

لَيْسَ بِهَذَا

بُرْكَاتُ الشَّيْخِ

لِلْفَقِيهِ الْجَلِيلِ

مُحَمَّدِ الدِّينِ جَعْفَرِ بْنِ الزُّهْدِيِّ الْحَلِيِّ

بِمَنْزِلَةِ الْأَوَّلِ

مُتَحَقِّقٌ
الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ الرَّجَائِيِّ الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ الرَّعَيْنِيِّ

مُتَوَاتِرَاتُ كِتَابَةِ يَدِهِ الْهَيَّامَةِ الرَّعَيْنِيَّةِ



PDF مكتبة نرجس

www.narjes-library.blogspot.com

أيضاً
زكيات الشرايع

للفقيه الجليل
نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي
من أعلام القرن الثامن

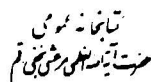
الجزء الأول

استراف
السيد محمود العارضي

تحقيق
السيد مهدي الرجائي



www.narjes-library.blogspot.com



* السعر : ١٨٠٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد :

لقد اتجه علماء الشيعة اتجاهاً ملحوظاً في جميع الميادين العلمية منذ أقدم عصورهم ، وامتد نشاطهم وحركتهم الفكرية الى كل ما كان هناك من علوم معروفة وشمل نشاطهم الى جانب الفقه وأصوله والكلام وعلوم القرآن واللغة والادب سوى ذلك من العلوم الاخرى ، ونجد هذا النشاط بارزاً على مؤلفاتهم الكثيرة التي تعكس اتجاههم العلمي ونشاطهم الفكري .

والانصاف يحتم علينا ان لاننسى لهم ما قاموا به من الادوار الكبيرة في الحركة الثقافية في الاحقاب الاسلامية الماضية ، وما ساهم به اتجاههم هذا الممغن بحثاً ، الذي جاب مناطق الانسان والحياة في بناء الحضارة الاسلامية ، واقامة دعائهما على أسس قوية منتجة .

انه لمن المدهش حقاً أن نجد كثيراً من مفكري الشيعة وعلمائهم قد سبقوا عصورهم بأجيال بمعلوماتهم ونظرياتهم وآثارهم ، وتركو احقائق علمية مثيرة .

ومن مجاهيل علماء الشيعة الذين برزوا في هذه الميادين العلمية والثقافية هو الشيخ الفقيه المحقق الاصولي المتكلم المولي نجم الدين جعفر بن الزهري الحلبي

الذي كان من أجلة عصره في الفقه والاصول والكلام، أسكنه الله بحبوحات جناته.

حياة المؤلف :

مع الاسف لم أعثر على ذكر وترجمة للمؤلف في كتب الاصحاب ، لافي كتب تراجمهم، ولافي كتبهم الفقهية والاصولية والكلامية، وأصبح ذكره وترجمته خامداً ، ولم يكشف التاريخ الغطاء عن ترجمته ، وبقي مخمول الذكر كأمثاله من الاعلام المجاهدين في كل الاعصار والاجيال .

مع أنك ستري اقبال الاعلام وأفاضل عصره وممن تأخر عنه على كتابه هذا حتى استنسخ الكتاب في مدة سنتين مرتين على ما وصل إلينا ، واستنسخه أيضاً المحقق العلامة الشيخ أحمد بن فهد الحلبي المتوفى سنة (٨٤١هـ) بخطه الشريف كما يظهر من مقابلة احدى النسختين الموجودة عندي مع خطه الشريف ، وهذا مما يكشف عن جلالة المؤلف وكتابته في تلك الاجيال والعصور .
والظاهر أن الشهيد الثاني ينقل عن كتابه هذا ، كما يظهر من الذريعة .

اساتذة :

من المشهود في كتابه الايضاح أن المترجم له كان من أبرز تلامذة العلامة الحلبي المتوفى سنة (٧٢٦هـ) .

وأنه ألف كتابه هذا في زمن حياة العلامة ، حيث أنه يعبر عنه فيه بقوله «قال شيخنا دامت فضائله» وقوله «شيخنا دام ظله في المختلف» .

وأنه قرأ عليه كتاب الشرائع للمحقق الحلبي المتوفى سنة (٦٧٦هـ) كما يدل عليه كلامه في توجيه عبارة الشرائع حيث قال : أقول الذي سمعت من شيخنا وقت القراءة عليه أن المراد بالوجه الآخر هنا عدم صحة الخ .

وأنه كان ممن صاحبه كثيراً واعتنى باستادته كل العناية ، كما يدل عليه قوله

«ولقد سمعت شيخنا كثيراً ما يقول : قد يشير المصنف - أي : المحقق - تارة الى خلاف الجمهور وتارة الى ما يختاره الخ . ونقل في موارد قليلة جداً عن كتابه المختلف والمنتهى والقواعد .

هذا وقد عبر في موضع أو موضعين عن المحقق نجم الدين صاحب الشرائع والنكت بقوله « ذكره شيخنا نجم الدين في النكت » وهذا مما يتوهم في بادىء النظر أنه كان من أساتذته ، ولكن يبعد ذلك أمور : منها تعبيره أيضاً عن الشيخ المفيد والشيخ الطوسي قدس الله أسرارهما بقوله « شيخنا المفيد » و « شيخنا الطوسي » وهذا مما يوهن ذلك .

ومنها مناقشاته الكثيرة مع المحقق الابي صاحب كتاب كشف الرموز حيث أنه كان من تلامذة المحقق ، وقد صرح في مواضع من الكتاب أنه فرأ على المحقق كتاب الشرائع وأنه أعرف بكلام استاده ، وهذا مما يوهن أنه ما تلمذ عند المحقق ، والا ما كان يحيل الى صاحب كشف الرموز .
ومنها عدم تصريحه على أنه تلمذ عنده أو ما يدل على ذلك ، والله أعلم .

تأليفه القيمة :

- ١ - ايضاح ترددات الشرائع ، سيأتي البحث حوله .
- ٢ - مناهج الوصول ، ان المؤلف حيث تعرض في كتابه هذا للمسائل الاصولية ذكر أنه حققه في كتب الاصولية ، أو أصول الفقه وغيرهما من التعبيرات الدالة على ذلك الى أن صرح في موضع واحد من الكتاب في بحث انعقاد الاحرام للمتمتع والمفرد بالتلبية ، تعرض لمبحث الاستثناء ، ثم قال : وقد بينا ضعفه في كتاب مناهج الوصول . وهذا الكتاب أيضاً من الكتب المجهولة التي لم يتعرض له الاصحاب حسب استقراي .

- ٣ - كتاب في علم الكلام ، وقد أشار اليه في الكتاب ، حيث يتعرض للمسائل الكلامية ويحيل اليه ، ولكن ما صرح باسم الكتاب في أي موضع من الكتاب .

حول الكتاب :

هذا الكتاب هو شرح على ترددات الشرائع ، حيث أنه قدس سره كشف الغطاء والابهام عن الترددات الموجودة في الشرائع المصروفة بقوله « فيه تردد » أو « على الاشبه » أو « على الاصح » وغيرها من الموارد التي تردد فيها صاحب الشرائع ، فالمؤلف بين وجه التردد وأدلة الطرفين واختار الوجه الصحيح عنده وهذا أول أثر يخرج الى عالم النور في شرح ترددات الشرائع .

ومن الجدير بالذكر أدبه البليغ بالنسبة الى الاقطاب الثلاث : السيد المرتضى والشيخ المفيد والشيخ الطوسي قدس الله أسرارهم ، حيث أنه يعبر عنهم بتعابير لم أر مثلها في كتب الاصحاب ، كقوله عنهم « كرم الله محلّه » وغيره من التعابير المشهودة في الكتاب .

ويتعرض كثيراً لآراء الشيخ المحقق ابن ادریس صاحب كتاب السرائر ويعبر عنه في الكتاب بقوله « المتأخر » ولكن خالف مسلكه في العمل بخبر الواحد وذهب الى حجتيه ، ومع هذا يطرح أخبار الفطحية والواقفية وأمثالهما وان كانوا ثقة . ويتعرض كثيراً لكلام الشيخ الطوسي قدس الله سره في كتبه الممتعة وكذا لكلام السيد المرتضى كرم الله محلّه وكذا عن المحقق أبي الصلاح الحلبي وسائر وغيرهم ممن تقدمه .

ويتعرض أحياناً لكلام المحقق أبي في كتابه كشف الرموز ويناقش فيه ، كما لا يخفى على المراجع ، وصرح بأن له حاشية على الشرائع .

وينقل عن كتب كان عنده حين تأليف الكتاب ، منها المسائل الكمالية للمحقق الحلبي ، ومنها المسائل الحائريات للشيخ الطوسي ، ومنها كتاب الواسطة وكتاب الرائع للراوندي وغيرها .

ولادته ووفاته :

لم أعر في الكتاب على تاريخ يدل على ولادته ووفاته فيه، ولكن من المسلم أنه كان من أعلام القرن الثامن الهجري .
ولعل الله يقيظ رجالا لاجاء ذكره وترجمته انشاء الله تعالى .

فى طريق التحقيق :

قابلت الكتاب واستنسخته من نسختين نفيستين وهما :

١ - نسخة مخطوطة كاملة من أولها الى آخرها غير الورقة الاولى ، بخط النسخ الحلبي ، وهي تقع في (٣٥٠) صحيفة ، كل صفحة (٢٥) سطراً ، كاتبها علي ابن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر ، استنسخها عن نسخة المؤلف بخطه تاريخ كتابتها سنة (٧٥٤هـ) ترى نماذج النسخة في نهاية المقدمة ، والنسخة محفوظة في مكتبة آية الله العظمى السيد شهاب الدين المرعشي النجفي دام ظله الوارف برقم « ٥١٧٧ » وجعلت رمز النسخة «م» .

٢ - نسخة كاملة من أولها الى آخرها غير الورقة الاولى أيضاً ، بخط النسخ الحلبي أيضاً ، وهي تقع في (٢٨٢) صحيفة ، كل صفحة (٢٢) سطراً ، وعلى هوامش النسخة علامة المقابلة والتصحيح ، وقوبل النسخة أيضاً على نسخة المحقق المولى الشيخ أحمد بن فهد الحلبي التي استنسخها بخطه الشريف ، كما أشار في مواضع في هوامش النسخة وأشارت الى ذلك في تعاليقي على الكتاب ، تاريخ كتابتها سنة (٧٥٦) ، والنسخة محفوظة في مكتبة مجلس الشورى برقم « ٥٥٠٨ » وجعلت رمز النسخة «س» .

وقد بذلت الوسع والطاقة في استنساخ الكتاب ، حيث أن النسختين كانتا بالخط الحلبي ، وهو من أصعب الخطوط المتداولة قراءة ، كما لا يخفى على أربابها

وحقت الكتاب حق التحقيق والتصحيح ، وعرضه على الاصول المتقولة عنها ،
أو المصادر المأخوذة منها .

وأرجو من العلماء الافاضل والاعزاء الكرام الذين يراجعون الكتاب أن
يتفضلوا علينا بما لديهم من الاطلاع على ترجمة المؤلف وسائر تأليفاته ، حتى
نستدركها في الطبعة القادمة . وأيضاً بمنوا علينا بما لديهم من النقد وتصحيح
مالعلنا وقعنا فيه من الاخطاء والاشتباهات والزلات .

وبالختام اني اقدم ثنائي العاطر لادارة المكتبة العامة التي أسسها سماحة
المرجع الديني آية الله العظمى السيد شهاب الدين المرعشي النجفي دام ظله
الوارف ، على اهتمامها في احياء آثار أسلافنا المتقدمين ، وأسأل الله تعالى أن
يديم ظل سماحته المديد لرعاية هذه الحركة المباركة . وأطلب اليه جل وعز أن
يزيد في توفيق ولده البار الرؤوف العلامة السيد محمود المرعشي حفظه الله ، فانه
خير ناصر ومعين .

والحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، ونستغفره
مما وقع من خلل وحصل من زلل ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، وسيئات أعمالنا
والخيانة بالامانات ، وتضييع حقوق المؤمنين ، وزلات أقدامنا ، وعثرات أفلاننا
فهو الهادي الى الرشاد ، والموفق للصواب والسداد ، والسلام على من اتبع
الهدى .

السيد مهدي الرجائي

١٣ / رجب المرجب / ١٤٠٨ قم المشرفة

ص - ب ٧٥٣ - ٣٧١٨٥

كتاب
 من شجرة
 الاستدلال على انه بظهر الامام وسعنا من الشرايع وسئل في المباح
 والاحتواء لا مطهر وهو احراز السجدة في الكوفة والى على الجند لبا ان
 الطهارة في السجدة مع علم الدليل السري وحسن الادلة فلا يحكم
 واحتجاج الاستدلال بالحجاسة المرافعة بعد الملوغ غير موزع فلما
 قبل لوجود الكثرة المرافعة للخطية في الصور من ضعف ما اولاً
 فانه فاس وهو اطل بعدنا واما ما ساء لوجود الكافة اذ المانع
 كثر اذ وقع دافعه بخلاف الما فساد هو قابل للضعف واذا اقبل
 لم يبق له قوة دافعه فالسجدة لله واما الشريعة بمقتضى الغاية
 بالحاشية اجزاء وهل يختص بالله فانه يرد والظاهر المختص
 اقول له وجه السجدة في الكوفة في الكوفة اعني الما الما في الطهارة
 والظاهر المختص في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 اما الما الما في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 وسئل في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 منها في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 للكس في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 من يولد اذ هم اوسط فيها من الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 بظهر المختص في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 يخرج منها في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 واما الما الما في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 وهو دليل فاطم في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 بعد ج الزمان المسبوق عن اهل البيت عليهم السلام واذا
 يعارض في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 الطهارة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة
 والروا في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة في الكوفة

بسم الله الرحمن الرحيم رتسروا عن

دعوى رتسروا داب كتاب الحاج

فالحمد لله والثناء لله الاغراض طرود لا يجوز ان يكون الا بالاذن
ارباب نظام او سائر احوال وهذا لا يلاحظ الا طرود احوال فكل
ارباب الاذن الاخذ بغير امانة العرف والاعمال وهو طاهر كل
المناجر والسروى لا اناجه والاعمال الا امانة يجوز الرجوع فيها
ما دامت العرفية سواء كانت لاهي ولذي رحم بصرفها او لاجل
الاعمال فانه لا يجوز الرجوع فيه وان كانت العرفية فالتسليم لله
والعامة عن الاعمال لمطابق زوحد والمصلحة في معاملة رتسروا
ارجح اقول مساهم النظر الى الحاج عصمه مسعاذه من المسرع منه
صحة اعلم ان المسرع على الانعام به قطعاً في الدائم وليس الا على الروح
والحاج وهو طاهر كل المسرع في طرود واسعة المناجر والاعمال
بغاي قد عثر عن هذا الحاج هذه الالتفات الله به فلو لم يوصو به
اذ الاصل في الاطلاع والخبرة وهذا الدليل وكثرة المنفعة المشاغل
الخالصة وهو طاهر كل المسرع في النهاية فالتسليم لله ولو كانت
تلك من يلهي زمانه مع ما لا روح في ذلك لا ربح من اعادة السرا
ولو لم يعد اللطع اللطع وقد ورد اقول مساهم النظر الى ان
الحاج عصمه مسرع من اعادة على وجود اللطع الذي جعله
السابع دليله عليه وليس الا الروح والحاج او المنفعة على طرود
والاعمال في لطفه ليس امانة السرا فلو لم يوصو به فكل
بم زحمتي ولا طرود الانعام لو اتي بذلك فبما الايمان
اذ المصود والذات ما هو المعنى وهو احسان الصنع طرود في المعنى
مستودع في المعنى والمعنى والمعنى طرود في الطرود وعبر
من لطف العبود والاعمال ولعل الاقوال طرود وهو طاهر
كل المناجر فالتسليم لله لا عبره بعارة المعنى احوال وحوال ولا

نفسه

تم كتابتہ ایضاح مدد از الشرائع تالیف

حججنا على العالمين وفضل حججنا على الذين جمعوا بين الحجج والبراهين
 انهم بقدر ما هم على الله على انهم المومنين وسيدنا
 محمد النبي وآله وعيسى الطاهرين وذكرا في يومنا من
 انجذاب من عند عيسى وشمس وشمس ما به الله له ما كل
 عيسى له ما الصالحين عباد الله على ذكائه ما الله اصعب
 انفسنا له عيسى وشمس على من حسن بر اجده ابوهم
 وشمس الله له ولوالديه وللمومنين والمومنان عيسى و
 نور اجدهم ابواب

الصفحة الاخيرة من الجزء الثاني من نسخة «م»

[illegible]

فصل في شرح الراجح والراجح

ذكر في هذا كتابه الحاج قال رحمه الله تعالى ما سئل عن رجل جاز ولا خير
 احد الا نادى اربابا او ساعدا فقال وهل ينكر الا هذا الظاهر هو فقال فكل من سأل
 ان لا يدين في الاخذ بعد ما هو المصروف له المالك وهو ظاهر كلامه في الجاهل والفقير من الراجح
 والنكر ان الراجح هو الرجوع فيما اذاعت العين بانه سواء كانت لا حصى او ارضي و
 مصروف بناء او لا خلاف في النكر فانه خور الرجوع وانه كان العين بانه فقال رحمه
 الله والعهدة عن ان خاب لفظان رجوعا وانكسر في معك برد وحر او ارجح او فقال
 مشهوره النظر الى ان النكاح غير مستلزم من الرجوع فثبت في حقها ما ذكره الشيخ عليه السلام
 بعد ذلك وعلقت في التام في الرجوع لفظي الرجوع وانكاح وهو ظاهر من الرجوع فقال رحمه
 الله المأخوذ من اللفظ ان امرئ قد خرج عن النكاح منه اللفظ المأخوذ من
 موضوعه اذا اهلته الاطلاق في نفسه وهذا الدليل ذكره المستفيضة المسائل الكبار في
 ظاهر كلامه في النسخ التام فقال رحمه الله ولو قال رجعت سكر من فلان فقال مع فقال الرجوع
 في قبلة جميع لا يعم بعض اعادة السؤال ولو لم يرد بعد الرجوع وردد او لم يرد
 النظر الى ان النكاح غير مستلزم من اعادة النكاح على وجود اللفظ الذي جعله اسرار
 فلهذا علمه وليس الرجوع والنكاح او الفسخ على خلاف فيها اللفظ المأخوذ من اللفظ ثم
 اعادة السؤال فتكون بعد الكلام مستلزم رجعت منى وله جواز في الراجح ولو ان
 به كره فكل ان سار بعباده اذ المصروف بالذات انما هو المعنى وهو احصاء النسخ فقال رحمه الله
 المعنى منسوبا لفظا الى المصروف المعنى واللفظ متعاضدا في الطلاق وغيره من اللفظ العتق
 والله سبحانه وتعالى لا يردس وهو ظاهر كلامه في المأخوذ فقال رحمه الله لا يردس
 المعنى انما هو منسوبا ولا يردس في النكران الذي له العمل بردد الطهر او
 لا يصح ولو ان كان واحدا او لم يردس من النظر الى ان النكران الذي له العمل بردد
 الرجوع فكل من حكمه اللفظ المأخوذ من اللفظ ثم اعادة السؤال فتكون بعد الكلام مستلزم رجعت منى وله جواز في الراجح ولو ان

[The page contains dense handwritten Arabic script arranged vertically from right to left.]

ايضاح ترددات
الشرائع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم اني أحمدك حمداً يقل في انتشاره حمد كل حاسد ، ويضمحل باشتهاره
جحد كل جاحد ، ويفل بغراره حسد كل حاسد ، ويحل باعتباره عقد كل كائد .
وأشهد أن لا اله الا الله ، شهادة أعتد بها لدفع الشدائد ، واسترد بها شارد النعم
الاوابد ، واصلي على سيدنا محمد ، الهادي الى أمتن العقائد وأحسن القواعد ،
الداعي الى أنجح المقاصد وأرجح الفوائد ، وعلى آله الغر الامجد ، المقدمين
على الاقارب والاباعد ، المؤيدين في المصادر والموارد ، صلاة تسمع كل غائب
وشاهد ، وتقمع كل شيطان مارد^(١) .

(١) هذه الخطبة انتخبها من كتاب الشرائع .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الطهارة)

قال رحمه الله : وأما المحقون ، فما كان منه دون الكر ، فانه ينجس بملاقاة النجاسة ، ويطهر بالقاء كر عليه فما زاد دفعة ، ولا يطهر باتمامه كراً ، على الاظهر . أقول : ذهب السيد^(١) المرتضى الى أنه يطهر بالاتمام ، وتبعه ابن البراج وسائر المتأخر ، والحق أنه لا يطهر ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(٢) وأبي علي ابن الجنيـد .

لنا - أن الطهارة حكم شرعي ، فتقف على الدليل الشرعي . وحيث لادلالة فلا حكم .

واحتجاج السيد بأن النجاسة الواقعة بعد البلوغ غير مؤثرة ، فكذا قبله لوجود الكرية الدافئة للنجاسة في الصورتين ، ضعيف ، أما أولاً فانه قياس ، وهو باطل عندنا . وأما ثانياً فلوجود الفارق ، اذ البالغ كراً ذو قوة دافعة ، بخلاف الباقي اذ هو قابل للانفعال ، واذا انفعل لم يبق له قوة دافعة .

(١) من هنا يبدء من نسخة «م» .

(٢) الخلاف ١/١٩٤ . مسألة ١٤٩ .

قال رحمه الله: وأما البشر ، فإنه ينجس بالتغير بالنجاسة اجماعاً ، وهل ينجس بالملاقاة ؟ فيه تردد ، والأظهر التنجيس .

أقول : وجه التردد تعارض أدلة الفريقين ، أعني القائلين بالطهارة والقائلين بالتنجيس ، ولندكر أقوى ما يمسك به كل من الفريقين ليتضح المقصود .
أما القائلون بالنجاسة ، وهم الشيخ في أحد قوليهِ ، والشيخ المفيد قدس روحه ، وسار ، وابن ادريس حيث ادعى الاجماع على ذلك ، فقد احتجوا بروايات :

منها : رواية محمد بن اسماعيل الصحيحة قال : كتبت الى رجل أسأله أن يسأل أبا الحسن الرضا عليه السلام في البشر التي تكون في المنزل ، فيفطر فيها قطرات من بول أو دم ، أو سقط فيها شيء من العذرة كالبررة أو غيرها ، ما الذي يطهرها حتى يحل الوضوء منها للصلاة ؟ فوقع عليه السلام في كتابه بخطه : ينزع منها دلاء^(١) .
وفي معناها رواية علي بن يقطين عن أبي الحسن موسى عليه السلام^(٢) .
وأما القائلون بالطهارة ، فقد احتجوا بأمور :

الاول : أصالة الطهارة ، وهي دليل قاطع ، فليعمل بها الى حين ظهور المزيل قطعاً أو طامراً ولبس .

الثاني : الاستصحاب ، ونفريه : ان الماء طاهر قبل ورود النجاسة ، فكذا بعده .

الثالث : الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام واذا تعارض الدليلان ناسطاً ، ووجب الرجوع الى مقتضى الاصل ، وهو الطهارة ، والاصل يخرج منه للدليل وقد بيناه ، وكذا الاستصحاب .

(١) فروع الكافي ٥/٣ ، ح ١٣ .

(٢) نهذيب الاحكام ٢٣٧/١ ، ح ١٧ .

والروايات الدالة على التنجيس أكثر ، فتكون أرجح ، فيتعين العمل بها ،
لوجوب العمل بالراجح واطراح المرجوح .

قال رحمه الله : اختلاف أجناس النجاسة موجب لتضاعف النزع ، وفي
تضاعفه مع التماثل تردد ، أحوطه التضعيف .

أقول : وجه التضاعف أن وقوع كل واحد منفرداً موجب للنزع اجماعاً ،
فيجب التضاعف مع الكثرة والالزم اجتماع العلل المستقلة على المعلول الواحد
بالشخص ، وهو محال على ما بين في علم المعقول .

ووجه العدم: ان النجاسة أمر واحد لا تقبل الشدة والضعف ، وبالأول حصلت
فلا يتقن حينئذ لايجاب التضاعف ، اذ الثاني لم يؤثر نجاسة زائدة . وانما كان
الاول أحوط ، لان مع اعتماده تحصل الطهارة قطعاً ، بخلاف الثاني .

قال رحمه الله : المستعمل في الوضوء طاهر مطهر ، وماستعمل في [رفع]
الحدث الا كبر طاهر ، وهل يرفع [به] الحدث ؟ فيه تردد ، والاحوط المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه ماء مطلق طاهر ، فيصح رفع الحدث . أما
الصغرى فاجماعية ، وأما الكبرى فلمعومات الايات والاخبار الدالة على جواز
التطهير بالماء ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس الله روحه وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن المأخوذ على المكلف انما هو التطهير بالماء المتيقن
طهارته وتطهيره ، وهو غير موجود هنا ، لوقوع الخلاف في كون هذا الماء
مطهراً ، ومع حصول الخلاف يرتفع اليقين ، لجواز كون الحق في أحد الطرفين
وهو اختيار الشبخين وابن بابويه .

ويؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(١) الدالة على المنع من

الوضوء من المستعمل في^(١) غسل الجنابة .

قال رحمه الله : والاسار كلها طاهرة ، عدا سور الكلب والخنزير والكافر ، وفي سؤر المسوخ تردد ، والطهارة أظهر .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة الطهارة ، ترك العمل بها في تنجيس سور الثلاثة بالاجماع ، ولكونهم أنجاساً ، فبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو اختيار المتأخر .

ويؤيده رواية أبي العباس الفضل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن فضل الشاة والهرة والبقرة والابل والحمار ، فلم أترك شيئاً الا سألت عنه ، فقال : لا بأس به حتى انتهيت الى الكلب والخنزير ، فقال : رجس نجس لا تتوضأ بفضله واصيب ذلك الماء ، واغسله بالتراب أول مرة ثم بالماء^(٢) . وفي معناها رواية ابن شريح^(٣) . والالتفات الى أن المسوخ نجسة ، فتنجس الماء بشربها منه ، وهو اختيار الشيخ في أكثر أقواله ، والصغرى ممنوعة .

قال رحمه الله : من كان على [بعض] أعضاء طهارته نجائر - الى قوله : وإذا زال العذر استأنف الطهارة ، على تردد فيه .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الطهارة الاولى رافعة للحدث اجماعاً ، فلامعنى لوجوب الثانية ، الا عند انتقاض الاولى ، وهو غير موجود هنا ، لان موجبات الوضوء محصورة معدودة ، وليس هنا شيء منها موجود .

والالتفات الى أن هذه الطهارة طهارة ضرورية ، فتزول بزوالها عملاً بالعلية

(١) من هنا يبدء من نسخة «س» .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٢٥/١ ، ح ٢٩ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٢٥/١ ، ح ٣٠ .

وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١).

ويضعف بأن الضرورة علة الابتداء لا الدوام ، والا لزم تأثير المعدوم في الموجود .

قال رحمه الله في فصل الجنابة : فان جامع في الدبر ولم ينزل ، وجب الغسل على الاصح .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في النهاية^(٢) والاستبصار^(٣) الى عدم الوجوب تمسكاً بالاصالة ، واستناداً الى رواية علي بن المحكم رفعه الى أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا أتى الرجل المرأة في دبرها وهي صائمة ، لم تنتقض صومها وليس عليها غسل^(٤) .

والحق الوجوب ، وهو اختيار أكثر الاصحاب ، لعموم قوله تعالى : « أو لامستم النساء »^(٥) .

قال رحمه الله في فصل الحيض : ذات العادة تترك الصلاة والصوم برؤية الدم اجماعاً ، وفي المبتدأة تردد ، والظاهر أنها تحتاط للعبادة حتى تمضي لها ثلاثة أيام .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة وجوب الصلاة والصوم على المكلف ، ترك العمل بها في الصورة الاولى البس^(٦) الحيض اذا تأخرت العادة به بالمتيقن

(١) المبسوط ١/ ٢٣ .

(٢) النهاية ص ١٩ .

(٣) الاستبصار ١/ ١١٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤/ ٣١٩ - ٣٢٠ ، ح ٤٥٥ .

(٥) سورة النساء : ٤٣ ، والمائدة : ٦ .

(٦) الكلمة لم تقرأ في النسختين .

فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو اختبار علم الهدى فى المصباح^(١) وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن هذه العبادة يحتمل أن يكون إيقاعها حراماً ، ويحتمل أن يكون حلالاً ، فيغلب جانب التحريم .

أما المقدمة الاولى ، فلان هذا الدم الذي قد رأته المبتدأة يحتمل أن يكون حيضاً ، فيكون إيقاع العبادة فيه حينئذ محرمة . ويحتمل أن لا يكون كذلك فيكون إيقاعها مباحاً بل واجباً . والاحتمالان متساويان ، بل الاحتمال الاول أكد من الاحتمال الثاني .

وأما الثانية فلقوله عليه السلام : ما اجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام الحلال^(٢) وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واختاره شيخنا فى منتهى المطلب^(٣) والمختلف . محتجاً برواية معاوية بن عمار الصحيحة قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ان دم الحيض والاستحاضة ليس يخرجان من مكان واحد ، وأن دم الاستحاضة يارد ، وأن دم الحيض حار^(٤) .

وجه الاستدلال انه عليه السلام وصف دم الحيض بما ذكره ليحكم به حيضاً ، وقد بنا تحريم الصوم والصلاة على الحائض . وغير ذلك من الروايات . والقبول الاول عندي أجود .

والبحث فى المضطربة كالبحت فى المبتدأة ، وقد سبق .
قال رحمه الله فى فصل الاموات : وفي وضوء الميت تردد ، والاشبه أنه

(١) المصباح للشريف المرتضى - مخطوط .

(٢) السنن الكبرى للبيهقى ١٦٩ / ٧ ، وعوالى اللثاى ٤٦٦ / ٣ ، برقم : ١٧٠ .

(٣) منتهى المطلب ١٠٩ / ١ .

(٤) فروع الكافى ٩١ / ٣ ، ٢٢٠ .

لا يجب .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الوضوء حكم شرعي ، فيكون وجوبه على الخطاب الشرعي وليس ، ويؤيده رواية السكوني ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : غسل الميت مثل غسل الجنب^(١) .

وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، حتى أنه قال فيه : قد روي أنه يوضأ الميت قبل غسله^(٢) . فمن عمل بها^(٣) كان جائزاً ، أعني ان عمل الطائفة على ترك العمل بذلك^(٤) لان غسل الميت كغسل الجنابة .

قال ابن ادريس : واذا كان قال حينئذ في المبسوط ان عمل الطائفة على ترك العمل بذلك لم يجز العمل بالرواية ، لان العامل بها يكون مخالفاً للطائفة .
والالتفات الى قول الصادق عليه السلام : في كل غسل وضوء الا غسل الجنابة^(٥) .
وهو اختيار أبي الصلاح .

فرعان :

اذا قلنا بوجوب الوضوء أو استحبابه ، فلا بد من تقديمه على الغسل .
ولا تستحب المضمضة والاستنشاق هنا . وظاهر كلام الشيخ في الخلاف^(٦)
يؤذن بالتحريم . والحق التفصيل ، فان اعتقد بمضمضته^(٧) أنها مستحبة مشروعة

(١) تهذيب الاحكام ١/٤٤٧ ، ح ٩٢ والاستبصار ١/٢٠٨ ، ح ٧٢ .

(٢) المبسوط ١/١٧٨ .

(٣) في «س» : به ، وفي هامشها : بها .

(٤) في هامش «س» : غير أن عمل الطائفة بذلك - خل .

(٥) تهذيب الاحكام ١/١٤٣ ، ح ٩٤ .

(٦) الخلاف ١/٦٩٣ ، مسألة ٤٧٢ .

(٧) في «س» : المضمضة .

كان ذلك حراماً ، وان لم يعتقد ذلك كانت مباحة .
قال رحمه الله : ولو عدم الكافور والسدر غسل بالماء [الفراخ] وقيل : لانسقط
الغسلة بفوات ما يطرح فيها ، وفيه تردد .
أقول : منشؤه : النظر الى أن المأمور به انما هو الغسل بالماء مع السدر
والكافور ، وهو مفقود هنا ، فيسقط الامر بالغسلتين الاولتين ، لعدم امكان الاتيان
بهما ، والاستحالة تكليف ما لا يطاق .
والالنفات الى أن الامر بالغسل بالسدر والكافور أمر بماهية مركبة من السدر
والماء والكافور ، والامر بالماهية أمر بكل واحد من أجزائها ، فيكون الغسل بالماء
مأموراً به ، فيجب الاتيان به عملاً بالامر ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله .
ويضعف بجواز التلازم والامر به ، ولا يلزم الدور لانه دور معية^(١) .
قال رحمه الله في باب التيمم : ولا يصح [التيمم] قبل دخول الوقت ويصح
مع تضييقه ، وهل يصح مع سعيه ؟ فيه تردد ، والظاهر^(٢) المنع .
أقول : منشؤه : النظر الى أن التيمم بدل من الطهارة المائية اجماعاً ، والبدل
انما يسوغ^(٣) فعله عند تعذر المبدل ، ولم يتحقق التعذر الا مع تضييق الوقت ،
لانه مادام الوقت متسعاً يجوز أن يحصل الماء ، وهو اختيار الشيخ والمرضى
وأتباعهما والمتأخر ، وظاهر كلام شيخنا المفيد قدس الله روحه ، وبؤيده الروابات
المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والالنفات الى قوله تعالى « فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيداً طيباً »^(٤) فسوغ

(١) في «س» : معينة .

(٢) في الشرائع المطبوع : والاحوط .

(٣) في هامش «س» : سوغ - خل .

(٤) سورة النساء : ٤٣ .

تعالى التيمم عند عدم وجود الماء ، وهو خال السعة غير واجد الماء ، فيسوغ له التيمم عملاً بالشرط ، وهو اختيار الشيخ أبي جعفر بن بابويه . وقال ابن الجيند ان كان التيمم لعذر يرجى زواله قبل خروج^(١) الوقت وجب التأخير ، والا فلا . ومآله رحمه الله حسن ، اذ فيه جمع بين القولين .

فروع :

لو تيمم في آخر الوقت وصلى ، ثم دخل وقت الصلاة الاخرى ، جاز له الدخول في تلك الصلاة بذلك التيمم في أول وقتها ، حكاها صاحب كشف الرموز^(٢) عن المصنف ، وهو مذهب الشيخ ، وفيه نظر^(٣) لوجود العلة المقتضية للتأخير هنا . قال رحمه الله : اذا اجتمع ميت ومحدث وجنب ، ومعهم من الماء ما يكفي أحدهم ، فان كان ملكاً لأحدهم اختص به ، وان كان ملكاً لجميعهم أولاً مالك له أو مع مالك يسمح ببذله ، فالأفضل تخصيص الجنب به . وقيل : بل يختص الميت به ، وفي ذلك تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المحدث والجنب والميت قد تساوا في وجوب الاستعمال^(٤) فيكون لهم التخيير في تخصيص من شأوا ، وهو خيرة الشيخ في الخلاف^(٥) والمبسوط^(٦) .

(١) في هامش «س» : آخر - خل .

(٢) كشف الرموز للابن - مخطوط .

(٣) في «س» : لطف .

(٤) في «م» : استعمال الماء .

(٥) الخلاف ١/١٦٦ ، مسألة ١١٨ .

(٦) المبسوط ٣٤/١ .

والالتفات الى أن الرواية الصحيحة^(١) دالة على تخصيص الجنب ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٢) . وبتخصيص الميت رواية مقطوعة مرسله^(٣) . وقال ابن ادريس : ان كان ملكاً لاحدهم اختص به ، وان كان مباحاً فلمن حازه فان تعين عليهما تغسيل الميت ولم يتعين أداء الصلاة ، فعليهما أن يغسلاه بالماء الموجود . فان خافا فوت الصلاة استعماله وغسلا به الميت . وهذا انما يتأتى على أصله من جواز رفع الحدث ثانياً بالماء المستعمل في رفع الحدث أولاً . قال المصنف في المعتبر : البحث هنا فى الاولوية ، والتخير غير سائغ فيه^(٤) .

قال رحمه الله فى باب النجاسات : وفي رجيع ما لانفس له وبوله تردد . أقول : منشؤه : النظر الى العمومات الدالة على نجاسة ما لا يؤكل لحمه من غير فرق بين ماله نفس سائلة ، أي : دم سائل ، وبين ما ليس كذلك . والالتفات الى أن الاصل الطهارة ، فيحكم بها الى حين ظهور الدليل الدال على التنجيس قطعاً وليس ، ولان^(٥) رجيع ما لانفس له سائلة يجري مجرى عصارة الثياب ، فلا يكون نجساً .

قال رحمه الله : وفي مني ما لانفس له سائلة تردد ، والطهارة أشبه . أقول : منشؤه : من التمسك بالعموم .

(١) من لا يحضره الفقيه ١/ ١٠٨ ، برقم : ٢٢٣ . وهى صحيحة عبد الرحمن بن

أبى نجران .

(٢) النهاية ص ٥٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ١/ ١١٠ ، ح ٢٠ .

(٤) المعتبر ١/ ٤٠٦ .

(٥) فى هامش «س» : وان .

والالنفات الى الاصل ، فيحكم به الى حين وجود النجاسة ، وهذان الترددان ضعيفان جداً .

قال رحمه الله : وفي الثعلب والارنب والفأرة والوزغة تردد ، والطهارة أظهر .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل القاضي بالطهارة ، ولانها لو كانت نجسة لحرم استعمال سورها ، والثاني باطل لما ذكرناه في مسألة الاسثار فالمقدم مثله .
وبيان الشرطية أن المقتضى لنجاسة السور انما هو لنجاسة الشارب ، وهو موجود هنا على تقدير النجاسة ، وهو اختيار شيخنا دام ظله^(١) .

والالنفات الى الروايات الدالة على التجسس ، وتحمل على الاستحباب جمعاً بين الأدلة .

قال رحمه الله في باب الاواني : وفي جواز اتخاذ آنية الذهب والفضة لغير الاستعمال تردد ، والظاهر المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن اضاءة المال ، وهذا اضاءة مال فيكون منهياً عنه ، والنهي يقتضي التحريم ظاهراً ، لما بيناه في كتب الاصول ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) .

والالنفات الى الاصل الدال على الجواز ترك العمل به في صورة الاستعمال لورود النهي عليه عيناً ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وهو اختيار شيخنا ، ولعله الاقرب ، ونمنع كون الاتخاذ اضاءة المال .

(١) في «س» : رحمه الله ، وفي هامشها : دام ظله .

(٢) المبسوط ١٣/١ .

فروع :

هل التحريم مقصور على استعمال أواني الذهب والفضة واتخاذها على
 الخلاف ، أو أواني^(١) ما تتخذ منها كالملاعق وغيرها مما يستعمل ؟ الأقرب الثاني
 للمشاركة في العلة ، وهي تضييع المال .

(١) في هامش «س» : إلى جميع - خ ل .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الصلاة)

قال رحمه الله : ولايجوز لبس الحرير المحض للرجال ، ولا الصلاة فيه الا في الحرب ، وعند الضرورة كالبرد المانع من نزعه ، ويجوز للنساء مطلقاً ، وفيما لا يتم الصلاة فيه منفرداً كالتكة والفلسوة تردد ، والظاهر الكراهية .

أقول : ينشأ : من النظر^(١) الى أصل الجواز ، ترك العمل به في الصورة الاولى ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولاً به فيما عداها ، ولان هذه الاشياء لاحظ لها في الاجزاء ، فلا يكون لها تأثير في ابطال الصلاة ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله وأبي الصلاح ، وتبعهما المتأخر .

والالتفات الى عموم الادلة الدالة على النهي عن لبس الحرير، ولان المقتضى للمنع في الثوب ، وهو كون الابرسم يحصل بلبسه التخليل موجود هنا ، فيثبت المنع عملاً بالمقتضى ، وهو ظاهر كلام شيخنا المفيد وابن بابوية وابن الجنيد ، وقد صرح به أبو جعفر بن بابوية .

قال رحمه الله : ولا تجوز الصلاة للمرأة الا في ثوبين درع وخمار ، سائرة

(١) في «س» : منشأ النظر .

جميع جسدّها ، عدا الوجه والكفين وظاهر القدمين ، على تردد في القدمين .
 أقول : منشؤه : النظر الى اصالة عدم الوجوب ، ترك العمل بها في وجوب
 ستر ، اعدا هذه الثلاثة ، فيبقى الباقي على أصله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١)
 وأتبعه المتأخر ، ولأنهم لو منع من كشف أقدامهن لنقل ذلك ولو نقل لاشتهر
 لان ذلك مما يتوفر الدواعي على نقله .

والالتفات الى أن المرأة جميعها عورة ، فيجب عليها ستر القدمين ، وفي
 ظاهر كلام الشيخ في الاقتصاد^(٢) ، وظاهر كلام أبي الصلاح .
 وأعلم أنه لا خلاف في كشف الوجه وأما الكفان ، فظاهر اطلاق كلام
 الشيخ في الاقتصاد^(٣) وأبي الصلاح يقتضي وجوب سترهما .

قال رحمه الله : ولز صلى منفرداً ولم يؤذن ساهياً رجع الى الاذان، مستقبلاً
 صلاته مالم يركع ، وفيه رواية أخرى .

أقول : أشار الى ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له : رجل ينسى
 الاذان والاقامة حتى يكبر ، قال : يمضي على صلاته ولا يعيد^(٤) وفي معناها رواية
 أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام .

وبمضمونها أفتى الشيخ رحمه الله في النهاية^(٥) ، فجوز الرجوع مع نعمة ترك
 الاذان والاقامة مالم يركع ، ولم يسوغه مع النسيان ، وقد صرح به المتأخر .
 والحق ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس

(١) المبسوط ٨٧/١ .

(٢) (٣ - ٢) الاقتصاد ص ٢٥٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٧٩/٢ ، ح ٨٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٢٧٩/٢ ، ح ١٠٣ .

(٦) النهاية ص ٦٥ .

الله روحه ، لأن الاذان والاقامة من أوكد السنن ، وذلك يقتضى تداركهما مع نسيانهما باستئناف الصلاة .

أما مع التعمد فلا ، لانه قد دخل فى صلاة^(١) غير طالب الفضيلة ، فلايجوز له الابطال ، عملاً بظاهر قوله تعالى « ولا تبطلوا أعمالكم^(٢) » .

قال رحمه الله: روى أصحابنا أن « الضحى » و « ألم نشرح » سورة واحدة . وكذا « الفيل » و « لايلاف » فلايجوز افراد احدهما عن صاحبتهما فى كل ركعة ، ولايفتقر الى البسمة بينهما على الاظهر .

أقول : نقل عن بعض الاصحاب وجوب البسمة بين السورتين ، محتجاً بأن البسمة آية من كل منها ، فتجب قراءتها بينهما . أما الصغرى فلبثوتها كذلك فى المصحف . وأما الكبرى فاجماعية .

وقال الشيخ رحمه الله فى الاستبصار : ولايفصل بينهما^(٣) محتجاً بأنهما سورة واحدة ، فلا تعاد البسمة بينهما . اما الصغرى ، فلان تحريم قراءة سورتين فى الركعة الواحدة مع تجويز قراءة الضحى وألم نشرح ، أو الفيل ولايلاف يستلزم وحدتهما . وأما الكبرى فاجماعية .

والحق الاول ، واحتجاج الشيخ ضعيف . أما الصغرى ، فللمنع من وحدتهما .

قوله : لان تسويغ قراءتهما مع المنع من قراءة السورتين فى الركعة يقتضى ذلك .

قلنا : ممنوع ، لجواز استثناءهاتين^(٤) من عموم التحريم ان قلنا به ، والا

(١) فى «س» : الصلاة .

(٢) سورة محمد : ٣٣ .

(٣) الاستبصار ٣١٧/١ ، ح ٤ .

(٤) فى «م» : استثناءها .

فلا ، كما هو مذهبه رحمه الله في أكثر أقواله . وأما الكبرى فممنوعة أيضاً ، إذ لا تنافي بين كونهما سورة ، وجوب إعادة البسملة بينهما ، كما في النمل ، وإدعاء الاجماع هنا مكابرة .

قال رحمه الله : يجب في الركوع التسبيح . وقيل : يكفي الذكر ولو كان تكبيراً أو تهليلاً ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ من أصالة البراءة الدالة على عدم وجوب شيء أصلاً ، ترك العمل بها في وجوب الذكر ، للاجماع والنص ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى ما رواه هشام بن سالم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التسبيح في الركوع والسجود ، قال : يقول في الركوع : « سبحان ربّي العظيم وبحمده » وفي السجود : « سبحان ربّي الاعلى » الفريضة من ذلك تسبيحة ، والسنة ثلاث والفضل سبع^(٢) . وغير ذلك من الروايات ، وهو اختيار أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : وهل يجب التكبير للركوع ؟ فيه تردد ، والظاهر النذب . أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة النعمة من واجب أو نذب ، طرح العمل بها في اثبات كون التكبير للركوع مندوباً لدليل أقوى ، بقي معمولاً بها فيما عداها ، وهو اختيار أكثر علمائنا .

والالتفات الى ظاهر رواية زرارة عن الباقر عليه السلام^(٣) ، وهو اختيار ابن أبي عقيل العماني . والوجه الاول ، وتحمل الرواية على الاستحباب ، أما أولاً فلما

(١) المبسوط ١/١١١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢/٧٦ ، ح ٥٠ .

(٣) فروع الكافي ٣/٣١٩ - ٣٢٠ ، ح ١٠ .

ذكرناه . وأما ثانياً فلاشتماله على الامر بأشياء^(١) مستحبة غير واجبة .
قال رحمه الله : وفي وجوب التكبير للاخذ في السجود والرفع منه تردد ،
والاظهر الاستحباب .
أقول : ينشأ : من النظر الى الاصاله ، وتقرير الاستدلال به قد سبق غير مرة
وهو اختيار أكثر علمائنا .
والالتفات الى ظاهر رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(٢) . وهو اختيار ابن أبي
عقيل وسلاح أيضاً ، وتحمل الرواية على الاستحباب جمعاً بين الأدلة .
قال رحمه الله في قواطع الصلاة : الثاني - لا يطلها الا عمداً ، وهو وضع
اليمين على الشمال ، وفيه تردد .
أقول : ينشأ : من النظر الى قوله عليه السلام : « صلوا كما رأيتموني أصلي »^(٣)
وجه الاستدلال به أنه عليه السلام أوجب على أمته أن يصلوا مثل صلاته عليه السلام .
فنقول : الصلاة التي صلاها النبي عليه السلام : اما أن يكون قد فعل فيها ذلك أو لا
والاول باطل ، والا لوجب فعله ، وليس كذلك بالاجماع ، فتعين الثاني ، فيكون
الاثبات بهذا محرماً ، لقوله عليه السلام « من أدخل في شرعنا ما ليس منه كان مبداً »^(٤) .
والاخبار الدالة على تحريم شرعية ما لم يكن مشروعاً أكثر من أن تحصي ،
واذا ثبت أنه حرام كان مبداً ، لعدم القائل بالفرق .
وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واستدل عليه في الخلاف^(٥) باجماع الفرقه

(١) في «س» : في أشياء .

(٢) تهذيب الاحكام ٧٩/٢ ، ح ٦٣ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١٢٤/٢ . عوالي اللئالي ١٩٨/١ .

(٤) عوالي اللئالي ١/٢٤٠ ، برقم : ١٦٠ .

(٥) الخلاف ٣٢٢/١ مسألة ٧٤ .

المحققة . وكذلك السيد المرتضى رحمه الله ، وأتبعهما المتأخر ، ويؤيده الاخبار المشهورة المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

والالتفات الى أصالة الجواز وعدم الابطال به ، وهو اختيار أبي علي ابن الجنيد وأبي الصلاح الحلبي ، ونمنع بقاء حكم الاصل مع قيام ما ذكرناه من الدالة^(١) .

قال رحمه الله : وفي غصص الشعر للرجل تردد ، والاشبه الكراهية .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل القاضي بالجواز وعدم الابطال ، وهو اختيار أبي الصلاح والمتأخر ، وظاهر كلام شيخنا المفيد قدس الله روحه .

والالتفات الى الرواية المروية عن الصادق عليه السلام^(٢) الدالة على ابطال الصلاة به ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واستدل في الخلاف^(٣) عليه باجماع الفرقة ، والرواية ضعيفة السند ، لان في طريقها مصادف ، وهو ضعيف ، وقد قدح ابن الغضائري فيه . وأما دعوى الاجماع فلم يثبت .

(١) في «م» : الدالة .

(٢) فروع الكافي ٤٠٩/٣ ، ح ٥٥ .

(٣) الخلاف ٥١٠/١ ، مسألة ٢٥٥ .

فصل

(في الترددات المذكورة في فضل صلاة الجمعة)

قال رحمه الله : وهل الطهارة شرط في الخطبتين ؟ فيه تردد ، والاشبه أنها غير شرط .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على براءة الذمة ، وعدم^(١) الاشتراط وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى أنهما بدل من الركعتين الاخيرتين ، فشرط فيهما^(٢) الطهارة كالمبدل ، ولان طريقة الاحتياط قاضية بذلك ، لانعقاد الاجماع على صحة الخطبتين مع حصول الطهارة ، وليس على صحتهما مع عدم الطهارة دليل ، وسلوك مالا ريب فيه أولى من سلوك ما حصل فيه الريب ضرورة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٣) والخلاف^(٤).

(١) في «س» : من عدم .

(٢) في «س» : لهما .

(٣) المبسوط ١/١٤٧ .

(٤) الخلاف ١/٦١٨ ، مسألة ٣٨٦ .

ويضعف الاول بأن المبدل لا يجب أن يكون مساوياً للمبدل منه في كل حكم والا لزم الاتحاد ، وهو باطل ، والاحتياط معارض بأصالة البراءة . وأيضاً فان الاحتياط لا يقتضي الوجوب ، فان اعتقاد ما ليس بواجب واجب خطأ ، فكيف يكون احتياطاً ؟.

قال رحمه الله : ويجب أن يرفع صوته بحيث يسمع العدد المعبر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الوجوب .

والالتفات الى أن فائدة الخطبة - وهي ارتداع الحاضرين بالوعظ - انما يتم باسماع العدد ، فيكون الاسماع واجباً .

أما المقدمة الاولى فظاهرة . وأما الثانية فلعوم قوله تعالى « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون »^(١) وظاهر الامر الوجوب ، ولانه لولا وجوب الاسماع كان الاتيان بالخطبة عبثاً ، وهو قبيح ، فتعين الوجوب .

قال رحمه الله : ويراعى في الذين يجب عليهم الجمعة شروط - الى قوله : وكل هؤلاء لو تكلفوا الحضور وجبت عليهم الجمعة وانعقدت بهم ، سوى من خرج عن التكليف والمرأة ، وفي العبد تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الانعقاد حكم شرعي ، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ، وهو غير موجود هنا ، ولان وجوب هذه الجمعة على هذا المكلف غير منفك عن وجه قبح ، فكل ما لا ينفك عن القبيح قبيح .

أما الصغرى ، فلان العبد لا يجب عليه الحضور اجماعاً ، ولا يجوز له الا باذن مولاه ، لانه تصرف في نفسه ، وهو ممنوع منه ، والاذن غير معلوم هنا ، والواجب عصمة مال الغير حتى يظهر الدليل المبيح لذلك ، فيحكم ظاهراً بمنعه

من الحضور . فلو اعتد بحضوره في تكميل العدد لم ينفك هذا التكليف عن وجه قبح ، وهو التصرف في مال الغير بغير اذنه ظاهراً .

وأما الكبرى فظاهرة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، واختيار ابن حمزة . والالتفات الى العمومات الدالة على العدد من غير فرق بين العبد وغيره . ولا يلزم من انتفاء وجوب الجمعة عنه مع عدم الحضور عدم وجوبها مع الحضور والانعقاد به ، كما في المريض ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(٢) ، واختاره المتأخر .

قال رحمه الله : الاصغاء الى الخطبة هل هو واجب ؟ فيه تردد ، وكذا تحريم الكلام في أثنائها ، لكن ليس بمبطل للجمعة .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الوجوب وعدم التحريم وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٣) ، وأحد قولي الشافعي .

والالتفات الى أن المقصود من الخطبة هو انزجار الحاضرين بالوعظ ، وذلك انما يكون بالكف عن الكلام والاصغاء الى الخطبة ، والالم يكن للخطبة فائدة ، فيكون الاتيان بها عبثاً ، وهو اختيار أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : يعتبر في امام الجمعة كمال العقل والايمان والعدالة وطهارة المولد والذكورة ، ويجوز أن يكون عبداً ، وهل يجوز أن يكون أبرص أو أجنم ؟ فيه تردد ، والاشبه الجواز ، وكذا الاعمى .

أقول : التردد يختص بالاولين ، ومنشؤه : النظر الى أن الأبرص والأجنم ينفر القلوب منهما ، فلا يصلحان للإمامة . والمقدمتان ظاهرتان ، وهو اختيار

(١) المبسوط ١/١٤٥ .

(٢) الخلاف ١/٦٢٧ ، مسألة ٣٩٨ .

(٣) المبسوط ١/١٤٨ .

الشيخ في النهاية^(١).

والالتفات الى قضاء الاصل بالجواز ، وهو الاقرب ، وبمنع الاولى ، سلمنا
لكن نمنع الملازمة .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في فضل صلاة العيد)

قال رحمه الله : والتكبير في الفطر عقب أربع صلوات : أولها المغرب ليلة الفطر ، وآخرها صلاة العيد . وفي الاضحى عقب خمس عشرة صلاة ، أولها الظهر يوم النحر . وفي الامصار عقب عشر صلوات يقول : الله أكبر الله أكبر ، وفي الثالثة نردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اختلاف الاصحاب باختلاف الرواة في كيفيته ، فقال الشيخ رحمه الله : يكبر مرتين في الاضحى . وهو قول ابن بابويه ، ورواه عن علي عليه السلام^(١) . وقال البزنطي : يكبر في الاضحى ثلاثاً . وهو اختيار ابن أبي عقيل .

قال الشيخ المصنف في المعتبر : لا ريب أن ذلك تعظيم الله وذكر مستحب ، فلا فائدة للمضايقة عليه . والحق عندي ما رواه النقاش عن أبي عبد الله عليه السلام في صفة التكبير كيف أقول ؟ قال : تقول في الفطر : « الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله

(١) من لا يحضره الفقيه ٥١٨/١ ، برقم : ١٤٨٤ .

والله أكبر لله الحمد ، الله أكبر على ما هدانا ^(١).

وكيف قلنا فهذا التكبير مستحب . وقال علم الهدى وابن الجنيد بوجوبه .
قال رحمه الله : التكبير الزائد هل هو واجب؟ فيه تردد ، والاشبه الاستحباب .
أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الوجوب ، وهو ظاهر كلام الشيخ في
التهذيب ^(٢) ، ويؤيده رواية زرارة الصحيحة أن عبد الملك بن أعين سأل أبا جعفر
عليه السلام عن الصلاة في العيدين ، قال : الصلاة فيهما سواء يكبر الامام تكبيرة
الصلاة قائماً كما يصنع في الفريضة ثم يزيد في الركعة الاولى ثلاث تكبيرات ،
وفي الاخرى ثلاث تكبيرات ، سوى تكبيرة الصلاة والركوع والسجود ، وان
شاء ثلاثاً وخمساً ، وان شاء خمساً وسبعاً بعد أن تلحق ذلك .

قال الشيخ : ألا ترى جواز الاختصار على الثلاث تكبيرات وعلى الخمس
تكبيرات ، وهذا يدل على أن الاختلال بها لا يضر بالصلاة ^(٣) . ولانه تكبير في غير
محل الاستفتاح ، فيكون مستحباً كغيره .

والالتفات الى أن النبي ﷺ صلاها كذلك ، فيجب اتباعه عملاً بظاهر قوله
عليه السلام « صلوا كما رأيتموني أصلي » ^(٤) ولان الائمة ﷺ نصوا على وجوب
صلاة العيدين ، ثم بينوا كيفيتهما ، وذكروا التكبيرات الزائدة ، وهو اختيار باقي
الاصحاب واختاره شيخنا دام ظله .

ويمكن الجواب عن الاول ، بأن الاصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بينها .
وعن الثاني بأن زيادة الثلاث لا ينافي زيادة الاكثر ، مع أنه قال في الاختصار :

(١) المعبر ٣٢١/٢ والرواية في فروع الكافي ١٦٦/٤ - ١٦٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٣٤/٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٣٤/٣ ، ح ٢٣٣ .

(٤) صحيح البخاري ١٥٤/١ ، وسنن الدارقطني ٣٤٦/١ .

الوجه في هاتين الروایتين وما يشابههما التقية ، لموافقتهما مذهب العامة ، ولسنا نعمل بها ، واجماع الفرقة المحقة على ما قدمناه^(١).

وعن الثالث بأن القياس باطل عندنا .

قال رحمه الله : وبتقدير الوجوب هل القنوت واجب ؟ الاظهر لا .

أقول : القائلون باستحباب التكبير يلزمهم استحباب القنوت ، لانه كيفية للتكبير ، ولا يعقل وجوب الكيفية مع استحباب ذي الكيفية ، ولقائل أن يمنع من كونه كيفية ، بل هو ذكر زائد على التكبير كذكر الركوع ، وكما لا يلزم من استحباب الذكر هناك استحباب ذكر الركوع فكذا هنا .

وأما القائلون بالوجوب ، فبعضهم نص على وجوبه كالسيد المرتضى، وهو ظاهر كلام أبي الصلاح ، ونص في الخلاف^(٢) على استحبابه .

واستدل الموجبون بظاهر الخبر السابق ، وبرواية يعقوب الصحيحة قال : سألت العبد الصالح عليه السلام عن التكبير في العيدين قبل القراءة أو بعدها ، وكم عدد التكبير - الحديث^(٣). وفي رواية اسماعيل عن الباقر عليه السلام ثم يكبر خمسا يفتن بينهم^(٤).

احجج الشيخ بالاصل، وبأن استحباب التكبير يستلزم استحباب أولوية استحباب القنوت . ويمكن حمل الروایتين على الاستحباب ، اذ أمر الخاص لا يأتي^(٥) عاماً بالامر الا نادراً ، وانما كان القول بالاستحباب أظهر لما بيناه .

(١) الاستبصار ١/ ٤٤٨ .

(٢) الخلاف ١/ ٦٦١ مسألة ٤٣٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣/ ١٣٢ ، ح ١٩٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣/ ١٣٢ ، ح ٢٠ .

(٥) في «س» : لا يتأني .

قال رحمه الله : وبتقدير وجوبه هل يتعين لفظاً ؟ الاظهر أنه لايتعين وجوباً .
أقول : ذهب أبو الصلاح الى وجوب القنوت بالدعاء المذكور . والحق
الاستحباب ، ولاصالة البراءة ، ورواية محمد بن مسلم الصحيحة عن أحدهما
قال : سألته عن الكلام الذي يتكلم به بين التكبيرات في العيدين ، قال : ماشئت
من الكلام الحسن^(١) .

احتج بظاهر الروايات الدالة على ذلك ، وتحمل على الاستحباب للجمع
بين الأدلة ، وخاصة مع اختلاف كيفية الفعل .

قال رحمه الله : لو اتفق عيد وجمعة ، فمن حضر العيد كان بالخيار في حضور
الجمعة ، وعلى الامام أن يعلمهم ذلك في خطبته .

وقيل : الترخيص مختص بمن كان نائياً عن البلد ، كأهل السواد دفعاً لمشقة
العود ، وهو الاشبه .

أقول : اختلف الاصحاب في هذه المسألة ، فذهب الشيخان الى سقوط
الجمعة وجوباً عن صلى العيد ، ورواه ابن بابويه في كتابه^(٢) ، واختاره ابن ادريس
وبه قال أحمد .

وقال ابن الجنيدي : اذا اجتمع عيد وجمعة اذن الامام بالناس في خطبة العيد
الاولى بأن يصلي بهم الصلاة ، فمن أحب أن ينصرف كان له مع قصي منزله ،
واستحب له حضورها مع انتفاء الضرر عنه وعن غيره وفيه أشعار بماقاله المصنف
رحمه الله ، وهو قول لبعض الشافعية .

وقال أبو الصلاح لا تسقط : تمسكاً بعموم الآية والاخبار ، وهو مذهب أبي
حنيفة والشافعي ، وهو خيرة ابن البراج ، والحق ما اختاره أبو علي .

(١) تهذيب الاحكام ٢٨٨/٣ ، ح ١٩٠ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٥٠٩/١ - ٥١٠ .

لنا - مارواه اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أنه كان يقول: اذا اجتمع عيدان في يوم واحد ، فانه ينبغي للامام أن يقول للناس في خطبته الاولى : انه قد اجتمع لكم عيدان في يوم وأنا أصليهما جميعاً ، فمن كان منزله قاصياً وأحب أن ينصرف ، فقد أذنت له ^(١). ولان حصول المشقة فيه أكثر .

احجج الشيخان برواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام اجتمع عيد على عهد أمير المؤمنين عليه السلام ، فخطب الناس ، فقال : هذا يوم اجتمع فيه عيدان ، فمن أحب أن يأتيه فليفعل ، وان شاء لم يفعل ، فان له رخصة ^(٢).

ويضعف بأن خبرنا مقيد وخبركم مطلق ، فيحمل عليه توفيقاً بين الدليلين .
فائدة :

لو قلنا بالسقوط مطلقاً ، وجب على الامام الحضور ، قاله علم الهدى ، تمسكاً بظاهر العموم السالم عن المعارض ، وظاهر كلام الشيخ في المبسوط ^(٣) ليس بجيد . قال رحمه الله : اذا طلعت الشمس حرم السفر حتى يصلي صلاة العيد ، ان كان ممن تجب عليه ، وفي خروجه بعد الفجر وقبل طلوعها تردد ، والاشبه الجواز . أقول : منشؤه : النظر الى الاصاله القاضية بالجواز ، وهو مذهب أكثر الاصحاب .

والالتفات الى أن ظاهر الرواية ^(٤) دال على التحريم ، وهو اللائح من كلام الشيخ به . أما لو خرج قبل الفجر ، فلا كراهة ولا تحريم اجماعاً .

قال رحمه الله في صلاة الكسوف : اذا حصل الكسوف في وقت فريضة

(١) تهذيب الاحكام ١٣٧/٣ ، ح ٣٦٠ .

(٢) فروع الكافي ٤٦١/٣ ، ح ٨٠ ، والرواية فيه عن سلمة .

(٣) المبسوط ١٧٠/١ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٨٦/٣ ، ح ٩٠ .

حاضرة ، كان مخيراً في الاتيان بأيهما شاء مالم يتضيق الحاضرة ، فتكون أولى .
وقيل : الحاضرة أولى ، والاول أشبه .

أقول : اذا اتفق الكسوف في وقت حاضرة : فاما أن يتضيقا ، أو يتضيق
الحاضرة دون صلاة الكسوف أو بالعكس ، ففي الاول تتغير الحاضرة ، ثم ان
كان فرط في صلاة الكسوف قضاها والا فلا ، وفي الثالث والرابع تتعين المضيق
اتفاقاً ، ثم تجب الاخرى مع الاتساع اذا وقع التفريط قضاءً بغير خلاف في
ذلك .

وانما النزاع في القسم الثاني ، فذهب الشيخ في النهاية^(١) الى وجوب الابتداء
بالحاضرة ، وهو قول علم الهدى وأكثر الاصحاب . وقال في الجمل^(٢) بالتخير
وهو خيرة أبي الصلاح منا والشافعي ، وتردد في المبسوط^(٣) .

والحق مختار الجمل ، لانهما فرضان اجتماعاً ووقتهما متسع ، فيتخير المكلف
بينهما ، اذ وجوب أحدهما يستلزم أحد محالين ، اما تضيق وقت ما فرض اتساع
فيه ، أو كون ترك العبادة أولى من فعلها .

بيان الملازمة : ان تعين أحدهما للفعل ان كان لضيق الوقت لزوم الامر الاول
وان كان لقبح تقديم الاخرى ، لزوم الثاني .

احتجوا بورود الامر بقطعها عند دخول الفريضة ، ولو ساغ فعلها لما جاز
قطعها ، ونمنع ورود الامر بقطعها مطلقاً ، بل مع تضيق^(٤) الوقت ، سلمنا لكن
نمنع صدق التالي .

(١) النهاية ص ١٣٧ .

(٢) الجمل والعقود ص ١٩٤ .

(٣) المبسوط ١/ ١٧٢ .

(٤) في « ٢ » : ضيق .

قال رحمه الله : يجوز أن يصلي صلاة الكسوف على ظهر الدابة وماشياً .
وقيل : لايجوز الامع العذر ، وهو الاشبه .

أقول : الجواز مذهب أبي علي ابن الجنيد ، ومستنده الاصل ، ورواية
علي بن فضل الواسطي قال: كتبت الى الرضا عليه السلام اذا انكسفت الشمس أو القمر
وأنا راكب لا أقدر على النزول . فكتب اليّ: صل على مركبك الذي أنت عليه^(١).
وجه الاستدلال : ان الجواب وقع عاماً ، فلا تخصيص بالمؤال بخصوص
السبب. والحق المنع ، وهو مختار أكثر الاصحاب ، لانها واجبة ، فلا تصلى على
الراحلة ، كغيرها من الفرائض ، عملاً بالعموم الدال على الحرمة ، والاصل تخالف
للدليل ، ونمنع عموم الجواز ، لوقوعه جواباً عن سؤال خاص فلا يتعداه ، وفارق
السبب حيث كان اللفظ فيه عاماً ، فلا يتخصص بالسبب .

قال رحمه الله في فصل الصلاة على الاموات : ويرفع يديه في أول تكبيرة
اجماعاً ، وفي البواقي على الاظهر .

أقول : ذهب الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) الى استحباب الرفع في
الاولى فقط ، وهو مختار أكثر الاصحاب ، واختار في الاستبصار^(٤) الثاني ، وهو
أقرب عند المصنف .

واحتج عليه في المعبر^(٥) بأن رفع اليدين مراد الله في أول التكبيرة ، وهو دليل
اختصاصه بالرجحان ، فيكون مشروعاً في الباقي ، تحصيلاً لتلك الارجحية وعندي

(١) فروغ الكافي ٤٦٥/٣ ، ح ٧ .

(٢) النهاية ص ١٤٥ .

(٣) المبسوط ١٨٥/١ .

(٤) الاستبصار ٤٧٩/١ .

(٥) المعبر ٣١٤/٢ - ٣١٥ .

فيه نظر ، اذ لا يلزم ^(١) من رجحانه في بعض عموم الرجحان ، خصوصاً مع بطلان القياس عندنا .

قال رحمه الله في فصل النوافل : والاشهر في الروايات استحباب ألف ركعة في شهر رمضان ، زيادة على النوافل المرتبة ، يصلي في كل ليلة عشرين ركعة ، ثمان بعد المغرب ، واثنى عشرة ركعة بعد العشاء على الاظهر .

أقول : اختلف الاصحاب في ترتيب هذه النوافل ، فذهب في المبسوط ^(٢) الى ما ذكره المصنف ، وهو اختيار الاصحاب ، وخيره ابن الجنيدي بين ذلك وبين صلاة اثنا عشرة ركعة بعد المغرب والباقي بعد العشاء ، وهي رواية سماعة ^(٣) . وكذا الخلاف في العشر الاواخر ، ففي رواية علي بن أبي حمزة ^(٤) ثمان بعد المغرب وبعد العشاء ، وفي رواية سماعة تصلي بعد المغرب اثنتين وعشرين ركعة والباقي بعد العشاء ^(٥) .

قال المصنف في المعتبر : طرق الروايات كلها ضعيفة ، لكن عمل الاصحاب أسقط اعتبار طريقها ، ولارجحان بينهما ، فينبغي القول فيها بالتخيير ^(٦) .

قال رحمه الله في الركن الرابع في التوابع : وأما السهو فان أخل بركن أعاد ، كمن أخل بالقيام حتى نوى ، أو بالنية حتى كبر ، أو بالتكبير حتى قرأ ، أو بالركوع حتى سجد ، أو بالسجدتين حتى ركع فيما يعد . وقيل : يسقط الزائد

(١) في «س» : اذ يلزم .

(٢) المبسوط ١/١٣٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٦٣/٣ ، ح ١٧٥

(٤) تهذيب الاحكام ٦٣/٣ - ٦٤ ، ح ١٨٥ .

(٥) تهذيب الاحكام ٦٣/٣ ، ح ١٧٥ .

(٦) المعتبر ٢/٣٧٠ .

ويأتي بالفائت ويبنى . وقيل : هذا الحكم مختص بالآخرتين، ولو كان في الاولين استأنف ، والاول أظهر .

أقول: القول الاول مذهب السيد المرتضى وسلار وأبي الصلاح وابن البراج واختاره في المعتبر^(١) ومذهب مختار شيخنا أيضاً ، لانه لم يأت بالمأموره على وجهه ، فبني في عهده التكليف .

أما الصغرى ، فلانه مأمور بالاتيان بكل ركعة بركوعها ولم يأت به ، اذ هو التقدير . وأما الكبرى فظاهرة .

لا يقال : المقدمتان ممنوعتان ، أما الاولى بمنع كونه مأموراً حال النسيان ، والا لزم تكليف ما لا يطاق . وأما الثانية فلا نسلم البقاء في عهده التكليف ، لانه انما يلزم ذلك لو قلنا ان الاتيان بالمأمور به لاعلى وجهه يوجب الاعادة ، وهو ممنوع ، لافتقار الاعادة الى دليل ثان .

ولئن سلمنا المقدمتين ، لكن نمنع دلالتهما على محل النزاع ، اذ مذهبه بطلان الصلاة ، وهما لا يدلان عليه ، بل على بقاء التكليف بالركوع ، ونحن نقول بموجبه ، اذ مع ايجاب حذف السجدين والاتيان بالركوع يكون التكليف باقياً فلا يخرج عن العهدة .

لانا نقول: الناسي لا يسقط عنه الفعل مطلقاً ، بل الاثم ، وتكليف المحال انما يلزم لو قلنا انه مكلف حالة النسيان ، أما لو قلنا انه مكلف بأن يأتي حالة ذكره فلا ، وظاهر أن النسيان غير مسقط للتكاليف .

وأما دليل وجوب الاعادة فظاهر ، اذ الاتيان بالمأمور به لاعلى وجهه ليس

اتياناً بالمأمور به^(١) .

(١) في السجدين هنا يياض بقدر الصفحة، وقال في هامش «س» : هذا الياض من
 ما في فصل الزكاة وجد في نسخة بخط شيخنا جمال الدين أحمد بن
 محمد رحمه الله .

الفصل الثالث

(في ذكر الترددات والترجيحات المذكورة في كتاب الزكاة)

قال رحمه الله : ويستحب الزكاة في غلات الطفل ومواشيه . وقيل : تجب وكيف قلنا فالتكليف بالخراج يتناول الوالي عليه . وقيل : حكم المجنون حكم الطفل ، والاصح أنه لا زكاة في ماله الا في الصامت اذا اتجر له الولي استحباباً .
أقول : في وجوب الزكاة في غلات الطفل ومواشيه قولان :
الوجوب ، اختاره الشيخان وأبو الصلاح وابن البراج ، عملاً برواية زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا : ليس في مال اليتيم العين شيء ، فأما الغلات فعليهما الصدقة واجبة^(١) . وتحمل على الاستحباب ، جمعاً بين الأدلة .

الثاني : الاستحباب ، اختاره السيد المرتضى قدس الله روحه ، والحسن بن أبي عقيل وسار وابن ادريس ، وهو الأقرب .

لنا - اصابة براءة الذمة ، والروايات الكثيرة المشهورة الدالة عليه .
وأما المجنون ، فقد ألحقه الشيخ بالصبي ، وهو ضعيف .

لنا - أنه ليس من أهل التكليف ، فلا يتناوله الامر ، ولا يلزم مثله في الصبي لو ردد النص عليه عيناً .

احتج بأن المجنون مشارك للصبي في عدم العقل .

والجواب : المشاركة في المسلوب لا يوجب التماثل .

قل رحمه الله : ولا تجب الزكاة في المال المغصوب ، ولا الغائب إذا لم يكن في يد وكيله أو وليه ، ولا الرهن على الاشبه .

أقول : قال في الخلاف : إذا استقرض ألفاً ورهن عليها مثلها ، لزمه زكاة القرض إذا بقي في يده حولاً^(١) وتردد في زكاة الرهن ، فتارة أوجبها عليه ، لانه قادر على التصرف فيه بفكه ، وتارة اسقطها ، نظراً الى أنه ممنوع من التصرف فيه . وله في المبسوط^(٢) كالقولين ، لكن الذي قواه في الخلاف الوجوب وهو الاصح ، ويحمل قول هذا الفاضل على ما اذا كان الراهن معسراً ، لتحقق المنع حينئذ .

قال رحمه الله : ولا تجب الزكاة في الدين ، فان كان تأخره من جهة صاحبه قيل : تجب الزكاة على مالكة . وقيل : لا ، والاول أحوط .

أقول : ذهب الشيخ المفيد والشيخ أبو جعفر الى الاول ، وذهب ابن أبي عقيل الى الثاني ، واختاره ابن ادريس .

احتج بعموم قوله ﷺ « هاتوا ربع عشر أموالكم »^(٣) ترك العمل به في حصول التأخير من المدين ، للاجماع ، فيبقى حجة في الباقي .

والرواية الدالة على ذلك عن الصادق عليه السلام قال : لاصدقة على الدين ، ولا

(١) الخلاف ١/ ٣٥١ مسألة ١٢٨ .

(٢) المبسوط ١/ ٢١١ .

(٣) عوالي اللئالي ٣/ ١١٥ ، برقم : ١١ .

على المال الغائب عنك حتى تقع في يدك^(١) . ولرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قلت له في الدين زكاة ؟ قال : لا^(٢) . وترك الاستفصال في حكاية الحال يدل على العموم .

احتج الشيخ برواية درست عن الصادق عليه السلام قال : ليس في الدين زكاة الا أن يكون صاصب الدين هو الذي يؤخره ، فاذا كان لا يقدر على أخذه ، فليس عليه زكاة حتى يقبضه^(٣) .

والجواب ان صحت السند حمل على الاستحباب ، جمعاً بين الأدلة . قال رحمه الله : وفي مال التجارة قولان ، أحدهما الوجوب ، والاستحباب أصح .

أقول : قال الشيخان والمرضى وأبو المصالح وابن البراج وسلاور وابن أبي عقيل بالاستحباب ، وهو الحق . وقال بعضهم بالوجوب ، وهو الظاهر من كلام ابني بابوية .

لنا - الاصل ، وما رواه زرارة قال : كنت قاعداً عند أبي جعفر عليه السلام وليس عنده غير ابنه جعفر ، فقال : يا زرارة ان أباذر وعثمان تنازعا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وقال عثمان : كل مال من ذهب أوفضة يدار ويعمل به ويتجربه ففيه الزكاة اذا حال عليه الحول . وقال أبوذر ما اتجربه أودير وعمل به ، فليس فيه زكاة ، وانما الزكاة فيه اذا كان ركازاً أو كنزاً موضوعاً ، فاذا حال عليه الحول ففيه الزكاة ، فاختصما في ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال عليه السلام : القول ما قال

(١) تهذيب الاحكام ٣١/٤ ، ح ٢٠

(٢) تهذيب الاحكام ٣٢/٤ ، ح ٤٠

(٣) تهذيب الاحكام ٣٢/٤ ، ح ٥٠

أبوذر^(١) .

احتج الموجبون بما رواه أبو الربيع الشامي عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعاً ، فكسب عليه متاعاً^(٢) وقد كان زكى ماله قبل أن يشتري به هل عليه زكاة أو حتى يبيعه ؟ قال : ان أمسكه التماس الفضل على رأس فعلية الزكاة^(٣) .

والجواب الحمل على الاستحباب . قال رحمه الله : ان سلم السند .

قال رحمه الله في الغنم خمسة نصب : أربعون وفيه^(٤) شاة ، ثم مائة واحدى وعشرين وفيه شاتان ، ثم مائتان وواحدة ففيه ثلاث ، ثم ثلاثمائة وواحدة ، فإذا بلغت ذلك قبل : يؤخذ من كل مائة شاة ، وقيل : تجب أربع شياة ، حتى تبلغ أربع مائة فتؤخذ من كل مائة شاة ، بالغاً ما بلغ ، وهو الاظهر . وتظهر الفائدة في الوجوب وفي الضمان .

أقول : ذهب السيد المرتضى وابنا بابوية وسلار وابن ادريس الى الاول ، لرواية محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام أنه قال : ليس فيمادون الاربعين شيء ، فإذا كانت أربعين ففيها شاة الى عشرين ومائة ، فإذا زادت واحدة ففيها شاتان الى المائتين فإذا ارادت واحدة ففيها ثلاث من الغنم الى ثلاثمائة ، فإذا كثر الغنم ففي كل مائة شاة - الحديث^(٥) . نحصل الكثرة بانضمام واحدة اليها .

ودهب الشيخ وابن الجبند الى الثاني ، لقول الباقر والصادق عليهما السلام : فإذا بلغت

(١) تهذيب الاحكام ٧٠/٤ - ٧١ ، ح ٨٢ .

(٢) في التهذيب : فكسب عليه متاعه .

(٣) تهذيب الاحكام ٦٨/٤ ، ح ١ .

(٤) وفي الشرائع : وفيها ، وكذا في المواضع الالية .

(٥) تهذيب الاحكام ٢٥/٤ ، ح ٢٣ .

ثلاثمائة ففيه مثل ذلك ثلاث شياة ، فاذا زادت واحدة ففيها أربع شياة - الحديث^(١).
وقوله « وتظهر الفائدة في الوجوب » فعلى الاول - وهو قول المرتضى ومن وافقه - تجب ثلاث شياة . وعلى الثاني - وهو قول الشيخ ومن تبعه - تجب أربع شياة .

وقوله « وفي الضمان » أنه لو تلفت الواحدة من غير تفريط بعد الحول وقبل إمكان الاداء ، فعلى الاول لا تسقط ، لان الواحدة الزائدة شرط في تعيين الفرض ، وإيست جزءاً من محل الوجوب ، لتصريح الرواية بأن في كل مائة شاة ، فلم يتعلق الواجب بشيء من الزائد .

وعلى الثاني تسقط الأربع شياة على ثلاثمائة جزء وجزء ، وتسقط منه أربعة أجزاء من ثلاثمائة جزء وجزء من شاة ، فيبقى الواجب عليه ثلاث شياة ومائتي جزء وسبعة وتسعون جزءاً من ثلاثمائة جزء وجزء من شياة .

والضابط : أن التالف ان كان من الزائد على الفريضة ، لم تسقط شيء بسبب التالف ، كخمسین تلف منها عشرة ، فالفريضة واجبة في الأربعين ، ولا عبرة بالتالف . وان كان من أصل الفرض ، سقط من الفرض بنسبته مائة وعشرين يتلف منها واحدة .

قال رحمه الله : الشرط الثاني السوم ، فلا تجب الزكاة في المعلوفة ، ولا في السخال الا اذا استغنت عن الامهات بالرعي ، ولا بد من استمرار السوم طول^(٢) الحول ، فلو علفها بعضاً ولو يوماً ، استأنف الحول عند استئناف السوم ، ولا اعتبار باللمحة عادة . وقيل : يعتبر في اجتماع السوم والعلف الاغلب ، والاول أشبه .

(١) تهذيب الاحكام ٢٥/٤ ، ح ١ .

(٢) في الشرائع : جملة .

أقول : ذهب جماعة من الفقهاء الى الاول ، وذهب الشيخ في الخلاف^(١) الى الثاني . احتج الاولون بوجهين :

الاول: أن اصاله البراءة تنفي الوجوب ، ترك العمل بها في السائمة للاجماع فيبقي الباقي على اصالته .

الثاني : السوم شرط في الوجوب اجماعاً وقد انتفى ، فينتفي المشروط ، وهو وجوب الزكاة ، وفي الرواية المشهورة عن الباقر والصادق عليهما السلام قالوا : ليس على المملوكة شيء ، انما ذلك على السائمة الراعية^(٢) .

واحتجوا به رحمه الله بأن الاغلبية معتبرة في سقي الغلات ، فتعتبر هنا قياساً عليها ، باطل . أما أولاً ، فلان القياس ليس حجة عندنا . وأما ثانياً ، فلعدم الجامع بينهما .

قال رحمه الله : ولو اختلف أحد شروط الزكاة في أثناء الحول بطل الحول مثل أن نقصت عن النصاب فأتمها ، أو عاوضها بمثلها أو بجنسها على الاصح .

أقول : قال في المبسوط : اذا بادل جنساً بجنسه لزمته الزكاة ، مثل ذهب ، وذهب ، أو مئة بفضة ، أو غنم بغنم ، وما أشبه ذلك^(٣) . والحق ما ذكره المصنف .
لنا - قوله عليه السلام : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »^(٤) .

احتج بموم الاوامر . والجواب نعم يخص للدليل^(٥) .

قال رحمه الله : وقيل : اذا فعل ذلك فراراً وجبت الزكاة . وقيل : لانجب .

(١) الخلاف ٣٢٣/١ ، مسألة ٦١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٢/٤ - ٢٣ ، ح ٤ .

(٣) المبسوط ٢٠٦/١ .

(٤) المبسوط ١٩٣/١ .

(٥) في «س» : يخصص الدليل .

وهو الاظهر .

أقول : ذهب الشيخ أيضاً أنه اذا بادل جنساً بغير جنسه فراراً من الزكاة وجبت محتجاً بما تقدم . وجوابه ماسلف . ولنا الرواية السابقة .

قال رحمه الله : ولو تفاوتت الاسنان بأزيد من درجة واحدة ، لم ينضاعف التقدير الشرعي ، ورجع في التقاص الى قيمة السوق على الاظهر .

اقول : ذهب أبو الصلاح الحلبي الى تضاعف التقدير الشرعي ، فلو وجبت عليه بنت مخاض وليست عنده ، بل حقة دفعها واسترجع أربع شياة ، أو أربعين درهماً [وبالعكس يدفع ويخير بأربع شياة ، أو أربعين درهماً^(١)] وكذا لو لم يجد حقة ووجد جذعة دفعها واستعاد ست شياة ، أو ستين درهماً . وينعكس الفرض بانعكاس التقدير ، وكذا فيما عدا أسنان الابل .

واختار ابن ادريس ما ذكره المصنف رحمه الله ، لان التقدير المذكور في الدرجة الواحدة على خلاف الاصل ، فيقتصر به على مورده ، لان التعدي قياس وهو باطل .

قال رحمه الله : والشاة التي تؤخذ من الزكاة قيل : أقلها الجذع من الضأن أو الثني من المعز . وقيل : ما يسمى شاة ، والاول أظهر .

أقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده الحديث المروي عن النبي ﷺ^(٢) . وأما الثاني فقد نقله المصنف في هذا الكتاب ، ولم يحصل الان القائل به . فان كان نقله حقاً ، فمستنده اطلاق الاحاديث المشهورة .

قال رحمه الله : ولا تجب الزكاة في الذهب حتى يبلغ عشرين ديناراً ، وفيه عشرة فراريط ، ثم ليس في الزائد شي حتى يبلغ أربعة دنانير ، ففيها قيراطان ،

(١) ما بين المعقوفين من «س» .

(٢) سنن النسائي ٣٠ / ٥ وسنن أبي داود ١٣٧ / ٢ .

فلا زكاة فيما دون عشرين مثقالاً ، ولا فيما دون أربعة [دنانير] ثم كل ما زاد المال أربعة ، ففيها قيراطان بالغاً ما بلغ . وقيل : لازكاة في العين حتى يبلغ أربعين ففيه دينار ، والاول أشبه .

اقول : القول الاول هو المشهور بين علمائنا ، عملاً بعموم قوله عليه السلام « هاتوا ربع عشر أموالكم »^(١) ترك العمل به فيما دون العشرين ، للاجماع ، فيبقى الباقي على عمومته ، وغير ذلك من الاحاديث المروية من طرفنا وطرق الجمهور أيضاً . والثاني ذكره ابن بابويه ، عملاً بالاصل ، واستناداً الى ظاهر الرواية المروية عن الباقر والصادق عليهما السلام قالوا : في الذهب في كل أربعين مثقالاً مثقال ، وفي الورق في كل مائتي درهم خمسة دراهم ، وليس في أقل من أربعين مثقالاً شيء ، ولا في أقل من مائتي درهم شيء^(٢) . والاصل يخرج عنه للدليل ، والرواية معارضة بروايات كثيرة صحيحة السند .

وقال في التهذيب : يحمل قوله « ليس فيما دون أربعين مثقالاً شيء » على أن المراد بالشيء دينار ، لان لفظة « الشيء » يصح أن يكنى به عن كل شيء^(٣) . قال المصنف في المعتبر : وهذا التأويل عندي بعيد^(٤) .

والقول : ما ذكره حسن^(٥) اذ النكرة في سياق النفي للعموم . أما أولاً فلصحة الاستثناء التي^(٦) يخرج من الكلام مالولاه لدخل . وأما ثانياً فلان قولنا « لاشيء

(١) عوالى اللئالى ٣ / ١١٥ ، برقم : ١١ .

(٢) تهذيب الاحكام ١١ / ٤ ، ح ١٧٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ١١ / ٤ .

(٤) المعتبر ٢ / ٥٢٤ .

(٥) فى «س» : تخصص .

(٦) فى «م» : الذى .

فيه» مناقض لقولنا «فيه شيء» ونقيض الموجبة الجزئية سالبة كلية .
 قال رحمه الله : لازكاة في السبائك والنقار. وقيل : اذا عملهما كذلك فراراً
 وجبت الزكاة ، ولو كان قبل الحول ، والاستحباب أشبه .
 اقول : للاصحاب في هذه المسألة قولان ، أحدهما الوجوب ، واختاره
 الشيخ في أكثر كتبه ، وابنا بابوية والمرضى قدس الله روحه .
 والثاني الاستحباب ، وهو اختيار المفيد قدس الله روحه . والقول الآخر
 للسيد ، واختاره ابن أبي عقيل وفتوى ابن ادريس .
 احتج الموجبون بالاحتياط ، وبرواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١)
 ومثلها رواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام ^(٢) .
 واحتج الآخرون باصالة براءة الذمة ، وبظاهر الروايات المشهورة وصريحها
 والاحتياط معارض بالاصالة ، والروايتان محمولتان على الاستحباب جمعاً بين
 الأدلة .
 قال رحمه الله : وزكاة القرض على المقرض ان تركه حولا بحاله ، ولو
 شرطها على المقرض ، قيل : يلزم الشرط . وقيل : لا يلزم ، وهو الاشبه .
 اقول : ذهب الشيخ في النهاية ^(٣) الى اللزوم ، وأطبق باقي الاصحاب على
 خلافه ، وهو الحق .
 لنا - اصالة براءة ذمة المقرض ، ولان الزكاة متعلقة بالعين ولاعين هنا ، انما
 العين في يد المقرض .
 وبؤيده رواية يعقوب بن شبيب الصحيحة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

(١) تهذيب الاحكام ٩/٤ ، ح ١٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٩/٤ ، ح ١٢ .

(٣) النهاية ص ١٧٦ .

الرجل يقرض المال للرجل السنة والستين والثلاث أو ماشاء الله ، على من الزكاة؟
على المقرض أو المقرض ؟ فقال : على المقرض ، لان له نفعه فعليه زكاته^(١) .
نص عليه السلام على العلة ، فكانت أبلغ في التنصيص ، وأبلغ من هذه
الرواية رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام^(٢) .

احتج الشيخ رحمه الله بعموم قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) وبرواية
منصور بن حازم الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استقرض مالا وحال
عليه الحول وهو عنده ، فقال : ان كان الذي أقرضه يؤدي زكاته فلا زكاة عليه ،
وان كان لا يؤدي أدى المستقرض^(٤) . والعام يخص للدليل .

والرواية غير دالة على موضع النزاع ، بل يدل على سقوط الزكاة عن المقرض
مع تبرع المقرض بالاداء ، والنزاع انما وقع في اللزوم .

فقال رحمه الله : لانجب الزكاة في غير الاجناس الاربعة من الغلات : الحنطة
والشعير والتمر والزبيب ، لكن يستحب فيما عداها من الحبوب مما يدخله المكيال
والميزان ، كالذرة والارز والعدس والسلت والماش والعلس . وقيل : السلت
كالشعير ، والعلس كالحنطة في الوجوب ، والاول أشبه .

اقول : هذا القول ذهب اليه الشيخ رحمه الله . وفسر السلت بأنه نوع من
الشعير . والعلس بأنه نوع من الحنطة ، قال ويقال : انه اذا ديس بفي حبتين
في كمام ، ثم لا يزال كذلك حتى يدق ، أو يطرح في رحي خفيفة ولا يبقى بقاء
الحنطة ، وانما بقاءه في كمامه ، ويزعم أهلها أنها اذا هرسست ، أو طرحت في رحي

(١) تهذيب الاحكام ٣٣/٤ ، ح ٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٣/٤ ، ح ٩ .

(٣) عوالي اللئالي ٢٩٣/١ ، برقم : ١٧٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٢/٣ - ٣٣ ، ح ٧ .

خفيفة، خرجت على النصف^(١).

وما ذكره الشيخ من التفسير قد ذكره الجوهري^(٢).

والحق الاستحباب، عملاً باصالة البراءة السالمة عن المعارض، ويؤيده رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: الزكاة على تسعة أشياء: الذهب والفضة، والحنطة والشعير والتمر والزبيب، والابل والبقر والغنم، وعفى رسول الله ﷺ عما سواه^(٣). وغير ذلك من الروايات.

واحتجاه بصدق اسم الشعير والحنطة عليهما، فيدخلان تحت العموم الدال على وجوب الزكاة عليهما ضعيف، لانا نمنع صدق اسم الشعير على السلت حقيقة وكذا صدق اسم العلس، نعم يصدقان مجازاً، والمجاز لا يصار اليه بدون القرينة ولا قرينة هنا.

قال رحمه الله: والحد الذي تتعلق به الزكاة من الاجناس أن يسمى حنطة أو شعيراً أو تمرأ أو زبيباً. وقيل: بل اذا احمر ثمر النخل، أو اصفر، أو انعقد الحصرم، والاول أشبه.

اقول: القول الاخير هو المشهور بين الاصحاب. وأما الاول، فلا أعرف قائلًا به من علمائنا، وانما هو شيء اختص به رحمه الله في هذا الكتاب وغيره من مصنفاته، عملاً بظاهر النقل، وتمسكاً بمقتضى الاصل.

وتظهر فائدة الخلاف قبل صيرورته تمرأ أو زبيباً أو حنطة أو شعيراً، فعلى ما اختاره رحمه الله لا يضمن. وعلى قول الاصحاب يضمن، لتحقق الوجوب. احتج الشيخ رحمه الله بأن البسر يسمى تمرأ لغة. قال صاحب الصحاح:

(١) المبسوط ٢١٧/١.

(٢) صحاح اللغة ٩٤٩/٢.

(٣) تهذيب الاحكام ٣/٤، ح ٤.

البسر أوله طلع ، ثم خلال ، ثم بلح ، ثم بسر ، ثم رطب ، ثم تمر^(١) فتجب فيه الزكاة ، عملاً بالروايات المشهورة الدالة على وجوب الزكاة في التمر .
والجواب : نسلم أنه يسمى تمرّاً لاحقيقة لكن مجازاً ، بدليل سبق غيره الى الفهم ، والمجاز انما يصار اليه للقرينة ، ولاقرينة في الاحاديث دالة على ارادة البسر من لفظ التمر ، فأما دعواهم فيما عدا البسر فتحكم محض .
قال رحمه الله : ولاتجب الزكاة الا بعد اخراج حصة السلطان والمؤن كلها على الاظهر .

أقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن زكاة الزرع بعد اخراج جميع مؤنثته كاجرة السقي والعمارة والحافظ والمعاون في صرام وحصاد وما أشبههما ، وقال في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) : ان ذلك على رب المال دون الفقراء ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأحمد .
لنا - أن المؤونة سبب النمو والحفظ ، فتكون على الجميع ، أعني : على المستحق والمالك ، اذ هو مشارك له .
الثاني : الاصل براءة ذمة المالك من وجوب الدفع ، ترك العمل به في صورة اخراج الزكاة للاجماع ، فيبقى الباقي على أصله .

الثالث : التمسك بظاهر قوله عَلَيْكَ «لا ضرر ولا ضرار»^(٤) . احتجوا بقوله عليه السلام : فيما سقت السماء العشر ، أو نصف العشر^(٥) . فلو أخرجت المؤونة

(١) صحاح اللغة ٥٨٩/٢ .

(٢) المبسوط ٢١٧/١ .

(٣) الخلاف ٣٢٩/١ مسألة ٧٧ .

(٤) عوالي اللئالي ٣٨٣/١ و٢٤/٢ و٣١٠/٣ .

(٥) نهذيب الاحكام ١٤/٤ ، ج ٢ .

لنقص نصيب الفقراء عن هذا الفرض ، والعام يخص للدليل ، وقد بيناه .
و أجاب عنه في المعتبر^(١) بأنه غير متناول لصورة النزاع ، لأن العشر
مما يكون له نماء وفائدة ، فلا يتناول المؤونة ، وأنت تعرف [ضعف]^(٢) هذا
الجواب .

قال رحمه الله: اذا كان له نخل تطلع مرة واخرى تطلع مرتين، قيل :لا يضم
الثاني الى الاول ، لانه في حكم ثمرة سنتين وقيل : يضم ، وهو الاشبه .
أقول: القول الاول ذكره الشيخ في المبسوط^(٣) ، محتجاً بما ذكره المنصف
والحق أنها تضم ، كما لو اختلفت في الادراك ، أو الاطلاع ، أو فيهما ، وحجته
منقوضة بعين ما ذكرناه من الدليل .

قال رحمه الله: لو صارت الثمرة تمرأ والمالك حي، ثم مات، وجبت الزكاة
وان كان دينه يستغرق تركته . ولو ضاقت التركة عن الدين قيل: يقع التحاص بين
أرباب الزكاة والديان ، وقيل : تقدم الزكاة ، لتعلقها بالعين قبل تعلق الدين بها ،
وهو الأقوى .

أقول: القول الاول اختاره الشيخ في المبسوط^(٤) ، محتجاً بأنهما حقان على
عين واحدة ولا أولوية ، فوجب التقييط ، والثاني قول بعض علمائنا ، ولعله
الأقرب لوجهين :

الاول : الزكاة واجبة في العين مطلقاً ، والدين ثابت في الذمة ، وانما تعلق
بالعين بعد موته ، ولا جرم أن الاول أسبق ، فكان أولى عملاً بالمناسبة ، وهو

(١) المعتبر ٥٣٣/٢ .

(٢) الزيادة من هامش «س» .

(٣) المبسوط ٢١٥/١ .

(٤) المبسوط ٢١٨/١ .

جواب حجته .

الثاني : قوله عليه السلام : دين الله أحق أن يقضى ^(١).

قال رحمه الله: اذا ملك نخلًا قبل بدو صلاحه ، فزكاته عليه . وكذا لو اشترى ثمرة على الوجه الذي يصح ، فان ملك الثمرة بعد ذلك ، فالزكاة على المملك ، والاولى الاعتبار بكونه تمرًا لتعلق الزكاة بما يسمى تمرًا لابما يسمى بسرًا .

أقول: هذه المسألة التي ذكرها مبنية على مسألة التعلق ، فكل من قال بتعلق الزكاة عند بدو الصلاح ، أوجب الزكاة هنا على المالك ، وكل من لم يقل به لم يوجبها عليه ، بل على المشتري .

ولما كان مذهبه تعلق الزكاة بما يسمى تمرًا ، لاجرم لم يوجبها عليه ، بل على المشتري .

قال رحمه الله : ولو كان بيده نصاب بهض حول ، فاشترى به متاعاً للتجارة ، قيل: كان حول العرض حول الاصل ، والاشبه استئناف حول .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله ، فقال : اذا اشترى عرضاً للتجارة بدراهم أو دنابر ، كان حول السلعة حول الاصل . والحق الاستئناف ، وهو اختياره في المعتبر ^(٢).

لنا - أنه مال لم يحل عليه الحلول ، فلا تجب فيه الزكاة . أما الصغرى فظاهرة ، اذ التقدير ذلك . وأما الكبرى فلقوله عليه السلام : لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول ^(٣). وقد بينا في الاصول أن النكرة في سياق النفي للعموم .

أحتج بأن زكاة التجارة متعلقة بالقيمة ، فكانا كالمال الواحد ، فلا يعتبر لها

(١) صحيح البخارى ١٣٩/٢ .

(٢) المعتبر ٥٤٧/٢ .

(٣) عوالى اللالى ٢١٠/١ و ٢٣١/٢ .

حول بانفرادها . وهو منقوض بنصب الابل الخمسة ، فان الزكاة ثم متعلقة بالقيمة مع أن الحول معتبر فيها اجماعاً .

قال رحمه الله : اذا ملك أحد النصب الزكائية ، سقطت زكاة التجارة ، ووجبت زكاة المال ، ولانجتمع الزكاتان ، ويشكل ذلك على القول بوجوب زكاة التجارة .

اقول : الاشكال في تخصيص احدهما بالوجوب دون الاخرى ، لا في وجوبهما معاً ، فان ذلك لم يقل به أحد ، فذهب الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى وجوب زكاة العين ، لان وجوبها [متفق عليه ، فكان أولى ، واختصاص وجوبها]^(٣) بالعين ، بخلاف زكاة التجارة . وذهب بعض فقهاء الجمهور الى وجوب زكاة التجارة ، ولانها أجزل حظاً للمساكين .

ويضعف الاول بأن الاتفاق على الوجوب ليس بمرجح^(٤) عند القائل بوجوب زكاة التجارة . وكذا اختصاص وجوبها بالعين ، ولانسلم أن مراعاة الحظ للمساكين لازمة ، ولو قبل بالتخيير كان وجهاً .

فخرج :

ان كان عنده عبد أو عبيد للتجارة قيمتهم^(٥) نصاب ، وجبت عند حؤول الحول زكاة الفطرة والتجارة ، لاختلاف التعلقين .

قال رحمه الله : لو عاوض أربعين سائمة بأربعين سائمة للتجارة ، سقط

(١) المبسوط ١/ ٢٢٢ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٤٣ .

(٣) ما بين المعقوفين من «س» .

(٤) في «م» : مرجحاً .

(٥) في «س» : قيمتهم .

وجرب المالية والتجارة ، واستأنف الحول فيهما ، وقيل : بل يثبت زكاة المال مع تمام الحول دون التجارة ، لان اختلاف العين لا يقدح في الوجوب مع تحقق النصاب في الملك ، والاول أشبه .

أقول : قد مر مثل هذه المسألة في أول باب الزكاة ، فلاحاجة الى التويل فليطلب من هناك . ولو عكس الشيخ هنا كان أجود ، لان مال التجارة لا يشترط بقاء عينه طول الحول ، بناءً على مذهبه من تعلق الزكاة بالقيمة هنا .

قال رحمه الله : اذا ظهر في مال المضاربة الربح ، كانت زكاة الاصل على رب المال لانفراده بملكه ، وزكاة الربح بينهما ، يضم حصة المالك الى ماله ويخرج منه الزكاة ، لان رأس ماله نصاب . ولا يستحب في حصة الساعي زكاة الا أن يكون نصاباً .

وهل يخرج قبل أن ينض المال ؟ قيل : لا ، لانه وقاية لرأس المال . وقيل : نعم ، لان استحقاق الفقراء أخرجه عن كونه وقاية ، وهو أشبه .

أقول : هذه المسألة تردد فيها الشيخ في المبسوط^(١) ، من تعجيل الانخراج و ما حره الى الابد .

روحه الاول أن الربح ملك الفقراء منه قسطاً بظهوره ، فيخرج عن كونه مالاً ، والا اجتمع النصبان .

روحه الثاني أن ربح العامل وقاية لرأس مال المضاربة اجماعاً ، فيجب تأخير الانخراج حتى يفسد ، والاخرج عن كونه وقاية ، وقد فرضناه كذلك ، هذا خلف .

قال رحمه الله : أصناف المستحقين للزكاة سبعة : الفقراء والمساكين ، وهم الذين ينصر أموالهم عن مؤونتهم^(٢) . وقيل : من يقصر ماله عن أحد النصب الزكائية

(١) المبسوط ١/ ٢٢٣ .

(٢) في الشرائع : مؤونة سنتهم .

ثم من الناس من جعل اللفظين بمعنى واحد ، ومنهم من فرق بينهما في الآية ، والاول أشبه .

أقول : ليس في تحقيق معنى المسكين والفقر فائدة في باب الزكاة ، وربما كان في غيرها ، لان الزكاة تدفع اليهما معاً .

وانما الفائدة في تحقيق الضابط الذي باعساره يستحق الزكاة ، فذهب الشيخ في الخلاف^(١) الى أن الضابط أن لا يكون مالكا لأحد النصب الزكائية ، أو قيمته فمضى كان مالكا لشيء من ذلك حرم عليه الاخذ .

وقال في المبسوط : وفي أصحابنا من قال : من ملك نصاباً تجب فيه الزكاة تحرم عليه الصدقة ، وذلك قول أبي حنيفة^(٢) .

وللشيخ قول آخر : ان الضابط أن لا يكون قادراً على تحصيل المؤونة له ولعيله ، وهو الوجه ، واختاره في المعتبر^(٣) .

لنا - قوله **الْعَبْدُ** : لاتحل الصدقة الا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يجدسداداً من عيش ، أو قواماً من عيش^(٤) . والروايات المشهورة الصحيحة عنهم **عليهم السلام** . قال رحمه الله في صفات العاملين : وفي اعتبار الحرية تردد .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى اشتراط الحرية في العامل ، والوجه عدم الاشتراط ، وهو فتوى شيخنا .

لنا - انه نوع اجارة ، والعبد أهل لها . احتج الشيخ أن العامل انما يستحق النصب بعمله ، والعبد ليس من أهله ،

(١) الخلاف ٣٧٢/١ .

(٢) المبسوط ٢٥٧/١ .

(٣) المعتبر ٥٦٦/٢ .

(٤) سنن أبي داود ١٢٠/٢ .

ومولاه!م يعمل .

والجواب : عمل العبد كعمل المولى .

قال رحمه الله : وفي الرقاب وهم ثلاثة : المكاتبون ، والعبيد تحت الشدة ، والعبد يشتري ويعتق وان لم يكن في شدة ، لكن بشرط عدم المستحق . وروي رابع ، وهو من وجب عليه كفارة ولم يجد ، فانه يعتق عنه ، وفيه تردد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في النهاية^(١) رواية .

وفي المبسوط : وأما سهم الرقاب ، فانه يدخل فيه المكاتبون اجماعاً - وأراد بذلك اجماع الخاصة والعامة - وعندنا أنه يدخل فيه العبيد اذا كانوا في شدة فيشترون ويعتقون عن أهل الصدقات ، وتكون ولاؤه لارباب الصدقات . ولم يجز ذلك أحد من الفقهاء - وعنى بذلك فقهاء الجمهور - وروى أصحابنا أن من وجب عليه عتق رقبة في كفارة ولا يقدر على ذلك جاز أن يعتق عنه ، والاحوط أن يعطي ثمن الرقبة ، لكونه فقيراً ، فيشتري هو ويعتق عن نفسه^(٢) .

ولم يذكر ذلك أحد من علمائنا غيره ، وما ذكره رحمه الله حسن ، فيكون حينئذ اعطاؤه من سهم الغارمين ، لأن القصد ابراء ذمته من الكفارة . ويحتمل اعطاؤه من سهم الرقاب ، اذ المقصود اعتاق الرقبة .

ووجه التردد تساوي الاحتمالين عنده رحمه الله ، وهو اختياره في المعبر^(٣) .

قال رحمه الله : ولو ادعى المكاتب أنه كوتب قيل : يقبل . وقيل : لا يقبل ، الا بالبينة أو يحلف ، والاول أشبه ، ولو صدقه مولاه قيل .

أقول : اذا ادعى العبد الكتابة ففيه صور ثلاث :

(١) النهاية ص ١٨٤ .

(٢) المبسوط ٢٥٠ / ١ .

(٣) المعبر ٥٧٤ / ٢ .

الاولى : أن ينضم الى دعواه تصديق المولى ، والاقوى القبول ، لانه اقرار في حقه ، فيكون نافذاً . والمقدمتان ظاهرتان ، وحكى الشيخ أنه لايقبل ، لجواز المواطاة . واختار الاول في من عرف أن له عبداً^(١) ، والثاني في من لاعرف له ذلك .

الثانية : أن يصادف دعواه انكار المولى ، فهذا لايقبل قوله اجماعاً ، الا أن يقيم البينة على ذلك .

الثالثة: أن تتعزى الدعوى عنهما جميعاً ، فجزم الشيخ رحمه الله بعدم القبول الامع البينة ، عملاً بأصالة بقاء الرق ، فيستصحب الى ظهور المنافي . والحق القبول ، وهو فتوى شيخنا .

لنا - أنه مسلم ادعى أمراً ممكناً ، ولم يظهر ماينفيه ، فيصار الى دعواه .

قال رحمه الله : والغارمون ، وهم المدينون في غير معصية الله ، فلو كان في معصية لم يقض عنه ، نعم لو تاب صرف اليه من سهم الفقراء ، وجاز أن يقضي هو . ولو جهل في ماذا أنفقه قيل : يمنع . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

اقول : القول الاول ذكره الشيخ في النهاية^(٢) ، عملاً بظاهر رواية محمد ابن مسلم عن الرضا^(٣) عليه السلام قال قلت : فهو لايعلم في ماذا أنفقه في طاعة أم في معصية ، قال : يسعى في ماله فيرده عليه وهو صاغر^(٤) .

ولان الانفاق في غير المعصية شرط في جواز الدفع ، وهو لايتحقق مع الجهل

(١) في «س» : عرف له عبد .

(٢) النهاية ص ١٨٤ .

(٣) كذا في النسخين ، وفي المعبر : رواية محمد بن سليمان عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا محمد عن الرضا عليه السلام .

(٤) المعبر ٥٧٦/٢ .

والرواية ضعيفة السند ، والطاعة والمعصية من الامور الباطنة ، فيمتنع التكليف بالعلم بها ، بل يكفي غلبة الظن ، وهي حاصلة هنا .

والقول الثاني ذكره ابن ادريس ، وهو الحق ، تنزيلا لتصرف المسلم على المشروع .

قال رحمه الله : ولودفع الغارم مادفع اليه من سهم الغارمين في غير القضاء أرتجع على الاشبه .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى أنه لا يرتجع ، لحصول الملك بالقبض ، والحق الارتجاع لمخالفته قصد المالك . وقوله رحمه الله « الملك حصل بالقبض » ممنوع ان أراد مطلق الملك ، بل ملكه ليصرفه في وجه خاص ، فلا يسوغ له غيره .

قال رحمه الله : ولو ادعى أن عليه ديناً الى آخره .

أقول : البحث في هذه المسألة كالبحت في مسألة المكاتب ، وقد استقصينا الكلام فيها ، فليطلب من هناك .

قال رحمه الله : وفي سبيل الله ، وهو الجهاد خاصة . وقيل : يدخل فيه المصالح ، كبناء القناطر ، والحج ، ومساعدة الزائرين ، وبناء المساجد ، وهو الاشبه .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في النهاية الى أن السبيل المذكور في الآية مختص بالجهاد ، اذ هو المتبادر الى الذهن عند الاطلاق ، ونمنع ذلك ، وهو قول المفيد رحمه الله ، واختاره سلا .

(١) المبسوط ١ / ٢٥١ .

(٢) الخلاف ٢ / ١٣٤ .

(٣) النهاية ص ١٨٤ .

وأطبق باقي الاصحاب عدا ابن الجنيد على الثاني . وأما ابن الجنيد، فخصه بالمرباط والمجاهد وتعلم الاداب منصل بالدليل ، وهو الحق .
لنا - أن السبيل في اللغة هو الطريق ، فاذا أضيف الى الباري تعالى كان عبارة عن كل ما يكون وصلة اليه تعالى ، اذ الاضافة تفيد اختصاص المضاف بالمضاف اليه ، ولا جرم أن ذلك غير مختص بالجهد حقيقة ، والمجاز انما يصار اليه للقرينة وحيث لا قرينة فلا ضرورة .

قال رحمه الله : الثاني العدالة ، وقد اعتبرها كثير ، واعتبر آخرون مجانبة الكبائر ، كالخمر والزنا ، دون الصفائر وان دخل بها في جملة الفساق ، والاول أحوط .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى اعتبارها الا في المؤلفه ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس الله روحه ، والظاهر من كلام شيخنا المفيد كرم الله محله ، واختاره أبو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس . وذهب ابنا بابوية الى أن العدالة غير معتبرة ، واختاره سلال .
والاول أشبه ، وهو القول لابن ادريس ، واعتبر ابن الجنيد مجانبة الكبائر حسب .

احتج الاولون بوجوه :

الاول: الاحتياط ، اذ مع اعطائها من هذه صفته تحصل البراءة قطعاً، بخلاف الدفع الى الفاسق .

الثاني: التمسك بالظواهر من الايات، والسنة المقطوع بها الدال على النهي عن معونة الفاسق .

الثالث : مارواه داود الصيرفي قال : سأله عن شارب خمر يعطى من الزكاة

شيئاً ، قال : لا^(١) . وهذه الرواية هي حجة ابن الجنيّد .

واحتمج الآخر بظاهر الآية ، ترك العمل به في غير المؤمن ، للاتفاق عليه ، فيبقى الباقي على عمومته ، وغير ذلك من الاحاديث المشهورة من طرقنا وطرق الجمهور أيضاً ، والاحتياط معارض بأصالة البراءة ، والايات التي أشاروا اليها لم يذكرها .

ونحن مارأينا في القرآن شيئاً يدل على النهي عن ذلك . لا قطعاً ولا ظاهراً ، بل وجد ما يدل بظاهره على المنع من معاونة الفاسق على فسقه ، وهو غير صورة النزاع ، والرواية مقطوعة السند ، فلاحجة فيها .

قال رحمه الله : والذين يحرم عليهم الصدقة الواجبة من ولد هاشم خاصة على الاظهر ، وهم الان أولاد أبي طالب والعباس والحارث وأبي لهب .

اقول : المشهور أن الذين يمنعون الزكاة الواجبة من ولده عبدالمطلب بن هاشم ، وهم اليوم أولاد أبي طالب والعباس والحارث وأبي لهب ، لقوله ﷺ : ان الصدقة لاتحل على بني عبدالمطلب^(٢) . وقول جعفر بن محمد عليه السلام ان الصدقة لاتحل لولد العباس ولانظرائهم من بني هاشم^(٣) .

وعلى تحريمها على هؤلاء اجماع الامامية ، بل اجماع الامة ، وهل يحرم على بني المطلب^(٤) ؟ قال ابن الجنيّد : نعم ، وهو ظاهر كلام المفيد في الرسالة العزيزية^(٥) ، لانه سوغ لهم أخذ الخمس . وأطبق باقي علمائنا على خلافه ، وهو

(١) تهذيب الاحكام ٥٢/٤ ، ح ٩٠ ، وفيه عن داود الصرمي .

(٢) تهذيب الاحكام ٥٨/٤ ، ح ٢٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩/٤ ، ح ٥٠ .

(٤) قال في هامش «س» : في نسخة الشيخ « عبدالمطلب » وفيه ما فيه .

(٥) الرسالة العزيزية - مخطوط .

الوجه .

لنا - الاصل الجواز ، وعموم قوله تعالى « انما الصدقات للفقراء »^(١) ترك العمل به في بعض الصور ، فيجب العمل به في الباقي الى ظهور المخصص .
احتجا بقوله عَلَيْهِ : أنا وبنو المطلب لم نفتق في جاهلية ولا اسلام ، نحن وهم شيء واحد^(٢) . ورواية زرارة الحسنة عن أبي عبد الله عَلَيْهِ قال : لو كان عدل ما احتاج هاشمي ولا مطلبي الى صدقة ، ان الله جعل لهم في كتابه ما كان فيه سعتهم ولا يحل لاحد منهم^(٣) . واذا كانوا مستحقين للخمس حرمت عليهم الزكاة ، اذ لا قائل بالفرق .

والحديث الاول غير دال على صورة النزاع ، اذ عدم الافتراق غير دال على المساواة في تحريم الزكاة ، بل المراد به الاتفاق في الكلمة ، اذ هو المتبادر عند الاطلاق . وأما الخبر المروي من طرقنا ، فضعيف السند ، فلا يخص به عموم القرآن .

فائدة :

هاشم وعبد شمس والمطلب ونوفل وأبو عمرو أولاد المغيرة ، وكنيته عبد مناف . فأما هاشم ، فأعقب جماعة منهم عبدالمطلب ، وكلهم لم يعقبوا الا عبد المطلب ، فانه أعقب عشرة ، منهم الذكور ، وستاً من الاناث .
ولم يعقب من أولاد عبدالمطلب الذكور سوى خمسة ، وهم : عبد الله وأبو طالب والعباس والحارث وأبو لهب ، وانما سمي عبدالمطلب بهذا الاسم ، لان

(١) سورة التوبة : ٦٠ .

(٢) المعتبر ٥٨٥/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩/٤ ، ح ٦٠ .

عنه كان اذا ركب أردفه خلفه ، فنسب اليه .

قال رحمه الله : لو طلب الامام الزكاة وجب صرفها اليه ، ولو فرقتها المالك والحال هذه قيل : لا يجزي . وقيل : يجزي وان أئمت ، والاول أشبه .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط^(١) الى عدم الاجزاء ، وهو الحق . وذهب بعض الاصحاب الى أنه يجزي .

لنا - أنه لم يأت بالمأمور به على وجهه ، فيبقى في عهده التكليف . أما الاولى فظاهرة ، اذ لا خلاف في وجوب دفعها الى الامام عند طلبها . وأما الكبرى فاجماعية .

احتج الآخرون بأنه قد دفع المال الى مصرفه ، فخرج عن العهدة ، ونمنع المقدمة الاولى ، اذ مصرفها مع طلب الامام دفعه اليه ليفرقه في أماكنه .

قال رحمه الله : المملوك الذي يشتري من الزكاة اذا مات ولا وارث له ورثه أرباب الزكاة . وقيل : بل يرثه الامام ، والاول أظهر .

أقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، بل لأعرف له مخالفاً منا وقد ادعى بذلك في المعتبر ، حيث قال : وعليه علماءنا^(٢) .

ونقل صاحب كشف الرموز^(٣) القول الثاني عن ابن ادريس ، وهو غلط ، فان ابن ادريس لم يقل بذلك ، بل أفتى بما قلناه نحن .

ومستند هذا القول ما رواه عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخرج زكاة ماله ، فلم يجد لها موضعاً ، فاشترى به مملوكاً فأعتقه ، هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم لا بأس بذلك . قلت : فانه اتجر واحترف فأصاب مالا ،

(١) المبسوط ٢٣٣/١ .

(٢) المعتبر ٥٨٩/٢ .

(٣) كشف الرموز للابن - مخطوط .

ثم مات وليس له وارث فمن يرثه ؟ قال : يرثه الفقراء الذين يستحقون الزكاة لانه انما اشترى بمالهم^(١) .

والقول الثاني محتمل للاجماع، على أن الامام وارث من لاوارث له ، ونمنع أنه انما اشترى بمالهم ، لانه أحد مصارفها ، والرواية ضعيفة السند ، فان في طريقها ابن فضال وهو فطحي ، وابن بكير^(٢) وهو مطعون فيه والاقوى عندي الاول . قال رحمه الله : اذا احتاجت الصدقة الى كيل ووزن ، كانت الاجرة على المالك . وقيل : يحسب من الزكاة ، والاول أشبه .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله . ولعل الثاني أقرب .

لنا - ان دفع الزكاة على المزكي واجب مطلقاً ، ولايتم الا بالكيل والوزن وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، والا لخرج الواجب عن كونه واجباً ، أو لزم تكليف ما لا يطاق ، والثاني بقسميه باطل ، فكذا المقدم .

احتج على الثاني باصالة براءة الذمة ، ولان ايجاب ذلك مخالف [لظاهر الآية ، فلا يصار اليه الا بدليل قاطع ، والاصل يخالف]^(٣) للدليل ، ومخالفة الظاهر انما يكون باثبات ما ينفيه ، أو ينفي ماهيته ، أما اثبات ما لا يدل عليه لفظ الآية لا اثباتاً ولا نفيّاً بدليل آخر ، فليس لمخالفة الظاهر ، فافهمه .

لا يقال : التخصيص بالذكر يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور .

لانا نقول : هذا بناء على قاعدة فاسدة ، قد بينا فسادها في كتب الاصول .

قال رحمه الله : أقل ما يعطى الفقير ما يجب في النصاب الاول عشرة قرايط

(١) فروع الكافي ٥٥٧/٣ ، ح ٣ .

(٢) والعجب من الطعن فيهما ، فانهما من عيون الثقة ، كما نص على ذلك أرباب الرجال .

(٣) ما بين المعقوفين من «س» .

أو خمسة دراهم .. وقيل : ما يجب في النصاب الثاني قيراطان أو درهم . والاول أكثر .

أقول : القول الاول مذهب أكثر الاصحاب ، ومستنده الاحاديث الصحيحة المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني مذهب السيد المرتضى في المسائل المصرية^(١) . وللاصحاب قول ثالث ، وهو عدم التقدير في جانب القلة أيضاً ، وهو اختيار ابن ادريس ، عملاً بظاهر الايات الدالة على وجوب ايتاء الزكوات . قال رحمه الله : اذا قبض الامام الزكاة ، دعا لصاحبه وجوباً . وقيل : استحباباً وهو الأشهر .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله ، لكن الثاني أقوى ، عملاً بالاصل . احتج بقوله تعالى «وصل عليهم»^(٢) والمراد بالصلاة معنى الدعاء اجمعاً ، والامر للوجوب .

والجواب : يحمل على الاستحباب جمعاً بين الأدلة . قال رحمه الله تعالى : اذا أهل الثاني عشر ، وجب دفع الزكاة ، ولايجوز التأخير الا لمانع ، أو لانتظار من له قبضها . واذا عزلها جاز تأخيرها الى شهر أو شهرين .

والاشبه أن التأخير ان كان لسبب مبيح ، دام بدوامه ولايتحدد . وان كان اقترافاً لم يجز ويضمن ان تلفت .

(١) المسائل المصرية للشيخ الشريف المرتضى - مخطوط .

(٢) سورة التوبة : ١٠٣ .

أقول : هذا القول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) استناداً الى رواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قلت : زكاتي يحل على شهر ، أفصلح أن احبس منها شيئاً ؟ مخافة أن يجيئني من يسألني ، فقال : اذا حال الحول فأخرجها من مالك ، ولا تخطها بشيء ، وأعطها كيف شئت . قلت : وان أنا كتبتها وأثبتها أيسقيم لي ذلك ؟ قال : نعم^(٣) .

والحق ما ذكره المصنف ، وهو اختيار ابن بابويه وشيخنا المفيد قدس الله روحه وابن ادریس .

لنا - أنها عبادة موقنة بوقت ، فلا يجوز تأخيرها عن وقتها الا لعذر . أما الصغرى فظاهرة ، اذ لاخلاف فيها . وأما الكبرى فلانه لولا ذلك لكان التوقيت عبثاً ، والثاني باطل اجماعاً فالمقدم مثله ، والشرطية ظاهرة ، والرواية معارضة بالاحاديث الكثيرة الدالة على ما اخترناه ، ومع هذا فهي قابلة للتأويل .

قال رحمه الله: ولو كان النصاب يتم بالقرض ، لم تجب الزكاة ، سواء كانت عينه باقية أو تالفة ، على الاشبه .

أقول : قال الشيخ في الخلاف^(٤) والمبسوط^(٥) : اذا كان له أربعون شاة فعجل شاة وحال الحول ، جاز الاحتساب له بها من الزكاة ، اذ المعجل دين ومع التمكن من استعادته يكون كالحاصل عنده ، فلا يكون النصاب ناقصاً حيثئذ . والحق سقوط الزكاة .

(١) النهاية ص ١٨٣ .

(٢) المبسوط ٢٢٧/١ .

(٣) فروع الكافي ٥٢٢/٣ ، ح ٣ .

(٤) الخلاف ٣١٨/١ مسألة ٤٥ .

(٥) المبسوط ٢٢٧/١ - ٢٢٨ .

لنا - انه مال ناقص عن النصاب ، فلا تجب فيه الزكاة . والمقدمتان ظاهرتان هذا تلخيص كلام المصنف .

وفيه نظر ، فان الشيخ رحمه الله بنى ذلك على مذهبه من ايجاب زكاة الدين على صاحبه ، اذا كان التأخير من جهته ، ولا ريب أن هذا المعنى موجود هنا ، فيثبت الحكم ، لكن هذا قد بينا ضعفه فيما سلف .
قال رحمه الله : وتعين النية عند الدفع ، ولو نوى بعد الدفع لم أستبعد جوازه .

اقول : عندي في هذه المسألة نظر ، ينشأ : من قوله تعالى « وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء »^(١) أمر بايقاع العبادة حالة الاخلاص ، وهو لا يتحقق^(٢) الا مع مقارنة النية للدفع .

لا يقال: لولم يجز تأخير النية عن وقت الدفع ، لما جاز نقل الزكاة المخرجة عن المال الغائب الى غيره مع ظهور تلفه ، والثاني باطل ، فالمقدم مثله والشرطية ظاهرة ، اذ التقدير مع شرط السلامة أنه حال الدفع لم ينو الاخراج الا عن المال الغائب لا غيره .

لانا نقول : بموجبه ، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط^(٣) سلمنا لكن الفرق بين الصورتين ظاهر ، فان الظاهر عند الاطلاق التطوع ، فلا يجوز انشاء النية بعد الدفع .

بخلاف هذه الصورة ، اذ الفقير لم يملك المدفوع زكاة بل قرضاً ، اذ المالك انما نواه زكاة بتقدير سلامة المال ، ومع ظهور التلف يبقى مستحقاً في يد الفقير

(١) سورة البينة : ٥ .

(٢) في هامش «س» : لانسلم ذلك .

(٣) المبسوط ١ / ٢٣٢ .

للمالك ، فيجوز نقله الى غيره من أمواله ، بل ويجوز انتزاعه عملاً بقوله «إِنَّمَا عَلَى النّاسِ مَسْلُوطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» ^(١) .

قال رحمه الله : ولو أخرج عن ماله الغائب ان كان سالماً ، ثم بان تالفاً ، جاز نقلها الى غيره ، على الاشبه .

اقول : قد تقدم البحث في هذه المسألة في المسألة السابقة مفصلاً ، فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله : ولولم ينور رب المال ونوى الساعي أو الامام عند التسليم فان أخذها الساعي كرهاً جاز ، وان أخذها طوعاً قيل : لايجزي . والاجزاء أشبه .
اقول : قال في المبسوط : ولو نوى الامام ولم ينور رب المال ، فان كان أخذها منه كرهاً أجزأه ، لانه لم يأخذ الا الواجب . وان أخذها طوعاً ولم ينور رب المال ، لم يجزه فيما بينه وبين الله تعالى ، غير أنه ليس للامام مطالبته دفعة ثانية ^(٢) .

والحق الاجزاء مع التطوع أيضاً .

لنا - وجوه :

الاول : انه أتى بالمأمور به على وجهه ، فيخرج عن العهدة ، أما الاولى فلقوله تعالى «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكّيهم بها» ^(٣) ولاخلاف أن المراد بها الزكاة . وأما الثانية فظاهرة .

الثاني : اصاله براءة الذمة من وجوب الدفع ثانياً ، ترك العمل بها في بعض الاماكن للدليل ، فيبقى الباقي على أصله .

(١) عوالى الثالى ٢٢٢/١ و٤٥٧ و١٣٨/٢ و٢٠٨/٣ .

(٢) المبسوط ٢٣٣/١ .

(٣) سورة التوبة : ١٠٣ .

الثالث : عبادة قابلة للنيابة في الدفع اجمعاً ، فأجزأه نيابة الامام في النية ، كاجزائه في الدفع ، كما في الحج .

فروع :

لو أخذ الزكاة الجائز ، ففي الاجزاء قرآن .

قال رحمه الله : لاتجب الفطرة على الفقير ، وهو من لا يملك أحد النصب الزكائية . وقيل : من تحل له الزكاة . وضابطه : أن لا يملك قوت سنته له ولعِياله ، وهو الاشبه .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) الى الاول ، وهو قول السيد المرتضى ، واختاره ابن البراج . وقال في الخلاف : تجب زكاة الفطرة على من ملك نصاباً زكائياً أو قيمته^(٣) .

وقال شيخنا المفيد قدس الله روحه : يشترط في وجوبها وجود الطول لها . ثم قال بعد : تجب على من عنده قوت السنة . وهو الحق ، واختاره في المعتبر^(٤) . لنا - ان وجود الكفاية يمنع من أخذها ، فتجب عليه . أما المقدمة الاولى ، فقد تقدم بيانها . وأما الثانية ، فلتمزل الصادق عليه السلام : من حلت له لاتحل عليه ، ومن حلت عليه لاتحل له^(٥) .

احتجوا بأصالة البراءة . وهو ضعيف ، لما مر من الادلة .

قال رحمه الله : الزوجة والمملوك تجب الزكاة عنهما ، وان لم يكونا في

(١) النهاية ص ١٨٩ .

(٢) المبسوط ١/ ٢٣٩ .

(٣) الخلاف ١/ ٣٦٨ مسألة ٢٨ .

(٤) المعتبر ٢/ ٥٩٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٧٣/ ٤ ، ح ١١٢ .

عياله ، اذا لم يعلمها غيره . وقيل : لاتجب الامع العيلولة ، وفيه تردد .
 أقول : منشؤه : هل الفطرة تابعة للعيلولة أو الملك والزوج ؟ فيه احتمال
 فان جعلناها تابعة للعيلولة ، لم تجب الاخراج هنا ، لاستحالة وجود التابع من حيث
 أنه تابع بدون المتبوع وان جعلناها تابعة للملك ، أو العقد الدائم مع الدخول ،
 وجبت .

ولعل الثاني أقرب ، لان السيد والزوج وان لم يعلمها حقيقة ، فهو عائل لهما
 حكماً ، لان ما يبد العبد للمولى ، ونفقة الزوجة لازمة للزوج اجماعاً ، فتجب عليه
 قضاؤها .

قال رحمه الله : اذا أوصى له بعبد ، ثم مات الموصي ، فان قبل الوصية قبل
 الهلال ، وجبت عليه . وان قبل بعده سقطت . وقيل : تجب على الورثة . وفيه
 تردد .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى أنه لازكاة على الموصي
 له اذا قبل بعد الهلال ، ولاعلى الوارث ، أعني : وارث الموصي . وذهب بعض
 علمائنا الى وجوبها على الوارث هنا .

وهذه المسألة تبنى على أن قبول الموصي له هل هو كاشف أو ناقل ، فان قلنا
 بالاولى وجبت عليه . وان قلنا بالثاني ، وجبت على الوارث ، وسيأتي تحقيقه .

فصرع :

وكذا البحث لو مات الموصي له أيضاً قبل الهلال ، ثم قبل ورثته الوصية
 بعد الهلال ، سواء كان موته قبل موت الموصي على الاصح ، أو بعده .

(١) المبسوط ١/ ٢٤٠ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٦٧ مسألة ٢ .

قال رحمه الله : ولو وهب له ولم يقبض ، لم تجب الزكاة على الموهوب .
ولو مات الراهب ، كانت على الورثة . وقيل : لو قبل ومات ، ثم قبض الورثة
قبل الهلال ، وجبت عليهم ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : ولو وهب له عند قبل الهلال ، فقبله ولم
يقبض حتى استهل شوال ، فالفطرة على الموهوب له ، لانه ملكه بالايجاب والقبول
وليس القبض شرطاً في انعقاده ، ومن جعله شرطاً أوجبها على الواهب ، لبقاء
ملكه . قال : وهو الصحيح عندنا^(١) .

فان قبل ومات قبل القبض وقبل الهلال وقبضه الورثة بعد دخول شوال، الزم
الورثة فطرته ، وفيما ذكره في الورثة خلل من وجهين :

الاول : في ايجاب الفطرة على الورثة . والحق بطلان الهبة ، لان القبض
شرط ولم يحصل ، وقد سلم هو ذلك في المسألة السابقة .

الثاني : سلمنا أن القبض ليس شرطاً ، كما اختاره في مسائل الخلاف، لكن
تقييد الايجاب بالقبض ليس بجيد ، لتحقق الملك الموجب للفطرة بالقبول ، فلا
معنى لاشتراط القبض حينئذ .

والظاهر أن مقصوده ايجاب الزكاة على الورثة من غير تعليق له على القبض
وهناك الاعتراض الثاني اذن .

قال رحمه الله : ولا تقدير في عوض الراجب ، بل يرجع الى قيمة السوق
وفدده قوم بدرهم ، وآخرون بأربعة دنانير فضة ، وليس بمعتمد ، وربما نزل على
اختلاف الأسعار .

اول : ظاهر قول بعض علمائنا يؤذن بهذا التقدير ، وربما كان تعويلا على

رواية^(١) شاذة .

والحق أن الحوالة في التقدير على القيمة السوقية، وهو مذهب أكثر الاصحاب
لرواية اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له : جعلت فداك ما تقول في
الفطرة ؟ يجوز أن يؤديها فضة بقيمة هذه الاشياء التي سميتها ، قال : نعم ان ذلك
أنفع له يشتري ما يريد^(٢).

قال رحمه الله : تجب الفطرة بهلال شوال ، ولايجوز تقديمها قبله ، الاعلى
سبيل القرض ، على الاظهر .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى جواز تقديم الفطرة في شهر رمضان من
أوله ، واختيار ابني بابوية رحمهما الله .

وذهب شيخنا المفيد الى أنه لايجوز الاعلى سبيل الاقتراض ، وهو ظاهر
كلام سلاز وابن البراج ، واختاره أبو الصلاح ، وهو فتوى ابن ادريس، وظاهر
كلام الشيخ في الاقتصاد^(٣).

احتج المجوزون بوجه :

الاول : أن في تقديمها خيراً لحال الفقير ، فكان مشروعاً . أما الاولى فظاهرة
وأما الثانية، فلان الاحكام منوطة بالمصالح عندنا، ولامصلحة أهم من هذه المصلحة.
الثاني : الاستناد الى ظاهر الرواية عن الباقر والصادق عليهما السلام^(٤) من طرق عدة.
الثالث : الاصل الجواز ، ترك العمل به فيما قبل شهر رمضان للاجماع ،
فيبقى معمولا به فيما عداه .

(١) المقنعة ص ٤١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٨٦/٤ ، ح ٧ .

(٣) الاقتصاد ص ٢٨٥ .

(٤) تهذيب الاحكام ٧٦/٤ ، ح ٤ .

واحتمج المانعون بوجوه :

الاول : عبادة موقته ، فلا يجوز فعلها قبل وقتها . والمقدمتان ظاهرتان .
 الثاني : لو جاز التقديم في شهر رمضان لجاز قبله ، والتالي باطل اجماعاً
 فكذا المقدم . بيان الشرطية : ان المقتضي للجواز جبر حال الفقير ، وهذا المعنى
 موجود هنا ، فيثبت^(١) الحكم عملاً بالمقتضي .

الثالث : الاستناد الى ظاهر رواية العيص عن الصادق عليه السلام^(٢) .

قال رحمه الله : ويجوز اخراجها بعده ، وتأخيرها الى قبل صلاة العيد أفضل
 فان خرج وقت صلاة العيد وقد عزلها ، أخرجها واجباً بنية الاداء ، وان لم يكن
 عزلها سقطت . وقيل : يأتي بها قضاءً . وقيل : أداءً . والاول أشبه .
 أقول : البحث في هذه المسألة تتضح بتقديم تقدم مقدمة ، لو أخر دفعها
 عن الزوال لغير عذر أثم اتفاقاً منا ، ولانه تارك للمأمور به ، فيكون عاصياً ،
 والعاصي مستحق للعقاب .

أما الاولى فظاهرة ، اذ لا خلاف أنه مأمور بدفعها قبل الزوال .
 وأما الثانية ، فلفظه تعالى « ولا يعصون الله ما أمرهم »^(٣) « أف عصيت أمري »^(٤) .
 وأما الثالثة ، فلفظه تعالى « ومن يعص الله ورسوله فان له نارجهم خالدين
 فيها أبداً »^(٥) أما لو كان لعذر ، فانه لا يائثم اجماعاً منا .
 اذا ثبت هذا فنقول : اذا أخر دفعها ، فاما أن يعزلها - أي : يفردا - عن

(١) في «س» : فثبت .

(٢) نهذيب الاحكام ٧٥/٤ - ٧٦ ، ح ١٣ .

(٣) سورة التحريم : ٤ .

(٤) سورة طه : ٩٣ .

(٥) سورة الجن : ٢٣ .

ماله أولاً ، فان عزلها أخرجها مع الامكان ، وهذا لاختلاف فيه أيضاً . وان لم يعزلها قال المفيد رحمه الله : سقط وجوبها ، ومثله قال في الخلاف^(١) . وهو ظاهر كلام أبي الصلاح وابن البراج ، وذهب الشيخ الى وجوب الاتيان بها أداءً . واحتج الاولون بوجوه :

الاول : أصالة براءة الذمة ، ترك العمل بها في وجوب الاخراج قبل الزوال للامر الدال عليه ، فيبقى معمولاً به فيما عداه .

الثاني : الفطرة عبادة موقنة اجماعاً ، وكل عبادة موقنة تفوت بفوات وقتها والقضاء انما يجب بأمر جديد ولم يوجد . أما الصغرى ، فاجماعية [اذلخلاف في ذلك ، وان اختلفوا في أوله أو آخره . وأما الثانية فاجماعية] ^(٢) أيضاً .

الثالث : ما رواه الاصحاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الفطرة ان أعطيت قبل الخروج الى صلاة العيد فهي فطرة ، وان أعطيت بعد ما يخرج فهي صدقة^(٣) .

واحتج الآخرون بالاحتياط ، اذ مع الاخراج تحصل براءة الذمة قطعاً ، بخلاف الثاني ، وسلوك الطريق المأمون أولى من سلوك المخوف عقلاً ، فيكون كذلك شرعاً ، لقوله عليه السلام : مارآه المسلمون حسناً ، فهو عند الله حسن^(٤) . وتعارض بمثله اذ اعتماد ما ليس بواجب واجب^(٥) خطأ .

احتج ابن ادریس بأن الزكاة المالية والبدنية انما تجب بدخول وقتها ، فاذا دخل صار المكلف مخاطباً بأدائها الى أن يفعله ، وهو ضعيف ، لان وجوبها موقت أولاً

(١) الخلاف ١/ ٣٧٢ .

(٢) ما بين المعقوفين من «س» .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/ ٧٦ ، ح ٣ .

(٤) مسند أحمد بن حنبل ١/ ٣٧٩ .

(٥) في «م» : واجباً .

وآخرأ ، والا لما تضيقت عند الصلاة .

قال رحمه الله : لو وجد كنزاً في أرض موات من دار الاسلام ، فان لم يكن عليه سكة ، أو كان عليه سكة الاسلام ، قيل : يعرف كاللقة . وقيل : يملكه الواجد وعليه الخمس . والاول أشبه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : وأما الكنوز التي توجد في بلاد الاسلام فان وجدت في ملك الانسان ، وجب أن يعرف أهله ، فان عرفه كان له . وان لم يعرفه ، أو وجدت في أرض لامالك لها ، فهي على ضربين : فان كان عليها أثر الاسلام ، مثل أن يكون عليها سكة الاسلام ، فهي بمنزلة اللقة سواء ، وسنذكر حكمها في بابها .

وان لم يكن عليها أثر الاسلام ، أو كان عليها أثر الجاهلية من الصور المجسمة أو غير ذلك ، فانه يخرج منها الخمس ، ويكون الباقي لمن وجدها^(١) . وقال في الخلاف^(٢) بالقول الثاني ، اذا لم يكن عليه أثر ملك ، واختاره ابن ادريس . والحق الاول .

لنا - أنه مال ضايع ، لا بد لاحد عليه ، فتكون لقة . أما الصغرى ، فلانه التقدير ، وأما الكبرى فاجماعية .

احتج في الخلاف بالعموم الدال على وجوب اخراج الخمس من الكنوز من غير فرق .

والجواب : العام يخص للدليل ، وقد بيناه .

قال رحمه الله : الذمي اذا اشترى أرضاً من مسلم ، وجب فيها الخمس ، سواء كانت مما فيه الخمس ، كالارض المفتوحة عنوة ، أو ليس فيه ، كالارض

(١) المبسوط ٢٣٦/١ .

(٢) الخلاف ٣٥٨/١ مسألة ١٤٨ .

التي أسلم عليها أهلها .

اقول : قال المصنف قدس الله روحه : الظاهر أن مراد الاصحاب أرض الزراعة لا المساكن ، وعندني في هذا التخصيص نظر .

وقوله « الأرض المفتوحة عنوة » فيه نظر ، سيأتي تحقيقه أيضاً .

قال رحمه الله : الخمس يقسم ستة أقسام . وقيل : بل خمسة . والاول أشهر .

اقول : القول الاول مذهب أكثر الاصحاب ، والثاني منقول عن بعض الاصحاب ، تعويلاً على رواية^(١) شاذة ، ومع هذا فهي غير دالة على المطلوب صريحاً ، وهي مخالفة للمذهب ، فانه يتضمن قسمة الاخماس الذي بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل على الاول ، وعليه دلت ظاهر الآية^(٢) والرواية^(٣) .

قال رحمه الله : ويعتبر في الطوائف الثلاث انتسابهم الى عبدالمطلب بالابوة فلو انتسبوا بالام خاصة ، لم يعطوا من الخمس شيئاً ، على الاظهر .

اقول : الاصحاب في هذه قولان ، فذهب الشيخ الى اعتبار الانتساب بالاب في استحقاق الخمس ، واختاره ابن حمزة وابن ادريس ، ولم يعتبر السيد المرتضى ذلك ، بل جوز أن يكون منتسباً بالام أيضاً . والحق الاول .

لنا - ان اطلاق النسب يقتضي الانتساب بالاب ، اذ لا يقال : تميمي الالمن ينتسب الى تميم بالاب دون الام . ويؤيده قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبنائنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

ومازوي عن العبد الصالح أبي الحسن الاول عليه السلام قال : من كانت أمه من

(١) تهذيب الاحكام ١٢٨/٤ ، ج ١ .

(٢) سورة الانفال : ٤١ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٢٦/٤ .

بني هاشم وأبوه من سائر قريش ، فإن الصدقة تحل له ، وليس له من الخمس شيء ، لأن الله يقول « أدعوهم لآبائهم »^(١).

احتج المرتضى قدس الله روحه بقوله عليه السلام عن الحسن والحسين عليهما السلام : هذان امامان قاما أو قعدا^(٢) . والاصل في الاطلاق الحقيقة ، وهو ضعيف ، فإن الاطلاق انما يدل على الحقيقة مع عدم المعارض ، والمعارض هنا موجود .

قال رحمه الله : مستحق الخمس - الى آخره .

أقول : هذه المسألة قد تقدم البحث فيها مستوفى .

قال رحمه الله : هل يجوز أن يخص بالخمس طائفة ؟ قيل : نعم . وقيل : لا وهو الاحوط .

أقول : المراد بالخمس هنا ماعدا حصة الامام عليه السلام . وقد اختلف الاصحاب في قسمته ، فظاهر كلام الشيخ رحمه الله يشعر بوجوب التشريك ، ونص أبو الصلاح على ذلك ، حيث قال : والشرط الاخر للمساكين واليتامى وأبناء السبيل لكل صنف ثلاثة^(٣).

ونقل صاحب كشف الرموز^(٤) عن ابن ادریس تفصيلاً عجيباً ، ومضمونه بسط شرط الخمس على الاصناف الثلاثة بالسوية مع حضورهم ، وجواز التخصيص مع عدم حضور الجميع .

ومنشأ الاختلاف النظر الى الآية ، فانها يحتمل أن يكون اللام فيها للتخصيص فيكون لبيان المصرف كما في آية الزكاة . ويحتمل أن يكون للتملك ، فتجب

(١) تهذيب ١٢٨/٤ - ١٢٩ والاية في سورة الاحزاب : ٥ .

(٢) حديث متواتر عن النبي صلى الله عليه وآله رواه جمع من الفريقين ، ورواه

الملاية المجلسي في البحار ٢٧٨/٤٣ .

(٣) الكافي للحلي ص ١٧٣ - ١٧٤ .

(٤) كشف الرموز للابن - مخطوط .

قسمة الشطر على الاصناف الثلاثة حينئذ . ولعل الاول أقرب لوجهين :
الاول : أن التخصيص أعم من التمليك من غير عكس كلي ، وإذا ثبت أن
الاول أعم كان جعل اللام حقيقة فيه أولى ، لان الاحتياج الى الخاص يستلزم
الاحتياج الى العام ، ولا ينعكس ، لان الاحتياج الى العام لا يستلزم الاحتياج الى
الخاص ، وهو ظاهر ، وجعل اللفظ لما يكبر الحاجة الى التعبير عنه أولى من
جعله لما ليس كذلك .

الثاني : الرواية المشهورة المأثورة عن أبي الحسن عليه السلام ^(١) .

قال رحمه الله : هل يعتبر الفقري اليتيم ؟ قيل : نعم . وقيل : لا . والاول أحوط .
أقول : ذهب الشيخ في المبسوط ^(٢) الى عدم اعتباره ، واختاره ابن ادریس ،
نظراً الى عموم الآية ، ولان اعتبار الفقريه يستلزم تداخل الاقسام ، فيكون اليتيم
داخلاً تحت المساكين .

والوجه اعتباره ، لان الخمس خير ومساعدة ، فيخص به ذوو الخصاصة
والمسكنة دون غيرهم . أما الصغرى ، فلرواية زرارة السابقة عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٣) .
وأما الكبرى فظاهرة ، والالزم تحصيل الحاصل ، وهو محال .

قال رحمه الله : الايمان معتبر في المستحق على تردد .

أقول : وجه الجواز النظر الى عموم الآية .

ووجه الاعتبار الالتفات الى فتوى الاصحاب ، ولانه أحوط للبراءة ، ولان
غير المؤمن محاد لله ولرسوله ، فلا يفعل معه ما يؤذن بالمودة .
قال رحمه الله : والعدالة لاتعتبر على الاظهر .

(١) تهذيب الاحكام ١٢٨/٤ ، ج ٢ .

(٢) المبسوط ٢٥٧/١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩/٤ ، ج ٦ .

أقول : ذهب الشيخ في بعض كتبه الى اعتبار العدالة . والحق العدم ، عملاً بعموم الآية وعليه الاكثر .

واعلم أن الشيخ رحمه الله رجع عما قاله بعد ذلك بلا فصل .

قال رحمه الله : ما يجب من الخمس يجب صرفه اليه مع وجوده ، ومع عدمه قيل : يكون مباحاً . وقيل : يجب حفظه ، ثم يوصي به عند ظهور اماراة الموت . وقيل : يدفن . وقيل : يصرف النصف الى مستحقه ، ويحفظ ما يختص به بالوصاة أو الدفن .

وقيل : بل تصرف حصته الى الاصناف الموجودين أيضاً ، لان عليه الاتمام عند عدم الكفاية ، فكما يجب ذلك مع وجوده ، فهو واجب عليه عند عدمه ، وهو أشبه .

أقول : ليس للاصحاب في هذه المسألة نص صريح ، وقد طال التشاجر بينهم بسبب ذلك ، لكن الحق مارجحه المصنف ، لموافقة العقل ، ولدلالة ظواهر^(١) النقل عليه .

الفصل الرابع

(في ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الصوم)

قال رحمه الله: يكفي في رمضان أن ينوي أنه يصوم متقرباً إلى الله ، وهل يكفي ذلك في النذر المعين ؟ قيل : نعم . وقيل : لا . وهو الاشبه .

اقول : البحث في هذه المسألة يقع في مقامين :

الاول : في كيفية نية القربة ، والفرق بينها وبين نية التعيين . أما كيفية نية القربة ، فقد فسرهما الشيخ في المبسوط ، فقال : معنى نية القربة : أن ينوي أنه صائم فقط متقرباً إلى الله تعالى . ونية التعيين أن ينوي أنه صائم شهر رمضان . ثم قال : فان جمع بينهما في رمضان كان أفضل ، وان اقتصر على نية القربة أجزأه^(١) . ونحوه قال في الخلاف^(٢) . وزاد ابن ادريس نية الوجوب فيهما ، وهو حسن . اذا عرفت هذا فنقول : القدر الواجب في نية القربة شيان : قصد التقرب ، والوجوب ، وفي نية التعيين ثلاثة أشياء : التقرب ، والوجوب أو الندب ، والقصد إلى الصوم المخصوص .

(١) المبسوط ١/ ٢٧٦ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٧٤ .

المقام الثاني : قد وقع الاتفاق على أن نية القربة كافية في شهر رمضان ، ووقع أيضاً على أنها غير كافية فيما عدا شهر رمضان والنذر المعين .

وحصل الاختلاف في الاكتفاء بها في النذر المعين ، فذهب الشيخ الى أنها غير كافية ، بل لابد من نية التعيين ، لانه زمان لم يعينه الشارع في الاصل للصوم فافتقر الى التعيين ، ولانه أحوط .

وذهب المرتضى قدس الله روحه الى الاكتفاء بها ، ومنعه ابن ادريس ، لان الشرع وان لم يعين زمانه في الاصل ، فقد يعين بالنذر ، وكما لا يفتقر رمضان الى نية التعيين لتعين زمانه ، فكذا هنا ، ونمنع المساواة بين المعنيين .

سلمنا لكن التعيين ليس أمراً وجودياً ، فلا يصلح للعية ، واذا كان كذلك لم يكن الاكتفاء بنية القربة في شهر رمضان معللاً بالتعيين ، بل بعله غير معلومة لنا . سلمنا لكن التعدي قياس ، وهو باطل عند كثير ، وبالجمله فأنا في هذه المسألة من المتوقفين .

قال رحمه الله : ولو زالت الشمس فات محل النية ، واجباً كان الصوم أو ندباً . وقيل : يمتد وقتها الى الغروب لصوم النافلة . والاول أشهر .

أقول : قد ذهب الى هذا القول بعض أصحابنا ، وهو اختيار السيد المرتضى وابن حمزة ، وتبعه ابن ادريس ، وبه روايات ، لكن الاول أنسب بالاصل وأظهر في النقل ، وعليه عمل أكثر الاصحاب .

وذهب أبو علي ابن الجنيّد منا الى جواز ايقاع النية بعد الزوال لصوم الفرض أيضاً ، ذاكرأ كان أو ناسياً ، وهو قول شاذ وبه روايات أيضاً .

قال رحمه الله : وقيل : يختص رمضان بجواز تقديم نيته عليه ، ولو سهى عند دخوله فصام ، كانت النية الاولى كافية .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في كتب الفتاوي خاصة ومنعها

ابن ادريس ، وهو الحق ، عملاً بقوله تعالى «وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء»^(١) وتقرير الاستدلال بها قد تقدم .

واحتجاجة بجواز تقديم النية من أول الليل وان تقدم الاكل أو غيره ضعيف أما أولاً ، فلانه قياس ، وهو باطل عندنا . وأما ثانياً ، فوجود الفارق ، وهو قوله عليه السلام : لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل^(٢) .

قال رحمه الله : وكذا قبل : يجزي نية واحدة لصيام الشهر كله .
أقول : هذه المسألة ذكرها الثلاثة قدس الله أرواحهم وأتباعهم ، ومنعها شيخنا دام ظله ، ورجحه المصنف في المعتبر^(٣) .

احتج الاولون بالاجماع . واحتج السيد المرتضى قدس الله روحه بأنه عبادة واحدة ، فتكفي نية واحدة . أما الصغرى ، فلان حرمة واحدة ، وهو ظاهر ، ولانه يخرج منه بمعنى واحد ، وهو الافطار . وأما الكبرى فاجماعية ، والاجماع ممنوع والصغرى ممنوعة ، ونمنع اتحاد الحرمة . سلمنا ولكنه غير دال على المطلوب وكذا الوجه الثاني ، وهو ظاهر .

قال رحمه الله : ولا يقع في رمضان صوم غيره . ولو نوى غيره - واجبا كان أو ندباً - أجزأ عن رمضان دون مانواه .

أقول : هذه المسألة لها صورتان :

الاولى : أن يكون عالماً بشهر رمضان ، ثم ينوي غيره .

الثانية : أن يكون جاهلاً .

أما الاولى ، فقد حكم جماعة من أكابر علمائنا ، كالشيخ والسيد وأتباعهما

(١) سورة البينة : ٥ .

(٢) سنن البيهقي ٢١٣/٤ .

(٣) المعتبر ٦٤٩/٢ .

بوقوعها عن شهر رمضان ، ومنع ابن ادريس ذلك وقال : لايجزي عن رمضان ولاغيره يعني : الذي نواه . ولعله أقرب .

احتجا بأن النية المعتبرة - وهي نية القربة - حاصلة ، وانما قلنا انها حاصلة لدخولها تحت نية التعيين تضمناً ، فيكون الزائد لغواً . واذا كانت النية المعتبرة حاصلة ، كان الصوم واقعاً بشرطه ، فيكون مجزياً ، لان الامر للاجزاء على ما بين في أماكنه .

وهو ضعيف جداً ، فانا لانسلم الغاء الزيادة ، اذ جزئيات الكلّي متضادة ، واردة أحد الضدين تنافي الضد الآخر .

احتج ابن ادريس بقوله الإمام «الاعمال بالنيات ، وانما لامرء مانوى»^(١) فحكم الإمام بأن الاعمال تابعة للقصود ، والتقدير : انه لم يوقع النية عن شهر رمضان ، فلا ينصرف اليه ، وصرف الصوم الى غيره لايصح اتفاقاً ، فلا يجزي عن أحدهما .

وأما الثانية^(٢) ، فقد حكم الشيخ رحمه الله والسيد المرتضى قدس الله روحهما فيها بما حكما في الصورة الاولى ، ووافقهما ابن ادريس على ذلك ، وهو الظاهر من كلام الشيخ علي بن بابويه ، محتجين بما تقدم .

وعندي فيه اشكال ، منشؤه ماسلف من الجواب ، وانما خرجنا عن سبيلنا المألوف في هذا الكتاب ، ليكون هذه المسألة من امهات هذا الكتاب^(٣) .

قال رحمه الله : ولو صام آخر يوم من شعبان على أنه ان كان من رمضان كان واجباً ، والا كان مندوباً قيل : يجزي . وقيل : لايجزي ، وعليه الاعادة، وهو الاشبه .

(١) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

(٢) في هامش «س» عن نسخة : وأما النية .

(٣) في «م» : الباب .

أقول : القولان للشيخ قدس الله روحه ، لكن الثاني أقرب ، وهو اختيار ابن ادريس ، واختار ابن حمزة الاول .

لنا - أن الجزم شرط في النية ولم يحصل .

واحتج على الاول بأن نية القربة كافية في رمضان وقد حصلت .

والجواب : هذه قاعدة قد بينا ضعفها في المسألة السابقة ، سلمنا لكن نية التعيين انما تسقط فيما علم أنه من شهر رمضان لا فيما لا علم .

قال رحمه الله : ولو نوى الافطار في يوم من رمضان ، ثم جدد قبل الزوال قيل : لا ينعقد وعليه القضاء ، ولو قيل بانعقاده كان أشبه .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، والانصب بمذهبه عدم ايجاب القضاء ، وذاك أنه قال : لو عزم على فعل ما ينافي الصوم ، أو نوى الافطار ، لم يبطل صومه .

وأما على قاعدتنا ، فلاوجه للصحة ، وذاك انما يوجب استمرار النية حكماً ، وكذلك الفرع الآخر انما يتمشى على قاعدة الشيخ لاعلى قاعدتنا ، وان كان لا يفهم من كلامه رحمه الله ذلك .

قال رحمه الله: يجب الامساك عن الجماع في القبل اجماعاً ، وفي دبر المرأة على الاظهر ، ويفسد صوم المرأة ، وفي فساد الصوم بوطئ الغلام والدابة تردد وان حرم . وكذا القول في فساد صوم الموطوء ، والاشبه أنه يتبع وجوب الغسل . أقول : الحق أن وجوب الامساك وفساد الصوم ولزوم القضاء والكفارة أحكام تابعة لوجوب الغسل ، فان قلنا بوجوبه ، لانهما معلولان علة واحدة ، يثبت هذه الاحكام ، والا فلا ، وقد استقصينا البحث عن ذلك في كتاب الجنابة .

واعلم أنه لاخلاف في فساد صوم الواطئ في جميع هذه الصور مع الانزال .

قال رحمه الله : وعن الكذب على الله وعلى رسوله وعلى الأئمة عليهم السلام وهل يفسد الصوم بذلك ؟ قيل : نعم . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

أقول : لاختلاف في وجوب الامساك عن ذلك مطلقاً، ويتأكد في شهر رمضان كسرقه . وانما الخلاف في افساد الصوم وإيجاب الكفارة ، فذهب الشيخان رحمهما الله الى أنه يفسد ، ويوجب القضاء والكفارة ، واختاره المرتضى في الانتصار^(١)، واختاره أبو الصلاح وابن البراج ، وعده ابن بابريه من المنفطرات . وقال علم الهدى : انه لا يفسد ، نقله الشيخ عنه في الخلاف^(٢)، وهو أقرب .

لنا - أصالة صحة الصوم ، ورواية محمد بن مسلم الصحيحة عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا يضر الصائم ما صنع اذا اجتنب ثلاث خصال : الطعام والشراب والارتماس^(٣).

واحتجاجهم بالروايات ضعيف ، لضعف سندها ، ولاشتمال بعضها على مالا يقول به ، وهو نقض الوضوء أيضاً ، ودعوى الاجماع مكابرة .
قال رحمه الله : وعن الارتماس . وقيل : لا يحرم بل يكره ، والاول أشبه . وهل يفسد لفعله ؟ الاشبه لا .

أقول : البحث في هذه تقع في مقامين :

الاول : ذهب الشيخان وأكثر الاصحاب الى أن الارتماس محرم ، عملاً بالروايات الدالة عليه . وذهب السيد المرتضى الى أنه مكروه في أحد قوليه ، واختاره ابن أبي عقيل ، عملاً بالاصل ، ويؤيده رواية عبد الله بن سنان عن أبي

(١) الانتصار ص ٦٢ .

(٢) الخلاف ٤٠١/١ مسألة ٨٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٨٩/٤ ، ح ٢ .

عبدالله عليه السلام قال : أكره للمصائم أن يرتمس في الماء^(١) .

والاصل يخالف لقيام الدليل ، وهر الروايات المشهورة الدالة على المنع ، والرواية ضعيفة السند ، مع أنها قابلة للتأويل ، فان المكروه يطلق على المحذور وعلى ترك الاولى ، وعلى المرجوح فعله بالاشتراك ، فيحمل على المحذور ، جمعاً بين الادلة .

وأما المقام الثاني ، فذهب الشيخان الى أنه يوجب القضاء والكفارة أيضاً ، عملاً بالاحتياط ، وهو معارض بالاصل ، وقال أبو الصلاح بأنه يوجب القضاء فحسب . وأطبق باقي الاصحاب القائلين بالتحريم على نفيهما ، وهو اختياره في الاستبصار^(٢) ، وهو الحق ، عملاً بأصالة براءة الذمه ، وأصالة العبادة ، ويؤيده رواية اسحاق بن عمار قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل صائم ارتمس في الماء متعمداً أعليه قضاء ذلك اليوم ؟ قال : ليس عليه قضاء ولا يعودن^(٣) .

قال في المعتبر : ويمكن أن يكون الوجه في التحريم الاحتياط للصوم ، فان المرتمس في الاغلب لا ينفك أن يصل الماء الى جوفه فيحرم ، وان لم تجب عليه قضاء ولا كفارة الامع اليقين بابتلاعه ما يوجب الافطار^(٤) .

قال رحمه الله : وفي ايصال الغبار الغليظ الى الحلق خلاف ، والظاهر التحريم وفساد الصوم .

أقول : اضطرب قول الاصحاب في هذه المسألة ، لاضطراب الاحاديث ، فذهب الشيخ رحمه الله الى أن ايصال الغبار الغليظ الى الحلق محرم ، يوجب

(١) تهذيب الاحكام ٢٠٩/٤ ، ج ١٣ .

(٢) الاستبصار ٨٥/٢ .

(٣) الاستبصار ٨٤/٢ - ٨٥ ، ج ٦ .

(٤) المعتبر ٦٥٧/٢ .

القضاء والكفارة .

وحكى في المبسوط^(١) عن بعض الاصحاب ايجاب القضاء فحسب ، وهو فتوى الشيخ المفيد قدس الله روحه ، عملاً بأصالة البراءة ، وظاهر كلام أبي الصلاح واختاره ابن ادريس مع تعمد الكون من غير ضرورة ، وفي أخبارنا ما يدل على الجواز . والاقرب عند المصنف قول الشيخ .

لنا - أنه أوصل الى جوفه بقمه ما ينافي الصوم ، فكان مفسداً له . أما الصغرى فظاهرة ، اذ اتصال الغبار الى الحلق منافي للمساك ضرورة . وأما الكبرى فاجماعية ، وخلاف المرتضى غير معتبر لرجوعه عنه .

ويؤيده رواية سليمان بن حفص المروزي قال : سمعته يقول : اذا شم الصائم رائحة غليظة أو كس شيئاً فدخل في أنفه وحلقه غبار فعليه صوم شهرين متتابعين ، فان ذلك له فطر ، مثل الاكل والشرب والنكاح^(٢) .

وفيه ضعف ، والرواية مقطوعة ، والاجماع انما انعقد على فساد ما يسمى مأكولاً معتاداً كان أو غيره ، كالحمص والبرد ، أو مشروباً كذلك لامطلقاً .

قال رحمه الله : وعن البقاء على الجنابة عامداً حتى يطلع الفجر من غير ضرورة ، على الاشهر .

اقول : لاختلاف بين الاصحاب أن البقاء على ذلك محرم ، وانما الخلاف في أنه هل يرجب القضاء فحسب ، أم القضاء والكفارة ؟ فذهب أكثر الاصحاب الى الثاني ، وذهب ابن أبي عقيل الى الاول ، عملاً بأصالة براءة الذمة من الكفارة . واختار ابن بابويه في المقتنع^(٣) ، ان لا قضاء ولا كفارة ، عملاً بأصالة البراءة

(١) المبسوط ١ / ٢٧١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤ / ٢١٤ ، ح ٢٨٠ .

(٣) المقتنع ص ٦٠ .

ورواية حبيب الخثعمي عن الصادق عليه السلام قال : كان رسول الله ﷺ يصلي صلاة الليل في شهر رمضان ، ثم يؤخر الغسل متعمداً حتى يطلع الفجر^(١).

لنا - أن الانزال نهاراً موجب للقضاء والكفارة ، فكذا استصحابه ، بل هذا أكد ، لان الاول قد انعقد صومه ابتداءً بخلاف الثاني .

ويؤيده رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أجنب في شهر رمضان بالليل ، ثم ترك الغسل متعمداً حتى أصبح ، قال : يعتق رقبة ، أو يصوم شهرين متتابعين ، أو يطعم ستين مسكيناً قال : ولادائه لأراه يدركه أبداً^(٢). وفي معناها رواية سليمان الجعفري^(٣)، والاصالة تخالف للدلالة بالروايتين، ويحتمل وجوهاً:
الاول : أن يكون التأخير مقروناً بعذر .

الثاني : أن يكون المراد بالفجر الفجر الاول .

الثالث : أن يكون المقصود به التأخير الى قبل الطلوع بقليل، بحيث يكون آخر جزء من الغسل مقارناً لاول جزء منه .

فروع :

لو طهرت الحائض أو النفساء ، فأخرتا الغسل الى طلوع الفجر ، وجب عليها القضاء والكفارة ، وأوجب ابن أبي عقيل القضاء فحسب ، بناءً على قاعدته وقد عرفت ضعفها .

قال رحمه الله : لو نظر الى امرأة فأمنى ، لم يفسد صومه على الاظهر ، وكذا لو استمع .

(١) تهذيب الاحكام ٢١٣/٤ ، ح ٢٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢١٢/٤ ، ح ٢٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢١٢/٤ ، ح ٢٤ .

أقول : هاتان المسألتان ذكرهما الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١)، وأوجب القضاء فيهما ، بشرط كون المرأة محرمة ، وأن يكون بشهوة ، وهو خيرة المفيد قدس الله روحه ، وتبعه سلالر . وقال السيد المرتضى : إذا تعدد استنزال الماء الدافق ، وجب عليه القضاء والكفارة ، وإن كان بغير جماع . واختاره ابن البراج . وقال في المسائل الناصرية : عندنا أنه إذا نظر الى ما يحل له النظر اليها ، فأنزل غير مستدع للانزال ، لم يفطر^(٢) .

وقال في الخلاف^(٣) والنهاية^(٤) لاشيء عليه ، واختاره ابن ادريس ، وأجودما قيل هنا تفصيل السيد المرتضى أولاً ، لصدق الاستمناة عليه حيثئذ . قال رحمه الله : والحقنة بالجامد جائزة ، وبالمائع محرمة ، ويفسد بها الصوم على تردد .

أقول : هنا بحوث :

البحث الاول: أطبق أكثر الاصحاب على جواز الحقنة بالجامد على كراهية عملاً بالأصل ، واستناداً الى رواية علي بن الحسن^(٥) ، وهو اختيار أبي الصلاح عملاً برواية البزنطي عن أبي الحسن^(٦) .

الثاني : الحقنة بالمائع ، ولاخلاف في تحريمها .

البحث الثالث : في افساد الصوم بهما . أما الحقنة بالجامد ، فمن ذهب الى أنها مكروهة لم يوجب شيئاً ، ومن قال بتحريمها أوجب القضاء .

(١) المبسوط ٢٧٢/١ - ٢٧٣ .

(٢) المسائل الناصريات ص ٢٤٣ ، مسألة : ١٢٩ .

(٣) الخلاف ٣٩١/١ مسألة ٥٠ .

(٤) النهاية ص ١٥٧ .

(٥) نهذب الاحكام ٢٠٤/٤ ، ٧٣ .

(٦) نهذب الاحكام ٢٠٤/٤ ، ٦٣ .

وأما الحقنة بالمائع ، فذهب الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) وأكثر كتبه الى أنها بوجوب القضاء ، ونفاه الباقون ، عملاً بأصالة صحة الصوم ، ولأنه صوم محكوم بصحته قبل الاحتقان ، فكذا بعده عملاً بالاستصحاب ، والتحريم ليس بمستلزم للفساد .

احجبوا بأن التحريم للفائدة عيب ، وهو محال عليه تعالى ، فتعين أن يكون لفائدة ، وليست الفائدة الاكونه مفسداً للصوم .

والجواب : منع الحصر أنه منقوض بالارتماس .

وفيه نظر ، فان القائل بوجوبه قائل بوجوبه هناك .

قال رحمه الله : من أكل ناسياً ، فظن فساد صومه ، فأفطر عامداً ، فسد صومه وعليه القضاء ، وفي وجوب الكفارة تردد ، والاشبه الوجوب .

اقول : وجه الوجوب التمسك بالعموم الدال على وجوب الكفارة على من أفطر متعمداً ، وهو الاقوى عندي ، واختاره الشيخ في المبسوط^(٣) والخلاف^(٤) .
 ووجه السقوط التمسك بالاصل ، ولأنه لم يقصد هتك الحرمة ، فأشبهه الناسي ونقله الشيخ في المبسوط عن بعض الاصحاب .

وهو ضعيف ، لان الاصل تخالف للدليل ، وقصد الهتك يعتمد الافطار ، وبه خالف الناسي ، والجهل ليس عذراً ، بل موجباً لازياد العقوبة .

قال رحمه الله : ولو خوف فأفطر ، وجب القضاء على تردد ولا كفارة .

اقول : منشأ السقوط النظر الى قوله **عَلَيْهِ** : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان

(١) المبسوط ٢٧٢ / ١ .

(٢) الخلاف ٣٩٧ / ١ مسألة ٧٣ .

(٣) المبسوط ٢٧٠ / ١ .

(٤) الخلاف ٣٨٨ / ١ .

وما استكروهوا عليه^(١). ورفع الحقيقة غير ممكن ، فلا بد من اضرار شيء، واضرار الحكم أرل من اضرار الاثم ، لانه أعم ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف^(٢).
 ووجه الوجوب الالتفات الى فتوى الشيخ في المبسوط^(٣)، وهو ضعيف، فان احتج بأنه دفع عن نفسه الضرر يتناوله ، فكان عليه القضاء كالمرضى .
 قلنا : مقتضى الاصل أن لا قضاء في الموضعين ، لكن ترك العمل بالمقتضى في المريض للدليل ، فيبقى معمولاً به فيما عداه .

قال رحمه الله : الكفارة في رمضان عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً ، مخيراً في ذلك . وقيل : بل هي على الترتيب . وقيل : يجب بالافطار بالمحرم ثلاث كفارات ، وبالمحلل كفارة ، والاول أكثر .
 اقول : القول الاول مذهب أكثر الاصحاب ، ومستنده الاصل ، والنقل المشهور عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني ذهب اليه ابن أبي عقيل ، وتردد الشيخ في الخلاف^(٤)، ومستنده الاحتياط ، اذ مع اعتماده يحصل يقين البراءة ، بخلاف العكس ، وظاهر روايات مشهورة ، وتحمل على الاستحباب ، توفيقاً بين الادلة .

والقول الثالث ذهب اليه الصدوق محمد بن بابويه في من لا يحضره الفقيه عملاً برواية الحسين بن سعيد رضي الله عنه مما ورد عليه من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري^(٥) قدس الله روحه ، وبه قال ابن حمزة والشيخ رحمه الله

(١) عوالى اللئالى ٢٣٢/١ ، برقم : ١٣١ .

(٢) الخلاف ٣٩٠/١ مسألة ٤٦ .

(٣) المبسوط ٢٧٣/١ .

(٤) الخلاف ٣٨٦/١ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ١١٨/٢ .

حيث تأول رواية سماعة قال : يحتمل هذا الحديث وجهين :

الاول : أن يكون الواو بمعنى كقوله تعالى « مثنى وثلاث ورباع »^(١).

الثاني : يجوز اختصاص ذلك بمن أتى أهله في وقت لا يحل له ذلك في غير حال الصوم ، أو يفطر على شيء محرم^(٢). وهذا يدل على اختياره له .

قال رحمه الله : اذا أفطر زماناً ونذر صومه - الى آخره .

الاول : سيأتي تحقيق القول في هذه انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : من أجنب ونام ناوياً للغسل ، ثم انتبه ثم نام كذلك ، ثم انتبه ونام ثالثة ناوياً حتى طالع الفجر ، لزمته الكفارة على قول مشهور ، وفيه تردد .

أقول : التمسك بالاصل ولعدم الظفر بدليل يوجب ذلك . والالتفات الى فتوى الاصحاب .

قال في المعتبر : لاحجة صريحة لما قاله الشيخان ، والاولى سقوط الكفارة مع تكرار النوم ، وايجابها مع التعمد^(٣).

قال صاحب كشف الرموز : ولعله يخرج منهما رحمهما الله نظراً الى دلالة الروايات على وجوب القضاء مع معاودة النوم ثانياً واذ كان هذا الحكم ثابتاً في النوم الثانية ، فلا بد في الثالثة من حكم زائد ، والا لزم اجتماع العلل على المعلول الواحد ، ولا حكم زائد على القضاء في الصوم الا الكفارة ، قال : وسمعنا ذلك من شيخنا مذاكرة^(٤).

وأقول : هذا أو هن من بيت العنكبوت ، والحق عندي وجوب القضاء فحسب .

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٠٨/٤ - ٢٠٩ .

(٣) المعتبر ٦٧٥/٢ .

(٤) كشف الرموز للابى - مخطوط .

قال رحمه الله : لو تضمنض متداوياً ، أو طرح في فمه خرزاً ، أو غيره لغرض صحيح ، فسبق الى حلقه ، لم يفسد صومه ، ولو فعل ذلك عبثاً قيل = عليه القضاء وقيل : لا ، وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط^(١) والمصنف في المعتبر^(٢) والحق الثاني ، عملاً بأصالة البراءة ، وأصالة صحة الصوم . احتج بأنه فرط بتعريض الصوم للافساد ، فيلزمه القضاء كالمبرد . وهو ضعيف أما أولاً ، فلانه قياس ونحن لانقول به . وأما ثانياً فلو جوب الفارق ، وهو حصول التلذذ بالتبرد بالماء ، بخلاف الخرز وغيره .

قال رحمه الله : ما يخرج من بقايا الغذاء من بين الاسنان ، يحرم ابتلاعه للصائم ، فان ابتلعه عمداً وجبت عليه القضاء^(٣) ، والاشبه القضاء والكفارة . أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في الخلاف^(٤) والمبسوط^(٥) ، وأوجب فيه القضاء لا غير . والحق ما قاله المصنف ، وهو اختياره في المعتبر^(٦) . لنا - أنه ازدرد المفطر عامداً ، فكان عليه القضاء والكفارة . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى فاجماعية .

واحتجاجة بتعسر الاحتراز عنه ضعيف ، لانا نتكلم على تقدير تعمد الابتلاع . قال رحمه الله : لا يفسد الصوم ما يصل الى الجوف بغير الحلق عدا الحقنة وقيل : صب الدواء في الاحليل حتى يصل الى الجوف يفسده ، وفيه تردد .

(١) المبسوط ١/ ٢٧٢ .

(٢) المعتبر ٢/ ٦٧٨ .

(٣) في «س» : الكفارة .

(٤) الخلاف ١/ ٣٨١ مسألة ١٦٦ .

(٥) المبسوط ١/ ٢٧٢ .

(٦) المعتبر ٢/ ٦٥٣ .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط^(١)، وأوجب فيها القضاء . وكذا لو طعن نفسه بالرمح حتى وصل جوفه ، أو طعنه غيره باذنه . وكذا لو داوى جرحه ، فوصل الدواء الى جوفه .

والحق أن لاقضاء في جميع هذه الصور، عملاً بالأصل السالم عن المعارض وبه أفتى في الخلاف^(٢).

احتج بأنه أوصل الى جوفه دواءً ، فكان كالحقنة .

والجواب : بمنع الحكم في الأصل ، كما هو مذهبه في هذا الكتاب، سلمنا لكنه قياس ، وهو باطل عنده .

قال رحمه الله : ماله طعم كالملك ، قيل : يفسد الصوم . وقيل : لا يفسد وهو الاشبه .

أقول : القول الاول اختيار الشيخ في النهاية^(٣)، وجعله في المبسوط^(٤) الاحوط ، وأوجب ابن الجنيّد القضاء، وروي وجوب الكفارة . والحق الكراهية وهو فتوى ابن ادریس .

لنا - أصالة براءة الذمة ، ولانه صوم محكوم بصحته قبل المضغ فكذا بعده عملاً بالاستصحاب ، ويؤيده الحديث المروي عن الصادق عليه السلام^(٥).

احتج بأن انتقال العرض محال ، فاذا وجد الطعم حكمنا بتخلل شيء من أجزاء ذي الطعم ودخوله الحلق ، فكان مفطراً .

والجواب : الريق منفعل بكيفية ذي الطعم .

(١) المبسوط ٢٧٣/١ .

(٢) الخلاف ٣٩٧/١ مسألة ٧٤ .

(٣) النهاية ص ١٥٧ .

(٤) المبسوط ٢٧٣/١ .

(٥) تهذيب الاحكام ٣٢٤/٤ ، ح ٧٠ .

قال رحمه الله : تتكرر الكفارة بتكرر الموجب اذا كان في يومين ، وان كان في يوم واحد قيل : يتكرر مطلقاً . وقيل : ان تخلله التكفير . وقيل : لا يتكرر وهو الاشبه ، سواء كان من جنس واحد أو مختلفاً .

أقول : أما الحكم الاول ، فمتفق عليه بين علمائنا رضوان الله عليهم ، وسواء تغاير السبب أو لا .

وأما الثاني ، فقد اختلف الاصحاب فيه ، فذهب السيد المرتضى قدس الله روحه الى تكرار الكفارة بتكرر السبب مطلقاً ، سواء تغاير السبب كالوطيء والاكل أو اتحد ، وسواء كفر عن الاول أو لا ، عملاً بالعمومات ودليل الاحتياط ، وقد روي عن الرضا عليه السلام^(١) تكرار الكفارة بتكرر الوطيء .

وأما التفصيل ، فشيء ذكره ابن الجنيد رحمه الله ، محتجاً على الحكم الاول بالعمومات^(٢) ، ولان الجماع الاول مستقل بايجاب الكفارة اجماعاً ، والثاني مساو له ، وحكم المثلين التساوي في جميع الاحكام اللازمة .

واذا ثبت هذا فنقول : الكفارة الواجبة اما أن تكون هي الاولى أو غيرها ، والاول محال ، لاستحالة تحصيل الحاصل ، فتعين الثاني .

وعلى الثاني بأن الحكم معلق على الماهية من حيث هي هي ، والاصل براءة الذمة ، ولان الكفارة موضوعة لتكفير الذنب ، والاولى كافية في اسقاطه ، فلامعنى لايجاب الثانية . وفي هذا الاستدلال الاخير نظر .

وذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف^(٣) والمبسوط^(٤) الى عدم التكرار مطلقاً

(١) الخصال ص ٤٥٠ ، برقم : ٥٤ .

(٢) في «م» : بالعموم .

(٣) الخلاف ١/ ٣٨٧ .

(٤) المبسوط ١/ ٢٧٤ .

نظراً الى البراءة الاصلية ، ولان الفعل الثاني لم يصادف صوماً^(١) صحيحاً ، فلا تتعلق به كفارة ثانية ، كما لا تتعلق به قضاء ثان ، والتمسك بالعموم ضعيف لفسده بالصائم ، ومع الجماع الاول يخرج عن كونه صائماً .

وقولهم : الجماع سبب في ايجاب الكفارة . قلنا : متى اذا صادف صوماً صحيحاً أو مطلقاً، الاول مسلم ، والثاني ممنوع^(٢) . ولاشك في أن الجماع الثاني لم يصادف صوماً صحيحاً بالاجماع ، وانما طولنا في هذه المسألة لكونها مهمة .
فال رحمه الله : من فعل مايجب به الكفارة ، ثم سقط فرض الصوم ، بسفر أو حيض وشبهه ، قيل : تسقط الكفارة . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

أقول : القول الثاني هو المشهور بين الاصحاب ، وادعى الشيخ في الخلاف^(٣) عليه الاجماع ، والثاني أنسب بالصواب ، وتحقيق هذه المسألة في اصول الفقه .

فروع :

لو قلنا بالسقوط فانما نقول به اذا حصل المسقط من قبله تعالى ، أو من قبل المكلف اذا كان مضطراً اليه .

فروع آخر :

لو اعتقت ثم عرض المسقط ، فالاقرب بطلان العتق ، بناءً على هذا القول ، وهل لها استرجاع الصدقة مع الاطلاق ؟ اشكال ، ينشأ : من العمل بالقصد ، ومن قضاء الظاهر بالتطوع عند الاطلاق .

(١) في «م» : موضعاً .

(٢) في النسختين : الاول «م» والثاني «ع» .

(٣) الخلاف ٤٠٠/١ .

قال رحمه الله : لو اكره امرأته يحمل عنها الكفارة . وكذا لو كان الاكراه لاجنبية . وقيل : لا يتحمل هنا . وهو الاشبه .

أقول : هنا مقامان :

أما المقام الاول ، فالاشهر بين الاصحاب وجوب التحمل . وقال ابن أبي عقيل : ولو أن امرأة استكرهها زوجها فوطأها ، فعليها القضاء وحده ، وعلى الزوج القضاء والكفارة ، ونجب عليها مع المطاوعة القضاء والكفارة . والحق الاول .

لنا - ان الجماع لو وقع باختيارهما أوجب الكفارتين اجماعاً ، وهو فعل واحد في الحقيقة اقتضى هذا الحكم ، ومع الاكراه يكون مستنداً في الحقيقة اليه ، فيجب حكمه عليه ، ثم فرقه بين وجوب الكفارة والقضاء ضعيف جداً ، ويؤيد ماقلنا رواية المفضل عن الصادق عليه السلام^(١) .

وأما الثاني ، فقد تردد فيه الشيخ في المبسوط^(٢) ، فتارة أوجب التحمل لعظم المأثم ، والاحتياط . وتارة نفاه وأوجب واحدة عملاً بأصالة البراءة . وجزم ابن ادريس بالثاني ، وهو الاقوى ، لان ايجاب التحمل قياس ، وهو باطل . ومع هذا فالفارق موجود ، اذ الكفارة لتكفير الذنب ، وقد يغلظ الذنب فلا تؤثر الكفارة في اسقاطه ، بل ولا تخفيفه .

فروع :

الاول : قال الشيخ : لو وطأها نائمة يحمل عنها الكفارة أيضاً . وعندي فيه اشكال ، ينشأ من اصالة البراءة ، والفرق بين المكروهة والنائمة ظاهر ، لامكان رضاها

(١) تهذيب الاحكام ٢/١٥٤ ، ح ٢ .

(٢) المبسوط ١/٢٧٥ .

لو كانت مستيقضة .

الثاني : قال رحمه الله : فمكنته وجب عليها القضاء فحسب ولا كفارة . أما وجوب القضاء ، فلدفعا للضرر عن نفسها ، فأشبهت المريض . وأما سقوط الكفارة فلقولهم عليه السلام : لا كفارة على المكروهة^(١) .

والحق وجوب التحمل ، وأن صومها صحيح ، وهو ظاهر كلام ابن ادریس وقد تقدم البحث في مثل هذه المسألة مستقصى .

الثالث : قال ابن ادریس : لو أكره امته لم يتحمل عنها الكفارة ، لان حملها على الزوجة قياس ، ونحن لانقول به ، وأوجب شيخنا التحمل ، محتجاً بصدق اسم المرأة على الزوجة والامة ، وهو ممنوع .

الرابع : لو أكره المجنون زوجته ، لم يتحمل عنها الكفارة ولا شيء عليها أما المسافر ، فتجب عليه الكفارة عنها لا عنه ، ويحتمل السقوط ، لكونه مباحاً له ولا شيء عليها على التقديرين .

قال رحمه الله : ولو نذر يوماً معيناً ، فاتفق أحد العيدين ، لم يصح صومه ، وهل يجب قضاؤه ؟ قيل : نعم . وقيل : لا ، وهو الاشبه . وكذا البحث في أيام التشريق لمن كان بمنى .

أقول : القولان للشيخ قدس الله روحه ، لكن الثاني أشبه بالمذهب ، وهو اختيار أبي الصلاح وابن البراج وابن ادریس .

لنا - أن وجوب القضاء تابع لوجوب الاداء ، ووجوب الاداء هنا منتف ، فينتفي وجوب القضاء .

واحتج الشيخ برواية مرسلة^(٢) . والمراسيل ليست حجة عندنا ، سلمنا لكنها

(١) المعبر ٦٨٢/٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٣٤/٤ ، ج ٦١ .

محمولة على الاستحباب ، جمعاً بين الأدلة ، ومع هذا فهي قابلة للتأويل .
قال رحمه الله : ولا يصح صوم المغمى عليه . وقيل : ان سبقت منه النية كان بحكم الصائم ، والاول أشبه .

أقول : ذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه ، والسيد المرتضى كرم الله محله الى أن المغمى عليه ان سبقت منه النية ، كان صومه صحيحاً ، لانا بينا أن النية الواحدة كافية في رمضان ، وان لم يسبق لزمه القضاء ، وتبعهما سائر وابن البراج عملاً بعموم قوله تعالى «فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر»^(١) والاعفاء مرض .

والحق أن صومه غير صحيح مع سبق النية على الاعفاء ، وأن القضاء غير واجب عليه مع عدم سبق ، وهو اختيار الشيخ في بعض كتبه ، لاسقاط شرط التكليف وهو العقل ، ونمنع تناول اسم المريض للاعفاء .

سلمنا لكن العام يخص للدليل وقد بيناه ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

فروع :

لو أكل غذاءً قال الى الاعفاء لم يقض . ولو أغمى عليه بشيء من قبله كالمسكر ، لزمه القضاء .

قال رحمه الله : ويصح صوم النذر المشروط سفراً وحضراً ، على قول مشهور .

أقول : هذا القول ذهب اليه الشيخان رحمه الله ومن تبعهما ، محتجاً بما رواه عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سأله عن الرجل يجعل عليه صوم يوم

مسمى ، قال : يصومه أبداً سفرأ وحضرأ .

قال الشيخ في التهذيب : يحمل هذا على من نذر يوماً معيناً وشرط صومه سفرأ وحضرأ ، محتجاً برواية علي بن مهزيار قال : كتب بNDAR مولى ادريس ياسيدي نذرت أن أصوم كل سبت ، فان أنا لم أصمه ما الذي يلزمني من الكفارة فكتب وقرأته : لا تتركه الا من علة ، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض ، الا أن يكون نويت ذلك^(١) .

قال في المعتبر : ولمكان ضعف هذه جعلناه قولاً مشهوراً^(٢) .

فرعان :

الاول : قال علم الهدى : لو نذر يوماً معيناً ، فاتفق في حال السفر ، وجب قضاؤه ، عملاً برواية ابراهيم بن عبد الحميد السابقة ، والمشهور المنع ، وبه رواية^(٣) أيضاً .

الثاني : لو قلنا بالمنع من ذلك ، فهل يجب قضاؤه ؟ قولان ، أحوطهما : القضاء .

قال رحمه الله : وهل يصوم مندوباً ؟ قيل : لا . وقيل : نعم . وقيل : يكره ، وهو الاشبه .

أقول : انما كان أشبه ، لقوله عَلَيْهِ : ليس من البر الصيام في السفر^(٤) . والاول مستنده ظاهر النقل . والثاني التمسك بالاصل ، وبالعموم الدال على رجحان الصوم

(١) تهذيب الاحكام ٢٣٥/٤ ، ح ٦٣ - ٦٤ .

(٢) المعتبر ٦٨٤/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٣٤/٤ ، ح ٦٢ .

(٤) عوالى اللثالى ٢٠٤/١ و ٨١/٢ و ٢٢٦ .

مطلقاً .

قال رحمه الله : البلوغ - الى آخره .

أقول : سيأتي تحقيق ذلك في موضعه انشاء الله .

قال رحمه الله : ومن لم ير الهلال لا يجب عليه الصوم ، الا أن يمضي من شعبان ثلاثون يوماً ، أو يرى رؤية شائعة ، فان لم يتفق ذلك وشهد شاهدان قيل : لا تقبل . وقيل : تقبل مع العلة . وقيل : تقبل مطلقاً ، وهو الأشهر ، سواء كانا من البلد أو خارجه .

أقول : اختلف علماؤنا في هذه ، فذهب الشيخ المفيد والسيد المرتضى قدس الله روحهما وابن الجنيّد وابن ادريس الى قبول شهادة الشاهدين فيه سواء كان في السماء علة أو لا ، وسواء كانا من داخل البلد أو خارجه . وهو الأقوى ، لان استقراء الشرع دل على أن النادر ملحق بالغائب ، ولا جرم أن جل الاحكام الشرعية يثبت بالشاهدين ، فيكون هذا ملحناً به الى حين ظهور المنافي ، وبه روايات مشهورة عن أهل البيت عليهم السلام مذكورة في مواضعها . وقال الشيخ في النهاية : ان كان في السماء علة ، لم يثبت الا بشهادة خمسين من أهل البلد ، أو عدلين من خارجه . وان لم يكن علة لم يجب الصوم ، الا أن يشهد خمسون من خارج البلد أنهم رأوه ^(١) .

ولم يتعرض لشهادة أهل البلد أصلاً ، ولهذا قال الشيخ المصنف : قيل : لا تقبل ، أي قيل : لا تقبل عدلان من داخل وان كانت السماء علية ، واختاره ابن البراج ، وعليه دلت روايات ، منها رواية حبيب عن الصادق عليه السلام ^(٢) .

(١) النهاية ص ١٥١ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٩/٤ ، ج ٢٠ .

وقال في المبسوط : تقبل مع العلة عدلان ، سواء كانا من داخل أو خارج^(١).
 وقال في الخلاف : تقبل العدلان ، سواء كانا من داخل أو خارج . وأما في
 حال الصحو ، فلا تقبل الا خمسون نفساً من داخل ، وتقبل اثنان من خارج^(٢).
 وتحمل الروايات بعد صحة سندها على الجهل لشرط قبول الشهادة ، وبه قال
 أبو الصلاح .

قال رحمه الله : ولا يثبت بشهادة الواحد على الاصح .
 أقول : لما بين أولا الاقوال المشهورة ، شرع في ذكر القول الشاذ .
 واعلم أن هذا قد ذكره سلالر في رسالته فقال : تقبل شهادة الواحد في أوله
 محتجاً بقبول النبي ﷺ شهادة الاعرابي وحده ، ولأن فيه احتياطاً للعبادة ، والرواية
 ليست من طرفنا ، فلاحجة فيها ، سلمناها لكنها حكاية حال ، فلعلمه ﷺ عرف
 ذلك من غيره ، والاحتياط معارض باستصحاب حال الشهر .
 قال صاحب كشف الرموز : يلزم على هذا المذهب جواز الافطار بقول واحد
 وهو غير مذهبه ولا مذهب أحد منا ، وانما لزم ذلك لان ابتداء الصوم اذا كان بشهادة
 واحد وغمت السماء آخر الشهر ، فيعدل الى عد ثلاثين للفطر ضرورة ، وهو
 مبني على شهادة واحد ، والفطر مبني عليه ، والمبني على المبني على الشيء مبني
 على ذلك الشيء .

وأقول : هذا ليس يلزم لسلار ، حيث أنه لم يقبل الواحد الا في أوله ،
 وانما هو لازم لابي حنيفة حيث أطلق .

قال رحمه الله : يستحب صوم الثلاثين من شعبان بنية النذب ، فان انكشف
 من الشهر أجزأه ، ولو صامه بنية رمضان لامارة قيل : يجزيه . وقيل : لا ، وهو

(١) المبسوط ٢٦٧/١ .

(٢) الخلاف ٣٧٩/١ ، مسألة ١١ .

الاشبه .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ في المبسوط^(١)، والحق الثاني . وقد مر البحث في مثل هذه المسألة في أول كتاب الصوم ، فلا وجه لاعادته . والمراد بالامارة ما يفيد الظن الضعيف ، كالاستناد الى خبر واحد وشبهه .

قال رحمه الله : ولو غمت شهور السنة ، عد كل شهر منها ثلاثين . وقيل : ينقص منها لتضاء العادة بالتقصية ، وقيل : يعمل في ذلك برواية الخمسة ، والاول أشبه .

أقول : مذهب الشيخ في مسائل الخلاف^(٢)، واحتج عليه بالاخبار المروية عن النبي والائمة عليهم السلام «ويسألرك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج»^(٣) فيبين أن الاهلة يعرف بها مواقيت الشهور والحج . ومن ذهب الى الحساب والجدول لايراعى الهلال أصلاً ، وذلك خلاف القرآن .

وفي المبسوط : ويجوز عندي أن يعمل على هذه الرواية التي وردت بأنه يعد من السنة الماضية خمسة أيام ويصوم يوم الخامس^(٤) لان من المعلوم أنه لا يكون الشهور تامة . وهذا عندي حسن ، لان العادة قاضية بذلك .

وأما العمل بالعدد ، فقد حكاه الشيخ في الخلاف^(٥) عن بعض الاصحاب ، والمراد بالعدد أن يعد السنة شهراً تامة وشهراً ناقصاً . وهذا وان كانت العادة قاضية به ، لكن ما اخترناه أكثر وجداناً ، فيكون أرجح .

(١) المبسوط ١ / ٢٦٨ .

(٢) الخلاف ١ / ٣٧٨ ، مسألة ٨ .

(٣) سورة البقرة : ١٨٩ .

(٤) المبسوط ١ / ٢٦٧ . تهذيب الاحكام ٤ / ١٧٩ ، ح ٦٩ .

(٥) الخلاف ١ / ٣٧٨ ، مسألة ٨ .

قال رحمه الله : ولا يجب الصوم على الصبي والمجنون الا أن يكملوا قبل طلوع الفجر ، ولو كملوا بعد طلوعه لم يجب على الاظهر .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن شرط الوجوب البلوغ قبل الفجر ، وذهب الشيخ في موضع من الخلاف^(١) الى وجوب الصوم عليه مطلقاً ، سواء حصل البلوغ قبل الفجر أو بعده .

لنا - أن الصوم عبادة لا تقبل التبعيض ، ولا خلاف أن التكليف لم يتناوله أولاً فلا يتناوله ثانياً .

اخرج بأنه بالغ مكلف ، فدخل تحت الامر بالصوم ، كسائر البالغين .

والجواب : قد بينا الفرق بينه وبين غيره ، وكذا البحث في المجنون .

قال رحمه الله : وكذا المغمى عليه - الى آخره .

اقول : قد استقصينا البحث في هذه المسألة .

قال رحمه الله : والاقامة أو حكمها - الى قوله : - كان حكمه حكم المريض

في الوجوب وعدمه .

اقول : معناه ان قدم قبل الزوال ولم يتناول شيئاً وجب الصوم ، والا فلا .

قال رحمه الله : والكافر وان وجب عليه ، لكن لا يجب القضاء ، الا ما أدرك

فجره مسلماً ، ولو أسلم في أثناء اليوم أمسك استحباباً ، ويصوم ما يستقبله وجوباً وقيل : يصوم اذا أسلم قبل الزوال ، وان ترك قضى ، والاول أشبه .

اقول : القولان للشيخ رحمه الله ، والاستدلال عليهما قريب مما سبق ، فلا

نطول باعادته .

قال رحمه الله : ويستحب الموالاة في القضاء احتياطاً للبراءة . وقيل : بل

يستحب التفريق للفرق . وقيل : يتابع في ستة ويترك الباقي للرواية ، والاول

(١) الخلاف ١/ ٣٩٣ ، مسألة : ٥٧ .

أشبهه .

أقول : الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله وأبو الصلاح وابن الجنيّد، عملاً بالاحتياط ، اذمع اعتماد ذلك تحصل البراءة قطعاً ، بخلاف ما لو فرق ، ولان فيه مسابقة الى الخيرات ، فيكون أرجح . والثاني مستنده رواية عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام^(١) . ولان الفرق بين القضاء والاداء ليس الا بذلك . والثالث مستنده هذه الرواية أيضاً .

واعلم أنه لا كثير فائدة في هذه المسألة ، فلهذا اختصرنا البحث فيها .
قال رحمه الله : ولو استمر به المرض الى رمضان آخر ، سقط قضاؤه على الاظهر ، وكفر عن كل يوم من السالف بمد من طعام .
أقول : للاصحاب في هذه قولان ، أحدهما : سقوط قضاء الاول ، والصدقة عن كل يوم منه بمد ، اختاره الشيخان ومن تبعهما وأبو علي ابن الجنيّد وابنا بابوية .
والثاني وجوب القضاء فقط ، ذهب اليه ابن أبي عقيل وأبي الصلاح وابن ادريس . والحق الاول لوجوه :

الاول : أصالة براءة الذمة ينفي^(٢) وجوب القضاء ، ترك العمل بها في صورة عدم الاستمرار ، للنص والاجماع ، فينتى معمولاً بها فيما عداها .
الثاني : انه عذر استوعب وقت الاداء والقضاء فسقطاً أما استيعابه وقت الاداء فظاهر ، اذ وفيه رمضان . وأما استيعابه لوقت القضاء ، فلان وفيه ما بين الماضي والاتي ، والتقدير استمراره من الماضي الى الاتي . وأما سقوطها حينئذ فظاهر ، والالزم تكليف ما لا يطاق ، وهو ايقاع الفعل في غير وقت .
واعلم أن هذا الدليل ضعيف ، لانا لانسلم انحصار وقت القضاء فيما بين

(١) تهذيب الاحكام ٢٧٥/٤ ، ح ٤ .

(٢) في «س» : فيبقى .

الرمضانين ، والا لسقط القضاء مع البرء وقبل حضور الثاني وحصول الاعذار المانعة من الصوم غير المرض .

الثالث : الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

احتجوا بعموم قوله تعالى «فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر»^(١) .
والجواب : العام يخص للدليل ، وقديناه .

فرع :

واختلف في تقدير الفدية ، فقليل : مدان ، ومع التعذر^(٢) مد . وقيل : مد من غير تفصيل ، وهو أولى .

لا يقال : تخصيص الكتاب بخبر الواحد غير جائز .

لأننا منع ذلك ، سلمنا لكن متى يكون ذلك اذا استفاضت الاخبار واشتهرت واعتضدت بعمل الاصحاب ، او اذا لم يعتضد الاول - ع م -^(٣) .

قال رحمه الله : ولو كان [له] وليان أو أولياء متساوون في السن ، تساوا في القضاء ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله ، وعليه دلت رواية حماد ابن عثمان عن الصادق عليه السلام^(٤) ، والتمسك بالاصل ، ولان الولي هو أكبر الاولاد ، وهو غير متحقق مع تساويهم في السن ، فلا يكون الخطاب متوجهاً الى أحدهم لعدم صدق هذا الاسم عليه ، واختار ابن ادريس الثاني .

قال رحمه الله : وهل يقضى عن المرأة ما فاتها ؟ فيه تردد .

(١) سورة البقرة : ١٨٤ .

(٢) في «س» : العذر .

(٣) في هامش «س» : صوابه والاول م وب . من نسخة الشيخ أحمد بن فهد .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٤٦/٤ - ٢٤٧ ، ح ٥٥ .

أقول : منشؤه : وجه وجوب القضاء النظر الى المشاركة فيما يتوهم أنه علة وهي الاختصاص بالحباء ، وبه أفتى الشيخ رحمه الله وابن البراج .

ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في امرأة مرضت في شهر رمضان ، أو طمئت ، أو سافرت ، فماتت قبل أن يخرج رمضان هل يقضى عنها؟ قال : أما الطمئ والمرض فلا ، وأما السفر فنعم^(١) . وظاهر رواية أبي بصير عنه عليه السلام^(٢) يشعر بما قلناه .

ووجه السقوط الالتفات الى أصالة البراءة ، وهو فتوى ابن ادريس ، وأنكر الاول انكاراً عظيماً ، والاول عندي أقوى .

قال رحمه الله : اذا نسي غسل الجنابة ومر عليه أيام أو الشهر كله ، قيل : يقضي الصلاة والصوم ، وقيل : يقضي الصلاة حسب ، وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(٣) والمبسوط^(٤) وأبو علي ابن الجنيد ، ورواية ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه^(٥) عملاً برواية حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل أجنب في شهر رمضان ونسي أن يغتسل حتى خرج رمضان ، فقال عليه السلام : عليه أن يقضي الصلاة والصيام^(٦) .

ولانعقاد الاجماع على وجوب القضاء على المجنب اذا تام مع القدرة على الغسل ثم انتبه ثم تام ، واذا كان التفريط السابق مؤثراً في ايجاب القضاء ، وقد

(١) تهذيب الاحكام ٢٤٩/٤ ، ح ١٥٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٤٨/٤ ، ح ١١٣ .

(٣) النهاية ص ١٦٥ .

(٤) المبسوط ٢٨٨/١ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ١١٩/٢ .

(٦) تهذيب الاحكام ٣١١/٤ ، ح ٦٤ .

حصل هنا تكرار النوم مع ذكر الجنابة أولاً ، كان القضاء لازماً .
والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ، وهو الاقرب ، عملاً بأصالة براءة الذمة
من وجوب القضاء ، ولأن الطهارة انما هي شرط مع الذكر لامطلقاً ، بدليل انه
لوانام ناوياً للفعل ولم ينتبه الى الصباح ، يصح صومه اتفاقاً ، ولو كانت شرطاً على
الاطلاق لما صح ، والرواية محمولة على الاستحباب ، والقضاء انما وجب في
تلك الصورة ، لتكرار النوم مع نية الاغتسال ، فيكون ذاكرة للفعل ومفرطاً فيه
في كل يوم ، فيلزمه القضاء لتفريطه . ولي في هذه المسألة نظر لا يليق ابراده هنا .
قال رحمه الله : من وجب عليه صوم شهر متتابع غير معين بنذر ، فصام
خمسة عشر يوماً ثم أفطر ، لم يبطل صومه وبنى عليه . ولو كان قبل ذلك استأنف
وألحق به من وجب عليه [صوم] شهر في كفارة قتل الخطأ أو الظهار لكونه مملوكاً
وفيه تردد .

اقول : منشؤه : الالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله ، ولمساواته الشهر
المنذور ، ولدلالة مفهوم رواية موسى بن بكر عن الصادق عليه السلام (١) تارة ، وعن
الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام اخرى قال : قال عليه السلام في رجل جعل على نفسه
صوم شهر ، فصام خمسة عشر يوماً ، ثم عرض له أمر ، فقال : جاز له أن يقضي
ما بقي عليه ، وان كان أقل من خمسة عشر يوماً لم يجز له حتى يصوم شهراً تاماً (٢) .
قال شيخنا : الجمل قد يكون بالنذر ، وقد يكون بفعل ما يوجب الصوم ،
كالظهار وقتل الخطأ . وفي هذا التأويل تعسف ، لان المتبادر الى الذهن انما هو
الاول فقط ، والمجاز انما يصار اليه للقربة ، ولاقربة هنا .

والنظر الى أصالة وجوب التتابع ، ترك العمل به في الشهر المنذور للنص

(١) تهذيب الاحكام ٢٨٥/٤ ، ح ٣٦٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٨٥/٤ ، ح ٣٧٢ .

والاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداه ، وهو فتوى ابن ادريس .
قال رحمه الله : ويكره صوم الضيف نافلة من غير اذن مضيفه ، والظاهر أنه لا ينعقد مع النهي .

اقول : لان لفظ الخبر^(١) ورد مشتملاً على النهي ، والنهي في العبادات يدل على الفساد . وتحقيق هذه المسألة في اصول الفقه .

قال رحمه الله : والمحضور تسعة : صوم العيدين ، وأيام التشريق لمن كان بمنى على الأشهر .

اقول : انما قال «على الأشهر» لان رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام^(٢) يدل على جواز صوم هذه الايام بدلا عن الهدى ، وبعض الاصحاب حرم صومها مطلقاً .

قال رحمه الله : الشرائط المعتمدة في قصر الصلاة معتبرة في قصر الصوم ، ويزيد على ذلك تبييت النية . وقيل : لا يعتبر ، بل يكفي خروجه قبل الزوال . وقيل : لا يعتبر أيضاً ، بل يجب القصر ولو خرج قبل الغروب ، والاول أشبه .

اقول : المسافر اذا خرج الى السفر : فاما أن يكون خروجه قبل طلوع الفجر أو بعده ، والاول يجب عليه القصر اتفاقاً منا .

وأما الثاني ، فقد اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ : انما يسوغ له الافطار اذا بيت النية ليلاً وكان خروجه قبل الزوال ، ولو كان بعده أمسك وعليه القضاء وهو اختيار ابن البراج ، ولم يتعرض في المبسوط^(٣) للقضاء .

وقال المفيد وأبو علي ابن الجنيد رحمهما الله : المعتبر خروجه قبل الزوال

(١) من لا يحضره الفقيه ٢ / ٨٠ ، رواية الزهري عن السجاد عليه السلام .

(٢) تهذيب الاحكام ٤ / ٢٩٧ ، عن زرارة .

(٣) المبسوط ١ / ٢٢٧ .

سواء أبيت النية أو لا ، ولو خرج بعد الزوال أثم .

وقال علم الهدى : أي وقت خرج وجب عليه الافطار ولو قبل الغروب بلحظة . واختاره ابن ادريس ، وهو مذهب علي بن بابويه وابن أبي عقيل .
احتج الشيخ رحمه الله بقوله تعالى « ثم أنموا الصيام الى الليل »^(١) وهو عام في كل صيام ، بدليل صحة الاستثناء الذي يخرج من الكلام مالولاه لدخل ، ولاتفاق أهل اللغة عليه ، ترك العمل به مع تبين نية السفر ، للاجماع والنص ، فيبقى حجة فيما عداه ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

احتج المفيد برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل يخرج من بيته وهو يريد السفر وهو صائم ، قال: ان خرج قبل أن ينتصف النهار فليفطر وليقض ذلك اليوم ، وان خرج بعد الزوال فليتم صومه^(٢) . ويحمل على من بيت النية ، جمعاً بين الأدلة .

واحتج المرتضى برواية عبد الله بن بكير عن عبد الأعلى مولى آل سام في الفطر يريد السفر في رمضان ، قال: يفطر وان خرج قبل أن يغيب الشمس بقليل^(٣) وهي منطوعة السند ، فلاحجة فيها .

وقوله « كل سفر يجب به قصر الصلاة » الى آخر الكلام .

قلنا : قد مر تحقيق هذا في كتاب الصلاة .

قال رحمه الله: الهم والكبير وذوالعطاش يفطرون في رمضان ، ويتصدقون عن كل يوم بمد من طعام ، ثم ان أمكن القضاء وجب ، والاسقط . وقيل : ان عجز الشيخ والشيخة ، سقط التكفير كما يسقط الصوم ، وان أطاقا بمشقة كفر ، والاول

(١) سورة البقرة : ١٨٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٢٨/٤ - ٢٢٩ ، ح ٤٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٢٩/٤ ، ح ٤٩ .

أظهر .

اقول : ايضاح هذه تتوقف على بحوث :

الاول: الشيخ والشيخة اذا عجزا عن الصوم أصلاً أفطرا اجماعاً، وهل تجب الكفارة ؟ قال الشيخ : نعم ، وهو اختيار ابن الجنيد وابن أبي عقيل وابنا بابوية عملاً بظاهر الاحاديث المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

وقال المفيد وعلم الهدى : لاتجب، وتبعهما سلال وابن ادريس ، عملاً بقوله تعالى « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين »^(١) دل بمفهومه على سقوط الفدية عن غير المطيق ، لان عدم القدرة مسقط للتكليف . ودلالة المفهوم ضعيفة ، فلا يعارض المنطوق ، وعدم القدرة شرط للتكليف^(٢) بالصوم ، وليس البحث فيه . لايقال: الكفارة اما بدل عن واجب، أو مسقطة لذنب صادر، وكلاهما منفيان.

لانا نقول : لانسلم الحصر .

الثاني : أن يطيقاه بمشقة ، فهنا يجب الصوم اجماعاً منا .

الثالث : ذو العطاش اما أن يرجى برؤه أو لا ، فهنا قسمان : أما الثاني ،

فذهب أكثر الاصحاب الى وجوب الكفارة عليه ، وقال سلال : لاتجب .

لنا - مارواه محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الشيخ الكبير والذي به العطاش لاحرج عليهما أن يفطر في شهر رمضان ، ويتصدق كل واحد منهما بمد من طعام ، ولا قضاء عليهما ، وان لم يقدر فلا شيء عليهما^(٣) . والقضاء انما تسقط عن الذي لا يرجى برؤه لعجزه .

احتج بأصالة البراءة ، وهي معارضة بالرواية المعتمدة بعمل الاعيان من

(١) سورة البقرة : ١٨٤ .

(٢) في «س» : للتكليف .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٣٨/٤ ، ح ٤٠ .

الاصحاب . وأما الاول ، فذهب الشيخ رحمه الله الى وجوب الكفارة عليه أيضاً وتبعه سلاو ابن البراج ، عملاً بظاهر الرواية السابقة . وقال المفيد والسيد المرتضى : لا تجب ، وتبعهما ابن ادريس ، عملاً باصالة البراءة ، ولانه مريض ، فلا يجب عليه القضاء لغيره من المرضى .

قال رحمه الله : والمجنون والمغمى عليه - الى آخره .

اقول : قد مر البحث في هذه المسألة مستقصى .

قال رحمه الله : من يسوغ له الافطار يكره له التملي من الطعام والشراب ، وكذا الجماع وقيل : يحرم . والاول أشبه .

اقول : الاول مذهب أبي علي ابن الجنيد ، وتبعه ابن ادريس ، عملاً بقوله تعالى « فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر »^(١) قال المفسرون : معناه فليفطر وعليه عدة من أيام أخر ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وتبعه أبو الصلاح ، محتجاً بروايات كثيرة ، وتحمل على الكراهية الشديدة ، جمعاً بين الاخبار .

الفصل الرابع

(في ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الاعتكاف)

قال رحمه الله : واذا مضى للمعتكف يومان ، وجب الثالث على الاظهر .
القول : الاعتكاف : اما واجب ، أو ندب ، فالاول يلزم بالشروع فيه اكمال
ثلاثة أيام ان لم يكن معيناً اتفاقاً منا . قال المصنف : والوجه صحة اتيانه بيوم من
الواجب وآخرين من غيره ، نعم لايجوز تفريق الساعات على الايام ، خلافاً للشافعي .
وأما الثاني ، فقد اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ في المبسوط^(١) يجب
بالشروع اكمال ثلاثة أيام ، عملاً باطلاق الاحاديث الموجبة للكفارة على المعتكف
وبه قال أبو الصلاح الحلبي كالبحر .

وقال في النهاية^(٢) ان مضى عليه يومان وجب الثالث والا فلا ، وهو اختيار
ابن الجنيدي وابن حمزة ، عملاً برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : اذا
اعتكف يوماً^(٣) ولم يكن اشترط ، فله أن يخرج ويفسخ اعتكافه ، فان أقام يومين

(١) المبسوط ٢٨٩/١ .

(٢) النهاية ص ١٧١ .

(٣) قال في هامش «س» : في نسخة شيخنا رحمه الله هنا «يومان» وفي هذه

«يوم» وهو مناسب ، تحميلاً للفق وعدم التكرار .

ولم يكن اشترط لم يكن له أن يخرج ويفسخ اعتكافه حتى تمضي ثلاثة أيام^(١).
وقال علم الهدى: لا يجب بالشروع ، سواء مضى يومان أو لم يمض ، واختاره
ابن ادريس والمصنف في المعتبر^(٢) ، وهو الأقوى عندي .
لنا - اصالة براءة الذمة ، ولان الوجوب حكم شرعي ، فيقف على الدليل
الشرعي ، ولانها عبادة مندوبة ، فلا تجب بالشروع كغيرها ، والحج انما أوجبناه
للدليل القطعي ، وهو قوله تعالى « وأتموا الحج »^(٣) والمطلق لعموم له ، فيكفي
في العمل به تنزيله على صورة واحدة ، والرواية محمولة على تأكيد الاستحباب
جمعاً بين الأدلة .

قال رحمه الله : اذا نذر اعتكاف شهر معين ولم يشترط التابع ، فاعتكف
بعضه وأخل بالباقي ، صح ما فعل وقضى ما أهمل ، ولو تلفظ فيه بالتتابع استأنف .
أقول : الفرق بين الشهر المعين وبين المنذور متتابعاً ، أن وجوب تنابعه
لضرورة الوقت ، لان التابع مقصود فيه بالذات ، فاذا اعتكف بعضه كان صحيحاً
مجزياً ، لوقوعه على الوجه المأمور به شرعاً ، ويجب عليه قضاء الباقي فقط .
وأما المنذور متتابعاً ، فقد صار التابع مقصوداً فيه بالذات . فاذا اعتكف
بعضها وأخل ببعض ، وجب الاستئناف لاخلاله بالصفة .

واعلم أن تحقيق هذا المقام أن نقول : الشهر المنذور لا يخلو من أحد أمرين :
اما أن ينذره مسمى ، كأن يقول : لله علي أن اعتكف شهر رمضان . أولاً ، كأن يقول :
لله علي أن اعتكف شهراً ويطلق . والاول على أقسام :
الاول : أن يضيف الى ذلك التعيين فقط كأن يقول : شهر رمضان هذه السنة .

(١) تهذيب الاحكام ٢٩٠ / ٤ ، ح ١١ .

(٢) المعتبر ٧٣٧ / ٢ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٦ .

الثاني أن يضيف اليه التابع فقط .

الثالث أن يضيف اليه التعيين والتابع معاً ، كأن يقول : رمضان هذه السنة متتابعاً .

الرابع : أن ينذره مسمى ويطلق .

فالقسم الاول يجب التوالي فيه ، فان أخل ببعضه أو به جميعاً ، فهل تجب القضاء ؟ اشكال ، ينشأ : من أن النذر لم يتناول غير هذا الـرمضان المعين ، والاصل براءة الذمة ، والقضاء فرض ثان يحتاج الى دليل ثان ، ومن أن نذر الشهر المعين قد يضمن شيئين : أحدهما اعتكاف شهر ، والثاني انحصار ذلك في رمضان هذه السنة ، وارتفاع أحد القيدتين لا يستلزم الآخر ، فان أوجبناه فالوجه عدم وجوب قضاء الجميع ، بل انما يجب قضاء ما أهمل ، وهل يجب التوالي فسي القضاء ؟ الوجه لا .

والبحث في القسم الثالث كالاول ، لكن الوجه هنا وجوب التابع في القضاء . وأما القسم الثاني والرابع ، فلا يتحقق فيهما القضاء ، بل أي شهر رمضان اعتكفه جميعاً كان واقعاً عن النذر . ولو اعتكفه بعضه ، وجب عليه استئناف الاعتكاف عند حضور آخر ، لان النذر مطلق غير معلق برمضان معين ، فأى رمضان حصل ذلك فيه كان واقعاً عن النذر من رأس .

وأما القسم الثاني ، وهو أن ينذر شهراً مطلقاً ، فاما أن يشترط فيه التابع أو لا ، فان شرط وجب .

ولو اعتكف بعض شهر وأخل بالبعض الآخر ، وجب عليه الاستئناف من رأس ، للاخلال بالصفة . فلا يكون آتياً بالمنذور ، فيبقى في عهده التكليف ، وان لم يشترط جاز أن يعتكف ثلاثة ثلاثة ، بل يصح أن يأتي بيوم من المنذور وآخرين من غيره .

وقال في المعتبر : لكن على مذهبنا لا يصح أقل من ثلاثة^(١).

هذا تحقيق ما عندي في هذا المقام .

قال رحمه الله : والثاني لا يجب المضي فيه - الى آخره .

أقول : قد سبق البحث في هذه مستوفى .

قال رحمه الله : انما يحرم على المعتكف [سنة:] النساء لمساً وتقبيلاً وجداءاً

وشم الطيب على الاظهر .

أقول : للشيخ في تحريم شم الطيب على المعتكف قولان ، ومستند المنع

مارواه أبو عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المعتكف لا يشم الطيب ولا يتلذذ بالريحان

ولا باري ولا يشترى ولا يبيع^(٢).

ومستند الجواز أصالة الاباحة . والاول أقوى ، والاصل يخالف للدليل .

قال رحمه الله : وقيل : يحرم عليه ما يحرم على المعتكف ، ولم يثبت ، فلا

يحرم عليه لبس المخيط ، ولا ازالة الشعر ، ولا أكل الصيد ، ولا عقد النكاح ،

ويجوز له النظر في معاشه ، والخوض في المباح .

أقول : القائل بهذا هو الشيخ في بعض كتبه ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة

وقال في المبسوط : وروي أنه يجتنب ما يجتنبه المحرم . وذلك مخصوص بما

قلناه ، لان لحم الصيد لا يحرم عليه وعقد النكاح مثله^(٣). واختاره المتأخر ، وهو

الحق ، عملاً بالاصل .

احتج بأن القليل تابع للكثير ، ولا جرم أن أكثر ما يحرم على المحرم يحرم

على المعتكف ، فيحرم عليه الجميع ، تغليبا للكثرة وبمنع التبعية .

(١) المعتبر ٢/٢٢٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٢٨٨ ، ج ٤ .

(٣) المبسوط ١/٢٩٣ .

قال رحمه الله : ومن مات قبل انقضاء اعتكافه الواجب ، قيل : يجب على الولي القيام به ، وقيل : يستأجر من يقوم به . والاول أشبه .

اقول : القولان قد حكاهما الشيخ في المبسوط عن الاصحاب ، واستدل عليهما بعموم ما روي أن من مات وعليه صوم واجب ، وجب على وليه القضاء عنه أو ينصدق عنه^(١).

وقال في المعبر : وما ذكره الشيخ رحمه الله ان ثبت كان دالاً على وجوب قضاء الصوم ، أما الاعتكاف فلا^(٢).

وقلنا : اذا سلم أن على الولي قضاء جميع ما فات الميت من الصيام ، لزم القول بوجوب قضاء هذا الصوم ، لانه صوم لزم الميت على هيئة مخصوصة ، ولا يمكن الاتيان بثله الا على هذه الهيئة، أعني: هيئة الاعتكاف، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، والا لزم تكليف ما لا يطاق ، أو خروج الواجب عن كونه واجباً وهما محالان .

فروع :

هذا الاستدلال انما يتمشى أن لو لم يكن عليه صوم حال نذر الاعتكاف ، أما لو كان عليه صوم سابق ، وجب عليه قضاء الصوم فحسب، لان الاعتكاف لم يوجب صوماً حينئذ .

قال رحمه الله : كل ما يفسد الصوم يفسد الاعتكاف - الى قوله : - ومنهم من خص الكفارة بالجماع حسب ، واقتصر في غيره من المفطرات على القضاء وهو الاشبه .

(١) المبسوط ١/ ٢٩٣ - ٢٩٤ .

(٢) المعبر ٢/ ٧٤٤ .

اقول: لاختلاف في وجوب الكفارة بالجماع الحاصل بالاعتكاف الواجب وهل تجب بحصوله في الاعتكاف المندوب؟ ظاهر فتاوي علمائنا نعم ، وعندى فيه تردد .

وانما الخلاف في وجوب الكفارة بفعل ماعده من المفطرات ، فقال المفيد والشيخ وعلم الهدى : تجب الكفارة بكل مفطر يوجب الكفارة في رمضان وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(١)، بناءً على أن الاعتكاف المندوب يلزم بالشروع. وقال في المعتبر : ان أرادوا الاعتكاف المنذور المقيد بزمان معين كان حسناً وان أرادوا الاطلاق فلا أعرف المستند ، فان كان تمسكاً باطلاق الاحاديث ، فهي مختصة بالجماع فحسب^(٢).

وماقاله حسن ، لان فطر النذر المعين موجب للكفارة منفرداً عن الاعتكاف، فمع انضمامه أولى .

ولو خصا ذلك - أعني : الشيخين - باليوم الثالث ، أو بالاعتكاف الواجب كان أنسب بمذهبهما ، لانهما لا يريان وجوب ماعده ، اذ لا معنى لاتجب الكفارة مع جواز الرجوع ، وظاهر كلام ابن ادريس سقوط الكفارة مطلقاً ، ونقله الشيخ في المبسوط^(٣) عن بعض الاصحاب ، وهو قوي .
لنا - أصالة براءة الذمة .

احتج الثلاثة باطلاق الاحاديث ، وهي مختصة بالجماع فحسب ، والتعدي قياس ، ونحن لانقول به .

قال رحمه الله : وتجب كفارة واحدة ان جامع ليلا . وكذا ان جامع نهاراً

(١) المبسوط ٢٩٤/١ .

(٢) المعتبر ٧٤٢/٢ .

(٣) المبسوط ٢٩٤/١ .

في غير رمضان ، وإن كان فيه لزمه كفارتان .

أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة ، فذهب بعضهم الى وجوب كفارتين بالطوىء نهاراً ، سواء كان في رمضان أو غيره ، وهذا قول علم الهدى . ويمكن أن يحتج له بأن الجماع في الاعتكاف سبب في وجوب الكفارة ، وكذا في الصوم ، فعند اجتماعهما نجب الكفارتان . أما أولاً ، فلاستحالة اجتماع العلل على المملول الواحد . وأما ثانياً ، فلأن التداخل على خلاف الأصل ، فلا بصار اليه الا لدليل ، ومنع ايجاب الصوم للكفارة مطلقاً ، بل انما يوجبه اذا كان ممبياً ، اما بالاصالة كرمضان ، أو بالنذر .

وذهب بعضهم الى وجوب كفارة واحدة وأطلق ، وهو ظاهر كلام شيخنا المفيد . والحق ما ذكره المصنف ، والاستدلال عليه قريب مما سبق . وأما الجماع لبلا ، فانه يوجب كفارة واحدة اجماعاً .

فروع :

لو جامع الممكك في الزمان المعين ، وجب عليه كفارتان ، كما لو جامع في نهار رمضان

قال رحمه الله : الارتداد موح للروح من المسجد ، ويبطل الاعتكاف . وليل . لا يبطل ، وإن عادى ، والاول أشبه .

القول للأصحاب في هذه قولان :

أحدهما : بطلان الاعتكاف ذكره في الخلاف^(١) ، لأن الارتداد اما عن فطرة أو مهرها ، والاول يحب به القتل ، فيجب اخراجه له . والثاني الاخراج من المسجد ، لأن المصنف به نجس ، ولا يجوز ادخال النجاسة الى المساجد ووجوب

(١) الملا ٤٠٧/١ ، مسألة ٢٠ .

الخراج مناف للاعتكاف ، فيبطل لاستحالة اجتماع المتنافيين .
والآخر : لا يبطل ، ولو عاد الى الاسلام بنى على اعتكافه ، ذكر ذلك الشيخ
في المبسوط^(١) ، محتجاً بأصالة صحة العبادة ، ولأن المقتضي للبطلان قد زال ،
فيزول بزواله ، والأصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بينها ، والاعتكاف الواحد غير
قابل للتبويض .

أما لو نذر اعتكافاً معيناً زائداً على الثلاثة ، ثم ارتد بعد اعتكاف ثلاثة فصاعداً
صح ما فعل وقضى ما أهمل ان كان ثلاثة فصاعداً . ولو كان أنقص من ذلك أضاف
اليه ما يتم به ثلاثة . ولو كان عوده قبل الخروج أتم ما بقي منه ان كان ثلاثة .
ولو كان أقل ، عقبه بالقضاء ليتم ثلاثاً ، أو يضيف اليه ما يتم به ذلك ، ثم
قضى الفائت بعد ان كان ثلاثة ، وان كان أقل عقبه بالاتمام ، أو يضيف اليه ما يتم
به ثلاثة ، اذا لاعتكاف أقل منها . وكذا لو كان النذر مطلقاً ، الا أن القضاء هنا
غير متحقق .

قال رحمه الله : اذا أكره امرأته على الجماع ، وهما معتكفان نهراً في شهر
رمضان ، لزمه أربع كفارات . وقيل : يلزمه كفارتان ، وهو الاشبه .

اقول : هذا التفصيل انما يتمشى على قاعدة من لا يوجب الكفارتين الا
بالجماع في نهار شهر رمضان ، وأما من يوجبهما بالجماع في النهار مطلقاً ، سواء
كان في رمضان أو غيره ، فانه يلزمه ايجاب أربع كفارات مطلقاً ، وقد التزم به
في المبسوط قال : وان كان ليلاً لزمه كفارتان ، على قول بعض أصحابنا^(٢) .

وكذلك علم الهدى وابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ،
لكن لما كان هذا القول ضعيفاً عنده عدل عن التفريع عليه ، وفرع على القول

(١) المبسوط ٢٩٤/١

(٢) المبسوط ٢٩٤/١

القوي عنده .

وانما وجبت الاربع على المكروه ، لان الجماع فعل واحد أوجب الكفارة على الفاعل ، ومع حصول الاكراه منه يكون الفعل في الحقيقة صادراً عنه فيتضاعف الكفارتان عليه .

وأما القول الثاني ، فلا أعرف به قائلاً من الاصحاب ، لكن يتأتى على قول ابن أبي عقيل ، لانه لا يوجب تضاعف الكفارة على المكروه امرأته في نهار رمضان بل يوجب عليه كفارة واحدة فقط ، ويوجب عليها القضاء حسب ، وقد عرفت ان الاجتهاد في مقابلة النص مردود . وكذا لو كان الاكراه في النذر المعين على اشكال . أما لو كان الاكراه في غيرهما ، فالأقوى عدم التحمل ، عملاً بأصالة براءة الذمة ، ولان التعدي قياس ، ونحن لانقول به ، ولان المكروه^(١) لم يفطر ، فلا كفارة عليها ، فلا يتحقق التحمل حيثئذ .

قال رحمه الله : اذا طلقت المعتكفة رجعية خرجت .

أقول : ينبغي أن يقال : ان كان الاعتكاف مندوباً أو واجباً غير معين ، أو يكون معبناً قد اشترط فيه الرجوع مع عروض العارض .

أما لو لم يكن معيناً^(٢) ولم يشترط فيه ذلك ، فالأقوى وجوب الخروج ، لان الاحداد في المنزل واجب ولا يتم الا بالخروج .

وبحتمل وجوب الاكمال ثم الخروج بعد ، فيكون أولى لانه دين ، لقوله **عليه السلام** : دين الله أحق أن يقضى^(٣) .

قال رحمه الله : اذا باع أو اشترى بطل اعتكافه ، وقيل : يأثم ولا يبطل ، وهو

(١) من « ٢ » : المفطرة .

(٢) من « ٢ » : أما لو كان معيناً .

(٣) صحيح البخاري ١٣٩ / ٢ .

الاشيه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : لا يفسد الاعتكاف جدال ولا خصومة ولا شقاق ولا بيع ولا شراء ، وان كان لا يجوز له فعل ذلك أجمع^(١). وظاهر كلام ابن ادريس أن ذلك يبطل الاعتكاف ما لم يضطر اليه . والحق الاول ، عملاً بأصالة صحة العبادة .

احتج بأن الاعتكاف هو اللبث ، وهو ينافي الاشتغال بغيرها ، والجمع بين المتنافيين محال ، وانما سوغنا القدر المحتاج اليه للضرورة ، ونمنع اشتراط دوام العبادة ، والا بطل حالة النوم الذي لا يضطر اليه والسكوت ، والتالي باطل اجماعاً فكذا المقدم ، بيان الشرطية للابطال هناك خلو بعض أجزاء الزمان عن العبادة ، وهذا المعنى موجود حالة النوم والسكوت .

فسرع :

وهل يصح البيع ؟ قال الشيخ : لا ، لانه منهي عنه ، والنهي يدل على الفساد وقد بينا ضعف هذه الحجة فيما سبق ، والوجه الصحة ، لانه عقد صدر من أهله في محله فيكون ماضياً .

قال رحمه الله : اذا اعتكف ثلاثة متفرقة ، قيل : يصح ، لان التابع لا يجب الا بالاشتراط ، وقيل : لا ، وهو الاصح .

اقول : قال في الخلاف : اذا نذر اعتكاف ثلاثة أيام متتابعات ، لزمه ثلاث بينها ليلتان ، وان لم يشترط التابع جاز أن يعتكف نهراً ثلاثة أيام دون ليلاتها^(٢) وبمعناه قال في المبسوط^(٣).

(١) المبسوط ٢٩٥/١ .

(٢) الخلاف ٤٠٩/١ مسألة : ٢٥ .

(٣) المبسوط ٢٩١/١ .

والوجه دخول اللبالي ، وقد ذكر ذلك في هذا الكتاب أيضاً ، أعني :
الخلاف ، فقال : لا يكون الاعتكاف أقل من ثلاثة أيام بليلتين^(١).
لنا - النصوص الدالة على أن أقل الاعتكاف ثلاثة أيام ، واليوم اذا أطلق دخل
فيه الليلة وبالعكس .

(١) الخلائق ١/٤٠٥ مسألة : ١١ .

الفصل الخامس

(فى ايضاح الترددات المذكورة فى كتاب الحج)

قال رحمه الله : ولودخل الصبي المميز والمجنون في الحج ندباً ، ثم كمل كل واحد منهما وأدرك المشعر ، أجزأ عن حجة الاسلام ، على تردد .
أقول : منشؤه : النظر الى فتوى الاصحاب ، ولانه زمان يصح انشاء الحج فيه ، فكان مجزياً ، بأن يجدد نية الرجوب ، وبه قال الشافعي .
والالتفات الى أنه لم يوقع الاحرام والتلبية على الوجه المأمور به شرعاً ، ولان الاصل أن الافعال المندوبة لايجزي عن الافعال الواجبة ، والاول أقوى .
أما أولاً ، فلموافقة فتوى الاصحاب . وأما ثانياً ، فللدلالة ظواهر الايات والاخبار عليه .

فرع :

ولو دخلا متمتعين بالحج الى العمرة وكانا ممن يجب عليهما التمتع عند بلوغهما ، ثم كملا قبل أحد الموقفين ، ففي الاجزاء عن العمرة المتمتع بها والحج أيضاً نظر ، لكن الاقوى العدم ، لفوات أكثر الافعال الواجبة ، فان قلنا به وجب عليه الاتيان بباقي الافعال لاغير ، وان لم يفعل به احتمل وجوب اكمال باقي أفعال

الحج ، ثم الاتيان بعمره بعدها ، ان كانت أشهر الحج باقية ، ويسقط الترتيب للضرورة ، والا في العام المقبل .

وفي وجوب الحج حينئذ بعد اكمالها نظر ، ينشأ : من اصابة البراءة ، ومن قوله **إِنَّمَا** : دخلت العمرة في الحج هكذا وشبك بين أصابعه عليه السلام ^(١) .

قال رحمه الله : الثالث الزاد والراحلة ، وهما يفتقران في من يفتقر الى قطع المسافة .

اقول : ليس المراد وجود عين الزاد والراحلة ، بل يكفيه التمكن منهما ، اما عيناً ، أو استيجاراً للراحلة أو الزاد .

قال رحمه الله : ويجب شراؤهما ولو كثر الثمن مع وجوده . وقيل : ان زاد عن ثمن المثل لم يجب ، والاول أصح .

اقول : هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط ^(٢) ، وليس بجيد .

لنا - انه مستطیع ، فيجب عليه الحج ، والمقدمتان ظاهرتان .

احتج بأن فيه اضراً ، فيكون منقياً لقوله **إِنَّمَا** « لا ضرر ولا اضرار » ^(٣) ولا ضرر مع القدرة على الثمن ، سلمنا لكن العام يخص للدليل ، وقد بيناه .

قال رحمه الله : ولو بذل له زاد وراحلة ونفقة له ولعاليه وجب عليه ، ولو وهب له مال لم يجب قبوله .

اقول : الفرق بين البذل والهبة أن البذل لا يفتقر الى قبول ، بخلاف الهبة فانها تفقر اليه ، وهو غير واجب ، لانه تحصيل لشرط الوجوب ، وقد عرفت أن شرط الواجب المقيد غير واجب ، اذ لا يتحقق الوجوب بدونه ، فقبله لا يكون

(١) سنن ابن ماجه ١٠٢٤/٢ ، برقم : ٣٠٧٤ .

(٢) المبسوط ١/٣٠٠ .

(٣) عوالي اللئالي ٣٨٣/١ و ٧٤/٢ و ٣/٢١٠ .

واجباً ، بخلاف المطلق ، لورود الامر هنا مطلقاً بخلاف الاول .
وشرط ابن ادريس تمليك المبدول ، ويجب أن يطالب بدليل مدعاه ، فان
الروايات مطلقة ، وكذا فتاوي الاصحاب .

قال رحمه الله : ولا يجب على الولد بذل ماله لو ائده في الحج .
اقول : ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(١) على الوجوب ، وتبعه ابن البراج ،
محتجين برواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام^(٢) .
وقال في المبسوط والخلاف : روى أصحابنا أنه اذا كان له ولد وجب أن
يأخذ من ماله ما يحج به ، ويجب عليه اعطاؤه^(٣) .

ومنع ابن ادريس ، وهو الحق ، لأن ملك الزاد والراحلة شرط اتفاقاً ، وليس ملك
الولد ملكاً لو ائده ، والرواية محمولة على جواز الاقتراض من مال ولده مع امكان
القضاء .

قال رحمه الله : ولو منعه عدو ، أو كان معضوباً لا يستمسك على الراحلة ، أو
عدم المرافق مع اضطراره اليه ، سقط الفرض ، وهل تجب الاستتابة مع المانع
من مرض أو عدو ؟ قيل : نعم ، وهو المروي ، وقيل : لا .

اقول : الوجوب ذهب اليه الشيخ قدس الله روحه ، وتبعه أبو الصلاح وابن
البراج ، واختاره ابن الجنيد وابن أبي عقيل ، استناداً الى رواية معاوية بن عمار
الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان علياً عليه السلام رأى شيخاً لم يحج قط ولم يطق
الحج من كبره ، فأمره أن يجهز رجلاً فيحج عنه^(٤) . وفي معناها رواية محمد بن

(١) النهاية ص ٢٠٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥/٥ ، ح ٤٤٤ .

(٣) المبسوط ٢٩٩/١ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٤/٥ ، ح ٣٨٣ .

مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ^(١).

وغير ذلك من الروايات ، واختار ابن ادريس الثاني ، وهو أقرب ، لان الاستطاعة شرط ولم يحصل ، وقد عرفت أن الواجب المقيد انما يجب عند حصول شرطه . ولاصالة براءة الذمة ولدلالة مفهوم الرواية المروية عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٢). والروايات محمولة على الاستحباب ، أو على من استقر الحج في ذمته وعرض له ذلك بعد الاستقرار .

قال رحمه الله : ولو كان لا يستمسك خلقه - الى آخره .

اقول : البحث في هذه كالبحت في السابقة ، وقد مر مستقصى .

قال رحمه الله : ولو كان في الطريق عدو لا يندفع الابل ، قيل : يسقط وان قل ، ولو قيل : يجب التحمل مع المكنة . كان حسناً .

اقول : الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط ^(٣) والمصنف في المعتبر ^(٤) ، وهو الاقوى ، لان تخلية السرب شرط وفاقاً ولم يحصل ، وقد عرفت أن تحصيل شرط الواجب غير واجب . وأما الثاني ، فضعيف جداً .

قال رحمه الله : ومن مات بعد الاحرام ودخول الحرم برأت ذمته . وقيل : يجزىء بالاحرام . والاول أظهر . وان كان قبل ذلك ، قضيت عنه ان كانت مستقرة وسقطت ان لم يكن كذلك .

اقول : الحاج على ضربين : الاول من حج في عام الوجوب . الثاني من حج بعد استقرار الوجوب .

(١) تهذيب الاحكام ١٤/٥ ، ح ٤٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٤/٥ .

(٣) المبسوط ٣٠١/١ .

(٤) المعتبر ٧٥٥/٢ .

والاول يسقط عنه الفرض بموته مطلقاً ، سواء كان قبل الاحرام أو بعده، وقبل دخول الحرم أو بعده .

وأما الثاني ، فقد اختلف فيه، فقال في النهاية^(١) والتهذيب^(٢) بالاول، واقتصر في الخلاف^(٣) على الاحرام ، واختاره ابن ادريس ، والاول أحق .

لنا - اصالة بقاء الحج في الذمة ، ترك العمل بها فيما اذا أحرم ودخل الحرم للدليل ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

احتج بأن المقصود التلبس بالحج وقد حصل بالاحرام .
والجواب المنع من المقدمة الاولى ، بل المقصود قصد البيت، وانما يحصل بما قلناه .

قال رحمه الله : ولو حج المسلم ثم ارتد لم يعد على الاصح .
أقول : هذه اشارة الى ماقواه الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤) من وجوب الاعادة ، بناءً على أن المسلم لا يكفر، وهذه القاعدة قد بينا فسادها في علم الكلام.
قال رحمه الله : ولو أحرم مسلماً ثم ارتد .

أقول : البحث في هذه كالسابقة .

قال رحمه الله : والمخالف اذا استبصر لا يعيد الحج، الا أن يخل بركن منه.
أقول : المشهور ما ذكره ، وأوجب ابن الجنيد وابن البراج الاعادة مطلقاً وهو ضعيف ، وتحمل الروايتان الدالتان عليها على الاستحباب، جمعاً بين الادلة.

(١) النهاية ص ٢٠٣ - ٢٠٤ .

(٢) التهذيب ١٥/٥ .

(٣) الخلاف ١٥/١ .

(٤) المبسوط ٣٠٣/١ .

فائدة :

هل المراد بالركن ماهو ركن عندنا أو عندهم ؟ الاقرب الاول ، لانه الظاهر عند الاطلاق بالنسبة الينا .

قال رحمه الله : وهل الرجوع الى كفاية من صناعة أو مال أو حرفة شرط في وجوب الحج ؟ قيل : نعم ، لرواية أبي الربيع ، وقيل : لا ، عملا بعموم الآية ، وهو الاولى .

اقول : القول الاول مذهب الشيخ في المبسوط^(١) والنهاية^(٢) والخلاف^(٣) . واحتج عليه بالاجماع ، وبأصالة البراءة ، وبرواية أبي الربيع الشامي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »^(٤) فقال : ما يقول الناس فيه ؟ قال ف قيل له : الزاد والراحلة ، قال فقال أبو عبد الله عليه السلام : قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن هذا ، فقال : هلك الناس اذن ، لئن كان من كان له زاد وراحلة قدر ما يقوت به عياله ويستغني عن الناس ينطلق اليهم فيسلبهم اياه لقد هلكوا اذن .

فقيل له : ما السبيل ، قال فقال : السعة في المال اذا كان يحج ببعض ويبقي بعض لقوت عياله ، أليس قد فرض الله الزكاة ، فلم يجعلها الا على من ملك مأتي درهم^(٥) .

والاصل تخالف للدليل ، وكيف يستدل بالاجماع مع وقوع هذا النزاع ،

(١) المبسوط ٢٩٦/١ .

(٢) النهاية ص ٢٠٣ .

(٣) الخلاف ٤١١/١ مسألة ٢ .

(٤) سورة آل عمران : ٩٧ .

(٥) تهذيب الاحكام ٢/٥ - ٣ ، ح ١٠ .

والرواية قاصرة عن افادة المطلوب ، بل انما تدل على اشتراط وجود مايمونه ويمون عياله الى حين اياه ، ونحن نقول به .

والثاني مذهب السيد المرتضى وابن أبي عقيل وابن الجنيدي ، واختاره ابن اديريس ، حتى أنه ادعى الاجماع عليه ، ولعله أقرب ، لعموم قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »^(١) وهذا يصدق عليه أنه مستطيع .
وبؤيده قول الصادق عليه السلام : من كان صحيحاً في بدنه مخلاً في سربه له زاد وراحلة ، فهو ممن يستطيع الحج^(٢) . وفي معناها رواية الحلبي عنه عليه السلام^(٣) ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٤) .

قال رحمه الله : يقضى الحج من أقرب الاماكن ، وقيل : يستأجر من بلد الميت وقيل : ان اتسع المال فمن بلده ، والا فمن حيث يمكن ، والارل أشبه .

اقول : يختلف الاصحاب في هذه المسألة ، فذهب الشيخ في المبسوط^(٥) والخلاف^(٦) الى الاول ، وان كان الافضل اخراجه من بلده ، والمراد بأقرب الاماكن هنا الميقات ، عملاً باصالة البراءة ، ولان الواجب لبس الا الحج ، وليس قطع المسافة جزءاً منه ، بدليل أنه لو اتفق حضور المكلف بعض المواقيت لا لقصد الحج أجزأه الحج من الميقات اجماعاً ، ولو كان قطع المسافة جزءاً منه لماصح هذا . واذا لم يكن القطع جزءاً ، لم يجب الاستيجار من البلد .

(١) سورة آل عمران : ٩٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣/٥ ، ح ٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣/٥ ، ح ٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣/٥ - ٤ ، ح ٤ .

(٥) المبسوط ٣٠٤/١ .

(٦) الخلاف ٤١٦/١ مسألة ١٨ .

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس، وظاهر كلام الشيخ في النهاية^(١)، وهو فتوى ابن البراج ، عملاً بالاحتياط ، ولأن المخرج^(٢) عنه كان يجب عليه الحج من بلده، ونفقة الطريق لازمة له، فمع الموت تكون لازمة في ماله، ونمنع وجوب الحج من بلده ، ويؤيده الفرض الذي قلناه .

والتفصيل الثالث منقول عن الشيخ رحمه الله جواباً في مسائل سئل عنها . ويمكن أن يحتج له بما احتج به ابن ادريس ، والجواب هو الجواب . قال رحمه الله : ولو نذر الحج أو أفسد وهو معصوب ، قيل : يجب أن يستتيب . وهو حسن .

أقول : انما كان حسناً لشهادة الظاهر بأن فعل ذلك مع العلم بأن الفساد موجب للقضاء ، وأن النذر يوجب الوفاء ، يقتضي الالتزام باخراج ذلك من ماله وهذا القول ذكره الشيخ في المبسوط قال فيه: فان برىء فيما بعد تولاهما بنفسه^(٣). قال رحمه الله : اذا نذر الحج ، فان نوى حجة الاسلام تداخلا ، وان نوى غيرها لم يتداخلا ، وان أطلق قيل : ان حج ونوى النذر أجزأ عن حجة الاسلام وان نوى حجة الاسلام لم يجز عن النذر . وقيل : لا يجزئ احدهما عن الاخرى وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله في النهاية^(٤) والتهذيب^(٥) اذا حج بنية النذر أجزأ عن حجة الاسلام ، ولم يتعرض للقسم الآخر . مصيراً الى ما رواه رفاعة بن موسى النخاس عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن

(١) النهاية ص ٢٠٣ .

(٢) في «س» : المحجوج .

(٣) المبسوط ١/ ٢٩٩ .

(٤) النهاية ص ٢٠٥ .

(٥) التهذيب ١٣/٥ .

رجل نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام، فمشى هل يجزيه ذلك عن حجة الاسلام؟ قال: نعم . قلت : أ رأيت لوحج عن غيره ولم يكن له مال وقد نذر أن يحج ماشياً أبجزى ذلك عن مشيه ؟ قال : نعم^(١).

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ، وهو القول الاخر للشيخ ، وهو الحق . لنا - أن النذر لابد له من متعلق ، وذلك المتعلق ايسر الاحجة الاسلام ، اذ لوكان حجة الاسلام لزم تحصيل الحاصل ، والتالي باطل بالضرورة ، فالمقدم مثله . وبيان الشرطية ظاهر ، اذ وجوب حجة الاسلام سابق على النذر ، واذا ثبت التناير لم يجز احدهما عن الاخرى ، لان التداخل خلاف الاصل .

لايقال: لو وجب أن يكون متعلق النذر مغايراً لحجة الاسلام، لما صح نذرهما والتالي باطل اجماعاً ، فالمقدم مثله .

لانا نلتزم ذلك ، وأي اجماع دل عليه ، بل انما دل على اجزاء حجة الاسلام مع نذرهما ، وذلك لايدل على صحة النذر، سلمنا لكن النذر له فائدتان : احدهما ايجاب مالم يكن واجباً . الثانية ايجاب الكفارة مع ترك الملتزم ، وانما صح نذر حجة الاسلام للفائدة الثانية .

لايقال : فلم لاتحمله عند الاطلاق على حجة الاسلام بعين ما ذكرتم ، عملاً بأصالة البراءة .

لانا نقول : حمله على ماتحصل به الفائدتان أولى من حمله على ماتحصل فيه احدهما فقط ، ولما أمكن ذلك عند الاطلاق صرنا اليه بخلاف التقييد .

وبالجملة فهذا الاعتراض قوي ، والجواز ضعيف ، والرواية سالمة عن المعارض ، فيجب العمل بها .

فروع :

لوقلنا بعدم التداخل، فقدم حجة النذر على حجة الاسلام، فالاقوى أنه لايجزىء
عن احدهما ، أما عن حجة الاسلام فلعدم النية ، وأما عن المنذور فلعدم صلاحية
الزمان ، لان وقته بعد حجة الاسلام اجماعاً .

وكذا البحث لونهى غير حجة الاسلام وقدم المنذورة، ويجيء على مذهب
الشيخ قدس الله روحه انها تجزى عن حجة الاسلام ، وقد قواه في المبسوط^(١) ،
ولأعرف وجهه ، وهو مذهب الشافعي .

قال رحمه الله : اذا نذر الحج ماشياً وجب ، ويقوم في مواضع العبور .
أقول : هل الوقوف في موضع العبور واجب أو مستحب ؟ فيه وجهان :
الوجوب، لما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه أن علياً عليه السلام
عن رجل نذر أن يمشي الى بيت الله يمر بالمعبر، قال: ليقم في المعبر حتى يجوز^(٢)
وظاهر الامر المطلق الوجوب، كما بيناه في كتاب الاصول . ولان الماشي جامع في
مشيه بين القيام والحركة، ضرورة كون المشى ماهية مركبة منهما ، ونذر المركب
يستلزم نذر جميع أجزائه . واذا ثبت كون القيام منذوراً وجب الوفاء به اجماعاً .
والثاني : الاستحباب ، لان نذر المشي انما ينصرف الى ما يصح المشي
فيه ، فيكون موضع العبور مستثنى عادة ، ويعضده أصالة البراءة .
قال رحمه الله : فان ركب طريقه قضى ، وان ركب بعضاً ، قيل : يقضي
ويمشي مواضع ركوبه . وقيل : بل يقضي ماشياً ، لاخلاله بالصفة المشترطة . وهو
أشبه .

(١) المبسوط ٣٠٣/١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤٧٨/٥ ، ح ٣٣٩٦ .

أقول: لاختلاف في وجوب القضاء مع ركوب جميع الطريق اختياراً ، سواء كان الوقت معيناً أولاً . وتجب الكفارة في المعين للخلف .
 أما لو أكره على الركوب ، فإن كان الوقت معيناً لم تجب عليه القضاء ، لعدم تناول النذر له ، وإنما أوجب القضاء مع الاختيار للتفريط ، وإن لم يكن معيناً فاشكال ، ينشأ: من قوله عَلَيْهِ : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه^(١) . ومن اقتضاء الحج ماشياً ولم يأت ، فيبقى في العهدة ، وهو أقوى . وكذا لو ركب البعض مكرهاً .

أما لو ركبته اختياراً ، قال الشيخ رحمه الله في كتبه : قضى بأن يركب مامشيه ويمشي ماركبه . وقال ابن ادريس : يجب عليه القضاء ماشياً في العام المقبل ، ولعله أقرب .

لنا - أنه علق الحج على شرط المسمى ولم يوجد ، وقد عرفت أن عدم الشرط يستلزم عدم المشروط ، فيبقى في عهده التكليف ، ولأنه أحوط .
 ويمكن أن يحتج للشيخ رحمه الله بأن مشي الطريق ليس جزءاً من الحج ، وإذا كان خارجاً عنه لم يكن صفة له ، إذا المشي يتناول الطريق الموصل إلى الحج فكأنه نذر أن يمشي تلك الطريق حاجاً . وإذا مشى في عامين حاجاً ، فقد حصل الامتثال ، ولا يحمل النذر على أنه نذر إيقاع أفعال الحج ما شيئاً ، فإن فرض كذلك لم يتخرج فتواه ، وهذا الوجه ذكره المصنف في نكت النهاية^(٢) .

قال رحمه الله : ولو عجز قيل : يركب ويسوق بدنه . وقيل : يركب ولا يسوق . وقيل : إن كان مطلقاً توقع المكنة من الصفة ، وإن كان معيناً بوقت سقط فرضه لعجزه ، والمروي الأول ، والسياق ندب .

(١) سنن ابن ماجه ١/٦٥٩ ، برقم : ٢٠٤٣ .

(٢) نكت النهاية ص ٦٠٩ .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله ، مصيراً الى الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني ذكره المفيد، نظراً الى سقوط النذر مع تحقق العجز، عملاً بالاصل ، استناداً الى ظاهر رواية صفوان عن ابن أبي عمير عن رفاعة بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام - الحديث^(١).

وأما التفصيل ، فقد ذكره المتأخر ، وهو حسن في المطلق .

وأما سقوط فرض الحج المعين مع العجز عن المشي ، فليس بجيد ، لأن الحج المنذور ماشياً قد يضمن شيئين : أحدهما الحج ، الثاني الاتيان به ماشياً ، وسقوط أحدهما للعجز لا يستلزم سقوط الآخر ، لوجود القدرة عليه ، ويحمل السياق على الندب ، توفيقاً بين الأدلة .

قال رحمه الله : ولا تصح النيابة عن المسلم المخالف ، لأن يكون أب النائب .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخان قدس الله روحهما .

قال المصنف في المعتبر : وربما كان التفاتهم الى تكفير من خالف الحق ، ولاصح النيابة عن من اتصف بذلك^(٢).

و نحن نقول : ليس كل مخالف للحق لا تصح منه العبادة ، ونطالبهم بالدليل طه ، و : اتفقوا^(٣) على أنه لا بعيد عباداته التي فعلها مع استقامته سوى الزكاة .
والأغرب أن يقال : لا تصح النيابة عن الناصب ، ونعني به من يظهر العداوة واللعن لاهل البيت عليهم السلام ، وينسبهم الى ما يقدح في العدالة ، كالخوارج ومن ماثلهم .

(١) الاحكام ٤٠٣/٥ .

(٢) ٧٦٦/٢ .

(٣) : اتفق .

ودل على ماقلناه رواية وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام قلت : أيجب الرجل عن الناصب ؟ قال : لا ، قلت : ان كان أبي ؟ قال : ان كان أبوك فنعمة^(١) .
واعلم أن ابن ادريس منع الاستثناء ، مدعيًا الاجماع على المنع مطلقاً .
قال الشيخ نجم الدين : ولست أدري الاجماع الذي ادعاه أين هو ؟ والتعويل ليس الا على المنقول عن أهل البيت عليهم السلام ، وهو خبر واحد قد قبله الاصحاب ، وهو يتضمن الحكمين معاً ، فقبول أحدهما ورد الآخر ودعوى الاجماع غلط ، قبله محكمات يرغب عنها .

وأقول : ما ذكره شديد .

قال رحمه الله : وهل تصح نيابة المميز ؟ قيل : لا ، لاتصافه بما يوجب رفع القلم . وقيل : نعم ، لانه قادر على الاستقلال بالحج ندباً .
أقول : الانسب بالمذهب أنه لاتصح نيابته ، لان حجه انما هو تمرين ، والحكم بصحته انما هو بالنسبة الى مايراد من تمرينه ، لالانه تقع مؤثراً في استحقاق الثواب ، اذ شرط التكليف منتف بالنسبة اليه .

قال رحمه الله : ولاتصح نيابة من وجب عليه الحج واستقر - الى قوله : -
ولو تطوع قيل : تقع عن حجة الاسلام ، وهو تحكم .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) ، وهو مذهب الشافعي ، والاستدلال لنا عليها يعرف من الاستدلال على الفرع المذكور في مسألة النذر .

ويمكن أن يحتج الشيخ رحمه الله بأن نية حجة التطوع يستلزم نية الحج المطلق ، ضرورة كون المطلق جزءاً من المقيد ، واذا ثبت استلزامها لها ، وجب

(١) تهذيب الاحكام ٤١٤/٥ ، ج ٨٧ .

(٢) المبسوط ٣٠٢/١ .

صرف المطلق الى حجة الاسلام ، لثبوتها في الذمة والغاء الزيادة ، وهو غلط ، لان المطلق يستحيل وجوده الا في أخذ جزئياته وجزئياته متضادة .
واعلم أن الشيخ رحمه الله في الخلاف^(١) جوز التطوع لمن عليه حج واجب وهو وهم ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك .

قال رحمه الله : ومن استوجر فمات في الطريق - الى آخره .

أقول : البحث في هذه المسألة كالببحث في مسألة الاصيل ، وقد تقدم .

قال رحمه الله : ويجب أن يأتي بما شرط عليه : من تمتع ، أو قران أو افراد وروي : اذا أمر أن يحج مفرداً أو قارناً ، فحج متمتعا ، جاز لعدوله الى الافضل لامع تعلق الغرض بالقران أو الافراد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في كتبه ، قال : لانه عدل الى

الاصل .

قال رحمه الله : وكذا لو أمر أن يحج مفرداً فقرن جاز أيضاً ، لانه أتى بالافراد ووربادة ، نسكاً برواية أبي بصير عن أحدهما في رجل أعطى رجلاً دراهم ليحج به حجة مفردة بهوز له أن يتمنع بالعمرة الى الحج ؟ قال : نعم ، انما صالت الى العمل والحر .

وهنا - ان الاجارة تناولت نوعاً معيناً ، فلا يجوز العدول الى غيره ، لانها لم يظن به ، فلا يمان به انبان بغير ما وقع عليه عقد الاجارة ، فلا يكون مبرءاً للذمة .
ويعمل الرواية على من استوجر للتطوع ، وعلم أن قصد المستأجر الاتيان بالافضل ، فهو الاذن من قصده ارادة الافضل ، فيجوز الاتيان به لما ذكرناه وخرج من الهدية .

(١) الخلاف ٤١٦/١ ، مسألة ١٩ .

(٢) نهذب الاحكام ٤١٦/٥ ، ٩٢ح ، وفيه : والخبر الذي رواه الشيخ .

وحملها الشيخ رحمه الله في التهذيب^(١) على من وجب عليه التمتع ، فلو أمر بالافراد عنه ، جاز له العدول عنه الى التمتع ، لانه فرض المحجوج عنه وان كان أمر بالافراد ، ومع هذا فهي معارضة برواية الحسن بن محبوب عن علي عليه السلام^(٢).

قال رحمه الله : ولو شرط الحج على طريق معين ، لم يجوز العدول ان تعلق بذلك غرض . وقيل : يجوز مطلقاً .

أقول : القائل بالجواز مطلقاً هو الشيخ رحمه الله ، تمسكاً بالاصل ، ولان المقصود بالذات هو الحج وقد فعله ، فيكون مجزياً .

ونحن نقول : ان تعلق بالطريق المعين غرض صحيح لم يجوز العدول عنه ، وان صح الحج ويرجع عليه بالتفاوت ، والاجاز .

أما الاول ، فلانه شرط سائغ ، فيجب الوفاء به . أما الاولى ففرضية ، وأما الثانية فاتفاقية . واذا ثبت وجوب الوفاء به ، حرم العدول عنه .

واما الرجوع عليه بالتفاوت ، فلان عتد الاجارة يقتضي تقسيط الاجرة على المسافة والافعال ، فاذا فعل بعض المسافة نقص من الاجرة بقدر ما نقص منها. وقال الشيخ : لا يرجع ، اذ لا دليل عليه وقد بيناه .

وأما صحة الحج مع العدول عن الطريق المعين ، فلا تباين بالمعقود عليه ذاتاً وعليه دلت رواية حريز بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أعطى رجلاً حجة يحج عنه من الكوفة ، فحج من البصرة ، قال : لا بأس^(٣).

(١) التهذيب ٤١٦/٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤١٦/٥ ، ح ٩٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤١٥/٥ ، ح ٩١ .

قال رحمه الله : ولو صد قبل الاحرام ودخول الحرم ، أستعيد من الاجرة بنسبة المتخلف ، ولو ضمن الحج في المستقبل لم يجب اجابته ، وقيل : يلزم .
أقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله ، والثاني اختاره المصنف .
 والتحقيق أن نقول : الاجارة اما أن يكون معينة أو مطلقة ، فان كانت معينة وصد قبل الاحرام ودخول الحرم ، انفسخت الاجارة واستعيد من الاجرة ماقابل المتخلف ، وعلى المستأجر استيجارته ، أو غيره ان كان عليه حج واجب ، والا فلا فان قصد الشيخ ذلك فصواب والا فلا . وان كانت مطلقة في الذمة ، لم ينفسخ الاجارة ، وعليه الاتيان بها مع المكنة ، لثبوتها في الذمة .
قال رحمه الله : ولو حمله حامل فطاف به ، أمكن أن يحسب كل منهما طوافه عن نفسه .

أقول : ألحق ابن الجنيّد قيدا ، فقال : ما لم يكن الحامل أجبراً ، ولا بأس به ، لان سعيه حينئذ مستحق للمستأجر ، فلا يجوز صرفه في الطواف عن نفسه ، والمطلق يقيد للدليل ، وقد بيناه .

قال رحمه الله : ولو أنسد حجه حج من قابل ، وهل يعاد بالاجرة عليه ؟ يبنى على القولين .

أقول : المراد بالقولين ما ذكره الاصحاب في من حج عن نفسه حجة الاسلام فأفسدها ، فان الاصحاب مختلفون فيها ، فذهب بعضهم الى أن الاولى حجة الاسلام والثانية عقوبة ، وآخرون عكسوا .

فان قلنا بالاول ، فقد برأت ذمة المستأجر مع كمالها ، وعليه القضاء في الغالب^(١) عقوبة ، ولا ينفسخ الاجارة .

وان قلنا بالثاني ، كان الجميع لازماً للنائب ، ولا يجزىء عن المئوب ، ويستعاد

منه الاجرة ان كانت الاجارة معينة ، وان كانت مطلقة كان على الاجير الحج عن المستأجر بعد حجة القضاء ، لانها تجب على الفور .

قال في المعتبر : ويمكن أن يقال: الحجة الثانية مجزية عن المستأجر، لانها قضاء عن الحجة الفاسدة ، كما يجزىء عن الحاج نفسه^(١).

وهذا القول موجود في أحاديث أهل البيت عليهم السلام ، لانيانه بالمعقود عليه ، وهو تحريج غير مستند الى رواية .

روى الحسين بن عثمان عن اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حج عن رجل ، فاجترح في حجه شيئاً يلزمه فيه الحج من قابل والكفارة ؟ قال: هي للاولى تامة ، وعلى هذا ما اجترح^(٢).

ومن طريق صفوان بن يحيى عن اسحاق بن عمار قلت : ان ابتلي بشيء ففسد عليه حجه حتى يصير عليه الحج من قابل ، أيجزىء عن الاول ؟ قال : نعم قلت : ان الاجير ضامن للحج ؟ قال : نعم^(٣).

وينبغي أن يكون العمل على هذا ، وهو الاقوى عندي .

واعلم أن الشيخ في المبسوط قال : ان أفسد النائب الحج ، فاما أن يكون السنة معينة أو مطلقة ، فان كانت معينة انفسخت الاجارة ، وعليه استيجار من ينوب عنه، وان كانت مطلقة وجب عليه أن يأتي بحجة النيابة بعد اكمال الحجة الفاسدة وقضاها^(٤). وتبعه ابن ادريس . والمعتمد ما ذكرناه نحن .

قال رحمه الله : ولو احصر تحلل بالهدي ولا قضاء عليه .

(١) المعتبر ٧٧٦/٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤٦١/٥ ، ح ٢٥٢٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤١٧/٥ - ٤١٨ ، ح ٩٦٢ .

(٤) المبسوط ٣٢٢/١ .

أقول : البحث في المحصر كالبحث في المصدود ، وقد مر مستوفى .
قال رحمه الله : اذا أوصى أن يحج عنه ولم يعين الاجرة ، انصرف ذلك الى اجرة المثل ، وتخرج من الاصل اذا كانت واجبة ، ومن الثلث اذا كانت مندوبة^(١) ، ويستحقها الاجير بالعقد ، فان خالف ما شرط قيل : كان له اجرة المثل والوجه أنه لا اجرة .

أقول : انما كان الوجه عدم استحقاق الاجرة ، لان العقد انما يتناول شيئاً معيناً ، فاذا لم يفعله وفعل غيره ، يكون قد فعل ما لم يتناوله العقد ، فلا يستحق اجرة لانه يكون متبرعاً بفعل ذلك النوع ، ولم أقف لاحد من الاصحاب في هذه المسألة على فتوى قائلها .

قال رحمه الله : اذا عقد الاحرام عن المستأجر [عنه] ثم نقل النية الى نفسه لم يصح ، فاذا أكمل الحجة وقعت عن المستأجر عنه ، ويستحق الاجرة . ويظهر أنها لا تجزي عن أحدهما .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في الخلاف^(٢) ، واختارها المصنف في المعتبر^(٣) .

والحق أن هذه الحجة لا تجزئ عن حجة النيابة ، ولا عن الاجير نفسه ، سواء كانت الاجارة معينة أو مطلقة في الذمة .

أما عن المنوب ، فلان استحضار النية عنه عند كل فعل أو استدانتها شرط ولم يحصل ، واذا بطل الشرط بطل المشروط .

وأما عن النائب ، فلان الحجة اذا كانت معينة ، فالزمان مستحق للمستأجر

(١) في « ٢ » : ندباً .

(٢) الخلاف ١ / ٧٦ ، مسألة ٢٤١ .

(٣) المعتبر ٢ / ٧٧٠ .

فلا يجوز في غير ما وقع عليه عقد الاجارة، فاذا صرفه عن نفسه يكون قد فعل فعلاً منهياً عنه ، والنهي في العبادات يدل على الفساد ، كما بين في أماكنه .
وأما اذا كانت مطلقة ، فلانه قد مضى بعض أفعال الحج ولم ينوّه انفسه ، فلا يكون واقعاً عنه ، اذ الاعمال بالنيات ، أي : واقعة بحسب النيات . واذا لم يكن واقعاً عنه ، لم يصح حجه عن نفسه ، اذ الحج لا يتبعض ، لانه عبادة واحدة ولا عن المستأجر ، لما ذكرنا من الاخلال بالشرط ، وهو : اما الاستحضار ، أو الاستدامة .

احتج الشيخ رحمه الله بأن الاحرام انعقد عن المستأجر ، فلا يجوز العدول به الى نفسه ، واذا لم يجز العدول لم يصح النقل ، ولان أفعال الحج استحدثت لغيره بالنية الاولى ، فلا يصح نقلها ، واذا لم يصح النقل ، فقد تمت الحجة لمن بدأ بالنية له .

والجواب : لانزاع في أن النقل لا يصح ، ولاتأثير له في وقوع الحج عن الاجير ، ولكن لا يلزم من ذلك صحة الحجة عن المستأجر ، لانا انما أبطلناها لقوات شرطها ، وهو أما الاستحضار أو الاستدامة .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لكونها من المهمات .

قال رحمه الله : من عليه حجة الاسلام ونذر اخرى ، ثم مات بعد الاستقرار أخرجت حجة الاسلام من الاصل ، والمنذورة من الثالث . ولو ضاق المال الا عن حجة الاسلام اقتصر عليها ، ويستحب أن يحج عنه النذر .

ومنهم من سوى بين المنذورة وحجة الاسلام في الاخراج من الاصل والقسمة مع قصور التركة ، وهو أشبه ، وفي الرواية اذا نذر أن يحج رجلاً ومات وعليه حجة الاسلام ، أخرجت حجة الاسلام من الاصل وما نذر من الثالث . والوجه التسوية لانهما دين .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله في كتبه، مصبراً الى الرواية المروية عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن رجل عليه حجة الاسلام ونذر في شكر ليحجن رجلاً ، فمات الذي نذر قبل أن يحج حجة الاسلام وقبل أن يفى بنذره ، فقال: اذا ترك ما لا حج عنه حجة الاسلام من جميع ماله ويخرج من ثلثه ما يحج عنه النذر ، وان لم يترك ما لا الا بقدر حجة الاسلام حج عنه حجة الاسلام مما ترك وحج عنه وليه النذر فانما هو دين ^(١).

قال في التهذيب : حج الولي على الاستحباب ، لرواية ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل نذر ان عافا الله ابنه ليحججه ، فعافا الله الابن ومات الاب قال : الحجة على الاب يؤديها عنه بعض ولده ، قلت : هي واجبة على الابن ؟ قال : هي واجبة على الاب من ثلثه ^(٢).

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادریس ، محتجاً بالعمومات الدالة على وجوب اخراج الدين من الاصل ، وهذا دين ، والاقوى الاول ، والعام يخص للدليل . واعلم أن قوله « والقسمة مع قصور التركة » أي : اذا كان يمكن اخراج الحجتين من المال من أقرب الاماكن قسط عليهما ، أما لو لم يتسع الا لواحدة فقط أخرجت حجة الاسلام اتفاقاً منا .

قال رحمه الله تعالى : وهذا القسم فرض من كان بين منزله اثنا عشر ميلاً فما زاد من كل جانب . وقيل : ثمانية وأربعون ميلاً .

(١) تهذيب ٤٠٦/٥ ، ح ٥٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤٠٦/٥ ، ح ٦٠ .

اقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط^(١) والجمال^(٢) والاقتصاد^(٣) وتبعه أبو الصلاح وابن ادريس .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ المفيد والشيخ في النهاية^(٤) والتهذيب، ومويلا على رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت لابي جعفر عليه السلام في قوله تعالى « ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام »^(٥) قال عليه السلام : يعني: أهل مكة ليس لهم متعة ، فكل من كان أهله دون ثمانية وأربعين ميلا ذات عرق وعسفان وكل بدور حول مكة ، فهو ممن دخل في هذه الآية ، وكل من كان أهله وراء ذلك فعليه المتعة^(٦).

وفي معناها رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام^(٧). والشيخ رحمه الله كأنه قسم في المبسوط الثمانية والاربعين على الجوانب الاربعة ، فيكون كل جانب اثنا عشر ميلا ، وباقي الاصحاب عولوا على الاطلاق.

فسرع :

لو كان على رأس اثنا عشر ميلا فقط من كل جانب ، أو ثمانية وأربعين على القول الاخر ، وجب التمتع قولاً واحداً .

قال رحمه الله : ولا بد من وقوع التمتع في أشهر الحج ، وهي شوال وذو

(١) المبسوط ٣٠٦/١ .

(٢) الجمال والعقود ص ٢٢٤ .

(٣) الاقتصاد ص ٢٩٨ .

(٤) النهاية ص ٢٠٦ .

(٥) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٦) تهذيب الاحكام ٣٣/٥ ، ح ٢٧٣ .

(٧) تهذيب الاحكام ٣٣/٥ ، ح ٢٨٣ .

القعدة وذو الحجة ، وقيل : وعشر من ذي الحجة . وقيل : وتسع من ذي الحجة وقيل : والى طلوع الفجر من يوم النحر . وضابط وقت الانشاء ما يعلم أنه يدرك المناسك .

اقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(١)، واختاره ابن الجنيدي ، لان باقي أفعال الحج يصح وقوعهما في طول ذي الحجة كالطواف والسعي وماشابههما لقوله تعالى « الحج أشهر معلومات »^(٢) أتى بصيغة الجمع ، وأقل الجمع ثلاثة كما بين في علم العربية . ويؤيده رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣) . والقول الثاني مذهب ابن أبي عقيل والسيد المرتضى قدس الله روحهما ، وتبعهما سلاسل ، لادراك الحج مع الوقوف بالمشعر في ذلك اليوم ولو قبل الزوال وسيأتي تحقيقه .

والقول الثالث مذهب الشيخ في الجمل^(٤) والاقتصاد^(٥) ، وتبعه ابن البراج ، نظراً الى وقوع أعظم الاركان ، وهو الوقوف بعرفة فيه .

والقول الرابع مذهبه في أكثر كتبه ، وتبعه ابن حمزة ، نظراً الى أنه يصح انشاء الاحرام بالحج فيه لمن عرف أنه يدرك المشعر اختياراً .

وقيل خامساً : شوال وذو القعدة وثمان من ذي الحجة ، نظراً الى ما ورد من الحث على الاحرام فيه .

واعلم أن هذا النزاع لفظي فقط ، والا فضايط وقت الانشاء ما يعلم ادراك

(١) النهاية ص ٢٠٧ .

(٢) سورة البقرة : ١٩٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤٤٥/٥ ، ح ١٩٦ .

(٤) الجمل والعقود ص ٢٢٤ .

(٥) الاقتصاد ص ٢٩٨ .

المناسك فيه في أوقاتها المحدودة لها ، وذلك يختلف بحسب اختلاف المكلفين في القوة والضعف والمكنة .

قال رحمه الله : ويجب على الحاج الاحرام من الميقات مع الاختيار، ولو أحرم بحج التمتع من غير مكة لم يجزيه ، ولو دخل باحرامه مكة على الاشبه وجب استثنافه منها .

أقول: لأعرف في وجوب الرجوع الى مكة مع المكنة واستئناف الاحرام منها خلافاً بين الاصحاب فأنقله ، وانما الجمهور جرزوا الاجرام قبل الميقات، واختلفوا في الافضل ، فقال الشافعي : الافضل الميقات ، لان النبي ﷺ أحرم منه ولو كان مفضولاً لما أحرم منه .

وقال أبو حنيفة : مابعد الميقات أفضل ، وهو القول الآخر للشافعي، لما روت ام سلمة عن رسول الله ﷺ قال : من أحرم بحج أو عمرة من المسجد الاقصى وحل منها بمكة غفر الله له ماتقدم من ذنبه وماتأخر^(١).

واعلم أن في كلام الشيخ في المبسوط^(٢) اجمالاً ، وأظنه الذي أوجب هذا الاحتراز .

ولقد سمعت شيخنا كثيراً ما يقول: قد يشير المصنف تارة الى خلاف الجمهور وتارة الى ما يختاره من غير أن يكون مذهباً لاحد ، فيظن أن فيه خلافاً ، فاعلم ذلك. قال رحمه الله : ولو تعذر ذلك قيل : يجزيه ، والوجه أنه يستأنفه حيث أمكن ولو بعرفة ان لم يعتمد ذلك ، وهل يسقط الدم والحال هذه ؟ فيه تردد .

أقول: قال في المبسوط : والمتمتع اذا أحرم بالحج من خارج مكة، وجب عليه الرجوع اليها مع الامكان ، فان تعذر لم يلزمه شيء وتم حجه ولادم عليه ،

(١) سنن البيهقي ٣٠/٥ .

(٢) المبسوط ٣١١/١ .

سواء أحرم من الحل أو الحرم^(١). وبمعناه قال في الخلاف^(٢).
والحق ما قاله المصنف ، وهو اختياره في المعتمد^(٣).
لنا - أن الاحرام عبادة شرعية موقفة بوقت شرعي ، فلا يجوز فعلها قبله ،
كغيرها من العبادات ، وانما سوغنا الاحرام من أي موضع أمكن مع عدم التعمد
للضرورة ، وليس لما قاله الشيخ وجه .

فروع :

لو خشي مع الرجوع فوت الحج أحرم من حيث لا يفوته . وأما سقوط الدم
فشيء ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف ، محتجاً باصالة براءة الذمة .
وهل المراد بهذا الدم دم الهدي الواجب على المتمتع أو دم شاة ؟ ظاهر
كلام الشيخ في الخلاف الثاني .

وسمعت شيخنا يقول : المراد بالدم هنا دم هدي التمتع ، وذلك أن الفقهاء
اختلفوا فيه ، فذهب الشافعي الى أنه وجب جبراً لما يصيب الحج من النقص ،
وهو ابقاع الاحرام في غير الميقات ، ولهذا لو أحرم بالحج من الميقات سقط
فرض الدم ، اذ لانقص فلا جبران .

وذهب أبو حنيفة الى أنه نسك ، واختاره الشيخ في الخلاف^(٤) ، واحتج
بالاجماع ، وبقوله تعالى « والبدن جعلناها من شعائر الله لكم فيها خير فاذكروا
اسم الله عليها صواف فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر »^(٥)

(١) المبسوط ١ / ٣١٢ .

(٢) الخلاف ٢ / ٤٢٠ مسألة ٣١ .

(٣) المعتمد ٢ / ٨٠٥ .

(٤) الخلاف ١ / ٤٢٢ مسألة ٣٥ .

(٥) سورة الحج : ٣٦ .

أخبر الله تعالى أنه من الشعائر ، أي : من جملة العبادات التي تعبدنا بها . وقيل : معناه من معالم الله وأمر بالاكل منها .

ولو كان جبرائلاً لما ساع الاكل ، واذا كان اجماعنا منعداً على أن الهدي نسك لبس بجبران ، فلا معنى للتردد حيثئذ .

وان أراد بالدم دم شاة ، فلا معنى للتردد فيه أيضاً ، اذ لا وجه لوجوبه ، أما لو تعدد الاحرام من غير مكة ، وجب عليه الرجوع الى مكة مع المكنة وانشاء الاحرام منها ، كما قدمناه . فلو تعذر الرجوع ، فلا حج له بناءً على قاعدتنا . وقال في المبسوط في باب المواقيت : من أخر الاحرام عن الميقات عامداً وجب الرجوع اليه ، فان لم يمكن فلا حج له ، وقد قيل : انه يجبره بدم وقد تم حجه^(١) .

فان قلنا بهذا القول هنا قلنا به أيضاً في من تعدد الاحرام من غير مكة ، لكنه قول شاذ متاف للاصل ، فاذن العمل على الاول .

وبالجملة فلاوجه للتردد في اسقاط الدم على جميع التقادير .
وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لكونها من المهمات ، ولوقوع الاشتباه فيها أيضاً .

قال رحمه الله : والافراد والقران فرض أهل مكة ومن بينها وبينه دون اثنا عشر ميلاً ، فان عدل هؤلاء الى التمتع اضطراراً جاز ، وهل يجوز اختياراً؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الاكثر ، ولو قيل بالجواز لم يلزمهم هدى .

أقول : لاختلاف بين علمائنا في تحريم العدول عن التمتع اختياراً ، وانما الخلاف في العدول اليه ، فذهب في النهاية^(٢) الى أنه لايجوز ، واختاره المتأخر

(١) المبسوط ٣١٢/١ .

(٢) النهاية ص ٢٠٦ .

وهو فتوى ابن بابوية وابن أبي عقيل ، وذهب في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى الجواز ، والاول أحق .

ومنشأ الخلاف : النظر الى اسم الاشارة في الآية ، فانه كما يحتمل العود الى الجملة يحتمل العود الى الهدى ، فان جعلناه راجعاً الى الجملة لم يسغ لهم التمتع ، وان جعلناه راجعاً الى الهدى ساغ ، لكن لا يجب عليهم الهدى .

فرع :

هذا البحث كله في حجة الاسلام ، أما الحج المنذور فيجب أن يأتي فيه بما فواه حال النذر ، ولو لم ينو شيئاً تخير في الاتيان بأي الانواع شاء ، فان تمتع وجب عليه الهدى .

ويحتمل الجواز أعني جواز العدول الى التمتع في حجة الاسلام ، وان جعلنا ذلك راجعاً الى جميع ما تقدم ، لانه انما يدل على المنع في حاضري المسجد الحرام بمفهومه ، ودلالة المفهوم ضعيفة ، ويؤيد المنع رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام^(٣) . والجواز رواية عبد الرحمن^(٤) .

ويحتمل رجوع اسم الاشارة الى التمتع [فقط، فيجب الهدى على المكي]^(٥) . واعلم أن الأئمة عليهم السلام احتجوا على المنع بالآية ، وقولهم عليهم السلام حجة .

قال رحمه الله : ولو دخل القارن أو المفرد مكة وأراد الطواف جاز ، لكن يجددان التلبية عند كل طواف ، لثلاثي حل على قول . وقيل : انما يحل المفرد دون

(١) المبسوط ٣٠٦/١ .

(٢) الخلاف ٤٢٤/١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٢/٥ - ٢٣ ، ح ٢٦٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٣/٥ .

(٥) ما بين المعقوفين من «س» .

السائق . والحق أنه لا يحل أحدهما الا بالنية ، لكن الاولى تجديد التلبية عقيب صلاة الطواف .

أقول : البحث هنا يقع في مواضع :

الاول : لاختلاف في جواز دخول القارن والمفرد الى مكة للطواف تطوعاً مالم يخش فوات الحج .

الثاني : اختلف الاصحاب في تقديم طوافهما وسعيهما على المضي الى عرفة في حال الاختيار ، فسوغه الاكثرون ، محتجين باصالة عدم وجوب الترتيب ، ولا منافي له من النقل ، فيصار اليه كما في التمتع .

ويؤيده رواية زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن المفرد للحج يدخل مكة أيقدم طوافه أو يؤخره ؟ قال : هما سواء عجله أو أخره ^(١).

ومنه المتأخر مدعياً سبيله المألوف ، وهو الاجماع على وجوب ترتيب المناسك ، وكيف يستدل بالاجماع والخلاف أظهر من دكا ^(٢) هنا ، والشيخ رحمه الله استدل في الخلاف ^(٣) على التسوية بالاجماع ، ان هذا شيء عجيب .

وأما المقام الثالث ، فقد وقع النزاع فيه أيضاً ، فذهب الشيخ في المبسوط ^(٤) والنهاية ^(٥) الى أن تجديد التلبية عند كل طواف شرط في البقاء على الاحرام ، ولو لم يجدداها انقلبت حجتهما عمرة .

وجعل المفيد وعلم الهدى قدس الله روحهما تجديد التلبية واجباً على القارن فقط . وعكس في التهذيب وجعلها شرطاً في البقاء على الاحرام ، مصبراً الى رواية

(١) تهذيب الاحكام ٤٥/٥ ، ح ٦٣ .

(٢) كذا في النسختين .

(٣) الخلاف ٤٥٩/١ مسألة ١٧٥ .

(٤) المبسوط ٣١١/١ .

(٥) النهاية ص ٢٠٨ .

يونس بن يعقوب عن أنبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما طاف بين هذين الحجرين الصفا والمروة أحد إلا أحل ، إلا سائق هدي^(١).

وقال ابن ادريس : تجديد التلبية ليس بواجب ، ولا تبطل الاحرام بتركها ، ولا انتقلت الحجة عمرة ، مستدلاً بالروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الجمل^(٢) وموضع من المبسوط^(٣).

والتحقيق ما ذكره المصنف من أنه لا يحل الابنية التحلل لا بمجرد الطواف والسعي .

لنا - قوله عليه السلام : الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى^(٤) . ولانه قبل الطواف محرم فكذا بعده ، عملاً بالاستصحاب ، وتحمل الروايات على ذلك جمعاً بين الأدلة .

قال في المعبر : وكيف كان فتجديد التلبية أولى ، لتخرج به من الخلاف^(٥) . قال رحمه الله : ولو أقام من فرضه التمتع بمكة سنة أو سنتين لم ينتقل فرضه - الى قوله : فان دخل في الثالثة مقيماً ثم حج ، انتقل الى القران أو الافراد . أقول : هذا القول ذكره الشيخ في كتابي الاخبار . وقال في النهاية والمبسوط : لاسفل فرضه حتى يقيم ثلاثاً^(٦) . واختاره ابن ادريس ، وهو فتوى ابن ...^(٧) . والاول أقوى .

(١) تهذيب الاحكام ٤٤/٥ - ٤٥ ، ح ٦٢ .

(٢) الجمل والعقود ص ٢٢٥ .

(٣) المبسوط ٣٠٨/١ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

(٥) المعبر ٧٩٦/٢ .

(٦) النهاية ص ٢٠٦ . المبسوط ٣٠٨/٢ .

(٧) بياض في السختين .

قال في المعتبر: والوجه في ذلك أن الاستيطان الذي يطلق على صاحبه النسبة الى اسم ذلك المحل مما يشبهه ، اذ ليس في اللغة له تقدير ، فلا بد من تقديره شراً ، وقد روي تقديره عن أهل البيت عليهم السلام بما قدرناه^(١). فيتعين القول به .

واحتجاج الشيخ بأصالة عدم انتقال الفرض ، ترك العمل بها مع اقامة ثلاث سنين للاجماع ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، ضعيف ، اذ لا اعتبار للاصل مع حصول النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام ، والنقل انما ورد بما قلناه فقط ، وبتقديره تحكم محض ، وقد عرفت أن القول في الدين بمجرد التشهي باطل .

قال رحمه الله : ولو كان له منزلان - الى آخره .

أقول : هذه المسألة رواها زرارة عن أبي جعفر عليه السلام^(٢).

قال رحمه الله : ولا يجوز القران بين الحج والعمرة بنية واحدة ، ولا ادخال أحدهما على الآخر ، ولانية حجتين ولاعمرتين ، ولو فعل ذلك قيل : ينعقد واحدة وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله .

والآلتفات الى أنه فعل فعلاً منهياً عنه ، والنهي في العبادات يدل على الفساد كما بين في اصول الفقه ، فحيث لا ينعقد احرامه هذا بشيء أصلاً .

فروع :

قال في الخلاف : لا يجوز القران بين الحج والعمرة باحرام واحد ، ولا ادخال العمرة قط في احرام الحج ، محتجاً باجماع الفرقة^(٣).

(١) المعتبر ٢/ ٧٩٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٤/ ٥ ، ح ٣٠ .

(٣) الخلاف ١/ ١٩٩ مسألة ٢٧ .

وقال ابن أبي عقيل : والعمرة تجب مع الحج في حال واحدة ، فالقارن وهو الذي يسوق في حج أو عمرة وبريد الحج بعد عمرة ، فانه يلزمه اقتران الحج مع العمرة ، ولا يحل من عمرته حتى يحل من حجه اذا طاف طواف الزيارة ، ولا يجوز قران الحج مع العمرة الا لمن ساق الهدى .

ولعل مستنده مارواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ايما رجل قرن بين الحج والعمرة ، فلا يصلح الا أن يسوق الهدى قد أشعره .

وتأوله الشيخ في التهذيب بالقران في الثلاثة ، أي يقول : ان لم تكن حجة فعمرة ، ويكون الفرق بينه وبين المتمتع أن المتمتع وان قال هذا القول ، فانه يقدم العمرة على الحج ، ثم يحل بعد اكمالها ويحرم للحج ، والسائق يقدم الحج فان لم يتمكن جعله عمرة مبنولة^(١) وهذا التأويل بعيد جداً .

لنا - أن الاحرام ركن من الحج ومن العمرة أيضاً ، فلا يتبعض ، كما لا يجوز أن يكون لحجتين ولالعمرتين ، بل يكون لكماله ركناً للعمرة ، كما يكون لكماله ركناً للحج .

الثاني : قال : لو أحرم بحج وعمرة ، لم ينقذ احرامه الا بالحج ، فان أتى بأفعال الحج لم يلزمه دم ، وان أراد أن يأتي بأفعال العمرة ويجعلها متعة ، جاز ذلك ولزمه الدم ، والاقرب بطلان الاحرام لما سبق .

قال : وكذا لو أهل بحجتين انقذ احرامه بواحدة منهما ، وكان وجود الاخرى وعدمها سواء ، ولا يتعلق بها حكم ، فلا تجب قضاؤها . وهكذا من أهل بعمرتين فصاعداً ، والاقرب أيضاً البطلان لما قلناه .

الثالث : قال : لا يجوز ادخال أحدهما على الآخر ، والوجه أيضاً بطلان

الاحرامين السابق واللاحق . أما الاول ، فلعدم اكمال أفعاله . وأما المتأخر، فلعدم صلاحية الزمان له ، اذ بالاحرام بالنسك الاول استحق أفعاله، فلايجوز صرفها الى غيره ، ولايتركها فيه .

قال رحمه الله : والمواقيت ستة : لاهل العراق العتيق ، وأفضله المسلخ ، ويليه غمرة ، وآخره ذات عرق .

أقول : ظاهر كلام علي بن بابويه يؤذن بأنه لايجوز تأخير الاحرام الى ذات عرق الا لضرورة ، والمشهور الاول ، ويعضده الاصل .

قال رحمه الله: ولو حج على طريق لايفضي الى أحد المواقيت ، قيل: يحرم اذا غلب على ظنه محاذاة أقرب المواقيت الى مكة ، وكذا من حج في البحر .

أقول : قال ابن ادريس : ميقات أهل مصر ومن صعد من البحر جدة . وقال ابن الجنيدي: ومن سلك البحر أو أخذ طريقاً لا يمر فيه على هذه المواقيت كان احرامه من مكة بقدر أقرب المواقيت اليها منه .

وقال الشيخ في المبسوط : ينظر الى ما يغلب في ظنه أنه يحاذي أحد المواقيت اليه فيحرم منه^(١).

فان كان الموضع الذي ذكره ابن ادريس يحاذي أحد المواقيت صح ، والا فلا . أما لو لم يؤد الى المحاذاة ، احتمل انشاء الاحرام من أدنى الحل ، واحتمل انشاء أيضاً من موضع يساوي أقرب المواقيت .

قال رحمه الله : من أحرم قبل هذه المواقيت ، لم ينقذ احرامه ، الا لناذر بشرط أن يقع الحج في أشهره ، أو لمن أراد العمرة المفردة في رجب وخشي تقضيه .

القول : لاختلاف بين أصحابنا في تحريم الاحرام قبل هذه المواقيت ، فانه

غير صحيح اذا لم ينذر الاحرام قبلها .

أما لو نذر الاحرام قبلها ، قال الشيخ رحمه الله : جاز له ذلك بشرط وقوعه في أشهر الحج ان كان الاحرام للحج أو العمرة المتمتع بها ، وان كان للمفردة وجب مطلقاً ، عملاً بالاصل .

واستناداً الى رواية علي بن أبي حمزة البطائني تارة عن أبي عبد الله عليه السلام ، وتارة يقول : كتبت الى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل جعل عليه أن يحرم من الكوفة قال : يحرم من الكوفة^(١) .

وفي معناها رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الكريم عن سماعة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام .^(٢)

والروایتان ضعيفتا السند ، فان علي بن أبي حمزة واقفي وكذا سماعة ، والاصل يخالف للدليل ، وتبعه ابن ادریس ، وهو الحق .

لنا - أنه نذر في معصية ، فلا يكون منعقداً . أما الصغرى ، فلو وقع الاجماع على حظر الاحرام قبل المواقيت . وأما الكبرى ، فاجماعية ، وأما المسألة الثانية فاتفاقية .

قال رحمه الله : ولو نسي الاحرام ولم يذكر حتى أكمل مناسكه ، قيل : يقضي ان كان واجباً ، وقيل : يجزیه ، وهو المروي .

أقول : القول الاول ذهب اليه ابن ادریس عملاً بقوله عليه السلام «الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى»^(٣) وقوله عليه السلام « لكل امرئ من عمله ما نواه »^(٤) شرط في وقوع العمل الاقتران ، وحيث لانية فلا عمل .

(١) تهذيب الاحكام ٥٣/٥ - ٥٤ ، ح ٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥٤/٥ ، ح ١٠ .

(٣ - ٤) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

والقول الثاني ذهب إليه الشيخ رحمه الله ، تمسكاً بقوله ﷺ «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(١).

ويضعف بأن المراد منه نفي المؤاخذه بالعرف ، ونحن نقول به ، ولأنه مع استمرار النسيان يكون مأموراً بإيقاع باقي الأفعال والأمر يقتضي الاجزاء .

ولما رواه جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما ﷺ في رجل نسي أن يحرم أو جهل وقد شهد المناسك كلها وطاف وسعى ، قال : يجزيه نيته إذا كان قد نوى ذلك وقد تم حجه وإن لم يهل^(٢).

وهذه وإن كانت مرسلة إلا أن الأصحاب عاملون بمراسيل ابن أبي عمير . وفي معناها رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر ﷺ^(٣).

قال المصنف في المعتبر: ولست أدري كيف يحل له هذا الاستدلال ؟ وكيف يوجه ؟ فإن كان يقول : إن الإخلال بالأحرام إخلال بالنية في بقية المناسك ، فنحن نتكلم على تقدير إيقاع نية كل منسك على وجهه ظاناً أنه أحرم ، أو جاهلاً بالأحرام ، فالنية حاصلة مع إيقاع كل منسك ، فلا وجه لما قاله^(٤).

قال رحمه الله : ومقدمات الأحرام كلها مستحبة ، وهي توفير شعر رأسه من أول ذي القعدة إذا أراد التمتع ، ويتأكد عند هلال ذي الحجة على الأشبه .

أقول : قال المفيد قدس الله روحه : إذا أراد الحج فليوفر شعر رأسه في مستهل ذي القعدة ، فإن خلفه فيه كان عليه دم يهرقه . وهو ظاهر كلام النهاية^(٥).

(١) عوالي اللئالي ٢٣٢/١ ، برقم : ١٣١ .

(٢) تهذيب الأحكام ٦١/٥ ، ح ٣٨ .

(٣) الوسائل ٢٤٥/٨ ، ح ٢ .

(٤) المعتبر ٨١٠/٢ .

(٥) النهاية ص ٢٠٦ .

والاستبصار^(١) .

والحق الاستحباب ، وهو اختيار الشيخ في الجمل^(٢) ، واختاره ابن ادریس أيضاً .

لنا - الاصل ، ويؤيده رواية سماعة عن الصادق عليه السلام^(٣) .
احتج برواية ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الحج أشهر معلومات الى آخره^(٤) . وتحمل على الاستحباب ، جمعاً بين الأدلة .
قال رحمه الله : ولو أحرم بغير غسل أو صلاة ثم ذكر ، تدارك ما تركه وأعاد الاحرام .

أقول : هذا التدارك والاعادة على سبيل الاستحباب ، عملاً بالاصل ، ولان غسل الاحرام ليس بواجب على ما سبق البحث فيه ، فلا معنى لايجاب الاعادة والتدارك .

واعلم أن ابن ادریس ناقش شيخنا أبا جعفر قدس الله روحه ، وقال: ان اراد أنه نوى الاحرام وأحرم ولبي من غير صلاة وغسل ، فقد انعقد احرامه ، فلا يكون لذكر الاعادة هنا معنى ، وان أراد به أحرم بالكيفية الظاهرة من دون النية والتلبية صح ذلك وكان لكلامه وجه .

وأقول : هذا تطويل بغير فائدة ، فان الشيخ قصد بالاعادة الاتيان بالاحرام ثانياً بصلاة وغسل استحباباً ، تحصيلاً للفضيلة ، لان الاول غير مجزئ ، كما في صلاة المكتوبة اذا صلاها منفرداً ، ثم حضر من يصلبها جماعة ، فانه يستحب اعادةها ويكون قد أراد بالاعادة هنا المعنى اللغوي ، وهو الاتيان بالفعل ثانياً ، سواء وقع

(١) الاستبصار ١٦٠/٢ .

(٢) الجمل والعقود ص ٢٢٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤٧/٥ - ٤٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤٦/٥ - ٤٧ .

الفعل مجزئاً أولاً ، لاالمعنى الشرعي المختص بالثاني . وانما أتى بهذه اللفظة لورودها في الرواية^(١) التي هي مستند الحكم .

فرع :

لوفعل شيئاً يوجب الكفارة بين الاحرامين وجبت ، لانابينا أن الاول منعقد .

قال رحمه الله : يقرأ في الاولى - الى آخره .

اقول: الرواية^(٢) الاخرى بالعكس ، وهوفتوى ابن ادريس ، وكلاهما جائز .

قال رحمه الله : وبوقع نافلة الاحرام تبعاً له .

اقول : أي : تبعاً للغسل .

قال رحمه الله: ولوأحرم بالحج أوالعمرة وكان في أشهرالحج ، كان مخيراً بين الحج والعمرة ، اذالم يتعين عليه أحدهما . وان كان في غيرأشهرالحج تعين للعمرة . ولوقيل بالبطلان في الاول ولزوم تجديد النية كان أشبه .

اقول : قد بينا أن القران بين النسكين غير جائز ، وبيننا أيضاً أن الاحرام لاينعقد بواحد منهما مستوفى ، ولافرق عندنا بين أن يحرم لهما في أشهر الحج أوغيره ، وانما هذا شيء ذكره الشيخ في المبسوط .

وقال أيضاً : اذا أحرم مبهماً ولم ينولا حجاً ولاعمرة ، كان مخيراً بين الحج والعمرة ، أيهما شاء فعل اذا كان في أشهر الحج وان كان في غيرها ، فلا ينعقد احرامه الا بالعمرة^(٣) والحق أيضاً البطلان .

لنا - أن الاحرام عبادة يحتمل وجوبها ، فلايخصص^(٤) لاحدها الابالنية .

(١) تهذيب الاحكام ٧٨/٥ - ٧٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٧٤/٢ ، ح ٤٢ .

(٣) المبسوط ٣١٦/١ .

(٤) في « م » : فلايخص .

قال رحمه الله: ولا ينعقد الاحرام للمتمتع والمفرد الا بالتلبية، والقارن بالخيار ان شاء عمد اجرامه بها ، وان شاء قلد أو أشعر على الاظهر، وبأيهما بدأ كان الآخر مستحباً .

أقول : لاخلاف أن اجرام المتمتع والمفرد لا ينعقد الا بالتلبية فحسب ، وانما الخلاف في القارن ، فذهب أكثر الاصحاب كالشيخ قدس الله روحه وابن الجنيد وسلاروأبي الصلاح أن احرامه ينعقد بأحد أمور ثلاثة : التلبية، أو الاشعار أو التقليد ، عملاً بأصالة براءة الذمة من وجوب أحدها عيناً .

واعتماداً على ظاهر رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في القارن لا يكون قرناً الا بسياق الهدى^(١) وهو يدل بمنطوقه على تحقيق القرآن عند السياق ، اذ الاستثناء من النفي اثبات .

لا يقال : نمنع كون الاستثناء من النفي اثبات ، كما هو مذهب أبي حنيفة ، وحينئذ تكون فائدة الاستثناء نفي القرآن عن الاجرام الذي لم يسق الهدى فيه فقط من غير تعريض للاجرام الذي سيق فيه الهدى .

لانا نقول : هذا المذهب ضعيف ، وقد بينا ضعفه في كتاب مناهج الوصول، ورواية جريز عنه عليه السلام^(٢) نص في الباب ، وفي معناها رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام^(٣) أيضاً ، ورواية عمر بن يزيد عنه عليه السلام^(٤) أيضاً .

وذهب السيد المرتضى الى وجوب التلبية عيناً ، وألحق ابن البراج بالقارن المفرد ، وهو غلط ، وأن احرامه لا ينعقد الا بها ، وبه قال ابن ادريس .

(١) تهذيب الاحكام ٤١/٥ ، ح ٥١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤٣/٥ ، ح ٥٧٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤٣/٥ - ٤٤ - ٥٨٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤٤/٥ ، ح ٥٩ .

واحتج المرتضى بالاجماع ، ولانه أحوط ، اذ مع الاتيان بالتلبية يحصل الانقاد قطعاً ، بخلاف غيرها ، والاجماع ممنوع ، والاحتياط معارض بالاصل والنقل .
 قال رحمه الله : وصورتها : لبيك اللهم لبيك ، [لبيك] لاشريك لك لبيك .
 وقيل : يضيف الى ذلك : ان الحمد والنعمة لك والملك لك لاشريك لك . وقيل :
 بل بقول : لبيك اللهم لبيك ، لبيك ان الحمد والنعمة والملك لك لاشريك لك
 لبيك . والاول أظهر .

أقول : القول الاول ذهب اليه السيد المرتضى قدس الله روحه وابنا بابوية
 واختاره ابن أبي عقيل وابن الجنيد وسلار .
 والقول الثاني للمرتضى أيضاً .

والقول الاخير ذكره الشيخ في المبسوط^(١) والنهاية^(٢) ، واختاره أبو الصلاح
 وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس .

قال رحمه الله : ويجزىء الاخرس الاشارة مع عقد قلبه بمعناها .
 أقول : ظاهر كلام ابن الجنيد يؤذن بجواز النيابة للاخرس في التلبية ،
 والمشهور الاول ، وهو أحوط ، ويؤيده رواية السكوني^(٣) .
 قال رحمه الله : ولو عقد الاحرام - الى قوله : وكذا لو كان قارناً ولم يشعر
 ولم يقلد .

أقول : ينبغي أن يقال : أو لم يلب ، لانا بينا أن الاحرام يحصل بأحدهما .
 قال رحمه الله : وهل يجوز الاحرام في التحرير للنساء ؟ قيل : نعم ، لجواز
 لبسهن له في الصلاة . وقيل : لا ، وهو أحوط .

(١) المبسوط ٣١٦/١ .

(٢) النهاية ص ٢١٥ .

(٣) فروع الكافي ٣/٣١٥ ، ح ١٧٧ .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ المفيد قدس الله روحه في كتاب أحكام النساء ، وابن الجنيد، واختاره ابن ادریس، عملاً بالاصل ، واعتماداً على الروایتين المرويتين عن الصادق عليه السلام ^(١).

والثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ومن تبعه ، لانه أحوط ، ولرواية عيص ابن القاسم قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : المرأة المحرمة تلبس ماشاءت من الثياب غير الحرير والقفازين ^(٢).

والاول أقوى ، وتحمل الرواية على الكراهية ، جمعاً بين الادلة .
قال رحمه الله : واذا لم يكن مع الانسان ثوبا الاحرام وكان معه قباء ، جاز لبسه مقلوباً ، ويجعل ذيله على كتفيه .

اقول : هذا التفسير ذكره ابن ادریس ، وحكاه عن البزنطي لبعده عن شبه لبس المخيط ، ورواه الشيخ أيضاً عن عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٣).
وظاهر كلام الشيخ يؤذن بالمعنى المتعارف من القلب ، وهو جعل الباطن ظاهراً ، وهو رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام ^(٤). وروى ابن بابويه عن الباقر عليه السلام قال: يلبس المحرم القباء اذا لم يكن له رداء ويقلب ظهره الى باطنه ^(٥). وهذا نص.
قال رحمه الله : ولو أحرم متمتعاً ودخل مكة وأحرم بالحج قبل التقصير ناسياً لم يكن عليه شيء . وقيل : عليه دم ، وحمله على الاستحباب أظهر .

اقول : لاختلاف في صحة العمرة ، وأن الاحرام لا يجب اعادته ، لوقوعهما على الوجه المأمور به شرعاً ، وهل يجب عليه دم ؟ قال الشيخ وعلي بن بابويه:

(١) تهذيب الاحكام ٦٦/٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٧٣/٥ - ٧٤ ، ح ٥١٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧٠/٥ ، ح ٣٧٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٧٠/٥ ، ح ٣٦٣ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣٤٠/٢ .

نعم ، واختاره ابن البراج ، عملاً بالاحتياط .
 وبرواية اسحاق بن عمار قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يتمتع فينسي
 أن يقصر حتى يهل بالحج ، فقال : عليه دم يهريقه ^(١). وتحمل على الاستحباب ،
 اذ الكفارة مرتبة على الاثم ، وحيث لا اثم فلا كفارة .
 وقال سلال : لا ، واختاره المتأخر ، عملاً بأصالة براءة الذمة ، واعتماداً على
 رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل أهل بالعمرة ونسي
 أن يقصر حتى دخل الحج ، قال : يستغفر الله ولا شيء عليه وتمت عمرته ^(٢). والنكرة
 في سياق النفي يعم ، كما بين في أماكنه .
قال رحمه الله : وان فعل ذلك عامداً ، قيل : بطلت عمرته وصارت حجته
 مبنولة . وقيل : بقي على احرامه وكان الثاني باطلاً ، والاول هو المروي .
اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، عملاً برواية أبي بصير
 عن الصادق عليه السلام قال : المتمتع اذا طاف وسعى ثم لبى بالحج قبل أن يقصر ،
 فلبس عليه أن يقصر وليس عليه متعة ^(٣). قال في الاستبصار: تحمل هذه على التعمد ^(٤)
 لئلا تنافي الروايات .

والقول الثاني ذهب اليه المتأخر ، وهو أنسب بالمذهب .
 احتج بأن الاحرام عبادة . فلا يصح فعلها قبل دخول وقتها .
أقول : ويقوى عندي بطلانها ، لما تقدم .
قال رحمه الله : لو نوى الافراد ، ثم دخل مكة ، جاز أن يطوف ويسعى

(١) تهذيب الاحكام ١٥٨/٥ - ١٥٩ ، ح ٥٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٩/٥ ، ح ٥٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٥٩/٥ ، ح ٥٤ .

(٤) الاستبصار ١٧٦/٢ .

ويقصر ، ويجعلها عمرة يتمتع بها ما لم يلب ، فان لبي انقذ احرامه ، وقيل : لا اعتبار بالتلبية وانما هو بالقصد .

اقول : المراد أن المفرد يجوز له العدول بعد الطواف الى التمتع مع دخول مكة ما لم يلب ، فان لبي قال الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) : بقي على حجته عملا برواية اسحاق بن عمار عن أبي بصير قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يفرد الحج ويطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ، ثم يبدو له أن يجعلها عمرة ، قال : ان كان لبي بعد ماسعى قبل أن يقصر ، فلا متعة له^(٣).

وقال المتأخر : لأرى الذكر التلبية هنا وجهاً ، وانما الحكم للنية ، لقوله عليه السلام «الاعمال بالنيات»^(٤) وهو قوي ، لكن الحديث خاص .

قال رحمه الله : اذا اشترط في احرامه أن يحله حيث حبسه ، ثم أحصر ، تحلل . وهل يسقط الهدي ؟ قيل : نعم . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

وفائدة الاشتراط جواز التحلل عند الاحصار . وقيل : يجوز التحلل من غير شرط ، والاول أظهر .

أقول : لاختلاف في جواز التحلل مع الاشتراط ، وانما الخلاف في سقوط الهدي ، فذهب الشيخ رحمه الله وابن الجنيدي الى أنه لا يسقط ، عملاً بعموم الآية وتكون فائدة الاشتراط^(٥) حينئذ جواز التحلل عند حصول العذر مع نية التحلل من غير تربص ، كما في المصنوع .

(١) النهاية ص ٢١٥ .

(٢) المبسوط ٣٠٤ / ١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٩٠ / ٥ ، ح ١٠٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٨٦ / ٤ .

(٥) في «م» : الشرط .

وقال السيد المرتضى وابن ادریس: يسقط . واحتج المرتضى في الانتصار^(١) بالاجماع ، بأنه قدورد الامر باستحباب الاشتراط ، ولافائدة له الاسقوط الهدى ، وحمل الاية على من لم يشترط .

والاجماع ممنوع ، خصوصاً مع مخالفة أكثر الاصحاب ، والفائدة متحققة ، وهي جواز التحلل من غير تربص ، بخلاف ما لو لم يشترط ، فيجب التربص الى ان يبلغ الهدى محله ، والتخصيص يحتاج الى دليل .

وقد ظهر من هذا أن السيد المرتضى يسوغ الاحلال مع حصول العذر من دون التربص ثم ان كان اشترط سقط الهدى والا فلا .

قال رحمه الله : والمندوبات رفع الصوت بالتلبية للرجال .

اقول : المشهور الاستحباب مطلقاً ، وذهب ابنا بابوية الى استحباب الاسرار بالتلبيات الاربع ، وذهب بعض الاصحاب الى وجوب الجهر بهن على الرجال مطلقاً ، والمحصل ما ذكره المصنف .

قال رحمه الله : ولو ذبح المحرم صيداً ، كان ميتة حراماً على المحل والمحرم . **اقول** : في تحريم الصلاة في جلد هذا الصيد اشكال ، ينشأ : من أصالة الاباحة ومن أن تشبيهه بالميتة مساواته في جميع الاحكام ، وهو أحوط .

قال رحمه الله : وشهادة العقد واقامة ، ولو تحملها محلاً ، ولا بأس به بعد الاحلال .

أقول : الظاهر أن مراد الاصحاب تحريم اقامة الشهادة التي وقعت على عقد : اما بين محرمين ، أو محل ومحرم ، أما لو وقعت بين محلين وتحملها محلاً ، فالاقرب جواز اقامتها .

لنا - عموم قوله تعالى « ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا^(١) » واليه أومى في المبسوط^(٢).

قال رحمه الله : اذا اختلف الزوجان في العقد، فادعى أحدهما وقوعه في حال الاحرام وأنكر الآخر ، فالقول قول من يدعي الاحلال ، ترجيحاً لجانب الصحة ، ولكن ان كان المنكر المرأة كان لها نصف المهر، لاعترافه بما يمنع من الوطىء ، ولو قيل : لها المهر كله كان حسناً .

أقول : هنا بحثان :

الاول : اذا ادعت المرأة وقوع العقد حالة الاحرام وأنكر الزوج ، فالقول قوله، تنزيلاً لفعل المسلم على المشروع ، ولانه منكر، ولانه أعرف بنفسه، وعليها البينة ، فان أقامت البينة حكم بفساد العقد .

وان كان ذلك قبل الدخول ، فلامهر ، لبطلان العقد الذي هو سبب فيه ، واذا بطل السبب بطل المسبب لامحالة . وان كان بعده ، كان لها مهر المثل مع جهلها بالحرمة لثبوته بالوطىء .

هذا ان توهم الحل بهذا العقد، ولو عرف أنه لا يبيحه: فاما أن تكون الزوجة عارفة بذلك أولاً ، فان لم تكن عارفة كان لها المهر أيضاً وان كانت عارفة ، فان كانت مطاوعة ، فلا شيء ، والا فالمهر .

وان لم تقم البينة ، فقد قلنا ان القول قوله ، لكن ليس لها المطالبة بالمهر مع عدم القبض ان لم تكن وطأها، لاعترافها بفساد العقد، أو كان قد وطأها عالمة بالتحريم مطاوعة .

والا فلها المطالبة ، فان كان بقدر مهر المثل ، فلا يجب ، وان كان أكثر لم

(١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٢) المبسوط ٣١٢/١ .

يكن لها أخذ الزائد ، وان كان أقل لم يلزمه أكثر من المسمى ، ولها أن تمنع نفسها باطناً .

البحث الثاني : لو انعكس الفرض كان القول قول المرأة لغير ما ذكرناه ما لم يقم البينة، ثم ان وقع ذلك بعد الدخول، كان عليه المهر كاملاً، لثبوته بالوطنيء ثبوتاً مستقراً . وان كان قبل الدخول ، قال الشيخ في المبسوط : كان لها نصف الصداق^(١).

والحق وجوبه كاملاً ، لوجود المقتضي ، وهو العقد المحكوم بصحته شرعاً . احتج بأنه حرم عليه نكاحها قبل الدخول باعترافه ، فيجب لها نصف المهر كالطلاق .

والقياس عندنا باطل ، سلمنا لكن الفرق موجود ، اذ الطلاق يحصل معه البينة ظاهراً ، بخلاف صورة النزاع . أما لو أقام البينة ، فالحكم ماتقدم . وطولنا الكلام فيها ، لكونها من المهمات .

فرع :

لو أشكل زمان وقوع العقد ، فلم يعلم هل كان حال الاحلال أو حالة الاحرام؟ قال الشيخ في المبسوط : كان العقد صحيحاً^(٢). والاحوط تجديده .

فرع آخر :

قال في المبسوط : ولو كانت المرأة محرمة ، فالحكم ماتقدم .

(١) المبسوط ٣١٨/١

(٢) المبسوط ٣١٧/١

فروع ثالث :

قال: يكره للمحرم أن يخطب امرأة ليعقد عليها^(١). وتبعه ابن حمزة، وحرمه أبو علي. والحق الاول، تمسكاً بالاصل، واقتصاراً على النقل.

قال رحمه الله: ويحرم الطيب على العموم ما خلا خلوق الكعبة، ولو في الطعام. ولو اضطر الى أكل ما فيه طيب، أو لبس ما فيه طيب، قبض على أنفه. وقيل: انما يحرم المسك والزعفران والعود والكافور والورس. وقد يقتصر بعض على أربعة: المسك والعنبر والزعفران والورس، والاول أظهر.

اقول: ذهب أكثر الاصحاب الى الاول، وهو اختيار الشيخ في المبسوط الا أنه قال: وأغلظ الاجناس خمسة: المسك والعنبر والكافور والزعفران والعود وقد الحق بذلك الورس^(٢).

وقال ابن أبي عقيل: أغلظها أربعة: المسك والعنبر والورس والزعفران. وهو ظاهر كلام أبي علي، عملاً بظاهر الروايات.

ونحصر بعض الاحناس بالذكر، كما اشتملت عليه بعض الروايات، غير مله لا مناه التحريم مما عدها، لان دلالة المفهوم بتقدير كونها حجة ضعيفة، فلا يحارص المنطوق.

والقول الثاني ذكره في النهاية^(٣)، وهو ظاهر كلامه في الخلاف^(٤)، لانه لم

(١) المبسوط ٣١٨/١

(٢) المبسوط ٣١٩/١

(٣) النهاية ص ٢١٩

(٤) الخلاف ٤٣٧/١، مسألة ٨٨

يوجب الكفارة باستعمال ماعدا هذه ، وتبعه ابن حمزة ، واقتصر في الجمل^(١) على ماعدا الورس .

وقال في التهذيب : الذي يجب اجتنابه المسك والعنبر والكافور والورس وقال : وقد روي العود^(٢).

وابن البراج حرم المسك والزعفران والعنبر والورس ، عملاً بالأصل ، واقتصاراً على النقل . والأصل يخالف ، والحديث المشتمل على الزائد لا ينافي المشتمل على الأقل ، كما بيناه .

وأما قوله « ولو في الطعام » ينبغي أن يراد فيه مع بقاء رائحته ، اذ مع انتفاؤها ينتفي الحزمة .

قال رحمه الله : ولبس المخيط للرجال ، وفي النساء خلاف ، والأظهر الجواز ، اضطراراً واختياراً . وأما الغلالة ، فجائزة للحائض اجماعاً .

أقول : المشهور بين الأصحاب جوازه ، وحرمة في النهاية^(٣) وحكى الجواز رواية .

لنا - الأصل ، ولأنه المشهور بين الأصحاب ، فيتعين اتباعه ، وما تقدم في رواية يعقوب^(٤).

احتج بعموم المنع ، وهو مخصوص بالرجال ، توفيقاً بين الأدلة ، ولأن عمل المسلمين على ما قلناه .

قال رحمه الله : والاحتحال بالسواد على قول ، وبما فيه طيب ، ويستوي في

(١) الجمل والعقود ص ٢٢٨ .

(٢) تهذيب الأحكام ٢٩٩/٥ .

(٣) النهاية ص ٢١٧ .

(٤) فروع الكافي ٣٤٠/٤ ، ح ٧٢ .

ذلك الرجل والمرأة .

اقول : في تحريم الاكتحال بالسواد قولان : الجواز ، قاله في الخلاف^(١) والاقتصاد^(٢) ، تمسكاً بالاصل .

والثاني التحريم ، ذهب اليه في النهاية^(٣) والمبسوط^(٤) ، عملاً برواية زرارة عن الصادق عليه السلام^(٥) ، وعليه الأكثر ، وجعله ابن بابويه مخصوصاً بالمرأة اذا قصدت به الريبة .

وأطلق ابن الجنيّد ، عملاً برواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تكتحل الرجل والمرأة المحرمان بالكحل الاسود الا من علة^(٦) . وظاهر النهي التحريم ، كما بيناه في اصول الفقه ، والمشهور تحريم الاكتحال بما فيه طيب ، وجعله ابن الجنيّد مكروهاً .

لنا - التمسك بالرواية .

قال رحمه الله : وكذا النظر في المرأة على الاشهر .

أقول : للشيخ قولان : التحريم ، ذهب اليه في النهاية^(٧) والمبسوط^(٨) ، وتبعه أبو الصلاح وابن ادريس ، عملاً بالاحتياط وبالروايتين المرويتين عن الصادق

(١) الخلاف ٤٤٢/١ مسألة ١٠٦ .

(٢) الاقتصاد ص ٣٠٢ .

(٣) النهاية ص ٢٢٠ .

(٤) المبسوط ٣٢١/١ .

(٥) نهج الأحكام ٣٠١/٥ ، ح ٢٢٢ .

(٦) نهج الأحكام ٣٠١/٥ ، ح ٢١٦ .

(٧) النهاية ص ٢٢٠ .

(٨) المبسوط ٣٢١/١ .

عليه السلام^(١).

والآخر الجواز ، تمسكاً بالأصل ، واختاره ابن البراج وابن حمزة .
قال رحمه الله : ولبس الخفين وما يستر ظهر القدم ، فإن اضطر جاز ، وقيل :
يشقهما ، وهو متروك .

أقول : القائل بالشق ، أي : يشق ظاهر قدمهما ، هو الشيخ في المبسوط^(٢)
وقال في الخلاف : يقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين على جهتهما^(٣) . محتجاً
بالاحتياط إذ مع الشق يحصل البراءة والصحة قطعاً ، بخلاف العدم . وبه يضمنونه
قال أبو علي ابن الجنيد .

وأما ابن حمزة ، فاخياره ما ذكره الشيخ في المبسوط ، واستحب قطع
السائين ، ولم يذكر في النهاية^(٤) الشق ، بل سوغ لبسه مع الضرورة واطلق ،
وصرح ابن ادريس بالعدم .

لنا - أصالة براءة الذمة ، واطلاق الرواية^(٥) .

لا يقال : ستر القدم حرام على المحرم اجماعاً ، وإنما يتحرز عنه بالشق ، وما
لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

لأننا نقول : متى يكون الستر محرماً إذا اضطر الى لبس الخفين ، أو إذا لم
يضر ، الأول «م» والثاني «ع» والضرورة هنا متحقة فلا تحريم ، ويقوي عندي
وجوب الشق ، عملاً بالرواية المروية عن الباقر عليه السلام^(٦) ، وجواز اللبس لا ينافيه .

(١) تهذيب الاحكام ٣٠٢/٥ ، ح ٢٧٨ و ٢٨٠ .

(٢) المبسوط ٣٢٠/١ .

(٣) الخلاف ٤٣٤/١ مسألة ٧٥ .

(٤) النهاية ص ٢١٨ .

(٥) تهذيب الاحكام ٧٠/٥ ، ح ٣٧ .

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣٤٠/٢ .

قال رحمه الله : والفسوق . وهو الكذب .

أقول : وقال بعضهم : وهو السباب أيضاً ، ولا بأس به ، اذ لا ينفك عنه الا نادراً ، وخصه ابن البراج بالكذب على الله ورسوله وأئمة عليهم السلام ، وهو غريب .
قال رحمه الله : والجدال ، وهو قول لا والله وبلى والله .

أقول : قال أبو علي : وما كان من يمين يريد بها طاعة الله وصلة رحم ، فمغفور عنه ما لم يدأب في ذلك ، وهو حسن .

فروع :

لو ادعى عليه بدعوى كاذبة ، ففي جواز دفعها بلفظ الجلالة اشكال ، ينشأ :
من عموم المنع ، ومن أنه دفعاً للضرر ، فيكون سائغاً ، لقوله عَلَيْهِ السَّلَام : لا ضرر ولا
اضرار^(١).

قال رحمه الله : وقتل هوام الجسد حتى القمل .

أقول : سوغ ابن حمزة قتل القملة على البدن ، والمشهور المنع ، عملاً
بالرواية^(٢).

قال رحمه الله : واخراج الدم الا عند الضرورة ، وقيل : يكره .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ المفيد قدس الله روحه ، الامع الضرورة
عملاً برواية الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام عن المحرم يحتجم ، قال : لا ،
الا أن يخاف على نفسه التلف ولا يستطيع الصلاة ، وقال : اذا آذاه الدم فلا بأس
به ويحتجم ولا يخلق الشعر^(٣).

ونحمل ما عداها مما تدل على الجواز الذي هو حجة القائلين على الضرورة

(١) مرأى اللثامى ١/٣٨٣ و ٢/٧٤ و ٣/٢١٠ .

(٢) نهذب الاحكام ٥/٢٩٧ ، ح ٤٢ .

(٣) نهذب الاحكام ٥/٣٠٦ ، ح ٤٢ .

جمعاً بين الأدلة .

قال رحمه الله : وكذا قيل في حك الجسد المفضي الى ادمائه ، وكذا في السواك ، والكراهية أظهر .

أقول : البحث في هاتين كالبحث في السابقة ، وقد تقدم .

واعلم أن السواك المحرم هو المفضي الى الادماء فقط .

قال رحمه الله : ولبس السلاح لغير الضرورة، وقيل : يكره^(١)، وهو أشبه.

أقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب، فيتعين اتباعه دفعا للضرورة

والثاني مستنده الاصل ، ويعارض بالاحتياط .

قال رحمه الله : ويتأكد في السواد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : لا يجوز^(٢) . والاقرب الكراهية ، عملاً

بالاصل ، والرواية^(٣) الدالة على الحرمة محمولة على الكراهية .

قال رحمه الله : والنقاب للمرأة على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤)، فانه أفتى بالتحريم،

وتبعه المتأخر ، وهو الحق عندي .

لنا - أن كشف وجهها واجب ، ولا يتم الا بترك النقاب ، ومالا يتم الواجب

الا به فهو واجب ، فيكون ترك النقاب واجباً ولا نغني بكونه محرماً الا ذلك .

لا يقال : لو وجب كشف الوجه جميعاً ، لما ساع اسدال القناع الى طرف

(١) في «س» : مكروه .

(٢) المبسوط ٣١٩/١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٦٦/٥ ، ح ٢٢ .

(٤) المبسوط ٣٢٠/١ .

الانف ، لانه من جملة الوجه ، اذ الوجه عبارة عما يحصل به المواجهة، واللازم باطل اتفاقاً منا ، فالملزوم مثله .

بيان الملازمة : أن التحريم هناك انما هو لكون النقاب ساتراً لبعض الوجه وهذا المعنى متحقق في اسدال القناع فيثبت التحريم .

لانا نقول : نحن لانجوز ذلك مطلقاً ، بل يشترط في جواز الاسدال عدم اصابة القناع للوجه ، وهذا غير ممكن في النقاب فافترقا .

على أن الشيخ قال في المبسوط : ويجوز لها أن تسدل على وجهها ثوباً اسدالاً وتمنعه بيدها من أن يباشر وجهها أو بخشبة، فان باشر وجهها الثوب الذي تسدله تعمداً كان عليها دم^(١).

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مر أبو جعفر عليه السلام بامرأة متنقعة وهي محرمة ، فقال : احرمي واسفري وأرخي ثوبك من فوق رأسك ، فانك ان تنقبت لم يتغير لونك ، فقال رجل : الى أين ترخيه ؟ فقال : تغطي عينيها ، قال قلت : يبلغ فمها ؟ قال : نعم^(٢).

قال رحمه الله : ولو أفاض قبل الغروب جاهلاً أو ناسياً ، فلا شيء عليه ، وان كان حامداً أجبره ببدنة ، وان لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً .

أقول : هذا التقدير هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده النقل عن أهل البيت عليهم السلام .

قال رحمه الله : اذا لم يتفق له الوقوف بعرفات نهاراً ، فوقف ليلاً ، ثم لم يدرك المشعر حتى تطلع الشمس فاته الحج ، وقيل : يدركه ولو قبل الزوال ، وهو حسن .

(١) المبسوط ١/ ٣٢٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/ ٧٤ ، ح ٥٣ .

اقول : هذا القول ذكره السيد المرتضى قدس الله روحه ، محتجاً بالاجماع وأن كل من قال بوجوب الوقوف بالمشعر اجتزأ به ، ولو كان الوقوف قبل الزوال بلائصل ، مع فوات الوقوف بعرفة لعذر من نسيان أو غيره ، فالفرق بين المسألتين خلاف اجماع المسلمين .

وكلاهما ضعيف . أما الاول ، فلان جماعة من أكابر علمائنا ، كالشيخ رحمه الله وأتباعه ، خالفوا في ذلك ، وحكموا بفوات الحج مع عدم ادراك أحدهما اختياراً ، محتجين بالاجماع وبالاخبار ، واذا تعارض الاجماعان تساقطا ، والا لزم الجمع بين النقيضين ، أو الترجيح من غير مرجح ، وهما محالان .
وأما الثاني ، فممنوع أيضاً ، بل لو ادعي الاجماع المركب على خلافه أمكن اذ لم يدرك الوقوف الاختياري به .

اذا عرفت هذا ، فنقول : الحق أنه يدرك الحج مع الوقوف به ولو قبل الزوال لوجهين :

الاول : ايجاب الاعادة مشقة و حرج عظيم ، فيكون منتفياً بوجوه :
الاول : قوله تعالى « ماجعل عليكم في الدين من حرج »^(١) وقوله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »^(٢) الآية .
الثاني : قوله ﷺ « بعثت بالحنيفية السمحة السهلة »^(٣) وغير ذلك من الاخبار التي لا تحصى كثرة .

الثاني : مارواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله ﷺ قال : من أدرك المشعر

(١) سورة الحج : ٧٨ .

(٢) سورة البقرة : ١٨٥ .

(٣) عوالي اللئالي ١ / ٣٨١ ، برقم : ٣ .

الحرام يوم النحر قبل زوال الشمس ، فقد أدرك الحج^(١).

وفي أخرى : دخل اسحاق بن عمار على أبي الحسن عليه السلام يسأله عن لم يدرك الناس بالموقفين ، فقال له : اذا أدرك مزدلفة فوقف بها قبل أن يزول الشمس يوم النحر ، فقد أدرك الحج^(٢).

قال الشيخ في التهذيب : هذان الخبران يحتملان معنيين : أحدهما أن من أدرك مزدلفة قبل زوال الشمس ، فقد أدرك فضل الحج وثوابه ، دون أن يكون المراد بهما أن من أدركه فقد سقط عنه فرض الحج .

ويحتمل أيضاً أن يكون هذا الحكم مخصوصاً بمن أدرك عرفات ، ثم جاء الى المشعر قبل الزوال فقد أدرك الحج ، لانه أدرك أحد الموقفين اختياراً . محتجاً على هذا التأويل برواية^(٣) قاصرة عن افادة المطلوب ، ونقلهما في الخلاف^(٤) ، وذلك ليس لهما تأويل .

احتج الشيخ بالروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام ، وتحمل على ما ذكرناه ، جمعاً بين الادلة ، وتوهم المتأخر هنا وهما فوق زلله^(٥).

فروع :

لو أدرك أحد الموقفين اضطراراً ، فالاقرب بطلان الحج ، لفوات أعظم الاركان .

(١) تهذيب الاحكام ٢٩١/٥ ، ح ٢٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٩١/٥ - ٢٩٢ ، ح ٢٦ .

(٣) التهذيب ٢٩٢/٥ .

(٤) الخلاف ٤٥٥/١ .

(٥) كذا في النسختين .

فرع آخر :

قال الشيخ في المبسوط : من فاته الوقوف بالمشر لم يجز به الوقوف بعرفة^(١) وعنى به الوقوف الاختياري والاضطراري بعرفة .

لنا - قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الحج عرفة »^(٢) .

قال رحمه الله : ولو نوى الوقوف ، ثم نام أو جن أو اغمي عليه ، صح وقوفه . وقيل : لا ، والاول أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : والمواضع التي تجب أن يكون الانسان فيها مفيقاً أربعة : الاحرام ، والوقوف بالموقفين ، والطواف ، والسعي ، فان كان مجتنباً أو مغلوباً على عقله ، لم ينعقد احرامه ، الا أن ينوي عنه وليه على ما قدمناه وماعاده يصح منه ، وصلاة الطواف حكمها حكم الاربعة ، وكذا طواف النساء ، وكذا حكم النوم سواء . والاولى أن نقول : تصح منه الوقوف بالموقفين وان كان نائماً ، لان الغرض منه الكون فيه لا الذكر^(٣) .

قال ابن ادريس : هذا غير واضح ، ولا بد من نية الوقوف بغير خلاف ، لما قدمناه من الادلة . وعنى بها الآية والخبر المشهور ، قال : والاجماع أيضاً حاصل عليه . والحق أن نقول : ان سبقت منه نية الوقوف في وقته صح حجه ، والا فلا . لنا - على الاول أنه مع فعل ذلك يكون قد أتى بالمأمور به على وجهه فخرج عن عهدة التكليف .

أما الصغرى ، فلان المأمور به ليس الا الكون في الموضع المخصوص فقط اجماعاً منا ، وليس الذكر جزءاً منه ، بل انما هو مستحب ، ومع سبق النية

(١) المبسوط ٣٦٧/١

(٢) سنن ابن ماجة ١٠٠٣/٢ ، برقم : ٣٠١٥ .

(٣) المبسوط ٣٨٤/١

على العذر في الوقت يكون ناوياً للكون المأمور به ، فيكون آتياً به ، اذ الواجب ما يصدق عليه هذا الاسم فقط .

ومعنى قول الاصحاب وقت الوقوف ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس أي : ان هذا الزمان صالح لنية الكون ، ولاريب في صدقه ، أعني : الوقوف بالمشعر ، لا بمعنى أنه يجب شغل جميع أجزاء هذا الزمان بالوقوف ، بمعنى أنه أي وقت منه نوى الوقوف فيه أجزأ ، كما في أوقات العبادات اليومية بعد حضور أول الوقت ناوياً له .

وأما الثانية ، فلما بينا أن الامر للاجزاء ، اما اذا لم يتو أصلاً ، أو نوى قبل دخول وقت الوقوف ، ثم حصل العذر ، لم يصح وقوفه ، لانه لم يأت بالمأمور به ، وهو ظاهر .

قال رحمه الله : وتجب فيه شروط ثلاثة : أن يكون مما يسمى حجراً . أقول : قال الشيخ في الخلاف : لا يجوز الرمي الا بالحجر وما كان من جنسه من الجواهر والبرام وأنواع الحجارة . ولا يجوز بغيره ، كالمدرة والاجر والكحل والزرنخ والملح ، وغير ذلك من الذهب والفضة^(١) .

وقال في المبسوط^(٢) والجمل^(٣) : لا يجوز الرمي الا بالحصى ، وتبعه ابن ادريس ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس الله روحه ، ونقله عن الشافعي أيضاً ولعله أقرب .

لنا - أن الرمي عبادة شرعية ، فيقتصر منها على اذن الشارع . واحتج المرتضى بالاجماع ، وطريقة الاحتياط ، اذ لا خلاف في اجزاء الرمي

(١) الخلاف ١/ ٤٥٥ ، مسألة ١٦٣ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٦٩ .

(٣) الجمل والعقود ص ٢٣٤ .

بالحجر ، وانما الخلاف فيما عداه .

وعارض الجمهور بما رووه عن الفضل بن عباس أنه قال : لما أفاض رسول الله ﷺ من عرفة وهبط وادي محسر ، قال : يا أيها الناس عليكم بحصى الخذف^(١) .
والامر للوجوب .

احتج الشيخ بأن المقصود الرمي ، وهو يحصل بكل واحد من هذه الامور ونمنع ذلك ، سلمنا لكنه منقوض بالكحل والزنيخ وما أشبههما ، فان مسمى الرمي يحصل بهما مع أنه لا يجزيه .
قال رحمه الله : يستحب أن يرميها خذفا .

أقول : قال السيد المرتضى قدس الله روحه : ومما انفردت به الامامية القول بوجوب الخذف لحصى الجمار ، وهو أن يضع الرامي الحصة على ابهام يده اليمنى ويدفعه بظهر اصبعه الوسطى . ولم يراع غيره ذلك ، وتبعه ابن ادريس ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) .

احتج المرتضى قدس الله روحه بالاجماع ، وبأن النبي ﷺ في أكثر الروايات أمر بالخذف ، والخذف كيفية في الرمي مخالفة لغيرها .
وأقول : هذا القول ليس بعيداً من الصواب ، لكن الاول يعتضد بأصالة البراءة .
قال رحمه الله : ولو تمتع المكي وجب عليه الهدي .
أقول : قد مر البحث في هذه .

قال رحمه الله : ولا يجزئ الواحد في الواجب الا عن واحد ، وقيل : يجزي مع الضرورة عن خمسة وعن سبعة ، اذا كانوا أهل خوان واحد ، والاول أشبه .
أقول : اختلفت الاراء في هذه المسألة بسبب اختلاف الروايات ، فذهب

(١) سنن ابن ماجه ٢/١٠٠٨ .

(٢) المبسوط ١/٣٦٩ .

الشيخ في كتابي الاخبار والنهاية^(١) والمبسوط^(٢) الى القول الثاني ، قال أيضاً :
وعن سبعين ، عملاً بالرواية المروية عن أبي جعفر عليه السلام قال : ماخف فهو أفضل
قلت : عن كم يجزىء ؟ فقال : عن سبعين^(٣).

وذهب في الخلاف^(٤) الى الاول ، واختاره المتأخر ، ولعله أقرب .
لنا - عموم قوله تعالى «فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى»^(٥)
وتحمل الرواية على التطوع ، جمعاً بين الأدلة .

قال رحمه الله : ويستحب أن يقسم الهدى أثلاثاً : يأكل ثلثه ، ويتصدق بثلثه
ويهدي ثلثه . وقيل : يجب الاكل منه ، وهو الاظهر .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : ومن السنة أن يأكل من هديه لمتعته يأكل
ثلثه ، ويطعم القانع والمعتز ثلثه ، ويهدي لاصدقائه ثلثه^(٦).

وقال ابن ادريس : فاما هدي التمتع والقارن ، فالواجب أن يأكل منه ولو
قليلاً ، ويتصدق على القانع والمعتز ولو قليلاً ، لقوله تعالى «فكلوا منها وأطعموا القانع
والمعتز»^(٧) والامر عندنا يقتضي الوجوب والفور دون التراخي ، وهو الاقوى
عندي ، وعليه دلت ظاهر الروايات .

قال رحمه الله : ومن فقد الهدى ووجد ثمنه ، قيل : يخلفه عند من يشتريه
طول ذي الحجة ، وقيل : ينتقل فرضه الى الصوم ، وهو الاشبه .

(١) النهاية ص ٢٥٨ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٧٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٠٩/ ٥ ، ح ٤٢ .

(٤) الخلاف ١/ ٤٥٧ .

(٥) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٦) المبسوط ١/ ٣٧٤ .

(٧) سورة الحج : ٣٦ .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في جميع كتبه . قال في المبسوط :
 فان لم يتفق شراؤه في ذي الحجة وجب ذبحه في العام المقبل في ذي الحجة^(١)
 عملاً بالاحتياط ، ولان العجز انما يتحقق بعدم الهدى وثمنه .
 والقول الثاني ذهب اليه المتأخر ، عملاً بأصالة براءة الذمة من وجوب
 التخلّف ، والاية ، لان الله لم ينقلنا عند عدم الهدى الا الى الصوم ولم يجعل
 واسطة ، فمن أثبتنا فعلية الدلالة ، كما في العتق .
 والعجز يتحقق بعدم الرقبة وان وجد الثمن ، كما يتحقق بعدم الثمن وان وجد
 الرقبة ، وانكار ذلك مكابرة محضة .

لا يقال : الفرق يطلق على واحد الثمن أنه واحد .
 لاننا نقول: نمنع ذلك ، سلمنا لكن الوجدان له معنيان عرفي وشرعي ، والمراد
 به المعنى الاخير ، ولا شك في انتفائه مع انتفاء أحد الوصفين ، ونقل صاحب كشف
 الرموز عن المصنف أنه كان يعني بالاول ، وهو الاحوط عندي .
قال رحمه الله : ولوصام يومين وأفطر الثالث لم يجزيه واستأنف ، الا أن
 يكون ذلك هو العيد ، فيأتي بالثالث بعد النفر .

اقول: قال في المبسوط والجمل في كتاب الصوم : صوم دم المتعة ان صام
 يومين ثم أفطر بنى ، وان صام يوماً ثم أفطر أعاد^(٢) .
 قال ابن ادريس : هذا الاطلاق ليس بصحيح ، الا في موضع واحد ، وعنى
 به هذه الصورة ، والذي ذكره المصنف ، ولعله أقرب .
 لنا - أن الامرورد بالتتابع ، ترك العمل به في هذه الصور بالاجماع ، فيبقى
 معمولاً به فيما عداها .

(١) المبسوط ١ / ٣٧٠ .

(٢) المبسوط ١ / ٢٨٠ .

واحجج الشيخ بأن تتابع الاكثر بجري مجرى تتابع الجميع، كما في الشهرين والقياس ليس ججة عندنا .

قال رحمه الله: وصوم السبعة بعد وصوله الى أهله، ولا يشترط فيها الموالاة على الاصح .

أقول : ذهب أكثر الاصحاب الى عدم اشتراط المتابعة ، تمسكاً بالاصل ، واعتماداً على المشهور من النقل ، فذهب أبو الصلاح الى وجوب الموالاة، عملاً بقوله تعالى « وسبعة اذا رجعتُمْ ^(١) » والامر للفور ، ومنع ذلك .

قال رحمه الله : ولومات من وجب عليه الصوم ولم يصم ، وجب على وليه الصوم عنه الثلاثة دون السبعة . وقيل : بوجوب قضاء الجميع ، وهو الاشبه . اقول : قال الشيخ في المبسوط : فان مات من وجب عليه الهدي ولم يكن معه ثمنه ، ولا يكون صام أيضاً ، صام عنه وليه الثلاثة أيام ، ولا يلزمه قضاء السبعة ، بل يستحب له ذلك .

هذا اذا كان يمكن من الصوم ولم يصم ، فاما ان لم يتمكن من الصوم أصلاً لمرض ، فلا تجب القضاء عنه ، وانما يستحب ذلك على الولي . وقال المتأخر بوجوب قضاء السبعة أيضاً مع تمكن الميت من صيامها ، محتجاً بالعمومات الدالة على أنه تجب قضاء ما فات الميت من الصيام مع تمكنه منه ، والاصل يخالف للدليل .

قال رحمه الله : فاذا فرغ من الذبح ، فهو مخير ان شاء حلق وان شاء قصر والحلق أفضل ، ويتأكد في الصلوة ، ومن لبس شعره . وقيل : لا يجزيه الا الحلق والاول أظهر .

أقول : قال الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) : الضرورة والملبد أي : الذي جعل في رأسه عسلاً أو صمغاً ، لئلا يقل أو يتسخ - لا يجزيهما غير الحلق . واختاره شيخنا المفيد ، عملاً برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : على الضرورة أن يحلق رأسه ولا يقصر ، إنما التقصير لمن حج حجة الاسلام^(٣) .

وفي معناها رواية بكر بن خالد عنه عليه السلام^(٤) .

وفي رواية معاوية بن عمار عنه عليه السلام قال : ينبغي للضرورة أن يحلق وان كان قد حج ، فان شاء قصر وان شاء حلق ، قال : واذا لبّد شعره أو عقصه ، فان عليه الحلق وليس له التقصير^(٥) .

ولم يفرق في الجمل^(٦) بين كونه ضرورة أو غيرد ، لبّد شعره أو لا ، لكن الحلق أفضل ، عملاً بالأصل ، واستناداً الى الآية^(٧) ، واختاره المتأخر ، وعليه الأكثر .

قال رحمه الله : ويجب تقديم التقصير على زيارة البيت لطواف الحج والسعي فلو عكس عامداً جبره بشاة ، ولو كان ناسياً لم يجب عليه شيء ، وعليه إعادة الطواف على الاظهر .

أقول : لأعرف بين الاصحاب في هذه خلافاً فأنقله .

قال رحمه الله : وأن يكون مختوناً .

أقول : ينبغي أن يراد فيه اذا أمكنه الختان . أما لو تعذر عليه ذلك ، جاز له

(١) النهاية ص ٢٦٢ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٧٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٤٣/٥ ، ح ١٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٤٣/٥ ، ح ١٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٢٤٣/٥ ، ح ١٤ .

(٦) الجمل والعقود ص ٢٣٦ .

(٧) في هامش «س» عن نسخة : الرواية .

الطواف ، وان كان الشيخ في المبسوط^(١) أطلق .

قال رحمه الله : وتجب البداية بالحجر الاسود والختم به .

اقول : لاختلاف في البداية بالحجر والختم به ، وانما نذكر هنا مسألة ، وهي أنه لو ابتدأ الطواف من غير الحجر ، فاما أن يبتدأ به من موضع قبله أو بعده . فان ابتدأه من موضع قبله لم يعتد بذلك الشوط الى أن ينتهي الى أول الحجر فاذا انتهى اليه جعل ابتداء طوافه منه . هذا ان نوى قطع الشوط الاول عنده وابتدأ طواف الفريضة منه . ويحتمل ضعيفاً البطلان .

ولو ابتدأ به من موضع بعده ، لم يعتد به أيضاً ، وجدد نية الاستئناف عند الوصول الى أول الحجر ، مع احتمال ذلك أيضاً .

فروع :

لو حاذى آخر الحجر ببعض بدنه في ابتداء الطواف ، فالاقوى البطلان ، وللشافعي وجهان حكاهما الغزالي في الوجيز .

قال رحمه الله : الزيادة على سبع في الطواف الواجب محظورة على الاظهر وفي النافلة مكروهة .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن تعمد الزيادة في طواف الفريضة محرم مبطل ، عملاً بالاحتياط ، ولان الطواف مساو للصلاة ، فيبطله ما يبطلها ، ولاشك أن الزيادة مبطل للصلاة ، فتكون مبطله لمساوئها ، أعني : الطواف .

أما الاولى ، فلقوله **عَلَيْهِ السَّلَامُ** «الطواف بالبيت صلاة»^(٢) .

وأما الثانية ، فلما ثبت من وجوب تساوي المثليين في جميع الاحكام اللازمة

(١) المبسوط ١/ ٣٥٨ .

(٢) مؤلفي التلخيص ٢/ ١٦٧ ، برقم : ٣ .

واستناداً الى الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

وقال المتأخر : انه مكروه شديد الكراهة ، واختاره الشيخ في الاستبصار^(١) عملاً بأصالة عدم التحريم ، وتمسكاً برواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال : انما يكره أن يجمع الرجل بين الاسبوعين والطوافين في الفريضة، فأما في النافلة فلا بأس^(٢) . وفي معناها رواية عمر بن يزيد عنه عليه السلام^(٣) .

وتحمل الروايتان الاخيرتان على ذلك دفعاً للتناقض .

قال رحمه الله : يجب أن يصلي ركعتي الطواف .

أقول : المشهور وجوب ركعتي الطواف الواجب ومنهم من استحباها .

لنا - الآية والرواية . احتجوا بالاصل ، وهو معارض بما ذكرناه .

قال رحمه الله : من طاف في ثوب نجس مع العلم لم يصح طوافه .

أقول : هذا هو المشهور بين علمائنا ، وظاهر كلام ابن الجنيّد الكراهية .

لنا - ما تقدم في مسألة الزيادة ، ولأن الطواف في الثوب النجس يستلزم ادخال النجاسة الى المسجد ، وهو منهى عنه ، واستناداً الى الرواية المروية عن الصادق عليه السلام^(٤) .

احتجوا بالاصل ، ويعارض بما ذكرناه .

فرع :

والبحث في نجاسة البدن ، كالبحث في نجاسة الثوب .

(١) الاستبصار ٢/ ٢٢١ .

(٢) الاستبصار ٢/ ٢٢٠ ، ح ١ .

(٣) الاستبصار ٢/ ٢٢٠ ، ح ٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/ ١٢٦ ، ح ٨٧ .

فرع آخر :

قال في الخلاف : ستر العورة شرط^(١). وتبعه ابن زهرة ، عملاً بالحديث الذي رويناه أولاً . وفيه نظر .

قال رحمه الله : ويستحب له استلام الحجر على الأصح .

أقول : المشهور الاستحباب ، تمسكاً بالأصل . وقال سلالر : انه واجب ، وهو ظاهر كلام شيخنا المفيد كرم الله محله ، عملاً بالاحتياط ، وتعارض بما ذكرناه . قال رحمه الله : وأن يكون في طوافه داعياً ، ذاكرًا لله سبحانه على سكينته ووقار ، مقتصدًا في مشيه . وقيل : يرمل ثلاثاً ويمشي أربعاً .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(٢) ، واختاره أبو المصالح وابن ادريس ، وهو مذهب ابن الجنيدي وابن أبي عقيل ، عملاً بالرواية عن الصادق عليه السلام^(٣) .

وقال في المبسوط : يستحب أن يرمل ثلاثاً ، أي : يسرع ويمشي أربعاً في الطواف ، هذا في طواف القدوم فحسب ، اقتداءً بالنبي ﷺ كذا فعل ، رواه حماد بن محمد عن أبيه عليه السلام عن جابر . ولبس على المريض والنساء رمل ، أعني : الرمل في الثلاثة الاول والمشي في الاربعة لآخر ، ولاعلى من يحمله أو يحمل ويطرف به^(٤) .

وحمله ابن حمزة مستحباً في الطواف كله ، وخصوصاً في طواف الزيارة .

قال رحمه الله : ويستحب ثلاثمائة وستون طوافاً ، فان لم يتمكن فثلاثمائة

(١) الخلاصة ١/١٤٦ مسألة ١٢٩ .

(٢) النهاية ص ٢٣٦ .

(٣) نهاية الأحكام ١٠٩/٥ ، ح ٢٤٤ .

(٤) المبسوط ١/٣٥٦ .

وستون شوطاً، ويلحق الزيادة بالطواف الاخير، وتسقط الكراهية هنا بهذا الاعتبار.
 أقول : مستند هذه المسألة رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال :
 يستحب أن تطوف ثلاثمائة وستين اسبوعاً عدد أيام السنة ، فان لم تستطع فما
 قدرت عليه من الطواف^(١).

وهذه الرواية قبلها أكثر الاصحاب وأفتى بمضمونها ، وليس في طريقها طعن
 ومع تحقق الرواية ينتفى كراهية الزيادة على السبعة ، لما عرفت أن العام يخص
 لدليل أخص منه ، لانهما دليلان تعارضا . فاما أن لا يعمل بهما ، أو يعمل بهما ،
 أو يعمل بالعام أو بالخاص ، والاقسام الثلاثة الاول باطله ، فتعين الرابع ، وتمام
 الاستدلال المذكور في أصول الفقه .

ونقول : يلحق الاشواط الثلاثة بالطواف الاخير ، تخلصاً من الجمع بين
 الطوافين ، فيكون عدد أشواطه عشراً . وأما سلا ر ، فاستحب زيادة أربعة أشواط
 آخر ، تخلصاً من كراهية الزيادة ، ولا بأس به .

قال رحمه الله : ومن زاد على السبعة سهواً ، أكملها أسبوعين وصلى ركعتي
 الفريضة أولاً وركعتي النافلة بعد الفراغ من السعي .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، عملاً بأصالة براءة الذمة من وجوب
 الاعادة ، ولان الاعادة فرض ثان يفتقر الى دليل ، وحيث لادلالة فلاعادة ، ويؤيده
 رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(٢).

وقال الصدوق بوجوب الاعادة ، وجعل فتوى الاصحاب رواية^(٣) ، عملاً

(١) تهذيب الاحكام ١٣٥/٥ ، ح ١١٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ١١٢/٥ ، ح ٣١ .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣٩٦/٢ .

بالاحتياط ، واستناداً الى رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام^(١) . والاحتياط معارض بالاصل ، والرواية محمولة على تعمد الزيادة ، جمعاً بين الأدلة .

فائدة :

أطلق الشيخ رحمه الله الامر بالاضافة ولم يذكر أي الطوافين هو طواف الفريضة . وكذا ابن ادريس . أما ابن بابويه، فانه جعل طواف الفريضة هو الثاني وجعل الركعتين الاولتين له، والركعتين والطواف الاول ندب . وكذا ابن الجنيد . والليق بمذهب الشيخ قدس الله روحه أن يكون الاول هو الواجب والثاني المستحب ، اذ الزيادة انما تبطل عنده لو وقعت عمداً ، وانما يتمشى على قاعدة الصدوق رحمه الله من ابطال الطواف بالزيادة مطلقاً ، سواء وقعت عمداً أو سهواً . قال رحمه الله : من نسي طواف الزيارة حتى رجع الى أهله وواقع، قيل : عليه بدنة والرجوع الى مكة للطواف . وقيل : لا كفارة عليه ، وهو الاصح . ويحمل القول الاول على من واقع بعد الذكر .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣)، عملاً بالروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ، وهو الاقوى .

لنا - أنه مع النسيان يكون ما فعله سائغاً بالاجماع ، فلا يترتب عليه كفارة ، وتحمل الروايات على من واقع بعد الذكر، لان الوطى حينئذ يكون محرماً يترتب عليه الكفارة .

قال رحمه الله : اذا نسي طواف النساء جاز أن يستنيب ، ولو مات قضاءه

(١) تهذيب الاحكام ١١١/٥ ، ح ٣٣ .

(٢) النهاية ص ٢٤٠ .

(٣) المبسوط ١/٣٥٩ .

وليه وجوباً .

اقول : لا يشترط^(١) هنا في جواز الاستنابة تعذر العود ، عملاً بالأصل السالم عن معارضة النص .

فرع :

لا خلاف أن الرجل اذا ترك طواف النساء ، حرم عليه وطؤهن حتى يطوف أو يستنيب .

وانما الخلاف في المرأة لو تركته ، فذهب ابن بابوية الى تحريم الرجال عليها لو تركته حتى تأتي به ، أو يستنيب فيه كالرجل .

وليس بجيد ، أما أولاً فلأن أصالة البراءة تنفي ذلك ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، للاجماع والنص ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .
وأما ثانياً ، فلأن حملها على الرجل قياس ، ونحن لانقول به .

فرع آخر :

أوجب هذا القائل طواف الوداع ، وجعله قائماً مقام طواف النساء في التحليل .
وليس بصواب ، فان طواف الوداع مستحب ، فلا يجزئ ، عن الواجب ،
وبما قاله رواية نادرة رواها اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام . وابن الجنيد يسمى طواف النساء طواف الوداع وأوجه .

قال رحمه الله : من طاف كان بالخيار في تأخير السعي الى الغد ، ثم لا يجوز مع القدرة .

اقول : قال في المبسوط : من طاف بالبيت جازله أن يؤخر السعي الى بعد

(١) في « س » : الاشتراط .

ساعة، ولا يجوز له أن يؤخره الى غد يومه^(١) ودل على ما قال الشيخ رواية عبدالله ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(٢). وتبعه الجماعة .

وأما المصنف ، فظاهر عبارته يدل على جواز التأخير الى غده ، ثم لا يجوز التأخير عن الغد الا للضرورة ولا يرى لما قاله المصنف وجهاً .

قال صاحب كشف الرموز سألت المصنف عن هذا فاستدل بالاية ، فقلت : لو صح الاستدلال بها لجاز التأخير طول ذي الحجة ، فالتقدير هنا تحكّم ، فأعرض عن الجواب .

وأقول: يحتمل أن يكون « ثم » هنا بمعنى الواو ، فلا مأخذ ، ويكون موافقاً لما قاله الشيخ .

قال رحمه الله: قيل : لا يجوز الطواف وعلى الطائف برطلة، ومنهم من خص ذلك بطواف العمرة ، نظراً الى تحريم تغطية الرأس .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله عملاً برواية زياد بن يحيى عن الصادق عليه السلام قال : لا تنطف بالبيت عليك برطلة^(٣) وفي معناها رواية يزيد بن أبي خليفة عنه عليه السلام^(٤) وقال في التهذيب : انه مكروه^(٥).

وقال ابن ادريس: انه مكروه في طواف الحج ، محرم في طواف العمرة . وهو الصواب . أما الكراهية في طواف الحج ، فلظاهر الروايتين . وأما التحريم في طواف العمرة، فلان تغطية الرأس فيها حرام اتفاقاً منا، ولا يتم الا بترك البرطلة فيكون فعلها حراماً .

(١) المبسوط ١/ ٣٥٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٢٨/ ٥ - ١٢٩ ، ح ٩٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٣٤/ ١ ، ح ١١٤ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٣٤/ ١ ، ح ١١٥ وفيه : يزيد بن خليفة .

(٥) التهذيب ١/ ١٣٤ .

فرعان :

الاول: لو قدم طواف الحج على الوقوف لضرورة، وجب عليه كشف الرأس في الطواف ، وحرم لبس البرطلة لما ذكرناه .

الثاني : لو عصى وغطى رأسه ، فالأقوى صحة الطواف ، لان مماسة البرطلة للرأس ليس جزءاً من الطواف فالطائف كذلك آت بالمأمور به على وجهه، وقد بينا أن الامر الاجزاء ، بخلاف الصلاة في الدار المغصوبة .

قال رحمه الله : من نذر أن يطوف على أربع ، قيل : يجب عليه طوافان ، وقيل : لا ينعقد النذر ، وربما قيل بالاول اذا كان الناذر امرأة ، اقتصاراً على مورد النقل .

اقول: القول الاول قاله الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) قال: طواف ليديه والاخر لرجليه ، تمسكاً برواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة نذرت أن تطوف على أربع ، قال : تطوف أسبوعاً ليديها وأسبوعاً لرجليها^(٣). وفي معناها رواية أبي الجهم عنه عليه السلام^(٤).

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ، ولعله أقرب .

لنا - أنه نذر غير مشروع ، فلا ينعقد ، والمقدمتان ظاهرتان .

والقول الثالث اختارده المصنف، ولم أجد به فائلاً سواه، ولا بأس به اتباعاً للنقل.

قال رحمه الله : ومقدمات السعي كلها مندوبة .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن الطهارة ليس شرطاً بل مستحبة، عملاً

(١) النهاية ص ٢٤٢ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٦٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٣٥/٥ ، ح ١١٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٣٥/٥ ، ح ١١٩ .

بالاصل، واستناداً الى ظاهر النقل . وقال ابن أبي عقيل: لا يجوز الطواف والسعي بين الصفا والمروة الا بطهارة .

محتجاً برواية الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة تطوف بين الصفا والمروة وهي حائض ، قال : لا ، لان الله تعالى يقول : « ان الصفا والمروة من شعائر الله »^(١) وفي معناها رواية ابن فضال عن أبي الحسن عليه السلام^(٢).

وتحتملان على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : ويستحب أن يكون ماشياً ، ولو كان راكباً جاز .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وان كان شاذاً منهم بالتحريم الا مع الضرورة .

قال رحمه الله : ولا بأس أن يجلس في خلال السعي للراحة .

أقول : قال أبو الصلاح : لا يجوز الجلوس بين الصفا والمروة ، ويجوز الوقوف عند الاعياء للاستراحة ، والجلوس على الصفا والمروة ، وتبعه ابن زهرة والمشهور بين الاصحاب الجواز ، للاصل : ولرواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣).
احتج برواية عبد الرحمن عنه عليه السلام قال : لا تجلس بين الصفا والمروة الا من جهد^(٤). وتحمل على الكراهية ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض .

أقول : معناه ان كان في المفرد على الصفا أعاد ، وان كان على المروة لم يعد ، لانه حينئذ يكون قد بدأ بالصفا .

(١) تهذيب الاحكام ٣٩٤/٥ ، ح ١٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٤/٥ ، ح ٣٣ .

(٣) فروع الكافي ٤٣٧/٤ ، ح ٣ .

(٤) فروع الكافي ٤٣٧/٤ ، ح ٤ .

قال رحمه الله : ولو كان متمتعاً بالعمره ، فظن أنه أتم ، فأحل وواقع النساء ثم ذكر مانقص ، كان عليه دم بقرة على رواية ويتم النقصان . وكذا قيل : لو قلم أظفاره ، أو قص شعره .

أقول : هذه الرواية رواها سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل متمتع سعى بين الصفا والمروة ستة أشواط ، ثم رجع الى منزله ، وهو يرى أنه قد فرغ منه فقلّم أظفاره وأحل ، ثم ذكر أنه سعى ستة أشواط ، فقال : ان كان يحفظ أنه سعى ستة أشواط ، فليعد وليتم شوطاً وليرق دماً ، قلت : دم ماذا ؟ قال : دم بقرة^(١).

وفي معناها رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام وزاد أو قصر . وعليها فتوى الشيخ في باب السعي ، وشيخنا المفيد أيضاً ، وتبعهم المتأخر وقالوا جميعاً في باب ما يجب على المحرم اجتنابه : انه يتم ولا كفارة . وهو الوجه عندي ، وتحمل الروايتان على الاستحباب ، اذ الكفارة لتكفير الذنب ، وحيث لا ذنب فلا تكفير .

قال صاحب كشف الرموز : والوجه أنه تختص الكفارة بالظان لابلاناسي ، جمعاً بين الاقوال ، وقد صرح المتأخر بذلك . وهو غلط ، فان مع ظن الانتمام يكون مانعه سائغاً ، فلا يترتب عليه الكفارة .

قال رحمه الله : يكره أن يمنع أحد من سكنى دور مكة ، وقيل : يحرم ، والاول أصح .

(١) تهذيب الاحكام ١٥٣/٥ ، ح ٢٩٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٣/٥ ، ح ٢٨٠ .

أقول : ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) يقتضي التحريم، وهو الظاهر من كلام ابن ادريس ، لكن الشيخ رحمه الله احتج بقوله تعالى « سواء العاكف فيه والباد »^(٣).

وأما ابن ادريس ، فانه احتج بالاجماع ، ثم قال : فاما الاستشهاد بالاية ، فضعيف ، اذ الضمير راجع الى ما تقدم وليس الا المسجد الحرام ، ولا دلالة على الدور التي بمكة بشيء من الدلالات ، بل اجماع أصحابنا منعقد وأخبارهم متواترة ، فان لم تكن متواترة ، فهي متلقاة بالقبول لم يدفعها أحد منهم، فالاجماع هو الدليل القاطع على ذلك دون غيره .

والحق الجواز على كراهية . أما الجواز ، فللاخبار الدالة على أن الناس مسلطون على أموالهم . وأما الكراهية، فلرواية صفوان عن الحسين بن أبي العلاء قال : ذكر أبو عبد الله عليه السلام هذه الآية « سواء العاكف فيه والباد » فقال : كانت مكة ليس على شيء منها باب ، وكان أول من علق على بابه المصرعين معاوية بن أبي سفيان ، وليس ينبغي لاحد أن يمنع الحاج شيئاً من الدور ومنازلها^(٤).
ولفظه « لا ينبغي » يراد بها الكراهية ظاهراً ، فيحمل عليها .

واعلم أن هذا الخلاف مبني على تفسير المسجد الحرام ، قيل : المراد به المسجد نفسه ، فعلى هذا لا يحرم المنع . وقيل : المراد به الحرم كله . فعلى هذا ان قلنا ان المراد بقوله تعالى « سواء » أي : العاكف أعني المقيم والبادي أي الاتي للحج والعمرة سواء بالنزول فيه، كما فسره به بعضهم، والافلا.

(١) النهاية ص ٢٨٤ .

(٢) المبسوط ٣٨٤/١ .

(٣) سورة الحج : ٢٥ .

(٤) فروغ الكافي ٢٤٣/٤ - ٢٤٤ .

قال رحمه الله : يحرم أن يرفع بناء فوق الكعبة ، وقيل : يكره ، وهو الاشبه .
أقول : ظاهر كلام الشيخ وابن ادريس التحريم ، والحق الجواز على كراهية . أما الجواز ، فلما قلناه في المسألة الاولى . وأما الكراهية ، فلما فيه من الجرأة على تلك البقعة المشرفة .

احتجنا بأن لتلك البقعة حرمة ومزية على غيره يناسب تحريم رفع البناء فوقها ، وبما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا ينبغي لأحد أن يرفع بناءً فوق الكعبة^(١) .

وتحمل على الكراهية ، اذ لفظة «ينبغي» تدل عليها ظاهراً ، والحرمة لا توجب التحريم بل الكراهية .

قال رحمه الله : اذا ترك الناس زيارة النبي عليه السلام اجبروا عليها ، لما يتضمن من الجفاء المحرم .

أقول : قد نازع ابن ادريس في هذه المسألة ، نظراً الى أن الالتزام بالمندوب غير جائز . وليس بشيء ، اذ موجب الالتزام هو الحذر من الجفاء ، ولا ريب أن جفاء النبي والمعصوم حرام ، لما فيه من ترك طاعته الواجبة ، فيكون ما يؤدي اليه حراماً ، لقوله تعالى « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »^(٢) .

فائدة :

انما يجب الاجبار اذا لم يكن في الزيارة مشقة مانعة ، أما لو حصل ذلك لم يجب الاجبار قولاً واحداً .

قال رحمه الله : ولو كان ساق ، قيل : يفتقر الى هدي التحلل . وقيل : يكفيه

(١) تهذيب الاحكام ٤٦٣/٥ ، ح ٢٦٢ .

(٢) سورة المائدة : ٢ .

ماساقه ، وهو الاشبه .

اقول : الاول ذهب اليه علي بن بابويه رحمه الله ، قال : واذا قرن الرجل بين الحج والعمرة وأحصر ، بعث هدياً مع هديه ، ولا يحل حتى يبلغ الهدى محله . قال المتأخر : والمراد بالقران هنا أن يأتي بهما منفردين في عام واحد ، أعني : الحج والعمرة ، ويقرن باحرام أحدهما هدياً يشعره أو يقلده ، فيخرج عن ملكه بذلك ، وان لم يكن واجباً عليه بالاصالة .

قال : وأما قوله « بعث هدياً مع هديه » فالمراد به أن الهدى المسوق لا يكفي عن هدي التحلل ، وكأنه نظر الى سبق وجوبه على الاحصار . واذا كان وجوبه سابقاً على الاحصار ، وجب بعث هدي آخر للتحلل . أما أولاً ، فلاصالة عدم التداخل .

وأما ثانياً ، فلاستحالة اجتماع العلل المستقلة على المعلول الواحد بالشخص اذ لانزاع بيننا أن الاحصار موجب للهدى عند ارادة التحلل .

وأما ثالثاً ، فلقوله تعالى « فان أحصرتم فما استيسر من الهدى »^(١).

قال : وماقاله قوي معتمد ، غير أن باقي أصحابنا رضوان الله عليهم احتجوا بالاصل الدال على البراءة .

وبما رواه زرارة بن أعين عن الباقر عليه السلام قال : اذا أحصر الرجل بعث بهديه فان أفاق ووجد من نفسه خفة ، فليمض ان ظن أن يدرك هديه قبل أن ينحر ، فان قدم مكة قبل أن ينحر هديه ، فليقم على احرامه حتى يقضي المناسك وينحر هديه ولا شيء عليه ، وان قدم مكة وقد نحر هديه ، كان عليه الحج من قابل والعمرة ، قلت : فان مات قبل أن ينتهي الى مكة ، قال : ان كان حجة الاسلام يحج عنه ويعتمر

فانما هو شيء عليه^(١).

والتدخل يصار اليه للدليل وقد بيناه ، ونمنع كون الاحصار موجبا للهدى على الاطلاق ، بل انما هو يوجب اذا لم يكن قد ساق المحصر هدياً ، وهو الجواب عن الآية .

واعلم أن التحقيق هنا أن نقول : الهدى المسوق اما أن يكون واجباً بالندى وشبهه أو لا ، فان كان واجباً افتقر الى هدى التحلل ، لان الهدى حق وجب بالاحرام ولادليل على سقوطه ، فيجب الوفاء به . وان كان مندوباً جاز له التحلل به اذا نوى عند الذبح ذلك . ولو ذبحه مندوباً ، افتقر الى آخر للتحلل . هذا في المحصر . وأما المصدود ، فان أوجبنا عليه هدياً للتحلل - وهو المشهور بين الاصحاب - كان حكمه حكم المحصر ، وان لم يوجب عليه هدياً له ، كما هو مذهب المتأخر عملاً باصالة براءة الذمة ، تمسكاً بقوله تعالى « فان أحصرتم فما استيسر من الهدى »^(٢) دل بمفهومه على عدم وجوب الهدى على غير المحصر .

والتخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور ، كما بين في أماكنه ، لم يجب عليه شيء سوى المسوق ، ان كان واجباً بأحد الاسباب الموجبة له . اذا عرفت هذا ، فهنا بحثان :

الاول : ظاهر كلام المتأخر يقتضي أن هدى القران يخرج عن ملك سائقه بمجرد التقليد أو الاشعار . والمشهور خلاف ذلك ، وأنه لا يخرج عن ملكه الا بسوقه الى المنحر ، أو يعينه بالندى وشبهه .

لنا - اصالة بقاء الملك على مالكة ، ترك العمل به في هذه الصور للاجماع فيبقى معمولاً به فيما عداه .

(١) تهذيب الاحكام ٤٢٢/٥ - ٤٢٣ ، ١١٢ ح .

(٢) سورة البقرة : ١٩٦ .

الثاني : ذهب جماعة من علماء التفسير الى أن المراد بالاحصار المذكور في الآية المنع مطلقاً ، سواء كان من عدو ، أو مرض ، أو حصول خسوف أو هلاك بوجه من الوجوه ، فعلى هذا يسقط احتجاج المتأخر بالكلية . وهذا القول مروي عن ابن عباس .

قال الشيخ في التبيان : وهو المروي في أخبارنا^(١).

فيكون حينئذ بين الصد والحصر عموم مطلق ، اذ كل مصدود محصور ، ولا ينعكس كلياً ، لصدق المحصور على الممنوع بالمرض من غير صدق المصدود عليه . قال رحمه الله : ولا بدل لهدي التحلل ، فلو عجز عنه وعن ثمنه بقي على احرامه ، ولو تحلل لم يحل .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط^(٢) ، وعندي فيها اشكال ، ينشأ : من قوله **عَلَيْهِ** «الاستغفار كفارة العاجز» وهذا عاجز ، ولان في البقاء على الاحرام ضرراً وحرجاً وعسراً ، فيكون منقياً بالايات الدالة عليه .

لا يقال : العام يخص للدليل ، والتوصل^(٣) موجود هنا ، وهو قوله تعالى «ولا تحلقوا رؤوسكم حتى تبلغ الهدي محله»^(٤).

لانا نقول : لادلالة في الآية على أنه لا بدل لهدي التحلل ، بل انما يدل على وجوب تأخر الحلق الى حين بلوغ الهدي محله ، وذلك انما يتحقق في حق من أنفذ الهدي فقط دون غيره فاعرفه .

قال رحمه الله : ولو لم يندفع العدو الا بالقتال - الى آخره .

(١) التبيان ١٥٥/٢ .

(٢) المبسوط ٣٣٢/١ .

(٣) كذا .

(٤) سورة البقرة : ١٩٦ .

أقول : قد مر البحث في هذه المسألة أيضاً ، فلاوجه لاعادته .
 قال رحمه الله : والمعتبر اذا تحلل يقضي عمرته ، الى آخره .
 اقول : هذا الخلاف مبني على مقدار ما يكون بين العمرتين ، وسيأتي تحقيقه
 انشاء الله .

قال رحمه الله : والقارن اذا أحصر فتحلل لم يحج في القابل الاقارناً ، وقيل :
 يأتي بما كان واجباً عليه . وان كان ندباً حج بما شاء من أنواعه ، وان كان الاتيان
 بما خرج منه أفضل .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، مصيراً الى رواية محمد
 ابن مسلم عن الباقر عليه السلام ورفاعة عن الصادق عليه السلام أنهما قالا : القارن يحصر وقد
 قال واشترط فحلني من حيث حبستني ، قال : بيعت بهديه ، قلت : هل يتمتع من
 قابل ؟ قال : لا ولكن يدخل بمثل ماخرج منه^(١).

وقال المتأخر : يحرم بما شاء في المستقبل ، عملاً بأصالة براءة الذمة من
 وجوب البعث ، والحق ما ذكره المصنف .

لنا - أنه مع وجوب أحد الانواع ، يكون مكلفاً بما هو الواجب عليه ، فلا
 يجزيه غيره ، واذا لم يجزيه غيره وجب عليه الاتيان به .

قال رحمه الله : الصيد هو الحيوان الممتنع ، وقيل : يشترط أن يكون حلالاً .
 اقول : معناه حلالاً أكله .

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) يدل على اعتبار ذلك ، وليس
 بجيد ، فان الثعلب والارنب والضب صيود وليست مأكولاً . والمراد بالمتنع
 الممتنع بالاصالة .

(١) تهذيب الاحكام ٤٢٣/٥ ، ح ١١٤٠ .

(٢) المبسوط ٣٣٨/١ .

قال رحمه الله : ولا كفارة في قتل السباع ، ماشية كانت أو طائرة ، الا الاسد فان على قاتله كبشاً اذا لم يرده ، على رواية فيها ضعف .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية^(١) وتبعه ابن حمزة ، وهو اختيار علي بن بابويه ، وجعلها في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) رواية ، والاقوى أنه لاشيء فيه ، وهو اختيار ابن ادريس ، عملاً بأصالة البراءة ، ولأن ضرره أعظم من ضرر العقرب والحية وشبههما وقد جاز قتلها ، فيجوز قتله بطريق الاولى .

احتج الشيخ رحمه الله برواية أبي سعيد المكاربي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قتل أسداً في الحرم ، فقال : عليه كبش يذبحه . قال رحمه الله في التهذيب : تحمّل هذه على أنه قتله ولم يرده ، ومتى كان الامر على ذلك لزمته الكفارة^(٤) محتجاً على هذا التأويل بروايات مروية عن الصادق عليه السلام دالة على جواز قتل السباع مع الارادة .

واعلم أن هذه الرواية ضعيفة ، فان في طريقها أبا سعيد ، وهو فاسد العقيدة ، ومع هذا فتحمل على الاستحباب .

قال رحمه الله : وكذا لا كفارة فيما تولد بين وحشي وانسي ، أو بين ما يحل للمحرم وما يحرم ، ولو قبل : يراعى الاسم ، كان حسناً .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط^(٥) ، عملاً بأصالة براءة الذمة ، والحق ما قاله المصنف ، وهو مراعاة الاسم ، فان صدق عليه اسم شيء من الصيد المنصوص على تحريم صيدها حرم عملاً بالنص ، والا فلا .

(١) النهاية ص ٢٢٩ .

(٢) المبسوط ٣٣٨/١ .

(٣) الخلاف ٤٨٨/١ مسألة ٢٩٩ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٦٦/٥ .

(٥) المبسوط ٣٣٨/١ .

قال رحمه الله: ولا بأس بقتل البرغوث ، وفي الزنبور تردد ، والوجه المنع ، ولا كفارة في قتله خطأ ، وفي قتله عمداً صدقة ولو بكف من طعام .
 اقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، ولان العلة المبيحة للقتل ، وهي خوف الضرر موجودة فيه ، فيثبت الحكم ، عملاً بالمقتضي .

والالتفات الى رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام عن محرم قتل زنبوراً فقال : ان كان خطأ فلا شيء عليه ، قلت : بل عمداً ، قال : يطعم شيئاً من الطعام^(٢) والمصنف رحمه الله عول على هذه .

فرع :

لو قتل عضاية كان عليه كف من طعام ، قاله في التهذيب ، عملاً برواية مروية عن الصادق عليه السلام^(٣) .

قال رحمه الله : ويجوز شراء القماري والدباسي ، واخراجها من مكة على رواية ، ولا يجوز قتلها ولا أكلها .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية^(٤) والمبسوط^(٥) ، وأفتى فيها بالجواز على كراهية ، ومنع ابن إدريس ، ولعله أقرب .

لنا - العمومات الدالة على تحريم اخراج الصيد من الحرم وهذا صيد ، ويؤيده رواية عيص بن القاسم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء القماري يخرج

(١) المبسوط ٣٣٩/١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٦٥/٥ ، ح ١٨٤٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤٤/٥ - ٣٤٥ .

(٤) النهاية ص ٢٢٤ .

(٥) المبسوط ٣٤١/١ .

من مكة والمدينة ، فقال : ما أحب أن يخرج منهما شيء^(١) .
احتج الشيخ رحمه الله بالأصل الدال على الجواز ، والأصل يخالف للدليل ،
وقد بيناه .

قال رحمه الله : في قتل النعامة بدنة ، ومع العجز تقوم البدنة ويفض ثمنها
على البر ويتصدق به لكل مسكين مدان ، ولا يلزم ما زاد على ستين ، وإن عجز صام
عن كل مدين يوماً ، وإن عجز صام ثمانية عشر يوماً .
أقول : هنا مباحث :

الاول : هل هذه الكفارة مرتبة أو مخيرة ، سيأتي فيما بعد .
الثاني : هل يجب تقويم البدنة ويفض ثمنها على الحنطة أم لا ؟ ظاهر كلام
الشيخ في المبسوط^(٢) نعم ، وتبعه ابن البراج وابن ادريس .
وقال أبو الصلاح : فإن لم يجد البدنة بقيمتها ، فإن لم يجد فض القيمة على
البر ، وصام عن كل نصف صاع يوماً .
وقال ابن بابويه وابن أبي عقيل والشيخ المفيد والسيد المرتضى وسائر :
فإن لم يجد البدنة فاطعام ستين .
والشيخ رحمه الله عول على رواية أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام^(٣) . وفي معناها
رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٤) .
واحتج الآخرون بروايات مطلقة دالة على وجوب اطعام ستين مسكيناً عند
فقد البدنة ، والمطلق يحمل على المفيد .

(١) تهذيب الاحكام ٣٤٩/٥ ، ح ١٢٥ .

(٢) المبسوط ٣٤٠/١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤١/٥ ، ح ٩٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٤٢/٥ ، ح ٩٧ .

الثالث : أوجب الشيخ رحمه الله لكل مسكين مدين ، عملاً برواية أبي عبيدة وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، وأوجب ابن أبي عقيل وعلي بن بابويه لكل مسكين مداً ، عملاً بأصالة براءة الذمة من وجوب الزائد ، واستناداً الى رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام^(١). وأطلق المفيد والسيد المرتضى الامر باطعام الستين .

الرابع : لو نقصت القيمة عن اطعام الستين ، قال الشيخ : لم يلزمه أكثر من القيمة ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، ولم يذكر ذلك باقي الاصحاب والشيخ عول على رواية جميل عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام^(٢).

الخامس : لو عجز عن قيمة البدنة ، قال الشيخ : صام عن كل نصف صاع يوماً ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، وهو فتوى شيخنا المفيد وعلم الهدى وسلار .

وأوجب ابن أبي عقيل وابن بابويه صوم ثمانية عشر يوماً ، عملاً بأصالة البراءة وبرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام^(٣).

والاصالة تخالف لقيام الدلالة ، والروايات من طرفنا أكثر ، فتكون أرجح مع احتمال وقوع السؤال عما لا يقدر على صوم الستين ، ولان ايجاب الزائد عسر ، والاعسار فيه ينفي الزائد ولا اثباته .

والشيخ رحمه الله وأتباعه جعلوها مرتبة رابعة ، وجعل المفيد قدس الله روحه والسيد المرتضى كرم الله محله وسلار هذه الكفارة - أعني : صوم الشهرين والثمانية عشر - متتابعة في الصوم ، والشيخ رحمه الله نص على أن التتابع يجب في صوم

(١) تهذيب الاحكام ٥/٣٤٣ ، ح ١٠٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣٤٢ ، ح ٩٨ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣٤٢ ، ح ٩٩ .

الجزاء .

فروع :

لو عجز عن صوم الثمانية عشر أصلاً ، استغفر الله ولا شيء عليه .
 الثاني: لو عجز عن صوم الشهرين وقدر على صوم أكثر من ثمانية عشر ، احتمل وجوب المقدور ، لان إيجاب الجميع يستلزم إيجاب كل فرد من أفرادها ، وانما سقط البعض للعجز عنه ، وهو منتف هنا .

ويحتمل وجوب الثمانية عشر فحسب ، عملاً بأصالة البراءة ، وتمسكاً بظاهر الرواية . وكذا لو عجز عن صوم الثمانية عشر وقدر على صوم بعضها .

الثالث : لو صام شهراً ، ثم تجدد العجز ، احتمل وجوب تسعة ، لان إيجاب الثمانية عشر عند العجز عن الشهرين يقتضي تقسيطها عليها . ويحتمل أن لا شيء .
 الرابع : لو قدر على صوم الشهرين متفرقة ، وجب على قولنا . وأما على قول من يوجب التتابع ، فاشكال بنشأ : من صدق العجز ، فينتقل الى صوم ثمانية عشر ، ومن أن وجوب الشهرين متتابعاً قد تضمن الستين ، وسقوط أحدهما - وهو التتابع - للعجز عنه ، لا يستلزم سقوط الآخر لوجود شرطه .

قال رحمه الله: وفي فرخ النعمان روايتان ، احدهما مثل ما في النعمان ، والآخرى من صغار الابل .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) ، تمسكاً بالاحتياط والرواية^(٣) ، وجعل القول الآخر رواية^(٤) .

(١) النهاية ص ٢٢٥ .

(٢) المبسوط ٣٤٢/١ .

(٣ - ٤) تهذيب الاحكام ٣٥٥/٥ - ٣٥٦ .

والقول الثاني اختاره الشيخ المفيد قدس الله روحه ، والشيخ في مسائل الخلاف^(١) وأكثر الاصحاب ، وهو الاقوى .

لنا - قوله تعالى «فجزاء مثل ماقتل من النعم»^(٢) والمماثلة تقتضى المساواة في الذات والصفات ، والاحتياط معارض بالاصل، والرواية بالاية والرواية فيحمل على الاستحباب .

قال رحمه الله : وفي الثعلب والارنب شاة ، وهو المروي . وقيل : فيه ما في الطبي .

أقول : القول الاول ظاهر كلام ابن أبي عقيل وعلي بن بابويه والصدوق ، وعليه دلت رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام^(٣) . وفي معناها رواية أحمد بن محمد ابن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام^(٤) .

والقول الثاني مذهب الشيخين قدس الله روحهما والسيد المرتضى والمتأخر وأوجب ابن الجنيدي في الجميع شاة ، ولم يتعرض للابدال .

ويمكن أن يحتج لهم برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألت عن قوله تعالى «أو عدل ذلك صياماً» قال : عدل الهدي ما بلغ يتصدق به ، فان لم يكن عنده ، فليصم بقدر ما بلغ لكل طعام مسكين يوماً^(٥) .

قال رحمه الله : والابدال في الاقسام الثلاثة على التخيير . وقيل : على الترتيب وهو الاظهر .

(١) الخلاف ١/ ٤٨٨ ، مسألة ٢٩٧ .

(٢) سورة المائدة : ٩٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤٣/٥ ، ح ١٠١ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٤٣/٥ ، ح ١٠٢ .

(٥) تهذيب الاحكام ٣٤٢/٥ ، ح ٩٧ .

أقول : القول الاول ذهب اليه المتأخر ، ونقله عن الشيخ في الجمل^(١) والخلاف^(٢)، تمسكاً بالاية ، فانها دالة على التخيير .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله في النهاية^(٣) والمبسوط^(٤)، والسيد المرتضى وابن أبي عمير ، وابن بابوية في المقنع^(٥) وأبو الصلاح ، وهو خيرة شيخنا المفيد قدس الله روحه ، وبه روايات .

منها رواية أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام قال : اذا أصاب المحرم الصيد ولم يجد مايكفر من موضعه الذي أصاب فيه الصيد ، قوم جزاءه من النعم دراهم ، ثم قومت الدراهم طعاماً لكل مسكين نصف صاع فان لم يقدر على الاطعام صام لكل نصف صاع يوماً^(٦) .

وأجاب المرتضى عن الاية بأنه يجوز العدول عن ظاهر القرآن للدليل ، كما في قوله تعالى «مثنى وثلاث ورباع»^(٧) والاول أولى ، والثاني أحوط .
قال رحمه الله : في كسر بيض النعام اذا تحرك فيه الفرخ لكل بيضة بكرة من الابل لكل واحدة واحد .

أقول : المراد هنا بالبكرة جمع بكر ، وهو الفتي من الابل ، ويستعمل في غيره مجازاً ، ويقال للأنثى : بكرة ويجمع أيضاً على بكار كفرخ وفراخ .
قال أبو عبيدة : البكر من الابل بمنزلة الفتي من الناس ، والبكرة بمنزلة الفتاة

(١) الجمل والعقود ص ٢٢٩ .

(٢) الخلاف ٤٨٢/١ مسألة ٢٦٨ .

(٣) النهاية ص ٢٢٢ .

(٤) المبسوط ٣٣٩/١ .

(٥) المقنع ص ٧٨ .

(٦) تهذيب الاحكام ٣٤١/٥ - ٣٤٢ .

(٧) سورة النساء : ٣ .

والقلوص بمنزلة الجارية ، والبعر بمنزلة الانسان ، والحمل بمنزلة الرجل ، والناقة بمنزلة المرأة ، وتستعمل في الفلة على أبكر .

قال رحمه الله : في كسر بيض القطا والقبج اذا تحرك الفرخ من صفار الغنم وقيل : عن البيض مخاض من الغنم .

اقول : الاول ظاهر كلام ابن البراج وابن حمزة ، وهو المختار .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ وابن ادريس ، والمراد بالمخاض هنا مامن شأنه أن يكون ماخضاً ، أعني : حاملاً .

لنا - مارواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : في كتاب علي عليه السلام في بيض القطاة بكارة من الغنم اذا أصابه المحرم مثل ما في بيض النعام بكارة من الابل^(١) . وقد بينا أن البكارة جمع بكر ، وشرحناه مستوفى ، ولان الصغير من الغنم مماثل لما قيل ، فتكون الآية دالة عليه .

احتج برواية سليمان بن خالد قال : سألت عن رجل وطىء بيض قطاة فشذخه قال : يرسل الفحل في عدد البيض من الغنم ، كما يرسل الفحل في عدد البيض من الابل ، ومن أصاب بيضة فعليه مخاض من الغنم .

قال الشيخ في التهذيب : قوله عليه السلام «ومن أصاب بيضة فعليه مخاض من الغنم» لا يتنافي الاخبار الاولى ، لانه انما يلزمه المخاض عيناً مع التحرك^(٢) . وعنى بالاخبار هذا .

التأويل ضعيف جداً ، اذ من المستبعد أن يكون في القطاة حمل ، وفي بيضها مع تحرك الفرخ مخاض . والاولى اطراح هذه الرواية لوجوه :
أحدها : أن الخبر مرسل ، اذ لم يسنده الى امام .

(١) تهذيب الاحكام ٣٥٥/٥ ، ح ١٤٦٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٥٧/٥ .

وثانيها : أنه ذكر أن في البيضة مخاض ، أو لعله لا يريد بيض القطاة بل بيضة النعام ، لأن الكلام مطلق ، وهذا الوجه ذكره شيخنا نجم الدين في النكت وليس من الصواب .

وثالثها : أنه معارض بالرواية التي تلونها .

قال رحمه الله : وقبل التحرك ارسال فحولة الغنم في اناث منها بعدد البيض فما نتج فهو هدي ، فان عجز كان كمن كسر بيض النعام .
 اقول : هذه العبارة أوردها الشيخ رحمه الله ، اتباعاً لشيخنا المفيد قدس الله روحه .

قال المتأخر رحمه الله : معناه أن النعام اذا كسر بيضة فيعذر الارسال ، وجب في كل بيضة شاة . وكذا بيض القطا مع تعذر الارسال ، فهذا وجه المشابهة بينهما فصار حكمه حكمه . ولا يمتنع ذلك اذا قام عليه دليل .
 وقال ابن حمزة : ان تعذر الارسال تصدق عن كل بيضة قطاة بدرهم . والحق وجوب قيمة البيض مع تعذر الارسال .

لنا - وقوع الاجماع على أن كسر البيض موجب للكفارة ، والتقدير تحكم فوجب القول بالقيمة .

واعلم أن الذي ورد في هذا الباب من الاحاديث قاصرة عن افادة المطلوب فلا يصح التمسك بها .

قال رحمه الله : الحمام اسم لكل طائر يهدر ويعب الماء ، وقيل : كل مطوق .
 اقول : قال صاحب الصحاح : الحمام عند العرب ذوات الاطواق ، من نحو الفواخت والقماري وساق حر والقطا والوراشين وأشباه ذلك ، يقع على الذكر والانثى ، لان الهاء انما دخلته على أنه واحد من جنس ، لالتانيث . وعند العامة

أنها الدواجن فقط^(١).

وأما التفسير الاول، فقد ذكره الشيخ في المبسوط، قال: والعب شرب الماء دفعة واحدة من غير أن يقطعه، والهدر تواصل الصوت^(٢).

قال رحمه الله: وفي قتل الجرادة، ثمرة، والاطهر كف من طعام.

اقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(٣)، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وأكثر الاصحاب، وخير في المبسوط^(٤) بينها وبين كف من طعام، وأوجب علم المهدي كف الطعام فقط، اتباعاً لشيخه المفيد قدس الله روحه، وتبعهما سلاسل وهو اختيار ابن أبي عقيل.

واعلم أن الاحاديث الواردة بالتقديرين معاً، وانما كان الاظهر كفاً من طعام، لانه أعود للفقراء، والاقرّب عندي التخيير.

قال رحمه الله: كل ما لا تقدير لفديته ففي قتله قيمته. وكذا القول في البيوض. وقبل: في البطلة والاوزة والكركي شاة، وهو تحكم.

اقول: هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط^(٥)، عملاً بالاحتياط، اذ هو الغالب في القيمة، فنع اعتماداً تحصل البراءة قطعاً، قال رحمه الله: ولوقلنا فيه القيمة اذ لانص فيه كان جائزاً. وأوجبها ابن حمزة في البطلة والاوزة، وجعلها في الكركي رواية.

وأوجب ابن بابويه الشاة في كل طير خلا النعامة عملاً برواية ابن سنان عن

(١) صحاح اللغة ١٩٠٦/٥ .

(٢) المبسوط ٣٤٦/١ .

(٣) النهاية ص ٢٢٨ .

(٤) المبسوط ٣٤٨/١ .

(٥) المبسوط ٣٤٦/١ .

الصادق عليه السلام أنه قال في محرم ذبح طيراً : ان عليه دم شاة يهريقه^(١).
والاقوى عندي العمل بالرواية ، وقول المصنف وهو تحكم ليس بجيد ،
لوجود النص الدال عليه .

قال رحمه الله: لو قتل صيداً معيماً فدياه بصحيح ، ولو فداه بمثله جاز .
اقول : ظاهر كلام أبي علي وجوب الافتداء بالصحيح ، وليس بجيد .
لنا - الآية . أحتج بأنه أحوط ، وهو معارض بالاية والاصالة .
قال رحمه الله : قتل الصيد موجب لفديته ، فان أكله لزمه فداء آخر . وقيل
يفدي ويضمن قيمة ما أكل ، وهو الوجه .

اقول : القول الاول ذكره الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) ، عملاً برواية
علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام^(٤) . وفي معناها رواية عن الصادق عليه السلام^(٥) .
والقول الثاني ذهب اليه الشيخ في الخلاف^(٦) ، ونقله المتأخر عن بعض
الاصحاب ، وهو الوجه عند المصنف ، عملاً بأصالة البراءة . وتحمل الروايتان^(٧)
على الاستحباب ، جمعاً بين الأدلة أو على بلوغ قيمة المأكول شاة .
قال رحمه الله : ولو جرح الصيد ، ثم رآه سوياً ، ضمن أرشه . وقيل :
ربع القيمة .

(١) تهذيب الاحكام ٣٤٦/٥ ، ح ١١٤٤ .

(٢) النهاية ص ٢٢٦ .

(٣) المبسوط ٣٤٤/١ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٥١/٥ ، ح ١٣٤٤ .

(٥) تهذيب الاحكام ٣٥٢/٥ ، ح ١٣٨٨ .

(٦) الخلاف ٤٨٤/١ ، مسألة ٢٧٤ .

(٧) في هامش «س» عن نسخة : الروايات .

أقول : القول الاول ظاهر كلام الشيخ قدس الله روحه ، وهو الاول^(١) . ومنعه أبو الصلاح ، وهو اختيار أبي علي ، والثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وتبعه ابن البراج والمتأخر .

واعلم أن الروايات الدالة على ربع الفداء انما وردت في كسر رجل الصيد أو يده بشرط رؤيته سوياً ، فالشيخ رحمه الله سوى بين الكسر والجرح وهو بعيد . **قال** رحمه الله : وروي في كسر قرني الغزال نصف قيمته ، وفي كل واحد ربع القيمة ، وفي عينيه كمال قيمته ، وفي كسر إحدى يديه نصف قيمته . وكذا في كسر إحدى رجليه ، وفي الرواية ضعف .

أقول : هذه الرواية رواها سماعة عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام^(٢) . وسماعة واقفي ، فلذلك كانت الرواية ضعيفة ، والشيخ رحمه الله عمل بها ، والاقرب وجوب الارش ، وهو ظاهر كلام الشيخ المفيد قدس الله روحه وعلي بن بابويه وسلاح .

قال رحمه الله : ولا كذا لو صاده . الهاء راجعة الى المحرم . **قال** رحمه الله : من أغلق على حمام من حمام الحرم و[له] فراخ وبيض ، ضمن بالاغلاق . فان زال السبب وأرسلها سليمة سقط الضمان ، ولزها لكت ضمن الحمامة بشاة ، والفرخ بحمل ، والبيضة بدرهم ان كان محرماً ، وان كان محلاً ، ففي الحمامة درهم ، وفي الفرخ نصف ، وفي البيضة ربع . وقيل : يستقر الضمان بنفس الاغلاق ، لظاهر الرواية ، والاول أشبه .

أقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، وهو الحق . لنا أصل البراءة ، ترك العمل به في صورة التلف ، فيبقى معمولاً به فيما عداه .

(١) في «س» : الاقوى .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٨٧/٥ ، ج ٢٦٧ .

والقول الثاني منقول عن بعض الاصحاب ، وربما كان مستنده ظاهر الروايات فانها وردت مشتملة على ايجاب الجزاء مطلقه غير مقيدة ، وهي محمولة على التلف لاستبعاد ايجاب جزاء الانلاف في الاغلاق مع السلامة .

نعم لو أغلق ولم يعلم حاله بعد الاغلاق ، وجب الفداء كملا ، كما لو رمى الصيد وأصابه ولم يعلم أثر فيه أم لا ، لانه فعل مظنة الانلاف .
فقال رحمه الله : قيل : اذا نفر حمام الحرم ، فان عاد فعليه شاة واحدة ، وان لم يعد فعن كل حمامة شاة .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في التهذيب : هذا القول ذكره علي بن الحسين ابن بابويه رحمه الله في رسالته ، ولم أجد حديثاً مسنداً^(١) .

ولذلك قال المصنف رحمه الله «قيل» لكن أكثر الاصحاب أفتوا به .
وقال أبو علي : من نفر طيور الحرم كان عليه عن كل طير ربع قيمته .
قال شيخنا في مسائل خلافه : والظاهر أن مقصوده مع الرجوع ، اذ مع عدمه يكون كالمتلف ، فيجب عليه لكل واحدة شاة .

فرعان :

الاول : لو عاد بعض حمام الحرم ولم يعد البعض الآخر ، وجب عن العائد شاة واحدة ، وعن غير العائد لكل واحد شاة ، لان الحمام اسم جنس يصدق على البعض الذي في الحرم وعلى الجميع .

الثاني : لو لم يكن في الحرم الاحمامة واحدة ، فنفرها ثم رجعت لم يكن عليه شيء ، والاحوط التصديق بشيء .

ولو لم يعد فاشكال ، ينشأ : من أن الحمام اسم جنس ، فيصدق عليه أنه نفر

(١) تهذيب الاحكام ٣٥٠/٥ ، ح ١٣٠ .

حمام الحرم ، فتجب الشاة .

ومن أن المتبادر الى الذهن عرفاً عند اطلاق هذه اللفظة انما هو ما زاد على الواحدة من^(١) هذا الجنس ، اذ لا يقال قد أكل تمرّاً لمن أكل ثمرة واحدة ، فلا يجب شيء مع تنفر الواحدة . لعدم صدق هذا الاسم عليه ، وهو أولى .
قال رحمه الله : اذا رمى اثنان صيداً - الى آخره .

اقول : قد نازع المتأخر في هذه المسألة ولم يوجب على المخطيء شيئاً إلا أن يدل على الصيد فيقتل ، فيجب الفداء لاجل الدلالة لا للرماية .
وليس بجيد . أما أولاً ، فللدلالة الروابيتين المرويتين عن الباقر والصادق عليهما السلام^(٢) . وأما ثانياً ، فلان اعانة الرامي أعظم من اعانة الدال ، واذا كانت هذه موجبة للفداء كانت تلك موجبة له بطريق الاولى ، وهو قد سلم وجوب الفداء على الدال .

قال رحمه الله : يحرم من الصيد على المحل في الحرم ما يحرم على المحرم في الحل ، فمن قتل صيداً في الحرم كان عليه فداؤه .

أقول : هذه العبارة أوردها الشيخ رحمه الله ، اتباعاً للمفيد ، وتبعهما المصنف . والمراد بالفداء هنا القيمة ، اذ المحل في الحرم انما يجب عليه القيمة فقط وان كان يجري في بعض عبارات الشيخ رحمه الله أن من ذبح صيداً في الحرم وهو محل كان عليه دم لاغير ، وتابعه على هذه العبارة المتأخر ، وأبرز الصلاح سوى بين المحرم في الحل وبين المحل في الحرم ، وجعل عليهما الفداء .

قال رحمه الله : ولو اشترك جماعة في قتله ، فعلى كل واحد فداء ، وفيه تردد .
اقول : المراد بالفداء هنا القيمة كما تقدم .

(١) في «س» : مع .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٥١/٥ - ٣٥٢ .

وأما منشأ التردد ، فالنظر الى اصالة البراءة ، ترك العمل بها في صورة قتل الجماعة المحرمين للصيد ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، فيجب فداء واحد على الجميع .

والالتفات الى مشاركة الجماعة المحليين للمحرمين في العلة ، وهي الاقدام على قتل الصيد المحرم قتله ، فيجب على كل واحد القيمة ، والقولان للشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، لكن الاول أقوى ، وهو الذي قواه الشيخ .

ولو كان بعضهم محرمين والبعض الاخر محليين ، وجب على المحرمين الفداء والقيمة وعلى المحليين في الحرم القيمة : اما قيمة واحدة ، أو على كل واحد قيمة كما بيناه . قال رحمه الله : وهل يحرم الصيد وهو يؤم الحرم ؟ قيل : نعم . وقيل : يكره وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، عملاً بالاحتياط ، واستناداً الى النقل .

والقول الثاني ذهب اليه المتأخرون تبعاً للصدوق ، وهو الحق ، عملاً بالاصل واستناداً الى رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يرمي الصيد وهو يؤم الحرم ، وبصبيه الرمية ويتحامل حتى يدخل الحرم فيموت فيه ، قال : ليس عليه شيء ، انما هو بمنزلة رجل نصب شبكة في الحل فوقع فيها صيد فاضطرب حتى دخل الحرم فمات فيه ، قلت : هذا قياس ، قال : لا انما شبهت لك شيئاً بشيء^(٢) .

والاحتياط معارض بالاصل ، وتحمل الروايات على الاستحباب ، ومع هذا فهي قابلة للتأويل .

(١) المبسوط ١/٣٤٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٦٠/٥ ، ح ١٦٥٥ .

قال رحمه الله : لكن لو أصابه ودخل الحرم فمات ضمنه ، وفيه تردد .

اقول : هذه المسألة مبنية علي المسألة السابقة ، فكل من حرم صيده أما أوجب فيه الفداء ، وكل من سوغه لم يوجب فيه شيئاً .

قال رحمه الله : ويكره الاصطياد بين البريد والحرم على الاشبه ، فلو أصاب صيداً فيه ففقاً عينه أو كسر قرنه كان عليه صدقة استحباباً .

اقول : البريد أربعة فراسخ ، والتحريم ذهب اليه الشيخان قدس الله روحهما عملاً برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : اذا كنت محلاً في الحل ، فقتلت صيداً فيما بينك وبين البريد الى الحرم ، فان عليك جزاؤه ، فان فقأت عينه أو كسرت قرنه تصدقت بصدقة^(١) .

ونحن نمنع هذه الرواية ، لانها مخصصة لعموم الاحاديث الدالة على اباحة الصيد ، ولانتفاء السبب المانع ، وهو الاحرام أو الحرم ، ويمكن حملها على الاستحباب .

قال رحمه الله : وهل يجوز صيد حمام الحرم وهو في الحل للمحل ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو أحوط .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله ، لكن الاول^(٢) أولى . أما أولاً ، فلرواية علي ابن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام في حمام الحرم يصاد في الحل ، قال : لا يصاد حمام الحرم حيث كان اذا علم أنه من حمام الحرم^(٣) .

وأما ثانياً ، فلان للحرم حرمة ليست لغيره ، يناسب تحريم الملتجئ اليه وان خرج عنه .

(١) تهذيب الاحكام ٣٦١/٥ ح ١٦٨ .

(٢) في هامش « س » : الاول الذي في الشرح لا يناسب أول الماتن . وكذا الثاني

لا يناسب الثاني ، فحيث المناسبات تعاكس الاول والثاني .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤٨/٥ ح ١٢٢ .

وأما ثالثاً ، فلانه أحوط ، اذ مع اعتماده تحصل براءة الذمة قطعاً ، بخلاف ما لو لم يعتمد .

والثاني مستنده التمسك بالاصل ، وهو اختيار المتأخر .

قال رحمه الله : ولا يدخل في ملك المحرم شيء من الصيد على الاشبه .
وقيل : يدخل وعليه ارساله ان كان حاضراً معه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : اذا انتقل الصيد اليه بالميراث لا يملكه ، ويكون باقياً على ملك الميت الى أن يحل ، فاذا أحل ملكه ، قال : ويقوى في نفسي أنه اذا كان حاضراً معه ، فانه ينتقل اليه ويزول ملكه عنه ، وان كان في بلده بقي في ملكه^(١).

والحق أنه لا ينتقل اليه شيء ، بل يبقى على ملك الميت الى جين الاحلال .
لنا - قوله تعالى « وحرّم عليكم صيد البر مادمتم حرماً »^(٢) والاستدلال بهذه الآية يتوقف على مقدمتين :

الاولى : أن المراد بالصيد هنا المصيد والاصطياد ، وهو الظاهر من كلام أهل المصبر . وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان : الصيد يعبر به عن الاصطياد ، فيكون مصدرأ ، ويعبر به عن الصيد فيكون اسماً . ويجب أن تحمل الآية على تحريم الجميع^(٣).

الثانية : أن التحريم والتحليل^(٤) المضافين الى الاعيان لا يقتضي الاجمال ، خلافاً للكرمي . بل يفيد بحسب العرف تحريم الفعل المطلوب من تلك الذات ، فيفهم من قوله « حرّم عليكم صيد البر » تحريم جميع أنواع التصرف الممكنة فيه من البيع

(١) المبسوط ٣٤٧/١ .

(٢) سورة المائدة : ٩٦ .

(٣) التبيان ٢٩/٤ .

(٤) في هامش «س» عن نسخة : والتعليك .

والإبتناع والهبة والانتهاب وما أشبه ذلك ، والدليل عليه وجوه :
 الاول : أن السابق الى الفهم من قول القائل «هذا طعام حرام» تحريم أكله
 ومن قولهم «هذه امرأة حرام» تحريم وطأها، وسبق المعنى الى الذهن دليل الحقيقة،
 فيحمل عليه عند الإطلاق .

الثاني: أن النبي ﷺ قال: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم ، فحملوها
 وباعوها^(١) . فدل على أن تحريم الشحم أفاد تحريم جميع أنواع التصرف ، والا
 لم يتوجه الذم على البيع .

الثالث: المفهوم من قولنا «فلان يملك الدار» قدرته على التصرف فيها بالسكنى
 والاسكان والبيع . ومن قولنا « يملك » قدرته على التصرف فيها بالوطىء والبيع
 والاستخدام وما شاكل ذلك واذا جاز أن تختلف فائدة الملك باختلاف المضاف
 اليه ، جاز مثله في التحليل والتحريم .

احتج الكرخي بأن هذه الاعيان غير مقدورة لنا لو كانت معدومة، اذ لاقدرة لنا على
 خلق الذوات، فكيف اذا كانت موجودة؟ لاستحالة تحصيل الحاصل، فاذا لايمكن
 اجراء اللفظ على ظاهره ، فالمراد تحريم فعل من الافعال المتعلقة بتلك الاعيان ،
 وذلك الفعل غير مذكور . وليس اضمار بعض الافعال أولى من البعض الاخر .
 فاما أن يضمم الجميع، وهو باطل، اذ لا حاجة اليه، أولا يضمر شيء، وهو المطلوب.
 والجواب : لانزاع في عدم امكان اضافة التحريم الى الاعيان ، ولكن قوله
 « ليس اضمار البعض أولى من البعض » ممنوع ، فان العرف يقتضي اضافة التحريم
 الى الفعل المطلوب منه .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة ، لكونها من المهمات .

(١) راجع عوالي اللثالي ١/ ١٨١ و ٢٣٣ و ٣٩٦ و ٢/ ١١٠ و ٢٤٣ و ٣٢٨ و ٣/

بقى هنا شيء ، وهو أن المحل في الحرم هل يملك شيئاً من الصيد؟ فنقول :
لما ثبت أن المحل يجب عليه ارسال ما يدخله من الصيد الى الحرم ، فهل يدخل
في ملكه وهو في الحرم شيء من الصيد؟ الوجه أنه يدخل ، اذ لامنافة بين التملك
والارسال .

ويحتمل أن يقال : مع وجوب الارسال لا تظهر للملك فائدة ، فلا يدخل في
ملكه ، وهو ضعيف ، اذ عدم الفائدة لا تمنع من التملك ، كما في العمودين ،
والمحرمات عليه شيئاً ، فانهم يدخلون في ملكه مع عدم الفائدة لا يعتافهن^(١) بنفس
الدخول .

والوجه أن يقال : يدخل في ملكه ان كان الصيد ثابتاً عنه ، ولا يدخل ان كان
حاضراً ، كما في المحرم . وعلى هذا تظهر للتملك فائدة ، اذ لا يجب ارسال الصيد
النائي عنه .

وقال صاحب كشف الرموز : وذهب الشيخ في الشرائع^(٢) الى أنه لا يملك
وهو ضعيف ، وأظنه اعتقد أن الضمير في قوله « يملكه » عائد الى المحل ، فلذلك
جعل المسألة راجعة الى المحل . ومقاله محتمل ، لكن الشيخ رحمه الله في
المبسوط^(٣) لم يذكر سوى المسألة السابقة ، وإياه عنى بقوله « وقيل : يدخل وعليه
ارساله ان كان حاضراً معه » .

قال رحمه الله : وكلما تكرّر الصيد من المحرم نسباً ، وجب عليه ضمانه
ولو تعدد وجبت الكفارة أو لا ، ثم لا تتكرر ، وهو ممن ينتقم الله منه . وقيل :
تكرر . والاول أشبه .

(١) لم تقرأ في النسختين مع علامة الاستفهام على الكلمة في «س» .

(٢) كذا في «م» وهامش «س» عن نسخة ، وفي «س» : البرائع .

(٣) المبسوط ٣٤٣/١ .

اقول : لاخلاف في وجوبها مع تكرار الصيد خطأ ونسياناً . وانما الخلاف في تكررها مع تكرره عمداً ، فذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى تكررها مع تكرره . وبه قال المتأخر ، وهو ظاهر كلام السيد المرتضى وابن الجنيد وأبي الصلاح وعلي بن بابويه .

وقال في النهاية : لا تتكرر الكفارة مع تكرره عمداً ، وهو ممن ينتقم الله منه^(٣) . واختاره الصدوق في من لا يحضره الفقيه^(٤) والمقنع^(٥) ، وتبعهما ابن البراج والاقرب الاول .

لنا - قوله « فمن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم »^(٦) وهو كما يتناول الاول يتناول الثاني والثالث وهلم جرا . ومارواه معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام في المحرم يصيب الصيد قال : عليه الكفارة كلما أصاب^(٧) . وفي معناها رواية الحسين بن سعيد^(٨) .

احتجوا بقوله تعالى « ومن عاد فينتقم الله منه » جعل مجازاة العود الانتقام ، فتسقط الكفارة ، عملاً بأصل البراءة وبرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : المحرم اذا قتل الصيد فعليه جزاؤه ، ويتصدق بالجزاء على مسكين ، فان عاد فقتل صيداً

(١) المبسوط ١ / ٣٤٢ .

(٢) الخلاف ١ / ٤٨٠ مسألة ٢٥٩ .

(٣) النهاية ص ٢٢٦ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ٢ / ٣٦٩ - ٣٧٠ .

(٥) المقنع ص ٧٩ .

(٦) سورة المائدة : ٩٥ .

(٧) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٧٢ ، ح ٢٠٨ .

(٨) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٧٢ ، ح ٢٠٩ .

آخر لم يكن عليه جزاؤه وينتقم الله منه ، والنقمة في الآخرة^(١) .
وفي معناها رواية ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) .
ولاتنافي بين الانتقام ووجوب الجزاء ، اذ لا استبعاد في الجمع بينهما مع
العود عمداً يغطي الذنب ، ومع امكان الجمع كيف يحصل التنافي ، واصالة البراءة
تخالف للدلالة ، والروايتان قابلتان للتأويل .

قال رحمه الله : ولا يدخل الصيد في ملك المحرم باصطياد ولا بابتياح ولا
هبة ولا ميراث . هذا اذا كان عنده ، ولو كان في بلده فيه تردد ، والاشبه أنه يملك .
أقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله ، والتمسك بالاصل الدال
على جواز التملك فيدخل .

والالنفات الى قوله « وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً »^(٣) فلا يدخل ، وهو
أحوط .

قال رحمه الله : وفي الاستمناء بدنة ، وهل يفسد الحج ويجب القضاء ؟
قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية^(٤) والمبسوط : من عبث بذكره حتى أمني
كان حكمه حكم من جامع على السواء ، في اعتبار ذلك قبل الوقوف بالمشعر ،
في أنه يلزمه الحج من قابل ، وان كان بعد ذلك لم يلزمه سوى الكفارة^(٥) .

وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، عملاً برواية اسحاق بن عمار عن أبي الحسن

(١) تهذيب الاحكام ٣٧٢/٥ ، ح ٢١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٧٢/٥ - ٣٧٣ .

(٣) سورة المائدة : ٩٦ .

(٤) النهاية ص ٢٣١ .

(٥) المبسوط ٣٣٧/١ .

عليه السلام قال قلت : ما تقول في محرم عبث بذكره فأمنى ؟ قال: أرى عليه مثل ما على من أتى أهله وهو محرم بدنة والحج من قابل^(١). ولأنه أحوط .

واقصر أبو الصلاح على وجوب البدنة، واختاره المتأخر، ونقله عن الشيخ في الاستبصار^(٢) والخلاف ، ولعله الأقرب .

لنا - اصالة براءة الذمة تنفي وجوب الكفارة وإيجاب القضاء ، ترك العمل بها في صورة الجماع للاجماع ، وفي إيجاب الكفارة في هذه الصورة لرواية عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المحرم يعبث بأهله وهو محرم حتى يعنى من غير جماع ، أو يفعل ذلك في شهر رمضان ، ماذا عليهما ؟ فقال: عليهما الكفارة مثل ما على الذي يجامع^(٣). والرواية محمولة على الاستحباب. قال رحمه الله : وإذا طاف المحرم من طواف النساء خمسة أشواط ثم واقع ، لم يلزمه الكفارة وبني على طوافه . وقيل: يكفي في ذلك مجاوزة النصف والاول مروي .

اقول : هذا القول ذكره الشيخ رحمه الله، عملاً باصالة البراءة ، ولأنه مع تجاوز النصف يكون قد أتى بالاكتر ، فيكون حكمه حكم من أتى بالجميع . وقال المتأخر : أما اعتبار مجاوزة النصف في صحة الطواف والبناء عليه ، فصحيح . وأما سقوط الكفارة ، ففيه نظر ، إذ الاجماع حاصل على أن من جامع قبل طواف النساء وجبت عليه الكفارة، وهذا جامع قبل طواف النساء، والاحتياط يقتضي إيجاب الكفارة .

(١) تهذيب الاحكام ٣٢٤/٥ ، ج ٢٦ .

(٢) الاستبصار ١٩١/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٢٤/٥ ، ج ٢٧ .

واعلم أن الرواية المروية عن الباقر عليه السلام^(١) التي هي هذا الحكم ، يدل على اعتبار الخمسة دون ماعداها .

لا يقال : رواية أبي بصير^(٢) يدل على ذلك .

لانا نقول : تلك مطلقة وهذه مقيدة ، والمطلق يحمل على المقيد ، لكن تقييد الافساد بالثلاثة يقتضي عدمه بدونها ، والا لم يكن للتخصيص فائدة .

قال رحمه الله : واذا عقد المحرم لمحرم على امرأة ودخل [بها] المحرم فعلى كل منهما كفارة . وكذا لو كان العاقد محلاً على رواية سماعة .

اقول : هذه الرواية رواها سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال : لا ينبغي للرجل الحلال أن يزوج محرماً وهو يعلم أنه لا يحل له ، قلت : فان فعل فدخل بها المحرم ، قال : ان كانا عالمين كان على كل واحد منهما بدنة ، وعلى المرأة ان كانت محرمة بدنة ، وان لم تكن محرمة ، فلا شيء عليها ، الا أن تكون قد علمت أن الذي تزوجها محرم ، فان كانت قد علمت ثم تزوجته فعليها بدنة^(٣).

والاقرب سقوط الكفارة عن العاقد المحل ، عملاً باصالة البراءة ، واستضعافاً للرواية ، اذ في طريقها سماعة وهو واقفي . نعم يكون مأثوماً ، لمساعدته المحرم على ما لا يسوغ . وكذا لا شيء على المرأة اذا كانت محلة ، سواء كانت عالمة باحرامه أو جاهلة .

قال رحمه الله : ومن جامع في احرام العمرة قبل السعي فسدت عمرته وعليه بدنه وقضاؤها .

أقول : العمرة اما مفردة أو متمتع بها الى الحج ، والمراد هنا الاولى . أما

(١) تهذيب الاحكام ٣٢٣/٥ ، ح ٢٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٢٥/٥ ، ح ٢٨ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٣١/٥ ، ح ٥١ .

المتنع بها ، فالأقوى أن حكمها حكم المفردة ، لتساوبها في أكثر الاحكام .
ويحتمل بطلان العمرة والحج معاً . لقوله عَلَيْهِ « دخلت العمرة في الحج
هكذا »^(١) وشبك بين أصابعه ، فحينئذ يجب اكمال العمرة والايان بالحج عقبيها
وقضاؤهما في القابل ، وهو ظاهر كلام أبي الصلاح .
وينبغي أن يزداد في المتن : ووجب اكمالها .

قال رحمه الله : حلق الشعر وفيه شاة ، أو اطعام عشرة مساكين لكل مسكين
مد . وقيل : ستة لكل مسكين مدان .

أقول : الأخير هو الأقوى ، لانه أحوط ، ولدلالة الروايتين المرويتين عن
الصادق عَلَيْهِ^(٢) ، والرواية الاخرى المروية عنه عَلَيْهِ^(٣) محمولة على ذلك ، اذ
الغالب أن الأقل لا يشبع الا نادراً .

قال رحمه الله : في قلع شجر الحرم . وفي الكبيرة بقرة وان كان محلاً ،
وفي الصغيرة شاة ، وفي أبعاضها قيمة ، وعندني في الجميع تردد .
أقول : منشؤه : النظر الى اصالة البراءة ، فينتفي وجوب الكفارة . نعم
يكون مأثوماً ، لانه فعل فعلاً منهياً عنه .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤) .
وقال في النهاية^(٥) والتهذيب : في قلع الشجرة بقرة وأطلق عملاً برواية موسى
ابن القاسم قال : وروى أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام أنه قال : اذا كان في دار

(١) سنن ابن ماجة ٢ / ١٠٢٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٣٣ ، ح ٦٠ و ٦١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٣٤ ، ح ٦٢ .

(٤) المبسوط ١ / ٣٥٤ .

(٥) النهاية ص ٢٣٤ .

الرجل شجرة من شجر الحرم لم ينزع ، فان أراد نزعها نزعها وكفر بذبح بقرة يتصدق بلحمها على المساكين^(١). وهذه مرسلة ، فلا يصح التمسك بها .

والاقوى وجوب القيمة ، وهو اختيار أبي علي ابن الجنيد ، وشيخنا دام ظله في المختلف^(٢) ، وعليه دلت رواية سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣).

قال رحمه الله : ولو قلع شجرة منه أعادها ، ولو جفت قبل : يلزمه ضمانها . أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : من قلع شجرة من شجر الحرم وغرسها في غيره ، فعليه أن يردها الى مكانها ، فاذا فعل ، فان عادت الى ما كانت أولا فلا شيء عليه ، وان جفت لزمه ضمانها^(٤).

واعلم أن هذا الفرع مبني على المسألة الاولى ، فان أوجبنا الكفارة بالقلع وجبت هنا ، لانها كالمقلوعة ، مع احتمال ما قاله الشيخ ، ويحتمل الارش ضعيفاً . قال رحمه الله : ومن استعمل دهنأ طيباً في احرامه ، ولو في حال الضرورة كان عليه شاة على قول . وكذا قيل في من قلع ضرسه ، وفي الجميع تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اصاله براءة الذمة .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله في النهاية^(٥) والخلاف^(٦) ، واختاره المتأخر . وقال في الجمل : انه مكروه^(٧) . وهو أقوى .

(١) تهذيب الاحكام ٣٨١/٥ ، ح ٢٤٤٤ .

(٢) المختلف ص ١١٦ - ١١٧ من كتاب الحج .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٧٩/٥ - ٣٨٠ .

(٤) المبسوط ٣٥٤/١ .

(٥) النهاية ص ٢٣٥ .

(٦) الخلاف ٤٣٨/١ .

(٧) الجمل والعقود ص ٢٢٩ .

وأما الكفارة في قلع الضرس ، فشيء انفرد به الشيخ في النهاية^(١)، مصيراً الى رواية محمد بن عيسى عن عدة من أصحابنا ، عن رجل من أهل خراسان أن مسألة وقعت في الموسم لم يكن عند مواليه فيها شيء ، محرم قلع ضرسه ، فكتب عنه : يهرق دماً^(٢).

وهي مجهولة السائل والمسؤول، ومشملة على المكاتبه أيضاً، فلا اعتماد عليها. قال رحمه الله : تسقط الكفارة عن الجاهل والناسي والمجنون الا في الصيد فان الكفارة تلزم وان كان سهواً .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب . وقال ابن أبي عقيل : قد قيل في الصيد ان من قتله ناسياً فلا شيء . قال رحمه الله : ويكره أن يأتي بعمرتين بينهما أقل من عشرة أيام . وقيل : يحرم . والاول أشبه .

أقول : للاصحاب في هذه أقوال أربعة :

الاول : قال في النهاية : لا يصح الاتباع بين العمرتين الا بعد مضي شهر يتحللها^(٣).

الثاني : قال في الجمل : أقل ما يكون بين العمرتين عشرة أيام^(٤). مصيراً الى رواية يونس عن علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام قال : ولكل شهر عمرة فال قلت : كم يكون أقل ؟ قال : يكون لكل عشرة أيام عمرة^(٥). ذكرها الشيخ في كتابي الاخبار .

(١) النهاية ص ٢٣٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٨٥/٥ ، ح ٢٥٧ .

(٣) النهاية ص ٢٨٠ .

(٤) الجمل والمقود ص ٢٣٩ .

(٥) تهذيب الاحكام ٤٣٥/٥ ، ح ١٥٤ .

الثالث : قال ابن أبي عقيل : أقل ما يكون سنة ، تمسكاً برواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : لا يكون في السنة عمرتان^(١) . وحملها الشيخ على العمرة المتمتع بها ، وهو حسن .

الرابع : عدم التقدير ، بل يصح أن يأتي كل يوم بعمره مع الامكان ، وهو اختيار علم الهدى قدس الله روحه والمتأخر .

لنا - أن العمرة عبادة مشروعة ، وذكر مطلوب للشارع ، والتقدير منفي بالاصل ، والروايتان لاتدلان على تحريم التابع ، فوجب القول بجوازها بالتوالي ولان عمومات القرآن دالة على ذلك .

فصل

(فى اىضاح الترددات المذكورة فى كتاب الجهاد)

قال رحمه الله : ولو كان عليه دين وهو معسر قبل : له منعه ، وهو بعيد .
اقول : هذا القول ذكره الشيخ رحمه الله فى المبسوط^(١) ، وليس بجيد .
لنا - أنه معسر ، فتسقط سلطنة المدين عنه حتى اليسار ، عملا بالاية . وما
ذكره الشيخ بناء على أن المدين المعسر يجوز لصاحب الدين مؤاجرته . وسيأتي
تحقيقه فيما بعد انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : لو تجدد العذر بعد التحام الحرب ، لم يسقط فرضه على
تردد ، الا مع العجز عن القيام به .

اقول : منشأ التردد : النظر الى حصول العذر المسقط للجهاد عنه^(٢) .
والالتفات الى عموم قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا»^(٣)

(١) المبسوط ٦/٢ .

(٢) فى هامش «س» : ويعضده قوله تعالى « ليس على الضعفاء ولا على المرضى
ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » وهو عام فى حال الحرب وغيره .

(٣) سورة الانفال : ٤٥ .

وقوله تعالى «إذا لقيتم الذين كفروا زحفوا زحفاً فلاتولولهم الادبار»^(١) فيجب عليه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط . أما لو حصل العذر الذي يعجز معه عن القيام بالجهاد كالمرض والعمى ، سقط الجهاد عنه اجماعاً .

فروع :

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : لو جدد العذر بعد الخروج وقبل الالتحام فان كان ذلك العذر من الغير ، مثل أن رجع صاحب الدين عن الاذن بعده ، أو يسلم أبواه ويمنعاه عن الجهاد ، فعليه الرجوع . وان كان العذر من قبل نفسه كالعرج والمرض ، فهو بالخيار ان شاء فعل وان شاء رجع^(٢) .

ولو قيل انما يسوغ له الجهاد مع ظن السلامة وعدم الضرر به كان حسناً . قال رحمه الله : ومن عجز عن الجهاد بنفسه وكان موسراً ، وجب اقامته غيره ، وقيل : يستحب . وهو أشبه .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ في النهاية^(٣) ، وأتبعه المتأخر . والحق الثاني .

لنا - أصالة براءة الذمة ، ولان الجهاد من جملة العبادات البدنية .
احتجوا بأنه أحوط ، وبعموم الايات الدالة على الامر بفعل الخيرات .
والاحتياط معارض بالاصل ، والايات مخصوصة بالقادر ، لانتفاء شرط التكليف في حق العاجز .

قال رحمه الله : والهجرة باقية مادام الكفر .

(١) سورة الانفال : ١٥ .

(٢) المبسوط ٦ / ٢ .

(٣) النهاية ص ٢٨٩ .

أقول : هذا مذهب جميع علمائنا رضوان الله عليهم أجمعين .

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : فأما ما روي من قولهم «لَا هَجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ» فمعناه : لا هجرة بعد الفتح فضلها كفضل الهجرة قبله . وقيل : لا هجرة بعد الفتح من مكة ، لأنها صارت دار الاسلام^(١).

قال رحمه الله : ولو نذر المراقبة ، وجبت مع وجود الامام وفقده .

أقول : لاختلاف في وجوب الوفاء بهذا النذر ، اذ هو من جملة الطاعات وان كانت المراقبة في زمان ظهور الامام أكثر ، فضلاً منها في زمان استتاره ، ولكن اذا أتى بها في وقت استتاره ، نوى بها الدفع عن بيضة الاسلام وعن حوزته وعن ماله ، دون الجهاد الشرعي .

قال رحمه الله : وكذا لو نذر أن يصرف شيئاً في المراقبين على الاصح .

وقيل : يحرم ويصرفه في وجوه البر ، الامع خوف الشنعة ، والاول أشبه .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) والنهاية^(٣) : من نذر أن يصرف

شيئاً في المراقبين وكان حال ظهور الامام ، وجب الوفاء به . وان كان في حال انقباض يده واستتاره ، صرف في وجوه البر ، الا أن يكون قد نذره ظاهراً ، أو يخاف الشنعة من الاخلال به عليه ، فيصرفه اليهم حينئذ هبة .

والحق وجوب الوفاء من غير تفصيل ، وهو اختيار المتأخر .

لنا - أنه نذر في طاعة ، فوجب الوفاء به . أما الصغرى ، فلان المراقبة

مستحبة مطلقاً اتفاقاً منا . واذا كانت مع ظهور الامام أكثر استحباباً ، فتكون المعاونة

(١) المبسوط ٤/٢ .

(٢) المبسوط ٨/١ - ٩ .

(٣) النهاية ص ٢٩١ .

عليها مستحبة ، اذ هي من جملة البر ، وقد قال الله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »^(١) وأما الثانية ، فاجماعية .

احتج الشيخ قدس الله روحه برواية علي بن مهزيار قال: كتب رجل من بني هاشم الى أبي جعفر الباقر عليه السلام^(٢) اني كنت نذرت نذراً منذ سنتين أن أخرج الى ساحل البحر الى ناحيتنا مما يربط فيه المنطوعة نحو مرابطتهم بجدة وغيرها من سواحل البحر فارابط ، أفترى حينئذ أن يلزمني الوفاء به أو لا يلزمني ؟ أو أفترى الخروج الى ذلك الموضع بشيء من أبواب البر لاصير اليه انشاء الله تعالى . فكتب اليه بخطه وقرأته: ان كان سمع نذرك منك أحد من المخالفين ، فالوفاء به ان كنت تخاف الشنعة ، والا فاصرف مانويت في وجوه البر^(٣).

والرواية مشتملة على المكاتبه ، مع أنها منافية للاصول ، فلا اعتماد عليها . قال رحمه الله : ولو آجر نفسه ، وجب عليه القيام بها ، ولو كان الامام مستوراً ، وقيل : ان وجد المستأجر أو ورثته ردها ، والا قام بها ، والاولى الوجوب من غير تفصيل .

أقول : هذه المسألة مبنية على المسألة السابقة ، فكل من قال بوجوب الوفاء بالنذر هناك مطلقاً قال بوجوب القيام بها هنا ، وكل من لم يوجبه مع استتار الامام الاعلى وجه لم يوجبه هنا الا عند عدم المستأجر أو وارثه ، لوجوب إيصال الحق الى مستحقة . وقد بينا في المسألة السابقة أن القول الاول أقوى ، فيكون الاول وجوب الوفاء هنا .

وقال صاحب كشف الرموز: هذه المسألة مبنية على القولين ، فمن قال لا تلزم

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) كذا في النسختين ، وفي التهذيب : أبي جعفر الثاني عليه السلام .

(٣) تهذيب الاحكام ١٢٦/٦ ، ح ٤٠ .

المرابطة مع عدم تمكن الامام قال بوجوب الاعادة ، ومن قال يلزم قال لانتجب الاعادة ، لان العقد : اما لازم كالاجارة ، أو جائزة كالجمالة .

فان قصد بالمرابطة مسألة من نذر صرف شيء الى المrabطة فصحيح ، والا فغلط ، اذ لاخلاف في وجوب الاتيان بالمرابطة مع نذرها ، سواء كان الامام ظاهراً أو مستوراً ، على ماتقدم مستوفى ، وقد صرح المتأخر بذلك .

وأما قول الشيخ المصنف في المختصر : وجاز له المrabطة أو وجب^(١) . فمعناه : جاز له المrabطة ان أخذ المال بعقد غير لازم كالجمالة ، ووجب ان أخذه بعقد لازم كالاجارة .

قال رحمه الله : ولا يبدؤون الا بعد الدعاء الى محاسن الاسلام .

أقول : المراد بمحاسن الاسلام عندنا الاقرار بالشهادتين والتوحيد والعدل والتزام جميع شرائع الاسلام .
قال رحمه الله : أو تسويته لامته .

أقول : اللامة بالهمز : الدرع ، وجمعها لأم ، وجمع أيضاً على لؤم مثال نفر . قال الجوهري : على غير قياس . فانه جمع لؤمة ، واستلام الرجل ، أي : لبس اللامة ، واللامة بالتشديد الدرع^(٢) .

قال رحمه الله : ولو غلب عنده الهلاك لم يجز الفرار ، وقبل : يجوز ، لقوله « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة »^(٣) والاول أظهر ، لقوله تعالى « واذا لقيتم فئة فاثبتوا »^(٤) .

(١) مختصر النافع ص ١٣٤ .

(٢) صحاح اللغة ٢٠٢٦/٥ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٤) سورة الانفال : ٤٦ .

أقول : القولان ذكرهما الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١)، واختار الاول على الاولوية ، ويؤيده أن الآية الدالة على الامر بالثبات خاصة ، وأنه الحفظ عامة ، والخاص مقدم على العام ، فيعمل به في غير صورة الخاص .

ويضعف بأن العمل بالخاص وتقديمه على العام انما يجب اذا لم يمكن العمل بالخاص ، الامع تخصيص العام . أما اذا أمكن اجراء العام على عموميه والعمل بالخاص من وجه دون وجه ، فلا يجب تقديمه عليه ، بل يكون عدم التقديم أولى اذ العمل بأحد الدليلين من كل الوجوه وبالاخر من وجه دون آخر أولى من العمل بكل منهما من وجه دون آخر، لان العمل به من كل وجه تنزّل له على كل مفهوماته ، فيكون أكثر فائدة .

وفيه نظر ، اذ ليس اجراء آية الحفظ على عمومها وتخصيص آية الثبات أولى من العكس .

ويحتمل أن يقال : تخصيص آية الثبات أولى ، لقوله تعالى « ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم^(٢) » الآية ، فمدحهم تعالى على ذلك . ولو كان الثبات مع العطب منهيّا عنه ، لما مدحهم على ذلك .

قال رحمه الله : ولو كان المسلمون أقل من ذلك لم يجب الثبات ، ولو غلب على الظن السلامة استحب ، ولو غلب العطب قيل : يجب الانصراف . وقيل : يستحب ، وهو أشبه .

أقول : القولان نقلهما الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٣)، واختار الثاني ، وانما كان أشبه لاعتضاده بالاصل .

(١) المبسوط ١٠/٢ .

(٢) سورة التوبة : ١١١ .

(٣) المبسوط ١٠/٢ .

والقول الاول عندي أقوى، لان في الانصراف والحال هذه دفع ضرر لا يندفع
الا به ، ودفع الضرر المظنون واجب عقلا عندنا ، وبالإجماع عند أهل السنة ،
فقد ثبت اتفاق المسلمين على وجوب دفع الضرر .

فرع :

قال الشيخ في المبسوط : لو قصد رجلا رجلا ، فغلب في ظنه أنه ان ثبت
له قتله فعليه الذب^(١).

قال رحمه الله : ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين ، لم يجب الثبات ،
وقيل : يجب ، وهو المروي .

اقول: قال الشيخ في المبسوط : كان في بدو الاسلام أن يضاف واحد بعشرة
ثم نسخ بوقوف الواحد لاثنين بدليل الآية^(٢).

قال رحمه الله : وليس المراد بذلك أن يقف الواحد بازاء العشرة أو اثنين
وانما يراد الجملة . وان جنس المسلمين اذا كان نصف جنس المشركين بلا زيادة
وجب الثبات ، وبسؤيده الاصل ، ولان الثبات هناك انما وجب لحصول القوة
الاجماعية ، وهي غير موجودة حالة الانفراد . والقول الثاني ذكره الشيخ في
النهاية^(٣) اعتماداً على الرواية^(٤)، وتبعه المتأخر ، والمعتمد عندي الاول .

قال رحمه الله : ويحرم بالقاء السم، وقيل : يكره ، وهو أشبه ، فان لم يمكن
الفتح الا به جاز .

(١) المبسوط ١٠ / ٢ وفيه : فعليه الهرب .

(٢) المبسوط ١٠ / ٢ .

(٣) النهاية ص ٢٩٤ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٧٤ / ٥ ، ح ٢٠ .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية^(١)، وهو ظاهر كلام المتأخر مصيراً الى رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يلقى السم في بلاد المشركين^(٢). وظاهر النهي التحريم ، لقوله تعالى « وما نهاكم عنه فانتهوا »^(٣) أوجب الانتهاء عن المنهي ، ولانعنى باقتضائه التحريم الا ذلك . وقال في المبسوط : كره أصحابنا لقاء السم في بلادهم^(٤)، ويؤيده أصالة الجواز .

والحق أن نقول : ان علم وظن أن في البلد أحد من المسلمين حرم اللقاء ، والاجاز . أما لو لم يمكن الفتح الا باللقاء جاز قولاً واحداً، اذ الفتح واجب ولا يتم الا به ، وما لا يتم الواجب المطلق الا به فهو واجب ، على ما بين في كتب الاصول . قال رحمه الله : ولا يلزم القاتل دية ، ويلزمه الكفارة . وفي الاخبار : ولا كفارة . أقول : لا خلاف في سقوط الدية مع عدم امكان التحرز ، وفي الكفارة قولان للشيخ رحمه الله ، أحدهما السقوط عملاً بالاصل ، واستناداً الى النقل . والثاني الوجوب ، عملاً بالاية ، وهو اختيار المتأخر وبه اعمل .

قال رحمه الله : وتكره المبارزة بغير اذن الامام ، وقيل : يحرم .

أقول : القول الاول ظاهر كلامه في المبسوط^(٥)، عملاً بالاصل وانما كرهه لجواز أن لا يرضى الامام عليه السلام ذلك ، ولانه عليه السلام أعرف بفارس المسلمين وفارسان المشركين ، ومن يصلح للبراز ومن لا يصلح .

(١) النهاية ص ٢٩٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٤٣/٥ ، ح ٤ .

(٣) سورة الحشر : ٧ .

(٤) المبسوط ١١/٢ .

(٥) المبسوط ١٩/٢ .

والقول الثاني ذهب اليه في النهاية ، وأتبعه المتأخر ، عملاً بالاحتياط ، إذ يجوز أن لا يرضى الامام بذلك ، فيكون حراماً . أما لو منع ، حرم قولاً واحداً . قال رحمه الله : المشرك اذا طلب المبارزة ولم يشترط جاز معونة قرنه . اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : اذا بارز مشرك مسلماً ، نظر فان بارز مطلقاً ، جاز لكل أحد رميه وقتله ، لانه حربي لا أمان بيننا وبينه ، الا أن تكون العادة قد جرت أن لا يقاتل عند البراز الا المبارز وحده ، فيستحب حينئذ الكف^(١) . ولو قيل بوجوب الكف كان حسناً ، اذا ما جرت العادة به كالمنطوق ، لا خلاف في وجوبه مع النطق .

فائدة :

القرن بالكسر كفوك في الشجاعة ، والقرن بالفتح كفوك في السن . وله معان أخر أضربنا عنها خوف الاطالة . والقرن بالتحريك الجعبة . وقال الاصمعي : انها يكون من الجلود فقط تكون مشقوقة ثم تخرز ، وانما تسد ليصل الريح الى الريش فلا يفسد . وله أيضاً عدة معان ، فليطلب من الكتب المطولة . قال رحمه الله : ولو شرط أن لا يقاتله غيره ، وجب الوفاء له ، فان فر فطلبه الحربي جاز دفعه ، ولو لم يطلبه لم يجز محاربته ، وقيل : يجوز ما لم يشترط الا امان حتى يعود الى فتنه . اقول : القول الاول هو المختار ، عملاً بالشرط السائغ وظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) يعطي الثاني ، وليس بجيد . فان احتج بالاصل الدال على الجواز منعنا من دلالة على ذلك ، مع حصول الشرط السائغ اجمالاً .

(١) المبسوط ١٩/٢

(٢) المبسوط ١٩/٢

وفيه نظر ، فانا لانسلم أن شرط الانفراد بالمقابلة سائغ ، كما ذهب اليه أبو علي، محتجاً بأن الله ازم المؤمن الدفع عن المؤمن ممن يريد البغي عليه، ولاجرم أن طالب المقابلة باغ، لكن هذا ليس ينافع للشيخ،لانه أوجب الوفاء بهذا الشرط. لا يقال : انما شرط الانفراد بالمقابلة في زمان حصول القتال بينهما ولاجرم في زواله مع فرار قرنه المسلم .

لانا نقول:نمنع ذلك، بل انما شرط بشاهد الحال الانفراد مادام في المبارزة وهي لايزول الابدع العود الى فئته .

قال رحمه الله : ولو أذم المراهق أوالمجنون لم يتعقد ، لكن يعاد الى مأمنه. اغول : هذا الحكم انما يصح اذا اعتقد الحربي الامان ، أما لو عرف أن أمان الصبي غير متعقد ثم دخل الينا كان حرباً ، ومراد المصنف الاول .

قال رحمه الله: ويجوز أن يذم الواحد من المسلمين الاحاد من أهل الحرب فلا يذم عاماً ولا لاهل اقليم، وهل يذم لقرية أو حصن ؟ قيل: نعم، كما أجاز علي عليه السلام ذمام الواحد لحصن من الحصون، وقيل: لا، وهو الاشبه، وفعل علي عليه السلام قضية في وافة ، فلا يتعدى .

اقول : القول الاخير ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وهو الحق . لنا - أن صحة الامان حكم شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلاحكم ولان ذلك من توابع النظر في المصالح ، وليس الا للامام أو نائبه. واحتجاج المجوزين بفعل علي عليه السلام ضعيف ، لما ذكره المصنف . قال رحمه الله : ولو قال لا تخف أو لا بأس عليك ، لم يكن ذمماً ما لم ينضم اليه ما يدل على الامان .

أقول: هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط^(١)، وعندي فيه اشكال اذ لافرق

بين قول القائل لاتخف أو لا بأس عليك ، وبين قوله أنت آمن أو آجرتك ، وقد حكم بأن هذا أمان صحيح^(١) غير مفتقر الى القرينة ، ويلزمه القول بعدم احتياج هذا . قال رحمه الله : ويسراعى في الحاكم كمال العقل والاسلام والعدالة ، وهل يراعى الذكورة والحرية ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز . والاتلفات الى فتوى الشيخ رحمه الله ، ولانه من المناصب الجليلة ، فلا يليق بحاله ، وهو الاقوى عندي . وكذا المرأة لقصور عقلها ورأيها . قال رحمه الله : ويكره قتل الاسير صبراً . أقول : المراد بالصبر الحبس لاجل القتل . قال رحمه الله : ولو استرق الزوج - الى قوله - ولو قيل يتخير الغانم في الفسخ كان حسناً .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله حكم في الصور الثلاث الاول بانهفساخ النكاح لتجدد الملك المقتضي لثبوت السلطنة ، وحكم في الصورة الاخيرة بعدم الانفساخ ، كما ذكره المصنف ، والمصنف رحمه الله مال الى التخيير ، وهو الوجه عندي .

لنا - أنه مالك تجدد ملكه ، فكان له التخيير كغيره من الملاك . قال رحمه الله : ولو أعتق مسلم عبداً ذمياً بالندر ، فلحق بدار الحرب فأسره المسلمون جاز استرقاقه ، وقيل : لا ، لتعلق ولاء المسلم به ، ولو كان المعتقد ذمياً استرق اجماً .

أقول : قال الشيخ رحمه الله : ومتى أعتق مسلم عبداً مشركاً وثبت له عليه ولاء ، فلحق بدار الحرب ، ثم وقع في الاسر لم يسترق ، لانه قد ثبت عليه ولاء

(١) في «س» : أماناً صحيحاً .

للمسلم ، فلا يجوز ابطاله .

قال رحمه الله : ولوقلنا انه يصح وتبطل ولاء المسلم كان قوياً ، وان كان الولاة
لذمي ثم لاحق المعتق بدار الحرب فسبى استرق ، لان سيده لولحق بدار الحرب استرق
والبحث هنا يقع في مقامين :

الاول : في صحة عتق العبد المشترك ، وقد اختلف الاصحاب فيه ، فذهب قوم
منهم الى أنه لا يصح مطلقاً ، وقال آخرون : انما يصح مع النذر فقط ، ولا يصح
فيما عداه ، والمصنف رحمه الله فرع على هذا القول الاخير ، وهو يدل على الرضا
به ، والشيخ رحمه الله أطلق ، وهو يدل على اختيار القول .

المقام الثاني : في كيفية هذا الولاة ، ولاشكال فيه على قول الشيخ قدس الله
روحه ، حيث حكم بصحة عتق الكافر تبرعاً ، فيثبت حينئذ عليه الولاة للمولى ،
وانما يرد الاشكال على الشيخ المصنف قدس الله روحه ، حيث علق صحة العتق
على النذر ، ثم أثبت الولاة للمعتق ، وهما حكمان متضادان .

ويمكن أن يتحمل له رحمه الله ، بأن يقال : المراد بالولاة هنا ولا يضمن الجريرة
الثابت بالتوالي الى المولى ، لا ولاء العتق ، وانما صحح أن يتولاه وان كان
معتقاً ، لانه والحال هذه شائبة لا ولاء عليه ، اذ التمدير أنه معتق بالنذر .

واعلم أن هذا التأويل بعيد جداً ، اذ هو غير مفهوم من كلام المصنف ، لكنه
محتمل .

لا يقال مثله في الذمي .

لانا نقول : الذمي لولحق بدار الحرب استرق ، فكيف من له عليه حق ما .
قال رحمه الله : اذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه ملك نفسه
بشرط أن يخرج قبله . ولو خرج بعده ، كان على رقه ، ومنهم من لم يشترط
خروجه ، والاول أصح .

أقول: لاختلاف في حصول الحرمة بالاسلام والمخرج الى دار الاسلام قبل المولى، وانما الخلاف لو أسلم فأقام في دار الحرب، أو خرج بعد المولى، فذهب الشيخ في النهاية^(١) الى أنه باق على الرقية ، وهو اختيار أبي علي والمتأخر .
وبؤيده أصالة بقاء الملك على ملكه، ترك العمل بها في تلك الصورة للاجماع فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وقوله **«إِنَّمَا عِبْدُ خُرَجَ الْإِنَّمَا قَبْلَ مَوْلَاهُ فَهُوَ حُرٌّ وَأَيُّمَا عَبْدٍ خُرَجَ بَعْدَ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَبْدٌ»**^(٢).

وقال في المبسوط بعد ذكر هذا القول: والفرق بين المسألتين بحصول قهر العبد للسيد على نفسه ، فملكها في المسألة الاولى ، وبعد حصوله في الثانية ، فيبقى على أصل الرق ، وان قلنا انه يصير حراً على كل حال كان قوياً^(٣) . والمعتمد الاول.

قد نيب :

قال في المبسوط: لو دخل الحربي إلنا بأمان، فاشترى عبداً مسلماً ، ثم لحق بدار الحرب ، فغنمه المسلمون ، فانه باق على ملك المسلم ، لان الشراء فاسد ، اذ الكافر لا يملك مسلماً، ويرد عليه المال الذي أخذه المسلم ثمناً في أمان ، فان تلف العبد كان لسيد قيمته وعليه رد ثمنه ، فيترادان الفضل^(٤).

قال رحمه الله: لو وجد شيء في دار الحرب، يحتمل أن يكون للمسلمين ولاهل الحرب كالخيمة والسلاح فحكمه حكم اللقطة، وقيل: يعرف سنة ثم يلحق بالغنيمة وهو تحكم .

أقول : الاخير ذكره الشيخ في المبسوط ، عدلاً بالظاهر، اذ لو كان له صاحب

(١) النهاية ص ٢٩٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٢/٦ .

(٣) المبسوط ٢٧/٢ .

(٤) المبسوط ٢٧/٢ .

لظهر مطالباً ، وليس بجيد ، لان فيه تهجماً على التصرف في الاموال المعصومة بغير سبب مبيح شرعاً .

والحق ماقاله المصنف ، وهو اختيار شيخنا في المختلف^(١).

لنا - أنه مال ضائع لا بد لاحد عليه ، فيكون لقطه .

قال رحمه الله: ويبدأ بما يرضخه للنساء والعبيد والكفار ان قاتلوا باذن الامام فانه لا سهم للثلاثة .

اقول : قال أبو علي : يسهم للعبيد المأذون له فيه والمكاتب ، وهو حسن ، لانه نوع اكتساب وللمكاتب أهلية ذلك ، وكذا العبد المأذون ، والشيخ قال : لا سهم للعبيد ، سواء خرجوا باذن سيدهم أو بغير اذنه ، لان الاستغنام نوع التملك وليس العبد أهلاً له على ما يأتي بيانه . وهو ضعيف : فانا لانملكه شيئاً ، بل ما يحصل له يكون لمولاه كغيره من وجوه الاكتسابات .

قال رحمه الله : ثم يخرج الخمس ، وقيل : بل يخرج الخمس مقدماً ، عملاً بالاية ، والاول أشبه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : والارضاخ يجوز أن يكون من أصل الغنيمة ، وهو الاولى ، وان أعطاه من ماله خاصة كان له .

قال رحمه الله : وقال قوم : انه يكون من أربعة أقسام المقابلة ، والاول أصح لانهم يغتمونه . وبه قال في الخلاف محتجاً بأن يقع هؤلاء ومعونتهم عائد على أهل الغنيمة طراً ، فتخصيص رخصهم بحصة قوم منهم دون قوم ترجيح من غير مرجح ، وهو باطل .

وظاهر كلام الشيخ في النهاية^(٢) يؤذن بالقول الآخر ، وهو اختيار المتأخر ،

(١) المختلف ص ١٥٨ من كتاب الجهاد .

(٢) النهاية ص ١٩٨ .

عملاً بقوله تعالى « واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه »^(١) الآية ، أوجب تعالى اخراج الخمس من جميع المغنوم ، ولاشك أن الرضخ من جملة المغنوم فيجب اخراج خمسه أولاً ثم يرضخ ثانياً .

والجواب : الآية مخصوصة بما عدا الرضخ ، كما أنها مخصوصة بما عدا السلب المشترك للقاتل وما يحتاج اليه الغنيمة ولما قلناه .

قال رحمه الله : ثم يعطى الراجل سهماً والفارس سهمين ، وقيل : ثلاثة ، والاول أظهر .

اقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، ونقل الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) القول الثاني ، وهو اختيار أبي علي ابن الجنيد ، والاقرب الاول . لنا - أصالة التساوي ، ترك العمل بها في السهمين ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، والتمسك بالاحاديث المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

وبالقول الاول رواية عن أهل البيت عليهم السلام أيضاً ، وحملها الشيخ في الاستبصار على ذي الافراس ، مستدلاً برواية أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام^(٤) . قال رحمه الله : من الخيل للقمح والرازح والضرع ، لعدم الانتفاع بها في الحرب ، وقيل : يسهم مراعاة للاسم ، وهو حسن .

اقول : القول الاول ذهب اليه أبو علي ابن الجنيد ، ونقله الشيخ رحمه الله أيضاً .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وهو أحوط ، عملاً بعموم الاخبار .

(١) سورة الانفال : ٤١ .

(٢) المبسوط ٧٠/٢ .

(٣) الخلاف ١١٨/٢ مسألة ٢٤ .

(٤) الاستبصار ٣/٣ - ٤ .

والقحم من الخيل بفتح القاف وتسكين الحاء الكبير الذي لا يمكن القتال عليه لكبر سنه ، قاله الشيخ رحمه الله والمتأخروالشيخ ، الفحم الهم ، ومثله الفجل والرازح الذي لا حراك به . والضرع بفتح الراء والضاد الصغير من الخيل .

قال رحمه الله : المرصد للجهاد ، لا يملك رزقه من بيت المال الا بقبضه ، فان حل وقت العطاء ثم مات ، كان لوارثه المطالبة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، ولانه قد استحق المطالبة به ، فيكون لورثته ذلك ، عملا بعموم قوله تعالى «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون»^(٢).

والاقتفات الى أصالة عدم انتقال هذا المال اليه ، ترك العمل بها في صورة القبض مع حلول الحول ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، ولان شرط الملك القبض وهو منتف هنا ، فينتفي مشروطه ، واذا بطل الملك لم يستحق وارثه المطالبة ، لانها تابعة له .

قال رحمه الله : قيل : ليس للاعراب من الغنيمة شيء ، وان قاتلوا مع المهاجرين ، بل يرضخ لهم . ونعني بهم من أظهر الاسلام ولم يصفه ، وصولح على اعفائه عن المهاجرة وترك النصيب .

أقول : هذا القول ذكره الشيخ رحمه الله ، ونازع فيه المتأخر ، وقال بعد كلام طويل : لاختلاف بين المسلمين أن كل من قاتل من المسلمين ، فانه من جملة المقاتلة ، وأن الغنيمة للمقاتلة ، فلا يخرج عن هذا الاجماع الا باجماع مثله . والحق ما قاله الشيخ .

لنا - أن النبي ﷺ صالحهم عن المهاجرة بترك النصيب ، فلا يستحقون فيه

(١) المبسوط ٧٣/٢ .

(٢) سورة النساء : ٧ .

شيئاً .

قال رحمه الله : لا يستحق أحد سلباً ولا نقلاً ، في بداية ولا رجعة ، الا أن يشترط له الامام .

القول : السلب في اللغة المسلوب ، ومثله السليب ، والسلب أيضاً مصدر سلبت الشيء سلباً . وأما في الشرع ، فهو كل ما يد المقتول عليه ، وهو حته للقتال أو سلاح له مثل القوس والبيضة والخوذة والجوشن والسيف والرمح والدرقة والثياب التي عليه وفرسه التي تحته .

وأما الذي لا يكون يده عليه ، كالمضرب والرحل والجنايب التي يساق خلفه وما شاكل ذلك ، فغنيمة وليس بسلب .

أما ما يده عليه وليس بجنة للقتال ، كالمنطقة والخاتم والسوار والطوق والنفقة التي معه ، ففي كونها غنيمة أو سلباً نظر ، ينشأ : من كون يده عليه ، فيكون سلباً مراعاة للوضع اللغوي . ومن أنه ليس بجنة .

قال الشيخ في المبسوط : والاولى أن نقول : انه سلب لعموم الخبر^(١) . وهل يستحق بنفس الفعل ، أو بشرط الامام ، أو والي الجيش ؟ أكثر الاصحاب على الثاني . وقال أبو علي : من قتل قتيلاً ، فله سلبه خاصة ، سواء قال ذلك للعسكر أو لم يقله ، اذا كان ذا سهم في الغنيمة . أما لو لم يكن كذلك . أفتر الى الشرط والمعتمد ما قاله الشيخ .

والنفل في اللغة الغنيمة ، يقال بتحريك الفاء وتسكينها ، والجمع الانفال . قال لييد :

ان نقوى ربنا خير نفل وباذن الله رمي وعجل

والمراد هنا ما يجعله الامام ، أو والي الجيش لبعض المجاهدين من الغنيمة

ويجوز أن يكون من غيرها ، بشرط أن نقول : من يولي السرية فله كذا ، ومن دلي على القلعة الفلانية فله كذا ، من قتل فلاناً من البطارقة فله كذا ، هذه اللفظة ذكرها الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١).

قال الجوهرى : البطريق القائد من قواد الروم ، وهو معرب ، والجمع البطارقة^(٢).

وهو جائز مع الحاجة لابدونها ، ولا تقدير له ، بل تقديره موكول الى نظر الامام عليه السلام .

قال : وجعل النبي ﷺ في البدأة ، وهي السرية المنفذة أولاً الى دار الحرب الرابع ، وفي الرجعة وهي السرية الثانية التي تبعث بعد رجوع الاولى ، وقيل : هي المنفذة بعد رجوع الامام الى دار الاسلام ليس عاماً ، بل لما رأى في ذلك من المصلحة .

فروع :

اذا قال الامام قبل لقاء العدو : من أخذ شيئاً فهو له ، صح لانه معصوم ففعله حجة ، قاله الشيخ رحمه الله ، وروي ان علياً عليه السلام قال يوم : من أخذ شيئاً فهو له . قال رحمه الله : الحربي لا يملك مال المسلم بالاستغنام ، ولو غنم المشركون أموال المسلمين [وذرايرهم] ثم ارتجعوها ، فالاحرار لاسبيل عليهم . أما الاموال والعبيد ، فلاربابها قبل القسمة ولو عرفت بعد القسمة ، فلاربابها القيمة من بيت المال ، وفي رواية : تعاد على أربابها بالقيمة . والوجه اعادتها على المالك ، ويرجع الغانم بقيمتها على الامام مع تفرق الغانمين .

(١) المبسوط ٦٨/٢ .

(٢) صحاح اللغة ١٤٥٠/٤ .

اقول : اعلم أنه لانزاع في وجوب رد الاولاد مطلقاً من غير عوض مع قيام البيئة بكونهم أولاداً للمسلم . وانما النزاع في الاموال فقط .

اذا عرفت هذا فنقول : اختلف الاصحاب في هذه المسألة ، فذهب الشيخ في النهاية^(١) الى تقويمها على المقاتلة، ويدفع الامام قيمتها الى اربابها من بيت المال ، مصيراً الى رواية هشام بن سالم عن بعض الاصحاب عن أبي عبد الله عليه السلام في السبي يأخذه العدو من المسلمين في القتال من أولاد المسلمين ومماليكهم ، فيتجرونه ، ثم ان المسلمين بعد قاتلوهم فظفروا بهم ، فسبوهم وأخذوا منهم ما أخذوا من ممالك المسلمين وأولادهم الذين كانوا أخذوهم من المسلمين ، فكيف نصنع بما كانوا أخذوه من أولادهم ومماليكهم ؟ قال فقال : أما أولاد المسلمين ، فلا يقيم في سهام المسلمين ، ولكن يرد الى أبيه ، أو الى أخيه ، أو الى وليه بشهود وأما الممالك ، فانهم يقيمون في سهام المسلمين ويعطى مواليتهم قيمة أثمانهم من بيت مال المسلمين^(٢).

وهي غير مسندة الى امام ، فلاحجة فيها .
وقال في المبسوط^(٣) والخلاف^(٤) : ان عرفت قبل القسمة كانت لاربابها بغير ثمن ، وان كان بعدها ردت عليهم أيضاً ، وأعطى الامام من حصل في سهمه قيمته من بيت المال ، لثلاث تنقص القسمة . وهو اختيار المتأخر ، عملاً بقوله عليه السلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه^(٥).

والقول الذي ذكره المصنف منسوب الى ابن بابويه ، وهو ظاهر كلام الشيخ

(١) النهاية ص ٢٩٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٩/٦ ، ح ١ .

(٣) المبسوط ٢٦/٢ .

(٤) الخلاف ١٢١/٢ .

(٥) عوالي اللئالي ٤٧٣/٣ .

في الاستبصار ، حيث تأول رواية ابن سالم عن الصادق عليه السلام ^(١).
وأما الرواية التي أشار اليها المصنف رواية ابن أبي عمير عن جميل عن
أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان له عبد ، فأدخل دار الشرك ، ثم أخذ سبياً الى دار
الاسلام ، فقال: ان وقع عليه قبل القسمة فهو له، وان جرت عليه القسمة فهو أحق
به بالثمن ^(٢). وفي معناها رواية الحلبي عنه عليه السلام ^(٣).
والحق ما اختاره المصنف ، وهو اختيار الشيخ في الاستبصار أخيراً ، عملاً
بالرواية عن الباقر عليه السلام ^(٤).

فرع :

لو أسلم الحربي بعد استغنام مال المسلم لم يملكه ، خلافاً لابن حنيفة .
قال رحمه الله : ولو قتل الرجال قبل عقد الجزية ، فسأل النساء اقرارهن
ببذل الجزية ، قيل : يصح ، وقيل : لا ، وهو الاصح . ولو كان بعد عقد الجزية ،
كان الاستصحاب حسناً .

اقول : القولان نقلهما الشيخ رحمه الله في المبسوط ، فقال : فان قتل
الرجال ، فسأل النساء أن يعقد لهن ليكن ذميات في دار الاسلام ، عقد لهن بشرط
أن تجري أحكامنا عليهن ، وليس له سبيهن ولأن يأخذ منهن شيئاً ، فان أخذ شيئاً
رده . وقد قيل : انه يحتال عليهن حتى يفتحوا ، فيسبين ولا يعقد لهن الامان ^(٥).
ولا يدل صريحاً على ما نقله الشيخ المصنف رحمه الله . وانما كان القول الثاني

(١) الاستبصار ٥/٣ ، ح ٢ .

(٢) الاستبصار ٥/٣ ، ح ٣ .

(٣) الاستبصار ٥/٣ ، ح ٤ .

(٤) الاستبصار ٥/٣ .

(٥) المبسوط ٤٠/٢ .

أصح ، لان النساء لا يصح ضرب الجرية عليهن اجماعاً منا ، فيكون هذا العقد قد تضمن شيئاً باطلاً ، فيكون باطلاً ، لان الماهية المركبة تكفي في ارتفاعها بطلان أحد أجزائها .

وأما قوله « ولو كان بعد عقد الجرية كان الاستصحاب حسناً » معناه : اذا قتل الرجال بعد ضرب الجرية عليهم ، كان استدامة الامان للنساء من غير ضرب جزية عليهن حسنة ، لانهن قد ثبت لهن الامان مع الرجال ضمناً ، فيستحب الوفاء به . قال رحمه الله : ويجوز وضع الجزية على الرؤوس ، أو على الارض ولا يجمع [بينهما] وقيل بجوازه ابتداءً ، وهو الاشبه .

أقول : الاول هو المشهور بين الاصحاب ، والقول الثاني ذهب اليه أبو علي ، واختاره أبو الصلاح . وانما كان أشبه ، لان الجمع أنسب بالصغار ، ولانه بمدلول الاصل .

قال رحمه الله : واذا أسلم قبل الحول ، أو بعده قبل الاداء ، سقطت الجزية على الاظهر .

أقول : لاختلاف في سقوط الجزية بالاسلام قبل حوول الحول .

وانما الخلاف في الفرض الثاني ، فذهب الشيخ رحمه الله وأكثر الاصحاب الى السقوط ، عملاً بالاصل ، ولقوله عَلَيْهِ « الاسلام يجب ما قبله » ^(١) ولانه لا جزية على مسلم ، ولان أداها مشروط بالصغار ، ينتفي هنا اجماعاً .

وظاهر كلام أبي الصلاح عدم السقوط ، لانه حق ثبت في الذمة بحوول الحول ، فيجب أدائه كغيره من الحقوق ، وليس بجيد ، لانها انما وجبت لمعنى الحول ، وقد انتفى فينتفي بانتفائه .

قال رحمه الله : اذا خرخوا الذمة في دار الاسلام ، كان للامام ردهم الى مأمَنهم

(١) الجامع الصغير للسيوطي ١/٢٢٣ .

وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

اقول : القول للشيخ رحمه الله . وأما التردد ، فمنشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، ولان الامان انما هو للالتزام بشرائط الذمة وقد زال فيزول مشروطه .

والالتفات الى حصول الامان لهم في دار الاسلام ، فيجب ردهم للاية الى ما منهم ، ثم يصيرون حرباً بعد ذلك ، والاول أقوى عندي .

قال رحمه الله : وأما المساكن ، فكل ما يستجده الذمي لايجوز أن يعلو به على المسلمين من مجاوريه ، ويجوز مساواته على الاشبه .

اقول : لاختلاف في تحريم العلو . وانما الخلاف في المساواة ، فذهب الشيخ الى أنه لايجوز ، وأتبعه المتأخر ، لانه أنسب بالصغار .

والحق الجواز ، عملاً بعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَام « الناس مسطون على أموالهم »^(١) ترك العمل به في الصورة الاولى ، اما للدليل الدال عليه ، أو للاتفاق ، فيبقى معمولاً به فيما عداها .

قال رحمه الله : ولايجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور .

اقول : هذا القول ذكره الشيخ أبو جعفر ، وهو جيد لما فيه من تحقيق الصغار

المأمور به شرعاً ، ولم أقف لباقي الاصحاب على شيء من ذلك .

قال رحمه الله : وفي الاجتياز به والامتيار منه تردد ، ومن أجاز حده بثلاثة أيام .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى أن المنع من ذلك أنسب بالصغار ، فيكون مطلوباً للشارع .

فرع :

المراد بالحجاز هنا ماعدا الحرم ، فلا يجوز دخوله ، لا للاستيطان ولا لغيره عملاً بقوله تعالى « انما المشركون نجس »^(١) الآية . قال الشيخ رحمه الله : فأما المسجد الحرام ، فهو عبارة عن الحرم عند الفقهاء ، فلا يدخل مشرك الحرم بحال . قال رحمه الله : ولا جزيرة العرب ، قيل : المراد بها مكة والمدينة واليمن ومخالفها .

اقول : المراد بمخالفها ما كان قريباً منها .

قال رحمه الله : ولا يجوز أكثر من سنة على قول مشهور .

اقول : هذا القول ذكره الشيخ ، محتجاً عليه بقوله تعالى « فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم »^(٢) فاقتضى ذلك قتلهم بكل حال ، وخرج قدر الاربعة أشهر بدليل الآية الاولى ، وبقي ماعداه على عمومه ، فالوجه عندي مراعاة الاصلح للمسلمين .

قال رحمه الله : لو قدم زوجها فطالب بالمهر ، فماتت بعد المطالبة ، دفع اليه مهرها . ولو ماتت قبل المطالبة ، لم يدفع اليه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى تحقق السبب الموجب لدفع المهر ، وهو الامساك فيجب الدفع ، عملاً بالمقتضي .

والالتفات الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

واعلم أن هذا التردد ضعيف جداً ، لانا لانسلم أن سبب الدفع مجرد الامساك بل شبيه الامساك الحاصل معه الحيلولة ، وهي متفية هنا ، اذ لا يتحقق الحيلولة الا

(١) سورة التوبة : ٢٨ .

(٢) سورة التوبة : ٥ .

مع المنع عقيب المطالبة لا مطلقاً ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).

فرعان :

الاول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : كل موضع يجب فيه رد المهر فانه يكون ذلك من بيت المال المعد للمصالح^(٢).

وقال أبو علي : ان كان مادفعه الزوج باقياً معها وجب دفعه ، والاعوض عنه من سهم الغارمين . وتفصيله الاول جيد ، لظاهر الآية . أما الثاني فلا .

الثاني : قال رحمه الله : هذا الحكم انما يكون اذا قدمت الى بلد الامام ، أو بلد خليفته ومنع من ردها . أما اذا قدمت الى غير بلدهما ، فممنوع غير الامام أو غير خليفته من ردها ، فلا يلزم الامام أن يعطيهم شيئاً ، سواء كان المانع من ردها العامة ، أو رجال الامام ، لان البذل يعطي الامام من المصالح ، فلا تصرف لغير الوالي فيه .

قال رحمه الله : وان عاد الى دينه قيل : يقبل ، وقيل : لا ، وهو الاشبه .
اقول : القائل المشيخ رحمه الله في المبسوط^(٣) ، وانما كان الثاني أشبه ، لدلالة الآية والخبر عليه .

فرع :

وكذلك الحكم في من انتقل الى دين لا يقر أهله عليه ثم عاد .
قال رحمه الله : ولو أصر فقتل هل يملك أطفاله ؟ قيل : لا ، استصحاباً لحالهم الاولى .

(١) المبسوط ٥٣/٢ .

(٢) المبسوط ٥٥/٢ .

(٣) المبسوط ٥٧/٢ .

أقول : اعلم أن الاولاد : اما أكابر ، أو أصاغر . والاول يقرون على دينهم ان كان ممن يقر أهله عليه . وأما القسم الثاني ، فلا يخلو اما أن يكون أمتهم على دين يقر أهله عليه أولا ، فان كان الاول أقروا عليه ، سواء مانت الام أو لا . وان لم يكن لهم ام ، أو كانت على دين لا يقر أهله عليه ، قال الشيخ رحمه الله في المبسوط أقروا لما سبق لهم من الذمة^(١) . ولو قيل للامام تملكهم والحال هذه كان حسناً . لنا - انهم مال لم يوجف عليه بخيل ، فيكون فيئاً .

قال رحمه الله : اذا اشترى الكافر مصحفاً لم يصح البيع ، وقيل : يصح ويرفع يده ، والاول أنسب باعظام الكتاب العزيز ، ومثل ذلك كتب أحاديث النبي ﷺ وقيل : يجوز على كراهية . وهو أشبه .
أقول : هنا مسألان :

الاولى : في شراء المصاحف ، والاقوى البطلان لما ذكره .
الثاني : في ابتياع الكتب التي فيها أحاديث رسول الله ﷺ وآثار السلف وأقاربهم . والاقوى الصحة هنا على كراهية ، خلافاً للشيخ رحمه الله .
لنا - الاصل الصحة ، ترك العمل به في الصورة الاولى ، لاعظام الكتاب العزيز فيبقى معمولاً بها فيما عداه ، ولأن حرمتها ليست كحرمة المصاحف ، فلا يتعدى الحكم .

قال رحمه الله : وهل يؤخذ ما حواه العسكر - الى آخره .
أقول : منشأ الخلاف في هذه المسألة واقعة علي عليه السلام يوم الجمل ، فانه روي فيها الوجهان ، ولائمة مهمة في تحقيقها .

قال رحمه الله : والامر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان اجماعاً ، ووجوبهما على الكفاية ، ويسقط من فيه كفاية ، وقيل : بل على الاعيان ، وهو أشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه السيد المرتضى قدس الله روحه ، واختاره المتأخر ، عملاً بالاصل ، ولأن الغرض منهما ارتفاع القبح ووقوع الحسن ، وهو يحصل بقيام من فيه كفاية ، فلم يكن لتكليف الباقيين به فائدة .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله وأتباعه ، عملاً بعموم الايات والروايات ، وهو أقوى ، ونمنع خلوتكليف الباقيين عن الفائدة ، والاصل يعارض بالايات والروايات وهل يثبت الوجوب عقلاً أو شرعاً ؟ فيه خلاف ، وتحقيقه في علم الكلام .

قال رحمه الله : وهو يجب وجوباً مطلقاً .

أقول : معناه من غير شرط ، بخلاف المرتبتين الآخرين .

قال رحمه الله : ولو افتقر الى الجرح والقتل هل يجب ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، الا باذن الامام ، وهو الاظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في الاقتصاد : الظاهر من مذهب شيوخنا الامامية أن هذا الجنس من الانكار لا يكون الا للامام ، أو لمن يأذن له فيه .

قال رحمه الله : والمرضى يخالف فيه ويقول : يجوز فعل ذلك بغير اذنه ، لان ما يفعل باذنه ، يكون مقصوداً ، وهذا بخلاف ذاك ، اذ هو غير مقصود ، انما القصد وقوع المعروف وارتفاع المنكر ، فان وقع ضرر فهو غير مقصود^(١) .

قال رحمه الله : وهل يقيم الرجل الحد على زوجته وولده ؟ فيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحد حكم شرعي ، فلا يتولى اقامته الا الامام أو من ينصبه للنظر في ذلك ، كغيره من الاحكام وهو اختيار سلاز والمتأخر .
والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله وابن البراج .

قال رحمه الله : ولو ولي وال من قبل الجائر وكان قادراً على اقامة الحدود ،
هل له اقامتها ؟ قيل : نعم ؟ بعد أن يعتقد أنه يفعل ذلك بأذن امام الحق . وقيل :
لا ، وهو الاحوط .
أقول : البحث في هذه كالبحت في السابقة ، والاقرّب الجواز للفقهاء .

فصل

(في ايضاح الترددات المذكورة في المعاملات)

وفيه مباحث :

البحث الاول

(في ذكر الترجيحات المذكورة في باب وجوه الاكتساب)

قال رحمه الله: وربما قبل بتحريم الابوال كلها الا أبوال الابل، والاول أشبه .
أقول : القول الاول ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(١)، واختاره السيد
المرتضى قدس الله روحه، وتبعهما المتأخر، عملاً بالأصل ، واستناداً الى الرواية .
والقول الثاني ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(٢)، وهو خيرة المفيد شيخنا وسلا،
والمستند عموم الروايات الواردة بالمنع من التصرف في الابوال. والعام يخص
للدليل ، وقد بيناه .

(١) المبسوط ١٦٦/٢ .

(٢) النهاية ص ٣٦٤ .

قال رحمه الله : ويجوز بيع المسوخ ، برية كانت كالقرد والدب ، وفي القيل تردد ، والاشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز ، ولانه عين طاهرة ينتفع بها ، فجاز بيعها كغيرها ، ويؤيده عموم الآية ، وهو فتوى شيخنا في المبسوط^(١) ، واختاره المتأخر .

والالتفات الى فتوى شيخنا المفيد وسلا ، وهو القول الآخر للشيخ .

قال رحمه الله : ويحرم بيع السباع كلها الا الهر ، والجوارح طائفة كانت كالبازي أو ماشية كالفهد ، وقيل : يجوز بيع السباع كلها ، للانتفاع بجلدها أو عظمها وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) .

والقول الثاني ذهب اليه المتأخر ، وهو الحق لما ذكرناه في السابقة .

قال رحمه الله : لا يجوز بيع شيء من الكلاب الا كلب الصيد ، وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد ، والاشبه المنع ، نعم يجوز اجارتها ، ولكل واحد من هذه الاربعة دية لو قتله غير المالك .

أقول : لاختلاف في جواز بيع كلاب الصيد ، سلوكية وهي المنسوبة الى سلوك قرية باليمن ، وغير سلوكية .

وانما الخلاف في كلب الماشية و كلب الحائط و كلب الزرع ، فذهب الشيخ في النهاية^(٣) والخلاف^(٤) الى التحريم ، وتبعه ابن البراج ، محتجاً برواية جابر عن

(١) المبسوط ١٦٦/٢ .

(٢) المبسوط ١٦٦/٢ .

(٣) النهاية ص ٣٦٤ .

(٤) الخلاف ٥٨٦/١ .

النبي ﷺ أنه نهى عن ثمن الكلب والسنور والكلب الصيد^(١). وذهب سلاروابن حمزة الى الجواز، وتبعهما المتأخر، عملاً بأصالة الإباحة، ولأن لها ديات مقدرة فيجوز بيعها .

أما الصغرى فاجماعية . وأما الكبرى ، فظاهرة ، اذ ملك الدية تابعة لملك العين ، واذا ثبت أنها مملوكة صح بيعها ، عملاً بقوله ﷺ «الناس مسطون على أموالهم»^(٢) وفيه نظر ، اذ المنع من البيع لا ينافي الملك ، كما في أم الولد . والحق التمسك بالاية .

قال صاحب كشف الرموز : في تجويز الاجارة مع المنع من البيع اشكال منشؤه : أن جواز الاجارة لازم لصحة التملك المبيع للبيع .

وليس بجيد ، لما ذكرناه اعتراضاً على دليل المتأخر ، ولأن النهي انما ورد في البيع فقط ، فيبقى الباقي سليماً عن المعارض . قال رحمه الله : وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول ؟ فيه تردد ، والاشبه عدم الاشتراط .

أقول : منشؤه: النظر الى أصالة عدم الاشتراط ، وهو فتوى ابن البراج . والالتفات الى أصالة بقاء الملك على مالكه ، ترك العمل به في صورة تقديم الايجاب على القبول، فيبقى معمولاً بها فيما عداها، وهو فتوى الشيخ وابن حمزة وأتبعهما المتأخر .

وقال أبو حنيفة: ان كان القبول بلفظ الخبر مثل اشتريت منك صبح ، والافلا . قال رحمه الله : ولا يصح بيع الصبي ولاشراؤه ، ولو بلغ عسراً عاقلاً على الاظهر .

(١) نحوه تهذيب الاحكام ١٣٦/٧ ، ح ٧١ .

(٢) عوالى اللثالى ٢٢٢/١ و ٤٥٧ و ١٣٨/٢ و ٢٠٨/٣ .

أقول : سيأتي البحث في هذه انشاء الله .

قال رحمه الله: ولو أمره أمر أن يتناع له نفسه من مولاه ، قيل : لايجوز ، والجواز أشبه .

اقول : انما كان أشبه ، لاعتماده على الاصل ، ولانه يصح أن يكون وكيلًا باذن مولاه ، والتقدير حصول الاذن في هذه الصور ، فيصح العقد .

قال رحمه الله: ولو باع ملك غيره ، وقف على اجازة المالك أو وليه على الاظهر .

اقول : هذا القول هو المشهور بين الاصحاب ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) بالبطلان، وتبعه المتأخر، والبحث في هذه المسألة مبني على أن النهي في المعاملات هل يدل على الفساد أم لا ، فان قلنا بالاول كان البيع باطلا، والا كان موقوفاً . وتحقيق ذلك في أصول الفقه .

قال رحمه الله : والوكيل - الى قوله : وهو أشبه .

أقول : انما كان أشبه لقضاء الظاهر به ، ولان المخاطب لايدخل في أمر المخاطب اياه في أمر غيره .

قال رحمه الله : وأن يكون المشتري مسلماً - الى قوله : وهو أشبه .

اقول : انما كان الثاني أشبه ، لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً »^(٢) نفى السبيل للكافر على المؤمن، ولاريب أن التملك سبيل عظيم فيكون منفياً ، وهو اختيار الشيخ قدس الله روحه .

قال رحمه الله : ولو ابتاع الكافر أباه المسلم هل يصح ؟ فيه تردد، والاشبه الجواز ، لانفاء السبيل بالعق .

اقول: منشؤه: النظر الى مقتضى الاصاله، فيصح الشراء، واليه مال المصنف.

(١) الخلاف ٥٨٠/١ مسألة ٢٧٥ .

(٢) سورة النساء : ١٤١ .

والالتفات الى ظاهر الآية ، فلا يصح ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله، وأتبعه ابن البراج ، والمصنف أجاب عن الآية ، بأن السبيل هنا منتف ، لانه يعتق عليه بنفس دخوله في ملكه .

وكذا البحث في جميع المحرمات عليه نسباً ورضاعاً على الخلاف .

قال رحمه الله : وفي بيع بيوت مكة تردد ، والمروي المنع :

أقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل ، وعموم الآية .

والالتفات الى الروايات المروية عن أهل البيت عليهم السلام الدالة على المنع ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف^(١) ، مدعياً للاجماع ، ومحتجاً بقوله تعالى « سواء العاكف فيه والباد »^(٢) وقد تقدم تقرير الاستدلال بها والاعتراض ، فلا وجه لاعادته وتحمل الروايات على المنع من بيع نفس الارض ، لان مكة فتحت عنوة دون الآثار ، وهو اختيار المتأخر .

قال رحمه الله : ولا يصح بيع الوقف مالم يؤد بقاءه الى خرابه ، لاختلاف بين أربابه ويكون البيع أعود على الاظهر .

أقول : الجواز مذهب الشيخ رحمه الله ، والمنع مذهب المتأخر .

قال رحمه الله : وفي اشتراط موت المالك تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ترك العمل بها في الصورة الاولى

للاتفاق عليها ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

والالتفات الى عموم النهي عن بيع أمهات الاولاد .

قال رحمه الله : ولا يمنع جنابة العبد من عتقه ولا من بيعه ، عمداً كانت الجنايه

أو خطأ ، على تردد .

(١) الخلاف ٥٨٩/١ ، مسألة ٣١٦ .

(٢) سورة الحج : ٢٥ .

أقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى تعلق حق المجني عليه برقبة العبد ، فلا يصح بيعه ولا عتقه ، لما فيه من ابطال الحق الثابت شرعاً ، والاشبه الجواز في الخطأ دون العمد ، ويضمن المولى أرش الجناية حينئذ .

قال رحمه الله : ولو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة ، فيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم الآية . والالتفات الى أن القدرة على التسليم شرط ولم يحصل .

قال رحمه الله : وتكفي مشاهدة المبيع عن وصفه ، ولو غاب وقت الابتاع الا أن يمضي مدة جرت العادة بتغير المبيع فيها . وان احتمل التغير ، كفى البناء على الاول ، ويثبت له الخيار ان ثبت التغير ، فان اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم التغير على عقد البيع ، فيكون القول قول البائع مع يمينه ، لاستناده الى هذا الاصل ، ولانه منكر لدعوى المشتري . والالتفات الى أن المشتري غارم للثمن ، فيكون القول قوله مع يمينه ، اذ لا يجوز انتزاع مال الغير الا برضاه اجماعاً ، ولا ريب أنه غير راض بأداء هذا القدر على تقدير حصول التغير ، وأصالة عدم التقدم معارضة بأصالة عدم الحدوث ، والله أعلم .

قال رحمه الله : وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف ، على أن الاصل الصحة ؟ فيه تردد ، والاولى الجواز .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم الآية ، وأصالة السلامة . والالتفات الى حصول الغرر المنهي عنه شرعاً ، فلا يصح البيع ، وهو اختيار المتأخر . ونمنع حصول الغرر ، والرواية المروية عن أبي عبد الله عليه السلام قاصرة

عن افادة المطلوب ، فلا يصح التمسك بها .

قل رحمه الله : ولا يجوز بيع سمك الاجام ولو كان مملوكاً لجهالته ، وان ضم اليه القصب على الاصح .

اقول : لا خلاف أن بيع المجهول لا يصح مطلقاً ، الآن الشيخ رحمه الله جعل المجهول بمثابة المعلوم في صورة واحدة ، وهي مع انضمام المعلوم اليه في البيع ، تمسكاً بروايات ضعيفة جداً ، لمنافاتها الاصل ، ولضعف سندها ، فلهذا جوز بيع سمك الاجمة مع بيع مافيها من القصب ، ومع اصطیاد شيء منه وبيعه منضمّاً الى مافيها ، وتبعه على ذلك ابن البراج وابن حمزة .

وقال شيخنا في المختلف : والتحقيق أن نقول : المضاف الى السمك ان كان هو المقصود بالبيع ويكون السمك تابعاً صح البيع والا فلا^(١) .

قال رحمه الله : ويكره دخول المؤمن في سوم أخيه على الاظهر .

اقول : السوم في اللغة موضوع لمعان شتى ، وفي الشرع عبارة عن الزيادة في ثمن المبيع بعد انتهاء المزائدة وسكون نفس كل من المتبايعين على البيع بذلك الثمن .

اذا عرفت هذا ، فنقول : اختلف الاصحاب هنا ، فذهب الشيخ الى التحريم وأتبعه المتأخر ، عملاً بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لا يسوم الرجل على سوم أخيه^(٢) » وهذا خبر أقيم مقام النهي ، كما في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لاشفاء في محرم^(٣) » والنهي يدل على التحريم ظاهراً ، والمصنف اختار الجواز على كراهية ، عملاً بأصالة الاباحة .

قال رحمه الله : وأن يتوكل حاضر لباد ، وقيل : يحرم ، والاول أشبه .

(١) المختلف ص ٢٠٩ كتاب التجارة .

(٢) رواه الصدوق في الحديث المناهى في من لا يحضره الفقيه .

(٣) عوالى اللئالى ١٤٩/٢ و ٣٣٣ .

أقول : التحريم ذهب اليه الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢)، نظراً الى ظاهر الخبر^(٣)، والكراهية ذهب اليها الشيخ في النهاية، عملاً بالاصل واختاره المصنف .

قال رحمه الله: والخيار فيه على الفور، وقبل: لا يسقط الا بالاسقاط، وهو أشبه. أقول: انما كان الثاني أشبه، لان الخيار حق يملك، فلا يسقط بالتأخير، كغيره من الحقوق .

قال رحمه الله : الاحتكار مكروه ، وقيل : حرام ، والاول أشبه . أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد في المفنعة ، وأتبعهما سائر ، والمستند التمسك بالاصل .

والقول الثاني ذهب اليه ابن بابويه وابن البراج وأحد قولي أبي الصلاح وظاهر كلام المتأخر ، والمستند ورود النهي عنه ، والنهي للتحريم ظاهراً . قال رحمه الله : ويجبر المحتكر على البيع ولا يسعر عليه وقيل : يسعر، والاول أظهر .

أقول : لا خلاف في الاجبار على البيع، لما في المنع من الضرر المنفي شرعاً . وانما الخلاف في التسعير ، فذهب الشيخ الى أنه لا يسعر عليه ، وأتبعه المتأخر وابن البراج ، عملاً بالاصل ، ولان في التسعير منعاً عن التملط في المال فيكون منقياً ، لقوله عنه « الناس مسلطون على أموالهم » وفي روايات باقي اصحاب ما يدل على المنع من ذلك أيضاً .

وقال المفيد بالثاني ، لكن بشرط أن لا يخسر أربابها فيها ، وأتبعه سائر ،

(١) المبسوط ١٦٠/٢ .

(٢) الخلاف ٥٨١/١ مسألة ٢٨١ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٥٨/٧ .

(٤) النهاية ص ٣٧٤ .

وأوجب ابن حمزة مع الاجحاف ومنعه مع عدمه، وهو اختيار الراوندي، ولعله الاقرب .

البحث الثاني

(في ذكر الترددات المذكورة في فصل الخيار)

قال رحمه الله : ولو خيره فسكت، فخيار الساكت باق، وكذا الآخر. وقبل: فيه يسقط . والاول أشبه .

أقول : انما كان أشبه لقوله عَلَيْهِ «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) ولأنه انما اسقط خياره على تقدير رضا الآخر ولم يحصل ، فيكون خياره باقياً ، اذ لا يمكن حصول المشروط بدون الشرط .

قال رحمه الله : وخيار الحيوان ثلاثة للمشتري خاصة على الاظهر .
أقول : ذهب السيد المرتضى قدس الله روحه الى أن هذا الخيار ثبت للمتبايعين معاً ، والحق الاول .

لنا - أصالة عدم ثبوت الخيار ، ترك العمل بها في صورة ثبوته للمشتري ، لوجود الدليل الدال على ثبوته له ، فيبقى معمولاً بها فيما سواه^(٢) .

قال رحمه الله : من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع - الى قوله : ولو تلف كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها على الاشبه .

أقول : لاختلاف في أن تلف هذا المبيع بعد الثلاثة من مال البائع ، وانما الخلاف في تلفه في أثناء الثلاثة ، فذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه الى أنه

(١) مسند أحمد بن حنبل ٧٣/٢ .

(٢) في «س» : عداه .

يكون من مال المشتري . والحق أنه من مال البائع في الحالين .
 لنا - قوله **عَلَيْهِ** : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه .
 واعلم أن تفصيل الشيخ في النهاية^(١) في صورة حصول التلف بعد القبض
 غير وارد للزوم البيع بالقبض .
 قال رحمه الله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار . والاول
 أظهر .
 اقول : القول الاخير مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) .
 والحق الاول ، للاتفاق على تسويغ التصرف المستلزم للملك ، ويستحيل
 وجود الملزوم من حيث أنه ملزوم بدون اللازم .
 قال رحمه الله : خيار الشرط يثبت من حين الفرق ، وقيل : من حين العقد ،
 وهو أشبه .
 اقول : القول الاول مذهب الشيخ رحمه الله ، وأتبعه المتأخر . وانما كان
 الثاني أشبه ، لان اطلاق المدة يقتضي الاتصال بالعقد .
 قال رحمه الله : والحدارة .
 اقول : المراد بالحدارة هنا الغلط ، ومنه الحادر للمبلى .
 قال رحمه الله : ولو امتنع من أخذ حقه ، ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف
 من المشتري ، كان من مال البائع على الاظهر .
 اقول : أوجب الشيخ رحمه الله : تسليم الحق الى الامام أو نائبه ليحفظه
 للمستحق ، هذا مع امتناع المستحق من قبضه أو ابراء ذمة من عليه منه ، وهو

(١) النهاية ص ٣٨٨ .

(٢) المبسوط ٨٦/٢ .

(٣) الخلاف ٥١٣/١ .

ظاهر كلام المتأخر، وما ذكره المصنف في المتن مذهب الشيخ في النهاية^(١) وعليه الأكثر . والحق ما قاله في المبسوط^(٢) مع إمكان الوصول الى الحاكم .

قال رحمه الله : وفي دخول المفاتيح تردد ، ودخولها أشبه .

أقول : منشؤه : النظر الى كونها منقولة ، فلا يدخل في المبيع كغيرها، ولأن العقد انما وقع على الدار ، وليست المفاتيح جزءاً منها .

والالتفات الى أن تسليم المبيع واجب ، ولا يتم الا بالمفاتيح ، ولقضاء العادة بدخولها .

قال رحمه الله : الاحجار المخلوقة في الارض والمعادن تدخل في [بيع] الارض ، لانها من أجزائها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة بقاء الملك على مالكه ، فلا يدخل الا ما وقع عليه العقد ، وليس الا الارض .

والالتفات الى كون ذلك جزءاً منها فدخل ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط^(٣) . واعلم أن هذا التردد ضعيف جداً ، اذ لا يصدق اسم الارض على ذلك أصلاً فلا بدخل قطعاً ، الا أن عادة هذا الشيخ رحمه الله التردد لمكان الخلاف ، وإن لم يمس للمحل الآخر وجه .

قال رحمه الله : فان امتنع من التسليم أجبراً ، وان امتنع أحدهما أجبر الممتنع والمحل . يمسر البائع أولاً ، والاول أشبه .

(١) النهاية ص ٣٨٨ .

(٢) المبسوط ٢ / ١٩٠ .

(٣) المبسوط ٢ / ١٠٦ .

اقول : القول الاخير مذهب الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢)، وأتبعه ابن البراج .

والقول الثاني ظاهر كلام أبي علي . وانما كان أشبه ، لان حال ما ينتقل المبيع الى المبتاع ينتقل الثمن الى البائع .

قال رحمه الله : والقبض هو التخلية - الى قوله : والاول أشبه .

اقول : انما كان أشبه ، لانه قد استعمل في التخلية اجماعاً ، فلا يستعمل في غيرها ، دفعاً للاشتراك والمجاز اللذين هما على خلاف الاصل .

قال رحمه الله : ولو نقصت قيمة المبيع بحدث فيه قبل قبضه ، كان للمشتري رده ، وفي الارش تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في صورة حصول تلف المبيع جميعاً قبل القبض ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداه وهو فتوى الشيخ في الخلاف^(٣)، وقواه المصنف في النكت .

والالتفات الى أن الممتنع جميعاً مضمون على البائع فكذا بعضه ، لاستلزام الكل جزؤه . وعلى هذا الدليل ذكره العلماء في سور السالبة الجزئية والمهملة أيضاً ليس هذا موضع ذكره . وأجابوا عنه بجواب شاف .

قال رحمه الله : وان لم يكن له قسط من الثمن - الى آخره .

أقول : هذه المسألة تدل على أنه يختار أن لأرش فيما يحدث بعد البيع وقبل القبض .

قال رحمه الله : لو باع شيئاً فغصب - الى قوله : ولا يلزم البائع أجره المدة

(١) المبسوط ١٩٠/٢ .

(٢) الخلاف ٥٩٨/١ .

(٣) الخلاف ٥٩٨/١ .

على الاظهر .

أقول: منشأ الخلاف في هذه المسألة : من كون المبيع مضموناً على البائع الى حين تسليمه الى المشتري ، فيجب عليه ضمان المنفعة ، لانها تابعة لضمان العين ، وهو المراد بالاجرة . ومن أصالة البراءة ، ولان الغاصب هنا مباشر ، فيكون الضمان عليه فقط .

قال رحمه الله: من ابتاع شيئاً ولم يقبضه كره له بيعه - الى قوله: والاول أشبه .
أقول : القول الاول مذهب شيخنا المفيد قدس الله روحه والشيخ ، عملاً بالاصل ، وتنزيلاً للروايات على الكراهية ، لمعارضتها عموم القرآن ومناقضتها الاصل .
والقول الثاني ذكره في المبسوط^(١) مدعيّاً للاجماع .

قال رحمه الله : وكذا لو دفع اليه مالا - الى قوله : وفيه تردد .
أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله ، وتبعه ابن البراج ، بناءً على أن الشخص الواحد لا يجوز أن يكون موجباً قابلاً ، وهي قضية ممنوعة ، وشيد المنع التمسك بمقتضى الاصل .

قال رحمه الله : ولوباعه أرضاً على أنها جربان معينة وكانت أقل ، فالمشتري مالجار بين فسخ البيع وأخذها بحصتها من الثمن ، وقيل : [بل] بكل الثمن .
والاول أشبه .

القول : ان كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض ، وجب عليه أن يوقته تمام ماباعه منها ، نعميلاً على رواية عمر بن حفظة عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) . وفيها ضعف لصحيف سندها .

(١) المبسوط ١١٩/٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٣/٢ ، ح ٢٤٣ .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ في المبسوط ، وتبعه ابن البراج ، لان العقد انما وقع على هذا الثمن ، فلا يجوز نقضه للاية ، ويؤيده الاصل والاستصحاب .
وتقريره أن هذا الثمن كان ثابتاً في ذمة المشتري قبل ظهور النقص فكذا بعده عملاً بالاستصحاب . والاول أشبه عند المصنف ، لاعتماده على الرواية، واعتضاده بالاصل الدال على براءة الذمة ، ترك العمل به في صورة عدم ظهور النقصان ، فيبقى معمولاً به فيما عداه .

قال رحمه الله : وكل ما يشترطه المشتري على البائع - الى آخره .
اقول : قال الجوهري : تأشير الاسنان تحزيرها وتحديد أطرافها يقال : بأستانه أشر وأشر ، مثال شطب السيف وشطبه^(١) . والزجج دقة الحاجبين وطولها ، قال الشاعر :

إذا ما الغايات خرجن يوماً وزججن الحواجب والعيونا

قال الجوهري : أي وكحلن العيونا ، كما قال الآخر :

* وعلقتها تبناً وماءاً بارداً *^(٢)

قال رحمه الله : وثبت التصرية في الشاة قطعاً ، وفي الناقة والبقرة على تردد .
اقول : منشؤه : النظر الى أصالة لزوم البيع ، ترك العمل بها فيما عداها .
والانقاعات الى أن العلة المقتضية لثبوت الخيار - وهي فوات معظم الفائدة المطلوبة منها ، أعني : اللبن - موجود هنا ، فيثبت الحكم عملاً بالمقتضي ، وبه أفتى الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٣) والخلاف^(٤) مدعياً للاجماع وأبو علي ،

(١) صحاح اللغة ٥٧٩/٢ .

(٢) صحاح اللغة ٣١٩/١ .

(٣) المبسوط ١٢٥/٢ .

(٤) الخلاف ٥٥١/١ .

وتبعهما ابن البراج والمتأخر .

ويؤيده قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « من ابتاع محفلة فله الخيار ثلاثة أيام »^(١) والمحفلة تقع على الناقة والبقرة اللتين ترك حلبها ربها تدليساً ، لوقوعه على الشاة من غير ترجيح . قال رحمه الله : تحمير الوجه ووصل الشعر تدليس ، يثبت به الخيار دون الارش . وقيل : لا يثبت به الخيار ، والاول أشبه .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله تعالى . وانما كان الاول أشبه ، لان التحمير والوصل تدليس اجماعاً ، فيثبت معه الخيار كغيره .

ومستند القول الثاني التمسك بأصالة لزوم البيع ، وأصالة عدم كونه موجباً للخيار ، والاصل يخالف للدليل وقد بان .

قال رحمه الله : اذا حدث العيب - الى آخره .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة .

قال رحمه الله : من باع غيره متاعاً - الى آخره .

أقول : قد تقدم أيضاً البحث في هذه .

قال رحمه الله : ويجوز بيع المتجانسين وزناً بوزن نقداً . ولا يجوز مع زيادة ولا يجوز اسلاف أحدهما في الآخر على الاظهر .

أقول : هذا القول هو المشهور ، ويؤيده قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « انما الربا في النسيئة »^(٢)

قال الشيخ في الخلاف : يجوز بيع بعض الجنس ببعض متماثلاً بدأ بيد ويكره نسيئة^(٣) .

وليس بصريح في الكراهية ، اذ قد يطلق على المحرم اسم المكروه ، كما

(١) سنن ابن ماجه ٢/٧٥٣ ، برقم : ٢٢٤٠ .

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ ، برقم : ٢٢٥٧ .

(٣) الخلاف ١/٥٢٤ مسألة ٦٥ .

بيناه أولاً في هذا الكتاب ، وكثيراً ما يستعمل هو رحمه الله ذلك في هذا الكتاب .
قال رحمه الله: ولو اختلف الجنسان جاز التماثل والتفاضل نقداً، وفي النسبة
تردد ، والاحوط المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز ، ويؤيده قوله عليه السلام « اذا اختلف
الجنسان فبيعوا كيف شئتم ^(١) » وبه أفنى الشيخ في النهاية ^(٢) والمبسوط ^(٣) ، وتبعه
ابن حمزة والمتأخر .

والالتفات الى قوله عليه السلام « انما الربا في النسبة » وبه أفنى شيخنا المفيد
وجماعة من الاصحاب .

قال رحمه الله : والحنطة والشعير جنس واحد في الربا على الاظهر ، لتناول
اسم الطعام لهما .

أقول : قد نازع المتأخر في كونهما جنساً واحداً ، وشنع تشنيعاً عظيماً .
والالتفات الى تشنيعه ، مع ورود الاخبار الصريحة الصحيحة المشهورة ، المؤيدة
بعمل أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : والخلول تتبع ما تعمل منه - الى قوله : ويجوز التفاضل
بينهما نقداً ، وفي النسبة تردد .

أقول : قد تقدم بحث هذه .

قال رحمه الله : ويجوز بيع المعدود متفاضلاً ، كالثوب بالثوبين ، والبيضة
بالبيضتين والبيض نقداً ، وفي النسبة تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ويعضده عموم الآية .

(١) عوالي اللئالي ٢/٢٥٣ و ٣/٢٢١ .

(٢) النهاية ص ٣٧٧ .

(٣) المبسوط ٢/٨٩ .

والالتفات الى قوله عليه السلام « انما الربا في النسبة^(١) » وبه أفتى جماعة من الاصحاب رضوان الله عليهم .

قال رحمه الله : ويثبت الربا في الطين الموزون كالارمني على الاشبه .
أقول: قال الشيخ في الخلاف : الطين الذي يأكله الناس حرام لا يحل أكله ولا بيعه^(٢) فعلى هذا لا معنى لثبوت الربا فيه وتبعه القاضي عبد العزيز .
وقال في المبسوط : يثبت الربا في الارمني فقط ، لانه من الموزون^(٣) .
واختاره المصنف .

وانما كان أشبه ، لتناول أدلة تحريم الربا له ، ولان مع اعتماده تحصل البراءة قطعاً ، بخلاف ما لم يعتمد .

قال رحمه الله : وفي بيع الرطب بالتمر تردد ، والاظهر اختصاصه بالمنع ، اعتماداً على أظهر الروايتين .

أقول منشأ التردد: النظر الى الاصاله وعموم الاية ، وبه قال الشيخ في موضع من المبسوط^(٤) ، واختاره المتأخر مشنعاً على الشيخ تشبيهاً لاطائل تحته ، وبه رواية عن الصادق عليه السلام^(٥) .

والالتفات الى رواية الحلبي عنه عليه السلام^(٦) ، وعليها الاكثر . والاولى ضعيفة السند فلا يصح التمسك بها .

قل رحمه الله : اذا كانا في حكم الجنس الواحد ، وأحدهما مكيل والاخر

(١) سنن ابن ماجه ٢ / ٧٥٤ ، برقم : ٢٢٥٧ .

(٢) الخلاف ١ / ٥٢٦ مسألة ٦٩ .

(٣) المبسوط ٢ / ٩٠ .

(٤) المبسوط ٢ / ٩٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٧ / ٩٧ ، ح ٢٣٣ .

(٦) تهذيب الاحكام ٧ / ٩٤ ، ح ٤٤ .

موزون ، كالحنطة والدقيق ، فبيع أحدهما بالآخر وزناً جائز ، وفي الكيل تردد ، والاحوط تعديلهما بالوزن .

اقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز ، ويؤيده عموم الآية .

والالتفات الى أن المساواة شرط في جواز هذا البيع ولم يحصل قطعاً ولا ظاهراً ، وهو فتوى الشيخ وتبعه ابن البراج والمتأخر .

قال رحمه الله : بيع العنب بالزبيب جائز - الى آخره .

اقول : هذا الخلاف مبني على أن القياس المنصوص على علته هل هو حجة أم لا ؟ فان قلنا انه حجة - وهو اختيار الشيخ رحمه الله في بعض أقواله ومنقول عن شيخنا المفيد - لم يجز البيع ، والاجاز .

وتحقيق القولين في أصول الفقه ، فليطلب من هناك .

قال رحمه الله : ويثبت الربا بين المسلم والذمي على الاظهر .

اقول : للاصحاب في هذه المسألة قولان : الثبوت ، اختاره الشيخ رحمه الله وتبعه ابن البراج والمتأخر ، عملاً بعموم النهي عن الربا ، وهذا جزئي من جزئياته ، فيكون داخلاً تحته ولان أموال أهل الذمة معصومة .

وعدمه ، اختاره شيخنا المفيد وعلم الهدى وابن بابوية ، عملاً بالاصل ، ترك العمل به في غير هذه الصورة ، فيبقى معمولاً به فيها ، وبه رواية^(١) ، والاصل يخالف للدليل ، والرواية شاذة ، فلا ينهض معارضة لعموم القرآن والروايات .

قال رحمه الله : والتقابض في المجلس شرط في صحة الصرف ، فلو افترقا قبله بطل على الأشهر .

اقول : لأعرف مخالفاً في هذه المسألة ، الا ابن بابوية فانه لا يشترط التقابض

في المجلس ، فلا يفتي بالبطلان ، عملاً بروايات ضعيفة تعارضها روايات صحيحة

كثيرة مؤيدة بعمل اكثر الاصحاب .

قال رحمه الله^(١): اذا اشترى دراهم بمثلها في الذمة - الى قوله : وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً ، وفيما بعد التفرق تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى أصالة لزوم العقد، فلا يكون له المطالبة بالابدال ترك العمل بها في الصورة الاولى، لعدم انعقاد العقد شرعاً، فيبقى معمولاً بها في الصورة الثانية ، ولان العقد لم يتناول البدل ، فلا يكون له المطالبة ، اذ لم يثبت غيره ناقلاً شرعاً .

والالتفات الى أن العقدانما وقع على دراهم صحيحة ثابتة في الذمة ولم يحصل فيكون له المطالبة بالصحيحة، وهو المراد بقوله تعالى «أوفوا بالعقود»^(٢) أو جب الوفاء بالعقود ، ولا نعني بالوفاء بها الا الاتيان بمقتضاها، وهذا من جملة مقتضاها فيكون واجباً على البائع ، فكانت المطالبة بالبدل سائغة للمشتري ، وهو اختيار الشيخ وابن حمزة .

قال رحمه الله: روي جواز بيع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم، وهل يعدى الحكم ؟ الاشبه لا .

اقول: اعلم أن الربا ثابت في هذه المسألة، اذ هو بيع المتجانسين مع زيادة في أحدهما، وهذا المعنى موجود هنا ، لكن الاصحاب اعتمدوا في تسويغ ذلك على الرواية المروية عن الصادق عليه السلام^(٣) . وهي صحيحة السند، وصاحب الوسيلة منع من ذلك، اعتماداً على عموم الآية والروايات، والمتأخر تردد في العمل بالرواية. اذا عرفت هذا فنقول: هل يتعدى الحكم ؟ أي : هل يجوز اشتراط صياغة

(١) كذا في « س » وفي « م » : دام ظله.

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) تهذيب الاحكام ١١٠ / ٧ ، ح ٧٧ .

غير الخاتم ؟ الوجه لا ، اقتصاراً على مورد النص ، وتمسكاً بعموم الآية ، وجوزه الشيخ رحمه الله . وهو ضعيف ، إذ التعدي قياس ، وهو عنده باطل ، وتوجيه المتأخر لكلام الشيخ يعطي جواز ذلك ، وضعفه ظاهر ، فالاعراض عنه جدير . قال رحمه الله : أما النخل ، فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً ، وفي جواز بيعها كذلك عامين [فصاعداً] تردد ، والمروي الجواز .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على جواز البيع ، ترك العمل به في الصورة الاولى ، للاتفاق على المنع فيها ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، ويؤيده عموم الآية ، والرواية المروية عن الصادق عليه السلام^(١) ، وبه أفتى صاحب المقنع^(٢) . والالتفات الى تحقق الفرار المنهي عنه شرعاً هنا ، فلا يصح البيع وعليه الأكثر حتى أن المتأخر ادعى عليه الاجماع ، ونسب القائل بذلك الى الغلط .

قال رحمه الله : ولو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة ، قيل : لا يصح ، وقيل : يكره ، وقيل : يراعى السلامة والاول أظهر^(٣) .

اقول : القول الاول مذهب الشيخ رحمه الله في أكثر كتبه ، ومستنده الروايات . والثاني مذهب شيخنا المفيد قدس الله روحه ، وهو القول الثاني للشيخ رحمه الله ، واختاره المتأخر ، ومستنده التمسك بالاصل وعموم الايات والاخبار ، وبه رواية مروية عن أبي عبد الله عليه السلام^(٤) . وهو قوي ، اذ فيه توفيق بين الروايات . والثالث منقول عن سلال .

قال رحمه الله : ولو أدركت ثمرة بستان لم يجز بيع [ثمرة] البستان الاخر

(١) تهذيب الاحكام ٨٥/٧ ، ح ٨٢ .

(٢) المقنع ص ١٢٣ .

(٣) في الشرائع : أشهر .

(٤) تهذيب الاحكام ٨٦/٧ .

ولو ضم اليه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصاله ، ويؤيدها عموم الاية والرواية المروية عن الصادق عليه السلام^(١) ، ولان أحد شروط الجواز هنا موجود ، فيصح البيع . أما الاولى ، فلان البستان المدرك يصح كونه ضميمه ، وهي أحد الشروط المقتضية للجواز . وأما الثانية ، فاتفاقية .

والاكتفاء الى أن بعض المبيع مجهول ، وهومة صود بالبيع ، فلا يصح البيع حينئذ ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) . قال رحمه الله : وأما الاشجار - الى آخره .

أقول : هذه اشارة الى ما ذكره الشيخ في المبسوط^(٤) من اشتراط زيادات اخر في بدو صلاح ثمرة الشجرة ، سوى ما ذكره . وانما كان أشبه للاصل ، والاقتصار على مورد النقل .

قال رحمه الله : ولو كان التلف بعد القبض وهو التخلية ، لم يرجع على البائع بشيء على الاشبه .

أقول : للشيخ قول بالرجوع ، وانما كان أشبه لقوله عليه السلام^(٥) «الخراج بالضمآن» . قال رحمه الله : وتملك المرأة كل أحد ، عدا الاباء وان علوا ، والاولاد وان سفلوا نسباً ، وفي الرضاع تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة جواز التملك ، خرج عنه الصورة الاولى للاتفاق عليها ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو فتوى المفيد والمتأخر وقدماء

(١) تهذيب الاحكام ٨٥/٧ .

(٢) المبسوط ١١٤/٢ .

(٣) الخلاف ٥٤٢/١ .

(٤) المبسوط ١١٣/٢ .

(٥) المبسوط ١٢٦/٢ .

علمائنا .

والالتفات الى قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) والتحريم المضاف الى الاعيان يفيد تحريم الفعل المقصود من تلك الذات ، وهو اختيار الشيخ والقول الاخر للمفيد .

قال رحمه الله : اذا حدث في الحيوان عيب - الى آخره .

أقول : قد سبق تحقيق هذا البحث .

قال رحمه الله : ولو حدث فيه بعد القبض عيب من غير جهة المشتري لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار ، وهل يلزم البائع أرشه ؟ فيه تردد والظاهر لا .

أقول : منشؤه : من حيث أنه مضمون على البائع ، وضمان الجملة يستلزم ضمان الاباض . ومن أن فوائده للمشتري ، فيكون ضمانه عليه ، عملاً بقوله ﷺ : الخراج بالضمان^(٢) .

قال رحمه الله : ولو باع الحامل ، فالولد للبائع على الاظهر ، الا أن يشترطه المشتري .

أقول : هذا هو المشهور ، وذهب الشيخ في المبسوط^(٣) الى دخول الحمل في بيع الحامل ، بناءً على انه جزء منها ، وتبعه ابن البراج ، ونحن نمنع ذلك . قال رحمه الله : ولو قال له : الربح لنا ولاخسران عليك ، فيه تردد ، والمروي الجواز .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله «المؤمنون عند شروطهم»^(٤) وهذا شرط ،

(١) عوالى اللئالى ٤٤/١ .

(٢) المبسوط ١٢٦/٢ .

(٣) المبسوط ١٢٦/٢ .

(٤) عوالى اللئالى ٢٣٥/١ و٢٩٣ و٢٧٥/٢ .

فيجب الوفاء به ، خصوصاً مع وجود الرواية المروية عن أبي الحسن موسى عليه السلام^(١) بتسويغ ذلك ، وعليها فتوى الشيخ رحمه الله في النهاية^(٢).

والالتفات الى أن الربح والخسران تابعان للاموال ، فلا يصح وضعهما على أحدهما دون الآخر ، اذ لأولوية ، وهو فتوى المتأخر .

قال رحمه الله : ويكره وطىء من ولد من الزنا بالملك والعقد ، على الاظهر .

أقول : قد نازع المتأخر في جواز وطىء من ولد من الزنا ، بناءً على أن ولد الزنا كافر . ونحن نمنع دعواه ، ونطالبه بدليل مادعاه .

قال رحمه الله : ولا يقوم الجارية الموطوءة على الشريك بنفس الوطىء على الأصح .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله أوجب التقويم بنفس الوطىء ، عملاً برواية يونس عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣) . وهي ضعيفة السند .

وانما كان الاول أصح ، لأصالة براءة الذمة ، ولأن التقويم خلاف مقتضى الاصل ، ترك العمل به في صورة الحبل ، فيبقى معمولاً به في غيرها . نعم لو كانت بكرًا كان عليه أرشها ، وهو ما بين قيمتها بكرًا وثيباً .

وفي هذه المسألة بحث طويل أضربنا عنه خوف الاطالة .

قال رحمه الله : ويجوز اشتراط الجبد والردي ، ولو شرط لم يصح لتعذره وكذا لو شرط الارء ، ولو قيل في هذا بالجواز كان حسناً ، لامكان التخلص .

أقول : القول الاول مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤) . والثاني خروجه

(١) تهذيب الاحكام ٧١/٧ ، ح ١٨ .

(٢) النهاية ص ٤١١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧٢/٧ ، ح ٢٣ .

(٤) المبسوط ١٢٥/٢ .

المصنف رحمه الله، لا مكان التخلص بدفع الرديء ، اذ هو أعلى صفة من الاردى ضرورة ، فيجب قبوله على المشتري .

قال شيخنا دامت فضائله : هذا القول ليس بجيد ، لان الشيخ رحمه الله لم يطله من حيث تعذر التسليم ، بل من حيث الجهالة ، فان الارء لا ينضبط بالوصف ، فلهذا المعنى أبطله الشيخ خصوصاً وقد بين رحمه الله ذلك، فقال: لو شرط الاجود والارء لم يصح ، لانه لا يوقف عليه .

قال رحمه الله : وفي جواز الاسلاف في الجلود تردد ، وقيل : يجوز مع المشاهدة ، وهو خروج عن السلم .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله تعالى « وأحل الله البيع »^(١) وهذا جزئي من جزئياته ، فيدخل تحته .

والالتفات الى أن الجلود مما لا يمكن ضبطها بالوصف، لاختلاف خلفته، فلا يصح السلم فيها ، وهو أحد قولي الشيخ .

وأما التفصيل فشيء ذكره الشيخ رحمه الله، وهو مروي عن أهل البيت عليهم السلام وهو خارج عن موضع النزاع ، اذ السلم ابتاع مال مضمون الى أجل معلوم كما حده المصنف .

قال رحمه الله : وفي الاسلاف في جوز القز تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل والاية .

والالتفات الى أن جوز القز مشتمل على ما لا يصح بيعه ، فلا يصح بيعه . أما الاولى ، فلانه مشتمل على الدود الذي لا يصح بيعه . أما حياً فلانه لا منفعة فيه بل يفسده، لانه يقرض القز ويخرج منه . وأما ميتاً ، فللنهي عن بيع الميتة وللاولوية . وأما الثانية فظاهرة ، اذ التقدير أن الاسلاف وقع على القز المشتمل على الدود .

لا يقال: لولم يجز الاسلاف في ذلك ، لم يجز الاسلاف في الثمرة المشتمل على النوى ، والتالي باطل اجماعاً. فالمقدم مثله. بيان الشرطية: أن اشتغال البيع على ما لا يصح بيعه ان كان مانعاً من انعقاد البيع على المجموع كان مانعاً في الموضعين وان لم يكن مانعاً جاز البيع في الموضعين ، اذ التقدير أنه لا يبايع نواه .
 لانا نقول : نمنع عدم صحة بيع النوى ، وما الدليل على ذلك ؟ سلمنا لكن النوى وان لم يكن فيه منفعة ، فانه لا مفسدة فيه فافترقا ، فبطل القياس .
 قال رحمه الله: ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الاشبه، وان كان في حمله مؤونة .

اقول : أوجب الشيخ رحمه الله في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) ذكر موضع التسليم ، ان كان لنقل المسلم فيه أجرة ، عملاً بالاحتياط ، اذ مع ذكره يحكم بالصحة قطعاً، بخلاف ما لولم يذكر، وأتبعه ابن حمزة، وأنكره المتأخر، ورجحه المصنف ، لاستناده الى أصالة البراءة .

قال رحمه الله : ولو دفع خمسين وشرط الباقي من دين له على المسلم اليه صح فيما دفع ، وبطل فيما قابل الدين ، وفيه تردد .
 أقول : هذا التردد مبني على أن ثمن المسلم فيه هل يجوز أن يكون من دين على المسلم اليه أم لا، فان قلنا بالجواز صح في الجميع، والاصح في المقبوض ويبطل في الباقي .

قال رحمه الله : اذا تقايلا - الى قوله : وفيه وجه آخر .
 اقول: الذي سمعت^(٣) من شيخنا وقت القراءة عليه أن المراد بالوجه الاخر هنا عدم صحة التقاييل لفقد العوض المتقابل عليه .

(١) الخلاف ٥٩٣/١ مسألة ٩ من كتاب السلم .

(٢) المبسوط ١٧٣/٢ .

(٣) في «س» : سمعته .

قال رحمه الله : لايجوز للملوك أن يتصرف في نفسه - الى قوله: وكذا لو أذن له المالك أن يشتري لنفسه، وفيه تردد، لانه يملك وطىء الامة المبتاعة مع سقوط التحليل في حقه .

اقول : اذا أذن المولى لمملوكه في الشراء لنفسه هل يملك بذلك؟ تردد فيه المصنف ، ومنشؤه : النظر الى عموم قوله تعالى « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء »^(١) وقد عرفت فيما مضى أن النكرة في سياق النفي يعم . وفي الاستدلال بهذه الآية تعسف، اذ لايلزم من نفي القدرة على بعض الممالك نفيها عن الجميع ، وهو ظاهر .

ويمكن أن يقال: التملك حكم شرعي ، فيقف على اذن الشرع ولأذن هنا ، فلا ملك . واعتذر بعضهم بأن النكرة يعم لعدم مرجح فيخصصها ببعض الممالك دون بعض ، فاما أن يكون عامة للجميع وهو المطلوب ، أو لا يتناول أحداً ، وهو باطل قطعاً . وفيه ضعف ظاهرة .

والالتفات الى أنه يستبيح وطىء الامة المأذون له في ابتاعها لنفسه، ولا شيء من الاسباب المبيحة للوطىء موجودة هنا الا التملك ، فيلزم القول به . أما الاولى ، فلان الاسباب المقتضية للاستباحة العقد ، وهو منتف هنا ، والتحليل، وهو منتف أيضاً ، لافتقاره الى اللفظ الدال عليه، فلم يبق سوى الملك . وأما الثانية، فظاهرة، لاستحالة وجود الملزوم من حيث هو ملزوم بدون لازمه ولو قيل بالمنع من الوطىء أصلاً - الامع صريح الاذن - كان وجهاً ، ولقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا ، اذ الاذن في الشراء مستلزم للاذن في الوطىء، وهذا انما يتأتى على قول من لم يجعل التحليل لفظاً معيناً .

قال رحمه الله: ويسمع دعوى الراهن لو ادعى المواطاة على الاشهاد ويتوجه

اليمين على المرتهن ، على الاشبه .

أقول: منشأ الخلاف في هذه المسألة : من أن ظاهر اقراره مكذب لدعواه فلا يسمع ، ومن قضاء الظاهر بما يدعيه فيسمع .
قال رحمه الله : ولا يجوز تسليم المشاع الا برضا شريكه ، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل ، على الاشبه .

أقول : ذهب بعض علمائنا الى جواز تسليم المشاع بدون اذن الشريك اذا كان مما لا ينقل ، لانتهاء التصرف في مال الشريك الاخر حينئذ ، اذ التسليم هنا هو التخلية فقط ، والحق أنه لا يجوز ، وانتهاء التصرف في مال الشريك هنا ممنوع .
قال رحمه الله : وفي رهن المدبر تردد ، والوجه أن رهن رقبته ابطال لتدبيره .
أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله «إِلَّا» الناس مسلطون على أموالهم»^(١) والمدبر مال فيصح رهنه .

والالتفات الى أن رهنه تعريض لابطال التدبير ، فلا يصح .
واعلم أن التدبير وصية يجوز الرجوع فيها اجماعاً منا ، فان قصد برهن رقبته مسح التدبير بطل التدبير وصح الرهن قطعاً .
وان لم يقصد الفسخ ، فاشكال ، ينشأ : من أن نفس الرهن رجوع ، اذ فيه تسلط على البيع ، فيصح الرهن ويطل التدبير ، ومن أنه لم يقصد الرجوع ، فبطل الرجوع ، ويكون التدبير باقياً على صحته للاستصحاب .
فال رحمه الله : ولو رهن الذمي عند مسلم خمراً لم يصح ، ولو وضعها على بد ذمي على الاشبه .

أقول : ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) يقتضي الجواز مع وضعها على يد الذمي ، وليس بجيد ، لأن الذمي هنا وكيل للمسلم ، وكما لا يصح منه الارتهان مباشرة فكذا استنباطه لانه أولى .

قال رحمه الله : ويصح رهن العبد الجاني خطأ ، وفي العمد تردد .

القول : البحث في هذه قريب من البحث في مسألة بيعه وقد سبق .

قال رحمه الله : وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن على يد عدل معين لزم ، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر إلى أن الوكالة عقد جائز من الطرفين قبل الشرط إجماعاً منا ، فيجوز للراهن فسخها ، إذ الأصل بقاء ما كان عليه .

والالتفات إلى قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) ولأنه شرط حصل في عقد لازم ، فلا يجوز فسخه ، كغيره من الشروط الواقعة في العقود اللازمة ، وعليه الشيخ وأتباعه .

قال رحمه الله : والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره من الغرماء ، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً ، على الأشهر^(٤) .

أقول : ذهب بعض علمائنا إلى أن المرتهن مساو لغيره من الغرماء في استيفاء دينه من الرهن إذا كان الراهن ميتاً وكانت التركة قاصرة عن أداء الديون ، وليس بجيد .

لنا - أن الرهن وثيقة لدين المرتهن ، ولأن حقه أسبق فيكون أولى .

قال رحمه الله : وفي صحة عتق الراهن مع الإجازة تردد ، والوجه الجواز .

(١) المبسوط ٢/٢٢٣ .

(٢) الخلاف ١/٦١٣ ، مسألة ٥٢ .

(٣) عوالي اللئالي ١/٢٣٥ و ٢٩٣ و ٢/٢٧٥ و ٣/٢١٧ .

(٤) في د س : الاظهر .

أقول: منشؤه: النظر الى أن العتق نوع تصرف، فيكون منهياً عنه، والنهي يدل على الفساد في العبادات، ولا تؤثر فيه الإجازة اللاحقة لتأخرها عنه، وهو فتوى الشيخ في المبسوط^(١).

والالتفات الى أن المانع من العتق إنما هو تعلق حق المرتهن به، فإذا أسقط حقه ارتفع المانع، وبه أفتى في النهاية^(٢). أما لو سبق الاذن على العتق، صح قولاً واحداً.

قال رحمه الله: وفي صحة عتق المرتهن مع إجازة الراهن تردد، والوجه المنع، لعدم الملك ما لم يسبق الاذن.

أقول: منشؤه: النظر الى أن شرط صحة العتق سبق الملك ولم يحصل فيكون العتق باطلاً.

والالتفات الى أن الإجازة اللاحقة ذالة على الرضا بالعتق، فيكون صحيحاً. قال رحمه الله: ولو حملت الشجرة أو الدابة أو المملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهناً كالأصل على الأظهر.

أقول: اختلف آراء الأصحاب هنا، والذي اختاره المصنف مذهب الشيخ في النهاية^(٣)، واختار في نكت النهاية أنه لا يدخل، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(٤) والخلاف^(٥)، ولعله الأقرب.

قال رحمه الله: ولا يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل في رهن الأرض، ولو قال بحقوقها دخل، وفيه تردد.

(١) المبسوط ٢٠٦/٢.

(٢) النهاية ص ٤٣٣.

(٣) النهاية ص ٤٣٤.

(٤) المبسوط ٢٤١/٢.

(٥) الخلاف ٦١٥/١.

أقول: منشؤه: النظر الى أصالة عدم الرهن، ترك العمل بها في رهن الارض لوجود اللفظ الدال على رهنها ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، ولأن عقد الرهن إنما تناول الارش فقط ، وليس الزرع والنخل والشجر جزءاً منها. والالتفات الى ظاهر الرواية^(١) .

قال رحمه الله : ولو رهن من مسلم خمراً لم يصح، فلو انقلب في يده خلا فهو له على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن هذا الخل هو الخمر بعينه ، وإنما امتاز عنه بأوصاف عارضة له ، فيكون للراهن أخذه ، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «من وجد عين ماله كان له أخذها»^(٢).

والالتفات الى أن الخمر لا يدخل في ملك المسلم ، بمعنى أنه لا يصح له التصرف فيه ببيع أو هبة أو غير ذلك، فإذا رهنه خرج عن ملكه وصار كالمباح يملكه المرتهن بأجازته له ، وهو فتوى الشيخ .

وفي هذا الوجه ضعف ظاهر ، فاذن الوجه الاول هو المعتمد .
قال رحمه الله : ولو أقر المفلس بعين دفعت الى المقر له ، وفيه تردد، لتعلق حق الغرماء بأعيان أمواله .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٣) .
والالتفات الى أن حق الغرماء قد تعلق شرعاً بأعيان ماله، فلا يسمع اقراره لما فيه من تضييع الحقوق الثابتة شرعاً .

قال رحمه الله : ومن وجد عين ماله كان له أخذها ، ولو لم يكن سواها . وله

(١) تهذيب الاحكام ١٧٣/٧ .

(٢) المعجم المفهرس لالفاظ الحديث النبوي ٤٥٤/٤ .

(٣) عوالي اللثالي ٢٢٣/١ و ٢٥٧/٢ و ٤٤٢/٣ .

أن يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان وفاء أو لم يكن على الاظهر .
 اقول : ذهب الشيخ في النهاية^(١) والاستبصار^(٢) الى عدم الاختصاص مع
 قصور أمواله عن أداء ديونه ، لما فيه من الاضرار بباقي الغرماء ، والاول مذهب
 الاكثر .

لنا - قوله عليه السلام : من وجد عين ماله كان له أخذها^(٣) .
 قال رحمه الله : ولو كان النماء متصلاً ، كالسمن أو الطول ، فزادت لذلك
 قيمته ، قيل : له أخذه ، لان هذا النماء يتبع الاصل ، وفيه تردد .
 اقول : القائل بهذا القول هو الشيخ أبو جعفر رضي الله عنه في المبسوط ،
 لان النماء المتصل تابع للاصل ، أي : ينتقل بانتقاله .
 وأما منشأ التردد : فالنظر الى ان الزيادة حصلت في ملك المشتري اجماعاً
 فتكون له كالنماء المنفصل ، ولقوله عليه السلام « الخراج بالضمان »^(٤) فحينئذ يتخير
 البائع بين أخذه بقيمته ، ويرد على الغرماء الفاضل من القيمة عن الثمن . وبين
 الضرب مع الغرماء ، كما اختاره أبو علي .
 والالتفات الى أن النماء المتصل^(٥) تابع في أكثر صور الانتقالات ، فيكون
 تابِعاً هنا ترجيحاً للاغلبية .

قال رحمه الله : الوصف الثاني - الرشد ، وهو أن يكون مصلحاً لماله ،
 وهل يعتبر العدالة ؟ فيه تردد .

(١) النهاية ص ٣١٠ .

(٢) الاستبصار ٨ / ٣ .

(٣) المعجم المفهرس لالفاظ الحديث النبوي ٤ / ٤٥٤ .

(٤) عوالي اللئالي ١ / ٢١٩ .

(٥) في «س» : المنفصل .

أقول : منشؤه : اختلاف التفسير في الرشد المذكور في الآية ، فإن بعض المفسرين فسره باصلاح المال والعدالة، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(١)، وبعضهم فسره باصلاح المال فقط ، وعن ابن عباس انه الوقار والحلم والعقل .
قال رحمه الله : ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات ، ليعلم قوته على المكايسة في المبيعات .

أقول : المكايسته بالياء المنقطة من تحتها نقطتين المغالبة .
قال الجوهري : كايسة فكسته أي : غلبته ، وهو يكايسه في البيع^(٢) .
قال رحمه الله : لا يثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم ، وهل يثبت في السفیه بظهور سفيهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لا يثبت .

أقول : منشؤه : النظر الى كون الحجر حكماً شرعياً ، فيقف على اذن الحاكم كغيره من الاحكام ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٣) .
والالتفات الى أن تحقق السبب الموجب للحجر وهو السفه .
قال رحمه الله : ولو أودعه انسان ودیعة فأتلفها ، فيه تردد ، والوجه أنه لا يضمن .
أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ولان المودع أئلف ماله بإيداعه السفیه ، فلا يستحق عليه شيئاً ، كما لو أودعه الصبي والمجنون .
والالتفات الى كونه مباشراً للاتلاف ، فيجب عليه الضمان كغيره .
قال رحمه الله : اذا حلف السفیه ان عقدت يمينه ، ولو حنث كفر بالصوم ، وفيه تردد .

أقول : لاخلاف في انعقاد يمينه مع الاولوية ، أو تساوي الطرفين . وانما

(١) المبسوط ٢ / ٢٨١ .

(٢) صحاح اللغة ٢ / ٩٧٠ .

(٣) المبسوط ٢ / ٢٨٦ .

الاشكال في الاقتصار على الصوم مع الحنث الذي تجب به الكفارة .
 اذا عرفت هذا فنقول : منشأ التردد : النظر الى كونه ممنوعاً من التصرف في
 أمواله ، فلا يجوز له التكفير بغير الصوم .

والالتفات الى أن كل واحد من خصال الكفارة مأذون في فعله شرعاً ، فيجوز
 له التكفير به ، ونمنع عموم المنع من التصرف في المال ، بل انما نمنع من انفاق
 المال في غير الاعراض السديدة .

قال رحمه الله : ولا عبرة برضا المضمون عنه ، لان الضمان كالقضاء ، ولو أنكر
 بعد الضمان لم يبطل ، على الاصح .

اقول : قال الشيخ في النهاية : متى تبرع الضامن بالضمان وقبل المضمون
 له ذلك ، صح الضمان وبرأت ذمة المضمون عنه ، الا أن ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل
 ضمان المتبرع ويكون الحق باقياً على أصله ، لم ينتقل عنه بالضمان^(١) .
 وهو فتوى شيخنا المفيد ، وتبعهما ابن البراج وابن حمزة ، وانما كان الاول اصح
 لوجوه :

الاول : أن الضمان يجري مجرى القضاء ، فلو قضى الاجنبي دين الغريم
 ورضي المدين ، برأت ذمة المدين اجماعاً ولم يكن له رده ، فكذا هنا .
 الثاني : أن علياً عليه السلام ضمن عن الميت ولو كان رضي المضمون عنه معتبراً
 لما صح هذا الضمان . وفيه نظر ، لاحتمال الاختصاص بالميت .
 الثالث : الضمان ناقل عندنا ، فاعادة المال الى ذمة المضمون عنه بعد انتقاله
 الى ذمة الضامن يحتاج الى دليل شرعي .

قال رحمه الله : والضمان المؤجل جائز اجماعاً ، وفي الحال تردد ، أظهره
 الجواز .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(١) ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن الضمان عقد شرع للارفاق ، ولا ارفاق في الحال ، وبه أفتى الشيخ في النهاية^(٢) ، ولقائل أن يمنع المقدمتين .

قال رحمه الله : الثاني - في الحق المضمون ، الى قوله : وكذا ما ليس بلازم لكن يؤول الى اللزوم ، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط ، وكمال السبق والرماية على تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى كون الجعالة عقداً جائزاً من الطرفين قبل الشروع فلا يصح ضمان مالها ، اذ هو ضمان مالم يجب ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف^(٣) . والالتفات الى الآية ، وعموم قوله ﷺ « الزعيم غارم^(٤) » ولان في الضمان مصلحة مقصودة للعقلاء لا يمكن حصولها الا به ، فيكون مشروعاً ، لقوله ﷺ « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن^(٥) » وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٦) . وأما عقد السبق والرماية ، فان قلنا انه عقد لازم كالاجارة ، صح ضمان ماله وان قلنا انه جائز كالجعالة ، كان البحث فيه كالبحث في الجعالة . قال رحمه الله : وفي ضمان الاعيان المضمونة ، كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد ، والاشبه الجواز .

اقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل ، ولان في الضمان مصلحة مقصودة

(١) المبسوط ٢ / ٣٢٣ .

(٢) النهاية ص ٣١٥ .

(٣) الخلاف ١ / ٦٣٩ .

(٤) سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ برقم : ٢٤٠٥ .

(٥) عوالي اللئالي ١ / ٣٨١ .

(٦) المبسوط ٢ / ٣٢٥ .

فيكون مشروعاً ، اذ الاحكام تابعة للمصالح عندنا ، ولانها أعيان مضمونة فيصح ضمانها .

والالتفات الى كونها غير ثابتة في الذمة، اذ الواجب تسليمها فقط، فلا يصح ضمانها ، اذ معناه انتقال المال من ذمة الى أخرى ، وهذا المعنى غير متحقق هنا. قال رحمه الله: ولا يشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما في ذمته ، صح على الاشبه .

اقول : ذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى اشتراط العلم بكمية المال المضمون، دفعاً للغرر والجهالة، وتبعه ابن البراج في المذهب والمتأخر ، ولم يشترطه في النهاية^(٣) ، عملاً بالاصل ، وعليه الاكثر .

قال رحمه الله: اذا ضمن عهدة الثمن ، لزمه دركه - الى قوله : أمالو طالب بالارش رجع على الضامن ، لان استحقاقه ثابت عند العقد ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه: النظر الى أصالة براءة الذمة، ولان ضمان عهدة الثمن عبارة عن الالتزام باداء الثمن مع خروج المبيع مستحقاً، وهذا المعنى غير موجود هنا . والالتفات الى أن دفع الثمن في مقابلة المبيع يقتضي تقسطه على جميع أجزائه، فاذا ظهر به عيب سابق تبين أن بعض الثمن لم يكن مستحقاً للبائع، فيكون له الرجوع على الضامن .

قال رحمه الله : اذا كان الدين مؤجلاً، فضمنه حالا، لم يصح، وكذا لو كان الى شهرين ، فضمنه الى شهر ، لان الفرع لا يرجع على الاصل ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه: النظر الى أصل الصحة ، ولاشتماله على المنفعة المقصودة للعباد .

(١) المبسوط ٢/٣٢٣ .

(٢) الخلاف ١/٦٣٨ .

(٣) النهاية ص ٣١٦ .

والالتفات الى أن المضا من فرع على المضمون عنه، فلا يجوز أن يكون المال عليه أثقل مما كان على المضمون عنه، اذ فيه ترجيح الفرع على الاصل، وهو فتوى الشيخ في المبسوط^(١)، ولما ضعف هذا الوجه ظاهراً، كان الاعراض عنه حقيقاً . قال رحمه الله: ويرأ المحيل وان لم يبرأه المحتال، على الاظهر .

أقول: اشترط الشيخ في براءة ذمة المحيل ابراء المحتال، عملاً بالرواية^(٢) وعليه دل ظاهر كلام الاكثر، ولم يعتبر المتأخر ذلك، لان البراء اسقاط مافي الذمة، وبالحالة قد حصل سقوط مافي الذمة، فلا معنى لاشتراط البراء، اذ هو تحصيل للحاصل، وأنه محال .

قال رحمه الله: ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً، تفصيلاً من النسلط على المحال، اذ لا يجب أن يدفع الامثل ما عليه، وفيه تردد .

أقول: منشؤه: النظر الى أصالة عدم الاشتراط .

والالتفات الى أن في عدم اعتبار تساوي الحقين تسلطاً على المحال عليه والاضرار به، فيكون منفياً بالاية والرواية، فيكون التساوي معتبراً، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٣)، وأتبعه ابن البراج وابن حمزة . وهو ضعيف، لانا نعتبر في صحة الحوالة رضا المحال عليه، ومع رضاه بذلك يندفع هذا المقال .

قال رحمه الله: اذا قال أحلتك عليه فقبض، وقال المحيل: قصدت الوكالة، وقال المحتال: انما أحلتني بمالي عليك فالقول قول المحيل، لانه أعرف بلفظه وفيه تردد .

أقول: منشؤه: النظر الى ظاهر اللفظ، فيكون القول قول المحتال، لاستناده

(١) المبسوط ٢ / ٣٢٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦ / ٢١٢ .

(٣) المبسوط ٢ / ٣٣٧ .

الى الظاهر .

والالتفات الى أن المتكلم أعرف بكلامه وقصده ، فيكون القول قوله عملاً بقوله ^(١) « وانما لامرى ، مانوى »

قال رحمه الله : اذا أحال المشتري البائع بالثمن ، ثم رد المبيع بالعيب السابق ، بطلت الحوالة ، لانها تتبع البيع ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى كون الحوالة عقداً ، فيجب الوفاء بها. أما الصغرى فلان العقد اسم للإيجاب والقبول ، ولا بد من اعتبارهما فيها ، وان وقع الخلاف في اعتبار رضا المحال عليه . وأما الكبرى ، فلقوله « أوفوا بالعقود ^(٢) » . والالتفات الى كونها تابعة للبيع هنا ومرتبة عليه وقد بطل بالرد ، فيبطل ، لاستحالة وجود التابع من حيث أنه تابع بدون المتبوع .

قال رحمه الله : وتصح الحوالة حالة ومؤجلة على الاظهر .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في النهاية: ولا يصح ضمان مال ولا نفس الأجل معلوم ^(٣) . والحق الجواز ، عملاً بأصله التي الجواز وعدم الاشتراط ، وهو اختياره في المبسوط ^(٤) ، واختاره المتأخر .

قال رحمه الله : ولو قال: ان لم أحضره كان علي كذا ، لم يلزمه الا احضاره دون المال . ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم أحضره ، وجب عليه ما شرط من المال .

أقول : حرف الشرط مقدم على الجزاء طبعاً ، وتقديم الجزاء عليه لفظاً جائز

(١) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) النهاية ص ٣١٥ .

(٤) المبسوط ٣٣٩/٢ .

لكنه لا يخل بالمعنى ، لانه مؤخر تقديرأ .

اذ عرفت هذا فنقول: الفارق في هذه المسألة ليس بتقديم حرف الشرط وتأخيرها
كما زعم من يزعم انه ناقد خريت ، بل الفارق مستفاد من الخبر المتلقى بالقبول
المأثور عن أبي عبدالله عليه السلام^(١).

قال رحمه الله : اذا تكفل بتسليمه مطلقا ، انصرف الى بلد العقد ، وان عين
موضعا لزم ، ولو دفعه في غيره لم يبرأ . وقيل : اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في
تسلمه ضرر وجب تسلمه ، وفيه تردد .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) ، وتبعه ابن البراج .
ومنشأ التردد : النظر الى اصاله براءة الذمة من وجوب التسليم ، ترك العمل بها
في صورة تسليمه في الموضع المشروط تسليمه فيه ، فيبقى معمولا بها فيما سواها
ولان تسليمه في غير الموضع المعين ليس حقا له ، فلا يجب عليه قبوله .
والالتفات الى أن في ذلك احسانا بالكفيل وارفافا به ، ولا ضرر على المكفول
فيه ، فيكون تسلمه واجبا . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى ، فلعموم قوله
« وأحسرا »^(٣) وغير ذلك من الايات الدالة على الامر بمساعدة الاخوان والارفاق
بهم .

قال رحمه الله : لاتصح كفالة المكاتب ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الصحة .

والالتفات الى أن صحة الكفالة بالنفس تابعة لصحة الكفالة بالمال الذي في
ذمة الكفيل ، وضمان المال الذي في ذمة المكاتب لسيده لا يصح ، فكذا كفالته على

(١) تهذيب الاحكام ٦ / ٢١٠ .

(٢) المبسوط ٢ / ٢٣٨ .

(٣) سورة البقرة: ١٩٥ .

تسليمه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١). ولقائل أن يمنع صحة ضمان المال عنه ، كما اختاره المصنف رحمه الله .

قال رحمه الله : ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ، ولم يكن فرعاً للبيع . ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف على الاشبه .

اقول: هذه المسألة يبنى على أن الصلح هل هو عقد قائم بنفسه ، أو فرعاً على غيره . فان قلنا بالاول ، وهو الذي قواه الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢)، وعليه أكثر الاصحاب، لم يعتبر في هذه المسألة ما اعتبر في الصرف من وجوب التقابض في المجلس .

وان قلنا بالثاني ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف^(٣)، حيث أورد مسألة دالة على ذلك، اعتبر فائدة الذين قالوا: ان الصلح فرع على غيره ، فالولاية فرع على خمسة عقود : البيع والاجارة والابراء والعارية والهبة .

قال رحمه الله: ولو أتلّف على رجل ثوباً قيمته درهم، فصالحه عنه على درهمين صح على الاشبه ، لان الصلح وقع عن الثوب لاعتن الدرهمين .

اقول : ذهب الشيخ في الخلاف^(٤) الى بطلان هذا الصلح ، بناءً على قاعدته ، فيفضي الى الربا حينئذ ، اذ هو بيع درهم بدرهمين .

ولما اخترنا القول الثاني لاجرم كان هذا الصلح عندنا صحيحاً ، وهو اختيار المتأخر وقوله في المبسوط^(٥)، والمصنف سلم القاعدة ومنع ثبوت الربا حينئذ، لان الصلح انما وقع عن الثوب دون الدرهم .

(١) المبسوط ٢/٣٤٠.

(٢) المبسوط ٢/٢٨٩.

(٣) الخلاف ١/٦٣٣.

(٤) الخلاف ١/٦٣٣ مسألة ١٠.

(٥) المبسوط ٢/٢٩٠.

قال رحمه الله : يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة ، ولو عارض فيها مسلم ، على الاصح .

اقول : أوجب الشيخ رحمه الله القلع مع معارضة واحد من المسلمين ، اذ الطريق حق لجميع المسلمين ، فلا يجوز الانتفاع بها مع انكار أحدهم كغيرها من الحقوق .

والحق أن القلع لا يجب ، عملاً بالاصل ، اذ الطريق غير مملوكة ، فلا يكون مشتركة ، بل انما يملك منافعها ، أعني : الاستطراق والجلوس غير المضر ، وهي المشتركة بينهم .

قال رحمه الله : ولو صالحهم على احداث روشن ، قيل : لا يصح ، لانه افراد الهواء ، بالبيع ، وفيه تردد .

اقول : هذا الخلاف مبني على الاختلاف في عقد الصلح ، فان جعلناه فرعاً لم يصح ، والاصح .

قال رحمه الله : اذا التمس وضع جذوعه - الى قوله : اما لو انهدم ، لم يعد الطرح الا باذن مستأنف ، وفيه قول آخر .

اقول : القول الاخر جواز الاعادة ، لان له الاستدامة فجاز له الاعادة لتساويهما قال رحمه الله : اذا خرجت أغصان الشجر - الى قوله : ولو صالحه على ابقائه في الهواء ، لم يصح على تردد .

اقول : البحث في هذا التردد ، كالبحث في التردد السابق ، وقد سلف .

قال رحمه الله : لاتصح الشركة بالاعمال ، كالخياطة والنساجة ، نعم لو عملاً معاً لو احد بأجرة ، ودفع اليهما شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما ، تحققت الشركة في ذلك الشيء . ولا بالوجوه ، ولا شركة المفاوضة ، وانما تصح بالاموال .
اقول : أقسام الشركة أربعة :

الاول : شركة الاموال ، وهي المسماة بـ « شركة العنان » قال الشيخ في المبسوط : وانما سميت بذلك ، لانها متساويان فيها ، ويتصرفان فيها بالسوية بينهما كالفارسين اذا سيرا دابتهما وتساويا في ذلك ، فان عنايتهما حالة السير سواء . قال الفراء : هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض ، يقال : عنت لي حاجة ، أي : عرضت ، سمي به الشركة ، لان كل واحد منهما يزعم أن له مشاركة صاحبه ، وقيل : انها مشتقة من الدعانة ، يقال : عانت فلاناً اذا عارضته بمثل ماله وفعاله ، وكل واحد من الشريكين يخرج في معارضة صاحبه بماله وتصرفه ، فيخرج مالا لصاحبه ويتصرف كتصرفه ، فسميت بذلك كذلك ، ثم قال : وهذا الاخير أصلح ما قبل فيه^(١) . وقال الجوهري في الصحاح : وشركة العنان أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ، كأن عن لهما شيء فاشترياه فيشتركا فيه . قال النابغة الجعدي :
 وشاركنا قريشاً في تقاها وفي أحسابها شرك العنان^(٢)
 وحكاه المتأخر في كتابه ، وهذه الشركة هي الصحيحة عندنا ، وباقي الاقسام بالاجماع الحاصل من الطائفة على بطلانها .

الثاني : شركة الاعمال ، ويقال : انها شركة الابدان أيضاً ، وهي أن يشترك الصانعان على أن ما ارتفع لهما من كسبهما ، فهو بينهما على حسب ما يشترطانه ، وسواء كانا متفقي الصنعة ، كالنجارين والخبازين ، أو مختلفي الصنعة كالنجار والخباز . هذا التفسير ذكره الشيخ في المبسوط^(٣) ، وقال المتأخر : هي الاشتراك في اجرة العمل ، ومقصوده ما ذكره في المبسوط . وفيه تسامح يعلم مما ذكره المصنف في المتن ، وهذا التفسير ذكره الفقيه ابن حمزة وابن زهرة في الكيفية ، وقطب

(١) المبسوط ٣٤٧/٢ .

(٢) صحاح اللغة ٢١٦٦/٦ .

(٣) المبسوط ٣٤٨/٢ .

الدين الكيدري .

وهي باطلّة عندنا ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصح مع الاتفاق والاختلاف ، إلا في الاجتطاب والاحتشاش والاصطياد والاعتنام ، وجوز مالك في الجميع .

واحتج على بطلانها باجماع الفرقة ، وبأن العقود الشرعية تفتقر إلى أدلة شرعية ، وحيث لادلالة فلا شرع ، وبأن النبي ﷺ نهى عن الغرر ، وهذا غرر ، لأن كلا منهما لا يعلم أتلّف شيئاً أم لا ، ولا قيمة المتلف .

الثالث : شركة الوجوه ، وهي أن يكون رجلان وجهان في الشرف ولأمال لهما ، فيعقدان الشركة على أن يتصرف كل منهما بجاهه في ذمته ، ويكون ما ارتفع لهما بينهما .

وهذا التفسير ذكره الشيخ في المبسوط^(١) ، وتبعه المتأخر وابن زهرة والقطب الكيدري .

وقال الغزالي في الوجيز : هي أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربحه ليكون له بعضه . واختاره شيخنا في القواعد^(٢) . واحتج في الخلاف على بطلانها بما سبق في الأولى .

الرابع : شركة المفاوضة ، وهي أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما ذكره يعقوب بن السكيت ، ووافقه على ذلك مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، وصححها أبو حنيفة وسفيان الثوري والأوزاعي بشروط :

الأول : أن يكون الشريكان مسلمين .

الثاني : أن يكونا حريين .

(١) المبسوط ٢/٣٤٨ .

(٢) القواعد ١/٢٤٢ .

الثالث : اتفاق قدر المال الذي يتعقد الشركة في حقه ، كالدرهم والدنانير .
 الرابع : أن يشارك كل منهما صاحبه فيما يكتسبه وان قل ، ومما يلزمه من
 الغرامات من غصب وكفالة بمال .

واحتج الشيخ في الخلاف^(١) على بطلانها : بعدم الدليل الدال على الصحة
 وبأن الانعقاد حكم شرعي ، فيقف على مورد الشرع ولادلالة ، فلا حكم ، ولأن
 هذه الشروط التي ذكروها في اكتساب المال والغرامة باطلة ، فلانصح معها الشركة
 ولعموم النهي عن الفرر ، ولاشك في حقيقة هذا .

فرع :

قال الشافعي : شركة المفاوضة وان كانت باطلة شرعاً ، لكن لها حكم لغة .
 قال رحمه الله : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما ، وهو وكيل في القبض
 وادعى المشتري تسليم الثمن الى البائع وصدقه الشريك ، برىء المشتري من
 حقه ، وقبلت شهادته على القابض في النصف الآخر ، وهو حصة البائع ، لارتفاع
 التهمة عنه في ذلك القدر .

ولو ادعى تسليمه الى الشريك ، فصدقه البائع ، لم يبرأ المشتري من شيء
 من الثمن ، لأن حصة البائع لم تسلم اليه ولا الى وكيله والشريك ينكره ، فيكون
 القول قوله مع يمينه . وقيل : تقبل شهادة البائع . والمنع في المسألتين أشبه .
 اقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) ، واحتج عليه
 في المبسوط . لأن شهادة البائع هنا لاتجر له نفعاً ، ولاتدفع عنه مضرة ، فيجب
 قبولها . أما الصغرى ، فلأن البائع يقول للمشتري : حقي ثابت عليك ، ولايسقط

(١) الخلاف ٦٤٤/١ مسألة ٥ .

(٢) المبسوط ٣٥٥/٢ .

(٣) الخلاف ٦٤٧/١ .

بالدفع الى شريكه . وأما حق شريكه ، فلا يرجع اليّ منه شيء بحال أعطيته أو لم تعطه . وأما الكبرى ، فاجماعية .

واختار المصنف قبول الشهادة في صورتين ، ولعله الانسب .

أما منع قبول شهادة الشريك على البائع ، فلانه شهد بقبض شيء يصفه له ، ولو سمعنا شهادته فيه لاثبتنا حقه على البائع بقوله ، وجوزنا له انتزاعه منه ، وهو باطل قطعاً ، والشهادة اذا منع بعضها منع سائرها ، وبه قال بعض القدماء .

وفيه نظر ، فانه لا يلزم من عدم سماعها في النصف المختص^(١) به عدم سماعها في النصف الآخر ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(٢) . وأما منع قبول شهادة البائع على الشريك ، فلما في قبول هذه من دفع الضرر عنه ، اذ مع قبول الشهادة يثبت القبض ، فيختص بما يأخذه المشتري دون شريكه .

وهذا الاختصاص انما حصل باعتبار قبول هذه الشهادة ، فتكون مردودة ، لتحقيق هذه التهمة المانعة من القبول .

قال^(٣) رحمه الله : هل يفتر المخير في تملك المباح الى نية التملك ؟ قيل : لا ، وفيه تردد .

اقول : متشوّه : النظر الى أصالة عدم الاشتراط .

والالفاظ الى كون التملك عملاً يفتر الى نية . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى . فلقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لا عمل الا بنية »^(٤) .

قال رحمه الله : ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه ، كالشجر والغنم قيل : يفسد ، لان مقتضاه التصرف في رأس المال ، وفيه تردد .

(١) في «س» : المختص .

(٢) المبسوط ٣٥٧/٢ .

(٣) الصحيح تقدمه على «قال» ما قبله .

(٤) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١)، وأتبعه المتأخر .
وأما التردد ، فمنشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .
والالتفات الى كونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيكون باطلا . أما أنه مناف .
لمقتضاه ، فلان مقتضى المضاربة التصرف في رأس المال . وأما بطلانه حينئذ ،
فبالاجماع ، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله : وينفق العامل في السفر كمال نفقته من أصل المال ، على الاظهر .
أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) الى أنه ليس للعامل أن ينفق
من مال القراض ، لاسفراً ولا حضراً ، عملاً بالاصل الدال على المنع ، وأفتى به
في النهاية^(٣) والخلاف^(٤) بالاول ، مستدلاً بالاجماع ، واختاره المتأخر وصاحب
الواسطة .

ولو قيل : النفقة الزائدة على نفقة الحضر من أصل المال والباقي من العامل
كان وجهاً ، وهو اختيار صاحب كشف الرموز .

قال رحمه الله : ومن شرط مال القراض أن يكون عيناً ، وأن يكون دراهم أو
دنانير ، وفي القراض بالتمرة تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى كونها معبرة بالقيمة ، فلا تصح المضاربة بها ،
لأنها كالثياب والحيوان .

والالتفات الى كونها أصلاً للدراهم ، وقد جازت المقارضة بها ، فجواز
المقارضة بالتمرة أولى ، لتبع ترجيح الفرع على الاصل ولاستلزامه اياه .

(١) المبسوط ٣/١٩٨ .

(٢) المبسوط ٣/١٧٢ .

(٣) النهاية ص ٤٣٠ .

(٤) الخلاف ١/٦٩٨ مسألة ٥ .

قال رحمه الله : ويلزم الحصة بالشرط دون الاجرة ، على الاصح .
 اقول : ذهب الشيخ في النهاية^(١) الى أن العامل ليس له من الربح شيء ،
 وانما له اجرة المثل على رب المال فقط ، وهو اختيار شيخنا المفيد وأبي الصلاح
 وسلاح .

والحق الاول . وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) والاستبصار^(٤)
 واختاره المتأخر .

لنا - وجود : الاول : قوله تعالى « أوفوا بالعقود »^(٥) وهذا عقد .
 الثاني : المؤمنون عند شروطهم ، قال المتأخر : هذا اخبار بمعنى الامر
 ومعناه يجب عليهم أن يوفوا بشروطهم .

الثالث : الروايات المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

قال رحمه الله : ولا بد أن يكون الربح مشاعاً ، فلو قال : خذه قراضاً والربح
 لي فسد ، ويمكن أن يجعل بضاعة ، نظراً الى المعنى ، وفيه تردد . وكذا التردد
 لو قال : والربح لك .

أقول : منشأ التردد في هاتين المسألتين : من العمل بظاهر اللفظ ، فيكون
 قراضاً فاسداً .

ومن الالتفات الى المعنى ، فيكون المال على التقدير الاول بضاعة وعلى
 الثاني قرضاً .

(١) النهاية ص ٤٢٨ .

(٢) المبسوط ١٧١/٣ .

(٣) الخلاف ٧٠٢/١ .

(٤) الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٥) سورة المائدة : ١ .

قال رحمه الله : ولو شرط لعلامه حصة معهما ، صح عمل الغلام أو لم يعمل ولو شرط لاجنبي وكان عاملاً صح ، وإن لم يكن عاملاً فسد ، وفيه وجه آخر .
 أقول : المراد بالغلام هنا مملوك رب المال ، وبلاجنبي ماعداه . والوجه الآخر يمكن أن يقال بصحة الشرط ، عملاً بعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود »^(١).
 لكن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط : إذا شرط رب المال الربح لعلامه فاما أن يكون حراً أو عبداً ، فإن كان عبداً نظرت ، فإن لم يكن من الغلام عمل صح قولاً واحداً ، وإن شرط عليه العمل فعلى وجهين . وإن كان حراً أو أجنبياً ، فشرط له من الربح قسماً ، فإن لم يشترط منه العمل بطل قولاً واحداً ، وإن شرط العمل صح قولاً واحداً^(٢).

قال رحمه الله : وقول العامل مقبول في التلف ، وهل يقبل في الرد ؟ فيه تردد أظهره أنه لا يقبل .

أقول : منشؤه : النظر الى كونه مدعياً ، فلا يقبل قوله إلا مع البينة ، عملاً بقوله ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه »^(٣).
 والالتفات الى كونه أميناً ، فيقبل قوله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٤).

فروع :

الامناء على أقسام :

الاول : من يقبل قوله في الرد اجماعاً ، وهو كل من قبض الشيء لمصلحة مالكه فقط ، كالمودع والوكيل المتبرع .

(١) سورة المائدة : ١ .

(٢) المبسوط ١٦٩/٣ .

(٣) راجع عوالي اللثالي ٢٤٤/١ و ٤٥٣ و ٢٥٨/٢ و ٣٤٥ و ٥٢٣/٣ .

(٤) المبسوط ١٧٤/٣ .

الثاني: عكسه، وهو كل من قبض الشيء لمصلحته فقط ، كالمرتهن والمستأجر .
 الثالث : من وقع الخلاف في قبول قوله ، وهو كل من قبض الشيء لمصلحة مشتركة بينه وبين مالكه ، كالعامل في القراض والوكيل بجعل .
 ومنشأ الخلاف : تعارض المصلحتين ، وإذا تعارضا وجب الترجيح وهو من طرفنا .

قال رحمه الله: ولومات رب المال وهو عروض ، كان له البيع ، إلا أن يمنعه الوارث ، وفيه قول .
 أقول: القول يمكن أن يقال: أنه المنع من البيع ، لانفساخ المقارضة بالموت الامع اذن الوارث .

قال رحمه الله : إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة ، احتسب التالف من الربح . وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد .
 أقول: منشؤه: النظر الى أصالة براءة ذمة العامل ، وعدم كون الربح وقاية لرأس المال، ترك العمل بها في صورة التلف بعد دورانه في التجارة، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

والالتفات الى أن المال المدفوع قد صار مضاربة بنفس القبض، فيكون الربح وقاية له ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ^(١)، وهذا الوجه ضعيف جداً .
 قال رحمه الله: إذا قارض اثنان واحداً - الى قوله : وفيه تردد .

أقول: هذا التردد مبني على أنه هل يجوز التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي فيهما مع تفاضل المالين أم لا ؟ فان قلنا بالجواز - كما هو مذهب السيد المرتضى - صح ذلك . وان قلنا بالبطلان - كما هو مذهب باقي الاصحاب - بطل .

قال رحمه الله: ولومضت المدة والزرع باق، كان للمالك ازالته على الاشبه سواء كان بسبب الزارع كالتفريط، أو من قبل الله سبحانه كتأخير المياه وتغيير الاهوية.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١): إذا استأجر أرضاً للزراعة مدة معينة، فامسا أن يطلق أو يعين، فإن كان الاول زرع مهما شاء، فإن زرع ما يتأخر ادراكه عن المدة المضروبة، كان للمالك منعه ابتداءً، لحصول الضرر في قلعه انتهاءً، فإن بادر لم يعارض الى حين انتهاء المدة، فحينئذ يجوز القلع. وكذا الحكم لو أخر الزرع عن أول زمان الاجارة.

أما لو انتفي الامران وافترق تأخره عن المدة بسبب اضطراب الاهوية وشدة البرد، فهل للمالك ازالته قبل بلوغه؟ فيه وجهان: جواز القلع، لحصول التفريط من الزارع، اذ كان من حقه الاحتياط في تقدير المدة.

الثاني عدم، لما فيه من الاضرار، ولأن سبب التأخير ليس من جهته، وهو الاقوى، فعلى هذا يبقيه الى وقت الادراك، وعليه أجرة تلك المدة. والبحث في المعينة كالبحث في المطلقة. والحق أن للمالك الازالة في جميع هذه الصور، عملاً بقوله ﷺ «الناس مسطون على أموالهم»^(٢).

قال رحمه الله: وتصح المساقاة قبل ظهور الثمرة، وهل تصح بعد ظهورها؟ فيه تردد، والظاهر الجواز، بشرط أن يبقى للعامل عمل وإن قل، ما يستزاد به الثمرة.

أقول: منشؤه: النظر الى أصالة الصحة، ولأن المقصود من المساقاة زيادة

(١) المبسوط ٣/٢٥٧.

(٢) عوالي اللئالي ١/٢٢٢ و ٤٥٧ و ٢/١٣٨ و ٣/٤٠٨.

النماء، والتقدير أنه حاصل هنا، وبه أفنى الشيخ في الخلاف^(١)، محتجاً بعمومات الاخبار الدالة على جواز المساقاة، من غير فرق بين حال ظهور الثمرة ولا ظهورها. والائتفات الى أن تجويز ذلك حكم شرعي، فيقف على الاذن الشرعي، وحيث لا اذن فلا حكم، ولأن معظم بيع المساقاة انما يكون قبل ظهور الثمرة لابعده، فلا يكون مشروعاً، لانتفاء فائدها حينئذ، وهو القول الاخر للشافعي.

قال رحمه الله: ولا يبطل بموت المساقى، ولا بموت العامل، على الاشبه. أقول: ذهب الشيخ في المبسوط^(٢) الى بطلان المساقاة بموت كل منهما. واعلم أن البحث هنا مبني على البحث في بطلان الاجارة بموت أحد المتأجرين فان قلنا به بطلت المساقاة والا فلا.

قال رحمه الله: تصح المساقاة على كل أصل ثابت، له ثمرة ينتفع به مع بقائه، كالنخل والكرم وشجر الفواكه، وفيما لا ثمر له اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء، على تردد.

اقول: منشؤه: النظر الى الاصل القاضي بالجواز، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف^(٣)، ويؤيده ما روى أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر^(٤).

قال الشيخ في الخلاف: وهذا عام في سائر الاشجار^(٥) ولانه ربما صدق على الورق اسم الثمرة، فتصح المساقاة عليه، لوجود المحل القابل للمساقاة شرعاً حينئذ، ولأن تسويغ ذلك مشتمل على مصلحة مقصودة للعقلاء، فيكون مشروعاً.

(١) الخلاف ٧٠٦/١

(٢) المبسوط ٢١٦/٣

(٣) الخلاف ٧٠٥/١

(٤) تهذيب الاحكام ١٩٤/٧

(٥) الخلاف ٧٠٥/١

والالتفات الى أن المساقاة على هذا النوع من الشجر حكم شرعي ، فيقف على الدلالة الشرعية، وحيث لادلالة فلا حكم ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) وظاهر كلام المتأخر ، ونمنع صدق اسم الثمرة على الورق حقيقة ، بل يجوز مجازاً ، لكنه غير نافع ، اذ اللفظ عند اطلاقه انما يحمل على حقيقته دون مجازه . قال الجوهري : التوت الفرصاد ، ولانقل التوت^(٢) .

قال رحمه الله : ولو ساقى على ودي .

أقول : قال المتأخر : الودي بالواو المفتوحة والذال غير المعجمة المكسورة والياء المشددة النخل قبل أن يحمل .

قال رحمه الله : ولو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز ، لانه ضم مال الى مال ، أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص العامل ، لم يجز ، وفيه تردد ، والجواز أشبه .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصاله القاضية بالجواز . ولانه شرط لا يمنع منه كتاب ولا سنة ، فيكون سائغاً .

والالتفات الى أن في هذا الشرط منافاة لمقتضى العقد ، فيكون باطلاً ، وهو اختيار صاحب المبسوط ، وضعفه ظاهر جداً .

قال رحمه الله : ولو شرط مع الحصه من النماء حصه من الاصل الثابت لم يصح ، لان مقتضى المساقاة جعل الحصه من الفائده ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم قوله « لَا يَنْتَظَرُ » الشرط جائز

(١) المبسوط ٣/ ٢١٦ .

(٢) صحاح اللغة ١/ ٢٤٥ .

بين المسلمين»^(١) وقوله «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

والالتفات الى كونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيكون باطلاً ، كما لو شرط في القراض حصة من رأس المال مضافة الى حصة من الربح ، وهو اختيار الشيخ والمتأخر ، وكأنه الاقرب .

قال رحمه الله : ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح ، وبالثلث ان سقي بالسائح ، بطلت المساقاة ، لان الحصة لم تتعين ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ولانه أمر مطلوب للعقلاء ، فيكون مشروعاً . والالتفات الى تطرق الجهالة في الحصة ، فتكون المساقاة باطلة ، ونمنع تطرق الجهالة .

قال رحمه الله : اذاهرب العامل ، لم تبطل المساقاة - الى قوله : ولولم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم ، كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولولم يشهد لم يرجع .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة ذمة العامل ولا متبرع ، فلا يكون له الرجوع . أما الصغرى ، ففرضية ، اذ التقدير أن الحاكم لم يأذن له في ذلك ، وقد كان له وسيلة الى التخلص ، وهي فسخ عقد المساقاة ، وأما الكبرى ، فاجماعية . والالتفات الى أنه موضع ضرورة ، فسوغ فيه الرجوع دفعاً لضرر المنفق ، ولقائل أن يمنع تحقق الضرورة مع تسويغ التسلط على الفسخ ، والشيخ رحمه الله حكى الوجهين ولم يختر شيئاً ، لكن أحال على مسألة الجمال^(٣).

قال رحمه الله : اذا أراد السفر فدفنها ضمن ، الا أن يخشى المعالجة .

(١) عوالى اللثالى ٢٢٥/٣ ، برقم : ١٠٣ .

(٢) عوالى اللثالى ٢٣٥/١ و ٢٩٣ و ٢٢٥/٢ و ٢١٧/٣ .

(٣) المبسوط ٢١٤/٣ - ٢١٥ .

اقول : المراد بالمعاجلة هنا المسارعة الى أخذها ، ويجوز ان يراد به سبق الرفقة .

قال رحمه الله : اذا أنكر الودیعة ، أو اعترف وادعى التلف، او ادعى الرد ولابينة ، فالقول قوله ، وللمالك احلافه على الاشبه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : اذا ادعى التلف بسبب ظاهر ، كالغرق والحرق والنهب ، لم يقبل قوله الابينة . أما لو ادعاه بسبب خفي، كالسرقة والغصب أو مطلقاً ، كان القول قوله مع يمينه ، والفرق خفاء الثاني وتعذراقامة البينة عليه ، بخلاف الاول فانه لا يخفى ، ويمكن اقامة البينة عليه^(١) . واختار المصنف رحمه الله أن القول قول الودعي مطلقاً، نظراً الى اصاله براءة الذمة ، ولانه أمين . قال رحمه الله : أما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن ، فأنكر ، فالقول قول المالك مع يمينه ، ولو صدقه على الاذن ، لم يضمن وان ترك الاشهاد ، على الاشبه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : المأذون فيه اما دفع المال في اسقاط حق كالدين ، أو لا كالإيداع من آخر . فان كان الاول ضمن المودع ، سواء صدقه المالك على الدفع أو لا ، لانه كان يلزمه الاشهاد عند الدفع ، فيكون شرطاً تركه يلزمه الضمان^(٢) .

واختار المصنف أن لا ضمان مطلقاً مع تصديق المالك على الاذن ، لان الودعي حينئذ يكون قد أتى بالمأمور به على وجهه ، فيخرج عن العهدة . أما الصغرى فلان المأمور به انما هو الدفع فقط ، وليس الاشهاد جزءاً منه ولا لازماً له . وأما الكبرى ، فلما ثبت أن الامر للاجزاء .

(١) المبسوط ١٤١/٤ .

(٢) المبسوط ١٤٢/٤ .

قال رحمه الله : اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها ، قيل : يخرج من أصل تركته . ولو كان له غرماء وضائق التركة ، حاصهم المستودع ، وفيه تردد .
اقول : التردد هنا يقع في مقامين :

الاول : في أصل الضمان مع جهل العين ، ومنشؤه : النظر الى أن احتمال تلف هذه الوديعة بعد الموت مساو لاحتمال تلفها قبل الموت ، فلا يثبت في الذمة شيء مع تحقق هذا الاحتمال ، فيمتنع أخذها من المال مع سعة التركة ، والنخاص مع الضيق حينئذ .

والالتفات الى أن رد الوديعة الى أهلها واجب بيقين ، فلا يسقط الا بيقين مثله ، ولا يقين مع الشك في الهلاك ، ولأن حصول الوديعة عنده متحقق هنا ، لكن جهلت عينها ، فوجب ضمانها ، كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها أحد ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، محتجاً بما ذكرناه ، وضعفه ظاهر .

الثاني : في كيفية الضمان مع القول بأصله ، ومنشؤه : النظر الى مساواتها الدين ، فنسبة عدم^(٢) التمييز متساوية في الحكم .

والالتفات الى أن بقاءها في التركة محكوم به ظاهراً ، فيؤخذ قدرها من أصل التركة ، عملاً بالظاهر .

قال رحمه الله : ولو أذن له في البناء أو الغرس ، ثم أمره بالازالة ، وجبت الاجابة . وكذا في الزرع ولو قبل ادراكه على الاشبه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا استعار أرضاً للزراعة فزرع ، ثم رجع

(١) المبسوط ١٤٧/٤ .

(٢) في نسخة «م» شخط على كلمة «عدم» .

المعير قبل الادراك وطالب بالقلع ، أجبر على التبقية^(١) والاشبه مذكره المصنف لعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الناس مسلطون على أموالهم »^(٢) .

قال رحمه الله: ولو أعاره حائطاً لطرح خشبة ، فطالبه بالازالة ، كان له ذلك الا أن تكون اطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير ، فيؤدي الى خرابه ، واجباره على ازالة جذوعه عن ملكه ، على تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الناس مسلطون على أموالهم » فيكون له ذلك .

والالتفات الى أن في هذه الازالة ضرراً على المستعير ، فلا يكون سائغة ، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لا ضرر ولا اضرار في الاسلام »^(٣) .

قال رحمه الله : يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الارض المستعارة ، للمعير وغيره ، على الاشبه .

أقول : لاختلاف في صحة بيعها من المعير ، وهل يصح بيعها من غيره ، قال الشيخ في المبسوط : فيه وجهان ، بناءً على الوجهين في الدخول لمصالحهما : أحدهما لا يصح لتعذر التسليم ، والاخر يصح لامكان تسليمها وتسليمها^(٤) . والاول في الموضعين أقوى ، وانما كان القول الثاني أشبه لعموم الاية والخبر .

(١) المبسوط ٥٦/٣ .

(٢) عوالي اللثالي ٢٢٢/١ و ٤٥٧ و ١٣٨/٢ و ٢٠٨/٣ .

(٣) عوالي اللثالي ٣٨٣/١ و ٧٤/٢ و ٢١٠/٣ .

(٤) المبسوط ٥٦/٣ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الاجارة)

قال رحمه الله : ولسر قال : بعتك هذه الدار ، ونوى الاجارة ، لم يصح . وكذا لو قال : بعتك سكنها سنة ، لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان، وفيه تردد . اقول : منشؤه : النظر الى أن المبيع مستعمل في نقل الاعيان ، فلا يكون مستعملاً في غيره ، دفعاً للاشتراك والمجاز .

والالتفات الى أن العمل بالقصد .

قال رحمه الله : والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها الا بتعد أو تفريط ، وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك ، تردد أظهره المنع .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله طَبَعَ «الشرط جائز بين المسلمين»^(١) . والالتفات الى كونه منافياً لمقتضى عقد الاجارة ، فيكون شرطاً باطلاً .

قال رحمه الله : ولسو آجر الصبي غير المميز ، لم تنعقد اجارته ، وكذا المميز الا باذن وليه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصاله القاضية بالجواز .

والالتفات الى أن الصبي محجور عليه ، فلا تصح اجارته ، كما لا يصح بيعه .
قال رحمه الله : لو قال : ان عملت هذا العمل في اليوم ، فلك درهمان ،
وفي غد درهم ، فيه تردد ، أظهره الجواز .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم قوله « الشرط جائز بين المسلمين » واختاره الشيخ في الخلاف^(١).

والالتفات الى تطرق الجهالة للاجرة ، فتكون الاجارة باطلة ، وهو اختيار المتأخر محتجاً بما ذكرناه ، وبأن الاجارة حكم شرعي ، وحيث لا شرع فلاحكم ثم قال : وان قلنا هذه جمالة كان قوياً ، ولقائل أن يمنع المقدمة الاولى .

قال رحمه الله : ولو قدر المدة والعمل ، مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم ، قيل : يبطل ، لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق ، وفيه تردد .

اقول : القائل بهذا القول هو الشيخ في المبسوط^(٢) ، ومنشأ التردد : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم قوله **إِلَّا** وقد تقدم ، ومثله من استأجر دابة ليحمل

عليها شيئاً في وقت بعينه^(٣) مضاهية لهذه ، وهي جائزة بالاجماع ، فحينئذ ان اتفق حصول العمل في المدة المضروبة فلا بحث ، والا كان له اجرة المثل دون المسمى .

والالتفات الى محض الفرر المنهي عنه شرعاً في هذه الصورة ، فتكون الاجارة باطلة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

قال رحمه الله : واذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة ، لزمته الاجرة ، وفيه تفصيل .

اقول : الظاهر أن المراد بهذا التفصيل ما ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط بعد هذا الكلام بلا فصل ، فانه قال : اذا كانت الاجارة معينة والمنفعة معلومة بتقدير

(١) الخلاف ١/٧١٣ .

(٢) المبسوط ٣/٢٢١ .

(٣) في «س» : معين .

الزمان أو العمل أو بهما ، وأما اذا كانت في الذمة مثل أن يقول : استأجرت منك ظهراً للركوب، ووصف الشرائط التي تضبط بها من ذكر الجنس والنوع وغيرهما جاز ذلك، وعليه تسليم الظاهر اليه على الصفات المشتركة، وجوزها حالة ومؤجلة. ثم قال: اذا ثبت هذا ، فاذا سلم اليه الظهر في وقته وتلف قبل استيفاء المنافع كان له الاستبدال ، لان العقد لم يتناول عيناً ، كالثمن اذا كان في الذمة^(١). وأطلق القول في الخلاف^(٢)، باستقرار الاجرة مع مضي قدر ما يمكن استيفاء المنفعة فيه .

قال رحمه الله : ويلزم مؤجر الدابة كل ما يحتاج اليه في امكان الركوب، من الرحل والقتب وآلته والحزام والزام ، وفي رفع المحمل وشده تردد ، أشبهه اللزوم .

أقول : منشؤه : النظر الى اصاله براءة ذمة المؤجر ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

والالتفات الى أن التمكن من الركوب واجب على المؤجر ، ولا يتم الا برفع المحمل وشده ، وحكى الشيخ في المبسوط^(٣) الوجهين ، ولم يختر شيئاً . قال رحمه الله : ولو اكرى دابة فصار عليها - الى قوله : أو كبها .

أقول : الكبح بالباء المنقطة من تحنها نقطة واحدة : جذب الزمام بعنف ، حتى يكون خارجاً عن العادة .

قال رحمه الله : ولوحفرها فأنهارت .

أقول : يقال انهارت البشر اذا انهدمت ، قال الله تعالى « فانهار به في نار

(١) المبسوط ٢٣١/٣ - ٢٣٢ .

(٢) الخلاف ٧١٠/١ .

(٣) المبسوط ٢٢٨/٣ .

جهنم»^(١).

قال رحمه الله : ويجوز استئجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج ، فان لم يأذن ، فيه تردد ، والجواز أشبه ، اذا لم يمنع الرضاع من حقه .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى أن منافع المرأة مملوكة للزوج بالعقد ، فلا يصح التصرف فيها الا باذنه ، وهو اختيار المتأخر ، متبعاً للشيخ في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣) ، ونمنع كونها مملوكة مطلقاً ، بل المملوك الوطىء وما يتوقف عليه ، فحيثئذ يجوز الاستئجار اذا لم يكن مانعاً من الوطىء . أما لو منع ، لم يجز قولاً واحداً .

قال رحمه الله : وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

اقول : القائل الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤) ، والتردد منشؤه : النظر الى أصالتي الجواز من التعيين وعدم الاشتراط .

والالتفات الى ان الأغراض في ذلك تختلف ، وتتفاوت الاجر بسبب اختلاف محال الارضاع ، فان الارضاع في بيت المرضعة أسهل لها ، فيكون أقل اجرة من غيره ، وفي بيت الصبي أو غيره أشق عليها ، فيكون أكثر اجرة ، فيجب تعيين الموضع دفعا للغرر الناشي من ابهامه .

ولو أطلقناه ، بطل العقد ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، ولعله الاقرب .

قل رحمه الله : ولو مات أبو الصبي هل يبطل العقد ؟ ينى على القولين .

(١) سورة التوبة : ١٠٩ .

(٢) الخلاف ١/٧١٤ .

(٣) المبسوط ٣/٢٣٨ .

(٤) المبسوط ٣/٢٣٨ .

أقول : المراد بالقولين ما ذكره أولاً ، من أن الاجارة هل تبطل بالموت أو لا ؟ فإن قلنا بالبطلان بطلت بموت المستأجر ، والا فلا .
قال رحمه الله : وهل يجوز استئجار الحائط المزوق للتنزه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : القائل بالجواز هو المتأخر ، ومنشأ التردد : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، ولأنه عين مملوكة يمكن الانتفاع به مع بقائه ، فتصح اجارته . أما الصغرى ، ففرضية . وأما الكبرى فاجماعية .
والالتفات الى أن التنزه ليس بفرض مقصود للعلاء ، فيكون عبثاً ، فتكون الاجارة باطلة ، لاشتغالها على وجه قبح ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) ، وجوزه المتأخر .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله : وكذا الحكم لو استأجر بناءً محكماً للتعلم منه والنظر اليه .

قال رحمه الله : السادس - أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها ، فلو آجر عبداً أبقاً لم تصح ، ولو ضم اليه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن القدرة شرط ، وهي منتفية هنا ، فينتفي مشروطها وهو الاجارة .

والالتفات الى أن يبيعه كذلك جائز ، فتكون اجارته أيضاً كذلك جائزة لتساويهما .
قال رحمه الله : ولو منعه المؤجر منه ، سقطت الاجارة ، وهل للمستأجر أن

(١) الخلاف ٧١٦/١ مسألة ٢٤ .

(٢) المبسوط ٢٣٨/٣ .

يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت ؟ فيه تردد ، الاظهر نعم .

اقول : منشؤه: النظر الى أن المستأجر يملك المنفعة بنفس العقد ، فاذا منعها المؤجر كان عاصياً ، فيكون للمستأجر مطالبتة بأجرة المثل ، كما لو غصب غيرها من أعيان ماله .

والالتفات الى أن القبض شرط في صحة الاجارة ، بدليل بطلانها بتلف المعقود عليه قبل القبض ولم يحصل ، فتكون الاجارة باطلة .

قال رحمه الله : واذا انهدم المسكن ، كان للمستأجر فسخ الاجارة ، الا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى الاستصحاب ، وتقديره : أن الانهدام موجب للتسلط على فسخ الاجارة قبل الاعادة ، هكذا بعدها .

والالتفات الى أن المقتضي للتسلط على الفسخ وهو الانهدام قد زال ، فيزوله معلوله وهو الفسخ .

قال رحمه الله: ولو آجر الولي صبياً مدة يعلم بلوغه فيها ، بطلت في المتيقن وصحت في المحتمل ، ولو اتفق البلوغ فيه ، وهل للصبي الفسخ بعد بلوغه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى أن عقد الولي مأذون فيه شرعاً ، فيكون لازماً للصبي ولا يجوز له فسخه . أما المقدمة الاولى ، فثبتت الولاية له عليه حينئذ . وأما الثانية فلقوله تعالى «أوفوا بالعقود»^(١) وهو الذي قواه الشيخ أولاً .

والالتفات الى وجود البلوغ المقتضي للتسلط على النفس ، فيكون له الفسخ وهو الذي اختاره الشيخ ثانياً ، وثبوت ولاية الولي أولاً لا ينافي ثبوت الخيار للصبي أخيراً .

قال رحمه الله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ، وللحاضر على الاظهر .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية^(١) الى أنه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق عنه ، ونبهه أبو الصلاح وابن البراج ، عملاً برواية^(٢) ضعيفة ، تعارضها روايات مشهورة صحيحة ، مؤيدة بعمل أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها ، وهل تصح في طلاق نفسها ؟ قيل : لا ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ولانه يصح أن تكون وكيلة في طلاق غيرها فكذا في طلاق نفسها ، اذ لافرق .

والالتفات الى ظاهر قوله **عَلَيْهَا** «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٣) دل بمفهومه على انتفاء وقوع الطلاق من غير الزوج ، ترك العمل به في بعض الصور للدليل فيبقى معمولاً به فيما عداها ، وهو اختيار الشيخ والمتأخر .

قال رحمه الله : ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم ، على القول المشهور ، وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم ؟ فيه تردد ، والوجه الجواز على كراهية .

اقول : اعلم أن الوكيل في مثل هذه الصور : اما مسلم ، أو ذمي ، فان كان الاول ، فمسائله أربع :

- الاولى : أن يتوكل لمسلم على مسلم ، وجوازه ظاهر .
- الثانية : أن يتوكل له على ذمي ، وهو ظاهر أيضاً .

(١) النهاية ص ٣١٧ .

(٢) نهذب الاحكام ٢١٤/٦ ، ح ٤ .

(٣) سنن ابن ماجه ٦٧٢/١ ، برقم : ٢٠٨١ .

الثالثة : أن يتوكل للذمي على مثله .

الرابعة : أن يتوكل له على مسلم ، وقد تردد فيه المصنف ، ومنشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، وعليه أكثر الاصحاب .

والالتفات الى أن في هذه الوكالة ثبوت نوع سلطنة للكافر على المسلم ، اذ يد الوكيل يد الموكل الذي هو كافر ، فلا يصح عملا بالاية ، وهو ظاهر كلام الشيخ المفيد والشيخ وسار .

وان كان الثاني ، فمسائله أربع :

الاولى : أن يتوكل للذمي على ذمي ، ولا خلاف في جوازه .

الثانية : أن يتوكل له على مسلم ، والمشهور منعه لما ذكرناه أولا .

الثالثة : أن يتوكل لمسلم على مسلم ، وهو غير جائز .

الرابعة : أن يتوكل له على ذمي ، وهو ظاهر الجواز .

قال رحمه الله : ولو اختلفا في لفظ العقد ، بأن يشهد أحدهما بأن الموكل قال : وكتلتك ، ويشهد آخر أنه قال : استتبتك ، لم تقبل ، لانها شهادة على عقدين اذ صيغة كل منهما مخالفة للآخرى ، وفيه تردد ، اذ مرجعه الى أنهما شهدا في وقتين .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن هذه الولاية حكم شرعي ، فيقف على دليله وليس ، ولأن شرط قبول شهادة الشاهدين تواردهما على العقد ، وهو منتف هنا ، اذ العقد بقوله « وكتلتك » غير بقوله « استتبتك » وهو خيرة الشيخ في المبسوط^(١) . ومن الالتفات الى أن الاعتبار في قبول الشهادة اتفاقهما على المعنى الواحد ، وهو موجود هنا ، اذ هما مترادفان ، ولأن حاصل هذه الشهادة يرجع الى أن الشاهدين قد شهدا في وقتين ، وقد بينا قبول هذه لعدم الفرق . وفيه نظر ، فانا

منع قبول تلك الشهادة ، كما هو رأي الشيخ .

قال رحمه الله : لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم - الى قوله : وكذا لو كان الحق ديناً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الغريم مصدق لدعوى الوكالة ، فيجب عليه تسليم الحق الى من اعترف أنه وكيل ، لعموم قوله «إِلَّا» « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(١).

والالتفات الى أن تصادق الغريم والوكيل على الوكالة اثبات لنوع ولاية على التصرف في مال الغير ، فلا تسمع الا بيينة .

واعلم أن المتأخر أوجب التسليم الى الوكيل مع تصديق الغريم في دعوى الوكالة وأطلق ، والشيخ رحمه الله لم يوجب التسليم مطلقاً ، والتفصيل حسن ، وهو المشهور من مذهب أبي حنيفة .

قال رحمه الله : الوكيل في الابداع - الى آخره .

أقول : قد مر ما يضاهاى هذا البحث في كتاب الوديعة .

قال رحمه الله : اذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع ، جاز وفيه تردد . وكذا في النكاح .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، والالتفات الى أن الشخص الواحد لا يجوز أن يكون موجباً قابلاً ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واختاره ابن الجنييد والمتأخر .

قال رحمه الله : لو وكل بقبض دينه من غريم له ، فأقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى كون الوكيل مدعياً والموكل منكراً ، فيكون

القول قوله ، عملاً بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « واليمين على من أنكر »^(١).
والالتفات الى كون الوكيل أميناً ، فيكون القول قوله ، ولأنه أقر بماله أن
يفعله .

قال رحمه الله : وفي وقف من بلغ عشرين نرد ، والمروي جواز صدقته ،
والاولى المنع ، لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد .
اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده رواية زرعة عن سماعة قال :
سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته ، فقال : اذا طلق للسنة ووضع الصدقة
في موضعها ، فلا بأس ، وهو جائز^(٢).

قال الشيخ رحمه الله في الاستبصار : وقد حد ذلك بعشر سنين^(٣). وبه أفتى
في النهاية .

والالتفات الى أن الحجر ثابت ، فيتوقف رفعه على ثبوت المزيل قطعاً ، وهو
اما بلوغ خمس عشر سنة ، أو الانبات ، أو الاحتلام ، وبه أفتى المتأخر ، وهو
المختار ، وتحمل الرواية على من بلغ بأحد الامرين الاولين دون الثالث .
قال رحمه الله : ولو وقف على من لا يملك ثم على من يملك ، فيه تردد ،
والمنع أشبه .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل السدال على الصحة ، ترك العمل به في
صورة حصول الوقف على من لا يملك فقط ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، ويؤيده
عموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الناس مسيطون على أموالهم »^(٤). وبه أفتى الشيخ رحمه الله
في الخلاف^(٥) ، محتجاً بالاصل وعدم الدليل على الابطال ، وبأن بطلانه في

(١) عوالى اللثالى ١/ ٢٤٤ و ٤٥٣ و ٢٥٨/ ٢ و ٣٤٥ و ٥٢٣/ ٣ .

(٢) ٣ - الاستبصار ٣/ ٣٠٣ .

(٤) عوالى اللثالى ١/ ٢٢٢ و ٤٥٧ و ١٣٨/ ٢ و ٢٠٨/ ٣ .

(٥) الخلاف ٩/ ٢ مسألة ١٠ .

أحدهما -- وهو من لا يملك -- لا يستأزم بطلانه في الآخر .

والالتفات الى أن صحة ذلك حكم شرعي ، فتقف على الدلالة الشرعية ،
وحيث لدلالة فلا حكم ، ولأنه علق تملك هؤلاء -- أعني : الموجودين -- على
شرط ولم يوجد ، فيكون هذا التملك منتفياً قضية للشرط .

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : هذا الذي يقتضيه مذهبنا^(١) . ثم قوى بعد
القول بالصحة .

قال رحمه الله : وفي صحة الوقف على الحربي تردد ، أشبهه المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل ، وبؤيده عموم قوله **«إِلَّا»** الناس
مسلطون على أموالهم» .

والالتفات الى عموم النهي عن مادة المحاد لله ولرسوله ، والوقف نوع
موادة . وهذا شامل للذمي وغيره من أصناف الكفار ، ترك العمل به في صورة
جواز الوقف على الذمي ، لوجود المخصص ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

قال رحمه الله : ولو وقف على أولاده الاصاغر -- الى قوله : وفي الوصي
تردد ، أظهره الصحة .

أقول : قد مر ما يضاهاه هذه المسألة في باب الوكالة .

قال رحمه الله : ولو وقف حصّة من عبد ، ثم أعتقه -- الى قوله : الشريك
مضى العتق في حصته ولم يقوم عليه ، لان العتق لا ينفذ فيه مباشرة ، فأولى أن
لا ينفذ سراية .

ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليه افتكاكه من الرق ، ويفرق بين
العتق مباشرة وبينه سراية ، بأن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في
المباشر، أو فيه وفي شريكه ، وليس كذلك افتكاكه، فانه ازالة للرق شرعاً، فيسري

في باقيه ، ويضمن الشريك القيمة ، لانه يجري مجرى الائتلاف ، وفيه تردد .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، والفرق بين العتق مباشرة وبين العتق سراية من المصنف رحمه الله .

ومنشأ تردده فيه : النظر الى كون عتق السراية^(٢) جارياً مجرى الائتلاف .

والائتلاف الى تعلق حق البطون به ، فلا يفيد فيه العتق سراية ، ولما فيه من الاضرار المنفي شرعاً .

ولقائل أن يمنع قوة المباشرة ويدعي قوة السراية ، بدلالة انها مزيلة للرق مطلقاً ، بخلاف المباشرة ، لتوقف ازالتها على سبق الملك على العتق ، ولاجرم أن الذي لايتوقف مباشرته على شرط ، أقوى من المتوقف تأثيره عليه .

قال رحمه الله : اذا آجر البطن الاول [الوقف مدة] ثم انقضوا في أثنائها فان قلنا الموت تبطل الاجارة فلا كلام ، وان لم نقل فهل يبطل هنا ؟ فيه تردد ، أظهره البطلان ، لانا بينا أن هذه المدة ليست للموجودين .

اقول : منشؤه : النظر الى أن الاجارة عقد لازم ، فلايجوز فسخها ، خصوصاً مع القول بأن الموت لا تبطلها .

والائتلاف الى أن قد بينا أنهم تصرفوا في حق الغير ، أعني : البطن الثاني ، فيكون له الفسخ ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(٣) والمبسوط^(٤) . وفي الجمع بين القول بعدم بطلان الاجارة بالموت وبطلانها في هذه الصورة ، تعسف ظاهر .

قال رحمه الله : ولايجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة ، لانه لا يختص بملكها . ولو أولدها كان حراً ولا قيمة عليه ، لانه لا يجب له على نفسه غرم ، وهل

(١) المبسوط ٢٨٨/٣ .

(٢) في «س» : العتق بالسراية .

(٣) الخلاف ١٢/٢ مسألة ٢٤ .

(٤) المبسوط ٣٠١/٣ .

تصير ام ولد؟ قيل: نعم وتنتعق بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يلبه من البطون وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى كونها ام ولده ، فتنعق بموته ، كغيرها من امهات الاولاد .

والالتفات الى تعلق حق البطون بها أولاً .

قال رحمه الله : ولو قال له : لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو ماحييت ، جاز ويرجع الى المسكن بعد موت الساكن ، على الاشبه .

اقول : حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط في هذه المسألة قولين ، البطلان والصحة .

ثم الفائلون بالصحة اختلفوا ، فذهب قوم أنها تكون للمعمر مدة بقائه ولورثته بعده ، وقال آخرون منهم : تكون له مدة حياته ، فاذا مات رجعت الى المعمر أو الى ورثته ان كان مات ، ثم قال رحمه الله : وهذا هو الصحيح على مذهبنا^(١) . قال رحمه الله : ولو وهب مافي الذمة ، فان كان لمن عليه الحق ، لم يصح على الاشبه ، لانها مشروطة بالقبض .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط^(٢) ، وأفتى فيها بالصحة ، عملاً بالاصالة الدالة على الجواز . والحق أن نقول : ان جعلنا القبض شرطاً في صحة الهبة لم تصح هذه الهبة ، والاصح بشرطين :

الاول : أن يكون من عليه الحق معيناً .

الثاني : أن يكون قدر الدين معلوماً .

قال رحمه الله : ولا يشترط في البراء القبول على الاصح .

(١) المبسوط ٣ / ٣١٦ .

(٢) المبسوط ٣ / ٣١٤ .

اقول : حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) عن قوم من الفقهاء أن قبول المبرء شرط في صحة البراء ، ثم قال : وهو الذي يقوى في نفسي ، لان في ابرائه اياه من الحق الذي له عليه منة عليه ، ولايجبر على قبول المنة . واختار المصنف أن القبول ليس بشرط ، وقواه الشيخ رحمه الله أخيراً . لنا - وجوه :

الاول : قوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم »^(٢) فاعتبر مجرد التصديق والذي هو عبارة عن البراء هنا ، ولم يعتبر القبول فيبقى على أصله ، وهو عدم الاعتبار .

الثاني : قوله تعالى « ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا »^(٣) وتقرير الاستدلال به كما سبق في الوجه الاول .

الثالث : انه قول أكثر علمائنا ، فيكون راجحاً بالنسبة الى الاول . والمتأخر اختار القول الاول ، وأجاب عن أدلة الثاني بأنها دليل الخطاب ، وهو غير معمول به . وهو غلط ، فانا لم نستدل بالآيات على عدم اشتراط القبول حتى يلزم ذلك ، بل استندنا في ذلك الى الاصل ، وذكرنا أن الآيات لايدل على اشتراطه ، فافهمه .

قال رحمه الله : ولايجبر الموهوب [له] على دفع المشرط ، بل يكون بالخيار . ولو تلف والحال هذه أو عابت ، لم يضمن الموهوب له ، لان ذلك حدث في ملكه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة ذمة الموهوب له ، ولانه حدث في

(١) المبسوط ٣ / ٣١٤ .

(٢) سورة البقرة : ٢٨٠ .

(٣) سورة النساء : ٩٢ .

ملكه ، فلا يضمه ، وهذه فتوى الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) .
والالتفات الى أن جواز الرجوع في العين مع وجودها يقتضي التسلط على
أخذ مثلها ، أو قيمتها مع عدمها ، وهو الأقوى عندي .
قال رحمه الله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد ، والظاهر أنه لا يشترط .
أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الاشتراط .
والالتفات الى أن عقد الرماية إنما شرع لبعث العزم على الاستعداد للقتال ،
وذلك إنما يكرن واقعاً على الوجه الأكمل إذا شرط فيه : إما المبادرة ، وإما المحاطة
اذ يبلوغ الغاية فيهما يحصل الخذف بالرمي على أبلغ نظام ، لكونهما أشق أقسام
الرماية . وحكى الشيخ في المبسوط^(٣) الوجهين ولم يرجح أحدهما .
قال رحمه الله : وينتقل بالوصية الملك الى الموصى له بموت الموصي
وقبول الموصى له ، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول ، على الاظهر .
أقول : حكى الشيخ في المبسوط^(٤) في هذه المسألة أقوالاً :
الاول : أن انتقال الملك الى الموصى له موقوف على شرطين ، وفاة الموصي
وقبول الموصى له ، فاذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول .
الثاني : انه مراعى ، فان قبل الوصية تبين أنه انتقل اليه الملك بوفاته ، وان
لم يقبل تبين انتقاله الى الورثة .

الثالث : أنه ينتقل الى الموصى له بموت الموصي كالميراث ، ولا يدخل في
ملك الورثة بوفاته ، فان قبل ذلك استقر ملكه عليه ، وان رد انتقل عنه الى ورثته

(١) الخلاف ١٩/٢ .

(٢) المبسوط ٣١١/٣ .

(٣) المبسوط ٢٩٧/٦ - ٢٩٨ .

(٤) المبسوط ٢٨/٤ .

ثم قال رحمه الله : وهذا القول ضعيف لا يتفرع عليه ، والتفريع على القولين الاولين .

والذي ضعفه هنا ما اختاره في الخلاف^(١)، محتجاً بأن الموصى به لا يجوز أن يبقى على ملك الموصي ، لانه قد مات والميت لا يملك شيئاً ، ولا يجوز أن يدخل في ملك الورثة ، لقوله تعالى «من بعد وصية يوصي بها أو دين»^(٢) فجعل الميراث بعد الوصية ، فلم يبق الا أن يكون ملكاً للموصى له بالموت .

قال رحمه الله : ولو أوصى بنصف ماله مثلاً ، فأجاز الورثة ، ثم قالوا : ظننا أنه قليل ، قضى عليهم بما ظنوه وأحلفوا على الزائد ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة بقاء ملك الورثة على ما زاد على الثلث ، ترك العمل بها مع اجازتهم ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، ولا اجازة هنا .

ويؤيده أن الموصى له مدع للاجازة في قدر النصف ، والورثة ينكر الاجازة اذ التقدير انهم انما أجازوا الوصية في النصف على تقدير كونه قليلاً ، فيكون القول قولهم ، عملاً بقوله ﷺ «واليمين على من أنكر»^(٣) وهو اختياره في المبسوط^(٤) . والاتفات الى أن الورثة مكذبون لهذه الدعوى بظاهر اجازتهم ، فلا يسمع قولهم .

قال رحمه الله : ولو أوصى بسيف معين وفيه جفن ، دخل الجفن والحلية في الوصية - الى قوله : وفيه قول آخر بعيد .

أقول : أشار بالقول البعيد الى ما ذكره الشيخ رحمه الله في النهاية بعد ايراد

(١) الخلاف ٩٤/٢ - ٩٥ .

(٢) سورة النساء : ١١ .

(٣) عوالي اللثالي ١ / ٢٤٤ و ٤٥٣ و ٢٥٨ / ٢ و ٣٤٥ و ٥٢٣ / ٣ .

(٤) المبسوط ٨ / ٤ .

هذه المسائل ، فانه قال بعدها بلا فصل : هذا اذا كان الموصي عدلاً مأموناً ، فان لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه ، من الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها^(١). وهذا القول في غاية البعد .

قال رحمه الله : ولو أوصى باخراج بعض ولده من الارث ، لم يصح - الى قوله : وفيه رواية بوجه آخر مهجورة .

أقول : لما كان ثبوت النسب سبباً في ثبوت الميراث لم يكن بوصية الاب اعتبار ، والا لزم نقض الاحكام الشرعية ، ويؤيد ذلك رواية سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام^(٢).

والرواية المهجورة التي أشار اليها رحمه الله ، هي مارواه الوشا عن محمد ابن يحيى عن وصي علي بن السري قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : ان علي بن السري توفي وأوصى الي ، وأن ابنه جعفر وقع على ام ولد له ، فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال : أخرجه ، ان كنت صادقاً سيصيه خبل .

وهذه الرواية ذكرها الشيخ في التهذيب^(٣) وابن بابويه في من لا يحضره الفقيه وقالوا : متى لم يحدث هذا الحدث لم يخرج عن الارث^(٤).

والاكثرون على القول الاول ، وهذه الرواية من حيث أن الوصي الذي هو الراوي مجهول الحال والاسم .

قال رحمه الله : لو أوصى له بقوس ، انصرف الى قوس الشاب والنبل والحسبان .

(١) النهاية ص ٦١٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٣٦/٩ ، ج ١١٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٣٥/٩ ، ج ١٠٥ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ٢١٩/٤ - ٢٢٠ .

اقول : الحسبان جمع حسابنة ، وهي السهم القصير ، حكاه المتأخر عن الجوهري في الصحاح^(١).

وقال الشيخ في المبسوط : قوس الحسبان هو الذي يدفع الشاب في مجرى وهو الوتر مع المجرى ويرمى به^(٢).

إذا عرفت هذا ، فالشيخ رحمه الله قال : إذا أوصى بقوس من قسيه ، انصرف إطلاق اللفظ الى هذه الثلاثة فقط ، فيتخير الورثة بين دفع ماشاؤوا من هذه الثلاثة وأتبعه [...] ^(٣).

وقال المتأخر : إطلاق لفظة القوس ينصرف الى هذه الثلاثة مع قوس الجلاهي وهو قوس البندق ، لان الجلاهي جمع جلاهقة ، وهي البندقة وقوس النداف ، فيتخير الوارث بين دفع ماشاء من هذه الخمسة ، لان لفظ الموصي عام ، وتخصيصه يحتاج الى دليل .

قال رحمه الله : ولاتثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ، ولاتقبل شهادة النساء في ذلك ، وهل تقبل شهادة الواحد مع اليمين ؟ فيه تردد ، أظهره المنع .

اقول : منشؤه : النظر الى أن الشهادة حكم شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة له فلا حكم ، ولان الوصية بالولاية ليست مالا ، ولا المقصود منها المال ، فلا تثبت الا بشاهدين . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى فاجماعية . وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٤) ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى الاصل ، ولان في قبول هذه الشهادة ارفاقاً وتيسيراً ، فتكون مراداً

(١) صحاح اللغة ١ / ١١١ .

(٢) المبسوط ٤ / ٢١ .

(٣) كذا بياض في النسختين .

(٤) المبسوط ٤ / ٦١ .

لصاحب الشرع . أما الصفري فبينة ، وأما الكبرى فللاية والرواية^(١).

قال رحمه الله : وفي الوصية للحربي تردد ، أظهره المنع .

اقول : قد سبق بحث مثل هذه المسألة في الوقف .

قال رحمه الله : ولو أوصى لآخواله وأعمامه ، كانوا سواءً على الأصح ،

وفيه رواية مهجورة ، أما لو نص على التفضيل أتبع .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية الى أن للأعمام الثلثين من القدر الموصى به ،

وللآخوال الثلث^(٢). عملاً برواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلاث

ماله لأعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولآخواله الثلث^(٣).

وقال المتأخر : الخبر من الأحاد ، والتفضيل منفي بالأصل ، وحمله على

الميراث قياس ، وهو باطل عندنا ، وهو الأصح عند المصنف .

قال رحمه الله : لو أوصى لجيرانه - الى قوله : وفيه قول آخر مستبعد .

اقول : أشار به الى القول الذي ذكره في باب الوقف .

قال رحمه الله : ولو أوصى الى اثنين - الى قوله : أما لو مات أحدهما أو

فمن ، لم يضم الحاكم الى الآخر ، وجاز له الانفراد ، لانه لا ولاية للحاكم مع

وجود وصي ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى قوله عليه السلام «الحاكم ولي من لاولي له» فشرط في

ثبوت ولاية الحاكم انتفاء ولي الميت ، أعني : وصيه ، والتقدير أنه موجود هنا

اذكل واحد من الوصيين يصدق عليه أنه وصي ، فيبقى ولاية الحاكم قضية للشرط .

والالنفات الى أن الموصي انما رضي بهذا الوصي منضمّاً الى غيره لامتفرداً

(١) في هامش «م» : الآية « يريد الله بكم اليسر » والرواية « يسروا ولا تعسروا » .

(٢) النهاية ص ٦١٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢١٤/٩ ، ح ٢٢ .

فيجوز حينئذ للحاكم الضم ، اذ هو متصور للمصالح ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢).

قال رحمه الله : وفي شراء الوصي لنفسه من نفسه تردد ، والاشبه الجواز .
اقول : قد مر البحث في مثل هذه المسألة أولاً .

قال رحمه الله : ولو مات انسان ولا وصي له ، كان للحاكم النظر في تركته ولولم يكن هناك حاكم ، جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به ، وفي هذا تردد .
اقول : منشؤه : النظر الى أن ثبوت الولاية في مال الغير حكم شرعي ، فلا يتولاه الا الحاكم ، أعني : الامام أو نائبه النظر في ذلك ، أو الفقيه المأمون من فقهاء الشيعة مع عدمهما ، وبه أفتى المتأخر .

والالتفات الى أن ذلك نوع احسان ومعاونه على البر ، فيكون سائغاً لكل مؤمن يوثق به في القيام بذلك ، وبه أفتى الشيخ في النهاية^(٣).

قال رحمه الله : اذا أوصى له بدار ، فانهدمت وصارت براحاً ، ثم مات الموصي ، بطلت الوصية ، لخروجها عن اسم الدار ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاعتبار في الوصية بما يصح عليه اسم الموصي به حين لزوم الوصية ، وما صارت براحاً لا يقع عليه اسم الدار حين لزوم الوصية فتبطل الوصية ، كما لو أوصى بطعام ثم طحنته قبل وفاته ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٤).

والالتفات الى أن الوصية بالدار يتضمن بالبراح ، اذ هو من أجزائها ، فيكون لفظ الدار دالاً عليها بالتضمن ، وبطلان الوصية في الجدار والسقف لعدمه لا يستلزم

(١) الخلاف ٩٤/٢ .

(٢) المبسوط ٥٣/٤ .

(٣) النهاية ص ٦٠٨ .

(٤) المبسوط ٣٨/٤ .

بطلان الوصية في البراح لوجوده حين لزوم الوصية ، وكان هذا هو الاقوى .
قال رحمه الله : لو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته ، ثم أصدقها الثلث الاخر
ودخل بها ثم مات ، فالنكاح صحيح ويبطل المسمى ، لانه زائد على الثلث وترثه
وفي ثبوت مهر المثل تردد ، وعلى القول الاخر يصح الجميع .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله «إِلَّا» «المريض ممنوع من التصرف
الا في ثلث ماله» ولاجرم ان كونه مهراً زائداً عن ثلث ماله ، وهو فتوى الشيخ
في المبسوط^(١) .

والالتفات الى أن مهر المثل جار مجرى أروش الجنائيات ، فيخرج من أصل
التركة ، كما تخرج الاروش من أصلها .

واعلم أن الشيخ رحمه الله منعها الارث ، والمصنف أثبتته ، عملاً بعموم آية
ميراث الزوجات . وهذا البحث كله انما يتمشى على قول من يجعل منجزات
المريض من الثلث فقط ، أما من يجعلها من الاصل ، فان الزواج صحيح ، وكذا
العق ، وثبت لها المسمى والميراث .

قال في آخر نسخة «م» : سم الجزء الاول من ترددات شرائع الاحكام في
معرفة الحلال والحرام ، من نسخة كتبت من خط شارحها الفقيه العالم الفاضل نجم
الدين جعفر بن الزهري الحلبي قدس الله سره ، على يد كاتبها مالکها الفقير الى
الله عبدالله والمؤمنين ، علي بن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر ، غفر الله له
ولوآله وللمؤمنين والمؤمنات ولمن دعا لهم بذلك ، وذلك في يوم الجمعة
حادي عشرين ذي الحجة الحرام ، من سنة أربع وخمسين وسبعمائة ، بالحالة
السفية ، عمرها الله بالصالحين من عباده واختمه بالخير . وصلى الله على أكرم
المرسلين وخير خلقه أجمعين سيدنا محمد النبي وآله الطاهرين .

وقال في آخر نسخة «س»: تمت ترددات الجزء الاول، والله الموفق للصواب
 بحمد الله تعالى ومنه وكرمه ، والتصديق برسوله ووصيه وذريته وأهل بيته ،
 وجميع رسله وأوصيائه رسله وملائكته وكتبه على يد أضعف عباده ، وأحوجهم
 الى عفوهِ ومغفرته ورحمته ورضوانه ، علي بن حسن بن علي بن، في يوم
 الاثنين سادس شهر صفر من شهور سنة ست وخمسين وسبعمائة ، بمدرسة البسط
 المعروفة بمدرسة سيدنا ومولانا صاحب الزمان محمد بن الحسن صلى الله عليه
 وآله وسلم وعجل اللهم في فرجه ، رحم الله من قرأ فيه ونظر فيه ودعا لصاحبه
 وكتبه ولوالديه ولجميع المؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات الاحياء منهم
 والاموات بالمغفرة والرحمة برحمتك يا أرحم الراحمين .

وتم استنساخ الجزء الاول من الكتاب تحقيقاً وتصحيحاً وتعليقاً عليه على
 يد العبد مهدي بن محمد الرجائي في يوم السبت الرابع والعشرين من جمادي
 الاخر ، سنة ألف وأربعمائة وثمان هجرية ، في بلدة قم حرم أهل البيت عليهم السلام .

فهرس الكتاب

٣	مقدمة المحقق
٢٠	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الطهارة
٢١	حكم نجاسة ماء البئر
٢٢	الماء المستعمل في الوضوء
٢٣	حكم الاسثار
٢٤	أحكام الجنابة والحيض
٢٥ ١	أحكام الاموات
٢٧	أحكام التيمم
٢٩	أحكام النجاسات
٣٠	حكم اتخاذ الاواني من الذهب والفضة
٣٢	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الصلاة
٣٢	عدم جواز لبس الحرير للرجال ولا الصلاة فيه
٣٣	مالو صلى منفرداً ولم يؤذن ساهياً
٣٤	وجوب البسمة بين السورتين الا ما استثنى

- ٣٥ مايجب في الركوع
- ٣٦ قواطع الصلاة
- ٣٧ حكم عقص الشعر للرجل
- ٣٨ ذكر الترددات المذكورة في فضل صلاة الجمعة
- ٤٢ ذكر الترددات المذكورة في فضل صلاة العيد
- ٤٥ مالو اتفق عيد وجمعة في يوم واحد
- ٤٦ حكم صلاة الكسوف
- ٤٨ في الصلاة على الاموات
- ٤٩ نوافل شهر رمضان
- ٤٩ توابع الصلاة
- ٥٢ ذكر الترددات والترجيحات المذكورة في كتاب الزكاة
- ٥٣ عدم وجوب الزكاة في الدين
- ٥٤ زكاة مال التجارة
- ٥٥ زكاة الغنم والانصاب
- ٥٦ اشتراط السوم في وجوب الزكاة
- ٥٧ مالو اختل أحد شروط الزكاة أثناء الحول
- ٥٨ وجوب الزكاة في الذهب والفضة
- ٦٠ زكاة القرض على المقرض
- ٦١ عدم وجوب الزكاة في غير الاجناس الاربعة من الغلات
- ٦٣ وجوب الزكاة بعد اخراج حصة السلطان
- ٦٤ حكم الثمرة لو صارت تمرأ والمالك حي ثم مات
- ٦٥ مالو ملك نخلا قبل بدو صلاحه

- ٦٦ مالو ملك أحد النصب الزكائية
- ٦٧ أصناف المستحقين للزكاة وصفاتهم
- ٧٣ حرمة الصدقة الواجبة على ولد هاشم
- ٧٥ مالو طلب الامام الزكاة
- ٧٦ مالو احتاجت الصدقة الى كيل ووزن
- ٧٧ وجوب دفع الزكاة عند اهلل الشهر الثاني عشر
- ٧٩ وجوب النية عند الدفع
- ٨١ حكم زكاة الفطرة
- ٨٤ وقت وجوب زكاة الفطرة
- ٨٧ مايجب فيه الخمس
- ٨٨ الخمس يقسم ستة أقسام ومايعتبر فيه
- ٩٢ ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الصوم
- ٩٢ أحكام النية المعتبرة في الصوم
- ٩٦ مايجب الامساك عنه
- ١٠١ حكم الحفنة
- ١٠٢ حكم مالو أكل ناسياً أو خوف فأفطر
- ١٠٣ حكم الكفارة في شهر رمضان
- ١٠٤ حكم من أجنب ونام ليلا
- ١٠٥ حكم التمضمض ومايخرج من بقايا الغذاء
- ١٠٧ تكرر الكفارة بتكرر الموجب
- ١٠٨ من فعل مايجب به الكفارة ثم سقط فرضه
- ١٠٩ مالو اكره امرأته في نهار رمضان

- ١١٠ مالو نذر يوماً معيناً فاتفق أحد العبدین
- ١١١ عدم صحة صوم المغمی علیه
- ١١١ صحة صوم النذر المشروط
- ١١٣ ما یعتبر فی ثبوت الهلال
- ١١٤ استحباب صوم الثلاثین من شعبان
- ١١٦ عدم وجوب الصوم علی الصبی والمجنون
- ١١٦ استحباب الموالاة فی القضاء
- ١١٧ مالو استمر به المرض الی رمضان آخر
- ١١٨ هل یقضى عن المرأة ما فاتها ؟
- ١١٩ حکم من نسی غسل الجنابة فی شهر رمضان
- ١٢٠ من وجب علیه صوم شهر متابع فصام بعضه
- ١٢١ الشرائط المعتبرة فی قصر الصلاة معتبرة فی قصر الصوم
- ١٢٢ الهم والكبیر وذوالعطاش یفطرون فی رمضان
- ١٢٤ کراهة التملی من الطعام والشراب لمن یسوع له
- ١٢٥ ایضاح الترددات المذكورة فی کتاب الاعتکاف
- ١٢٦ حکم من نذر اعتکاف شهر معین فاعتکف بعضه
- ١٢٩ من مات قبل انقضاء اعتکافه الواجب
- ١٢٩ کل ما یفسد الصوم یفسد الاعتکاف
- ١٣٠ وجوب کفارة واحدة ان جامع لیل
- ١٣١ الارتداد موجب للخروج من المسجد
- ١٣٢ مالو اکره امرأته علی الجماع وهما معتکفان
- ١٣٣ اذا طلقت المعتکفة رجعية خرجت

- ١٣٤ مالمو اعتكف ثلاثة متفرقة
- ١٣٦ ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الحج
- ١٣٧ وجوب الحج ببذل الزاد والراحلة له
- ١٣٨ سقوط الحج عمن منعه عدو أو كان معضوباً
- ١٣٩ من مات بعد الاحرام ودخول الحرم
- ١٤١ هل الرجوع الى كفاية شرط في وجوب الحج
- ١٤٢ يقضى الحج من أقرب الاماكن
- ١٤٣ حكم نذر الحج
- ١٤٤ حكم نذر الحج ماشياً
- ١٤٧ عدم صحة النيابة عن المسلم المخالف
- ١٤٨ عدم صحة نيابة من وجب عليه الحج واستقر
- ١٤٩ وجوب الاتيان بما شرط عليه
- ١٥٠ مالمو شرط الحج على طريق معين
- ١٥١ حكم الصد قبل الاحرام ودخول الحرم للمستتيب
- ١٥١ مالمو أفسد النائب حجه
- ١٥٣ مالمو أوصى أن يحج عنه ولم يعين الاجرة
- ١٥٤ حكم من عليه حجة الاسلام ونذر أخرى
- ١٥٦ وجوب اتيان حج التمتع في أشهر الحج
- ١٥٨ وجوب الاحرام من الميقات مع الاختيار
- ١٦٠ حج الافراد والقران
- ١٦١ جواز الطواف للقران والمفرد لو دخل مكة
- ١٦٣ مالمو أقام من فرضه التمتع بمكة سنة أو سنتين

- ١٦٤ عدم جواز القران بين الحج والعمرة بنية واحدة
- ١٦٦ مالو حج على طريق لابنضي الى أحد المواقيت
- ١٦٦ من أحرم قبل هذه المواقيت
- ١٦٧ مالو نسي الاحرام ولم يذكر حتى أكمل مناسكه
- ١٦٨ مقدمات الاحرام
- ١٦٩ مالو أحرم بغير غسل أو صلاة ثم ذكر
- ١٧١ عدم انعقاد الاحرام للمتعمد والمفرد الا بالتلبية
- ١٧٢ عدم جواز الاحرام في الحرير للنساء
- ١٧٥ حكم الاشتراط في الاحرام
- ١٧٧ مالو اختلف الزوجان في ايقاع العقد
- ١٧٩ حرمة الطيب على المحرم
- ١٨٠ حرمة لبس المخيط للرجال وكذا الاكتحال بالسواد
- ١٨٢ حكم لبس الخفين ومايستر ظهر القدم
- ١٨٣ مايحرم فعله للمحرم
- ١٨٥ من لم يتفق له الوقوف بعرفات نهراً
- ١٨٨ مالو نوى الوقوف ثم نام أو جن أو أغمي عليه
- ١٨٩ مايعتبر في الرمي
- ١٩١ يستحب أن يقسم الهدي أثلاثاً
- ١٩١ حكم من فقد الهدي ووجد ثمنه
- ١٩٤ وجوب تقديم التقصير على زيارة البيت
- ١٩٥ مايعتبر في الطواف
- ١٩٩ حكم من نسي طواف الزيارة

- ٢٠٠ من طاف كان بالخيار في تأخير السعي الى الغد
- ٢٠٢ أحكام السعي
- ٢٠٤ كراهة منع أحد من سكنى دور مكة
- ٢٠٦ حرمة أن يرفع بناء فوق الكعبة
- ٢٠٧ مالو ساق هل يفتقر الى هدي التحلل أم لا ؟
- ٢٠٩ لايدخل لهدي التحلل
- ٢١٠ أحكام الصيد وكفارته
- ٢٢٧ لايدخل في ملك المحرم شيء من الصيد
- ٢٢٩ كلما تكرر الصيد من المحرم نسياناً وجب عليه ضمانه
- ٢٣١ كفارة الاستمناء
- ٢٣٣ مالو عقد المحرم لمحرم على امرأة ودخل
- ٢٣٤ حكم قلع شجر الحرم
- ٢٣٦ سقوط الكفارة عن الجاهل والناسي والمجنون
- ٢٣٨ ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الجهاد
- ٢٤٠ حكم نذر المراقبة
- ٢٤٢ مالو غلب عنده الهلاك في الحرب
- ٢٤٣ مايجوز فيه الفرار في الحرب
- ٢٤٤ حرمة القاء السم
- ٢٤٥ كراهة المبارزة بغير اذن الامام
- ٢٤٧ يجوز أن يذم الواحد من المسلمين الاحاد من أهل الحرب
- ٢٤٩ مالو أسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه
- ٢٥٠ مالو وجد شيء في دار الحرب

- ٢٥٣ ليس للاعراب من الغنيمة شيء
- ٢٥٤ لا يستحق أحد سلباً ولا نقلاً
- ٢٥٥ الحربي لا يملك مال المسلم بالاستغنام
- ٢٥٧ مالو قتل الرجال قبل عقد الجزية
- ٢٥٨ مالو خرقوا الذمة في دار الاسلام
- ٢٦٢ عدم صحة بيع المصحف من الكافر
- ٢٦٢ وجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
- ٢٦٥ ايضاح الترددات المذكورة في المعاملات
- ٢٦٥ ما يحرم بيعه
- ٣٦٧ عدم اشتراط تقديم الايجاب على القبول
- ٢٧٠ تكفي مشاهدة المبيع عن وصفه
- ٢٧١ ما يكره في البيع
- ٢٧٣ ذكر الترددات المذكورة في فصل الخيار
- ٢٧٦ أحكام القبض
- ٢٧٨ حكم ما يشترطه المشتري على البائع
- ٢٧٩ حرمة الربا وما يجري فيه
- ٢٨٢ التقابض في المجلس شرط في صحة الصرف
- ٢٨٤ حكم بيع ثمرة النخل قبل ظهورها
- ٢٨٨ حكم الاسلاف في الجلود وجوز القز
- ٢٨٩ لا يشترط ذكر موضع التسليم
- ٢٩٠ لا يجوز للمملوك أن يتصرف في نفسه
- ٢٩١ أحكام الرهن

- ٢٩٤ مالو أقر المفلس بعين
- ٢٩٥ حكم من وجد عين ماله
- ٢٩٦ مالو أودعه انسان وديعة فأنلفها
- ٢٩٧ أحكام الضمان
- ٢٩٨ في ضمان الاعيان المضمونة
- ٢٩٩ حكم من ضمن عهدة الثمن
- ٣٠٠ أحكام الحوالة
- ٣٠١ صحة الحوالة حالة ومؤجلة
- ٣٠٢ حكم من تكفل بتسليمه مطلقاً
- ٣٠٢ عدم صحة كفالة المكاتب
- ٣٠٣ أحكام الصلح
- ٣٠٤ عدم جواز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق
- ٣٠٤ أحكام الشركة
- ٣٠٧ مباحث الشركة
- ٣٠٩ اشتراط كون مال القراض عيناً
- ٣١٠ اشتراط كون الربح مشاعاً
- ٣١١ قبول قول العامل في التلف
- ٣١٢ مالو قارض اثنان واحداً
- ٣١٣ صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة وبعده
- ٣١٤ مباحث المساقاة
- ٣١٧ مباحث الوديعة
- ٣١٩ مباحث العارية

- ٣٢٠ ذكر الترددات المذكورة في كتاب الاجارة
 ٣٢٢ مايلزم في اجارة الدابة
 ٣٢٣ مايلزم في اجارة المرضعة
 ٣٢٤ اشتراط كون المنفعة مقدوراً على تسليمها
 ٣٢٦ صحة الوكالة في الطلاق
 ٣٢٧ لو اختلف الوكيل والموكل في لفظ العقد
 ٣٢٨ مالو اذن الموكل لو كيله في بيع ماله
 ٣٢٩ مباحث الوقف
 ٣٣٠ مالو وقف حصة من عبد ثم أعتقه
 ٣٣١ مالو آجر البطن الاول الوقف ثم انقضوا
 ٣٣٢ عدم اشتراط القبول في البراء
 ٣٣٤ انتقال الملك الى الموصى له بموت الموصي
 ٣٣٥ مباحث الوصية
 ٣٣٦ مالو أوصى باخراج بعض ولده من الارث
 ٣٣٧ عدم ثبوت الوصية بالولاية الا بشاهدين
 ٣٣٨ مالو أوصى لاقواله وأعمامه وجيرانه
 ٣٣٩ مالو مات انسان ولاوصي له
 ٣٤٠ مالو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته
 ٣٤٢ فهرس الكتاب

أيضاً
زكيات الشريعة

للفقيه الجليل
نجم الدين جعفر بن الزهري الحلبي
من أعلام القرن الثامن

الجزء الثاني

إسراف
السيد محمود المرعشي

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(ذكر ترددات كتاب النكاح)

قال رحمه الله: وأكل ما ينثر في الاعراس جائز، ولا يجوز أخذه إلا باذن أربابه
نطقاً أو بشاهد الحال ، وهل يملك بالاختذ؟ الاظهر نعم .

أقول : يمكن أن يقال : ان الاذن في الاختذ يفيد اباحة التصرف لا التملك ،
وهو ظاهر كلام المتأخر ، والفرق بين الاباحة والتملك أن الاباحة يجوز الرجوع
فيها مادامت العين باقية ، سواء كانت لاجنبي ، أو الذي رحم يصرف فيها ، أو لا
بخلاف التملك فإنه لا يجوز الرجوع فيه وان كانت العين باقية .

قال رحمه الله : والعبارة عن الإيجاب لفظان : زوجتك وأنكحتك . وفي
منعك تردد ، وجوازه أرجح .

أقول: منشؤه : النظر الى أن النكاح عصمة مستفادة من الشرع ، فتقف صحتها
على ما دل الشرع على الاعتقاد به قطعاً في الدائم ، وليس اللفظي الزواج والنكاح

وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(١)، وأتبعه المتأخر .
والالتفات الى أن الله تعالى قد عبر عن عقد النكاح بهذه الالفاظ الثلاثة ،
فيكون موضوعه له ، اذ الاصل في الاطلاق الحقيقة، وهذا الدليل ذكره المصنف
في المسائل الكمالية ، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(٢).

قال رحمه الله : ولو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال الزوج :
قبلت ، صح ، لان نعم يتضمن اعادة السؤال ولولم يعد اللفظ ، وفيه تردد .
أقول : منشؤه : النظر الى أن النكاح عصمة شرعية ، فيقف انعقاده على وجود
اللفظ الذي جعله الشارع دليلاً عليه ، وليس الا الزواج والنكاح ، أو المتعة على
خلاف فيها .

والالتفات الى لفظة «نعم» تقتضي اعادة السؤال ، فيكون تقدير الكلام حيثئذ :
نعم زوجت بنتي ، ولاخلاف في الانعقاد لو أتى بذلك ، فكذا الاتيان بمعناه ، اذ
المقصود بالذات انما هو المعنى ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٣).
ونمنع كون المعنى مقصوداً فقط ، بل المقصود المعنى واللفظ معاً ، كما في
الطلاق وغيره من ألفاظ العقود والايقاعات ، ولعل الاول أقرب ، وهو ظاهر كلام
المتأخر .

قال رحمه الله : لا عبرة بعبارة الصبي ايجاباً وقبولا ، ولا بعبارة المجنون ،
وفي السكران الذي لا يعقل تردد ، أظهره أنه لا يصح ولو أفاق فأجاز .
أقول : منشؤه : النظر الى أن السكران الذي لا يعقل مساو للمجنون ، فيكون
حكمه حكمه .

(١) المبسوط ١٩٣/٤ .

(٢) النهاية ص ٤٥٠ .

(٣) المبسوط ١٩٣/٤ .

والالتفات الى الرواية المروية عن أبي الحسن عليه السلام^(١)، وهي التي أشار إليها المصنف .

قال رحمه الله : ولا ولاية للوصي وان نص الموصى على النكاح على الاظهر .
أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف^(٢) الى ان ولاء النكاح مستفاد بالوصية ، اذا كان الموصي من له ولاية على الموصى عليه ، محتجاً بالاصل ، ولانه لا مانع منه ، وبعموم قوله تعالى « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يدلونه »^(٣) .

وأيضاً فلا خلاف أن له أن بوصي بالنظر في مالهما^(٤)، فكذلك في التزويج والجامع بينهما ثبوت الولاية له عليهما . وضعف هذه الادلة جميعاً ظاهر ، فلا حاجة بنا الى ابانته .

قال رحمه الله : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، هل لها أن تعترض؟ فيه تردد ، والاظهر أن لها الاعتراض .

أقول: منشؤه : النظر الى أن في التزويج بدون مهر المثل ضرراً على الزوجة وربما لحقها بذلك عار ، فيكون لها الاعتراض ، عملاً بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا اضرار »^(٥) ولان تصرف الولي مشروط بالغبطة ، ولا غبطة في التزويج بدون مهر المثل .

والالتفات الى أن عقد الولي مأذون فيه شرعاً ، فلا يكون لها الاعتراض فيه .
قال رحمه الله : لا ولاية للام على الولد ، فلو زوجته فرضي لزم العقد، وان

(١) تهذيب الاحكام ٣٩٢/٧ ، ح ٤٧ .

(٢) الخلاف ١٤٢/٢ مسألة ٩ .

(٣) سورة البقرة : ١٨١ .

(٤) في «س» : ماله .

(٥) عوالي اللئالي ٣٨٣/١ و ٢٢٠ و ٧٤/٢ و ٢١٠/٣ .

كره لزمها المهر ، وفيه تردد ، وربما حمل على دعوى الوكالة فيه .
 أقول : منشؤد : النظر الى أصالة براءة ذمة الام ، فمن شغلها بشيء فعليه
 الدلالة ، ولان الام لا ولاية لها في غير النكاح عندنا ، فهي كالأجنبي سواء ، فان
 رضي بعقدها صح ولزمه المهر والأفلا ، وهو اختيار المتأخر .
 والالتفات الى رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سأل رجل زوجته
 أمه وهو غائب ، قال : النكاح جائز ، ان شاء الزوج قبل وان شاء ترك ، فان ترك
 الزوج تزويجه ، فالمهر لازم لأمه^(١) . وبها أفتى الشيخ في النهاية^(٢) .
 وضعف هذه الرواية ينشأ من مخالفتها الاصل أولا ، ومن جهالة حال بعض
 رجالها ثانياً .

وقال المصنف رحمه الله : يمكن حمل الرواية على أن الام ادعت الوكالة
 عن الولد ، فيلزمها المهر حينئذ ، لانها غارة ومدعية عقداً مأذوناً فيه ، فيترتب
 عليه ثبوت المهر ، ان أوجبناه على الوكيل .
 قال رحمه الله : اذا زوج الأجنبي امرأة - الى آخره .
 أقول : أشار بقوله « على القولين » الى الاختلاف في أن عقد النكاح هل يقف
 على الاجازة أم لا ؟ قال بعض الاصحاب : انه يقف على الاجازة ، وبعضهم منع
 من ذلك ، وقيل : ان عقد الأجنبي يقع باطلا ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(٣) .
 قال رحمه الله : لو طلق زوجته فوطئت بالشبهة - الى قوله : وان احتمل أن
 يكون منهما استخراج بالقرعة ، على تردد ، أشبهه أنه للثاني .

أقول : منشؤه : النظر الى أن مع تساوي الاحتمالين تنتفي الاولوية ، فيجب
 الاستخراج بالقرعة ، فمن خرج اسمه فهو له ، والا لزم الترجيح من غير مرجح

(١) فروع الكافي ٤٠١/٥ - ٤٠٢ .

(٢) النهاية ص ٤٦٧ .

(٣) الخلاف ١٤٣/٢ .

وهو خيرة الشيخ في المبسوط^(١).

والالتفات الى أن الزوجة فراش للثاني حيثئذ ، فيكون الولد له ، عملاً بعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الولد للفراش وللغاهر الحجر »^(٢).

قال رحمه الله : انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط : الاول - أن يكون اللبن عن نكاح ، فلو در أوكان عن زنا لم يثبت حرمة ، وفي نكاح الشبهة تردد ، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاصحاب لم يفصلوا بين النكاح الفاسد وبين نكاح الشبهة ، الا في الحاق الولد ورفع الحد ، فمن ادعى ثالثاً فعليه الدليل ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٣) وتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن نكاح الشبهة يثبت معه النسب الصحيح الشرعي ، فكذلك الرضاع الشرعي ، عملاً بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »^(٤) فجعله أصلاً للنسب ، وهو الذي قواه الشيخ والمتأخر ، الا أن المتأخر قال بعد ذلك : ولي في ذلك نظر وتأمل .

وأقول : بعد منشأ هذا النظر المنع من دلالة الخبر على محل النزاع ، اذ المفهوم منه غير ذلك .

قال رحمه الله : ولو ارتضع من ثدي الميتة ، أو رضع بعض الرضعات وهي حية ثم أكملها [ميتة] لم ينشر الحرمة ، لأنها خرجت بالموت عن التحاق الاحكام فهي كالبهيمة المرتضة ، وفيه تردد .

(١) المبسوط ٢٠٩/٤ .

(٢) مسند أحمد بن حنبل ١٢٩/٦ .

(٣) المبسوط ٢٩١/٥ .

(٤) عوالي اللثالي ٤٤/١ ، برقم : ٥٥ .

أقول: منشؤه : النظر الى انتشار الحرمة بالرضاع تعبد شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلاحكم ، ولانها خرجت بالموت عن التكليف وانتشار الحرمة بالرضاع تكليف ، والمقدمتان ظاهرتان ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) ، عملاً بأصل الاباحة ، ولقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم »^(٣) وهذه ما أرضعت ، وقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم »^(٤) وأنبه المتأخر .

والانقفاً الى عموم قوله **الَّتِي** « حرمة الميت كحرمة الحي »^(٥) والمراد بلفظ الميت الذكر والانثى ، ومن جملة الحرمة انتشار التحريم بالرضاع ، فيحرم عليه ميتة مع اكماله الرضعات المعتبرة شرعاً جميع من يحرم عليه لو كانت حية، وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي ، والاول عندي أقوى .

قال رحمه الله : الشرط الثالث - أن يكون الرضاع في الحولين ، ويراعى ذلك في المرتضع ، لقوله **الَّتِي** « لارضاع بعد فطام »^(٦) وهل يراعى في ولد المرضعة ؟ الاصح أنه لا يعتبر .

أقول : مراعاة ذلك في المرتضع متفق عليه بين علمائنا وفتواهم على أنه لا يعتبر في ولد المرضعة، فلو أرضعت صبياً بلبن ولدها الرضعات الشرعية ولولدها لصلبها أكثر من حولين نشر الحرمة .

وشرط أبو الصلاح في انتشار الحرمة أن يكون الرضاع واقعاً في الحولين

(١) المبسوط ٢٩٦/٥ .

(٢) الخلاف ٣٢٣/٢ مسألة ١٤ .

(٣) سورة النساء : ٢٣ .

(٤) سورة النساء : ٢٤ .

(٥) تهذيب الاحكام ٤١٩/١ ، ح ٤٣ .

(٦) عوالي اللئالي ٧٢/١ و ١٢٨/٢ و ٢٧٠ و ٣٢٤/٣ .

من غير المرتضع وولد المرضعة ، فلو حصل بعد أن مضى لهما أو لاحدهما حولان أو أكمل بعد مضيهما من عمرهما أو عمر أحدهما لم ينشر حرمة .

لنا - عموم قوله تعالى «وأما تكمل اللاتي أرضعنكم»^(١) وإصالة عدم الاشتراط ترك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولاً بها في الثانية .

قال رحمه الله : لو كان له أمة يطأها، فأرضعت زوجته الصغيرة ، حرمتا جميعاً ويثبت مهر الصغيرة ، ولا يرجع به على الامة ، لانه لا يثبت للمولى مال في ذمة مملوكه ، نعم لو كانت موطوءة بالعقد يرجع به عليها ويتعلق بربقتها ، وعندي في ذلك تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن هذا الرضاع جار مجرى الجنابة، اذ فيه تفويت منفعة البضع على الزوج ، وجنابة الامة تتعلق بربقتها اجماعاً منا ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢).

والالتفات الى أصالة براءة الذمة ، وهي دليل قطعي ، فيتمسك بها الى حين ظهور الناقل قطعاً أو ظاهراً . ونمنع كون منفعة البضع مضمونة ، وحملها على الجنابة قياس ، وهو باطل عندنا في الشرعيات ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف^(٣).

فرع :

القائل بالضمان أوجب بيعها فيه مع امتناع المولى عن الفك ، كما في الجنابة وسيأتي ، والمصنف رحمه الله قال: ولوقلنا بوجوب العود لم نقل ببيع المملوك فيه ، بل تتبع به اذ تحررت .

فالمصنف رحمه الله أجراه مجرى الدين الذي يستدينه المملوك بغير اذن

(١) سورة النساء : ٢٣ .

(٢) المبسوط ٢٩٨/٥ - ٢٩٩ .

(٣) الخلاف ٣٢٤/٢ مسألة ١٨ .

مولاه ، والشيخ رحمه الله أجراه مجرى الجنابة .

قال رحمه الله : وأما الوطء بالشبهة ، فالذي خرج الشيخ رحمه الله أنه ينزل منزلة النكاح الصحيح ، وفيه تردد ، أظهره أنه لا ينشر ، لكن يلحق معه النسب . أقول : منشؤه النظر الى أن الوطء الصحيح ينشر حرمة المصاهرة ، فكذا ما هو في حكمه ، أعني : وطء الشبهة وعقد الشبهة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).

والالتفات الى أن حملته على النكاح الصحيح والزنا قياس ، والاصل عدم التحريم ، فلا يصار اليه الا بدليل ، وهو اختيار المتأخر .

فروع :

الوطء المباح بغير عقد الشبهة والوطء بملك اليمين ، ينشر تحريم المصاهرة ويثبت به حرمة المحرم . وأما الوطء الحرام ، فلا يثبت به حرمة المحرم اجماعاً ولا ينشر تحريم المصاهرة على الاقوى .

والمراد بانتشار الحرمة المنع من نكاح أم الزوجة مطلقاً ، وابتنها اذا كان قد دخل بها معاً على سبيل الدوام ، ومن نكاح اختها على سبيل الجمع .

والمراد بثبوت حرمة المحرم جواز النظر الى من حرم عليه نكاحهن بالمصاهرة تحريم تأبید .

وأما الوطء بالشبهة ، فهل ينشر حرمة المصاهرة ؟ سلف البحث فيه ، لكن لاختلاف أنه لا يثبت به حرمة المحرم .

قال رحمه الله : وأما النظر فيما يسوغ لغير المالك ، كنظر الوجه ولمس الكف ، لا ينشر الحرمة . وما لا يسوغ لغير المالك ، كنظر الفرج والقبلة ومس

باطن الجسد بشهوة ، فيه تردد ، أظهره أنه يثمر كراهية . ومن نشر به الحرمة ، قصر التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة ، دون أم المنظورة والملموسة وبنتها .

أقول: منشؤه : النظر الى أصل الاباحة ، ويؤيده عموم قوله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء»^(١) وعموم قوله تعالى «أو ما ملكت أيمانكم»^(٢) وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى رواية محمد بن علي قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية يقبلها هل يحل لولده ؟ فقال : بشهوة ، قلت : نعم ، فقال : ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة ، فقال ابتداءً منه ان جردها فنظر اليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه^(٣) .

وفي معناها رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام^(٤) . وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٥) .

واعلم أن الشيخ المفيد قدس الله روحه قصر التحريم على منظورة الاب دون منظورة الابن ، وتبعه أبو الصلاح ، عملاً بروايته محمد بن مسلم وجميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام^(٦) .

وحكاه سلال رواية ، وقال الشيخ في المبسوط : النظر الى الفرج ينشر حرمة المصاهرة ، حكاه عنه صاحب كشف الرموز .

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) نفس الآية .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٠٩ / ٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٠٨ / ٨ - ٢٠٩ ، ح ٤٦٠ .

(٥) النهاية ص ٤٩٦ .

(٦) تهذيب الاحكام ٢٨٢ / ٧ ، ح ٢٩٠ .

قال رحمه الله : اذا دخل بصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها ، حرم عليه وطؤها ولم يخرج من حباله ، ولو لم يفضها لم يحرم على الاصح .

أقول : ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(١) يقتضي التحريم مطلقاً ، سواء حصل الافضاء بالدخول أو لم يحصل ، وهو ظاهر كلام المتأخر ، ولعله اعتمد على رواية سهل بن زياد عن يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا قال : اذا خطب الرجل المرأة ، فدخل بها قبل أن يبلغ تسع سنين فرق بينهما ولا تحل له أبداً^(٢).

لكن الرواية ضعيفة ، وسهل ضعيف ، وهي مع ذلك معارضة بالاصل وعمومات الايات الدالة على اباحة الزوجات والمشهور من الروايات ، فهي اذن ساقطة . والمراد بالتفريق في الخبر تحريم الوطء لافسخ العقد ، ولاتحريم امساكها زوجة . وهذا التفسير ذكره المتأخر في تفسير كلام النهاية ، وهو حسن .

قال رحمه الله : من زنا بامرأة لم تحرم عليه نكاحها ، وكذا لو كانت مشهورة بالزنا ، وكذا لو زنت امرأته وان أصرت ، على الاصح .

أقول : لاختلاف أن مع عدم الاصرار لاتحرم الزوجة . وانما الخلاف لو حصل الاصرار ، فذهب الشيخ وأتباعه والمتأخر الى أنها لاتحرم ، عملاً باصالة الاباحة ، تمسكاً بعموم الاية . وقال المفيد : يحرم امساكها مع الاصرار ، الا أن تظهر التوبة ، وأطلق سلار القول بالتحريم .

قال رحمه الله : لو أسلم وعنده أربع حرائر وثنيات ، فأسلم معه اثنتان ، ثم اعتق ولحق به من بقي ، لم يزد على اختيار اثنتين ، لانه كمال العدد المحلل له ، ولو أسلمن [كلهن] ثم أعتق ثم أسلم ، أو أسلمن بعد عتقه واسلامه في العدة، ثبت نكاحه عليهن ، لانصافه بالحرية المبيحة للاربع ، وفي الفرق اشكال .

(١) النهاية ص ٤٥٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣١٢/٧ ، ح ٥٠ .

أقول : منشؤه : النظر الى وجود الحرية المبيحة للاربع في صورتين ، فيكون له اختيار الاربع جميعاً في الصورة الاولى ، عملاً بالمقتضي .

والالتفات الى أن الاعتبار بحال ثبوت الاختيار ، والاختيار انما ثبت له حال العبودية ، فاذا أعتق لم يتغير قدر مائت له بعته ، كما أنه لو أسلم الحر موسراً وعنده أربع زوجات أماء ، فلم يتخير حتى أعسر ، لم يكن له أن يختار واحدة منهن ، اعتباراً بحال ثبوت الاختيار .

ولو كان معسراً حين أسلم معه ، فأيسر بعد ذلك ، كان له أن يختار واحدة ، اعتباراً بحال ثبوت الاختيار ، ولا ينظر الى تغير الحال فيما بعد ، وهو اختيار الشيخ محتجاً بعين هذا الدليل .

فاذا تقرر هذا ، فله اختيار أي الاثنتين شاء السابقتين على عتقه ، أو المتأخر عنه ، وله أن يتزوج بأخريين ، أو يستأنف العقد على الاثنتين اللاحقتين .

قال رحمه الله : اختلاف الدين فسخ لاطلاق - الى قوله : ولو كان المهر فاسداً ، وجب به مهر المثل مع الدخول ، وقبله نصفه ان كان الفسخ من الرجل . ولو لم يسم مهرأ والحال هذه ، كان لها المتعة كالمطلقة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن ارتداد الزوج قبل الدخول فسخ ، حصل قبل الدخول فأشبهه الطلاق ، فتجب لها المتعة ، كالمطلقة التي لم يسم لها مهرأ صحيحاً ولا فاسداً ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) .

والالتفات الى أصالة براءة الذمة ، ولأن حملها على المطلقة قياس ، وهو عندنا باطل ، فلا يجب لها شيء . ويحتمل وجوب نصف مهر المثل . أما لو حصل الارتداد بعد الدخول ولم يسم لها مهرأ وجب مهر المثل قطعاً .

قال رحمه الله : نكاح الشغار باطل ، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين على أن

يكون مهر كل واحدة نكاح الأخرى . أما لو زوج الوليان كل منهما صاحبه وشرط لكل واحدة مهراً معلوماً ، فإنه يصح .

ولو زوج أحدهما الآخر وشرط أن يزوجه الأخرى بمهر معلوم، صح العقدان وبطل المهر ، لأنه شرط مع المهر تزويجاً ، وهو غير لازم ، والنكاح لا يدخله الخيار ، فيكون لها مهر المثل ، وفيه تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى طرق الجهالة في المهر، فيكون باطلا . أما المقدمة الأولى ، فلأنه جعل تزويج كل واحدة منهما شرط صداق الأخرى ، فالْبَضْع لم يشرك فيه اثنان حتى يكون شغاراً ، فيبطل النكاح .

وانما قلنا انه جعل تزويج كل واحدة شرط صداق الأخرى - لأنه ماضى لبنته مهراً الا بشرط أن يحصل له نكاح بنت زوجها، وهو شرط باطل لا يلزم الوفاء به فيبطل صداق المائة .

أما أولاً ، فلأن التزويج بعض الصداق هنا وقد بطل ، فيبطل جميع الصداق اذ بطلان الجزء يستلزم بطلان الكل، لاستحالة وجوده من حيث أنه كل بدونه . وأما ثانياً ، فلأنه على تقدير عدم الوفاء بالشرط الذي هو التزويج يجب أن يرد الى المائة ما نقص من الصداق لاجل الشرط ، وذلك القدر مجهول ، فيبطل الصداق واذا بطل سقط ووجب مهر المثل والنكاح بحاله ، لان النكاح لا يفسد بفساد الصداق . هذا خلاصة كلام الشيخ في المبسوط^(١) .

والالتفات الى أنه شرط سائغ، فيكون لازماً . أما الأولى، فلأن تزويج كل واحد من الرجلين بنت الآخر مشروع اجماعاً. وأما الثانية، فلقوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) ولأنه شرط وقع في عقد لازم ، فيكون لازماً بالأغلبية .

(١) المبسوط ٢٤٤/٤ .

(٢) عوالى اللثالى ٢٩٣/١ ، برقم : ١٧٣ .

قال رحمه الله : لا يقع بالمستمع بها إيلاء ولا لعان على الاظهر .
أقول: مذهب الشيخ رحمه الله أنه لا يقع، وتبعه أبو الصلاح والمتأخر، وقال
المرتضى وشيخنا المفيد : انه يقع .

لنا - الروايات المشهورة المنقولة عن أهل البيت عليهم السلام .
قال رحمه الله : وفي الظهار تردد ، أظهره أنه يقع .
أقول: منشؤه: النظر الى عموم الآية فيقع، وبه أفتى المفيد والمرتضى وابن
أبي عقيل وأبو الصلاح .

والالتفات الى أن المتمتع بها ليس لها اجبار الزوج على النكاح ، فلا يقع
بها الظهار ، لعدم الفائدة ، وبه أفتى ابن بابويه والمتأخر، عملاً برواية علي بن
فضال^(١). واعتبار فائدة الظهار في المطالبة بالوطىء ممنوع، والرواية مرسله فليست
حجة .

قال رحمه الله : وتعتد من الوفاة ولو لم يدخل بها ، بأربعة أشهر وعشرة أيام
ان كانت حائلاً ، وبأبعد الاجلين ان كانت حاملاً ، على الاصح .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده عموم آية الوفاة ، وبه
روايات كثيرة عن أهل البيت عليهم السلام قال المفيد وسلاح: وعدتها شهران وخمسة أيام
وهو ظاهر كلام المرتضى ، واختاره القاضي عبدالعزيز بن البراج ، ومستنده رواية
الحلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله عن رجل تزوج متعة ثم مات عنها ماعدتها؟
قال : خمسة وستون يوماً^(٢) . وحملها الشيخ رحمه الله على كون الزوجة مملوكة ،
توفيقاً بين الروايات ، وهو حسن .

قال رحمه الله : لو باع أمة وادعى أن حملها منه ، فانكر المشتري ، لم يقبل

(١) من لا يحضره الفقيه ٥٣٤/٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٨/٨ ، ح ١٤٦ .

قوله في افساد البيع ، ويقبل في التحاق الولد ، لانه اقرار لا يتضرر به الغير، وفيه تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى عموم قوله عَلَيْهِ « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(١) فيكون مقبولا، ولانه اقرار لا يتضرر به المشتري، سواءً باعه الامه بحملها أو منفردة عنه. والالتفات الى أن في هذا الاقرار اضراراً بالغير ، فلا يكون مسموعاً . أما الصغرى، فلو جوب فكه من تركه أبيه مع القول بالتحاقه بتقدير الموت ولم يخلف وارثاً سواه ، وهو اضرار عظيم بالمشتري . وأما الكبرى ، فلقوله عَلَيْهِ « لا ضرر ولا اضرار في الاسلام »^(٢) ولان عقد الاجماع عليها .

قال رحمه الله في فصل العيوب : والجنون سبب لتسلط الزوجة على الفسخ ، دائماً كان أو أدواراً . وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطء ، أو بعد العقد والوطء . وقد يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاة ، وهو في موضع التردد .
أقول : الاشتراط ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٣) والخلاف^(٤)، وقال في النهاية: ان اختارت فراقه كان على وليها طلاقه^(٥).

وأما منشأ التردد : فالنظر الى أصالة لزوم العقد ، فلا يتسلط على فسخه الابدليل ولم يثبت في غير المستغرق لاوقات الصلاة .

والالتفات الى ظاهر رواية الناسم بن محمد عن علي بن أبي حمزة قال : سئل أبو ابراهيم عَلَيْهِ المرأة تكون لها الزوج قد أصيبت في عقله من بعد ما تزوجها أو

(١) عوالي اللئالي ٢٢٣/١ و ٢٥٧/٢ و ٤٤٢/٣ .

(٢) عوالي اللئالي ٢٢٠/١ و ٣٨٣ و ٧٤/٢ و ٢١٠/٣ .

(٣) المبسوط ٢٥٠/٤ .

(٤) الخلاف ١٨٣/٢ .

(٥) النهاية ص ٤٨٦ .

عرض له جنون ، قال : لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت^(١).

فشرع لها الفسخ مطلقاً ، ولم يعتبر الاستغراق وعدمه ، ولا طلاق الولي أيضاً ، لكن الرواية ضعيفة ، فان القاسم بن محمد وعلي بن أبي حمزة واقفيان .
والمعتمد في الاستدلال على ثبوت الفسخ مطلقاً أن يقال : لا جرم أن الجنون سبب مانع من الاستمتاع كما ينبغي ، وتستضر به المرأة ضرراً عظيماً ، فيسوغ لها الفسخ ، دفعاً للضرر الناشئ من فوات ثمرة العقد .

قال رحمه الله : والعنن مرض يضعف معه القوة عن نشر العضو - الى قوله : فلو وطأها ولو مرة ، ثم عن أو أمكنه وطؤ غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الاظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) : اذا كان له أربع نسوة ، فعن عن واحدة دون الثلاث ، لم يحكم لها بحكم العنة عند أصحابنا ، وقال المخالف : لها حكم نفسها ويضرب لها المدة .

وبمعناه قال في الخلاف^(٣) ، ونسب القول الآخر الى الشافعي ، واستدل باجماع الفرق وأخبارهم .

قال رحمه الله : ولو حدث العجب لم يفسخ به ، وفيه قول آخر .

أقول : قال الشيخ في المبسوط^(٤) والخلاف^(٥) : لا ترد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة ، وقيل المخالف : اذا حدث واحد من الاربعة : الجنون والجذام والبرص والعجب ، فلها الخيار ، وعندنا أنه لا خيار

(١) تهذيب الاحكام ٤٢٨/٧ - ٤٢٩ ، ح ١٩ .

(٢) المبسوط ٢٥٠/٤ .

(٣) الخلاف ١٨٣/٢ .

(٤) المبسوط ٢٥٢/٤ .

(٥) الخلاف ١٨٣/٢ .

في ذلك ، واحتج في الخلاف بأن العقد قد صح شرعاً ، وثبت الرد يحتاج الى دليل ، وحيث لادلالة فلا رد .

قال رحمه الله : أما الجنون ، فهو فساد العقل - الى قوله : مع غلبة المرة .
أقول : قال صاحب الصحاح : المرة احدى الطبائع الاربع ، والمرة القوة وشدة العقل أيضاً ، ورجل مريرأي : قوي ذو مرة^(١) .

قال رحمه الله : وأما العرج ، ففيه تردد ، أظهره دخوله في أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد .

أقول : منشؤه : النظر الى التمسك بمقتضى العقد ، وهو اللزوم وعدم التسلط على الفسخ ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) .

والالتفات الى أن في ذلك عضاضة على الزوج ، وربما نفرت نفسه منه وتضرر به ، فبسوغ له الفسخ دفئاً لمضرته ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٤) . والذي ذكره المصنف توسط بين القولين ، ولا بأس به .

قال رحمه الله : العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ ، وما يتجدد بعد العقد والوطىء لا يفسخ به ، وفي المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد ، أظهره أنه لا يبيح الفسخ ، تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة لزوم العقد ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، للاخبار والاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو اختيار المتأخر .
والالتفات الى عموم الاخبار الواردة بثبوت الرد مع وجود هذه العيوب ، ولم يفتلوا بين العيب السابق على العقد أو المتأخر عنه ، وهو اختيار الشيخ في

(١) صحاح اللغة ٨١٤ / ٢ .

(٢) المبسوط ٢٥٠ / ٢ .

(٣) الخلاف ١٨٢ / ٢ .

(٤) النهاية ص ٤٨٥ .

المبسوط^(١) والخلاف^(٢).

قال رحمه الله في المهور : وهل يجب تعيين الحرف .
أقول : المراد بالحرف هنا القراءة ، يقال قرأت بحرف أبي عمرو ، أي :
بطريقته .

قال رحمه الله : قيل : اذا لم يسم [لها] مهرأ وقدم لها شيئاً ثم دخل ، كان
ذلك مهرها - الى قوله : واستناداً الى قول مشهور .
أقول : هذه المسألة أفتى بها الشيخان وابن البراج وسلار ، وتبعهم المتأخر ،
مدعيّاً للاجماع عليها محتجاً به .

والمراد بالرواية ماروي عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فدخل بها فأولدها
ثم مات عنها ، فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها ، فجاءت تطلبه منهم وتطلب
الميراث ، قال فقال : أما الميراث فلها أن تطلبه ، وأما الصداق فان الذي أخذت من
قبل أن يدخل عليه ، فهو الذي حل للزوج به فرجها ، قليلاً كان أو كثيراً ، اذ هي
قبضته منه وقبلته ودخلت عليه ، فلا شيء لها بعد ذلك^(٣).

ولاجرم أن هذه الرواية مطلقة ، فتأولها الشيخان وأتباعهما بما ذكروه ، جمعاً
بين الأدلة ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو نقصت عين المهر أو صفته ، مثل عور الدابة أو نسيان
الصنعة ، قيل : كان لها نصف القيمة [سليداً] ولا يجبر على أخذ نصف العين
وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المفروض مهرأ انما هو العين دون القيمة ،

(١) المبسوط ٢٥١/٤ .

(٢) الخلاف ١٨٣/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٥٩/٧ ، ح ٢٢ .

فيجب أخذ نصف الموجود منها ونصف قيمة التالف ، عملاً بظاهر قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »^(١) أي : فلكم نصف ما فرضتم ، لانه تعالى جعل النصف مستحقاً بالطلاق ، ولا يجوز أن يكون المستحق للنصف بالطلاق الزوجة ، لانها كانت مאלكة لجميع المهر بالعمد ، فتعين أن يكون الزوج ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) .

والالتفات الى أن المفروض انما هو العين سليمة من جميع العيوب ، فيكون بالخيار بين أخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، وبين أخذ نصف قيمتها معاً ، دفناً للضرر الناشي من وجوب أخذ نصف العين معيماً ، وهو القول الآخر للشافعي ، واختاره الشيخ في المبسوط أولاً .

قال رحمه الله : ولو زاد بكبر أو سمن ، كان له نصف قيمته من دون الزيادة ولا تجبر المرأة على دفع العين ، على الاظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤) بعد أن خير المرأة في هذه الصورة بين دفع نصف العين ، وأوجب على الزوج القبول حينئذ ، وبين دفع القيمة من دون الزيادة ، ويقوى في نفسي أن له الرجوع في نصفه مع الزيادة التي لا تتميز ولقوله تعالى « فنصف ما فرضتم »^(٥) وان كان الاول قوياً .

والاول عند المتأخر أولى ، لانه نماء حدث في ملكها ، فيكون لها . والمقدمتان اجماعيتان .

قال رحمه الله : ولو أصدقها تعليم سورة ثم طلقها قبل الدخول والتعليم ،

(١) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٢) المبسوط ٢٧٧/٤ .

(٣) الخلاف ١٩١/٢ .

(٤) المبسوط ٢٧٧/٤ - ٢٧٨ .

(٥) سورة البقرة : ٢٣٧ .

قيل : يعلمها النصف من وراء الحجاب ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ولأن التعليم حق لها ، فيجوز توفيتها اياه كغيره من الحقوق ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) ، محتجاً بأن الذي وجب عليه واستقر تعليم نصف ماسمي ، فايجاب غيره يحتاج الى دليل .

والالتفات الى أن تعليم نصف السورة يستدعي سماع صوت المرأة الاجنبية وهو غير جائز . أما أولاً ، فلان صوت المرأة عورة . وأما ثانياً ، فلانه لا يؤمن من الافتتان بها ، وهو الوجه الآخر للشافعي ، ولعله الاقرب . قال رحمه الله : ولو شرط لامرأته مهراً ان أبقاها في بلده وأريد منه ان أخرجها فأخرجها الى بلد الشرك ، لم يجب اجابته . وان أخرجها الى بلاد الاسلام ، كان الشرط لازماً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى رواية علي بن رثاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج بها الى بلاده ، فان لم تخرج معه ، فمهرها خمسون ديناراً ، أرأيت ان لم تخرج معه الى بلاده ، قال فقال : ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك ، فلا شرط له عليها في ذلك ، ولها مائة دينار التي أصدقها اياها . وان أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام ، فله ما اشترط عليها ، والمسلمون عند شروطهم ، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي اليها صداقها وترضى من ذلك بما رضيت به وهو جائز^(٣) .

(١) المبسوط ٢٧٥/٤ .

(٢) الخلاف ١٩٠/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٧٣/٧ ، ج ٧٠ .

وهذه الرواية حسنة ، وعليها فتوى الشيخ في النهاية ، بناءً على أنه إذا شرط لامرأته أن لا يخرجها من بلدها ، كان الشرط لازماً .

والانفقات الى مقتضى العقد تسلط الزوج على الزوجة استمتاعاً واسكاناً ، والشرط المذكور مناف لمقتضاه^(١) ، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة ، فلا يثبت المشروط ، وبه أفتى المتأخر ، بناءً على أنه إذا شرط لها أن لا يخرجها من بلدها كان الشرط باطلاً ، ونقل عن الشيخ رحمه الله أنه رجع عن ذلك في الخلاف^(٢) في مسألة إذا أصدقها ألفاً وشرط أن لا يسافر بها ، فالشرط باطل والنكاح والصداق صحيحان .

واعلم أن بين المسألتين فرقاً بعيداً ، على أنا نمنع بطلان هذا الشرط ، عملاً بعموم قوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم »^(٣).

قال رحمه الله : الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين ، ولها التصرف فيه قبل القبض على الاشبه .

أقول: قال الشيخ رحمه الله في الخلاف : ليس للمرأة أن تتصرف في الصداق قبل القبض ، محتجاً بأن جواز التصرف بعد القبض مجمع عليه ولادليل على جواز تصرفها قبله وبأنه روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع مالم يقبض^(٤). والحق الجواز .

لنا - عموم قوله ﷺ « الناس مسلطون على أموالهم »^(٥) والمنع عن بعض التصرفات ، وهو البيع على تقدير تسليمه لا يستلزم المنع عن باقي التصرفات ،

(١) في «س» : لمقتضاه .

(٢) الخلاف ١٩٩/٢ مسألة ٣٢ .

(٣) عوالى اللئالى ٢٩٣/١ و ٢٧٥/٢ و ٢١٧/٣ .

(٤) الخلاف ١٩١/٢ مسألة ٧ .

(٥) عوالى اللئالى ٢٢٢/١ و ٥٧٢ و ١٣٨/٢ و ٢٠٨/٣ .

وهو ظاهر .

قال رحمه الله : وإذا عفت المرأة عن نصيبها ، أو عفى الزوج عن نصيبه - الى قوله : ولا يفتقر الى القبول على الاصح .

أقول : قد مر بحث أن القبول هل هو شرط في صحة الابراء أم لا ؟

قال رحمه الله : اذا زوج ولده الصغير ، فان كان له مال ، فالمهر على الولد وان كان فقيراً ، فالمهر في عهدة الوالد . ولومات الولد ، أخرج المهر من أصل تركته ، سواء بلغ الولد وأبسر أو مات قبل ذلك .

فلو دفع الأب المهر وبلغ الصبي وطلق قبل الدخول ، استعاد الولد النصف دون الوالد ، لان ذلك يجري مجرى الهبة .

ثم قال : لو أدى المهر عن ولده الكبير تبرعاً ، ثم طلق الولد ، رجع الولد بنصف المهر ، ولم يكن للوالد انتزاعه لعين ما ذكرناه في الصغير ، وفي المسألتين تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن أداء المهر عن الولد بمنزلة الهبة له ، فلا يجوز الرجوع فيه .

أما الصغرى ، فلان المهر عوض البضع ، وهو ملك للولد اجماعاً ، فيكون عوضه وهو المهر واجباً عليه كغيره من الاثمان ، واذا ثبت أن المهر يتعلق بذمة الولد بنفس العقد ، تبين أن أداء الوالد للمهر جار مجرى الهبة له .

وأما الكبرى ، فاجماعية عندنا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) . ولقائل أن يمنع الصغرى ، سلمنا لكن لم قلت أن المنزل منزلة الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء ، هذا هو القياس بعينه ، وهو عندنا باطل .

والانتفات الى أصالة بقاء الملك على مالكة وعدم انتقاله عنه ، ترك العمل بها

في الصورة الاولى ، فيبقى معمولاً بها في الثانية .

قال رحمه الله : ولو بات عند الامة ليلة ، ثم اعتقت قبل استيفاء الحرية ، قيل : يقضي الامة ليلة ، لانها ساوت الحرية ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أنها ساوت الحرية قبل توفية حقها عليها ، فينبغي أن يكون حقها مثل حق الحرية ، لانها حرة مثلها ، ويؤيده عموم قوله تعالى «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة»^(١) أي : التي لازوج لها ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢).

والالتفات الى أنها انما صارت حرة بعد استيفاء حقها ، فلاتجب لها شيء آخر ، بل يبتدىء بالقسمة بعد توفية الزوجة الاخرى حقها ، وهذا عندي أقوى . قال رحمه الله : ويستحب أن يقرع بين الزوجات اذا أراد استصحاب بعضهن في السفر ، وهل يجوز العدول عن من خرج اسمها الى غيرها ؟ قيل : لا ، لانها تعينت للسفر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ولان القسم في السفر حق للزوج فقط ، فجاز له تركه ، اما بأن يعدل الى غيرها من الزوجات أولاً يستصحب معه واحدة منهن .

والالتفات الى أن القرعة قد عينتها للسفر ، فلايجوز العدول عنها الى غيرها ، والا لم يكن للقرعة فائدة ، فيكون الامر بها عبثاً ، وهو باطل ، وبه أفقئ الشيخ في المبسوط^(٣).

قال رحمه الله : وهل بعث الحكمين على سبيل التحكيم أو التوكيل ؟ الاظهر

(١) سورة النساء : ١٢٩ .

(٢) المبسوط ٣٣٢/٤ .

(٣) المبسوط ٣٣٣/٤ .

أنه تحكيم .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف ^(١) الى أنه تحكيم ، محتجاً بوجوه :
 الاول : قوله تعالى « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » ^(٢) وظاهر الآية
 دالة على التحكيم ، لانه لم يقل فابعثوا وكيلا .
 الثاني : الخطاب الشرعي اذا ورد مطلقاً انصرف الى الائمة والقضاة ، وهذا
 من جملة ذلك .

الثالث : لو توجه الخطاب الى الزوجين لقال : فابعثا ، والتالي باطل فالمقدم
 مثله ، والشرطية ظاهرة اذ هما اثنان .

الرابع : قوله تعالى « ان يريد اصلاًحاً يوفق الله بينهما » ^(٣) فأضاف تعالى
 الارادة الى الحكمين ، ولو كانا وكيلا ^(٤) لم يصف اليهما .

الخامس : روى الاصحاب أنهما يمضيان ^(٥) ما اتفق رأيهما عليه الا الفرقة ،
 فانهما يستأدياهما ، فدل أنه على سبيل التحكيم ، لان التوكيل لا يجوز فيه انفاذ شيء
 الا باذن الموكل ، وعليه المتأخر ، وما عرفت من الاصحاب فيه خلافاً ، بل من
 الجمهور .

قال رحمه الله : ولو وطئ أمته ، ووطأها آخر فجوراً ، ألحق الولد بالمولى .
 ولو حصل مع ولادته امارة يغلب بها الظن أنه ليس منه ، قيل : لم يجزله الحاقه
 ولان فيه عنه ، بل ينبغي أن يرصي له بشيء ولا يورثه ميراث الاولاد ، وفيه تردد .

(١) الخلاف ٢ / ٢١١ .

(٢) سورة النساء : ٣٥ .

(٣) سورة النساء : ٣٥ .

(٤) في « م » : ولو كان توكيلا .

(٥) في « س » : يصيبان .

أقول : منشؤه : النظر الى الرواية^(١)، وعليها فتوى الشيخ في النهاية^(٢).
والالتفات الى عموم قوله عَلَيْهِ «الولد للفراش»^(٣) وهذا فراش، فيكون لاحقاً
اليه مالم ينفه ، فان نفاه فلا لعان . وهو اختيار المتأخر ، ولعله الاقرب .
قال رحمه الله : فرع - لو ادعى الاب وجود متبرعة وأنكرت الام ، فالقول قول
الاب ، لانه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة ، على تردد .
أقول : منشؤه : النظر الى كون الام منكراً ، فيكون القول قولها ، عملاً بقوله
عليه السلام «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»^(٤) ولان ارضاع الولد
حق لو اديه، وهو مدع لاسقاطه بوجود متبرعة ، فيكون القول قولها الآن يقيم البينة
بذلك .

والالتفات الى أن انكار الام لوجود المتبرعة يتضمن دعوى شغل ذمة الاب
باجباب الاجرة عليه ، والاصل براءة الذمة ، فمن ادعى شغلها بشيء من الاشياء فعليه
البينة وعلى المنكر اليمين ، للخبر المذكور ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .
قال رحمه الله : لو فقد الابوان ، فالحضانة لاب الاب ، فان عدم قيل : كانت
الحضانة للاقارب ، ويترتبون ترتب الارث ، نظراً الى الآية ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله تعالى «وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض
في كتاب الله»^(٥) قال الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٦) والخلاف : وهذا عام في كل

(١) تهذيب الاحكام ١٨٣/٨ ، ح ٦٥ .

(٢) النهاية ص ٥٠٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٨٣/٨ ، ح ٦٤ .

(٤) عوالي اللئالي ٢٤٤/١ و ٤٥٣ و ٢٥٨/٢ .

(٥) سورة الانفال : ٧٥ .

(٦) المبسوط ٤٢/٦ .

شيء إلا ما خصه الدليل^(١).

والالتفات الى أن اثبات الحضانة لغير الأب والام والجد للأب حكم شرعي، فيفتقر الى الدليل الشرعي، وحيث لادلالة فلاحكم، ونمنع دلالة الآية على موضع النزاع.

قال المتأخر بعد أن أورد معظم ما ذكره الشيخ رحمه الله في الخلاف في هذا المعنى : هذا من تخريجات المخالفين ومعظمه قول الشافعي، وناؤهم على القول بالعصبية، وذلك عندنا باطل، ولأحضانة عندنا الا للام والأب. أما غيرهما، فليس له ولاية سوى الجد من قبل الأب خاصة.

قال رحمه الله : اذا طلبت الام للرضاع أجرة زائدة عن غيرها، فله تسليمه الى الاجنبية، وفي سقوط حضانة الام تردد، والسقوط أشبه.

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحضانة هل هي تابعة للرضاع أم لا؟ فان قلنا بالاول سقطت والا فلا، والحق أنها لا تسقط.

لنا - أنهما شيئان متغايران، وتداخلهما على خلاف مقتضى الاصل، فلا يصار اليه الا للدليل. أما أنهما شيئان متغايران، فلانه يصح استئجار المرأة للحضانة دون الرضاع وبالعكس، ولولا التغاير لما صح ذلك. وأما الكبرى فظاهرة، وهو اختيار المتأخر رحمه الله. فاذا ثبت أنها لا تسقط وجب على الام تسليمه الى المرضعة كل ما احتاج الى الرضاع، ثم اذا روي لبناً أخذته منها بحق الحضانة ثم هكذا. قال رحمه الله : وفي وجوب نفقة الزوجة بالعقد أو بالتمكن تردد، أظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمكن.

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب الانفاق، ترك العمل بها في صورة حصول التمكن من الاستمتاع، للاجماع، فيبقى معمولاً بها فيما

عدها ، وهو اختيار المتأخر .

والالتهفات الى اطلاق الروايات الدالة على وجوب الانفاق على الزوجات .

قال رحمه الله : وفي وجوب الانفاق على آباء الابوين وأمهاتهم تردد ، أظهره الوجوب .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه هل يطلق على هؤلاء الآباء والامهات اسم الأب والام أم لا ؟ فان قلنا بالاول نظراً الى العرف ، أوجبنا النفقة لورود النص بوجوب النفقة على الابوين . وان لم نقل به نظراً الى الوضع اللغوي ، لم نوجب شيئاً ، تمسكاً بأصالة براءة الذمة السالمة عن معارضة النص وفتوى الاصحاب طراً على الاول . وأما الثاني ، فمذهب مالك من الجمهور .

فصل

(ذكر الترددات المذكورة في القسم الثالث في الإيقاعات)

قال رحمه الله : وتجوز الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً وللحاضر على الأصح .
أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة مستوفى ، فلا معنى لاعادته .
قال رحمه الله : ولو نظر الى زوجته وأجنبية ، فقال : احداكما طالق ، ثم
قال: أردت الأجنبية قبل . ولو كان له زوجة وجارة وكل منهما سعدى ، فقال : سعدى
طالق ، ثم قال : أردت الجارة لم يقبل ، لان « احداكما » يصلح لهما ، وإيقاع
الطلاق على الاسم لا يصرف الى الأجنبية ، وفي الفرق نظر .
أقول : منشؤه : النظر الى أن « احداكما » لفظ متواط يقع على الزوجة
والأجنبية وقوعاً متساوياً ، فيقبل قول الزوج في التخصيص ، لانه أبصر بقصده ونيته .
وليس كذلك المسألة الثانية ، لان العلم في أصل اللغة انما وضع لشيء بعينه
غير متناول ما أشبهه ، فاذا أطلق على آخر كان بنوع من الاشتراك ، فاذا ثبت أنه
مشترك لم يكن حملة على كلي مفهومه على سبيل الحقيقة ، لما بين في أصول الفقه
بل على سبيل المجاز ، وهو غير نافع هنا .
واذا لم يجز حملة على كلي مفهومه ، افتقر في دلالة على أحدهما الى قرينة

والالزم الترجيح من غير مرجح ، وهو باطل ، والقرينة هنا من طرفنا ، اذ العادة أن الطلاق لا يواجه به الا الزوجة .

والالتفات الى أن « احدا كما » كما يصلح أن يواجه به الزوجة وغيرها ، وكذلك سعدى على تقدير أن يكون موضوعاً لهما . وجميع ما ذكرتموه في المسألة الاولى آت هنا ، فاما أن تنووه في الصورتين أو تمنعوا قبول قوله في الصورتين ، والاقبول النية في احدى الصورتين ومنعها في الصورة الاخرى مع تساويهما ترجيح من غير مرجح ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) .

وقول « احدا كما » لفظ متواط ممنوع ، اذ المتواطى يتناول الاشخاص المندرجة تحته على سبيل الجمع ، وليس كذلك أحدهما . واعلم أن الجمهور مطبقون على الفرق بين الصورتين .

قال رحمه الله : وفي ثبوت الارث مع سؤالها الطلاق تردد ، أشبهه أنه لا ارث ، وكذا لو خالعه أو بارأته .

أقول : هذه المسألة مبتنية على أن التوريث هل هو لمكان التهمة أم هو حكم معلق على طلاق المريض ؟ كيف ما كان فان قلنا بالاول ، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط^(٢) ، لم يكن لها الميراث هنا ، لانتفاء التهمة بسؤالها .

وان قلنا بالثاني ، كما هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف^(٣) ، عملاً بعموم الاخبار الدالة على ثبوت الارث مع حصول الطلاق في حال المرض من غير تفصيل كان لها الميراث .

واعلم أن المتأخر أفتى بما اختاره الشيخ في الخلاف ، ونقل عن الشيخ

(١) المبسوط ٩٠/٥ .

(٢) المبسوط ٨٠/٥ .

(٣) الخلاف ٢٤١/٢ مسألة ٥٥ .

رحمه الله أنه أفتى في الجزء الثالث من الاستبصار بما أفتى به في المبسوط، عملاً بما رواه زرعة عن سماعة قال: سأله عليه السلام عن رجل طلق زوجته وهو مريض، قال: ترثه مادامت في عدتها، فإن طلقها في حال اضطرار، فهي ترثه إلى سنة، فإن زاد عن السنة يوم واحد لم ترثه، وتعد أربعة أشهر وعشراً عدة المتوفى عنها زوجها^(١).

ثم قال: ومن العجب: أنه تخصيص العموم في استنصاره بخبر سماعة الذي رواه زرعة، وهما فطحيان، فإن كان يعمل بأخبار الأحاد، فلا خلاف بين من يعمل بها أن شرط العمل بذلك أن يكون راوي الخبر عدلاً، والفتحي كافر، فكيف يعمل بخبره؟ ويخصص به العموم المعلوم، والمخصص يكون دليلاً معلوماً كالمخصص فهذا لا يجوز عند الجميع.

قال رحمه الله: ويعتبر في الزوج الذي يحلل المرأة شروط أربعة: أن يكون الزوج بالغاً، وفي المراهق تردد، أشبهه أنه لا يحلل.

أقول: منشؤه: النظر إلى قوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم»^(٢) وفي رفع القلم عنه دليل على أنه لاحكم لجميع أفعاله، ومن جملتها تحليل الزوجة بوطئه، وهو اختيار المتأخر.

والالتفات إلى عموم قوله تعالى «حتى ينكح زوجاً غيره»^(٣) فعلق الحل بنكاح الزوج، ولا جرم أن المراهق يسمى زوجاً، ويؤيده قوله عليه السلام «حتى تذوق عسيلتها وتذوق عسيلته»^(٤) ولأريب أن المراهق أعني: الصبي الذي قارب البلوغ

(١) الاستبصار ٣/٣٠٧ ح ١٤.

(٢) عوالي اللئالي ١/٢٠٩.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٠.

له عسيلة. أي :لذة الجماع ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف ، قال: ولا يلزم عليه غير المراهق ، لانه لا يعرف العسيلة^(٢).

قال رحمه الله: ولو قال: راجعتك اذا شئت أو ان شئت لم يقع، ولوقالت: شئت ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه:النظر الى أنه علق الرجعة بشرط وقد وجد، فيوجد المشروط عملاً بالشرط،واقوله عَلَيْهِ «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) وهذا خبر في معنى الامر. والالتفات الى أن الرجعة حق للزوج فقط، فلا اعتبار بمشيتها ، فيكون وجود هذا الشرط كعدمه ، فلا تصح الرجعة ، ولانه إيقاع فلا يصح معلقاً على شرط أو صفة ، قياساً على الطلاق ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤).

قال رحمه الله : ولو ادعى أنه راجع زوجته الامة في العدة فصدقته ، وأنكر المولى وادعى خروجها قبل الرجعة، فالقول قول الزوج . وقيل : لا يكلف اليمين لتعلق حق النكاح بالزوجين ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الرجعة استباحة بضع تتعلق بالزوجين فقط، فمع تصادقهما على صحتهما يحكم بصحتها شرعاً ، عملاً بقوله عَلَيْهِ « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٥).

ولا يفتقر في الحكم بصحة قوله الى يمين ، اذ فائدة اليمين : اما اسقاط دعوى

(١) المبسوط ١٠٩/٥ - ١١٠ .

(٢) الخلاف ٢٤٩/٢ - ٢٥٠ .

(٣) عو الى اللثالي ٢٩٣/١ ، برقم : ١٧٣ .

(٤) المبسوط ١٠٦/٥ .

(٥) عو الى اللثالي ٢٢٣/١ و ٢٥٧/٢ و ٤٤٢/٣ .

المدعي، أو اثبات ما يدعيه ، وهي منتفية هنا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).
والالتفات الى أن الرجعة اثبات لنوع تسلط وسلطنة على الامة ، فيقف ثبوتها
على اذن المالك لانها ماله ، والنبي ﷺ قال : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب
نفس منه^(٢). ومع دعواه لانقضاء العدة وانكاره وقوع الرجعة قبل خروجها من
العدة لم يحصل الاذن ، فلا يحكم بصحة الرجعة ، ونمنع تعلق حق النكاح بالزوجين
فقط ، بل انما نقول بذلك اذا كانا حرين فحسب . ويحتمل أن يكون القول قول
الزوج مع اليمين ، لانه يدعي الظاهر .

قال رحمه الله : ولا تجب العدة بالخلوة منفردة عن الوطىء على الاشهر .
أقول : ذهب الشيخ في النهاية^(٣) الى وجوبها ، بناءً على أن المهر يستقر بمجرد
الخلوة ، فتجب العدة ، للحكم بثبوت الوطىء المترتب عليه العدة ، وأنكره الباقر
بناءً على أنه لا يستقر الا بالداخل ، لان العدة تترتب على الوطىء ، فحيث لا وطىء
فلا عدة . ولما كان الحق أن المهر لا يستقر الا بالداخل ، لاجرم كان القول بوجوب
العدة بمجرد الخلوة ضعيفاً لضعف أصله .

قال رحمه الله : ويلزم المتوفى عنها [زوجها] الحداد ، وهو ترك ما فيه رية -
الى قوله : وفي الامة تردد ، أظهره أنه لاحداد عليها .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب الحداد ، ترك العمل
بها في الحرة ، الاتفاق عليه ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو ظاهر كلام المتأخر .
والالتفات الى عموم الاحاديث الدالة على وجوب الاحداد على الزوجات ،
وطريقة الاحتياط قاضية بذلك ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٤) ، لقوله ﷺ « لا تحل

(١) المبسوط ١٠٧/٥ .

(٢) عرالى اللثالي ١/ ٢٢٢ ، برقم : ٩٨ .

(٣) النهاية ص ٥١٢ .

(٤) المبسوط ٥/ ٢٦٣ .

لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج أربعة أشهر وعشراً^(١)، فشرع الاحداد على الزوجة أربعة أشهر وعشراً ، ولم يفرق في ذلك بين الامة والحره .

قال رحمه الله : لانفقة على الغائب في زمان العدة ، ولو حضر قبل انقضائها نظراً الى حكم الحاكم بالفرقة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن نفقة الزوجة تابعة لبقاء زوجيتها ، ومع حكم الحاكم بالفرقة تنقطع الزوجية ، فتقطع معلولها وهو النفقة ، عملاً بالعلية ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) .

والالفتات الى أنها في حكم الزوجة مادامت في العدة ، فتجب لها النفقة ولو حضر قبل انقضائها .

أما الصغرى ، فلانه أملك بها مع حضوره قبل خروجه من عدتها، ولولا أنها زوجته لما صح له ذلك الا بعقد جديد ومهر مستأنف .

وأما الكبرى فاجماعية، ولانها محبوسة عليه في هذه الحال، فتجب لها النفقة عليه .

أما لو حضر بعد انقضاء العدة قبل التزويج أو بعده ، ففي وجوب نفقتها عليه في زمان اعتدادها منه اشكال ، ينشأ : من انقطاع العصمة بينهما ، ومن أنها حال الاعتداد في حكم زوجته ، لما ذكرناه .

قال رحمه الله : ولو طلقت في مسكن دون مستحقها ، جاز لها الخروج عند الطلاق الى مسكن يناسبها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن اخراج المعتدة من بيتها ، ولا

(١) المبسوط ٢٦٥/٥ .

(٢) المبسوط ١٢/٦ .

ريب في صدق اسم البيت هنا على المسكن الذي طلقت فيه مطلقاً ، اذا المراد بالبيت المذكور في قوله تعالى « لانخرجوهن من بيوتهن »^(١) المسكن الذي يسكنها الزوج فيه وليس بمملوك لها ، بدليل أنه يقال : يسوغ اخراجها منه مع الاتيان بالفاحشة ، ولو كان ملكاً لها لما ساغ اخراجها منه على كل حال .
والالتفات الى أن على الزوجة في ذلك عضاضة ، وربما لحقها باعتباره عار وضرر ، فيشرع لها الانتقال الى مسكن يناسبها ، دفعاً للضرر ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢) .

(١) سورة الطلاق : ١ .

(٢) المبسوط ٥/٢٥٤ .

فصل

(ذكر الترددات المذكورة في كتاب الخلع)

قال رحمه الله : لو طلبت منه طلاقاً بعوض ، فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين ، ولو طلبت منه خلعاً بعوض ، فطلق به لم يلزم البذل ، على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخه ، ويلزم على القول بأنه طلاق ، أو أنه يفترق الى الطلاق .

أقول : اعلم أن الذي يلوح في أول النظر عدم الفرق بين المسألتين في هذا التفصيل ، اذ لقائل أن يقول : لا يخلو اما أن يكون المعتبر في استحقاق البذل الاتيان بالصيغة أو بمرادفها ، فان كان الاول لم يقع الخلع على القولين في الصورة الاولى ، لا يفتقره غير ملتصقها . ويقع الطلاق في الصورة الثانية رجعيّاً ، ولا يستحق باعتباره البذل ، لما قلناه أولاً على القولين أيضاً .

وان كان المعتبر هو الثاني يأتي التفصيل في المسألتين ، فالفرق تحكم ، لكن الشيخ رحمه الله في المبسوط قال : لو قالت : خالعتني على ألف مثلاً ، ونوت به الطلاق ، فقال : طلقتك ، صح عندنا وعندهم . فأما ان قالت : طلقني على ألف ، فقال : خلعتك عليها ناوياً الطلاق ، فعلى ما اخترناه لا يقع ، وعلى ما

يذهب اليه بعض أصحابنا من أن تلفظ الخلع يقع الفرقة ينبغي الوقوع .
ثم قال بعد أن ذكر أن القائل بالوقوع من الاصحاب ينبغي له الاقتصار على
لفظ الخلع . واذا اثبت هذا فعلى ما اخترناه من طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها
به ، لم يصح على المذهبين جميعاً ، أعني : مذهبي أصحابنا ، لانه أجابها الى غير
ملتمسها ، لانها طلبت منه فراقاً يقع به نقصان الطلاق ، فأجابها بما لا ينقص الطلاق
فأما ان طلبت منه فسخاً بعوض فطلقها به ، ينبغي أن يقول من أجاز من أصحابنا
ذلك أنه لا يقع ، لاعطائها غير مطلوبها ، وحكى عن بعض الوقوع^(١) . فأتبع المصنف
تفصيله الآخر ، وليس بجيد .

قوله « لانه أجابها الى غير ملتمسها » قلنا متى يكون كذلك اذا جعلنا الخلع
فسخاً أو طلاقاً ، الاول مسلم والثاني ممنوع ، لان صيغة الطلاق والخلع عند هذا
القائل مترادفتان ، وقدم في أصول الفقه صحة اقامة كل من المترادفين مقام صاحبه .
ومن المعجب أن الشيخ والمصنف رحمهما الله ذكرا أن فائدة الخلاف الاعتداد
به في عدد الطلقات على الثاني دون الاول ، ثم قال هذه المقالة . واذا تقرر ما قلناه
فالتفصيل الذي ذكرناه جيد .

قال رحمه الله : ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها ومن يضمنه باذنها ، وهل
يصح من المتبرع ؟ فيه تردد ، والاشبه المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أن وقوع الخلع الشرعي بهذا النوع من البذل حكم
شرعي ، فيقف على الدلالة الشرعية ، فحيث لادلالة فلا شرع ، وبه أفتى الشيخ
في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) ، محتجاً بقوله تعالى « فان خفتم أن لا يقيما حدود الله

(١) المبسوط ٣٤٨/٤ .

(٢) المبسوط ٣٦٨/٤ .

(٣) الخلاف ٢٢٢/٢ .

فلا جناح عليهما فيما اقتدت به»^(١).

فأضاف تعالى الفداء اليها ، وفي اضافته اليها دليل على أنه لا يصح بذله من غيرها، وبأصالة بقاء العقد ، فيتمسك بها الى حين ظهور المزيل قطعاً، وأتبعه المتأخر. والالتفات الى الاصل الدال على الجواز ، وبه قال جميع الفقهاء الا الثوري . قال رحمه الله : أما لو قال : طلقها على ألف من مالها وعلي ضمانها ، أو على عبدها هذا وعلي ضمانه صح ، فان لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن المتبرع وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه أجنبي ، فلا يصح بذل الفداء منه ، لما قدمناه، ولانه ضمان ما لم يجب ، فلا يكون لازماً .

والالتفات الى أن في ذلك مصلحة عامة مقصودة للعقلاء ، وهو ما يمس الحاجة اليه ، فيكون مشروعاً لمساس الحاجة اليه ، كما لو قال عند خوف الفرق : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وان كانا جميعاً ضمان ما لم يجب ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٢).

وفي الجمع بين قوله في هذه المسألة والتي قبلها تضاد ظاهر ، لان المحلحة الداعية الى مشروعيتها واحدة ، فالعمل بهافي احدي المسألتين الغاؤها في الاخرى ترجيح من غير مرجح ، وهو باطل .

قل رحمه الله : وفي وقوع الظهار موقوفاً على الشرط تردد ، أظهره الجواز . أقول : منشؤه : النظر الى عموم الروايات الدالة على الوقوع ويؤيده عموم

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) المبسوط ٤ / ٣٦٧ .

الاية^(١)، وبه أفتى الشيخ في النهاية^(٢) والخلاف^(٣).

والالتفات الى أن الظهار ايقاع، فلا يصح موقوفاً على شرط كالطلاق، ويؤيده أصالة براءة الذمة، وحل الزوجة ممن حرم وطؤها بهذا النوع من الظهار، وأوجب الكفارة به فعليه الدلالة، وبه أفتى المتأخر، محتجاً بهذه الأدلة، ونقل ذلك عن شيخنا المفيد وعلم الهدى وجلة المشيخة من أصحابنا.

وبما قاله روايتان: احدهما عن أبي الحسن الرضا عليه السلام^(٤)، والثانية عن أبي عبدالله عليه السلام^(٥).

لكن المتأخر لا يرضى بهما استدلالاً، لانهما مع كونهما من أخبار الاحاد، فيهما ضعف، لان في طريق الرواية الاولى أباسعيد الادمي، وقد طعن فيه الشيخ رحمه الله وجماعة من أصحابنا، وفي طريق الثانية ابن فضال، وهو فطحي، ومع ذلك فروايته مرسلة.

وأما الدلائل التي استدلت بها فضعيفة جداً: أما الاول، فلانه قياس محض، وهو عندنا باطل. وأما الثاني، فلان الاصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بينها. لا يقال: لاختلاف بين الاصحاب أن الظهار حكمه حكم الطلاق ومن جملة أحكام الطلاق أن لا يقع موقوفاً على الشرط.

قلنا: هذه الدعوى ممنوعة، وهي منقوضة بمسائل كثيرة لاحاجة بنا الى تعدادها وانما هذا شيء ادعاه المتأخر واما نقله ذلك عن أكثر الاصحاب.

قال رحمه الله: وهل يقع الظهار بالموطوءة بالملك؟ فيه تردد، والمروى

(١) سورة المجادلة: ٢.

(٢) النهاية ص ٥٢.

(٣) الخلاف ٢/٢٦٠.

(٤) تهذيب الاحكام ١٣/٨، ح ١٧.

(٥) تهذيب الاحكام ١٣/٨، ح ١٨.

أنه يقع كما يقع بالحررة .

أقول : منشؤه : النظر الى رواية اسحاق بن عمار قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته ، فقال : الحررة والامة في هذا سواء^(١) . وفي معناها رواية ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٢) .

ورواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال : سألت عن الظهار يقع على الحررة والامة؟ فقال: نعم^(٣) . وعليها فتوى الشيخ في النهاية^(٤) والخلاف^(٥) ، محتجاً بالاجماع ، وعموم آية الظهار ، واختاره ابن أبي عقيل في المتمسك .

والالتفات الى أصالتي الاباحة وبراءة الذمة من وجوب الكفارة، فمن ادعى تحريم المملوكة وشغل الذمة بالكفارة ، فعليه الدلالة . وهو اختيار المفيد وعلم الهدى في بعض مسائله وسلار وأبي الصلاح والمتأخر .

ويؤيده الرواية المروية عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه قال : يأتبها وليس عليه شيء^(٦) .

والارجح الاول ، لان رواياته أصح طريقاً ، ومع ذلك فهي مؤيدة بعموم القرآن . وأما الرواية الدالة على عدم الوقوع ، فضعيفة لان في طريقها علي بن فضال ، وهو فاسد العقيدة ، وفي طريقها ابن بكير وهو أيضاً كذلك ، وحمزة بن حمران وهو مجهول الحال .

لا يقال : ففي طريق روايتكم الاولى عمار ، وهو فطحي .

(١) تهذيب الاحكام ٢٤/٨ ، ح ٥١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٤/٨ ، ح ٥٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٧/٨ ، ح ٢٨ .

(٤) النهاية ص ٥٢٧ .

(٥) الخلاف ٢/٢٥٩ .

(٦) تهذيب الاحكام ١٠/٨ ، ح ٧ .

لانا نقول : عمار وان كان فطحياً ، لكن الشيخ وثقه وعمل بمفرداته ، ومع ذلك فهي مؤيدة بروايات أخر .

واعلم أن المتأخر قال : ان المملوكة لبست من النساء ، فلا يدخل تحت الآية وليس بشيء وأن ذلك دعوى مجردة .

قال رحمه الله : ولو ظاهر من واحدة مراراً ، وجب عليه بكل مرة كفارة ، فرق الظهار أو تابعه ، ومن فقهاءنا من فصل .

أقول: قال الشيخ في المبسوط : اذا ظاهر من امرأته مراراً لم يحل . اما أن يوالي أو يفرق ، فان والى بأن قال : أنت علي كظهر أمي مراراً ، فان نوى بالثاني والثالث التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة بلا خلاف ، وان لم ينو التأكيد ولا الاستيناف ، فانه يلزمه كفارة واحدة اجماعاً أيضاً ، وان نوى الاستيناف لزمه بكل واحدة كفارة عندنا وعند قوم . وقال بعضهم : يلزمه واحدة .

وأما ان فرق فانه ينظر ، فان كفر عن الاول ثم تلفظ بالثاني ، وجب عليه بالثاني كفارة مجددة بلاخلاف ، وان لم يكفر عن الاول فالحكم كماله والى ذلك ونوى به الاستيناف عندنا وعند الاكثر بكل لفظ كفارة ، وقال بعضهم : كفارة واحدة^(١).

وقال في الخلاف^(٢) : يلزم بكل مرة كفارة اذا نوى الاستيناف بها ، ولم يفرق بين المتتابع والمتفرق ، محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط وعموم الآية .

وقال المتأخر : واذا كرر كلمة الظهار ، لزمه بكل دفعة كفارة ، فان وطئ التي كرر القول لها قبل أن يكفر ، لزمته كفارة واحدة عن الوطئ وكفارات التكرار ولعله الاقرب .

(١) المبسوط ١٥٢/٥ .

(٢) الخلاف ٢٦٢/٢ .

لنا - عموم الآية ، ولاريب في صدق اسم الظهار على كل مرة مرة وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر قال : عليه بكل مرة كفارة^(١). وفي معناها رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) وقد روى عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع موات في كل مجلس واحداً ، قال : عليه كفارة واحدة^(٣) .

فالشيوخ رحمهم الله لما نظر الى اختلاف الروايتين جمع بينهما بالتفصيل الذي نقلناه عنه ، وهو حسن ، لكن هذه الرواية ضعيفة السند ، فلا اعتماد عليها .

قال رحمه الله : وكذا كفارة الحنث في العهد ، وفي النذر على تردد .

أقول اختلف الاصحاب في كفارة خلف النذر والعهد ، فذهب الثلاثة وسلاسل الى أنها مثل كفارة رمضان ، عملاً برواية أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام قال : من جمل عليه عهد الله وميثاقه في أمر فيه طاعة فحنث ، فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً^(٤). وفي معناها رواية جميل بن دراج عن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام^(٥).

وذهب ابن بابويه الى أنها كفارة يمين ، عملاً برواية حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كفارة النذر ، فقال : كفارة يمين^(٦)، وهي ضعيفة ، فان حفص بن غياث يترى . وفي طريقها سليمان بن داود المنقري ، وقد طعن فيه ابن الغضائري وضعفه جداً .

(١) تهذيب الاحكام ٢٢/٨ ، ح ٤٥٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٢/٨ ، ح ٤٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٣/٨ ، ح ٤٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣١٥/٨ ، ح ٤٧ .

(٥) تهذيب الاحكام ٣١٤/٨ ، ح ٤٢ .

(٦) تهذيب الاحكام ٣١٦/٨ ، ح ٥٢ .

وقال المتأخر : ان كان النذر صوماً معيناً ، فكفارته كفارة رمضان ، وان كان غير الصوم فكفارة خلفه كفارة يمين . والمصنف رحمه الله اختار أن كفارة خلف النذر كفارة يمين ، عملاً برواية جميل بن صالح عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : من عجز عن نذر نذره ، فكفارة يمين^(١). وكفارة خلف العهد كفارة رمضان ، عملاً بما ذكرناه من الروايات .

قل رحمه الله : ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف : الوصف الاول - الايمان وهو معتبر في كفارة القتل اجماعاً ، وفي غيرها على التردد ، والاشبه اشتراطه . أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣) الى أن الايمان في الرقبة غير معتبر ، الا في كفارة القتل ، دون ماعداها من سائر الكفارات محتجاً بوجهين :

الاول : أصالة براءة الذمة تنفي وجوب ذلك مطلقاً ، ترك العمل بهافي كفارة القتل ، للنص والاجماع ، فيعمل بها فيما عداها .

الثاني : القرآن ورد بوجوب هذه الكفارات على من وجد منه سببها ، ولم يشترط في الرقبة الايمان ، بل أطلق ذلك اطلاقاً ، وانما قيدها بالايمان في قتل الخطأ خاصة ، فحمل غيرها عليها يحتاج الى دليل ، ولادليل في الشرع يوجب ذلك . وقال المتأخر : اختلف أصحابنا في ذلك ، فالأظهر الذي يقتضيه أصول المذهب أن في جميع الرقاب في الكفارات وغيرها لاتجزئ الا المؤمنة ، أو بحكم المومنة ولا تجزئ الكافرة ، محتجاً بقوله تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »^(٤)

(١) تهذيب الاحكام ٣٠٦/٨ ، ١٤ .

(٢) الخلاف ٤٢٠/٢ .

(٣) المبسوط ٢١٢/٦ .

(٤) سورة البقرة : ٢٦٧ .

والاستدلال بها يتوقف على مقدمات .

الاولى : أن النهي المجرد يقتضي فساد المنهي عنه في العبادات ، وقد ثبت ذلك جميعاً في أصول الفقه .

الثانية : أن الكافر يسمى خبيثاً ، فبدخل تحت الآية ، وقد ادعي الاجماع على اجراء هذا الاسم عليه .

الثالثة : أن العتق يسمى انفاقاً والحق ذلك ، اذ الانفاق عبارة عما أخرج لوجه الله تعالى ، عتقاً كان أو غيره . وهو اختيار الشيخ في التبيان^(١) .

واذا تقرر ذلك فنقول : نهى تعالى عن انفاق الخبيث ، وعتق الكافر انفاق خبيث ، فيكون منهياً عنه ، واذا كان منهياً عنه لم يكن مجزئاً ، لان النهي يدل على فساد المنهي عنه ، وبأن طريقة الاحتياط قاضية بذلك ، لان الذمة مشغولة بالكفارة بغير خلاف ، ولا تبرأ بيقين الا اذا كفر بالمؤمنة ، لوقوع الخلف في اجزاء ماسواها وللانفاق على اجزائها ، وهو اختبار علم الهدى وغيره من المشيخة ، واختاره الشيخ رحمه الله في التبيان ، وبه قال الشافعي ومالك والاوزاعي وأحمد واسحاق . قال رحمه الله : ولو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ »^(٢) وارتفاع القلم عنه يدل على أنه لاحكم لقوله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٣) .

والالنفات الى عموم قوله ﷺ « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٤) ولان

(١) التبيان ٣٤٤/٢ .

(٢) عوالي اللثالي ٢٠٩/١ .

(٣) المبسوط ٢١٢/٦ .

(٤) عوالي اللثالي ٢٢٣/١ و ٢٥٧/٢ و ٤٤٢/٣ .

المراهق - أعني : الذي ناهز البلوغ - غير عاقل ولقائل أن يمنع ذلك ، اذ العقل انما يتحقق مع البلوغ أما قبله فلا .

قال رحمه الله : ويعتبر نية التعيين ان اجتمعت أجناس مختلفة ، على الاشبه .
أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا وجبت عليه كفارات من جنس واحد أو من أجناس ، فأعتق عنها أوصام ، فان الواجب عليه أن ينوي التكفير ، بحيث لا يفترق الى تعيين النية عن كفارة بعينها .

قال وقال قوم : ان كانت من جنس واحد ، كفاه نية التكفير ولم يحتج الى نية التعيين . وان كانت من أجناس ، فلا بد فيها من نية التعيين ، فان لم يعين لم يجزئه وهذا عندي أقوى^(١) .

والحق ماقواه الشيخ أخيراً ، وهو اختياره في الخلاف ، واختاره المتأخر .
قال رحمه الله : ولو كانت الكفارات من جنس واحد ، قال الشيخ : يجزي نية التكفير مع القرية ، ولا يفترق الى التعيين ، وفيه اشكال .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله «لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ» ^(٢) وجه الاستدلال أنه «لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ» علق حصول الاعمال بانضمام النيات اليها ، فمهما لم تحصل النية مع العمل لم يقع العمل مشروعاً .

اذا تقرر هذا فقول : كل واحدة من هذه الكفارات يسمى عملاً ، وان كانت من جنس واحد ، فمهما لم ينو بانفراده لم يقع مشروعاً ، فلا يكون مجزئاً ، فيجب حينئذ نية التعيين ، تحصيلاً للاتبان بالمأمور شرعاً .

والالتفات الى أن نية التكفير مشتملة على نية كل فرد فرد من الكفارات ، لكون

(١) المبسوط ٢٠٩/٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

التكبير مصدراً ، والمصدر جنس مذكور على جميع ماتحته من الجزئيات ، فتكون مجزية ، وهو الأقوى ، واختاره المتأخر ، وادعى الشيخ في الخلاف الإجماع عليه ، والظاهر أنه أراد إجماع فقهاء العامة .

قال رحمه الله : ولو قال له قائل : أعتق مملوكك عن كفارتك ولك علي كذا فاعتقه لم يجز عن الكفارة ، وفي وقوع العتق تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن العتق إيقاع صدر من أهله في محله ، فكان صحيحاً . وإنما لم يجز عن الكفارة لأنه قصد بعته العوض . أما الصغرى ففرضية إذ التقدير أنه وقع من المالك البالغ العاقل في حق مملوكه . وأما الكبرى فاجماعية . وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، محتجاً بأن العتق أوقع عن أمرين ، فإذا لم يقع عن أحدهما وقع عن الآخر ، ويستحق حينئذ العوض على البازل ويقع العتق عنه ، ويكون ولاؤه له دون مولاه .

واللغات الى أن المالك إنما قصد اعتاقه على أن يكون مجزياً عن الكفارة ولم يحصل ، فبطل عتقه .

قال رحمه الله : ومع تحقق العجز عن العتق - الى قوله : وهل يأثم مع الإفطار ؟ فيه تردد ، أشبهه عدم الائتم .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المتابع بين الشهرين واجبة إجماعاً فالمخل بها من غير عذر آثم ، وإن جاز له البناء على صومه ، إلا إذا كان قد صام من الشهر الثاني شيئاً ، إذ لا منافاة بين حصول الائتم بالاخلال بالمتابع وبين جواز البناء ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) .

واللغات الى إطلاق الروايات الدالة على جواز التفريق مع صيام شيء من

الشهر الثاني ، وفي جواز التفريق دليل على عدم الاثم ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف .

قال رحمه الله : اذا كان له مال يصل اليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه بل يجب الصبر ، ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهار ، وفي الظهار تردد . أقول : منشؤه : النظر الى أن الانتقال عن احدى خصال الكفارة المرتبة مشروط بالعجز عن الخصلة المتقدمة عليها ، وهو غير متحقق ها ، فلا يجوز الانتقال بل يجب الصبر الى أن يصل الى موضع يساره ويعتق ، وهو الاقوى عند الشيخ في المبسوط^(١) لانه حق لا يفوت بالتأخير .

والالتفات السى أن عليه في التأخير ضرراً ومشقة وحرماً ، فيكون سفهاً ، عملاً بظاهر الايات والمشهور من الروايات .

قال رحمه الله : وفي صحة الايلاء من المجبوب تردد ، أشبهه الجواز ، ويكون فئته كفئة العاجز .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم الآية^(٢)، وبه أفتى الشيخ في المبسوط^(٣). والالتفات الى أن الايلاء عبارة عن قصد الاضرار بالزوجة بالامتناع من وطئها بصفة يمين ، ولاريب أن المجبوب الذي لم يبق له شيء بحال غير فاسد على الوطء ، بل هو ممتنع بغير يمين .

قال رحمه الله : وفي وقوعه بالمستمنع بها تردد ، أظهره المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى رواية العلاء بن رزين عن عبدالله بن أبي عفور

(١) المبسوط ٢١١/٦ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٦ .

(٣) المبسوط ١٤٢/٥ .

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يبلأ على الرجل من المرأة التي يتمتع بها^(١). وعليها فتوى الشيخ وعلم الهدى وابن أبي عقيل والمتأخر .

واحتج علم الهدى بقوله تعالى « فان فاؤوا فان الله غفور رحيم * وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » وجه الاستدلال أن يقال: المراد من النساء في الآية الدائمات ، لتعقيها بالطلاق في من لم يفىء ، ولما كان الطلاق بالمستمتع بها منقياً ، لاجرم كان الإبلأ كذلك .

وفيه نظر ، فانه من باب تخصيص العام باللفظ الخاص ، وقد بين ضعفه في أصول الفقه .

والالتفات الى عموم آية الإبلأ ، وبه قال أبو الصلاح ، وحكى ذلك عن المفيد في بعض مسائله ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله : واذا وافقته فهو مخير بين الطلاق والفنة ، فان طلق فقد خرج عن حننها ، وتقع الطلقة رجعية على الأشهر .

أقول : ذهب أكثر الأصحاب الى أن طلاق المولى يقع رجعياً ، وخالف شاذ منهم في ذلك وقال : انه يقع بائناً . لنا - الاصل .

قال رحمه الله : ولو تجددت أعذارها في أثناء المدة ، قال في المبسوط : تنقطع الاستدامة عدا الحيض ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحيض أمر معتاد للمرأة ، فلا يعد عذراً مانعاً من جهتها ، اذ العذر هنا عبارة عن الامر النادر المانع من الوطىء ، كالمرض والجنون وما شاكلهما في المنع من الوطىء .

ولان الحيض لو قطع الاستدامة لزم أن لا يتم تربص واحد في غالب العرف فان العرف أن تحيض المرأة في كل شهر حيضة ، فيفضي الى منع التربص بكل

حال ، وهذا الدليل ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١)، محتجاً به على هذا المطلوب .

والالتفات الى أنه عذر ، فتقطع الاستدامة كغيره من الاعذار .

فروع :

قال في المبسوط : لو كانت أعذارها موجودة حين الايلاء ، لم يضرب لها المدة مادامت الاعذار موجودة، لان المدة انما تضرب اذا امتنع من جماعها بعدد يمين ، وهاهنا قد حصل المنع بغير يمين .

ثم قال رحمه الله : هذا في جميع الاعذار الا الحيض، فانه لو آلى منها وهي حائض لم يمنع الحيض من ابتداء المدة^(٢).

وأقول : البحث هنا في الحيض ، كالبحث في كونه قاطعاً للاستدامة أم لا، والتردد التردد والبيان البيان .

قال رحمه الله : قال في المبسوط : المدة المضروبة بعد الترافع لامن حين الايلاء ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اطلاق الروايات الدالة على مدة التربص أربعة أشهر من غير تقييد بالمرافعة أو غيرها، ويؤيده عموم الآية، وبه قال أكثر الاصحاب. والالتفات الى أن التربص حكم شرعي ، والاحكام الشرعية اذا وردت مطلقة انصرفت الى أهل الشرع ، فتكون مدة التربص موقوفة على اذن الشارع ، وهو المراد بالمرافعة ، وبه قال الشيخ وأتبعه المتأخر .

قال رحمه الله : ولا يلحق الخصي المجبوب على تردد .

(١) المبسوط ١٣٦/٥ .

(٢) المبسوط ١٣٥/٥ - ١٣٦ .

أقول : منشؤه : النظر الى أن العادة قاضية بأن مقطوع الذكر والانثيين معاً لا يولد ، فلا يلحق به الولد قضاءً للعادة ، اذ الشرعيات مبنية على الظواهر ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(١).

والالتفات الى عموم قوله **إِلَّا** « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(٢) فالحق الولد بمجرد الفراش ، وامرأة الخصي الم محبوب يسمى فراشاً ، فيكون الولد الذي يلد له امرأته لاحقاً به ، ولا ينفي عنه الاباللعان ، ولعله الاقرب عملاً بالاحتياط . قال رحمه الله : ولو اعترفت المرأة بعد اللعان لم يجب عليها الحد ، الا أن تقر أربع مرات ، وفي وجوبه معها تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله تعالى « ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات يا الله انه لمن الكاذبين »^(٣) فجعل الاثنان بذلك دارةً للعذاب الذي هو عبارة عن الحد هنا عنها وقد حصل ، فيسقط الحد عملاً بالمقتضي السالم عن المعارض . والالتفات الى أن موجب الحد هنا شيء متجدد غير الاول ، وهو الاقرار أربعاً ، فيجب الحد عملاً بالمقتضي أيضاً ، وعليه فتوى الشيخ في النهاية^(٤) والمبسوط^(٥) والخلاف^(٦) ، وأتبعه المتأخر ، وهو قوي .

قال رحمه الله : اذ قدفها فأقرت قبل اللعان ، قال الشيخ رحمه الله : لزمها الحد ان أقرت أربعاً وسقط عن الزوج . ولو أقرت مرة ، فان كان هناك نسب ، لم ينتف الاباللعان ، وكان على الزوج أن يلاعن لنفيه ، لان تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي

(١) المبسوط ١٨٦/٥ .

(٢) عوالي اللثالي ١٣٢/٢ و ٢٢٥ .

(٣) سورة النور : ٨ .

(٤) النهاية ص ٥٢١ .

(٥) المبسوط ٢٠١/٥ .

(٦) الخلاف ٢٨٨/٢ .

السبب ، اذ هر ثابت بالفراش ، وفي اللعان تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن اللعان انما يجب على نفي الفراش ، ثم يتبعه انتفاء النسب ، وليس كذلك هنا ، اذ اللعان هنا يتفرد بنفي النسب ، فلم يكن للزوج ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والالتفات الى أن النسب لم ينتف باعترافها بالزنا . أما أولاً ، فلعدم التنافي بين ثبوت الزنا والنسب ، اذ هو ممكن الاجتماع . وأما ثانياً ، فلأن النسب لاحق بالفراش ، فاحتاج في نفيه الى اللعان ، وهذا الدليل الاخير احتج به الشيخ في المبسوط ^(١) .

واحتج في الخلاف ^(٢) بقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » ^(٣) الآية ، فشرع اللعان عند حصول الرمي المطلق الشامل للذف بالزنا منفرداً عن انكار الولد ومنصماً اليه نطقاً أو معنى ، ولم يفرق بين أن تعترف المرأة بالزنا أو تنكره ، وهو قوي ونمنع انحصار اللعان فيما ذكر أولاً ، وانما هو مذهب أبي حنيفة فقط .

قال رحمه الله : أما العتق ، فعبارته الصريحة : التحرير ، وفي الاعتاق تردد . أقول : منشؤه : النظر الى أصالة بقاء الملك على ملكه ، فلا ينتقل عنه إلا بأحد الاسباب المحررة قطعاً ، وليس الالفة التحرير ، لوقوع الاجماع على صحة العتق مع التلفظ بها ، وحصول الخلف في وقوع مع اللفظ بغيرها .

وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف ، محتجاً باجماع الفرقه وأخبارهم ، وبأن الاصل بقاء الرق ، وايجاب العتق بما قالوه يحتاج الى دليل ، وما ذكرناه مجمع

(١) المبسوط ٢٠٢/٥ .

(٢) الخلاف ٢٨٨/٢ - ٢٨٩ .

(٣) سورة النور : ٦ .

على وقوع العتق به^(١) وهو الظاهر من كلام المتأخر .

والالتفات الى أن أهل اللغة يستعملون لفظة العتق في التحرير استعمالاً ظاهراً ، بحيث لا يفهم منها عند الاطلاق الا التحرير ، وسبق المعنى الى الذهن دليل الحقيقة وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) وابن أبي عقيل ، ويؤيده اتفاق علمائنا رضوان الله عليهم على حصول العتق بقول القائل : اعتقتك وجعلت مهربك عتقك ، الى غير ذلك من المسائل المشهورة .

قال رحمه الله : ولو قال لامته : يا حرة وقصد العتق ، ففي تحريرها تردد ، والاشبه عدم التحرير لبعده عن شبه الانشاء .

أقول : منشؤه : النظر الى أن التحرير حكم شرعي ، فيقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلاً على وقوعه ، وليس الاقوله : أنت حرة ، ولان لفظ النداء يبعد عن شبه الانشاء والعتق انما يقع بصيغة الانشاء فقط ، اذ هو ايقاع فيستحيل وقوعه بلفظ الاخبار أو غيرها وان قصد بها العتق ، لان النية لا تستقل بوقوع العتق ما لم يكن اللفظ الصريح كغيره من الايقاعات .

والالتفات الى عموم قوله عَلَيْهِ السَّلَام « الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى »^(٣) وهذا قد نوى العتق ، فيجب أن يكون حاصله ، عملاً بظاهر الخبر .

قال رحمه الله : اذا أعتق ثلث عبيده وهم ستة ، استخرج الثلث بالقرعة ، وصورتها : أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة ، ثم يخرج على الحرية أو الرقية ، فان أخرج على الحرية كفت الواحدة ، وان أخرج على الرقية أفترق الى اخراج اثنين .

(١) الخلاف ٦٥٣/٢ مسألة ١٤ .

(٢) المبسوط ٥١/٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

واذا تساوا عدداً وقيمة أو اختلفت القيمة مع امكان التعديل أثلاثاً فلا بحث وان اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد ، وفيه تردد . ولو عذر التعديل عدداً وقيمة ، أخرجنا على الحرية حتى يستوفي الثلث قيمة ، فلو قصرت قيمة المخرج أكملنا الثلث ولو بجزء من آخر .

أقول : اعلم أن هذه المسألة تفرض على ستة أقسام .

الاول : أن يكونوا على صفة يمكن تعديلهم أثلاثاً بالقيمة والعدد معاً ، بأن يكونوا ستة قيمة كل واحد ألف ، فيكون كل عشرين ثلث ، فيستخرج بالقرعة ، كما ذكر في المتن .

الثاني أن يمكن^(١) تعديلهم بالقيمة والعدد معاً ، لكن اختلفت قيمتهم اختلافاً لا يمنع من ذلك ، كان يكونوا ستة قيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين أربعة آلاف وقيمة اثنين ستة آلاف ، فتكون التركة اثنا عشر ألفاً ، فيضم من قيمته ألف الى من قيمته ثلاثة آلاف ، فيصير كل عشرين ثلثاً ويستخرج بالقرعة كما قلنا .

الثالث : أن يكونوا على صفة بحيث يمكن تعديلهم ، اما بالعدد دون القيمة أو بالقيمة دون العدد قبل أن يكونوا ستة ، قيمة عبد ألف وقيمة عشرين ألف وقيمة ثلاثة آلاف ، فان اعتبرت القيمة لم يمكن التعديل بالعدد ، وان اعتبرت العدد جعلت كل عشرين ثلثاً اختلفت القيمة ، وما الذي يصنع ؟

قال الشيخ رحمه الله : قال قوم : يعتبر القيمة ويترك العدد ، كما أن قيمة الدار اذ لم يمكن بالمساحة والاجزاء عدلت بالقيمة .

وقال آخرون : يعتبر العدد ويترك القيمة ، فيضم الى من قيمته ألف واحداً من الثلاثة الذين قيمتهم ألف ، فيكون عبدان بأكثر من ألف وعبدان بأقل من ألف ، لان النبي ﷺ جعل كل عشرين جزءاً .

(١) في « س » : يكون .

وعنى بذلك مارواه عمران بن الحصين أن رجلاً من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال قولاً سديداً ودعاهم فجزاهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة .

ثم قال رحمه الله : والاول أصح عندنا . وانما اعتبر النبي ﷺ العدد ليساوي القيمة ، فحينئذ جعل واحداً ثلثاً واثنين ثلثاً وثلاثة ثلثاً ، وتقرع بينهم على ماضى^(١) . وأما المصنف رحمه الله ، فقد تردد في القولين ، ومنشأ تردده : النظر الى ظاهر الخبر ، فانه دال على اعتبار العدد مطلقاً . والالتفات الى أن في ذلك ضرراً على الورثة ، فتعتبر القيمة كما في قسمة الدار الغير متساوية الاجزاء .

الرابع أن يمكن التعديل بالقيمة دون العدد ، مثل أن كانوا^(٢) خمسة قيمة عبد ألف وقيمة آخرين ألف وقيمة الآخرين ألف ، فالتعديل هنا بالقيمة ، ومن خالف في الاولى وافق هنا ، اذ التعديل بالعدد غير ممكن هنا ، فلا بد من اعتبار القيمة . الخامس : أن يعتذر التعديل عدداً وقيمة ، مثل أن يكونوا خمسة ، قيمة واحد أربعة آلاف ، وقيمة اثنين ألفان ، وقيمة اثنين ألف ، فما الذي نصنع ؟ فيه قولان أحدهما - لايراعى قيمة ولاعدداً ، لكن يكتب اسم كل واحد في رقعة ويخرج على الرقبة أو الحرية حتى يستوفي الثلث ، لانه اذا لم يمكن واحد منهما استوفينا الثلث على مايمكن .

والقول الثاني : أن يجعل اثنان سهماً واثنان سهماً والخامس بينهما ويقرع ، فمن خرج اسمه من الاقسام الثلاثة كان حراً ، لانه أقرب الى ما فعله النبي ﷺ من التعديل بالعدد . قال الشيخ رحمه الله : والقولان معاً قريان .

السادس : أن يكون كل ماله عبيدين ، فاننا نقرع بينهما ، فان خرجت قرعة

(١) البسوط ٥٩/٦ .

(٢) في «س» : يكونوا .

الحرية على أحدهما ، فإن كانت قيمته وفق الثلث بجزء من الآخر وان كانت أكثر عتق بقدر الثلث ، واسترق باقيه والآخر .

واعلم أن هذه الفروض الأخيرة خارجة عن قانون المسألة التي ذكرها المصنف في المتن ، لكن لما لم يذكر بعضها ، وذكرها الشيخ في المبسوط^(١) أحينا ايضاحها ، وفي هذه الاقسام تداخل .

قال رحمه الله : اذا أعتق مملوكه عن غيره باذنه ، وقع العتق عن الامر ، وينتقل الى الامر عند الامر بالعتق ، لينتقل العتق في الملك ، وفي الانتقال تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى انعقاد الاجماع على اجزاء العتق عن الامر ان لو كان عليه عتق واجب ، ووقوعه عنه أن لو كان تطوعاً وفي انعقاد الاجماع على ذلك دليل على انتقاله الى الامر قبل العتق ، لقوله عَلَيْهِ « لا عتق الا في ملك »^(٢) ولحصول الاتفاق على أن سبق الملك على العتق شرط في صحة وقوع العتق .

واعلم أن الحكم بالانتقال هنا مستفاد من اجماعين ، وهو من جملة ضروب الاستدلال بالخطاب .

والانتقالات الى أن انتقال ملك الغير الى غيره يفتقر الى صريح اللفظ الدال عليه ، وهو غير موجود هنا ، ولان أسباب الانتقال محصورة معدودة ، وليس هنا شيء منها .

فرعان :

الاول : اعلم أن القائلين بالانتقال اختلفوا في وقته ، فذهب طائفة الى أنه يملكه بشروعه في لفظ الاعتاق ، وذهب آخرون الى أنه ينتقل عند الامر بالعتق مع حصول الاعتاق عند الامر بالعتق بلا فصل . وقال قوم : يملكه عند قول المعتق « اعتقت

(١) المبسوط ٥٨/٦ - ٦٠ .

(٢) عوالي اللثالي ٢٩٩/٢ و ٤٢١/٣ .

هذا العبد عنك » وينعتق عليه بعد ذلك بلا فصل ، وهو الذي قواه الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، وليس بعيداً من الصواب .

الثاني : اعلم أن المتأخر قد نازع في وقوع العتق عن الاذن ، وقال : الذي يقتضيه مذهبنا أن العتق لا يقع الا عن المالك للعبد دون الاذن الذي ليس بمالك لانه لاخلاف في قوله ﷺ « لا عتق قبل ملك »^(٢) و« لا طلاق قبل نكاح »^(٣) والاذن لم يملك العبد، وانما هو على ملك المباشر للعتق الى حين اعتاقه، وانما هذا الذي ذكره شيخنا رحمه الله فهو قول المخالفين، دون أن يكون في أخبارنا، أو أجمع أصحابنا عليه .

قال رحمه الله : اذا عتق ثلاث اماء في مرض الموت ولا مال له سواهن ، أخرجت واحدة بالقرعة ، فان كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق ، فهو حر اجماعاً وان كان سابقاً على الاعتاق قيل : هو حر أيضاً ، وفيه تردد .

أقول: منشؤه: النظر الى أصل التي بقاء الرق والملك، فيتمسك بهما الى حين ظهور المزيل قطعاً ، ولان الاعتاق يفتقر الى صريح اللفظ ، وهو غير موجود هنا ولان اللفظ انما يتناول الام فقط ، وليس الحمل جزءاً منها ، وهو اختيار المتأخر . والاتفات الى أن الحمل تابع لأمه في البيع ، فكذا في العتق ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٤) ، والمقدمة الاولى ممنوعة .

قال رحمه الله : ويعتق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالاعتاق ، وقال الشيخ: هو مراعى .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : قيل في هذه المسألة ثلاثة أقوال

(١) المبسوط ٧١/٦ .

(٢) حوالى التالى ٢٩٩/٢ ، ٤٢١/٣ .

(٣) حوالى التالى ٢٣٣/١ ، ٢٠٥/٣ .

(٤) المبسوط ٦٥/٦ .

أحدهما : أنه يعتق كله باللفظ وتثبت القيمة في ذمة الشريك ، وعليه تسليمها الى شريكه .

والثاني : أنه يعتق نصيبه باللفظ ودفع القيمة فان دفع القيمة الى شريكه عتق نصيب شريكه ، وان لم يدفع لم يعتق .

والثالث : أن يكون مراعي ، فان دفع القيمة الى شريكه عتق نصيبه ، وان لم يدفع لم يعتق ، فان أدى تبيننا أنه عتق وقت العتق ، وان لم يؤد شيئاً تبيننا أن العتق في نصيب شريكه لم يقع ، قال : وهذا هو الأقوى عندي^(١).

وقال في الخلاف : انه يعتق بالاداء ، محتجاً بما رواه سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال : اذا كان العبد بين اثنين ، فأعتق أحدهما نصيبه . فان كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لاوكس ولاشطط ، ثم يعتق^(٢) . فجعل العتق مرتباً على الاداء الان ثم يقتضي المهلة والتراخي .

قال رحمه الله : والوجه في الخبرين أن قوله « انه عتيق وعتق كله » معناه سيعتق ، لان العرب يعبر عن الشيء بما يؤول اليه ، قال الله تعالى « اني أراني أعصر خمرأ^(٣) » .

وعنى بذلك ما رواه فافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : من أعتق شركاً من عبد وكان له مال ببلغ ثمنه فهو عتيق^(٤) .

وما رواه ابن عمر أيضاً أن النبي ﷺ قال : اذا كان العبد بين رجلين ، فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال ، فانه يعتق النصيب الآخر في الحال^(٥) . واختار المتأخر

(١) المبسوط ٥١/٦ - ٥٣ .

(٢) الخلاف ٦٤٩/٢ .

(٣) سورة يوسف : ٣٦ .

(٤) سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ ، برقم : ٢٥٢٨ .

(٥) سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ .

أنه ينعقد بنفس اللفظ ، عملاً بظاهر الخبرين السابقين .

فرع :

لوتصرف الشريك في نصيبه قبل أخذ القيمة ، بأن أعتقه أو باعه ، قيل : يصح لمصادقته الملك ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(١) ، وأفتى به في موضع من الخلاف^(٢) ، وقيل : يبطل لانه قد استحق في حق شريكه العتق ، وبه أفتى الشيخ في موضع آخر من الخلاف مستدلاً بما ذكرناه ، ويلزم المتأخر القول بالبطلان لانعاقه بنفس اللفظ عنده .

قال رحمه الله : وإذا دفع المعتقد قيمة نصيب شريكه ، هل ينعقد عند الدفع أو بعده؟ فيه تردد ، والاشبه أنه بعد الدفع ، ليقع العتق عن ملك ، ولو قيل بالاقتران كان حسناً .

أقول : منشؤه : النظر الى الحكم بثبوت الولاء له ، وفي الحكم بثبوته له دليل على انعقاد النصيب منذ الدفع ، لان الولاء الثابت له هنا عن عتق ، والعتق لا يقع الا في ملك ، فيحتاج الى تملك سابق على العتق ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٣) .

والالتفات الى أن القول بانعاقه بعد الدفع ليس أولى من القول بانعاقه عنده لتساوي الاحتمالين ، فيحكم بوقوع الملك والعتق معاً في شأن واحد ، لان القول باشتراط الملك في صحة العتق مع القول بالاقتران ممكن الاجتماع ، فيحكم بهما . واعلم أن هذا الفرع انما يتمشى على قول من يقول ان حصة الشريك ينعقد بشرطين : اللفظ ودفع القيمة ، أو على من يقول : انه مراعى ، أما على قول من

(١) المبسوط ٥٢/٦ .

(٢) الخلاف ٦٤٨/٦ - ٦٤٩ .

(٣) المبسوط ٥٢/٦ .

يقول انه ينعنق بنفس اللفظ فلا .

قال رحمه الله : واذا ملك شقصاً ممن ينعنق عليه لم يقوم عليه ان كان معسراً وكذا لو ملكه بغير اختياره . ولو ملكه اختياراً وكان موسراً ، قال الشيخ : يقوم عليه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب التفويم ، ترك العمل بها في صورة عتق نصيبه من العبد المشترك ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

والالتفات الى أن تملكه بعضه مع العلم بأنه ينعنق عليه بمنزلة مباشرة عتقه وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).

قال رحمه الله : وفي عتق من مثل به مولاہ تردد ، والمروي أنه ينعنق .
أقول : منشؤه النظر الى أصالتي بقاء الرق والملك ، فلا يحكم بانتقالهما الا مع ظهور الناقل قطعاً ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى ظواهر الاخبار الدالة على انعناقه مع حصول ذلك من مولاہ وبه أفتى الشيخ في النهاية^(٢).

(١) المبسوط ٦٩/٦ .

(٢) النهاية ص ٢٤٠ .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب التدبير)

قال رحمه الله تعالى : التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى ، وفي صحة تدبيره بعد وفاة غيره ، كزوج المملوكة و وفاة من يجعل له خدمته تردد ، أظهره الجواز ، ومستنده النقل .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل القاضي بالجواز ، ويؤيده رواية يعقوب ابن شبيب عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم ، فيقول : هي لفلان تخدمه ماعاش ، فاذا مات فهي حرة ، فتأبى الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ، ثم تجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها بقدر ما أبقت ؟ فقال : لا اذا مات الرجل فقد عتقت^(١). وعليها فتوى الشيخ في النهاية^(٢).

والالفاظ الى أن هذا النوع حكم شرعي ، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ولا دليل عليه الا هذه الرواية ، وهي من أخبار الاحاد ، فلا يعمل بها . أما أولا ، فلان العمل بخبر الواحد غير جائز ، لما بيناه في أصول الفقه .

(١) تهذيب الاحكام ٢٦٤/٨ ، ٢٨٢ .

(٢) النهاية ص ٥٥٤ .

وأما ثانياً ، فلانها مخالفة لاصول المذهب ، ولان التدبير في عرف الشرع عتق العبد بعد وفاة المولى ، والمجعول له غير المولى .

وأما ثالثاً ، فلان الابق يبطل التدبير اتفاقاً منا ، والرواية تتضمن أنه غير مبطل له ، وهو اختيار المتأخر محججاً بعين ما ذكرناه .

وهو ضعيف ، أما الاول فوجود الدليل الشرعي ، وهو التمسك بالاصل والرواية التي ذكرناها . قوله « الرواية من أخبار الاحاد » قلنا : مسلم .

قوله « فلا يجوز العمل بها لما ذكرناه في أصول الفقه » قلنا : قد استدللنا على وجوب العمل بأخبار الاحاد هناك ، وأبطلنا حجة المخالف في ذلك لما فيه مفتح .

قوله « ولانها مخالفة لاصول المذهب » قلنا : ممنوع .

قوله « لان التدبير في عرف الشرع عبارة عن عتق العبد بعد موت مولاه » قلنا : ذلك باطل ، أما أولاً فلعدم دليل التخصيص ، وأما ثانياً فللرواية .

قوله « وأما ثالثاً فلان الابق يبطل التدبير » قلنا : التدبير المعلق بموت المولى أو غيره ، الاول مسلم والثاني ممنوع .

قال رحمه الله : وفي اشتراط نية القرية في التدبير تردد ، والوجه أنه غير شرط .

أقول : منشؤه : النظر الى أن التدبير نوع من العتق ، فاشترط فيه نية القرية

كالعتق ، وهو اختيار المتأخر ، قال بعد هذا : تدبير الكافر غير جائز .

والالفت الى أن التدبير بمنزلة الوصية ، فلا يشترط فيه القرية كالوصية ،

ولعله الاشبه ، ويدل عليه الروايات بالتدبير .

قال رحمه الله : ولودبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره . ولومات في حال

ردته عتق المدبر ، هذا اذا كان ارتداده لاعن فطرة ، ولو كان عن فطرة لم يعتق

المدبر بوفاء المولى ، لخروج ملكه عنه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السبب المقضي وهو موت المولى قد وجد ، فيوجد معلوله ، وهو العتق عملاً بالعلمية ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(١) ، بناءً على القول بأن ملكه باق عليه ، وأنه لا يزول عنه بمجرد ارتداده .
والالتفات الى أن التدبير وصية فلا ينقذ فيه شيء وحيث لم يحصل شيء لم
ينفذ العتق . أما المقدمة الاولى فاجماعية ، وأما المقدمة الثانية ، فلزوال ملكه عن
جميع أمواله حالة ارتداده ، وانتقالها الى وارثه في تلك الحالة ، وهو أقرب ،
فيلزم على هذا القول اعتناق ثلثه .

قال رحمه الله : ولو ارتد لاعتق فطرة ثم دبر ، صح على تردد .

أقول : منشأ التردد : الشك في اشتراط القرية في التدبير ، فان قلنا باشتراطه
لم يصح لتعذرهما في جنبه ، وان لم نقل به وهو الاقوى صح التدبير ، وهو اختيار
الشيخ في الخلاف^(٢) ، وحكم في المبسوط^(٣) بالبطلان ، لانه نوع تصرف ، والمرتب
ممنوع من التصرف اذ هو محجور عليه .

قال رحمه الله : ولو كان على الميت دين يستوعب التركة ، بطل التدبير وبيع
المدبرون فيه ، والايبيع منهم بقدر الدين وتحرر ثلث من بقي ، سواء كان التدبير
سابقاً على الدين أو لاحقاً على الاصح .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في النهاية : واذا دبر عبده وعليه دين فراراً به
من الدين ثم مات ، كان التدبير باطلاً ، وبيع العبد في الدين وان كان التدبير
سابقاً واقعاً في حال صحة المولى ، لم يكن لصاحب الدين على المدبر سبيل ، عملاً
برواية وهب بن حفص عن أبي عبد الله عليه السلام^(٤) . ومثله رواية الحسن بن يقطين عن

(١) المبسوط ١٧٣/٦ .

(٢) الخلاف ٦٦٩/٢ .

(٣) المبسوط ١٧٣/٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٦١/٨ ، ح ١٢ .

أبي الحسن عليه السلام (١).

وقال المتأخر : هذا غير واضح ، لانه لاخلاف بيننا أن التدبير بمنزلة الوصية فيخرج من الثلث ، ولايصح الابد قضاء الديون ، فعلى هذا التحرير والتقريب يباع العبد في الدين ويطل التدبير على كل حال ، سواء دبره في حال السلامة أو فراراً من الدين وانما هذا خبر واحد ذكره وأورده شيخنا ايراداً لا اعتقاداً . والحق ما قاله المتأخر ، وعليه الفتوى .

قال رحمه الله : ولو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما ، لم يقوم عليه حصة الآخر ، ولو قيل : يقوم كان وجهاً . ولو دبر أحدهما ثم أعتق ، وجب عليه فك حصة الآخر . ولو أعتق صاحب الحصة الفن ، لم يجب عليه فك الحصة المدبرة ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في بعض الصور فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، ولان التقويم على خلاف مقتضى الدليل ، فلا يصار اليه الا بدليل ناقل ، ولان التقويم حكم شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلا حكم ، وهو خيرة الشيخ في الخلاف (٢) ، وقواه في المبسوط (٣) . ويؤيده أن الحصة المدبرة معرضة للحرية ، فلاحاجة الى تقويمها اذ لا ثمرة مهمة فيه . والالتفات الى عموم الاخبار الدالة على وجوب التقويم على من أعتق شركاً له من عبد ، وقد تقدم بعضها ، وهو الاقوى عندي ، وهو القول الآخر للشافعي . قال رحمه الله : ولو دبره ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير ، وفيه اشكال .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاصل عدم النقض ، فلا يصار اليه الا عند وجود

(١) تهذيب الاحكام ٢٦١/٨ ، ح ١٣٠ .

(٢) الخلاف ٦٧٠/٢ .

(٣) المبسوط ١٧٩/٦ .

اللفظ الدال عليه صريحاً ، وهو غير موجود هنا ، ولأنه لافرق بين هذه المسألة والتي قبلها الا تقدم الكتابة على التدبير في المسألة الاولى ، وتأخرها عنه في المسألة الثانية .

وليس ذلك صريحاً في الرجوع في التدبير ، لانه كما يمكن الجمع بين الكتابة والتدبير مع تقدمها ، بأن يعتق بالكتابة مع أداء المال قبل موت المولى أو بالتدبير مع تأخر الاداء حتى يموت المولى ، فيكون عتقه متوقفاً على أسبق الشئين أداء المال أو موت المولى ، كذلك يمكن الجمع بين التدبير والكتابة مع تأخرها عنه بما ذكرناه حرفاً حرفاً ، فالحكم بأن احدى المسألتين مبطله للتدبير والاخرى غير مبطله له مع تساويهما في المنافاة له وامكان الاجتماع معه على الوجه الذي لخصناه تحكم محض .

واعلم أن الشيخ حكم في الخلاف بأن ذلك ابطال للتدبير ، ثم قال : دليلنا انا قد دللنا على أنه وصية ، واذا ثبت ذلك يثبت ماقلناه ، لان أحداً لا يخالف فيه مع ثبوته^(١).

وقال في المبسوط : اذا دبر عبده أولاً ثم كاتبه ، فمن قال : التدبير وصية ، قال : يكون رجوعاً لانه وصية ، فهو كما لو أوصي بعبده ثم كاتبه . ومن قال : عتق بصفة قال : هو عتق بصفة ، قال : يصير مكاتباً مدبراً ، والحكم فيه كما لو كاتبه أولاً ثم دبره ، وقد مضى حرفاً بحرف^(٢).

(١) الخلاف ٢ / ٦٦٩ - ٦٧٠ .

(٢) المبسوط ٦ / ١٧٥ .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى فصل المكاتبة)

قال رحمه الله . ويعتبر فى الموجب البلوغ وكمال العقل والاختيار وجواز التصرف ، وهل يعتبر الاسلام ؟ فيه تردد ، والوجه عدم الاشتراط .

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله تعالى «فكاتبوهم»^(١) ويؤيده أن الكتابة عتد معاوضة ، فيصح إيقاعها من المسلم وغيره ، كغيرها من عقود المعاوضات ، وهو خيرة الشيخ فى المبسوط^(٢).

والنفات الى أن الكتابة نوع ازالة رق ، فيشترط فى موجبها الاسلام كالعتق ، ونمنع اشتراط الاسلام فى العتق ، سلمنا لكن الذي ذكرتموه قياس ، وهو عندنا باطل ، سلمنا لكن الوصف الجامع بين المتيس عليه والمقيس وصف سلبي ، والافصاف السلبية لا يوجب التماثل ، لما مر فى هذا الكتاب .

قال رحمه الله : وفى كتابة الكافر تردد، أظهره المنع، لقوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً » .

(١) سورة النور : ٣٣ .

(٢) المبسوط ١٣٠/٦ .

أقول : منشؤه : اختلاف التفسير في قوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً^(١) » فإن الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) : المراد بالخير هنا الامانة والكسب وبه قال الشافعي . وقال ابن عباس وصاحبا مجاهد وعطا : هو الفقه والامانة فقط . وقال الحسن البصري والثوري : هو الاكتساب فحسب . فعلى هذه الاقوال جميعاً تصح مكاتبه الكافر ، اللهم الا أن يقال : ان الكافر ليس محلاً للامانة .

وقيل : هو الدين والايمان . واختاره الراوندي والمتأخر ، فعلى هذا لانصح مكاتبه الكافر ، ولعله الاقرب ، اذ لا يقال للكافر عرفاً وان كان مكتسباً أن فيه خير . واعلم أن الشيخ رحمه الله في المبسوط قوى القول بالبطلان للاية السابقة ، ولقوله تعالى « وآتوهم من مال الله الذي آتاكم^(٤) » أمر الله تعالى باتيانهم من الصدقة الذي هو عبارة عن مال الله ، وليس الكافر من أهلها .

قال رحمه الله : وفي اعتبار اتصال الاجل بالعقد تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، ولان الكتابة نوع معاوضة ، فلا يشترط فيها الاتصال بغيرها ، وهو قوي . والالتفات الى أنه عقد معاوضة ، فيشترط فيها اتصال الاجل بالعقد كالأجارة وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، ونمنع اشتراط الاتصال ، سلمنا لكنه قياس وهو باطل عندنا .

قال رحمه الله : ولو قال : علي خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل : بطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد .

(١) سورة النور : ٣٣ .

(٢) المبسوط ١٣٠ / ٦ .

(٣) الخلاف ٦٥٥ / ٢ - ٦٥٦ .

(٤) سورة النور : ٣٣ .

أقول : هذا الفرع مبني على هذه المسألة السابقة، فكل من اعتبر الاتصال قال بالبطلان، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط^(١)، ومن لم يعتبر ذلك قال بالصحة . قال رحمه الله : اذا مات المكاتب وكان مشروطاً بطلت الكتابة، وكان ما تركه لمولاه وأولاده رقاً . وان لم يكن مشروطاً ، تحرر منه بقدر ما أداه وكان الباقي رقاً ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ، ولورثته بقدر ما فيه من حرية ، ويؤدي الوارث من نصيب الحرية ما بقي من مال الكتابة .

وان لم يكن له مال سعى الاولاد فيما بقي على أبيهم، ومع الاداء ينعتق الاولاد وهل للمولى اجبارهم على الاداء؟ فيه تردد، وفيه رواية أخرى تقتضي أداء ما تخلف من أصل التركة ، وتحرر الاولاد وما يبقی فلهم ، والاول أشهر .

أقول: منشؤه النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب السعي، فلا يصار اليه الا لدليل أقوى، ولان ثبوت الاجبار على خلاف مقتضى الاصل، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ، وهو قوي، ويؤيده ما رواه ابن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام، وهو خيرة الشيخ في التهذيب^(٢).

والالفتات الى أن حكم ولد المكاتب حكم أبيه في أنه يسرق منه مولى أبيه بقدر ما بقي على أبيه ، ويتحرر منه بقدر ما تحرر من أبيه ،

اذا تقرر هذا فنقول: هؤلاء الاولاد بعضهم حر لاسبيل للمولى عليه، وبعضهم مملوك له فيثبت له الولاية عليه، فيشرع له الاجبار على السعي، دفعاً للضرر الناشي من تشقيصهم المقتضي لنقصان الولاية الثابتة له عليهم والمانع من الانتفاع الكلي بهم، وعليه دلت ظاهر الرواية المروية عن الصادق عليه السلام، وهو ظاهر كلام المتأخر قال رحمه الله : اذا كان للمكاتب على مولاه مال - الى قوله: واذا تراضيا

(١) المبسوط ٦/٧٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٨/٢٧٣ ، ح ٢٩ .

كفى ذلك، ولولم يقبض الذي له ثم يعيده عوضاً، سواء كان المال أثماً أو أَوْعاضاً وفيه قول آخر بالتفصيل .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : لا يخلو مال الحقين من ثلاثة أحوال ، وعنى بذلك المال الذي للمكاتب على سيده والمال الذي للسيد على مكاتبه من ثلاثة أحوال: اما أن يكونا نقدين أو عرضين أو نقداً وعرضاً ، فان كانا نقدين ، فلا يحتاج الى قبض الحقين معاً ، بل يقبض أحدهما ماله من صاحبه ، ثم يرد عليه عوضاً عما له في ذمته ، لان دفع العوض عن الدراهم والدنانير التي في الذمة يجوز .

وان كانا عوضين ، فلا بد أن يقبض أحدهما ثم يرد ما قبضه على الآخر عوضاً عما له ، لان هذا العوض الذي في الذمة ثابت في أحد الحقين عن سلم ، فان المكاتب لا يجوز له أن يعرض ما في يده من المال وأخذ المال عن العوض الثابت في الذمة عن كتابه ، أو سلم غير جائز .

ثم قال رحمه الله : فاما اذا كان أحدهما نقداً والآخر عوضاً ، فانه ان قبض صاحب النقد حقه ، لم يجز أن يدفعه عوضاً عن العوض الذي في ذمته ، بل عليه تسليمه واقباضه . وان قبض صاحب العوض حقه ، جاز أن يدفعه بدلاً عن النقد وعوضاً عنه ، لما ذكرناه من التعليل^(١).

وأقول : معنى هذه الجملة أن المكاتب لا يجوز له أن يبيع بالثمن المؤجل لما فيه من التفرير بالمال ، ويجوز أن يتناع بالمؤجل لانتفاء التفرير حينئذ .

اذا تقرر هذا فنقول : هذا العوض الثابت في ذمة مولاه لا يجوز أن يكون ممن مبيع باعه إياه ، اذ هو يبيع بمؤجل ، فتعين أن يكون مبيعاً حالاً لم يقبضه المكاتب من سيده ، ويبيع مالم يقبض غير جائز عند هذا الشيخ رحمه الله ، ولهذا

أوجب أن يقبض كل واحد منهما ماله قبل صاحبه .

قال رحمه الله : اذا جنى عبد المكاتب ، لم يكن له أن يفكه بالارش ، الا أن يكون فيه الغبطة له ، ولو كان المملوك أباً للمكاتب ، لم يكن له افتكاكه بالارش ولو قصر عن قيمة الاب ، لانه يتعجل بائلاف مال له التصرف فيه ، ويستبقى مالا ينتفع به ، لانه لا يتصرف في أبيه ، وفي هذا تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن صحة تصرفات المكاتب مشروطة بوجود الغبطة في كل نوع منها ، ولا غبطة في هذا النوع من التصرف ، فيكون باطلا . أما المقدمة الاولى فاجماعية .

وأما المقدمة الثانية ، فلانه ممنوع من التصرف في أبيه لوجاء أن يؤدي مال الكتابه ، فينتعق أبوه مع عتقه ، فلو سوغنا له الفك تعجلنا بائلاف مال موجود صالح للتكسب بالتصرف فيه ، واستبقينا مالا ينتفع به عاجلا ، وفي ذلك ضرر عظيم للمولى والمكاتب أيضاً ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) .

والالفتات الى أنه ربما حصل في ذلك غبطة للسيد بتقدير أن يعجز المكاتب عن أداء ما عليه ، فيسرق ويسرق أبوه معه ، فيكون له الانتكاك ، ترجيحاً لهذه المصلحة الظاهرة ، ولانا انما نمنعه من بعض التصرفات لتضرر المولى بها ، ولا ضرر على المولى هنا ، ولانه ان عجز عن الاداء استرقهما ، وان أدى حصل المقصود وهذا أقرب من القول الاول .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الاقرار)

قال رحمه الله : ولو قال : له درهم بل درهم ، لزمه واحد .
أقول : هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط^(١) ، واحتج عليه بأن الظاهر من حال المتكلم بذلك أنه أمسك ليستدرك، ثم تذكر أنه ليس عليه الا ذلك فيثبت عليه.
أقول : والاقوى لزوم درهمين ، لاستدعاء الاضراب المغايرة، وهو بنص من أهل العلم أقوالهم .

قال رحمه الله : ولو قال : له عندي مال عظيم قبل تفسيره ولو بالقليل . وكذا لو قال : عظيم جداً كان كقوله عظيم ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن لفظة « جداً » موضوعة في اللغة للمبالغة في الكثرة ، فلا يقبل تفسيره لها الا بأقل ما يمكن حملها عليه لغة ، وللفقهاء في حد ذلك خلاف ، فبعضهم قال : أقل ذلك ثلاثة دراهم وبعضهم ستمائة درهم وبعضهم اثنان وسبعون درهماً .

والالتفات الى أن الاصل براءة الذمة ، ولادليل على قدر معين مقطوع به بحيث

يرجع اليه ، فلم يبق الانفسيره ، والالزم التحكم المنهبي عنه شرعاً ، وهو اختيار الشيخ في كتابه والمتأخر .

قال رحمه الله : ولو قال : غصبتك شيئاً وقال : أردت نفسك لم يقبل .
أقول : انما لم يقبل تفسير المقر لكلامه في هذه الصورة لما فيه من المنافاة لاقراره ، لان ذلك ليس بغصب في الحقيقة ، اذ الحر لا يثبت عليه يد الغاصب ، فقد فسر الغصب بما ليس بغصب ، فلاجل ذلك لم يقبل منه .

قال رحمه الله : ولو قال : أليس لي عليك كذا ؟ فقال : بلى كان اقراراً .
ولو قال : نعم لم يكن اقراراً ، وفيه تردد من حيث يستعمل الامران استعمالاً ظاهراً .
أقول : منشؤه : وضع أهل اللغة « نعم » مخففة للكلام السابق نفياً أو اثباتاً ، فعلى هذا لا يكون الجواب بها هنا اقراراً بل انكاراً ، لانها يفيد تحقيق النفي ، وتحقيق النفي انكار بالضرورة ، اذ معناه : نعم ليس لك علي شيء .

ولهذا قيل في قوله تعالى « ألسن بربكم قالوا بلى » انهم لو قالوا نعم لكفروا ، اذ معناه حينئذ نعم لست بربنا ، وهذا اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) .

والالنفات الى أن أهل العرف يستعملونها للايجاب في الحالين ، فيكون الجواب بها اقراراً ، اذ تقدير الكلام نعم لك عندي كذا ، فالشيخ رحمه الله نظر الى الحقيقة اللغوية بأنها بعد « أليس » لا يقبل الاقرار بل تحقيق النفي ، والمصنف رحمه الله رجع الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية ، فحكم بافادتها الاقرار .

والحق ما قاله المصنف رحمه الله ، لان اللفظ اذا دار بين الحقيقة اللغوية والعرفية ، فالترجيح للعرفية ، اللهم الآن يكون هناك قرينة حالية أو مقالية ، فيجب العمل بمقتضاها .

قال رحمه الله : الاستثناء من الجنس جائز ، ومن غير الجنس على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن قبول الاستثناء في الاقرار على خلاف الاصل بمقتضى الدليل ، لما فيه من الانكار بعد الاقرار ، ترك العمل به في سماع الاستثناء من الجنس لدليل أقوى ، فيبقى معمولاً به فيما عداه .
ولأن الاستثناء من غير الجنس لوصح ، لصح اما من اللفظ أو من المعنى ، والقسمان باطلان ، فالقول بصحة الاستثناء من غير الجنس باطل .

أما الاول ، فلأن اللفظ الدال على شيء بعينه غير دال على ما يخالف جنس مسماه ، واللفظ اذا لم يدل على مسماه لا يحتاج الى صارف يصرفه عنه ، لاستحالة تحصيل ما هو حاصل .

وأما الثاني ، فلانه لو جاز حمل اللفظ على المعنى المشترك بين مسماه وبين المستثنى ليصح الاستثناء ، لجاز استثناء كل شيء من كل شيء ، لأن كل شيئين لابد أن يشتركا من بعض الوجوه ، فاذا حمل المستثنى على ذلك المشترك صح الاستثناء . ولما عرفنا أن العرب لم يجوزوا استثناء كل شيء من كل شيء علمنا بطلان هذا القسم ، وهو اختيار فخر الدين الرازي من الاصوليين وأكثر الفقهاء والنحاة . والالتفات الى أن في القرآن والشعر والمعقول ما يدل على جواز ذلك .
أما الاول ، فأيات خمس :

الاول : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ »^(١) .

الثاني : « فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس »^(٢) ولم يكن من الملائكة بل من الجن .

الثالث : « ولأنأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآن تكون تجارة عن تراض

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) سورة الحجر : ٣٠ .

منكم»^(١).

الرابع : « وما لهم به من علم الا اتباع الظن »^(٢) والظن ليس من جنس العلم .
الخامس : « لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً * الا قيلاً سلاماً سلاماً »^(٣) والسلام
ليس من جنس اللغو .

وأما الثاني ، فقول الشاعر وهو النابغة :

و بلدة ليس بها أنيس الا اليعافير والا العيس
وقول الآخر :

وقفت بها اصلاً لأسائلها أعيت جواباً وما بالدار من أحد
وأما الثالث ، فلان الاستثناء تارة يقع عما يدل عليه اللفظ دلالة المطابقة
والتضمن ، وتارة عما يدل عليه دلالة الالتزام ، فاذا قال : لفلان علي ألف دينار الا
ثوباً ، فمعناه : قيمة الثوب . والحق الاول لما ذكرناه ، والايات مأولات .
واعلم أن المانعين اختلفوا على قولين ، منهم من منع من ذلك مطلقاً ، وهو
غلط ، لانه واقع ومنهم من منع من ذلك حقيقة وجوزة مجازاً ، وهو الحق ، واختاره
فخر الدين والشيخ أبو جعفر .

أما المجوزون حقيقة ، فمنهم من ذهب الى أن الاستثناء مقول بالتواطىء على
المتصل والمنفصل دفعا للاشتراك ، وذهب آخرون الى أنه مشترك بينهما اشتراكا
لفظياً ، لان المتصل اخراج والمنقطع يختص بالمخالفة من غير اخراج ، فلا اشتراك
معنوي هنا .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة هنا ، لكونها من المسائل المهمة ، وان
كانت خارجة عن هذا العلم .

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سورة النساء : ١٥٧ .

(٣) سورة الواقعة : ٢٥ .

قال رحمه الله : اذا قال : له علي عشرة الادرهماً ، كان اقراراً بتسعة ونفياً للدرهم ولو قال : الادرههم ، كان اقراراً بالعشرة .

أقول : الفرق بين الصورتين أن « الا » في الصورة الاولى حرف استثناء ، ولهذا كان ما بعدها منصوباً ، اذ الاستثناء من الموجب يجب أن يكون منصوباً في الاحوال الثلاث ، وان اختلف في ناصبه ، والاستثناء من الاثبات نفى كما قرره ، فيكون قد أقر بتسعة وأنفى درهماً .

وأما في الصورة الثانية ، فانها وصف لاحرف استثناء ، ولهذا كان ما بعدها مرفوعاً ، فيكون قد أقر بعشرة ، اذ المعنى : له عندي عشرة غير درهم . قال رحمه الله : ولو قال : ماله عندي شيء ، كان اقراراً بدرهم . وكذا لو قال : ماله عندي عشرة الادرههم ، كان اقراراً بدرهم . ولو قال : الادرهماً ، لم يكن اقراراً بشيء .

أقول : اذا كان الاستثناء من بعد حرف النفي وأردت أن تقر بما بعد الارتفاعه ، لانك اذا رفعته فانما رفعته ، بأن جعلته بدلا من العشرة ، فكانك قلت : ماله عندي الادرههم ، وان لم يرد الاقرار فانصبه ، لبصير تعبير الكلام : ماله علي تسعة ، وانما لم يكن ذلك اقراراً لان « عندي » لم يرفع شيئاً ، فيثبت له عندك ، فكانك قلت : ماله عندي تسعة ، وهذا الفرق ذكره الشيخ في المبسوط^(١) وأتبعه المتأخر . قال رحمه الله : وبقي اقرار المفلس ، وهل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الاصل ؟ فيه تردد .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى أن اقرار المفلس مقبول ، سواء أقر بدين في ذمته أو بعين من أعيان ماله ، محتجاً بعموم قوله ﷺ « اقرار العقلاء على أنفسهم

جائز»^(١) وهذا عاقل ، فيسمع اقراره .

وقال المتأخر : الاولى عندي أنه لا يصح اقراره في أعيان ماله بعد الحجر عليه ويصح اقراره بدين في ذمته ، وهو حسن لتعلق حق الغرماء بأعيان أمواله .
إذا عرفت هذا فنقول : منشأ التردد النظر الى تعلق حق الغرماء بما هو موجود في يده ، فيعطى دينه من الفاضل عن دين غرمائه ، وهو أحد قولي الشافعي .
والالتفات الى أن المقر له قد صار غريباً بظاهر اقراره ، فتكون له المشاركة عملاً بظواهر الاخبار ، وهو اختبار الشيخ في كتابيه المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) والمتأخر والقول الآخر للشافعي .

قال رحمه الله : لو شهد الاخوان وكانا عدلين بابن للميت ، ثبت نسبه وميراثه ولا يكون ذلك دوراً .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : كل موضع يثبت النسب بالاقرار يثبت بالمال ، الا في موضع واحد ، وهو اذا كان اثبات الميراث يؤدي الى اسقاطه مثل أن يقر الاخوان بابن للموروث ، فان نسبه يثبت ، ولا يثبت الميراث ، لانه لو ورث حجب الاخوان وخرجا عن كونهما وارثين ، فيبطل الاقرار بالنسب ، اذ هو اقرار من غير وارث ، واذا بطل النسب بطل الميراث ، فلما أدى اثبات الميراث الى اسقاطه أسقط ، فيثبت النسب دونه .

ثم قال رحمه الله : ولو قلنا بثبوت الميراث أيضاً كان قوياً ، لانه قد ثبت نسبه بشادتهما ، فتبعه الميراث لا بالاقرار . هذا في المقر الذي يثبت النسب باقراره ،

(١) عوالى اللئالى ٢٢٣/١ و ٢٥٧/٢ و ٤٤٢/٣ .

(٢) المبسوط ٤/٣ .

(٣) الخلاف ٦٢٢/١ .

وهو اذا كانا عدلين^(١).

والمصنف رحمه الله اختار ما قواه الشيخ أخيراً، وهو المعتمد، واختاره المتأخر

في الجزء الثالث من كتابه .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الايمان)

قال رحمه الله : ولو قال : وقدرة الله وعلم الله، فان قصد المعاني الموجبة للحال لم ينعقد اليمين ، ولو قصد كونه قادراً عالمًا جرى مجرى القسم بالله القادر العالم . وكذا تنعقد بقوله : وجلال الله ، وعظمة الله ، وكبرياء الله ، وفي الكل تردد . أقول : اعلم أن المتكلمين اختلفوا في صفات الله تعالى ، فذهب جمهورهم الى أن صفاته تعالى ذاتية ، فهو تعالى عالم لذاته قادر لذاته ، لابعنى قائم به ، وكذلك باقي الصفات، والاشاعة أنكرت ذلك وزعموا أنه عالم بالعلم قادر بالقدرة حي بالحياة، الى غير ذلك من الصفات، وتحقيق القولين مذكور في كتب الاصول. فمن قال بالاول قال : اذا حلف بهذه الصفات لم ينعقد يمينه ، لان الله عالم بذاته ، فاذا قال . وعلم الله ، كان معناه ومعلوم الله ، فلا يكون يميناً بالله .

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) والخلاف^(٢): ان قصد الحالف المعاني التي أثبتتها الاشعري لم ينعقد بيمينه ، وان قصد به كونه قادراً عالمًا كان يميناً ، فان

(١) المبسوط ١٩٦/٦ .

(٢) الخلاف ٥٥٢/٢ مسألة ١٠ .

ذلك قد يعبر به عن كونه عالماً وقادراً ، وأتبعه المتأخر .

والمصنف رحمه الله تردد في ذلك، ومنشأ تردده : النظر الى أن انعقاد اليمين حكم شرعي يقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلاً على الانعقاد، وليس إلا الحلف به تعالى، أو باسمائه المختصة به تعالى ، أو الذي ينصرف إطلاقها إليه وليس هنا شيء منها بموجود .

والالتفات الى أن ذلك قد يعبر به عن كونه قادراً عالماً ، ولو حلف بذلك انعقدت يمينه اجماعاً ، وكذا بما هو في معناه ، ولقائل أن يمنع انعقاد اليمين مع الحلف بالقادر العالم .

قال رحمه الله : الاستثناء بالمشيئة يقف اليمين عن الانعقاد، اذا اتصل باليمين أو انفصل ، بما جرت العادة أن الحالف لم يستوف غرضه ، ولو تراخى عن ذلك من غير عذر حكم باليمين ولغى الاستثناء ، وفيه رواية مهجورة .

أقول : أشار بذلك الى ما رواه الحسين القلانسي أو بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : للعبد أن يستثني في اليمين ما بينه وبين أربعين يوماً اذا نسي ^(١) . وفي رواية الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في قوله تعالى « واذكر ربك اذ نسيت ^(٢) » قال : اذا حلف الرجل فنسي أن يستثني فليستثن اذا ذكر ^(٣) . وعمل الاصحاب على الاول .

قال رحمه الله : ولا يدخل الاستثناء في غير اليمين ، وهل يدخل في الاقرار ؟ فيه تردد ، والاشبه أنه لا يدخل .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاقرار اخبار عن حق واجب في الذمة، فلا يقبل

(١) تهذيب الاحكام ٢٨١/٨ ح ٢٠ .

(٢) سورة الكهف : ٢٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٨١/٨ ، ح ١٩ .

التعليق على الشرط . أما الصغرى فاجماعية .

وأما الكبرى فلو جوب كون المشروط متوقع الوجود، واستحالة كون الاقرار كذلك ، ولان قبول الاستثناء على خلاف مقتضى الاصل ، لما فيه من المناقضة للكلام السابق، فلا نحكم بجوازه الا مع وجود الدليل الدال عليه ، وبه قال مالك من الجمهور، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(١) محتجاً بما ذكرناه أخيراً، وهو خيرة المتأخر ، وهو غير موجود هنا .

والالفتات الى أن الاقرار ايقاع ، فيدخل فيه الاستثناء كاليمين ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) وأبي حنيفة ، ولما كان هذا الدليل ضعيفاً لكونه مجرد قياس وهو عندنا باطل ، لاجرم كان القول الاول أقوى .

فرع :

قال الشيخ في المبسوط : يدخل الاستثناء في العتق والنذور^(٣) وهو مذهب أبي حنيفة ، والبحث فيه كما تقدم .

قال رحمه الله : والحروف التي يقسم بها الباء والتاء والواو، وكذا لو خفض ونوى القسم من دون النطق بحروف القسم على تردد ، أشبهه الانعقاد : أقول: منشؤه : النظر الى أن الانعقاد حكم شرعي ، فيقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلاً عليه ، وليس الا هذه مع النطق بها ، اذ القسم لا يكون الا بحرف القسم ، وهو خيرة الشيخ في الخلاف^(٤)، وحكاية عن جميع الفقهاء الا أبا جعفر الاسترابادي .

(١) الخلاف ٢ / ٥٥٨ .

(٢) المبسوط ٦ / ١٩٩ .

(٣) المبسوط ٦ / ٢٠٠ .

(٤) الخلاف ٢ / ٥٥٦ مسألة ١٨ .

والالتفات الى أن أهل اللغة أجازوا ذلك واستعملوه اختصاراً لكثرة الاستعمال ولعلم المحذوف هنا يقيناً فيكون جائزاً ومستعملاً شرعاً ، اذ الشرعي غالباً تابع للغوي .

ملادة :

اذا كان المقسوم به اسم الله تعالى جاز نصبه وجره مع حذف حرف القسم القسم ، فأما من نصب فانه يقول : انتصابه بفعل محذوف ، تقديره : ألزم يمين الله وحذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه ، أو يكون التقدير : أقسم الله ، أي بالله فلما حذف الحرف وصل الفعل اليه بنفسه فنصبه ، ولا يجوز الجر بعد الحذف الا في اسم الله خاصة لكثرة استعماله في القسم وقال الكوفيون : يجوز مطلقاً ، واحتج كل من الفريقين بأدلة ليس هدام وضع ذكرها ، لكن القول الاول أقرب في المقامين . قال رحمه الله : ولو قال : ها الله كان يميناً ، وفي أيمن الله تردد ، من حيث هو جمع يمين ، ولعل الانعقاد أشبه ، لانه موضوع للقسم بالعرف ، وكذا أيم الله و م الله .

أقول : منشؤه : اختلاف النحاة في هذه اللفظة ، فقال البصريون : هي مفردة واشتقاقها من اليمين أي البركة ، فعلى هذا يكون يميناً قطعاً . واحتج البصريون على صحة مذهبهم بأنها قد يكسر همزتها في بعض اللغات ، ولو كانت جمع يمين لما كسرت ، وبأن همزتها همزة وصل ، بدليل حذفها في قول الشاعر :

فقال فريق القوم لما نشدتهم نعم وفريق أيمن الله لاندي

وهمزة الجمع ليست بهمزة وصل .

وقال الكوفيون : هي جمع يمين ، فعلى هذا لا يكون قسماً ، لان اليمين ليس

يقسم، فكذلك جمعه، اذهو عبارة عن تضعيف الواحد، وهو ضعيف، فانه لايلزم من كون اليمين حالة الانفراد ليست قسماً أن لا يكون حالة الجمع قسماً، لانها هنا موضوعة للقسم بالعرف، والوضع تابع للاصطلاح، كما بين في أصول الفقه، فلهذا قال المصنف: ولعل الانعقاد أشبه.

واحتج الكوفيون على صحة مطلوبهم بقول الشاعر:

* يبري لها من أيمن وأشمل *

فلولم يكن جمعاً لما قابله بالاشمل، ولان في جمعها في القسم زيادة توكيد. وأجاب البصريون عن ذلك بأجوبة ليس هذا موضع ذكرها. وعلى الوجه الذي لخصناه لا يظهر للخلاف فائدة في هذه المسألة، لاتفاق الفريقين على كونها موضوعة للقسم، وان اختلفوا في كونها مفردة أو جمعاً. وأما أيم الله، فأصلها أيمن الله، فحذف النون منها لكثرة استعمالها وتكسر همزتها وتفتح.

و «م الله» أصلها أيم الله، فحذفوا الالف اختصاراً واصل ايم الله أيم الله وكسروها، لانها صارت حرفاً واحداً فاشبهت الباء. وأما من الله، ففيها لغات: ضم الميم والنون وفتحهما وكسرها، حكاه الجوهر في الصلاح^(١)، وأصلها أيمن الله أيضاً، فحذفت الهمزة تخفيفاً، فبقيت الياء ساكنة، والابتداء بالساكن محال فحذفت أيضاً وبقيت الهمزة والنون.

قال رحمه الله: وتصح اليمين من الكافر، وقال في الخلاف: لاتصح، وفي صحة التكفير منه تردد، منشؤه الالتفات الى اعتبار القرية.

أقول: وجه الصحة النظر الى التمسك بالعمومات الدالة على وجوب الكفارة مع الحنث.

واعلم أن الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) حكم بصحة اليمين منه في حال كفره ، ولم يحكم بصحة تكفيره حالة كفره . وحكم في الخلاف^(٢) ببطلانهما ، وهو قول أبي حنيفة ، إلا أنه قال بعد ذلك : واستدل الشافعي بطواهر الاخبار وحملها على عمومها ، وهو قوي يمكن اعتماده .

والتحقيق أن يقال : موجبات الكفر مختلفة ، فقد يكون انكار مؤثر مختار أو وحدانيته وما في معناهما ، وقد يكون نبوة محمد ﷺ ، وقد يكون انكار امامة من يقوم مقامه ، فالاول لا يصح منه التكفير ، لكونه غير عارف بالله ، ولا يلزم مثله في الثاني والثالث .

قال رحمه الله : اذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، لم يحنث بأكل ما يشتره زيد وعمره ، ولو اقتسماه على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب التكفير ، ترك العمل بها في صورة الاكل من الطعام الذي يختص بشرائه زيد ، لتحقيق الحنث حينئذ ، فيبقى معنولاً به فيما عداه ، ولأن اليمين انما تناولت الطعام الذي يستقل باشرائه زيد ، وهو غير موجود هاهنا ، أما قبل القسمة فظاهر ، وأما بعد القسمة فلانه وإن كان قد صار هذا القدر المقسوم مختصاً بزيد ، فهو غير مختص بشرائه ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى أن الطعام قد اشترياه صفقة واحدة ، فيكون كل واحد قد اشترى بصفة ، بدليل أنه يلزم كل واحد ثمن النصف ، واذا ثبت ذلك وأكل من الطعام حنث ، لانه قد أكل من طعام يصدق عليه أنه اشتراه زيد ، كما لو حلف لا أكلت رغيف زيد ، فأطبق عليه رغيف عمرو فأكلهما حنث ، لانه قد أكل رغيف زيد وإن

(١) المبسوط ١٩٤/٦ .

(٢) الخلاف ٥٥٢/٢ .

كان معه رغيغ عمرو فكذا هنا، لانه قد أكل من طعام اشتراه زيد وان كان مع غيره وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وليس بجيد .

قوله « هذا طعام اشترياه معاً فيكون لكل واحد نصفه » قلنا : مسلم ، فيحنت ، لانه أكل من طعام اشتراه زيد قلنا حقيقة أو مجازاً ، الاول ممنوع لصدق النفي الذي هو من علامات المجاز على كل جزء جزء منه ، الثاني مسلم لكنه غير نافع في المطلوب ، اذ اللفظ حالة اطلاقه انما ينصرف الى حقيقته دون مجازه .

قوله « كما لو حلف لأأكلت رغيغ زيد » الى آخره، قلنا : الفرق بين الصورتين ظاهر ، لان كل واحد من الرغيغين يشار اليه أنه لزيد بالخصوصية ، ونمنع سلبه عنه والآخر لعمرو وكذلك ، بخلاف الصورة الاولى ، بدليل أنه لو أشار الى جزء منه وقال : هذه اشتراها زيد ، لصح الجواب بـ « لا » وانما اشتراها زيد وعمرو . قال رحمه الله : اذا حلف لأأكلت رؤوساً ، انصرف الى ما جرت العادة بأكله غالباً ، كرؤوس البقر والغنم والابل ، ولا يحنت برؤوس الطير والسماك والجراد ، وفيه تردد ، ولعل الاختلاف عادي .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الرؤوس حقيقة في جميع ذلك ، فيحنت بأكل أيها كان ، عملاً بظاهر اللفظ ، وهو خيرة المتأخر .

والالتفات الى أن الرؤوس المأكولة عرفاً وعادة انما هي هذه الثلاثة ، فيتعلق اليمين بها ، اذ الاظهر في الاستعمال انما هو العرفي ، واللفظ اذا دار بين الحقيقة العرفية واللغوية ، فالترجيح للعرفية ، كما مر في أماكنه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف ومذهب الشافعي ، وقال في الخلاف : انما أخرجنا ذلك بالاجماع^(٢) .

(١) المبسوط ٢٣٨/٦ .

(٢) الخلاف ٥٧٣/٢ ، مسألة ٧٢ .

لوع :

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : هذا الحكم انما يكون اذا لم يكن له نية فأما اذا كان له نية حنث وبرعلى نيته^(١). وما قاله رحمه الله حسن .

قال رحمه الله : لو حلف لا يأكل لحماً فأكل الية ، لم يحنث وهل يحنث بأكل القلب والكبد ، فيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ولان اليمين انما تناولت اللحم ، وليس الكبد والقلب لحماً ، وهو اختيار الشيخ في كتابيه ومذهب الشافعي .

والالتفات الى أن ذلك يسمى لحماً لغة وان لم يسم به عرفاً فيحنث بأكله ، اذ الحقيقة السابقة انما هي اللغوية ، وهو اختيار المتأخر في القلب خاصة ، ولم يذكر حكم الكبد ، واختار أبو حنيفة الحنث بأكل الكبد والطحال ، لانهما يباعان معاً مع اللحم .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله : حكم الطحال حكم الكبد والقلب .

قال رحمه الله : لو حلف لا يأكل بשרاً فأكل منصفاً ، أولاً يأكل رطباً فأكل منصفاً ، حنث ، وفيه قول آخر ضعيف .

أقول : المراد بالمنصف هنا ما نصفه بשר والنصف الاخر رطب .

اذا عرفت هذا فنقول : قال في الخلاف : اذا حلف لا يأكل رطباً أولاً يأكل بשרاً ، حنث بأكل المنصف فيهما ، مستدلاً بأن أكل المنصف يستلزم أكل ما تعلقت اليمين به من أي النوعين كان وزيادة^(٢).

(١) المبسوط ٢٣٩/٦ .

(٢) الخلاف ٥٧٤/٢ .

وقال في المبسوط : ان أكل الرطب من المنصف حنث ، وان أكل منه البسر لم يحنث ، وان أكله على ما هو به حنث ، لانه قد أكل الرطب . ثم قال : وهكذا لو حلف لا يأكل بسراً فأكل منصفاً ، فعلى ما فصلناه^(١) .
والظاهر أنه أراد في الخلاف ما فصله في المبسوط ، وهو مذهب الشافعي وأصحابه .

وقال ابن ادریس : الذي يقوى في نفسي أنه لا يحنث للعرف ، لان السيد اذا قال لعبده : اشتر لنا رطباً فاشترى منصفاً لم يعد ممثلاً لامره . وكذا لو أمره شراء البسر فاشترى المنصف ، وانما العرف العادي أن الرطب هو الذي جميعه قد نضج والبسر هو الذي جميعه لم ينضج .

ومقاله الشيخ أحسن ، وما اختاره ابن ادریس مذهب أبي سعيد الاصطخري .
والظاهر أن المصنف أراد بالقول الضعيف ما ذكره ابن ادریس ، لاما قاله الشيخ رحمه الله .

قال رحمه الله : اسم الفاكهة يقع على الرمان والعنب والرطب ، فمتى حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل واحدة من ذلك ، وفي البطيخ تردد .
أقول : منشؤه : النظر الى أن للبطيخ نضجاً ، كنضج الرطب يحلو اذا نضج ويؤكل كالعنب والرطب ، فلهذا كان من الفاكهة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .
والالتفات الى أن ذلك لا يسمى فاكهة عرفاً .

قال رحمه الله : اذا حلف لا آكل خلافاً فاصطيغ به حنث .
أقول : المراد بالاصطيغ هنا الابتداء ، قال الله تعالى « وشجرة يخرج من طور سيناء ينبت بالدهن وصبغ للكلين »^(٢) .

(١) المبسوط ٢٤١/٦ .

(٢) سورة المؤمنون : ٢٠ .

قال رحمه الله : أما لو قال : لاسكنت هذه الدار وهو ساكن بها - الى قوله :
أما التطيب فقيه التردد ، ولعل الاشبه أنه لا يحنث بالاستدامة .

أقول : ينشأ : من النظر الى اصالتي براءة الذمة وعدم الحنث ، ترك العمل
بها في صورة اللبس والركوب والسكنى والاسكان للاجماع ، ولان هذه الافعال
تصح اضافتها الى المدة ، كما تصح اضافتها الى الابتداء ، فيقال : لالبستهما شهراً
لاركبتها شهراً ، وكذلك السكنى والمساكنة فيه .

وليس كذلك التطيب ، اذ لا تصح اضافته الى المدة ، كما تصح اضافته الى
الابتداء ، فلا يقال : لا تطيب شهراً ، بل انما يقال : منذ شهر فاقترفاً ، ولان الشرع
قد جعل استدامة اللبس كابتنائه ، ولم يجعل استدامة الطيب كابتنائه ، بدليل أنه
لو أحرم لأبساً فاستدامة فعلية الفدية ، كما لو ابتدأه بعد الاحرام .

ولو أحرم متطيئاً فلا شيء عليه ، وان كان ممنوعاً من ابتدائه حال احرامه .
قال في المبسوط : وعندنا في الاحرام مثل ذلك ، غير أنه يجب عليه ازالة الطيب
عنه^(١) . وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أن التطيب في عرف الشرع يصح نسبته الى الاستدامة كما
يصح نسبته الى الابتداء ، فيقع الحنث باستدامته .

أما المقدمة الصغرى ، فلان الشارع أوجب على المتطيب دم شاة ، سواء
ابتداء الطيب في حال احرامه أو استدামته ، ولولا أن هذا الفعل يمكن نسبته إليهما
لما صح ذلك . وأما الكبرى فظاهرة مع تسليم الصغرى ، ولقائل أن يمنع الصغرى
كما هو مذهب الشيخ في المبسوط .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله : والبحث في التطهر والنكاح كالبحث في التطيب ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو قال : لا ضربت ، فأمر بالضرب لم يحنث ، وفي السلطان تردد ، أشبهه أنه لا يحنث الا بالمباشرة .

أقول : منشؤه : النظر الى أن اضافة الضرب الى الحالف يقتضي مباشرته له حقيقة ، فلا يحنث بالامر بالضرب ، لانه انما تصح اضافة ضرب الأمور اليه على سبيل المجاز لصحة نفيه ، واللفظ عند اطلاقه انما يحمل على حقيقته دون مجازه ولاصالتي براءة الذمة من وجوب الكفارة وعدم الحنث ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(١) ، واختاره المتأخر .

والالتفات الى أن العادة والعرف قاضيين بنسبة هذا الفعل اليه وان لم يصدر عنه ، فيحنث به . أما الصغرى فلانه يقال : باع الخليفة ، وان كان البائع وكيله ، وكما قيل زنا ماعز فرجمه رسول الله ﷺ ، وانما أمر بجمه ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(٢) أولاً ، ثم قوى القول الاول أخيراً . وأما الكبرى فظاهرة حيثئذ .

قال رحمه الله : ولو حلف لابت أو لا شريت ، فتوكل لغيره في البيع أو الشراء ، ففيه تردد ، والاقرب الحنث لتحقق المعنى المشتق منه .
أقول : منشؤه : النظر الى أن البائع شيء صدر منه البيع ، وهذا المعنى متحقق في الوكيل البائع عن غيره ، فيحنث لايجاد الفعل الذي تعلق به اليمين

(١) الخلاف ٥٧٦/٢ .

(٢) المبسوط ٢٤٣/٦ .

وهو البيع . وكذا البحث في الشراء .

والالتفات الى أن اطلاق اليمين ينصرف الى البيع عن نفسه عرفاً لا عن غيره فلا يحث ، وهو قوي لاصالة البراءة .

قال رحمه الله : اذا حلف لاركبت دابة العبد ، ام يحث بركوبها ، لانها ليست له حقيقة ، وان أضيفت اليه فعلى المجاز ، أمالو قال : لاركبت دابة المكاتب ، حث بركوبها ، لان تصرف المولى ينقطع عن أمواله ، وفيه تردد . أقول : ينشأ من النظر الى أصالتي براءة الذمة وعدم الحث ، ولان المكاتب وان انقطع تصرف المولى عن أمواله ، فهو عبده ، فلا يحث بركوب دابته ، اذ ليست له حقيقة بدليل أنه ممنوع من التصرف فيها وفي باقي أمواله ، الامع مراعات الغبطة .

والالتفات الى أنها وان لم يكن ملكه ، فهي في حكم ملكه ، بدليل أنه هو المتصرف فيها دون سيده ، والسيد لا يملك بيعها ولا هبتها ولا التصرف فيها بوجه من الوجوه ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١).

والحق أنه ان ركب دابة المكاتب المطلق حث ، وان ركب دابة المكاتب المشروط لم يحث ، والفرق بينهما أن الاضافة الحقيقية يكفي في تحققها ثبوت الملكية في المضاف ، كلبه كانت أو جزئية ، وهذا المعنى متحقق في دابة المكاتب المطلق فيحث .

وانما قلنا انه متحقق لانه اما أن يؤدي جميع ماعليه أولاً ، فان أدى فلا بحث لاستقرار ملكه للجميع حينئذ ، وان لم يؤد الجميع بل البعض فالاضافة متحققة أيضاً ، لتحقق الملكية الجزئية .

قال رحمه الله : التسري هو وطىء الامة ، وفي اشتراط التحذير نظر .

أقول : اختلف العلماء في حقيقة التسري ، فذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه عبارة عن الوطىء والتحذير ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(١) ، محتجاً بأن الجارية ضربان : سرية وخادمة ، فاذا حذرهما ووطىء فقد ترك الاستخدام وتسرى وقواه في المبسوط ، واختاره المتأخر ، وهو أحد أقوال الشافعي .

وذهب في قوله الثاني الى أنه عبارة عن الوطىء فقط ، وذهب في القول الثالث الى أنه عبارة عن الوطىء مع الانزال ، وبه قال أبو يوسف ، وهو المذهب عند ، وقواه في المبسوط^(٢) أيضاً .

اذا عرفت هذا فنقول : منشأ نظر المصنف الالتفات الى أصالتي براءة الذمة وعدم الحنث ، ترك العمل بها في تحنيته اذا وطىء وحذر ، لانعقاد الاجماع على أنه تسر ، اذ لاخلاف بين هؤلاء طراً أنه لو فعل ذلك كان متسرياً ، وانما الخلاف في أنه لو حصل الوطىء فقط ، أو الوطىء والانزال هل يكون متسرياً أم لا ؟ .

والالتفات الى أن الاحتياط يقتضي تحنيته مع الوطىء فقط ، أما أولاً فلتنحصيل البراءة بيقين . وأما ثانياً فلأن مع الاختلاف لا يأمّن أن يكون الحق في أحد الأقوال لابعينه ، واذا كفر مع حصول الوطىء فقط كان عاملاً بالأقوال جميعها ، فيجب عليه سلوك هذه الطريقة ، لقضاء العقل بوجوب سلوك الطريق المأمون دون غيره .

واعلم أن هذه المسألة فرضها الشيخ رحمه الله في صورتين : احدهما فيما اذا حلف ألا يتسري ، ذكر ذلك في الخلاف^(٣) الصورة الثانية فيما اذا قال : كل جارية تسريت بها فهي حرة ، ذكر ذلك في المبسوط .

ثم قال : فاذا قال ذلك نظرت ، فان لم يكن له جارية لم يتعلق به حكم ، فان

(١) الخلاف ٥٨١/٢ .

(٢) المبسوط ٢٥١/٦ .

(٣) الخلاف ٥٨١/٢ مسألة ١٠٦ .

ملك جارية بعد هذا فيسري بها لم يحنت ، بلاخلاف بيننا وبين جماعة ، لانه عقد اليمين قبل وجود الملك ، وان كان له جارية فتسرى بها حنت ، لان العقد والصفة وجدا معاً في ملكه كالطلاق^(١).

قال رحمه الله : ولو أذن المولى لعبده في ايقاع اليمين انعقدت، فلو حنت باذنه فكفر بالصوم ، لم يكن للمولى منعه ، ولو حنت بغير اذنه كان له منعه ، ولولم يكن الصوم مضراً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن صوم العبد تصرف في نفسه ، فلا يسوغ له فعله الا باذن مولاه، ويكون له منعه منه، والمقدمتان ظاهرتان، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢).

والالتفات الى أن الاذن له في ايقاع اليمين يستلزم الاذن له في الصوم مع الحنت ، فيكون له التكفير بالصوم ولا يشرع للمولى منعه .

أما المقدمة الاولى، فلان الاذن في الشيء اذن في توابع ذلك الشيء، ولقاتل أن يمنع كون الصوم من توابع اليمين ، اذ مقتضاها المنع من الحنت لاجوب الصيام ، بل هو من توابع الحنت ، وهو غير مأذون فيه ، كما لو أذن له في التزويج فانه يلزمه مهر زوجته ونفقتها ، لانه من توابع النكاح ، ولا شك أن الصوم مع الحنت مع توابع اليمين ، فيكون الاذن فيها اذنًا فيه .
وأما المقدمة الثانية فظاهرة وهو الاقوى .

(١) المبسوط ٢٥١/٦ .

(٢) المبسوط ٢١٧/٦ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب النذر)

قال رحمه الله : وكذا يتوقف نذر المملوك على اذن المالك ، فلو يبادر لم ينعقد وان تحرر ، لانه وقع فاسداً ، وان أجاز المالك ففي صحته تردد ، أشبهه اللزوم .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصيه »^(١) ولان المانع من الانعقاد انما هو عدم اذن السيد في الايقاع ، وهو منتف هنا ، ولان المقتضي للانعقاد موجود والمعارض هنا منتف فيجب القول بالانعقاد .

أما المقتضي فهو اللفظ الصريح الدال على الالتزام بالمنذور الصادر من البالغ العاقل المسلم .

وأما انتفاء المعارض ، فلان المعارض المذكور هنا ليس الا ثبوت سلطنة المولى عليه المقتضية لاستيلائه على منافعه المانعة من الانعقاد ، وهي هنا منتفية ، لوجود الاجازة الدالة على الرضا بذلك النذر .

والالتفات الى أن النذر ايقاع ، فلا يقع موقوفاً كغيره ، والمعتمد الاول .
قال رحمه الله : ولو نذر أن يحج ولم يكن له مال ، فحج عن غيره ، أجزأ
عنهما على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الرواية^(١) الدالة على الاجزاء ، وقد ذكرنا هاهي
كتاب الحج ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٢).

والالتفات الى أن اطلاق نذر الحج ينصرف الى الاتيان به عن نفسه لاعت
غيره ، ولأن الحج عن الغير مستحق بالاستئجار ، فلا يكون مجزئاً عن النذر أيضاً
أما أولاً ، فلاصالة عدم التداخل . وأما ثانياً ، فلاستحالة اجتماع العلل على معلول
واحد .

والحق أن نقول : ان قصد الناذر ذلك اجزاء عنهما ، وان أطلق ولم يقصد
ذلك لم يعزه الحج عن غيره ووجب عليه الاتيان بالحج عن نفسه .

قال رحمه الله : ولاينعقد نذر الصوم اذا لم يكن ممكناً ، كمالو نذر صوم يوم
قدوم زيد لم ينعقد نذره ، سواء قدم ليلاً أو نهاراً ، أما ليلاً فلعدم الشرط ، وأما
نهاراً فلعدم التمكن من صيام اليوم المنذور ، وفيه وجه آخر .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف^(٣) والمبسوط الى أن هذا النذر غير منعقد
محتجاً بوجهين :

الاول : اصالة براءة الذمة قاضية بعدم الوجوب ، فيتمسك بها الى حين ظهور
الناقل .

الثاني : أن صوم هذا اليوم مستحيل ، وكل أمر مستحيل لا يصح نذره ، فهذا

(١) تهذيب الاحكام ٣١٥/٨ ، ح ٥٠ .

(٢) النهاية ص ٥٦٧ .

(٣) الخلاف ٥٨٥/٢ مسألة ١٣ .

لا يصح نذره .

أما الصغرى فلان المسافر اما أن يقدم ليلاً أو نهاراً ، ودليل الحصر ظاهر ، فان قدم ليلاً لم يلزم الصوم أصلاً ، لانه لم يوجد الشرط وهو القدوم نهاراً، وهذا لاختلاف فيه بين العلماء كافة ، وان قدم نهاراً لم يلزم الصوم ، لانه حينئذ يكون قد مضى جزء من النهار ، وهو بحكم المفطر ، واذا كان ذلك لم يصح صومه ، لان الصوم لا يتبعض ، لان بعض يوم لا يكون صوماً ، وهو اختيار المتأخر أيضاً وأحد قولي الشافعي ، واختاره أبو حامد من الجمهور أيضاً .

وأما الكبرى فاجماعية ، وذهب الشافعي في القول الثاني الى انعقاد النذر واختاره المزني ، فحينئذ نقول: اما أن يقدم نهاراً أو ليلاً ، فان قدم ليلاً لم يكن القضاء له ، اذ لم يوجد شرط النذر لكن يستحب . وان قدم نهاراً ، فهنا مسائل : الاول : ورد الخبر بقدومه يوم كذا ، فنوى من ليلة ذلك اليوم أن يصوم غداً عن نذره ، فقدم من غده ، أجزأ صومه ولا قضاء عليه ، لانه قد صامه عن نذره ناوياً له من الليل .

الثاني : قدم المسافر والناذر مفطر ، فعليه القضاء ، لانه ماصامه عن نذره . الثالث : أن يقدم والناذر صائماً تطوعاً ، فانه يكمل بقية يومه ، ويقضيه اذا لم يثبت منه النذر من الليل . وهذه المسائل ساقطة عنا ، لما بيناه من عدم الانعقاد . اذا عرفت هذا فنقول: يمكن أن يكون المصنف أشار بقوله «وفيه وجه آخر» الى ما ذكرناه عن الشافعي .

ويحتمل أن يكون أراد بذلك أن المسافرين قدم قبل الزوال ولم يكن قد تناول الناذر شيئاً من المفطرات ، وجب عليه انشاء نية الصوم عن نذره وأجزأ عنه ، لان وقت نية الصوم يمتد الى الزوال عندنا ، ولهذا يجوز انشاء النية مالم يزل الشمس . هذا في غير صوم رمضان ، فأما صوم رمضان فلا بد من اختصار النية فيه عند أول جزء من الصوم أو نيتها مستمراً علي حكمها .

واعلم أن هذا الاحتمال ذكره الشيخ في المبسوط^(١) في كتاب الصوم ، وقال في كتاب النذر منه بعد ذكر هذه المسألة بلافصل: فان فرضنا قدوم زيد مع طلوع الفجر ، لم يجب عليه قضاء أيضاً ، لان عند حصول الشرط يجب عليه ، فيحتاج أن ينوي فيما بعد الصوم عما وجب عليه ، وهذا لا يصح هاهنا ، لانه قد مضى جزء من اليوم وهو بحكم المفطر .

وهذا القول يدل على أن نية الصوم لا بد من احضارها عند أول جزء الصيام ، أو نيتها مستمراً على حكمها ، والمشهور بين علمائنا الاول .
قال رحمه الله : لو نذر الصيام في بلد معين ، قال الشيخ : صام ابن شاء ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الوجوب ، ترك العمل بها في وجوب الصوم ، للاجماع ، ولعموم النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالمنذور فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

والالتفات الى ان نذر الصيام في بلد معين طاعة ، فيجب الوفاء به ، ولايجزي الصوم في غيره ، والمقدمتان ظاهرتان ، وهو ظاهر كلام المتأخر في كتاب الصوم .

ولقائل أن يمنع كون المجموع - أعني : الصوم وكونه في بلد معين - طاعة بل الطاعة انما هي الصوم فقط ، فيجزز إيقاع الصوم حينئذ في أي موضع شاء المكلف . واعلم أن هذا المنع انما يتمشى اذا لم يكن الموضع الذي قد نذر فيه الصيام من الاماكن المشرفة . أما اذا كان من الاماكن المشرفة ، كالمسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ وماشاكلهما ، فالأقوى إيقاع الصوم في الموضع المنذور .

قال رحمه الله : ولو نذر الصلاة في مسجد معين أو مكان معين من المسجد

لزم ، لانه طاعة . أما لو نذر الصلاة في مكان لامزية فيه للطاعة على غيره ، قيل : لا يلزم ، وتجب الصلاة ويجزي ايقاعها في كل مكان ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ من النظر الى الاصلالة الدالة على براءة الذمة من لزوم الصلاة في الموضع المعين ، ولان المنذور يشترط أن يكون طاعة ولا طاعة في الصلاة في هذا المكان ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى عموم قوله تعالى « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم »^(١) وعموم قوله عليه السلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه »^(٢) وهو الذي قواه الشيخ أخيراً .

فرعان :

الاول : اعلم أن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط : اذا نذر أن يصلي ركعتين في أحد هذين المسجدين ، وعنى مسجد النبي ﷺ والاقصى ، انعقد نذره بالصلاة وهل يتعين عليه المكان بالنذر ؟ قال قوم : يتعين عليه . وقال قوم : لا يتعين وله ايقاع الصلاة حيث شاء ، والاول أقوى .

واحتج على ذلك بأنه طاعة فيجب الوفاء به ، عملاً بالخبر الذي ذكرناه نحن أولاً ، ولان أبا سعيد الخدري روى أن النبي ﷺ قال : لاتشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدي هذا .

ثم قال : واذا نذر اتيان غيره هذه ، فمسجد الكوفة والبصرة ونحو هذا ، فلا يتعقد نذره . وكذا لو نذر الصلاة فيها ، بل يصلي حيث شاء . ثم قال : ويقوى في نفسي أنه متى نذر الصلاة في هذه المساجد لزمه .

وأقول : والاول أقوى عندي ، عملاً بظاهر رواية الخدري .

الثاني : قال رحمه الله في المبسوط أيضاً : اذا نذر اتيان هذين المسجدين

(١) سورة النحل : ٩١ .

(٢) عوالي الثاني ١٢٣/٢ .

أعني : مسجد النبي ﷺ والاقصى ، وجب ويلزمه عند الوصول صلاة ركعتين ، لان المقصود بالاتيان الطاعة والقربة ، وانما يحصلان بالصلاة فيه لا بقصده ، ولقائل أن يمنع المقدمة الثانية ، اذ نفس قصد أحدهما طاعة .

قال رحمه الله : اذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان ، لم ينعقد نذره لان صيامه مستحق بغير النذر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن صوم هذا اليوم واجب بأصل الشرع ، فلا يصح نذره أما أولاً ، فلاستحالة تحصيل الحاصل . وأما ثانياً فلاشتماله على العيب ، وهو اختيار الشيخ في المسبوط ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات أنه ربما تحققت في هذا النذر فائدة ، وهو وجوب كفارة خلف النذر مع تعمد المخالفة بالأفطار ، فيصح النذر لتحقق هذه الفائدة ، وهو اختيار شيخنا في المختلف^(١).

تمت الترددات المذكورة في قسم الايقاعات ، والله المشكور على ما أسبغ من أنعمه السنيات .

(١) مخلف الشيعة ص ١١١ من كتاب الايمان .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الصيد)

قال رحمه الله : ويؤكل ما قتله المعراض اذا خرق .
أقول : المعراض السهم الذي لاريش فيه ، ذكر ذلك الجوهرى في الصحاح^(١) .
قال رحمه الله : اذا عض الكلب صيداً ، كان موضع العضة نجساً يجب غسله
على الاصح .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف^(٢) الى أن موضع العضة ليس
بنجس ، فلا يجب غسله ، مستدلاً بقوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم »^(٣) فأباح
تعالى الاكل ولم يأمر بالغسل ، ولان الاخبار كلها دالة على ذلك ، اذ لم يؤمر فيها
بغسل الموضع ، وهو أحد قولى الشافعى .

والحق الوجوب ، وهو اختيار المناخر ، والقول الثانى للشافعى .
لنا - أنه نجس فيجب غسل الموضع الذي لاقاه بقمه ، أو غيره من سائر جسده

(١) صحاح اللغة ٣ / ١٠٨٣ .

(٢) الخلاف ٢ / ٥١٧ .

(٣) سورة المائدة : ٤ .

والمقدمتان ظاهرتان اجماعيتان عندنا ، والايات والاخبار متروكتا^(١) الظاهر ، للاجماع المقدم ذكره . وقال في المبسوط : القول بعدم التنجيس أقوى ، والثاني أحوط^(٢) .

قال رحمه الله في فصل الذبابة : فان نحر المذبوح أو ذبح المنحور فمات لم يحل أكله . ولو أدرك ذكاته فذكى حل ، وفيه تردد ، اذ لاستقرار للحياة بعد الذبح أو النحر .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الاباحة ، ولان المقضي للاباحة وهو التذكية موجود ، فيحكم بها عملاً بالمقتضي ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٣) ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن التحليل حكم شرعي ، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ، ولم يوجد دليل دال على تحليل المنحور اذا ذبح أو المذبوح اذا نحر ، والتذكية انما تؤثر الاباحة اذا صادفت محلاً قابلاً لها ، وهو غير موجود هنا ، اذ المحل القابل انما هو ذوالحياة المستقرة اجماعاً ، ونحن نمنع استقرار الحياة مع الذبح أو النحر ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف^(٤) .

قال رحمه الله : وتكره الذبابة ليلاً الامع الضرورة ، وبالنهار يوم الجمعة قبل الزوال ، وأن ينزع الذبيحة .

أقول : المراد بالنزع هنا ابانة الرأس من الجسد وقطع النخاع ، وهو الخيط الأبيض الذي في جوف الفقار ، وهي منظومة فيه ، وهي من الرقبة ممدود عجب الذنب ، هذا تفسير الشيخ رحمه الله وابن ادريس .

(١) في « س » : متروكتي .

(٢) المبسوط ٦ / ٢٥٩ .

(٣) النهاية ص ٥٨٣ .

(٤) الخلاف ٢ / ٥٢٩ .

وقال الجوهري : يقال ذبحه فنخعه ، أي : جاوز منتهى الذبح الى النخاع ، ومنه دابة منخوعة^(١).

قال رحمه الله : ذكاة الجنين ذكاة أمه ان تمت خلقة ، وقيل : ولم تلجه الروح ولو ولجته ، لم يكن بد من تذكيتة ، وفيه اشكال . ولو لم يتم خلقة لم يحل أصلاً ومع الشرطين يحل بذكاة أمه . وقيل : لو خرج حياً ولم يتسع الزمان لتذكيتة حل أكله ، والاول أشبه .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في النهاية : واذا ذبح شاة أو غيرها ، ثم وجد في بطنها جنين ، فان كان قد أشعر أو أوبر ولم يلجه الروح فذكاته ذكاة أمه . وان لم يكن تاماً لم يحل أكله على حال ، وان كان فيه روح وجب تذكيتة ، والا فلا يجوز أكله^(٢). وتبعه ابن ادريس .

وبعضهمونه قال في الخلاف^(٣) والمبسوط ، الا أنه قال في المبسوط : وان خرج حياً نظرت ، فان عاش بقدر ما لا يتسع الزمان لذبحه فهو حلال ، وان عاش ما يتسع الزمان لذبحه ثم مات قبل الذبح فهو حرام ، سواء تعذر ذبحه لتعذر الالة أو لغيرها^(٤). وهو مذهب الشافعي وجماعة من قدماء الجمهور .

وقال المصنف في نكت النهاية حيث سئل هل أراد الشيخ رحمه الله بقوله « ولم يلجه الروح » أصلاً أم وقت خروجه لم يكن فيه روح ؟ وبماذا يكون^(٥) تاماً ؟ هل بعدم الاشعار أم بشيء آخر ؟ أراد بالذي ليس بتام مالم يكن أشعر أو أوبر ،

(١) صحاح اللغة ٣/ ١٢٨٨ .

(٢) النهاية ص ٥٨٤ - ٥٨٥ .

(٣) الخلاف ٢/ ٥٤٢ .

(٤) المبسوط ٦/ ٢٨٢ .

(٥) في « م » : لا يكون .

وأراد عدم ولوج الروح فيه أصلاً ، بحيث لوولجته الروح فيه أصلاً ، بحيث لوولجته الروح في جوف أمه لم يحل ما لم يذك .

ثم قال : هذا مقصوده رحمه الله في كتبه كلها ، وتابعه المتأخرون على ذلك ، وعندني هذا في موضع المنع .

أما اشتراط تمام الخلقة ، فانا نسلمه اتفاقاً ، ولرواية محمد بن مسلم عن أحدهما^(١) ، ورواية يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) ، ورواية جراح المدائني عنه عليه السلام^(٣) ، ورواية ابن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام^(٤) .

وأما اشتراط عدم ايلاج الروح مع اشتراط الاشعار والايبار، فبعيد . أما أولاً فلعدم النقل ، وأما ثانياً فلتضاء العادة بخلافه . ومقاله المصنف شديد في موضعه . قال رحمه الله : الثاني - الحشرات ، كالقار وابن عرس والضب ، ففي وقوع الذكاة عليها تردد ، أشبهه أنه لا يقع .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الوقوع حكم من أحكام الشريعة ، فيقف ثبوته على الخطاب الشرعي ، وهو مفقود هنا .

والالتهفات الى أنها طاهرة ، فيصح ذكاته . وانما كان عدم الوقوع أشبه ، لان ذبح الحيوان محظور الا بالشرع ، لما فيه من التعذيب المستقبح عقلاً ولا شرعاً هنا . قال رحمه الله : الرابع - السباع ، كالاسد والنمر والفهد والثعلب ، ففي وقوع الذكاة عليها تردد ، والوقوع أشبه .

أقول : ينشأ : من النظر الى ما ذكرناه في التردد السابق على هذا بلا فصل . وانما كان الوقوع هنا أشبه ، لما في تسويغه من المنفعة المقصودة للعقلاء ، وهي

(١) تهذيب الاحكام ٥٨/٩ ، ح ٢٤٤٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥٩/٩ ، ح ٢٤٦٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩/٩ ، ح ٢٤٥٥ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥٨/٩ ، ح ٢٤٣٣ ، وفيه ابن سنان .

الانتفاع بجلود ما ذكرناه : أما مع الذكاة فقط ، أومع الدبغ أيضاً على الخلاف .
قال رحمه الله : ولو اتخذ موحلة للصيد ، فنشب بحيث لا يمكنه التخلص ، لم
يملكه بذلك ، لأنها ليست آلة معتادة ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الموحلة ليست آلة في العادة ، فلا يحصل بها
ملك الصيد ، بل يفيد الاولوية ، فان تخطاها أحد وأخذ الصيد ملكه وان كان مسيئاً
وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى ان اتخاذ الموحلة للصيد يجري مجرى الحيازة يملك بها الصيد
اذ هو مباح والمباح يملك بالحيازة ، ولان ذلك يسمى آلة لغة .

قال رحمه الله : ولو أغلق عليه باباً ولا مخرج له ، أو في مضيق لا يتعذر قبضه
ملكه ، وفيه أيضاً اشكال ، ولعل الاشبه أنه لا يملك هنا الامع القبض باليد أو الالة .
أقول : ينشأ : من النظر الى أن ذلك ليس آلة معتادة للاصطياد ، ولان الملك
حكم شرعي فيقف على موضع الدلالة ، وحيث لا دلالة فلا حكم .

والالتفات الى أن ذلك حيازة فيقع به الملك . وانما كان عدم الملك أشبه ،
لدلالة الاصل عليه .

قال رحمه الله : ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه ، فان نوى اطلاقه
وقطع نيته عن ملكه ، هل يملكه غيره باصطياده ؟ الاشبه لا ، لانه لا يخرج عن ملكه
بنية الاخراج ، وقيل : يخرج ، كما لو وقع منه شيء حقير فأهمله ، فانه يكون
كالمبيح له ، ولعل بين الحالين فرقاً .

أقول : أشار بالفرق الى أن الاهمال هنا انما أفاد الاباحة على تقدير تسليمها ،
وهو غير المتنازع فيه ، اذ النزاع انما وقع في افادة الملك وهو غير الاباحة .

قال رحمه الله في كتاب الاطعمة والاشربة : الاول - في حيوان البحر ، ولا يؤكل
منه الا ما كان سمكاً له فلس ، سواء بقي عليه كالشبوط والبياح ، أو لم يبق كالكننت .
أقول : الكنت ضرب من السمك ، ويقال أيضاً : كنتد بالبدال غير المعجمة ،

نقل ذلك المتأخر في كتابه .

قال رحمه الله : ما ليس له قانصة ولا حوصلة ولا صيصية فهو حرام .
أقول : المراد بالصيصية هنا الجارحة من كف الطائر ، فانها بمنزلة الابهام
من بني آدم ، وكل ما يحصن به صيصه بغير همز ، لانها مشتقة من الصياص ، وهي
الحصون ، وقد يراد بها القرون أيضاً ، ذكر ذلك جميعه المتأخر .

قال رحمه الله : المحرمات من الذبيحة خمسة : الطحال ، والقضيب ،
والفرث ، والدم ، والاثنيان ، وفي المثانة والمرارة والمشيمة تردد ، أشبهه التحريم
لما فيها من الاستخبات .

أقول : منشؤه : النظر الى قضاء الاصاله بالاباحه ، وهو خيرة شيخنا المفيد
وسلار .

والالتفات الى أن هذه الاشياء مستخبئة عرفاً ، فتكون محرمة شرعاً . أما المقدمة
الاولى ، فظاهرة لكونها وجدانية .

وأما الكبرى ، فلقوله عَلَيْهِ السَّلَام « كل ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ^(١)
ولاشك أن استخبات هذه الاشياء حسن عند المسلمين ، فيكون حسناً عند الله
تعالى ، عملاً بظاهر الخبر ، وهو المراد بالتحريم هنا ، وهو اختيار الشيخ وأتباعه .
والمثانة بالثاء المنقطة بثلاث نقط موضع البول ومخففة ، ذكر ذلك
الجوهري ^(٢) والمتأخر .

والمشيمة الفرس وأصلها مفعلة فسكنت الياء والجمع مشائم على مثال
معاش ، ذكر ذلك الجوهري في صحاحه ^(٣) . وعنى بالفرس بكسر الغين ما

(١) عوالى التالى ٣٨١/١ .

(٢) صحاح اللغة ٢٢٠٠/٦ .

(٣) صحاح اللغة ١٩٦٣/٥ .

يخرج مع الولد كأنه مخاط ويقال : جليلة يكون على وجه الفصيل ساعة يولد
فان تركت قتله . قال الراجز :

يتركن في كل مناخ أبس كل جنين مشعر في غرس^(١)

قال رحمه الله : أما الفرج والنخاع والعلباء والغدد وذات الاشاجع - الى
آخره .

أقول : قد مر تفسير النخاع ، وفيه لغتان : ضم النون وكسرها ، ومن العرب
من يفتحها أيضاً .

والعلباء بكسر العين عصبتان عريضتان صفراوان ممدودان من الرقبة على
الظهر الى عجب الذنب .

والاشاجع أصول الاصابع التي تتصل بعصب ظاهر الكف ، الواحد أشجع ،
قال ليبيد :

وأنه يدخل فيها أصبعه يدخلها حتى تواري أشجعه
قال الجوهري : وناس يزعمون أنه اشجع مثال اصبع ، ولم يعرفه أبو
الغوث^(٢) .

قال رحمه الله : القسم الخامس في المائعات ، والمحرم منها خمسة : الخمر
وكل مسكر كالنبيذ والبتع والفضيخ ، والنقيع والمزر .

أقول : البتع بكسر الباء المنقطة من تحتها نقطة واحدة وسكون التاء المنقطة
من فوقها بنقطتين شراب يتخذ من العسل .

والنقيع : شراب يتخذ من الزبيب . والمزر : شراب من الندة . وأما
الفضيخ ، فهو شراب يتخذ من تمر وسر ، ويقال : هو أسرع ادراكاً .

(١) صحاح اللغة ٢/٩٥٢ .

(٢) صحاح اللغة ٣/١٢٣٦ .

قال رحمه الله : ودواخن الاعيان النجسة عندنا طاهرة ، وكذا كل ما أحالته النار فصيرته رماداً أو دخاناً على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن ايجاب الاصحاب الاستصباح بالدهن النجس تحت السماء دون الظلال يؤذن بنجاسة دخان الاعيان النجسة ورمادها ، وهو أصح وجهي الشافعي .

والالتفات الى أن الاصحاب رووا جواز السجود على حصص أو قد عليه بالنجاسات ، وذلك يدل على أن دواخن الاعيان النجسة ورمادها ظاهران ، والا لزم السجود على النجس ، وهو باطل اجماعاً ، وهذا الدليل عول عليه الشيخ في المبسوط^(١) والمتأخر .

واحتج في الخلاف^(٢) بأصالي الطهارة وبراءة الذمة ، وبأن الحكم بالنجاسة وشغل الذمة يحتاج الى دليل ، ولقائل أن يمنع جواز السجود على الحصص ، فيستط حيثذ الاستدلال به .

ونمنع دلالة ايجاب الاستصباح بالنجس تحت السماء فحسب على النجاسة ولم لا يقال ان ذلك تعبد شرعي تعبدنا به ؟ كما هو مذهب ابن ادريس والمصنف أو نمنع وجوب الاستصباح به تحت السماء دون السقف ، بل هو جائز ، أي : الاستصباح به تحت الظلال على كراهية ، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط^(٣) ، وبالجمله فتردد المصنف هنا ضعيف بالمره .

قال رحمه الله : لا يجوز أن يأكل الانسان من مال غيره الا باذنه ، وقدرخص مع عدم الاذن في تناول من بيوت من تضمنته الآية اذا لم يعلم منه الكراهية ،

(١) المبسوط ٢٨٣/٦ .

(٢) الخلاف ٥٤٤/٢ مسألة ٢٠ .

(٣) المبسوط ٢٨٣/٦ .

ولا يحمل منه ، وكذا ما يمر به الانسان من النخل ، وكذا الزرع والشجر على تردد .

أقول : ينشأ من النظر الى أن جواز ذلك في النخل ثبت على خلاف مقتضى الدليل ، للاجماع والنص ، فيبقى الباقي من الزرع والشجر على أصالة التحريم ، وهو اختيار الشيخ في الحائريات .

والالتفات الى الروايتين المرويتين عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١) والثاني على جواز الاكل من جميع ذلك ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ^(٢) والخلاف ^(٣) وكتابي الاخبار ، واختاره المتأخر ، الا أن المتأخر جوز تناول ما لم ينه المالك ، والشيخ أطلق القول بالجواز وخص الجواز في النهاية ^(٤) بالفواكه .

واعلم أنه قد روى علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام ما يضاد ذلك ظاهراً قال : سألت عن الرجل يمر بالثمرة من النخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر ، أيحل أن يتناول ويأكل بغير إذن صاحبه ؟ وكيف حاله ان نهاه صاحب الثمرة ؟ وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه ؟ قال : لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً ^(٥) . وحمل الشيخ ذلك على النهي عن الاخذ دون الاكل .

قال رحمه الله في أحكام المضطر : ولو وجد ميتة وطعام الغير - الى قوله : فان كان صاحب الطعام ضعيفاً لا يمنع أكل الطعام وضمنه ولم تحل الميتة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الضرورة المبيحة لاكل الميتة منقبة هنا ، فلا

(١) تهذيب الاحكام ٣٨٣/٦ .

(٢) المبسوط ٢٨٨/٦ .

(٣) الخلاف ٥٤٦/٢ .

(٤) النهاية ص ٤١٧ .

(٥) تهذيب الاحكام ٩٢/٧ ، ح ٣٥ .

يسوغ له أكلها ، وإنما قلنا انها منفية لانه قادر على أكل طعام مستطاب حلالا ،
بأن يقومه على نفسه ويؤدي ثمن مثله فيجب عليه ، وهو الذي قواه الشيخ في
المبسوط^(١).

والالتفات الى عموم النهي عن التصرف في مال الغير، ترك العمل به في ما اذا
لم يجد الاطعام الغير فقط ، للاجماع عليه ، ولتحقق الاضطرار اليه ، وحصول
الضرر العظيم مع تركه ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وهو الاقوى .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الغصب)

قال رحمه الله: ولو استخدم الحر لزمته الاجرة . ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به، لان منفعه فى قبضته. ولو استأجره لعمل، فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد ، والا قرب أن الاجرة لا تستقر لمثل ما قلناه .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الاجرة ، ولان المنافع انما تضمن بالغصب ولاغصب هنا .

والالتفات الى أن عقد الاجارة اقتضى وجوب الاجرة للاجير على المستأجر كما اقتضى وجوب العمل للمستأجر عليه من أول زمان الامكان، فاذا لم يستعمله فى ذلك الزمان استقرت عليه الاجرة لتفريطه .

قال رحمه الله : ويضمن الخمر بالقيمة عند المستحل لا بالمثل ، ولو كان المتلف ذمياً على ذمي ، وفي هذا تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الخمر من ذوات الامثال ، ونعني بالمثلي ما يتساوى أجزاؤه قيمة فيضمن بالمثل . أما المقدمة الاولى ، فظاهرة مع معرفة تفسير المثلي .

وأما المقدمة الثانية ، فاجماعية ولقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »^(١) ولأن المقتضي للضمان بالمثل موجود والمعارض مفقود ، فيجب القول بضمان المثل .

أما المقتضي للضمان بالمثل ، فهو تلف العين المخصوصة التي من ذوات الامثال ولاشك في وجوده هنا .

وأما المعارض ، فهو عدم ملكية الخمر المانع من أدائها بدلا ، وذلك انما يتأتى في حق المسلم ، أما الذمي فلا ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والالتفات الى أنه قول مشهور لعلمائنا ، فيجب تلقيه بالقبول ، اذ الكثرة امارة الرجحان ، خصوصاً وقد استدلل الشيخ في الخلاف^(٢) عليه باجماع الفرق وأخبارهم .

فروع :

قال الطحاوي: لو أسلم المتلف وكان ذمياً قبل أن يؤخذ منه مثل الخمر سقط عن ذمته. وهذا انما يتأتى على القول الاول . أما على قول الشيخ فلا ، بل تجب القيمة سواء أسلم المتلف أولا. ولما كان هذا الدليل ضعيفاً ، لاجرم كان القول الاول أقوى .

قال رحمه الله : لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ، ففي الضمان تردد . وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها . وكذا التردد لو غصب دابة فتبعها الولد .

أقول : منشأ التردد في هذه المسائل الثلاث من النظر الى أصالة براءة الذمة وهي دليل قطعي ، فيتمسك بها الى حين ظهور الدليل الناقل عنها ، وهو غير موجود هنا .

(١) سورة البقرة : ١٩٤ .

(٢) الخلاف ١/ ٦٧٩ ، مسألة ٢٨ من كتاب الغصب .

ومن الالتفات الى أن سبب الاتلاف في هذه الصور صدر منه، فيلزم الضمان ولعله الأقوى .

قال رحمه الله : أما لو فتح رأس الظرف ، فقلبته الريح أو ذاب بالشمس ، ففي الضمان تردد، ولعل الاشبه أنه لا يضمن، لان الريح والشمس كالمباشر، فيبطل حكم السبب .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ولان الريح والشمس مستقلان بالاتلاف هنا ، فينتفي الضمان عنه ، بدليل أن المباشر للتلف أولى بالضمان من ذي السبب ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).

والالتفات الى أن المباشر هنا ضعيف ، فيبطل حكمه ، والاول أقوى .

فائدة :

قال الشيخ في المبسوط: أصل هذا الباب وما في معناه كل من فعل فعلا بيده كان الضمان عليه، كما لو باشر القتل وان كان بسبب، فان كان مباحاً كن حفر بئراً فوقع فيها انسان في ظلمة كان عليه الضمان ، وان حصل منه سبب وحدث بعده فعل سقط حكم السبب، ثم ينظر في المباشر ، فما يتعلق به الضمان ضمن، كالحافر والدافع والممسك والذابح ، وان كان مما لا يضمن فعله سقط حكمه ، كالتاثر بعد وقوفه عندهم ، وقد قلنا ما عندنا فيه^(٢).

قال رحمه الله: وان لم يكن مثلياً ضمن قيمته يوم غضبه، وهو اختيار الاكثر. وقال في الخلاف: يضمن أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف، وهو حسن. ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بتقصانها بعد ذلك على تردد .

(١) المبسوط ٨٩/٣ - ٩٠ .

(٢) المبسوط ٩٠/٣ .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة ، ترك العمل بها في صورة الزامه بالقيمة يوم غضبه ، أو أعلى القيم من حين يوم الغضب الى حين التلف ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو خيرة الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) .
والالتفات الى أن الغاصب مأمور برد المغصوب في كل زمان يأتي عليه وهو في يده ، وإذا ثبت أنه مأمور بذلك في كل أوان وجب عليه أعلى القيم من حين الغضب الى حين الرد ، ولأن الغضب عقوبة وإيجاب أعلى القيم مناسب لتلك العقوبة .

قال رحمه الله : وكل جناية [دينها] مقدرة في الحر ، فهي مقدرة في المملوك بحساب قيمته ، وما ليست مقدرة في الحر ففيها الحكومة . ولو قيل : يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدر والارش ، كان حسناً .

أقول : القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) ، واحتج عليه في الخلاف باجماع الفرقة وأخبارهم ، وأتبعه المتأخر ، ويؤيده الاصاله .
والقول الثاني للمصنف رحمه الله ، وربما كان أشبه لما فيه من تغليب العقوبة على الغاصب .

قال رحمه الله : ولو استغرقت قيمته ، قال الشيخ رحمه الله : كان المالك مخيراً بين تسليمه وأخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له ، تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره ، وفيه التردد .

أقول : إيجاب القيمة مع تسليمه اليه للاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها

(١) المبسوط ٦٠/٣ .

(٢) المبسوط ٦٢/٣ .

(٣) الخلاف ٦٧٢/١ .

وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢)، محتجاً باجماع الفرق وأخبارهم. والالتفات الى أن تغليظ العقوبة يقتضي الزامه بأرش الجناية مع رد المملوك الى سيده .

قال رحمه الله: ولو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما اذا انفرد عن صاحبه كالخفين - الى قوله : أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة ، ف تلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته بسبب الانفرد، رد قيمة التالف ان لو كان منضمماً الى صاحبه ، وفي ضمان ما نقص من قيمة الآخر تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن أصالة براءة الذمة تنفي وجوب ذلك ، ولان سبب الضمان في هذه الصورة انما هو تلف المغصوب أو الغصب، وهو مفقود هنا اذ المغصوب انما هو التالف دون غيره ، بخلاف مالو غصبها معاً ، وهو قوي . والالتفات الى أن التفرقة جناية منه ، فيلزم ما نقص بها ، وهو ظاهر كلام الشيخ والمتأخر .

قال رحمه الله: ولو أغلا الزيت فنقص ضمن النقصان، ولو أغلا عصيراً فنقص وزنه ، قال الشيخ : لا يلزمه ضمان النقيصة ، لانها نقيصة الرطوبة التي لاقية لها بخلاف الاولى ، وفي الفرق تردد .

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله فرق في المبسوط^(٣) بين المسألة الاولى وهذه بأن النار لا يفقد أجزاء الزيت ، فاذا ذهب بعض العين كان كالتلف للزيت عينه وذاته ، فلهذا كان عليه ما نقص ، وليس كذلك العصير لان فيه ماءً ، فالنار يأكل منه الماء وبعض الاجزاء، ألا تراه يشخن ويزيد حلاوته، فكأن الذي ذهب منه لاقية له ، فلهذا لم يضمن نقصان الكيل .

(١) المبسوط ٦٤/٣ .

(٢) الخلاف ٦٧٣/١ .

(٣) المبسوط ٨١/٣ .

والمصنف رحمه الله منع الفرق بين الصورتين ، اذهما متساويتان ، فيخصص احدهما بحكم ليس للآخرى ترجيح من غير مرجع . قوله « ألا تراهم يشحنون ويبيعون حلاله » قلنا : وكذلك الزيت يشحن .

قال رحمه الله : ولو أولدها المشتري كان حراً وعزم قيمة الولد ويرجع بها على البائع ، وقيل في هذه : له مطالبة أيهما شاء ، لكن لو طالب المشتري رجوع على البائع ، ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري ، وفيه احتمال آخر . أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط قال : أما المشتري فلانه وجب بفعله ، وأما البائع الغاصب فلانه سبب يد المشتري^(١) . والمتأخر قصر الرجوع على المشتري فقط لانه مباشر ، وهو ضعيف بغير البائع اياه ، فيكون السبب أقوى ، ويجب على قول هذا القول الزام الغاصب البائع فقط .

وأما الاحتمال الذي أشار المصنف رحمه الله اليه فهو ما ذكر الشيخ رحمه الله والمتأخر ، من أنه اذا رجع المالك على البائع الغاصب ، فكل موضع قلنا لو رجع على المشتري رجع به المشتري على الغاصب ، كما يغرمه فيما لم يحصل له في مقابلته يقع كالولد ، فالغاصب هنا لا يرجع بشيء ، وكل موضع قلنا لو رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب ، كما يغرمه في ما حصل له في مقابلته نفع فالغاصب هنا يرجع على المشتري لاستقرار الضمان عليه .

قال رحمه الله : اذا غصب مملوكة فوطأها - الى قوله : ولو سقط ميتاً قال الشيخ رحمه الله : لم يضمنه ، لعدم العلم بحياته ، وفيه اشكال ينشأ من تضمين الاجنبي ، وفرق الشيخ بين وقوعه بالجنابة وبين وقوعه بغير الجنابة . أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر ذلك في المبسوط^(٢) ، محتجاً بوجهين :

(١) المبسوط ٦٨/٣ .

(٢) المبسوط ٦٦/٣ .

الاول : أن الموجب لضمان قيمة الولد هنا انما هو الحيلولة بين مولى الامة وبين التصرف فيه ، والحيلولة انما يتحقق أن لو وضعت حياً ، أما ميتاً فلا ، لانا نعلم حياته قبل هذا .

الثاني : أصالة البراءة تنفي وجوب أداء القيمة مطلقاً ، ترك العمل بها في صورة وضعه حياً ، للاجماع على ذلك ، فيبقى معمولاً بها فيما عداه .

والمصنف استشكل ذلك ، ومنشأ اشكاله أن القول بتضمين الاجنبي القاؤها الجنين ميتاً مع ضربه بطنها ، يقتضي وجوب الضمان مطلقاً ، لان السبب المقتضي للضمان هناك انما هو القاء جنين بطن حياته ، وهذا المعنى بعينه موجود في صورة ما اذا وضعت ميتاً من غير ضربه ، فيجب القول بضمان قيمته أن لو سقط حياً عملاً بالمقتضي .

والشيخ رحمه الله فرق بين هذه الصورة والاولى ، بأنها لما ألقته عقيب الضرب كان الظاهر أنه سقط بحياته ، وليس كذلك اذا وضعت ميتاً من غير ضرب ، لان الاصل الموت حتى يعلم غيره ، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله : ولو كان الغاصب والامة عالمين بالتحريم - الى قوله : ولو مات ولدها في يد الغاصب ضمنه ، ولو وضعت ميتاً قيل : لا يضمن ، لانا لانا نعلم حياته قبل ذلك ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه ماذكر في الاشكال السابق على هذا بلا فصل .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الشفعة)

قال رحمه الله : وفي ثبوت الشفعة في النهر والطريق والحمام وما تضر قسمته تردد ، أشبهه أنها لا تثبت .

أقول : منشؤه : النظر الى أن ثبوت الشفعة على خلاف مفتضى الدليل ، لما فيها من منع المالك من التصرف في ملكه ، فلا يحكم بثبوتها الا لدليل أقوى ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف ، محتجاً بما رواه أبو هريرة وجابر أن النبي ﷺ أنه قال : الشفعة في كل مال يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الحدود فلا شفعة .

قال : فوجه الدلالة أنه ذكر الشفعة بالالف واللام وهما للجنس ، فكان تقدير الكلام : جنس الشفعة فيما لم يقسم . يعني ما يصح قسمته شرعاً وما لا يصح قسمته لا يدخل تحته ، وبأن اثبات الشفعة حكم شرعي ، فيفتقر الى الدليل الشرعي ، وبقوله ﷺ « انما الشفعة فيما لم يقسم » ولفظة «انما» تفيد معنى «لا» فكأنه قال : لاشفعة فيما لم يقسم .

فاذا ثبت هذا فان تقدير الدلالة أن قوله «فيما لم يقسم» يفيد ما يقسم الا أنه لم

يفعل فيه القسمة ، لانه لا يقال فيما لم يقسم ، وانما يقال فيما لا يقسم : مالم ، وانما يقال فيه القسمة ، فلما قال «فما لم يقسم» دل على ما قلناه^(١).

وأقول: انما كان كذلك، لان لفظة «لم» يفيد نفي الماضي، فلهذا يصح دخولها على ما يصح قسمته ، وفي معناها «لما» وأما لفظة «لا» فانها يفيد نفي الابد، فلهذا صح دخولها على ما لا يصح قسمته شرعاً ، وفي معناها «الا» وهو اختياره في المبسوط^(٢) وفي موضع من النهاية^(٣) ومذهب الشافعي ومالك وربيعة ، وبه قال عثمان بن عفان .

والالتفات الى أن الشفعة انما شرعت لازالة الضرر عن الشفيع الحاصل بالشركة ، وهذا المعنى متحقق في سائر المبيعات المشتركة ، فيجب القول بثبوت الشفعة فيها عملاً بالمقتضي، وهو اختيار المتأخر، ونقله عن السيد المرتضى وغيره من المشيخة ، واختاره الشيخ في الموضع الثاني من النهاية .

قال رحمه الله : وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة اذا بيع مع الارض تردد ، اذ ليس من عادته أن ينقل .

أقول : ينشأ من النظر الى أن الدولاب والناعورة مما يمكن نقله ، فلا يثبت فيه الشفعة ، للدليل الدال على انتفاء الشفعة عن المبيعات المنقولة .

والالتفات الى أن ذلك لا ينقل عادة، وان كان ممكناً ، فيثبت فيه الشفعة للدليل الدال على ثبوت الشفعة في هذا النوع من المبيعات .

واعلم أن هذا التردد انما يتمشى على قول من لا يثبت الشفعة في المنقولات، أما على القول بعموم الشفعة في المبيعات فلا .

(١) الخلاف ٦٩٠/١ مسألة ١٦ .

(٢) المبسوط ١١٩/٣ .

(٣) النهاية ص ٤٢٤ .

قال رحمه الله : فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء وهي عشرة:
 الاول - لو كان الشفعاء أربعة ، فباع أحدهم وعفى الآخر ، فللاخرين أخذ المبيع .
 ولو اقتصر في الاخذ على أحدهما لم يكن لهما ، لان الشفعة لازالة الضرر ، وبأخذ
 البعض يتأكد .

أقول: هذا التعليل غير واضح ، بل الحق أن يقال: انما منعا من ذلك لما فيه
 من الاضرار بالمشتري ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(١) ، اذ الاضرار لا
 يتحقق هنا على تقدير تجويز أخذ أحدهما فقط الا بالمشتري ، أما بهما فلا ، ولو أمكن
 تحققه لا يندفع^(٢) باختيارهما .

والظاهر أن مراد المصنف بالضرر هنا ضرر الشفعاء ، ولا جرم أن يأخذ بعض
 المشفوع يتأكد ضررها ، باعتبار ثبوت حق للمشتري بسبب الحصة المتخلفة ،
 فيمنعان من ذلك ، اذ هو سفه ، كما لو اتفقا على قسمة اللؤلؤة والجوهره ، فان
 الحاكم بمنعها لازالة الضرر عنهما .

قال رحمه الله : لو قال الحاضر : لاأخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته
 لان التأخير لغرض لايتضمن الترك ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن حق الشفعة يجب المطالبة به على الفور ،
 فيسقط بكل ما يعد تفصيلاً وتوانياً ، ولا شك أن تأخير الاخذ مع التمكن منه توان
 فيسقط به .

والالتفات الى أن التأخير هنا لعذر ، فلا يبطل به الشفعة ، وهذا الذي قسواه
 الشيخ في المبسوط^(٣).

(١) المبسوط ١١٤/٣

(٢) في « ٢ » : لا يندفع .

(٣) المبسوط ١١٥/٣

واعلم أن هذا التردد انما يتأتى على قول من يقول : ان حق الشفعة على الفور، وهو الشيخ رحمه الله وأتباعه . أما على قول من لا يقول بذلك - وهو السيد المرتضى قدس الله روحه وأتبعه المتأخر - فلا اشكال في عدم البطلان .

قال رحمه الله : اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين الاخذ بالشفعة في الحال وبين الصبر حتى يحصد ، لان له في ذلك غرضاً ، وهو الانتفاع بالمال ، وتعذر الانتفاع بالارض المشغولة ، وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد .

أقول : منشؤه : ما ذكر في التردد السابق عليه بلا فصل .

قال رحمه الله : الشفعة تورث كالمال ، فلو ترك زوجة وولداً ، فللزوجة الثمن وللولد الباقي . ولو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط ، وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع ، وفيه تردد ضعيف .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الوراث يقومون مقام مورثهم . ولو عفا المورث عن بعض ، سقطت الشفعة كلها اجماعاً ، فتسقط الشفعة كلها هنا بعفو أحد الوراث عن نصيبه تحقيقاً للمشابهة .

والاكتفاء الى أنها شفعة لعدة من الشركاء ، فلا تسقط بعفو البعض ، كما لو وجب لهم بالبيع . وأما المورث فالمستحق واحد ، فإذا عفا عن نصف حقه سقط كله ، بخلاف هذه الصورة ، فان الشريك هنا انما عفا عن كل حقه ، فلهذا لم يسقط حق شريكه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، ولهذا كان التردد ضعيفاً .

قال رحمه الله : اذ اتبايعا شقصاً ، فضمن الشفيع الدرك عن البائع ، أو عن المشتري ، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع ، لم تسقط بذلك الشفعة ، وكذا لو كان وكيلًا لاحدهما ، وفيه تردد لما فيه من اماراة الرضا بالبيع .

أقول : منشؤه : النظر الى عدم التنافي بين ثبوت الشفعة هنا وصحة هذه الاحكام وهو اختيار الشيخ في الخلاف^(١) ، محتجاً على الجواز بعدم المانع منه ، وعلى عدم السقوط بعدم الدليل الدال عليه ، وهو مذهب الشافعي ، واختاره المتأخر في الوكالة خاصة .

والالتفات الى أن ذلك دلالة على الرضا بالبيع ، فتسقط الشفعة كما لورضي بالبيع ولأن البيع انما يتم به ، كما اذا باع بعض حقه لم يجب الشفعة على المشتري وبه قال أهل العراق .

قال رحمه الله : اذا باع الشقص بعوض معين لامثل له كالعبد - الى قوله : ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد ، هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد ، الاشبه لا ، لانه الثمن الذي اقتضاه العقد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الشفيع انما يجب عليه أداء ما استقر ثمناً وليس الاقيمة الشقص ، فلو كانت قيمة العبد أكثر من قيمة الشقص رجع بالتفاوت ، لاناينا أنه أدى أكثر مما وجب عليه أدائه ، فيكون الزائد باقياً على ملكه ، فيجوز له ارتجاعه ، عملاً بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الناس مسلطون على أموالهم »^(٢).

والالتفات الى أن الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ، وانما استقر على أن العبد هو الثمن ، فاذا تعذر دفعه لتعذر المثلية ، وجب دفع قيمته ، ونمنع أن الواجب الاخذ بما استقر ثمناً ، بل الواجب الاخذ بما انعقد عليه العقد ثمناً ، وهو اختيار المتأخر ، وحكى الشيخ في المبسوط^(٣) الوجهين ولم يرجح .

قال رحمه الله : لو كانت داراً لحاضر وغائب - الى قوله : ويرجع بالاجرة

(١) الخلاف ١/٦٩٣ .

(٢) عوالي اللئالي ١/٢٢٢ و ٤٥٧ و ١٣٨/٢ و ٢٠٨/٣ .

(٣) المبسوط ٣/١٣٢ .

ان شاء على البائع ، لانه سبب الائلاف ، أو على الشفيع لانه المباشر للاتلاف ، فان رجع على مدعي الوكالة ، لم يرجع الوكيل على الشفيع لانه غره ، وفيه قول آخر هذا أشبه .

أقول : أشار بالقول الآخر الى ما ذكره في المبسوط^(١)، من أنه اذا رجع على الشفيع لم يرجع الشفيع على الوكيل، لان الشيء تلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على الشفيع، لان الضمان قد استقر عليه. ثم حكى القول الذي اختاره المصنف رحمه الله ، وقوى الاول فقط ، والثاني أشبه عند المصنف ، لان المباشرة ضعيف بالغرور ، فكان السبب أقوى . قال رحمه الله : ولو ترك عن الشفعة قبل البيع ، لم تبطل مع البيع ، لانه اسقاط ما لم يثبت ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن حق الشفعة انما يثبت بعد عقد البيع ، فاذا عفا قبل البيع كان عفوه باطلا ، فيكون له المطالبة بالشفعة مع وقوع البيع وانما قلنا ان عفوه باطل ، لانه لم يصادف مستحقاً ، وهو اختيار المتأخر . والائتلاف الى أن الشفعة مشروعة لمصلحة الشريك ودفع الضرر عنه ، فاذا لم يردده دل على عدم الضرر ، فلا تثبت الشفعة لانقضاء السبب .

قال المصنف في النكت ، وليس ذلك من باب الاسقاط ، فيتوقف على الاستحقاق ، كالأبراء من الدين ، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(٢)، وقد استدل كثير ممن ذهب الى ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، فاذا باع ولم يأذن به فهو أحق^(٣). وجه الاستدلال أنه علق

(١) المبسوط ١٤٥/٣ .

(٢) النهاية ص ٤٢٥ .

(٣) عوالي اللئالي ٤٧٩/٣ ، برقم : ١٤

الاستحقاق على عدم الاستيذان ، فلا يثبت معه .

قال رحمه الله : وكذا لو شهد على البيع ، أو بارك للمشتري أو للبائع ، أو أذن للمشتري في الابتياح ، فيه تردد ، لأن ذلك ليس بأبلغ من الاسقاط قبل البيع .

أقول : البحث في هذه المسائل كالبحث في السابقة وقد سلف .

قال رحمه الله : ولو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفعة - الى قوله : وكذا لو

تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقيق البطلان ، على تردد في هذا .

أقول : ينشأ من النظر الى أن الشفعة تابعة لصحة البيع ، والبيع هنا بطل لتلف

عوضه ، فتبطل الشفعة تحقيقاً للتبعية ، ولأن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن لأنه معين تلف قبل القبض ، فلا يجوز المطالبة ببدله ، لعدم تناول العقد له .

فاذا تعذر تسليم الثمن بطلت شفعة الشفيع ، لأنه انما يأخذ الشفعة بالثمن

الذي يلزم المشتري ، والمشتري مالزمه الثمن ولا يبدل الثمن ، فوجب أن تبطل الشفعة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أن الثمن مضمون على المشتري ، فاذا تلف لزمه بدله ويصح

البيع وتثبت الشفعة حينئذ لكونها تابعة له .

قال رحمه الله : قال في الخلاف : اذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي وأنكر

الأجنبي ، قضى بالشفعة للشريك بظاهر الاقرار ، وفيه تردد ، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياح ، والاول أشبه .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في الخلاف^(١) والمبسوط ، وحكم

فيهما بثبوت الشفعة ، وهو مذهب جمهور الشافعية ، وهو تفريع المزني .

واحتج على ذلك في الكتابين بأن البائع أقر بحقين : أحدهما للمشتري

والثاني للشفيع ، فاذا رد أحدهما ثبت حق الآخر ، كما لو أقر بدار لرجلين ،

فرد أحدهما ثبت للآخر حصته .

ومنع المتأخر من ذلك ، نظراً الى أن الشفعة تابعة لثبوت الابتياح ، وحيث
لا ثبوت فلا شفعة ، وذكر بعد ذلك كلاماً طويلاً لافائدة في إirاده ، وهو مذهب
أبي العباس ، والمصنف تردد في ذلك ، ومنشأ ترده النظر الى الوجهين ، فانهما
قويان .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب احياء الموات)

قال رحمه الله : ولو كان النهر فى ملك الغير فادعى الحريم ، قضى له به ،
لانه يدعى ما يشهد به الظاهر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الظاهر قاض له بذلك ، فيحكم له به ، عملاً
بظاهر قوله ﷺ « أنا أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .
والانفتاح الى أنه خارج عن ملكه ولا يدل عليه ، فلا يحكم له الا ببينة ، عملاً
بقوله ﷺ « البينة على المدعي »^(١).

قال رحمه الله : فى شروط التملك بالاحياء : الخامس^(٢) - أن لا يكون مما
أقطعه امام الاصل ، ولو كان مواتاً خالياً من تحجير ، كما أقطع النبي ﷺ الدور
وأرضاً بحضرموت وحضرفرس الزبير ، فانه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة
فلا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحياء .

أقول : المراد بالدور هنا الدور التي أقطعها النبي ﷺ بالمدينة ، واختلف

(١) عوالى اللثالى ٢٤٤/١ و ٤٥٣ و ٢٥٨/٢ و ٣٤٥ .

(٢) فى الشرائع المطبوع : الرابع .

الناس في ذلك، فمنهم من قال : أقطع الخراب الذي أرادوا أن يبنوا فيه دوراً ، فسماه دوراً بما يؤول اليه من العمارة . وقال آخرون : كانت تلك الخرابة من ديار عاد ، فسماه باسم ما كانت عليه ، وكلاهما مجاز .

والحضر بضم الحاء وفتحها العدو، والمراد به هنا ماروي من أن النبي ﷺ أقطع الزبير حضر فرسه ، فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه ، فقال النبي ﷺ : اقطعوا له . فوفى بشرطه .

قال رحمه الله : والتحجير هو أن ينصب عليها المروز .

أقول : المروز جمع مرز ، وهو معروف . وأصل المرز القرص بأطراف الاصابع قرصاً رقيقاً ليس بالانظار، فاذا أوقع المرز فهو حيثنذ قرص عند أبي عبيد . قال رحمه الله : وأما المدارس والربط، فمن سكن بيتاً ممن له السكنى - الى قوله : ولوفارق لعذر قيل : هو أولى عند العود ، وفيه تردد ، ولعل الاقرب سقوط الاولوية .

أقول : منشؤه : النظر الى أن سبب الاختصاص هنا منتف ، فينتفي الاختصاص عملاً بالعلية .

أما المقدمة الاولى، فلان السبب المقتضي للاختصاص ليس الا شغل الخير : اما بالجلوس فيه ، أو كون رجله باقياً فيه ، ولا شك في انتفائهما هنا . وأما المقدمة الثانية ، فظاهرة حيثنذ .

والانتفات الى أن الاصل هنا الاولوية ، للاتفاق على أنها كانت حاصلة قبل المفارقة ، ترك العمل بها في صورة ما لو فارق من غير عذر ، للاجماع فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

قال رحمه الله : الطرف الرابع في المعادن الظاهرة ، وهي التي لا تنفر الى اظهار ، كالملاح والنفط والقار ، لا تملك بالاحياء ولا يختص بها المحجر ، وفي

جواز اقطاع السلطان المعادن والمياه تردد ، وكذا في اختصاص المقطع بها .
أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى أن ذلك لا يملك على الخصوص ، بل الناس كلهم فيه شرع
يأخذون منه حاجتهم ، فلا يصح اقطاعه .

وروي أن الأبيض بن حماد المازني استقطع رسول الله ملح مازن ، فروي
أنه أقطعه ، وروي أنه أراد أن يقطعه ، فقال لمرجل - وقيل انه الأقرع بن حابس - :
أتدري يا رسول الله ما الذي تقطعه ، انما هو الماء المعد قال : فلاذاً والماء الدائم
الذي لا ينقطع^(١) .

وعنى بذلك أن الملح بمنزلة الماء الدائم لا ينقطع ولا يحتاج الى عمل
واستجداب شيء ، ولا خلاف أن أقطاع مشاريع الماء غير جائز ، فكذا المعادن
الظاهرة . وطعن في الخبر بأن ذلك يؤدي الى تخطئة النبي ﷺ في الاقطاع .
وأجيب عنه بأنه ما أقطع وانما أراد ولم يفعل ، فنقل الراوي الفعل ، ولأنه ^{عليه السلام}
أقطع على ظاهر الحال ، فلما انكشف رجع . وأما اختصاص المقطع بها ، فهو
فرع صحة الاقطاع ، فان جوزناه ثبت الاختصاص والا فلا .

قال رحمه الله : لو أحيا انسان أرضاً ميتة على مثل هذا الوادي ، لم يشارك
السابقين ، وقسم له ما يفضل عن كفايتهم ، وفيه تردد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط^(٢) ، محتجاً على الاختصاص
بأن هذا الماء من مرافق ملكهم ، فكانوا أحق به من غيرهم مع حاجتهم اليه .
والتردد من المصنف ، ومنشؤه : النظر الى ما استدلل به الشيخ رحمه الله .
والالتفات الى أنه بالاحياء ملك الارض . أما أولاً ، فالاجماع اذ النزاع انما وقع

(١) نحوه سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢ . والمبسوط ٢٧٤/٣ .

(٢) المبسوط ٢٨١/٣ .

في غيره . وأما ثانياً ، فلقوله **عَلَيْهِ** «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ^(١) قضاءً من الله ورسوله ، فيكون له في الماء نصيب معهم ، لعين ما ذكره الشيخ رحمه الله .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب اللقطة)

قال رحمه الله : ولاريب فى تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز، وسقوطه فى حق البالغ وفي الطفل المميز تردد ، أشبهه جواز التقاطه وعجزه عن دفع ضرورته .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المصلحة المقتضية ، لجواز التقاط الطفل غير المميز موجودة فى النقاط الصبي المميز، فيكون التقاطه جائزاً عملاً بالمقتضي .
والالتفات الى أن المميز قادر على الاستقلال بحفظ نفسه ، فلايجوز التقاطه ولأن جواز ذلك حكم شرعي ، وحيث لادلالة فلا شرع .

قال رحمه الله : واذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه استعان به ، والاستعان بالمسلمين وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية ، لانه دفع ضرورة مع التمكن وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن هذا النوع من النفقة احسان ومعاونة على البر فتكون واجبة، عملاً بظاهر قوله تعالى « وأحسنوا »^(١) وقوله تعالى « وتعاونوا على

البر والتقوى»^(١) وانما خصصنا الوجوب بكونه على الكفاية ، لما في كونه واجباً على الاعيان من المشقة والحرج والضرر والعسر المنفيات شرعاً ، الا عند وجود الدليل الدال على ذلك قطعاً .

والالتفات الى أن وجوب ذلك حكم شرعي ، فيقف على الدلالة الشرعية ، ولادلالة قاطعة هنا على وجوب ذلك ، ولان الاصل براءة الذمة من الوجوب .

قال رحمه الله : اللقيط يملك كالكبير - الى قوله : وفيما يوجد بين يديه أو الى جانبه تردد ، أشبهه أنه لا يقضى له به . وكذا البحث لو كان على دكة عليها متاع وعدم القضاء له هنا أوضح ، خصوصاً اذا كان هناك يد متصرفه .

أقول: منشؤه: النظر الى أن المقتضي للملك هنا منتف ، فيجب القول بانتفائه أما المقدمة الاولى ، فلان المقتضي له ليس الا اليد ، ولا شك في انتفائها هنا ، اذ اليد يدان : يد مشاهدة ويد حكمي ، فبد المشاهدة ما كان متمسكاً به وتمسك بيده ويد الحكمي ما يكون في نيته ومتصرفاً فيه ، وليس هنا شي منها بموجود .

والالتفات الى أن العادة قاضية بأن ما يكون بين يديه أو الى جانبه ، فان يده عليه كالبنينة بين يدي الطواف والميزاب وغيرهما فان يده عليه . قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : وهذا أقوى^(٢) .

والبحث فيما هو موضوع على الدكة التي وجد عليها كالبحث فيما وجد بين يديه أو الى جانبه ، وقد سلف .

قال رحمه الله: الخامسة - اذا اختلف كافر ومسلم ، أو حر وعبد ، في دعوى بنوة اللقيط ، قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر والحر على العبد ، وفيه تردد . أقول : منشؤه : الى أن الترجيح يحتاج الى شرع ، وهو ، غير موجود هنا

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) المبسوط ٣ / ٣٣٧ .

وهو خيرة الشيخ في الخلاف^(١) ومذهب الشافعي ، واحتج الشيخ في الخلاف بعموم الاخبار الواردة في من ادعى النسب ، ولم يخصصوا كافرأ من مسلم ولا عبداً من حر .

والالتفات الى أن المسلم أشرف من الكافر ، فيكون دعواه أرجح ، وكذلك الحر أشرف من العبد ، فيرجح دعواه على دعوى العبد ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(٢) ، وهو مذهب أبي حنيفة ونمنع كون الاشرفية مؤثرة في أولوية الدعوى . قال رحمه الله : وحكم الدابة حكم البعير ، وفي البقرة والحمار تردد ، أظهره المساواة ، لان ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير .

أقول : منشؤه : النظر الى أن العلة المقتضية للمنع ، وهي قدرته على الامتناع عما يهلكه ، موجودة في هاتين الصورتين ، فلا يجوز أخذهما عملاً بالعلية ، وهي خيرة الشيخ في الخلاف ، محتجاً بأن جواز ذلك يحتاج الى دليل ، وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال حين سأله السائل عن الأبل والضوال ، فقال : مالك ومالها ومعها حذاؤها وسقاؤها حتى يأتي ربها . يعني خفها وكرشها^(٣) واختاره المتأخر وهو مذهب الشافعي .

والالتفات الى أن النبي ﷺ إنما ورد في أخذ البعير ، والحق غيره به مجرد قياس ، وهو عندنا باطل ، وبه قال أبو حنيفة ، سلمنا لكن نمنع تحقق العلة المقتضية للمنع من الاخذ في البقرة والحمار ، وهو ظاهر ، اذ البعير أكثر صبراً على الجوع والعمل وأقوى على الامتناع مما يؤذيه .

قال رحمه الله : والشاة ان وجدت في الفلاة ، أخذها الواجد ، لانها لا تمتنع

(١) الخلاف ٢/٢٨ .

(٢) المبسوط ٣/٣٤٩ .

(٣) الخلاف ٢/٢٢ مسألة ٢ من كتاب اللقطة .

من صغير السباع، فهي معرضة للتلف، والاختذ بالخيار ان شاء ملكها ويضمن على ترده، وان شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان عليه، وان شاء دفعها الى الحاكم ليحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها الى المالك .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة ، ولان الاخبار الدالة على جواز أخذ الشاة خالية من وجوب الضمان ، روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله اني وجدت شاة ، فقال رسول الله ﷺ : هي لك أو لاختيك أو للذئب ^(١) . واللام يقتضي الملكية . وفي معناها روايات كثيرة .

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى يؤدي» ^(٢) ولان الاصل بقاء الملك، فلا يحكم بانتقاله عنه الا لدليل قاطع، وهو غير موجود هنا، وهو اختيار الشيخ ، وأتبعه المتأخر ، وهو قوي .

والاصل يخالف للدليل وقد بيناه ، والاخبار الدالة على الملكية لا ينافي ما قلناه، لانا نحكم بملكية الشاة لو اجدناها عملاً بمقتضى هذه الاخبار ويوجب عليه ضمان قيمتها لملكها، عملاً بظواهر الاخبار الدالة على وجوب ضمان مال الغير مع حصوله في يد آخر .

قال رحمه الله : وفي حكمها كل ما لا يمتنع من صغار السباع ، كأطفال الابل والبقر والخيول والحمير ، على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى المشاركة في العلة المقتضية لجواز الاختذ ، وهي عدم القوة على الامتناع من صغار السباع ، والاشتراك في العلة يقتضي الاشتراك

(١) تهذيب الاحكام ٣٩٤/٦ ، ح ٢٤ .

(٢) عوالي اللئالي ٢٢٤/١ و ٣٨٩ و ٣٤٥/٢ .

في موجبها ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط^(١) ، وأتبعه المتأخر .
والالتفات الى أن التعدي قياس ، والاصل عصمة مال المسلم ، فلا يتسلط على
أخذه الا للدليل أقوى وليس .

قال رحمه الله : ويصح أخذ الضالة لكل بالغ عاقل - الى قوله : وفي العبد
تردد ، أشبهه الجواز ، لان له أهلية الحفظ .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ولان للعبد أهلية الاحتفاظ ، وأخذ
الضالة نوع احتفاظ ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) ، عملاً بعموم
الاجبار الواردة في هذا الباب ، فمن ضعفها فعليه الدليل .

والالتفات الى أن ذلك نوع تعرض للتملك ، وليس للعبد أهلية التملك ،
ويؤيده ما رواه أبو خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله ذريح عن المملوك يأخذ
اللقطة ، فقال : وما للمملوك وما للقطعة المملوك لا يملك من نفسه شيئاً ، فلا يعرض
لها المملوك^(٤) . واختاره ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه^(٥) .

قال رحمه الله : وفي جواز النقاط النعلين والاداة خلاف ، أظهره الجواز مع
كراهية .

أقول : الاداة المطهرة ، والجمع الاداوى على مثال المطايا ، قال الراجز :

* اذ الاداوى ماؤها تصبصبا *

وكان قباة اذا أدائى مثل رسالة ورسائل فتجنبوه وفعلوا به ما فعلوا بالمطايا

(١) المبسوط ٣/ ٣٢٠ .

(٢) المبسوط ٣/ ٣٢٥ .

(٣) الخلاف ٢/ ٢٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٦/ ٣٩٧ ، ح ٣٧ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣/ ٢٩٤ .

والخطايا ، فجعلوا فعائل فعالي^(١).

قال رحمه الله : اذا التفت العبد ولم يعلم المولى ، فعوف حولا ثم ألتفها ، تعلق الضمان برقبته ، يتبع بذلك اذا أعتق ، كالقرض الفاسد ، ولو علم المولى قبل التعريف ولم ينتزعها منه ، ضمن لتفريطه بالاهمال ، اذ لم يكن أميناً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السيد هنا مفرط ، فيلزمه الضمان . أما الصغرى فلان السيد كان قادراً على انتزاعها من يده ، فاهماله تفريط ظاهر ، كما لو وجدها وسلمها الى فاسق . وأما الكبرى فاجماعية ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢). والالتفات الى أن العبد هنا مباشر للاتلاف ، فيتعلق الضمان برقبته ، كالدين الذي يلزمه بغير اذن مولاه ، وأروش الجنايات التي يجنيها .

قال رحمه الله : لاتدفع اللقطة الا بالينة ، ولايكفي الوصف . ولو وصف صفات لا يطلع عليها الا المالك غالباً ، مثل أن يصف وكاءها ومقاصها ونقدها ووزنها .

أقول : الوكاء : الخيط الذي يشد به رأس الخريطة . والعاقص : الجلدة التي فوق ضمامة القارورة . كذا ذكر المتأخر .

(١) صحاح اللغة ٦/٢٢٦٦ .

(٢) المبسوط ٣/٣٢٥ .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الفرائض)

قال رحمه الله فى موانع الارث : ولو كان للقاتل وارث كافر منعا جميعاً ، وكان الميراث للامام . ولو أسلم الكافر ، كان الميراث له والمطالبة اليه ، وفيه قول آخر .

أقول : أشار بالقول الاخر الى التفصيل الذى ذكره فى مسألة أنه لو لم يكن للميت المسلم وارث مسلم سوى الامام ، ثم أسلم الوارث الكافر ، فميراثه له لانه أولى من الامام مطلقاً ، أو الامام أولى مطلقاً ، أو الامام أولى بعد نقل التركة الى بيت ماله ، أما قبله فلا .

قال رحمه الله : مسألتان - الاولى : يفك الابوان للارث اجماعاً ، وفي الاولاد تردد ، أظهره أنهم يفكون .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الفك ورد على خلاف مقتضى الدليل ، لما فيه من اجبار المالك على أخذ القيمة عن ملكه ، ترك العمل به فى صورة وجوب فك الاب ، للاجماع فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وهو غير سلا .

ومن الالتفات الى الاخبار الدالة على وجوب فك الاولاد ، وهي كثيرة صحيحة

فيعمل بها ، وهو اختيار أكثر الاصحاب وادعى المتأخر الاجماع عليه .
قال رحمه الله في الحجب : وأما حجب الاخوة - الى قوله : وهل يحجب
القاتل ؟ فيه تردد ، والظاهر أنه لا يحجب .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله تعالى « فان كان له اخوة فلامه السدس »^(١)
وعوم روايات الحجب [ترك العمل بها في عدم الحجب]^(٢) بالكافر والرق ،
لروايته محمد بن مسلم والفضل عن أبي عبد الله عليه السلام قالوا : سألنا أبا عبد الله عليه السلام
عن المملوك والمشرک يحجبان اذا لم يرثا ؟ قال : لا^(٣) . فيبقى معمولا بهما فيما
عداهما .

وهو ظاهر كلام الشيخ المفيد قدس الله روحه وابني بابويه ، حيث قالوا : انما
يحجب الاخوة للاب ، لانهم عياله وعليه نفقتهم ، وهذه العلة مروية ، فعلى هذا
القاتل يحجب ، لان نفقته غير ساقطة .

قال صاحب كشف الرموز : بخلاف الكافر والمملوك .

وأقول : أما قوله « بخلاف المملوك » فجيد ، لان نفقته ساقطة عن أبيه لوجوبها
على مولاه . وأما قوله « بخلاف الكافر » فغلط ، اذ الكفر غير مسقط للنفقة ، بل يجيء
على ظاهر هذا القول أن الكافر يحجب أيضاً .

والالتفات الى أن الاصل عدم الحجب ، فلا يصار اليه الا لدليل ناقل ، ولان
القاتل ممنوع من الميراث ، فلا يحجب كالكافر والعبد ، وهو اختيار الشيخ رحمه
الله والمتأخر ، حتى أن الشيخ ادعى عليه الاجماع في الخلاف^(٤) .

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) ما بين المعقوفتين من « من » .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣٤١/٤ .

(٤) الخلاف ٣٩/٢ .

والقول الاول أقوى عندي ، والاصل يخالف للدليل وقد بيناه .
وأما الثاني فمجرد قياس ، وهو عندنا باطل ، وادعاء الشيخ الاجماع فيه نظر ،
اذ هو غير متحقق مع وجود الخلاف من أكابر علمائنا .
قال رحمه الله : وفي اشتراط وجودهم منفصلين لاحتمال تردد ، أظهره أنه شرط .
أقول : منشؤه : النظر الى أن العلة المقتضية لحجب الام عمازاد على السدس ،
وهي وجوب نفقة الاخوة الذين هم أولاد الاب عليه وكونهم عياله منتفية هنا ، اذ
لانفقة للحمل ، فيستفي الحجب عملاً بالعلية ، وهو اختيار أكثر الاصحاب .
والالتفات الى عموم آية الحجب .
قال رحمه الله : وأما المقاصد فثلاثة : الاول - في ميراث الانساب - الى قوله :
ولوانفرد أولاد الابن وأولاد البنت ، كان لأولاد الابن الثلثان ، ولأولاد البنت الثلث
على الاظهر .
أقول : اعلم أن هذه المسألة مبنية على أن ولد الولد هل هو ولد حقيقة أو
مجازاً ، فان قلنا بالاول - كما هو مذهب السيد المرتضى قدس الله روحه وابن أبي
عقيل وغيرهما واختاره المتأخر ، أعطيناه نصيب الذكر ان كان ذكراً ، وان كان
ابن بنت الميت دون نصيب أبيه .
وان قلنا بالثاني - كما هو مذهب الشيخين وابن بابويه وأبي الصلاح وأتباعهم
وهو الاقوى - كان لكل ولد نصيب من يتقرب به ، فيعطى ولد الابن ثلثي التركة ،
ذكوراً كانوا أو أنثاء ، أو ذكوراً وأنثاء ، يقتسمونه بينهم للذكر ضعف حظ الانثى ،
واحداً كان أو أكثر ، ويعطى ولد البنت ثلث التركة ، سواء كان ذكراً أو أنثى ،
وعلى كل حال ، لان كل رحم بمنزلة الرحم الذي يمت به .

فائدة :

هل يقسم نصيب أولاد البنت اذا كانوا ذكوراً وأناثاً بينهم بالسوية ، أو للذكر مثل حظ الانثيين ؟ ذهب في المبسوط^(١) الى الاول . قال المصنف رحمه الله في النكت : ولم يذكر مستنده فأحكيه ، وذهب في النهاية^(٢) وباقي كتبه الى الثاني ، وهو الحق .

لنا - قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين »^(٣) وولد البنت ولد ، للنقل والاستعمال .

قال رحمه الله : المقصد الثالث في الميراث بالولاء ، ومع عدم الابوين والولد يرثه الاخوة ، وهل ترث الاخوات ؟ على تردد ، أظهره نعم ، لان الولاء لحمه كلحمه النسب .

أقول : اعلم أن هذا الفرع مبني على أن الولاء هل ترثه الذكور والاناث ممن يرث تركة المنعم ، أو يختص به الذكور دون الاناث .

فان قلنا بالاول - كما هو مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٤) والخلاف^(٥) - ورثه الاخوات هنا ، وبه أفتى الشيخ رحمه الله في المبسوط .

وان قلنا بالثاني - كما هو مذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه - لم ترثه الاخوات . ولما كان القول الاول عندنا أقوى ، لاجرم كان توريثهم قوياً ايضاً .

قال رحمه الله : الثامنة - اذا أولد العبد من معتقه ابناً ، فولاء الابن لمعتق

(١) المبسوط ٧٦/٤ .

(٢) النهاية ص ٦٣١ .

(٣) سورة النساء : ١١ .

(٤) المبسوط ١٠٨/٤ .

(٥) الخلاف ٦٤/٢ .

أمه ، فلو اشترى الابن عبداً ، فأعتقه كان ولاؤه له ،
ولو اشترى معتقه أب المنعم ، فأعتقه انجر الولاء من مولى الام الى مولى
الاب ، وكان كل واحد منهما مولى الآخر . فان مات الابن ، فميراثه لابنه . فان مات
الابن ولا مناسب له ، فولأؤه لمعتق أبيه . وان مات المعتق ولا مناسب له ، فولأؤه
للابن الذي باشر عتقه . ولو ماتا ولم يكن لهما مناسب ، قال الشيخ رحمه الله
يرجع الى مولى الام ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحكم يعود الولاء الى مولى الام ، بعد الاتفاق
على انتقاله عنه الى مولى الاب الذي هو المعتق ، يفتقر الى دليل وهو مفقود هنا
اذ ليس الاالنص ولاشك في انتفائه ، فيكون مالهما للامام ، لانه وارث من لا وارث له .
والالتفات الى أن الاصل قاض ببقاء ولاء مولى الام ، ترك العمل به في بعض
الصور ، لوجود الدليل الدال على الانتقال ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وهو
اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط .

قال : ومن هذا قول الفرضيين انه انتقل الولاء ، وقولهم ينجز الولاء من الام
الى الاب ، لا يريدون به أنه زال ملكه ، لكن يريدون به أن هذا عصبية ، ومولى
الام مولى فعصبية المولى أولى من المولى^(١) .

قال رحمه الله في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم : وفي ثبوت هذا الحكم
بغير سبب الهدم والغرق مما يحصل معه الاشتباه تردد ، وكلام الشيخ في النهاية
يؤذن بطرده مع أسباب الاشتباه .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاصل عدم التوارث ، فلا يصار اليه الا للدليل
وهو غير موجود هنا ، وهو اختيار ابن بابوية ، اقتصاراً بمورد النص .
والالتفات الى أن العلة المقتضية لثبوت هذا الحكم وهو الاشتباه موجود هنا

فيحكم بوجوده عملاً بالعلية ، وهو اختبار الشيخين وأبي الصلاح والمتأخر .
قال رحمه الله : اذا ثبت هذا فمع حصول الشرائط يورث بعضهم من بعض
ولا يورث الثاني مماورث منه . وقال المفيد رحمه الله : يرث مما ورث منه ،
والاول أصبح لانه انما يفرض الممكن والتوريث مماورث يستدعي الحياة بعد فرض
الموت وهو غير ممكن عادة ، ولما روي أنه لو كان لاحدهما مال صار المال كمن لا مال له .
أقول : اعلم أن صاحب كشف الرموز قدح في هذا الدليل الاول ، بانه غير
وارد ، اذ فرض الشيء لا ينافي الامكان بالعادة ، ثم قال : نعم يرد عليه أن الارث
لا يكون الا في تركة الميت ، وما ورثه غير ما خلفه ، فلا ارث فيه ، وأن القول
بالتوريث مما ورث منه يستلزم الحكم في منع بعض الورثة ، وتخصيص الآخر
بمال كثير بغير سبب شرعي في صورة أخرى بتساوي الاستحقاق بالنسب مختلفي
الورثة لو ترك أحدهما ألف دينار والآخر ديناراً واحداً ، والاتفاق هنا قائم على
جواز التقديم ، فأيهما تقدم يكون ورثة الآخر ممنوعين ، وهذا ممنوع قضية بديهية .
ويرد عليه أيضاً ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام في قول أهل البيت قال :
يورث هؤلاء من هؤلاء ، أو هؤلاء من هؤلاء ولا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء
شيئاً .

ثم اعترض الاول ما يفرض أن ماورثه من جملة تركته ، فيورث عنه الثاني
بأن كونه ممنوعاً في صورة غير مستلزم لكل الصور . واعترض الرواية بأنها مرسلة
فلا يعمل بها .

ثم أجاب عن الاول ، بأن فرض الشيء لا يفيد وقوعه في جميع الصور ، فهو
ممنوع ، وإن أراد أنه لا يفيد في بعض الصور ، فهو مسلم أيضاً ، لكنه واقع هنا
اذ البحث انما وقع فيه . وعن الثاني بأنه لا قائل بالفصل ، وعن الرواية بأنها
منجبرة بعمل أكثر الاصحاب وبما قلناه .

واحتج المتأخر رحمه الله على أن الثاني مما ورث منه بوجهين :

الاول : أن الارث لا يكون الا مما يملكه الميت قبل موته ، وهذا المعنى غير متحقق هنا فلا ارث ، وهذا الدليل قريب مما استدل به المصنف .

الثاني : لو أنا ورثناه بماورثه منه ، أبطلت^(١) القسمة أبداً .

قال رحمه الله: وفي وجوب تقديم الاضعف في التوريث تردد، قال في الايجاز: لا يجب . وفي المبسوط: لا يتعين به حكم غير انا نتبع الاثر في ذلك. وعلى قول المفيد رحمه الله تظهر فائدة التقديم . وما ذكره في الايجاز أشبه بالصواب ، ولو ثبت الوجوب كان تعبداً .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الوجوب ، ولان تقديم الاضعف في الارث كالزوجة مثلاً غير مشتمل على فائدة ، فيكون وجوبه عبثاً ، وهو قبيح .

أما الصغرى ، فلان التوريث حاصل من الطرفين ، والتقديم لا يقتضي زيادة سهم المقدم عن فرضه ، فحيث لا فائدة في وجوب هذا التقديم .

وأما الكبرى فظاهرة ، اذ الاشياء تابعة للمصالح عندنا .

واعلم أن هذا الدليل انما يتمشى على قول من لا يورث الثاني مما ورث منه أما على قول من يورثه مما ورث منه ، فالفائدة ظاهرة ، وهي اختصاص الثاني بأخذ نصيبه من تركة الاول ومما ورث منه .

والالتفات الى أن الروايات دالة على وجوب التقديم ، فيجب اتباعها دفماً للضرر المظنون الحاصل من مخالفيها، وهو خيرة الشيخ في المبسوط^(٢)، واستحسنه المتأخر .

وانما كان الاشبة بالصواب ما ذكره في الايجاز^(٣)، وهو استحباب التقديم

(١) في «٢» : اتصلت .

(٢) المبسوط ١١٩/٤ .

(٣) الايجاز في الفرائض ص ٢٧٦ .

لما فيه من الجمع بين العمل بالروايات ، والتخلص مما ذكرناه في الدليل الدال على عدم الوجوب .

وانما كان الوجوب بعيداً لوجوه : أما أولاً ، فلما فيه من الاصل . وأما ثانياً فلاستلزام العبث . وأما ثالثاً ، فلان العامل به قليل جداً .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب القضاء)

قال رحمه الله : وهل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردد- الى قوله : مع خلوه في أول أمره من الكتابة .

أقول: قد بين المصنف رحمه الله منشأ التردد في المتن، لكن قوله «مع خلوه في أول أمره من الكتابة» يدل على أنه عليه السلام كان عالماً بالكتابة بعد البعثة ، وهذا شيء قد اختلف فيه ، فذهب الشيخ رحمه الله الى أن النبي عليه السلام انما كان أمياً قبل البعثة أما بعدها فلا ، واختاره المتأخر وأتباعه .

وذهب قوم الى أنه عليه السلام كان أمياً قبل البعثة وبعدها ، عملاً بقوله تعالى «وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه يمينك اذا لارتاب المبطلون»^(١) ومعناه: ان المبطل يرتاب لو كان النبي عليه السلام عارفاً بالكتابة ، ولو كان عالماً بها بعد البعثة لبطل هذا المعنى .

وفيه نظر ، لان الريبة من المبطل انما يتحقق لو كان النبي عليه السلام عارفاً بالكتابة قبل البعثة ، أما مع تجدد علمه بها بعدها فلا .

قال رحمه الله : وفي انعقاد قضاء الاعمى تردد ، أظهره أنه لا ينعقد ، لافتقاره الى التمييز بين الخصوم ، وتعذر ذلك مع العمى الا فيما يقل .
أقول : منشؤه : النظر الى قضاء الاصل بالجواز .
والالتفات الى ما ذكره المصنف من الاستدلال ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١)، محتجاً بعين هذا الدليل .

وأما اشتراط الحرية، ففيه تردد من حيث العمل بالاصل، ويؤيده قول الصادق عليه السلام: من روى أحاديثنا وعرف أحكامنا فاجعلوه قاضياً^(٢). ولفظة «من» تتناول الحر والعبد ، وهو الاقوى عند المصنف . ومن حيث أن القضاء منصب جليل ومرتبة عالية، والعبد ليس أهلاً لهما ، وهو خبرته في المبسوط^(٣)، ونمنع المقدمة الثانية .

قال رحمه الله: اذا وجد اثنان متفاوتان^(٤) في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما، فان قلد الافضل جاز، وهل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد، والوجه الجواز ، لان خطاه ينجر بنظر الامام .

أقول: منشؤه : النظر الى أن تقليد المفضول قبيح عقلاً، فلا يجوز اعتماده. أما المقدمة الاولى، فلما فيه من تقديم المفضول على الفاضل . وأما الثانية، فلقوله عليه السلام « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(٥).

والالتفات الى أن القضاء نيابة، فيتبع اختيار المنوب عنه، ولان خلل المفضول

(١) المبسوط ١٠١/٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٠٢/٦ .

(٣) المبسوط ١٠١/٨ .

(٤) في النسختين : متساويان .

(٥) عوالي اللئالي ٣٨١/١ .

ينجبر بنظر الامام عليه السلام .

قال رحمه الله : المقصد الثاني في مسائل متعلقة بالدعوى ، وهي خمس :
الاولى - قال الشيخ : لا يسمع الدعوى اذا كانت مجهولة ، مثل أن يدعي ثوباً
أو فرساً ، ويقبل الاقرار بالمجهول ويلزم تفسيره ، وفي الاول اشكال .
أقول : منشؤه : النظر الى أن الدعوى لها جواب ، فربما كان بنعم فلا يمكن
الحاكم أن يقتضي به عليه ، لانه مجهول ، وليس كذلك الاقرار بالمجهول .
أما أولاً ، فلان الدعوى حق المدعي ، والاقرار حق على المقر ، وما كان عليه
فهو أغلظ مما كان حقاً له ، فلهذا سمعنا المجهول في الثاني ولم يسمع الا المعلوم
في الاول ،

وأما ثانياً ، فلانا لو لم نقبل الاقرار بالمجهول لامكن أن يرجع عن اقراره
فلهذا سمعنا مجهوله كما يسمع معلومه ، وليس كذلك الدعوى ، لانا اذا لم نسمعها
أمكن أن يدعى دعوى معلومة ، ولان هناك داع بدعوة الى دعواه فافتقرا ، وهو
اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، محتجاً بعين هذا الدليل وأتبعه المتأخر محتجاً به
أيضاً ، وهو قوي .

والالتفات الى أن الدعوى المجهولة دعوى جازمة ، فلا يسقط ، ولان الدعوى
المجهولة يصدق على صاحبها أنه مدع وعلى المنسوبة اليه أنه مدعى عليه ، فيكون
مسموعة ، عملاً بقوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(٢) .

(١) المبسوط ١٥٦/٨ .

(٢) عوالي اللئالي ٢٤٤/١ و ٤٥٣ و ٢٥٨/٢ و ٣٤٥٥ .

أقول : هنا يياض بقدر ثلاث صفحات في نسخة « م » وبقدر صفتين في نسخة « س »
وقال في هامش نسخة « س » : هكذا وجد يياضاً من قوله « من أنكر » الى قوله « اد الامانة
الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » في نسخة بخط الشيخ أحمد بن فهد رحمه الله .

أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خاتك ، ثم أجاز أخذ الودعة يحق له بعد ترك الخبر ، وهو خيرة الشيخ في الخلاف^(١)، محتجاً بعين هذا الدليل .
والالنفات الى عموم الاخبار الدالة على جواز الاقتصاص من غير فرق بين الودعة وغيرها ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢)، واختاره المتأخر .
قال رحمه الله في المقصد الاول، في الاختلاف في دعوى الاملاك - الى قوله:
وفي الثاني يقضي بها للخارج دون المتشبه، ان شهدتا لهما بالملك المطلق، وفيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد .

أقول: أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ في الخلاف من أن البينة بينة المتشبه فيقضى له بهادون الخارج، واستدلالة بخبر جابر أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله في دابة أو بعير، فأقام كل واحد منهما البينة أنها له نتجها فقضى رسول الله ﷺ للذي هي في يده .

وفي معناه خبر غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي عليه السلام ، الا أنه زاد عليه بأن قال : لو لم تكن في يده جعلها بينهما نصفين^(٣).

غير مفيد لمدعاه ، فان الخبر يرد الان على أن البينة بينة ذي اليد اذا شهدتا لهما بالسبب لامطلقاً فاعرفه ، على أن الشيخ رحمه الله قال في هذه المسألة أيضاً بعد أن نقل عن أبي حنيفة وأصحابه : ان التداعي ان كان ملكاً مطلقاً لا يتكرر سببه سمعنا بينة الداخل ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، وقد ذكرناه في النهاية والمبسوط وفي كتابي الاخبار^(٤). وظاهر هذا الرجوع عما صدره في أول المسألة .

قال رحمه الله : الخامسة - لوا دعى داراً في يد انسان وأقام بينة أنها كانت

(١) الخلاف ٢/٦٤٦ .

(٢) المبسوط ٨/٣١١ .

(٣) الخلاف ٢/٦٣٦ ، مسألة ٢ من كتاب الدعاوى .

(٤) الخلاف ٢/٦٣٥ .

في يده أمس أو منذ شهر ، قيل : لا يسمع هذه البينة . وكذا لو شهدت له بالملك أمس ، لأن ظاهر اليد الآن الملك ، فلا يدفع ، بالمحتمل ، وفيه اشكال ولعل الاقرب القبول .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في الخلاف ، محتجاً بأن المدعي يدعي الملك في الحال والبينة يشهد له بالامس فقد شهدت له بغير ما يدعيه فلم يقبل . ثم قال : فإن قالوا : انها شهدت له بالملك أمس ، والملك مستدام الى أن يعلم زواله قلنا : لانسلم أن الملك يثبت بها حتى يكون مستداماً ، على أن زوال الاول موجود فلا يزال الثابت بأمر محتمل^(١) . وهو أحد قولي الشافعي .

واعلم أن هذا البحث يبنى على مسألة يجب تحقيقها وبها يتضح وجه الاشكال وهي أن الشهادة بتقديم الملك هل هي أولى من الشهادة لحديثه أم لا ؟ .

فنقول : اختلف قول^(٢) الشيخ رحمه الله في هذه المسألة ، فذهب في الخلاف^(٣) الى أن الملك المتنازع فيه ان كان في يد من شهدت له البينة بتقديم الملك قضي له به ، لأن معه حجتين : بينة قديمة ويد . وان كان في يد من شهدت بحديث الملك فصاحب اليد أولى ، وهو مذهب أبي حنيفة .

وذهب في المبسوط الى أن الشهادة بتقديم الملك أولى مطلقاً ، سواء حصل معها يد أو لم يحصل ، قال : وهو الذي يدل عليه أخبارنا ، لأن البينة أقوى من اليد ، وكذلك مارجح بالبينة أقوى مما رجح باليد ، ولأن صاحب اليد مدعى عليه والمدعي من له البينة بتقديم الملك ، فكان أولى للخبر^(٤) .

(١) الخلاف ٢/٦٣٩ .

(٢) في « م » : قولاً .

(٣) الخلاف ٢/٦٤١ .

(٤) المبسوط ٨/٢٨٠ .

وما ذكره في المبسوط أقوى، فعلى هذا يسمع البينة في المسألة التي ذكرها المصنف ، لان البينة يشهد له بتقديم الملك وبينة الاخرى بحديثه .

قال رحمه الله في المقصد الثاني ، في الاختلاف في العقود : اذا اتفقا على استئجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في الاجرة ، وأقام كل واحد منهما بينة بما قدره ، فان تقدم تاريخ أحدهما عمل به ، لان الثاني يكون باطلا . وان كان التاريخ واحداً ، تحقق التعارض ، اذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدتين متنافيين وحينئذ يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ، هذا اختيار شبخنا في المبسوط .

وقال آخر : يقضى بينة المؤخر ، لان القول قول المستأجر لو لم يكن بينة اذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر ، فيكون القول قوله . ومن كان القول قوله مع عدم البينة كانت البينة في طرف المدعي ، وحينئذ نقول : هو مدع زيادة وقد أقام البينة بها ، فيجب أن يثبت ، وفي القولين تردد .

أقول : القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، كما ذكره المصنف . والقول الثاني لبعض الجمهور ، وحكاه الشيخ في المبسوط .

وتردد المصنف في القولين معاً ، ومنشأ تردده : النظر الى أن قول الشيخ ضعيف ، فلا يعتمد عليه . أما أولاً ، فلان الشيخ حكم بالقرعة مع تحقق التعارض ولم يعتبر أسباب الترجيح من أرجحية العدالة وأكثرية العدد . وأما ثانياً ، فلان القرعة وردت على خلاف مقتضى الاصل ، فيقتصر بها على موردها .

والقول الثاني الذي حكاه الشيخ رحمه الله عن بعض الجمهور ضعيف أيضاً . أما أولاً ، فلان كل واحد منها مدع ، فتخصيص أحدهما بسماع بيئته دون الاخر ترجيح من غير مرجح ، وهو باطل . وأما ثانياً ، فلان القضاء ببينة الموجد انما

يسوغ اذا لم يتحقق التعارض بين الشئتين ، لكن التعارض هنا متحقق ، فيبطل القول بتقديم بينة المؤخر .

أما تحقق التعارض ، فلانه اذا كان التاريخ واحداً ، استحال وقوع عقدين متغايرين . وان كان العقد الذي ادعاه الموجر أقدم من تاريخ العقد الذي ادعاه المستأجر ، كان الاول صحيحاً والثاني باطلا ، اذ الاجارة عقد لازم ، فمع تحققه يمتنع فسخه . وان كان تاريخ عقد المستأجر هو الاقدم كان صحيحاً ، وكان عقد الموجر باطلا ، ولا اشكال في القسمين الآخرين ، اذ لانزاع فيهما ولا تعارض . وانما النزاع في القسم الاول ، وقد بينا تحقق التعارض فيه .

وأما أن القضاء بينة الموجر مشروط بعدم تحقق التعارض بين البينتين فلوجهين: الاول اتفاق الفقهاء على أن مع التعارض يجب الترجيح، ومع انتفائه يحكم بالقرعة وأن الحكم بتقديم بينة الموجر مستلزم للمحال فيكون محالاً. أما المقدمة الاولى فلاستلزامه الترجيح من غير مرجح ، ولا شك في استحالته . وأما المقدمة الثانية فظاهرة .

واذ قد بان ضعف هذين القولين وجب اطراحهما والرجوع الى غيرهما ، ومما ذاك^(١) الاجود أنه الحكم بالقرعة مع انتفاء أسباب الترجيح، وبعض القائلين بالتعارض حكم بالنهاية مع تساوي البينتين ، وحيث لا يلق به القول بالتحالف فيبطل عقد الاجارة وتجب أجرة المثل مع انقضاء المدة أو بعضها .

ومنهم من قال يوقف ، ومنهم من قال يقسم ، والوقف غير ممكن ، اذ فيه تفويت المنافع ، والقسمة غير ممكنة أما أولاً ، فلان القعد لا ينقسم . وأما ثانياً ، فلان الزيادة يدعيها أحدهما وينفيها الآخر ولا يثبتها لنفسه ، فلم يبق الا القرعة، وهو مذهب الغزالي . وانما طولنا الكلام فيهما لانها مهمة .

(١) كذا في النسختين مع علامة الاستفهام فيهما .

قال رحمه الله : ولو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معينة وأقبض الثمن - الى قوله : ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما ، ويرجع كل منهما بنصف الثمن وهل لهما أن يفسخا ؟ الاقرب نعم ، لتبعض المبيع قبل قبضه . ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم وفي لزوم ذلك تردد ، أقربه اللزوم . أقول : منشؤه : النظر الى أن المقتضي للزوم موجود ، والمعارض لا يصلح للمعارضة ، فيجب القول بالزوم . أما المقتضي ، فهو وجود عقد البيع الصادر عن أهله ، ولا شك في الحكم بثبوته هنا .

وأما انتفاء المعارض ، فلان المعارض المذكور ليس الا تبعض الصفقة المقتضي للفسخ لدفع ضرر الشركة ، وهو متف هنا ، اذ التقدير أن أحدهما قد فسخ ، فانتفى التبعض فينتفي معلوله ، وهو خيار الفسخ ، ولعله الأقوى . واعلم أن الشيخ رحمه الله فصل تفصيلاً ، وهو أن الفسخ ان وقع من أحدهما قبل أن يختار الآخر امساك النصف ، توفر الكل عليه ، اذ لا مزاحم حينئذ . وان وقع بعد الاختيار لم يكن له أخذ النصف الآخر ، لان الحاكم قد قضى له بالنصف الذي أمسكه دون الآخر ، فعوده يحتاج الى دليل .

والالتفات الى أن الخيار ثبت له أولاً قبل فسخ المشتري الآخر فكذا بعده ، عملاً بالاستصحاب ، ولانه لو توقف ثبوت الفسخ لاحدهما على ثبوته للآخر ، فان انعكس دار ، والا لزم الترجيح من غير مرجح ، وهو ظاهر كلام الشيخ وصاحب الوجيز .

وهذان الدليلان ضعيفان ، أما الاول فلان خيار ثبت لمعنى ، وقد انتفى فينتفي بانتفائه ، عملاً بالعلية . وأما الثاني فلجواز التلازم كالمضافين والعلة والمعلول المتساوي .

قال رحمه الله في كتاب الشهادات : الثانية - لا تقبل شهادة القاذف ، ولوتاب

قلت . وحد التوبة أن يكذب نفسه وان كان صادقاً ويوري باطلاً ، وقيل : يكذبها ان كان كاذباً ، ويخطئها في الملا ان كان صادقاً ، والاول مروي .

وفي اشتراط اصلاح العمل زيادة عن التوبة تردد، والاقرب الاكتفاء بالاستمرار لان بقاءه على التوبة اصلاح ولوساعة .

أقول : لاختلاف في وجوب القبول مع التوبة ، وانما نشأ الخلاف في حدها فذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) الى الاول، وبه روايات عن أهل البيت عليهم السلام ، وهو اختيار الاصطخري ، وذهب المتأخر الى الثاني .

وقواه الشيخ رحمه الله في الكتابين أخيراً ، قال : لانه اذا أكذب نفسه ربما كان صادقاً في الاول فيما بينه وبين الله تعالى ، فيكون هذا الاكذاب كذباً ، وذلك قبيح ، وهذا مذهب أبي اسحاق المروزي .

واعلم أن المتأخر أورد مع ضد القول في كتابه ، فتوهم صاحب كشف الرموز أنه قال من عنده . وأما اصلاح العمل ، وهو أن يعمل طاعة بعد التوبة ، ففي اعتباره خلاف ، فذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف الى اعتباره ، نظراً الى قوله تعالى « الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا »^(٣) فاعتبر تعالى التوبة وصلاح العمل .

وذهب الشافعي في أحد قوليه الى أنه غير معتبر ، التفاتاً الى أن البقاء على التوبة ولوساعة طاعة واصلاح ، فلا يعتبر في غير ذلك ، لاصالة البراءة ، والمصنف تردد فيه ، ومنشأ تردده من النظر الى الوجهين .

(١) المبسوط ١٧٦/٨ .

(٢) الخلاف ٦١٠/٢ - ٦١١ .

(٣) سورة البقرة : ١٦٠ .

تذنيب :

الفائلون باشتراط الاصلاح ، فذهب الشافعي في أحد قوله الى أنه معتبر سنة ، واختارة الشيخ في المبسوط^(١)، وذهب في الخلاف^(٢) الى أن ذلك غير معتبر، بل الطاعة الواحدة كافية في قبول الشهادة ، وهو ظاهر كلام المتأخر . قال رحمه الله : لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرم ، ترد به الشهادة ، وفي المتكأ عليه والافتراش له تردد ، والجواز مروي . أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن استعمال الحرير ، ولان العلة المقنضية لتحريم لبسه موجودة في التكاأة عليه والافتراش له ، فيثبت التحريم عملاً بالمقتضي .

والالتفات الى أصالة الجواز ، ترك العمل بها في تحريم الملبوس ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولاً بهافيماء عداه ، ولان الجواز مروي عن أهل البيت عليهم السلام . قال رحمه الله: قيل : لاتقبل شهادة المملوك أصلاً - الى قوله : أما المكاتب المطلق اذا أدى من مكاتبته شيئاً ، قال في النهاية : تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه ، وفيه تردد ، أقربه المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المكاتب المطلق عبد ، فلا تقبل شهادته على مولاه ، عملاً بظاهر الاخبار الدالة على المنع من ذلك ، وهو ظاهر كلام المتأخر . والالتفات الى أن الحرية التي فيه تقتضي ثبوت المزية له على غيره من العبيد وليس الا قبول شهادته على مولاه بقدر ما تحرر منه ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٣) ، وهذا الدليل اقناعي .

(١) المبسوط ١٧٧/٨ .

(٢) الخلاف ٦١١/٢ .

(٣) النهاية ص ٣٣١ .

قال رحمه الله : التبرع بالشهادة قبل السؤال بطرق التهمة ، فيمنع القبول .
أما في حقوق الله ، أو الشهادة للمصالح العامة فلا يمنع ، اذ لادعي لها ، وفيه
تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن التهمة المانعة من قبول الشهادة موجودة في
الصورتين ، فيمنع القبول عملاً بالعلية ، وهو خيرة الشيخ في النهاية^(١)، حكاه عنه
صاحب كشف الرموز .

والالتفات الى أن حقوق الله تعالى لادعي لها ، فيجوز التبرع بالشهادة فيها
قبل السؤال ، لانتفاء التهمة هنا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢)، على ما حكاه
كشف الرموز ، وهو حسن حذراً من سقوط حدود الله الا نادراً .

قال رحمه الله في الطرف الثاني فيما يصير به الشاهد شاهداً : وما يكفي فيه
السماع ، فالنسب والموت والملك المطلق ، لتعذر الوقوف عليه مشاهدة في الاغلب
ويتحقق كل واحد من هذه بتوالي الاخبار من جماعة ، لا بضمهم قيد المواعدة ،
أو يستفيض ذلك حتى يتآخم العلم ، وفي هذا عندي تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن اتباع الظن ، ولا شك ان الاستفاضة
ظن ، فيكون منهيّاً عن اتباعها ، وهو يقتضي عدم الاجتزاء بها .

لا يقال : ينتفض ذلك ، فان طرق أكثر أحكام الشريعة ظنية .

لانا نقول : الواجب العمل بالعموم حتى يظهر دليل الخصوص ، ولم يوجد
هنا دليل دال على وجوب اتباع هذا النوع من الظن بخلاف ما ذكرتموه .

والالتفات الى أنه قول أكثر علمائنا فيكون راجحاً ، فيجب اتباعه . أما الاولى
فلان الكثرة اشارة الرجحان . وأما الثانية ، فللقضاء العقل بوجوب اتباع الراجح

(١) النهاية ص ٣٣٠ .

(٢) المبسوط ١٨٦/٨ .

وبقوله عليه السلام «دع ما يريك الى ما لا يريك»^(١) ولان الاختصار على ما ذكره المصنف مشقة عظيمة وحرماً ظاهراً ، فيكون منقياً عملاً بالاية والرواية ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢).

قال رحمه الله : أما شهادته على المقبوض فماضية قطعاً .
أقول : أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط^(٣) من القطع بجواز شهادته ، وذلك في صورتين :

الاولى : اذا كانت يده في يد رجل وهو بصير ، فعمي ويده في يده وهو عارف باسمه ونسبه ، صح أن يحتمل الشهادة عليه وهو أعمى .

الثانية : شهادة المضبوط ، وهو أن يمسك برأس رجل ويقرب فاه الى أذنه فيقر بحق ، فلا يفارقه حتى يأتي به الحاكم ، فيقول : هذا أقر لفلان بكذا وكذا . قال رحمه الله في الطرف الثالث في أقسام الحقوق : وأما حقوق الادمي فتلاثة - الى قوله : وفي العتق والنكاح والقصاص تردد ، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين .
أقول : قد سبق ما يضاهاى هذا البحث في الحكم بالشاهد واليمين مستوفى ، فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله في الطرف الرابع في الشهادة على الشهادة : وللتحمل مراتب - الى قوله : ويليهِ أن يسمعه يقول : أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا ويذكر السبب ، مثل أن يقول : من ثمن ثوب أو عقار ، اذهبي صورة جزم ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى قبول الشهادة على الشهادة على خلاف مقتضى

(١) عوالى التالى ٣٩٤/١ و ٣٣٠/٣ .

(٢) المبسوط ١٨٠/٨ .

(٣) المبسوط ١٨٤/٨ .

الاصالة ، ترك العمل بها في صورتين: صورة الاسترعاء ، وصورة سماعه، يشهد بذلك عند الحاكم ، للاجماع فيبقى معمولاً بهما فيما عداهما .
والالتفات الى أن الاصل قاص بجوازه ، ولأن العلة المقتضية لقبول الشهادة على الشهادة - وهي تعذر اثبات الحقوق لولا شرع ذلك - موجودة هنا ، ولأن حضور شاهد الاصل عند الحاكم لاداء الشهادة مما يقل غالباً ، فلو كان القبول مشروطاً به لزم الحرج والمشقة المنفيين بالاية والرواية . وكذا لو كان مشروطاً بالاسترعاء ، لانه مما يقل أيضاً الا نادراً ، فمست الحاجة الى شرع مرتبة ثالثة للتحمل، وليست الا هذه، اذ هي صورة جزم بثبوت الحق للمشهود عليه، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).

واعلم أن المتأخر ذكر أن مراتب التحمل هي هذه الثلاث في كتابه كما ذكر الشيخ في المبسوط ، الا أنه قال بعد ذلك : وهذا جميعه أورده شيخنا في مبسوطه وأوردناه على ما أورده ، ولم يرد في أخبارنا من هذا شيء. وهذا الكلام يدل على تردده فيه .

قال رحمه الله: أما لو لم يذكر سبب الحق ، بل اقتصر على قوله : أنا أشهد لفلان على فلان بكذا لم يصير متحماً ، لاعتباد التسامح بمثله ، وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب اشكال .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله فرق في المبسوط^(٢) بين هاتين المسألتين ، بأن قوله في هذه الصورة أشهد بذلك ينقسم الى الشهادة بالحق ، ويحمل العلم به على وجه لا يشهد به ، وهو أن يسمع الناس يقولون لفلان على فلان كذا وكذا واذا احتمل ذلك وقف التحمل بهذا الاحتمال ، وليست كذلك الصورة الاولى ، لانقضاء هذا الاحتمال بذكر السبب ، وعروة الحق اليه .

(١) المبسوط ٢٣١/٨ .

(٢) المبسوط ٢٣٢/٨ .

والمنصف استشكل الفرق، ومنشؤه تساويهما في الجزم بثبوت الحق، بقبول أحدهما والغاء الأخرى تخصيص من غير مرجح، وهو باطل.

قال رحمه الله: وتقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه منفردات، كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية، وفيه تردد، أشبهه المنع.

أقول: منشؤه: النظر إلى الأصل الدال على الجواز، ولأن قبول شهادتهن في هذه الأشياء أصلاً يستلزم أولوية قبولها فرعاً، إذ هي أضعف، لاستنادها إلى شهادة الأصل، وهو مذهب أبي حنيفة، إلا أنه قبل شهادتهن على الشهادة فيما لهن فيه مدخل أيضاً، وإن لم تثبت بهن منفردات، كالأموال والديون.

ونحن قصرنا الجواز على ما تقبل فيه شهادتهن منفردات، عملاً بالمتفق عليه والشيخ قصر الجواز في الخلاف^(١) على شهادتهن على الشهادة في الأملاك والديون والعقود، محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم.

والالتفات إلى أن تجويز ذلك حكم شرعي، فيقف على الدلالة الشرعية وحيث لادلالة فلاحكم، وهو اختيار المتأخر.

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط: الأول قوي لكن الثاني أحوط^(٢). واعلم أن في كلام الشيخ في هذه المسألة في النافع إجمالاً ومقصوده ما ذكرناه. قال رحمه الله في القسم الثاني في الطوارئ: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما - إلى قوله: وفي الحكم بحد القذف والقصاص تردد، أشبهه الحكم لتعلق حق الأدمي به.

أقول: منشؤه النظر إلى أن حدوث الفسق قبل الحكم شبهة، فيسقط القذف

(١) الخلاف ٢/٦٣٠.

(٢) المبسوط ٨/٢٣٣.

والقصاص بهما ، عملاً بظاهر قوله ﷺ « ادرؤا الحدود بالشبهات »^(١) وهو قوى وحكاية الشيخ عن بعض الفقهاء ، قالوا : لانه كحد الربا .

والالتفات الى أن فيها حقاً لادمي فيحكم بهما ، والالزم الاضرار به ، وتضييع حقه بعد ثبوته شرعاً ، ولانهما كالمال ، وهو اختيار الشيخ محتجاً بالدليل الاخر . قال رحمه الله : لورجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم - الى قوله : ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، فان كان حداً لله نقض الحكم ، لتحقق الشبهة الموجبة للسقوط . وكذا لو كان الادمي كحد القذف ، أو مشتركاً كحد السرقة ، وفي نقض الحكم لما عدا ذلك تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن المحكوم به مقطوع بصحته شرعاً ، ورجوعهما يحتمل الصدق والكذب ، فلو نقض به ما قد قطع عليه ترك العمل بهذا الدليل في بعض الصور لوجود دليل أقوى ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وهو ظاهر كلام الشيخ في كتابي الفروع وأتبعهما المتأخر .

والالتفات الى ان الرواية المتضمنة رد الزوجة المشهود بطلاقها على زوجها الاول مع رجوع الشهود عن ذلك يستلزم نقض الحكم في غير الصور الثلاث مع الرجوع قبل الاستيفاء ، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية^(٢)^(٣).

[قال رحمه الله: اذا قتل المرتد مسلماً عمداً ، فللولي قتله فوداً ويسقط قتل الردة . ولو عفا الولي قتل بالردة . ولو قتل^(٤) خطأ كانت الدية في ماله مخففة

(١) عوالى اللثالى ١/٢٣٦ و ٢/٣٤٩ و ٣/٥٤٥ .

(٢) النهاية ص ٣٣٦ .

(٣) أقول: هنا بياض في النسختين ، وقال في هامش « س » : هكذا وجد هذا البياض الذى هو من « النهاية » الى « الخطأ » في نسخة بخط الشيخ أحمد بن فهد رحمه الله .

(٤) ما بين المعقوفتين أثبتته من الشرائع المطبوع .

مؤجلة، لانه لاعاقلة له على تردد. ولو قتل أومات حلت، كما تحل الاموال المؤجلة
أقول: منشؤه: النظر الى أن المرتد كافر، فلا تحمل العاقلة عنه شيئاً من الدية
كغيره .

والالتفات الى أنه متحرم يحرمه الاسلام، فيعقل عنه ورثته المسلمون لان ميراثه
لهم ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).

قال رحمه الله تعالى : اذا مات المرتد ، فقتله من يعتقد بقاءه على الردة ، قال
الشيخ : يثبت القود ، لتحقق قتل المسلم ظاهراً ، ولان الظاهر أنه لا يطلق الارتداد
الا بعد توبته ، وفي القصاص تردد ، لعدم القصد الى قتل المسلم .

أقول : منشؤه : النظر الى ظاهر الايات الدالة على ثبوت القود مع حصول
القتل العمد العدوان، ولان الظاهر من حال المرتد اذا أطلق أنه أطلق بعد توبة واسلام
وهو خيرة الشيخ في المبسوط^(٢)، محتجاً بهذين الدليلين .

والالتفات الى أن اعتقاد البقاء على الردة شبهة مبيحة للقتل، فيسقط القصاص
معها ، عملاً بظاهر قوله ﷺ « ادروا الحدود بالشبهات »^(٣).

ولاشك أن القصاص حد. أما أولاً فللاستعمال. وأما ثانياً فلان الحد هو المنع
وهذا المعنى متحقق في القصاص، فيدخل تحته عملاً^(٤) بالاشتقاق، ولانه لم يقصد
قتل المسلم ، وهو خيرة المصنف رحمه الله ومذهب بعض الفقهاء .

(١) المبسوط ٧٢/٨ .

(٢) المبسوط ٧٢/٨ .

(٣) عوالى اللثالى ٢٣٦/١ و ٣٤٩/٢ و ٥٤٥/٣ .

(٤) فى « م » : عموماً .

فرع :

قال الشيخ في المبسوط : وكذا البحث لو قتل من يعتقد بقاءه على العبودية فبان حراً أو رأى ذمياً فقتله يعتقد أنه على الكفر ، فبان مسلماً^(١).

فرع آخر :

ان قلنا بثبوت القود، فالولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية. وان قلنا بالعدم، فالدية عليه مغلطة حالة في ماله ، لانه قتل عمداً ، وانما أسقطنا القود للشبهة. قال رحمه الله في الباب الثالث في الدفاع: من به سلعة اذا أمر بقطعها فمات فلا دية له على القاطع، ولو كان مولى عليه، فالدية على القاطع ان كان ولياً، كالاب والجد للاب . وان كان أجنبياً ، ففي القود تردد ، والاشبه الدية في ماله لا القود لانه لم يقصد القتل .

أقول : منشؤه : النظر الى أن قطع السلعة^(٢) مما يقتل غالباً ، فيكون القصد الى قطعها قصداً الى القتل وان لم يقصده ، فيجب به القود . وانما أسقطناه عن الاب والجد له ، لانهما لا يقادان به .

والالتفات الى أن القاطع لم يقصد الفعل ، فلا يقاد به ، بل يجب عليه دية العمد، عملاً بأصالة براءة الذمة وحقن الدماء ، الامع وجود الاسباب المبيحة لها. قال رحمه الله في كتاب القصاص : أما لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات، ففي القصاص تردد، والاشبه القصاص ان قصد القتل، والدية ان لم يقصد أو اشتبه القصد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن شرط جواز القصاص يحقق القتل العمد ،

(١) المبسوط ٧٢/٨ .

(٢) السلعة : عقدة تكون في الرأس أو البدن .

وهو غير موجود هنا ، للشك في كون العمل حاصلًا بهذا النوع من القتل .
والالتفات الى أنه فعل فعلا حصل به الموت ، فيثبت به القصاص . أما الصغرى
ففرضية . وأما الكبرى ، فللرواية الدالة على ذلك ، وهي رواية علي بن أبي حمزة
عن أبي بصير قال أبو عبد الله عليه السلام : لو أن رجلا ضرب رجلا بخزفة أو آجرة أو
بعود فمات كان عمداً^(١) . ولما كان هذا القول ضعيفاً لاجرم كان القول الاول أجود .
وأعلم أن هذا البحث انما يتمشى مع جهل قصد الفاعل ، أو العلم بأنه لم
يقصد القتل . أما لو علم منه قصد القتل بهذا الفعل ، فالاصح ثبوت القصاص ، وان
كان ظاهر كلام الشيخ في المبسوط^(٢) ياباه .

قال رحمه الله : ولو جعل السم في طعام صاحب المنزل ، فوجده صاحبه فأكله
فمات ، قال في الخلاف والمبسوط : عليه القود ، وفيه اشكال .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف^(٣) ، وأفتى فيها بتحتّم القود على
الجاعل ، وقواه في المبسوط^(٤) لا غير ، محتجاً بأنه كالقاتل وبأنه عرضه لاكل
الطعام وألجأه اليه بالاباحة لأكله ولم يعلمه ، ألا ترى لو علم أن فيه السم لم يختر
شربه ولا أكله .

وهذان الدليلان ذكرهما رحمه الله في مسألة من جعل السم في طعام نفسه
وقدمه الى الغير ولم يعلم أنه مسموم ، ثم قال في مسألتنا : هذه دليلنا ما قلناه في
المسألة الاولى سواء .

والمصنف رحمه الله استشكل القول بإيجاب القود ، ومنشؤه : النظر الى أن

(١) تهذيب الاحكام ١٥٦/١٠ ، ح ٥٠ .

(٢) المبسوط ١٧/٧ .

(٣) الخلاف ٣٥٣/٢ مسألة ٣١ من كتاب الجنائيات

(٤) المبسوط ٤٥/٧ .

الاكل مستقل باتلاف نفسه بمباشرة الاكل العاري عن اذن الجاعل، فيسقط القود عن الجاعل، لانه كالسبب. ولاخلاف في سقوط الضمان عن ذي السبب مع مجامعته المباشر ، وهو أحد قولي الشافعي .
والالتفات الى الدليل الذي ذكره الشيخ رحمه الله. وفيه نظر، لاقتران السبب في المسألة الاولى بالالغاء ، وتجرده عنه في الثانية .

فرع :

ظاهر كلام الشيخ المصنف رحمه الله يقتضي سقوط الدية أيضاً، وهو مذهب الشافعي ، ومنهم من أوجب الدية، وهو قول الشافعي أيضاً، وإيجاب القود عندي الأقوى .

قال رحمه الله : الثاني - لو قال : اقتل نفسك ، فإن كان مميزاً فلا شيء على الملمزم، والافعلى الملمزم القود ، وفي تحقق اكراه العاقل هنا اشكال .
أقول: منشؤه: النظر الى أن حقيقة الاكراه الاجبار على الشيء والالغاء اليه ولاشك في تحقق هذا المعنى في العاقل مع الزامه قتل نفسه .

والالتفات الى أن الاكراه على الفعل انما يتحقق اذا كان الاتيان بالفعل المكروه عليه مسقطاً للضرر الحاصل من جهة المكروه ، بتقدير عدم ايقاع الفعل المكروه عليه ، ولاشك في انتفاء هذا هنا، لان قتل هذا المكروه لا بد منه ، أما في صورة قتل نفسه فظاهر، وأما في صورة عدم قتله نفسه ، فلان التقدير أن المكروه يقتله ثم ان لم يقتل نفسه، فالقتل حاصل على التقديرين، فلا اكراه حينئذ، وفائدة هذا البحث قليلة جداً .

قال رحمه الله : لو قطع يده من الكوع وآخر ذراعه ، فهلك قتلا به ، لان سراية الاول لم تنقطع بالثاني ، لشياع ألمه قبل الثانية . وليس كذا لو قطع يده

وقتلته الآخر ، لان السراية انقطعت بالتعجيل ، وفي الاول اشكال .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الثاني قطع سراية الاول ، بدلالة أنه لا يتجدد معه الالم بعد قطع الثاني ، فيكون الاول قاطعاً والثاني قاتلاً ، فيقطع الاول ولا يقتل ويقتل الثاني ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ولعله قوي .

والالتفات الى أن الهلاك حصل وألم القطعين باق ، فليس استناد القتل الى أحدهما أولى من الآخر ، فاما أن لا يستند الى واحد منهما ، أو الى واحد معين أو غير معين أو اليهما ، والاقسام الثلاثة باطلة ، فتعين الرابع .

أما بطلان الاول فبالاجماع ، لاستلزامه اهدار دم المرء المسلم .

وأما الثاني ، فلانه ترجيح من غير مرجح ، وهو محال .

وأما الثالث ، فهو باطل ، وبتقدير صحته فالمقصود حاصل . أما أنه باطل ، فلان ما ليس بمعين معدوم ، والمعدوم يستحيل أن يكون مؤثراً . وأما حصول المقصود على تقدير صحته ، فلاستلزامها وجوب القود على القاتل والقاطع معاً ، وهر المطلوب ، فتعين الرابع وهو مذهب الشيخ في الخلاف^(١) ، محتجاً بعين هذا الدليل ، وبه قال الشافعي .

قال رحمه الله : الرابعة - اذا اشترك حر وعبد في قتل حر عمداً ، قال في النهاية : للاولياء أن يقتلوهما ويؤدوا الى سيد العبد ثمنه ، أو يقتلوا الحر ويؤدي سيد العبد الى ورثة المقتول خمسة آلاف درهم ، أو يسلم العبد اليهم ، أو يقتلوا العبد ، وليس لمولاه على الحر سبيل ، والاشبه أن مع قتلها يؤدون الى الحر نصف دية ، ولايرد على مولى العبد شيء مالم تكن قيمته أزيد من نصف دية الحر ، فيرد عليه الزائد .

وان قتلوا العبد وكانت قيمته زائدة عن نصف دية المقتول ، أدى الى مولاه

الزائد ، فان استوعب الدية والا كان تمام الدية لاولياء الاول ، وفي هذه اختلاف
للاصحاب ، وما ذكرناه أنسب بالمذهب .

أقول : في هذه المسألة أقوال :

الاول : ما حكاه المصنف عن الشيخ في النهاية ^(١) ، والاعتراض عليه من
وجوه :

الاول - قوله « وان قتلوهما ردوا على سيد العبد ثمنه » والصواب أنهم
يردون على الحر نصف دية وعلى سيد العبد مازاد من قيمته على جنايته . ولو
كانت مساوية للجناية أو ناقصة عنها ، فلارد .

الثاني : قوله « أو يقتلوا العبد خاصة وليس لسيد العبد على الحر سبيل »
وهو على الإطلاق غير مستقيم ، بل هو حق ان كانت قيمته تساوي خمسمائة دينار
أو ينقص عنها . أما لو كانت قيمته تزيد عن جنايته رد الحر على مولاه ما فضل عن
جنايته ، فان بقي شيء كان لاولياء المقتول أولا .

الثالث : قوله « أو يقتلوا الحر ويؤدي سيد العبد الى ورثة المقتول خمسة
آلاف درهم ، أو يسلم العبد اليهم فيكون رقاً لهم » والصواب أن يقدر استرقاقه
بأن يكون قيمته مساوية لجنايته ، أو ناقصة عنها . أما لو كانت قيمته زائدة عن قدر
جنايته - وهي خمسمائة دينار - استرق منه بقدر الجناية وكان الباقي للمولى .
وأما ايجاب أداء خمسة آلاف ، فيتأتى على القول بفكه بأرش الجناية ، لاعلى القول
الاخر .

الثاني : قال أبو الصلاح الحلبي : اذا قتل الحر والعبد حراً ، فاختار وليه
الدية ، فعلى الحر النصف ، وعلى سيد العبد النصف الاخر . وان اختاروا قتلها
رد قيمة العبد على سيده وورثة الحر . وان اختاروا قتل الحر ، فعلى سيد العبد نصف

ديته . وان اختاروا قتل العبد قتله ، ويؤدي الحر الى سيده نصف قيمته^(١) .
قال المتأخر: وهذا الذي يقتضي أصول مذهبنا . والاعتراض عليه من وجوه:
الاول : قوله « فان اختار الولي الدية ، فعلى الحر النصف وعلى المولى
النصف الاخر » وكان ينبغي تقييد ذلك بتخير المولى بين فديته بنصف الدية ، أو
تسليمه ان كانت قيمته نصف الدية أو أقل ، والا كان لهم منه بقدر نصف الدية .
الثاني : قوله « وان اختار قتلها رد قيمة العبد على المولى وورثة الحر »
والحق فيه أن يرد على الحر نصف ديته ، وعلى المولى ما فضل من قيمة العبد عن
جنايته ، كما ذكر أولاً .

الثالث : قوله « وان اختار قتل الحر ، فعلى سيد العبد نصف ديته لورثته »
والمأخذ عليه قد ذكر أولاً .

الرابع : قوله « أويقتل العبد ويؤدي الحر الى المولى نصف قيمته » والحق
أن القيمة ان كانت مساوية للجناية أو ناقصة ، فلا شيء للمولى . وان كانت زائدة
دفع الى مولاه الزائد ، فان استوعبت الدية والا كان الباقي لاولياء المقتول .
قال المصنف في النكت : ولست أدري أي أصل اقتضاه عنده . عنى بذلك
المتأخر .

قال الشيخ في الاستبصار : اذا قتل الولي الحر ، وجب على سيد العبد أن يرد
على ورثة المقتول الثاني نصف الدية ، أو يسلم العبد اليهم ، لانه لو كان حراً لكان
عليه ذلك على ما بيناه ، فحكم العبد حكمه على السواء^(٢) .
قال المتأخر : وهذا رجوع عما ذكره في نهايته ، ونعم الرجوع الى الحق .
وما ذكره المصنف في هذا الكتاب حسن .

(١) الكافي ص ٣٨٦ .

(٢) الاستبصار ٢٨٤/٤ .

قال صاحب كشف الرموز : وما ذكره لحكمة^(١) في قتلهم الحر وفي كلامه هنا عقدة ، وفيه اشكال، فان مع قتل العبد لا يلزم أولياء المقتول الاول شيئاً ، بل يرد شريك العبد في القتل وتمايم الدية لأولياء المقتول الاول .

وفيه أيضاً اشكال ، فانه ليس على الحر الا خمسمائة ، والمولى لا يغرم جناية عبده ، وقيمة العبد لا تنفي بجنايته ، فمن يتم الدية للاول .

ثم قال : وأقرب الأقوال ما ذكره شيخنا في هذا الكتاب - يعني : المختصر - ويبقى الاشكال عليه في اختيار الولي قتل العبد وقيمته ينقص عن خمسمائة ، ومنشؤه تعذر الطريق الى من يتم الدية للمقتول الاول .

والحق أنه يسقط ولظهور ما ذكره ، وضعف بعض هذا الكلام ظاهر ، فلاحاجة بنا الى اباتته ، وفيه أيضاً شيء يدل على أنه لم يفهم كلام الشرائع . وأما قوله « لم يذكر الحكم في قتل الحر » فلان الشيخ رحمه الله ذكر حكمه في النهاية جيداً ، فلما نقله المصنف رحمه الله استغنى بذكره بدأ عن ذكره عوداً .

واعلم أنه لا تفاوت كثير بين كلام الشرائع والمختصر . وأما استشكله اختيار الولي قتل العبد مع نقصان قيمته عن جنايته المستلزم لنقصان دية الحر المقتول أولاً ، فليس بشيء لقوله عَلَيْهِ « لا يجني الجاني على أكثر من نفسه »^(٢) ولان ذلك لازم في الحالات الاربع على تقدير نقصان قيمته عن جنايته .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لكونها من المهمات في هذا العلم .

قال رحمه الله في الفصل الثاني ، في الشرائط المعتبرة في القصاص : وتقتل الحرة بالحرّة والحر ، ولا يؤخذ منها فضل على الأشهر .

أقول : قوله « على الأشهر » تنبيه على ما روي عن علي عَلَيْهِ ان الحرة تقتل

(١) كذا في « س » وفي « م » : وما ذكر الحر .

(٢) عوالي اللثالي ١٥٩/٢ و ٥٨٣/٣ . وتهذيب الاحكام ١٨٢/١٠ ، ح ٩٠ .

بالحر ويؤخذ منها فاضل ديتها^(١). وهي متروكة لاعمل عليها .

قال رحمه الله : ومع القول بعق المدبر هل يسعى في فك نفسه ؟ فيه خلاف ، أشهره أنه يسعى ، وربما قال بعض : يسعى في دية المقتول ، وهو وهم .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في التهذيب^(٢) ، وهو غلط . قال المصنف في النكت : واستدل في التهذيب بهذه الرواية ، فإن لم تكن حجة سواها ، فأنها غير دالة على السعي في دية المقتول .

وأما القول الاول، فلأن الاولياء قد استرقوه ويثبت ملكهم عليه ، فلو لم يوجب عليه عند عتقه السعي في قيمته التي هي عوض عن رقبته ، لزم الاضرار بأولياء المقتول ، وهو ينافي السلطنة ، وعليه ذات الرواية المروية عن أبي الحسن عليه السلام^(٣) .

قال رحمه الله في الشرط الثاني في التساوي في الدين : ولو قتل الذمي مسلماً عمداً ، دفع هو وماله الى أولياء المقتول، وهم مخيرون بين قتله واسترقاقه ، وفي استرقاق ولده الصغار تردد ، أشبهه بقاؤهم على الحرية .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الولد الاصغر تابع لآبيه في أعظم الاشياء ، وهو الاسلام أو الكفر ، فيكون تابعا له في الاسترقاق بطريق الاولى ، وهو مذهب سلالر . والالتفات الى أصالة بقاء الحرية ، فلا يحكم بزوالها الا بدليل أقوى ، وهو مفقود هنا . قال المتأخر : والذي يقتضيه الدلالة أن الاولاد الصغار لا يدفع اليهم ، لأن ماله اذا اختاروا استرقاقه ، فهو مال عندهم ومال العبد لسيدته وأولاده أحرار قبل القتل أيضاً اتفاقاً منا ، فكيف يسترق الحر بغير دليل ، فأما استرقاقه هو فاجماعنا منعقد عليه ، وليس كذلك أولاده .

(١) نحوه تهذيب الاحكام ١٨١/١٠ .

(٢) التهذيب ١٩٨/١٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٩٨/١٠ ، ٨٢ج .

فروع :

قال المتأخر : لو اختاروا قتله لم يكن لهم على ماله سبيل ، لانه لا يدخل في ملكهم الا باختيارهم استرقاقه ، وهو حسن على ما قرره أولاً ، وان كان ظاهر كلام الشيخ والرواية المروية عن أبي عبد الله عليه السلام (١) ياباه .

قال رحمه الله : اذا قطع المسلم يد مثله ، فسرت مرتدأ سقط القصاص - الى قوله : أما لو عاد الى الاسلام ، فان كان قبل أن يحصل سرايته ، ثبت القصاص في النفس .

وان حصلت سراية وهو مرتد ، ثم عاد وتمت السراية حتى صارت نفساً ، ففي القصاص تردد ، أشبهه ثبوت القصاص ، لان الاعتبار في الجنابة المضمونة بحال الاستقرار . وقيل : لا قصاص ، لان وجوبه مستند الى الجنابة وكل السراية وهذه بعضها هدر لانه حصل في حال الردة .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف (٢) والمبسوط (٣) ، وحكم في الخلاف بوجوب القود ، متمسكاً بعموم الآية ، وبأن الاسلام وجد في الطرفين حال الإصابة وحال استقرار الجنابة .

ثم قال : فان قبلت الدية كانت الدية كاملة . وأفتى في المبسوط بعدم القود عملاً بالأصل ، ثم قال : وهذه تجب الدية كاملة ، قال قوم : فيه كمال الدية ، وقال آخرون : نصف الدية . والاول أقوى (٤) .

واعلم أن القولين للشافعي . وأما المصنف ، فقد تردد في القصاص ، وبين وجه

(١) تهذيب الاحكام ١٠ / ١٩٤ .

(٢) الخلاف ٢ / ٣٤٩ .

(٣) المبسوط ٧ / ٢٦٦ .

(٤) المبسوط ٧ / ٢٧٧ .

التردد جيداً ، فلا حاجة الى اعادته .

قال رحمه الله : اذا قتل مرتدأ ذمياً ، ففي قتله تردد ، منشؤه نحرم المرتد بالاسلام ، ويقوى أنه يقتل للتساوي في الفكر ، كما يقتل النصراني باليهودي ، لان الكفر كالملة الواحدة .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف^(١) ، وأفتى فيها بتحريم القود على المرتد مع عدم رجوعه الى الاسلام ، محتجاً بعموم قوله تعالى «النفس بالنفس والحر بالحر ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً»^(٢) وهذا قتل مظلوماً ، اذ التقدير ذلك فيثبت لوليه القصاص عملاً بالمظاهر .

والمصنف تردد في ايجاب القود ، وقد بين منشأه . وللشافعي قولان ، أحدهما وجوب القود مطلقاً ، سواء رجع الى الاسلام أو لا ، والثاني عدم ذلك .

قال رحمه الله : اذا قتل ذمي مرتدأ قتل به ، لانه محقون الدم بالنسبة الى الذمي . أما لو قتله مسلم ، فلا قود مطلقاً ، وفي الدية تردد ، والاقرّب أنه لادية .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الدية تقدير شرعي ، فيقف ثبوتها على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلاحكم .

والالتفات الى أنه أجود حالا من الذمي ، دينه كدبته على أقل المراتب ، وهذا [دليل] اقناعي .

قال رحمه الله في الشرط الثالث أن لا يكون القاتل أباً : لو ادعى اثنان ولدأ مجهولاً - الى قوله : ولو ولد مولود على فراش مدعين له ، كالامة أو الموطوءة للشبهة في الطهر الواجد ، فقتلاه قبل القرعة ، لم يقتلا لتحقق الاحتمال بالنسبة الى كل واحد منهما . ولو رجع أحدهما ثم قتلاه لم يقتل الراجع ، والفرق أن

(١) الخلاف ٣٥٣/٢

(٢) سورة الاسراء : ٣٣ .

البنوة هنا تثبت بالفراش لابل مجرد الدعوى ، وفي الفرق تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن المانع من الاقتصاص هنا انما هو احتمال البنوة وهذا المعنى قد انتقي عن الراجع بدفعه له ، ولأن هذه الصورة مساوية لصورة دفع أحد المدعين البنوة عن نفسه ، فتخصيص هذه بإيجاب القود على الراجع منهما ، وانحطاطه عن الراجع في تلك الصورة ، تخصيص من غير مخصص، وهو محال .

والالتفات الى أن ثبوت البنوة في هذه الصورة أكد من ثبوتها في تلك الصورة ، فانها تثبت بسببي الدعوى والفراش ، بخلاف الصورة الاولى، فلهذا لم يوجب القود على الراجع بمجرد رجوعه .
قال رحمه الله في الشرط الرابع كمال العقل : ولو قتل البالغ الصبي، قتل به على الاصح .

هذا تنبيه على أن في المسألة خلافاً ، وقد حكاه المتأخر عن بعض الاصحاب وانما كان الاصح الثبوت لظاهر القرآن .

قال رحمه الله : وفي ثبوت القود على السكران تردد ، والثبوت أشبه ، لانه كالصاحي في تعلق الاحكام . أما من بنج نفسه أو شرب مرقداً لالعذر ، فقد ألحقه الشيخ رحمه الله بالسكران ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان : الاولى - في ثبوت القود على السكران ، وقد تردد فيه ، ومنشأ تردده : النظر الى أن السكران مساو للمجنون في زوال العقل ، فلا يقتص منه عملاً بالمساواة .

والالتفات الى أن الاصحاب أوجبوا عليه الاحكام كالصاحي ، وهذا يدل على مساواته له عندهم . ويضعف الاول بأن الاشتراك في الصفات السلبية لا يوجب التماثل .

وأما المسألة الثانية ، فمنشأ التردد فيها : النظر الى أن الفاعل لذلك مساو للسكران في تعمد ازالة عقله ، فيجب عليه القود تغليظاً للعقوبة . والالتفات الى اصالة عدم التعدي .

قال رحمه الله : وفي الاعمى تردد أظهره أنه كالمبصر في توجه القصاص بعمده وفي رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام ان جنايته خطأ تلزم العاقلة .
أقول : منشؤه : النظر الى هذه الرواية المؤيدة بفتوى الشيخ .
والالتفات الى أنها مخصصة لعموم آي القرآن العزيز فلا يسمع .

قال رحمه الله في الفصل الثالث في دعوى القتل : ولو حرر الدعوى بتعيين القاتل وصفة القتل ونوعه سمعت دعواه ، وهل تسمع منه مقتصرأ على مطلق القتل؟ فيه تردد أشبهه القبول .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن القتل من الامور التي لا يمكن استداركها بعد فواتها ، فافتقرت الى الكشف ، وهو المراد بالتعيين ، ولانا لانعلم صفة القتل ، فيستوفى موجه مع نكول المدعى عليه وحلف المدعي . وهو اختيار الشيخ في كتاب الدعاوي والبيانات ، وظاهر كلامه في الشهادة على الجنايات .

والالتفات الى أن اطلاق القتل ينصرف الى العمد . فيحمل مع نكول المدعى عليه عن الحلف وسكوته عن المطالبة بالتعيين ، أو نقول بحمله عند الاطلاق على أقل مراتبه ، وهو القتل الخطأ ، دفعا للتهجم على الدماء .

قال رحمه الله : الثانية - اذا ادعى القتل ولم يبين - الى آخره .

أقول : هذه المسألة الاولى بعينها مع زيادة ايضاح . وقد بينها مستوفى .

قال رحمه الله : الثالثة - لو ادعى على شخص القتل منفردأ ، ثم ادعى على آخر ، لم تسمع الثانية برىء الاول أو شرکه ، لا كذابه نفسه بالدعوى الاول ، وفيه للشيخ قول آخر .

أقول : صورة المسألة أنه اذا ادعى على رجل القتل وهناك لوث ، فحلف
لأثبات دعواه واستوفى ، ثم جاء آخر فأقر أنه القاتل ، فهل للمحالف ، أن يدعي
عليه أم لا ؟.

اذا عرفت هذا فنقول : ذكر الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) في هذه المسألة
قولين حكاهما في الخلاف^(٢) عن الشافعي :

الاول : سماع الدعوى الثانية ، لان قول الولي قتله فلان وحده لم يقطع به
وانما قاله بغالب ظنه ، وهذا المعترف يخبر عن قطع و يقين ، فكان أعرف بما اعترف
به ، فلهذا كان له مطالبته به ، ويفارق هذا اذا قال : أنا قتله ثم قامت البينة أن هذا
المعترف كان غائباً عن موضع القتل حين القتل حيث قلنا لا تقبل هذه البينة ، لانه
مكذب لها واهنا غير مكذب لهذا المعترف ، فبان الفضل منهما ، واختاره في الخلاف .
الثاني : عدم السماع ، لان قول الولي في الابتداء ما قتله الا فلان وحده ،
اقرار منه أن هذا المقر ما قتله ، فلا يقبل دعواه عليه .

ثم قال : وهو الأقوى عندي ، لانا بينا أنه لا يجوز أن يحلف الا على علم ،
واذا ثبت ذلك فكأنه قال : أنا أعلم أن الثاني ما قتله ، فيكون مكذباً له ، على أنا قد
بيننا قضية الحسن عليه السلام في مثل هذا ، وأن الدية في بيت المال .

فأشار بذلك الى ما ذكره في أول باب القسامة ، فانه قال بعد ذكر بعض
هذه المسألة هناك : وقد روى أصحابنا في مثل هذا ، وهي قضية الحسن عليه السلام أن
الدية تلزم في بيت المال ، ولا تلزم المقر ولا الذي ادعى عليه اللوث ، وأمضاه أمير
المؤمنين عليه السلام .

قال رحمه الله : لو شهدا لمن يرثانه أن زيداً جرحه بعد الاندمال قبلت ،

(١) المبسوط ٢٣٣/٧ .

(٢) الخلاف ٤١٨/٢ مسألة ١٦ .

ولا تقبل قبله لتحقق التهمة على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن المقتضي لوجوب القبول موجود والمانع لا يصلح للمانعية . أما وجود المقتضي ، فهي العدالة الموجبة للقبول . وأما المانع المذكور ، فليس الا وجود التهمة ، فان الجرح قد يصير نفساً ، فتجب الدية على القاتل ويستحقها الشاهدان ، فلهذا لم يقبل .

وأما عدم صلاحيته للمانعية ، فلانه لو منع ذلك من قبول الشهادة في هذه الصورة لمنع من قبول الشهادة للمريض اذا شهدا له في حالة مرضه عملاً بالعلية لكن التالي باطل عند القاتل بالبطلان هناك فكذا المقدم .

أما بيان الشرطية ، فلان المقتضي للمنع هناك ليس الاجر النفع باعتبار هذه الشهادة ، على تقدير أن يموت قبل الاندمال ، وهذا المعنى بعينه متحقق في صورة ما اذا شهدا لمن يرثانه وهو مريض ، فان المريض قد يموت ، فيكون المال لهما . لا يقال : نمنع الملازمة لوجود الفرق بين الصورتين ، لان الحق اذا ثبت هنا ملكه المريض ، فاذا مات ورثاه عن المريض لاعن المشهود عليه ، وليس كذلك اذا قامت الشهادة بالجناية لان متى مات المجني عليه وجبت الدية بموته على القاتل يستحقها الشاهدان على المشهود ، فلهذا ردت .

لانا نقول : لانسلم أن الدية يستحقها بها ابتداءً ، بل يستحقها بها عن ملك الميت أيضاً ، كما في صورة المريض ، بدليل أنه اذا ثبت قضيت منها ديونه وأنفذت وصاياه ، واليه أوماً الشيخ رحمه الله قبل هذه المسألة .

والالتفات الى تحقق التهمة المانعة من قبول الشهادة وقد بيناها ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، وقد بينا ضعفه ، فالعمل على ما قلناه .

فروع :

قال الشيخ رحمه الله : لو اندمل الجرح بعد الاقامة ، لم يحكم بتلك الشهادة لانها وقعت مردودة ، فأما لو أعادها بعده ، فالصحيح عندنا القبول ، لزوال المانع منه .

قال رحمه الله في القسامة : لو قال الشاهد: قتله أحد هذين لم يكن لوثاً، وفي الفرق تردد .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكرهاتين المسألتين في المبسوط^(١) وحكم بشبوت اللوث في الاولى دون الثانية ، وفرق بينهما بأن في المسألة الاولى قد ثبت أن القاتل قتله أحدهما ، فهو كما لو وجد بينهما ، وليس كذلك المسألة الثانية لان اللوث أن يغلب على الظن صدق ما يدعيه الولي، ولكل واحد منهما ولي ولا يعلم أن الشاهد شهد له ، فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه ، فلم يكن لوثاً .
والمصنف تردد في الفرق ، ومنشأ تردده النظر الى ما ذكره الشيخ رحمه الله من الفرق . والالتفات الى أن كل واحد منهما يحتمل أن يكون قاتلاً ويحتمل أن لا يكون ، فتنتفي غلبة الظن بصدق ما يدعيه الولي ان لو خص بالقتل أحدهما، اذ التقدير أن كل واحد يحتمل أن يكون قاتلاً على سبيل الخصوص لاعلى سبيل الشركة ، فلم يغلب على الظن اتجاه القتل الى أحدهما، فحينئذ لا يثبت اللوث في الصورتين معاً .

قال رحمه الله : ولا يشترط في اللوث وجود أثر القتل على الاشبه .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : كل موضع حصل اللوث فلولي القسامة ، سواء كان بالقتيل أثر القتل أو لا . ثم قال: وقال قوم : ان كان به أثر القتل

فعل^(١) هذا وان لم يكن أثراً فلاقسامة ، حتى أنه لوخرج الدم من أنفه فلاقسامة ،
لانه يخرج من خنق ويظهر من غير قتل ، وان خرج من أذنه فهو مقتول ، لانه لا
يخرج من أذنه الا بخنق شديد وسبب عظيم . ثم قال : وهو الاقوى^(٢) .

واختار في الخلاف عدم الاشتراط ، كما هو مذهب الشافعي ، محتجاً بآن
العادة موت الانسان بالامراض ، وموت الفجأة نادر ، فالظاهر من هذا أنه مقتول ،
كما أن من به أثر القتل يجوز أن يكون جرح نفسه ، ولا يترك لذلك القسامة ولا ينبغي
أن نحمله على النادر الا بدليل ، وقد يقتل الانسان غيره بأخذ نفسه أو عصر خصيته
وان لم يكن هناك أثر^(٣) .

وما قاله رحمه الله في الخلاف حسن ، وانما كان أشبه لدلالة العموم عليه .
قال رحمه الله في كمية القسامة : ولو كان المدعى عليهم أكثر من واحد ففيه
تردد ، أظهره أن على كل واحد خمسين يمينا ، كما لو انفرد ، لان كل واحد يتوجه عليه
دعوى بانفراده .

أقول : منشؤه : النظر الى أن كل واحد من المدعى عليهم ينفي عن نفسه ما
ينفيه الواحد اذا انفرد وهو القود ، فلهذا حلف كل واحد ما يحلف الواحد اذا انفرد
وليس كذلك المدعي اذا كان أكثر من واحد ، لان الكل سواء يثبتون ما يثبته
الواحد اذا انفرد ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(٤) ، وهو القول الاصح عند
الشافعي .

والالتفات الى أصل البراءة ، ترك العمل به في ايجاب الخمسين عليهم ،
للدليل الدال عليه ، فيبقى معمولاً به فيما عداه ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف ،

(١) في المصدر : مثل .

(٢) المبسوط ٢١٥/٧ .

(٣) الخلاف ٤١٥/٢ مسألة ٨ .

(٤) المبسوط ٢١١/٧ .

محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم، وبأن ما قلناه مجمع على لزومه، وليس على ما قالوه دليل^(١). وهو القول الثاني للشافعي. والمصنف رجح ما رجحه الشيخ في المبسوط.

قال رحمه الله: وفي قبول قسامة الكافر على المسلم تردد، أظهره المنع. أقول: منشؤه: النظر إلى ظواهر الأخبار الدالة على جواز القسامة مع حصول اللوث، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط، ثم قال: غير أنه لا يثبت به القود ويثبت به المال^(٢). وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، لكنهما أثبتا القتل على المسلم.

والالتفات إلى أن اثبات حق المدعي بيمينه ورد على خلاف مقتضى الأصل وهو فتوى الشيخ في الخلاف، محتجاً بأصل البراءة، وبأن اثبات القتل على المسلم بيمين المشرك يفتقر إلى دليل، ولأننا لو أوجبنا القتل بيمينهم لوجب أن يقاد به، وقد بينا أنه لا يقاد مسلم بكافر، ولو أوجبنا عليه الدية لأوجبنا بيمين الكافر ابتداءً على مسلم مالا، مع علمنا بأنهم يستحلون أموال المسلمين ودماهم^(٣). وبه قال مالك.

فائدة:

ظاهر كلام المصنف والشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف أن هذا الحكم إنما هو إذا كان الولي كافراً أيضاً. أما لو كان مسلماً فلا، وعندي فيه نظر يعرف مما ذكر في مسألة مالوشهدا لمن يرثانه.

(١) الخلاف ٤١٧/٢.

(٢) المبسوط ٢١٦/٧.

(٣) الخلاف ٤١٦/٢.

قال رحمه الله : أما الاعراب ، فان كان من أهله كلف ، والا قنع بما يعرف معه القصد .

أقول : أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط ، فانه قال : فأما اعراب اليمين ، فالصحيح أن يكون اسم الله مخفوضاً بحرف القسم ، فنقول : والله ، فان خالف هذا أولحن فقال : والله رفعاً أو نصباً ، قال قوم : بجزيه ، لانه لا يغير معنى . والاقوى عندي أنه ان كان من أهل الاعراب والمعرفة أن لا يجزيه ، وان كان ممن لا يعرف ذلك أجزأه^(١) .

وانما ذكرت هذه المسألة وان كانت واضحة ، لانه قد وقع في بعض النسخ « أما الاعتراف » بالفاء ، وهو غلط ظاهر ، وقد نبه عليه صاحب كشف الرموز وفي حاشيته على الشرائع ، وهو عارف بهذا الكتاب ، لانه قرأه على مصنفه .

قال رحمه الله : وهل يذكر في اليمين أن النية نية المدعي؟ قبل : نعم ، دفعاً لتوهم الحالف ، والاشبه أنه لا يجب .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : والنية في اليمين نية الحاكم ، والفائدة في اعتبار هذه الصفات أن كل واحد لا يعلم أن الامر هكذا ، فربما يعتقد أن النية نية الحالف ، فيغير اليمين عن جهتها ، فلهذا كانت هذه الاوصاف أقرب^(٢) . ولا حاجة الى ذلك ، لان الاعتبار عندنا بنية المحق ، مدعياً كان أو مدعى عليه .

قال رحمه الله في الفصل الرابع في كيفية الاستيفاء : اذا كان له أولياء لا يولي عليهم - الى قوله : وقال : لو كان الولي صغيراً وله أب أو جد ، لم يكن لاحد أن يستوفي حتى يبلغ ، سواء كان القصاص في النفس أو الطرف ، وفيه اشكال .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه حق للصبي ، فلا يجوز لغيره التصرف فيه

(١) المبسوط ٢٣٨/٧ .

(٢) المبسوط ٢٣٨/٧ .

كغيره .

والالتفات الى أن الولي متسلط على استيفاء حقوق المولى عليه مع المصلحة وهذا من ذاك ، وهو الاقوى .

قال رحمه الله : وقال : يحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ، وهو أشد اشكالا من الاول .

أقول : انما كان أشد اشكالا ، لان الحبس زيادة عقوبة لادلالة عليها ، اذ موجب القتل القصاص أو الدية لاغير ، فيكون منفيًا بظاهر قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لا ضرر ولا اضرار في الاسلام »^(١).

قال رحمه الله : اذا قتل جماعة على التعاقب ، ثبت لولي كل واحد منهم القود ، ولا يتعلق حق واحد بالآخر ، فان استوفى الاول سقط حق الباقيين لا الى بدل ، على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن المقتضي لثبوت القود موجود في كل واحد واحد ، فاذا استوفى الاول سقط حق الباقيين لا الى بدل ، لفوات محل القصاص ، ولأن الدية لا تثبت عندنا الا بالتراضي منهما وقد يعذر ذلك ، وهو فتوى الشيخ في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣) ، وواقفه الشافعي في ثبوت القود لكل من الاولياء ، وخالفه في سقوط حق الباقيين لا الى بدل ، وأوجب بدلا هو كمال الدية في ماله خاصة . واحتج الشيخ في الخلاف بوجهين : الاول اجماع الفرقة وأخبارهم . الثاني قوله تعالى « فقد جعلنا لولييه سلطاناً »^(٤) فأثبت تعالى السلطنة للولي ، والقول بالتدخل

(١) عوالى الثالى ١/٣٨٣ و ٢/٧٤ و ٣/٢١٠ .

(٢) الخلاف ٢/٣٤٥ .

(٣) المبسوط ٧/١٣ .

(٤) سورة الاسراء : ٣٣ .

ينفي ذلك . وعلى الثاني بأصل البراءة ، وبأن اثبات الدية يحتاج الى دليل .
والالتفات الى أن سقوط حق الباقي يستلزم اهدار الدم المحقون المنفي بظاهر
قوله عليه السلام « لا يصل دم امرئ مسلم »^(١) فيثبت البديل تفصيلاً من ذلك ، كما هو مذهب
الشافعي ، ولو قيل بالتدخل كان وجهاً ، للتساوي في سبب الاستحقاق ، كما هو
مذهب أبي حنيفة ، فان بادر أحدهم بقتله من غير اذن الباقي فقد استوفى حقه .
وهل يسقط حق الباقي لالئى بدل ؟ قال أبو حنيفة : نعم ، والاشبه الزام القاتل
بحصة باقي المقتولين من دية الجاني ، وقال عثمان التميمي : يقتل بجماعتهم ،
فاذا قتل سقط من الديات واحدة وكان مابقي من الديات في تركته ، يأخذها أولياء
القتلى بالحصص ، وهذا القول مناف للمذهب جداً .

قال رحمه الله : ولو بادر أحدهم - الى آخر المسألة .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة السابقة عليها .

قال رحمه الله : اذا قطع يميناً ، فبذل شمالاً فقطعها المجني عليه من غير علم
قال في المبسوط : يقتضي مذهبنا سقوط القود ، وفيه تردد . لان المتعين قطع اليمين
فلا يجزئ اليسرى مع وجودها .

أقول : منشؤه : النظر الى أن اليسار قد يقطع باليمين اذا لم يكن يمين ، فيكون
بدلاً عنها ، فيسقط القصاص عن اليمين ، اذا لفرق بين فعل البديل وفعل المبدل عنه
وهو حجة الشيخ رحمه الله .

وفيه ضعف ، فانه لا يلزم من جعلها بدلاً عنها في صورة عموم كونها بدلاً عنها
سلمنا لكن البديل انما يجزئ به اذا كان المبدل عنه مفقوداً ، وهنا المبدل موجود
فلا يجزئ كغيره .

والالتفات الى أن المعين قطع اليمين ، فلا يجزئ غيرها ، اذا اجزاء أحد

الفعلين المتغايرين عن الآخر خلاف الاصل ، فلا يصار اليه الا لدليل ، وهو مفقود هنا ، وهو اختيار أكثر فقهاء العامة .

فرع :

قال الشيخ في المبسوط : لو وجب عليه قطع اليمين في السرقة وأخرج يساره فقطعت، سقط عنه القطع في اليمين بلاخلاف، لأن حقوق الله مبنية على تخفيف^(١). قال رحمه الله : ولو اتفقا على بذلها بدلا لم يقع بدلا ، وكان على القاطع دينها ، وله القصاص في اليمين لانها موجودة ، وفي هذا تردد . أقول : ينشأ : من النظر الى رضا المجني عليه بقطع اليسار بدلا عن اليمين ، مستلزم للعفو عن قطع اليمين ، فيسقط القصاص عنها ، كما لو عفا عنه صريحا . ومن الالتفات الى أنه انما رضي بقطع اليسار بدلا عن اليمين على تقدير صحة ذلك ، فاذا لم تصح المبادلة واليمين قائمة ، كان له الرجوع اليها ، كرجل باع عبداً بثمن معين ، فتلف الثمن قبل القبض رجع سيد العبد الى عين ماله حيث لم يسلم الثمن ، فكذا هنا يرجع المقتص الى ماوجب له ، وهو قطع اليمين ، وحكى الشيخ في المبسوط^(٢) القولين ولم يرجح .

فائدة :

القائل بثبوت القصاص في اليمين يوجب على المقتص في اليسار دينها ، وللمقتص قطع اليمين حينئذ ، والنافي لم يوجب دية اليسار على المقتص فيها ويوجب له دية اليمين ، فان كانت الديتان سواء تقاضا وان اختلفا ، كأن يكون أحدهما رجلا والآخر امرأة ، تقاضا بما اتفقا ورجع ذو الفضل بالفضل .

(١) المبسوط ١٠١/٧ .

(٢) المبسوط ١٠٢/٧ .

قال رحمه الله : الرابعة : لو قطع يدي رجل ورجليه - الى قوله : أما لو قطع يده فمات وادعى الجاني الاندمال وادعى الولي السراية ، فالقول قول الجاني ، ان مضت مدة يمكن فيها الاندمال ، ولو اختلفا فالقول قول الولي ، وفيه تردد . أقول : ينشأ : من النظر الى أن الاصل بقاء المدة وعدم مضيتها ، فيكون القول قول الولي ، لاستناد دعواه بهذا الاصل ، وهو أقوى ، الشيخ في المبسوط^(١) ، فالولي في هذه المسألة كالجاني في المسألة السابقة عليها .

والالتفات الى أن الظاهر وجوب نصف الدية ، اذ هو موجب الجناية فقط والولي يدعي زيادة بحصول الموت بالسراية ، والاصل عدمها حتى يثبت قطعاً أو ظاهراً ، ولا قطع ولا ظاهر مع حصول الخلاف ، فيكون القول قول الجاني ، لاستناده الى هذا الاصل وأصل البراءة ، أو نقول : احتمال لانقضاء مساو لاحتمال الانقضاء فتساقط ، ويرجع قول الجاني بما أن الاصل عدم الضمان ، والاول عندي أقوى . قال رحمه الله : ولو ادعى الجاني أنه شرب سماً فمات ، وادعى الولي موته من السراية ، فالاحتمال فيهما سواء ومثله . الملفوف في الكساء اذا قده بنصفين فادعى الولي أنه كان حياً ، وادعى الجاني أنه كان ميتاً ، فالاحتمالان متساويان ، فيرجح قول الجاني بما أن الاصل عدم الضمان ، وفيه احتمال آخر ضعيف .

أقول : اعلم أن دعوى كل واحد من الجاني والولي قد استندت الى أصل في صورتين معاً . أما في الصورة الاولى ، فلان الجاني استندت دعواه الى أصل وهو أصالة عدم الموت بالسراية . وأما الولي فلان دعواه مستندة الى أصالة عدم الشرب والموت به . واذا تعارض الاصلان تساقطا ووجب الرجوع الى مقتضى الاصل وهو البراءة .

وأما في الصورة الثانية ، فلان دعوى الولي مستندة بأصل بقاء الحياة ، ولانه

قد تحققت جنابة قبل الضرب وشككنا في وجودها حين الضرب، والاصل الحياة فوجب البناء على اليقين، كمن ييقن الطهارة وشك في الحدث أو بالعكس، فانه يبنى على اليقين فيهما .

وأما دعوى الجاني ، فلاستناذه الى الاصل ، ولان الظاهر من حال الملفوف في الكساء الموت ، واذا تعارضتا تساقطا ووجب الرجوع الى الاصل ، وهو في جنبه الجاني ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢).

وأما الاحتمال الآخر ، فاعلم أن بعض الفقهاء جعل القول قول الولي، نظراً الى ماقلناه ، واستضعفه الشيخ في المبسوط ، وهو القول الثاني للشافعي .

قال رحمه الله : ولو صرح بالعتف صبح فيما كان ثابتاً وقت الإبراء ، وهو دية الجرح . أما القصاص في النفس أو الدية ، ففيه تردد لانه إبراء مما لم يجب . وفي الخلاف يصبح العفو عنها وعما يحدث ، ولو سرت كان عفو ماضياً من الثلث لانه بمنزلة الوصية .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هذه المسألة في الخلاف^(٣) ، وأفتى فيها بصحة العفو وحكم بخروج الدية من الثلث فحسب ، لان تصرفات المريض انما يصبح عنده من الثلث .

واحتج بعموم قوله تعالى « والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له »^(٤) فندب تعالى الى التصديق الذي هو كناية عن الإبراء ولم يفرق بين موضع وآخر ، ولان الاصل الجواز ، فالمانع يحتاج الى دليل ، وهو ظاهر كلامه في

(١) المبسوط ٢٥٥/٧ .

(٢) الخلاف ٤١٧/٢ .

(٣) الخلاف ٣٧٠/٢ .

(٤) سورة المائدة : ٤٥ .

المبسوط^(١).

وأما الشافعي، فانه قال: لا يخلو أن نقول ذلك بلفظ العفو أو بلفظ الوصية، فان قال بلفظ الوصية، فهل تصح الوصية للقاتل؟ قولان، أحدهما تصح لقوله عَلَيْهِ «ان الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»^(٢) دل على أن الوصية انما تصح لغير الوارث، ولا شك أن القاتل غير وارث، فتصح الوصية له، عملاً بظاهر اللفظ وللاصل. والثاني لاتصح لقوله عَلَيْهِ «ليس للقاتل شيء» والنكرة في سياق النفي للعموم، كما مر بيانه في أول كتابنا هذا.

فان قلنا بالاول كانت الدية كلها له ان خرجت من الثلث، والا فبمقدار ما يخرج منه. وان قلنا بالثاني، كانت الدية باقية على الجاني بحالها.

وان قال بلفظ العفو والابراء، فهل هما من المريض وصية أم لا؟ على قولين. فان قيل وصية فهو كالوصية، وقد سلف البحث فيها. وان قيل انها اسقاط لا وصية لانه ابراء عمالم يجب، وذلك لاتصح.

وأما المصنف، فانه تردد في ذلك، ومنشأ ترده النظر الى ما احتج به الشيخ في الخلاف. والالتفات الى ما احتج به الشافعي أخيراً.

قال رحمه الله: لو جنى عبد على حرجانية تتعلق برقبته، فان قال: أبرأتك لم يصح، وان أبرأ السيد صح، لان الجناية تتعلق برقبته، فانه ملك للسيد، وفيه اشكال من حيث أن الابراء اسقاط لمافي الذمة.

أقول: هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط^(٣)، وحكم بصحة ابراء السيد دون العبد. اما الاول. فلان الجناية وان كانت متعلقة برقبة العبد، فالعبد يعود على

(١) المبسوط ١١١/٧.

(٢) سنن ابن ماجة ٩٠٥/٢، برقم: ٢٧١٣.

(٣) المبسوط ١١١/٧.

السيد فلهذا صح . وأما الثاني فلان الابرء اسقاط لماتعلق بالذمة ولم يتعلق في ذمة العبد شيء .

والمصنف استشكل القول بصحة الاول، ومنشؤه النظر الى ما ذكره الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أن الابرء عبارة عن اسقاط ما في الذمة ولم يتعلق بذمة المولى شيء ، فلا يصح ابرأؤه ، والمقدمتان ظاهرتان . أما لو عفا مطلقا ، فقال : عفوت عن أرش هذه الجناية صح اجماعاً وكان راجعاً الى سيده ، اذ هي وصية لغير قاتل فصحت .

قال الشيخ رحمه الله في كتاب الديات : وله أن يبذل من ابل البلد أو من غيرها أو يعطي من ابله أو ابل أدون - الى قوله : وهل تقبل القيمة السوقية مع وجود الابل ؟ فيه تردد ، والاشبه لا .

أقول : منشؤه : من أن الواجب الابل ، فلا يعدل عن الواجب الى غيره من غير تراض ، وهو مذهب فقهاء العامة طراً ، ومن أن الاصل الجواز .

قال رحمه الله : والذي يقتضيه مذهبنا أنه اذا كان من أهل الابل وبذل القيمة قيمة مثله كان له ذلك ، وان قلنا ليس له ذلك كان أجوط . وأما ان كان من أهلها وطلب الولي القيمة لم يكن له ذلك .

قال رحمه الله : فرع - لورمى من الحل الى الحرم فقتل فيه لزم التغليظ، وهل يغلظ مع العكس ؟ فيه التردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السبب المقتضي للتغليظ انما هو القتل في الحرم ، وهو منتف هنا ، اذ التقدير أن القتل حصل في الحل فينتفي مسبه وهو التغليظ عملاً بالعلية ، وهو الاقوى ، ويؤيده أصالة البراءة من وجوب التغليظ مطلقاً، نرك العمل به في ايجابه اذا حصل القتل في الحرم أو الشهر الحرام للاجماع

منا ومن الشافعي وبعض الصحابة والتابعين، خلافاً لأبي حنيفة ومالك وبعض التابعين فيبقى الباقي على الأصل .

والإلتفات الى أن سبب القتل حصل في الحرم، اذ التقدير أن الرمي الذي حصل منه القتل كان في الحرم، فيثبت التغليب، كما لو حصل القتل فيه، لان وجود السبب كوجود المسبب، وهو الأليق بمنهـب الشيخ رحمه الله، لانه أوجب على المحل الفداء اذا كان في الحرم فرمى صيداً في الحل فقتل .

وعليه دلت رواية علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل في الحرم رمى صيداً خارجاً من الحرم فقتله، فقال: عليه الجزاء، لان الافة جاءت الصيد من ناحية الحرم^(١) .

والالف واللام في التردد لتعريف الماهية، لاشارة الى تردد سابق . قال رحمه الله : ويستوي في ذلك كله القن والمدير، ذكر أكان أو أنشئ، وفي أم الولد تردد على ماضى .

أقول : قال صاحب كشف الرموز : اشار بذلك الى ما ذكره في كتاب البيع من أن أم الولد هل يسترى ويبيع أولاً؟ وليس بحق، بل أشار بذلك الى ما ذكره في كتاب المكاتب والتدبير والاستيلاء من قوله « اذا جنت أم الولد خطأ تعلق أرش الجناية برقبته » الى قوله « وفي رواية مسمع عن أبي عبد الله جنابته في حقوق الناس على سيدها »^(٢) .

واعلم أن هذه الرواية موافقة لمذهب جميع فقهاء العامة، على ما حكاها الشيخ في الخلاف عنهم، الا أبانور فانه قال: أرش جنابته يتعلق بذمتها يتبع به بعد العتق وهو خيرة المزمي، ثم قال بعد ذلك: وعندنا أن جنابته كجناية المملوك سواء وقد

(١) تهذيب الاحكام ٣٦٢/٥، ح ١٦٩ .

(٢) شرائع الاسلام ١٣٩/٣ .

تقدم^(١). وكذا قال في المبسوط^(٢)، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أنها مملوكة يجوز بيعها .

إذا عرفت هذا فاعلم أن هذا التردد ضعيف، لأن الاجماع إذا انعقد على شيء وجب اتباعه ، وإن وردت الرواية بخلافه ، لدلالته على اطراح العمل بمضمونها . قال رحمه الله : من صاح ببالغ فمات فلاذية . أما لو كان مريضاً أو مجنوناً أو طفلاً أو اغتفل البالغ الكامل وفاجأه بالصيحة ، لزمه الضمان، ولو قيل بالتسوية في الضمان كان حسناً ، لانه سبب الاتلاف ظاهراً .

أقول : القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط ، محتجاً بالاصل ولأن الظاهر أنه لم يسقط من صبيحته وإنما وافقت سقطته صبيحته هذا .

ثم قال: أما لو كان الذي سقط صبيهاً أو معتوهاً، فعلى الصائح الدية والكفارة لأن مثل هذا يسقط من شدة الصيحة . وكذا لو كان غافلاً فصاح به حالة غفلته . والشيخ المصنف أوجب الضمان في الصورتين، بأن الصياح سبب الاتلاف ظاهراً في الصورتين، فيحكم بكونه سبباً لهما شرعاً، بقوله عَلَيْهِ : أنا أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر .

قال رحمه الله : قال الشيخ : والدية على العاقلة ، وفيه اشكال من حيث قصد الصائح الى الاخافة ، فهو عمد الخطأ .

أقول: منشؤه : النظر الى أنه فعل خطأ، فتكون الدية المرتبة عليه لازمة للعاقلة كغيره .

والالتفات الى أن الصائح انما قصد بصيحته الاخافة ، فيكون هذا الفعل عمداً شبيه الخطأ ، فتكون الدية فيه على الجاني .

(١) الخلاف ٢/ ٣٩٨ .

(٢) المبسوط ٧/ ١٦٠ .

واعلم أن الشيخ رحمه الله حقق هذه المسألة بعد هذا الكلام بقليل في مسألة من شهر سيفه في وجه انسان ، فقال : ثم تنظر ، فان كان فعله عمداً فالدية مغلظة في ماله عندنا وعندهم على العاقلة ، وان كان انما صاح به خطأ ، فالدية محققة على العاقلة بلاخلاف ، وهذا القول شديد في موضعه .

قال رحمه الله : اذا مر بين الرماة فأصابه سهم - الى قوله : ولو كان مع المارصبي ، فقربه من طريق السهم لا قصداً [فأصابه] فالضمان على من قربه لاعلى الرامي ، لانه عرضه للاتلاف ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من أن الرامي مباشر للاتلاف ، فتكون الدية على عاقلته لكونه خطأ . أما الصغرى ففرضية ، وأما الكبرى فاجماعية .

والالتفات الى أن المارقد عرضه للاتلاف بتقريبه^(١) من طريق السهم ، فيكون الضمان عليه ، وهو ضعيف ، لاتفاق الفقهاء على انه اذا اجتمع المباشر والسبب كان الضمان على المباشر دون ذي السبب ، وفيه نظر ، لان الرامي يسقط عنه الضمان بالتحذير ، فيستقر الضمان على السبب اذا .

قال رحمه الله : روى أبو جميلة - الى قوله : فقمصت المركوبة .

أقول : قال المتأخر : يقال قمصت الفرس وغيرها بقمص قمصاً وقماصاً اذا رفعت يديها وطرحهما معاً وعجفت برجليها ، يقال : هذه دابة فيها قماص بكسر القاف لايضمها .

واعلم أن للاصحاب في هذه المسألة خمسة أقوال قد ذكر المصنف منها ثلاثة . وأما القولان الاخران فأحدهما : قول أبي الصلاح ، وهو أن الراكبة ان كان ركوبها بأجرة فالدية على القامصة والناخسة . وان لم يكن بأجرة فالمختار مذهب

(١) في « س » : بتقريبه .

المفيد ، قال : وهو قضاء علي عليه السلام .

والثاني : أن الراكبة ان كانت صغيرة أو مكرهة ، فالدية نصفان ، وان كانت بالغة مختارة فالدية أثلاث ، كما اختاره المفيد ، قاله الراوندي في الرائع ، وهو حسن ، اذ فيه جمع بين قولي الشيخين قدس الله روحهما .

قال رحمه الله : من دعا غيره ، فأخرجه من منزله ليلاً - الى قوله : وان وجد مقتولاً وادعى قتله على غيره ، فأقام بينة فقد برىء . وان عدم البينة ، ففي القود تردد والاصح أن لا قود وعليه الدية في ماله .

أقول : ينشأ : من أن شرط جواز القود تحقق القتل العمد العدوان ، وهو مشكوك فيه هنا ، فيسقط القود ، اذ الشك في الشرط يستلزم الشك في المشروط قطعاً ، وهو اختيار أكثر الاصحاب ، واختاره المتأخر .

والالتفات الى أن رواية عمرو بن أبي المقدام عن أبي جعفر عليه السلام أن القود^(١) والفتوى على الاول .

فرع :

لولم يدع المخرج أن غيره قتله ، قال المتأخر : كان على الذي أخرجه القود بعد الفسامة من أوليائه على ماضى شرحه ، وعندي فيه اشكال .

قال رحمه الله : وان وجد ميتاً ، ففي لزوم الدية تردد ، ولعل الاشبه أنه لا يضمن .
أقول : ينشأ : من النظر الى ظاهر قولهم عليه السلام « من أخرج غيره من بيته فهو له ضامن حتى يرجع »^(٢) وهو خيرة الشيخ في النهاية^(٣) ، وهو مروي عن أبي

(١) تهذيب الاحكام ٢٢١/١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٢٢/١٠ .

(٣) النهاية ص ٧٥٦ .

عبدالله عليه السلام عن أبي جعفر عن رسول الله ﷺ ^(١).

والالنفات الى أصل البراءة ، فيتمسك به الى حين ظهورالموجب قطعاً أو ظاهراً. قال المتأخر: والذي يقتضيه مذهبنا أنه اذا كان غير متهم عليه ولا يعلم بينهما الأخير ، فلا دية عليه بحال ، وان علم بينهما عداوة ومخاصمة ، فلا وليائه القسامة بما يدعونه من أنواع القتل ، لان اخراجه مع العداوة التي بينهما يقوم مقام اللوث المقدم ذكره ، فليلاحظ ذلك . وما قاله رحمه الله حسن .

قال رحمه الله : وروي عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة أدخلت ليلة البناء صديقاً الى حجبتها، فلما أراد الزوج موافقتها ثار الصديق فاقتتلا فقتله الزوج فقتلته هي ، فقال: تضمن دية الصديق وتقتل بالزوج، وفي تضمنين دية الصديق تردد، أقربه ان دمه هدر. أقول : منشؤه : النظر الى أن دم الصديق هدر ، أما أولاً فلدخوله دار الزوج من غير اذنه ، وقد تقدم أن للزوج قتل من يجده في داره للزنا ^(٢) بأهله ، سواء هم بقتل الزوج أو لم يهتم . وأما ثانياً، فلانه محارب ، فيجوز دفعه بقدر الامكان ، فلو لم يندفع الا بالقتل جاز اعتماده ، دفعاً للضرر عن النفس ، وهو متفق عليه . واذا ثبت أن دمه هدر لم يكن على أحد ضمانه ، وهو اختيار الشيخ في النكت والمتأخر أيضاً .

والالنفات الى أن الزوجة غارة للصديق ، فيلزمها ديته ، كمن ألقى رجلاً في البحر فابتلعه الحوت ، وهو خيرة الشيخ في النهاية ^(٣) وللرواية ^(٤) . والاول أصح وهذه الرواية اشارة الى حكم في واقعة ، والفعل لاعموم له، لانه يكفي في صحة

(١) تهذيب الاحكام ٢٢١/١٠ .

(٢) في « م » : للبناء .

(٣) النهاية ص ٧٥٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٠٩/١٠ ، ٢٩٣ .

الاجبار عنه الاتيان بهمرة واحدة، فيحمل على أنه ^(١)حكم بذلك لعلمه بما يوجب ذلك الحكم ، وان كان الراوي نقله من غير علم السبب المقتضي له ، فلا يعدى .
والحجلة هي السترو الخيمة التي يضرب للنساء في السفر، قاله المصنف في النكت .

وقال المتأخر : الحجلة بالتحريك واحدة حجال العروس ، وهو بيت يفرش بالثياب والاسرة والنمارق والستور ، هكذا ذكره الجوهري في الصحاح ^(١).
فلا يظن ظان أن الحجلة هي السرير، ويعضد قول الجوهري الحديث المأثور «اعروهن يلزمن الحجال» ^(٢) والمراد به البيوت دون الاسرة وفاقاً، واذ اثبت استعماله في ذلك امتنع استعماله في غيره ، دفعاً للاشتراك والمجاز .

قال رحمه الله : في البحث الثاني في الاسباب : وكذا اخراج الرواشن في الطرق المسلوكة اذا لم تضر بالمارة ، فلو قتلت خشبة بسقوطها ، قال الشيخ : يضمن نصف الدية، لانه هلك عن مباح ومحذور، والاقرب أنه لا يضمن مع القول بالجواز .

أقول : قال الشيخ في المبسوط عقيب ذكره : فأما قدر الضمان باعتبار حصول الموت بالسقوط ، فان سقطت الخشبة بأجمعها فقتلت ، ضمن نصف الدية ، لانه هلك من فعلين ، واحدهما مباح وهو الساقط الكائن في حد الملك ، فيسقط ما حصل بسببه . والآخر محذور ، وهو الخارج عن حده ، فيضمن ما حصل بسببه .
ثم سوى في الضمان بين ما اذا أصاب المقتول الطرف الخارج أو الآخر ، لحصول القتل باصابته وثقل الآخر ، وأوجب ضمان كل الدية مع وقوع الخارج خاصة ، لتمحض الهلاك من المحذور خاصة .

(١) صحاح اللغة ٤/ ١٦٦٧ .

(٢) عوالي اللئالي ٣/ ٦٢٢ .

وحكم المصنف بعدم الضمان مطلقاً ، محتجاً بأن النصب سائح فلا يستعقب ضماناً ، أما الاولى ففريضة ، وأما الثانية فاتفاقية .

قال رحمه الله : وفي ضمان جناية الهرة المملوكة تردد ، قال الشيخ : يضمن بالتفريط مع الضراوة ، وهو بعيد ، اذ لم تجر العادة بربطها ، نعم يجوز قتلها . أقول : منشؤه : النظر الى أن السنور الضري مساو للكلب العقور في الاذى فيجب حفظه ، ويضمن مالكة جنايته مع التفريط في حفظه عملاً بالمقتضي ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى عموم قوله عَلَيْهِ « جرح العجماء جبار » ^(١) ترك العمل به في ايجاب الضمان على مالك الكلب العقور والدابة الصائلة مع تفريطه فسي حفظها للاجماع ، ولان هذه الاشياء مما جرت العادة بربطها ، بخلاف الهرة ، وهو قوي . وأما جواز قتلها والحال هذه ، فمتفق عليه لانعقاد الاجماع على جواز قتل المؤذيات .

قال رحمه الله : رآكب الدابة يضمن ما يجنيه بيديها ، وفي ضمان ما يجنيه برأسها تردد ، أقربه الضمان لتمكنه من مراعاته وكذا القائد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المقتضي لضمان ما يجنيه بيديها انما هو التمكن من حفظها عن الجناية على الغير ، وهذا المعنى متحقق هنا ، فيجب القول بثبوت الضمان فيه ، عملاً بالعلية ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أصل البراءة ، ترك العمل به في ضمان ما يجنيه بيديها ، فيبقى الباقي على الاصل ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف .

قال رحمه الله في البحث الثالث في نزاحم الموجبات : ولو جهل المباشر حال السبب ضمن المسبب ، كمن غطى بئراً حفرها في غير ملكه فدفع غيره ثالثاً

ولما^(١) يعلم ، فالضمان على الحافر .

أقول : انما أتى هنا بلفظة « لما » دون « لم » لانها تفيد انتفاء الفعل ممتداً الى وقت حديثك به ، قال تعالى « ولما يدخل الايمان في قلوبكم »^(٢) ومعناه : انهم كانوا غير مؤمنين الى وقت الاخبار عنهم ، بخلاف « لم » فانها انما يفيد انتفاء الفعل الماضي خاصة .

فمعنى قولنا « ولما يعلم » أي : ان الجهل بذلك مستمر الى حين الدفع ، وليس ذلك صريحاً مع « لم » فلهذا أتى به « لما » وهذا فرق حسن ذكره بعض النحاة . قال رحمه الله : ولو قال : ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه ، ضمن دفعاً لضرورة الخوف . ولو لم يكن خوف فقال : ألقه وعلي ضمانه ، ففي الضمان تردد أقربه أنه لا يضمن .

أقول : هنا مسألتان : أما الاولى ، فلا خلاف بيننا في صحة الضمان فيها ولزومه لما فيه من المصلحة المطلوبة للعقلاء ، وهي دفع خوف الغرق عن النفس ، وعليه فقهاء الجمهور الا أبا ثور قال الشيخ في الخلاف : وأبو ثور شاذ لا يعتد به . وأما الثانية فقد ادعى الشيخ في المبسوط الاجماع على بطلان الضمان فيها وهو موافق للمذهب ، لانه ضمان مالم يجب .

والمصنف تردد في ذلك ، ومنشؤه : النظر الى أن هذا الضمان عقد ، فيجب الوفاء به . أما الصغرى ففرضية ، اذ التقدير أن الضامن أوجد الايجاب ، أعني : صيغة الضمان والملقى رضي به ، ولا شك في أن العقد اسم للايجاب والقبول . وأما الكبرى فلقوله تعالى « أوفوا بالعقود »^(٣) وهو عام الا فيما خصه الدليل ، ولا

(١) في الشرائع المطبوع : ولم .

(٢) سورة الحجرات : ١٤ .

(٣) سورة المائدة : ١ .

مخصص قطعاً أو ظاهراً هنا .

والالتفات الى أن مقتضى الاصل عدم صحة الضمان في الموضعين ، لكونه ضمان ما لم يجب ، لكن ترك العمل به في الصورة الاولى ، لما في تسوية من المصلحة الظاهرة الراجعة ، فتبقى الثانية على الاصل لعراتها عن هذه الفائدة ، وهو المعتمد .

واعلم أن هذا التردد ضعيف جداً ، لمافيه من مخالفة الاجماع الذي نقله الشيخ في المبسوط ، والاستدلال الذي ذكرناه على جواز الضمان ضعيف ، اذ العموم لا ينهض معارضاً للاجماع .

قال رحمه الله في النظر الثالث في الجناية على الاطراف : وفي الحاجبين خمسمائة دينار ، وفي كل واحد نصف ذلك ، وما أصيب منه فعلى الحساب ، وفي الاهداًب تردد ، قال في المبسوط والخلاف : الدية ان لم ينبت ، وفيها مع الاجفان ديتان . والاقرب السقوط حالة الانضمام والارش حالة الانفراد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قولهم ﴿لَا يَجْزِيكَ﴾ «كل ما في الجسد منه اثنان ففيه الدية ، وكل ما في الجسد منه أربعة ففيه الدية » ولاشك أن الاهداًب في الجسد أربعة ، فتجب فيها الدية أربعاً ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط والخلاف ، محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم .

والالتفات الى أن أصل البراءة ينفي التقدير مطلقاً ، ترك العمل به في بعض الصور ، للنص والاجماع ، فيبقى الباقي على أصله ، وهو خيره المتأخر ، فانه قال بعد أن أورد كلام الشيخ في المبسوط : والذي يقتضيه مذهبنا أن الاهداًب - وهو الشعر الثابت على الجفن - لادية فيه مقدرة ، لان الاصحاب لم يقدرها في السعر مقدار الا في شعر الرأس واللحية والحاجبين ، فالحاق غيرها بها قياس ، وهو باطل عندنا .

ثم قال بعد كلام : فاذا أعدم ذلك وكان مفرداً عن الاجفان كان فيه حكومة ،
واذا أعدمه مع الاجفان كان في الجميع دية الاجفان ، لان الاهداب تبع للاجفان ،
كما لوقطع اليد وعليها شعر .

وذكر بعد ذلك كلاماً طويلاً لأفادة في ايراده ، واليه صار المصنف ، والاقرب
عندي ثبوت الارش حالة الانفرد والدية للاجفان ، والارش لها حالة الانضمام ،
لان شعر العينين فيه جمال ومنفعة ، بخلاف شعر البدن ، واليه صار بعض الجمهور .
قال رحمه الله : وفي العين الصحيحة من الاعور الدية كاملة ، وهم هنا واهم
فتوق زلله .

أقول : أشار بذلك الى ما توهمه المتأخر من كلام الشيخ في النهاية ، حيث
قال : وفي العين العوراء الدية اذا كانت خلقة ، أو ذهبت بآفة من الله تعالى .
فانه توهم أن المراد بالعوراء الفاسدة ، وزعم أن في الذاهبة بالآفة والخلقة خمس مائة
دينار ، ونزل كلام الشيخ على هذا التأويل ، وهو غلط ، فان الشيخ أراد بالعوراء
هنا الصحيحة من عين الاعور . وانما سماها بذلك ، لانها ليس لها أخت من جنسها .
وفي الحديث أن أبا لهب اعترض على النبي ﷺ عند اظهار الدعوة ، فقال
له أبو طالب : يا أعور ما أنت وهذا ، قال ابن الاعرابي : ولم يكن أبو لهب أعور
وانما العرب يقول للذي ليس له أخ من أبيه وأمه : أعور . فالشيخ استعمل ذلك
اتساعاً وتبعاً للفظ الرواية المروية عن أبي عبد الله ﷺ .

فأما قول الشيخ رحمه الله « اذا كانت خلقة » الى آخره ، فانه يريد به الذاهبة
اصمرها ولم يجز لها ذكر اتساعاً ولدلالة اللفظ عليه .

قال : رحمه الله ولو اسودت السن بالجناية ولم تسقط فثلثا ديتها ، وفيها بعد
الاسوداد الثلث على الأشهر .

أقول : هذا هو المشهور بين أصحابنا ، واحتج الشيخ في الخلاف عليه باجماع

الفرقة وأخبارهم ، وذهب في النهاية الى أن فيها ربع الدية ، وبه رواية عن أبي عبد الله عليه السلام ضعيفة، لضعف رجالها، ولوجود الرواية الصحيحة الدالة على ماقلناه المتأيدة بعمل أكثر الاصحاب ، خصوصاً مع نقل الشيخ الاجماع عليها .

قال رحمه الله : والدية في المقلوعة مع نسخها ، وهو الثابت منها في اللثة . ولو كسر ما برز عن اللثة فيه تردد ، والاقرّب أن فيه دية السن .

أقول : ينشأ من النظر الى أن ذلك يسمى سنّاً ، فتجب فيه دية . أما الصغرى فللنقل عن أهل اللغة، وقد ذكره الشيخ في المبسوط والمتأخر، فالالسن ماشاهدته زائداً على اللثة والنسخ أصله . وأما الكبرى ، فلاخبار الدالة على وجوب الدية مع قلع السن ، وهو خيرتهما .

والالتفات الى أن أصل البراءة ينفي الوجوب مطلقاً، ترك العمل به في ايجاب الدية مع القلع من النسخ مطلقاً ، فيبقى على أصالته ، وهو ضعيف ، اذ الاصاله تخالف لقيام الدلالة وقد بينها .

قال رحمه الله : ولو قطع حلمتي الثديين ، قال في المبسوط والخلاف : فيهما الدية . وفيه اشكال، من حيث أن الدية في الثديين والحلمتان بعضهما .

أقول : ينشأ : من النظر الى عموم قولهم ﷺ « كل ما في الجسد منه اثنان ففيه الدية » وهو خيرة المتأخر، ولانهما من تمام الخلقة ، وبهما الجمال والمنفعة، وهذا الدليل ذكره الشيخ في المبسوط.

والالتفات الى أن الشارع جعل الدية في الثديين ، ولاجرم أن الحلمتين بعضهما، وجعل الدية في الكل يقتضي التقسيط على الاجزاء ، ولعله أقرب لاعتماده على أصالة البراءة .

قال رحمه الله : وفي افضاء المرأة ديتها - الى قوله : ولو كانت المكروهة بكرّاً ، هل يجب لها أرش البكارة زائداً عن المهر؟ فيه تردد، والاشبه وجوبه .

أقول : الافضاء جعل مدخل الذكر ، وهو مخرج المنى والحيض والولد ومخرج البول واحداً . واعلم أن مخرج المنى أسفل الفرج ، ومخرج البول من ثقبه كالحليل في أعلى الفرج ، وبين المسلمين حازر رقيق ، فالافضاء ازالة ذلك العاجز ، هذا تفسير الشيخ في المبسوط والمتأخر .

وقال جماعة من أهل العلم : الافضاء جعل مدخل الغرمول ومخرج الغائط واحداً . وهو بعيد ، لان بينهما حاجزاً عريضاً قوياً .

اذا عرفت هذا فنقول : منشأ التردد : من النظر الى أن أرش البكارة والدية والمهر كل واحد منها وجب بمعنى مغاير لما وجب له الآخر ، والتداخل على خلاف الاصل ، فلا يصار اليه الا لدليل ، وحيث لادلالة فلامصير ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والمتأخر .

والالتفات الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في ايجاب المهر والدية ، وينى الباقي على أصله ، ولان الافضاء تدخل فيه البكارة ، فتكون ديته كافية عنهما ، وهو قوي .

فروع :

قال الشيخ في المبسوط والخلاف : لو كان البول مستمسكاً ، فلا زيادة على الدية . وان كان مسترسلاً ، ففيه الحكومة ، مدعياً للجماع وهو حسن .

قال رحمه الله : ويلزم ذلك في ماله ، لان الجناية اما عمد أو شبهه بالعمد . أقول : قال الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر كيفية تصوير العمد والشبه به في الافضاء وأحال بعضهم أن يتصور فيه خطأ محض .

وقال بعض المتأخرين : وهو جيد أنه يتصور الخطأ المحض ، وهو اذا كان له زوجة قد وطأها ويعلم أن وطأها لا يفضيها بعد هذا فأصاب على فراشه امرأة

فأفضاها معتقداً أنها زوجته ، فانه خطأ محض ، كما لورمى جرياً فوق على مسلم
فقتله ، كان خطأ محضاً بلا اشكال .

إذا عرفت هذا ظهر عندك ضعف حصر الشيخ المصنف .

قال رحمه الله في المقصد الثالث في الشجاج والجراح : ولو أوضحه
اثنين وهشمة فيهما واتصل الهشم باطناً ، قال في المبسوط هما هلشمتان ، وفيه
تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن أصالة البراءة تنفي الوجوب مطلقاً ، ترك العمل
به في ايجاب دية هاشمة واحدة ، لانه مما لا بد منه ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها ،
وهو قوي ، ولأن أهل العرف يسمون ذلك هاشمة واحدة ، ولا مراض له من اللغة ،
فيجب اتباعه في ذلك .

والالتفات الى أن طريقة الاحتياط قاضية بذلك ، اذ مع أداء دية هاشمين يحصل
يقين البراءة ، بخلاف ما ذكرناه ، وهو ضعيف ، لأن الاحتياط ليس بموجب .
قال رحمه الله : من لا ولي له ، فالامام ولي دمه ، يقتصر له ان قتل عمداً ، وهل
له العفو ؟ الاصح لا .

أقول : ذهب أكثر الاصحاب الى المنع من ذلك ، ومستنده النقل المستفيض
عن أهل البيت عليهم السلام . وذهب المتأخر الى جوازه ، تمسكاً بأن الامام ولي المقتول
ووارثه لومات ، والدية يرثها من يرث المال الاكلالة الام ، واذا صح ميراثه لها
جاز عفوه عن القصاص اليها . وقال : جنابته على الامام ، لانه عاقلته ، فيكون له
ميراثه المستلزم لجواز العفو ، وادعى أن الشيخ رجع عن مقالته في بعض مصنفاته
ولم يعين . والكل ضعيف .

قوله «الامام ولي المقتول» قلنا : ان عنيت به أن له أن يقتصر عنه فمسلم ، لكن
لا يلزم منه ثبوت المطالب . وان عنيت به أعم من هذا ، بحيث أن له الصلح على

الدية والعفو عنها ممنوع ، اذ لا دليل عليه .

وقوله « والامام وارثه لومات » قلنا: مسلم لكن لانسلم أنه عليه السلام يرث من الدية ككلالة الام، فان استندت فيها الى الرواية فكذا نحن هنا، وان استندت فيها الى الاجماع ، فهو ممنوع لوجود الخلاف وقد قدمناه .

ومفهوم قوله « الدية يرثها من يرث المال » أن الدية لا يرثها الا من يرث، الا ان كل من يرث المال يرث الدية .

وقوله « جنيته على الامام لانه عاقلته فيكون له ميراثه » قلنا : ما الملازمة ؟ . وأما دعوى النقل عن الشيخ ، فلا يصححها الا الوجود . هذا آخر كلام صاحب كشف الرموز . وفيه نظر .

قال رحمه الله في النظر الرابع في اللواحق : ولوعزل المجامع عن الحرة اختياراً ولم تأذن ، قيل : يلزمه عشرة دنانير ، وفيه تردد ، أشبهه أنه لا يجب .

أقول : ينشأ : من النظر الى الاصلة النافية للوجوب ، ولان الاصل براءة الذمة ، فلا يعلق عليها شيء الامع وجود الدليل الدال عليه قطعاً أو ظاهراً ، وهما متفتيان هنا ، لان الدال على ذلك انما هو خبر واجد شاذ ، وأخبار الاحاد لا يقتضي علماً ولا عملاً خصوصاً مع منافاتها الاصل ، وهو خيرة المتأخر محتجاً بعين هذا الدليل ، ويؤيد قوله مارواه ابن بابويه عن محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن العزل ، فقال : الماء للرجل يصرفه حيث يشاء . !

ومن الالتفات الى الروايتين المرويتين عن أهل البيت عليهم السلام الداليتين على الوجوب ، وهو خيرة شيخنا المفيد والشيخ في النهاية وأبي الصلاح في الكافي وعليه أتباع الشيخ .

قال رحمه الله : في الثالثة في كفارة القتل : ولوظنه كافراً فلا دية وعليه الكفارة . ولو كان أسيراً قال الشيخ : يضمن الدية والكفارة ، لانه لا قدرة للاسير على التخلص

وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن أصالة البراءة تنفي وجوبها ، ترك العمل بها في ايجاب الكفارة للاية : فيبقى معمولاً بها فيما عداها ، وهو أحد قولي الشافعي . ومن الالتفات الى عموم قوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فدية مسلمة الى أهله وتحريم رقبة مؤمنة » وهذا مؤمن فيجبان معاً بقتله ، عملاً بظاهر الآية ، ولقوله عَلَيْهِ « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذه نفس .

وهذان احتج بهما الشيخ في الخلاف ، واحتج في المبسوط بأن الاسير غير مختار في كونه هناك ، فتجب له الدية .

فرع :

لا فرق بين أن يقصده بعينه ، أو لم يقصده اذا لم يعلم كونه مؤمناً . وقال الشافعي : ان قصده بعينه فعليه الدية والكفارة على أحد القولين والآخر كفارة بلادية . وان لم يقصد بعينه فالكفارة بلادية .

قال رحمه الله : واذا قبل من العائد الدية ، وجبت الكفارة قطعاً . ولو قتل قوداً هل تجب في ماله ؟ قال في المبسوط : لا تجب ، وفيه اشكال ينشأ من كون الجناية سبباً .

أقول : اعلم أن للشيخ في هذه قولين : الوجوب ، وهو ظاهر كلامه في الخلاف محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم ، وبأن طريقة الاحتياط تقتضي ذلك والثاني قاله في المبسوط . وهو الذي يقتضيه مذهبنا ولم يبد حجة سوى ذلك ، والمصنف استشكل القول بالسقوط من حيث أن الجناية سبب موجب للقود ، وهي حاصلة من جهته ، فلا يعد عذراً مسقطاً للكفارة ، كما لو مات بعد أن أخذت منه الدية .

قال رحمه الله في الرابعة في العاقلة : ولا يعقل مولى المملوك جنايته - الى

قوله : أو مستولدة على الاشبه .

أقول : قد سبق هذا البحث فيما سلف .

قال رحمه الله: وضامن الجريرة يعقل، ولا يعقل عنه المضمون الى قوله: نعم لا يضمن الامام مع وجوده ويسره على الاشبه .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وذكره شيخنا في نهايته ، وأتبعه المتأخر ، وكلام المصنف يدل على وجود مخالف فيه ، ولا يحضرني الآن ذلك وان كان فهو مدفوع بالشهرة .

قال رحمه الله : وأما كيفية ، التقييط ، فان الدية تجب ابتداءً على العاقلة ولا يرجع بها على الجاني على الاصح .

أقول : حكى الشيخ في المبسوط والخلاف والنهاية عن بعض الاصحاب جواز الرجوع على القاتل، ثم قال في الاولين : ولا أعرف به قضاءً ولا قولاً، واحتج في الخلاف بظواهر الاخبار الدالة على لزوم الدية للعاقلة ابتداءً وليس في شيء منها ما يدل على الرجوع على القاتل .

ونسب الشيخ المصنف والمتأخر هذا القول الى شيخنا المفيد في المقنعة ولم يذكر المستند. وربما احتج بأن ذلك غرم لزم العاقلة بسببه، فكان لها الرجوع عليه ويضعف بأن الجناية لم توجب عليه دسكاً للمجني عليه، فأولى بأن لا توجب للعاقلة وفيه نظر .

قال رحمه الله: ولو قتل الاب ولده خطأ، فالدية على العاقلة ويرثها الوارث وفي توريث الاب هنا قولان ، ولو لم يكن وارث سوى العاقلة ، فان قلنا الاب لا يرث فلدية، وان قلنا يرث ففي أخذ من العاقلة تردد. وكذا البحث لو قتل الولد أباه خطأ .

أقول: منشؤه: النظر الى عموم الاخبار الدالة على لزوم العاقلة الدية ويسلمها

الى أولياء المقتول، ولا شك أن الولي هنا الاب ، فيجب التسليم اليه، عملاً بالعموم والالتفات الى أن ذلك يستلزم ان القاتل يقتل ويأخذ، وهو بعيد. أما أولاً، فلضرورة الجناية وسيلة الى تحصيل الاموال . وأما ثانياً ، فلما في ذلك من توفر الدواعي على القتل المخطأ، وهما ضيقان، أما الاول فلانه مجرد استبعاد وليس دليلاً. وأما الثاني فلانا لانوجب الاخذ من العاقلة الا عند تحقق كون القتل خطأ .

واعلم أن هذا الاشكال انما يتأتى على قول من يورث القاتل خطأ مطلقاً . أما من يمنعه مطلقاً أو من الدية ، فالاشكال ليس بوارد عليهما .

قال رحمه الله : وكذا لورمى مسلم طائراً ثم ارتد فأصاب مسلماً ، قال الشيخ : لم يعقل عنه المسلمون من عصبته ولا الكفار ، ولوقيل : يعقل عنه عصبته المسلمون كان حسناً ، لان ميراثه لهم على الاصح .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : انما لم يعقل عنه الكفار ، لانه أرسله وهو مسلم ، فتكون الدية في ماله . والشيخ المصنف أوجب الدية على عاقلة المسلم ، وهو حسن . أما أولاً فلان مقتضى الاصل لزوم الدية للعاقلة المسلمين في صورتين : أعني صورة مالورمى وهو ذمي ثم أسلم فقتل السهم مسلماً ، وهذه الصورة لكون الميراث لهم فيهما معاً ، ترك العمل بهافي الصورة الاولى ، للاجماع فيبقى الباقي على أصله . وأما ثانياً فلان المرتد ميراثه لورثته المسلمين ، فتكون ديته عليهم . وحيث أتينا بما قصدنا اثباته وذكره ، وأوردنا ما أوردنا إيراداً وسطره ، فلنحمد

الله الذي جعلنا من المتمسكين بأهذاب مذهب الائمة الاطهار المنزهين عن الخطل والزيف والاصار، الاخذين علومهم عن النبي المختار محمد بن عبد الله ، من أكرم بيت وأشرف الابرار ، المؤيد بالمهاجرين والانصار، صلى الله عليه وعليهم آباء الليل وأطراف النهار، ونسأله أن يجعل ما كتبناه حجة لنا يوم القرار ، وعدة نستدفع بها أهوال تلك الدار ، انه هو الكريم الغفار المتطول بالانعم السنية الغزار .

قال في آخر نسخة « م » : تم كتاب ايضاح ترددات الشرائع، تأليف الشيخ العالم الكامل نجم الدين جعفر بن الزهري الحلبي ، والحمد لله وحده وصلى الله على أكرم المرسلين وسيد الاولياء محمد بن النبي وآله وعترته الطاهرين ، وذلك في يوم ثامن ... الحرام من سنة خمس وخمسين وسبعمائة الهلالية بالحلة ، عمرها الله بالصالحين من عباده ، على يد كاتبه مالكة أضعف ... الفقير الى رحمته وعفوه علي بن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر ، غفر الله له ولوالديه وللمؤمنين والمؤمنات و ... رب اختتم بالخيرات .

وقال في آخر نسخة « س » : تم الكتاب والحمد لله حق حمده ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي وآله الطاهرين وسلم تسليماً كثيراً ، برحمتك يا أرحم الراحمين . فرغ من تعليقه أفقر عباد الله وأحوجهم الى مغفرته ورحمته ورضوانه علي بن حسن بن علي ... الحلبي محتداً ... مسكناً ومولداً ، نصف نهار الاربعاء حادي وعشرين من شهر ... من شهور سنة ست وخمسين وسبعمائة ، وصلى الله على محمد وآله، غفر الله له ولوالديه ولجميع المؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات، الاحياء منهم والاموات ، ولجميع من قرأ فيه أو نظر فيه أو نسخ منه أو طالعاه وترحم على المؤمنين والمسلمين ولوالديه ودعاه بالمغفرة ...

وقال في هامش « س » : اتفقت المقابلة والتصحيح من أوله الى آخره بنسخة بخط شيخنا العلامة جمال الدين أحمد بن فهد قدس الله روحه . والمفهوم من النسختين أنهما غير مقابلتين ، لكن بحسب ما أمكن وكتب الفقير علي بن قاسم المعروف بابن عداة عفا الله عنهم .

وتم بحمد الله تعالى استنساخ الجزئين من الكتاب تصحيحاً وتحقيقاً وتعليقاً عليه ، مع تحمل المشاق الشديدة في استنساخهما حيث أن النسختين كانتا بالخط الحلبي وهو من أصعب الخطوط المتداولة قراءة، وكان الفراغ منه في اليوم العاشر

من الرجب المرجب سنة ألف وأربعمائة وثمان هجرية على يد الفقير المحتاج
السيد مهدي الرجائي عفي عن جرائمه في بلدة قم حرم أهل البيت عليهم السلام .

فهرس مطالب الكتاب

٣	ذكر الترددات المذكورة في كتاب النكاح
٢٩	ذكر الترددات المذكورة في القسم الثالث في الايقاعات
٣٦	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الخلع
٦٠	ذكر الترددات المذكورة في كتاب التدبير
٦٥	ذكر الترددات المذكورة في فصل المكاتبة
٧٠	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الاقرار
٧٧	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الايمان
٩١	ذكر الترددات المذكورة في كتاب النذر
٩٧	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الصيد
١٠٧	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الغصب
١١٤	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الشفعة
١٢٢	ذكر الترددات المذكورة في كتاب احياء الموات
١٢٦	ذكر الترددات المذكورة في كتاب اللقطة
١٣٢	ذكر الترددات المذكورة في كتاب الفرائض
١٤٠	ذكر الترددات المذكورة في كتاب القضاء