

قال ابن إدريس: ولأن أموال بني آدم ومستحقاتهم لا تحل بغيبتهم، لأن التصرف في مال الغير بغير إذنه قبيح سمعا وعقلا (٣).

احتجت الفرقة الثالثة: بأن ما قالوه هو وجه الجمع بين الأخبار.

قال طاب ثراه: روى مالك بن أعين إلى آخره.

أقول: ما حكاه في الكتاب مختار الشيخين في النهاية (٤) والمقنعة (٥) وهو اختيار

(١) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٦ الحديث ٢١.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٤ الحديث ١٥.

(٣) السرائر: (فصل. وأما ترتيب الوارث) ص ٣٩٧ س ٣١ قال: لأن أموال بني آدم الخ.

(٤) النهاية: باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٥ س ٧ قال: وإذا خلف الكافر أولادا صغارا إلى آخره.

(٥) المقنعة: باب توارث أهل الملل المختلفة ص ١٠٧ س ١٣ قال: وإذا ترك الذمي أولادا أصاغر وإخوة لأبيه وإخوة لأمه مسلمين الخ.

القاضي (١) وابن زهرة عمم الحكم فقال: إذا كان للكافر أولاد صغار وقرابة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يسلموا، فإن أسلموا فالميراث لهم، وإن لم يسلموا كان لقرابته المسلم (٢) وبه قال التقي (٣) وقال ابن إدريس: لا شيء للأولاد لكونهم بحكم آبائهم، ولا يرث الكافر المسلم، ولا مسلم هنا إلا ابن الأخ وابن الأخت، فيختصون بملك التركة، ولولا ذلك لما جاز لهم قسمة التركة، ولا يجب عليهم الإنفاق (٤) وهو مذهب المصنف (٥) والعلامة (٦).

احتج الشيخ بما رواه (في الصحيح) عن مالك بن أعين عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن نصراني مات وله ابن أخ مسلم وابن أخت مسلم، وللنصراني أولاد وزوجة نصراني قال: فقال: أرى أن يعطي ابن أخيه المسلم ثلثي ما ترك ويعطي ابن أخته ثلث ما ترك إن لم يكن له ولد صغار، فإن كان له ولد صغار، كان على

-
- (١) المهذب: ج ٢ باب توارث أهل ملتين ص ١٥٩ س ٤ قال: إذا مات كافر وترك أولادا وإخوة وأخوات الخ.
- (٢) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦٠٨ س ٩ قال: وإذا كان للكافر أولاد صغار وقرابة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يبلغوا، فإن أسلموا فالميراث لهم الخ.
- (٣) الكافي: (الباب الخامس) ص ٣٧٥ س ٦ قال: وإن كان للكافر أولادا صغار وقرابة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يبلغوا فإن أسلموا فلهم الميراث الخ.
- (٤) السرائر: كتاب الموارث (فصل قد بينا فيما مضى أن الكافر لا يرث المسلم) ص ٤٠٤ س ١٦ قال بعد قول النهاية: والذي يقتضيه أصل مذهبننا: أن الميراث بين الأخوة من الأب والأخوة من الأم إلى قوله: فعلى هذا التحرير: إذا بلغوا الأولاد واختاروا الإسلام لا يجب على الإخوة رد شيء من الميراث إليهم.
- (٥) الشرائع: المقدمة الثانية في موانع الإرث (أما الكفر) قال: ولو مات كافر وله ورثة كفار ووارث مسلم كان ميراثه للمسلم دون الكافر وإن قرب.
- (٦) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٣ قال بعد نقل قول ابن إدريس في السرائر: والوجه ما قاله ابن إدريس.

الوارثين أن ينفقا على الصغار مما ورثا من أبيهم حتى يدركوا، قيل له: كيف ينفقان؟ قال: فقال: يخرج وارث الثلثين ثلثي النفقة، ويخرج وارث الثلث ثلث النفقة، فإذا أدركوا قطعوا النفقة عنهم قيل له: فإن أسلم الأولاد وهم صغار قال: فقال: يدفع ما ترك أبوهم إلى الإمام حتى يدركوا، فإن بقوا على الإسلام دفع الإمام ميراثهم إليهم، وإن لم يتموا على الإسلام إذا أدركوا دفع الإمام ميراثه إلى ابن أخيه وابن أخته المسلمين، يدفع إلى ابن أخيه ثلثي ما ترك، وإلى ابن أخته ثلث ما ترك (١) وحملها العلامة على الاستحباب (٢).

فالحاصل أن في المسألة ثلاثة أقوال:

(الأول) عدم استحقاق الصغار واستقرار الملك لغيرهم من الطبقات، لإجرائهم مجرى المعدوم، وهو اختيار ابن إدريس.

(الثاني) التربص لإسلام الأولاد بعد بلوغهم مع كل وارث، وهو قول الشريف ابن زهرة والتقي.

(الثالث) التربص لبلوغ الأولاد مع ابن الأخ وابن الأخت خاصة، اقتصارا على مورد النص، وهو قول الشيخين والصدوق والقاضي.

(تحقيق) الرواية من الصحاح وبمضمونها عمل كثير من الأصحاب. واختلفوا في تنزيلها على أربعة أنحاء:

(أ) البناء على أن المانع من الإرث هو الكفر، وهو مفقود في الأولاد الصغار حقيقة.

(١) التهذيب: ج ٩ (٣٨) باب ميراث أهل الملل المختلفة والاعتقادات المتباينة ص ٣٦٨ الحديث ١٤.

(٢) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٣ فإنه بعد اختياره ما اختاره ابن إدريس في السرائر قال: وحمل هذه الرواية على الاستحباب دون الوجوب.

(الثالثة) إذا كان أحد أبوي الصغير مسلماً، ألحق به، فلو بلغ أجبر على الإسلام، ولو أبى كان كالمرتد.
(الرابعة) المسلمون يتوارثون وإن اختلفت آرائهم، وكذا الكفار وإن اختلفت مللهم.

(الخامسة) المرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب، وتعد امرأته عدة الوفاة، وتقسم أمواله، ومن ليس عن فطرة يستتاب، فإن تاب وإلا يقتل وتعد زوجته عدة الطلاق مع الحياة، وعدة الوفاة لا معها. والمرأة لا تقتل بل تحبس وتضرب أوقات الصلاة حتى تتوب ولو كانت عن فطرة.

سبباً لاستحقاقه.

(د) التنزيل على الاستحباب.

قال طاب ثراه: المرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب، وتعد امرأته عدة الوفاة، وتقسم أمواله إلى آخره.

أقول: المرتد إما عن فطرة، ويعني به من علق به بعد إسلام أحد أبويه. أو عن ملة، ونعني به من كان إسلامه بعد كفر، وإن كان بالتبعية، كما لو أسلم أحد أبويه وهو حمل.

فهنا قسمان:

(الأول) المرتد عن ملة، وفيه مسائل:

(أ) لا يجب قتل هذا المرتد، بل يجب استتابته، ومعنى الاستتابة المعاقبة بالحبس والضرب حتى يتوب، فإن آيس من توبته قتل، فلا بد حينئذ من مدة التربص من قدر مضبوط يعرفه الحداد كيلاً يتجاوزته، والمكلف بحيث يعرف عدم الفسحة له والصبر عليه بعدها. فليل ذلك منوط بنظر الحاكم، فيستتبه مدة يرجو رجوعه فيها،

وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط (١) واختاره فخر المحققين (٢) وقيل: ثلاثة أيام، (٣) واستحوطه الشيخ في المبسوط (٤) واستحسنه المصنف في الشرائع (٥) لما فيه من التأنى لإزالة عذره.

ومستنده ما رواه الشيخ عن مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: المرتد تعزل عنه امرأته، ولا تؤكل ذبيحته، ويستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب، وإلا قتل يوم الرابع (٦).

(ب) لا تزول أملاك هذا المرتد، بل تكون باقية على ملكه، فيلزمه جريان الحول للزكاة ووجوب الفطرة والحج

(ج) يحجر الحاكم على أمواله لئلا يتصرف فيها بالإتلاف، إرفاقاً به، لتكون محفوظة عليه ينتفع بها إذا تاب.

(د) هذا الحجر غير مانع من وجوب الزكاة عليه، وإن منع من التصرف في أمواله، لتمكنه من إزالته فهو كالسفيه.

(هـ) تزول ولايته عن أطفاله وأمواله، فلا يملك تزويج الصغير ولا الرقيق مطلقاً.

(١) المبسوط: ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٣ س ١ قال: وقال آخرون: يستتاب القدر الذي يمكنه فيه الرجوع وهو الأقوى.

(٢) الإيضاح: ج ٤ (في أحكام المرتد) ص ٥٥٠ س ١٧ قال: والأقوى عندي أنه يستتاب القدر الذي يمكنه منه أن يرجع فيه إلى الإسلام.

(٣) الخلاف: كتاب المرتد مسألة ٦ قال: يستتاب ثلاثاً. وفي المبسوط: ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٢ س ٢٣ قال: قال قوم: يستتاب ثلاثاً إلى قوله: والأول (أي الثلاث) أحوط لأنه ربما دخلت عليه شبهة فيتأملها وينبه عليها.

(٤) الخلاف: كتاب المرتد مسألة ٦ قال: يستتاب ثلاثاً. وفي المبسوط: ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٢ س ٢٣ قال: قال قوم: يستتاب ثلاثاً إلى قوله: والأول (أي الثلاث) أحوط لأنه ربما دخلت عليه شبهة فيتأملها وينبه عليها.

(٥) الشرائع (الباب الأول في المرتد) قال: وكم يستتاب؟ قيل: ثلاثة أيام إلى قوله: والأول مروى، وهو حسن لما فيه من التأنى لإزالة عذره.

(٦) الكافي: ج ٧ باب حد المرتد ص ٢٥٨ الحديث ١٧.

(و) يصح تملكه للأموال المستجدة بالاكتساب كالاكتساب والارث من الحربي.

(ز) تعتد زوجته عدة الطلاق، فإن خرجت ولما يتب، بانت منه، ولو قتل في أثناء مدة الانتظار أو مات استأنفت عدة الوفاة. وكذا لو قتل بعد مدة التربص ما دامت في العدة، لكونها بمنزلة الرجعية ولقبول توبته بعد المدة.

(ح) يجري عليه نفقة زوجته وإن منع من وطئها، لحصول المنع منه وتمكنه من إزالته.

(ط) لو آلى منها أو ظاهر صح، ويحتسب زمان الردة من المدة.

(ي) لو طلق هل يصح أم لا؟ يحتمل العدم لأنها جارية إلى بينونة. ويحتمل الصحة لبقاء العصمة، وحينئذ يستأنف العدة.

(يا) يمنع من ابتداء العقد على المسلمة، لأنه كافر. وعلى الكافرة لتحرمه بالإسلام.

(يب) لو مات ورثه المسلم خاصة، ومع عدمه الإمام، لا الكافر وإن قرب. (يج) نماء أمواله له لبقائها على ملكه.

(يد) لو التحق بدار الحرب اعتدت زوجته عدة الطلاق، وبانت بانقضائها، وهل تقسم أمواله بين وراثه؟ قال في النهاية: نعم (١) ومنع ابن إدريس (٢) وهو قوله

(١) النهاية: باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٦ س ١٥ قال: ومن كان كافرا فأسلم ثم ارتد إلى قوله: فإن لحق بدار الحرب ولم يقدر عليه اعتدت منه امرأته عدة المطلقة ثم يقسم ميراثه بين أهله.

(٢) السرائر: كتاب الموارث (فصل قد بينا فيما مضى الخ) ص ٤٠٥ س ٥ قال: وهذا المرتد الذي قد ارتد لا عن فطرة الإسلام لا يقسم أمواله بين ورثته إلى أن يموت أو يقتل وإن لحق بدار الحرب الخ.

في المبسوط (١) والخلاف (٢) واختاره العلامة (٣).

(الثاني) المرتد عن فطرة الإسلام وفيه مسائل:

(أ) يجب قتل هذا في الحال ولا تقبل توبته.

(ب) المتولي لقتله الإمام أو نائبه، ولو قتله غيرهما أثم وكان هدرًا.

(ج) تعتد زوجته عدة الوفاة، سواء قتل أو بقي، من حين ارتداده، ثم تحل

للأزواج.

(د) تخرج أمواله عن ملكه، فيقضى منها الديون، ويحل مؤجلها كالموت،

ويقسم بين وراثته.

(هـ) لما خرجت عنه الأموال المملوكة له بالفعل ونزل منزلة الميت في إباحة

زوجته، خرج عن أهلية التملك، فلو مات له قريب لم يرثه ونزل معدوماً. وكذا لو

احتطب أو احتش، أو حاز مباحا كان ذلك باقيا على أصل الإباحة، فلو أخذه منه

إنسان ملكه. ولو أثبت يده على ما ليس أصله الإباحة كما لو عامل، كانت المعاملة

فاسدة وما في يده باق على ملك دافعه. ولو أخذه عوضا عن عمل عمله بنفسه كان باقيا

على ملك دافعه، إذ لا يجب عليه أجره عما استعمله. وكذا لو كان عوضا عما أصله

مباح كالصيد. ولو أخذه منه أخذ رده على المالك لا على المرتد، وقال بعض: يملكه

ويكون لو ارثته.

(١) المبسوط: ج ٧ كتاب المرتد ص ٢٨٣ س ٨ قال: وإن كان (أي الارتداد) عن إسلام كان قبله

كافرا إلى قوله: والأصل بقاء الملك.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب المرتد مسألة ١٠ قال: المرتد الذي يستتاب إذا لحق بدار الحرب لم يجر

ذلك مجرى موته، ولا يتصرف في ماله الخ.

(٣) القواعد: ج ٢ (الفصل الثاني في أحكام المرتد) ص ٢٧٦ س ١٢ قال: وإن التحق بدار الحرب

حفظت (أي أمواله) وبيع ما يكون الغبطة في بيعه كالحيوان فإن مات أو قتل انتقل إلى ورثته المسلمين الخ.

(يد) لو ارتد عن غير مدخول بها، هل يجب عليها عدة الوفاة من حين الارتداد أو لا عدة عليها، يحتمل قويا الأول للعموم، ولأن حكمه حكم الميت. ويحتمل الثاني ضعيفا لأنه نكاح انفسخ بغير الموت قبل الدخول.

(يه) هل يدخل في ملكه ما يكتسبه بالاحتطاب وشبهه؟ يحتمل ذلك لأن الكفر لا ينافي ابتداء تملك المباحات. فتملك في آن ثم ينتقل إلى الورثة في الآن الثاني. ويحتمل قويا العدم، لأن الردة تنافي الملك المستدام وهو أقوى من الحادث. فلئن يمنع الحادث أولى وهو اختيار العلامة (١) وفخر المحققين (٢).
(تنمة) المرأة لا تقتل بالردة وإن كانت عن فطرة، بل تحبس وتضرب أوقات الصلاة دائما حتى تتوب، فتخلي سبيلها حينئذ، ولا يحكم بزوال أموالها عنها بالردة، بل يحجر عليها.

وبالجملة حكمها حكم المرتد عن ملة. وذهب بعضهم إلى أنها تحبس دائما مع التوبة: وهو وهم.

وقد صرح الشيخ بما قلناه في كتاب الإستبصار، وقال بعد ما روى حديث علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن مسلم ارتد قال: يقتل ولا يستتاب، قلت: فنصراني أسلم ثم ارتد عن الإسلام، قال: يستتاب، فإن رجع، وإلا قتل (٣).

(١) القواعد: ج ٢ (الفصل الثاني في أحكام المرتد) ص ٢٧٦ س ١٩ قال: وأما المرتد عن فطرة فالأقرب عدم دخول ذلك كله (أي ما يتجدد له من الأموال بالاحتطاب والانهاب) في ملكه.

(٢) الإيضاح: ج ٤ (المطلب الثالث في أمواله وتصرفاته) ص ٥٥٤ س ١٨ قال: الأقرب عند المصنف وعندني: لا

(٣) الإستبصار: ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمرتدة ٢٥٤ الحديث ٨.

فأما المرأة فإذا ارتدت فإنها لا تقتل على كل حال، بل تخلد في السجن إن لم ترجع إلى الإسلام (١).

وقد تضمن ذلك رواية الحسن بن محبوب عن غير واحد من أصحابنا عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام في المرتد يستتاب، فإن تاب وإلا قتل، والمرأة إذا ارتدت استتبت فإن تابت ورجعت وإلا خلدت السجن وضيق عليها في حبسها (٢).

ومثلها رواية عباد بن صهيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرتد يستتاب، فإن تاب وإلا قتل، والمرأة تستتاب فإن تابت وإلا حبست في السجن وأضر بها (٣).

فرع

لو ارتدت ذات البعل تربص زوجها العدة، فإن تابت فالنكاح باق، وإن أصرت بانت، ويحل له العقد على الخامسة، وعلى أختها. ولو كان ذلك قبل الدخول بانت في الحال وسقط مهرها. تذييب

المسلمون يتوارثون وإن اختلفوا في الآراء والمذاهب، فالتوارث يجري على الشهادتين وكذلك القصاص والديات، وفي النكاح قولان: وأما استحقاق الثواب

-
- (١) الإستبصار: ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمرتدة ص ٢٥٤ ذيل حديث ٩.
 - (٢) الإستبصار: ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمرتدة ص ٢٥٣ الحديث ٤.
 - (٣) الإستبصار: ج ٤ (١٤٩) باب حد المرتد والمرتدة ص ٢٥٥ الحديث ١٢.

(السادسة) لو مات المرتد كان ميراثه لوارثه المسلم. ولو لم يكن وارث إلا كافر كان ميراثه للإمام على الأظهر.

فعلى الإيمان، وهو اختيار الشيخ في النهاية (١) وابن حمزة (٣) وابن إدريس (٤).

وقال المفيد: يرث المؤمنون أهل البدع: من المعتزلة والمرجئة والخوارج والحشوية دون العكس (٥) وبه قال التقي، وعبارته: من كان كافرا يهودية أو نصرانية أو تشبيهه أو جحود نبوة أو إمامة لا يرث المؤمن (٦).
قال طاب ثراه: ولو لم يكن وارث إلا كافر كان ميراث المرتد للإمام على الأظهر. أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب لتحريمه بالإسلام، فلا يرثه الكافر لقوله عليه السلام: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه (٧). نحن نرثهم ولا يرثونا (٨).

- (١) النهاية: باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٦ س ٢ قال: والمسلمون يتوارث بعضهم من بعض وإن اختلفوا في الآراء إلى قوله: دون فعل الإيمان الذي يستحق به الثواب.
(٢) المهذب: ج ٢ باب توارث أهل ملتين ص ١٦٠ س ١١ قال: والمسلمون يرث بعضهم بعضا وإن اختلفوا في الآراء إلى قوله: دون الإيمان الخ.
(٣) الوسيلة: فصل في بيان توارث أهل ملتين ص ٣٩٤ س ١٠ قال: والإسلام على اختلاف المذاهب والآراء ملة واحدة.
(٤) السرائر: كتاب الموارث (فصل قد بينا فيما مضى الخ) ص ٤٠٤ س ٢٧ قال: والمسلمون يرث بعضهم بعضا وإن اختلفوا في الآراء والمذاهب إلى قوله: دون فعل الإيمان الذي يستحق به الثواب وبتركة العقاب.
(٥) المقنعة: باب موارث أهل الملل المختلفة ص ١٠٧ س ١٧ قال: ويرث المؤمنون أهل البدع إلى قوله: ولا يرث هذه الفرق أحدا من أهل الإيمان.
(٦) الكافي: (الباب الخامس) ص ٣٧٤ س ٢٢ قال: أو كافر له ولد كافر إلى قوله: ميراثه لابن خاله المسلم دون ولده الكافر.
(٧) عوالي اللئالي: ج ١ ص ٢٢٦ الحديث ١١٨ ولاحظ ما علق عليه فإنه ينفك ورواه في الفقيه: ج ٤ (١٧١) باب ميراث أهل الملل ص ٢٤٣ الحديث ٣.
(٨) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٧١) باب ميراث أهل الملل ص ٢٤٣ قطعة من حديث ٥.

وأما القتل: فيمنع الوارث من الإرث إذا كان عمدا ظلما، ولا يمنع لو كان خطأ. وقال الشيخان: يمنع من الدية حسب. ولو اجتمع القاتل وغيره، فالميراث لغير القاتل وإن بعد، سواء تقرب بالقاتل أو غيره، ولو لم يكن وارث سوى القاتل فالإرث للإمام.

وقال الشيخ في الإستبصار: ميراثه لولده الكفار، لما رواه إبراهيم بن عبد الحميد عن رجل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: نصراني أسلم ورجع إلى النصرانية ثم مات قال: ميراثه لولده النصراني ومسلم تنصر ثم مات قال: ميراثه لولده المسلمين (١).

وحملها في النهاية على التقية (٢) وأفتى بها الصدوق في المقنع (٣). وهي مرسلة، وعلى خلاف الأصل، وحملها على التقية حسن.

قال طاب ثراه: وقال الشيخان: يمنع من الدية حسب. أقول: القتل إما عمدا أو خطأ أو شبهة، فالأقسام ثلاثة:

(الأول) العمد: ولا يرث من الدية ولا من التركة إجماعا، مقابلة له بنقيض مطلوبه، وعقوبة على فعله، واحتياطا في عصمة الدم كيلا يقتل أهل المواريث بعضهم بعضا طمعا في الميراث.

(الثاني) الخطأ: وفيه ثلاثة أقوال:

(أ) منعه مطلقا وهو قول الحسن (٤).

-
- (١) الإستبصار: ج ٤ (١١٠) باب أنه يرث المسلم الكافر ولا يرثه الكافر ص ١٩٣ الحديث ١٩.
(٢) النهاية: باب توارث أهل الملتين ص ٦٦٧ س ١ قال: وقد روي أنه يكون ميراثه لورثته الكفار، وذلك محمول على ضرب من التقية لأنه مذهب العامة.
(٣) المقنع: باب المواريث ص ١٧٩ س ١٠ قال: والنصراني إذا أسلم ثم رجع إلى النصرانية ثم مات فميراثه لولده النصراني.
(٤) المختلف: ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ١٠ قال: فابن عقيل منع من إرثه مطلقا.

(ب) التوريث مطلقاً وهو قول المفيد (١) وتلميذه (٢).
(ج) المنع من الدية دون باقي التركة، وهو قول الشيخ (٣) وأبي علي (٤)
والقاضي (٥) والتقي (٦) وابن حمزة (٧) وابن زهرة (٨) وابن إدريس (٩) واختاره
العلامة (١٠) واستحسنه المنصف واختار التوريث مطلقاً (١١).
احتج الحسن: بأن في منعه احتياطاً في عصمة الدماء. وبأنه يؤخذ منه الدية
فكيف يرث.
وبما رواه فضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: لا يقتل الرجل بولده،
ويقتل الولد بوالده إذا قتل والده، ولا يرث الرجل الرجل إذا قتله وإن كان

- (١) المقنعة: باب ميراث القاتل ص ١٠٧ س ٢٨ قال: ويرثه إذا قتله خطأ.
(٢) المراسم: كتاب الموارث ص ٢١٨ س ١٧ قال: ولا يمنع الإرث إلا العمدة خاصة.
(٣) النهاية: باب ميراث القاتل ومن يستحق الدية ص ٦٧٢ س ١٨ فبعد نقل الحديث والحمل على
عدم الإرث من الدية قال: وعلى هذا أعمل لأنه أحوط.
(٤) المختلف: ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ١٠ قال: والشيخ وابن الجنيد إلى قوله: منعه من
الدية.
(٥) المهذب: ج ٢ باب ميراث القاتل ص ١٦٢ س ١٤ قال: وأما القاتل خطأ إلى قوله: ولا يرث من ديته.
(٦) الكافي: الباب الخامس ص ٣٧٥ س ١١ قال: ويرثه إن كان القتل خطأ ما خرج عن الدية...
(٧) الوسيلة: (فصل في بيان حكم ميراث القاتل) ص ٣٩٦ س ٥ قال: والثالث: يرثه من التركة
دون الدية.
(٨) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦٠٨ س ١٤ قال: ويرثه خطأ ما عدا الدية.
(٩) السرائر: كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ٢٩ قال: ويرثه إذا كان قتله خطأ ما عدى الدية.
(١٠) المختلف: ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ١٢ قال: والمعتمد ما قاله الشيخ في الخطأ.
(١١) الشرائع: كتاب الفرائض (أما القتل) قال: ولو كان القتل خطأ ورث على الأشهر. وخرج
المفيد رحمه الله وجهاً آخر: هو المنع من الدية، وهو حسن، والأول أشبه.

خطأ (١).

وبصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا ميراث للقاتل (٢) وهو عام. احتج المفيد بأن المنع لمكان العقوبة، وقاتل الخطأ غير مذنب. وبصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل قتل أمه أيرثها؟ قال: إن كان خطأ ورثها، وإن كان عمدا لم يرثها (٣). احتج الشيخ: بالجمع بين الروايات، فحمل ما ورد منها بالمنع على الدية، وبالإرث على بقية التركة (٤) لمناسبة الأصل فلا يمنعه من التركة، لعموم آية الإرث (٥) ولكونه غير مذنب، ولا يعطيه من الدية حقنا للدم واحتياطا في عصمته، لئلا يطل.

(الثالث) شبيه العمد، وفيه قولان:

فابن الجنييد ألحقه بالعمد في المنع من الجميع (٦) واختاره العلامة في القواعد (٧)

- (١) التهذيب: ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٩ الحديث ١٢.
- (٢) التهذيب: ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٨ الحديث ٥.
- (٣) التهذيب: ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٩ الحديث ١١.
- (٤) التهذيب: ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٨٠ س ٥ قال في مقام الجمع: ومع ذلك يحتمل أن يكون الوجه فيه ما كان يقوله شيخنا أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان من أنه لا يرث الرجل الرجل إذا قتله خطأ من ديبته ويرثه مما عدى الدية.
- (٥) النساء: ١٢ قال تعالى: (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إلى آخره).
- (٦) المختلف: ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩٠ س ١٦ قال: وقال ابن الجنييد: القاتل عمدا لا يرث إلى قوله: وكذا شبيه العمد الخ.
- (٧) القواعد: ج ٢ (المطلب الثاني القتل) ص ١٦٣ س ١٩ قال: وهل يلحق شبيه العمد بالعمد أو بالخطأ؟ الأقرب الأول.

وفخر المحققين في إيضاحه (١) وسلار ألحقه بالخطأ (٢) وكذا ابن حمزة (٣). لكن افترقا، فسلار يورثه مطلقا وابن حمزة بما عدى الدية كمذهب الشيخ، وقد ذكرناه، فيما تقدم.

قال العلامة في المختلف: وأما شبيه العمدة فالأولى إلحاقه بالخطأ ولأن المقتضي للمنع في العمدة، وهو المؤاخذة له بنقيض مقصوده منتف هنا كالخطأ (٤). وقول المصنف: (وقال الشيخان: يمنع من الدية حسب) (٥) وقال في الشرائع: وخرج المفيد وجها آخر: وهو المنع من الدية، فنسب التفصيل إلى المفيد، ونحن حكينا عنه التورث مطلقا، فما ذكره المصنف عنه إشارة إلى حمله للرواية المانعة من تورثه، على الدية (٦).

قال الشيخ في النهاية: القاتل ضربان: قاتل عمدة، ولا يرث المقتول لا من التركة، ولا من الدية، وقاتل خطأ ويرث المقتول على كل حال ولدا كان أو والدا، زوجا أو زوجة من نفس التركة ومن الدية. وقد رويت رواية: بأن القاتل لا يرث وإن كان خطأ، وهذه رواية شاذة لا عمل عليها، لأن أكثر الروايات على

(١) الإيضاح: ج ٤ (في موانع الإرث) ص ١٨٢ س ١٣ قال: والأصح عندي وعند والدي وجدي قول ابن الجنيد.

(٢) المراسم: كتاب الموارث ص ٢١٨ س ١٧ قال: ولا يمنع الإرث إلا العمدة خاصة.

(٣) الوسيلة: (فصل في بيان حكم ميراث القاتل): ص ٣٩٦ س ٥ قال: والثالث (أي شبيهها بالخطأ) يرثه من التركة دون الدية، وقيل: يرث الدية أيضا وقيل: لم يرث من التركة أيضا.

(٤) المختلف: ج ٢ (في ميراث القاتل) ص ١٩١ س ١٦ قال: وأما شبيه العمدة، فالأولى إلحاقه بالخطأ الخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) الشرائع (في موانع الإرث) وأما القتل قال: ولو كان القتل خطأ ورث على الأشهر، وخرج المفيد رحمه الله وجها آخر الخ.

وهنا مسائل
(الأولى) الدية كأموال الميت تقضى منها ديونه، وتنفذ وصاياه،
وإن قتل عمدا إذا أخذت الدية، وهل للديان منع الوارث من
القصاص؟ الوجه، لا، وفي رواية لهم المنع حتى يضمن الوارث الدين.

ما قدمناه،

وكان شيخنا رحمه الله يحمل هذه الرواية على أنه إذا كان القاتل خطأ
فإنه لا يرث من الدية ويرث من التركة للجمع بن الأخبار، وعلى هذا أعمل لأنه
أحوط (١).

فنسب المصنف التفصيل إلى المفيد، لأنه السابق إلى هذا الجمع.
وأما فتواه فظاهرها التورث مطلقا، حيث قال: وقاتل العمد لا يرث نسيبه،
ويرثه إذا قتله خطأ، وإنما منع قاتل العمد من الميراث عقوبة على جرمه، وعظم
ذنبه، وقال: الخطأ غير مذنب لأنه لم يتعمد لله خلافا، ولا أوقع بقتله معصية (٢)،
وأطلق.

قال طاب ثراه: الدية كأموال الميت تقضى منها ديونه، وتنفذ وصاياه، وإن قتل
عمدا إذا أخذت الدية، وهل للديان منع الوارث من القصاص؟ الوجه: لا، وفي
رواية لهم المنع حتى يضمن الوارث الدين (٣).
أقول: الدية كأموال الميت، يخرج منها مؤنة تجهيزه، ثم ديونه، ثم وصاياه،

(١) النهاية: باب ميراث القاتل ومن يستحق الدية ص ٦٧١ س ١٨ قال: القاتل على ضربين إلى
قوله: وعلى هذا أعمل لأنه أحوط.

(٢) المقنعة: (باب ميراث القاتل) ص ١٠٧ س ٢٨ قال: وقاتل العمد لا يرث المقتول إذا كان نسيبه
إلى قوله ولا أوقع بقتله معصية.

(٣) في النسخ المخطوطة التي بأيدينا (حتى يضمن الدية) والصواب ما أثبتناه كما في المطبوع من
المختصر النافع.

والباقي إرث، وذلك إجماع. وما جنى عليه بعد موته لا يملكه الوارث، بل يخرج عنه في وجوه القرب كالحج والعمرة. ولو كان هناك دين كان أولى. هذا إذا كانت الجناية موجبة للدية في الأصل كالخطأ. وإن كانت عمدا ورضي الوارث بها فكذلك.

ولو بذل القاتل الدية، وهناك دين، هل للوارث الامتناع والقصاص؟ قيل: نعم، لأنه حقه، ولقوله تعالى: (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) (١) وهو اختيار ابن إدريس (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤). وقال الشيخ في النهاية: للديان منع الوارث حتى يضمن لهم الدية لئلا يضيع حقهم (٥).

والتعويل على رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دم القاتل وعليه دين؟ فقال: إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن أوهب أوليائه دمه للقاتل فجائز، وإن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدية للغرماء (٦).

(١) قال تعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) الإسراء: ٣٣.

(٢) السرائر: باب قضاء الدين عن الميت ص ١٦٦ س ١٧ قال بعد نقل الشيخ في النهاية: والذي يقتضيه أصول مذهبنا وما عليه إجماع طائفتنا: إن قتل العمدة المحض موجه القود فحسب دون المال الخ. (٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) التحرير: ج ٢ (الفصل الثاني في باقي الموانع) ص ١٧٢ س ٢٢ قال: ولو وقع عمدا فاختار الديان الدية والورثة القصاص قدم اختيار الورثة الخ.

(٥) النهاية: باب قضاء الدين عن الميت ص ٣٠٩ س ١٣ قال: وإن قتل إنسان وعليه دين وجب أن يقضي ما عليه من دينه سواء كان عمدا أو خطأ.

(٦) التهذيب: ج ١٠ (١٣) باب القضاء في اختلاف الأولياء ص ١٨٠ الحديث ١٨.

(الثانية) يرث الدية من يتقرب بالأب ذكرانا أو إناثا، والزوج والزوجة. ولا يرث من يتقرب بالأم، وقيل: يرثها من يرث المال.

وهي نادرة، فلا تعارض عموم القرآن (١) مع ما ترى من اضطرابها. قال طاب ثراه، وقيل: يرثها من يرث المال. أقول: اختلف الفقهاء في الوارث لدية المقتول على أقوال ثلاثة: (الأول) يرثها كل وارث، وهو اختيار الشيخ في المبسوط (٢) وموضع في الخلاف (٣) وابن حمزة (٤) وابن إدريس في كتاب الجنائيات (٥). (الثاني) يرثها المناسب والمسامت عدا المتقرب بالأم وهو قول الشيخ في النهاية (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة في القواعد (٨). (الثالث) يرثها الوالدان والولد، ومع فقدهم لمن تقرب بالأبوين معا دون من

- (١) تقدم آنفا.
- (٢) المبسوط: ج ٧ كتاب الجراح ص ٧٤ س ٦ قال: فالدية يرثها من يرث المال.
- (٣) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض مسألة ١٢٧ قال: يرث الدية جميع الورثة سواء كانوا مناسبين أو غير مناسبين الخ.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان حكم ميراث القتال ص ٣٩٦ س ٧ قال: ويستحق الدية خمسة: الولد عليه وأفتني به القول الذي قواه شيخنا في مبسوطه دون ما ذكره في نهايته لأنه موافق لأصول مذهبنا يعضده ظاهر القرآن الخ.
- (٦) النهاية: باب ميراث القتال ص ٦٧٣ س ١٤ قال: والدية يستحقها إلى قوله: وكل من يتقرب من جهة الأب خاصة ذكرا كان أو أنثى الخ.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) القواعد: ج ٢ كتاب الفرائض المطلب الثاني القتل ص ١٦٣ س ١٦ قال: ويرث الدية كل مناسب ومسائب عدا المتقرب بالأم.

تقرب بأحدهما من الأخوة والعمومة، ومع فقدهم لمولى النعمة إن كان، وإلا فالإمام، وهو القول الثاني للشيخ في الخلاف (١).
احتج الأولون: بقوله تعالى: (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض) (٢).
وبما رواه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا قبلت دية العمد، فصارت مالا فهي ميراث كسائر الأموال (٣).
احتج الشيخ على قول النهاية: بما رواه عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن الدية يرثها الورثة إلا الأخوة من الأم فإنهم لا يرثون من الدية شيئا (٤).
أما الزوج والزوجة: فالمشهور تورثتهما منها إذا قتلت، وإن لم يرثا من القصاص كالموصى له وصاحب الدين.

ورواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: المرأة ترث من دية زوجها، ويرث من ديتها، ما لم يقتل أحدهما صاحبه (٥).
وروى الشيخ أيضا منعهما عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه: أن عليا عليه السلام كان لا يورث المرأة من دية زوجها شيئا، ولا يورث الرجل من دية

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب الجنائيات مسألة ٤١ قال: الدية يرثها الأولاد إلى قوله: ولا يرث الأخوة والأخوات من قبل الأم، ولا الأخوات من قبل الأب.
(٢) الأنفال: ٧٥.
(٣) التهذيب: ج ٩ (٤٠) باب ميراث المرتد ومن يستحق الدية من ذوي الأرحام ص ٣٧٧ الحديث ١٦.
(٤) التهذيب: ج ٩ (٤٠) باب ميراث المرتد ومن يستحق الدية من ذوي الأرحام ص ٣٧٥ الحديث ٨.
(٥) التهذيب: ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٧٨ الحديث ٦.

(الثالثة) إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث سوى الإمام، فله القود أو الدية مع التراضي وليس له العفو وقيل: له العفو.
أما الرق: فيمنع في الوارث والمورث. ولو اجتمع مع الحر فالميراث للحر دونه، ولو بعد وقرب المملوك. ولو أعتق على ميراث قبل القسمة شارك إن كان مساويا وحاز الإرث إن كان أولى. ولو كان الوارث واحدا فأعتق الرق لم يرث وإن كان أقرب لأنه لا قسمة. ولو لم يكن وارث سوى المملوك أجبر مولاه على أخذ قيمته وينعتق ليحوز الإرث.

امراته شيئا، ولا الأخوة من الأم من الدية شيئا (١).
قال طاب ثراه: إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث سوى الإمام فله القود أو الدية مع التراضي، وليس له العفو، وقيل: له العفو.
أقول: الأول اختيار الأكثر (٢).
وبه روايتان عن أبي عبد الله عليه السلام.
أحدهما: إنما على الإمام أن يقتل أو يأخذ الدية، وليس له أن يعفو (٣).
والأخرى رواية أبي ولاد عنه عليه السلام: أنه ليس للإمام أن يعفو، وله أن يقتل أو يأخذ الدية، فيجعلها في بيت مال المسلمين (٤).
وهو المعتمد. وذهب ابن إدريس إلى جوار العفو واختصاصه بالدية، لأنه ولي

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (٤١) باب ميراث القاتل ص ٣٨٠ الحديث ١٣.
(٢) لاحظ النهاية: كتاب الديات ص ٧٣٩ س ٨ والمهذب: ج ٢ باب أقسام القتل ص ٤٦٠ س ٣ والقواعد: ج ٢ ص ١٦٣ س ١٦.
(٣) التهذيب: ج ١٠ (١٣) باب القضاء في اختلاف الأولياء ص ١٧٨ قطعه من حديث ١٢.
(٤) التهذيب: ج ١٠ (١٣) باب القضاء في اختلاف الأولياء ص ١٧٨ الحديث ١١.

ولو قصر المال عن قيمته لم يفك، وقيل: يفك ويسعى في باقيه. ويفك الأبوان والأولاد دون غيرهما، وقيل: يفك ذو القرابة، وفيه رواية ضعيفة. وفي الزوج والزوجة تردد. ولا يرث المدبر، ولا أم الولد، ولا المكاتب المشروط. ومن تحرر بعضه يرث بما فيه من الحرية ويمنع بما فيه من الرقية.

المقتول ووارثه لو مات (١).

قال طاب ثراه: ولو قصر المال عن قيمته لم يفك، وقيل: يفك ويسعى في باقيه إلى آخره.

أقول: إذا اجتمع في الورثة حر وعبد، فالميراث للحر وإن بعد وقرب المملوك، كابن رقيق مع ضامن جريرة فالميراث لضامن الجريرة دون الولد، نعم هو أولى من الإمام، فيشتري من التركة.

وتحرير البحث هنا يقع في فصلين.

(الأول) فيمن يفك من الورثة، وفيه أربعة أقوال:

(أ) الأبوان خاصة وهو قول سلار (٢) وظاهر الصدوقين (٣) (٤) ووجهه: أن الفك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتفق عليه.

(١) السرائر: باب في أقسام القتل ص ٤٢٠ س ٢٤ قال بعد نقل قول النهاية: هذا غير واضح

ولا مستقيم، بل الإمام ولي المقتول إن شاء عفى وإن شاء قتل الخ.

(٢) المراسم: ص ٢١٩ س ١ قال: وأما الرق إلى قوله: فما يجب إزالته فهو رق الأبوين إلى قوله: ورق باقي الأقارب لا يجب ذلك فيه.

(٣) المقنع: باب الموارث ص ١٧٨ س ١٠ قال: وإذا مات رجل حر وترك أما مملوكة فإن أمير المؤمنين عليه السلام أمر أن تشتري الأم من مال ابنها ثم تعتق فيورثها إلى قوله: كذلك ذكره والذي رحمه الله في رسالته إلي.

(٤) تقدم أنفا تحت رقم ٣.

(ب) إضافة الأولاد، وهو قول المفيد (١) وابن حمزة (٢) وقواه ابن إدريس (٣) ونقله عن السيد (٤) والمراد هنا: الأدنى من الولد والوالد، فلا يسري إلى النافلة والجد، صرح به المفيد رحمه الله (٥).
فهنا حكمان: الوالد والولد.

أما الأول: فمستنده بعد الإجماع، حسنة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرجل يموت وله أم مملوكة، وله مال، أن يشتري أمه من ماله ويدفع إليها بقية المال إذا لم يكن له ذو قرابة له سهم في الكتاب (٦).

وأما الثاني: فالتعويل فيه على حسنة جميل عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يموت، وله ابن مملوك، وله مال، قال: يشتري ويعتق، ويدفع إليه ما بقي (٧).

(ج) إضافة الأقارب إلى الأبوين والولد، فيدخل فيه من علا من الآباء وسفل

(١) المقنعة: باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ١٠٦ س ١٠ قال: وكذلك إن ترك أمه وولده لصلبه، وليس حكم الجد والجددة وولد الولد كحكم الوالدين الأذنين والوالدين والولد للصلب.
(٢) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الحر من المملوك والمملوك من الحر ص ٣٩٦ س ١٤ قال: وإن كان مملوكا لم يخل من ستة أوجه: إما يكون ولدا واحدا أو أكثر، أو يكون أحد الوالدين أو كليهما، أو يكون الولد والوالدان معا الخ.

(٣) السرائر: كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ١٧ قال: وذهب أكثر أصحابنا إلى أنه لا يشتري إلا ولد الصلب والوالد والوالدة فحسب إلى قوله: وهو الذي يقوى في نفسي وأعمل عليه وأفتي به، وهو اختيار السيد المرتضى.

(٤) السرائر: كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ١٧ قال: وذهب أكثر أصحابنا إلى أنه لا يشتري إلا ولد الصلب والوالد والوالدة فحسب إلى قوله: وهو الذي يقوى في نفسي وأعمل عليه وأفتي به، وهو اختيار السيد المرتضى.

(٥) تقدم نقله آنفا عن المقنعة.

(٦) الكافي: ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ الحديث ٧.

(٧) الكافي: ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ الحديث ٤.

من الأولاد والأخوة والعمومة وأولادهم عدا الزوج والزوجة، وهو قول القاضي (١) والتقي (٢) وأبي علي (٣)، وهو اختيار العلامة (٤) وفخر المحققين (٥). ومستنده رواية عبد الله بن طلحة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل مات وترك مالا كثيرا، وترك أما وأختا مملوكة قال: تشتريان من مال الميت ثم تعتقان وتورثان (٦). والظاهر أن المراد كل واحدة منهما على البدل، لا الجمع، لعدم توريث الأم مع الأخت.

ومثلها رواية ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: إذا مات الرجل وترك أباه وهو مملوك، وأمه وهي مملوكة، أو أخاه أو أخته، وترك مالا، قال العلامة في المختلف: وهذه الطريقة غير سليمة عن الطعن (٨) فنحن فيها من

المهذب: ج ٢ باب الحكم فيمن يموت من المسلمين الأحرار ويخلف وارثا مملوكا ص ١٥٥ س ١٣ قال: فإن ترك هذا الحر أبويه وهما مملوكان أو ولدين له كذلك، أو ما جرى هذا المجرى إلى قوله: اشتريا وأعتقا.

(٢) الكافي: الباب الخامس ص ٣٧٥ س ١٩ قال: وإذا لم يكن للموروث إلا وارث مملوك ابتاع من الإرث وعتق وورث الباقي.

(٣) الإيضاح: ج ٤ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٤ قال: قول ابن الجنيد: أنه يشتري كل قريب إلى قوله: والصحيح عندي قول والدي المصنف.

(٤) الإيضاح: ج ٤ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٤ قال: قول ابن الجنيد: أنه يشتري كل قريب إلى قوله: والصحيح عندي قول والدي المصنف.

(٥) القواعد: ج ٢ المطلب الثالث في الرق ص ١٦٤ س ١٥ قال: ولا خلاف في فك الأبوين، والأقرب في الأولاد ذلك وكذا باقي الأقارب.

(٦) الكافي: ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ قطعة من حديث ٦.

(٧) الكافي: ج ٧ باب ميراث المماليك ص ١٤٧ الحديث ٣.

(٨) سند الحديث كما في الكافي: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن علي، عن ابن بكير، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام.

المتوقفين (١).

(د) إضافة الزوجين، وهو قول الشيخ في النهاية (٢) وهو ظاهر ابن زهرة (٣) والكيدري (٤).

والحجة فيه: صحيحة سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا مات الرجل وله امرأة مملوكة اشتراها من ماله فأعتقها ثم ورثها (٥).

وحملها الشيخ على التبرع (٦) لما تقدم من أن الزوجة إنما ترث مع انفرادها الربع والباقي للإمام، وإذا كان هو المستحق جاز أن يشتري الزوجة ويعتقها ويعطيها بقية المال تبرعا منه دون أن يكون قد فعل ذلك واجبا.

واعترضه العلامة: بأن كون الزوجة لها الربع لا غير لا ينافي ما تضمنته الرواية، لاحتمال كون قيمتها أقل من الربع، فتشتري، وتعطى بقية الربع

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٠ س ٢ قال: وهذه الطريقة الخ.

(٢) النهاية: باب الحر المسلم يموت ويترك وارثا مملوكا ص ٦٦٨ س ١٤ قال: وحكم الزوج والزوجة حكم ذوي الأرحام في أنه إذا لم يخلف غيرهما اشتريا وأعتقا وورثا.

(٣) الغنية (في الجوامع الفقهية) فصل: قد بينا فيما مضى أن الكافر لا يرث المسلم ص ٦٠٨ س ١٠ قال: وإن لم يكن للميت إلا وارث مملوك ابتيع من التركة وعتق وورث الباقي.

(٤) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٢١ قال بعد نقل قول ابن زهرة: وكذا قال قطب الدين الكيدري.

(٥) التهذيب: ج ٩ (٣٢) باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ٣٣٧ الحديث ١٨.

(٦) الإستبصار: ج ٤ (١٠٣) باب من خلف وارثا مملوكا ليس له وارث غيره ص ١٧٩ قال بعد نقل حديث سليمان بن خالد المتقدمة: فالوجه في هذا الخبر أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يفعل على طريق التطوع الخ.

وجوبا (١).

(الفصل الثاني) في الأحكام، وفيه مسائل:

(الأولى) يجب شراء الوارث مع وفاء التركة بقيمته. ولو قصرت عن ثمنه هل يجب شراؤه ويستسعى في باقي قيمته؟ أو لا، بل تكون التركة بأجمعها للإمام، لأصالة عدم وجوب الشراء، فيقتصر فيه على موضع الإجماع وهو عند وفاء التركة بالقيمة، فيبقى الباقي على أصله؟ الثاني هو المشهور، وعليه الشيخان (٢) (٣) وسالر (٤).

والأول: نقله الشيخ عن بعض أصحابنا (٥) وكذلك القاضي (٦) وأبو علي (٧). قال العلامة في المختلف: وليس بعيدا عن الصواب لأن عتق الجزء يشارك عتق الكل في الأمور المطلوبة شرعا، فيساويه في الحكم (٨).

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٠ س ٦ قال: والذي ذكره الشيخ محتمل لكن تعليقه ليس بجيد الخ.

(٢) النهاية: باب الحر المسلم يموت ويترك وارثا مملوكا ص ٦٦٨ س ٨ قال: وإذا لم يخلف الميت وارثا حرا وخلف وارثا مملوكا إلى قوله: وجب أن يشتري من تركته إلى قوله: هذا إذا كان ما خلفه بقيمة المملوك أو أكثر منه فإن كانت التركة أقل لم يجب الخ.

(٣) المقنعة: باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ١٠٦ س ١١ قال: وإن كان ينقص عن قيمة الأب والأم لم يجب ابتياعهما وكانت تركته لبيت المال.

(٤) المراسم: كتاب الموارث ص ٢١٩ س ٧ قال: أما إذا قصرت فلا يشتري أحدهما بل يكون الإرث لبيت المال.

(٥) النهاية: باب الحر المسلم يموت ويترك وارثا مملوكا ص ٦٦٨ س ١٦ قال: وقال بعض أصحابنا: أنه إذا كانت التركة أقل من ثمن المملوك استسعى في باقيه.

(٦) المهذب: ج ٢ باب الحكم فيمن يموت من المسلمين الأحرار ويخلف وارثا مملوكا ص ١٥٥ س ٨ قال: وذهب بعض أصحابنا إلى أنه يشتري من التركة ويعتق ويستسعى في الباقي.

(٧) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٩ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: وإن كان

ما خلفه الميت لا يفي بثمان قريبه المملوك، فقد قيل: يدفع إلى السيد ويستسعى العبد في بقية قيمته إلى أن قال: على أن القول الآخر ليس بعيدا عن الصواب، لأن عتق الجزء إلى آخره.

(٨) تقدم آنفا تحت رقم ٧.

شراؤه لعموم النص.

وفرق بينه وبين شراء بعض الوراث، لحصول الضرر على مالكة بالتشقيص فيه، ووجوب الصبر بالثمن ليحصل بالاستسعاء، وهو منتف في صورة النزاع. وهو اختيار العلامة (١) وفخر المحققين (٢) قال: لا إشكال عندي في هذه المسألة: إذ يجب عتق واحد لوجود المقتضي، وهو وجود وارث على تقدير الحرية. (الثالثة) إذا وجب شراء بعض الورثة لوفاء نصيبه بقيمته، حاز باقي التركة، ولا شيء للآخر.

(الرابعة) لو وفيت التركة بقيمة الجميع، وقصر نصيب أحدهم، وجب شراء الجميع وأعتقوا، فلم يحصل اختصاص الأكثر بكل نصيبه، لأن الاستحقاق بالفعل إنما يحصل بعد العتق، والإضافة الأولى، قد قلنا فيما تقدم، أنها إضافة تقدير واختصاص، ويصدق هنا أن التركة وافية بقيمة الوارث الصادق على الواحد والكثير، فيشتري الجميع، ولا يرجع من زاد نصيبه عن قيمته على من قصر نصيبه عنها، لأنه لا يملك قبل عتقه شيئاً.

(الخامسة) لو كان الوارث في ملك الميت، عتق بمجرد الموت، ولا يتوقف على شراء الحاكم له ولا عتقه.

(السادسة) لو كان هذا الوارث متعدداً، ونهض نصيب البعض بقيمته، وبعض لم ينهض، انعتق من كل واحد بقدر نصيبه، فيتحرر المستوعب، ويتحرر من الآخر مقابل النصيب، ويستسعى في الباقي لمن استوعب.

(١) القواعد: ج ٢ المطلب الثالث في الرق ص ١٦٤ س ٩ قال: ولو تعدد الوارث والرقيق وقصر نصيب كل واحد منهم إلى قوله: لم يفك وكان المال للإمام.

(٢) الإيضاح: ج ٤ المطلب الثالث في الرق ص ١٨٤ س ٢١ قال: وأنا أقول: لا إشكال عندي في هذه المسألة الخ.

(السابعة) لو كان على الميت دين وكل التركة عبيد وراث، فإن استوعب الدين رق الجميع، ومع عدمه يعتق الفاضل عن الدين، فيتصرف في الدين من تخرجه القرعة، والباقي إن وفي نصيب كل واحد بقيمته عتقوا وإن قصر نصيب بعضهم عتق مقابله واستسعى في الباقي. ويحتمل صرف من لا يفي نصيبه بقيمته في الدين ابتداء من غير قرعة.

(الثامنة) هل يفتقر إلى العتق بعد الشراء؟ الأقرب ذلك، لنصوص الأصحاب عليه (١) ووروده في كثير من الروايات (٢) كرواية ابن طلحة (٣).
(التاسعة) المتولي للشراء والعتق الحاكم، ومع عدمه يكون من باب الحسبة.
(العاشرة) لو امتنع المالك من البيع دفع إليه القيمة، وكفى ذلك عن الشراء.
(الحادية عشر) لو أوصى بأن يشتري من تركته قريبه الوارث للعتق، فإن كانت قيمته بقدر ثلث التركة نفذت الوصية، واستحق بعتقه باقي التركة، وإن لم يخرج من الثلث كان للوصي الولاية في قدره، فإن سمح المالك ببيع البعض، عتق وورث باقي التركة، وإن لم يسمح بالتشقيص توقف جبره على دفع الإمام باقي القيمة ليملك ما زاد على الوصية، إن لم نوجب فك البعض، وعلى القول بفك البعض يجبر البائع على أخذ ما نفذت الوصية فيه، ويعتق بالدفع، ويحوز باقي التركة، ويدفع إلى البائع باقي ثمنه من التركة.

- (١) النهاية: ص ٦٦٨ س ١٠ قال: وجب أن يشتري من تركته وأعتق. وفي المهذب: ج ٢ ص ١٥٥ س ١٤ قال: اشتريا وأعتقا. وفي القواعد: ج ٢ ص ١٦٤ س ٦ قال: بل اشتري المملوك من التركة وأعتق. والمراسم: ص ٢١٩ س ٣ قال: فإنهما يشتريان ويعتقان.
(٢) التهذيب: ج ٩ (٣٢) باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا، والحديث ٤ و ٥ و ٩ و ١٠ إلى غير ذلك.
(٣) التهذيب: ج ٩ (٣٢) باب الحر إذا مات وترك وارثا مملوكا ص ٣٣٣ الحديث ٣.

والنصف يجتمع مع مثله، ومع الربع، والثلث، ومع الثلث والسدس. ولا يجتمع الربع مع الثلثين والثلث والسدس. ولا يجتمع الثلثين والسدس، ولا يجتمع مع الثلث، ولا الثلث مع السدس.

(و) السدس سهم أربعة من الورثة: كل واحد من الأبوين مع الولد، والأم مع حاجب الإخوة والواحد من كلالة الأم.

تنبيهان

(الأول) هؤلاء المذكورون وسهامهم المسماة لهم، هو الأصل المسمى من الفرائض، وغير المذكورين فرع عليهم، فيأخذون سهامهم مع عدمهم، ولكل نصيب من يتقرب به. فللأعمام نصيب الأب، وهو الثلثان. وللأخوال سهم الأم، وهو الثلث. ولأولاد الأخوة ما كان يأخذ آبائهم، فلأولاد إخوة الأم الثلث، ولأولاد أخت الأب النصف. والأجداد في معنى الأخوة فالجد كالأخ فإن ساواه في النسبة تساويا. (الثاني) المشهور أن ما ذكرناه من التقدير مسمى المذكورين من الورثة مطلقا، أي سواء كان ذلك الوارث منفردا أو مع غيره من الوراث. وخالف الحسن في ثلاث مواضع: (أ) البنت ولها النصف، ولما زاد الثلثان بالتسمية، ومع الانفراد يرثن الباقي بالرد. وعند الحسن والفضل بن شاذان مع الانفراد للواحدة مجموع المال مسمى، وإنما التقدير مع الأب (١) (٢).

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢١ قال: وقد لوح ابن عقيل بما يوافق كلام الفضل فقال: وإذا حضر واحد منهم، يعني من الأولاد فله المال كله بلا سهام مسمى ذكرنا كان أو أنثى، فإذا ترك بنتا فالمال كله لها بلا سهام مسماة.

(٢) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢٠ قال: تذييلان: الأول: كلام الفضل في أن للبنت النصف وللبنتين الثلثان مع الأب خاصة الخ.

(ب) الأم ولها الثلث مطلقاً ومع الانفراد يرث الباقي بالرد، وقال الحسن: إنما لها السدس والثلث مع الأولاد والأب ومع الانفراد مسماها مجموع المال (١).
(ج) الأخت والأختان للأب مع الانفراد لهن الفاضل عما سميناه بالرد، وعند الحسن مع الانفراد للواحدة جملة المال مسمى وكذا لما زاد، وإنما لهن المسمى مع الاجتماع مع الأجداد (٢).

تتمة

هذه الفروض بعضها يصح اجتماعها مع بعض، وبعضها يمتنع فيه ذلك، ونحن نبين ذلك مفصلاً.

ف نقول: هنا سلسلتان.

(الأولى) سلسلة النصف، وهي ثلاثة: أعني قولنا: (النصف، والنصف، والنصف، ونصف نصفه) فإذا ضربتها في نفسها بلغت تسعة. لكن ثلاثة منها متكررة لا فائدة فيها، وتبقى ستة غير متكررة.

لأنك تجمع النصف مع النصف ومع الربع ومع الثمن، فهذه ثلاثة ثم تأخذ الربع فتجمعه مع النصف، وهو متكرر، ومع الربع ومع الثمن، ثم تأخذ الثمن فتجمعه مع النصف ومع الربع وهما متكرران، ومع الثمن وهو غير متكرر، فتكون ستة.

-
- (١) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢٤ قال: (أي ابن أبي عقيل) وإنما سمي الله عز وجل للأم السدس والثلث مع الولد والأب إذا اجتمعوا، فإذا لم يكن ولا أب فليست بذي سهم. وكذا قال: إنما سمي الله للأخت من الأبوين أو من الأب أو من الأم إذا اجتمعوا إلى قوله: فإذا انفردت من الأخت أي جهة كانت، فالمال كله لها بلا سهام.
(٢) تقدم أنفاً تحت رقم ١.

مسألتان

(الأولى) التعصيب باطل. وفاضل التركة يرد على ذوي السهام عدا الزوج والزوجة، والأم مع وجود من يحجبها على تفصيل يأتي.

الاجتماع في اثنين منها، ويبقى الاجتماع والبحث في سبعة منها (١).
تذنيبان

(الأول) التعصيب عبارة عن توريث العصابات ما فضل عن سهام الفريضة. والمراد بالعصابات إخوة الميت وأولادهم، والأعمام وأولادهم، ومولى النعمة. وهذا باطل عند أهل البيت عليهم السلام (٢)، بل فاضل السهام عندهم ترد على ذوي الفروض بنسبة مستحقيهم إلا في ثلاث صور:
(أ) الزوج والزوجة.

(ب) حصول حاجب لأحدهم، فيمنع من الرد ويختص بغيره من أرباب الفريضة كالأم مع حاجب الأخوة.

(١) بين القوسين فذلكة البحث، وهي في بعض النسخ المخطوطة موجودة والنسخ الأخرى خالية منها فتذكر.

(٢) لاحظ التهذيب: ج ٩ ص ٢٥٩ س ١٧ قال: فأما القول بالعصبة فإنه من مذاهب من خالفنا. وهو أنهم يقولون: إذا استكمل أهل السهام سهامهم في الميراث فما يبقى لأولي عصبة ذكر، ولا يعطون الأنتى وإن كانت أقرب منه في النسب، شيئا، مثال ذلك: أنه إذا مات رجل وخلف بنتا أو ابنتين وعمما وابن عم فإنهم يعطون البنت أو البنتين سهمهما، أما النصف إذا كانت واحدة والثلاثين إذا كانت اثنتين فما زاد عليهما، والباقي يعطون العم وابن العم، ولا يردون على البنات شيئا، وما أشبه هذا من المسائل التي يذكرونها، ثم نقل دلائلهم في ذلك، وردّها مفصلا فبعد ذلك نقل في ص ٢٦٧ الحديث ١٥ عن حسين البزار قال: أمرت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام: المال لمن هو للأقرب أم للعصبة؟ قال: المال للأقرب، والعصبة في فيه التراب.

(الثانية) لا عول في الفرائض، لاستحالة أن يفرض الله سبحانه في مال ما لا يفي، بل يدخل النقص على البنت أو البنّتين، أو على الأب، أو من يتقرب به، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى وأما المقاصد فتلاثة (الأول): في الأنساب، ومراتبهم ثلاث:

(ج) انفراد أحد أرباب السهام بزيادة في الوصلة، فيختص بالرد ويمنع ذو الوصلة القليلة، كأخت للأبوين مع واحد من ولد الأم، فله السدس، والثلث الفاضل يرد على أخت الأبوين. والأصل في منع التعصيب: قوله تعالى: (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) (١).

والعامة يورثون العصابات الزائد، فيلزم على قولهم: إعطاء الأخ أكثر من الابن للصلب، كما لو مات إنسان وترك ابنا وثمانية وعشرين بنتا، فإن الابن هنا يأخذ سهمين من ثلاثين. ولو ترك عوضه أخا كان للبنات الثلثان، عشرون، وللأخ الثلث، عشرة من الثلاثين.

والتزموا بهذا المحذور، ويطله قوله تعالى: (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض) فكيف يمكن أن يحوز الأخ من الإرث مع وجود البنت للميت ما لا يحوزه الابن مع وجودها.

(الثاني) العول عبارة عن قصور التركة عن سهام ذوي الفروض، ولن تقصر إلا بدخول الزوج أو الزوجة، فيزداد ما دخل به النقص على سهام الفريضة، كما لو ماتت امرأة وتركت أبوين وبنتا مع زوج، فللبنت النصف وللأبوين الثلث

(١) الأنفال: ٧٥.

(الأولى) الآباء والأولاد. فالأب يرث المال إذا انفرد، والأم الثلث والباقي بالرد. ولو اجتمعا فللأم الثلث وللأب الباقي. ولو كان له إخوة كان لها السدس. ولو شاركهما زوج أو زوجة، فللزوجة النصف وللزوجة الربع، وللأم ثلث الأصل إذا لم يكن حاجب، والباقي للأب. ولو كان لها حاجب كان لها السدس. ولو انفرد الابن فالمال له، ولو كانوا أكثر اشتركوا بالسوية. ولو كانوا ذكرا وإناثا فللذكر سهمان، وللأنثى سهم. ولو اجتمع معهما الأبوان فلهما السدسان، والباقي للأولاد ذكرا كانوا أو إناثا، أو ذكرا وإناثا.

ولو كانت بنت فلها النصف، وللأبوين السدسان، والباقي يرد أخماسا. ولو كان من يحجب الأم رد على الأب والبنت أرباعا. ولو كانت بنتان فصاعدا فللأبوين السدسان، وللبنتين أو البنات الثلثان بالسوية. ولو كان معهما أو معهن أحد الأبوين كان له السدس، ولهما أو لهن الثلثان والباقي يرد أخماسا. ولو كان مع البنت والأبوين زوج أو زوجة كان للزوج الربع، وللزوجة الثمن، وللأبوين السدسان، والباقي للبنات. وحيث يفضل عن النصف يرد الزائد عليها وعلى الأبوين أخماسا. ولو كان من يحجب الأم رددناه على البنت والأب أرباعا.

وللزوجة الربع، فدخل النقص بنصف سدس، وهو سهم من اثني عشر، فيرفع على الفريضة، وهي اثنا عشر، فتقسم من ثلاثة عشر. وهذا أيضا باطل عند الإمامية، لاستحالة أن يفرض الله سبحانه في مال لا يفني به، بل يكون النقص داخلا على الأب ومن يتقرب به والبنت أو البنات، ويأخذ باقي الفريضة سهامهم على التمام.

ويلحق مسائل

(الأولى) الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم، ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به، ويقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، أولاد ابن كانوا أو أولاد البنت على الأشبه. ويمنع الأقرب الأبعد. ويرد على ولد البنت كما يرد على أمه ذكرا كان أو أنثى. ويشاركون الأبوين كما يشاركهما الأولاد للصلب على الأصح.

قال طاب ثراه: وأولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم، ويأخذ كل فريق نصيب من يتقرب به ويقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، أولاد ابن كانوا أو أولاد بنت على الأشبه.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين، الأول: ولد الولد هل يأخذ نصيب أبيه، أو يكون كابن الميت لصلبه؟ المشهور الأول: وهو مذهب الشيخ (١) والصدوق في كتابيه (٢) (٣) والتقي (٤) والقاضي (٥) وابن

(١) النهاية: باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٤ س ٤ قال: وولد الولد يقوم مقام الولد إلى قوله: وكل واحد منهم يقوم مقام من يتقرب به.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٤٠) باب ميراث ولد الولد ص ١٩٦ س ٥ قال في حديث ١ بنات الابنة يقمن مقام البنات وبنات الابن يقمن مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد الخ.

(٣) الهداية: (١٤١) باب الموارث ص ٨٣ س ٢١ قال: وولد الولد يقوم مقام الولد. وفي المختلف: ج ٢ ص ١٧٧ س ٣٣ قال: وبه قال الصدوق فيمن لا يحضره الفقيه والمقنع.

(٤) الكافي: الإرث الباب الرابع ص ٣٦٨ س ١٧ قال: ويقوم ولد الولد وإن هبطوا مقام آبائهم وأمهاتهم الأذنين الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٣٢ س ٨ قال: وولد الولد يقوم مقام الولد إذا لم يكن ولد الصلب.

حمزة (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) ونقله عن الحسن (٤).
والثاني: مذهب السيد (٥) واختاره ابن إدريس (٦) فيأخذ ابن بنت
الثالث، وبنت الابن الثالثان على الأول واحدا كان الولد أو أكثر. وعلى الثاني
يكون كابن الميت لصلبه، فلو خلف ابني بنت وبنت ابن كان لها الخمس، ولو لذي
البنت أربعة أخماس.
احتج الأولون بصحاح الأخبار.
منها: صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: بنات
البنت يقمن مقام البنت، إذا لم يكن للميت بنات ولا وارث غيره (٧).
ومثلها صحيحة سعد بن أبي خلف عن العالم عليه السلام (٨).

- (١) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧ س ١ قال: وإن كان مكان الولد للصلب ولد
الولد قام مقامه وقاسم من قاسمه.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٠ س ٢ قال: المعتمد المذهب المشهور.
(٤) لا يخفى أن قول ابن أبي عقيل خلاف المذهب المشهور، فإنه اختار ما اختاره السيد وابن إدريس،
لاحظ السرائر: ص ٣٩٧ س ١ قال: وإلى ما اختاره السيد واختارناه يذهب الحسين بن أبي عقيل النعماني
رحمه الله الخ.
(٥) السرائر: كتاب الموارث والفرائض، فصل وأما ترتيب الوراث ص ٣٩٤ س ٢٠ قال:
وذهب آخرون من أصحابنا إلى خلاف ذلك وقالوا: إن ابن بنت ولد ذكر حقيقة، فيعطه نصيب الولد
الذكر دون نصيب أمه، وبنت الابن بنت حقيقة يعطيها نصيب البنت دون نصيب الابن الذي هو أبوها
واختاره السيد المرتضى واستدل على صحة ذلك بما لا يمكن المصنف دفعه من الأدلة القاهرة اللائحة
والبراهين الواضحة، ثم نقل استدلال السيد مفصلا بما لا مزيد عليه فراجع.
(٦) تقدم آنفا تحت رقم ٥.
(٧) التهذيب: ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٦ الحديث ٥٧.
(٨) التهذيب: ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٦ الحديث ٥٨.

الثاني: إن ولد البنت هل يقتسمون المال بالسوية، أو للذكر ضعف
الأنثى؟ الأول حكاة الشيخ في النهاية عن بعض الأصحاب (١) وهو اختيار
القاضي (٢).
والثاني هو المشهور بين الأصحاب: وبه قال الشيخ في النهاية (٣) لعموم
القرآن (٤).
الثالث: إن ولد الولد هل يشارك الأبوين كأولاد الصلب؟ المشهور نعم، وبه
قال الشيخان: (٥) (٦) وسلار (٧) والتقي (٨) والقاضي (٩) والحسن (١٠).

- (١) النهاية: باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٤ س ٨ قال: ولأولاد البنت الثلث. الذكر
والأنثى فيه سواء عند بعض أصحابنا وعندني أن المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.
(٢) المهذب: ج ٢ باب ميراث الولد وولد الولد ص ١٣٣ س ١ قال: ولأولاد البنت الثلث الذكر
والأنثى فيه سواء.
(٣) النهاية: باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٤ س ٨ قال: ولأولاد البنت الثلث. الذكر
والأنثى فيه سواء عند بعض أصحابنا وعندني أن المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.
(٤) قال تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) النساء: ١١.
(٥) النهاية: باب ميراث الوالدين ومن يدخل عليهما ص ٦٣٠ س ١٩ قال: وولد الولد مع الأبوين
يقوم مقام الولد الخ.
(٦) المقنعة: باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ١٠٤ س ٢٩ قال: ولا يحجب الأبوان
أولاد الولد وإن هبطوا.
(٧) المراسم: ذكر ترتيب ذوي الأنساب ص ٢٢٨ س ١٣ قال: وإن ولد الولد وإن سفلى يقوم مع
الأبوين مقام الولد إذا فقد الولد.
(٨) الكافي: الباب الرابع: رتب التوريث ص ٣٦٨ س ١٧ قال: ويقوم ولد الولد إلى قوله:
ومشاركته للآباء في الإرث الخ.
(٩) المهذب: ج ٢ باب ميراث الوالدين ص ١٢٩ س ١٥ قال: فولد الابن ذكرا كان أو أنثى يأخذ
مع الأبوين نصيب أبيه.
(١٠) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٣٣ قال: ومذهب ابن أبي عقيل كمذهب
الشيخين أيضا.

وشرط الصدوق في توريث ولد الولد عدم الأبوين ذكره في كتابيه (١) (٢).
احتج الأولون بصحيفة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال:
بنات البنت يرثن إذا لم يكن بنات كن مكان البنات (٣).
ومثلها روى إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: ابن الابن يقوم
مقام أبيه (٤).

احتج الصدوق بصحيفتي سعد بن أبي خلف وعبد الرحمان بن الحجاج في قوله:
أن ابن الابن يقوم مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد ولا وارث غيره، فقوله:
ولا وارث غيرهن، هو الوالدان (٥).
قال الشيخ، الاستدلال بهذا غلط، لأن قوله: (ولا وارث له غيره) المراد بذلك:
إذا لم يكن للميت الابن الذي يتقرب ابن الابن به، أو البنت التي تتقرب بنت
بها، ولا وارث له غيره من الأولاد للصلب (٦).

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٤١) باب ميراث الأبوين مع ولد الولد قال: وإذا ترك الرجل
أبوين وابن ابن، أو بنت بنت فالمال للأبوين للأم الثلث وللأب الثلثان لأن ولد الولد إنما يقومون مقام
الولد إذا لم يكن هناك ولد ولا وارث غيره، والوارث هو الأب والأم.

(٢) المقنع: باب الموارث ص ١٦٩ س ١٥ قال: فإن ترك ابن ابن وأبوين فللأم الثلث وللأب
الثلثان وسقط ابن الابن وفي الهداية: باب الموارث ص ٨٣ س ٢١ قال: ولا يرث ولد الولد مع الولد
ولا مع الأبوين.

(٣) التهذيب: ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٧ الحديث ٥٩.

(٤) التهذيب: ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٧ الحديث ٦٠.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٤٠) باب ميراث ولد الولد ص ١٩٦ نقلا بالمضمون وفي

التهذيب: ج ٩ ص ٣١٧ الحديث ٦١.

(٦) التهذيب: ج ٩ ص ٣١٧ قال بعد نقل حديث ٦١ ما لفظه: قال محمد بن الحسن: فأما ما ذكره

بعض أصحابنا: من أن ولد الولد لا يرث مع الأبوين واحتججه في ذلك بخبر سعد بن أبي خلف
وعبد الرحمان بن الحجاج في قوله: (إن ابن الابن يقوم مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد ولا وارث غيره)
قال: ولا وارث غيره هما الوالدان لا غير، فغلط الخ.

(الثانية) يحبى الولد الأكبر بثياب بدن الميت وخاتمه وسيفه ومصحفه إذا خلف الميت غير ذلك. ولو كان الأكبر بنتا، أخذته الأكبر من الذكور، ويقضي عنه ما ترك من صيام أو صلاة. وشرط بعض الأصحاب ألا يكون سفيها ولا فاسد الرأي.

لما رواه عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: ابن الابن إذا لم يكن من صلب الرجل أحد قام مقام الابن، وبنت البنت إذا لم يكن من صلب الرجل أحد قامت مقام البنت (١).
قال طاب ثراه: وشرط بعض الأصحاب أن لا يكون سفيها ولا فاسد الرأي.
أقول: هنا مسائل.

(أ) تخصيص الولد الأكبر بالأمر المذكورة، وهو إجماع الإمامية، خلافا للامة فإنهم لا يرون ذلك.

ولعل وجهه: كونه القائم مقام أبيه والساد مسده، فهو أحق بهذه الأمور من النسوان والأصغر للمزية والجاه.

(ب) فيما يقع به التخصيص. والمشهور أربعة: ثياب البدن، والخاتم، والسيف، والمصحف.

والذي في صحيحة ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا مات الرجل فلأكبر ولده سيفه ومصحفه وخاتمه ودرعه (٢).
ومثلها حسنة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (٣).

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (٢٨) باب ميراث من علا من الآباء وهبط من الأولاد ص ٣١٧ الحديث ٦٢.
(٢) التهذيب: ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الحديث ٦.
(٣) التهذيب: ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الحديث ٤.

فلم يذكر فيها من الثياب إلا الدرع.
وروى أيضا ربعي بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: إذا مات الرجل
فسيفه وخاتمه ومصحفه وكتبه ورحله وراحلته وكسوته لأكبر ولده، فإن كان الأكبر
بنتا فلأكبر من الذكور (١).

وعن شعيب العرقوقي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يموت
ماله من متاع بيته؟ قال: السيف، وقال: الميت إذا مات فإن لابنه السيف
والرحل والثياب، ثياب جلده (٢).

وروى الفضيل بن يسار عن أحدهما عليهما السلام: إذا ترك سيفاً أو سلاحاً،
فهو لابنه (٣).

ولم يذكر المفيد في كتاب الأعلام ثياب البدن، واقتصر على الثلاثة
الباقية (٤).

(ج) هل هذا التخصيص على سبيل الوجوب لازم للورثة، أو على الندب لهم
الخيار في تنفيذه؟ ابن إدريس على الأول (٥) وهو مذهب العلامة في القواعد (٦)

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الحديث ٧.
 - (٢) التهذيب: ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٦ الحديث ٩.
 - (٣) التهذيب: ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٦ الحديث ٨.
 - (٤) الأعلام: في ضمن عدة رسائل ص ٣٣٥ باب ميراث الولد ص ٩ قال: واتفقت الإمامية على أن
الولد الذكر الأكبر إلى قوله: بسيف أبيه وخاتمه ومصحفه.
 - (٥) السرائر: في الولد إذا انفرد من الأبوين ص ٤٠١ س ٢٢ قال: ويخص الولد الأكبر من الذكور
بسيف أبيه ومصحفه وخاتمه، وثياب جلده إلى قوله: فإن كان له جماعة من هذه الأجناس خص بالذي
كان يعتاد لبسه ويديمه إلى قوله: والأول من الأقوال (أي الوجوب) هو الظاهر.
 - (٦) القواعد: ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٥ قال: تنمة يحبى الولد الأكبر من تركة
أبيه ثياب بدنه وخاتمه وسيفه ومصحفه وعليه قضاء ما فات من الأب إلى قوله: فلو لم يخلف سواه لم يخص

والتحرير (١).
والمرتضى وأبو علي علي الثاني (٢) (٣).
وهو ظاهر التقى (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥).
وكلام الشيخين (٦) (٧) والقاضي (٨) وابن حمزة (٩) محتمل. وكذا الأحاديث.
(د) هل التخصيص محابا أو بالقيمة؟ على الأول نص ابن إدريس (١٠) وهو
ظاهر الشيخين (١١) (١٢).

- (١) التحرير: ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٦٤ س ٩ قال: وتخصيصه بها واجب لا مستحب.
(٢) الإنتصار: المسائل المشتركة في الإرث ص ٢٩٩ س ١٣ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية
إلى قوله: وإن احتسب بقيمته عليه الخ.
(٣) المختلف: ج ٢ في بيان حكم الحبوة ص ١٨١ س ١٢ قال: نص السيد المرتضى وابن الجنيد على
الاستحباب الخ.
(٤) الكافي: الإرث الباب الخامس، ص ٣٧١ س ١٥ قال: ومن السنة أن يحبى الولد الأكبر الخ.
(٥) المختلف: ج ٢ في حكم الحبوة ص ١٨١ س ١٣ قال: والأقوى الاستحباب، للأصل.
(٦) النهاية: باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٣ س ١٤ قال: وإذا خلف الميت ولدين إلى قوله:
أعطي الأكبر منهما ثياب بدنه الخ.
(٧) الأعلام: في ضمن عدة رسائل، باب ميراث الولد، ص ٣٣٥ س ٩ قال: واتفقت الإمامية على
أن الولد الذكر الأكبر إلى قوله: بسيف أبيه الخ.
(٨) المهذب: ج ٢ باب ميراث الولد وولد الولد ص ١٣٢ س ٣ قال: دفع إلى الولد الأكبر منهما ثياب
بدنه وخاتمه الذي كان يلبسه الخ.
(٩) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧ س ٨ قال: ويأخذ الابن الكبير ثياب بدن الوالد
وخاتمه الذي يلبسه الخ.
(١٠) السرائر: في الولد إذا انفرد من الأبوين ص ٤٠١ س ٢٢ قال ويخص الولد الأكبر من الذكور إلى
قوله: من غير احتساب به عليه.
(١١) النهاية: باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٣ س ١٥ قال: أعطي الولد الأكبر منهما الخ.
(١٢) الأعلام: في ضمن عدة رسائل، باب ميراث الولد ص ٣٣٥ س ٩ قال: الولد الأكبر يفضل في الميراث.

وعلى الثاني نص المرتضى (١) وأبو علي (٢).
احتج ابن إدريس بإطلاق الحبوّة من غير تقييد بالقيمة، فلو كانت واجبة لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.
واحتج السيد بقوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) (٣) وهذا الظاهر يقتضي مشاركة الأنثى للذكر في جميع ما يخلفه الميت من مصحف وغيره. وكذا ظاهر آيات ميراث الأبوين (٤) والزوجين (٥)، فإذا خصص بشيء من ذلك من غير احتساب عليه بقيمة يكون قد تركنا هذه الظواهر بأخبار تضمن التخصيص (٦) من غير تصريح بالاحتساب وعدمه، فإذا خصصناه بقيمتها اتبعا لهذه الأخبار، وعملا بما أجمعت الطائفة عليه من التخصيص، سلمت ظواهر الكتاب (٧).

وقال العلامة في المختلف: وكلام السيد لا بأس به: ويؤيده الروايات المتضمنة لتخصيصه بالسلاح والرحل والراحلة، فلولا الاحتساب لزم الاجحاف (٨).
(٥) لو تعددت هذه الأجناس قال ابن إدريس: يختص بالذي يعتاد لبسه
ويديمه (٩) قال الشهيد: وهو حسن فيما جاء بلفظ الوحدة، أما الثياب فالأقرب

-
- (١) الإنتصار: المسائل المشتركة في الإرث ص ٢٩٩ س ١٧ قال: وإن احتسب بقيمته عليه.
(٢) المختلف: ج ٢ في بيان حكم الحبوّة ص ١٨١ س ١٤ قال: وقال السيد المرتضى وابن الجنيد بالقيمة.
(٣) النساء: ١١.
(٤) النساء: ١١.
(٥) النساء: ١٢.
(٦) لاحظ التهذيب: ج ٩ (٢٤) باب ميراث الأولاد ص ٢٧٥ الأحاديث ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩.
(٧) لاحظ استدلاله في الإنتصار: ص ٢٩٩ س ١٨ قال: وإنما قوينا ما بينا لأن الله تعالى يقول: (يوصيكم الله) إلى آخره.
(٨) المختلف: ج ٢ في بيان حكم الحبوّة ص ١٨١ س ٢١ قال: وكلام السيد رحمه الله لا بأس به الخ.
(٩) السرائر: في الولد إذا انفرد ص ٤٠١ س ٢٤ قال: فإن كان له جماعة من هذه الأجناس خص بالذي كان يعتاد لبسه.

- العموم حتى العمامة (١) وكلام أبي الصلاح يقتضي تخصيص ثياب الصلاة (٢).
 (و) على هذا الولد أن يقضي ما تركه الوالد من الصلاة والصيام، ولا يشترط
 التخصيص بالقضاء في ظاهر الشيخين (٣) (٤) وقال ابن حمزة: يأخذ الابن الكبير
 ثياب بدن الوالد وخاتمه الذي يلبسه وسيفه ومصحفه بخمسة شروط: ثبات
 العقل، وسداد الرأي، وفقد آخر في سنه، وحصول تركة سوا ما ذكرناه، وقيامه
 بقضاء ما فاته من الصلاة والصيام (٥) قال العلامة: وفيه إشكال، فإن ثبت،
 فالأقوى دفعه إليه مجاناً (٦).
 (ز) لو تعدد الأكبر قال في المبسوط: يقسم (٧) وهو حسن لقسمة القضاء عليهما،
 خلافاً لابن حمزة حيث شرط فقد آخر في سنة (٨).
 (ح) هل يشترط بلوغه؟ ظاهر ابن إدريس اشتراطه (٩) وكذا يقول في العقل
 فلا يحبى المحنون والصبي، وهو لازم لابن حمزة.
 (ط) شرط ابن إدريس أن لا يكون فاسد الرأي ولا سفيهاً (١٠) واختاره

- (١) الدروس: كتاب الميراث ص ٢٦٠ س ١٧ قال: وهو حسن فيما جاء بلفظ الوحدة الخ.
 (٢) الكافي: الإرث، الباب الخامس ص ٣٧١ س ١٦ قال: وثياب مصلاه.
 (٣) النهاية: باب ميراث الولد وولد الولد ص ٦٣٣ س ١٥ قال: أعطي الأكبر منهما ثياب بدنه الخ.
 (٤) المقنعة: باب ميراث الوالدين ص ١٠٣ س ٣٦ قال: حبي الأكبر من تركته الخ.
 (٥) الوسيلة: في بيان ميراث الأولاد ص ٣٨٧ س ٨ قال: ويأخذ الابن الكبير إلى قوله: وقيامه
 بقضاء ما فاته من صلاة وصيام.
 (٦) المختلف: ج ٢ في بيان حكم الحبوة ص ١٨١ س ٢٥ قال بعد نقل قول ابن حمزة: وفيه إشكال،
 فإن ثبت، وإلا الخ.
 (٧) المبسوط: ج ٤ فصل في ميراث الحمل والأسير ص ١٢٦ س ١٦ قال: فإن كانوا جماعة في سن
 واحد اشتركوا فيه.
 (٨) الوسيلة: في بيان ميراث الأولاد، ص ٣٨٧ س ٩ قال: وفقد آخر في سنه.
 (٩) السرائر: (في الولد إذا انفرد) ص ٤٠١ س ٢٢ قال: ويخص الولد الأكبر من الذكور إذا
 لم يكن سفيهاً فاسد الرأي الخ.
 (١٠) السرائر: (في الولد إذا انفرد) ص ٤٠١ س ٢٢ قال: ويخص الولد الأكبر من الذكور إذا
 لم يكن سفيهاً فاسد الرأي الخ.

المصنف (١) والعلامة (٢) وأطلق أكثر الأصحاب استحقات الحبوة.
(ي) لو قصر نصيب كل واحد عن قدر الحياة لم يمنع للعموم، وهو الذي رجحه
المصنف في النكت (٣) حتى لو كانت باقي التركة يساوي دينارا، وهي تساوي
دينارين، ويحتمل المنع للإجحاف، وهو ظاهر القواعد (٤).
(يا) لو استغرق الدين التركة، فلا حبوة. ولو قضى الورثة الدين من غيرها
استقرب الشهيد الحبوة (٥) ويحتمل قويا لعدم لأنها في معنى المعاوضة، لتعلق الدين
بها، وثبوت الحجر عليها.
ولو أراد الأكبر افتكاكها من ماله ليتخصص بها أجيب.
(يب) لو أوصى الميت بها اعتبرت من الثلث، فإن خرجت نفذت، وإن زادت

- (١) الشرائع: ج ٤ الأبوان والأولاد، الثالثة قال: ومن شرط اختصاصه أن لا يكون سفيها ولا فاسد
الرأي.
(٢) القواعد: ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٧ قال: وإنما يحبى إذا لم يكن سفيها
ولا فاسد المذهب.
(٣) نكت النهاية (في الجوامع الفقهية): ص ٣٤٦ س ١٤ قال: هل إذا خلف هذه الأشياء المذكورة
يساوي دينار وخلف معها دينارا واحدا يعطي الولد الأكبر ويبقى الدينار تركة إلى قوله: الجواب، الظاهر
أنه يخص بها وإن كثر ثمنها وقل ما بعدها من التركة.
(٤) القواعد: ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٧ قال في شروطها: ويخلف الميت غير
ما ذكر، فلو لم يخلف سواه لم يخص، وكذا لو قصر النصيب عنه على إشكال. وقال في الإيضاح: منشأ
الإشكال من عموم الخبر ولم يثبت التخصيص، ومن أنه على خلاف الأصل فيعمل بالمتيقن، ولأن الآية
قد جعلت لكل وارث نصيبا فما زاد منه فلآخر خرج ما تيقن فيه الحباء. الإيضاح: ج ٤ ص ٢١٤.
(٥) الدروس: كتاب الميراث ص ٢٦٠ س ١٨ قال: الثالث، لو خلف دينا مغترفا إلى أن قال: نعم
لو قضى الورثة الدين من غير التركة فالأقرب الحبوة، ولو أراد الأكبر افتكاكها عن ماله ليحبى بها فالأقرب
إجابته.

(الثالثة) لا يرث مع الأبوين ولا مع الأولاد جد ولا جدة، ولا أحد من ذوي القرابة. لكن يستحب للأب أن يطعم أباه وأمه السدس من أصل التركة بالسوية إذا حصل له الثلثان. وتطعم الأم أباه وأمه النصف من نصيبها بالسوية إذا حصل لها الثلث فما زاد. ولو حصل لأحدهما نصيبه إلا على دون الآخر استحب له طعمة الجد والجدة دون صاحبه، ولا طعمة لأحد الأجداد إلا مع وجود من يتقرب به. (الرابعة) لا يحجب الأخوة، الأم إلا بشروط أربعة.

توقفت على إجازة الأكبر خاصة إن قلنا بالتخصيص مجاناً، ويحتمل عدم نفوذ الوصية فيها، لاستحقاقها لمعين من الورثة، فهي كما لو أوصي بمستحق. ويحتمل في صورة خروجها من الثلث على القول بنفوذها، تخصيص الأكبر بقيمتها من التركة على القول بالحبوة مجاناً، للجمع بين مقصود الميت من تنفيذ الوصية، وحق الأكبر من التخصيص.

(يج) هل تدخل العمامة احتمالاً؟ الدخول، اختاره الشهيد للعموم (١) وعدمه عملاً بالمتيقن.

(يد) لو تعددت الخواتيم أعطي واحداً يتخيره الوارث قاله العلامة (٢) وقال ابن إدريس: يعطى واحداً يختص بلبسه، وإن استعملها على السواء فله أحدها، وكذا البحث في السيف والمصحف (٣).

-
- (١) الدروس: كتاب الميراث ص ٢٦٠ س ١٧ قال: أما الثياب فالأقرب للعموم حتى العمامة.
(٢) القواعد: ج ٢ في ميراث الأبوين والأولاد ص ١٧١ س ٩ قال: ولو تعددت هذه الأجناس إلى قوله: أقربه إعطاء واحد يتخيره الوارث.
(٣) السرائر: كتاب الفرائض: في الولد إذا انفرد ص ٤٠١ س ٢٤ قال: فإن كان له جماعة من هذه الأجناس خص بالذي كان يعتاد لبسه ويديمه دون ما سواه.

أن يكون أخوين، أو أخوا وأختين، أو أربع أخوات فما زاد لأب وأم
أو لأب مع وجود الأب غير كفرة ولا رق.
وفي القتلة قولان: أشبههما عدم
الحجب، وأن يكونوا منفصلين لا حملا.

قال طاب ثراه: وفي القتلة قولان: أشبههما عدم الحجب.
أقول: الحجب قسمان: عام وخاص، فالعام ضابطة مراعاة القرب، فالأقرب
يمنع الأبعد، فلا يرث ابن ابن مع ابن، ولا ابن أخ مع الأخ إلا في المسألة الإجماعية
وسياتي.
والخاص قسمان: حجب الولد وحجب الأخوة.
فالأول بالنسبة إلى الزوجين والأبوين.
والثاني بالنسبة إلى الأم، فيمنعونها من الرد، ومن الزائد على السدس، ولا يرثون
شيئا، بل يتوفر ذلك على الأب في صورة انفراده مع الأم ومع البنت يحصل التوفير
على الجميع، قال المفيد: والصدوقان إنما يحجب الأخوة للأب لأنهم عياله وعليه
نفقتهم (١) (٢) (٣) وهذه العلة مروية (٤).
إذا عرفت هذا فنقول: المشهور اشتراط كون الحاجب ممن يصلح أن يكون وارثا

- (١) المقنعة: باب ميراث الوالدين مع الأخوة ص ١٠٤ س ٢ قال: إن الله تعالى سمي للأُم نصيبا مع
الأب وحجبها عنه بالأخوة من الأب وحطها إلى ما هو دونه ليتوفر سهم الأب لموضع عيولته الأخوة
ووجوب ذلك عليه دونها.
(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٤٣) باب ميراث الأبوين والأخوة والأخوات ص ١٩٧ س ١٦
قال: وإنما حجبا الأم عن الثلث لأنهم في عيال الأب وعليه نفقتهم فيحجبون ولا يرثون.
(٣) كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٥ قال: وقال المفيد وابنا بابويه: إنما يحجب الأخوة للأب
لأنهم عياله وعليه نفقتهم.
(٤) التهذيب: ج ٩ (٢٥) باب ميراث الوالدين مع الأخوة ص ٢٨٠ الحديث ١ وفيه: إنما وفر للأب
من أجل عياله.

(المرتبة الثانية) الأخوة والأجداد. إذا لم يكن أحد الأبوين ولا ولد وإن نزل، فالميراث للإخوة والأجداد. فالأخ الواحد للأب والأم يرث المال، وكذا الإخوة. والأخت إنما ترث النصف بالتسمية والباقي بالرد. وللأختين فصاعدا الثلثان بالتسمية والباقي بالرد. ولو اجتمع الأخوة والأخوات لهما كان المال بينهم للذكر سهمان وللأنثى سهم. وللواحد من ولد الأم السدس ذكرا كان أو أنثى، وللأختين فصاعدا الثلث بينهم بالسوية ذكرا كانوا أو إناثا. ولا يرث مع الأخوة للأب والأم ولا مع أحدهم أحد من ولد الأب، لكن يقومون مقامهم عند عدمهم، ويكونون

لولا من هو أقرب منه، فلا يحجب الكافر والمملوك والقاتل، لأنه لا يرث لأحدهم، فيلغوا وجودهم في نظر الإرث ويكون كعدمهم، وهو اختيار الشيخ في الخلاف (١) والراوندي في شرح الرسالة (٢) وبه قال ابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥). ولم يذكر سلال سوى الكفر والرق (٦) وصرح الحسن والصدوق بحجب القاتل (٧) (٨).

- (١) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض، مسألة ٢٤ قال: القاتل والمملوك والكافر لا يحجبون.
- (٢) هذا الشرح غير متوفر لدينا.
- (٣) السرائر: كتاب المواريث والفرائض ص ٣٩٣ س ٣٣
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) المختلف: ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ٢٦ قال بعد نقل قول النهاية: والوجه ما قاله الشيخ.
- (٦) المراسم: ذكر ميراث الأبوين ص ٢٢٠ س ٥ قال: وأن لا يكونوا كفارا ولا عبيدا: ثم قال: وكذلك لا يكونوا قاتليه عمدا ظلما.
- (٧) المختلف: ج ٢ في ميراث القاتل ص ١٩١ س ٢٦ قال بعد نقل قول الصدوق بحجب القاتل: وكذا قال ابن أبي عقيل.
- (٨) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٦٣) باب ميراث القاتل ص ٢٣٤ س ١٢ قال: والقاتل يحجب وإن لم يرث.

حكهم في الانفراد والاجتماع ذلك الحكم. ولو اجتمع الكلالات
كان لولد الأم السدس إن كان واحدا، والثلث إن كانوا أكثر والباقي
لولد الأب والأم،

وإن أبتت الفريضة مع ولد الأم وولد الأب ففي الرد
قولان: أحدهما: يرد على كلاله الأب، لأن النقص يدخل عليهم. مثل
أخت لأب مع واحد أو اثنين فصاعدا من ولد الأم، أو أختين لأب مع
واحد من ولد الأم. والآخر يرد على الفريقين بنسبة مستحقهما، وهو
أشبه.

قال طاب ثراه: ولو أبتت الفريضة مع ولد الأم ففي الرد قولان:
أقول: هنا مسألتان:

(الأولى) إذا أبتت الفريضة مع كلاله الأبوين وكلاله الأم، المشهور
اختصاص كلاله الأبوين بالرد، لاجتماع السبيين، فيرجح بالرد لزيادة الوصلة،
وادعى بعض أصحابنا عليه الإجماع. وقال الحسن: يرد على الفريقين بنسبة
السهم (١) ونقله الصدوق عن الفضل بن شاذان (٢).
(الثانية) إذا أبتت الفريضة من كلاله الأب وحده وكلاله الأم، هل يختص
الرد بكلاله الأب، لقيامهم مقام كلاله الأبوين، ولأن النقص يدخل عليهم؟ أو
يكون الرد على الفريقين بنسبة مستحقهما، لتساويهما في الاستحقاق؟ إذ كل واحد
منهما يتصل بسبب واحد مع تساوي الدرجة؟

(١) المختلف ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٤ قال: وقال ابن أبي عقيل قولاً قريباً: إن الفاضل
يقسم عليهما بالنسبة الخ.
(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٢١٥ س ١ قال: وغلط الفضل بن شاذان في هذه المسألة وأشباهاها
إلى قوله: وما بقي يرد عليهم على قدر أنصبتهم.

الشيخ في النهاية على الأول (١) واختاره القاضي (٢) والتقني (٣) والصدوق في كتابيه (٤) (٥) وهو ظاهر المفيد (٦) واختاره العلامة في المختلف (٧).
والقديمان على الثاني (٨) (٩) واختاره المصنف (١٠) وابن إدريس (١١).
احتج الأولون بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن

- (١) النهاية: باب ميراث الأخوة والأخوات ص ٦٣٨ س قال: فإن خلف أخوا أو أختنا من قبل الأم وأختنا من قبل الأب كان للأخ أو الأخت من قبل الأم سهمهم المسمى الثلث أو السدس، وللأخت من قبل الأب النصف بالتسمية والباقي بالرد.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب ميراث الأخوة والأخوات ص ١٣٦ س ٢ قال: فإن خلف أخوا أو أختنا من قبل الأم الخ.
- (٣) الكافي: الإرث، الباب الخامس ص ٣٧٢ س ٩ قال: يرث الواحد من ولد الأخ أو الأخت أو الجماعة ميراث أبيه الخ.
- (٤) المقنع: باب الموارث ص ١٧٣ س ٣ قال: وكذلك إذا ترك بنات وبني ابن أخ لأم وبنات وبني ابن أخ لأب وأم وبني ابن أخ لأب، فلبنات وبني ابن الأخ للأم الثلث، وما بقي فلبنات وبني ابن الأخ للأم والأب الخ.
- (٥) الهداية: (١٤٢) باب ميراث الأخوة والأخوات ص ٨٤ س ١٢ قال: وكذلك يجري سهام أولادهم على هذا.
- (٦) المقنعة: باب ميراث الأخوة والأخوات ص ١٠٥ س ١٥ قال: وإذا ترك الميت ابن أخيه لأبيه وأمه وابن أخيه لأمه كان لابن الأخ من الأم الخ.
- (٧) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٢ قال: تذييب. المشهور بين علمائنا أن للأخت من الأبوين الباقي بعد سدس الأخت من الأم.
- (٨) المختلف، ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٠ قال: وقال ابن أبي عقيل: يرد عليهما على النسبة، وبه قال: ابن الجنيد.
- (٩) المختلف، ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٦ س ٢٠ قال: وقال ابن أبي عقيل: يرد عليهما على النسبة، وبه قال: ابن الجنيد.
- (١٠) لاحظ عبارة النافع.
- (١١) السرائر: كتاب الموارث ص ٤٠٢ س ٥ قال: ويشترك كلاله الأم مع كلاله الأب فحسب في الفاضل على قدر سهامهم.

وللجد المال إذا انفرد لأب كان أو لأم، وكذا الجدة. ولو اجتمع جد وجدة، فإن كانا لأب فلهما المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كانا لأم فالمال بالسوية.

وإذا اجتمع الأجداد المختلفون، فلمن يتقرب بالأم الثلث على الأصح واحدا كان أو أكثر، ولم يتقرب بالأب الثلثان ولو كان واحدا. ولو كان معهم زوج أو زوجة أخذ النصيب الأعلى، ولمن يتقرب بالأم ثلث الأصل، والباقي لمن يتقرب بالأب.

ابن أخت لأب وابن أخت لأم قال: لابن الأخت من الأم السدس، ولابن الأخت من الأب الباقي (١).

قال الشيخ: وهذا يدل على استحقاق الأخت للأب النصف بالتسمية والباقي يرد عليها، لأن بنتها إنما تأخذ ما كانت تأخذه هي، كما لو كانت حية، لأنها تتقرب بها، وذلك خلاف ما يذهب إليه قوم من أصحابنا من وجوب الرد عليهما لأن ذلك حطأ على موجب هذا النص (٢).

احتج الآخرون: بالتساوي في الاستحقاق، إذ كل واحد يتصل بسبب واحد. وأجيب: بافتراقهما بدخول النقص على كلاله الأب خاصة، فيختص بالزائد. ولعل الأول أولى.

قال طاب ثراه: وإذا اجتمع الأجداد المختلفون فلمن تقرب بالأم الثلث على الأصح.

(١) الإستبصار: ج ٤ (١٠٠) باب ميراث أولاد الأخوة والأخوات ص ١٦٨ الحديث ١.
(٢) الإستبصار: ج ٤ (١٠٠) باب ميراث أولاد الأخوة والأخوات ص ١٦٨ قال بعد نقل حديث ١: قال محمد بن الحسن هذا الخبر يدل على أنه إذا اجتمع أخت من أم وأخت من أب أن تعطى الأخت من الأم السدس بالتسمية والأخت من الأب الباقي الخ.

والجد الأدنى يمنع الأعلى. وإذا اجتمع معهم الأخوة، فالجد كالأخ،
والجدة كالأخت.

أقول: هذا اختيار الشيخ (١) لأنه يأخذ نصيب الأم وجد الأب يأخذ نصيب
الأب، وبه قال الفقيه (٢) والقاضي (٣) وابن حمزة (٤) وابن إدريس (٥) وقال
الحسن: يأخذ السدس كالأخ من الأم (٦) وبه قال الصدوق في المقنع (٧) واختاره
ابن زهرة (٨) وقطب الدين الكيدري (٩).

(١) النهاية: باب ميراث الأجداد والجدات ص ٦٤٨ س ٤ قال: وإن خلف جدا من قبل أبيه إلى
قوله: كان للجد أو الجدة من قبل الأم الثلث، نصيب الأم، والباقي للجد أو الجدة من قبل الأب نصيب
الأب.

(٢) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨١ س ٢٧ قال: وقال علي بن بابويه في رسالته: فإن ترك
جدا من قبل الأب وجدا من قبل الأم الخ.

(٣) المهذب: ج ٢ باب ميراث الأجداد والجدات ص ١٤٢ س ١٤ قال: فإن ترك جده وجدته من
قبل أبيه وجده وجدته من قبل أمه كان للجد والجدة من قبل الأب الثلثان للذكر مثل حظ الأنثيين،
وللجد والجدة من قبل الأب الثلث بينهما بالسوية.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الأجداد والجدات ص ٣٩٢ س ٧ قال: وإن كان أحدهما لأب
والآخر لأم كان الثلثان للجد أو الجدة من قبل الأب، والثلث للجد أو للجدة من قبل الأم.

(٥) السرائر: كتاب المواريث ص ٤٠٢ س ١ قال: والصحيح من أقوال أصحابنا المحصلين: إن لواحد
الأجداد من قبل الأم الثلث الخ.

(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨١ س ٢٩ قال: وقال ابن أبي عقيل: لو ترك جدته
أم أمه، فلام الأم السدس الخ إلى قوله: وكذا قال قطب الدين الكيدري.

(٧) المقنع: باب المواريث ص ١٧٥ س ٣ قال: فإن ترك جدا من قبل الأب وجدا من قبل الأم
فللجد من قبل الأب الثلثان وللجد من قبل الأم الثلث الخ ولا يخفى أن هذه العبارة على خلاف المطلوب
أدل، ولاحظ ما كتب في ذيل الصفحة نقلا عن المختلف.

(٨) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦٠٧ س ١٦ قال: كان للواحد من قبل الأم أختا أو أختا
جدا أم جدة السدس الخ.

(٩) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨١ س ٢٩ قال: وقال ابن أبي عقيل: لو ترك جدته
أم أمه، فلام الأم السدس الخ إلى قوله: وكذا قال قطب الدين الكيدري.

مسألتان

(الأولى) لو اجتمع أربعة أجداد لأب ومثلهم لأم كان لأجداد الأم الثلث بينهم أرباعا، ولأجداد الأب وجداته الثلثان، لأبوي أبيه ثلثا الثلثين أثلاثا، ولأبوي أمه الثلث أثلاثا أيضا، فيصح من مائة وثمانية. (الثانية) الجد وإن علا يقاسم الأخوة والأخوات. وأولاد الأخوة والأخوات وإن نزلوا يقومون مقام آبائهم عند عدمهم في مقاسمة الأجداد والجدات ويرث كل واحد منهم نصيب من يتقرب به، ثم إن كانوا إخوة أو أخوات لأب اقتسموا المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كانوا لأم اقتسموا بالسوية

(الثالثة) لو ترك إخوة لأم وجدا قريبا لأب، وجدا بعيدا لأم، فلجد الأب ثلثي المال، ولإخوة الأم الثلث، وهل يشاركونهم جد الأم البعيد؟ احتمالان: نعم لأن الأخ لا يمنع الجد البعيد، والقريب لا يزاحمه البعيد فيما حصل له. وكذا لو ترك إخوة للأب وجدا بعيدا من قبله، وإخوة للأم وجدا قريبا من قبلها، كان لأقرباء الأم الثلث بينهم بالسوية، ولإخوة الأب الثلثان، وهل يشاركونهم جد الأب البعيد؟ يحتمله لأن بعده لا يمنعه من مقاسمة الأخوة، وهو لا يزاحم الجد القريب فيما حصل له.

ويحتمل عدم الشركة لكونه محجوبا بالجد القريب، وقضية الحجب هنا المنع من أصل الإرث.

(الرابعة) لو ترك جد لأم وابن أخ لأم مع أخ لأب، فلأخ الأب الثلثان، ولجد الأم الثلث، وهل يزاحمه ابن الأخ للأم؟ فيه الاحتمالان: وكذا لو ترك جد الأب وابن أخ له مع أخ للأم، فلأخ الأم السدس ولجد الأب الباقي، وهل يزاحم ابن

(المرتبة الثالثة) الأعمام والأخوال.

للعلم المال إذا انفرد، وكذا

للعلمين فصاعداً، وكذا العمة والعمتان والعمات، والعمومة والعمات
للذكر مثل حظ الأنثيين. ولو كانوا متفرقين، فلمن تقرب بالأم السدس
إن كان واحداً، والثلث إن كانوا أكثر بالسوية، والباقي لمن يتقرب
بالأب وبالأم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويسقط من يتقرب بالأب
معهم ويقومون مقامهم عند عدمهم. ولا يرث الأبعد مع الأقرب، مثل
ابن خال مع خال أو عم، أو ابن عم مع خال أو عم، إلا ابن عم لأب
وأم مع عم لأب، فابن العم أولى.

الأخ للأب؟ فيه الوجهان.

قال طاب ثراه: ولا يرث الأبعد مع الأقرب، مثل ابن خال مع خال أو عم، أو
ابن عم مع خال أو عم إلا ابن عم لأب وأم مع عم لأب فابن العم أولى.
أقول: هذه هي المسألة الإجماعية التي انفردت بها الإمامية، لكن لما خالفت القواعد
المقررة، وأصول المذهب المعتبرة - اعتبرنا فيها بقاء الصورة التي ورد بها النص على
حالتها على المختار من الأقوال والمحصل من فتاوى المحققين.

فروع

(الأول) لا يتغير الحكم بتعدد العم، أو ابن العم، ولا بانضمام الزوج والزوجة
قاله الشهيد (١) ويحتمله لأنه غير صورة النص، قاله العلامة: في القواعد (٢).

(١) الدروس: كتاب الميراث ص ٢٥١ س ٧ قال: قاعدة لا يمنع أبعد أقرب إلا في مسألة إجماعية،
إلى قوله: ولا يتغير الحكم الخ.

(٢) القواعد: ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١٠ قال: ولا يرث ابن
العم مع العم إلا في مسألة إجماعية إلى قوله: ولو تغير الحال انعكس الحجب الخ.

والإشكال في تعددهما، أو تعدد أحدهما أقوى من الإشكال في انضمام الزوجين.

ووجه الإشكال: من حيث مشاركتها في المقتضي للترجيح، فإن ابن العم له المال وحده، فمع تعدده أولى، وسبب إرث العمين العمومة، وابن العم مانع لهذا السبب، ومانع أحد السببين المتساويين مانع الآخر.

(الثاني) هل يتغير الحكم بتبديل الذكورة بالأنوثة؟ بأن كان بدل العم عمّة؟ الأظهر: نعم، اقتصاراً على مورد النص، وهو اختيار ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة في القواعد (٣) وقال الشيخ، العمّة للأب كالعَم (٤).

(الثالث) لو جامعها خال أو خالة؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:

(أ) حرمان ابن العم، ويكون المال بين العم والخال أثلاثاً، لتغيير الصورة المنصوصة، وهو اختيار عماد الدين بن حمزة القمي ويعرف بالطبرسي رحمه الله (٥)

-
- (١) السرائر: في ترتيب الوراث ص ٣٩٧ س ١٢ قال: فإن كان عوض العم المذكور فيها عمّة للأب كان الميراث لها دون ابن العم.
- (٢) الشرائع: المرتبة الثالثة: الأعمام والأخوال، قال: ولو انضم إليهما (أي عم لأب وابن عم) ولو خال تغيرت الحال وسقط ابن العم.
- (٣) القواعد: ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١١ قال: فلو كان بدل العم عمّة إلى قوله: كان الأبعد ممنوعاً.
- (٤) الإستبصار: ج ٤ (١٠١) باب ميراث الأولى من ذوي الأرحام ص ١٧٠ ذيل حديث ٣ س ١٣ قال: والوجه الآخر أن يكون هذا الحكم يختص إذا كان بنو العم لأب وأم والعم أو العمّة لأب خاصة الخ.
- (٥) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٩ قال: وقال العماد القمي ويعرف بالطبرسي: المال للعم والخال لأن ابن العم محجوب بالخال.

وابن إدريس (١) وظاهر الشيخ في المسألة الحلبية (٢) والمصنف (٣) والعلامة في القواعد (٤).

ويؤيده رواية مسلمة بن محرز عن الصادق عليه السلام قال: في ابن عم وخال: قال: المال للخال (٥).

(ب) حرمان العم ويكون المال للخال وابن العم قاله قطب الدين الراوندي (٦) ومعين الدين المصري (٧) لأن الخال لا يمنع العم، فلئن لا يمنع ابن العم الذي هو حاجب للعم أولى، وهو أقرب من ابن العم، وابن العم يرث مع العم، فيرث مع الخال المساوي له.

(ج) حرمان العم وابن العم واختصاص الخال بالمال، قاله سديد الدين الحمصي (٨) لأن العم محجوب بابن العم، وابن العم محجوب بالخال.

(١) السرائر: في ترتيب الوراث ص ٣٩٧ س ١٣ قال: وكذلك لو كان خال وعم للأب وابن العم للأب والأم كان المال للعم الثلثان وللخال الثلث وسقط ابن العم للأب والأم.

(٢) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٤ قال بعد نقل اعتراض ابن إدريس على الشيخ نقلا عنه: وقد رجح شيخنا عن هذا في المسائل الحلبية.

(٣) الشرائع: في الموارث، المرتبة الثالثة الأعمام والأخوال قال: ولو انضم إليهما ولو خال تغيرت الحال وسقط ابن العم.

(٤) القواعد: ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١٢ قال: ولو اجتمع مع العم وابن العم خال أو خالة فالأجود حرمان ابن العم.

(٥) التهذيب: ج ٩ (٣٠) باب ميراث العم والعمات والأخوال والخالات ص ٣٢٨ قطعة من حديث ١٨.

(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٧ و ٩ قال: وقال قطب الدين الراوندي: المال للخال وابن العم، وقال معين المصري: واعلم أن هذه المسألة الخ.

(٧) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٧ و ٩ قال: وقال قطب الدين الراوندي: المال للخال وابن العم، وقال معين المصري: واعلم أن هذه المسألة الخ.

(٨) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ في الهامش، وقال السديد الدين الحمصي: المال للخال الخ.

ولللخال المال إذا انفرد، وكذا للخالين والأخوال، والخاله والخاليتين والخالات.

ولو اجتمعوا فالمال بينهم بالسوية كيف كانوا.
ولو كانوا متفرقين، فللمن يتقرب بالأم السدس إن كان واحداً،
والثلث إن كانوا أكثر، والثلثان لمن يتقرب بالأب والأم، ويسقط من
يتقرب بالأم معهم، والقسمة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.
ولو اجتمع الأخوال والأعمام، فللأخوال الثلث، وللأعمام
الثلثان.

ولو كان معهم زوج أو زوجة فلهما النصيب الأعلى، ولمن يتقرب
بالأم ثلث الأصل، والباقي لمن يتقرب بالأب.
ولو اجتمع عم الأب وعمته، وخاله وخالته، وعم الأم وعمتها
وخالها وخالتها، كان لمن يتقرب بالأم الثلث، بينهم أرباعاً، ولمن

قال العلامة في المختلف: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين، فإن كل واحد من هذه
الأقوال ينقدح فيه الرجحان (١).

واحتمل العلامة في القواعد قولاً رابعاً: وهو حرمان الخال مع العم (٢)
واختصاص المال بابن العم، لأنه مانع للعم والخال مساويه في المرتبة، ومانع أحد
المتساويين مانع الآخر، وإلا لم يكونا متساويين.
قال طاب ثراه: ولو اجتمع عم الأب وعمته، وخاله وخالته، وعم الأم وعمتها
وخالها وخالتها كان لمن يتقرب بالأم الثلث بينهم أرباعاً، ولمن يتقرب بالأب

(١) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٨٢ س ٢٨ قال: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين الخ.
(٢) القواعد: ج ٢ الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٥ س ١٣ قال: وحرمان الخال
والعم.

يتقرب بالأب الثلثان، ثلثه لعمه وعمته أثلاثاً، وثلثه لخاله وخالته بالسوية على قول.

(مسائل)

(الأولى) عمومة الميت وعماته، وخؤولته وخالاته وأولادهم وإن نزلوا، أولى من عمومة أبيه وخؤولته. وكذا أولاد كل بطن أقرب، أولى من البطن الأبعد. ويقوم أولاد العمومة والعمات والخؤولة والخالات مقام آبائهم عند عدمهم، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به، واحداً كان أو أكثر.

(الثانية) من اجتمع له سببان ورث بهما ما لم يمنع أحدهما الآخر، فالأول: كابن عم لأب هو ابن خال لأم، وزوج هو ابن عم، وعمة لأب هي خالة لأم. والثاني: كابن عمه هو أخ لأم.

(الثالثة) حكم أولاد العمومة والخؤولة مع الزوج والزوجة حكم آبائهم، يأخذ من يتقرب ثلث الأصل، والزوج نصيبه الأعلى، وما يبقى لمن يتقرب بالأب.

الثلثان، ثلثاه لعمه وعمته أثلاثاً، وثلثه لخاله وخالته بالسوية على قول. أقول: هذا قول للشيخ في النهاية (١) وتابعه المتأخرون على ذلك (٢)، لأنهم

(١) النهاية: باب ميراث ذوي الأرحام ص ٦٥٧ س ٦ قال: وإذا اجتمع عم أب وعمته الخ (٢) لاحظ الشرائع: كتاب الفرائض، المرتبة الثالثة الأعمام والأخوال قال: ولو اجتمع عم الأب وعمته الخ وفي اللعة: ج ٨ ص ١٦٢ س ١ قال: فلو ترك الميت عم أبيه الخ وفي القواعد: ج ٢، الفصل الثالث في ميراث الأعمام والأخوال ص ١٧٦ س ١٢ قال: إذا اجتمع عم الأب وعمته الخ.

المقصد الثاني: في ميراث الأزواج
للزوج مع عدم الولد النصف، وللزوجة الربع، ومع وجوده وإن نزل
نصف النصيب، ولو لم يكن وارث سوى الزوج رد عليه الفاضل، وفي
الزوجة قولان: أحدهما لها الربع والباقي للإمام، والآخر يرد عليها
الفاضل كالزوج. وقال ثالث: بالرد مع عدم الإمام. والأول أظهر.
وإذا كن أكثر من واحدة فهن مشتركات في الربع أو الثمن.
وترث الزوجة وإن لم يدخل بها الزوج. وكذا الزوج. وكذا في العدة
الرجعية خاصة، لكن لو طلقها مريضا ورثت وإن كان بائنا، ما لم تخرج
السنة، ولم يبرأ، ولم تتزوج، ولا ترث البائن إلا هنا. ويرث الزوج من
جميع ما تركته المرأة، وكذا المرأة عدا العقار، وترث من قيمة الآلات
والأبنية، ومنهم من طرد الحكم في أرض المزارع والقرى، وعلم الهدى
يمنعها العين دون القيمة.

يتقربون بالأم. وذهب بعضهم إلى القسمة أثلاثا (١) كما في جد أم الأب وجدته،
وجمهور الأصحاب على الأول (٢).
قال طاب ثراه: ولو لم يكن وارث سوى الزوج - إلى قوله: والأول: أظهر.
أقول: تقدم البحث في هذه المسألة.
قال طاب ثراه: ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة، وكذا الزوجة عدا العقار.

(١) الإيضاح: ج ٤ ص ٢٣٠ قال في شرح قول العلامة في القواعد: (ويحتمل أن يكون لعم الأم
وعمتها الخ) ما لفظه: والاحتمال الثاني ذكره أفضل المحققين نصير الحق والدين، الطوسي رحمه الله في
فرائضه الخ
(٢) لاحظ ما نقلناه آنفا عن الشرائع والقواعد واللمعة.

أقول: أعلم أن كل وارث، فإنه يرث من جميع متروكات مورثه، وخرج منه بالنص أمور:

- (الأول) الزوجان بالنسبة إلى القصاص والحد، وهو إجماع.
- (الثاني) النساء بالنسبة إلى القصاص، وهو قول الشيخ في الإستبصار (١) وسيأتي تحقيقه في موضعه إن شاء الله.
- (الثالث) أقارب الأم بالنسبة إلى الدية (٢) على قول (٣).
- (الرابع) النساء بالنسبة إلى الولاء إلا في موضعين:
(أ) إذا باشرت العتق.
(ب) إذا أعتق مولاها الذي باشرت عتقه ثم مات الواسطة.
- (الخامس) الزوجة تحرم من شيء ما، من متروكات الزوج عند الإمامية، إلا ابن الجنيد (٤)، وقد سبقه الإجماع وتأخر عنه، والحجة فيه النصوص عن أهل البيت عليهم السلام، الآخذين علومهم عن النبي صلى الله عليه وآله المتلقاة عن الوحي الإلهي (٥).
- والحكمة فيه مذكورة في نصوصهم عليهم السلام (٦)، وفي عبارات علمائهم، وهو تطرق الضرر على أقرباء الميت، إذ لا حجر لهم عليها في التزويج، فربما تزوجت بمن

- (١) الإستبصار: ج ٤ (١٥٣) باب أنه ليس للنساء عفو ولا قود ص ٢٦٢ الحديث ١.
- (٢) الكافي: ج ٧ باب موارث القتلى ومن يرث من الدية ومن لا يرث، فلاحظ.
- (٣) النهاية: بيان ميراث القاتل ومن يستحق الدية ص ٦٧٣ س ١٦ قال: ولا يستحقها الأخوة والأخوات من قبل الأم.
- (٤) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض في ميراث الزوجين ص ١٨٤ س ٢ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وللزوجة الثمن من جميع التركة عقارا وأثاث الخ.
- (٥) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج الأحاديث ٢٤ إلى ٣٤ والحكمة مذكورة فيها.
- (٦) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج الأحاديث ٢٤ إلى ٣٤ والحكمة مذكورة فيها.

كان منافسا للمتوفي وحاسدا وعدوا مغیظا، فيثقل ذلك على أهله وعشيرته، فعدل بها عن ذلك إلى أجمل الوجوه (١).
وهذا التعليل مما تقتضيه الحكمة الخلقية، ومستبعده مستهزئ بالشرع.
وزادا عليه: روى حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه قال: إنما جعل للمرأة قيمة الخشب؟ لئلا تتزوج فتدخل عليهم من يفسد موارثهم (٢).
واختلفت الروايات عنهم في كمية الشيء الذي تحرمه وكيفيته وشرطه (٣).
واختلفت الأقوال بحسب ذلك. فهنا بحثان:
(الأول) هل الحرمان عام في كل زوجة، سواء كان لها ولد، أو لم يكن؟ أو هو خاص بغير ذات الولد؟
بالأول صرح ابن إدريس (٤) وهو ظاهر المفيد (٥) والتقي (٦) والمرضى في الانتصار (٧) والشيخ في الاستبصار (٨).

- (١) لاحظ الانتصار: المسائل المشتركة في الإرث، ص ٣٠١ قال: مسألة: ومما انفردت به الإمامية القول: بأن الزوجة لا ترث من رباغ المتوفى شيئا إلى قوله: والذي يقوي في نفسي الخ.
(٢) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٨.
(٣) سيأتي عن قريب.
(٤) السرائر: كتاب الفرائض ص ٤٠١ س ٣٢ قال: والصحيح أنها لا ترث من نفس التربة ولا من قيمتها، بل يقوم الطوب والآلات وتعطي قيمته إلى قوله: هذا إذا لم يكن لها ولد.
(٥) المقنعة: باب ميراث الأزواج ص ١٠٤ س ٢٢ قال: ولا ترث الزوجة شيئا مما يخلفه الزوج من أرباع وتعطي قيمة الخشب والطوب.
(٦) الكافي: فصل في الإرث ص ٣٧٤ س ١٩ قال: ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والأرضين شيئا وترث من قيمة آلات الرباع.
(٧) الانتصار: المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠١ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية، القول: بأن الزوجة لا ترث من رباغ المتوفى.
(٨) الاستبصار: ج ٤ (٩٤) باب أن المرأة لا ترث من العقار والدور والأرضين شيئا من تربة الأرض، ولها نصيبها من قيمة الطوب والخشب والبنيان ص ١٥٤ س ٥ قال: قال محمد بن الحسن: هذه الأخبار التي أوردناها عامة في أنه ليس للمرأة الخ.

وبالثاني قال الشيخ في التهذيب (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) وهو قول الصدوق (٤) واختاره المصنف (٥).

احتج الأولون بعموم صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: أن المرأة لا تترث مما ترك زوجها من القرى والدور والسلاح والدواب شيئا، وترث من المال والفرش والثياب ومتاع البيت مما ترك، ويقوم النقض والأبواب والجذوع والقصب، فتعطي حقها منه (٦).

ومثلها صحيحة محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئا (٧).

فإن قلت: لا يصح الاستدلال بالرواية الأولى، وإلا لزم عدم إرثها من السلاح

(١) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٣٠٠ قال بعد نقل حديث ٣٥ ما لفظه: قال محمد بن الحسن: هذا الخبر محمول على أنه إذا كان للمرأة ولد فإنها ترث من كل شيء تركه الميت عقارا كان أو غيره الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب ميراث الأزواج والزوجات ص ١٤١ س ٤ قال: فإن كان لها منه ولد دفع إليها حقها من نفس ذلك.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الأزواج والزوجات ص ٣٩١ س ٥ قال: فإن كانت الزوجة ذات ولد من زوجها المتوفى عنها لزم ميراثها من جميع تركاته.

(٤) الفقيه: ج ٤ (١٧٥) باب نواذر الموارث ص ٢٥٢ قال بعد نقل حديث ٨ قال مصنف هذا الكتاب: هذا إذا كان لها منه ولد الخ.

(٥) الشرائع: في مسائل من أحكام الأزواج، الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك الخ.

(٦) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٥.

(٧) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٦.

والدواب، وهو خلاف الإجماع.
فاعلم أن فخر المحققين أجاب عنه: بحمل السلاح على ما يحبى به الولد الأكبر،
والدواب يحمل على أنه أوقفها أو أوصى بها وخرج من الثلث، لأن السؤال وقع في
صورة خاصة، واللام في قوله: (المرأة) للعهد، أي راجع إلى المرأة التي وقع السؤال
عنها.

فإن قيل: تبقى رواية وردت على صورة خاصة، فلا تتعدى.
أجاب لا نسلم عدم التعدي إذا لم يدل دليل على اختصاصها (١).
احتج الآخرون: بأن ذلك جمعا بين ما تقدم وبين رواية الفضل بن عبد الملك أو
ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل هل يرث من دار
امراته، أو أرضها من التربة شيئا، أو يكون في ذلك بمنزلة المرأة فلا ترث من ذلك
شيئا؟ فقال: يرثها، وترثه كل شئ ترك وتركت (٢).
ويشهد بصريح الجمع رواية محمد بن أبي عمير عن ابن أذينة في النساء إذا كان
لهن ولد أعطين من الرباع (٣).

(الثاني) في كمية الحرمان وكيفيته، وفيه ثلاثة أقوال:
(أ) وهو المشهور بين الأصحاب والأكثر في الروايات (٤) حرمانها من نفس
الأرض والقرى والمزارع والرباع، وهي الدور والمنازل وعين الأنهار وأبنيتها
وأشجارها، وتعطى مما عدا الأرض من ذلك، وهو قول الشيخ في النهاية (٥) وتبعه

-
- (١) الإيضاح: ج ٤ في ميراث الأزواج ص ٢٤١ س ٩.
(٢) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٣٠٠ الحديث ٣٥.
(٣) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٣٠١ الحديث ٣٦.
(٤) لاحظ الكافي: ج ٧ كتاب الموارث ص ١٢٧ باب أن النساء لا يرثن من العقار شيئا.
(٥) النهاية: باب ميراث الأزواج ص ٦٤٢ س ١ قال: والمرأة لا ترث من زوجها من الأرضين والقرى والرباع
الخ.

-
- القاضي (١) وهو ظاهر التقي (٢) وابن حمزة (٣) واختاره المصنف في الشرائع (٤).
(ب) حرمانها من الرباع دون البساتين والضياع، وتعطى قيمة الآلات والأبنية من الدور والمساكن، وهو قول المفيد (٥) وابن إدريس (٦) والمصنف في النافع (٧).
(ج) حرمانها من عين الرباع، فتعطى قيمتها، وترث من رقبة المزارع والضياع، وهو قول السيد المرتضى (٨) واستحسنه العلامة في المختلف لما فيه من الجمع بين عموم القرآن وخصوص الأخبار، قال: ثم قول شيخنا المفيد جيد أيضا، يعني حرمانها من الرباع خاصة دون المزارع، لما فيه من تقليل التخصيص، قال: ومع هذا كله فالفتوى على ما قاله الشيخ (٩).

-
- (١) المهذب: ج ٢ باب ميراث الأزواج والزوجات ص ١٤٠ س ١٨ قال: والمرأة إذا لم يكن لها ولد من زوجها ومات عنها لم يورث من الأرضين والرباع الخ.
(٢) الكافي: الإرث ص ٣٧٤ س ١٩ قال: ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والأرضين شيئا.
(٣) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الأزواج والزوجات ص ٣٩١ س ٦ قال: وإن لم تكن ذات ولد منه لم يكن لها حق في الأرضين والقرى الخ.
(٤) الشرائع: في مسائل من أحكام الأزواج (الخامسة) قال: ولو لم يكن (أي ولد) لم ترث من الأرض شيئا الخ.
(٥) المقنعة: باب ميراث الأزواج ص ١٠٤ س ٢٢ قال: ولا ترث الزوجة شيئا مما يخلفه الزوج من الرباع، وتعطى قيمة الخشب الخ.
(٦) السرائر: كتاب الفرائض ص ٤٠١ س ٢٩ قال: والأول (أي عدم الإرث من الرباع) اختيار الشيخ المفيد وهو الذي يقتضيه مذهبنا.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) الإنتصار: المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠١ قال: الزوجة لا ترث من رباغ المتوفى شيئا بل تعطى بقيمتها حقها من البناء والآلات دون قيمة العراس.
(٩) المختلف: في ميراث الزوج والزوجة ص ١٨٤ س ١٧ قال: وقول السيد المرتضى حسن الخ.

(مسألتان)

(الأولى) إذا طلق واحدة من أربع وتزوج أخرى، فاشتبهت، كان للأخيرة ربع الثمن مع الولد، أو ربع الربع مع عدمه، والباقي بين الأربعة بالسوية.

(الثانية) نكاح المريض مشروط بالدخول، فإن مات قبله فلا مهر لها ولا ميراث.

المقصد الثالث: في الولاء، وأقسامه ثلاثة:

(القسم الأول) ولاء العتق: ويشترط التبرع بالعتق، وأن لا يتبرع من ضمان جريرته، فلو كان واجبا كان المعتق سائبة. وكذا لو تبرأ بالعتق وتبرء من الجريرة. ولا يرث المعتق مع وجود مناسب وإن بعد. ويرث مع الزوج والزوجة.

احتج الأولون بما تقدم من الروايات.

احتج المفيد برواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ترث المرأة الطوب ولا ترث من الرباع شيئا، قلت: كيف ترث من الفرع ولا ترث من الرباع شيئا؟ فقال: ليس لها بينهم حسب ترث به، وإنما هي دخل عليهم ترث من الفرع ولا ترث من الأصل ولا يدخل عليهم داخل بسببها (١). دلت على نفي التوريث من الرباع لا غير، فبقي الباقي على أصله لعموم القرآن. ولرواية مثني عن يزيد الصائغ قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إن

(١) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٨ الحديث ٢٧.

وإذا اجتمعت الشروط: ورثه المنعم إن كان واحداً، واشتركوا في المال إن كانوا أكثر.

ولو عدم المنعم، فللأصحاب فيه أقوال: أظهرها: انتقال الولاء إلى الأولاد الذكور دون الإناث، فإن لم يكن الذكور، فالولاء لعصبة المنعم. ولو كان المعتق امرأة فإلى عصبته دون أولادها ولو كانوا ذكورا.

النساء لا يرثن من رباع الأرض شيئاً ولكن لهن قيمة الطوب والخشب، قال: قلت: إن الناس لا يأخذون بهذا، فقال: إذا ولينا ضربناهم بالسوط، فإن انتهوا، وإلا ضربناهم بالسيف (١).

احتج السيد، بالجمع بين عموم القرآن وخصوص الروايات. قال طاب ثراه: ولو عدم المنعم فللأصحاب فيه أقوال: أظهرها انتقال الولاء إلى الأولاد الذكور دون الإناث فإن لم يكن الذكور فالولاء لعصبة المنعم. ولو كان المعتق امرأة فإلى عصبته دون أولادها ولو كانوا ذكورا.

أقول: المنعم المعتق سمي منعماً، ومولى النعمة. والأصل في هذا السبب قول النبي صلى الله عليه وآله: الولاء لحمة كلحمه النسب (٢). ووجه المشابهة: إن الرقيق كالمعقود لنفسه الموجود لسيدته، لأنه لا يستقل بالعقود، ولا يملك ولا يتصرف لنفسه، وإنما يتصرف لسيدته، فإذا أعتقه صار لنفسه، وملك كل ذلك لنفسه، فالمعتق صار سبباً لوجوده الحكمي كما أن الأب سبباً لوجوده الحقيقي، وكلما يصدر عنه من صدقة أو عتق وغيره فالمولى سبب السبب فيه، فله إنعام على المعتق. وكذا كل من أنعم العتق عليه بهبة وغيرها، فالمولى سبب السبب فيها.

والولاء بفتح الواو وبالكسر، التوالي، فالمنعم يرث العتق إجماعاً ذكراً كان أو

(١) التهذيب: ج ٩ (٢٧) باب ميراث الأزواج ص ٢٩٩ الحديث ٢٩.

(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٥٥ الحديث ١٥٩ وتامه (لا تباع ولا توهب).

أنثى لقوله عليه السلام (الولاء لمن أعتق) (١).
فإن مات المنعم فإلى من ينتقل الولاء بعده؟ قيل فيه خمسة أقوال:
(الأول) إلى عاقلته الذين يكون عليهم الدية لو جنى خطأ وهو قول الحسن (٢).
(الثاني) إلى أولاده الذكور إن كان رجلاً، وإن كان امرأة فإلى عصبتها، دون
أولادها وإن كانوا ذكورا وهو قول الشيخ في النهاية (٣) وبه قال القاضي (٤) وابن
حمزة (٥).
فهنا حكمان:

(أ) ثبوته لأولاد الرجل الذكور خاصة.
ويدل عليه رواية بريد بن معاوية قال: سألت الصادق عليه السلام عن رجل
- إلى قوله - ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال الحديث (٦) وكان
السؤال عن رجل.
(ب) اختصاصه بعصبة المرأة.
يدل عليه صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: سألته

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٢٤ قطعة من حديث ٤٠.
(٢) المختلف: ج ٢ كتاب العتق، الفصل الثاني في الولاء ص ٨٠ س ٣٩ قال: وقال ابن عقيل: إلى
قوله: فإذا مات مولاة فلعاقلته الذين يكون عليهم الدية إذا جنى جناية الخطأ.
(٣) النهاية: باب الولاء ص ٥٤٧ س ١٧ قال: وإذا مات المعتق ورث ولاء مواليه أولاده الذكور منهم
الخ.
(٤) المهذب: ج ٢ باب الولاء ص ٣٦٤ س ١١ قال: وإذا مات المعتق ورث ولاء مواليه أولاده
الذكور دون الإناث.
(٥) الوسيلة: فصل في بيان الميراث بالولاء ص ٣٩٧ س ١٦ قال: فإن مات مولاة كان ميراثه لولده
الذكور دون الإناث.
(٦) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٥٤ قطعة من حديث ١٥٨.

عن امرأة أعتقت مملوكا ثم ماتت قال: يرجع الولاء إلى بني أبيها (١).
(الثالث) انتقله إلى أولاده ذكورا وإناثا إن كان رجلا، وإن كان امرأة
فلعصبتها دون أولادها، وهو قول الشيخ في الخلاف (٢) وبعض أصحابنا.
(الرابع) انتقله إلى الأولاد الذكور خاصة رجلا كان المنعم أو امرأتا وهو قول
المفيد (٣).

(الخامس) انتقله إلى أولاد المعتق ذكورا كانوا أو إناثا، رجلا كان أو امرأتا،
وهو قول الصدوق (٤) محتجا بعموم قوله عليه السلام (الولاء لحمة كلحمه
النسب) (٥). وقال أبو علي: النساء لا يرثن من الولاء شيئا (٦).
تذنيبان

(١) العتيق لا يرث المنعم لو فقد الوارث، بل يكون ميراثه للإمام، وقال
الصدوق في كتابه، يرثه المنعم عليه (٧) وبه قال أبو علي (٨).

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب العتق وأحكامه ص ٢٥٤ الحديث ١٥٥.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض مسألة ٨٦ قال: المعتق إذا كان امرأتا فولاء مولاه لعصبتها دون أولادها.
(٣) المقنعة: باب ميراث المولي وذوي الأرحام ص ١٠٦ س ٣ قال: وإن مات المعتق قبل المعتق ثم
مات المعتق بعده ولم يترك ولدا ولا ذا قرابة كان ميراثه لولد مولاه الذي أعتقه
(٤) الفقيه: ج ٤ (١٥١) باب ميراث الموالي ص ٢٢٤ س ١٣ قال: فإن ترك بني وبنات مولاه المنعم
إلى قوله: فالمال لبني وبنات مولاه.
(٥) تقدم.
(٦) المختلف: ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٠ س ٣٩ قال: وقال ابن الجنيد: النساء لا يرثن من الولاء شيئا.
(٧) الفقيه: ج ٤ (١٥١) باب ميراث الموالي ص ٢٢٤ س ١١ قال: إذا ترك الرجل مولى منعما أو
منعما عليه إلى قوله: فالمال له.
(٨) المختلف: ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٢ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد: والمولى الأسفل يرث الذي
عتقه الخ.

ولا يصح بيعه ولا هبته. ويصح جره من مولى الأم إلى مولى الأب إذا كان الأولاد مولودين على الحرية.

(٢) الولاء يورث به إجماعاً، وهل يورث؟ قال أبو علي: لا (١)، ومثله قول الشيخ في الإيجاز (٢) واختاره العلامة (٣) لقوله عليه السلام: الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب لا يورث، بل يورث به، ولأنه يفيد العصوبة كالنسب فلا يكون موروثاً، لقوله عليه السلام: إنما الولاء لمن أعتق، وهي للحصر ولم يعتق الوارث، ولأن سببه إنعام السيد على العبد وهذا الإنعام لا ينتقل، فيستحيل انتقال الولاء، لعدم انتقال الإنعام عليه.

وقال بعض أصحابنا: نعم لأنه من الحقوق المتروكة، فكان داخلاً تحت عموم آية الإرث.

ورد بمنع كلية الكبرى، لأننا نمنع كون كل حق قابلاً للنقل، وإلا لصح بيعه. وتظهر الفائدة في مسائل:

(أ) لو مات المنعم عن ذكرين، ثم مات أحدهما عن ولد، ثم مات العبد، فعلى الأول يرثه ابن المنعم وحده دون ابن أخيه لأننا نعتبر أقرب الورثة إلى المنعم عند موت المعتق، وعلى الثاني يرثه ابن الميت وعمه، حتى لو كان ابن ابن ابن ابن ابن عم أبيه وأخذ كل منهما النصف، لأنه حق ورث عن المنعم، فلما كان له ابنان انقسم الولاء بينهما ويصير مال كل منهما إلى ورثته ويورث عنه وهكذا وإن تنازلوا.

(ب) لو مات المنعم عن ابن وابن آخر، ثم مات الابن وترك ابناً، ثم مات العبد، فعلى الأول هو بينهما لتساويهما في الدرجة، وعلى الثاني تركة العبد لابن

(١) المختلف: ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٢ س ٣٣ قال: مسألة في عبارات بعض أصحابنا أن الولاء موروث كالمال ونص ابن الجنيد على خلافه.

(٢) الإيجاز: في ضمن رسائل العشر، فصل في ذكر الولاء ص ٢٧٨ س ٤ قال: والولاء لا يورث الخ.

(٣) المختلف: ج ٢ في أحكام الولاء ص ٨٢ س ٣٧ قال: والأقرب عندي أن الولاء غير موروث الخ.

(القسم الثاني) ولاء تضمن الجريرة: ومن توالى إنسانا يضمن حدثه ويكون ولاءه له، ثبت له الميراث ولا يتعدى الضامن، ولا يضمن إلا سائبة كالمعتق في النذر والكفارات، أو من لا وارث له، ولا يرث الضامن إلا مع فقد كل مناسب ومع فقد المعتق، ويرث معه الزوج والزوجة نصيبهما إلا على وما بقي له، وهو أولى من بيت مال الإمام. (القسم الثالث) ولاء الإمامة: ولا يرث إلا مع فقد وارث عدا الزوجة، فإنها تشاركه على الأصح. ومع وجوده عليه السلام فالمال له يصنع به ما شاء. وكان علي عليه السلام يعطيه فقراء بلده تبرعا. ومع غيبته يقسم في الفقراء، ولا يعطى الجائر إلا مع الخوف.

الابن الذي كان حيا عند موت المنعم لانتقاله إلى أبيه ثم إليه بعده. (ج) لو مات المنعم عن ابنين، ثم ماتا وترك أحدهما عشر بنين والآخر ابنا واحدا ثم مات العبد، فعلى الثاني للعشرة النصف، وللآخر وحده النصف الباقي، لأن أب العشرة ورث نصف الولاء فانتقل بموته إليهم، وأب الواحد ورث نصفه وانتقل إلى ابنه بعده، وعلى الأول قيل فيه قولان: أصحهما مساواة الأول، لأن كل واحد من أولاد الأولاد يرث نصيب من يتقرب به على ما تقدم، ويحتمل التساوي لتساويهم في الدرجة، أو لأن أولاد الأولاد كأولاد للصلب، فهذا الاحتمال مبني على هذا القول. قال طاب ثراه: ولا يرث إلا مع فقد كل وارث عدا الزوجة، فإنها تشاركه على الأصح. أقول: تقدم البحث في هذه المسألة. قال طاب ثراه: وكان علي عليه السلام يعطيه فقراء بلده تبرعا (١)، ومع غيبته

(١) أورده في المقنعة ص ١٠٨ س ٧ قال: وكان أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام يعطي تركة من لا وراث له من قريب ولا نسب ولا مولى، فقراء أهل بلده وضعفاء جيرانه وخلقائه تبرعا عليهم بما يستحقه من ذلك، واستصلاحا لرعيته حسب ما كان يراه في الحال من صواب الرأي لأنه من الأنفال كما قدمناه في ذكر ما يستحقه الإمام من الأموال، وله إنفاقه فيما شاء ووضع حيث شاء، ولا اعتراض للأمة عليه في ذلك بحال.

وأما اللواحق فأربعة
الأول: في ميراث ابن الملاعنة: ميراثه لأمه وولده، للأم السدس
والباقي للولد، ولو انفردت، كان لها الثلث والباقي بالرد. ولو انفردت
الأولاد، فللواحد النصف، وللاثنتين فصاعدا الثلثان، وللذكران المال
بالسوية، وإن اجتمعوا فللذكر سهمان وللأنثى سهم. ويرث الزوج
والزوجة نصيبهما إلا على مع عدم الولد وإن نزل، والأدنى معهم. ولو عدم
الولد يرثه من تقرب بأمه الأقرب فالأقرب الذكر والأنثى سواء. ومع
عدم الوارث يرثه الإمام. ويرث هو أمه ومن يتقرب بها على الأظهر،
ولا يرث أباه، ولا من يتقرب به ولا يرثونه. ولو اعترف به الأب لحق به،

يقسم في الفقراء، ولا يعطي الجائر إلا مع الخوف.
أقول: ميراث من لا وارث له لإمام المسلمين، كما عليه عقله فشابه أولي
الأرحام، والمعتك، فمع وجوده (ع) يختص به، ولا حق لأرباب الخمس فيه، ولا لبيت
مال المسلمين، ومع غيبته تصرف في الفقراء من المؤمنين، وليس على حد مال
الإمام الواجب له من الخمس، ولو كان ذلك من الأراضي كان كالأنفال
وللحاكم دفعه إلى الفقراء فتختص به من دفع إليه.
قال طاب ثراه: ويرث هو أمه ومن يتقرب بها على الأظهر.
أقول: ذهب الشيخ في الاستبصار إلى أن ولد الملاعنة لا يرث أخواله، بل يرثونه

وورث هو أباه دون غيره من ذوي قرابة أبيه، ولا عبرة بنسب الأب. فلو ترك إخوة لأب وأم مع أخ أو أخت لأم كانوا سواء في المال. وكذا لو ترك جدا لأم مع أخ أو أخت أو إخوة أو أخت من أب وأم.

إلا أن يعترف به الأب، لأن ذلك يبعد التهمة عن المرأة، ويقوي صحة نسبه (١). ولما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام، في حديث طويل، إلى أن قال: وأما الولد فإني أردته إليه إذا ادعاه ولا ادع ولده، وليس له ميراث، ويرث الابن الأب، ولا يرث الأب الابن يكون ميراثه لأخواله، فإن لم يدعه أبوه فإن أخواله يرثونه ولا يرثهم (٢) وذهب في التهذيب إلى أنه يرثهم (٣)، وهو اختيار الأكثر (٤) وبه قال ابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) لأن نسبه من الأم ثابت فيهم (٨) ولما رواه زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال: وهو يرث أخواله (٩).

(١) الإستبصار: ج ٤ (١٠٤) باب أن ولد الملاعنة يرث أخواله ويرثونه ص ١٨١ ذيل حديث ٨ قال: لأن عند ذلك تبعد التهمة عن المرأة الخ.

(٢) الإستبصار: ج ٤ (١٠٤) باب أن ولد الملاعنة يرث أخواله ويرثونه ص ١٨١ الحديث ٨.

(٣) التهذيب: ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤١ س ١٠ قال: غير أن العمل على ثبوت الموارثة بينهم أحوط وأولى.

(٤) قال في الإيضاح: ج ٤ ص ٢٤٦ الأصح عند المصنف أن ولد الملاعنة يرث أمه ومن يتقرب بها وهو المشهور عند علمائنا الخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩٢ س ٣٠ قال: والوجه ما قاله الشيخ في التهذيب وهو اختيار الأكثر.

(٨) في گل: (ثابت فهم كالأخوة).

(٩) التهذيب: ج ٩ (٣٣) باب ميراث الملاعنة ص ٣٤٠ الحديث ٩.

تذنيب

المشهور أن ميراث ولد الملاعنة لأمه الثلث بالتسمية، والباقي بالرد، وهو اختيار الشيخ في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والقاضي (٣) والتقي (٤) والحسن (٥) والصدوقان في الرسالة (٦) والمقنع (٧) وابن إدريس (٨) والمصنف (٩) والعلامة (١٠). وقال أبو علي: لأمه الثلث والباقي لبيت مال المسلمين (١١) وقال الصدوق في المقنع (١٢): لبيت مال الإمام لأن جنائته عليه إذا كان ظاهرا، وإن كان مستورا

- (١) النهاية: باب ميراثه ولد الملاعنة ص ٦٧٩ س ٩ قال: فميراثه لأمه إذا كانت حية.
- (٢) المقنعة: باب ميراث ابن الملاعنة ص ١٠٦ س ٢٠ قال: وكان جميع تركته لأمه.
- (٣) المهذب: ج ٢ باب ميراث ولد الملاعنة ص ١٦٤ س ٦ قال: وترثه أمه. وقال أيضا في كتاب اللعان والارتداد ص ٣٠٨ س ٦ ويكون ميراث الابن لأمه.
- (٤) الكافي: الإرث ص ٣٧٥ س ١٥ قال: ولا يرثه الأب وترثه أمة.
- (٥) المختلف: ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩١ س ٣٢ قال: فجعل الشيخ ميراث ابن الملاعنة لأمه خاصة وهو قول ابن أبي عقيل والصدوق في المقنع وأبوه في الرسالة.
- (٦) تقدم آنفا تحت رقم ٥.
- (٧) المقنع: باب الموارث ص ١٧٧ س ١١ قال: وإذا ترك ابن الملاعنة أمه وأخواله فميراثه كله لأمه.
- (٨) السرائر: باب اللعان والارتداد ص ٣٣١ س ٨ قال: ويكون ميراث الولد لأمه، وقال أيضا في كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ٣٣ وميراث ولد الملاعنة لأمه.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.
- (١٠) المختلف: ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ١٩٢ س ٢ قال: والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (١١) المختلف: ج ٢ في ميراث ولد الملاعنة ص ٢٩١ س ٣٤ قال: قال ابن الجنيد: إلى قوله: والباقي لبيت مال المسلمين.
- (١٢) هكذا في النسخ المخطوطة التي عندنا، والظاهر أنه سهو من النساخ إذ لم نظفر عليه في المقنع، نعم أنه موجود في الفقيه نصا كما يأتي.

(خاتمة)

تشمّل على مسائل:

(الأولى) ولد الزنا لا ترثه أمه ولا غيرها من الأنساب، ويرثه ولده وإن نزل، والزوج أو الزوجة، ولو لم يكن أحدهم فميراثه للإمام. وقيل: ترثه أمه كابن الملاعنة.

فلأمه الكل (١).

تنبيه

وإذا أقر الأب به بعد اللعان ورث أباه، وهل يرث أقارب أبيه؟ قال الأكثر: لا، وهو اختيار الشيخ (٢) لاختصاص حكم الإقرار بالمقر، فلا يتعدى المقر إلا شهادة، وهي لا تسمع هنا من واحد، وقال ابنه مفيد الدين: وقواه ابن إدريس، نعم (٣) (٤) لأن الإقرار كالبينة الموجبة لثبوت النسب، فيرثهم، وتوقف العلامة (٥) قال طاب ثراه: وقيل: ترثه أمه كابن الملاعنة.

(١) الفقيه: ج ٤ (١٦٤) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٢٣٦ س ٤ قال: قال مصنف هذا الكتاب: إلى قوله: والباقي لإمام المسلمين.

(٢) الإيجاز: في ضمن الرسائل العشر ص ٢٧٥ في ذكر ميراث ولد الملاعنة س ٥ قال: ولا يرث الولد من يتقرب بالأب على حال.

(٣) لم أظفر على قول مفيد الدين.

(٤) السرائر: كتاب الموارث ص ٤٠٥ س ٣٦ قال: وهذا هو الأقوى عندي إلى قوله: لأن الإقرار بمنزلة البينة بل أقوى.

(٥) القواعد: ج ٢ (المقصد الثالث في اللواحق) ص ١٨١ س ١ قال: وهل يرث أقارب الأب مع اعترافه؟ إشكال.

أقول: ولد الزنا لا يرثه أبوه إجماعاً، وهل ترثه أمه كابن الملاعنة أو لا؟ بالأول قال التقي (١) وأبو علي (٢).
وبالثاني قال الشيخ في النهاية (٣) والقاضي (٤) وابن حمزة (٥) وابن إدريس (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة (٨).
احتج الأولون: بما رواه يونس قال: ميراث ولد الزنا لقربته من قبل أمه علي نحو ميراث ابن الملاعنة (٩).
وهي مقطوعة.
وروى إسحاق بن عمار عن الصادق عن الباقر عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول: ولد الزنا وابن الملاعنة ترثه أمه وإخوته لأمه، أو عصبتها (١٠).

-
- (١) الكافي: الإرث ص ٣٧٧ س ٢٠ قال: وولد الزنا يرث أمه ومن يتعلق بنسبها ويرثونه.
(٢) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٢ س ٣٩ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وميراثه لأمه كولد الملاعنة.
(٣) النهاية: باب ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ص ٦٨١ س ٢ قال: والأقوى عندي هو الأول: وهو أن ولد الزنا لا يرث أباه ولا أمه ولا يرثه أبوه ولا أمه.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان ميراث ولد الملاعنة وولد الزنى ص ٤٠٣ س ٣ قال: وأما ولد الزنى لا يرث أحداً ولا يرثه أحد، إلا...
(٥) السرائر: كتاب الفرائض ص ٤٠٦ س ١١ قال: وولد الزنا لا يرث، لا بمن خلق من نطفته ولا من ولدته، ولا يرثونه على حال.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٣ س ٥ قال: والمعتمد ما قاله الشيخ.
(٨) التهذيب: ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤٤ الحديث ٢٢.
(٩) التهذيب: ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤٥ الحديث ٢٣.

(الثانية) الحمل يرث إن سقط حيا، وتعتبر حركة الأحياء كالاستهلال والحركات الإرادية، دون التقلص.
(الثالثة) قال الشيخ: يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطا، ولو كان ذو فرض أعطوه النصيب الأدنى.
(الرابعة) يرث دية الجنين أبواه ومن يتقرب بهما، أو بالأب.

وتأوله الشيخ: بأنه يجوز أن يكون قد سمع الراوي هذا الحكم في ولد الملاعنة، فظن أن حكم ولد الزنا حكمه (١) وهي متروكة.
احتج الآخرون: بأن النسب الشرعي منتف، فليس بولد حقيقة، فلا يدخل في العموم.

ولصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قلت: فإنه مات (يشير إلى ولد الزنا) وله مال من يرثه؟ قال: الإمام (٢).

فرع
وإذ قد عرفت: أن نسبه منقطع بالنسبة إلى أبويه فلا يرثهما ولا يرثانه، فاعلم أن الوارث له ولده وزوجه وزوجته، فلا يتكرر الزنا، فولد ولد الزنا، ولد رشدة إجماعا لا يلحقه حكم ولد الزنا، فيقبل شهادته، ويصح إمامته في الصلاة، وحكمه، ويسري إرثه إلى أبويه وينعكس منهما إليه.
قال طاب ثراه: قال الشيخ يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطا، ولو كان ذو فرض أعطوه النصيب الأدنى.
أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب ولا أعلم فيه خلافا، وأضاف القول إلى

(١) لاحظ ذيل حديث ٢٣ الذي قدمناه آنفا.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٣٣) باب ميراث ابن الملاعنة ص ٣٤٣ قطعة من حديث ١٨.

(الخامسة) إذا تعارفا بما يقتضي الميراث توارثا ولم يكلف أحدهما
البينة.

(السادسة) المفقود يتربص بماله. وفي قدر التربص روايات: أربع
سنين، وفي سندها ضعف، وعشر سنين، وهي في حكم خاص، وفي
ثالثة يقتسمه الورثة إذا كانوا ملاء، وفيها ضعف أيضا، وقال في
الخلافا: حتى يمضي مدة لا يعيش مثله إليها، وهو أولى في الاحتياط
وأبعد من التهجم على الأموال المعصومة بالأخبار الموهونة.

الشيخ لخلوه عن خبر ناطق به (١).

قال طاب ثراه: المفقود يتربص بماله، وفي قدر التربص روايات الخ.
أقول: المستحق للإرث قد يعرض له الحرمان بعروض الشك في نسبه كابن
الملاعنة، أو سببه كالغرقى والمهدوم عليهم، أو في حياته وموته. والمقصود بالبحث
هنا القسم الأخير كالعائب غيبة منقطعة، أي لا يعرف له فيها خبر موت ولا حياة،
ويسمى المفقود، وكذا يقع الشك في توريث الغير منه.

فالبحث هنا يقع في مقامين:

(المقام الأول) في توريث الغير منه.

وفيه أربعة أقوال:

(أ) يحبس ماله عن ورثته قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين وتقسم بعدها بين
ورثته.

(١) كتاب الخلافا: كتاب الفرائض مسألة ١٢٥ قال: إذا مات ميت وخلف ورثة وامرأة حاملا، فإنه
يوقف ميراث ابنين ويقسم الباقي. وفي المبسوط: ج ٤ فصل في ميراث الحمل والأسير والمفقود ص ١٢٤
س ٢٣ قال: وقال محمد بن الحسن: يدفع إلى هذا الابن (أي فما كان للميت ابن حاضر) ثلث المال، لأن
أكثر ما جرت به العادة أن تلد المرأة توأمين، فيكون ثلثه، وهذا الذي يقوى في نفسي الخ.

وهو مذهب الصدوق (١) والسيد (٢).

لرواية إسحاق بن عمار قال: قال أبو الحسن عليه السلام: في المفقود يتربص بماله أربع سنين ثم يقسم (٣).

(ب) النظرة في ميراث من فقد في عسكر وقد شهدت هزيمته، وقيل: من كان فيه، أو أكثرهم أربع سنين. وفيمن لا يعرف مكانه في غيبته ولا خبر له عشر سنين. والمأسور في يد العدو يوقف حاله ما جاء خبره، ثم إلى عشر سنين، وهو قول أبي علي (٤).

(ج) إذا كان الورثة ملاء اقتسموه وهم ضامنون له إن عرف خبره بعد ذلك، ولا بأس أن يتناع الإنسان عقار المفقود بعد عشر سنين، وهو قول المفيد: وعبارته: إذا مات إنسان وله ولد مفقود لا يعرف له موت من حياة عزل ميراثه حتى يعرف خبره. وإن تطاولت المدة في ذلك وكان للميت ورثة سوى الولد ملاء بحقه لم يكن بأس باقتسامه، وهم ضامنون له إن عرف للولد خبر بعد ذلك. ولا بأس أن يتناع الإنسان عقار المفقود بعد عشر سنين من غيبته وانقطاع خبره ويكون البائع ضامناً للحي (٥).

فقد أشتمل هذا الكلام على حكمين:

- (١) الفقيه: ج ٤ (١٦٨) باب ميراث المفقود ص ٢٤٠ قال بعد نقل حديث ١: قال مصنف هذا الكتاب رحمه الله يعني بعد أن لا يعرف حياته من موته الخ.
- (٢) الإنتصار: المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠٧ قال: مسألة، المفقود يحبس ماله عن ورثته قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين الخ.
- (٣) الفقيه: ج ٤ (١٦٨) باب ميراث المفقود ص ٢٤٠ الحديث ١.
- (٤) المختلف: ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٨ قال: وقال ابن الجنيد: والنظر في ميراث من فقد في عسكر الخ.
- (٥) المقنعة: باب ميراث من لا وارث له من العصابة ص ١٠٨ س ١٠ قال: إذا مات إنسان الخ.

- (أ) جواز قسمة ما حصل له من الميراث من غير تربص مع الملاء.
- (ب) جواز ابتياع العقار بعد العشر، ومفهومه عدم الجواز قبل ذلك.
- (ج) لا يقسم حتى يعلم موته، أما بقيام البينة، أو بمضي مدة لا يمكن أن يعيش مثله إليها علما عاديا وهو قول الشيخ في الكتابين (١) (٢) واختاره القاضي (٣) وابن حمزة (٤) وابن إدريس (٥) والمصنف (٦) والعلامة (٧) وفخر المحققين (٨). احتج السيد ومن تابعه: بأن الزوجة تعتد للوفاة بعد مضي أربع سنين، وعصمة الفروج أشد في نظر الشرع من عصمة الأموال، وإنما تصح العدة مع حكم الشرع بموته (٩).
- ولرواية إسحاق المتقدمة (١٠).

- (١) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض مسألة ١٣٦.
- (٢) المبسوط: ج ٤ فصل في ميراث الحمل والأسير والمفقود ص ١٢٥ س ١٥ قال: والمفقود لا يقسم ماله الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢ باب ميراث الحمل والأسير والمفقود ص ١٦٦ س ١٧ قال: وأما المفقود فإنه لا يقسم ماله الخ.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الأسير والحميل والمفقود ص ٤٠٠ س ١٣ قال: وأما المفقود: فهو من غاب عن وطنه الخ.
- (٥) السرائر: كتاب المواريث ص ٤١١ س ٣٦ قال: وقال قوم: لا يقسم مال المفقود حتى يعلم موته أو يمضي مدة لا يعيش مثله إليها إلى قوله: وهذا الأخير هو الذي يقوى في نفسي وأعمل عليه وأفتي به.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ١٨ فبعد نقل الأقوال قال: والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٨) الإيضاح: ج ٤ في فروع موانع الإرث ص ٢٠٧ س ٣ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: وهو الأصح عندي.
- (٩) المختلف: ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٢٢ قال: احتج الآخرون: بأن الزوجة تعتد للوفاة إلى آخره ولم يصرح بأن هذا الإحتجاج من السيد، فلاحظ.
- (١٠) تقدم أنفا.

ومثلها رواية عثمان بن عيسى، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المفقود يحبس ماله على الورثة قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين، فإن لم يقدر عليه قسم ماله بين الورثة (١) وسماعة واقفي وإليها أشار المصنف بقوله: وفي سندها ضعف (٢) قال العلامة: وهذا القول لا بأس به مع طلبه في البلاد، كما في الاعتداد (٣).

احتج أبو علي برواية علي بن مهزيار قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن دار كانت لامرأة وكان لها ابن وبنت، فغاب الابن في البحر وماتت المرأة، فادعت ابنتها أن أمها كانت صيرت هذه الدار لها، وباعت أشقاصها منها، وبقيت في الدار قطعة إلى جنب دار لرجل من أصحابنا، وهو يكره أن يشتريها لغيبة الابن وما يتخوف من أن لا يحل له شرائها، وليس يعرف للابن خبر، فقال لي: ومنذ كم غاب؟ فقلت: منذ سنين كثيرة، فقال: ينتظر به غيبته عشر سنين، ثم يشتري (٤). وهذه كما تراها واقعة في حكم خاص، فلا تعدي، لاحتمال اطلاعه عليه السلام في هذه الواقعة على ما أوجب هذا الحكم فيها، وإليها أشار المصنف بقوله: وهي في حكم خاص.

وهي حجة المفيد على الحكم الثاني من فتواه. وحجته على الحكم الأول رواية إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له ولد، فغاب بعض ولده ولم يدر أين هو، ومات

(١) التهذيب: ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص ٣٨٨ الحديث ٣.

(٢) لاحظ ما قاله في النافع.

(٣) المختلف: ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٢٤ قال: وهذا القول لا بأس به الخ.

(٤) التهذيب: ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص ٣٩٠ الحديث ٨ وتمام الحديث (فقلت: فإن انتظر بها غيبة عشر سنين، يحل شرائها؟ قال: نعم).

الرجل، فأى شئ يصنع بميراث الرجل الغائب من أبيه؟ قال: يعزل حتى يجيء، قلت: فعلى ماله زكاة؟ قال: لا حتى يجيء؟ قلت: فإذا جاء يزكيه؟ قال: لا حتى يحول عليه الحول في يده، قلت: فقد الرجل فلم يجيء؟ قال: إن كان ورثة الرجل ملاء بماله اقتسموه بينهم، فإذا جاء ردوه عليه (١).

وفي طريقها سماعة، وهو واقفي، وفي إسحاق فوق (٢) فمن ثم قال المصنف: وفيها ضعف (٣).

احتج الآخرون بوجوه:

(أ) أصالة بقاء الحياء، فيستصحب إلى أن يعلم المزيل.

(ب) الأصل عصمة مال المسلم حتى يثبت السبب الموجب لنقله.

(ج) رواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده، ولا يدري أين يطلبه، ولا يدري أحي هو أم ميت، ولا يعرف له وارثا، ولا نسبا له ولا بلدا؟ قال: أطلب، قال: إن ذلك قد طال، فأتصدق به؟ قال: اطلبه (٤).

وفي معناها رواية الهيثم (٥).

قال المصنف: وهو أولى في الاحتياط (٦) لأن في التصرف تغيير بالمال، لجواز

-
- (١) التهذيب: ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص ٣٨٨ الحديث ٢.
 - (٢) سند الحديث كما في التهذيب (الحسن بن محمد بن سماعة، عن علي بن رباط وعبد الله بن جبلة، عن إسحاق بن عمار).
 - (٣) لاحظ عبارة النافع.
 - (٤) التهذيب: ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص (٣٨٩) الحديث ٥.
 - (٥) التهذيب: ج ٩ (٤٥) باب ميراث المفقود ص (٣٨٩) الحديث ٧.
 - (٦) لاحظ عبارة النافع.

(السابعة) لو تبرء من جريرة ولده وميراثه، ففي رواية: يكون ميراثه للأقرب إلى أبيه، وفي الرواية ضعف.

إفلاس القابض، فيضيع حق المالك، وأبعد من التهجم على الأموال المعصومة، إذ الأصل عصمة مال المسلم، لقوله عليه السلام: مال المسلم على المسلم حرام إلا عن طيب نفس منه (١) وهو إجماع، فلا ينزل عن هذا الأصل والإجماع بالأخبار الموهومة، أي المثمرة للوهم، لا العلم، لأن بعضها حكم في واقعة، فيحتمل الاختصاص وعدم التعدي، وبعضها ضعيف الرجال فلا يصرار إليه ويترك المعلوم، لقوله تعالى: (إن الظن لا يغني عن الحق شيئاً) (٢) ويمكن حملها على انكشاف خبره بالموت في المدة المذكورة في الروايات.

(المقام الثاني) في توريثه من الغير.

الحق أنه يوقف نصيبه حتى يعلم حاله، وهو قول الشيخ في الخلاف (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) وفخر المحققين (٦) لأصالة بقاء الحياة، والغيبة لا تخرج الإنسان عن الاستحقاق، ويجيء فيه الأقوال الباقية، لأن القاتل بقسمة ماله بعد أربع أو عشر، لا يورثه للحكم بموته عنده. قال طاب ثراه: لو تبرأ من جريرة ولده وميراثه، ففي رواية يكون ميراثه للأقرب

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ باب الغصب ص ٤٧٣ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(٢) يونس: ٣٦.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض، مسألة ١٣٦ قال: وإن مات له من يرثه المفقود إلى قوله: ويوقف الباقي إلى أن يعلم حاله.

(٤) لم أظفر عليه إلا من إطلاق كلامه في مال المفقود، فلاحظ عبارة النافع في ذلك.

(٥) المختلف: ج ٢ في ميراث الغائب ص ١٩٧ س ٦ قال: مسألة قال الشيخ في الخلاف الخ.

(٦) الإيضاح: ج ٤ في فروع موانع الإرث ص ٢٠٧ س ٢ قال: وإن مات من يرثه المفقود إلى قوله: وهو الأصح عندي.

الثاني: في ميراث الخنثى.

إلى أبيه، وفي الرواية ضعف.
أقول: قال الشيخ في النهاية: من تبرأ عند السلطان من جريرة ولده، ومن ميراثه وله مال كان ميراثه لعصبة أمه، دون عصبة أبيه (١) وتبعه القاضي (٢).
ورواه الصدوق عن أبي بصير قال: سألته عن المخلوع يتبرأ منه أبوه عند السلطان ومن ميراثه وجريرته، لمن ميراثه؟ قال: قال علي عليه السلام: هو لأقرب الناس إليه (٣).

وليست صريحة الدلالة فيما ذهب إليه الشيخ، لجواز أن يريد بقوله (لأقرب الناس إليه) يشير بذلك إلى الأب، وأن هذا التبري لا يصح. ومع ذلك فهي مقطوعة. وذهب الشيخ في المسائل الحائريات إلى أن هذا التبري لا يصح، لأن الشرع إذا حكم بالنسب لم يقع التبري منه ويثبت حكمه (٤) وهو مذهب ابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) لعموم القرآن (٨) والأخبار (٩) الدالة على التوارث، ولأصالة بقاء النسب والاستحقاق.
قال طاب ثراه: الثاني في ميراث الخنثى الخ.

- (١) النهاية: باب ميراث ولد الملاعنة... ص ٦٨٢ س ١١.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب ميراث الحميل والأسير والمفقود ص ١٦٧ س ٢ ولاحظ ما علق عليه.
- (٣) الفقيه: ج ٤ (١٥٨) باب ميراث المخلوع ص ٢٢٩ الحديث ١.
- (٤) السرائر: كتاب المواريث ص ٤٠٨ س ٣٠ قال بعد نقل قول النهاية: هذا خلاف إجماع أصحابنا وإجماع المسلمين، إلى قوله: وقد رجع عنها في الحائريات في المسألة الخامسة والثمانين والمائة.
- (٥) تقدم أنفا تحت رقم ٤.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٥ س ٣٧ قال: والوجه ما قاله الشيخ في المسائل الحائرية.
- (٨) النساء: ١١.
- (٩) لاحظ التهذيب: ج ٩ (٢٢) باب الأولى من ذوي الأنساب، و (٢٣) باب ميراث الوالدين وغيرهما.

من له فرج الرجال والنساء يعتبر بالبول، فمن أيهما سبق يورث عليه، فإن بدر منهما، قال الشيخ: يورث على الذي ينقطع منه أخيراً، وفيه تردد. وإن تساويا قال في الخلاف: يعمل فيه بالقرعة، وقال المفيد وعلم الهدى: تعد أضلاعه. وقال في النهاية والإيجاز والمبسوط: يعطى نصف ميراث الرجل ونصف امرأة، وهو أشهر. ولو اجتمع مع الأنثى (الخنثى ظ) ذكر وأنثى، قيل: للذكر أربعة، وللخنثى ثلاثة وللأنثى سهمان.

وقيل: تقسم الفريضة مرتين، فتفرض مرة ذكراً ومرة أنثى، ويعطى نصف النصيبين، وهو أظهر.

مثاله: خنثى وذكر، تفرضهما ذكراً وتارة، وذكر أنثى أخرى، وتطلب أقل مال له نصف ولنصفه نصف، وله ثلث وثلثه نصف، فيكون اثنا عشر، فيحصل للخنثى خمسة وللذكر سبعة. ولو كان بدل الذكر أنثى حصل للخنثى سبعة وللأنثى خمسة. ولو شاركهم زوج أو زوجة، صححت فريضة الخنثى، ثم ضربت فخرج نصيب الزوج أو الزوجة في تلك الفريضة، فما ارتفع، فمنه تصح. ومن ليس له فرج النساء ولا الرجال، يورث بالقرعة. ومن له رأسان أو بدنان على حق واحد، يوقظ أو يصاح به، فإن انتبه أحدهما فهما اثنان.

أقول: الخنثى من له فرج النساء والذكوران، وأحدهما أصلي والآخر زائد، فهو إما ذكر أو أنثى، ويستحيل اجتماعهما ولا خارج عنهما، لقوله تعالى: (يهب لمن

يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور) (١) وقوله تعالى: (خلق الزوجين الذكر والأنثى) (٢) وقوله: (أو يزوجهم ذكرانا وإناثا) (٣) إلى غير ذلك من الآيات (٤) الدالة على حصر الحيوان في الذكر والأنثى. فيورث على الأصلي منهما ويلغى الزائد ويكون حكمه كغيره من الزوائد في الخلقة كالإصبع الزائدة، إذا علم. وإن اشتبه الأصلي منهما بالزائد سمي خنثى. ومن علامات الأصلي البول، فإن حصل من أحدهما دون الآخر كان هو الأصلي، وهو إجماع وهذا أعم العلامات، لوجودها في الصغير والكبير، دون غيرها كالحيض والمني. وجعل الحسن الحيض واللحية (٥) واستقر به العلامة (٦) والحق به تفلك الثدي والحب، واختاره فخر المحققين (٧). فإن بال منهما اعتبر الأسبق، فيورث عليه باتفاق الأصحاب. وروي أن رسول الله صلى الله عليه وآله أتى بخنثى فقال: ورثوه من أول ما يبول منه، فإن خرج منهما دفعة فبالانقطاع (٨). فأيهما انقطع منه البول أخيرا، فهو أصلي. وإن تساويا أخذوا وانقطاعا، ولا علامة

(١) الشورى: ٤٩.

(٢) النجم: ٤٥.

(٣) الشورى: ٥٠.

(٤) الأنعام: ١٤٣ و ١٤٤.

(٥) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض وأحكامه، ص ١٩٣ س ٢٥ قال: وقال ابن عقيل: الخنثى عند آل الرسول عليهم السلام إلى قوله: أو حيض أو احتلام أو لحية الخ.

(٦) القواعد: ج ٢ الفصل الثاني في ميراث الخنثى ص ١٨١ س ١٤ قال: ونبات اللحية وتفلك الثدي والحب والحيض علامات على الأقرب.

(٧) الإيضاح: ج ٤ في ميراث الخنثى ص ٢٥١ س ٤ قال بعد نقل قول العلامة: والأقوى ما هو الأقرب عند المصنف.

(٨) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥١٢ الحديث ٦٨ ولاحظ ما علق عليه.

غيره حصل الاشتباه وتحقق الإشكال هذا هو المشهور، وهو الذي ذكره الشيخان (١) (٢) وسالار (٣) والقاضي في كتابيه (٤) (٥) وابن حمزة (٦) وابن إدريس (٧) وادعى عدم الخلاف فيه بين الأصحاب. وأما الصدوقان والقديمان فجعلوا الإشكال بعد تساويهما في الأخذ، ولم يعتبروا الانقطاع أخيرا (٨) (٩) (١٠) (١١).

- (١) المقنعة: ص ١٠٦ باب ميراث الخنثى س ٢٩ قال: فإن بال منهما جميعا ورث ميراث الرجال والنساء.
- (٢) النهاية: باب ميراث... من يشكل أمره ص ٦٧٧ س ١٧ قال: فإن انقطع منهما معا ورث ميراث الرجال والنساء.
- (٣) المراسم: ذكر ميراث الخنثى ص ٢٢٥ س ٥ قال: فإن انقطعا منهما جميعا ورث النصف من ميراث الرجال والنصف من النساء.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب ميراث الخنثى ص ١٧١ س ١٤ قال: فإن انقطعا جميعا في حال واحدة ورث ميراث الرجال والنساء الخ.
- (٥) المختلف: ج ٢ في ميراث الخنثى المشكل ص ١٩٤ س ٧ قال: وقال ابن البراج في كتابي الكامل والمهذب: الخ كما نقلنا عن المهذب.
- (٦) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الخنثى ص ٤٠٢ س ١ قال: وانقطع عنهما دفعة فهو مشكل.
- (٧) السرائر: كتاب الفرائض ص ٤٠٦ س ٢٤ قال: فإن جاءا سواء في دفعة واحدة وانقطعا سواء في وقت واحد، فها هنا يتصور مسألة الخلاف بين أصحابنا إلى قوله: فأما في الأحوال الأولى فلا خلاف فيها بينهم أجمع الخ.
- (٨) المقنع: باب الموارث ص ١٧٧ س ١ قال: وإن خرج البول من الموضعين معا ورث نصف ميراث الذكر ونصف الأنثى.
- (٩) المختلف: ج ٢ في ميراث الخنثى المشكل ص ١٩٣ س ٣٢ قال: وقال علي بن بابويه: إلى قوله: فإن خرج البول من الموضعين معا الخ.
- (١٠) المختلف: ج ٢ في ميراث الخنثى المشكل ص ١٩٣ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: فإن ورد معا عدت أضلاعه إلى قوله: وقال ابن عقيل: الخنثى عند آل الرسول عليهم السلام إلى قوله: وروي عنهم عليهم السلام: أنه يورث من المبال فإن سلسل البول على فخده فهي امرأة وإن زرق البول كما يزرق من الرجل فهو رجل الخ.
- (١١) تقدم أنفا تحت رقم ١٠.

إذا عرفت هذا: فيماذا يعرف كونه ذكرا أو أنثى؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:

(الأول) القرعة، وهو قول الشيخ في الخلاف (١) ووجهه تحقق الإشكال.

وقال الصادق عليه السلام: كل مشكل فيه القرعة (٢).
وصورتها: أن يكتب في رقعة عبد الله، وفي أخرى: أمة الله، ويجعل في سهام مبهمه، ويقول:

ما رواه الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام: اللهم أنت الله لا إله إلا أنت عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، بين لنا أمر هذا المولود (٣).

(الثاني) عد الأضلاع من الجانبين، فإن اختلفا فذكر، وإن تساويا عددا فأنتى.

لما روى أصحابنا: إن حوا خلقت من ضلع آدم (٤)، فصار للرجال من ناحية اليسار ضلعا أنقص وللنساء ثمانية عشر ضلعا من كل جانب تسعة، وللرجال سبعة

(١) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض: مسألة ١١٦ قال: والمعمول عليه: أنه يرجع إلى القرعة، فيعمل عليها.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٢ الحديث ٦٩ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الفقيه: ج ٤ (١٦٦) باب ميراث الخنثى ص ٢٣٩ الحديث ٥.

(٤) الفقيه: ج ٤ (١٦٦) باب ميراث الخنثى ص ٢٣٨ قطعة من حديث ٢.

عشر ضلعاً، من جانب اليمين تسعة ومن جانب اليسار ثمانية، وهو قول السيد (١) وأبي علي (٢) والمفيد في كتاب الأعلام (٣) واختاره ابن إدريس (٤).
(الثالث) عدم اعتبار القرعة وعد الأضلاع، وتحقق الإشكال عند التساوي في ابتداء البول وانقطاعه، وهو أشهر، ذهب إليه الصدوقان (٥) (٦) والشيخان في المقنعة (٧) والنهاية (٨) والإيجاز (٩) والمبسوط (١٠).

- (١) الانتصار: المسائل المشتركة في الإرث ص ٣٠٦ س ١٩ قال: فإن تساوى إلى قوله: اعتبر بعد الأضلاع.
(٢) المختلف: ج ٢ كتاب الفرائض ص ١٩٣ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: فإن ورد معا عدت أضلاعه.
(٣) الأعلام: في ضمن عدة رسائل ص ٣٣٩ باب ميراث الخنثى س ٢١ قال: فإن تساوى إلى قوله: اعتبر باتفاق الأضلاع واختلافها.
(٤) السرائر: كتاب الفرائض ص ٤٠٦ س ٣٦ قال: والمحصلون إلى أنه في هذه الحال المتنازع فيها يعتبر ويورث بعدد الأضلاع الخ.
(٥) المقنعة: باب الموارث ص ١٧٧ س ١ قال: وإن خرج البول من الموضعين ورث نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى.
(٦) المختلف: ج ٢ كتاب الموارث ص ١٩٣ س ٣٢ قال: وقال علي بن بابويه إلى قوله: فإن خرج البول من الموضعين معا فله نصف الخ.
(٧) المقنعة: باب ميراث الخنثى ص ١٠٦ س ٢٩ قال: فإن بال منهما جميعاً ورث ميراث الرجال والنساء الخ.
(٨) النهاية: باب ميراث الغرقى... ومن يشكل أمره من الناس ص ٦٧٧ س ١٧ قال: فإن انقطع منهما معا ورث ميراث الخ.
(٩) الإيجاز: في ضمن الرسائل الشعر، فصل في ذكر ميراث الخنثى ص ٣٧٥ س ٢٠ قال: فإن انقطع منهما في حالة واحدة ورث نصف ميراث الرجال الخ.
(١٠) المبسوط: ج ٤ ميراث الخنثى ص ١١٤ س ٣ قال: وإن تساوى ورث نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء.

وبه قال القاضي (١) وابن حمزة (٢) وسالار (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).

ولا إشكال على الأولين لأن القرعة لا بد وأن يخرج أحد القسمين، وكذلك الأضلاع لا ينفك الواقع عن اختلافهما أو تساويهما، فيعطى ما يقتضيه أحد الأمرين. وإنما الإشكال على القول الثالث، وذكر المصنف في كيفية معرفة نصيبه طريقين (٦).

أحدهما: أن يعطى سهم بنت ونصف سهم بنت، وإن شئت قلت: نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو الذي استحسنه العلامة في تحريره (٧) فلو اجتمع مع الخنثى ابن وبنت كان للابن أربعة وللخنثى ثلاثة، وللبنات سهمان. وتوضيحه: أن يجعل لحصة الابن نصفاً، ولحصة البنت نصفاً، فأقل عدد يفرض للبنات نصفان، وللابن ضعفهما وللخنثى نصفها، فالقريضة من تسعة.

-
- (١) المهذب: ج ٢ باب ميراث الخنثى ص ١٧١ س ١٤ قال: فإن اتفقا جميعا في حالة واحدة ورث ميراث الرجال والنساء.
 - (٢) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الخنثى ص ٤٠٢ س ١ قال: فإن خرج منهما دفعة إلى قوله: ورث نصف ميراث الرجل الخ.
 - (٣) المراسم: ذكر ميراث الخنثى ص ٢٢٥ س ٥ قال: وإن قطع منهما جميعا ورث النصف الخ.
 - (٤) لاحظ عبارة النافع.
 - (٥) القواعد: ج ٢ الفصل الثاني في ميراث الخنثى ص ١٨١ س ١٢ قال: وإن تساويا إلى قوله: وقيل: يرث نصف النصيبين وهو الأشهر.
 - (٦) الشرائع: في ميراث الخنثى قال: ولو اجتمع مع الخنثى ذكر بيقين قيل: إلى قوله: وقيل: الخ فهذان الطريقان.
 - (٧) التحرير: ج ٢ في ميراث الخنثى ص ١٧٤ س ٢٥ قال: فقال بعضهم: يجعل للأنثى أقل عدد له نصف وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك أربعة وللخنثى نصفهما وهو حسن.

ولو كان مع الخنثى ذكر خاصة فالفريضة من سبعة، ولو كان بدله أنثى فالفريضة من خمسة، للبننت سهمان وللخنثى ثلاثة. والآخر: أن يفرض مرة ذكر وأخرى أنثى ويقسم الفريضة مرتين ويعطى نصف النصيبين، وهو الذي رجحه المصنف (١). وتوضيحه: إذا كان معه ذكر، أن يفرضهما ذكراين تارة، وذكر وأنثى أخرى، فنطلب أقل ماله نصفاً، ولنصفه نصف، وله ثلث وثلثه نصف، فيكون اثني عشر. وإن شئت قلت: مسألة الذكور من اثنين، ومسألة الأنثى من ثلاثة، وهما متباينان، فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة، ولا يقوم لحاصل الخنثى سهم صحيح، فينكسر في مخرج النصف، فتضرب المجتمع في الاثنين تبلغ اثني عشر فعلى تقدير كونهما ذكراين يكون للخنثى ستة، وعلى تقدير كونه أنثى يكون له أربعة، فيجتمع له في المرتين عشرة، فله نصفهما فيكون له خمسة، وللذكر سبعة. ولو كان بدل الذكر أنثى كانت السبعة للخنثى وللأنثى خمسة. ولو اجتمعا معه كانت الفريضة من أربعين. لأنك تفرضهما ذكراين وأنثى تارة، فالفريضة من خمسة، وذكر واثنين أخرى فالفريضة من أربعة، وهما متباينان، فتضرب أحدهما في الآخر يبلغ عشرين، فللذكر في حال عشرة وفي حال ثمانية، فله نصفهما تسعة، وللأنثى في حال خمسة وفي حال أربعة، وليس لهما نصف صحيح، وكذلك الخنثى له في حال ثمانية وفي حال خمسة، وليس لذلك نصف، فتضرب المجتمع في مخرج النصف وهو اثنان تبلغ أربعين، فللذكر ثمانية عشر، وللأنثى تسعة وللخنثى ثلاثة عشر، وذلك مجموع أربعين.

(١) لاحظ عبارة النافع.

الثالث: في الغرقى والمهدوم عليهم.
وهؤلاء يرث بعضهم بعضا إذا كان لهم، أو لأحدهم مال، وكانوا
يتوارثون، واشتبه المتقدم في الموت بالمتأخر.
وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والغرق تردد.

(الثالث) الغرقى والمهدوم عليهم
قال طاب ثراه: وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الغرق والهدم تردد.
أقول: الأصل أنه لا يرث إنسان من آخر إلا مع تحقق حياة الوارث بعد
الموروث.

ومع حصول الشك في السبب، أي في سبب الإرث، وهو حياة الوارث بعدم
موت الموروث لا يخلو إما أن يكون حصول الموت عن سبب أولا عنه، وفي الثاني
لا توارث بينهم إجماعا، كما لو ماتا حتف أنفهما واشتبه تقدم موت أحدهما على
الآخر. وإن كان عن سبب، فإن كان غرقا أو هدمًا توارثا إجماعا، وإن كان غيرهما
كالحرق والتدخين والقتل فيه مذهبان.

نص ابن حمزة (١) والتقي على التوارث (٢) كالغرق، وهو ظاهر الشيخ في
النهاية (٣) وأبي علي (٤).

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٤٠٠ س ١٧ قال: إذا غرق اثنان أو
أكثر دفعة أو احترقوا، أو هدم عليهم، أو قتلوا إلى أن قال: والثالث: يورث كل واحد منهما من صاحبه الخ.
(٢) الكافي: الإرث ص ٣٧٦ س ٩ قال: وإن لم يعلم ذلك من حالهم لهدم أو غرق أو قتل معركة أو
غير ذلك ورث بعضهم من بعض.
(٣) النهاية: باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٦٧٤ س ٩ قال: إذا غرق جماعة، أو انهدم عليهم
حائط وما أشبه ذلك.
(٤) المختلف: القول في ميراث الغرقى ص ١٩٨ س ٢٧ قال: وقال ابن الجنيد: القرابات إذا ماتوا معا
إلى قوله: وهو يدل على تعميم الحكم.

ومع الشرائط يورث الأضعف أولاً، ثم الأقوى، ولا يورث مما ورث منه. وفيه قول آخر. والتقديم على الاستحباب أشبه. فلو غرق أب وابن، ورث الأب أولاً نصيبه، ثم ورث الابن من أصل تركته أبيه مما لا ورث منه، ثم يعطى نصيب كل منهما لو ارثه.

وقصره المفيد على السببين (١) واختاره فخر المحققين (٢) وتردد المصنف في كتابيه (٣) (٤).

احتج الأولون: بأن العلة الاشتباه، وهي موجودة في القتل والحريق، ووجود العلة يستلزم وجود معلولها.

وأجيب بمنع علية الاشتباه مطلقاً، ولم لا يجوز أن يكون الاشتباه المستند إلى أحد السببين.

احتج الآخرون: بأن الأصل كون الإرث مشروط بحياة الوارث بعد موت المورث، وهو هنا مجهول، ولا يجوز الحكم بالمشروط مع الجهل بالشرط، ترك العمل بذلك في الغرقى والمهدوم عليهم للنص والإجماع فيبقى الباقي على أصله. قال طاب ثراه: ومع الشرائط يورث الأضعف ثم الأقوى، ولا يورث مما ورث منه، وفيه قول آخر.

(١) المقنعة: باب ميراث الغرقى ص ١٠٧ س ٣٥ قال: إذا غرق جماعة يتوارثون أو انهدم عليهم جدار أو وقع عليهم سقف الخ.

(٢) الإيضاح: ج ٤ في ميراث الغرقى ص ٢٧٦ س ٢١ قال: واختار المصنف في المختلف الأول (أي الغرقى والمهدوم عليهم) وهو الأصح عندي.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الشرائع: في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم، قال: وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والغرق... تردد.

ولو كان لأحدهما وارث أعطي ما اجتمع لدى الوراثة لهم، وما اجتمع للآخر للإمام. ولو لم يكن لهما غيرهما انتقل مال كل منهما إلى الآخر، ثم منهما إلى الإمام. وإذا لم يكن بينهما تفاوت في الاستحقاق سقط اعتبار التقديم، كأخوين، فإن كان لهما مال ولا مشارك لهما انتقل مال كل منهما إلى صاحبه ثم منهما إلى ورثتهما. وإن كان لأحدهما مال صار ماله لأخيه

أقول: في كيفية التوريث مسألتان:

(الأولى) إذا ورثنا أحدهما من صاحبه، ثم أردنا توريث الآخر، فهل نورثه من تلامد ماله دون طارفه، أو منهما جميعاً؟ الشيخ (١) والقديمان (٢) (٣) وابن حمزة (٤) والتقي (٥) والقاضي (٦) على الأول واختاره المصنف (٧) والعلامة (٨).

- (١) النهاية: باب ميراث الغرقى المهدوم عليهم ص ٦٧٤ قال في ميراث الزوج والزوجة: ويورث الزوج منها حقه من نفس تركتها، لا مما ورثته إلى غير ذلك من أمثله.
- (٢) المختلف: في ميراث الغرقى، ص ١٩٨ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: ورث بعضهم من بعض من صلب مال كل واحد منهم قبل ميراثه من صاحبه، إلى قوله: وقال ابن أبي عقيل: ولا يرثون مما يورث بعضهم بعضاً شيئاً.
- (٣) تقدم أنفاً تحت رقم ٢.
- (٤) الوسيلة: في بيان ميراث الغرقى ص ٤٠١ س ١ قال: يورث كل واحد منهما من صاحبه من نفس تركته دون ما ورثه منه.
- (٥) الكافي: الإرث، ص ٣٧٦ س ١٠ قال: ورث بعضهم من بعض ما كان له قبل الموت، دون ما ورثه من صاحبه.
- (٦) المهذب: ج ٢ باب ميراث الغرقى ص ١٦٨ س ٧ قال: يورث بعضهم من بعض من نفس تركته لا مما يرثه من الآخر.
- (٧) لاحظ ما اختاره النافع.
- (٨) المختلف: في ميراث الغرقى ص ١٩٨ س ١٠ قال بعد نقل قول الشيخ ومن تبعه ثم من بعده قول المفيد: والمعتمد الأول.

ومنه إلى ورثته ولم يكن للآخر شيء. ولو لم يكن لهما وارث انتقل المال إلى الإمام. ولو ماتا حتف أنفهما لم يتوارثا وكان ميراث كل منهما لوارثه.

والمفيد (١) وتلميذه (٢) على الثاني.

احتج الأولون بوجوه:

(أ) إن ذلك يستلزم المحال، لأن توريثه مما ورث منه يستدعي فرض الحياة بعد الموت وهو محال عادة.

فإن قلت: هذا الإشكال وارد على كل واحد من التقديرين، لأنك تفرض موت أحدهما وتورث الآخر منه، ثم تفرض موت الثاني وتورث منه من فرضت موته أولاً، فقد لزم منه فرض الحياة بعد الموت، هذا محال.

أجيب: بالفرق بين التقديرين، وذلك ظاهر، لأننا إذا فرضنا موت أحدهما وحياة الآخر بعده وورثنا الآخر منه، قطعنا النظر عن هذا الفرض، ثم نفرض موت الآخر وحياة الأول كأننا لم نفرض موت الأول ولم نجعل للثاني منه ميراثاً، بخلاف ما إذا ورثنا الأول من الثاني مما كان قد ورثه الثاني من الأول، فإنه يلزم فرض موت الأول وحياته في حالة واحدة وهو محال.

(ب) صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في أخوين ماتا لأحدهما مائة ألف درهم، والآخر ليس له شيء، ركبا في السفينة فغرقا، فلم يدر أيهما مات أولاً، فإن الميراث لورثة الذي ليس له شيء وليس لورثة الذي له

(١) المقنعة: باب ميراث الغرقى ص ١٠٧ س ٢ قال في مفروض غرق الأب والابن: فيورث منه ما كان ورثه من جهته وما كان يملكه سوى ذلك إلى وقت وفاته.

(٢) المراسم: ذكر ميراث الغرقى ص ٢٢٥ س ١٦ قال في مفروض غرق الأب والابن: فيرث كل ماله وما ورثه منه.

المال الشيء (١).

(ج) ما رواه حمران بن أعين عن ذكره عن أمير المؤمنين عليه السلام في قوم غرقوا جميعا أهل البيت، قال: يورث هؤلاء من هؤلاء، وهؤلاء من هؤلاء، ولا يورث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئا (٢).

(د) لو ورث مما ورث منه صاحبه لم ينقطع القسمة أبدا قاله في المبسوط (٣).
(هـ) تخيير الحاكم في تكثير نصيب ورثة أحد الميتين، فإن من قدمه في التوريث له دخل النقص على ورثته، اللهم إلا أن يقال بوجوب تقديم الأضعف، ولا يتم في مثل الأخوين.

احتج الآخرون بوجوب تقديم الأضعف في التوريث، فلولا القول بوجوب التوارث مما ورث من صاحبه لم يكن للتقديم مزية.
وأجيب: بأن عدم العلم بالفائدة لا يستلزم عدمها، فإن أكثر علل الشرع، والمصالح المعتبرة في نظره، خفية عنا، تعجز عقولنا عن إدراكها، والواجب اتباع النص من غير نظر إلى علة محصلة، مع أننا نمنع وجوب التقديم، بل هو على الاستحباب، ثم لا يطرد هذا التعليل فيما إذا كانا متساويين كالأخوين.
(الثانية) هل يجب تقديم الأكثر نصيبا في الموت وتوريث الأضعف منه، أم

(١) التهذيب: ج ٩ (٣٦) باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم في وقت واحد ص ٣٦٠ قطعة من حديث ٦ وفي معناه حديث ٧.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٣٦) باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم في وقت واحد ص ٣٦٢ الحديث ١٤.

(٣) المبسوط: ج ٤ فصل في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ١١٨ س ٥ قال: ورث بعضهم من بعض من نفس التركة لا مما يرثه من الآخر، لأننا إن ورثناه مما يرثه منه لما انفصلت القسمة أبدا.

لا؟، الأول اختيار المفيد (١) وسلار (٢) وابن إدريس (٣) وظاهر كلام الشيخ في النهاية (٤) والصدوقين (٥) (٦).
وفي المبسوط: لا يتغير به حكم غير أنا نتبع الأثر في ذلك (٧).
والثاني مذهب الشيخ في الخلاف (٨) والإيجاز (٩) وهو ظاهر التقي (١٠) وابن

- (١) المقنعة: باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ١٠٦ س ٣٦ قال: فيقدم أضعفهم سهما في التوريث ويؤخر أوفرهم سهما فيه.
(٢) المراسم: ذكر ميراث الغرقى ومن انهدم عليه ص ٢٢٥ س ١٤ قال: بأن يقدم أضعفهم سهما ويؤخر أقواهم سهما.
(٣) السرائر: كتاب الميراث ص ٤١٢ س ١٥ قال: وروي أصحابنا أنه يقدم أضعفهم نصيبا في الاستحقاق ويؤخر الأقوى.
(٤) النهاية: باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٦٧٤ س ١٢ قال: يقدم الأضعف في استحقاق الميراث ويؤخر الأقوى.
(٥) المقنع: باب الموارث ص ١٧٨ س ٦ قال: وإذ غرق رجل وامرأة إلى قوله: يورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة، إلى ورث الأب من الابن ثم ورث الابن من الأب الخ ففي الأمثلة قدم الأضعف كما ترى.
(٦) كشف الرموز: ج ٢ في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٤٧٩ س ١ قال: وهكذا يظهر من كلام ابني بابويه (أي وجوب تقديم الأضعف).
(٧) المبسوط: ج ٤ فصل في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ١١٨ س ٧ قال: وقد روى أصحابنا إلى قوله: وهذا مما لا يتغير به حكم الخ.
(٨) كتاب الخلاف: كتاب الفرائض مسألة ٢٣ قال: المهدوم عليهم والغرقى إلى قوله: فإنه يورث بعضهم من بعض الخ فإنه لم يطلق ولم يتعرض لتقديم الأضعف.
(٩) الإيجاز: في ضمن الرسائل العشر، فصل في ذكر ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٤٧٩ س ٥ قال: وأيهما قدمت كان جائزا لا يختلف الحال فيه.
(١٠) الكافي: الإرث ص ٣٧٦ س ١٠ قال: ورث بعضهم من بعض إلى قوله: والأولى تقديم الأضعف في التوريث.

الرابع: في ميراث المجوس
وقد اختلف الأصحاب فيه: فالمحكي عن يونس: أنه لا يورثهم إلا
بالصحيح من النسب والسبب.
وعن الفضل بن شاذان: أنه يورثهم بالنسب صحيحه وفسده،
والسبب الصحيح خاصة، وتابعه المفيد رحمه الله.

زهرة (١) والكيدري (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).
احتج الأولون: برواية عبيد بن زرارة قال: سألت الباقر عليه السلام عن رجل
سقط عليه وعلى امرأته بيت فقال: تورث المرأة من الرجل ثم الرجل من المرأة (٥)
وبأنه أحوط.
احتج الآخرون: بأصالة براءة الذمة، ولا ثمرة في تحقيقه إلا على قول المفيد.
(الرابع) في ميراث المجوس
قال طاب ثراه: وقد اختلف الأصحاب فيه إلى آخره.

-
- (١) الغنية (في ضمن الجوامع الفقهية) في أحكام الميراث ص ٦٠٨ س ٣١ قال: وأيهما قدم في التوريث
جاز، وروي أن الأولى تقديم الأضعف.
(٢) مفتاح الكرامة: ج ٨ كتاب الفرائض ص ٢٦٣ س ١٨ قال: وهو (أي عدم الوجوب) المحكي عن
الإيجاز والإصباح وعن القطب علي بن مسعود.
(٣) الشرائع: الفصل الثالث في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم قال: وفي وجوب تقديم الأضعف في
التوريث تردد.
(٤) المختلف: ج ٢ في ميراث الغرقى ص ١٩٨ س ١٩ قال: وقال في الإيجاز أنه غير واجب وهو
المعتمد.
(٥) التهذيب: ج ٩ (٣٦) باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم ص ٣٥٩ الحديث ١ وفيه قال: سألت أبا
عبد الله عليه السلام.

وقال الشيخ: يورثون بالصحیح والفساد فيهما. واختيار الفضل أشبه.

ولو خلف أما هي زوجة، فلها نصيب الأم دون الزوجة.

أقول: المجوسي قد ينكح المحرمات لشبهة دينه، وهو من المحرف في مذهبهم، فيحصل له نسب صحيح وفساد وسبب صحيح وفساد، كما لو تزوج بأمه فأولد منها بنتا، فنسب البنت فاسد، وسبب الأم فاسد. فهل يقع التوريث بينهم بالصحیح والفساد منهما؟ أو لا يقع إلا بالصحیح منهما؟ أو بصحيح النسب وفساده؟ دون فساد السبب؟ والرابع باطل بالإجماع، فالأقوال إذن ثلاثة:

(الأول) مذهب الشيخ رحمه الله: أعني توريثه بالصحیح والفساد منهما قاله في النهاية (١) وتبعه القاضي (٢) والتقي (٣) وسلار (٤) وابن حمزة (٥). والدليل وجوه:

- (١) النهاية: باب ميراث المجوس، وسائر أصناف الكافر ص ٦٨٣ س ١٤ قال: وقال قوم: إنهم يورثون من الجهتين معا، إلى قوله: هذا القول عندي هو المعتمد عليه.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب ميراث المجوس ص ١٧٠ س ١٢ قال: المجوس يرثون بالأنساب والأسباب صحيحة كانت أو غير صحيحة.
- (٣) الكافي: الإرث ص ٣٧٦ س ١٨ قال: وأهل الملل المختلفة في الكفر... ورثوا على الأنساب والأسباب الثابتة في ملة الإسلام إلى أن قال: أو مجوسيان تحاكما إلينا أحدهما ابن وزوج لمورثه والآخر أب وأخ فالحكم أن يبطل ميراث الأبوة والأخوة، لأن الأب هنا تزوج بأمه الخ. ولا يخفى أن هذا مخالف لما ادعاه المصنف، فافهم.
- (٤) المراسم: ذكر ميراث المجوسي ص ٢٢٤ س ٨ قال: أي مجوسي ترك أمه وهي زوجته، فإنها ترث من وجهين.
- (٥) الوسيلة: فصل في بيان ميراث المجوس ص ٤٠٣ س ٧ قال: أحدها أنها ترث بكل نسب وسبب صحيحين أو فاسدين إلى أن قال: ونحن نقول بالقول الأول.

- (أ) إنهم يقرون على معتقدتهم.
- (ب) ما روي أن رجلا سب مجوسيا بحضرة الصادق عليه السلام، فزبره ونهاه، فقال: إنه تزوج بأمه، فقال: أما علمت أن ذلك عندهم النكاح (١).
- (ج) ما روي عنه عليه السلام: كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه (٢).
- (د) روى المغيرة عن السكوني عن جعفر، عن أبيه عن علي عليهم السلام: أنه كان يورث المجوسي إذا تزوج بأمه من وجهين: من وجه أنها أمه، ومن وجه أنها زوجته (٣).
- (الثاني) مذهب يونس بن عبد الرحمان. كان في زمان الصادق عليه السلام، له مصنفات كثيرة قريب أربعمئة مصنف، وهو عدم توريثه إلا بالصحيح منها. والدليل قوله تعالى: (فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) (٤) ولا شيء من الفاسد بقسط. (وقل الحق من ربكم) (٥) (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله) (٦).
- واختاره التقي (٧) وابن إدريس (٨) ونقله المفيد في كتاب الأعلام (٩)

- (١) التهذيب: ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٥ الحديث ٢.
- (٢) التهذيب: ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٥ الحديث ٣.
- (٣) التهذيب: ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٤ الحديث ١.
- (٤) المائدة: ٤٢.
- (٥) الكهف: ٢٩.
- (٦) المائدة: ٤٩.
- (٧) الكافي: الإرث ص ٣٧٦ س ١٨ قال: وأهل الملل المختلفة في الكفر إلى قوله: ورثوا على الأنساب والأسباب الثابتة في ملة الإسلام الخ.
- (٨) السرائر: في ميراث المجوس ص ٤٠٩ س ٩ قال بعد نقل قول المفيد كتاب الأعلام: وإلى هذا القول أذهب وعليه اعتمد وبه أفتي.
- (٩) الأعلام: في ضمن عدة رسائل ص ٣٤١ س ١٥ قال: فإن ميراث المجوس عند جمهور الإمامية يكون من جهة النسب الصحيح الخ.

ولو خلف جدة هي أخت ورثت بهما. ولا كذا لو خلف بنتا هي أخت، لأنه لا ميراث للأخت مع البنت.

والسيد في الموصليات الثانية (١).

(الثالث) مذهب الفضل بن شاذان، وهو توريثه بالنسب مطلقا، وبالسبب الصحيح خاصة (٢) واختاره المصنف ونقله عن المفيد (٣) وهو مذهب العلامة (٤) وظاهر الحسن (٥) والصدوق (٦).

والدليل: أنه من الأنساب الحاصلة عن نكاح فاسد عندنا صحيح عندهم، وقد أقرهم الشارع عليه، فلا أقل من أن يكون شبهة، والمسلم يرث به فالمجوسي أولى. وأما السبب الفاسد فيلغى في شرع الإسلام، فلا يوجب إرثا.

قال طاب ثراه: ولو خلف جدة هي أخت ورثت بهما، ولا كذا لو خلف بنتا هي أخت لأنه لا ميراث للأخت مع البنت.

أقول: هذا تفريع على توريثه بالنسب الفاسد.

فنقول: إذا اجتمع للوارث سببان يستحق بهما الإرث، فإن لم يمنع أحدهما

(١) رسائل الشريف المرتضى: ج ١ جوابات المسائل الموصليات الثالثة ص ٢٦٦ المسألة التاسعة والمائة، قال: وإن ميراث المجوس عن جهة النسب الصحيح دون النكاح الفاسد.

(٢) التهذيب: ج ٩ (٣٧) باب ميراث المجوس ص ٣٦٤ س ١٠ قال: وقال الفضل بن شاذان الخ. (٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: ج ٢، الفصل الرابع في ميراث المجوس ص ١٩٠ س ٢٢ قال: وقيل: يورثون بالأنساب الصحيحة والفاسدة والأسباب الصحيحة خاصة، وهو الأقرب.

(٥) المختلف: ج ٢، القول في ميراث المجوس ص ١٩٦ س ٨ قال: وقال ابن عقيل: والمجوس عند آل الرسول عليهم السلام يورثون بالنسب، ولا يورثون بالنكاح.

(٦) الفقيه: ج ٤ (١٧٤) باب ميراث المجوس ص ٢٤٨ قال: المجوس يرثون بالنسب ولا يرثون بالنكاح الفاسد الخ. وفي المقنع: باب الموارث ص ١٧٩ س ٤ قال: وأما موارث أهل الكتاب والمجوس: فإنهم يورثون من جهة القرابة ويطلق ما سوى ذلك من ولادتهم.

خاتمة

في حساب الفرائض
مخارج الفروض ستة. ونعني بالمخرج أقل عدد يخرج منه ذلك الجزء
صحيحاً.

فالنصف من اثنين. والرابع من أربعة. والثلث من ثمانية، والثلثان
والثلث من ثلاثة، والسدس من ستة.

الآخر ورث بهما، كجدة هي أخته. وتصويره: مجوسي تزوج بنت بنته، فأولد منها
ولداً، فالبنت الأولى جدته لأمه، وهي أخته لأبيه.
وإن منع أحدهما الآخر ورث بالمانع.
وفيه مسائل:

(أ) بنت هي بنت بنت، وتصويره ظاهر، فيكون لها نصيب البنت دون بنت
البنت.

(ب) عمّة هي أخت من أب، لها ميراث الأخت دون العمّة. وتصويره:
مجوسي تزوج بأمه، فأولد منها بنتاً وله ولد، فالبنت أخت هذا الولد لأبيه، وعمته
أيضاً لأنها أخت أبيه.

(ج) عمته هي أخت من أم: كما لو تزوج جده بأمه فأولد منها بنتاً، فهي
عمتها لكونها أخت أبيه، وأخته لأنها من أمه.

(د) عمته هي بنت عمه: وتصويره: مجوسي تزوج ببنته فأولد منها
بنتاً وله ولد، فهي أخته وبنت أخته، فلو كان لهذا الولد ابن لكانت عمته وبنت
عمته.

(هـ) بنت بنت وهي بنت أخت: وتصويره: مجوسي تزوج بأمه فأولدها بنتاً،

والفريضة إما بقدر السهام، أو أقل أو أكثر.
فما كان بقدرها: فإن انقسم من غير كسر، وإلا فاضرب عدد من
انكسر عليهم في أصل الفريضة، مثل أبوين وخمس بنات، تنكسر
الأربعة على الخمسة فتضرب خمسة في أصل الفريضة، فما اجتمع فمناه
الفريضة، لأنه لا وفق بين نصيبهن وعددهن. ولو كان وفق ضربت
الوقف من العدد، لا من النصيب في أصل الفريضة مثل أبوين وست
بنات، للبنات أربعة. بين نصيبهن وهو أربعة وعددهن وهو ستة وفق،
وهو النصف، فيضرب الوقف من العدد وهو ثلاثة في أصل الفريضة وهو
سته، فما اجتمع صحت منه.

ولو نقصت الفريضة بدخول الزوج أو الزوجة، فلا عول، ويدخل
النقص على البنت أو البنات، أو من يتقرب بالأب والأم، أو الأب،
مثل: أبوين وزوج وبنت، فلأبوين السدسان وللزوج الربع والباقي
للبنات.

وكذا الأبوان أو أحدهما وبنت أو بنات وزوج، النقص يدخل على
البنت أو البنات، واثنان من ولد الأم، والأختان للأب والأم، أو
للأب مع زوج أو زوجة، يدخل النقص على من يتقرب بالأب والأم،
أو الأب خاصة.

ثم تزوج البنت فأولدها بنتا، فالبنت الثانية بنت بنته، وهي بنت أخته لأن البنت
الأولى أخته لأمه.

(و) جدة لأب هي أخت لأم، وتصويره: محوسي تزوج بأم أمه فأولد منها
ولدا، فأم الأب أخت هذا الولد لكونها بنت أمه، وجدته لكونها أم أبيه.

ثم إن انقسمت الفريضة على صحة، وإلا ضربت سهام من انكسر عليهم في أصل الفريضة.

ولو زادت الفريضة كان الرد على ذوي السهام دون غيرهم. ولا تعصيب. ولا يرد على الزوج والزوجة، ولا على الأم مع وجود من يحجبها، مثل أبوين وبنت، فإذا لم يكن حاجب فالرد أخماسا. وإن كان حاجب فالرد أرباعا، تضرب مخرج سهام الرد في أصل الفريضة، فما اجتمع صحت منه الفريضة. تتمه

في المناسخات

ونعني به أن يموت الإنسان فلا تقسم تركته، ثم يموت أحد وراثه، ويتعلق الغرض بقسمة الفريضتين من أصل واحد.

فإن اختلف الوارث، أو الاستحقاق، أو هما ونهض نصيب الثاني بالقسمة على وراثه، وإلا فاضرب الوفق من الفريضة الثانية في الفريضة الأولى، إن كان بين الفريضتين وفق. وإن لم يكن فاضرب الفريضة الثانية في الأولى فما بلغ صحت منه الفريضتان.

قال طاب ثراه: تتمه في المناسخات إلى آخره.

أقول: اشتقاق المناسخات من النسخ، وهو في اللغة النقل والتحويل (١) تقول: نسخت الكتاب إذا نقلته، ونسخت الشمس الظل إذا حولته.

(١) مصباح المنير: ص ٨٢٧ لغة (نسخت).

لأن الوارث إن تقرب إلى الميت بغير واسطة، فهو المرتبة الأولى، وهم الآباء والأولاد.

والمراد بالجمع في الآباء هنا، ما فوق الواحد، لا الجمع الحقيقي الذي أقله ثلاثة، لأن غاية الاجتماع حصول الطرفين، وهما الأب والأم، ولو حصلت الواسطة في الآباء صار جدا وخرج عن الاستحقاق وصار في المرتبة الثانية.

وأما تعدد الواسطة في الأولاد بالتسافل، فلا يخرجهم عن كونهم من المرتبة الأولى، لكن لو اجتمعوا بطونا متنازلة فالأدنى إلى الميت يمنع الأبعد، فبنت البنت أولى من ابن ابن الابن، ويقاسمون الأبوين وإن نزلوا، كما يحجبون الزوج والزوجة من النصيب الأعلى.

وإن تقرب إلى الميت بواسطة فهو المرتبة الثانية، وهم الأخوة والأجداد، لأن كل واحد من هاتين الطبقتين يتقرب إلى الميت بواسطة واحدة، هي الأب أو الأم. ولو تصاعدت هذه الواسطة في الأجداد، أو تنازلت في الأخوة كان الأقرب من كل طبقة أولى من الأبعد منها، لا من الطبقة الأخرى، فالجد البعيد لا يمنعه الأخ القريب، وكذلك الجد وإن قرب يقاسمه أولاد الأخوة وإن نزلوا، وقد بينا ما يتفرع على هذه القواعد في تحقيق الأجداد.

وإن تقرب إلى الميت بواسطة واحدة، فهو المرتبة الثالثة، وهم الأعمام والأخوال، لأنهم يتقربون إلى الميت بواسطة الأب والجد، لأنهم أولاد الأجداد. وهاتان الطبقتان طبقة واحدة لا يختلف حكمهما، فالأدنى إلى الميت منهما يمنع الأبعد من الطبقة الأخرى (١) فالخالة تمنع ابن العم وكذا إذا اجتمعوا بطونا نازلة فالأدنى إلى الميت يمنع الأبعد فبنت الخالة تمنع ابن ابن العم، وهكذا إلا في المسألة الإجماعية

(١) في كل: (من طبقته ومن الطبقة الأخرى).

كتاب القضاء

(مقدمات)

(الأولى) القضاء ولاية الحكم شرعا لمن له الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية، على أشخاص معينة بشرية، متعلقة بإثبات الحقوق، واستيفائها. وله مبدأ، وغاية، وخاصة. فمبدأه الرئاسة العامة في أمور الدين والدنيا. وغايته قطع المنازعة بين الخصوم. وخواصه عدم نقضه باجتهاد، وصيرورته أصلا لقضية (١) غيره من القضاة وإن خالف اجتهاده، لا دليلا قطعيا. ويلزم المشهود عليه والشهود، ومن ثم عزم الشاهد برجوعه.

(الثانية) القضاء من مهمات نظام النوع وأسنى المطالب الدينية. والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقولته تعالى: (وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة) (٢) (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق) (٣) (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله) (٤) (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) (٥) إلى غير ذلك من الآيات الدالة على مشروعية القضاء. وأما السنة: فكقول النبي صلى الله عليه وآله: إذا جلس القاضي في مجلسه

(١) في كل: (لنصبه).

(٢) البقرة: ٣٠.

(٣) ص: ٢٦.

(٤) النساء: ١٠٥.

(٥) المائدة: ٤٩.

هبط عليه ملكان يسددانه ويرشدانه ويوفقانه، فإذا جار عرجا وتركاه (١) ونصب
صلى الله عليه وآله قضاء، قال علي عليه السلام: بعثني رسول الله صلى الله عليه
وآله إلى اليمن قاضيا (٢) وبعث علي عليه السلام عبد الله بن العباس قاضيا إلى البصرة
(٣).

أجمعت الأمة على تسويغه.

(الثالثة) القضاء من فروض الكفايات، إذا قام به البعض سقط عن الباقيين،
وقد يتعين إذا عينه الإمام، أو لم يوجد غيره فإنه يجب عليه أن يعرف نفسه إذا لم
يعرفه الإمام.

ومع عدم وجوبه: يستحب توليه من قبل العادل الواثق بالقيام.
وهو من أفضل الأعمال.

أما أولا فلأنه من المناصب الدينية وصناعة الأنبياء.
وأما ثانيا فلتنعدي نفعه.

وأما ثالثا فلما فيه من تجشم المشاق العظيمة، وقال عليه السلام: أجرك على
قدر نصبك (٤).

وروي عن ابن مسعود أنه قال: لئن أجلس يوما فاقضي بين الناس أحب إلي
من عبادة سنة (٥).

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه ولا تغفل، وفي المبسوط: ج ٨ كتاب
آداب القضاء ص ٨٣ وفيه (فإن عدل أقاما).

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) تلخيص التحبير لابن حجر العسقلاني: ج ٢ ص ١٧٧ الحديث ٢٠٦٣، ولفظه (قال: اشتهر أن
النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لعائشة: (أجرك على قدر نصبك)).

(٥) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٤ ولاحظ ما علق عليه ورواه الشيخ في المبسوط: ج ٨ كتاب
آداب القضاء ص ٨٢ س ٢.

وعن النبي صلى الله عليه وآله: إن الله لا يقدر أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه (١).

ولأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

قيل: قد روي عنه صلى الله عليه وآله: من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين (٢) وهذا الحديث يشعر بالترغيب عنه.

ولما طلب أبو قلابة للقضاء لحق بالشام، وأقام زمانا، ثم جاء فلقية أيوب السجستاني وقال له: لو أنك وليت القضاء وعدلت بين الناس رجوت لك في ذلك أجرا، فقال: يا أيوب، السابح إذا وقع في البحر كم عسى أن يسيح؟! (٣). وأجيب عن الأول: بأن الحديث لم يخرج مخرج الدم، بل المراد به بيان اشتماله على المشقة العظيمة والخطر الجسيم، كيف لا وهو من مناصب الرسل والأوصياء عليهم السلام.

وعن الثاني: بأن أبا قلابة كان من التابعين فلا يقدر خلافه في إجماع الأمة، وجاز امتناعه لإحساسه بالعجز عن القيام به، لأنه كان محدثا لا فقيها، قاله الشيخ رحمه الله (٤).

(الرابعة) يحرم على غير الواثق من نفسه بالقيام، توليه وقوله.

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٥ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه ورواه الشيخ في المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ١١.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ٦ ولاحظ ما علق عليه، ورواه الشيخ في المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ١٩ وتمام الحديث (قيل: يا رسول الله، وما الذبح؟ قال: نار جهنم).

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ٧ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٢ س ٤.

روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله: من جعل قاضيا فقد ذبح بغير
سكين، قيل يا رسول الله وما الذبح؟ قال: نار جهنم (١).
وعنه عليه السلام: يؤتى بالقاضي العدل يوم القيامة، فمن شدة ما يلقاه من
الحساب يود أن لم يكن قضى بين اثنين في تمرة (٢).
وعنه عليه السلام: يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي، وإني أراك ضعيفا
مستضعفا، فلا تأمر على اثنين، وعليك بخاصة نفسك (٣).
وروي أن لقمان في ابتداء أمره كان نائما نصف النهار، إذ جاءه نداء
يا لقمان: هل لك أن يجعلك الله خليفة في الأرض تحكم بين الناس بالحق؟
فأجاب الصوت: إن خيرني ربي قبلت العافية ولم أقبل البلاء، وإن عزم علي فسمعا
وطاعة، فإني أعلم أنه إن فعل بي ذلك أعاني وعصمني، فقالت الملائكة بصوت لم
يرهم: لم يا لقمان؟ قال: لأن الحكم أشد المنازل وأكثرها، يغشاه الظلم من كل
مكان، إن وفي فبالحري أن ينجو، وإن أخطأ أخطأ طريق الجنة، ومن يكون في
الدنيا ذليلا وفي الآخرة شريفا، خير من أن يكون في الدنيا شريفا وفي الآخرة
ذليلا، ومن تخير الدنيا على الآخرة تفتنه الدنيا ولا نصيب له في الآخرة، فعجبت
الملائكة من حسن منطقته، فنام نومة فأعطي الحكمة، فانتبه يتكلم بها، ثم كان
يؤازر داود بحكمته، فقال له داود: طوبى لك يا لقمان أعطيت الحكمة وصرفت عنك
النقمة (٤).

-
- (١) تقدم آنفا.
(٢) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ٩ ولاحظ ما علق عليه، ورواه في المبسوط: ج ٨ كتاب
آداب القضاء ص ٨٢ س ٢١.
(٣) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥١٦ الحديث ١٠ ولاحظ ما علق عليه.
(٤) الوافي: ج ٣ باب ٢٢ مواظ لقمان عليه السلام ص ٨٣ س ٣٤ ورواه القمي في تفسيره: ج ٢
ص ١٦٣ س ١ في تفسيره لسورة لقمان.

وروى أحمد بن خالد عن أبيه رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: القضاة أربعة، ثلاثة في النار وواحد في الجنة: رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالجور وهو لا يعلم أنه قضى بالجور فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة (١).

(الخامسة) الناس في القضاء على أربعة أضرب:

(أ) من يجب عليه، وهو جامع الشرائط، إذا لم يجد الإمام غيره، فعلى الإمام أن يوليّه، وعليه أن يقبل، وإن لم يعلم الإمام به فعليه أن يعرفه بنفسه لتولية القضاء، لكونه من فروض الكفايات.

(ب) من يحرم عليه وهو غير الجامع كالجاهل العدل أو العالم الفاسق.

(ج) من يستحب له وهو جامع الشرائط إذا لم يكن له من ماله كفاية وافتقر في طلب الكفاية إلى الاشتغال بالمباح كالتجارة وغيرها، فلئن يلي القضاء ويصرف زمانه في طاعة الله ويرتزق من بيت المال خير له من الاشتغال بالمباح.

(د) من كان له كفاية من ماله، لا تخلو.

إما أن يكون مشهوراً بالعلم، معروفاً بالفضل، يقصده الناس يستفتونه ويتعلمون منه، فالمستحب له ترك القضاء، لأن التدريس والتعليم طاعة وعبادة مع الأمن والسلامة من ارتكاب الأخطار، والقضاء وإن كان طاعة لكنه مشتمل على الغرر وتطرق الضرر، لقوله عليه السلام من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين (٢).

(١) الكافي: ج ٧ باب أصناف القضاة ص ٤٠٧ الحديث ١ وتمامه (وقال عليه السلام: الحكم حكمان، حكم الله وحكم الجاهلية فمن أخطأ حكم الله، حكم بحكم الجاهلية).

(٢) درر الأحاديث النبوية بالأسانيد الحيوية، باب في ذكر القضاء والقضايا، وهو السابع عشر ص ١٤٥ س ٨ ولفظه (وبإسناده عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: من سأل القضاء وكل إلى نفسه، ومن ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين).

كتاب القضاء

والنظر في الصفات والآداب، وكيفية الحكم، وأحكام الدعوى. والصفات ست: التكليف، والإيمان، والعدالة، وطهارة المولد، والعلم، والذكورة.

ويدخل في العدالة اشتراط الأمانة والمحافظة على الواجبات. ولا ينعقد إلا لمن له أهلية الفتوى، ولا يكفيه فتوى العلماء. ولا بد أن يكون ضابطاً، فلو غلبه النسيان لم ينعقد له القضاء. وهل يشترط علمه بالكتابة؟ الأشبه: نعم، لا اضطراره إلى ما لا يتيسر لغير النبي صلى الله عليه وآله إلا بها، ولا ينعقد للمرأة.

وإما أن يكون خاملاً لا يعرف علمه، ولا يعلم فضله، ولا ينتفع الناس بعلمه، فالمستحب له أن يليه ليدل على فضله وإظهار علمه، وانتفاع الناس به، حتى قال بعضهم: يجوز أن يبذل ما لا يلي القضاء (١).
قال طاب ثراه: وهل يشترط علمه بالكتابة؟ الأشبه: نعم.
أقول: ما اختاره المصنف، وهو علمه بالكتابة، مذهب الشيخ في المبسوط (٢)
ومختار العلامة (٣) لا اضطراره إلى الضبط، ولا يتم إلا بها، وللاحتياط.

(١) وفي هامش بعض النسخ ما لفظه (والأصح خلاف ذلك، لأن بذل المال على ذلك لا يجوز، ولا للإمام أن يأخذ على ذلك عوضاً، قاله الشيخ في المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ٨٤ س ١٦ قال: لأن بذل المال على ذلك لا يجوز الخ.
(٢) المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ١٢٠ س ٤ قال: والذي يقتضيه مذهبنا: أن الحاكم يجب أن يكون عالماً بالكتابة، والنبي صلى الله عليه وآله كان يحسن الكتابة بعد النبوة، وإنما لم يحسنها قبل البعثة.
(٣) القواعد: ج ٢ في صفات القاضي ص ٢٠١ س ٢٣ قال: وفي اشتراط علمه بالكتابة إشكال وكذا البصر، والأقرب اشتراطهما.

وفي انعقاده للأعمى تردد، والأقرب: أنه لا ينعقد لمثل ما ذكرناه في الكتابة.

-
- وقيل: بعدم الاشتراط (١) للأصل، ولأن النبي صلى الله عليه وآله كان خاليا من الكتابة في أول أمره مع اختصاصه بالرئاسة العامة، ومنصبه صلى الله عليه وآله أكمل المناصب ولم يشترط بها، فلا يضر خلو غيره منها. وأجيب بالفرق من وجوه:
- (أ) عصمته صلى الله عليه وآله من الغلط والنسيان وجوازهما على غيره.
- (ب) تأييده بالوحي المتواتر.
- (ج) قوة حافظته، فلا يحتاج إليها.
- (د) خلوه عليه السلام منها زيادة في كماله، وفي حق غيره نقص. مع أن في الآية (٢) الإيماء إلى سبب الخلو، وهي ريبة أهل الجحود. وإنما قلنا في أول أمره؟ لأن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط: إنما كان خاليا من الكتابة قبل البعثة لا بعدها (٣) واختاره ابن إدريس (٤).
- قال طاب ثراه: وفي انعقاده للأعمى تردد.
- أقول: اشتراط البصر مذهب الشيخ (٥) والقاضي (٦) وابن الجنيد (٧) ويحيى

-
- (١) بداية المجتهد: ج ٢ في معرفة من يجوز قضائه ص ٥٠٠ س ١٣ قال: وأما فضائل القضاء إلى قوله: واختلفوا في الأعمى، والأبين جوازه.
- (٢) قال تعالى: (وما كنت تتلوا من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذا لارتاب المبتلون) العنكبوت: ٤٨.
- (٣) تقدم أنفا.
- (٤) السرائر: في آداب القضاء ص ١٩٤ س ١٥ قال: والذي يقتضيه مذهبنا: أن الحاكم يجب أن يكون عالما بالكتابة: والنبي صلى الله عليه وآله كان يحسن الكتابة بعد النبوة، وإنما لم يحسنها قبل البعثة.
- (٥) المبسوط: ج ٨ شرائط القضاء ص ١٠١ س ٥ قال: وأما كمال الخلقة فإن يكون بصيرا، فإن كان أعمى لم ينعقد له القضاء الخ.
- (٦) المهذب: ج ٢ كتاب القضاء ص ٥٩٨ س ٢١ قال: أما كمال الخلقة، أن يكون بصيرا، الخ.
- (٧) لم أعثر على قوله.

بن سعيد (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، واحتياجه إلى الكتابة، وهي معتبرة في القاضي، ولأن الأعمى لا ينفذ شهادته في بعض الأشياء، والقاضي ينفذ شهادته في كل الأشياء، واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).
وقيل: بعدم الاشتراط (٦) للأصل، ولأن شعبيا كان أعمى (٧).

- (١) الجامع للشرائع: كتاب القضاء ص ٥٢٢ س ٣ قال: إذا كان الرجل عاقلا بصيرا كاملا كاتبا إلى قوله: فهو أهل لولاية القضاء.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) القواعد: ج ٢ في صفات القاضي ص ٢٠١ س ٢٣ قال: وفي اشتراط علمه بالكتابة إشكال وكذا البصر والأقرب اشتراطهما.
(٤) الشرائع: كتاب القضاء، في الآداب، قال: وهنا مسائل، الأولى: الإمام يقضي بعلمه مطلقا، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس إلى قوله: ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم.
(٥) القواعد: ج ٢، الفصل الثالث، في مستند القضاء ص ٢٠٥ س ١١ قال: وغيره (أي غير الإمام) يقضي به في حقوق الناس وكذا في حقه تعالى على الأصح ولا يشترط في حكمه حضور شاهدين.
(٦) بداية المجتهد: ج ٢ في معرفة من يجوز قضائه ص ٥٠٠ س ٤ قال: ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته، وليس شرطا في جواز ولايته الخ.
(٧) قال الطبرسي: إلى قوله: (ضعيفا) أي ضعيف البدن، أو ضعيف البصر، أو مهينا، وقيل: كان عليه السلام أعمى. واختلف في أن النبي هل يجوز أن يكون أعمى؟ فقيل: لا يجوز لأن ذلك ينفرد، وقيل: يجوز أن لا يكون فيه تنفير ويكون بمنزلة سائر العلل والأمراض (بحار الأنوار: ج ١٢ كتاب النبوة باب ١١ قصص شعيب، ص ٣٧٩). أقول: كونه عليه السلام أعمى، مع أنه لم يثبت، ولذا نقله تحت عنوان (قيل): مخالف لما أورده في علل الشرائع: ج ١ باب ٥١ العلة التي من أجلها جعل الله عز وجل موسى خادما لشعيب عليهما السلام ولفظ الحديث (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: بكى شعيب عليه السلام من حب الله عز وجل حتى عمى، فرد الله عليه بصره، ثم بكى حتى عمى فرد الله عليه بصره، فلما كانت الرابعة: أوحى الله إليه يا شعيب إلى متى يكون هذا أبدا منك، إن يكن هذا خوفا من النار فقد أجزتك وإن يكن شوقا إلى الجنة فقد أبحتك، قال: إلهي وسيدي أنت تعلم إنني ما بكيت خوفا من نارك ولا شوقا إلى جنتك، ولكن عقد حبك على قلبي، فلست أصبر أو أراك، فأوحى الله جل جلاله إليه: أما إذا كان هذا هكذا، فمن أجل هذا سأخدمك كليمي موسى بن عمران).
وفي شرح قوله (أو أراك) نقلوا توجيهات لولا خوف الإطالة لأثبتناه.

وفي اشتراط الحرية تردد، الأشبه: أنه لا يشترط.
ولا بد من إذن الإمام، ولا ينعقد بنصب العوام له، نعم لو تراضى
اثنان بواحد من الرعية فحكم بينهما لزم. ومع عدم الإمام ينفذ قضاء
الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام الجامع للصفات. وقبول
القضاء عن السلطان العادل مستحب لمن يثق بنفسه، وربما وجب.
(النظر الثاني) في الآداب
وهي مستحبة ومكروهة.

فالمستحب: إشعار رعيته بوصوله إن لم يشتهر خبره، والجلوس في
قضائه مستدبر القبلة، وإن يأخذ ما في يد المعزول من حجج الناس
وودائعهم، والسؤال عن أهل السجون وإثبات أسمائهم، والبحث عن
موجب اعتقالهم، ليطلق من يجب إطلاقه، وتفريق الشهود عند الإقامة،
فإنه أوثق، خصوصا في موضع الريبة عدا ذوي البصائر لما يتضمن من

وأجيب: باختصاص النبي صلى الله عليه وآله بالعصمة المانعة من الغلط
والنسيان، ومزيد القوة الحافظة، والموجبة لبقاء التذکر، بخلاف غيره، ونمنع كونه
أعمى بالكلية، ولانجباره بالوحي وقلة المؤمنين في زمانه.
قال طاب ثراه: وفي اشتراط الحرية تردد، الأشبه: أنه لا يشترط.

الغضاضة، وأن يستحضر من أهل العلم من يخاوضه في المسائل المشتبهة.
والمكروهات: الاحتجاب وقت القضاء، وأن يقضي مع ما يشغل
النفس كالغضب، والجوع، والعطش، والغم، والفرح، والمرض، وغلبة
النعاس: وأن يرتب قوماً للشهادة، وأن يشغل للغريم في إسقاط أو
إبطال.

أقول: الاشتراط مذهب الشيخ (١) والقاضي (٢) والكيدري (٣) ويحيى بن
سعيد (٤) وهو ظاهر ابن حمزة (٥) لأنه ولاية، والعبد مولى عليه، ولأنه من المناصب
الجليلة فلا يليق بالرقيق.
وعدمه مذهب المصنف (٦) للأصل، ولأن المناط العلم مع الزهد، والاجتهاد
مع العدالة فيكفي.
لعموم قول الصادق عليه السلام: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى قضاة
الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإني
قد جعلته قاضياً (٧).

-
- (١) المبسوط: ج ٨ شرائط القضاء ص ١٠١ س ٩ قال: وأما كمال الأحكام فإن يكون بالغاً عاقلاً
حراً ذكراً.
(٢) المهذب: ج ٢ كتاب القضاء ص ٥٩٩ س ٢ قال: وأما كمال الأحكام بأن يكون بالغاً حراً
ذكراً.
(٣) مستند الشيعة: ج ٢ كتاب القضاء والشهادات ص ٥٢٠ س ١ قال: ومنها الحرية ذهب
إلى الاشتراط: الشيخ، والقاضي وابن سعيد والكيدري إلى آخر.
(٤) مستند الشيعة: ج ٢ كتاب القضاء والشهادات ص ٥٢٠ س ١ قال: ومنها الحرية ذهب
إلى الاشتراط: الشيخ، والقاضي وابن سعيد والكيدري إلى آخر.
(٥) الوسيلة: كتاب القضاء والأحكام ص ٢٠٩ س ١ قال: والكمال يثبت بثلاثة أشياء: بالتمام في
الخلقة، وفي الحكم والاضطلاع بالأمر الخ، وقال في مفتاح الكرامة، كتاب القضاء ج ١٠ س ١١ في شرح
قول المصنف (واشترط الحرية): وهو ظاهر محمد بن حمزة في الوسيلة.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) التهذيب: ج ٦ (٨٧) باب من إليه الحكم وأقسام القضاء والمفتين ص ١٩ الحديث ٨.

(مسائل)

(الأولى) للإمام أن يقضي بعلمه مطلقا في الحقوق، ولغيره في حقوق الناس، وفي حقوق الله قولان.

وفيه دلالة على جواز تجزي الاجتهاد، لقوله: (يعلم شيئا)، وهو نكرة. قال طاب ثراه: للإمام أن يقضي بعلمه مطلقا، ولغيره في حقوق الناس، وفي حقوق الله قولان.

أقول: إذا قامت البينة عند الحاكم، أو أقر الخصم عنده سرا في مجلس قضائه وغيره بما يوجب حكما، حكم قطعا، وإن لم يتفق أحدهما، بل علم ما يوجب الحكم فهل يحكم بعلمه؟

فنقول: أما بالنسبة إلى جرح الشهود، وتعديلهم، فإنه يحكم بعلمه إجماعا، وإلا لزم التسلسل، أو الدور، أو تعطيل الأحكام، والكل باطل.

وما عدا ذلك هل يحكم فيه بعلمه؟ فالذي يظهر أن للأصحاب فيه ثلاثة أقوال:

(أ) الحكم مطلقا، سواء كان إمام الأصل أو غيره، وسواء كان الحق لله أو لأدمي، وهو مذهب الشيخ (١) والمرتضى (٢) وأبي الصلاح (٣) واختاره المصنف (٤)

(١) الخلاف: كتاب آداب القضاء مسألة ٤١ قال: للحاكم أن يحكم بعلمه في جميع الأحكام الخ.

(٢) الإنتصار: مسائل القضاء والشهادات وما يتصل بذلك ص ٢٣٦ قال: مسألة إلى قوله: القول

بأن الإمام والحكام من قبله أن يحكموا بعلمهم في جميع الحقوق والحدود.

(٣) الكافي: فصل في العلم بما يقتضي الحكم ص ٤٢٨ س ٧ قال: علم الحاكم بما يقتضي تنفيذ الحكم كاف في صحته الخ.

(٤) الشرائع: مسائل (الأولى) قال: وغيره (أي غير الإمام) من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله على قولين: أصحابهما القضاء.

والعلامة (١) وفخر المحققين (٢).
(ب) لا مطلقاً في الحاكم والمحكوم به، وهو مذهب أبي علي (٣) ونقله في المبسوط عن قوم (٤).
(ج) الحكم لإمام الأصل مطلقاً، ولغيره في حقوق الناس دون حقوقه تعالى، قاله ابن حمزة (٥) وابن إدريس (٦).
احتج الأولون بوجوه:
(أ) قوله تعالى: (الزانية والزاني فاجلدوا) (٧) وقوله: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) (٨) فمن علمه الحاكم زانياً أو سارقاً وجب عليه القضاء بما أوجبته الآية.
(ب) إن قضائه بالشاهدين ظن، وبالعلم يقين، ومحال في الحكمة جواز الأول ومنع الثاني.

-
- (١) القواعد: ج ٢، الفصل الثالث في مستند القضاء ٢٠٥ قال: وغيره يقضي به في حقوق الناس وكذا في حقه تعالى على الأصح.
(٢) الإيضاح: ج ٤ ص ٣١٢ س ٢٣ قال في شرح قول القواعد: وهو الأصح عندي وعند والدي.
(٣) المختلف: ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٤ س ١٢ قال: وأبو علي بن الجنيد يصرح بالخلاف فيها، ويذهب إلى أنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء من الحقوق ولا الحدود الخ.
(٤) المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ١٢١ س ١ قال: وقال آخرون لا يقضي، وعندنا أن الحاكم إذا كان مأموناً قضي بعلمه الخ.
(٥) الوسيلة: فصل في بيان سماع البيئات وكيفية الحكم بها ص ٢١٨ س ١ قال: ويجوز المأمون الحكم بعلمه في حقوق الناس الخ.
(٦) السرائر: كتاب القضاء في سماع البيئات ص ١٩٧ س ٢٠ قال: عندنا للحاكم أن يقضي بعلمه في جميع الأشياء، ثم استشهد بقضايا من حقوق الناس فلاحظ.
(٧) النور: ٢.
(٨) المائدة: ٣٨.

(ج) لو لم يحكم بعلمه، لزم فسق الحكام، أو إيقاف الأحكام، لأنه إذا طلق الزوج زوجته بحضرته، ثم جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه، فإن حكم بغير علمه، وهو استحلاف الزوج وتسليمها إليه فسق، وإن لم يحكم له وقف الحكم. احتج المانعون بوجوه:

(أ) أن فيه تهمة، والتهمة تمنع القضاء، كالشهادة، فإن تطرق التهمة إليها يمنع قبولها، فتطرق التهمة في الحكم يمنع نفوذه.

(ب) إن فيه تزكية نفسه، وقال تعالى: (ولا تزكوا أنفسكم) (١).

(ج) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله في قضية الملاعنة: لو كنت راجما من غير بينة لرجمتها (٢).

وأجاب الأولون عن الأول: بأن التهمة حاصلة في الحكم بالبينة، أو الإقرار مع عدم الالتفات إليها، وأقوى فيما لو قال: ثبت عندي، وصح لدى، وحكمت بكذا، فإنه يلزم حكمه، ولا يبحث عما صح به عنده.

وعن الثاني: إن تولية الحكم وجلوسه مجلس القضاء، تزكية نفسه، وهو غير قادح في إمضاء حكمه.

وعن الثالث: بمنع السند.

احتج المفصلون: بالجمع بين القولين، ولأن حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف.

هذا جملة ما يظهر لي في هذه المسألة من أقوال أصحابنا.

وادعى الإمام فخر الدين قدس الله روحه: اتفاق الإمامية كافة على أن الإمام

(١) النجم: ٣٢.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥١٨ الحديث ١٤. ولاحظ ما علق عليه.

عليه السلام يحكم بعلمه، لعصمته، فعلمه يقيني، وأما غيره فهو موضع الخلاف (١). قلت: ومعارضة السيد لأبي علي فيما أبطل به قوله، حيث يقول: وكيف يخفى على ابن الجنيّد هذا الذي لا يخفى على أحد، أو ليس قد روت الشيعة الإمامية كلها ما هو موجود في كتبها ومشهور في رواياتها: أن النبي صلى الله عليه وآله ادعى عليه أعرابي سبعين درهما عن ناقة باعها منه، فقال صلى الله عليه وآله: قد أوفيتك، فقال الأعرابي: اجعل بيني وبينك رجلا حكما يحكم بيننا، فأقبل رجل من قريش، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: احكم بيننا، فقال للأعرابي: ما تدعي على رسول الله؟ قال: سبعين درهما ثمن ناقة بعثتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ قال: قد أوفيتك، فقال للأعرابي: ما تقول؟ قال: لم يوفني، فقال لرسول الله: ألك بينة على أنك قد أوفيتك؟ فقال صلى الله عليه وآله: لا فقال للأعرابي: أتحلف إنك لم تستوف حقلك وتأخذه؟ فقال: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: لأحاكمن هذا الرجل إلى رجل يحكم فينا بحكم الله عز وجل، فأتى رسول الله صلى الله عليه وآله إلى علي بن أبي طالب، ومعه الأعرابي، فقال علي عليه السلام: ما لك يا رسول الله؟ فقال صلى الله عليه وآله: يا أبا الحسن احكم بيني وبين هذا الأعرابي، فقال عليه السلام: ما تدعي على رسول الله صلى الله عليه وآله؟ قال: سبعين درهما ثمن ناقة بعثتها منه، فقال: يا رسول الله ما تقول؟ فقال: قد أوفيتك ثمنها، فقال عليه السلام للأعرابي: أصدق رسول الله فيما قال؟ قال: لا، ما أوفاني، فأخرج علي عليه السلام سيفه فضرب عنقه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: لم فعلت ذلك يا علي؟ فقال يا رسول الله نحن نصدقك على أمر الله ونهيه، وأمر الجنة

(١) الإيضاح: ج ٤ كتاب القضاء ص ٣١٢ س ٢١ قال: اتفقت الإمامية كافة على أن الإمام عليه السلام يحكم بعلمه لعصمته، فعلمه يقيني.

والنار، والثواب والعقاب، ووحى الله عز وجل، فلا نصدقك في ثمن ناقة هذا الأعرابي، وإنني قتلته لأنه كذبتك لما قلت له: أصدق رسول الله فيما قال: فقال: لا، ما أوفاني شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله أصبت يا علي، فلا تعد إلى مثلها، ثم التفت إلى القرشي، وكان قد تبعه، فقال: هذا حكم الله لا ما حكمت به (١).

ثم قال السيد بعد ما أورد هذا الخبر بطريق آخر، وأورد ما يضاهيه: فمن يروي مثل هذه الأخبار مستحسناً لها ومعولاً عليها، كيف يجوز أن يشك في أنه كان يذهب إلى أن الحاكم يحكم بعلمه، لولا قلة التأمل من ابن الجنيد (٢). قلت: وهذا الرد من السيد رحمه الله والحط على أبي علي بالمعارضة له بحكم علي عليه السلام، وهو إمام معصوم، وكذا فخر الدين حيث قال: احتج المانعون بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: لو كنت راجماً من غير بينة لرجمتها، فلم يحكم بعلمه عليه السلام وهو صاحب الشريعة (٣).

يدل على أن المانع يمنع مطلقاً، فكيف يدعي اتفاق الإمامية كافة على أن الإمام يحكم بعلمه، وموضوع الخلاف غيره، لكنه رحمه الله أعلم بمواقع الخلاف، ودقائق الأقوال، وأجل أن يخفى عليه ما ظهر لنا، فهو أعرف بما قال منا.

(١) الإنتصار: مسائل القضاء والشهادات ص ٢٣٨ س ٦ قال: وكيف خفي على ابن الجنيد إلى آخره.

(٢) الإنتصار: مسائل القضاء والشهادات ص ٢٤٠ س ٢٣ قال: فمن يروي هذه الأخبار الخ.

(٣) الإيضاح: ج ٤ كتاب القضاء ص ٣١٣ س ٢٠ والحديث أوردها أصحاب الصحاح والمسانيد، لاحظ صحيح البخاري: باب اللعان، باب قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لو كنت راجماً بغير بينة، وسنن ابن ماجه: ج ٢ كتاب الحدود (١١) باب من أظهر الفاحشة ص ٨٥٥ الحديث ٢٥٥٩ و ٢٥٦٠.

• (الثانية) إذا عرف عدالة الشاهدين حكم، وإن عرف فسقهما
أطرح، وإن جهل الأمرين، فالأصح التوقف حتى يبحث عنهما.
(الثالثة) تسمع شهادة التعديل مطلقة، ولا تسمع شهادة الجرح إلا
مفصلة.

(الرابعة) إذا التمس الغريم إحضار الغريم وجب إجابته، ولو كان
امرأة، إن كانت برزة. ولو كان مريضا أو امرأة غير برزة، استتاب
الحاكم من يحكم بينهما.
(الخامسة) الرشوة على الحاكم حرام، وعلى المرتشي إعادتها.

قال طاب ثراه: إذا عرف عدالة الشاهدين، حكم، وإن عرف فسقهما أطرح،
وإن جهل الأمرين، فالأصح التوقف حتى يبحث عنهما.
أقول: التوقف مذهب المفيد (١) وسالار (٢) والتقي (٣) واختاره المصنف (٤)
والعلامة (٥) لأن العدالة شرط قبول الشهادة، ولا يجوز الحكم بالمشروط مع الجهل
بالشرط، ولأنه أحوط.
وقال الشيخ: يحكم لأن الأصل في المسلم العدالة، ولأنه لم ينقل عن الصحابة

-
- (١) المقنعة: باب كيفية سماع القضاة البيئات ص ١١٣ س ١٨ قال: فإن عرف له ما يوجب جرحه،
أو التوقف في شهادته لم يمض الحكم بها.
(٢) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٤ س ١٢ قال: ومتى تلعنم الشاهد أو تتنع إلى قوله:
ولا يحكم بها إلا بعد التعرف.
(٣) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٥ س ٦ قال: العدالة شرط في صحة الشهادة إلى أن قال:
وإن اختل شرط لم تقبل الشهادة.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) القواعد: ج ٢، الفصل الثالث في مستند القضاء ص ٢٠٥ س ١٣ قال: فإن علم فسق الشاهدين
لم يحكم إلى أن قال: وإن جهل الأمر بحث عنهما.

النظر الثالث: في كيفية الحكم
وفيه مقاصد

(الأول) في وظائف الحاكم وهي أربع:
(الأولى) التسوية بين الخصوم في السلام، والكلام، والمكان،
والنظر، والإنصات، والعدل في الحكم. ولو كان أحد الخصمين كافرا
جاز أن يكون الكافر قائما والمسلم قاعدا، أو أعلى منزلا.
(الثانية) لا يجوز أن يلحق أحد الخصمين شيئا يستظهر به على
خصمه.

(الثالثة) إذا سكتا استحب له أن يقول: تكلما، أو إن كنتما حضرتما
لشيء، فاذكراه، أو ما ناسبه.
(الرابعة) إذا بدر أحد الخصمين سمع منه، ولو قطع عليه غريمه منعه
حتى تنتهي دعواه، أو حكومته ولو ابتدرا الدعوى سمع من الذي عن

والتابعين البحث عن حال المسلم (١).
وأجيب: بأن الإسلام يقتضي العدالة بمعنى أن المسلم أقرب إليها، ولا يقتضيها
اقتضاء يمنع من النقيض، وقبول الشهادة مبني على اليقين، لا التجويز.
وعن الثاني: بأن عدم النقل لا يدل على عدم وقوعه، وجاز لا وقوعه لعدم
احتياجهم إليه

(١) الخلاف: كتاب آداب القضاء، مسألة ١٠ قال: دليلنا إلى قوله: وأيضا الأصل في الإسلام
العدالة، والفسق طارئ عليه يحتاج إلى دليل، وأيضا نحن نعلم أنه ما كان البحث في أيام النبي صلى الله عليه
وآله إلى آخره.

يمين صاحبه. وإن اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعي من يخرج اسمه.

(المقصد الثاني): في جواب المدعى عليه، وهو إما إقرار، أو إنكار، أو سكوت. أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز الأمر، رجلاً كان أو امرأة، فإن التمس المدعي الحكم به، حكم له. ولا يكتب على المقر حجة إلا بعد المعرفة باسمه ونسبه، أو يشهد بذلك عدلان، إلا أن يقنع المدعي بالحلية. ولو امتنع المقر من التسليم أمر الحاكم خصمه بالملازمة، ولو التمس حبسه، حبس،

ولو ادعى الإعسار كلف البينة، ومع ثبوته ينظر، وفي تسليمه إلى الغرماء رواية، وأشهر منها تخليته.

قال طاب ثراه: ولو ادعى الإعسار كلف البينة، ومع ثبوته ينظر، وفي تسليمه إلى الغرماء رواية، وأشهر منها تخليته.

أقول: إنما كلف البينة بالإعسار إذا كان له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا، أما لو لم يعرف له أصل مال، ولا كان أصل الدعوى مالا، بل جناية، أو صداقا، أو نفقة زوجة، أو قريب استدان عليه بإذن منه، أو من الحاكم، فإنه يقنع بيمينه.

إذا عرفت هذا: فإذا ثبت إعساره شرعا، فهل يخلى سبيله، أو يسلم إلى الغرماء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول قاله الشيخ في الخلاف (١) واختاره ابن إدريس (٢)

(١) الخلاف: كتاب التفليس، مسألة ١٥ قال: إذا أفلس من عليه الدين إلى قوله: لا يواجر ليكتسب ويدفع إلى الغرماء الخ.

(٢) السرائر: باب النوادر في القضايا ص ٢٠٢ س ١٢ قال بعد نقل حديث السكوني: هذا الخبر غير صحيح ولا مستقيم، لأنه مخالف لأصول مذهبنا، إلى قوله: ولم يذكر استعملوه ولا أجره الخ.

وهو مذهب المصنف (١) واحد قولي العلامة (٢) لقوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) (٣) وقال في النهاية: للغرماء مؤاجرتهم (٤) وفصل ابن حمزة فقال: إذا ثبت إعساره خلى سبيله إن لم يكن ذا حرفة يكتسب بها، وأمره بالتمحل، وإن كان ذا حرفة دفعه إليه ليستعمله، فما فضل عن قوته وقوت عياله بالمعروف أخذه بحقه (٥) واحتج بالحديث المشهور الذي رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام: أنه كان يحبس في الدين، ثم ينظر إن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم وأجروه وإن شئتم استعملوه (٦). قال العلامة في المختلف: وما قاله ابن حمزة ليس بعيدا من الصواب لأنه متمكن من أداء ما وجب عليه، وإيفاء صاحب الدين حقه، فيجب عليه، أما الكبرى فظاهرة، وأما الصغرى فالأن الفرض أنه متمكن من التكسب والتحصيل، وكما يجب السعي في المؤنة كذا يجب في أداء الدين، ونمنع إعساره، لأنه متمكن، ولا فرق بين القدرة على المال وعلى تحصيله، ولهذا منعنا القادر على التكسب بالصناعة والحرفة من أخذ الزكاة باعتبار الحاقة بالغني القادر على المال (٧).

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) القواعد: ج ٢، الفصل الثاني فيما يترتب على الدعوى ص ٢٠٩ س ٤ قال: فإن ادعى الإعسار إلى قوله: لم يحل حبسه وانظر إلى أن يوسر.

(٣) البقرة: ٢٨٠.

(٤) النهاية: باب آداب القضاء ص ٣٣٩ س ٦ قال: وإلا أمر خصمه بملازمته حتى يرضيه، وأورد في ص ٣٥٢ تحت رقم ١٢ الحديث عن السكوني، ولم نظفر في النهاية بهذه العبارة.

(٥) الوسيلة: في بيان صفة القاضي وآداب القضاء ص ٢١٢ س ٧ قال: فإذا ثبت إعساره الخ.

(٦) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والأحكام ص ٣٠٠ الحديث ٤٥.

(٧) المختلف: ج ٢ فيما يتعلق بالقضاء ص ١٥٩ قال: مسألة، قال ابن حمزة إلى آخره.

ولو ارتاب بالمقرر، توقف في الحكم حتى يتبين حاله.
وأما الإنكار: فعنده يقال للمدعي: ألك بينة؟ فإن قال نعم أمر
بإحضارها، فإذا حضرت سمعها،
ولو قال: البينة غائبة، أجل بمقدار
إحضارها. وفي تكفيل المدعى عليه تردد، ويخرج من الكفالة عند
انقضاء الأجل، وإن قال: لا بينة، عرفه الحاكم أن له اليمين. ولا يجوز
إحلافه حتى يلتمس المدعي، فإن تبرع، أو أحلفه الحاكم لم يعتد بها،
وأعيدت مع التماس المدعي.

قلت: هذا التعليل لا ينهض بالدلالة على قول ابن حمزة لأن غاية وجوب السعي
والتكسب في قضاء الدين، لا يسلط صاحب الدين على استعماله ومواجهته، لانتفاء
ولايته عليه.

فإن قيل: الولاية ثابتة بقول الحاكم: (إن شئتم وأجروه وإن شئتم استعملوه).
قلنا: ولاية الحاكم وحجره تتعلق بالمال الموجود، والتقدير أنه لا مال له.
تنبيه

مذهب المصنف رحمه الله: أنه لا يجب التكسب في قضاء الدين، بل إذا تكسب
وفضل معه عن مؤنته شيء، وجب صرفه في قضاء دينه (١) ومذهب العلامة وجوب
السعي فيه (٢) والإجبار عليه كما يجبر على التكسب في مؤنته ومؤنة عياله، وهو أمتن،
وعليه يدل الأحاديث (٣) ويلزم المصنف مذهب الشيخ في الكتابة وهو لا يقول به.
قال طاب ثراه: ولو قال: البينة غائبة، أجل بمقدار إحضارها، وفي تكفيل

(١) لم أعثر عليه.

(٢) القواعد: ج ١ كتاب الدين ص ١٥٥ س ٢٣ قال: ويجب على المدينون السعي في قضاء الدين
وترك الإسراف في النفقة.

(٣) الكافي: ج ٥ كتاب المعيشة باب قضاء الدين ص ٩٥ الحديث ٢.

المدعى عليه هنا تردد.

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:

- (أ) تكفيله مدة لإحضارها وتخرج عن الكفالة بانقضاء الأجل قاله المفيد (١) والشيخ في النهاية (٢) وبه قال التقي (٣) والقاضي في الكامل (٤) وأطلقوا المدة، والظاهر أنها موكولة إلى نظر الحاكم.
- (ب) تقييد المدة بثلاثة أيام، فإن زادت لم يلزمه الكفيل، ويخرج عن الكفالة بانقضائها قاله ابن حمزة (٥).
- (ج) ليس له إلزامه بكفيل، بل إما أن يحلفه أو يطلقه قاله الشيخ في الخلاف (٦) وهو مذهب أبي علي (٧)، واختاره المصنف (٨) والعلامة (٩).

- (١) المقنعة: باب قيام البينة على الحالف ص ١١٤ س ٨ قال: وإذا بعدت بينة المدعى كان له تكفيل المدعى عليه إلى أن يحضر بينة الخ.
- (٢) النهاية: باب آداب القضاء ص ٣٣٩ س ١٦ قال: وإن قال المدعى: لست أتمكن من إحضارها جعل معه مدة من الزمان ليحضر فيه بينة ويكفل بخصمه الخ.
- (٣) الكافي: الفصل الثالث من تنفيذ الأحكام ص ٤٤٦ س ١١ قال: وإن ادعى بينة غائبة إلى أن قال: فإن انقضت المدة ولم يحضر بينة سقط تضمين خصمه الخ.
- (٤) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء وتوابعه ص ١٣٨ س ٣٦ قال: ولابن البراج قولان: ففي الكامل وافق الشيخ أيضا.
- (٥) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام ص ٢١٢ س ١٨ قال: وإن ادعى غيبة بينته إلى قوله: ما لم تزد المدة على ثلاثة أيام، فإن زادت لم يلزمه الكفيل الخ.
- (٦) كتاب الخلاف: كتاب آداب القضاء مسألة ٣٦ قال: فقال المدعى: لي بينة غير أنها غائبة لم يجب له ملازمة المدعى عليه ولا مطالبته له بكفيل الخ.
- (٧) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء في الآداب ص ١٣٨ س ٣٤ قال: وقال ابن الجنيد: ولو سأل المدعى القاضي مطالبة المدعى عليه بكفيل إلى قوله لم يكن ذلك واجبا عليه الخ إلى أن قال: وما ذكرناه أولا (أي مختار الشيخ) هو الأظهر والأصح.
- (٨) لاحظ عبارة النافع.
- (٩) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء في الآداب ص ١٣٨ س ٣٤ قال: وقال ابن الجنيد: ولو سأل المدعى القاضي مطالبة المدعى عليه بكفيل إلى قوله لم يكن ذلك واجبا عليه الخ إلى أن قال: وما ذكرناه أولا (أي مختار الشيخ) هو الأظهر والأصح.

ثم المنكر إما أن يحلف، أو يرد، أو ينكل. فإن حلف سقطت الدعوى: ولو ظفر له المدعي بمال لم يجز له المقاصة، ولو عاود الخصومة لم تسمع دعواه، ولو أقام بينة لم تسمع (وقيل: يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها) ولو أكذب نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته. فإن رد اليمين على المدعي صح، فإن حلف استحق، وإن امتنع سقطت دعواه.

احتج الأولون: بأن في تكفيله حفظا لحق المدعي، وصونا له عن الضياع، حذرا من هرب الغريم.

احتج المانعون: بأصالة البراءة، وبأن التكفيل عقوبة لم يثبت لها موجب.

قال طاب ثراه: وقيل: يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها.

أقول: اتفق المسلمون على سقوط الدعوى في مجلس الحلف، وهل يسمع في غيره؟ للأصحاب فيه ثلاثة أقوال:

(أ) عدم السماع قاله الشيخ في النهاية (١) والخلاف (٢) وموضع من المبسوط (٣)، وهو مذهب أبي علي (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).

(١) النهاية: باب آداب القضاء ص ٣٤٠ س ١٦ قال: وإن قال المدعي إلى قوله: فحلفه الحاكم ثم أقام بعد ذلك البينة، لم يلتفت إلى بينته وأبطلت.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٤٠ قال: إذا حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي البينة بالحق لم يحكم له بها.

(٣) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ٢١٠ س ٤ قال: المدعى عليه إذا حلف ثم أقام المدعي بعد ذلك بينة بالحق فعندنا لا يحكم له بها.

(٤) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء، في الآداب ص ١٣٨ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والنهاية: وهو قول ابن الجنيد، إلى أن قال: والمعتمد ما نقله الشيخ في النهاية.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء، في الآداب ص ١٣٨ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف والنهاية: وهو قول ابن الجنيد، إلى أن قال: والمعتمد ما نقله الشيخ في النهاية.

احتجوا: بأن البينة حجة المدعي، فيكون اليمين حجة المنكر، وكما لا يسمع حجة المنكر بعد حجة المدعي، كذا لا يسمع حجة المدعي بعد حجة المنكر. ولصحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعي، ولا دعوى له، قلت له: وإن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم، وإن قام بعد ما استحلفه خمسين قسامة ما كان له، وكان اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه (١).

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من حلف لكم فصدقوه، ومن سألكم بالله فأعطوه ذهب اليمين بدعوى المدعي فلا دعوى له (٢).
(ب) السماع إن لم يكن المنكر شرط سقوط الحق بيمينه، وعدمه إن شرطه، قاله المفيد (٣) القاضي في الكامل (٤) وابن حمزة (٥).
(ج) قال في موضع من المبسوط: إن كان قد أقام البينة على حقه غيره، وتولى ذلك الغير الإشهاد عليه، ولم يعلم هو، أو تولى هو إقامة البينة ونسي، فإنه يقوى في

-
- (١) التهذيب: ج ٦ (٨٩) باب كيفية الحكم والقضاء ص ٢٣١ الحديث ١٦.
(٢) الفقيه: ج ٣ (٢٤) باب بطلان حق المدعي بالتحليف وإن كان له بينة ص ٣٧ الحديث ٢.
(٣) المقنعة: باب قيام البينة على الحالف ص ١١٤ س ٣ قال: اللهم إلا أن يكون المدعي قد اشترط على المدعي عليه أن يمحو عنه كتابه عليه ويرضى بيمينه في إسقاط دعواه.
(٤) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء ص ١٤٦ س ٢٠ قال: قال ابن البراج في الكامل بما ذهب إليه المفيد.
(٥) الوسيلة: كتاب القضايا والأحكام ص ٢١٣ س ٥ قال: وإذا حلف المدعي عليه وشرط في اليمين أنه إذا حلف لم يكن رجوع الخ.

ولو نكل المنكر عن اليمين وأصر، قضي عليه بالنكول، وهو المروي.
وقيل: يرد اليمين على المدعي، فإن حلف ثبت حقه، وإن نكل بطل.
ولو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت إليه.
ولا يستحلف المدعي مع بينة إلا في الدين على الميت، يستحلف
على بقاءه في ذمته، استظهارا.
وأما السكوت: فإن كان لآفة توصل إلى معرفة إقراره أو إنكاره. ولو

نفسه أنه تقبل بينته، فأما مع علمه ببينته فلا تقبل (١) واختاره التقي (٢) وابن
إدريس (٣) ومثله: لو اتفق أنهما شهدا من غير شعور منه بشهادتهما، واحتمله العلامة
في المختلف (٤) قال: لأن طلب الإحلاف لظن عجزه عن استخلاص حقه بالبينه.
تنبيه

لو أقام المدعي بينة على إقراره بالحق بعد الحلف، سمعت، لجواز المطالبة مع
إكذاب نفسه إجماعا.
قال طاب ثراه: ولو نكل المنكر عن اليمين وأصر، قضي عليه بالنكول، وهو

-
- (١) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات، فصل آخر ص ٢١٠ س ١٥ قال: وإن كان غيره تولى ذلك
سمعت منه الخ مع تفاوت يسير.
(٢) الكافي: القضاء، الفصل الثالث ص ٤٤٧ س ٧ قال: أعلم المدعي أن استحلاف خصمك
يسقط حق دعواك ويمنع من سماع بينة إن كانت لك إلى قوله: فإذا حلف برئ من حق دعواه وتأثير بينة
أن قامته له.
(٣) السرائر: كتاب القضاء ص ١٩٢ س ٢٩ قال: وإن اعترف المنكر بعد يمينه بالله بدعوى خصمه
عليه وندم على إنكاره ألزمه الحق الخ.
(٤) المختلف: ج ٢ كتاب القضاء ص ١٤٧ س ٣٤ قال: ويحتمل قويا عندي سماع بينته إن خفي عنه
ن له بينة إلى قوله: لأنه طلب الإحلاف لظن عجزه عن استخلاص حقه بالبينه الخ.

افتقر إلى مترجم لم يقتصر على الواحد. ولو كان عنادا حبسه حتى يجيب.

المروي. وقيل: يرد اليمين على المدعي فإن حلف ثبت حقه وإن نكل بطل. أقول: إذا نكل المنكر عن اليمين، بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد، هل يقضى عليه بالنكول، ويلزم الحق، ويكون النكول كإقراره، أو كقيام البينة، أو يرد اليمين على المدعي؟ الصدوقان (١) (٢) والمفيد (٣) وتلميذه (٤) والتقي (٥) على الأول، واختاره المصنف (٦) وهو ظاهر النهاية (٧). وابن حمزة (٨) وأبي علي (٩) وابن إدريس (١٠) على الثاني. وهو قوله في

- (١) المختلف: ج ٢ الفصل الثالث في لواحق القضاء ص ١٤٣ س ١٩ قال وبه (أي القضاء بالنكول) قال في القداماء من علمائنا ابنا بابويه.
- (٢) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٢ س ١٦ قال: فإن نكل عن اليمين لزمه الحق.
- (٣) المقنعة: باب آداب القاضي ص ١١٣ س ٥ قال: وإن نكل عن اليمين ألزمه الخروج إلى خصمه مما ادعاه عليه.
- (٤) المراسم: ذكر أحكام القضاء ص ٢٣١ س ٧ قال: وإن نكل عن اليمين ألزمه المدعي عليه.
- (٥) الكافي: القضاء ص ٤٤٧ س ١١ قال: وإن نكل عن اليمين ألزمه الخروج إليه من حق دعواه.
- (٦) لاحظ عبارة النافع
- (٧) النهاية: باب آداب القضاء ص ٣٤٠ س ٦ قال: وإن نكل عن اليمين ألزمه الخروج إلى خصمه مما ادعاه إليه.
- (٨) الوسيلة: فصل في بيان أحكام اليمين ص ٢٢٩ س ١٠ قال: وإذا نكل المدعي عليه عن اليمين إلى قوله: رد اليمين على المدعي.
- (٩) المختلف: ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٣ س ١٩ قال: وقال ابن الجنيد: يرد اليمين على المدعي ويحلف ويقضى له إلى قوله: والمعتمد أنه لا يحكم بالنكول، بل ييمين المدعي.
- (١٠) السرائر: في آداب القضاء ص ١٩٤ س ٤ قال: ولا يجوز أن يحكم عليه بالحق بمجرد النكول، بل لا بد من يمين المدعي.

الخلاف (١) واختاره العلامة (٢) وفخر المحققين (٣).
احتج الأولون: بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: أنه حكى
عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنه ألزم أخرس بدين ادعي عليه، فأنكر، ونكل عن
اليمين (٤) فألزمه الدين بامتناعه عن اليمين.
أجابوا: باحتمال إلزامه عقيب إحناف المدعي.

احتج الآخرون بوجه:

(أ) إن الحكم مبني على الاحتياط التام، وأتم ما كان بعد يمين المدعي،
لاحتمال نكوله لا عن ثبوت الحق، بل لحرمة اليمين، أو لحلفه أنه لا يحلف، فهو أعم
من ثبوت الحق، ولا دلالة للعام على الخاص.
(ب) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: أنه رد اليمين على طالب
الحق (٥).

(ج) حسنة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام أنه قال: ترد اليمين على
المدعي (٦) فلم يفصل: فيتناول صورة النزاع.

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٣٨ قال: ردت اليمين على المدعي فيحلف ويحكم له، ولا يجوز
الحكم على المدعي عليه بنكوله.
(٢) المختلف: ج ٢ في لواحق القضاء ص ١٤٣.
(٣) الإيضاح: فيما يترتب على الدعوى ص ٣٣١ س ١٦ قال: وهو الحق عندي، أي رد اليمين على
المدعي.
(٤) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والأحكام ص ٣١٩ قطعة من
حديث ٨٦.
(٥) سنن الدارقطني: ج ٤ كتاب في الأقضية والأحكام ص ٢١٣ الحديث ٢٤.
(٦) التهذيب: ج ٦ (٨٩) باب كيفية الحكم والقضاء ص ٢٣٠ الحديث ١١.

(المقصد الثالث) في كيفية الاستحلاف
ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافرا، لكن إن رأى الحاكم
إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع، جاز.
ويستحب للحاكم تقديم العظة. ويجزيه أن يقول: والله ما له قبلي
كذا. ويجوز تغليظ اليمين بالقول والزمان والمكان. ولا تغليظ لما دون
نصاب القطع.
ويحلف الأخرس بالإشارة، وقيل: يوضع يده على اسم الله تعالى في
المصحف، وقيل: يكتب اليمين في لوح ويغسل، ويؤمر بشربه بعد
إعلامه، فإن شربه كان حالفا، وإن امتنع ألزم الحق.
ولا يحلف الحاكم أحدا إلا في مجلس قضائه، إلا معذورا كالمريض،
أو امرأة غير برزة.
ولا يحلف المنكر إلا على القطع، ويحلف على فعل غيره على نفي

قال طاب ثراه: ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافرا، لكن إن رأى الإمام
أحلف الذمي بما يقتضيه دينه أردع، جاز.
أقول: الأصل في اليمين أن يكون بالله، لقوله عليه السلام: من كان حالفا فليحلف
بالله (١) و (من) من ألفاظ العموم، نعم قد يرى الحاكم تحليف الذمي بما يقتضيه
دينه أردع وأزجر من اليمين بالله، فيكون كتغليظ اليمين في حق المسلم، فيجوز حينئذ
إحلافه بتلك اليمين المشتملة على الزجر.
قال طاب ثراه: ويحلف الأخرس بالإشارة، وقيل: بوضع يده على اسم الله في

(١) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٤٤٥ الحديث ١٦٨ وفيه من كان حالفا فليحلف بالله، أو ليذر.

العلم كما لو ادعى على الوارث فأنكر، أو ادعى أن يكون وكيله قبض أو باع.

المصحف، وقيل: يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه، فإن شرب كان حالفا وإلا ثبت الحق (١).
أقول: في كيفية تحليف الأخرس، ثلاثة أقوال:
(أ) الاكتفاء بالإشارة المفهمة الدالة على حلفه كسائر أموره، وهو المشهور، واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) لأن الشارع أقام الإشارة فيه مقام الكلام.
(ب) لا يكفي الإشارة وحدها، بل لا بد من وضع يده على اسم الله تعالى، قاله الشيخ في النهاية (٤) وعبارته: إذا أراد الحاكم أن يحلف الأخرس حلفه بالإشارة والإيماء إلى اسم الله ويضع يده على اسم الله في المصحف، ويعرف يمينه على الإنكار كما يعرف إقراره وإنكاره، وإن لم يحضر المصحف وكتب اسم الله ووضع يده عليه، جاز فهذا الكلام يعطي أنه لا بد منهما، ولا يكفي أحدهما. وقول المصنف: (وقيل: يضع يده على اسم الله) مراده مع الإشارة.
(ج) غسل اليمين بعد كتابتها وأمره بشربها، وهو قول ابن حمزة في الوسيلة، حيث قال: إذا توجهت اليمين على الأخرس، وضع يده على المصحف، وعرفه حكمها، وحلفه بالأسماء: وإن كتب اليمين على لوح، ثم غسلها، وجمع الماء في شيء وأمر بشربه، جاز فإن شرب فقد حلف، وإن أبي ألزمه، وجعله في النهاية رواية (٥) وهي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن

- (١) في النسخ المخطوطة الحاضرة عندي (وإلا ثبت الحق) كما أثبتناه، وفي النسخة المطبوعة من مختصر النافع كما أثبتناه في المتن، والأمر سهل.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) القواعد: ج ٢، المقصد الرابع في الإحلاف ص ٢١١ س ٩ قال: وحلف الأخرس بالإشارة.
(٤) النهاية: باب كيفية الاستحلاف، ص ٣٤٧ س ١٦ قال: وإذا أراد الحاكم إلى آخر ما أثبتناه.
(٥) النهاية: باب كيفية الاستحلاف ص ٣٤٨ س ١ قال: وقد روي أنه يكتب نسخة اليمين الخ.

وأما المدعي ولا شاهد له، فلا يمين عليه إلا مع الرد، أو مع نكول المنكر على قول، ويحلف على الجزم. ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق، فلو ادعى المنكر الإبراء، أو الأداء انقلب مدعياً، المدعي منكرًا، فيكفيه اليمين على بقاء الحق. ولا يتوجه على الوارث بالدعوى

الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين، ولم يكن للمدعي بينة؟ فقال: قال أمير المؤمنين عليه السلام، لما ادعى عنده على أخرس من غير بينة: الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج إليه، ثم قال: ائتوني بمصحف، فأتي به، فقال للأخرس: ما هذا؟ ورفع رأسه إلى السماء، وأشار أنه كتاب الله عز وجل، ثم قال: ائتوني بولي، فأتي بأخ له، فأقعدته إلى جنبه، ثم قال: يا قنبر علي بدواة وصحيفة، فأتاه بهما، ثم قال لأخ الأخرس: قل لأخيك: هذا بينك وبينه: إنه علي، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: واللّه الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، الرحمان الرحيم، الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية: إن فلان بن فلان المدعي ليس له قبل فلان بن فلان أعني الأخرس حق ولا طلب بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه، فامتنع، فألزمه الدين (١). وحملها ابن إدريس على أخرس لا يكون له كتابة معقولة ولا إشارة مفهومة (٢).

قال طاب ثراه: أما المدعي ولا شاهد له، فلا يمين عليه إلا مع الرد، أو نكول المنكر على قول.

(١) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والأحكام ص ٣١٩ الحديث ٨٦.
(٢) السرائر: باب كيفية الاستحلاف ص ١٩٨ س ٢٨ قال: ويمكن حمل هذه الرواية والعمل به الخ.

على موروثه إلا مع دعوى علمه بموجبه، أو إثباته وعلمه بالحق، وأنه ترك في يده مالا. ولا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيينة، ولا يتوجه بها يمين على المنكر. ولو ادعى الوارث لمورثه مالا، سمع دعواه، سواء كان عليه دين يحيط بالتركة أو لم يكن. ويقضي بالشاهد واليمين في الأموال والديون. ولا يقبل في غيره مثل الهلال والحدود والطلاق والقصاص. ويشترط شهادة الشاهد أولاً، وتعديله. ولو بدأ باليمين وقعت لاغية، ويفتقر إلى إعادتها بعد الإقامة. ولا يحلف مع عدم العلم، ولا يثبت مال غيره.

(مسألتان)

(الأولى) لا يحكم الحاكم بإخبار لحاكم آخر، ولا بقيام البيينة بثبوت الحكم عند غيره، نعم لو حكم بين الخصوم وأثبت الحكم وأشهد على نفسه، فشهد شاهدان بحكم عند آخر، وجب على المشهود عنده إنفاذ ذلك الحكم.

(الثانية) القسمة تميز الحقوق، لا يشترط حضور قاسم، بل هو أحوط، فإذا عدلت السهام كفت القرعة في تحقق القسمة. وكل ما يتساوى أجزائه يجبر الممتنع على قسمته كالحنطة والشعير، وكذا ما لا يتساوى أجزائه إذا لم يكن في القسمة ضرر، كالأرض والخشب، ومع الضرر لا يجبر الممتنع.

أقول: تقدم البحث في هذه المسألة.

(المقصد الرابع) في الدعوى، وهي تستدعي فصولاً:
(الأول) في المدعي: وهو الذي يترك لو ترك الخصومة، وقيل:
هو الذي يدعي خلاف الأصل، أو أمراً خفياً. ويشترط التكليف، وإن
يدعي لنفسه، أو لمن له ولاية الدعوى عنه، وإيراد الدعوى بصيغة الجزم،
وكون المدعى به مملوكاً. ومن كانت دعواه عيناً فله انتزاعها، ولو كان
ديناً والغريم مقرراً باذلاً، أو مع جحوده عليه حجة، لم يستقل المدعي
بالانتزاع من دون الحاكم.

(النظر الرابع) (١) في الدعوى
قال طاب ثراه: المدعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة. وقيل: الذي يدعي
خلاف الأصل، أو أمراً خفياً.
أقول: أجمعت الأمة: على أن البينة على المدعي، وعلى الجاحد اليمين، لما صح
من قوله صلى الله عليه وآله: البينة على المدعي واليمين على من أنكر (٢).
وسببه: إن جانب المنكر، لموافقته الظاهر أقوى من جانب المدعي، والبينة
أقوى من اليمين، لانتفاء التهمة عنها وتطرق التهمة إلى اليمين لجلب النفع، فجعلت
الحجة القوية أعني البينة على المدعي، ليجبر ضعف دعواه، واقتنع من المنكر بالحجة
الضعيفة لقوة جانبه.

(١) في النسخ المخطوطة التي عندي من المذهب: النظر الرابع، وفي النسخة المطبوعة من مختصر النافع:
المقصد الرابع، كما أثبتناه، والصحيح ما في المطبوعة كما لا يخفى.
(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٢٣ الحديث ٢٢ ولاحظ ما علق عليه، وفي تفسير القمي: ج ٢ ص ١٥٧
س ٣ نحوه فلاحظ، وفي سنن البيهقي: ج ٨، كتاب القسامة ص ١٢٣ س ٢ أيضاً نحوه، وفي المبسوط: ج ٨
كتاب الدعوى والبيئات ص ٢٥٦ س ٥ كما أثبتناه في المتن.

فهذه القاعدة أخرجت الفقيه إلى معرفة المدعي والمدعى عليه ليحكم بكل منهما بما جعله الشارع حجة له.

إذا تقرر هذا فنقول:

الدعوى لغة: الطلب، قال الله تعالى: (لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون) (١). واصطلاحاً: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، بل وإلى غيره.

وقد عرفوا المدعي بثلاث تعريفات:

(أ) أنه الذي يترك الخصومة، والمدعى عليه: من لا يترك لو سكت.

(ب) أنه الذي يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه: هو الذي يذكر ما يوافق الظاهر.

(ج) أنه الذي يذكر خلاف الأصل، والمدعى عليه هو الذي يذكر ما يوافق الأصل.

فإذا ادعى زيد مثلاً ديناراً في ذمة عمرو، وأنكر، فزيد هو الذي إذا سكت يترك وسكوته، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر، وخلاف الأصل، لأن الظاهر والأصل براءة ذمة عمر عن حق زيد. وعمرو هو الذي لا يترك وسكوته ويوافق الظاهر والأصل. فزيد مدع بالتعريفات الثلاث، وعمر منكر كذلك، فلا تختلف التفاسير في مثل هذه المادة، ويختلف في غيرها، وهو مواضع.

منها: إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، واختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معاً فالنكاح باق، وقالت المرأة: بل على التعاقب، فلا نكاح بيننا.

فإن قلنا: المدعى هو الذي يترك وسكوته، فالمرأة مدعية، والزوج مدعى عليه، لأنه لا يترك لو سكت، لزعمها انفساخ النكاح، فيحلف هو ويستمر النكاح.

(١) يس: ٥٧.

وفي سماع الدعوى المجهولة تردد، أشبهه: الجواز.

وإن قلنا: المدعي من يخالف قوله الظاهر، فالزوج هو المدعي، لأن التقارن الذي يزعمه الزوج نادر، والظاهر التعاقب، والمرأة مدعا عليها، لموافقتها الظاهر، فتحلف هي، فإذا حلفت حكم برفع النكاح.
وإن قلنا: المدعي هو الذي يدعي خلاف الأصل: فالمرأة مدعية، لأن الأصل عدم تقدم أحدهما على الآخر.

ومنها: لو قال الزوج: أسلمت قبلي، فلا نكاح ولا مهر، وقالت: أسلمنا معا، فهما بحالهما، فعلى التفسير الأول المدعي الزوجة، لأنها يخلى وسكوتها، وكذا على الثاني لندور الاقتران، وعلى الثالث: الزوج هو المدعي، لأن الأصل عدم سبق إسلام أحدهما على الآخر.

ففي المسألة الأولى: المرأة مدعية على الأول والثالث، والزوج مدع على التعريف الثاني وفي المسألة الثانية: المرأة مدعية على الأولين، والزوج على الثالث. فإن قلت: التعريف الأول منقوض بادعاء المنكر القضاء أو الإبراء، فإن مدع الحق هنا لا يخلى وسكوته.

أجيب: بأن المنكر انقلب هنا مدعيا والمدعي منكر، لأنه ينكر القضاء أو الإبراء، فلهذا لا يخلى وسكوته.

وإنما قلنا في تعريف المدعي: (أنه الذي يذكر) ولم نقل (أنه الذي يدعي) كما قاله بعضهم، نقصيا من لزوم الدور. وإن أجيب عنه: بأنه تعريف لفظي.

قال طاب ثراه: وفي سماع الدعوى المجهولة تردد، أشبهه الجواز. أقول: إذا ادعى وصية بمجهول سمعت قطعا، وكذا لو أقر له عند الحاكم أو الشهود، كان له المطالبة بتلك الدعوى بلا خلاف في هاتين الصورتين. وأما الدعوى بغيرهما، كأن يدعى عليه فرسا أو ثوبا، فهل يسمع هذه الدعوى؟

(الأولى) من انفراد بالدعوى لما لا يد عليه قضي له به، ومن هذا أن يكون بين جماعة كيس، فيدعيه أحدهم.
(الثانية) لو انكسرت سفينة في البحر، فما أخرج البحر، فهو لأهله، وما أخرج بالغوص، فهو لمخرجه، وفي الرواية ضعف.

قال الشيخ: لا، لعدم فائدتها، وهو حكم الحاكم بها، لو أجاب بنعم. واعترض على نفسه: بصحة الإقرار بالمجهول، وأجاب بالفرق، فإنه لو طالبناه بالتفصيل لربما رجع، بخلاف المدعي فإنه لا يرجع عند مطالبة التفصيل (١) واختار المصنف والعلامة السماع (٢) (٣) لأن المدعي ربما يعلم حقه بوجه ما، كما يعلم أن له فرسا أو ثوبا ولا يعلم شخصهما ولا صفتهما، فلو لم يجعل له إلى الدعوى طريقا لبطل حقه، فالمقتضي للسماع موجود والمانع منتف، فكما يصح الإقرار بفرس، أو ثوب مجهولين، ويستفسره الحاكم، فكذا يصح الدعوى، ويستفسره الحاكم، وإلا لزم الحرج، وهو منفي بالآية (٤) والرواية (٥).
قال طاب ثراه: لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لأهله، وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه، وفي الرواية ضعف.

- (١) المبسوط: ج ٨ كتاب آداب القضاء ص ١٥٦ س ٩ قال: فأما إن قال لي عنده ثوب أو فرس إلى قوله فربما كان بنعم فلا يمكن الحاكم أن يقضي به عليه لأنه مجهول ثم قال: هذا كله ما لم يكن وصية فأما إن كانت وصية سمع الدعوى فيها وإن كانت مجهولة، والفصل بينها وبين سائر الحقوق الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) القواعد: ج ٢ المقصد الثالث في الدعوى والجواب ص ٢٠٨ س ٢٠ قال: لزمه سماع الدعوى المجهولة كفرس أو ثوب كما يقبل الإقرار به والوصية.
(٤) قال تعالى: (ما جعل عليكم في الدين من حرج) الحج: ٧٨.
(٥) أورد شطرا من رواياته في تفسير البرهان، لاحظ ج ٣ ص ١٠٥ الحديث ٣ - ٥.

أقول: الرواية إشارة إلى ما رواه الحسن بن علي بن يقطين، عن أمية بن عمر، عن الشعيري قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر، فأخرج بعضه بالغوص، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله أخرجهم، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم، وهم أحق به (١). أوردتها الشيخ في النهاية (٢) واستضعفها المصنف (٣) لأن أمية بن عمر واقفي. وقال ابن إدريس: ما أخرج البحر فهو لأصحابه، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لأنه بمنزلة المباح، كالبعير يترك من جهد في غير كلاء ولا ماء فإنه يكون لواجده، وادعى الإجماع على ذلك (٤).

فالحاصل: أن الرواية لم يشترط فيها بأس أصحاب المتاع منه، وابن إدريس شرطه، ردا للفتوى إلى أصول المذهب، إذ الأصل بقاء ملك الإنسان عليه لا يخرج عنه إلا بمخرج شرعي، فعلى تقدير قطع نية المالك هنا، يكون مباحا. ويحتمل بقاءه على ملك المالك دائما، ولا يملكه الواجد وإن غاص عليه، بل يكون لقطه، عليه تعريفه.

والحاصل: أن هنا ثلاث احتمالات:

(أ) كون ما أخرج البحر لأهله، وما أخرج بالغوص لمخرجه مطلقا، أي سواء قطع المالك نيته عنه، أو لا، وهو فتوى النهاية ومقتضى إطلاق الرواية.

(ب) اشتراط قطع نية المالك عنه في تملك المخرج له، فلو كان نية المالك

(١) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات من القضايا والأحكام ص ٢٩٥ الحديث ٢٩.

(٢) النهاية: باب جامع في القضايا والأحكام ص ٣٥١ الحديث ١١.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) السرائر: باب النوادر في القضايا والأحكام ص ٢٠٢ س ١ قال: وجه الفقه في هذا الحديث: إن ما أخرج البحر فهو لأصحابه الخ.

(الثالثة) روي في رجل دفع إلى رجل دراهم بضاعة يخلطها بماله ويتجر بها، فقال: ذهبت، وكان لغيره معه مال كثير، فأخذوا أموالهم، قال: يرجع إليه بماله، ويرجع هو على أولئك بما أخذوا. ويمكن حمل ذلك على من خلط المال ولم يأذن له صاحبه، وأذن الباقون. (الرابعة) لو وضع المستأجر الأجرة على يد أمين، فتلفت كان المستأجر ضامنا، إلا أن يكون الأجر دعاه إلى ذلك، فحقه حيث وضعه.

تحصيله، وهو متأهب لإخراجه، لم يملك الغائص شيئا مما يخرج، وهو قول ابن إدريس.

(ج) عدم التملك لشيء منه أصلا، لأصالة بقاء الملك على مالكة، وهو أضعفها.

قال طاب ثراه: روي في رجل دفع إلى رجل دراهم بضاعة، فخلطها بماله واتجر بها، فقال: ذهبت، وكان لغيره معه مال كثير إلى آخره. أقول: هذه الرواية رواها حريز، عن أبي عبيدة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام: رجل دفع إلى رجل ألف درهم يخلطها بماله ويتجر بها، قال: فلما طلبه منه قال: ذهب المال، وكان لغيره معه مثلها، ومال كثير لغير واحد، فقال: كيف صنع أولئك؟ قال: أخذوا أموالهم، فقال أبو جعفر وأبو عبد الله عليهما السلام جميعا: يرجع عليه بماله، ويرجع هو على أولئك بما أخذوا (١) وحملت على أن العامل مزج مال الأول بغير إذنه، وذلك تعد أو تفريط. وأما أرباب الأموال الباقية فقد كانوا أذنوا في المزج، ولو لم يأذنوا أيضا ضمن العامل للجميع.

(١) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والأحكام ص ٢٨٨ الحديث ٦.

(الخامسة) يقضي على الغائب مع قيام البينة، ويبيع ماله ويقضي دينه، ويكون الغائب على حجته، ولا يدفع إليه المال إلا بكفلاء.
(الفصل الثاني) في الاختلاف في الدعوى: وفيه مسائل:
(الأولى) لو كان في يد رجل وامرأة جارية، فادعى أنها مملوكته، وادعت المرأة حريتها، وأنها بنتها، فإن أقام أحدهما بينة، قضي له، وإلا تركت الجارية حتى تذهب حيث شاءت.
(الثانية) لو تنازعا عينا في يدهما، قضي لهما بالسوية، ولكل منهما إحناف صاحبه. ولو كانت في يد أحدهما، قضي بها للمتشبث، ولخارج إحنافه. ولو كانت في يد ثالث وصدق أحدهما قضي له، وللآخر إحنافه. ولو صدقهما قضي لهما بالسوية، ولكل منهما إحناف الآخر، وإن كذبهما أقرت في يده.
(الثالثة) إذا تداعيا خصما قضي لمن إليه القمط وهي رواية عمرو بن شمر عن جابر، وفي عمرو ضعف، وعن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: إن عليا عليه السلام قضى بذلك، وهي قضية في واقعة.

قال طاب ثراه: إذا تداعيا خصما قضي لمن إليه القمط، وهي رواية عمرو بن شمر عن جابر، وفي عمرو ضعف، وعن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: أن عليا عليه السلام قضى بذلك، وهي قضية في واقعة.

أقول: هذه الرواية رواها الشيخ عن عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام: أنه قضى في رجلين اختصما في خص،

(الرابعة) إذا ادعى أبو الميته عارية بعض متاعها، كلف البينة، وكان كغيره من الأنساب، وفيه رواية بالفرق، ضعيفة.

فقال: إن الخص لمن إليه القمط (١) وقالوا: القمط هو الحبل، والخص هو الظن الذي يكون في السواد بين الدور، فكان الذي إليه الحبل هو أولى من صاحبه (٢). والذي عليه المتأخرون: أنه لا يرجح بذلك، بل يكون حكمه حكم الجدار بين اثنين، والرواية واقعة، فلا تعدي، لاحتمال اطلاعه عليه السلام على ما أوجب الحكم في تلك الواقعة، فيبقى غيرها على الأصول المقررة. قال طاب ثراه: إذا ادعى أبو الميته عارية بعض متاعها كلف البينة، وكان كغيره من الأنساب، وفيه رواية بالفرق ضعيفة. أقول: مختار المصنف هنا (٣) هو مذهب العلامة (٤) وابن إدريس (٥) واحد قولي الشيخ ذكره في المسائل الحائريات (٦).

والرواية إشارة إلى ما رواها جعفر بن عيسى قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، المرأة تموت فيدعي أبوها، أنه أعارها بعض ما كان عندها

(١) الفقيه: ج ٣ (٩٤٢) باب الحكم في الحظيرة بين دارين ص ٥٦ الحديث ١ عن منصور بن حازم، والحديث ٢ عن عمرو بن شمر.

(٢) النهاية: باب جامع في القضايا والأحكام ص ٣٥١ الحديث ١٠.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: المقصد السابع في متعلق الدعاوي المتعارضة ص ٢٢٣ س ٩ قال: ولو ادعى أبو الميته إلى قوله: كلف البينة الخ.

(٥) السرائر: باب النوادر في القضاء والأحكام ص ١٩٩ س ٣٤ قال بعد نقل أن قول الأب يقبل بلا بينة: وهذا خطأ عظيم في هذا الأمر الجسيم إلى آخره، وقد أطال البحث والرد في ذلك فلاحظ.

(٦) المسائل الحائريات، في ضمن الرسائل العشر ص ٢٩٧ س ٢ وهي المسألة الرابع والعشرون، ولاحظ ما علق عليه تحت رقم ٢ ويؤيد ما علق عليه: ما في السرائر: ص ٢٠٠ س ٧ حيث قال: ثم شيخنا أبو جعفر رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهورة عنه المعروفة.

(الخامسة) إذا تداعى الزوجان متاع البيت، فله ما للرجال، ولها ما للنساء، وما يصلح لهما يقسم بينهما، وفي رواية: هو للمرأة وعلى الرجل البينة. وفي المبسوط: إذا لم يكن بينة ويدهما عليه كان بينهما.

من متاع وخدم، أتقبل دعواه بلا بينة؟ أم لا تقبل دعواه إلا ببينة؟ فكتب إليه عليه السلام: يجوز بلا بينة، قال: وكتبت إليه: إن ادعى زوج المرأة الميتة وأبو زوجها وأم زوجها في متاعها أو خدمها مثل الذي ادعى أبوها من عارية بعض المتاع أو الخدم، أيتكونون بمنزلة الأب في الدعوى؟ فكتب: لا (١). وعمل عليها الشيخ في القول الآخر (٢).

قال طاب ثراه: ولو تداع الزوجان متاع البيت، فله ما للرجال، ولها ما للنساء، وما يصلح لهما يقسم بينهما، وفي رواية: هو للمرأة وعلى الرجل البينة. وفي المبسوط: إذا لم يكن بينة ويدهما عليه كان بينهما.

أقول: الأقوال الثلاثة المحكية: للشيخ رحمه الله، فالأول مختاره في الخلاف (٣) وبه قال ابن حمزة (٤) وأبو علي (٥) وابن إدريس (٦) والكيدي (٧) واختاره المصنف (٨).

- (١) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والأحكام ص ٢٨٩ الحديث ٧.
- (٢) النهاية: باب جامع في القضايا والأحكام ص ٣٤٩ الحديث ٤ وإيراد الحديث دليل العمل به.
- (٣) كتاب الخلاف: كتاب الدعاوي والبيئات مسألة ٢٧ قال: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الخ.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان تداعي الزوجين في متاع البيت ص ٢٢٧ س ٦ قال: إذا اختلف الزوجان أو من يرثهما في متاع البيت الخ.
- (٥) المسالك: ج ٢ كتاب القضاء ص ٣٩٨ س ٢٢ قال: الثاني: إن ما يصلح للرجال خاصة يحكم به للزوج إلى قوله: ذهب إليه الشيخ في الخلاف وقوله ابن الجنيد.
- (٦) السرائر: باب النوادر في القضاء والأحكام ص ٢٠١ س ٢٤ قال بعد نقل الأقوال: والذي يقوى عندي ما ذهب إليه في مسائل خلافه الخ.
- (٧) مفتاح الكرامة: ج ١٠ كتاب القضاء ص ٢٣٣ س ٢ قال: وقيل: للرجل ما يصلح له وللمرأة ما يصلح لها، وهو خيرة إلى قوله: وعلي بن مسعود الكيدي.
- (٨) لاحظ عبارة النافع.

والمعتمد رواية رفاعة النحاس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع، فادعت أن المتاع لها، وادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجال، ولها ما للنساء، وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما (١).

والثاني: مختاره في الإستبصار (٢).

والمعتمد صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البينة، قد علم من بين لا بيتها - يعني بين جبلي مني - أن المرأة تزف إلى بيت زوجها بمتاع، ونحن يومئذ بمنى (٣).

والثالث: مختاره في المبسوط (٤) واختاره العلامة في لقواعد (٥) وفخر المحققين في الإيضاح (٦).

والحجة عليه: إلحاقه بسائر الدعاوي، لدخوله تحت العمومات المسلمة، والأصول المحققة، والقواعد المقررة.

(١) التهذيب: ج ٦ (٩٢) باب من الزيادات في القضايا والأحكام ص ٢٩٤ الحديث ٢٥
(٢) الإستبصار: ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٧ قال بعد نقل حديث ٥ عن رفاعة النحاس: ما لفظه: فهذا الخبر يحتمل شيئين أحدهما أن يكون محمولا على التقية الخ وهذا صريح في عدم قبوله.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٤ قطعة من حديث ١.
(٤) المبسوط: ج ٨، فصل في متاع البيت إذا اختلف فيه الزوجان، ص ٣١٠ س ٣ قال: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان مع أحدهما بينة قضى له بها، وإن لم يكن مع أحدهما بينة، فيد كل واحد منهما على نصفه الخ.

(٥) القواعد: ج ٢ المقصد السابع ص ٢٢٣ س ٥ قال: ولو تداعى الزوجان متاع البيت حكم لذي البينة، فإن فقدت الخ.

(٦) الإيضاح: كتاب القضاء ص ٣٨٠ س ٢٤ قال: وهو (أي قول الشيخ في المبسوط) الذي اختاره المصنف هنا، وهو الأصح عندي.

(الثالث) في تعارض البيئات
يقضي مع التعارض للخارج إذا شهدتا بالملك المطلق على الأشبه.
ولصاحب اليد لو انفردت بيئته بالسبب، كالتناج وقديم الملك، وكذا

وقال العلامة في المختلف: إن كان هناك قضاء عرفي رجع إليه وحكم به بعد
اليمين، وإلا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوي، قال: لأن عادة الشرع في
باب الدعاوي بعد الاعتبار والنظر، راجعه إلى ذلك، ولهذا حكم بقول المنكر مع
اليمين بناء على الأصل وكون المتشبه أولى من الخارج، لقضاء العادة بملكية ما في يد
الإنسان غالباً، فحكم بإيجاب البيئتين على من يدعي خلاف الظاهر، والرجوع إلى
من يدعي الظاهر، وأما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح
لأحدهما، فتساويا فيها (١).

واختاره الشهيد في شرح الإرشاد (٢) وهو حسن، ويؤيده استشهاده عليه السلام
بالعرف حيث قال: قد علم من بين لابتئها (٣) ومثله قوله عليه السلام: لو سألت
من بينهما (يعني بين الجبلين ونحن يومئذ بمكة) لأخبروك: إن الجهاز والمتاع يهدى
علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل، فتعطي التي جاءت به، فإن زعم أنه أحدث
فيه شيئاً، فليأت البيئتين (٤).

(الثالث) في تعارض البيئات

قال طاب ثراه: يقضي مع التعارض للخارج إذا شهدتا بالملك المطلق، على
الأشبه، ولصاحب اليد لو انفردت بيئته بالسبب، إلى آخره.

(١) المختلف: ج ٢ في لوائح القضاء ص ١٤٦ س ٦ قال: والمعتمد أن نقول: إن كان هناك قضاء
عرفي الخ.

(٢) الكتاب مخطوط غير مطبوع.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٤ قطعة من حديث ١.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (٢٤) باب اختلاف الرجل والمرأة في متاع البيت ص ٤٥ قطعة من حديث ٣.

الابتياح.

ولو تساويا في السبب فروايتان، أشبههما: القضاء للخارج. ولو كانت يدهما عليه، قضى لكل منهما بما في يد الآخر، فيكون بينهما نصفين. ولو كان المدعى به في يد ثالث، قضى بالأعدل، فالأكثر، فإن تساويا عدالة وكثرة، أقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له، ولو امتنع أحلف الآخر، ولو امتنعا قسم بينهما. وفي المبسوط: يقرع بينهما إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسم إن شهدتا بالملك المقيد، والأول أشبه.

أقول: التعارض عبارة عن قيام بينتين يستلزم العمل بأحدهما تكذيب الأخرى، إذ لو أمكن التوفيق بينهما، وجب، ولا تعارض، كما لو شهدت البيئتان: أنهما لهما، وهي منتقلة عن أحدهما إلى الآخر، فإنهما في حكم الواحد وأما مع عدم إمكان الجمع، كأن يشهد لأحدهما بهذه العين، ويشهد الأخرى بها للآخر، فيفتقر في تقديم أحدهما إلى الآخر إلى المرجح. وأسباب الترجيح خمسة: اليد.

والسبب.

وقديم الملك.

وكثرة العدالة.

وكثرة العدد.

أما كثرة العدالة والعدد، فلا ريب في الترجيح بهما، وهما أول المرجحات. هذا في قول قدماء الأصحاب: كالصدوق (١) وأبي علي (٢)

(١) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣ س ٢٢ قال: فإن أقام كل واحد منهما البينة، فإن أحق المدعين من عدل شاهدها، وإن استوى الشهود في العدالة، فأكثرهم شهودا.
(٢) المختلف: ج ٢ في تعارض البيئات ص ١٤١ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيدي: إلى قوله: ولو اختلف إعداد الشهود الخ.

والمفيد (١)، بمعنى: أنه لو قامت البينة لهما بالملك، سواء كانت العين في يد أحدهما، أو أيديهما، أو يد ثالث، ينظر إلى أقوى البينتين عدالة، ومع تساويهما ينظر إلى أكثرهما عددا، ويقضي لمن اختص بأحدهما.
وأكثر المتأخرين لم يذكروا هذين المرجحين إلا في القسم الثالث، أعني خروج أيديهما، ولعل مرادهم ما ذكره القدماء.
وأما اليد: فهل يوجب الترجيح؟ قال في الخلاف: نعم (٢) إن اطلقتا، أو أضافتا إلى سبب، وإن اختصت أحدهما بالتقييد، اختصت بالترجيح، وقال في النهاية: تقدم بينة الخارج مع إطلاقهما ومع انفراد الداخل بالسبب، يقدم، وسكت عن اشتراكهما في السبب (٣). وفي كتابي الأخبار: قدم بينة الخارج مع إنطلاقهما، والداخل مع إضافتهما (٤) (٥).

- (١) المقنعة: باب كيفية سماع القضاة البيئات ص ١١٤ س ٢٢ قال: وإذا تنازع نفسان في شيء إلى قوله: وإن رجح بعضهم على بعض في العدالة حكم لأعدلهما شهودا، إلى قوله: وإن كان لأحدهما شهود أكثر عددا حكم لأكثرهما شهودا الخ.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب الدعاوي والبيئات، مسألة ٢ قال: إذا ادعى ملكا مطلقا ويد أحدهما على العين كانت بينته أولى.
(٣) النهاية: باب سماع البيئات وكيفية الحكم بها ص ٣٤٤ س ٥ قال: ومتى كان مع واحد منهما يد متصرفة إلى قوله: وإن شهدت البينة لليد المتصرفة بسبب الملك من بيع أو هبة أو معاوضة كانت أولى من اليد الخارجة.
(٤) الإستبصار: ج ٣ كتاب القضايا والأحكام (٢٢) باب البينتين إذا تقابلتا ص ٤٢ ذيل حديث ١٣ س ١٥ قال: وإن كان مع إحدى البينتين يد متصرفة الخ.
(٥) التهذيب: ج ٦ (٩٠) باب البينتين تتقابلان أو يترجح بعضها على بعض، ص ٢٣٧ ذيل حديث ١٤.

فقد ظهر للشيخ فيما حكيناه ثلاثة أقول:

- (أ) تقديم الداخل مع إطلاقهما وتقييدهما، وهو قوله في الخلاف.
(ب) تقديم الخارج مع إطلاقهما والداخل مع تقييدهما، وهو قوله في كتابي الأخبار.
(ج) تقديم الخارج مع إطلاقهما، وتقديم المنفرد بالسبب منهما، وسكت عن اجتماعهما في السبب، وهو مضمون النهاية.
وتقديم بينة الخارج مذهب الصدوقين (١) (٢) والمفيد (٣).
والتحقيق: إن التعارض إذا وقع في العين، فإما أن تكون في أيديهما، أو في يد أحدهما، أو خارجة عنهما.
القسم الأول: إن تكون في أيديهما، فإن اختصت البينة بأحدهما قضي له، وإن أقاما بينتين، نظر إلى عدلتهما، فأكثرهما ورجح به، فإن تساويا فيهما قضي لكل منهما بما في يده، على القول بالقضاء لصاحب اليد كمذهب الخلاف، وبما في يد صاحبه، كمذهب النهاية وكتابي الأخبار.
وتظهر الفائدة في ضم اليمين أن حكما بتقديم بينة الداخل، لأن الظاهر تساقط البينتين مع تعارضهما، ويقضي للداخل، لأنه الأصل، فيتوجه اليمين عليه لدفع دعوى المدعي.
وإن قلنا يقضى له بما في يد صاحبه، لا يتوجه على أحدهما يمين، لأن القضاء له

- (١) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣ س ١٩ قال: وإذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره إلى قوله: فالحكم فيه أن يخرج الشئ من يدي مالكة إلى المدعي، لأن البينة عليه، إلى قوله: كذلك ذكره والذي رحمه الله في رسالته إلى.
(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.
(٣) المقنعة: باب كيفية سماع القضاة البينة ص ١١٣ س ٢٤ قال: وإن كان الشئ في يد أحدهما واستوى شهودهما في العدالة، حكم للخارج اليد منه ونزعت يد المتشبهت به منه.

مستند إلى بيعة، وهي ناهضة بثبوت الحق، فيستغني عن اليمين.
القسم الثاني: أن يكون في يد أحدهما، وقد عرفت حكمه في أول الباب.
الثالث: أن يكون خارجة عنهما: فيقضى لمن انفرد بالبيعة، ومع قيامهما يقضى بالأعدل والأكثر، ومع التساوي، بالقرعة فمن وقعت له حلف، فإن نكل أحلف الآخر، نكل قسمت بينهما مطلقا، أي سواء اطلقنا أو اضاقتنا قاله الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي (٢) وفي المبسوط: يقضى بالقرعة وحكم بالعين لمن يخرج مع يمينه إذا كانت الشهادة بالملك مطلقا، وإن كانت مقيدا قسم بينهما نصفين من غير قرعة، فإن اختص أحدهما بالتقييد حكم له (٣).
احتج من قدم بيعة الداخل: بأن جانب الداخل أقوى، ولهذا قدمت يمينه، فيكون بينته أقوى، فيقدم.

وبما رواه العامة عن جابر: أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله في دابة أو بعير، فأقام كل واحد منهما البيعة أنه أنتجها، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله لمن هي في يده (٤).

وبما رواه الأصحاب، عن غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة، وكلاهما أقاما البيعة أنه

-
- (١) النهاية: باب سماع البيئات وكيفية الحكم بها وأحكام القرعة ص ٣٤٣ س ١٨ قال: فإن كانت أيديهما خارجتين منه إلى قوله: فإن امتنعا جميعا من اليمين كان الحق بينهما نصفين.
(٢) المهذب: ج ٢ كتاب الدعوى والبيئات ص ٥٧٨ س ٤ قال: فإن كان أيديهما خارجتين إلى قوله فإن امتنعا من اليمين قسم بينهما نصفين.
(٣) المبسوط: ج ٨ كتاب الدعوى والبيئات ص ٢٥٨ س ٤ قال: وأن كانت أيديهما خارجتين أقرع بينهما إلى قوله: إن كانت الشهادة بالملك مطلقا وإن كان مقيدا قسم بينهما نصفين الخ.
(٤) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٢٦ الحديث ٣١ ولاحظ ما علق عليه نقلا عن سنن الدارقطني.

منحها، ففضي بها للذي هي في يده، وقال: لو لم يكن في يده جعلتها بينهما
نصفين (١).

فرع

على القول بتقديم بينة الداخل، هل يفتقر إلى اليمين؟ قال العلامة: نعم (٢) وفي
المبسوط: لا (٣).

والتحقيق: إن البينتين هل يتساقطان، ويرجع إلى الأصل وهو الحكم
للداخل؟ أو يقضي بالبينه التي حكما بترجيحها؟ فعلى التساقت تفتقر إلى اليمين،
وعلى عدمه لا تحتاج إليها، لنهوض البينة بثبوت الحق.

واحتج القائل بتقديم بينة الخارج بأن الأصل كون البينة على المدعي، وهو
الخارج، واليمين على المنكر، وهو الداخل، لقوله عليه السلام: البينة على المدعي
وعلى الجاحد اليمين (٤)، ولأن بينة الخارج يتضمن النقل وبينه الداخل يتضمن
التقرير، والبينه المتضمنة للنقل عن حكم الأصل أولى من المقررة.
ولما رواه محمد بن حفص، عن المنصور، عن الصادق عليه السلام قال: قلت
له: رجل في يده شاة، فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده، ولم

(١) الكافي: ج ٧ كتاب القضاء والأحكام، باب الرجلان يدعيان فيقيم كل واحد منهما البينة
ص ٤١٩ الحديث ٦.

(٢) المختلف: ج ٢ في تعارض البيئات ص ١٤٢ س ٢٦ قال: والمعتمد أن نقول: إلى قوله: فإن البينة
بينه الداخل مع يمينه.

(٣) المبسوط: ج ٨ كتاب الدعاوي والبيئات ص ٢٥٨ س ١٤ قال: فكل موضع سمعنا بينه الداخل
إلى قوله: وقال آخرون: لا يستحلف، وهو الأقوى.

(٤) رواه في السرائر كتاب القضايا ص ١٩٤ س ٣٢.

يهب ولم يبع، وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده ولم يبع ولم يهب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعي، ولا أقبل من الذي في يده بينة، لأن الله تعالى إنما أمر أن تطلب البينة من المدعي، فإن كانت له بينة وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله تعالى (١).

قال العلامة: واحتج الشيخ على قوله في الخلاف: بما تقدم من الأخبار. وبأنهما تداعيا، وأقاما بينة، فلا ترجيح، ويبقى اليد مختصة بأحدهما، فترجح، وهو حسن، لكن حديث منصور يدل على خلافه ولولاه لصرت إلى قول الشيخ في الخلاف (٢) (٣).

وأما قديم الملك: فإذا اشتملت إحدى البيتين على الشهادة بتقديم الملك، والأخرى بحديثه، فالترجح لجانب الأقدم عملا بالاستصحاب، وهو المشهور بين الأصحاب، لا أعلم فيه خلافا بين الطائفة. ولا بن إدريس قدس الله روحه هاهنا اضطراب عظيم، وعبارة منتشرة، ولنورد بعضها.

فإن لم يكن ترجيح، وهي في يد ثالث فأقام أحدهما بينة تقديم الملك، والآخر بحديثه، وكل منهما يدعي: أنه ملكي الآن، وبينة كل واحد منهما تشهد: بأنه ملكه الآن، غير أن إحدى البيتين تشهد بالملكية الآن وتقديم الملك، والأخرى تشهد بالملكية الآن وبحديث الملك، سمعت بينة القديم، لأن حديث الملك لا يملكه إلا عن يد قديمة، فهو مدعي الملكية عنه، ولا خلاف أنا لا نحكم بأنه ملك عنه، لأنه لو كان

(١) الإستبصار: ج ٣ كتاب القضايا والأحكام (٢٢) باب البيتين إذا تقابلتا ص ٤٣ الحديث ١٤.
(٢) هكذا عبارة المختلف، ولكن في النسخ المخطوطة بعد كلمة (خلافه) هكذا (فلو خلا عن معارضة لكان هو المعتمد) والأمر سهل.
(٣) المختلف: ج ٢، في تعارض البيئات ص ١٤٣ س ٢ قال: واحتج الشيخ على قوله في الخلاف الخ.

ملك عنه لوجب أن يكون الرجوع عليه بالدرك، فإذا لم يحكم بأنه عنه ملك، بقي الملك على صاحبه حتى يعلم زواله عنه، وكذلك يكون بينة السبب أولى في هذه المسألة إذا كانت العين في يد ثالث عند بعض أصحابنا، والأقوى عندي استعمال القرعة هاهنا، ولا يجعل لصاحب السبب ترجيح، لأن الترجيح عندنا ما ورد إلا بكثرة الشهود، فإن تساويا فالأعدل، ولا ترجيح بغير ذلك عند أصحابنا، والقياس والاستحسان والاجتهاد باطل عندنا، فلم يبق إلا القرعة، إلى أن قال: ولو قلنا نرجح بالسبب إذا كانت في يد ثالث لكان قويا، وبه أفتي لأن فيه جمعا بين الأحاديث والروايات وعليه الإجماع، فإن المحصلين من أصحابنا مجمعون عليه قائلون به، ولأن السبب أولى من قديم الملك، وقد رجحنا بقديم الملك، إلى أن قال: والذي أعتدته وأعتقده وأعمل عليه بعد هذه التفاصيل جميعها، إلا نرجح إلا بالعدد، وبالتفاضل في عدالة البينتين فحسب، دون الأسباب وقديم الأملاك، لأن القياس عندنا باطل، وإنما فصلنا ما فصلناه على وضع شيخنا في مسائل خلافه، وهي من فروع المخالفين ومذاهبهم فحكاها واختارها دون أن يكون مذهبا لنا أو لبعض مشيختنا، ولا وردت به أخبارنا ولم يذهب إليه أحد من أصحابنا سوى شيخنا أبي جعفر في كتابيه الفروع، مبسوطه ومسائل خلافه، وعادته في هذين الكتابين وضع أقوال المخالفين واختبار بعضها، فليلاحظ (١).

فقد ظهر من قوله هذا - بعد ما ترى فيه من الاضطراب الذي لا تحتاج إلى التنبيه عليه - مخالفة المشهور في ثلاثة أمور:

(أ) اعتبار التفاضل في العدد قبل اعتبار التفاضل في العدالة.

(ب) عدم الترجيح بقدم الملك.

(١) السرائر: كتاب القضايا، في سماع البيئات وكيفية الحكم بها، ص ١٩٥ س ٣ فلاحظ.

(ج) عدم الترجيح بالسبب، وهو نادر.

تحقيق

قد عرفت أن أسباب الترجيح خمسة: فإن انفرد واحد منهما بواحد منها وعري الآخر منها حكم له، فإن اشتركا في الترجيح، فإن تكافيا، أقرع، وإن تفاوتتا فذو السببين أولى من ذي السبب، وذو الثلاثة أولى من صاحب الاثنين. ولو اختص أحدهما بسبب، والآخر بمخالف، كما لو كان لأحدهما سبب، وللآخر قديم ملك، أو يدان رجحنا بها، وللآخر سبب، أو تقديم، فنقول: أما السببان الأولان من أسباب الترجيح، وهما قوة العدالة وكثرة العدد، فلا ريب في تقديم من انفرد بهما. وإن اجتمعا مع مرجوح كاليد إن رجحنا الخارج. وأما الثلاثة الأخرى: فأقواها القديم، فيقدم على السبب وإن لم يتكرر كالنتاج، وهو ظاهر التحرير (١) ثم السبب، وقال ابن إدريس: يقدم الخارج وأن أطلق، على ذي اليد، وإن سبب (٢).

وتوضيح البحث يقع في فصلين:

(الأول) تشبثا أو أحدهما، ومسائله عشرة.

(أ) تشبثا ولكل بينة، قضي لكل بالنصف، لكن هل هو الذي في يده، أو في يد غريمه؟ مر البحث فيه وما يترتب عليه.

(ب) تشبث أحدهما ولكل بينة بالملك المطلق، قضي للخارج على مذهب

(١) التحرير: ج ٢ في تصادم الدعاوي ص ١٩٥ س ١٠ قال: ولو شهدت بالملك المطلق للخارج أو بالسبب لذي اليد، حكم لذي اليد سواء كان السبب مما يتكرر أو لا يتكرر كالنتاج.
(٢) السرائر: في سماع البيئات وكيفية الحكم بها ص ١٩٤ س ٣٤ قال: إذا تنازعنا عينا إلى قوله: انتزعت العين من يد الداخل وأعطيت الخارج الخ.

- النهاية (١) والخلاف (٢) في البيوع، وللداخل على مذهب الخلاف في الدعاوي (٣).
 (ج) تشبث أحدهما وله بينة وتقديم ملك، أو سبب، وللآخر بينة بالملك المطلق
 رجح الداخل والخارج بالعكس فيهما، وهو أربع مسائل.
 (د) تشبث أحدهما وللآخر بينة بتقديم الملك، أو باليد، اختلف قول الشيخ في
 كتابيه، فرجح في موضع منهما القديم (٤)، وفي الآخر منهما اليد (٥).
 (هـ) تشبثا، أو أحدهما، أو خرجا، ولأحدهما بينة بالقديم، وللآخر بينة
 بالسبب، رجح القديم، وابن إدريس رجح الخارج (٦) وإن أطلق على الداخل. وإن
 قيد بسبب القدم.
 (و) انفراد أحدهما بالبينة، قضي له، متشبهين، أو أحدهما، أو خارجين قولاً
 واحداً.

- (١) النهاية: باب سماع البينات وكيفية الحكم بها ص ٣٤٤ س ٥ قال: ومتى كان مع واحد منهما يد
 متعرفة إلى قوله انترع الحق من اليد المتصرفه وأعطى اليد الخارجة.
 (٢) كتاب الخلاف: كتاب البيوع مسألة ١٧ قال: إذا ادعى عمرو عبداً في يد زيد وأقام البينة إلى قوله:
 فالبينة بينة الخارج وهو عمرو.
 (٣) كتاب الخلاف: كتاب الدعاوي والبيانات مسألة ٢ قال: إذا ادعى ملكاً مطلقاً ويد أحدهما على العين
 كانت بينة أولى.
 (٤) المبسوط: ج ٨ في تعارض البينتين ص ٢٦٩ س ١٠ س ٩ قال: وأقام كل واحد منهما بينة، فإننا
 نقضي لصاحب اليد بالدار.
 (٥) كتاب الخلاف: كتاب الدعاوي والبيانات، مسألة ١٥ قال: وإن كانت في يد حديث الملك
 فصاحب اليد أولى.
 (٦) السرائر: في سماع البينات وكيفية الحكم بها ص ١٩٤ س ٣٤ قال: إذا تنازعا عينا وهي في يد
 أحدهما إلى قوله: انترعت العين من يد الداخل وأعطيت الخارج، سواء شهدت بينة الداخل بالملك
 بالإطلاق أو بالأسباب، أو بقديمه أو بحديثه الخ.

الفصل الثاني: خرجا عن العين، فيقضي في الظاهر لمن هي في يده وإن لم يتم أحدهما بينة.

ففيه أربع مسائل:

(الأول) دفعهما فهي له، ولكل إحلافه.

(الثاني) وإن صدق أحدهما قضي للمصدق، وللآخر تحليفهما.

(الثالث) وإن صدقهما فهو كما لو كانت في أيديهما، ولكل إحلافه أيضا.

(الرابع) وإن قال: لا أدري اختصما وكانا خارجين ولهما إحلافه.

وإن أقاما بينتين وصدق أحدهما فهو لغو، وهل يكون التصديق كاليد لمن صدقه

حتى يرجح بها؟ إن قلنا بترجيح ذي اليد، الأقرب لا، لأن هذه اليد مستحقة

للإزالة بالبينتين.

ثم البيتان: إن شهدت بينة كل واحد له بالملك المطلق، فإن أطلقنا التاريخ، أو قيدتا، أو أطلقنا واحدة وقيدت الأخرى تحقق التعارض، وإن تقدم تاريخ إحداهما حكم للسابقة.

واعلم أن الشهادة باليد، أولى من الشهادة بالسماع، وبالملك أولى من اليد،

وبسبب الملك أولى من الملك المطلق، وبالقديم أولى من الحادث.

ومع تحقق التعارض يتشعب البحث إلى تسع مسائل:

(أ) قامت بيناتهما بالملك مطلقا، والقضاء بالقرعة، وكذا لو قامت البيتان

باليد.

(ب) قامت بيناتهما بالسبب، والأظهر مساواة الأولين، وقال في المبسوط:

يقسم بلا قرعة (أ).

(أ) المبسوط: ج ٨ كتاب دعاوي والبيانات ص ٢٥٨ س ٥ قال: وإن كان مقيدا قسم بينهما نصفين.

كتاب الشهادات
والنظر في أمور أربعة:
الأول: في صفات الشاهد
وهي ستة:

كتاب الشهادة
(مقدمة)

الشهادة لغة الحضور، يقال: شهد فلان موضع كذا، أي حضره، وشهدت
الواقعة، أي حضرتها.

وإصطلاحاً: أخبار عن علم المخبر بثبوت أمر أو نفيه، يلزم غيره لغيره، لإثباته
عند الحاكم.

فقولنا: (يلزم غيره) احتراز عما يلزم نفسه، فإنه إقرار، وقولنا: (لغيره) احتراز عما لو
كان اللزوم له، فإنه يكون دعوى، وقولنا: (بثبوت أمر) لكونه أعم من المال أو
الحق، كالقصاص، والقذف، والشفعة، والولاية وغير ذلك، وقولنا: (أو نفيه) لأن
الشهادة كما تكون بالإثبات، تكون بالإسقاط، وقولنا: (لإثباته عند الحاكم) لأنها
حالة جزم لا تسامح بها.

ولو قلنا عوض ذلك: (هي أخبار عن علم المخبر بثبوت أمر أو نفيه يلزم غيره لغيره قصدا للإثبات لا على جهة الدعوى) لكان أحسن، ليدخل فيه الشهادة للشهادة، واحترزنا بقولنا: (لا على جهة الدعوى) عن الوكيل فإنه يخبر: بلزوم حق على المدعى عليه لموكله، لكنه على جهة الدعوى.

والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: (واشهدوا إذا تبايعتم) (١) (وأقيموا الشهادة لله) (٢) (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) (٣).

وتوعد على كتمانها: فقال: (ولا يَأبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دَعُوا) (٤) (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه أثم قلبه) (٥)، (ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله) (٦). ولولا أنها حجة لما أمر بها، ولا تواعد على كتمانها. ومثل هذا قوله عليه السلام: من سئل عن علم فكتمه الجمعة الله يوم القيامة بلجام من نار (٧).

وأما السنة: فمثل ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله سئل عن الشهادة؟ فقال: ترى الشمس؟ على مثلها فأشهد أودع (٨). وقضى النبي صلى الله عليه وآله بالشهادة (٩) وكذلك علي عليه السلام

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) البقرة: ٢٨٣.

(٦) البقرة: ١٤٠.

(٧) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٣٥٣ س ١٩.

(٨) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه لاحظ.

(٩) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ٢ ولاحظ ما علق عليه، والتهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات، ففيه أحاديث كثيرة في هذا المعنى.

(الأول) البلوغ: فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفاً، وقيل: تقبل إذا بلغ عشراً، وهو شاذ.

بعده (١) وبعده الخلفاء.

وأما الإجماع: فمن سائر المسلمين لا يختلفون في ذلك. قال طاب ثراه: الأول: البلوغ، فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفاً، وقيل: تقبل إذا بلغ عشراً وهو شاذ.

أقول: إذا ميز الصبي وله دون العشر لا تقبل شهادته في غير الجراح والقصاص إجماعاً.

وهل يقبل في غير ذلك؟ معظم الأصحاب على المنع، وهو ظاهر النهاية (٢) وقال في الخلاف يقبل (٣) وبه قال أبو علي (٤).

وإن بلغ العشر، فهل يقبل مطلقاً؟ الجمهور من الأصحاب: لا، لوجوه:

(الأول) قوله عليه السلام: رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه (٥) وفي رفع القلم عنه دلالة على أن لا عبرة بأفعاله وأقواله.

(الثاني) علمه بعدم المؤاخذة له، يرفع الوثوق بقوله، فلا يحصل الظن بصدقه،

(١) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦١ الحديث ٩٧.

(٢) النهاية: باب شهادة العبيد والإماء والمكاتبين والصبيان ص ٣٣١ س ١٨ قال: ويجوز شهادة الصبيان إذا بلغوا عشر سنين، إلى قوله ولا تقبل شهادتهم فيما عدى ذلك من الديون والحقوق والحدود.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ٢٠ قال: تقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح ما لم يتفرقوا الخ.

(٤) الإيضاح: ج ٤ في الشهادات ص ٤١٧ س ١٨ قال: وقال في الخلاف: يقبل، وهو اختيار ابن الجنيد.

(٥) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥٢٨ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.

واختلف عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجنايات،
ومحصلها: القبول في الجراح مع بلوغ العشر ما لم يختلفوا، ويؤخذ بأول
قولهم. وشرط الشيخ في الخلاف: إلا يتفرقوا.

لعدم المانع له حينئذ عن الكذب.
(الثالث) إن قوله على نفسه لا تقبل بالإقرار، فلا تقبل على غيره بالشهادة،
لكونه أكثر شروطاً، ولعدم التهمة في الإقرار وتجويزها في الشهادة، فهو من باب
التنبية بالأدنى على الأعلى.

وقيل: يقبل مطلقاً في كل شيء من غير استثناء، نقله المصنف (١)
والعلامة (٢) وحكاها صاحب كشف الرموز عن الشيخ في النهاية (٣).
والتعويل فيه على رواية رواها محمد بن يعقوب في كتابه: إذا بلغ الغلام عشر
سنين جاز أمره وجزأت شهادته (٤).

قال طاب ثراه: واختلفت عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجنايات،
ومحصلها: القبول في الجراح مع بلوغ العشر، ما لم يختلفوا، ويؤخذ بأول قولهم، وشرط
الشيخ في الخلاف: إلا يتفرقوا.

أقول: نسب الخلاف إلى العبارة (٥) لاتفاقهم على القبول في الجملة.
فذهب المفيد إلى قبولها في الجراح والقصاص (٦) ومثله قال الشيخ في

-
- (١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) القواعد: ج ٢، المقصد التاسع في الشهادات ص ٢٣٥ س ٢٥ قال: وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ
عشر سنين.
(٣) كشف الرموز: ج ٢، كتاب الشهادات ص ٥١٤ س ٩ قال: وأفتى عليها في النهاية.
(٤) الكافي: ج ٧ باب شهادة الصبيان ص ٣٨٨ الحديث ١.
(٥) أي في قوله: (واختلف عبارة الأصحاب).
(٦) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٦ قال: وتقبل شهادة الصبيان في الشجاج والجراح إذا كانوا يعقلون ما
يشهدون به الخ.

النهاية (١).

وروى جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: تقبل شهادتهم في القتل، ويؤخذ بأول كلامهم (٢) وهو اختيار ابن إدريس (٣) وذهب في الخلاف إلى أنه تقبل في الجراح ما لم يتفرقوا، إذا اجتمعوا على مباح (٤) قال المصنف في الشرائع: والأولى القبول بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح (٥) وهو اختيار العلامة (٦).

فقد تلخص من عبارة المصنف اعتبار أربع قيود:

(أ) بلوغ العشر، وادعى صاحب كشف الرموز عليه الإجماع (٧) ودعوى الإجماع فيه ممنوع، وقد بينا الخلاف فيه فيما تقدم.
(ب) الاجتماع لمباح.

(١) النهاية: باب شهادة العبيد والإماء والمكاتبين والصبيان ص ٣٣١ س ١٨ قال: ويجوز شهادة الصبيان إلى قوله في الشجاج والقصاص.

(٢) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥٢٩ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) السرائر: باب شهادة... والصبيان وأحكامهم ص ١٨٧ س ٦ قال: ويجوز شهادة الصبيان إلى قوله: الشجاج والقصاص ويؤخذ بأول كلامهم.

(٤) كتاب الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٢٠ قال: تقبل شهادة الصبيان في الجراح ما لم يتفرقوا إذا اجتمعوا على أمر مباح كالرمي وغيره.

(٥) الشرائع: كتاب الشهادات، في صفات الشهود، قال: فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة الخ

(٦) القواعد: ج ٢ ص ٢٣٦ في الشهادات س ١ قال: وتقبل شهادتهم في الجراح بشروط ثلاثة الخ.

(٧) كشف الرموز: ج ٢ كتاب الشهادات ص ٥١٥ س ١٦ قال: والقدر المجمع عليه القبول في الجراح مع بلوغ العشر الخ.

(الثاني) كمال العقل: فالمجنون لا تقبل شهادته. ومن يناله الجنون أدواراً، تقبل في حال الوثوق باستكمال فطنته.
(الثالث) الإيمان: فلا تقبل شهادة غير المؤمن. وتقبل شهادة الذمي في الوصية خاصة مع عدم المسلم، وفي اعتبار الغربة تردد. وتقبل شهادة المؤمن على أهل الملل، ولا تقبل شهادة أحدهم على المسلم، ولا غيره. وهل تقبل على أهل ملته؟ فيه رواية بالجواز ضعيفة، والأشبه المنع.

(ج) أن لا يفترقوا، حذرا أن يلقنوا.

(د) كون الحكم في الشجاج والجراح دون النفس.
واختار فخر المحققين عدم القبول مطلقاً، لقوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) (١) (٢) وهو نادر، والأقرب القبول بالشروط المذكورة.

تنبيه

على القول بأنه يؤخذ بأول كلامه، لا بثنائه لو ناقض الأول الثاني عمل بالأول، ومع عدم اشتراط هذا القيد ينبغي القول ببطلان الشهادة، لأن التناقض فيها يوجب إبطالها، ولا نفتقر في حقه من الشروط سوى الصغر، للنص عليه، فيبقى الباقي من الشروط على أصالة اعتباره.

قال طاب ثراه: وتقبل شهادة الذمي في الوصية خاصة، وفي اعتبار الغربة تردد.

أقول: أجمع الأصحاب على منع شهادة الذمي على المسلم في غير الوصية، ومنع

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الإيضاح: ج ٤ في الشهادات ص ٤١٧ س ٢١ قال: والأصح أنه لا تقبل شهادته مطلقاً.

شهادة غير المؤمن مطلقاً.

والتحقيق: إن شهادة الذمي أما إن يكون على مسلم، أو ذمي، فهنا مسألتان:

(الأولى) شهادته على المسلم، وهي مقبولة إذا جمع خمس شرائط:

(أ) تعذر عدول المسلمين.

(ب) كونه عدلاً في ملته.

(ج) اعتقاده تحريم الكذب في الشهادة على مثله، أو مسلم.

(د) كون الشهادة بالوصية.

(هـ) كون الوصية بالمال.

وهل يشترط سادس، وهو كون الموصي في غربة؟ قال في المبسوط: نعم (١) وبه

قال التقي (٢) وأبو علي (٣) وأطلق في النهاية (٤) وكذا المفيد (٥) والحسن (٦) وسلا

(٧)

(١) المبسوط: ج ٨، فيما يجب على المؤمن من القيام بالشهادة ص ١٨٧ س ١٦ قال: إلا بما يتفرد به أصحابنا في الوصية خاصة في حال السفر.

(٢) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ٧ قال: إلا عدول أهل الذمة في الوصية في السفر خاصة.

(٣) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: إلا في الوصية في السفر وعند عدم المسلمين.

(٤) النهاية: باب شهادة من خالف الإسلام ص ٣٣٤ س ٣ قال: ويجوز قبول شهادتهم في حال الضرورة في الوصية خاصة.

(٥) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٤ قال: وتقبل شهادة رجلين من أهل الذمة على الوصية خاصة إذا لم يكن حضر الميت أحد من المسلمين.

(٦) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٩ س ٣٣ قال بعد نقل قول المقنعة: وكذا ابن أبي عقيل.

(٧) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٨ قال: وإنما مع عدمهم (أي المسلمين) تجوز في الوصية للمسلمين لا عليهم.

ابن إدريس (١) والقاضي (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).
احتج الأولون: بقوله تعالى: (أو آخران من غيركم أن أنتم ضربتم في الأرض) (٥) شرط في القبول الضرب في الأرض، وهو السفر.
ولصحيحة حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام قال سألته عن قول الله عز وجل: (ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) (٦) فقال: (اللذان منكم) مسلمان، و (اللذان من غيركم) من أهل الكتاب قال: وإنما ذلك إذا مات الرجل المسلم في أرض غربة، فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصية، فلم يجد مسلمين، أشهد على وصية رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهم (٧).

وفي معناها حسنة هشام بن الحكم (٨).
احتج الآخرون: بأن المناط في القبول إنما هو تحصيل غرض الموصي وبلوغ حاجته، لعدم استدراكها بفوات المسلمين، فلا أثر للضرب في القبول وعدمه. وبرواية ضريس الكناسي عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن شهادة أهل

-
- (١) السرائر: باب شهادة من خالف الإسلام ص ١٨٧ س ٣٠ قال: لا يجوز إلى قوله: إلا في الوصية بالمال في حال الاضطرار خاصة.
 - (٢) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ١٣ قال: فإن كانت حال ضرورة قبلت شهادتهم في الوصية دون غيرها.
 - (٣) لاحظ عبارة النافع.
 - (٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٩ س ٣٠ قال: مسألة، تجوز شهادة أهل الذمة على المسلمين في الوصية خاصة عند عدم المسلمين.
 - (٥) المائدة: ١٠٦.
 - (٦) المائدة: ١٠٦.
 - (٧) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٥٣ الحديث ٦٠.
 - (٨) الكافي: ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٨ الحديث ٦.

ملة، هل يجوز على رجل من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم (١).

وأجابوا عن حجة الأولين: بأن التقييد في الآية والأخبار خرج مخرج الأغلب، لا أنه شرط.

تنبيه

هذا القدر من البحث والشروط، هو الذي ذكره الأصحاب في هذا الباب، ولم يزيدوا عليه.

وقال العلامة: الأقرب إحلاف الشاهدين من أهل الذمة بعد العصر: إنهما ما خاننا، ولا كتما، ولا اشترى به ثمنا قليلا، ولو كان ذا قربي، ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين، على ما تضمنته الآية، قال: ولم أقف فيه لعلمائنا على قول (٢).
(الثانية) شهادة الذمي على غير المسلم، فتقبل في كل ما تقبل فيه على المسلمين، وهل تقبل في غير ذلك؟
ثلاثة أقوال:

(أ) القبول مطلقا، أي سواء اتفقت ملتا الشاهد والمشهود عليه، أو اختلفت، بشرط عدالته في ملته وهو قول أبي علي (٣).

(١) الكافي: ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٩ الحديث ٧.

(٢) التحرير: ج ٢ كتاب الشهادات ص ٢٠٨ س ٦ قال: (د) الأقرب إحلاف الشاهدين إلى قوله: ولم أقف فيه لعلمائنا على قول.

(٣) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وشهادة أهل العدالة في دينهم جائزة من بعضهم على بعض وإن اختلفت الملتان.

(ب) عدمه مطلقا وهو ظاهر المفيد (١) والحسن (٢) وقواه القاضي (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).
(ج) القبول بشرط اتفاق الملتين، وهو قول الشيخ في النهاية (٦).
وقال في الخلاف: بالقبول إذا ترفعوا إلينا وعدلوا الشهود ولا يلزمهم ذلك لو لم يختاروا (٧) واختاره العلامة في المختلف (٨).
احتج المجوزون مطلقا: بأن الكفر كالملة الواحدة، فلا تفاوت فيه.
واحتج للقائل باشتراط العدالة في الشاهد، وعدم تحققها في الكافر، خرج منه الوصية للنص والضرورة، فيبقى الباقي على أصله.
وبرواية ضريس وقد تقدمت (٩).

- (١) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٤ قال: وتقبل شهادة رجلين من أهل الذمة على الوصية خاصة.
(٢) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٩ س ٣٣ قال بعد نقل قول المقنعة: وكذا ابن أبي عقيل.
(٣) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ١٤ قال: ولا يجوز شهادة أهل الملل المختلفة بعضها على بعض، بل يقبل شهادة أهل الملة الواحدة بعضهم على بعض الخ ولا يخفى أنه غير واف بمقصود المصنف.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) القواعد: ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٦ س ٦ قال: ولا تقبل شهادة الكافر، لا على مسلم ولا على مثله على رأي إلا الذمي في الوصية.
(٦) النهاية: باب شهادة من خالف الإسلام ص ٣٣٤ س ٦ قال: ولا تقبل شهادة أهل ملة منهم لغير أهل ملتهم ولا عليهم.
(٧) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ٢٢ قال: إن كانت الملة واحدة قبلت إلى قوله: إذا اختاروا الترفع إلينا الخ.
(٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ١٤ قال: كما اختاره الشيخ في الخلاف، وهو أنه إذا ترفعوا إلينا الخ.
(٩) الكافي: ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٩ الحديث ٧.

(الرابع) العدالة: ولا ريب في زوالها بالكبائر، وكذا في الصغائر
مصراً، وأما الندرة من اللمم فلا، ولا يقدح اتخاذ الحمام للأنس، وإنفاذ
الكتب، أما الرهان عليها فقادح، لأنه قمار.
واللعب بالشطرنج ترد به الشهادة، وكذا الغناء وسماعه، والعمل
بآلات اللهو وسماعها، والدف إلا في الأملاك والختان، ولبس الحرير
للرجل إلا في الحرب، والتختم بالذهب، والتحلي به للرجال.
ولا تقبل
شهادة القاذف، وتقبل لو تاب، وحد توبته إن يكذب نفسه، وفيه قول
آخر متكلف.

واحتج الشيخ على قول النهاية برواية سماعة عن الصادق عليه السلام قال:
سألته عن شهادة أهل الملة؟ قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم تجد
غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد (١).
وأجيب بمنع السند (٢).
قال طاب ثراه: ولا تقبل شهادة القاذف، وتقبل لو تاب، وحد توبته أن
يكذب نفسه، وفيه قول آخر متكلف.
أقول: للأصحاب في كيفية التوبة أربعة أقوال:
(أ) قال في النهاية: وحقيقة توبته إكذاب نفسه فيما كان قذف به (٣) وقال في

(١) الكافي: ج ٧ باب شهادة أهل الملل ص ٣٩٨ الحديث ٢.
(٢) سند الحديث كما في الكافي (علي بن إبراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن زرعة، عن
سماعة) والجواب عن الإيضاح، لاحظ ج ٤ ص ٤١٩ س ١٦.
(٣) النهاية: باب تعديل الشهود ومن تقبل شهادته ومن لا تقبل، ص ٣٢٦ س ٩ قال: وحد توبته من
القذف أن يكذب نفسه.

-
- الخلاف: وحقيقة ذلك أن يقول: كذبت فيما قلت (١) وبه قال الحسن (٢) والفقهاء (٣).
- (ب) أن يكذب نفسه إن كان كاذباً ويخطئها في الملاء إن كان صادقاً، قاله العلامة في الإرشاد (٤) والقواعد (٥) والتحرير (٦).
- قال الشهيد: ويضعف: بأنه قذف تعرضي (٧).
- (ج) أن يقول: القذف باطل أو حرام، ولا أعود إلى ما قلت، لأنه ربما كان صادقاً في الأول فيما بينه وبين الله تعالى فيكون هذا الإكذاب، كذباً وذلك قبيح قاله الشيخ في المبسوط (٨) واختاره ابن إدريس (٩).
- (د) قال ابن حمزة: إن كان صادقاً قال: الكذب حرام ولا أعود إلى مثل

-
- (١) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ١٢ قال: وحقيقة الإكذاب أن يقول: كذبت فيما قلت.
- (٢) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ٥ قال: وقال ابن أبي عقيل: وتوبته أن يرجع عما قال ويكذب نفسه عند الإمام إلى أن قال: وقال علي بن بابويه وابنه: توبته أن يقف في الموضع الذي قال فيه ما قال، فيكذب نفسه.
- (٣) تقدم آنفاً تحت رقم ٢.
- (٤) الإرشاد: ج ٢ ص ١٥٧ س ٣ قال: والقاذف قبل التوبة، وحدها إلا كذاب معه الخ.
- (٥) القواعد: ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٦ س ١٤ قال: وحدها إكذاب نفسه، وإن كان صادقاً اعترف بالخطأ في الملاء.
- (٦) التحرير: كتاب الشهادات ص ٢٠٨ س ٢٧ قال: وحد التوبة إن يكذب نفسه إن كان كاذباً بمحضر من الناس ويخطئ نفسه إن كان صادقاً الخ.
- (٧) الدروس: كتاب الشهادات ص ١٩٠ س ٥ قال: وقيل فيه يخطئ نفسه في الملاء، ويضعف بأنه قذف تعريضي الخ.
- (٨) المبسوط: ج ٨ فصل في شهادة القاذف، ص ١٧٩ س ٦ قال: فإذا ثبت إن التوبة إكذابه نفسه إلى قوله: فإذا قال: القذف باطل حرام الخ.
- (٩) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٩ قال: وكيفية توبته من القذف هو أن يقول: القذف باطل حرام ولا أعود إلى ما قلت.

ما قلت، وأصلح العمل بالضد مما قال: وإن كان كاذبا قال: كذبت فيما قلت، وأصلح العمل (١)، وبالأول يشهد الروايات (٢) وهو اختيار المصنف في النافع (٣) والشرائع (٤) وإن كان صادقا وتوري باطنا واختاره الشهيد (٥) وحمل الإطلاق عليه، وقال في المختلف: والوجه عندي التفصيل، فإن كان كاذبا كانت توبته التصريح بالكذب والاعتراف به حقيقة، وإن كان صادقا اعترف بتحريم ما قاله وأظهر الاستغفار منه من غير إن يصرح بالكذب ويحمل الأخبار على هذا التفصيل (٦) هذا آخر كلامه.

(لفت نظر)

لما كان عبارة متن بعض النسخ وهامش بعض آخر منها، مع النسخ الآخر التي عندي مختلفة، وإن كان مفاهيمها متقاربة، أحببت إيرادها لتتميم الفائدة. قال بعد نقل عبارة المتن ما لفظه: أقول: الأول هو المشهور بين الأصحاب، قاله الشيخ في النهاية، وقال في

(١) الوسيلة: فصل في بيان شهادة الفاسق ص ٢٣١ س ١٦ قال: فإن كان صادقا قال: الكذب حرام الخ.

(٢) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٥ الحديث (٢٠ - ٢١ - ٢٢).

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الشرائع: في صفات الشهود، قال: الثانية: لا تقبل شهادة القاذف، ولو تاب قبلت، وحد التوبة أن يكذب نفسه إلى قوله: ويوري باطنا.

(٥) الدروس: كتاب الشهادات ص ١٩٠ س ٥ قال: ويزول (أي الفسق) بأن يتوب بأكذاب نفسه، ويوري باطنا إن كان صادقا.

(٦) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ١٣ قال: والوجه عندي التفصيل إلى قوله: ويحمل الأخبار على هذا التفصيل.

(الخامسة) ارتفاع التهمة: فلا تقبل شهادة الجار نفعاً، كالشريك فيما هو شريك فيه، والوصي فيما له فيه ولاية، ولا شهادة ذي العداوة الدنيوية، وهو الذي يسر بالمساءة، ويساء بالمسرة، والنسب لا يمنع

الخلاف: هذا هو الذي يقتضيه مذهبنا.

واختلف هؤلاء في كيفية التوبة على ثلاثة أقوال:

(الأول) قال في النهاية: وحقيقة توبته إكذاب نفسه فيما كان قذف به، وقال

في الخلاف: وحقيقة ذلك أن يقول: كذبت فيما قلت:

(الثاني) قال الحسن: وتوبته أن يرجع عما قال ويكذب نفسه عند الإمام الذي

جلده وعنده جماعة من المسلمين.

(الثالث) قال الصدوق: إن توبته إن يقف في الموضع الذي قال فيه ما قال:

فيكذب نفسه.

والقول المتكلف إشارة إلى ما استخرجه المروي (المروزي خ ل)، وهو أن يقول:

القذف باطل أو حرام إلى آخر.

تذنيب

هل يشترط في قبول توبته بعد التوبة أمر آخر، وهو إصلاح العمل؟ قيل: فيه

ثلاثة أقوال:

(أ) نعم مطلقاً، أي في الصادق والكاذب، لعموم قوله تعالى: (إلا الذين تابوا

من بعد ذلك وأصلحوا) (١) وهو قول ابن حمزة (٢).

(١) النور: ٥.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان شهادة الفاسق ص ٢٣١ س ١٧ قال: وأصلح العمل بالضد مما قال إلى قوله: وأصلح العمل، أيضاً.

القبول.
وفي قبول شهادة الولد على أبيه خلاف، أظهره: المنع.

- (ب) لا مطلقاً، قاله الشيخ في النهاية (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) وفسروا الإصلاح بالاستمرار على التوبة.
(ج) اشترطه في الكاذب لا الصادق، وهو قول ابن إدريس (٤).
قال طاب ثراه: وفي قبول شهادة الولد على أبيه خلاف أظهره المنع.
أقول: بالمنع قال الشيخان (٥) (٦) والصدوقان (٧) (٨) وسالار (٩) وابن حمزة (١٠) والقاضي (١١) وابن إدريس (١٢) واختاره المصنف (١٣) والعلامة (١٤).

- (١) النهاية: باب تعديل الشهود... ص ٣٢٦ س ١٠ قال: فإذا فعل ذلك (أي تكذيب نفسه) جاز قبول شهادته بعد ذلك.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٥ س ٢١ قال: والتحقيق أن النزاع هنا لفظي، فإن البقاء على التوبة إلى قوله: وهو كاف إلى إصلاح العمل.
(٤) السرائر: في الشهادات ص ١٨٢ س ١١ قال: وهو يفتقر إلى صلاح العمل بعد ذلك وهو أن يعمل طاعة.
(٥) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٢٥ قال: وتقبل شهادة الولد لوالده ولا تقبل شهادته عليه.
(٦) النهاية: باب شهادة الولد لوالده وعليه ص ٣٣٠ س ١٥ قال: ولا يجوز شهادته عليه.
(٧) المقنعة: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣ س ٣ قال: واعلم أنه لا يجوز شهادة الولد على الوالد.
(٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١ قال: مسألة قال الشيخان: لا تقبل شهادة الابن على الأب وبه قال: ابنا بابويه.
(٩) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٢ س ٥ قال: والولد تقبل شهادته لوالده ولا تقبل عليه.
(١٠) الوسيلة: فصل في بيان الشهادات ص ٢٣١ س ٢ قال: والولد تقبل شهادته لأبيه، ولا تقبل عليه.
(١١) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ٦ قال: ولا شهادة الولد على الوالد.
(١٢) السرائر: باب شهادة الولد لوالده وعليه ص ١٨٦ س ٣٠ قال: ولا يجوز شهادته عليه.
(١٣) لاحظ عبارة النافع.
(١٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ٥ قال: والوجه عندي الأول أي قول الشيخان والصدوقان

وبالجواز قال السيد (١).

احتج الأولون بوجه:

(الأول) قوله تعالى: (وصاحبهما في الدنيا معروفًا) (٢) وليس من المعروف الشهادة والرد لقوله وإظهار تكذيبه، فارتكاب ذلك معصية، فلا يكون الشهادة مقبولة.

(الثاني) أنه نوع عقوق.

(الثالث) أنه قول أكثر علمائنا، حتى ادعى ابن إدريس، والشيخ في الخلاف عليه إجماع الطائفة (٣) (٤)، فيكون أرجح.

ولم نقف على حديث يدل عليه بالتعيين، نعم قال الصدوق في كتابه: وفي خبر أنه لا تقبل شهادة الولد على والده (٥).

احتج السيد بوجه:

(الأول) قوله تعالى: (واشهدوا ذوي عدل منكم) (٦) وهو عام.

(١) الإنتصار: في الشهادات ص ٢٤٤ قال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية في هذه الأعصار إلى قوله: بجواز شهادات ذوي الأرحام والقربات بعضهم لبعض من غير استثناء لأحد، إلى قوله، دليلنا الإجماع وقوله تعالى الخ.

(٢) لقمان: ١٥.

(٣) السرائر: كتاب الشهادات: باب شهادة الولد لوالده وعليه ص ١٨٦ س ٢٠ قال: والأول (أي لا يجوز شهادته عليه) هو المذهب وعليه العمل، والإجماع منعقد عليه ولا اعتبار بمخالفة من يعرف اسمه ونسبه.

(٤) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٤٥ قال: شهادة الولد على والده لا تقبل بحال إلى قوله:

دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٨) باب من يجب رد شهادته ومن يجب قبول شهادته ص ٢٦ الحديث ٦.

(٦) الطلاق: ٢.

وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، وشرط بعض الأصحاب:
انضمام غيره من أهل الشهادة، وكذا في الزوجة، وربما صح فيها
الاشتراط.

(الثاني) قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو
على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) (١).

(الثالث) ما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال: سمعته
يقول: أقيموا الشهادة على الوالدين والولد (٢) ومثلها رواية علي بن سويد (٣).
وأجاب العلامة: بأن الأمر بالشهادة لا تستلزم القبول (٤).
وفيه نظر: لانتفاء فائدة الأمر حينئذ.

قال طاب ثراه: وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، وشرط بعض الأصحاب:
انضمام غيره من أهل الشهادة، وكذا في الزوجة، وربما صح فيها الاشتراط.
أقول: شرط الشيخ في النهاية الضميمة في الزوج والزوجة، والوالد
والأخ (٥).

أما الأخيران فالاشتراط فيهما نادر. وأما في الزوج والزوجة فتابعه القاضي (٦)

(١) النساء: ١٣٥.

(٢) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٥٧ قطعة من حديث ٨٠.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٧٦ قطعة من حديث ١٦٢.

(٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١١ قال بعد نقل روايتي داود بن الحصين وعلي بن
سويد: والجواب الأمر بالإقامة لا تستلزم القبول.

(٥) النهاية: باب شهادة الوالد لولده وعليه: والمرأة لزوجها وعليه، والزوج لزوجته وعليها ص ٣٣٠
س ١٤ قال: مع غيره من أهل الشهادة إلى قوله: إذا كان معه غيره من أهل العدالة إلى قوله: إذا كان
معه غيرها من أهل الشهادة.

(٦) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ٤ قال: وشهادة الزوج لزوجته وعليها مع غيره من
أهل العدالة.

وابن حمزة (١).
وأطلق المفيد القبول ولم يقيد بالضميمة (٢) وتابعه الشيخ في الكتابين (٣) (٤)
وكذا التقي (٥) والحسن (٦) والعلامة (٧) وابن إدريس (٨).
وفرق المصنف بينهما في الشرائع فقال: وربما صح فيها الاشرط، ولعل الفرق إنما هو
لاختصاص الزوج بمزيد القوة أن تجذبه دواعي الرغبة (٩).
وتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهد الرجل لزوجته فيما تقبل فيه شهادة الواحد مع
اليمين، فعلى القول بالضميمة لا شيء لها، وعلى عدمها تحلف معه ويثبت حقها.
وفي الزوجة لو شهدت لزوجها في الوصية منفردة، فعلى الأول لا شيء له، وعلى الثاني

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان الشهادات ص ٢٣١ س ٤ قال: وحكم الزوجين على ذلك (أي إذا شهد معه عدل آخر).
- (٢) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٢٥ قال: وتقبل شهادة الرجل لامرأته إذا كان عدلا وشهد معه آخر من العدول، أو حلفت المرأة مع الشهادة لها في الديون والأموال.
- (٣) المبسوط: ج ٨ فصل فيمن تقبل شهادته ومن لا تقبل ص ٢٢٠ س ٤ قال: تقبل شهادة كل واحد من الزوجين للآخر وبه قال جماعة.
- (٤) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ٤٩ قال: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر.
- (٥) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ١١ قال: وتقبل إلى قوله: والزوج لزوجته وعليها والزوجة له وعليه.
- (٦) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١٦ قال: وبه (أي بالإطلاق) قال ابن أبي عقيل، وهو المعتمد للأصل الخ.
- (٧) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٨ س ١٦ قال: وبه (أي بالإطلاق) قال ابن أبي عقيل، وهو المعتمد للأصل الخ.
- (٨) السرائر: باب شهادة... المرأة لزوجها وعليه والزوج لزوجته وعليها ص ١٨٦ س ٢٢ قال: ولا بأس بشهادة الرجل لامرأته وعليها إذا كان معه غيره من أهل العدالة، ولا بأس بشهادتها له وعليه إذا كان معها غيرها من أهل العدالة.
- (٩) الشرائع: ج ٤ كتاب الشهادات، الخامس ارتفاع التهمة، الثالثة قال: ومنهم من شرط في الزوج الضميمة إلى قوله: ولعل الفرق إنما هو لاختصاص الزوج الخ.

والصحبة لا تمنع القبول كالضيف والأجير على الأشبه.
ولا تقبل شهادة السائل بكفه، لما يتصف به من مهانة النفس،
فلا يؤمن خدعه.

له ربع ما شهدت به. وكذا لو شهدت باستهلال مولود يرثه زوجها.
وفيما إذا زوجه وكيله ودفع المهر، فادعى هو أن بينه وبين الزوجة رضاعا محرما،
وأنكرت الزوجة، وكان ذلك قبل الدخول، فإنه يرجع عليها برقع المهر عند أبي
علي (١) وبالكل إذا تعذر عليها إقامة غيرها عند المفيد (٢) وتلميذه (٣) لأن ابن
الحنيد يقبل شهادة الأربع في كل ما لا يطلع عليه الرجال ويثبت مجموع الحق بهن،
وإن شهد بعضهن فبحساب ذلك (٤) وقال المفيد: إذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة
امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه وشهادة واحدة في ربع الوصية (٥) وتابعه أبو
علي (٦) وعندنا إن كانت إحدى الأربع، استرجع الزوج المهر على تقدير قبول
النساء في الرضاع وإن كانت منفردة لا يقبل وإن لم يشترط الضميمة، لأن الواحدة
لا يقبل في غير الوصية وميراث المستهل.
قال طاب ثراه: والصحبة لا يمنع القبول كالضيف والأجير على الأشبه.

- (١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٠ س ٢١ قال: وقال ابن الحنيد: وشهادة النساء في الدين
جائزة إلى قوله: ولا يقضي به بالحق إلا بأربع منهن، فإن شهد بعض فبحساب ذلك.
(٢) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٣ قال: الأول النكاح إلى قوله: والمفيد منع
أيضا: أي من قبول شهادة النساء في النكاح، ثم قال: وكذا سلا.ر.
(٣) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٣ قال: الأول النكاح إلى قوله: والمفيد منع
أيضا: أي من قبول شهادة النساء في النكاح، ثم قال: وكذا سلا.ر.
(٤) تقدم أنفا تحت رقم ١.
(٥) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال: وتقبل شهادة امرأتين مستورتين فيما لا يراه الرجال
إلى قوله: وإذا لم يوجد على ذلك الخ ونقله في المختلف: ج ٢ ص ١٦٤ س ٨ قال: وقال شيخنا المفيد:
وتقبل شهادة امرأتين إلى قوله: وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية.
(٦) المختلف: ج ٢ ص ١٦٤ س ٧ قال: وقال ابن الحنيد: وكل أمر لا يحضره الرجال فشهادة النساء
فيه جائزة إلى قوله: فإن شهد بعض فبحساب ذلك.

أقول: الأجير هل يقبل شهادته لمستاجرة حال كونه أجيرا له؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:

- (أ) القبول قاله ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣).
(ب) المنع قاله الشيخ (٤) والصدوقان (٥) (٦) والتقي (٧) والقاضي (٨) وابن حمزة (٩).
(ج) القبول مع عدم التهمة والرد معها كما لو شهد الخياط أو القصار بثوب دفع إليه ليخيطه، أو يقصره، قاله العلامة في المختلف (١٠) ونعم ما قال.
احتج الأولون: بوجود المقتضي وعدم المانع. أما المقتضي: فهو العدالة، وقوله

- (١) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٣ س ١٥ قال: بل شهادة الأجير مقبولة سواء كان على من استأجره أوله.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ كتاب الشهادات ص ٢١٠ س ٦ قال: ويقبل شهادة الأجير والضيف الخ.
(٤) النهاية: كتاب الشهادات ص ٣٢٥ س ١٣ قال: ولا يجوز قبول شهادة إلى قوله: والأجير.
(٥) المختلف: ج ٢ ص ١٦٦ س ١١ قال: وبه (أي عدم القبول) قال: ابنا بابويه.
(٦) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣ س ٧ قال: ولا أجير لصاحبه ولا تابع لمتبوعه.
(٧) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ١ قال: ولا تقبل شهادة الشريك فيما هو شريك فيه ولا الأجير لمستاجرة.
(٨) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ٢ قال: والأجير لمستاجرة الخ.
(٩) الوسيلة: فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠ س ١٣ قال: ولا تقبل شهادة خمسة إلى قوله: والأجير إذا شهد لمستاجرة الخ.
(١٠) المختلف: ج ٢ في شهادة الأجير ص ١٦٦ س ٢٢ قال: والوجه عندي: أن شهادته إن تضمنت تهمة، أو جر نفع، أو دفع ضرر لم تقبل وإلا قبلت، وعليه تحمل الروايات المطلقة المانعة من القبول كما لو شهد لصاحب الثوب الخ.

وفي قبول شهادة المملوك روايتان، أشهرهما: القبول، وفي شهادته على المولى، قولان أظهرهما: المنع، ولو أعتق قبلت للمولى وعليه. ولو أشهد عبديه بحمل أنه ولده، فورثهما غير الحمل، وأعتقهما الوارث، فشهدا للحمل، قبلت شهادتهما، ورجع الإرث إلى الولد، ويكره له استرقاقهما. ولو تحمل الشهادة الصبي، أو الكافر، أو العبد، أو الخصم، أو الفاسق، ثم زال المانع وشهدوا قبلت شهادتهم.

تعالى: (واشهدوا ذوي عدل منكم) (١) و (استشهدوا شهيدين من رجالكم) (٢). وأما انتفاء المانع، فلا أنه الأصل، ولأنه لا تجر شهادته نفعا، ولا يدفع بها ضررا. احتج الشيخ برواية زرعة قال: سألته عما يرد من الشهود؟ قال: المريب، والخصم، والشريك، ودافع مغرم والأجير (٣). ومثله رواية ابن سيابة عن الصادق عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام: لا يجيز شهادة الأجير (٤). وحمله في الإستبصار على أجير شهد لمستأجره حال كونه أجيرا له، لا بعد مفارقتة، أو لغيره (٥). واحتج العلامة على تفصيله: باشماله على الجمع بين ما دل عليه عموم الكتاب، والأصل، وبين الروايات المانعة مطلقا (٦). قال طاب ثراه: وفي قبول شهادة المملوك روايتان: أشهرهما القبول إلى آخره.

(١) الطلاق: ٢.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٢ الحديث ٤.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٥) باب شهادة الأجير ص ٢١ الحديث ١ وقال في ذيل الحديث: هذا الحديث وإن كان عاما فينبغي أن يخص الخ.

(٥) الإستبصار: ج ٣ (١٥) باب شهادة الأجير ص ٢١ الحديث ١ وقال في ذيل الحديث: هذا الحديث وإن كان عاما فينبغي أن يخص الخ.

(٦) تقدم أنفا تحت رقم ١.

أقول: اختلف الأصحاب في شهادة العبيد على طرفين وواسطة.
أما الطرفان فالمنع من القبول مطلقا قاله الحسن (١) إذا كانت على حر مؤمن،
ويجوز على مثله أو كافر قاله أبو علي (٢). والقبول مطلقا نقله المصنف عن بعض
الأصحاب (٣).

أما الواسطة: ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: القبول مطلقا إلا على السيد (٤)، أما الأول، فلأصل، ولعموم قوله
تعالى: (واشهدوا ذوي عدل منكم) (٥) و (استشهدوا شهيدين من رجالكم) (٦).
ولحسنه عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين
عليه السلام: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا (٧).
وفي معناها رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة
المملوك إذا كان عدلا فهو جائز الشهادة، إن أول من رد شهادة المملوك عمر بن
الخطاب، وذلك أنه تقدم إليه مملوك في شهادة، فقال: إن أنا أقيمت الشهادة تخوفت
على نفسي، وإن كنتها أثمت بربي، فقال: هات شهادتك أما إنه لا يجوز شهادة
مملوك بعدك (٨)

-
- (١) المختلف: ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٨ س ٢٤ قال: وأطلق ابن أبي عقيل المنع، فقال لا يجوز شهادة
العبيد والإماء في شيء.
(٢) المختلف: ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٨ س ٢٣ قال المنع من قبول شهادتهم على حر من المؤمنين
مطلقا، وهو قول أبي علي بن الجنيد.
(٣) الشرائع: ج ٤ كتاب الشهادات، لواحق هذا الباب، الثانية قال: وقيل: تقبل مطلقا.
(٤) النهاية: باب شهادة العبيد والإماء ص ٣٣١ س ٢ قال: لا بأس بشهادة العبيد إذا كانوا عدولا
إلى قوله: ولا يجوز قبول شهادتهم على ساداتهم.
(٥) الطلاق: ٢.
(٦) البقرة: ٢٨٢.
(٧) التهذيب: ج ٦ (٩١) البيئات ص ٢٤٨ الحديث ٣٩.
(٨) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٨ الحديث ٣٨.

وأما الثاني: فلأنه شابه الولد في عدم قبوله على أبيه، لاشتراكهما في وجوب الطاعة وتحريم العقوق وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والسيد (٣) وسلار (٤) والقاضي (٥) وابن حمزة (٦) وابن زهرة (٧) وابن إدريس (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠).
(الثاني) تقبل بالنسبة إلى غير السيد، ولا تقبل عليه ولا له وهو مذهب التقي (١١).
(الثالث) تقبل مطلقا إلا لسيدته، وهو ظاهر الصدوقين، حيث قالوا: ولا بأس

-
- (١) النهاية: باب شهادة العبيد والإماء ص ٣٣١ س ٢ قال: لا بأس بشهادة العبيد إلى قوله لساداتهم وعلى غير ساداتهم ولهم ولا يجوز قبول شهادتهم على ساداتهم.
(٢) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٢٦ قال: وتقبل شهادة العبيد لساداتهم إلى قوله: ولا تقبل على ساداتهم وإن كانوا عدولا.
(٣) الإنتصار: مسائل القضاء والشهادات، ص ٢٤٩، قال ولا تقبل على ساداتهم...
(٤) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٢ س ٦ قال: وتقبل شهادات العبيد لساداتهم إلى قوله: وأما على ساداتهم فلا تقبل.
(٥) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ٥ قال: وشهادة العبيد لساداتهم لا عليهم.
(٦) الوسيلة: فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠ س ٢١ قال: والمملوك تقبل شهادته إلا على سيده.
(٧) الغنية (في ضمن الجوامع الفقهية) في الحدود والقضايا ص ٦٢٤ س ٣٤ قال: وتقبل شهادة العبيد لكل واحد عليه إلا في موضع نذكره، ولم نعثر على غير ذلك.
(٨) السرائر: باب شهادة العبيد والإماء ص ١٨٦ س ٢٩ قال: لا بأس بشهادة العبيد إلى قوله: ولا يجوز شهادتهم على ساداتهم.
(٩) لاحظ عبارة النافع.
(١٠) المختلف: ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٩ س ١٣ قال بعد نقل الأقوال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
(١١) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٥ س ١٤ قال: ولا تقبل شهادة العبد ليسده على كل حال.

(السادس) طهارة المولد: فلا تقبل شهادة ولد الزنا، وقيل: تقبل في الشيء الدون، وبه رواية نادرة.

بشهادة العبد إذا كان عدلاً لغير سيده (١) (٢) وظاهره المنع فيما عدى ذلك من حيث المفهوم لا المنطوق.

احتج الحسن: بأن الشهادة من المناصب الجليلة، فلا يليق بالعبد. وبصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: العبد المملوك لا يجوز شهادته (٣).

احتج أبو علي بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: لا يجوز شهادة العبد المسلم على الحر المسلم (٤) وتعليق الحكم على وصف يشعر بعليته، فينتفي الحكم عند عدم ذلك الوصف، وإلا انتفت فائدة التقييد. لا يقال: دلالة المفهوم ضعيفة وغير حجة عند الأكثر.

لأننا نقول: يستدل على قبولها على الذمي بمنطوق صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: يجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب (٥) وعلى قبولها في حق العبد بما رواه الشيخ في الخلاف عن علي عليه السلام: أنه كان يقبل شهادة بعضهم على بعض، ولا يقبل شهادتهم على الأحرار (٦).

والجواب على المذهبين ما تقدم من عموم الآيات والمعارضة بالروايات.

قال طاب ثراه: طهارة المولد، فلا تقبل شهادة ولد الزنا، وقيل: يقبل في الشيء

(١) المختلف: ج ٢ في شهادة العبيد ص ١٦٨ س ٢٨ قال: وقال الصدوق وأبوه: لا بأس بشهادة العبد لغير سيده.

(٢) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣ س ٤ قال: وشهادة العبد لا بأس بها لغير سيده.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٩ قطعة من حديث ٤٣.

(٤) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٩ الحديث ٤٢.

(٥) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٤٩ قطعة من حديث ٤٣.

(٦) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ١٩ قال: وروي عن علي عليه السلام الخ.

الدون، وبه رواية نادرة.

أقول: هنا ثلاثة أقوال:

(الأول) قال في المبسوط: شهادة ولد الزنا مقبولة عند قوم في الزنا وغيره، وهو قوي، لكن أخبار أصحابنا تدل على أنه لا تقبل شهادته (١).

(الثاني) قال في النهاية: تقبل في الشيء الدون مع صلاحه (٢).

وتمسك بما رواه عيسى بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته

عن شهادة ولد الزنا؟ فقال: لا يجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه

صلاحاً (٣).

أجاب العلامة: بأن قبول شهادته في الشيء اليسير، تعطي المنع من قبول

الكثير من حيث المفهوم، ولا يسير إلا وهو كثير بالنسبة إلى ما دونه، فأذن لا يقبل إلا

في أقل الأشياء الذي ليس بكثير بالنسبة إلى ما دونه، إذ لا دون له، ومثله

لا يتملك (٤).

(الثالث) قال في الخلاف: لا تقبل أصلاً (٥) وبه قال السيد (٦)

(١) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ٢٢٨ س ١٧ قال: شهادة ولد الزنا مقبولة الخ.

(٢) النهاية: باب تعديل الشهود ومن تقبل شهادته... ص ٣٢٦ س ٧ قال: ولا يجوز شهادة ولد الزنا إلى قوله: قبلت في الشيء الدون.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) في البيئات ص ٢٤٤ الحديث ١٦.

(٤) المختلف: ج ٢ في شهادة ولد الزنا ص ١٦٧ س ١٨ قال: والجواب الخ.

(٥) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ٥٧ قال: شهادة ولد الزنى لا تقبل وإن كان عدلاً.

(٦) الإلتصار: ص ٢٤٧ س ١٦ قال: مسألة. ومما انفردت به الإمامية القول: بأن شهادة ولد الزنا لا تقبل.

وأبو علي (١) والقاضي (٢) وابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).
واختلفوا في الدليل: فالعلامة: لأنه من المناصب الجليلة، وهو ناقص، فلا يليق
به كالإمامة (٦).

ولصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: لا يجوز شهادة ولد
الزنا (٧).

وما في معناها (٨).

وابن إدريس: لأنه عند أصحابنا كافر وإجماعهم عليه (٩).

وأبو علي: لقول النبي صلى الله عليه وآله: (ولد الزنا شر الثلاثة) ولا شك أن
الاثنين لا تقبل شهادتهما فيكون أولى بعدم القبول، ولأن شهادة أبويه تقبل (١٠) إذا

(١) المختلف: في شهادة ولد الزنا ص ١٦٦ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: فهو أيضا
غير مقبول شهادته إلى قوله: والوجه: المنع من قبول شهادته مطلقا، لنا إن الشهادة من المناصب الجليلة
وهو ناقص فلا يليق به، كالإمامة فكما لم يشرع أن يكون إماما فكذا هنا.

(٢) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٧ س ١٩ قال: وكذلك (أي الشهادة التي هي غير
صحيحة) شهادة ولد الزنا.

(٣) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٣ س ٢٦ قال: ولا يجوز شهادة ولد الزنا، لأنه عند أصحابنا
كافر بإجماعهم.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في شهادة ولد الزنا ص ١٦٦ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: فهو أيضا
غير مقبول شهادته إلى قوله: والوجه: المنع من قبول شهادته مطلقا، لنا إن الشهادة من المناصب الجليلة
وهو ناقص فلا يليق به، كالإمامة فكما لم يشرع أن يكون إماما فكذا هنا.

(٦) تقدم آنفا.

(٧) التهذيب: ج ٦ (٩١) في البيئات ص ٢٤٤ الحديث ١٨.

(٨) التهذيب: ج ٦ (٩١) في البيئات ص ٢٤٤ الحديث ١٥ و ١٧ وتمام الحديث (قلت: إن الحكم
يزعم أنها تجوز؟! فقال: اللهم لا تغفر ذنبه).

(٩) تقدم آنفا.

(١٠) هكذا في النسخ المخطوطة التي عندي، وفي المختلف: ج ٢ س ١٦٦ س ٣٣ قال بعد قوله: لا تقبل
شهادتهما ما لفظه: (فهو أيضا غير مقبول شهادته ولأنه شرهم ما تقبل شهادة أبويه إذا تابا وشهادته غير
مقبول الخ).

تابا، وإذا كان شر الثلاثة لا تقبل شهادته وإن استقامت طريقته (١).
وعورض بقوله تعالى: (ولا تزر وازرة وزر أخرى) (٢) فلا تؤخذ بذنب أبيه،
لاستحالة الظلم عليه عقلا، ولقوله تعالى: (ولا يظلم ربك أحدا) (٣). وأيضا فإنه
من الأخبار الضعاف، ما رواه إلا ضعيف، وقد منع نص القرآن منه (٤). ولو سلم
منعنا دلالته، لجواز إرادة كونه شرهم فسقا إذا كان زانيا، لجمعه بين خبث الأصل
والفرع، وجاز أن يكون قد أشير به إلى واحد معين من ثلاثة هو شرهم، ويكون ذكر
الزنا تعريفا لا تعليلا كما في قوله تعالى: (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية
لا ينكحها إلا زان أو مشرك) (٥)

وقد قيل: إن أبا غرة الجمحي كان يهجو رسول الله صلى الله عليه وآله، فذكر
عند النبي صلى الله عليه وآله قوله: وقيل فيه: أنه ولد زنية، فقال عليه السلام:
ولد الزنا شر الثلاثة، يعني أبا غرة (٦).

واحتج السيد بقوله صلى الله عليه وآله: ولد الزنا لا يدخل الجنة، ومعنى ذلك
أن يكون الله تعالى علم فيمن خلق من نطفة زنا، أنه لا يختار الخير والصلاح (٧)
فلا يلتفت إلى ظاهره المقتضي لظن العدالة به، ونحن قاطعون على خبث باطنه وقبح
سريرته، فلا تقبل شهادته، لأنه غير عدل، وعلى هذا يجب أن يقع الاعتماد، دون

(١) المختلف: ج ٢ ص ١٦٦ س ٣٢.

(٢) الأنعام: ١٦٤.

(٣) الكهف: ٤٩.

(٤) قال تعالى: (إن جئكم فاسق بنبا فتبينوا) الآية سورة الحجرات: ٦.

(٥) النور: ٣.

(٦) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥٣٤ الحديث ٢٣ وفي سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٥٨ باب ما جاء في ولد الزنا
س ١٥ قال: إنما كان رجل من المنافقين يؤدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: من يعد زنى
من فلان؟ قيل: يا رسول الله أنه مع ما به ولد الزنا فقال: هو شر الثلاثة.

(٧) الإنتصار: في الشهادة ص ٢٤٨ س ٨ قال: ومعنى ذلك الخ وفيه تحقيق لطيف فراجع.

ويلحق بهذا الباب مسائل
(الأولى) التبرع بالأداء قبل الاستنطاق يمنع القبول، لتطرق التهمة.
وهل يمنع في حقوق الله؟ فيه تردد.

ما تعلق به أبو علي.
قال العلامة: ولا فرق بين ما تعلق به السيد وأبو علي، لأن كلا الخبرين أحاد،
ولعله قد كان الخبر الذي رواه أبو علي متواترا في زمانه.
والحق إن رده إنما هو لكون ذلك من المناصب الجليلة، فلا يليق به (١).
قال طاب ثراه: التبرع بالأداء قبل الاستنطاق يمنع القبول، لتطرق التهمة،
وهل يمنع في حقوق الله؟ فيه تردد.
أقول: حرص الشاهد وتبرعه بأداء الشهادة قبل سؤال الحاكم له تطرق للتهمة
إليه، فيدخل تحت عموم قوله صلى الله عليه وآله: (لا يجوز شهادة خصم
ولا ظنين) (٢) والظنين المتهم، قاله أهل اللغة (٣) وهو مروى عنهم عليهم السلام (٤).
ومثله قول الصادق عليه السلام: تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير أن
يستشهدوا (٥).

-
- (١) المختلف: ج ٢ في شهادة ولد الزنا ص ١٦٧ س ١٤ قال: وهذا الذي ذكره السيد على طوله ليس
دليلا، إذ لا أولوية الخ.
(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٣٥ الحديث ٢٦ ولاحظ ما علق عليه.
(٣) النهاية لابن الأثير: ج ٣ باب الظاء مع النون ص ١٦٣ قال: وفيه: (لا تجوز شهادة ظنين) أي
متهم في ذنبه، من الظنة التهمة.
(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ فصل ٢ ذكر من يجوز شهادته ومن لا يجوز ص ٥١١ الحديث ١٨٣١ و ١٨٣٢
و ١٨٣٣ وغيرها.
(٥) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٣٥ الحديث ٢٧ ولاحظ ما علق عليه.

وهذه الأخبار خرج في معرض الإنكار والتعجب، فهو إذن مانع من قبول الشهادة في حقوق الناس إجماعاً.

وهل يمنع في حقوق الله سبحانه؟ كالزنا وشرب الخمر، والمصالح العامة، كالوقوف على القناطر، والمساجد، والوصية للفقراء، تردد المصنف، ومنشأه، ترده في وجود العلة المانعة من القبول وهو الحرص.

وأطلق المفيد (١) والشيخ في النهاية (٢) والقاضي (٣) القول بعدم جواز الأداء قبل السؤال.

ومن أن مثل هذه الأمور لا مدعى لها، فلو لم يشرع فيها التبرع لبطلت الأحكام وهو غير جائز.

ولأنه نوع حسبة فيكون سائغاً بل واجباً، فلا يعد تبرعاً، ويحمل إطلاق الأصحاب على هذا التفصيل.

ويندفع التبرع: بأن يقول للحاكم عندي شهادة، أو حضر حسبة، أو هنا، أو معي حسبة، فيقول الحاكم هات ما عندك، فيقص ما علمه، ولا يكون حينئذ متبرعاً، لأنه أداها بعد سؤال الحاكم له واستنطاقه بها.

تنبيه

لا فرق بين الأداء قبل الدعوى، أو بعدها قبل سؤال الحاكم، كل ذلك يسمى

-
- (١) المقنعة: باب البيئات ص ١١٣ س ٣ قال: وليس يجوز للشاهدان يشهد قبل أن يسأل.
- (٢) النهاية: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٣٠ س ٧ قال: ولا يجوز للشاهدان يشهد قبل أن يسأل عن الشهادة.
- (٣) المهذب: ج ٢ الشهادة على الشهادة ص ٥٦١ س ١٥ قال: ولا يجوز لإنسان أن يشهد قبل أن يسأل عن الشهادة.

(الثانية) الأصم تقبل شهادته فيما لا يفتقر إلى السماع. وفي رواية يؤخذ بأول قوله. وكذا تقبل شهادة الأعمى فيما لا يفتقر إلى الرؤية.

تبرعا، ولا تقضي بفسق الشاهد ولا تصر به مجروحا، فيجوز شهادته في غير تلك الواقعة، وهل يجوز فيها في غير ذلك المجلس؟ نظر.
قال طاب ثراه: الأصم تقبل شهادته فيما لا يفتقر إلى السماع. وفي رواية تؤخذ بأول قوله. وكذا تقبل شهادة الأعمى فيما لا يفتقر إلى الرؤية.
أقول: المشهور قبول شهادة الأصم فيما يكفي فيه حاسة البصر، ولا حاجة فيه إلى السمع كالقتل والغصب، ولعموم قوله تعالى: (واشهدوا ذوي عدل منكم) (١) ولأن المناط العدالة المثمرة للظن، المناسب لقبول الشهادة، وهو اختيار التقي (٢) وابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥).
وقال الشيخ في النهاية: ولا بأس بشهادة الأصم غير أنه يؤخذ بأول قوله، لا بثانيه (٦) وبه قال القاضي (٧) وابن حمزة (٨).
مصيرا إلى رواية جميل عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شهادة الأصم

- (١) الطلاق: ٢.
(٢) لم يوجد في الكافي ولكنه في المختلف: ج ٢ ص ١٦٧ س ٢٠ قال: وقال أبو الصلاح: تقبل شهادة الأعمى إلى قوله: والأصم، وأشار إليه في هامش الكافي: ص ٤٣٦ تحت رقم ٣.
(٣) السرائر: في الشهادات ص ١٨٣ س ٣٦ لا بأس بشهادة الأصم.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: ج ٢ في بيان شهادة الأصم ص ١٦٧ س ٢٢ قال: والوجه ما قاله أبو الصلاح.
(٦) النهاية: كتاب الشهادات ص ٣٢٧ س ٤ قال: ولا بأس بشهادة الأصم غير أنه يؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بثانيه.
(٧) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٦ س ١٧ قال: وشهادة الأصم، ويؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بثانيه.
(٨) الوسيلة: فصل في بيان الشهادات ص ٢٣٠ س ١٠ قال: والصمم ويؤخذ بأول قول صاحبه.

(الثالثة) لا تقبل شهادة النساء في الهلال، والطلاق. وفي قبولها في الرضاع تردد، أشبهه القبول، ولا تقبل في الحدود.

في القتل؟ قال: يؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بالثاني (١).
وأجاب العلامة عنها بوجهين:

(أ) إن في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف (٢).
(ب) لو قلنا بموجبها لم يناف مطلوبنا، لأن القول الثاني إن كان منافيا للأول، كان رجوعا عما شهد به أو لا، وهو غير مسموع، وأن لم يكن منافيا كان شهادة أخرى مستأنفة، أو تأكيدا.
وفيه نظر: لأن الرجوع الذي لا يسمع ولا يؤثر في إبطال ما شهد به أولا، إنما هو الرجوع الحاصل بعد الحكم بالشهادة، وليس في الرواية ما يدل على ذلك، وحينئذ جاز أن يكون المنافي حصل قبل الحكم، بل جاز حصوله في تمام حكاية الشهادة، فيوجب التخليط، وذلك يقتضي ردها، وعلى ما تضمنته الرواية: من الأخذ بالأول وترك الاعتداد بالثاني، يقتضي قبولها، فيتنافى المذهبان، ولم يمكن العمل بالموجب.

قال طاب ثراه: في قبولها في الرضاع تردد.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

(الأول) هل يقبل شهادة النساء في الرضاع، أم لا؟ فيه مذهبان.
المنع: ذهب إليه الشيخ في الخلاف (٣) وفي فصل الرضاع من المبسوط (٤) وهو

(١) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٥٥ الحديث ٦٩.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب (عن سهل بن زياد، عن إسماعيل بن مهران، عن درست، عن جميل).

(٣) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ٩ قال: ولا تقبل في الرضاع أصلا.

(٤) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣١١ س ٧ قال: شهادة النساء لا تقبل في الرضاع عندنا.

اختيار ابن إدريس (١).
والقبول: ذهب إليه الشيخ في كتاب الشهادات من المبسوط (٢) وبه قال
المفيد (٣) وتلميذه (٤) وابن حمزة (٥) وهو ظاهر الحسن (٦) وأبي علي (٧) واختاره
المصنف (٨) والعلامة (٩).
احتج المانعون: بأصالة الإباحة، فلا تعارضها شهادة النساء الضعيفة.
وأجيب: بالمنع من أصالة الإباحة، بل الأصل عصمة الفرج، والمعارضة
بالاحتياط.

احتج الآخرون: بأنه من الأمور الخفية عن الرجال، وإنما يعاينه النساء غالباً،
فمست الحاجة إلى قبولها فيه، كغيرها من العيوب الخفية على الرجال كالعذرة.

-
- (١) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٩ قال: ضرب لا يجوز قبولها على وجه، إلى قوله:
والرضاع.
(٢) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ١٥ قال: والثالث إلى قوله: وأربع نسوة وهو
الولادة والرضاع.
(٣) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال: وتقبل شهادة امرأتين مسلمتين إلى قوله:
والاستهلال والرضاع.
(٤) المراسم، ذكر أحكام البيئات ص ٣٣٣ ص ١٥ قال: وإما ما تؤخذ فيه شهادة النساء إلى قوله:
والرضاع
(٥) الوسيلة: فصل في بيان أعداد البينة ص ٢٢٢ س ٦ قال: وخامسها شهادة أربع نسوة إلى قوله:
الرضاع.
(٦) المختلف: ج ٢ فيما يقبل شهادة منفردات ص ١٦٤ س ١ قال: وقال شيخنا المفيد: يقبل
شهادة النساء منفردات في الرضاع إلى قوله: وهو الظاهر من كلام ابن جنيد وابن أبي عقيل: إلى قوله:
والوجه عندي القبول.
(٧) تقدم أنفا تحت رقم ٦.
(٨) لاحظ عبارة النافع.
(٩) تقدم قوله أنفا.

وبرواية عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاما وجارية؟ قال: يعلم ذلك غيرها؟ قلت: لا، قال: لا تصدق إن لم يكن غيرها (١) دل بمفهومه على تصديقها مع غيرها، وهو أعم من الرجال والنساء.

وقدح فيه فخر المحققين من ثلاثة أوجه:

(أ) ضعف السند من ابن بكير.

(ب) إرسالها.

(ج) كونها دلالة مفهوم (٢).

(المقام الثاني) على القول بقبولها في الرضاع، هل يفتقر فيه إلى أربع، أم لا؟ قيل فيه: أربعة أقوال:

(الأول) اعتبار الأربع، ولا يكفي ما نقص عن ذلك، قاله العلامة (٣) وهو ظاهر المصنف، حيث قال في الشرائع: وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا تقبل فيه أقل من أربع (٤).

(الثاني) يقبل ما دون الأربع ويقضي فيه بحسابه من ذلك كالوصية، وقد ذكرناها فيما مضى، وهو قول أبي علي وعبارته، وكل أمر لا يحضره الرجال ولا يطلعون عليه فشهادة النساء فيه جائزة كالعذرة والاستهلال والحيض، ولا تقضي بالحق إلا

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح ومن الرضاع وما لا يحرم منه ص ٣٢٣ الحديث ٣٨.

(٢) الإيضاح: ج ٤ كتاب الشهادات ص ٤٣٥ س ١٩ قال: وفيه نظر الخ.

(٣) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٦ قال: تنبيه، الظاهر أنه لا يقبل في الرضاع إلا شهادة أربع.

(٤) الشرائع: كتاب الشهادات، وأما حقوق الآدمي، الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء، قال في آخره، وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء الخ.

بأربعة منهن، فإن شهد بعضهن فبحساب ذلك (١).
(الثالث) قبول المرأتين فيما لا يراه الرجال كالعذرة وعيوب النساء والنفاس والحيض والاستهلال والرضاع، وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه، قاله المفيد (٢).
(الرابع) قبول الواحدة في الرضاع والحيض والنفاس والاستهلال والولادة والعذرة وعيوب النساء، قاله الحسن (٣) وسلار (٤) ولم يقيدا بحال الضرورة. احتج العلامة: بأن عادة الشرع في باب الشهادات، اعتبار المرأتين بالرجل، وإنما تثبت الحقوق غالبا بشهادة رجلين، فيثبت ما لا يطلع عليه الرجال بما يساوي الرجلين اعتبارا بباقي الحقوق (٥).
احتج الآخرون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: تجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس (٦).
وفي معناها روايات أخر (٧).

- (١) المختلف: ج ٢ فيما لا تقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد: وكل أمر لا يحضره الرجال إلى قوله: فإن شهد بعضهن فبحساب ذلك إلى أن قال: وقال ابن أبي عقيل: إذا شهدت القابلة وحدها في الولادة، فشهادتها جائزة الخ.
(٢) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٢ قال: وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها.
(٣) المختلف: ج ٢ فيما لا تقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد: وكل أمر لا يحضره الرجال إلى قوله: فإن شهد بعضهن فبحساب ذلك إلى أن قال: وقال ابن أبي عقيل: إذا شهدت القابلة وحدها في الولادة، فشهادتها جائزة الخ.
(٤) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٧ قال: وتقبل فيه (أي فيما لا يراه الرجال) شهادة امرأة واحدة إذا كانت مأمونة.
(٥) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء ص ١٦٤ س ١٢ قال: لنا إن عادة الشرع في باب الشهادات الخ.
(٦) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٣٦ الحديث ٣٠ ولاحظ ما علق عليه.
(٧) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٩ الحديث ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٩ وغيرها.

وأجيب: بالقول بالموجب، فإننا نقبلها في ربع الحق لصريح روايات. منها صحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل، فوضعت بعد موته غلاما، ثم مات الغلام بعد ما وقع على الأرض، فشهدت المرأة التي قبلها: أنه استهل وصاح حين وقع على الأرض، ثم مات قال: على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام (١).
فالحاصل: إن المفيد اكتفى بالمرأتين مع القدرة وبالواحدة مع التعذر (٢) وسالر (٣) والحسن (٤) اختيارا، وأبو علي اعتبر الأربع (٥) وأجاز بعضهن اختيارا لكن تقضي بحساب الشهادة، والعلامة اعتبر الأربع وألغى ما دونهن إلا في الوصية والاستهلال فأجاز بالنسبة (٦).

تنبيه

المشهور قبول النساء في الوصية والاستهلال وإن وجد الرجال، والروايات دالة عليه وخالية عن قيد الاشتراط (٧) وقال في النهاية: وذلك لا يجوز إلا عند عدم

- (١) الكافي: ج ٧ باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز ص ٣٩٢ الحديث ١٢.
- (٢) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال: وتقبل شهادة امرأتين إلى قوله: وإذا لم يوجد إلا شهادة امرأة واحدة قبلت شهادتها.
- (٣) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٧ قال: وتقبل فيه شهادة امرأة واحدة.
- (٤) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: ولا يقضي به بالحق إلا بأربع منهن إلى قوله: وقال ابن عقيل: إذا شهدت القابلة وحدها، فشهادتها جائزة، إلى قوله: لنا أن عادة الشرع في باب الشهادات اعتبار المرأتين بالرجل ثم قال: فيثبت ما لا يطلع عليه الرجال بما يساوي الرجلين الخ.
- (٥) تقدم أنفا تحت رقم ٤.
- (٦) تقدم أنفا تحت رقم ٤.
- (٧) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٨ الحديث ٢٠ و ٢١ و ٢٤ وغير ذلك.

وتقبل مع الرجال في الرجم على تفصيل يأتي. وفي الجراح والقتل
بأن يشهد رجل وامرأتان، ويجب بشهادتهن الدية، لا القود،
وفي الديون
مع الرجال، ولو انفردن كامرأتين مع اليمين، فالأشبه عدم القبول.

الرجال (١) وتبعه القاضي (٢) وابن إدريس (٣).
قال طاب ثراه: وفي الديون مع الرجال. ولو انفردن كامرأتين مع اليمين فالأشبه
عدم القبول.
أقول: مذهب الشيخ في الكتب الثلاثة القبول (٤) (٥) (٦) وبه قال القاضي (٧)
وابن حمزة (٨) وأبو علي (٩) وهو ظاهر التقى (١٠) واختاره العلامة في المختلف (١١).

- (١) النهاية: باب شهادة النساء ص ٣٣٣ س ١٥ قال: وذلك (أي القبول في الوصية) لا يجوز إلا عند
عدم الرجال.
(٢) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٩ س ٧ قال: وذلك لا يجوز التعويل عليه إلا مع عدم الرجال.
(٣) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٢٤ قال: وتقبل شهادة امرأة واحدة إلى قوله: وذلك
عند عدم الرجال.
(٤) النهاية: باب شهادة النساء ص ٣٣٣ س ٦ قال: وتقبل شهادتهن في الديون مع الرجال وعلى الانفراد.
(٥) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٤ س ٦ قال: إذا ادعى حقا هو مال إلى قوله: أو بشاهد
وامرأتين حكم له بذلك الخ.
(٦) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٦٦ قال: لا تقبل شهادة النساء على الشهادة إلا في الديون الخ.
(٧) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ٢٠ قال: وتقبل شهادتهن في الديون مع الرجال وعلى
الانفراد الخ.
(٨) الوسيلة: فصل في بيان أعداد البينة وغيرها ص ٢٢٢ س ٤ قال: ورابعها شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين إلى قوله: في المال، وما كان وصلة إليه، و س ١٤ قال: وتقبل شهادة النساء إلى قوله: ومع اليمين
إذا لم يكن رجال وهي في موضعين في المال الخ.
(٩) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٢٥ قال: وهل يثبت بشهادة
امرأتين ويمين المدعي إلى قوله: وبه قال ابن الجنيد ثم قال بعد أسطر: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
(١٠) الكافي: فصل في الشهادات: ص ٤٣٦ س ٥ قال: ويقبل فيما عدى ذلك امرأتان برجل.
(١١) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٤ س ٢٥ قال: وهل يثبت بشهادة
امرأتين ويمين المدعي إلى قوله: وبه قال ابن الجنيد ثم قال بعد أسطر: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

ومذهب ابن إدريس المنع (١) واختاره المصنف (٢).
احتج الأولون: بأن شهادة المرأتين كشهادة الرجل الواحد، وقد ثبت الحق بشهادته مع اليمين فكذا مساويه.

أما الأولى: فلقبول الرجل والمرأتين إجماعاً في الدين. ولوقوع التعادل في باب التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين، ولولا التساوي لما صح ذلك. وأما الثانية: فلقضاء العقل بتساوي حكم المتساويين، فأى دليل منع من ذلك؟!.

واحتج ابن إدريس: بأصالة براءة الذمة. وبأن جعلهما بمنزلة الرجل في هذا الموضوع يحتاج إلى دليل شرعي، والأصل أن لا شرع، وحملهما على الرجل قياس، وهو عندنا باطل (٣).

تحقيق

وينقسم الحقوق إلى أقسام:

(الأول) رؤية الأهلة، وثبوت ولاية القاضي. والرشد في الذكور، ولا تقبل إلا بشاهدين ذكرين، وهو إجماع. أما الرشد في النساء، فتقبل فيه شهادة النساء قطعاً. وهل تقبل في بلوغهن؟ قال في باب الحجر من التحرير، نعم (٤)، وأطلق في باب

(١) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٥ قال: والذي يقتضي النظر: أنه لا يقبل شهادة

امرأتين مع يمين المدعي وجعلهما بمنزلة الرجل يحتاج إلى دليل الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) تقدم آنفاً.

(٤) التحرير: ج ١، المقصد الرابع في الحجر ص ٢١٨ س ٣٠ قال: (يب) يثبت البلوغ والرشد إلى قوله: بشهادة النساء في النساء.

الشهادات منه (١) ومن القواعد: الاقتصار على الرجال في البلوغ (٢) ولم يفصل بين الذكور والإناث، وكذا الشهيد (٣).
وفي صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: أن النبي صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء في رؤية الهلال (٤).
(الثاني) الجنائيات، وفيها ثلاثة أقوال:
(الأول) قبول المرأتين مع الرجل، ويثبت بذلك القود قاله المفيد (٥) وهو ظاهر الحسن (٦).
(الثاني) عدم القبول أصلاً قاله الشيخ في الخلاف (٧) وتبعه ابن إدريس (٨).
(الثالث) القبول ويثبت بذلك ما يوجب الدية ابتداءً، كالخطأ، وكسر العظام،

- (١) التحرير: ج ٢، الفصل الرابع في تفصيل الحقوق، ص ٢١٢ س ١٧ قال: (ب) حقوق الآدمي ثلاثة، منها ما لا يثبت إلا بشاهدين إلى قوله: والبلوغ.
(٢) القواعد: ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٨ س ٢١ قال: الثانية ما عدا الزنا مما فيه حق إلى قوله: ولا يثبت إلا بشاهدين ثم قال: وكذا البلوغ.
(٣) اللعة: ج ٣ في تفصيل الحقوق ص ١٤٢ س ١ قال: ومنه الإسلام والبلوغ.
(٤) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥٣٧ الحديث ٣٢ ولاحظ ما علق عليه، وأورده في المختلف: ج ٢ ص ١٦٣ س ٨.
(٥) لم أظفر عليه مع الفحص الطويل.
(٦) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل فيه شهادة النساء منفرداً ص ١٦٣ س ٢ قال: وشهادة النساء مع الرجال جائزة إذا كن ثقات.
(٧) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٤ قال: لا يثبت النكاح إلى قوله: والقتل الموجب للقود إلى قوله: ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين.
(٨) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١٧ قال: فإن شهد رجل وامرأتان على رجل بالقتل أو الجراح فقد ذهب شيخنا أبو جعفر في نهايته إلى قبولها والذي يقوى في نفسي خلاف ذلك وأنها غير مقبولة الخ.

وكذا العمدة وتجب به الدية دون القصاص قاله الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي (٢) والتقي (٣) وهو مذهب أبي علي (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥). احتج الأولون: بما رواه الكناني عن الصادق عليه السلام: قال تجوز شهادة النساء في الدم (٦).

ومثلها روايتي جميل بن دراج (٧) وزيد الشحام (٨). احتج المانعون: بما رواه ربعي عن الصادق عليه السلام قال: لا تجوز شهادة النساء في القتل (٩).

ومثلها رواية محمد بن الفضيل (١٠). احتج المفصلون:، باشمال ذلك على الجمع، والعمل بالقولين جميعاً، فيمنع من القصاص اقتصاراً في التسلط على موضع الإجماع، ولأن فائت الدماء غير

-
- (١) النهاية: بيان شهادة النساء ص ٣٣٣ س ٢ قال: ويجوز شهادة النساء في القتل والقصاص إذا كان معهن رجال الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٨ قال: ويقبل شهادتهن في القتل والقصاص، ولا يقاد بها الخ.
- (٣) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ٥ قال: ويقبل فيما عدى ذلك امرأتان برجل ولا يقتص بشهادتهن الخ.
- (٤) المختلف: ح ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ٢٥ قال: وابن الجنيد وافق كلام شيخنا في النهاية إلى قوله: وهو المعتمد.
- (٥) المختلف: ح ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ٢٥ قال: وابن الجنيد وافق كلام شيخنا في النهاية إلى قوله: وهو المعتمد.
- (٦) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٧ قطعة من حديث ١٦.
- (٧) الاستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٦ الحديث ١٤.
- (٨) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٧ الحديث ١٥.
- (٩) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٧ الحديث ١٩.
- (١٠) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٣ قطعة من حديث ٥.

مستدرك، ويحمل أخبار المنع عليه، ويوجب الدية حقنا للدم، لكيلا يطل دم امرء مسلم، ولمبالغة الشارع في التحفظ على الدماء، وصيانتها عن الاستهانة بأمرها، ولهذا قيل فيها قسامة المدعي، وإجازة شهادة الصبيان كيلا يجد الفاسق فرصة الخلوة بعدوه، فثبت المدعي، حقه بالقسامة وبالصبيان، فالنساء أولى لرفع التهمة عن شهادتهن، وثبوت التكليف في حقهن، ويحمل أخبار القبول عليه.

تذنيب

وعلى القبول يشترط الضميمة مع الرجال في المشهور من فتاوى علمائنا. وقال التقي: يقبل شهادة المرأتين في نصف دية النفس، أو العضو، أو الجراح، والواحدة في الربع (١) وهو غريب.

(الثالث) الحدود، فيها أربعة أقوال:

(الأول) المنع مطلقا قاله المفيد (٢) وتلميذه (٣) وهو ظاهر الحسن (٤).
(الثاني) القبول مع الضميمة مطلقا، وإن كان رجلا مع ستة نسوة ثبت الجلد لا الرجم، ولو كن أربع نسوة مع رجلين ثبت الرجم قاله في الخلاف (٥) وهو نادر،

(١) الكافي: التكليف الثالث من الشهادات ص ٤٣٩ س ١٣ قال: وتقبل شهادة امرأتين في نصف دية النفس أو العضو الخ.

(٢) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٣ قال: ولا تقبل شهادة النساء في النكاح والطلاق والحدود.

(٣) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ١١ قال: وما تقبل فيه شهادة النساء إلى قوله: فالديون والأموال (ومن هذا الكلام يستفاد الانحصار).

(٤) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٢ س ٣٩ قال: وقال ابن أبي عقيل: إلى قوله: وشهادة النساء مع الرجال جائزة في كل شيء إذا كن ثقات، قال: وهذا يعطي منع قبول شهادتهن في الزنا منفردات ومنضمات.

(٥) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٢ قال: حقوق الله تعالى كلها لا تثبت بشهادة النساء إلا الشهادة بالزنا فإنه روى أصحابنا الخ.

وقال في النهاية: إذا شهد رجل وست نسوة، حد الشهود للفرية (١) وهو المشهور.

(الثالث) القبول إذا زادت الضميمة على الواحد، فإذا شهد رجلان وأربع نسوة ثبت الجلد على الزاني وأن كان محصنا، لا الرجم، وإن شهد امرأتان وثلاثة رجال ثبت الرجم قاله الشيخ في النهاية (٢) وتبعه القاضي في أحد قولييه (٣) وابن حمزة (٤) وابن إدريس (٥) والمصنف (٦) والعلامة (٧).
(الرابع) لا يقبل إلا ثلاثة رجال وامرأتين، ويجب الرجم، وهو مذهب القاضي (٨)

- (١) النهاية: باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ١٦ قال: فإن شهد رجل وست نسوة إلى قوله: جلدوا حد الفرية، وقال قبل ذلك بسطرين: وإن شهد رجلان وأربع نسوة بذلك إلى قوله: بل يحد حد الزاني.
- (٢) تقدم آنفا تحت رقم ١.
- (٣) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٧ قال: أو رجل وست نساء بالزنا لم يقبل شهادتهم وحدوا حد الفرية.
- (٤) الوسيلة: في بيان أعداد البينة ص ٢٢٢ س ١٨ قال: فإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان بأحدهما لزم بها الرجم، وإن شهد رجلان الخ.
- (٥) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١١ قال: إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان إلى قوله: وإن شهد رجلان وأربع نسوة الخ.
- (٦) الشرائع: في أقسام الحقوق، حق الآدمي، قال: ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين، وبرجلين وأربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم.
- (٧) القواعد: ج ٢، الفصل الثاني في العدد ص ٢٣٨ س ١٨ قال: ويثبت الزنا خاصة بشهادة ثلاث رجال وامرأتين ويجب الرجم مع الإحصان الخ.
- (٨) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٧ قال: وإن شهد رجلان وأربع نسوة، أو رجل وست نساء بالزنا لم تقبل شهادتهم الخ.

وظاهر الصدوقين (١) (٢) والتقي (٣).
احتج المفيد بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق قال: إذا شهد ثلاثة رجال
وامرأتان في الرجم لم يجز (٤).
وروى غياث بن إبراهيم عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام قال:
لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا قود (٥).
واحتج الشيخ على دعوى الخلاف بعموم قوله عليه السلام للمرأة التي سألته
عن حال نقصهن: أما نقص عقولكن فشهادة امرأتين بشهادة رجل (٦) ولم يخص
بذلك في دين ولا غيره. وعموم هذا الحديث يتمسك كل من قبلها في النكاح
والقصاص والوصية إليه، ويجريه على عمومته.
واحتج القاضي: بما رواه محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام: ويجوز
شهادتهن في حد الزنا إذا كانوا، ثلاثة رجال وامرأتان، ولا تجوز شهادة رجلين وأربع
نسوة في الزنا والرجم (٧).
واحتج الشيخ على دعوى النهاية بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال:

-
- (١) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٦ قال: وقال علي بن بابويه في رسالته: ويقبل في الحدود إذا شهد امرأتان الخ.
(٢) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٥ س ٢ قال: ولا بأس بشهادة النساء في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال.
(٣) الكافي: الشهادات ص ٤٣٨ س ١٥ قال: أو ثلاثة وامرأتان في الزنا خاصة.
(٤) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٥ الحديث ١١٣.
(٥) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٥ الحديث ١١٤.
(٦) صحيح مسلم: ج ١ (٣٤) باب بيان نقصان الإيمان بنقصان الطاعات ص ٨٦ قطعة من حديث ١٣٢ ولفظه (قال: أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل).
(٧) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

سألته عن شهادة النساء في الرجم؟ فقال: إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان (١) فهذه الرواية وأمثالها تدل على وجوب الرجم بشهادة الثلاثة. وأما ما يدل على وجوب الجلد مع الرجلين والأربع فصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء في الهلال، ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة (٢) وهي بمفهومها تدل على ثبوت الجلد.

التمسك بهما في غاية الضعف.

أما أولا: فلاشتمالها على قبول النساء في الهلال، وهو خلاف الإجماع.

وأما ثانيا: فلضعف دلالة المفهوم.

والأقرب الاقتصار على الحكم الأول، وحد الشهود في الثاني لدم الدليل عليه، ولرواية محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام: ويجوز شهادتهن في حد الزنا إذا كانوا ثلاثة رجال وامرأتان، ولا يجوز شهادة رجلين وأربع نسوة في الزنا والرجم (٣).
تذنيب

كلام الشيخ في النهاية يقتضي اختصاص القبول بالزنا دون غيره من الحدود كاللواط والسحق (٤) وهو اختيار الأكثر، وبه قال الصدوق (٥)

(١) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ الحديث ١٠٨.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٥٣٧ الحديث ٣٢ و ص ٥٣٨ الحديث ٤١ ورواه في المختلف: ج ٢ ص ١٦٣ س ٨.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

(٤) النهاية: باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ٧ قال: وضرب يجوز قبولها إذا كان معهن رجال، فإنه قدس سره تعرض في هذا القسم باختصاص القبول في مورد الزنا ولم يتعرض لسائر الحدود.

(٥) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٥ س ٢ قال: ولا بأس بشهادة النساء في الحدود الخ وهذا الكلام وإن كان عاما إلا أن في المختلف: ج ٢ ص ١٦٣ س ١٨ قال: أما الصدوق فقال: لا بأس بشهادة النساء في الزنا إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال.

والقاضي (١) والتقي (٢) والمصنف (٣) والعلامة (٤).
وعده ابن حمزة إلى السحق (٥) وكلام الفقيه وأبي علي يقتضي التعميم في
الحدود (٦) (٧).
والأقرب: الاقتصار على الزنا، لعموم المنع من قبول شهادتهن في الحدود (٨)
خرج الزنا بالنص (٩) فبقي الباقي على الأصل، ولأن حصول الخلاف في إيجاب
الجلد وعدمه لشبهة، دائرة للحد.
وهل يلحق الإقرار بالزنا بغيره من الأقارير، أو بأصله في اعتبار الأربع؟
وجهان:

- (١) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٦ قال: وأما الثاني فرجم المحصن بأن يشهد ثلاثة
رجال وامرأتان الخ ولم يذكر غيره.
(٢) الكافي: الشهادات ص ٤٣٨ س ١٥ قال: أو ثلاثة رجال وامرأتان في الزنا خاصة.
(٣) الشرائع: كتاب الشهادات في أقسام الحقوق، قال: ويشتب الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين
إلى قوله: ولا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد وامرأتين الخ.
(٤) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٢٢ قال: والمعتمد
ما اختاره الشيخ في النهاية من الاقتصار في ذلك على الزنا خاصة، وقال قبل ذلك بأسطر: قال علي بن
بابويه: تقبل في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال، ثم قال: وكلام ابن الحنيد يقتضي
التعميم
(٥) الوسيلة: فصل في بيان إعداد البينة ص ٢٢٢ س ١٨ قال: والآخر في الزنا والسحق الخ.
(٦) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٢٢ قال: والمعتمد
ما اختاره الشيخ في النهاية من الاقتصار في ذلك على الزنا خاصة، وقال قبل ذلك بأسطر: قال علي بن
بابويه: تقبل في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال، ثم قال: وكلام ابن الحنيد يقتضي
التعميم
(٧) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٤ الحديث ٩ و ١٠ وفيهما:
لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا قود.
(٨) المختلف: ج ٢ فيما لا يقبل شهادة النساء منفردا ص ١٦٣ س ٢٢ قال: والمعتمد
ما اختاره الشيخ في النهاية من الاقتصار في ذلك على الزنا خاصة، وقال قبل ذلك بأسطر: قال علي بن
بابويه: تقبل في الحدود إذا شهد امرأتان وثلاثة رجال، ثم قال: وكلام ابن الحنيد يقتضي
التعميم.
(٩) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٣ الحديث ٤ و ٥ وفيهما
(تجوز شهادتهن في حد الزنا) وغيرهما لمن تتبع.

الأول: مختار الشيخ في المبسوط (١) واختاره ابن إدريس (٢) والعلامة في التحرير (٣).
والثاني: مذهبه في المختلف (٤) واختاره فخر المحققين (٥).
وفائدة القبول: نشر الحرمة، وسقوط الحد عن القاذف لا ثبوت الحد عليه.
(الرابع) الطلاق، وفي معناه الخلع، وفيه مذهبان.
المنع من قبول النساء فيه منفردات ومنضومات، نص عليه في النهاية (٦)
والخلاف (٧) وبه قال الفقيهان (٨) (٩) والمفيد (١٠) وتلميذه (١١) والقاضي (١٢)

- (١) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٢٣ قال: والثالث ما اختلف فيه وهو الإقرار بالزنا، إلى قوله: وقال آخرون: يثبت بشاهدين كسائر الإقرارات وهو الأقوى عندي.
(٢) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٣ قال: يثبت بشاهدين كسائر الإقرارات وهو الأليق بمذهبنا الخ.
(٣) التحرير: ج ٢ كتاب الشهادات ص ٢١٦ س ٧ قال: (ط) لو أقر بالزنا إلى قوله: ثبت بالشاهدين ثم قال: ولا يثبت الحد الخ.
(٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٥ س ٢٥ قال: والمعتمد: أنه لا يثبت إلا بشهادة أربعة عدول كالزنا.
(٥) الإيضاح: ج ٤ كتاب الشهادات ص ٤٣٢ س ١٠ قال: والأول (أي أن الإقرار كالزنا) اختيار المصنف في المختلف وهو الأقوى عندي.
(٦) النهاية: باب شهادة النساء ص ٣٣٢ س ٩ قال: فأما ما لا يجوز قبول شهادة النساء فيه على وجه، إلى قوله: والطلاق.
(٧) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٤ قال: لا يثبت النكاح والخلع والطلاق إلى قوله: إلا بشهادة رجلين الخ.
(٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٤ قال: وقد نص في الخلاف على المنع إلى قوله: وكذا ابنا بابويه.
(٩) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٥ س ٣ قال: ولا تجوز شهادتهن في رؤية الهلال ولا في الطلاق.
(١٠) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٣ قال: ولا تقبل شهادة النساء في النكاح والطلاق والحدود.
(١١) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ٩ قال: وأما ما لا تقبل فيه إلا شهادة الرجال، النكاح والطلاق والحدود الخ
(١٢) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٥ قال: فأما الأول (أي لا تقبل فيها شهادة النساء) فرؤية الهلال والطلاق والحدود.

والتقي (١) وابن حمزة (٢) وابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).
والقبول: قواه في المبسوط (٦) وهو ظاهر القديمان (٧) (٨).
واحتج الأولون بقوله تعالى: (واشهدوا ذوي عدل منكم) (٩) والاقتصار في
الذكر في معرض الإرشاد، يفيد الاقتصار في الحكم على المذكور، ولأصالة بقاء
النكاح.
وما رواه محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: لا يجوز شهادتهن في
الطلاق ولا في الدم (١٠).
وفي معناه روايات (١١).
احتج الآخرون: بأنه إزالة قيد النكاح فاشتبه إثباته، وهو قياس باطل.

- (١) الكافي: فصل في الشهادات ص ٤٣٦ س ٤ قال: ولا تقبل شهادة النساء إلى قوله: ولا الطلاق.
(٢) الوسيلة: فصل في بيان أعداد البيعة وغيرها ص ٢٢٢ س ٢١ قال: ولا تقبل شهادة النساء إلى
قوله: والنكاح والطلاق.
(٣) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١٠ قال: فالأول (أي لا يجوز قبولها) رؤية الأهلة
والطلاق والرضاع.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٦ قال: والمعتمد المنع، وقال قبله: وقوى
في المبسوط قبول شهادتهن فيه (أي في الطلاق) مع الرجال، وهو ظاهر كلام القديمين ابن أبي عقيل وابن
الجنيد.
(٦) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٦ قال: أحدها، لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين إلى
قوله: كالنكاح والخلع والطلاق إلى قوله: وقال بعضهم: يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين وهو الأقوى.
(٧) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٦ قال: والمعتمد المنع، وقال قبله: وقوى
في المبسوط قبول شهادتهن فيه (أي في الطلاق) مع الرجال، وهو ظاهر كلام القديمين ابن أبي عقيل وابن
الجنيد.
(٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ١٦ قال: والمعتمد المنع، وقال قبله: وقوى
في المبسوط قبول شهادتهن فيه (أي في الطلاق) مع الرجال، وهو ظاهر كلام القديمين ابن أبي عقيل وابن
الجنيد.
(٩) الطلاق: ٢.
(١٠) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.
(١١) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ الحديث ١٠٩ و ١١١ و ١١٢.

(الخامس) النكاح وفيه قولان:
المنع من قبول قولهن، قاله في الخلاف (١) وبه قال المفيد (٢) وتلميذه (٣) وابن حمزة (٤) وابن إدريس (٥).
والقبول، قاله الصدوقان (٦) (٧) وأبو علي (٨) والشيخ في كتابي الأخبار (٩) (١٠) واختاره العلامة (١١).
احتج الأولون: بما رواه إسماعيل بن عيسى قال: سألت الرضا عليه السلام: هل يجوز شهادة النساء في التزويج من غيره أن يكون معهن رجل؟ قال: هذا لا يستقيم (١٢).
وفي معناها رواية السكوني (١٣).
وحملها العلامة على القبول على الانفراد، ونحن نقول به، بل لا بد من انضمامهن إلى الرجال (١٤).

- (١) تقدمت آنفا في المنع من قبول قولهن في الطلاق.
- (٢) تقدمت آنفا في المنع من قبول قولهن في الطلاق.
- (٣) تقدمت آنفا في المنع من قبول قولهن في الطلاق.
- (٤) تقدمت آنفا في المنع من قبول قولهن في الطلاق.
- (٥) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٢٧ قال: ولا يقبل شهادة النساء في عقد النكاح.
- (٦) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٥ قال: وأما ابنا بابويه وابن الجنيد فإنهم قبلوا شهادتهن فيه (أي في النكاح) إلى قوله: وهو الأقوى.
- (٧) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٥ س ١ قال: ولا بأس بشهادة النساء في النكاح والدين.
- (٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٥ قال: وأما ابنا بابويه وابن الجنيد فإنهم قبلوا شهادتهن فيه (أي في النكاح) إلى قوله: وهو الأقوى.
- (٩) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٨٠ قال بعد نقل حديث ١٧٤: قال محمد بن الحسن: هذا الخبر محمول على أحد وجهين: أحدهما أن يكون ورد مورد التقية الخ.
- (١٠) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٥ قال بعد نقل حديث ١١ فلا ينافي ما تقدم إلى قوله: والوجه الآخر أن نحمله على التقية.
- (١١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦١ س ٣٥ قال: وأما ابنا بابويه وابن الجنيد فإنهم قبلوا شهادتهن فيه (أي في النكاح) إلى قوله: وهو الأقوى.
- (١٢) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٥ الحديث ١١.
- (١٣) الإستبصار: ج ٣ (١٧) باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز ص ٢٥ الحديث ١٢.
- (١٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٢ س ٦ قال: والجواب أنا نقول بالموجب فإننا نمنع من قبول شهادتهن على الانفراد.

والشيخ على خروجها منخرج التقية (١).
احتج الآخرون بما رواه محمد بن الفضيل قال: سألت الرضا عليه السلام قلت
له: تجوز شهادة النساء في نكاح، أو طلاق، أو في رجم؟ قال: يجوز شهادة النساء فيما
لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل، ويجوز شهادتهن في النكاح إذا
كان معهن رجل (٢).

ومثلها رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال سألته عن شهادة النساء يجوز في
النكاح؟ قال: نعم، ولا تجوز في الطلاق (٣).

تذنيب

وهل يقبل الشاهد واليمين؟ أكثر الأصحاب على المنع وقال العلامة: نعم إذا
كان المدعي المرأة (٤) لأنها تدعي المهر والنفقة.

وينبغي أن يقيد ذلك بكون الدعوى بعد التسمية، أو الدخول، فلو كان قبل
الدخول ولا تسمية لم تستحق أحدهما.

والأقرب المنع: لأن المال غير مقصود في النكاح، بل المقصود السنة والإحصان
وحصول النسل، ويتبعه المهر والنفقة، وهو مذهب فخر المحققين (٥).

(١) تقدم آنفا.

(٢) التهذيب ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٤ قطعة من حديث ١١٠.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٥ قطعة من حديث ١١١.

(٤) القواعد: ج ٢، في اليمين مع الشاهد ص ٢١٣ س ٢٢ قال: أما النكاح فأشكال أقر به الثبوت أن
كان المدعي الزوجة.

(٥) الإيضاح: ج ٤ في اليمين مع الشاهد ص ٣٤٨ س ١٥ قال بعد نقل قول المصنف: فيه نظر، فإن
المقصود من النكاح الإحصان وإقامة السنة الخ.

(السادس) الرضاع، وفيه مذهبان.

القبول: منضمت ومنفردات قال الشيخ في المبسوط (١) وبه قال المفيد (٢) وتلميذه (٣) وابن حمزة (٤) وهو ظاهر القديمين (٥) (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة (٨).

والمنع: قاله الشيخ في الخلاف (٩) وموضع من المبسوط (١٠) وبه قال ابن إدريس (١١).

احتج الأولون بما رواه عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في امرأة رضعت غلاما وجارية؟ قال: تعلم ذلك غيرها؟ قلت: لا قال:

(١) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ١٥ قال: والثالث ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وأربع نسوة وهو الولادة والرضاع.

(٢) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣١ قال: وتقبل شهادة امرأتين إلى قوله: والولادة والاستهلال والرضاع.

(٣) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٥ قال: وأما ما تؤخذ فيه شهادة النساء إلى قوله: والولادة والاستهلال والرضاع.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان أعداد البينة ص ٢٢٢ س ٦ قال: وخامسها: شهادة أربع نسوة إلى قوله: الرضاع والولادة.

(٥) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١ قال: وهو (أي القبول في الرضاع) الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل، إلى قوله: والوجه عندي القبول.

(٦) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١ قال: وهو (أي القبول في الرضاع) الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل، إلى قوله: والوجه عندي القبول.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١ قال: وهو (أي القبول في الرضاع) الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل، إلى قوله: والوجه عندي القبول.

(٩) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٩ قال: ولا تقبل في الرضاع أصلا.

(١٠) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣١١ س ٧ قال: شهادة النساء لا تقبل في الرضاع عندنا.

(١١) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ١٠ قال: فالأول رؤية الأهله والطلاق والرضاع إلى قوله: لا يجوز قبول شهادة النساء في ذلك وإن كثرن.

لا تصدق إن لم يكن غيرها (١).
 دل بمفهومه على الحكم بصدقها لو كان غيرها، وهو أعم من الرجال والنساء.
 ومفهوم قوله عليه السلام في بيان نقص عقولهن: كون المرأتين برجل (٢) ولم
 يخص بذلك حكما دون حكم.
 ولأنه مما يتعسر اطلاع الرجال عليه في الأغلب، فالإقتصار على الرجال عسر
 وخرج، فيكون منفيًا بالآية (٣) والرواية (٤).
 احتج الآخرون: بأصالة الإباحة حتى يحصل اليقين بالحرمة، ولا يقين مع
 حصول الخلاف.
 ولعموم قوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٥).
 وأجيب بمعارضة الأصل بالاحتياط، والآية مخصوصة.
 (السابع) التوكيل والوصية إليه والعتق والنسب والكتابة، وفيه قولان:
 المنع: قاله في الخلاف (٦) وهو المشهور.
 والقبول مع الرجال: قواه في المبسوط (٧) واختاره العلامة في العتق والكتابة
 ومنع في الباقي (٨).

- (١) التهذيب: ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح من الرضاع وما لا يحرم منه ص ٣٢٣ الحديث ٣٨.
 (٢) صحيح مسلم: ج ١ (٣٤) باب بيان نقصان الإيمان بنقصان الطاعات ص ٨٦ قطعة من حديث
 ١٣٢ قال: شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل.
 (٣) البقرة: ١٨٥ والحج: ٧٨.
 (٤) الكافي: ج ٣ باب الجبائر والقروح والجراحات ص ٣٣ الحديث ٤.
 (٥) النساء ٣.
 (٦) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٤ قال: لا يثبت إلى قوله: والوكالة والوصية إليه والعتق
 النسب إلى قوله: إلا بشهادة رجلين.
 (٧) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٨ قال: وقال بعضهم يثبت جميع ذلك بشاهد
 وامرأتين، وهو الأقوى إلا القصاص.
 (٨) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ٢١ قال: ومنع في الخلاف من القبول فيتعين العمل به
 إلا العتق والكتابة فإن الأقرب القبول.

فرع

لو علق عتق العبد في النذر بالولادة، فشهد بها أربع نساء يثبت الولادة ولم يثبت العتق قاله العلامة في القواعد (١) بناءً منه على عدم ثبوت العتق بالنساء. وفيه نظر.

(الثامن) الوديعة والجناية الموجبة للقود. قوى في المبسوط قبول المرأتين مع الشاهد (٢) ومنع في الخلاف (٣) لأنهما ليسا مالا ولا المقصود منه المال، قال العلامة: والوجه القبول لأن الوديعة مال أن ادعاها المالك، وإن ادعى الإيداع المستودع كان الحق ما قاله الشيخ. والجناية الموجبة للقود يثبت بها الدية خاصة، هذا آخر كلامه (٤).

(التاسع) المال سواء كان دينا كالقرض، أو عينا، يثبت بشاهد وامرأتين إجماعاً، وبشاهد ويمين، وهل يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعي؟ تقدم البحث فيه وحققناه.

(العاشر) الولادة والاستهلال، والوصية بالمال، وعيوب النساء تحت الثياب

-
- (١) القواعد: ج ٢ في الشهادات ص ٢٣٩ س ١٢ قال: ولو علق العتق بالنذر على الولادة فشهد أربع نساء بها يثبت ولم يقع النذر.
- (٢) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات ص ١٧٢ س ٨ قال: والوديعة والجناية الموجبة للقود إلى قوله يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين.
- (٣) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٤ قال: لا يثبت القتل الموجب للقود والوديعة إلا بشهادة رجلين.
- (٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ٢٣ قال: والوجه القبول، لأن الوديعة إلى آخره.

كالبرص والقرن وغير ذلك مما لا يطلع عليها الرجال،
ويقبل فيه شهادة النساء
منفردات إجماعاً، ويقبل الرجال فيه إن اتفق، وعبارة القاضي يعطي المنع من
قبول شهادة الرجال فيه (١). وشرط ابن إدريس في قبول شهادتهن في هذه المواضع
تعذر الرجال (٢).
وهما نادران.
تحقيق

وينقسم ما يقبل فيه شهادتهن إلى قسمين:
أحدهما: ما يعتبر فيه كمال الأربع، ولا يمضي الأقل منهن.
ومنه ما لا يعتبر فيه ذلك، بل يثبت كمال الحق بالأربع، ويثبت بكل واحدة
الربع، ولا يشترط الاجتماع، فيمضي شهادة الواحدة في ربع ما شهدت به، والاثنين
في النصف، والثلاثة في ثلاثة أرباع ويأخذ المدعي ذلك من غير يمين، وهو
الوصية، وميراث المستهل. وإن شهد ما دون الأربع لتعذر الأربع لم يستحق المدعي
إلا بنسبة الشهادة.
وقال المفيد، وتلميذه: يقبل الواحدة المأمونة في الجميع مع تعذر الأربع (٣) (٤)

-
- (١) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٥٨ س ١٣ قال: وثالثها: يجوز ذلك أيضا ولا يجوز أن يكون
منهن أحد من الرجال.
(٢) السرائر: باب شهادة النساء ص ١٨٧ س ٢٤ قال: وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية إلى
قوله: وذلك لا يجوز إلا عند عدم الرجال.
(٣) المقنعة: باب البيئات ص ١١٢ س ٣٢ قال: وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأة واحدة
مأمونة قبلت شهادتها فيه.
(٤) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٣ س ١٧ قال: وتقبل فيه شهادة امرأة واحدة إذا كانت
مأمونة.

وتقبلن منفردات في العذرة وعيوب النساء الباطنة.
وتقبل شهادة القابلة في ربع ميراث المستهل، وامرأة واحدة في ربع
الوصية، وكذا كل امرأة يثبت شهادتها في الربع حتى تكملن أربعاً،
فتقبل شهادتهن في الوصية أجمع.

ولا ترد شهادة أرباب الصنائع المكروهة كالصياغة، ولا الصنائع
الدنية كالحيافة والحجامة، ولو بلغت الدناءة كالزبال والوقاد،
ولا ذوي العاهات كالأجذم والأبرص.

الثاني: فيما يصير به شاهداً

وضابطه: العلم، ومستنده المشاهدة أو السماع. فالمشاهدة للأفعال:
كالغضب، والقتل، والسرقه، والرضاع، والولادة، والزنا، واللواط.
أما السماع: فيثبت به النسب، والملك، والوقف، والزوجية،
ويصير الشاهد متحماً بالمشاهدة لما يكفي فيه المشاهدة، والسماع لما

وهو نادر.

وقال الحسن: يمضي شهادة القابلة وحدها إذا كانت عدلة (١) ولم يشترط
التعذر، وهو غريب.

وأما عدى الوصية والاستهلال يعتبر فيه كمال الأربع، ولا يمضي الثلاث منهن
في شيء منه، هذا في المشهور، وقال أبو علي: يقبل ما دون الأربع ويمضي بحسابه (٢)
وهو متروك.

(١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٦٤ س ١١ قال: وقال ابن أبي عقيل: إذا شهدت
القابلة وحدها في الولادة فشهادتها جائزة وقال قبل ذلك بأسطر: وقال ابن الجنيد: وكل أمر لا يحضره
الرجال إلى قوله: فإن شهد بعضهن فبحساب ذلك.
(٢) تقدم أنفاً تحت رقم ١.

يكفي فيه السماع، وإن لم يستدعه المشهود عليه. وكذا لو قيل له: لا تشهد فسمع من القائل ما يوجب حكماً. وكذا لو خبيء فنطق المشهود عليه.

وإذا دعي الشاهد للإقامة وجب إلا مع ضرر غير مستحق، ولا يحل الامتناع مع التمكن.
ولو دعي للتحمل فقولان: المروي الوجوب، ووجوبه على الكفاية، ويتعين مع عدم من يقوم بالتحمل.

قال طاب ثراه: ولو دعي للتحمل فقولان: المروي الوجوب، ووجوبه على الكفاية. أقول: ذهب الشيخ في النهاية والمبسوط إلى وجوبه على الكفاية (١) (٢) وبه قال التقي (٣) والمفيد (٤) وأبو علي (٥) وسالار (٦) وابن زهرة (٧) واختاره المصنف (٨)

-
- (١) النهاية: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٢٨ س ٢ قال: لا يجوز أن يمتنع الإنسان من الشهادة إذا دعي إليها الخ.
 - (٢) المبسوط: ج ٨ فصل فيما يجب على المؤمن من القيام بالشهادة ص ١٨٦ س ٤ قال: إما التحمل فإنه فرض في الجملة الخ.
 - (٣) الكافي: التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٦ س ١٥ قال: يلزم من دعي من أهل الشهادة إلى قوله: الإجابة إلى ذلك.
 - (٤) المقنعة: باب البيئات ص ١١٣ س ٤ قال: وليس لأحد أن يدعي إلى شيء ليشهد به أو عليه فيمتنع من الإجابة الخ.
 - (٥) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٠ س ٢٦ قال: وقال ابن الجنيد: ولا أختار للشاهد أن يمتنع من الشهادة إذا دعي إليها الخ.
 - (٦) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٤ س ٢ قال: ولا يجوز أن يمتنع من الشهادة إلا أن يضر بالدين الخ.
 - (٧) الغنية (في ضمن الجوامع الفقهية) ص ٦٢٥ س ١٦ قال: واعلم: أن ادعي إلى تحمل الشهادة وهو من أهلها فعليه الإجابة.
 - (٨) لاحظ عبارة النافع.

والعلامة (١).

وذهب ابن إدريس إلى عدمه (٢).

احتج الأولون بوجوه:

(الأول) قوله تعالى: (ولا يَأْبُ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دَعُوا) (٣).

وقال ابن إدريس: إنما يصير شاهداً بعد التحمل (٤).

وأجيب: بأن الآية وردت في معرض الإرشاد بالإشهاد، لأنه تعالى أمر بالكتابة حال المدائنة ونهى الكاتب عن الآباء، ثم أمر بالإشهاد، ونهى الشهود عن الآباء.

(الثاني) رواية هشام بن سالم عن الصادق في قوله تعالى: (ولا يَأْبُ الشَّهَادَةَ)

قال: قبل الشهادة، وقوله تعالى: (ومن يَكْتُمها فإنه أثم قلبه) قال: بعد الشهادة (٥)

وهو نص في الباب، والتصريح يحتمل الآية على التحمل لا الأداء.

(الثالث) صحيحة أبي الصباح عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى:

(ولا يَأْبُ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دَعُوا) قال: لا ينبغي لأحد إذا دعي إلى شهادة ليشهد

عليها، أن يقول: لا أشهد لكم عليها (٦).

(١) القواعد: ج ٢ ص ٢٤٠ س ١٧ قال: الفصل الرابع في التحمل، التحمل واجب لمن له أهلية الشهادة على الكفاية.

(٢) السرائر: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٤ س ٢١ قال: والذي يقوى في

نفسه: أنه لا يجب التحمل، وللإنسان أن يمتنع، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه، وما ورد في ذلك فهو أخبار أحاد، وأما الاستشهاد بالآية إلى قوله: إنما يسمى شاهداً بعد تحملها، فالآية بالأداء أشبه.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) السرائر: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٤ س ٢١ قال: والذي يقوى في

نفسه: أنه لا يجب التحمل، وللإنسان أن يمتنع، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه، وما ورد في ذلك فهو أخبار أحاد، وأما الاستشهاد بالآية إلى قوله: إنما يسمى شاهداً بعد تحملها، فالآية بالأداء أشبه.

(٥) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٧٥ الحديث ١٥٥.

(٦) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٧٥ الحديث ١٥٦.

ولا يشهد إلا مع المعرفة، أو شهادة عدلين بالمعرفة.
ويجوز أن تسفر المرأة ليعرفها الشاهد.
ويشهد على الأخرس بالإشارة، ولا يقيمها بالإقرار.
مسائل

(الأولى) قيل: يكفي بالشهادة بالملك، مشاهدته يتصرف فيه، وبه رواية، والأولى الشهادة بالتصرف، لأنه دلالة الملك وليس بملك.
(الثانية) يجوز الشهادة على ملك لا يعرفه الشاهد، إذا عرفه المتبايعان.

والروايات في هذا المعنى كثيرة لا تطول بذكرها الكتاب (١).
(الرابع) إنه من الأمور الضرورية التي لا ينفك الإنسان عنها، لوقوع الحاجة إلى المعاملات والمناكحات وغير ذلك من الأمور الضرورية، فلو لم يجب تحمل الشهادة لأدى ذلك إلى التنازع غالباً، وعدم التخلص، وذلك ينافي الحكمة، فيكون واجباً. احتج ابن إدريس: بأصالة البراءة، وعدم الدليل، والآية يراد بها بعد الشهادة، والأخبار أحاد (٢).

قال طاب ثراه: قيل: يكفي بالشهادة بالملك مشاهدته يتصرف فيه، وبه رواية، والأولى الشهادة بالتصرف، لأنه دلالة الملك وليس بملك.
أقول: العلم بالملك المطلق ليس مما يدرك بحس البصر، ولا يقف على المشاهدة، وكمال الشهادة به مبني على أمور ثلاثة: اليد، والتصرف، والسماع.

(١) لاحظ التهذيب: ج ٦ ص ٢٧٥ الحديث ١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٠.

(٢) تقدم نقل استدلاله.

وهذا الاجتماع هو غاية منتهى الإمكان.
وإنما قلنا (المطلق) لأن ذا السبب مستنده العلم بسببه.
وإن لم يجمع الثلاثة، ففيه مسألتان.
(الأولى) فوات السماع، وحصول اليد والتصرف، كالبناء والهدم، والإجارة المتكررة بغير منازع.
فعدم المنازع قيد في الكل، وأما التكرار فقيد في الإجارة، لجواز صدور المرة من المستأجر.
ويجوز أن يشهد لهذا المتصرف باليد إجماعاً، وهل يجوز أن يشهد له بالملك المطلق؟
قال في الخلاف: نعم (١) وبه قال التقي (٢) والقاضي (٣) وابن إدريس (٤)
والمصنف في الشرائع (٥).
ومنع في النافع (٦) وتوقف الشيخ في المبسوط (٧) لأن اليد تختلف، فتكون يد

-
- (١) الخلاف: كتاب الشهادات، مسألة ١٤ قال: من كان في يده شيء يتصرف فيه بلا دافع إلى قوله: جاز أن يشهد له بالملك.
(٢) الكافي: التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٧ س ٦ قال: وإن كانت بملك فبعد العلم بسببه إلى قوله: أو ظاهر تصرف لا مانع منه.
(٣) المهذب: ج ٢ كتاب الشهادة ص ٥٦١ س ٦ قال: وإذا رأى إنسان في يد غيره شيئاً وهو متصرف فيه تصرف الملاك، جاز أن يشهد بأنه ملكه.
(٤) السرائر: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٥ س ٢١ قال: ومن رأى في يد غيره شيئاً ورآه يتصرف فيه تصرف الملاك، جاز له أن يشهد الخ.
(٥) الشرائع: كتاب الشهادات، مسائل ثلاث، الأولى قال: لا ريب أن المتصرف بالبناء والهدم والإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) المبسوط: ج ٨ فصل في التحفظ في الشهادة ص ١٨٢ س ١ قال: وأما بالملك المطلق فلا، لأن اليد يختلف الخ.

مستعير ويد مستأجر، ومالك، ووكيل، ووصي والتصرف واحد، فيكون أعم من الملك، والعام لا يدل على الخاص بشئ من الدلالات، فلا يشهد بالملك، بل بالتصرف.

(الثانية) فوات السماع والتصرف وحصول اليد خاصة، هل يجوز له أن يشهد له بالملك مطلقاً؟ توقف في المبسوط (١) وتردد فيه المصنف (٢) وقواه العلامة في القواعد (٣) وقال في المختلف: ولا بأس بهذا القول عندي (٤).
احتج المانعون: بأن اليد لو أوجبت ملكاً لم تسمع الدعوى ممن يقول: الدار التي في يد فلان لي، كما لا يسمع لو قال: ملك هذا لي، ولما سمعت دل على أن اليد لا تدل على الملك.
احتج المسوغون: بجواز شراؤه منه.

وبما رواه الصدوق عن حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: قال له رجل: أ رأيت إذا رأيت شيئاً في يدي رجل، أيجوز لي أن أشهد أنه له؟ فقال: نعم، قلت: فلعله لغيره؟ قال: ومن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه إليك من قبله؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا، ما قامت للمسلمين سوق (٥).

-
- (١) المبسوط: ج ٨ فصل في التحفظ في الشهادة ص ١٨١ س ١٩ قال: فيما أن يكون في يده دار إلى قوله: فيسوغ للشاهد أن يشهد له باليد، وأما بالملك المطلق الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) القواعد: ج ٢ في الشهادات ص ٢٤٠ س ١١ قال: والأقرب أن مجرد اليد والتصرف إلى قوله: يكفي.
(٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٧ س ٧ قال: ولا بأس بهذا القول عندي.
(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٨) باب من يجب رد شهادته ومن يجب قبول شهادته ص ٣١ الحديث ٢٧.

(الثالثة) لا يجوز إقامة الشهادة إلا مع الذكر، ولو رأى خطه. وفي رواية: أن شهد معه آخر جاز إقامتها، وفي الرواية تردد.

وأجاب العلامة: بأن ادعاء الملكية من المشتري لوجود سببه، وهو الشراء ممن يظن أنه مالك، باعتبار اليد، ومثل هذا مما يتساهل فيه، بخلاف الشهادة التي لا يجوز إلا على القطع والبت، ولا يجوز التعويل فيها على الظن (١).
وأورد الشهيد عليها إشكالا: بأنه لو ادعى عليه، فأنكر صح أن يحلف، مع أن الحلف على القطع في جميع الصور إجماعا (٢).
قلت: الحلف هنا تابع لثبوت السبب، وهو قطعي الثبوت.
قال طاب ثراه: لا يجوز إقامة الشهادة إلا مع الذكر، ولو رأى خطه. وفي رواية إن شهد معه آخر جاز إقامتها، وفي الرواية تردد.
أقول: الأول إطلاق التقي (٣) ومذهب الشيخ في الإستبصار (٤) واختاره ابن إدريس (٥).
لقوله تعالى: (ولا تقف ما ليس لك به علم) (٦) وقوله عليه السلام: على مثلها

-
- (١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٧ س ٣ قال: وادعاء الملك لوجود سببه الخ.
(٢) لم أعثر عليه في الكتب المتوفرة.
(٣) الكافي: التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٦ س ١٧ قال: ولا يحل له أن يتحمل ولا يقيم شهادة لا يعلم مقتضاها من أحد طرق العلم وإن رأى خطه.
(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٦) باب أنه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر، ثم صدر الباب، بالأخبار الدالة على ذلك، وأنه قدس سره يصدر الباب بالأخبار الذي يعتقده مذهبنا كما قاله في المختلف: ج ٢ ص ١٧٢ س ٣٥ وأضف إلى ذلك ما قاله بعد نقل حديث عمر بن يزيد: قد بينا أن الشهادة لا تجوز إقامتها إلا بعد العلم.
(٥) السرائر: باب كيفية الشهادة ص ١٨٥ س ٢٩ قال: وإذا أراد إقامة شهادة لم يجز له أن يقيمها إلا على ما يعلمه ويتقنه ويقطع عليه الخ.
(٦) الإسراء: ٣٦.

فاشهد أو دع (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
والثاني: قول الشيخ في النهاية (٤) وبه قال الصدوقان (٥) (٦) والمفيد (٧)
وتلميذه (٨) والقاضي (٩) وأبو علي (١٠).
احتج الأولون: بما رواه إدريس بن الحسن، عن علي، عن أبي عبد الله عليه
السلام قال: لا تشهدوا بشهادة حتى تعرفوها كما تعرف كفك (١١).
ومثلها رواية السكوني عنه عليه السلام: لا تشهد بشهادة لم تذكرها، فإنه من
شاء كتب كتابا ونقش خاتما (١٢).

- (١) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٥٢٨ لحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٣ س ٢ قال: والمعتمد ما قاله الشيخ في الإستبصار.
(٤) النهاية: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٢٩ س ١٩ قال: وإذا أراد إقامة شهادة إلى
قوله: إلا على ما يعلم.
(٥) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ٢١ قال: وقال علي بن بابويه: وإذا أتى رجل بكتاب
فيه خطه إلى قوله فلا يشهد الخ.
(٦) الفقيه: ج ٣ (٣٢) باب الاحتياط في إقامة الشهادة، وفي الباب روايات منها: وروي أنه
لا تكون الشهادة إلا بعلم.
(٧) المقنعة: باب البيئات ص ١١٣ س ٥ قال: وإذا نسي الشاهد الشهادة، أو شك فيها لم يجز له
إقامتها.
(٨) المراسم: ذكر أحكام البيئات ص ٢٣٤ س ٣ قال: وإن نسي الشهادة أو شك فيها فلا يقيمها.
(٩) المهذب: ج ٢ الشهادة على الشهادة، ص ٥٦١ س ١٠ قال: وإذا أراد إقامة شهادة لم يجز له
إقامتها إلا على ما يعلم.
المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ١٨ قال: وقال ابن الجنيد: ولا أختار لأحد أن يشهد
بشهادة إلى قوله: إلا بعد التيقن.
(١١) الفقيه: ج ٣ (٣٢) باب الاحتياط في إقامة الشهادة ص ٤٢ الحديث ١.
(١٢) الإستبصار: ج ٣ (١٦) باب أنه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ص ٢٢ الحديث ٢.

وعن الحسين بن سعيد قال: كتب إليه جعفر بن عيسى: جعلت فداك، جائي جيران لنا بكتاب زعموا أنهم يشهدوني على ما فيه، وفي الكتاب اسمي بخطي قد عرفته، ولست أذكر الشهادة، وقد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتي أن اسمي في الكتاب ولست أذكر الشهادة؟ أو لا يجب لهم الشهادة حتى أذكرها، كان اسمي في الكتاب بخطي أو لم يكن؟ فكتب عليه السلام: لا تشهد (١).
ورواه الشيخ في الإستبصار في أول الباب، وهو إنما يصدر الباب بما يعتمده من الأخبار ويعتقده مذهباً (٢)، ثم قال:

فأما ما رواه أحمد بن محمد، عن الحسين بن علي بن النعمان، عن حماد بن عثمان، عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يشهدني على الشهادة فأعرف خطي وخاتمي، ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً، قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فأشهد له (٣).

فهذا الخبر ضعيف مخالف للأصول، لأننا قد بينا: إن الشهادة لا تجوز إقامتها إلا مع العلم، وقد قدمنا أيضاً الأخبار التي تقدمت من أنه لا تجوز إقامة الشهادة مع وجود الخط والختم إذا لم يذكرها.

والوجه في هذه الرواية: أنه إذا كان الشاهد الآخر يشهد وهو ثقة مأمون جاز له أن يشهد إذا غلب على ظنه صحة خطه لانضمام شهادته إليه، وإن كان الأحوط ما تضمنته الأخبار الأولية (٤).

-
- (١) الإستبصار: ج ٣ (١٦) باب أنه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ص ٢٢ الحديث ٣.
(٢) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ٣٥ قال: مع أنه رحمه الله إنما يصدر الباب في الكتاب من الأخبار المختلفة بما يعتقده مذهباً.
(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٦) باب أنه لا يجوز إقامة الشهادة إلا بعد الذكر ص ٢٢ الحديث ٤.
(٤) قاله الشيخ في الإستبصار بعد نقل حديث ٤.

(الرابعة) من حضر حساباً، أو سمع شهادة، ولم يستشهد كان والخيار في الإقامة ما لم يخش بطلان الحق إن امتنع، وفيه تردد. ويكره أن يشهد لمخالف إذا خشي أنه لو استدعاه إلى الحاكم يرد شهادته.

الثالث: في الشهادة على الشهادة وهي مقبولة في الديون، والأموال، والحقوق، ولا تقبل في الحدود، ولا يجزي إلا اثنان على شاهد الأصل.

قال العلامة في المختلف: والمعتمد ما قاله الشيخ في الإستبصار، ويحمل قول علمائنا المشهور بينهم، وهذه الرواية: على ما إذا حصل من القرائن الحالية والمقالية للشاهد ما استفاد به العلم، وحينئذ يشهد مستنداً إلى العلم الحاصل له، لا باعتبار الوقوف على خطه ومعرفته به (١).

قال طاب ثراه: من حضر حساباً، أو سمع شهادة ولم يستشهد كان بالخيار في الإقامة ما لم يخش بطلان الحق إن امتنع، وفيه تردد. أقول: قال في النهاية: ومن علم شيئاً ولم يكن أشهد عليه، ثم ادعي إلى أن يشهد كان بالخيار في إقامتها وفي الامتناع، اللهم إلا أن يعلم أنه أن لم يقمها بطل حق مؤمن، فحينئذ يجب عليه إقامة الشهادة (٢) وبه قال القاضي (٣) هو ظاهر كلام

(١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٣ س ٢ قال: والمعتمد ما قاله الشيخ في الإستبصار، ويحمل قول علمائنا الخ.

(٢) النهاية: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٣٠ س ٣ قال: ومن علم شيئاً من الأشياء إلى قوله: يجب عليه إقامة الشهادة.

(٣) المهذب: ج ٢ الشهادة على الشهادة ص ٥٦١ س ١٢ قال: وإذا علم شيئاً ولم يكن قد أشهد عليه إلى قوله: وجب عليه إقامتها.

وتقبل الشهادة على شهادة النساء في الموضوع الذي تقبل فيه
شهادتهن على تردد.

ابن حمزة (١).
وقال أبو علي: إذا حضر حساب اثنين فأقر أحدهما للآخر بشئ ثم جحدته إياه
فاحتاج إلى شهادة الحاضر كان ذلك إلى الشاهد، إن شاء حكى ما حضر من غير أن
يثبت الشهادة، وإن شاء تأخر، لأن صاحب الحق لم يسترعه الشهادة (٢) وقال
التقي: هو مخير فيما يسمعه ويشاهده بين تحمله وإقامته، وتركهما (٣).
وقال ابن إدريس: يجب عليه الأداء لقوله تعالى: (ومن يكتمها فإنه أثم
قلبه) (٤) ولا يكون له الخيار في إقامتها (٥).
والظاهر أنه لا منافاة بين كلام الشيخ وابن إدريس، لأن الشيخ جعل الإقامة
على الكفاية، وإن كان قصد ابن إدريس وجوبها عينا منعنا ذلك.
قال طاب ثراه: وتقبل الشهادة على شهادة النساء في الموضوع الذي تقبل فيه
شهادتهن على تردد.
أقول: المراد إن شهادة النساء، هل تسمع في باب الشهادة على الشهادة؟.

- (١) الوسيلة: فصل في بيان كيفية تحمل الشهادة ص ٢٣٢ س ١٩ قال: وإذا شاهد المتعاقدين وسمع
كلام العقد منهما وعرفهما بالمشاهدة جاز له أن يشهد بذلك إذا حضرا الخ.
(٢) المختلف: في الشهادات ص ١٧٣ س ٥ قال: وقال ابن الجنيد: وإذا حضر الإنسان حساب اثنين
إلى آخره.
(٣) الكافي: التكليف الثاني من الشهادات ص ٤٣٦ س ١٦ قال: وهو مخير فيما يسمعه ويشاهده بين
تحمله وإقامته وتركهما.
(٤) البقرة: ٢٨٣.
(٥) السرائر: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٦ س ٨ قال: ومن علم شيئاً من الأشياء إلى
قوله: فالواجب عليه الأداء.

وأجلى الألفاظ أن يقول: أشهد على شهادتي أنني أشهد على كذا.
ولا تقبل شهادة الفرع إلا مع تعذر حضور شاهد الأصل لمرض أو غيبة أو موت.

معناه: إن المرأة هل يجوز أن تكون فرعا، سواء كانت فرعتها على امرأة أو رجل.

فنقول: أما ما لا يقبل فيه شهادة النساء مطلقا، لا يقبل فيه فرعتها قطعا.
وما عدا ذلك قسمان:

(الأول) ما يقبل فيه شهادتهن منفردات كالعيوب تحت الثياب، والوصية،
فهل يقبل فرعتها، فيه مذهبان:

أحدهما: نعم، وهو مذهب الشيخ في الخلاف (١) وهو اختيار أبي علي (٢)
ومذهب العلامة في المختلف (٣).

احتجوا بوجوه:

(أ) ما رواه السكوني عن الصادق وعن الباقر عليهما السلام، عن علي عليه
السلام: شهادة النساء لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا في حدود إلا في الديون وما
لا يستطيع الرجال النظر إليه (٤).

وهو شامل للشهادة بالأصالة والفرعية.

(ب) إن شهادة امرأتين تساوي شهادة الرجل، فإذا شهد رجلان على رجل،
جاز أن يشهد أربع نساء على ذلك الرجل، قضية للتساوي.

(١) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٦٦ قال: لا تقبل شهادة النساء على الشهادة إلا في الديون
والأملاك والعقود.

(٢) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: وإذا شهد شاهدان
إلى قوله: وكذا في شهادتهما على شهادة المرأة إلى قوله: والوجه ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٣) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٢ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: وإذا شهد شاهدان
إلى قوله: وكذا في شهادتهما على شهادة المرأة إلى قوله: والوجه ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٤) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٨١ الحديث ١٧٨ وفيه (ما لا يستطيع الرجل).

(ج) إن الفرع أضعف من الأصل، وإذا جاز قبول شهادتهن في القوي، ففي الضعيف أولى.

والآخر المنع: وهو مذهب ابن إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة في القواعد (٣) وفخر المحققين (٤).

احتجوا: بأن الرخصة المسوغة لشهادة النساء منفردات، عدم اطلاع الرجال عليه، أو عدم حضورهم في الوصية وفوات غرض الموصي بترك الإشهاد وتضرره به دينا ودنيا، فجازت شهادتهن منفردات، وهذان المعنيان معدومان في الشهادة على الشهادة، فتنتفي الرخصة.

أما الأول: فظاهر، لأن الشهادة على شهادتهن ليس مما يتعذر اطلاع الرجال عليه.

وأما الثاني: فلأن الرخصة إنما هو خوف الوفاة، وتعذر الرجال على الوصية، وليس هذا موجودا في صورة النزاع، وأيضا: السبب الشرعي لا يتعدى فيه النص.

(الثاني) ما يقبل فيه شهادتهن مع الرجال. والحكم فيه كالأول لا يختلف.

(١) السرائر: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ١٨٥ س ١٠ قال: لا مدخل للنساء في الشهادة على الشهادة سواء كان الحق مما يشهد فيه النساء، أو لا يشهدن فيه.
(٢) الشرائع، في الشهادة على الشهادة قال: وتقبل شهادة النساء على الشهادة إلى قوله: وفيه تردد، أشبهه المنع.

(٣) القواعد: ج ٢ في الشهادات، المطلب الثالث في العدد ص ٢٤٢ س ٨ قال: وهل تقبل شهادة النساء على الشهادة إلى قوله: الأقرب المنع.

(٤) الإيضاح: ج ٤ في الشهادات، المطلب الرابع، ص ٤٤٨ س ٩ قال: والأقوى عندي اختيار والذي في هذا الكتاب وهو أنه لا مدخل لشهادة النساء على الشهادة مطلقا.

ولو شهد الفرع فأنكر شاهد الأصل، فالمروي: العمل بأعدلتهما، فإن تساويا أطرح الفرع، وفيه إشكال، لأن قبول شهادة الفرع مشروط بعدم شاهد الأصل.
ولا تقبل شهادة على شهادة على شهادة في شيء.

قال طاب ثراه: ولو شهد الفرع فأنكر شاهد الأصل، فالمروي العمل بأعدلتهما، فإن تساويا أطرح الفرع، وفيه إشكال، لأن قبول الفرع مشروط بعدم شاهد الأصل.

أقول: إذا شهد الفرع فحضر شاهد الأصل وأنكر اشهاده على شهادته، فلا يخلو أما أن يكون ذلك قبل الحكم بالفرع، أو بعده، فهنا قسمان: (الأول) أن يكون قبل الحكم، وفيه ثلاثة أقوال: الأول بطلان الشهادة ووقوف الحكم، لأن الفرع إنما يحكم به لتعذر الأصل، فمع حضوره لا حكم له. قاله الشيخ في المبسوط (١) وبه قال ابن حمزة (٢) وابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥). واحتجوا بوجوه:

-
- (١) المبسوط: ج ٨ في الشهادة على الشهادة ص ٢٣٣ س ١١ قال: وإن كان قبل حكم الحاكم بشهادة الفرع: لم يحكم بشهادة الفرع الخ.
(٢) الوسيلة: فصل في بيان كيفية تحمل الشهادة ص ٢٣٤ س ٢ قال: وإن لم يحكم بقوله، سمع من الأصل وحكم به.
(٣) السرائر: باب كيفية إقامتها ص ١٨٤ س ٣٤ قال: ومن شهد على شهادة آخر إلى قوله: روي أنه تقبل شهادة أعدلتهما، إلى قوله: فالأولى أن يبطل شهادة الفرع الخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧١ س ٢٥ قال: والوجه أن نقول: إلى قوله: وإن كان قبل الحكم بطلت شهادة الفرع.

- (أ) إن الثاني فرع والأول أصل، والأصل أقوى من الفرع، فلا يعمل بالضعيف ويهمل القوي.
- (ب) إن الأصل يشهد على علمه، والفرع يشهد على شيء لا يحققه ولا يعلمه، فالظن الحاصل من شهادة الأول أقوى من الثاني.
- (ج) إن الفرع يثبت شهادة الأصل، فشهادته مبنية على شهادته، فيكف يعمل بها مع تنافيهما.
- (د) إن الفرع إنما يحكم به لتعذر الأصل، ومع وجوده لا يقبل قول الفرع أصلاً. (الثاني) العمل بأعدلهما ومع التساوي يعمل بالأصل، قاله الشيخ في النهاية (١) وبه قال الصدوقان (٢) (٣) والقاضي (٤).
- لصحيحة عبد الرحمان بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل شهد على شهادة رجل، فجاء الرجل فقال: إني لم أشهد، قال: يجوز: شهادة أعدلهما، وإن كانت عدتتهما واحدة لم يجز شهادته (٥).
- (الثالث) قال أبو علي: لو كان عدلاً - يعني شاهد الأصل - ولم يكن تغيرت حاله، فأنكر الشهادة عليه، لم يقبل قول شاهد واحد عليه حتى يكونا شاهدين،

- (١) النهاية: باب كيفية الشهادة وكيفية إقامتها ص ٣٢٩ س ١ قال: ومن شهد على شهادة آخر إلى قوله: قبلت شهادة أعدلهما الخ.
- (٢) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧١ س ١٣ قال: وقال علي بن بابويه في رسالته: إلى قوله: فإنه يقبل قول أعدلهما الخ.
- (٣) المقنع: باب القضاء والأحكام ص ١٣٣ س ١٧ قال: وإذا حضرا إلى قوله: فإنه يقبل قول أعدلهما.
- (٤) المهذب: ج ٢، الشهادة على الشهادة ص ٥٦١ س ٢ قال: وإذا شهد إنسان على شهادة آخر إلى قوله: قبلت شهادة أعدلهما.
- (٥) الفقيه: ج ٣ (٣١) باب الشهادة على الشهادة ص ٤١ الحديث ٣.

الرابع: في اللواحق
وفيه مسائل:

(الأولى) إذا رجع الشاهدان قبل القضاء لم يحكم، ولو رجعا بعد القضاء لم ينقض الحكم وضمن الشهود.
وفي النهاية: إن كانت العين قائمة ارتجعت ولم يغرما، وإن كانت تالفة ضمن الشهود.
(الثانية) إذا ثبت أنهما شاهدا زور نقض الحكم واستعيدت العين مع بقائها، ومع تلفها، أو تعذرهما، يضمن الشهود.

فحينئذ لا يلتفت إلى جحوده (١)، فلم يعتبر الأعدل.
(القسم الثاني) إن يكون بعد الحكم، فلا ينقض قطعا، وقال ابن حمزة: يأخذ بأعدلتهما، وإن تساويا نقض الحكم، وأن كان ذلك قبل الحكم سمع من الأصل وحكم به (٢).
قال طاب ثراه: إذا رجع الشاهدان قبل القضاء لم يحكم، ولو رجعا بعد القضاء لم ينقض الحكم وضمن الشهود وفي النهاية: إن كانت العين قائمة ارتجعت ولم يغرما، وإن كانت تالفة ضمن الشهود.
أقول: إذا رجع الشاهدان بعد الحكم لم ينقض الحكم، لأصالة الصحة، وعدم التسلط على إبطال حق المسلم بقول الشاهد لتكذيبه لهذا الإقرار بشهادته أولا،

(١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧١ س ١٦ قال: وقال ابن الجنيد: لو كان عدلا إلى قوله: لا يلتفت إلى جحوده.
(٢) الوسيلة: فصل في بيان كيفية تحمل الشهادة ص ٢٣٤ س ١ قال: وإن كذبه وتساويا في العدالة نقض الحكم، وإن تفاوتتا أخذ بقول أعدلتهما.

وأيضاً إذا تناقض قولاً الشاهد ووجد الترجيح في أحدهما عمل به، والترجيح موجود في الأول لأن الأصل صحة الحكم وثبوت حق المحكوم له، ولهذا لا يحكم لو كان الرجوع قبل الحكم، لعدم الترجيح، فيتساقطان، ويرجع بالبطلان. هذا مذهب الشيخ في كتابي الفروع (١) (٢) وبه قال ابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).

ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل الاستيفاء أو بعده وقال في النهاية: إذا كان قبل الاستيفاء، أو بعده والعين قائمة، نقض الحكم وردت العين إلى مالكتها ولا ضمان (٦) وبه قال القاضي (٧) وابن حمزة (٨). احتجوا: بأن الحق ثبت بشهادتهما، فيسقط برجوعهما كالقصاص والحد.

- (١) المبسوط: ج ٨ فصل في الرجوع عن الشهادة ص ٢٤٦ س ٣ قال: إذا شهد الشهود ثم رجعوا، إلى قوله: فإن رجعوا قبل الحكم لم يحكم الخ.
- (٢) الخلاف: كتاب الشهادات مسألة ٧٤ قال: إذا شهد شاهدان بحق وعرف عدلتهما ثم رجعا إلى قوله: لم يحكم.
- (٣) السرائر: باب الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين ص ١٩٠ س ١ قال: ومتى شهدا على رجل ثم رجعا إلى قوله: طرحت شهادتها الخ.
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) القواعد: ج ٢ ص ٢٤٥ قال: والمطلب الثالث في المال: إذا رجع الشاهدان أو أحدهما قبل الحكم، لم يجز الحكم ولا غرم.
- (٦) النهاية: باب شهادات الزور ص ٣٣٦ س ١٢ قال: ومتى شهدا على رجل بدين ثم رجعا قبل أن يحكم الحاكم طرحت شهادتهما.
- (٧) المهذب: ج ٢ باب شهادة الزور ص ٥٦٤ س ٧ قال: وإذا شهد اثنان على رجل ثم رجعا عن ذلك قبل أن يحكم الحاكم طرحت شهادتهما.
- (٨) الوسيلة: فصل في بيان حكم الرجوع عن الشهادة ص ٢٣٤ س ٨ قال: فإن رجعوا قبل الحكم بطلت شهادتهم.

(الثالثة) لو كان المشهود به قتلا، أو رجما، أو قطعاً، فاستوفى ثم رجع الشهود، فإن قالوا تعمدنا اقتص منهم أو من بعضهم، ويرد البعض ما وجب عليهم، ويتم الولي إن بقي عليه شيء. ولو قالوا: أخطأنا لزمتهم الدية. ولو قال بعضهم: أخطأنا لزمه نصيبه من الدية، ولم يمض إقراره على غيره. ولو قال: تعمدت رد عليه الولي ما يفضل، ويقتص منه إن شاء. وفي النهاية: يرد الباقيون من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية، ويقتل، والرواية صحيحة السند، غير أن فيها تسلطاً على الأموال المعصومة بقول واحد.

وأجيب: بالفرق فإن القصاص يسقط بالشبهة، بخلاف المال (١).

احتج الأولون بوجوه:

(أ) إن الحكم نفذ باجتهاد الحاكم، فلا ينقض بالاحتمال، لجواز كذبهم في الرجوع.

(ب) إن الرجوع بعد الشهادة كالإنكار بعد الإقرار، وهو غير مسموع.

(ج) إن الرجوع ليس بشهادة، ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة، فلا يسقط حق المشهود له بما ليس بشهادة، لانحصار المبطل للحق، في الشهادة والإقرار، ولم يحصل منه إقرار.

(د) إن الشهادة تثبت الحق، فلا يزول بالطارئ كالفسق، ويضمنان للمشهود عليه، لاعترافهما بإتلاف حقه.

قال طاب ثراه: وفي النهاية يرد الباقيون من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية

(١) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٥ س ١٧ قال: احتجوا بأن الحق الخ.

ويقتل، والرواية صحيحة السند غير أن فيها تسلطا على الأموال المعصومة بقول واحد.

أقول: إذا قال بعض شهود الزنا بعد الرجم: تعمدت الكذب (أو تعمدنا، أو أخطأت، أو أخطأنا، أو وهمت، أو وهمنا) (١).

قال الشيخ في النهاية: كان لأولياء المقتول قتله، ويؤدي إلى ورثته، الثلاثة ثلاثة أرباع الدية (٢) فأجاز إقراره على باقي الشهود. وكذا لو كان المقر اثنان مضى إقرارهما على الجميع، نعم ليس لأولياء المقتول إلا قتل المقرين خاصة، وعلى الباقيين الدية، فإن قتلوا أكثر من واحد أتم ورثة المشهود عليه ما يعوز، وتبعه القاضي (٣) وهو مذهب أبي علي (٤).

وقال ابن إدريس: إقرار الراجع على نفسه لا يتعداه إلى غيره، ولا ينقض الحكم، لأنه لا دليل عليه (٥) خصوصا وقد تلف المشهود عليه.

وحمل العلامة قول الشيخ، على رجوع الجميع، لكن بعضهم قال: تعمدت، وبعضهم أخطأنا، فيكون الغرم على الشهود دون أولياء المقتول (٦) واختاره

-
- (١) بين الهالين موجود في نسخة واحدة من النسخ الموجودة، وأما الباقية فخالية عنها.
 - (٢) النهاية: باب شهادة الزور ص ٣٣٥ س ١٠ قال: فإن شهد أربعة رجال على رجل بالزنا وكان محصنا فرجم ثم رجع أحدهم فقال: تعمدت ذلك، قتل، وأدى إلى ورثته الثلاثة الباقيون ثلاثة أرباع الدية.
 - (٣) المهذب: ج ٢ باب شهادة الزور، ص ٥٦٣ س ٧ قال: فإن شهد أربعة رجال على رجل إلى آخره كما قاله الشيخ.
 - (٤) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ٧ قال: وقال ابن الجنيدي: وإن قالوا: تعمدنا في الرجم وكان قائل ذلك واحدا قتل به إن شاء ولي المقتول إلى آخره.
 - (٥) السرائر: باب شهادة الزور ص ١٨٩ س ٨ قال: والذي يقوى في نفسي: إن إقراره جائز على نفسه لا يتعداه إلى غيره الخ
 - (٦) المختلف: ج ٢ في الشهادات ص ١٧٤ س ١١ قال: ويحمل قول الشيخ وابن الجنيدي على أنهم رجعوا بأجمعهم الخ.

(الرابعة) لو شهدا بطلاق امرأة فزوجت، ثم رجعا، ضمنا المهر، وردت إلى الأول بعد الاعتداد من الثاني، وتحمل هذه الرواية على أنها نكحت بسماع الشهادة، لا مع حكم الحاكم، ولو حكم لم يقبل الرجوع.

(الخامسة) لو شهد اثنان على رجل بسرقة، فقطع، ثم قال: أوهمنا والسارق غيره أغرما دية يد الأول، ولم يقبلا في الأخير لما يتضمن من عدم الضبط.

(السادسة) تجب شهرة الشاهد الزور، وتعزيره بما يراه الإمام، حسما للجرأة.

المصنف (١).

احتج الشيخ بما رواه عن إبراهيم بن نعيم الأزدي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته، فقال: يقتل الراجع، ويؤدى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية (٢).

احتج الآخرون: باختصاص حكم الإقرار بالمقر، وبما رواه الشيخ عن ابن محبوب عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله عليه السلام: في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل؟ قال: إن قال الراجع: أوهمت ضرب الحد وغرم الدية، وإن قال: تعمدت قتل (٣).

قال طاب ثراه: لو شهدا بطلاق امرأة، فتزوجت، ثم رجعا، ضمن المهر وردت

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٠ الحديث ٩٥.

(٣) التهذيب: ج ٦ (٩١) باب البيئات ص ٢٦٠ الحديث ٩٦.