

الدرر الفقهية

في شرح

اللمعة الدمشقية

كتاب

كتاب الخلع الى احياء الموات

الجزء الثاني عشر

اية الله الشيخ ماجد الكاظمي

سرشناسه	: كاظمى، ماجد
عنوان قراردادى	: اللمعة الدمشقية . شرح
عنوان و نام پدیدآور	: الدرر الفقهية في شرح اللمعة الدمشقية/ ماجد الكاظمى .
مشخصات نشر	: قم : دارالهدى، ١٣٩٦ - مشخصات ظاهرى : ج: ١٥ .
شابک	: ٤٥٠٠٠٠٠ ريال: دوره : ٠٠ - ٤٣٨ - ٤٩٧ - ٩٦٤ - ٩٧٨ : ج: ٠١ - ١٢٣ - ٤٥٦ - ٧٨٩ - ١٢٣
يادداشت	: وضعيت فهرست نویسی : فيبا يادداشت : عربى.
يادداشت	: ج: ١٢ - ١٥ (چاپ اول: ١٣٩٦) (فيبا). كتاب الخلع الى احياء الموات-
يادداشت	: كتاب حاضر شرحى بر كتاب «اللمعة الدمشقية» تأليف شهيد اول است.
يادداشت	: كتابنامه.
موضوع	: شهيد اول، محمد بن مكي، ٧٨٦-٧٣٤ ق. اللمعة الدمشقية -- نقد و تفسير.
موضوع	: فقه جعفرى -- قرن ٨ ق.
موضوع	: Islamic law, Ja'fari -- 14th century* :
شناسه افزوده	: شهيد اول، محمد بن مكي، ٧٨٦-٧٣٤ ق. اللمعة الدمشقية . شرح
رده بندي كنگره	: ١٣٩٦٣/١٨٢BP ١٨٠٢١٨٠٩ ش/
رده بندي ديويى	: ٣٤٢/٢٩٧
شماره كتابشناسى ملي	: ٥٠٤٠٧٥٢



انتشارات دارالهدى

الدرر الفقهية في شرح اللمعة الدمشقية (الجزء ١٢)

الشارح: آية الله الشيخ ماجد الكاظمى (الدباغ)

هذه الطبعة مزودة و منقحة

المطبعة : شريعت

ردمك الجلد ٠ : ١ - ١٢٣ - ٤٥٦ - ٧٨٩ - ١٢٣

ردمك الدورة : ٠٠ - ٤٣٨ - ٤٩٧ - ٩٦٤ - ٩٧٨

سنة الطبعة الاولى : ١٣٩٦ (١٤٣٩ ق.)

سعر الدورة : ٤٥٠٠٠٠ تومان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ثُمَّ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْبَشِيرِ النَّذِيرِ مُحَمَّدٍ الْمَصْطَفَى وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ
 الطَّاهِرِينَ وَاللَّعْنَ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ
 (كِتَابُ الْخَلْعِ وَ الْمُبَارَاةِ)

الخلع

الخلع و هو طلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها فهو نوع من الطلاق بالعوض المقصود و يكون لازما من جهة الزوج و يفترق مع الطلاق بأمر تأتي و الخلع بالضم اسم لذلك ، قال: في المبسوط: سَمِيَ اللَّهُ تَعَالَى الْخَلْعَ فِي كِتَابِهِ «اِفْتِدَاءً» فَقَالَ «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» وَ اشْتِقَاقُهُ مِنْ «خَلَعَ يَخْلَعُ» يُقَالُ: «خَلَعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ» (وَ اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْ زَوْجِهَا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِبَاسٍ لِمُصَاحِبِهِ، قَالَ تَعَالَى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾.

و الأصل في الخلع الكتاب و السنّة، فالكتاب قوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^١.

و اما ان الخلع نوع من الطلاق و ليس فسحا فهو المشهور خلافاً لشيخ الطائفة حيث اختار كونه فسحا لأنه لا ينشأ بلفظ الطلاق بل و لا ينوى به ذلك .

و يردده تصريح الروايات بذلك، كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: والله لا ابرك قسما ولا اطيع لك امرا ولا اغتسل لك من جنابة ولاوطن فراشك ولاذن عليك بغير اذنك وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما اخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة...»^١ و غيرها، و الثمرة تظهر في عدّه من جملة الطلقات الثلاث و عدمه.

و اما انه لا يكون الا من الزوجة الكارهة لزوجها فلدلالة النصوص الاتية على ذلك.

صيغة الخلع

(و صيغة الخلع أن يقول الزوج: خلعتك على كذا أو أنت مختلعة على كذا)

و الاصل في مثل هذه الصيغة المفيد فقال «فيقول لها: إن أردت أن أفارقك فادفعي إلي ألف دينار أو ما شاء حتى أخلي سبيلك فإذا أجابته إلى ملتسه قال لها: «قد خلعتك على كذا و كذا درهما أو دينارا أو كيت و كيت فإن رجعت في شيء من ذلك فأنا أملك ببضعك» فإذا قال لها ذلك بمحضر رجلين مسلمين عدلين و هي طاهر من الحيض طهرا لم يقربها فيه بجماع فقد بانت منه و ليس له عليها رجعة»^٢.

١ الكافي ٦: ١٣٩ الباب الخلع الحديث ١

٢ المقنعة (للشيخ المفيد)؛ ص ٥٢٨؛ ٢١ باب الخلع و المباراة.

والدليل على صحة هاتين الصيغتين هو انه لم ترد صيغة خاصة في النصوص لانشاء الخلع و عليه فاللازم الحكم بالاكْتفاء بكل صيغة دالة على إنشاء الخلع تمسكا بالاطلاق المقامي.

وتوهم ان النصوص ظاهرة في صيغة خاصة للخلع و هي ان تقول لزوجها: «لا أبرّ لك قسما و لا أطيع لك أمرا و لا أغتسل لك من جنبه و لأوطننّ فراشك و لآذننّ عليك بغير إذنك» فإذا قالت ذلك تم الخلع و استظهر المتوهم هذه الصيغة من صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «لا تحلّ خلعها حتى تقول لزوجها: «لا أبرّ لك قسما و لا أطيع لك أمرا و لا أغتسل لك من جنبه و لأوطننّ فراشك و لآذننّ عليك بغير إذنك» و قد كان الناس يرخّصون في ما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له أن يأخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة. و قال: يكون الكلام من عندها، و قال: لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقا إلّا للعدّة»^١.

و موثق سماعة: سأله عن المختلعة، فقال: لا يحلّ لزوجها أن يخلعها حتى تقول: «لا أبرّ لك قسما، و لا أقيم حدود الله فيك، و لا أغتسل لك من جنبه، و لأوطننّ فراشك، و لأدخلنّ بيتك من تكره» من غير أن تعلم هذا و لا يتكلمونهم و تكون هي التي تقول ذلك، فإذا هي اختلعت فهي بائن و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه و ليس له: أن يأخذ من المبرأة كلّ الذي أعطاه»^٢.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٩ ح ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٠ ح ٢

و صحيح محمد بن مسلم، عن الصادق عليه السلام قال: «المختلعة التي تقول لزوجها: اخلعني و أنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحلّ أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول: «و الله لا أبرّ لك قسماً، و لا أطيع لك أمراً، و لا آذننّ في بيتك بغير إذنك، و لأوطننّ فراشك غيرك» فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها و كانت تطليقة - الخبر^١.

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: «إذا قالت لزوجها جملة: «لا أطيع لك أمراً - مفسراً أو غير مفسر - حلّ له ما أخذ منها و ليس له عليها رجعة» فإنه يدلّ على أنّ في جملة «لا أطيع لك أمراً»^٢، وقال: المفهوم منها أن صيغة الخلع هي تلك الأقوال^٣.

و فيه: ان هذه النصوص ناظرة الى شرائط الخلع لا الى صيغته كما هو ظهورها بل صريح قوله (ع) «فقال: لا يحلّ لزوجها أن يخلعها حتى تقول: «لا أبرّ لك قسماً...» فصريح العبارة ان الخلع بيد الزوج بعد ما تقول له الزوجة كذا وكذا.

و بذلك يتبين ان الخلع لا يتحقق ألاً اذا هددت الزوجة زوجها بمثل هذا الكلام كما سيأتي البحث عنه.

(ثم يتبعه بالطلاق) على الفور (في القول الأقوى)

كما اختاره الشيخ واستدل له برواية موسى بن بكر عن العبد الصالح: «قال علي عليه السلام: المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في العدة»^١.

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٠ ح ٣

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤١ ح ٦

٣ النجعة ج ٩ ص ٣٦٢

و فيه: انها لو تمت سندا و لم يناقش من ناحية موسى بن بكر هي ضعيفة دلالة لإجمال المقصود منها.

و ما ذكره الشيخ لو استفيد منها يلزم الحكم بجواز تأخير الطلاق عن الخلع حتى بفترة طويلة ما دامت العدة باقية. و هو بعيد

هذا و يظهر من بعض الروايات ان الخلاف في اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق كان ثابتا في عصر الأئمة عليهم السلام، و لذلك تكرر السؤال عن ذلك فلاحظ خبر جعفر بن سماعة: أن جميلا شهد بعض أصحابنا و قد أراد أن يخلع ابنته من بعض أصحابنا، فقال جميل للرجل: ما تقول رضيت بهذا الذي أخذت و تركتها؟ قال: نعم، فقال لهم جميل: قوموا، فقالوا: يا أبا عليّ ليس تريد تتبعها الطلاق؟ قال: لا، قال: و كان جعفر بن سماعة يقول: يتبعها الطلاق في العدة و يحتج برواية موسى بن بكر «عن العبد الصالح عليه السلام قال: قال عليّ عليه السلام المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في العدة»^٢.

و صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع: «سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه و ان شاءت ان يرد اليها ما أخذ منها و

١ وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٠ الباب ٣ من كتاب الخلع و المبارة الحديث ١

٢ الكافي (في باب خلعه، ٦٢ من طلاقه، في خبره ٩)

تكون امرأته فعلت. فقلت: فانه روي لنا انه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق قال: ليس ذلك اذاً خلع. فقلت: تبين منه؟ قال: نعم^١ و غيرها.

و بالجملة: لا دليل على اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق لعدم الدليل، فيتمسك بالاطلاق اللفظي ان كان و الّا فبالاطلاق المقامي، بل و للدليل على العدم، كصحيحة ابن بزيع و غيرها و لا يدلّ على الاحتياج إلّا خبر موسى بن بكر المتقدم و هو واحد .

و استدل الشيخ على مختاره مضافا لخبر موسى بن بكر بكلام لا بأس بنقله و رده مختصرا فقال: «الذي أعمده في هذا الباب و أفتي به أنّ المختلعة لا بدّ فيها من أن تتبع بالطلاق و هو مذهب جعفر بن سماعة و الحسن بن سماعة و عليّ بن رباط و ابن حذيفة من المتقدمين. و مذهب عليّ بن الحسين من المتأخرين، فأما الباقر من فقهاء أصحابنا المتقدمين فلست أعرف لهم فتيا في العمل به و لم ينقل منهم أكثر من الروايات التي ذكرناها و أمثالها، و يجوز أن يكونوا رووها على الوجه الذي نذكر في ما بعد و إن كان فتياهم و عملهم على ما قلناه»^٢.

و فيه: ان جعفر بن سماعة و الحسن بن سماعة و موسى بن بكر من الواقفة فهم اذن ليسوا من اصحابنا و ابن حذيفة هو الحسن بن حذيفة و قد ضعفه ابن الغضائريّ جدّا^٣، و اما ابن حذيفة فلم نقف عليه ، نعم عليّ بن رباط غير مطعون فيه.

١ و سائل الشيعة ١٥: ٤٩٢ الباب ٣ من كتاب الخلع و المباراة الحديث ٩

٢ تهذيب الأحكام ج ٨ ص ٩٧

٣ رجال ابن الغضائري رقم ٤٣

و اما قوله «و لم ينقل منهم أكثر من الروايات التي ذكرناها و أمثالها» ففيه: انها تبلغ اثني عشر خبرا أو أكثر وهي بين صريح و ظاهر في عدم الاحتياج إلى اتباع طلاق. مع أن جميل بن دراج أفتى بعدم الاحتياج^١ و هو إمامي جليل من أصحاب الإجماع و نقل الشيخ نفسه عن زرارة و هو من اصحاب الاجماع انه قال: لا يكون الخلع إلّا على مثل موضع الطلاق إمّا طاهرا و إمّا حاملا بشهود» و ظاهر المرتضى كون إجماعنا على كون الخلع بنفسه طلاقا^٢.

ثم إن كان عليّ بن بابويه من المتأخرين و افاق ابني سماعة و ابن رباط و ابن حذيفة فقد خالفهم منهم الإسكافيّ و المرتضى كما قال في «المختلف» و قال: و هو الظاهر من كلام العمانيّ و الصدوق و المفيد و الديلميّ، قلت: و هو ظاهر الكافي و الفقيه ايضا.

ثم قال: «و استدللّ من ذهب من أصحابنا المتقدمين على صحّة ما ذهبنا إليه بقول أبي عبد الله عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا لم نجز إلّا طلاق السنّة».

و فيه: ان الخلع نوع من الطلاق و قسيم الطلاق بالمعنى الخاص و هو من السنة بالمعنى الاعم. و ليس ما قالوا في خبر و إنّما في صحيح الحلبيّ، عن الصادق عليه السلام «لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقا إلّا للعدّة»^٣، و خبر أبي بصير «ثم قال: لو كان الأمر إلينا لم يكن الطلاق إلّا للعدّة»^٤ و المراد به أنّ الخلع الذي هو قسم من الطلاق أيضا كالطلاق

١ الكافي ٦٢ ح ٩ باب ٦٢ من طلاقه

٢ الناصريّات المسئلة ١٦٥

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٩ ح ١

٤ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤١ ح ٥

المتعارف يشترط فيه كونه للعدة كما قال تعالى ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْدَّتِهِنَّ﴾ إشارة إلى أن العامة لم يشترطوا في الخلع «طهر غير الواقعة» لا ان صيغة الخلع تحتاج إلى لفظ الطلاق.

ثم قال: و استدلل الحسن بن سماعه و غيره بأن قالوا: قد تقرر أنه لا يقع الطلاق بشرط، و الخلع من شرطه أن يقول الرجل: «إن رجعت في ما بذلت فأنا أملك بضعك» و هذا شرط فينبغي أن لا يقع به فرقة.

و فيه: انه اجتهاد قبال النص و الخلع حكم حكم به الشارع نظير حكمه في المطلق بأن له حق الرجوع إلى انقضاء عدتها، فلو قال المطلق: أنت طالق و إن أردت قبل انقضاء العدة الرجوع إليك فعلت» فهل يكون الطلاق باطلا.

قال الشيخ ايضا: و استدلل أيضا ابن سماعه بما رواه الحسن بن أيوب عن ابن بكير، عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما سمعت مني يشبه قول الناس، فيه التقيّة، و ما سمعت مني لا يشبه قول الناس فلا تقيّة فيه».

و فيه: انه دليل عليه لا له فان خبر موسى هو الذي يحتمل ان يكون للتقيّة فقال الشيخ في الخلاف: «المختلعة لا يلحقها الطلاق- إلى- و ذهب الزهري و النخعي و الثوري و أبو حنيفة و أصحابه إلى أن يلحقها طلاقه قبل انقضاء العدة و لا يلحقها بعد انقضاء العدة»^١.

١ الخلاف؛ ج ٤، ص ٤٢٩؛ مسألة ١٠: المختلعة لا يلحقها الطلاق .

و قال المرتضى في النَّاصِرِيَّات بعد قول جده «و المختلعة لا يلحقها الطَّلَاق»: «هذا صحيح و إليه يذهب أصحابنا و هو مذهب الشافعيّ - إلى - دليلنا على صحّة ما ذهبنا إليه بعد الإجماع المتردّد أنّ الطَّلَاق لا يقع عندنا عقيب الطَّلَاق إلّا بعد رجعة...»!

حكم ما لو أتى بالطلاق مع العوض

(و لو أتى بالطلاق مع العوض أغنى عن لفظ الخلع)

يعني ان ذكر الطلاق مع العوض خلع مطلقا عند المصنف و لكنه محل اشكال و ذلك لان المفهوم من الأخبار كون مثله من المبرأة لا من الخلع الذي يحتاج فيه إلى أن تقول المرأة: لا أطيع لك أمرا و ذلك لما تقدم ان الخلع لا يتحقق إلّا اذا هدت الزوجة زوجها بمثل هذا الكلام ، و اما ان ذكر الطلاق مع العوض من المبرأة فلصحيح محمّد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها: «لك كذا و كذا و خلّ سبيلي» فقال: هذه المبرأة»^٢.

و صحيح أبي بصير، عنه عليه السّلام: المبرأة تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركني أو تجعل له من قبلها شيئا فيتركها - الخبر»^٣.

حصيلة البحث:

١ النَّاصِرِيَّات المسألة ١٦٦

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٣ ح ٥

الخلع طلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها فهو نوع من الطلاق بالعوض المقصود و يكون لازما من جهة الزوج و يفترق مع الطلاق ان الخلع لا يتحقق الا اذا هددت الزوجة زوجها بمثل هذا الكلام: «و الله لا أبرّ لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لا آذننّ في بيتك بغير إذنك، و لأوطننّ فراشك غيرك»، و صيغة الخلع أن يقول: خلعتك على كذا أو أنت مختلعةٌ على كذا، و يكتفى بكل صيغة دالة على إنشاء الخلع و لا يتبعه بالطلاق و لو أتى بالطلاق مع العوض من دون تهديد منها لم يكن خلعا بل كان مبارأة .

و كل ما يصحّ أن يكون مهرا صحّ أن يكون فدية

(و كل ما يصحّ أن يكون مهرا صحّ أن يكون فدية و لا تقدير فيه فيجوز على أزيد مما وصل إليها منه)

كما في موثق سماعة «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله فقال إذا قالت لا أطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد»^١ و غيره ، و لا خلاف فيه عندنا بل عند العامة فنقل الخلاف أنّ الزهريّ و أحمد و إسحاق قالوا بعدم جوازه بأكثر من المهر.

و يصح بذل الفدية منها و من وكيلها

(و يصح بذل الفدية منها و من وكيلها) الباذل له من ماله لعمومات الوكالة (و ممّن يضمّنه) في ذمته (بإذنها)

و الفرق بينه و بين الوكيل أن الوكيل يبذل من ماله بإذنها و هذا من ماله بإذنها و قد يشكل هذا بأنه ضمان ما لم يجب و قد تقدم جوابه في كتاب البيع.

(و في صحّته من المتبرع) بالبدل من ماله (قولان أقربهما المنع)

و في المبسوط «و إن اختلعا أجنبيّ من زوجها بعوض بغير إذنها فعند الأكثر يصحّ، و قال شاذّ منهم: لا يصحّ و هو الأقوى»^١ و استدللّ الخلاف له «بقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ قال: فأضاف الفداء إليها، ففداء غيرها لا يجوز»^٢ و توضيح ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع و بذل الوكيل و الضامن بإذنها كبذلها فيبقى المتبرع على أصل المنع و لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل و حينئذ فلا يملك الزوج البذل و لا يقع الخلع، و وجه الصحة أنه افتداء و هو جائز من الأجنبي كما تقع الجعالة منه على الفعل لغيره و إن كان طلاقاً.

١ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ٤، ص: ٣٦٥

٢ الخلاف؛ ج ٤، ص: ٤٤١؛ مسألة ٢٦

و فيه: ان مجرد توافق الاجنبي مع الزوج على طلاقها مع العوض لا دليل على كونه خلعا تتبعه احكامه بحيث لا يجوز للزوج الرجوع الى الزوجة بلا رضا منها بل ولا دليل على مشروعيته مع الاجنبي بحيث يكون نافذا على الزوج بمجرد تعاقدهما ولا يجوز له الرجوع بعد الطلاق عدا اية الوفاء بالعقود و هي على فرض صحة التمسك بها - و لم يكن ذلك من مصاديق الاكل للمال بالباطل - لا علاقة لها بالخلع و الطلاق و ذلك لانهما من الاحكام التوقيفية لا الحقوق حتى تقبل المعاهدة خارجا عن النصوص فالاقوى عدم صحته .

حكم ما لو تلف العوض قبل القبض

(و لو تلف العوض قبل القبض)

لا ريب في صحة الخلع في التلّف لعدم الدليل على بطلانه بل عموم ادلة الخلع تشمله و عليه فيجب عليها الوفاء بما اشتمل عليه الخلع (فعليها ضمانه) اي العوض فهي ضامنة له فان كان كلياً ضمنّت بدل التالف وان كان معيناً ضمنّت المثلي (مثلاً أو قيمة) اذا كان قيمياً عند المصنف و جماعة لكن تقدم في كتاب البيع ضمانه بالقيمة مطلقاً

(و كذا لو ظهر استحقاقه لغيرها)

فعليها ضمانه و لا يبطل الخلع عند المصنف لأصالة الصحة.

و فيه: ان العوض مع استحقاق الغير له لا يشمل عموم وجوب الوفاء بالعقود فلا مقتضي للصحة فتجري اصالة الفساد بمعنى عدم النفوذ لا الصحة، و بذلك صرح الشيخ في الخلاف فقال: « إذا وقع الخلع على بذل فاسد مثل: الخمر و الخنزير و ما أشبه ذلك مما لا يصح تملكه لم يصح خلعه»^١.

(و يصح البذل من الأمة بإذن المولى) لعموم دليل الخلع (فان عين قدرا) تعين فإن زادت عنه شيئا من ماله وقف على إجازته فإن رد بطل فيه و في صحة الخلع و انه تتبع به بعد العتق أو بطلانه الوجهان المتقدمان و قد تقدم ان الاقوى هو البطلان.

(و إلّا) يعين قدرا (انصرف) إطلاق الإذن (إلى) بذل (مهر المثل) كما ينصرف الإذن في البيع إلى ثمن المثل نظرا إلى أنه هو المفهوم عرفا فيحمل الإطلاق عليه.

(و لو لم يأذن لها) في البذل مطلقا صح الخلع في ذمتها دون كسبها و (تبعته به بعد العتق)

تبعاً للشيخ في المبسوط حيث قال: «إذا اختلعت الأمة نفسها بعوض فإن كان يأذن سيدها صحّ فإن قبلت بمهر مثلها أو أقلّ فإن كانت مأذونا لها في التجارة أعطت ممّا في يدها و إلّا أعطت من كسبها و إن لم يكن لها كسب ثبت في ذمتها، و إن كان زائدا على مهر مثلها كان فاسدا، و يقوى عندي أنّه يكون صحيحا غير أنّه يتعلّق بدمتها»^٢.

١ الخلاف؛ ج ٤، ص: ٤٢٧؛ مسألة ٧

٢ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ٤، ص: ٣٦٦

قلت: كما لو عاملها بإقراض و غيره و لا إشكال فيه و إن علم بالحال لأن العوض صحيح متعلق بذمتها .

حصيلة البحث:

و كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون فدية، و لا تقدير فيه فيجوز على أزيد ممّا وصل إليها منه و يصحّ بذل الفدية منها و من و كيلها و ممّن يضمنه بإذنها. و في المتبرّع قولان أقربهما المنع، و لو تلف العوض قبل القبض فعليها ضمانه قيمةً و لو ظهر استحقاؤه بطل، و يصحّ البذل من الأمة بإذن المولى فإن عيّن قدرّاً و إلّا انصرف إلى مهر المثل، و لو لم يأذن صحّ الخلع في ذمتها دون كسبها و تبعت به بعد العتق .

و المكاتبه المشروطة كالقن

(و المكاتبه المشروطة كالقن)

فيتعلق البذل بما في يدها مع الإذن و بذمتها مع عدمه إن كان مطلقاً و إن كان معيناً و لم يجز المولى بطل و في صحة الخلع الوجهان المتقدمان.

(و أما المكاتبه (المطلقة فلا اعتراض عليها) للمولى مطلقاً.

والأصل في هذا الفرع أنّ المبسوط بعد النقل عن العامة قولين في صحّة خلع المكاتبه نفسها و عدمها إذا كان بغير إذن مولاها، قال: «و الذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: إن كان

مشروطا عليها فهي كالأمة القنّ سواء، و إن لم يكن مشروطا عليها كان الخلع صحيحا^١.

قلت: ووجهه أنّ المطلقة إذا تحرّرت بعضها يمكنها الاكتساب في يومها و أداء مال الخلع.

و لا يصحّ الخلع إلّا مع كراهتها له

(و لا يصحّ الخلع إلّا مع كراهتها) له (فلو طلقها) و الأخلاق ملتئمة (و لم تكره بطل البذل)

و الاقوى بطلان الخلع لعدم الموضوع له و بطلان الطلاق لعدم القصد له مستقلا.
(و) عند المصنف (وقع الطلاق رجعيا) من حيث البذل و قد يكون بائنا من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها أو كون المطلقة ثالثة، و قد عرفت ضعفه، و الأصل فيه أنّ الشيخ قال في الخلاف: «إذا كانت الحال بين الزوجين عامرة و الأخلاق ملتئمة و اتفقا على الخلع فبذلت له شيئا حتى يطلّقها لم يحلّ ذلك، و به قال عطاء و الزّهريّ و النّخعيّ و داود و أهل الظاهر، و قال أبو حنيفة و الشافعيّ و مالك و الأوزاعيّ و الثوريّ: إنّ ذلك مباح، دليلنا إجماع الفرقة على أنّه لا يجوز خلّعها إلّا بعد أن يسمع منها ما لا يحلّ ذكره من قولها: «لا أغتسل لك من جنابة، و لا أقيم لك حداً و لأوطننّ فراشك من تكرهه» أو يعلم ذلك منها و هذا مفقود ههنا فيجب أن لا يجوز الخلع، و أيضا قوله تعالى ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ فإنه حرم الأخذ منها إلّا عند الخوف من أن لا يقيما حدود الله، و قال تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا

حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴿ فدل ذلك على أنه متى ارتفع الخوف وقع الجناح!.

قلت: الامر كما قال الشيخ و ذلك لانه لا موضوع للخلع مع التيام الأخلاق ، و التحقيق أنّ مثله داخل في المبارأة حكما فيمكن أن تكون الأخلاق ملتزمة بأن تكون المرأة مطيعة للزوج بحكم الشريعة و تكون كراهة له من حيث الطبيعة، فتبذل له شيئا حتى يطلقها ، و يدل على إلحاقه بالمبارأة و إن كان الأصل في المبارأة كراهة كل منهما صاحبه صحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خلّ سبيلي، فقال: هذه المبارأة»^٢ و غيره^٣.

و لو أكرهها على الفدية فعل حراما

(و لو أكرهها على الفدية فعل حراما) للإكراه بغير حق (و لم يملكها بالبذل) قال تعالى ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴿ فاستثنى خوف عدم إقامتهما حدوده تعالى فيبقى ما ذكر في المستثنى منه ، و لبطلان تصرف المكره أيضا.

(و طلاقها رجعي) عند المصنف من هذه الجهة لبطلان الفدية فلا ينافي كونه بائنا من جهة أخرى إن اتفقت.

١ الخلاف أول الخلع .

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٦

و فيه: ان الطلاق قسيم للخلع و ليس بمقصود حتى نقول بوقوعه فالاقوى البطلان كما تقدم.

(نعم لو أتت بفاحشة مبينة)

كما قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَ لَا تَعْضُلُوهُنَّ لِنُدْهَبُوا بَعْضُ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾^١ و فسرهما الشيخ في المبسوط بالزنا، كما هو ظاهر الآية و يدل عليه مرفوع الفقيه عن الصادق عليه السلام انه قال: «إِلَّا أَنْ تَزْنِي فَتَخْرُجَ وَ يَقَامَ عَلَيْهَا الْحَدُّ»^٢ الوارد في تفسير قوله تعالى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ حول المطلقة و به قال المفيد و القاضي و الشيخ في نهايته بالنسبة الى المطلقة ، قلت: و لا نحتمل الفرق بين الامرين.

و فسرهما الطبرسي بكلّ معصية و لا شاهد له بالخصوص نعم ورد في تفسير الفاحشة بالنسبة الى المطلقة ان المراد منها ان تؤذي أهله بالقول أو الفعل كما في مرسله إبراهيم بن هاشم، عن بعض أصحابه، عن الرضا عليه السلام «في قوله عزّ و جلّ» «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ» قال: أذاها لأهل الرّجل و سوء خلقها»^٣.

و خبر محمد بن عليّ بن جعفر قال: «سأل المأمون الرضا عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ» «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ» قال: يعني بالفاحشة

١ النساء اية ١٩

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٩٩

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ٩٧

المبيّنة أن تؤذي أهل زوجها فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقض عِدَّتْها فعل^١ و هما و ان كانتا ضعيفتين سندا ألا ان المشهور عمل بهما كما وانه لا فرق بين المقامين بل صرح عليّ بن إبراهيم القميّ في تفسير آية العضل أنّ الفاحشة: قول المرأة للزوج «لا أطيع لك أمراً» فقال: لا يحلّ للرجل إذا نكح امرأة لم يردها و كرهها أن لا يطلقها إذا لم يجبر عليها و يعضلها أي يحبسها و يقول لها: حتى تؤدين ما أخذت مني، فهى الله عن ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبيّنة - و هو ما وصفناه في الخلع - فإن قالت ما تقول المختلة يجوز له أن يأخذ منها ما أعطها و فضلاً»

قلت: و عليه فالقاعدة تقتضي الجمع بين المعنيين و حاصله تحقق الفاحشة بكل معصية وهو الاقوى.

و (جاز عضلها) و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها (لتفدي نفسها) لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِنُدْهُبُوا بِبَعْضٍ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^٢ و الاستثناء من النهي إباحة و لأنها إذا زنت لم يؤمن أن تلحق به ولدا من غيره و تفسد فراشه فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فتدخل في قوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

وقيل: لا يصح ذلك و لا يستبيح المبدول مع العضل لأنه في معنى الإكراه.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ٩٧

٢ النساء آية ١٩

و فيه: انه اجتهاد قبال النص الدال على الجواز . و قيل إن الآية الأولى منسوخة بآية الحد. و فيه: انه لا منافاة بينهما حتى يكون احدهما ناسخا للآخر.

هذا و قال الشهيد الثاني: «وهل يتقيد جواز العضل ببذل ما وصل إليها من مهر و غيره فلا يجوز الزيادة عليه أم لا يتقيد إلّا برضاه؟ اختار المصنّف الأوّل حذرا من الضرر العظيم و استنادا إلى قول النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لجميلة بنت عبد الله بن أبيّ لمّا كرهت زوجها ثابت بن قيس، و قال لها: أ تردّين عليه حديقته قالت: و أزيده «لا حديقته فقط». و وجه الثاني إطلاق الاستثناء الشّامل للزائد، و عدّ الأصحاب مثل هذا خلعا و هو غير مقيد، و فيه نظر لأنّ المستثنى منه إذهب بعض ما أعطاه فالمستثنى هو ذلك البعض فيبقى المساوي و الزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوي بدليل آخر بقي الزائد»^١.

قلت: اما الخبر فعامي و لا عبرة به و أمّا تنظر الشهيد الثاني في الاستثناء.

ففيه: أنّ المستثنى منه في مقام بيان أنّه لا يجوز إجبارها على جزء من مالها فلو عبّر فيه بما أعطاه أو أكثر لأوهم جواز أخذ الأقلّ، و أمّا المستثنى فليس كذلك، و يشهد لذلك أنّه لولا ذلك لما كان أخذ المثل أيضا جائزا و لا ريب في جوازه و عليه فالاقوى هو الثاني.

حصيلة البحث:

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشي - سلطان العلماء)؛ ج ٢، ص: ١٦٦

و المكاتبه المشروطه كالفنّ و أمّا المطلقة فلا اعتراض عليها، و لا يصحّ الخلع إلّا مع كراهيتها و لو طلقها و لم تكره بطل فالاقوى بطلان الخلع و الطلاق، و لا يجوز له أكرائها على الفدية و لا يملكها بالبذل و الاقوى ايضا بطلان الخلع و الطلاق ، نعم لو أتت بفاحشة مبيّنة جاز عضلها و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها لتفدي نفسها و الاقوى تحقق الفاحشة بكل معصية .

و إذا تم الخلع فلا رجعة للزوج

(و إذا تم الخلع فلا رجعة للزوج)

كما تدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «الخلع و المباراة تطليقة بائن و هو خاطب من الخطاب»^١ و صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام «في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بانت أله أن يتزوج بأختها؟ قال: فقال: إذا برئت عصمتها و لم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها-الخبر»^٢ و غيرهما^٣.

(و للزوجة الرجوع في البذل ما دامت في العدة)

١ وسائل الشيعة ١٥: ٤١٧ الباب ٨ من أبواب العدد الحديث ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٣٢ ح ٧

٣ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٣ ص ٣١٧ باب الخلع ١٨٣

كما تدل عليه صحيحة البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام: «المختلعة ان رجعت في شيء من الصلح يقول لارجعن في بضعك»^١، و صحيح عبد الله بن سنان «...لا على المبرأة إلا أن يبدو للمرأة فيردُّ عليها ما أخذ منها»^٢.

(فإذا رجعت رجوع هو ان شاء) كما في النصوص المتقدمة انفا.

و لو تنازعا في القدر حلفت

(و لو تنازعا في القدر)

أي في قدر الفدية (حلفت) لأصالة عدم زيادتها عما تعترف به منها (و كذا) يقدم قولها مع اليمين (لو تنازعا في الجنس)

مع اتفاقهما على القدر بأن اتفقا على أنها مائة لكن ادعى أنها دنانير و ادعت أنها دراهم، كما قال الشيخ في الخلاف: «إذا اختلف المتخلعان في جنس العوض أو قدره أو تأجيله و تعجيله كان القول قول المرأة في قدر الذي وقع عليه الخلع و على الزوج البينة، و قال الشافعي يتحالفان. دليلنا هو أنّهما اتفقا على وقوع الفرقة و إنّما اختلفا في ما لزمها فالزوج يدعي زيادة تجحدها المرأة فصار الزوج مدّعيًا و هي منكرة فعليه البينة و عليها اليمين»^٣.

١ وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٩ الباب ٧ من أبواب الخلع و المباراة الحديث ٣

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٩ الباب ٧ من أبواب الخلع و المباراة الحديث ٤

٣ الخلاف (في مسألته ٢٧ من خلعه)

و فيه: انه لو كان الزّوج يدعي زيادة تجحدها المرأة صار الزّوج مدّعيا و هي منكرة لكن الامر ليس كذلك و ذلك لان الزوجة تدعي وقوع الخلع على هذا الجنس و الاصل عدمه فكانت هي مدعية ايضا.

و استدل لذلك ايضا بأصالة عدم استحقاق ما يدعيه و لأنه مدع فعليه البينة فتحلف يمينا جامعة بين نفي ما يدعيه و إثبات ما تدعيه .

و فيه: انها مدعية ايضا و يمينها لا تكفي في اثبات ما تدعيه بل هي لرد دعواه فقط و عليه فالاقوى تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه و حينئذ فيسقط ما يدعيه و حينئذ يثبت الاقل مما يدعيانه لانه المتيقن و ما زاد عليه سقط بتحالفهما .

(أو) اختلفا في (الإرادة) مع اتفاقهما على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا فالقول قولها عند المصنف ، و فيه: ان الاقوى بطلان الخلع لعدم معلومية العوض .

و لو كان اختلافهما في أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما أردنا جنسا معيننا و قال الآخر إنا لم نرد بل أطلقنا رجع النزاع إلى دعوى الصحة و الفساد و مقتضى القاعدة تقديم مدعي الصحة منهما مع يمينه.

(و لو قال: خلعتك على ألف في ذمتك فقالت: بل في ذمة زيد حلفت على الأقوى)

تبعنا للشيخ في الخلاف حيث قال: «كان القول قولها مع يمينها أنه لا يتعلّق بدمتها، فأما إقرارها أنه في ذمة زيد فلا يلتفت إليه، و للشافعيّ فيه وجهان أحدهما يتحالفان و يجب مهر المثل و الثاني مهر المثل بدون تحالف» و استدللّ الخلاف بقوله ﷺ «البينة على

المدعي و اليمين على من أنكر^١ وأنه مدع و هي منكرة لثبوت شيء في ذمتها فكانت اليمين عليها.

و قال ابن البراج: عليه اليمين لأن الأصل في مال الخلع أن يكون في ذمتها فإذا ادعت كونه في ذمة غيرها لم تسمع لأصالة عدم انتقالها عن ذمتها ، قلت: و هو الأقوى لانه ينحل الى امرين احدهما الخلع و لا خلاف فيه و الثاني انه في ذمة زيد و الاصل عدمه.

حصيلة البحث:

إذا أتمّ الخلع فلا رجعة للزوج، و للزوجة الرجعة في البذل ما دامت في العدة، فإذا رجعت رجع هو إن شاء، و لو تنازعا في القدر حلفت و لو تنازعا في الجنس فالأقوى تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه و حينئذ فيسقط ما يدعيه و يثبت الأقل مما يدعيه لانه المتيقن و ما زاد عليه سقط بتحالفهما ، و لو اختلفا في الإرادة مع اتفاقهما على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا فالأقوى بطلان الخلع لعدم معلومية العوض ، و لو كان اختلفا في أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما أردنا جنسا معينا و قال الآخر إنا لم نرد بل أطلقنا فمقتضى القاعدة تقديم مدعي الصحة منهما مع يمينه، و لو قال: خلعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل في ذمة زيد، حلف على الأقوى.

١ الخلاف (في مسألة ١٧ من خلعه)

المباراة

(و المباراة) و أصلها المفارقة قال الجوهري تقول بارأت شريكي إذا فارقتة و بارأ الرجل امرأته^١، و قد تخفف الفاء، وهي المصالحة. يقال: بارأه بمعنى صالحه. و المرأة بارأها بمعنى صالحها على الفراق^٢.

و هي كالخلع إلا أنها...

(و هي كالخلع إلا أنها تترتب على كراهية كل من الزوجين)

تبعاً للمفيد و من تأخر فاشترطوا كراهية كل منهما للاخر و ينحصر دليله بموثق سماعة: «سألته عن المباراة كيف هي؟ فقال: يكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره و يكون قد أعطاها بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه فتقول المرأة لزوجها: ما أخذت منك فهو لي و ما بقي عليك فهو لك و أبارئك، فيقول الرجل: إذا أنت رجعت في شيء مما تركت، فأنا أحقّ بضعك»^٣.

و فيه: انه لا صراحة فيه في اشتراط كراهية كل منهما لصاحبه، و العدم هو المفهوم من الصدوق فاقصر في مباراة فقيهه على صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام المباراة أن

١ الصحاح، ج ١، ص ٣٦، برأ.

٢ القاموس المحيط ١: ٨

٣ الكافي ج ٦، ص: ١٤٢ح ١ و الظاهر أنّ معنى قوله «أو من غيره» أي أو من غير صداقها.

تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركني فتركها، إلّا أنّه يقول لها: إن ارتجعت في شيء منه فأنا أملك ببضعك^١ و كذلك عبر في مقنعه .

و المستفاد من الأخبار أنّ الأصل في الفرق بينهما هو أنّ المختلعة تتكلم بتلك الكلمات «لا أطيع لك أمرا و لا أعتسل لك من جنابة- إلخ» و المباراة لا تتكلم بتلك بل تقول نظير ما مرّ «لك ما عليك و اتركني» كما هو صريح صحيح زرارة، عن الباقر عليه السلام المباراة يؤخذ منها دون الصّدق، و المختلعة يؤخذ منها ما شاء أو ما تراضيا عليه من صدق أو أكثر، و إنّما صارت المباراة تؤخذ منها دون المهر و المختلعة يؤخذ منها ما شاء لأنّ المختلعة تعتدي في الكلام و تتكلم بما لا يحلّ لها^٢.

و يدلّ على تحقّق المباراة بمجرد طلب المرأة من الزوج تخليتها بشيء من مالها و أجابته صحيح محمد بن مسلم عن الصّدق عليه السّلام: «سألته عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خلّ سيّلي، فقال: هذه المباراة»^٣.

و صحيح أبي بصير، عنه عليه السّلام: المباراة أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركني أو تجعل له من قبلها شيء فيتركها إلّا أنّه يقول: فإن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببضعك و لا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلّا المهر فما دونه^٤ وغيرها^٥.

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥١٩ باب المباراة

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٢

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٤

٤ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٣ ح ٥

٥ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٣ ح ٦

(فلا يجوز له الزيادة على ما أعطاها)

أما عدم جواز أخذ الزيادة على المهر فيها فمسلّم، وإنّما الخلاف في انه هل يجب الأقلّ أم لا؟ فقال بوجوبه عليّ بن بابويه و المبسوطان و ابن حمزة و هو ظاهر العمانيّ و الصدوق و القاضي و النهاية، و قال بعدمه المفيد و المرتضى و الدّيلمىّ و الحلبيّان و الحلبيّ، و يدلّ على قولهم موثق سماعة: سألته - إلى - و ليس له من المباراة كلّ الذي أعطاها^١ و صحيح زرارة المتقدم .

و يدلّ على الأوّل ظاهرا صحيح أبي بصير المتقدّم «إلّا المهر فما دونه» و عليه فيقع التعارض بينهما ، قيل: و يمكن الجمع بينهما بحمل الوارد في صحيحة زرارة «دون الصداق» على اعتبار ان لا تكون ازيد من مقدار المهر، فان صحيحة ابي بصير صريحة في جواز كونها بمقداره بينما صحيحة زرارة ظاهرة في اعتبار كونها أقلّ منه فيؤول الظاهر بقرينة الصريح طبقا للقاعدة العرفية: كلما اجتمع دليلان متنافيان احدهما صريح و الآخر ظاهر أوّل الظاهر بقرينة الصريح.

قلت: ان تم هذا الجمع مع صحيح زرارة فلا يتم مع موثق سماعة: «و ليس له من المباراة كلّ الذي أعطاها» فانه غير قابل لهذا الحمل ، و عليه فيكون التعارض مستقرا ، قيل: و يلزم ترجيح صحيحة ابي بصير لموافقة مضمونها لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ .

و فيه: انه صحيح لو كانت الاية شاملة للمباراة ايضا كما قيل لكن ذلك خلاف ظهورها لتقيدها بالخوف من عدم اقامة حدود الله وهو مختص بالخلع. و عليه فيتساقط الدليلان و يرجع الى العام الفوقاني و هو اطلاق صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام «المباراة أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركني فتركها...»^١، و اطلاق صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: «سألته عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خلّ سبيلي، فقال: هذه المباراة»^٢، و هما يقتضيان النفوذ سواء كان البذل اقل من المهر ام اكثر، و لا تصل النوبة الى الاصل العملي الذي يقتضي عدم النفوذ الا بالاقل من المهر.

(و لا بد فيها من الاتباع بالطلاق و لو قلنا في الخلع انه لا يجب)

قال الشيخ في الإستبصار: - بعد نقله موثق حمران، عن الباقر عليه السلام: «المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما لأنّ العصمة منهما قد بانت ساعة كان ذلك منها و من الزوج»^٣ و خبر جميل بن درّاج، عن الصادق: «المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق»^٤:-

«هذه الأخبار أوردناها على ما رويت و ليس العمل على ظاهرها لأنّ المباراة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق و إنّما تؤثر في ضرب من الطلاق في أن يقع بائنا لا يملك معه الرجعة و هو مذهب جميع فقهاء أصحابنا المتقدمين منهم و المتأخرين لا نعلم خلافا

١ من لا يحضره الفقيه ج٣ ص ٥١٩ باب المباراة

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج٦، ص: ١٤٢ ح٤

٣ الإستبصار ج٣، ص: ٣١٩ ح٣ و تهذيب الأحكام ج٨، ص: ١٠٢ ح٢٤

٤ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج٣، ص: ٣١٩ ح٤

بينهم في ذلك و الوجه أن نحملها على التقيّة لأنها موافقة لمذهب العامة و لسنا نعمل به»^١.

و مثل استبصار كلامه في المبسوط فقال «فرّق أصحابنا بين الخلع و المباراة، فلم يختلفوا في أنّ المباراة لا يقع إلّا بلفظ الطّلاق و اختلفوا في الخلع، فقال المحصّلون منهم فيه مثل ذلك، و قال قوم منهم: يقع بلفظ الخلع».

اقول: و الظاهر صحّة ما قاله الشيخ من عدم وجود قائل منّا بعدم احتياج المباراة إلى الطّلاق فإنّ الصدوق و المفيد و الدّيلمىّ الذين وقفنا على كلامهم ذكروا اتباع المباراة بالطّلاق مع أنّ المفهوم منهم في الخلع عدم الاحتياج حتّى أنّ الصدوق لم يرو واحدا من الأخبار الظاهرة في عدم الاحتياج إلى الطّلاق، و اما ما نقله الشيخ من موثق حمران و خبر جميل فالثاني منهما ضعيف سندا و الأوّل رواه الشيخ في التهذيب و فيه: «المخيرة» بدل المباراة^٢.

و يبقى صحيح محمّد بن إسماعيل، عن الرضا عليه السّلام: «سألته عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشاهدين عدلين على طهر من غير جماع هل تبين منه؟ فقال: إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم، قال: قلت: قد روي لنا أنّها لا تبين منه حتّى يتبعها الطّلاق؟ قال: فليس ذلك إذن خلعا، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم»^٣ فقد يقال بظهوره بعدم احتياج المباراة الى اتباعها بالطلاق، و قد قيل في توجيهه بأن المراد من المباراة الخلع

١ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٣، ص: ٣١٩

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨، ص: ٩٠ ح ٢٢٦

٣ وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٢ الباب ٣ من كتاب الخلع و المباراة الحديث ٩

فجعله عطفًا تفسيريًا بدليل أنّ الجواب «قال: فليس ذلك إذن خلعا»، و لم يزد «و لا مبارأة».

اقول: الظاهر ان هذا التوجيه غير صحيح و ذلك لان الخلع عطف على المبارأة باو فلا يمكن ان يكون عطفًا تفسيريًا، نعم يمكن القول بان الامام سكت عنها في الجواب وعليه فلا دلالة فيه عليها.

صيغة المبارأة

(و صيغتها بارأتك) بالهمزة (على كذا) فأنت طالق، و صيغتها لا تنحصر في لفظها بل تقع بالكنايات الدالة عليها كفاسختك على كذا أو أبنتك أو بنتك لأن البيونة تحصل بالطلاق كما تقدم .

هذا و الاستدلال على صحة المبارأة بغير صيغتها بصحيح أبي بصير «المبارأة أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركني»^١ و امثاله غير صحيح لان هذه الاخبار ليست في مقام كيفية صيغتها و انما هي في مقام حقيقتها.

و يشترط في الخلع و المبارأة شروط الطلاق

(و يشترط في الخلع و المبارأة شروط الطلاق)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ١٠٠ ح ١٨

من كمال الزوج وقصده و اختياره و كون المرأة طاهرا طهرا لم يقاربها فيه بجماع إن كانت مدخولا بها حائلا غير يائسة و الزوج حاضرا و غيرها من الشروط.

اما اعتبار اجتماع شرائط صحة الطلاق فيهما فباعتبار انهما لما كانا فردين من الطلاق فتثبت لهما أحكامه.

هذا مضافا الى ان بعض الشرائط الخاصة للطلاق قد دلت الروايات الخاصة على ثبوتها لهما كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت ابا عبد الله عليه السلام هل يكون خلع او مباراة أأ بطهر؟ فقال: لا يكون أأ بطهر»^١.

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام و عن سماعة، عن الصادق عليه السلام: «لا يكون طلاق و لا تخيير و لا مباراة إلا على طهر من غير جماع بشهود»^٢.

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: لا طلاق و لا خلع و لا مباراة و لا خيار إلا على طهر من غير جماع»^٣.

و في مرسل علي بن حديد، عن الصادق عليه السلام، و عن زرارة و محمد بن مسلم، عنه عليه السلام: المباراة تطليقة بائنة و ليس في شيء من ذلك رجعة، و قال زرارة: لا يكون إلا على مثل موضع الطلاق إما طاهرا و إما حاملا بشهود»^١.

١ وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٦ الباب ٦ من كتاب الخلع و المباراة الحديث ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٤٣ باب المباراة ح ٩

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٤٣ باب المباراة ح ١٠

وقال الشيخ في الخلاف: «لا يقع الخلع إلّا في طهر لم يقربها فيه بجماع إذا كان قد دخل بها، و خالف جميع الفقهاء في ذلك و قالوا: يجوز في حال الحيض و في طهر قربها فيه بجماع، دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم»^٢.

حصيلة البحث:

تحقق المبرأة بمجرد طلب المرأة من الزوج تخليتها بشيء من مالها و أجابته و لا يشترط فيها كراهية الزوجين و لا يجوز له الزيادة على ما أعطها، قيل و لا تصح ألاً بالاقبل من المهر. قلت: الاقوى صحة بذل المهر، و لا بدّ فيها من الإتيان بالطلاق، و لو قلنا: في الخلع، لا يجب، و صيغتها بارأتك على كذا فأنت طالق، و صيغتها لا تنحصر في لفظها، و يشترط في الخلع و المبرأة شروط الطلاق.

(كتاب الظهار)

الظهار مصدر ظاهر و هو تنزيل الزوج زوجته بمنزلة أمّه او غيرها من محارمه في حرمة نكاحها بمثل صيغة: انت عليّ كظهر أمي .

و في المبسوط «سمّي ظهاراً اشتقاقاً من الظهر و إنّما خصّ ذلك بالظّهر دون البطن و الفخذ و الفرج و غير ذلك من الأعضاء لأنّ كلّ بهيمة تركب فإنما يركب ظهرها، فلمّا كانت المرأة تركب و تغشى سمّيت بذلك»^٣.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٠٢ باب الخلع و المبرأة

٢ الخلاف مسألة ٢ من مسائل الخلع

٣ المبسوط ج ٥ ص ١٤٤

و هو محرم للاية الاتي شرحها لكن قيل: إنه لا عقاب فيه لتعقبه بالعمو!

و فيه: ان العفو ثابت للفاعل الاول باعتبار جهله بالتحريم و ليس لكل فاعل حتى مع علمه بذلك، و أنه تعالى عفا عن المظاهر الأول فلم يجعل عليه كفارة دون غيره فقد أنزل الكفارة لمن فعل ذلك بعده ، و يشهد لذلك صحيح حمران عن أبي جعفر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: إن امرأة من المسلمين أتت النبي صلى الله عليه و آله فقالت: إن فلانا زوجي قد نثرت له بطني^٢ و أعتته على دنياه و آخرته و لم ير مني مكروها و أنا أشكو إلى الله عز و جلّ و إليك، قال: ممّا تشتكينه، قالت: إنه قال لي اليوم «أنت عليّ حرام كظهر أمي» و قد أخرجني من منزلي، و انظر في أمري، فقال النبي صلى الله عليه و آله: ما أنزل الله عليّ كتابا أفضي به بينك و بين زوجك، و أنا أكره أن أكون من المتكلفين، فجعلت تبكي و تشتكي ما بها إلى الله و إلى رسوله و انصرفت فسمع الله عزّ و جلّ مجادلتها لرسوله صلى الله عليه و آله في زوجها و ما شكت إليه فأنزل الله عزّ و جلّ بذلك قرآنا «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَ تَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَ اللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا (يعني محاورتها) (لرسول الله صلى الله عليه و آله في زوجها) إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ. الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ غَفُورٌ» فبعث النبي صلى الله عليه و آله إلى المرأة فأتته فقال لها: جيئني بزواجك، فأتته به، فقال له أ قلت لامراتك هذه: «أنت عليّ حرام كظهر أمي»؟ قال: قد قلت لها ذلك، فقال له النبي صلى الله عليه و آله و سلم: قد أنزل الله عزّ و جلّ

١ جواهر الكلام ٣٣: ١٢٩.

٢ اي اكثرث له الولد من بطني .

فيك و في امرأتك قرآنا، فقرأ عليه ما أنزل الله من قوله «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ - إلى قوله - وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ غَفُورٌ» فضم امرأتك إليك فَإِنَّكَ قد قلت منكرا من القول و زورا قد عفا الله عنك و غفر لك فلا تعد، فانصرف الرجل و هو نادم على ما قال لامرأته، و كره الله ذلك للمؤمنين بعد فأنزل الله عز و جل «الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ، ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا (يعني لما قال الرجل لامرأته: «أنت علي حرام كظهر أمي» قال فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول) ١ فَإِنَّ عَلَيْهِ تَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (يعني مجامعتها) ذَلِكَ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا» فجعل الله عقوبة من ظاهر بعد النهي هذا، و قال: «ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ تَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ» فجعل الله عز و جل هذا حدّ الظهر، قال حمران: قال أبو جعفر عليه السلام: و لا يكون ظهار في يمين و لا في إضرار و لا في غضب و لا يكون ظهار إلّا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» ٢. و مثله في الدلالة صحيح أبان و غيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رجل على عهد النبي صلى الله عليه و آله يقال له: أوس بن الصامت و كانت تحته امرأة يقال لها: خولة بنت المنذر فقال لها ذات يوم: «أنت علي كظهر أمي» ثم ندم من ساعته و قال لها: أيتها المرأة ما أظنك إلّا و قد حرمت عليّ، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه و آله فقالت: إنّ زوجي قال لي: «أنت علي كظهر أمي» (و كان هذا القول في ما مضى يحرم المرأة على زوجها) فقال لها النبي صلى الله عليه و آله: أيتها المرأة ما أظنك إلّا و قد حرمت عليه، فرفعت المرأة يدها إلى السماء فقالت: أشكو إليك فراق زوجي فأنزل الله

١ سيأتي الاشكال في هذه الفقرة من كونها خلاف ظاهر الاية المباركة .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٢ باب الظهر

عزّ و جلّ: يا محمد «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَ تَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ. الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ» ثم أنزل الله عزّ و جلّ الكفارة في ذلك فقال (وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا)١، فإنه و إن لم يكن صريحا كالأول لكنه ظاهر في أنّ الكفارة نزلت بعداً لمن يعمل عمله.

و أمّا ما في موثق أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: جاء رجل إلى النبيّ صلّى الله عليه و آله فقال: ظهرت من امرأتي؟ قال: اذهب فأعتق رقبة، قال: ليس عندي، قال: اذهب فصم شهرين متتابعين، قال: لا أقوى، قال: اذهب فأطعم ستين مسكينا، قال: ليس عندي، فقال النبيّ صلّى الله عليه و آله: أنا أتصدّق عنك فأعطاه تمرًا لإطعام ستين مسكينا، قال: اذهب فتصدّق به، فقال: و الذي بعثك بالحقّ ما أعلم بين لابتيها أحدا أحوج إليه منّي و من عيالي، قال: فاذهب فكل و أطعم عيالك»٢ المنافي لما تقدم فرواه الصدوق في الفقيه ثمّ قال فيه: «هذا الحديث في الظهار غريب نادر لأنّ المشهور في

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٦ باب الظهار

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٥ باب الظهار

هذا المعنى في كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان^١، قلت: فمع معارضته لما تقدم قد اعرض عنه الاصحاب كما صرح بذلك الصدوق فلا عبرة به .

ومثله في الضعف سنداً و ينافي ما تقدم مرسل المحكم و المتشابه للمرتضى نقلاً عن تفسير النعماني بإسناده عن عليّ عليه السلام «و أمّا المظاهرة في كتاب الله... الخ»^٢.

صيغة الظهار

(و صيغته: هي علي كظهر أمي أو أختي أو بنتي أو غيرهنّ و لو من الرضاع على الأشهر)

و ذهب ابن ادريس إلى عدم الوقوع بغير الأم، و ذهب القاضي إلى عدم التحريم بغير النسب من الرضاع و المصاهرة، و ذهب المبسوط إلى الوقوع بالرضاع دون المصاهرة و هو ظاهر الإسكافيّ و ابن حمزة ، و بالرضاع أفتى المبسوط، و القاضي و ابن حمزة و إن ذهب المهذب إلى عدم إجزائه.

و أمّا المصاهرة فلم يصرّح أحد بإجزائها بل أنكره المبسوط و المهذب و مستند الإلحاق في الرضاع قوله صلى الله عليه و آله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» و مستند الإلحاق في المصاهرة قوله عليه السلام في صحيح زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن

١ من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٥٣٢ ح ٤٨٣٧

٢ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص: ٣٠٦

الظهار فقال: هو من كلّ ذي محرم أمّ أو أخت أو عمّة أو خالة^١ و جعل «أمّ أو أخت أو عمّة أو خالة» من باب المثال .

و هو المفهوم من العمانيّ حيث قال: «و الظهار عند آل الرسول عليهم السّلام أن يقول الرّجل لامرأته أو لأمتها هي عليه كظهر أمّه أو كظهر خالته أو كظهر ذات محرم»، و المحرم بالمصاهرة أيضا ذات محرم كالرّضاع و كالنّسب.

و يدلّ على عدم الاختصاص بالأمّ صحيح زرارة المتقدم و صحيح جميل بن درّاج: قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرّجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته؟ قال: هو الظهار^٢.

و استند ابن ادريس إلى ظاهر الآية «إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَكَدَنَّهُمْ» و يرده أنّها الفرد الأظهر و تعليقه «وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا» يدلّ على التعميم فمن قال لزوجته: «أنت عليّ كظهر أختي» ليست امرأته أخته إلّا من ولدها أبواه أو أحدهما.

و أمّا ما في صحيح سيف التّمّار: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرّجل يقول لامرأته: «أنت عليّ كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي» قال: فقال: إنّما ذكر الله الأمّهات و إنّ هذا لحرام^٣ فمجمّل، و الصحيحان الأوّلان مفصّلان و يحمل المجمع على المفصّل و هما

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٣ ح ٣ و الفقيه ج ٣ ص ٥٢٦

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٥ ح ١٠

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٨

أيضا مشتهران فعمل بهما العمانيّ و الإسكافيّ و الصدوق و الشخان و الديلميّ و الحليّان و القاضي و ابن حمزة.

و بذلك يظهر ضعف ما في الخلاف «اختلفت أخبار أصحابنا فيه»^١ فإنه يصحّ الاختلاف لو كان خبر سيف دالّا على العدم.

حصيلة البحث:

الظهار: تنزيل الزوج زوجته بمنزلة أمّه او غيرها من محارمه في حرمة نكاحها بمثل صيغة: انت عليّ كظهر أمي، وهو من المحرمات و صيغته: هي علي كظهر أمي أو أختي أو بنتي أو غيرهنّ من المحرمات و لو من الرضاع و المصاهرة .

و هل يختص الظهار بلفظ الظهر؟

(و لا اعتبار بغير لفظ الظهر من أجزاء البدن)

عند المصنف خلافا للمرتضى حيث ذهب إلى اعتباره و تبعه ابن زهرة و الحلبيّ و الإسكافيّ و الصدوق و الشيخ و القاضي و ابن حمزة ، و هو ظاهر الكافي حيث اعتمد خبر يونس، عن بعض رجاله، عن الصادق عليه السّلام: سألته عن رجل قال لامرأته: «أنت عليّ كظهر أمي أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفسها أو ككفّها أ يكون ذلك الظهار و هل يلزمه فيه ما يلزم المظاهر؟ فقال: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال هي عليه كظهر أمّه أو كيدها أو كرجلها أو كشرها أو كشيء منها، ينوي بذلك

^١ الخلاف في ١٠ من أخبار ظهاره

التحريم فقد لزمته الكفارة في كل قليل منها أو كثير و كذلك إذا هو قال كبعض ذوات المحارم، فقد لزمته الكفارة^١ و إفتى الفقيه بمضمونه، ناسبا له إلى ذكر إبراهيم بن هاشم له في نوادره^٢.

و يؤيد ذلك خبر سدير عن الصادق عليه السلام «قلت له: الرجل يقول لامرأته: «أنت عليّ كشعر أمي أو ككفها أو كبطنها أو كرجلها» قال: ما عني؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار»^٣.

و ادعى الشيخ في الخلاف عليه الاجماع فقال: «إذا قال: «أنت عليّ كيد أمي أو رجلها» و نوى به الظهار كان مظاهرا - ثم قال: - دللنا إجماع الفرقة و أخبارهم»^٤.

و اما اجماع المرتضى في الانتصار على عدم الوقوع بغير الظهر فكما ترى، فقد قال به جمع من اصحابنا كما تقدم و لم نر قبل الصدوق تصريح أحد بالعدم.

(و لا التشبيه بالأب أو الأجنبية أو أخت الزوجة)

لعدم الدليل على التحريم به أصلا و لا أثر فيه من خبر قوي أو ضعيف.

(أو مظاهرتها منه)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤، ص: ١٦١-٣٦ و في سنده صالح بن سعيد و هو لم يوثق.

٢ الفقيه، ج ٣، ص: ٥٢٨ و في الوافي و الوسائل بدل «أو ككفها» «أو ككعبها».

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان) ج ٨ ص ١٠

٤ الخلاف في ٩ من مسائل ظهاره

لعدم الدليل عليه و لمعتبر السكوني «عن الصادق عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا قالت امرأة: «زوجي علي حرام كظهر أمي» فلا كفارة عليها^١ و به افتى الفقيه^٢.

و لا يقع إلا منجزاً

(و لا يقع إلا منجزاً، و قيل يصح تعليقه على الشرط) مثل: إذا دخلت الدار (لا على الصفة) مثل: إذا جاء رأس الشهر (و هو قوي)

قلت: الظاهر من صاحب القيل عدم الفرق بين الشرط و الصفة في المعنى فقال الشيخ في المبسوط: «الظهار يصح عاجلاً و آجلاً، فالعاجل أن يقول: أنت علي كظهر أمي» و الآجل أن يقول: «إذا دخلت الدار و إذا جاء رأس الشهر» و في أصحابنا من منع الظهار إذا كان شرطاً فجعل «إذا جاء رأس الشهر» مثل «إذا دخلت الدار»، و مثله قال في الخلاف^٣ و العلامة في المختلف^٤ و عليه فلا وجه للتفريق بينهما .

و كيف كان فسوّغ الشيخ الظهار مع الشرط، و كذا المقنع و ابن حمزة و الفقيه^٥، و ذهب المرتضى في انتصاره و الديلمي و القاضي في كتابيه و الحلبيّان إلى عدم وقوعه بالشرط و نسبه الحلبيّ إلى المفيد و الظاهر من الكافي التردد حيث روى خبر ابن بكير،

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٩

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥

٣ الخلاف في ٢٠ من مسائل الظهار

٤ المختلف (في ٦ من مسائل ظهاره)

٥ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٢

عن رجل من أصحابنا، عن رجل قال: قلت لأبي الحسن عليه السّلام: إنّي قلت لامرأتي: «أنت عليّ كظهر أمّي إن خرجت من باب الحجر، فخرجت؟ فقال: ليس عليك شيء، قلت: إنّي قويّ على أن أكفر رقبة و رقبتين، قال: ليس عليك شيء قويت أولم تقو»^١.

و خبر القاسم بن محمّد الزيّات «قال: قلت لأبي الحسن عليه السّلام: إنّي ظهرت من امرأتي فقال: كيف قلت؟ قال: قلت: «أنت عليّ كظهر أمّي إن فعلت كذا و كذا» فقال: لا شيء عليك و لا تعد»^٢ و هما دالان على عدمه.

ثم روى صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق عليه السّلام: «الظهار ضربان أحدهما فيه الكفّارة قبل الواقعة و الآخر بعدها فالذي يكفر قبل الواقعة الذي يقول: «أنت عليّ كظهر أمّي» و لا يقول: «إن فعلت بك كذا و كذا» و الذي يكفر بعد الواقعة هو الذي يقول: «أنت عليّ كظهر أمّي إن قربتك»^٣ و هو دال على صحته و بمضمونه أفتى في الفقيه^٤ لكنه زاد عليه: «فإن جامع من قبل أن يكفر لزمته كفّارة أخرى» كما سيأتي البحث عنه .

اقول: و الاولان ضعيفان السند بخلاف الاخير نعم رواه التّهذيب صحيحا ايضا عن عبد الرّحمن بن الحجّاج تارة مثل الكافي^٥ و اخرى مع تفاوت فقيه: «قال: الظهار على

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٨

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٦٠ ح ٣٢

٤ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٧

٥ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص: ٣٣٢ باب ١٦ ح ١

ضربين في أحدهما الكفارة إذا قال: «أنت عليّ كظهر أمي» و لا يقول: «أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك»^١ و لا يخفى عدم استقامة العبارة فلم يذكر الضرب الثاني و عليه فلا وثوق بعبارته فلا يعارض نسخة الكافي المؤيدة باحدى روايتي التهذيب .

و يشهد لصحة الظهار مع الشرط ايضا صحيح عليّ بن مهزيار قال: كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام: أن بعض مواليك يزعم أن الرجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفارة حنث أو لم يحنث، و يقول: حنثه كلامه بالظهار، و إنما جعلت عليه الكفارة عقوبة لكلامه، و بعضهم يزعم أن الكفارة لا تلزمه حتى يحنث في الشيء الذي حلف عليه، و إن حنث وجبت عليه الكفارة و إلّا فلا كفارة عليه؟ فوقّع عليه السلام بخطه «لا تجب الكفارة حتى يجب الحنث»^٢ و المراد من «حتى يجب الحنث» حتى يعزم على الحنث.

و صحيح حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: «أنت عليّ كظهر أمي» ثم يسكت فذلك الذي يكفره قبل أن يواقع فإذا قال: «أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا» ففعل و حنث فعليه الكفارة حين يحنث»^٣.

و اما صحيحه الاخر «عن الصادق عليه السلام: إذا حلف الرجل بالظهار فحنث فعليه الكفارة قبل أن يواقع و إن كان منه الظهار في غير يمين فإنما عليه الكفارة بعد ما يواقع» فقال فيه معاوية- يعني ابن حكيم الواقع في الطريق: و ليس يصح هذا على جهة

١ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص: ٣٣٤ ح ٨

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٧

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) ج ٨ ص ١٢

النظر و الأثر في غير هذا الأثر أن يكون الظَّهار لأنَّ أصحابنا رووا أنَّ الأيمان لا يكون إلَّا بالله و كذلك نزل بها القرآن، قلت: ذيله مجمل و لذا اشكل فيه معاوية كما و انه اجنبي عن الظهار بشرط و لا علاقة له بصحيح عبد الله بن المغيرة «قال تزوج حمزة بن حمران ابنة بكير فلما أراد أن يدخل بها قال له النَّساء: لسنا ندخلها عليك حتَّى تحلف لنا و لسنا نرضى أن تحلف بالعتق لأنك لا تراه شيئاً و لكن احلف لنا بالظهار و ظاهر من أمهات أولادك و جواريك، فظاهر منهنَّ ثمَّ ذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال: ليس عليك شيء ارجع إليهنَّ»^٢ كما قيل و ذلك لان ظهاره كان بالاكره و لا اثر له.

و اما ما في صحيح صفوان، عن أبي الحسن عليه السَّلام: سألته عن الرَّجل يصلي الصَّلاة أو يتوضأ فيشكَّ فيها بعد ذلك فيقول: إنَّ أعدت الصَّلاة أو أعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر أمه و يحلف على ذلك بالطلاق؟ فقال: هذا من خطوات الشَّيطان ليس عليه شيء^٣ الدال على كون لغوية الشرط و كونه مانعا عن انعقاده ، فالبطلان فيه من جهة الوسواس لعدم القدرة على ترك الوسواس فإنه نوع من الجنون كما قيل^٤ بقرينة قوله عليه السلام هذا من خطوات الشَّيطان الذي هو بمثابة التعليل، و عليه فهو اخص من المدعى مضافا الى ان بطلان الحلف بالطلاق عندنا .

١ الكافي (ط - دار الحديث) ج ١١ ص ٧٣٥

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٥

٤ روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه (ط - القديمة) ج ٩ ص ١٦١

و الأقرب صحة توقيته بمدة

(و الأقرب صحة توقيته بمدة)

لم يذهب إليه منّا إلّا الإسكافي، و صرّح بالمنع الشّيخ و القاضي و الحلبي، و إنّما العامّة رووا أنّ سلمة بن صخر ظاهر من امرأته في مدّة شهر رمضان فروى ابن ماجة «عن سلمة بن صخر البياضي قال: كنت امرءاً أستكثر من النساء لا أرى رجلاً كان يصيب من ذلك ما أصيب، فلمّا دخل رمضان ظهرت من امرأتي حتّى ينسلخ رمضان فينما هي تحدّثني ذات ليلة انكشف لي منها شيء فوثبت عليها فواقعها- إلى- قال له النبيّ صلّى الله عليه و آله: فأعتق رقبة، قلت: و الذي بعثك بالحقّ ما أصبحت أملك إلا رقبتني هذه، قال: فصم شهرين متتابعين، قلت: و هل دخل عليّ ما دخل من البلاء إلّا بالصوم، قال: فتصدّق أو أطعم ستين مسكيناً، قلت: و الذي بعثك بالحقّ لقد بتنا ليلتنا هذه ما لنا عشاء، قال: فاذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقل له، فليدفعها إليك و أطعم ستين مسكيناً و انتفع بقيّتها». بيان: أستكثر أي من جماعهنّ لا نكاحهنّ.

و روى الترمذيّ «عن سلمان بن صخر أو سلمة بن صخر بمضمونه، و في خبره «جعل امرأته عليه كظهر أمّه حتّى يمضي رمضان، فلمّا مضى نصف من رمضان وقع عليها ليلاً- إلى أن قال بعد قوله بعد تمكّنه من الكفّارات الثلاث- فقال صلّى الله عليه و آله

لفروة بن عمرو: أعطه العرق - مكنل يأخذ خمسة عشر صاعا أو ستة عشر صاعا - إطعام ستين مسكينا^١.

و استدلل المخللف و تبعه الجواهر بصحيح سعيد الأعرج «عن الكاظم ؑ في رجل ظاهر من امرأته يوما، قال: ليس عليه شيء» قلت: اشتبه عليه الخبر فإنما في الخبر «فوفى» لا «يوما» كما رواه التهذيب و الاستبصار^٢.

و أما الاستدلال لذلك بعموم الآيات و الروايات ، ففيه: أن موردها غير الموقت .

حصيلة البحث:

يصح تعليق الظهر على الشرط و الصفة و لا يصح توقيته بمدّة.

شرائط الظهر

(و لا بد من حضور عدلين)

بلا خلاف في ذلك كما في الجواهر^١، و يدل عليه صحيح حمران: «قال ابو جعفر عليه السلام: لا يكون ظهر في يمين و لا في اضرار و لا في غضب، و لا يكون ظهر أأ في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»^٢.

١ النجعة ج ٩ ص ٣٥٢ نقلا عن ابن ماجة (في سننه في ظهاره ٢٥ من طلاقه) و الترمذي في سننه (في خبره

(١٢١٥

٢ تهذيب الأحكام ج ٨ ص ١٤ و الاستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٣ ص ٢٦٢

نعم يظهر الخلاف من الشهيد الثاني حيث ذكر ان النص عبّر بلزوم كونهما مسلمين لا اكثر^٣.

وفيه: ان النص منصرف الى العادلين اعتمادا على وضوح الامر.

(و كونها طاهراً من الحيض و النفاس)

لصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام و قد سأله عن كفيته، فقال: «يقول الرجل لامرأته و هي طاهر في غير جماع: أنت علي حرام كظهر أمي»^٤.

(و أن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر)

و ذلك لصحيح حمران المتقدم.

و هل شرطية الطهر تختص بما اذا كان الزوج حاضرا كما هو الحال في الطلاق؟ مقتضى مرسله ابن فضال عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يكون الظهار آلا على مثل

١ جواهر الكلام ٣٣: ١٠٥

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٣ و الفقيه في ٢٠ من أخبار ظهاره، و رواه الإستبصار في أول ظهاره عن حمزة بن حمران كما في مطبوعه و خطية و في نقل الجامع، و حينئذ فما في الاستبصار و هم بعد اتفاق الكتب الثلاثة على روايته عن نفس حمران مع أن كون حمران من أصحاب الباقر عليه السلام محقق دون ابنه .

٣ مسالك الافهام ٢: ٧٦

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان) ج ٨ ص ٩

موضع الطلاق^١ التي بها عمل الكافي و الفقيه^٢ الاختصاص و نسب الى المشهور بل في الجواهر نفي الخلاف على الاختصاص^٣.

و اما ضعف سندها بالارسال فقد يقال بحجيتها بناء على المسلك القائل بحجية كل رواية ورد في سندها احد بني فضال استنادا الى ما رواه الشيخ الطوسي عن عبد الله الكوفي خادم الشيخ الحسين بن روح رضي الله عنه قال: «سئل الشيخ- يعني ابا القاسم- رضي الله عنه عن كتب ابن ابي العزاقر بعد ما ذم و خرجت فيه اللعنة ف قيل له: فكيف نعمل بكتبه و بيوتنا منه ملاء؟ فقال: اقول فيها ما قاله ابو محمد الحسن بن علي صلوات الله عليهما و قد سئل عن كتب بني فضال فقالوا: كيف نعمل بكتبهم و بيوتنا منها ملاء؟ فقال صلوات الله عليه: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا»^٤.

و المسلك المذكور قابل للتأمل لضعف الرواية المذكورة سندا بعبد الله الكوفي، فانه لم يوثق، و دلالة حيث تدل على انه لا موجب للتوقف من ناحية بني فضال اذا وردوا في سند رواية من اجل اعتقادهم الفاسد لا ان الرواية تكون حجة حتى مع ضعفها من جهات اخرى، و عليه فان عمل بها مشهور المتقدمين كما قد يفهم ذلك من عبارة الجواهر فهو و الا فمقتضى اطلاق صحيح حمران^٥ العدم.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٤

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٦

٣ جواهر الكلام ٣٣: ١٢٣

٤ الغيبة للشيخ الطوسي: ٢٣٩

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٢ باب الظهار

(و أن يكون المظاهر كاملاً قاصداً)

اما اعتبار بلوغ الزوج المظاهر و عقله فلان الادلة الدالة على حصول التحريم بالظهار ناظرة الى خصوص البالغ العاقل بقرينة اثباتها لعنوان الزور و المنكر و لوجوب الكفارة على ارادة العود، و يبقى غيره بلا دليل يدل على حصول التحريم به فيتمسك بالاستصحاب.

هذا كله لو فرض تحقق القصد الى الظهار - كما في العاقل - و ألاً فالامر اوضح.

و اما اعتبار الاختيار فلحديث نفي الاكراه^١.

و اما اعتبار القصد فلانه بدونه لا يصدق عنوان الظهار. على ان بعض الروايات قد دلت على ذلك، كموثقة عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا طلاق الا ما اريد به الطلاق و لا ظهار الا ما اريد به الظهار»^٢ و غيرها.

و يعتبر في تحقق الظهار ايضا عدم الغضب و عدم قصد الاضرار بالزوجة و ذلك لصحيح حمران المتقدم «و لا يكون ظهار في يمين و لا في إضرار و لا في غضب» و مقتضى اطلاقه الشمول لحالة ثبوت القصد أيضا.

قيل: و لا يقع اذا قصد به الزجر، كما لو قال الزوج: فلانة كظهر أمي عليّ ان تركت الصلاة لصحيح صفوان عن ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يصلي الصلوات

١ وسائل الشيعة ١١: ٢٩٥ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس الحديث

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٥١٠ الباب ٣ من كتاب الظهار الحديث ١

او يتوضأ فيشك فيها بعد ذلك فيقول: ان اعدت الصلاة أو اعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر امه و يحلف على ذلك بالطلاق فقال: هذا من خطوات الشيطان ليس عليه شيء»^١

قلت: لا ظهور للصحيحة في ذلك و المتيقن من البطلان فيه هو من جهة الوسواس لعدم القدرة على ترك الوسواس فإنه نوع من الجنون كما قيل^٢ بقريئة قوله ﷺ هذا من خطوات الشيطان الذي هو بمثابة التعليل، و عليه فهو اخص من المدعى مضافا الى ان بطلان الحلف بالطلاق عندنا .

حصيلة البحث:

شرائط الظهار: لا بد من حضور عدلين يسمعان صيغة الظهار و كونها طاهراً من الحيض و النفاس و ان تكون مدخولاً بها و أن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر و أن يكون المظاهر كاملاً قاصداً و يعتبر في تحقق الظهار ايضاً عدم الغضب و عدم قصد الاضرار بالزوجة و ان لا يكون ظهاره من جهة الوسواس .

و هل يصح من الكافر؟

(و يصح من الكافر)

كما قال بصحته ابن ادريس لعموم ادلة الظهار، و عدم المانع، إذ ليس هو عبادة يمنع وقوعها منه لنجاسته، و القول بعدم الصحة، للمبسوطين و هو ظاهر الإسكافي لأنه لا يقر

١ وسائل الشريعة ١٥: ٥١٣ الباب ٦ من كتاب الظهار الحديث ٤

٢ روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه (ط - القديمة) ج ٩ ص ١٦١

بالشرع، و الظهار حكم شرعي، و لأنه لا تصح منه الكفارة لاشتراط نية القرية فيها فيمتنع منه الفته و هي من لوازم وقوعه. ورد الشهيد الثاني ذلك بقوله: و يضعف بأن الظهار من قبيل الأسباب و هي لا تتوقف على اعتقادها و التمكن من التكفير متحقق بتقديمه الإسلام، لأنه قادر عليه، و لو لم يقدر على العبادات لامتنع تكليفه بها عندنا، و إنما تقع منه باطلة لفقد شرط مقدور^١.

(و الأقرب صحته بملك اليمين)

ذهب إليها العمانيّ و الشيخ و ابن حمزة، و ذهب المفيد و الديلميّ و الحلبيّ و القاضي إلى عدم الصحّة، و الصحّة هي المفهوم من الكافي و الفقيه حيث روى صحيح إسحاق بن عمّار انه سأل أبا إبراهيم عليه السلام عن الرّجل يظاهر من جاريته، فقال: الحرّة و الأمة في هذا سواء^٢ و به قال عليّ بن إبراهيم^٣.

و يشهد لذلك ايضاً النصوص المستفيضة منها صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام في خبر «قال: و سألته عن الظهار على الحرّة و الأمة، فقال: نعم»^٤.

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٣٢

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٨

٤٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٦

و اما قول المختلف: «العدم هو الظاهر من كلام الصدوق و ابن الجنيد حيث قالوا: لا يقع الظهار إلا على موقع الطلاق»، ففيه: أنهما أرادا في كون المرأة في غير طهر المواقعة مع حضور عدلين .

و أما موثق حمزة بن حمران، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه فقال: يأتيها و ليس عليه شيء»^١، فقال فيه الشيخ: روى في كتاب البروفري أن حمزة راوي هذا الخبر يقول ذلك لجارية يريد بها رضاء زوجته فلم يكن ظهارا صحيحا^٢.

قلت: و يشهد له موثق حمران «قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل قال لأتمته: «أنت عليّ كظهر أمي»- يريد أن ترضى بذلك امرأته- قال: يأتيها و ليس عليها و لا عليه شيء»^٣.

اشتراط الدخول في تحقق الظهار

(و المروي اشتراط الدخول)

كما ذهب إليه الصدوق و الشيخ و في المختلف و هو الظاهر من كلام الإسكافي و القاضي في كتابيه و هو المفهوم من العماني لصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر و

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٤

٢ الاستبصار؛ ج ٣، ص: ٢٦٥؛ باب ١٦١ باب أن الظهار يقع بالحرّة و المملوكة.

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٣

ابن عبد الله عليهما السلام: «المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها ايلاء و لاظهار»^١ وغيره.

و لم يشترطه المفيد والمرتضى^٢ و الديلمى و ابن زهرة و الحلبي و قد يستدل له اما باطلاق الآية الكريمة او بمرسلة ابن فضال المتقدمة بتقريب ان صحة الطلاق ليست مشروطة بالدخول فيلزم ان يكون الامر في الظهار كذلك.

و فيه: اما بالنسبة الى اطلاق الآية الكريمة فهو قابل للتقييد بصحيح محمد بن مسلم المتقدم ، بل يمكن استفادة اشتراط الدخول من الكتاب من قوله تعالى ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ فَإِنَّ الظاهر أن المراد يعودون لما قالوا من ترك الوطي و العود إنما يصدق إذا كان وطي أو لا .

و اما بالنسبة الى مرسلة ابن فضال فهي تدل على ان الظهار لا يصح في المورد الذي لا يصح فيه الطلاق و لا تدل على انه كلما صح الطلاق صح الظهار.

(و يكفي الدبر)

عند المصنف و ليس به نص خاص، كما و لا يصدق أنه دخل بها لأنه خلاف المنصرف منه.

(و يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضة التي لا توطأ)

١ وسائل الشيعة ١٥: ١٥١٦ الباب ٨ من كتاب الظهار الحديث ٢

٢ جواهر الكلام ٣٣: ١٢٤

قلت: إذا كان الدّخول شرطا و لم يرد نصّ باستثناء الثلاثة فلا وجه لما قاله إلّا من جهة أن يكون الدّخول بهنّ من الدبر و قد عرفت عدم كفايته.

حصيلة البحث:

يصحّ الظهار من الكافر و الأقوى صحّته بملك اليمين و يشترط الدّخول في تحقق الظهار و لا يكفي الدّبر، و لا يقع الظّهار بالرّتقاء و القرناء و المريضة اللواتي لم يوطأن .

و تجب الكفارة بالعود

(و تجب الكفارة بالعود و هي إرادة الوطي بمعنى تحريم وطيها حتى يكفر)

اقول: يحرم بالظهار و طء الزوجة قبل التكفير كما هو صريح الآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا...﴾^١ و صحيح الحلبي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد ان يتم على طلاقها قال: ليس عليه كفارة. قلت: ان اراد ان يمسخها؟ قال: لا يمسخها حتى يكفر. قلت: فان فعل فعليه شيء؟ قال: اي و الله انه لآثم ظالم. قلت: عليه كفارة غير الاولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبة»^٢ و غيره.

و لا يجب التكفير بمجرد التلفّظ من دون ارادة العود و ذلك لظاهر الآية الكريمة ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ يعني يريدون العود إلى الوطي، و صحيح الحلبي السابق و صحيح

١ المجادلة: ٣

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٥٢٧ الباب ١٥ من كتاب الظهار الحديث ٤

عليّ بن مهزيار قال: كتب عبد الله بن محمّد إلى أبي الحسن عليه السّلام: أنّ بعض مواليك يزعم أنّ الرّجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفّارة حنث أو لم يحنث، و يقول: حنثه كلامه بالظهار، و إنّما جعلت عليه الكفّارة عقوبة لكلامه، و بعضهم يزعم أنّ الكفّارة لا تلزمه حتّى يحنث في الشيء الذي حلف عليه، و إن حنث وجبت عليه الكفّارة و إلّا فلا كفّارة عليه؟ فوقّع عليه السّلام بخطّه «لا تجب الكفّارة حتّى يجب الحنث»^١ و المراد من «حتّى يجب الحنث» حتّى يعزم على الحنث، و غيرهما، بل يكفي لنفي ذلك القصور في المقتضي بلا حاجة الى دليل يدل على النفي .

و كذلك تسقط الكفّارة لو طلقها كما في المستفيضة منها صحيحة محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام- في خبر:- و سألته عن رجل ظاهر من امرأته، ثمّ طلقها قبل أن يواقعها عليه كفّارة؟ قال: لا^٢.

و أمّا ما في صحيح حمران المتقدم (و كره الله ذلك للمؤمنين بعد فأنزل «و الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا» يعني لما قال الرّجل لامرأته: «أنت عليّ حرام كظهر أمّي» قال فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرّجل الأوّل فإنّ عليه تحرير رقبة)^٣ فخلافاً ظاهر الاية و لعلّ التفسير ليس منه عليه السّلام فلو كان المراد ما قال لقال: «ثمّ يعودون لما قال» لا «لما قالوا فإنّه يرجع الضمير فيه إلى «و الذين».

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٧

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٦

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٢ باب الظهار

و اما ما في مرسل موسى بن أكيل النميري، عنه عليه السلام في خبر «قيل: فإنه راجعها؟ قال: إن كان إنما طلقها لإسقاط الكفارة عنه، ثم راجعها، فالكفارة لازمة له أبدا إذا عاود المجامعة، و إن كان طلقها و هو لا ينوي شيئا من ذلك فلا بأس أن يراجع و لا كفارة عليه»^١ فالمراد و لا كفارة عليه إذا راجعها و أمسكها بدون إرادة موافقة و ألا كان مخالفا للقران كسابقه .

و اما ما في صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله، و الحسن بن زياد، عن الصادق عليه السلام: إذا طلق المظاهر ثم راجع فعليه الكفارة^٢ فهو محمول على الرجوع بإرادة التماس .

و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان

(و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان)

و اذا كفر لإرادة العود قبل الوطء فلا تجب عليه اخرى بعده، بخلاف ما لو وطئها بدون تكفير فانه تلزمه كفارتان احدهما للوطء و الاخرى لإرادة العود كما هو المستفاد من صحيح الحلبي السابق و غيره، كما ذهب إليه الشيخان و الديلمي و القاضي و ابن حمزة و الحلبي^٣ و الصدوق في فقيهه^٤.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٩

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨

٣ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٧، ص ٤٢٥، مسألة ٧٨

٤ من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣ ص ٥٣٠

و ذهب الإسكافي إلى كون الكفارة واحدة، فقال: «فان وطئ لم يعاود الوطي ثانيا حتى يكفر». و يشهد له اطلاق صحيح زرارة، عن الباقر عليه السلام: إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر فإنما عليه كفارة واحدة و يكف عنها حتى يكفر^١، و فيه: انه معارض لما تقدم ، معارض بمفهوم صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «الظهار لا يقع على الحنث فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر، فإن جهل و فعل فإنما عليه كفارة واحدة»^٢ الدال على انه ان لم يكن جاهلا لم تكن الكفارة واحدة و النسبة بينهما العموم و الخصوص المطلق و حينئذ يحمل المطلق على المقيد .

و قد يستدل له بصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام «عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات قال يكفر ثلاث مرّات قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتى يكفر»^٣، و فيه: ان دلالة من باب مفهوم اللقب و لا عبرة به .

و اما خبر علي بن جعفر «عن آبائه، عن عليّ عليهم السلام قال: أتى رجل من الأنصار من بني النّجّار النّبيّ صلّى الله عليه و آله فقال: إنني ظاهرت من امرأتي فواقعها قبل أن أكفر؟ قال: و ما حملك على ذلك، قال: رأيت بريق خلخالها و بياض ساقها في القمر فواقعها، فقال النّبيّ صلّى الله عليه و آله: لا تقربها حتى تكفر، و أمره بكفارة الظّهار و

١ تهذيب الأحكام ج ٨ ص: ٢٠ ح ٣٧

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩ ح ٣٦

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٦

أن يستغفر الله^١ فمضافا لضعف سنده رده الشيخ بقوله: «ليس فيه أنه أمره بكفارة واحدة أو كفارتين فإذا احتمل ذلك فلا تنافي بين الأخبار».

و لو كرر الوطي تكررت الواحدة

(و لو كرر الوطي تكررت الواحدة و كفارة الظهار بحالها)

و يشهد لذلك صحيح ابي بصير عنه عليه السلام: «إذا وقع المرّة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى ليس في هذا اختلاف»^٢ و بذلك افتى الشيخ في مبسوطيه و القاضي و ابن حمزة إلّا أنّ الأولين أطلقاه و ابن حمزة فصل بتعددها إذا كفر عن الوطي السابق و إلّا فلا تتعدّد ككفارة الظهار، و فصل الإسكافي تفصيلا آخر فقال: «و المظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهار بالعقد الأوّل زمانا و إن قلّ فقد عاد لما قال، و لم يستحب له [و لم يستجز له ظ] أن يطأ حتّى يكفر فإن وطئ لم يعاود الوطي ثانيا حتّى يكفر، فإن فعل وجب عليه لكلّ وطي كفارة إلّا أن يكون ممّن لا يجد العتق و لا يقدر على الصيام و كفارته هي الإطعام فإنّه إن عاود إلى جماع ثان قبل الإطعام فالفقيه «لا يوجب عليه كفارة أخرى لأنّ الله شرط في العتق و الصيام أن يكون قبل العود و لم يشترط ذلك في الإطعام و الاختيار و الظاهر أن لا يعاود إلى جماع ثان حتّى يتصدّق» و كأنه استند في وجه تفصيله إلى أنّه تعالى قال في العتق «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» و قال في الصيام «فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» و أمّا في الإطعام فقال «فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا» و لم يقل فيه «من قبل أن يتماسا».

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩ ح ٣٥

٢ الكافي ج ٦ ص ١٥٧ و جملة «ليس في هذا اختلاف» ظاهرا من الراوي .

قلت: و على ما ذكره يجوز لمن لم يجد رقبة و لم يستطع صياما و أراد الإطعام للكفارة يجوز له وطي المرأة في الأوّل قبل الإطعام و لم يقل به أحد. و في الإطعام أيضا يقدر «من قبل أن يتماسا» و إنما كرّر في الصيام تأكيدا و إلّا فالأوّل يكفي للأخيرين.

و هل لو طلقها و انقضت العدة حلّت له من غير تكفير؟

(و لو طلقها بائنا أو رجعيًا و انقضت العدة حلّت له من غير تكفير)

للصحيح عن يزيد الكناسي او بريد بن معاوية «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلقها تطليقة قال: إذا هو طلقها تطليقة فقد بطل الظهار و هدم الطلاق الظهار، فقلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته، فإن راجعها و جب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا، قلت: فإن تركها حتى يحل أجلها و تملك نفسها ثمّ تزوّجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماسا؟ قال: لا قد بانت منه و ملكت نفسها - الخبر»^١.

و فيه: انه مع معارضته لصحيح عليّ بن جعفر: سأل أخاه عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، ثمّ طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوّجت ثمّ طلقها الذي تزوّجها فراجعها الأوّل هل عليه فيها الكفارة للظهار الأوّل؟ قال: نعم عتق رقبة أو صيام أو صدقة^٢

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦١ رواه عن الكناسي و الفقيه عن بريد بن معاوية، و رواه التهذيب مثل

الكافي

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٧

خلاف ظاهر القرآن حيث أطلق فيه الكفارة بالعود إلى الوطي و هو يشمل ما لو تزوجها بعد العدة و ما لو تزوجها آخر و طلقها ثم تزوجها الأول .

و ما قاله المصنّف احد الاقوال في المسالة و هو للشيخ و القاضي و كذا ابن حمزة إلّا أنّه لم يفرّق بين البائن و الرجعي في عود الكفارة إذا عقد في العدة في الأولى كالرجوع فيها في الثانية.

و الثاني: اشتراط النكاح بآخر سوى الخروج من العدة في سقوط الكفارة و هو ظاهر الصدوقين و المفيد، فقال في الفقيه: «و متى طلق المظاهر امرأته سقطت عنه الكفارة، فإن راجعها لزمته، فان تركها حتى يحلّ أجلها و يتزوجها رجل آخر و طلقها أو مات عنها، ثم تزوجها و دخل بها لم تلزمه الكفارة» و لم نقف لهم على مستند في كونه كالطلاق الثالث محتاجا إلى المحلل.

و الثالث: عدم سقوط الكفارة أبدا و لو بعد زوج آخر و هو للدّيلمى و الحلبيّ فقالا: «إذا طلق المظاهر قبل التكفير فتزوجت المرأة، ثم طلقها الثاني أو مات عنها و تزوجها الأول لم يحلّ له وطؤها حتى يكفر» و مال إليه ابن زهرة و الحلبيّ حيث نقلاه و قالا بأنّ ظاهر القرآن معه، و هو المفهوم من إطلاق العمانيّ و القميّ قال الأول: «فإن طلق المظاهر امرأته و أخرج جاريتها من ملكه فليس عليه كفارة الظهار إلّا أن يراجع امرأته أو يردّ مملوكته يوما إلى ملكه بشراء أو غير ذلك فإنّه - إذا كان - لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار».

و قال الثاني : «فإن طلق امرأته أو أخرج مملوكته من ملكه قبل أن يواقعها فليس عليه كفارة الظهار إلّا أن يراجع امرأته أو يردّ مملوكته يوماً، فإذا فعل ذلك فلا ينبغي له أن يقربها حتّى يكفّر»^١. و يشهد له صحيح عليّ بن جعفر المتقدّم و هو الاقوى .

(و كذا لو ظاهر من أمته ثم اشتراها)

عند المصنف و لا شاهد له، و ظاهر الآية يقتضي بقاء تحريمها بعد الاشتراء كما مرّ في سابقه عن القمّي و العمانيّ و هو لازم مذهب الدّيلمّيّ و الحلبيّ .

و جوب تقدّم الكفارة على المسيس

(و يجب تقديم الكفارة على المسيس)

قال تعالى «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» و قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسًا».

و لو ماطل رافعته الى الحاكم

(و لو ماطل رافعته الى الحاكم فينظره ثلاثة أشهر حتى يكفّر و يفيء أو يطلق و يجبره على ذلك بعدها لو امتنع)

كما يشهد لذلك موثق ابي بصير: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته قال: ان اتاها فعليه عتق رقبة او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا و الّا ترك ثلاثة

اشهر، فان فاء و أا اوقف حتى يسأل: لك حاجة في امرأتك او تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شيء و هي امرأته، و ان طلق واحدة فهو املك برجعته^١.

قيل: فان انقضت و لم يختر احد الامرين حبسه و ضيق عليه في المطعم و المشرب حتى يختار احدهما.

قلت: لكنه لا شاهد له و الموثق لا يدل على التضييق في المأكل و المشرب و اما الاستدلال له بالبناء على التعدي من روايات باب الايلاء الدالة على التضييق^٢ الى باب الظهار فقياس لا نقول به .

هذا و لو صبرت الزوجة بعد الظهار فلا اعتراض و ذلك باعتبار انها صاحبة الحق فمع تنازلها فلا موجب للاعتراض.

حصيلة البحث:

تجب الكفارة بالعود و هي إرادة الوطئ بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر، و لو وطئ قبل التكفير عامداً فكفارتان و لو كرر الوطئ تكررت الواحدة و كفارة الظهار بحالها، و لو طلقها بائناً أو رجعيّاً و انقضت العدة لم تحل له من غير تكفير و كذا لو ظاهر من أمة ثم اشتراها، و يجب تقديم الكفارة على المسيس، و لو ماطل رافعه إلى الحاكم فينظره

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٣ الباب ١٨ من كتاب الظهار الحديث ١

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٥٤٥ الباب ١١ من أبواب الايلاء.

ثلاثة أشهر حتى يكفر ويغيء أو يطلق ويغيره على ذلك بعدها لو امتنع، و لو صبرت الزوجة بعد الظهار فلا اعتراض .

(كتاب الإيلاء)

الإيلاء من الألية و هي اليمين و هو لغة بمعنى مطلق الحلف. و الفعل آلى يؤلي و منه قوله تعالى ﴿وَلَا يَأْتَلُ أَوْلُوا الْفَضْلَ مِنْكُمْ وَالسَّعَةَ أَنْ يُؤْتُوا أَوْلِي الْقُرْبَى﴾ أي لا يحلفون.

حقيقة الإيلاء شرعا؟

و اما شرعا فالأصل فيه قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَؤُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ^١ فانه قد كان في الجاهلية نحو من الطلاق كالظهار، فاذا غضب الزوج على زوجته حلف على عدم موائعتها قاصدا بذلك تضيق الخناق عليها فلا يطلق سراحها كما في الطلاق لتتزوج من غيره و لا يعود اليها ليعيش معها.

و قد جاء قوله تعالى الانف الذكر متعرضا الى حكم الإيلاء و محددًا للفترة التي يتمكن الزوج فيها من اتخاذ القرار النهائي، و هي اربعة أشهر فاما ان يعود و يعيش معها او يخلي سبيلها بالطلاق .

و هو الحلف على ترك وطى الزوجة الدائمة أبداً

(و هو الحلف)

و يدلّ على أنّه الحلف لا مجرد الترك صحيح الحلبيّ، عن الصادق عليه السلام عن الرّجل يهجر امرأته من غير طلاق و لا يمين سنة لم يقرب فراشها؟ قال: ليأت أهله - الخبر^١ و به عمل الفقيه^٢ و صحيح حفص بن البخريّ، عنه عليه السّلام - في خبر - فإن تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمؤل^٣.

(على ترك وطى الزوجة الدائمة أبداً أو زيادة على أربعة أشهر)

اما اعتبار دوام العقد فلا يقع في المنقطة و لا في ملك اليمين فيدل على الاول قوله تعالى: وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ... فانه ظاهر في اعتبار قبول الزوجة المؤلّى منها للطلاق و هو لا يتم ألّا في الدائمة، و ان من لوازم صحة الايلاء جواز مطالبة الزوجة بالوطء، و هو لا يتم ألّا في الدائمة.

و صحيحة عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السّلام: «لا ايلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها»^٤.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٢

٤ تهذيب الاحكام ج ٨: ٨ الرقم ٢٢

خلافًا لما هو المنسوب إلى السيد المرتضى من وقوعه بالتمتع بها تمسكًا بعموم الآية الكريمة الذي لا يخصه عود الضمير إلى البعض. و جواز المطالبة بالوطء لم يثبت كونه من لوازم مطلق الإيلاء بل خصوص الإيلاء المتعلق بالزوجة الدائمة^١.

و فيه: أن الصحيحة المتقدمة تخصص الآية كما و أن عود الضمير إلى البعض إذا لم يستلزم التخصيص، فلا أقلّ من كونه موجبًا للاجمال و نتيجته عدم انعقاد العموم، و معه يرجع إلى الاستصحاب بلا مانع و ذلك لأنه إذا شك في ترتب الأثر بإيلاء المتمتع بها يستصحب عدم ترتب الأثر لو فرض القصور في المقتضي.

و يدل على عدم وقوعه في ملك اليمين صحيح البنزطي عن الرضا عليه السلام: «سألته عن الرجل يؤلي من أمته، فقال: لا كيف يؤلي و ليس لها طلاق»^٢.

و أما اعتبار أن تكون الفترة المحلوف على ترك الوطء فيها تزيد على أربعة أشهر فيستفاد من القرآن الكريم لأنّ قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ دال على أنه لا أثر في الأربعة أو الأقلّ منها وإنما الإيلاء في ما زاد عليها حتى تتربص أربعة أشهر و تدل على ذلك أيضا صحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فاما

١ جواهر الكلام ٣٣: ٣٠٨

٢ قرب الإسناد (ط - الحديثة) ص ٣٦٣

ان يفيء و اما ان يطلق فان تركها من غير مغاضبة او يمين فليس بمؤل^١ فانه يستفاد منها انه يكون مؤليا لو ترك وطأها اربعة اشهر عن يمين.

و خبر زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «قلت له: رجل آلى ان لا يقرب امرأته ثلاثة أشهر فقال: لا يكون ايلاء حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر»^٢، لكنه ضعيف سندا من ناحية القاسم بن عروة فانه لم تثبت وثاقته.

(للإضرار بها)

دون ما اذا لم يكن كذلك، كما اذا حلف على ذلك حفاظا على صحته أو صحتها، كما تشهد لذلك موثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «اتى رجل امير المؤمنين فقال: يا امير المؤمنين ان امرأتي ارضعت غلاما و اني قلت: و الله لا اقربك حتى تفضيه فقال: ليس في الاصلاح ايلاء»^٣، و صحيحة حفص بن البختري المتقدمة.

و يشترط فيها الدخول ايضا و ذلك للروايات الخاصة، كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام: «في المرأة التي لم يدخل بها زوجها قال: لا يقع عليها ايلاء و لا ظهار»^٤ و غيرها^٥.

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٥ الباب ١ من أبواب الايلاء الحديث ٢.

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٨ الباب ٦ من أبواب الايلاء الحديث ٢.

٣ وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٧ الباب ٤ من أبواب الايلاء الحديث ١.

٤ وسائل الشيعة ١٥: ٥١٦ الباب ٨ من كتاب الظهار الحديث ٢.

٥ يمكن مراجعة بقية الروايات في وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٨ الباب ٦ من أبواب الايلاء.

و يمكن الاستدلال له بالقرآن فإذا كان الإيلاء هو الحلف على ترك الوطي فمعنى الفيء الرجوع إلى الوطي و لا بدّ أن يكون وطي أوّلاً حتّى يصدق فيء أخيراً.

هذا و مع فقدان بعض القيود المذكورة لا ينعقد الحلف ايلاء لان ذلك من مقتضى الشرطية و من لوازمها ، و ان انعقد يمينا و ترتبت عليه آثاره اذا اجتمعت شروطه لان الايلاء يمينا و لا وجه للتوقف في انعقاده يمينا بعد فرض توفر شرائط ذلك.

و لا ينعقد إلا باسم الله تعالى متلفّظ به

(و لا ينعقد إلا باسم الله تعالى متلفّظ به بالعربية و غيرها)

لانه فرد من اليمين فيعتبر فيه ما يعتبر في اليمين كما تقدم كما و يمكن استفادة ذلك من الروايات الخاصة، كصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الايلاء ما هو؟ فقال: هو ان يقول الرجل لامرأته: و الله لا اجامعك كذا و كذا...»^١.

و هل يشترط فيه اللفظ الصريح؟

(و لا بد من اللفظ الصريح كإدخال الفرج في الفرج أو اللفظة المختصة بذلك و لو تلفظ بالجماع و الوطي و أراد الإيلاء صح)

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٤١ الباب ٩ من أبواب الايلاء الحديث ١.

قلت: الأخبار لا تدلّ على اشتراط لفظ مخصوص فيه بل ما يدلّ عليه عرفا كما في صحيح بريد بن معاوية «عن الصادق عليه السلام: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسه و لا يجمع رأسه و رأسها فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر- الخبر»^١.

و صحيح الحلبي، عنه عليه السلام في خبر: و الإيلاء أن يقول: لا و الله لا أجامعك كذا و كذا، و يقول: و الله لأغيظنك، ثم يغاضبها فإنه ترص بها أربعة أشهر- الخبر^٢ و مثله أيضا صحيح أبي بصير^٣ و الظاهر أن قوله: «و يقول» بمعنى «أو يقول» أو مصحفة بقرينة خبر أبي الصباح الاتي المقتصر فيه على «لأغيظنك و لأسوءنك» و لو لا ما قلنا لكانا دالين على عدم كفاية لا أجامعك حتى يضم إليه «و الله لأغيظنك» و لم يقل به أحد.

و خبر أبي الصباح الكناني، عنه عليه السلام- في خبر- و قال: الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته و الله لأغيظنك و لأسوءنك، ثم يهجرها و لا يجامعها حتى تمضي أربعة أشهر- الخبر^٤

و اما ما قيل: من انه لا يقع بمثل المباضة، و الملامسة و المباشرة التي يعبر بها عنه كثيرا و إن قصده، لاشتهار اشتراكها، خلافا لجماعة حيث حكموا بوقوعه بها^٥.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧

٥ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٥١

ففيه: ان القدماء بين من أضرب عن ذكر الصيغة وعرّفه بالحلف على ترك الجماع أو المقاربة كالمفيد والديلمى والشيخ في نهايته والحلبى وابن حمزة وابن زهرة وكذا عليّ بن بابويه والإسكافى، ومن ذكر وقوعه بما هو كناية عنه كالصّدوق والعماني، وبعضهم صرّح بالوقوع بها كالشيخ في مبسوطيه والقاضي.

(و لو كنى بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخدّة، أو لا ساقفتك و قصد الإيلاء حكم الشيخ) في المبسوط (بالوقوع) و أمّا في الخلاف فقال بعدم الوقوع فقال: «إذا قال: «و الله لا جمع رأسى و رأسك شيء لا ساقف رأسى و رأسك لا جمع رأسى و رأسك مخدّة و كذلك و الله لأسوءنك و الله لأطيلنّ غيبتى عنك» كل هذا لا ينعقد بها الإيلاء- إلخ»^١ و تبعه الحلبيّ.

و قد صرّح العمانيّ و كذا الصّدوق أيضا بالوقوع، قال الأوّل: «و الإيلاء عندهم عليهم السلام أن يقول الرّجل لامرأته: «و الله لأغيظنك و لأسوءنك» ثمّ يسكت عنها و يعتزل فراشها». و قال الثاني: «الإيلاء أن يقول لها: و الله لأغيظنك و لأسوءنك و لا أجامعك إلى كذا و كذا».

و يدلّ على الوقوع الأخبار المتقدّمة كصحيح بريد و غيره.

(و لا بد من تجريده عن الشرط و الصفة^٢)

١ الخلاف مسألة ٧ من مسائل الإيلاء

٢ أما تعليقه على الشرط كقولك: إن قدم زيد، و أما تعليقه على الصفة كقولك: إن طلعت الشمس، و الفرق بين الشرط و الصفة: أن الشرط ممكن الوقوع فإن القدوم ممكن. و الصفة متحققة الوقوع كطلوع الشمس.

ذهب إليه الشيخ في خلافه و تبعه ابن حمزة و ابن زهرة و الحلبيّ، و ذهب في مبسوطه إلى عدم اشتراطه لعدم دليل فيه على المنع كما في الطّلاق و العتاق و يدل على الصحة عموم القرآن السالم عن المعارض.

و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق

(و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق)

كأن يقول إن وطأتك ففلانة - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر، و عدم انعقاده لأنه يمين بغير الله تعالى ، و الظاهر أنّ الأصل في كلام المصنّف قول الشيخ في خلافه فقال: «إذا قال: «إن أصبتك فأنت عليّ حرام» لم يكن مؤلّيا- إلى- إنّ اليمين لا ينعقد في الإيلاء إلّا باسم من أسماء الله، و هذا ليس من ذلك- إلخ»، وقال أيضا «إذا قال: «إن أصبتك فله عليّ أن أعتق عبدي» لا يكون مؤلّيا- إلى- دليلنا ما قلناه في الأولى سواء»^١.

شرائط المؤلّي

(و يشترط في المؤلّي الكمال بالبلوغ و العقل و الاختيار و القصد)

إلى مدلوله و اشتراطها واضح لعدم تحقق القصد منهم بعد كون الإيلاء من الأفعال القصديّة .

١ الخلاف كتاب الإيلاء (مسألة ١٠ و ١١)

و هل يجوز الايلاء من العبد؟

(و يجوز من العبد)

قال بجوازه من العبد الشيخ في المبسوطين و نقل في «الخلافة» عن مالك: أنّ الزوج إذا كان عبداً فالمدّة شهران، و عن أبي حنيفة: أنّ الزوجة إذا كانت أمة فالمدّة شهران، و هو قال: «المدّة أربعة أشهر سواء كان الزوج حراً أو عبداً و سواء كانت الزوجة حرة أو أمة بدليل إطلاق الآية و ما ورد من الرواية».

اقول: اما اطلاق الآية فمقيد بما دل على عدم جوازه من العبد أصلاً لأنّ الإيلاء يمين كما ورد ذلك في صحيح منصور بن حازم، عنه عليه السلام: قال النبيّ صلّى الله عليه و آله: لا يمين لولد مع والده، و لا لمملوك مع مولاه، و لا لمرأة مع زوجها-الخبر^١ و به عمل الفقيه^٢ وغيره من الاخبار^٣، و اما ما قال من الرواية فلم نقف عليها حتى تعارض ما سبق .

(و الذمّي)

كما ذكره الشيخ في المبسوطين و نقل «الخلافة» جوازه عن أبي حنيفة و الشافعيّ و عدمه عن أبي يوسف و محمّد، و استدللّ بعموم الآية و تبعه القاضي، و ردّه ابن ادریس بأنّه قال في الظهار: لا يصحّ من الكافر لاحتياج كفّارته إلى نيّة القرابة منه، قال ابن

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٤٠

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٦٠

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٤٣٩ ح ١

ادريس: و لا فرق بينهما، و قال: بل يحسن قول «اقلب تصب» لأنّ الإيلاء لا يكون إلّا باللّه و أسمائه و الكافر لا يعرف اللّه قال: فالأولى أن يصحّ منه لأنّ ما احتجّ به لعدم صحّته الظهار قائم في الإيلاء من الدّمّي».

قلت: الاقوى صحته من الكافر و لا يختص بالذمي لاطلاق الاية المتقدمة اذا ما تحقق الحلف منه باللّه تعالى .

حصيلة البحث:

الإيلاء: هو الحلف على ترك وطئ الزوجة الدائمة لا المنقطعة و لا المملوكة ، أبداً أو مطلقاً أو زيادةً على أربعة أشهر، للإضرار بها و يشترط كونها مدخولاً بها ، و لا ينعقد الإيلاء إلّا باسم اللّه تعالى متلفظاً به بالعربيّة و غيرها، و لا يشترط فيه لفظ مخصوص بل كل ما يدلّ عليه عرفاً ، و لو كنّي بقوله: لا جمع رأسي و رأسك مخدّةً أو لا ساقفتك، و قصد الإيلاء صح، و لا يشترط تجريده عن الشرط و الصّفة، و لا يقع لو جعله يميناً أو حلف بالطلاق أو العتاق كأن يقول إن وطأتك ففلانة - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر ، و يشترط في المولى الكمال و الاختيار و القصد، و لا يجوز من العبد و يصح من الكافر .

و إذا تم الإيلاء للزوجة المرافعة مع امتناعه عن الوطي

(و إذا تم الإيلاء)

و صبرت الزوجة فلا اعتراض و ذلك باعتبار انها صاحبة الحق و لصاحب الحق التنازل عن حقه.

و اما انها اذا لم تصبر (فللزوجة المرافعة مع امتناعه عن الوطي)

كما تقدم في صحيحة حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام: «اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين اربعة أشهر استعدت عليه فاما ان يفيء و اما ان يطلق...»^١ و غيرها مما سيأتي، و للحاكم الحق في الزامه بأحد الامرين عند انتهاء المدة للنصوص الاتية مضافا الى ان ذلك لازم جواز رفع القضية الى الحاكم و ألا كان رفعها اليه لغوا، هذا هو الاقوى و اما المصنف فقال:

(فينظره الحاكم أربعة أشهر، ثم يجبره بعدها على الفنة^٢ أو الطلاق)

و ذهب إلى ما قال من كون الأربعة من الحاكم، المفيد و الحلبي و القاضي و ابن حمزة و الحلبي و الشيخ في نهايته و مبسوطيه.

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٥ الباب ١ من أبواب الايلاء الحديث ٢.

٢ المراد من الفنة في عبارة المصنف هو الرجوع لكنه ليس بصحيح و اول من عبر بذلك المحقق في الشرائع و تبعه المصنف و اما انه ليس بصحيح فلئن مصدر فاء «فيء» و «فيئة»، لا «فنة» و الصّاح ذكر الفنة في «فأي» و كذا القاموس لكن غفلا فذكرها في «فياً» بالهمز أخيراً أيضاً و لا يصحان معا بل أحدهما الصحيح و قال ابن برئ في تعليقه على الصحاح: «إنه و هم» و لكن جعله ابن دريد من فاء فقال: «و الفنة: الجماعة من الناس يفئون إلى الرئيس» لكن لم يجعله بغير معنى الجماعة ذكره في مجلده الأول، و قال في الثالث «الفنة الجماعة من الناس»، و بالجملة «الفنة» من «فاء» كان أو «فأي» بمعنى كما عبر لا الرجوع كما استعماله، و إنّما الفينة بمعنى الرجوع قال ابن دريد: «الفينة من قولهم فاء فينة حسنة».

و يمكن الاستدلال لهم بصحيح البنزطي، عن الرضا عليه السلام: سأله صفوان و أنا حاضر عن الإيلاء فقال: إنما يوقف إذا قدمه إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر، ثم يقول: إما أن تطلق و إما أن تمسك»^١.

و خبر أبي مريم، عن الصادق عليه السلام: «عن رجل آلى من امرأته، قال: يوقف قبل الأربعة أشهر و بعدها»^٢.

و صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام- في خبر- و فيه و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق، فإن أبي حبسه أبدا»^٣، و مثلها مرسله العياشي في تفسيره عن العباس بن هلال.

اقول: المفهوم من الأخبار الكثيرة كصحيح حفص^٤ و الحلبي^٥ المتقدمين و صحيح بريد بن معاوية و بكير بن أعين عن الباقر و الصادق عليهما السلام قالا: «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول و لا حق في الأربعة أشهر و لا إثم عليه في كفه عنها في الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسه فسكتت و رضيت فهو في حل و سعة فإن رفعت أمرها قيل له: فإما أن تفيء فتمسها، و إما أن تطلق و عزم الطلاق أن يخلي عنها فإذا حاضت و طهرت طلقها و هو أحق رجعتها ما لم تمض ثلاثة قروء،

١ قرب الإسناد (ط - الحديثة) ص ٣٦٢

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٥

٣ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص: ٣٤٩ ح ٦

٤ وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٥ الباب ١ من أبواب الإيلاء الحديث ٢.

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢

فهذا الإيلاء الذي أنزله الله تعالى في كتابه و سنة رسوله^١ و غيرها: أن للزوجة المرافعة بعد أربعة أشهر لا قبلها فعليه هذه الطائفة من الروايات معارضة بتلك الاخبار المستفيضة ، بل دلت الآية عليه فقال تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ - الآية﴾.

و ذهب إلى العمل بمضمون هذه الأخبار العماني و الإسكافي، و هو المفهوم من الشيخ في تهذيبه و هو ظاهر الكافي حيث اعتمدها ، و الفقيه حيث اعتمد صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام - في خبر - فيه «ثم يؤخذ بعد الأربعة الأشهر فيوقف - الخبر»^٢ و الظاهر ان الطائفة الاولى محمولة على التقية، و على تقدير استقرار التعارض ترجح الطائفة الثانية لموافقتها لظاهر الكتاب الكريم الدال على اتحاد وقت الايلاء و التربص .

و لا يجبره الحاكم على أحدهما عينا

(و لا يجبره الحاكم على أحدهما عينا)

ظاهر الصدوق و الديلمى و الحلبيّ الإجماع على خصوص الطلاق، قال الأول: «فإنّ أبي أن يجامع قيل له: طلق فإن فعل و إلّا جعل في حظيرة من قصب و شدّد عليه في المأكل و المشرب حتّى يطلق»، و قال الثاني: «و إن أقام على اليمين و أبى الرجوع ألزمه الطلاق» و قال الثالث: «فإن فعل و إلّا ألزمه الطلاق».

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣١

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٤

و يدل على ما قال المصنف من عدم الإيجاب على أحدهما عينا النصوص المستفيضة منها صحيح بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام فيه: فإذا مضت أربعة أشهر وقف فإما أن يفيء فممسّها، وإما أن يعزم على الطلاق فيخلّي عنها - الخبر^١.

و صحيح بريد و بكير، عن الباقر و الصادق عليهما السلام المروي في ٤ منه «إن رفعت أمرها قيل له فإما أن يفيء فتمسّها وإما أن تطلق»^٢، و غيرهما.

و يدلّ على الجبر على الطلاق إذا لم يفيء صحيح الحلبيّ فيه «إن لم يفيء جبر على أن يطلق»^٣.

و صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام و فيه «و إن لم يفيء جبر على أن يطلق - الخبر»^٤.

و خبر حمّاد بن عثمان، عنه عليه السلام «في المؤلّي إذا أبى أن يطلق كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب و يحبسه فيها و يمنعه من الطعام و الشراب حتّى يطلق»^٥ و

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣١

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٠

مثله خبر غياث بن إبراهيم عنه عليه السلام «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلي أن يطلق جعل له حظيرة من قصب و أعطاه ربع قوته حتى يطلق»^١.

و يمكن الجمع بينها بأنه ابتداءً يخيّر، فإن اختار أحدهما فهو، و إن لم يختار يجبر على الطلاق، و الطلاق بيده فإذا لم يطلق جعل له حظيرة تعزيراً حتى يطلق فإذا امتنع المؤلي من اختيار احد الامرين فللحاكم التصدي للطلاق و ذلك لموثق سماعة: «... و ان لم يف بعد اربعة اشهر حتى يصلح اهله او يطلق جبر على ذلك و لا يقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف و ان كان بعد الاربعة اشهر فان أبى فرق بينهما الامام»^٢.

و لو آلى مدة حتى انقضت المدة سقط حكم الإيلاء

(و لو آلى مدة معينة و دافع حتى انقضت المدة سقط حكم الإيلاء)

لانتفاء موضوعه، و إنما يبقى لو كان إيلاؤه إلى الأبد.

(و لو اختلفا في انقضاء المدة، قدم قول المدعي للبقاء)

مع يمينه لأصالة عدم الانقضاء.

(و لو اختلفا في زمان وقوع الإيلاء حلف من يدعي تأخره)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٣

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٥٤٢ الباب ٩ من أبواب الإيلاء الحديث ٤

لأصالة عدم التقدم ، و الأصل في قول المصنّف الشرائع نظرا الى انه يمكن وقوع الدعوى من كل منهما فتدعي هي تأخر زمان الإيلاء إذا كان مقدرا بمدة لم تمض قبل المدة المضروبة فترافعه ليلزم بأحدهما، و يدعي تقدمه على وجه تنقضي مدته قبل المدة المضروبة ليسلم من الإلزام بأحدهما و قد يدعي تأخره على وجه لا تتم الأربعة المضروبة، لثلا يلزم إذا جعلنا مبدأها من حين الإيلاء. و تدعي هي تقدمه لتتم.

و ذهب الشيخ إلى تقدّم قول الرّجل في المبسوط و القاضي و قد ذكر المبسوط كون الأصل مع الرجل فقال بعد الحكم بأنّ القول قول من يدّعي عدم الانقضاء و هو الزّوج: «و كذلك إن اختلفا في ابتداء المدة لأنّ الأصل إن لا يمين»^١ يعني لا يمين متقدمة، قلت: و الشيخ حصر دعوى ذلك من الرجل فلا ينافي ما تقدم .

حصيلة البحث:

و إذا تمّ الإيلاء و صبرت الزوجة فلا اعتراض و ألا فان لم يقربها اربعة أشهر فللزوجة المرافعة مع امتناعه عن الوطئ فيخيره الحاكم بين الرجوع أو الطلاق و لا يجبره على أحدهما عيناً، و لو آلى مدّة معيّنة و دافع حتّى انقضت سقط حكم الإيلاء، و لو اختلفا في انقضاء المدّة قدّم قول مدّعي البقاء، و لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء حلف من يدّعي تأخره.

١ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ٥، ص: ١٣٤

هل يصح الإيلاء من الخصي و المخبوب؟

(و يصح الإيلاء من الخصي و المخبوب)

و المخبوب هو الذي قطع ذكره، و الاصل في هذا الفرع المبسوط فقوى صحته من المخبوب لعموم الآية، و إطلاق الروايات المتقدمة.

و قيل: بعدم الوقوع لأن متعلق اليمين ممتنع كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء، و لأن شرطه الإضرار بها. و هو غير متصور هنا و هو الاقوى، و بذلك لا يبقى مجال لقول المصنف: (و فئته العزم على الوطني مظهرًا له معتذرا من عجزه)

(و كذا) رجوع (الصحيح لو انقضت المدة) يكون بالعزم على الوطني مظهرًا له (و) ان كان (له مانع) عقلي كالمرض، أو شرعي كالحيض، أو عادي كالتعب، من الوطني ففي صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام- في خبر- و فيه «إن فاء و هو أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم- الخبر»^١.

و هل تجب الكفارة في الإيلاء ام لا؟

(و متى وطئ لزمته الكفارة)

عند المصنف و قيل: ان لزوم الكفارة مما لا اشكال فيه من جهة تحقق حنث اليمين، و منه يتضح الوجه في كونها ككفارة حنث اليمين.

قلت: ظاهر قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَؤُ فَإِنَ اللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَ اللّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ^١ عدم لزوم الكفارة مطلقا ﴿فَإِنَ اللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.

و هو المفهوم من العمانيّ و الإسكافي فقال الأول: «و الحدّ الذي يجب على المرأة أن تسكت أربعة أشهر، فإذا مضت فالأمر إلى المرأة إن شاءت سكتت و أقامت على غضبه ما بدا لها حتّى يرضى، و إن شاءت رافعته و إذا هي رافعته واقف الحاكم الزوج فإمّا أن يفييء أو يرجع إلى حاله الأولى من الرضا و إن شاء أن يعزم الطلاق منذ يوم تخيره الحاكم بين الإبقاء و الطلاق».

و قال الثاني: «و إذا كان مؤليا فمضت أربعة أشهر و هو قادر على الجماع فلم يجامعها و لم تطالب هي بالفييء لم يلزمه شيء فإن تجاوزت و طالبت أوقفه الإمام، فإمّا أن يفييء إلى الجماع أو يطلق» و هو المفهوم من المقنع حيث قال: «و الإيلاء أن يقول الرّحل لامرأته «و اللّهُ لأغيظنك و لأشقّ عليك و لأسوءنك و لا أجامعك إلى كذا و كذا» فيتربّص به أربعة أشهر فإن فاء و هو أن يصلح أهله و يجامع فإنّ اللّهُ غفور رحيم، و إن طلق فإنّ اللّهُ سميع عليم، و إن أبى أن يجامع قيل له: طلق» و هو المفهوم من الكافي حيث عقد بابا للإيلاء^٢ و روى فيه ثلاثة عشر خبرا في مختلف أحكامه و لم يرو فيه خبرا له في الكفارة، ثمّ عقد بابا لاشتراط الدخول في الإيلاء و روى فيه أربعة أخبار.

١ البقرة: ٢٢٦-٢٢٧.

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠

و أما استدلال الخلاف بآية اليمين ففيه: ان اليمين على الترك بعد أربعة أشهر معصية و لا أثر لليمين في المعصية، و أما في الأربعة أشهر فإنه و إن لم يكن الوطي واجبا لكن إذا كانت طالبة له كان مستحبًا و اليمين على ترك المستحب أيضا لا تنعقد، كما في موثق زرارة، عن الباقر عليه السلام: الرَّجُلُ يَحْلِفُ بِالْأَيْمَانِ الْمَغْلُظَةِ أَنْ لَا يَشْتَرِي لِأَهْلِهِ شَيْئًا، قَالَ: فَلْيَشْتَرِ لَهُمْ و ليس عليه شيء في يمينه»^١.

بل يدل على عدمه ما ورد من انه لا يجوز يمين في تحريم حلال و لا في خطوات الشيطان كما في صحيح ابن مسلم ففيه: «...فقال أنا قاضٍ في ذا قل لها فلتأكل معها و ليظلها و إياها سقف بيت و لا تمشي و لا تعتق و لتسق الله ربها و لا تعد إلى ذلك فإن هذا من خطوات الشيطان»^٢.

و خبر عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السلام: «لا يجوز يمين في تحليل حرام و لا تحريم حلال - الخبر»^٣ و مثله في الدلالة صحيح ابن محبوب عن خالد بن جرير عن ابي الربيع الشامي^٤.

و العدم أيضا ظاهر علي بن إبراهيم القمي حيث قال في تفسيره: و أما قوله: «لَلَّذِينَ يُؤَلُّونَ - إِلَى - فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» فإنه حدثني أبي... و روى خبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام «الإيلاء أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فله أن

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٤٢ باب ما لا يلزم من الأيمان و الندور ح ١٤

٢ وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص: ٢٢٠ ح ١٠

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٣٩

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٨٥

تصبر، و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إمّا أن ترجع إلى المناكحة و إمّا أن تطلق و إلّا حبستك أبداً»، و روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه بنى حظيرة من قصب و جعل فيها رجلا آلى من امرأته بعد أربعة أشهر، و قال له: إمّا أن ترجع إلى المناكحة و إمّا أن تطلق و إلّا أحرقت عليك الحظيرة» .

و من الغريب استدلال الخلاف على الكفارة بما روى «عن النبيّ صَلَّى اللهُ عليه و آله أنه قال: من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً فليأت الذي هو خير و ليكفر عن يمينه» مع أنه خبر عاميّ تردّه أخبارنا، ففي صحيح سعيد الأعرج «عن الصادق عليه السلام سأله عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل - إلى - قال: أما سمعت قول النبيّ صَلَّى اللهُ عليه و آله: إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها»^١.

و أمّا قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ فورد في تفسيره صحيح ابن يسار، عن الصادق عليه السلام أطلعت عائشة و حفصة على النبيّ صَلَّى اللهُ عليه و آله و هو مع مارية فقال النبيّ صَلَّى اللهُ عليه و آله: «و الله لا أقربها» فأمره الله أن يكفر عن يمينه^٢، و مورده الأمة و لا حقّ لها في الوطي فمخالفة اليمين فيها تحتاج إلى الكفارة.

و يؤيده خبر زرارة عن الباقر عليه السلام: سألته عن رجل قال لامرأته: «أنت عليّ حرام» فقال لي: لو كان لي عليه سلطان لأوجعت رأسه - إلى - أنه لم يزد على أن كذب فزعم أن ما أحلّ الله له حرام، و لا يدخل عليه طلاق و لا كفارة، فقلت قول الله عزّ و جلّ «يَا

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٤٤

٢ تفسير القمي ج ٢ ص ٣٧٥ سورة التحريم (٦٦): الآيات ١ إلى ١٢

أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ» فجعل فيه الكفارة، فقال: إنما حرّم عليه جاريته مارية و حلف أن لا يقربها فإنما جعل عليه الكفارة في الحلف، و لم يجعل عليه في التحريم»^١.

و الحاصل انه لا كفارة في الايلاء خلافا للمصنف الذي جعلها واجبة مطلقا فقال:

(سواء كان في مدّة التربص أو قبلها أو بعدها)

و به قال المفيد و القاضي و ابن حمزة و الشيخ في نهايته و خلافه.

و أمّا الدّيلميّ و الحلبيّ و ابن زهرة و الحلبيّ فإنّما قالوا بالكفارة بالوطي في مدّة التبرّص، و أمّا بعدها فساكتون عنها، و صريح المبسوط العدم بعد المدّة .

و الكفارة مطلقا هو المفهوم من الفقيه حيث اعتمد رواية ابان بن عثمان عن منصور: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت اربعة اشهر قال: يوقف فان عزم الطلاق بانّت منه و عليها عدة المطلقة و آلا كفر عن يمينه و امسكها»^٢.

قيل: ألا ان سندها قابل للتأمل، فان الشيخ الصدوق رواها بسنده عن ابان بن عثمان عن منصور، و طريقه الى ابان صحيح في المشيخة^٣، و ابان نفسه ثقة لكونه من اصحاب الاجماع الا ان المشكلة هي من ناحية منصور، فان ابان بن عثمان يروي عن منصور بن

١ الكافي ج ٦ ص ١٣٥ ح ١؛ و رواه صحيحا عنه في خبره الثاني لكن بدون ذيله فقلت...

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٥

٣ مشيخة كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٨٣

حازم الذي هو ثقة و عن منصور الصيقل الذي لم تثبت وثاقته، فالمشكلة هي من حيث منصور لتردده بين الثقة و غيره.

قلت: حيث ان ابان من اصحاب الاجماع فخبره موثوق به و لو كان منصور هو غير الثقة إلا ان الاشكال ان الصدوق لم ينقل الخبر عن كتاب ابان بل قال و في رواية ابان و هذا التعبير يشير الى الرواية عنه و قد لا تكون في كتابه وهي هنا قد رواها الشيخ ضعيفا بالقاسم عنه من كتاب الحسين بن سعيد^١.

و لزوم الكفارة مطلقا هو المفهوم من العياشي حيث رواه^٢ و روى أيضا «عن أبي عبد الله عليه السلام مرفوعا: إذا بانت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين و لا يقربها حتى يكفر يمينه»^٣.

قلت: و الخبران مع مخالفتهما للقران و ضعفهما سندا يمكن حملهما على التقيّة فروى سنن الترمذي عن مسلمة بن علقمة، عن داود بن علي، عن عامر، عن مسروق، عن عائشة قالت: آلى النبي صلى الله عليه و آله من نسائه و حرّم فجعل الحرام حلالا و جعل في اليمين كفارة»^٤.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٨

٢ تفسير العياشي، ج ١، ص ١١٣، ح ٣٤٥.

٣ تفسير العياشي، ج ١، ص ١١٣، ح ٣٤٧.

٤ سنن الترمذي؛ ج ٥، ص ٨١ ح ١٢٤١، باب ما جاء في الإيلاء.

و ثانيا: عن عليّ بن مسهر، عن داود بن عليّ، عن الشعبي أنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ -
مثله.

حصيلة البحث:

لا يصحّ الإيلاء من الخصيّ و الم محبوب و يتحقق الرجوع بالعزم على الوطاء مظهراً له و
كذا لو انقضت المدّة و له مانعٌ من الوطاء، و لا كفّارة في الايلاء .

مدة الايلاء

(و مدة الإيلاء من حين الترافع)

كما مرّ الكلام فيه مشروحا و ان الاقوى من زمان حلفه .

(و يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن)

قال الشهيد الثاني: لخروجها عن حكم الزوجية، و الظاهر أن زوال حكم الايلاء ثابت و
إن عقد عليها ثانيا في العدة، لأن العقد لم يرفع حكم الطلاق، بل أحدث نكاحا جديدا
كما لو وقع الطلاق بعد العدة، بخلاف الرجعة في الرجعي فان الطلاق لا يزيل حكم
الايلاء فلو كان الطلاق رجعيا خرج من حقها، لكن لا يزول حكم الايلاء إلّا بانقضاء
العدة، فلو راجع فيها بقي التحريم^١.

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٦٧

قلت: لا دليل على زوال حكم الايلاء بالعقد عليها في الطلاق البائن كطلاق الياسة ما دام لم تنقض المدة المضروبة و عليه فلا فرق بينه وبين الرجعي ، نعم وقع الكلام في كون طلاقه بائنا ام رجعيا؟ و مقتضى صحيح بريد العجلي، عن الصادق عليه السلام و في آخره «و إما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها حتى إذا حاضت و طهرت من حيضها طلقها تطليقة من قبل أن يجامعها بشهادة عدلين ثم هو أحق برجعها ما لم تمض الثلاثة الأقرء»^١ و غيره^٢ هو كون طلاقه رجعيا .

و نقل الكليني بسند صحيح عن منصور بن حازم انه قال: «أنّ المؤلي يجبر على أن يطلق تطليقة بائنة» و قال الكليني: و عن غير منصور أنه يطلق تطليقة يملك الرجعة فقال له (الظاهر ان المراد من ضمير له هو جميل بن دراج الناقل قول منصور) بعض أصحابه: إن هذا منتقض؟^٣ فقال: لا التي تشكو فتقول يجبرني و يضرتي و يمنعني من الزوج يجبر على أن يطلقها تطليقة بائنة و التي تسكت و لا تشكو إن شاء يطلقها تطليقة يملك الرجعة»^٤ و علق الشيخ على هذه الرواية بقوله: فهذه الرواية لا تنافي الرواية الأولى في أنه يكون أملك برجعها لأن هذه الرواية موقوفة غير مسندة لأن منصور بن حازم أفتى و لم يسنده إلى أحد من الأئمة عليهم السلام و يجوز أن يكون هذا كان مذهبه و إن كان خطأ و لو أسنده إلى بعض الأئمة عليهم السلام لكانت الرواية يمكن حملها على من يرى الإمام إجباره على أن يطلق تطليقة بائنة بأن يباريها ثم يطلقها أو أن تكون الرواية

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢ ح ٨

٣ اي متناقض مع ما ورد من الطلاق يكون رجعيا .

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣١

مختصةً بمن كانت عند الرجل على تطليقةٍ واحدةٍ فإن من يكون هذا حكمه يقع طلاقه بائناً^١ ثم رواها بسند فيه علي بن حديد «و هو مختلف فيه» عن جميل عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله ع قال: المؤلّي إذا وقف فلم يفيء طلق تطليقةً بائنةً^٢ ثم قال: فهذه الرواية جاءت مسندةً و الوجه فيها ما قدمناه.

اقول: الرواية مع معارضتها لما تقدم لا وثوق بها لما عرفت .

و اما ما في صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام في الرجل إذا آلى من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يفيء فهي تطليقة، ثم يوقف فإن فاء فهي عنده [على ظ] تطليقتين، و إن عزم فهي بائنة منه^٣ فمع معارضته لما تقدم رده الشيخ و حمله على بعض المحامل و ذلك اية عدم موثوقيته و رواه العياشي و فيه «فهي مطلّقة» بدل فهي بائنة^٤ و عليه فتسقط عن الاعتبار .

(و كذا شراء الأمة ثم عتقها و تزويجها بعده)

قيل: لبطلان العقد الأول بشرائها لعدم جواز اجتماع سببين في النكاح العقد و التملك ، و تزويجها بعد العتق حكم جديد^٥.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص: ٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص: ٤ ح ٦

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٤ ح ٧

٤ تفسير العياشي، ج ١، ص ١١٣، ح ٣٤٩

٥ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلاتر)؛ ج ٦، ص: ١٦٨

و فيه: انه لا دليل على زوال حكم الايلاء بالتزوج بها بعد عتقها ما دام لم تنقض المدة المضروبة .

(و لا تتكرّر الكفّارة) بناءً على ثبوتها (بتكرّر اليمين سواء قصد التأكيد أو التأسيس إلّا مع تغيير الزمان)

الأصل في ما قال الشرائع فقال: «لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين، سواء قصد التأكيد أم لم يقصد، أو قصد بالثانية غير ما قصد بالأولى إذا كان الزمان واحداً، نعم لو قال: و الله لا أوطأتك خمسة أشهر فإذا انقضت فو الله لا أوطأتك ستّة فهما إيلاءان، و فيه وجه بطلان الثاني لتعليقه على الصّفة على ما قرّره الشيخ» .

قلت: إنّما قال في الخلاف ببطلانه بالشرط دون الصفة و يدل على الصحة فيهما عموم القرآن السالم عن المعارض فيثبت ايلاءان من زمانين و لا كفارة فيهما كما تقدم .

حكم كفارة الظهر

(و في الظهر خلاف)

فقال العمانيّ و الشيخ في نهايته بتكررها و تبعه القاضي و الحلبيّ قال الأوّل: «لو تكلم بلفظ الظهر مرّتين أو أكثر في وقت أو أوقات كان عليه لكلّ مرّة كفّارة» و ذهب الإسكافيّ إلى أنّه لو كان أحدهما بالأمرّ و الآخر بالأخت تتكرّر و إذا كفر ثم كرّر أيضا تتكرّر، فقال: إن ظاهر بأمره ثمّ ظاهر بأخته لزمه كفّارتان واحدة عن ظهار بالأمرّ و

الأخرى عنظهار بالأخت لأنهما حرمتان انتهكهما و إن كرّرظهاره بأمه قبل التكفير لزمه كفارة واحدة».

و ذهب في المبسوط إلى تفصيل آخر فقال: «و إن تكرّر منه لفظظهار لم يخل إمّا تكرّر منه متواليا أو متراخيا، و الأوّل لم يخل إمّا أراد به التأكيد أوظهار فإن أراد التأكيد لم يلزمه غير واحد بلا خلاف، و إن أرادظهار كان الجميعظهارا، و الثاني يكون الجميعظهارا» و تبعه ابن حمزة.

(أقربه التكرار)

و هو الاقوى أا اذا قصد التأكيد لخروجه عن منصرف الأخبار كما في صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أكثر، فقال: قال عليّ عليه السّلام: مكان كلّ مرّة كفارة - الخبر».

و في صحيح الحلبيّ، عن الصادق عليه السّلام: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: يكفّر ثلاث مرّات، قلت: فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتّى يكفّر» ١ و بهما عمل الكليني و الفقيه ٢ و النصوص بذلك فوق حد الاستفاضة .

و اما صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصادق عليه السّلام «في رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلس واحد، قال: عليه كفارة واحدة» ٣ الدال على عدم تكرر الكفارة

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٦

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣١

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٢٣ ح ٤٨

فمضافا لمعارضته للنصوص المستفيضة و التي تقدم بعضها رده الشيخ و حمله على أن المراد أن عليه كفارة واحدة في الجنس لا كفارة واحدة عن المرات، قلت: و هو حمل تبرعي لكنه شاهد على عدم كونه موثوقا به عند المتقدمين فلا يعارض الاخبار المتقدمة و يمكن حمله على أن المراد أنه أراد التأكيد دون التأسيس فيكون شاهدا لما قاله في مبسوطه ، و بذلك يجاب على موثق غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال عليه كفارة واحدة ١.

و أما تفصيل الإسكافي فلا شاهد له .

حكم ما إذا وطئ المؤلّي ساهيا أو مجنوناً أو لشبهة

(و إذا وطئ المؤلّي ساهيا أو مجنوناً أو لشبهة لم تلزمه كفارة) بناءً على وجوبها لعدم الحنث و لحديث الرفع .

(و يبطل حكم الإيلاء عند الشيخ)

لتحقق الإصابة ، و مخالفة مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطئ متعمداً لذلك و إن فعل محرماً. و نسبة المصنف القول إليه يشعر بتمريضه، و ذكر الشهيد الثاني وجه ضعفه بقوله: لأصالة بقاء حكم الإيلاء، و اغتفار الفعل بالأعداء، و كون الإيلاء يمينا و هي في النفي تقتضي الدوام، و النسيان و الجهل لم يدخلتا تحت مقتضاها، لأن الغرض من

البعث و الزجر في اليمين إنما يكون عند ذكرها، و ذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه لأجل اليمين.

ثم نقل عن المصنف في قواعده انه استقرب انحلال اليمين مطلقا بمخالفة مقتضاها نسيانا و جهلا و إكراها مع عدم الحنث، محتجا بأن المخالفة قد حصلت و هي لا تتكرر ، و بحكم الأصحاب ببطان الإيلاء بالوطء ساهيا مع أنها يمين. فنسب الحكم المذكور هنا إلى الأصحاب، لا إلى الشيخ وحده ١.

اقول: و هو الأقوى و اما أصالة بقاء حكم الإيلاء فلا يصار إليها مع وجود الدليل، و اما اغتفار الفعل بالأعذار و كون الإيلاء يمينا و هي في النفي تقتضي الدوام فلا يكون دليلا على بقاء حكمه لانه بنسيانه قد خالف مقتضى ايلائه الذي يقتضي الدوام فلم يدم وذهب ايلاؤه، و اما ان النسيان و الجهل لم يدخلتا تحت مقتضاها الخ فدعوى بلا دليل .

و لو ترفع الذميان إلينا تحيّر الامام

(و لو ترفع الذميان إلينا تحيّر الامام بين الحكم بينهم بما يحكم على المؤلي المسلم و بين ردّهم الى أهل ملتهم)

قال تعالى ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ. وَكَيْفَ يُحْكِمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ﴾ ١.

حكم ما لو آلى ثم ارتد

(و لو آلى ثم ارتد) عن ملة (حسب عليه من المدة) التي تضرب له (زمان الردة على الأقوى)

لاطلاق الدليل ، و قال الشيخ: لا يحتسب عليه مدة الردة، لأن المنع من الوطاء بسبب الارتداد، لا بسبب الإيلاء، كما لا يحتسب مدة الطلاق من المدة المضروبة لو راجع و إن كان يمكنه المراجعة في كل وقت. و فيه: انه مع اطلاق الدليل لا يصار الى كلام الشيخ حتى بالنسبة الى الطلاق، و لو كان ارتداده عن فطرة فهو بمنزلة الموت يبطل معها التربص، و إنما أطلقه المصنف لظهور حكم الارتدادين.

حصيلة البحث:

لا يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن و لا بشراء الأمة ثم عتقها والتزوج بها ما لم تنقض المدة المضروبة كما و ان طلاقها لا يكون بائنا بل يكون رجعيا ، و لو تكلم بلفظ الظهار مرتين أو أكثر في وقت أو أوقات كان عليه لكل مرة كفارة إلا اذا قصد التأكيد ، و إذا وطئ المولي ساهياً أو مجنوناً أو لشبهة بطل حكم الإيلاء ، و لو ترفع الذمّيان إلينا

تخيّر الإمام أو الحاكم بين الحكم بينهم بما يحكم على المولي مسلماً و بين ردّهم إلى نحلّتهم، و لو آلى ثم ارتدّ حسب عليه من المدّة زمان الردّة على الأقوى.

(كتاب اللعان)

اللعان: مصدر: لاعن ، للعن كلّ من الزوجين الآخر كالملاعنة، و في الصحاح جمع اللعن و هو الطرد و الإبعاد من الخير و عليه فاللعان مباحلة بين الزوجين على وجه خاص يترتب عليها دفع حدّ أو نفي ولد .

(و له) اي و للعان (سبيان) عند المصنف و الاقوى انهما يرجعان الى سبب واحد لاشتراط المشاهدة فيهما معا كما سيأتي تفصيله .

رمي الزوجة المحصنة

(أحدهما: رمي الزوجة)

اما ثبوت اللعان في مورد القذف فتدل عليه الآية الكريمة و صحيحة ابن الحجاج المتقدمة و غيرها.

هذا و قال الصدوق بعدم ثبوت اللعان في مورد القذف و انحصاره بنفي الولد فقال: «و إذا قذف الرجل امرأته و لم ينتف من ولدها جلد ثمانين جلدة، فإن رمى امرأته بالفجور و قال: إنني رأيت بين رجلها رجلا يجامعها و أنكر ولدها فإن أقام عليها بذلك أربعة شهود و عدول رجمت و إن لم يقم عليها أربعة شهود لاعنها»^١ مستندا في ذلك

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥ و المقنع (للصدوق) ص ٣٥٥

الى موثق ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته و لا يكون اللعان إلا بنفي الولد»^١ و مثله معتبر محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام «لا يكون اللعان إلا بنفي ولد و قال: إذا قذف الرجل امرأته لاعنها»^٢ و لا اشكال في سنده إلا من جهة علي بن حديد و هو ثقة على الاقوى و هما دالان على حصر اللعان بنفي الولد.

و فيه: انها وان كانت نسبتها مع الآية الكريمة المتقدمة نسبة العموم و الخصوص المطلق إلا ان صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج تشهد على العموم

ففيها: «ان عباد البصري سأل ابا عبد الله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: ان رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله أ رأيت لو ان رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه و آله فانصرف الرجل و كان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته قال: فنزل الوحي من عند الله عز و جل بالحكم فيها قال: فأرسل رسول الله صلى الله عليه و آله الى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فايطني بامرأتك فان الله عز و جل قد انزل الحكم فيك و فيها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه و آله و قال للزوج: اشهد اربع شهادات بالله...»^٣، فان الرجل لم يزد في دعواه ان ولدها ليس لي بل

١ وسائل الشيعة ١٥: ٦٠٤ الباب ٩ من أبواب اللعان الحديث ٢ .

٢ وسائل الشيعة ج ٢٢ ص ٤٢٩ باب ٩ ح ١

٣ وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٦ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ١ .

اكتفى بسؤاله «لو ان رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع» و على مورد السؤال نزلت الآية المباركة و عليه يكون الخبران معارضان لهذه الصحيحة الموافقة للقران فلا وثوق بهما و يؤيد عدم موثوقيتهما حمل الشيخ لهما على انه: «لا يكون لعان في القذف حتى يضيف ادعاء المعاينة و ليس كذلك حكمه في نفي الولد لأنه متى انتفى منه و جب عليه اللعان و إن لم يدع معاينة الفجور»^١ و الحمل و ان كان تبرعيا ألا انه شاهد على وجود الاشكال فيهما.

شروط اللعان

يتحقق اللعان برمي الزوجة (المحصنة المدخول بها بالزنا قبلا أو دبرا مع دعوى المشاهدة و سلامتها من الصمم و الخرس)

أما كونها محصنة فلقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^٢.

و أمّا كونها مدخولا بها فاستفاضت به الاخبار منها صحيح ابن أبي عمير، عن بعض أصحابه: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحدّ و يخلى بينه و بينها»^٣.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٦

٢ النور: ٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢١١

و معتبر أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله^١ و بذلك افتى الكليني و الفقيه^٢ و الاسكافي و الشيخ و القاضي و ابن حمزة و ابن زهرة .

هذا و يدل صحيح علي بن جعفر، عن أخيه عليه السلام إن أرخاء الستر امانة على تحقق الدخول ففيه: «و سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل، قال: إن أقامت البينة على أنه أرخى سترا، ثم أنكر الولد لاعنها ثم بانث منه و عليه المهر كما^٣» .

و لا معارض لها سوى عموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ و القاعدة تقتضي تخصيص العموم بها.

و أما كونه مع دعوى المشاهدة فيشهد له صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام: إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: «رأيت بين رجلها رجلا يزني بها- الخبر»^٤.

و صحيح محمد بن مسلم قال: سألته عن الرجل يفتري على امرأته، قال يجلد ثم يخلى بينهما و لا يلاعنها حتى يقول «أشهد أنني رأيتك تفعلين كذا و كذا»^٥ و غيرهما .

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٢

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٦

و أمّا سلامتها من الصمم و الخرس، فيشهد له صحيح الحلبيّ، و محمّد بن مسلم، عن الصادق عليه السلام في رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: يفرّق بينهما^١ و مقتضى إطلاقها ثبوت التحريم في الخرساء من دون لعان و تعميمه للصماء باعتبار التلازم بين الصمم و الخرس كما هو صريح صحيح أبي بصير: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صماء، لا تسمع ما قال؟ قال: إن كان لها بينة فشهدوا عند الإمام جلد الحدّ و فرّق بينهما، ثمّ لا تحلّ له أبداً و إن لم تكن لها بينة فهي حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه^٢.

ثمّ كان على المصنّف تقييد الزوجة بالدائمة لعدم اللعان في التمتع كما في صحيح ابن أبي يعفور «عن الصادق عليه السلام: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها»^٣.

و أمّا الوطي في الدبر فليس فيه خبر صريح و العمومات منصرفة عنه و لكن الخلاف استدللّ بها و بالإجماع و هو كما ترى .

(قيل: و يشترط عدم البينة)

كما هو المشهور و هو المفهوم من الفقيه و المقنع و المقنعة و المراسم و الغنية و الشيخ في مبسوطه و السرائر كالتّنهاية، و أيضا الآية دلت على هذا القيد قال تعالى: ﴿وَلَمْ

١ وسائل الشيعة ١٥: ٦٠٢ الباب ٨ من أبواب اللعان الحديث ١.

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٥٠

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٦

يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴿١٢﴾ و حملها على كون القيد للغالب يحتاج إلى دليل كأية الربائب و ليس من دليل.

و ذهب الشيخ في الخلاف و القاضي و ابن حمزة إلى عدم الاشتراط، واستدلال الخلاف بالخبر العامي حيث قال: «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله لَاعِنَ بَيْنَ الْعَجْلَانِيِّ وَ زوجته و لم يسأل هل له بيّنة أم لا، في غير محلّه مضافا الى انه: من أين أنّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله لم يعلم أنّه ليس له بيّنة حتّى يسأل بل المفهوم من خبره عدم البيّنة.

و المراد بالحصنة العفيفة

(و المعنيّ بالحصنة العفيفة) كما هو لغة^١ و نص عليه المفسرون^٢.

(فلو رمى المشهورة بالزنا فلا حدّ و لا لعان) لعدم كونها عفيفة و لو اشتهرت بالزنا من اجل زناها لمرة واحدة.

و قد يقال بسقوط اللعان في ما لو كان الزوج مجلودا في الفرية و ذلك لمعتبر السكوني، عن الصادق، عن أبيه عليهما السلام أنّ عليّاً عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهنّ ملاعنة - إلى أن قال - و المجلود في الفرية لأنّ الله تعالى يقول «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا - الخبر»^٣.

١ مختار الصحاح - حصن ص ١٤٠

٢ مجمع البيان في تفسير القرآن، ج ٧، ص: ١٩

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩٧

قلت: لكنه مقيد بما اذا لم يتب و ذلك لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «القاذف يجلد ثمانين جلدة و لا يقبل له شهادة أبداً إلا بعد التوبة أو يكذب نفسه»^١.

و موثق سماعة قال: «سألته عن شهود الزور قال: فقال: يجلدون حداً ليس له وقت، و ذلك الى الامام و يطاف بهم حتى يعرفهم الناس، و اما قول الله عز و جل: وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا إلا الذين تابوا قال: قلت: كيف تعرف توبته؟ قال: يكذب نفسه على رأس الخلاق حتى يضرب و يستغفر ربه، و إذا فعل فقد ظهرت توبته»^٢.

و الاشكال بعدم رجوع الاستثناء الى كلا الفقرتين في قوله تعالى ﴿ وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ بل يختص بالاخيرة مدفوع بالنص المتقدم الدال على رجوعه للجملة الاولى من الاية .

و لا يجوز قذف الزوجة إلا مع المعاينة للزنا

(و لا يجوز القذف) اي قذف الزوجة بل لا يجوز قذف المسلم مطلقاً بالزنا و لو مع تراكم القرائن على صحة النسبة بل حتى مع الاطلاع على ذلك بنحو اليقين. و يلزم القاذف حد القذف حتى مع يقينه بصحة النسبة. و لكن بإمكانه دفع الحد عن نفسه باقامة شهود أربعة يشهدون بذلك، او ان يكون القاذف هو الزوج و المقذوف هو الزوجة، فان بإمكان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالكيفية الآتية اذا لم يأت بالبيينة .

١ تفسير القمي ج ٢ ص ٩٦ سورة النور (٢٤): آية ٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢٤١

اما انه لا يجوز القذف فلاجل انه من الرمي الموجب للعة في الدنيا والآخرة، و هو من الافك الذي نهى عنه المؤمنون. قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ * يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴿١﴾ و قال تعالى في قصة الافك: ﴿لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا وَ قَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ﴾ * لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴿٢﴾ * وَ لَوْ لَا فَضَّلُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣﴾ إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَ تَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ ﴿٤﴾ * وَ لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ ﴿٥﴾ *.

و اما ان القاذف يحدّ حدّ القذف - ثمانين جلدة - فلقوله تعالى: ﴿وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ *.

و اما ان القاذف يحدّ حتى مع يقينه بصحة النسبة فلاطلاق الآية الكريمة.

و اما اندفاع الحدّ عن القاذف بلعانه فلقوله تعالى: ﴿وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ * وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِذْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٦﴾ * وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ

١ النور: ٢٣-٢٤.

٢ النور: ١٢-١٦.

٣ النور: ٤

شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ* وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١﴾.

(ألا مع المعاينة للزنا كالميل في المكحلة)

فيجوز قذفها، والمراد من كونه كالميل في المكحلة هو الجماع والإيلاج والإدخال و دليله موثق أبي بصير قال قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا يرمم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء، على الجماع والإيلاج والإدخال كالميل في المكحلة»^٢ الوارد في الشهادة على الزنا .

(لا بالشياع أو غلبة الظن بالفعل)

لان الشرط في اللعان دعوى المشاهدة كما في صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام: إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: «رأيت بين رجلها رجلا يزني بها- الخبر»^٣ وغيره مما تقدم .

نعم لو كان الشياع موجبا للعلم فلا يحرم القذف تكليفا لكنه لا يوجب اللعان ولا يرفع الحد عنه إلا بأربعة شهود ، و هل الحد حق لها فيشترط في اقامته دعواها عليه ام لا؟ فسياتي البحث عنه في كتاب الحدود .

١ النور: ٦-٩.

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٨٤ باب ما يوجب الرجم .

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤ .

حصيلة البحث:

قيل: للعان سببان و الاقوى انهما يرجعان الى سبب واحد لاشتراط المشاهدة فيهما معا، أحدهما: رمي الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنى قبلًا مع دعوى المشاهدة، و عدم البينة. و المراد من المحصنة العفيفة فلو رمى المشهورة بالزنى فلا حدّ و لا لعان، و لا يجوز قذف الزوجة إلّا مع مشاهدة الجماع و الإيلاج و الإدخال، لا بالشّيع أو غلبة الظنّ، بل لا يجوز قذف المسلم بالزنا مطلقا و لو مع تراكم القرائن على صحة النسبة بل حتى مع الاطلاع على ذلك بنحو اليقين. و يلزم القاذف حدّ القذف حتى مع يقينه بصحة النسبة و هل الحد حق لها فيشترط في اقامته دعواها عليه ام لا؟ فسياتي البحث عنه في كتاب الحدود، و لكن بإمكان القاذف دفع الحدّ عن نفسه باقامة شهود أربعة يشهدون بذلك، او ان يكون القاذف هو الزوج و المقذوف هو الزوجة، فان بإمكان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالكيفية الآتية اذا لم يأت بالبينة.

إنكار من ولد على فراشه

(الثاني: إنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقة^١)

المعتبرة في إلحاق الولد به، و هي وضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئه، و لم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءته بالعقد الدائم.

١ في النظر الأوّل من الفصل الثامن من النكاح.

اقول: قد تقدم الكلام عن ثبوت اللعان بالقذف بالمعينة بدون ذكر نفي الولد و الكلام هنا عن ثبوت اللعان بنفي الولد مع عدم المشاهدة كما يلاعن بمجرد القذف بالزنا مع ادعاء المشاهدة كما افتى به المفيد ففي المقنعة «و إن أنكر رجل ولد زوجته له في حباله أو بعد فراقها بمدة الحمل إن لم تكن نكحت زوجا غيره أو أنكر ولدها لأقل من ستة أشهر من فراقه لها و إن كانت نكحت زوجا غيره و لم يدعه الثاني لاعنها كما يلاعنها بدعوى مشاهدته فجورها»، قلت: لكن قوله: «و لم يدعه الثاني» لا وجه له، و قال بما قال الديلمي أيضا

قال في النجعة: «و نسبه المختلف إلى علي بن بابويه و الإسكافي لكن لا يعلم مراده هل هما قالا كالشيخين: بأن بنفي الولد مع عدم المشاهدة يلاعن كما يلاعن بمجرد القذف بالزنا مع ادعاء المشاهدة، أو اقتصرنا على أن بالقذف بالمعينة بدون ذكر نفي الولد يلاعن، و قلنا: لا يعلم مراده لأنه استدلل للشيخين بالآية «و الَّذِينَ يَرْمُونَ» و قال: «و هو صريح في الباب بالخصوص، و سبب نزولها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج - و نقل الخبر - ثم طعن في خبري أبي بصير، و محمد بن مسلم بضعف السند، و قال و في تنمة الخبر الثاني «إذا قذف الرجل امرأته لاعنها» و هو صريح في إيجاب اللعان بالقذف - إلخ»^١.

اقول: و الحاصل عدم ثبوت القول به إلا من المفيد و الديلمي و استدلل لذلك بمعتبر محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام «لا يكون اللعان إلا بنفي ولد و قال: إذا

قذف الرجل امرأته لاعنها^١ و موثق أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، و لا يكون اللعان إلّا بنفي الولد»^٢.

و فيه: انه قد تقدم الاشكال فيهما مضافا الى ان الآيه و الرواية لا دلالة فيهما على أنه بنفي الولد و لو مع عدم ادعاء المشاهدة يلاعن كما هو المدعى، و عليه فلا بد في اللعان في نفي الولد من دعوى المشاهدة لاطلاق ما تقدم من لابدية ذلك.

هذا و ينتفي الولد باللعان لكن لو اكدب نفسه بعد اللعان ورثه الولد و لا يرث هو الولد كما في المستفيضة منها صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام: إذا قذف الرجل امرأته إلى - و سألته عن الملاعنة التي يرميها زوجها و ينتفي من ولدها و يلاعنها و يفارقها، ثم يقول بعد ذلك: الولد ولدي و يكذب نفسه، فقال: أمّا المرأة فلا يرجع إليه أبداً، و أمّا الولد فإنّي أردّه إليه إذا ادّعاه و لا أدع ولده و ليس له ميراث، و يرث الابن الأب و لا يرث الأب الابن - الخبر»^٣.

و في موثقه عنه عنه «في رجل لاعن امرأته و هي حبلى ثم ادّعى ولدها بعد ما ولدت، و زعم أنه منه، قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنه قد مضى التلاعن»^٤ و قريب منه

١ وسائل الشيعة ج ٢٢ ص ٤٢٩ باب ٩ ح ١

٢ وسائل الشيعة ج ٢٢ ص ٤٢٩ باب ٩ ح ٢

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤ ح ٦

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥ ح ٨

صحيحه الاخر^١ و فيهما دلالة على عدم الحد و بذلك صرح الشيخ و عمل بهما الكليني خلافا لما حكى عن المفيد.

(و) يصح اللعان و (ان سكت حال الولادة و لم ينفه، على الأقوى)

لأن السكوت أعم من الاعتراف به فلا يدل عليه فيعمه اطلاق ما تقدم.

و قال الشهيد الثاني: و قال الشيخ: ليس له إنكاره حينئذ لحكم الشارع بإلحاقه به بمجرد الولادة العاري عن النفي، إذ اللقوق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يزيل إنكاره حكم الشارع، ولأدائه إلى عدم استقرار الأنساب.

و فيه: بأن حكم الشارع بالإلحاق مبني على أصالة عدم النفي^٢. أو على الظاهر^٣ و قد ظهر خلافه^٤، و لو لم يمكنه النفي حالة الولادة ... فلا إشكال في قبوله عند زوال المانع^٥.

(ما لم يسبق الاعتراف منه صريحا أو فحوى مثل أن يقال له: بارك الله لك في هذا الولد فيؤمن أو يقول ان شاء الله، بخلاف بارك الله فيك و شبهه) لعدم نفوذ الانكار بعد

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٣

٢ أي أصالة عدم النفي عمّن ولد على فراشه.

٣ و هو أنهما زوجان و بينهما الفراش و قد حصل الوطء بينهما و لم ينكره الزوج فظاهر الحال يقتضي كونه ولدا له.

٤ أي خلاف الظاهر حين أنكر الرجل ولادة الطفل منه.

٥ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٨٦

الاقرار كما في معتبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام: «إذا أقرّ الرجل بالولد ساعة لم ينتف منه أبدا»^١.

حصيلة البحث:

قيل: بثبوت اللعان بنفي الولد مع عدم المشاهدة كما يلاعن بمجرد القذف بالزنا مع ادعاء المشاهدة يعني يثبت اللعان بإنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقة المعتبرة في إلحاق الولد به، وهي وضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئه، و لم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءته بالعقد الدائم و لو لم يدع المشاهدة، و الاقوى توقفه على المشاهدة أيضا و ينتفي الولد باللعان لكن لو اكدب نفسه بعد اللعان ورثه الولد و لا يرث هو الولد و لا يجلد ، و يصح اللعان و ان سكت حال الولادة و لم ينفه، على الأقوى ما لم يسبق الاعتراف منه صريحا أو فحوى مثل أن يقال له: بارك الله لك في هذا الولد فيؤمن أو يقول ان شاء الله، بخلاف بارك الله فيك و شبهه.

و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينة سقط الحد

(و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينة سقط الحد)

كما هو مدلول قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^٢.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨، ص: ١٨٣ ح ٦٣

و انتفى الولد لدلالة الآية على ان اللعان الموجب لنفي الولد بدلاً عن اقامة البينة خلافا
المصنف حيث قال:

(و لم ينتف عنه الولد ألاً باللعان) بدليل ان الولد للفراش و إن زنت أمه .

و فيه: أنه لو كان له بينة لم يجز له اللعان كما قال تعالى ﴿ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا
أَنْفُسُهُمْ ﴾ و تقدم تحقيقه .

و أمّا نفي الولد بدون قذف كأن يقول: «وطئك فلان مكرها و ولدك منه» فقال
الخلافاً: «يحتاج إلى اللعان لظواهر عموم أخبار الانتفاء من الولد» وفيه: انه خارج عن
مورد اخبار اللعان و هو القذف و يشمله عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ: الولد للفراش
و للعاهر الحجر» الذي رواه الفريقان.

فمن طرقنا صحيح سعيد الاعرج عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجلين وقعا
على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله صَلَّى اللهُ
عَلَيْهِ وَ آلِهِ: الولد للفراش و للعاهر الحجر»^١ و المقصود من قوله عليه السلام: «للذي
عنده» المولى المالك للجارية كما هو واضح.

و من طرق غيرنا ما رواه مسلم بسنده الى عائشة: «اختصم سعد بن ابي وقاص و عبد بن
زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن ابي وقاص عهد إليّ انه
ابنه، انظر الى شبهه. و قال عبد بن زمعة: هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي من

١ وسائل الشيعة ١٤: ٥٦٨ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٤.

وليدته فنظر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ إِلَى شَبْهِهِ فَرَأَى شَبْهًا بَيْنًا بَعْتَبَةً فَقَالَ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ...^١!

هذا و لا ينتفي الولد شرعا في مرحلة الظاهر من دون لعان أو بيّنة و ذلك لقاعدة الفراش الحاكمة بالالتحاق ظاهرا بصاحب الفراش.

حصيلة البحث:

لو قذفها و نفى الولد و أقام بيّنة سقط الحدّ و انتفى عنه الولد بلا حاجة الى باللّعان، و أمّا نفي الولد بدون قذف كأن يقول: «وطئك فلان مكرها و ولدك منه» فلا لعان و الولد للفراش .

و لا بد من كون الملاعن كاملا

(و لا بد من كون الملاعن كاملا)

بالبلوغ و العقل فلا تكليف مع عدمه ، و لا يشترط العدالة و لا الحرية، و لا انتفاء الحد عن قذف، و لا الإسلام كما قال المصنف:

(و لو كان كافرا)

قيل: ان القول بصحة اللّعان من الكافر لم يذكره غير المبسوطين استنادا إلى عموم الآية و الروايات و أنّ اللّعان يمين لا شهادة لرواية عكرمة عن ابن عبّاس في لعان هلال و

١ صحيح مسلم كتاب الرضاع الباب ١٠ الولد للفراش و توقي الشبهات ح ١٤٥٧.

زوجته، وإتيانها بالولد على النعت المكروه إنّه صَلَّى اللهُ عليه وآله قال: «لو لا الأيمان لكان لي و لها شأن»، و ان المتيقن وقوع اللعان بين المسلم و الكافرة كما في صحيح جميل بن درّاج، عن الصادق عليه السّلام: سألته عن الحرّ بينه و بين المملوكة لعان، فقال: نعم، و بين المملوك و الحرّة و بين العبد و الأمة و بين المسلم و اليهوديّة و النّصرانيّة - الخبر^١.

قلت: صحيح انه لم يذكره غير المبسوطين لكن لا بمعنى ان الاخرين باجمعهم افتوا بعدمه بل لم يتعرضوا لذكره نعم قال بعدم جوازه الإسكافي و المفيد و الدّيلمّي و اما استناده لعموم الاية و الروايات فاستناد الى الحجة و لا مخصص او مقيد لها و يشهد لذلك اطلاق صحيح أبي بصير قال «قال: حدّ اليهودي و النّصراني و المملوك في الخمر و الفرية سواء و إنّما صولح أهل الذمّة على أن يشربوها في بيوتهم»^٢ بتقريب ان الاطلاق يدل على ثبوت حد الفرية لليهودي و النصراني و عليه فاذا ثبت عليه حد الفرية مطلقا أمكنه ان يدفع ذلك عنه باللعان لعموم الاية، و مثله في الدلالة صحيح سماعة قال: سألته عن اليهودي و النّصرانيّ يقذف صاحبه ملّة على ملّة و المجوس يقذف المسلم، قال: يجلد الحدّ^٣.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢٣٩

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢٣٩

و يشهد للعموم صحيح حريز، عن الصادق عليه السلام «في العبد يلاعن الحرة؟ قال: نعم إذا كان مولاه زوجه إياها ولاعنها بأمر مولاه كان ذلك وقال: بين الحرّ والأمة والمسلم والذمّية لعان!».

و ما رواه الحلبي في مستطرفاته من مشيخة الحسن بن محبوب «عن أبي ولاد الحنّاط: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن نصرانية تحت مسلم زنت وجاءت بولد فأنكر المسلم فقال: يلاعنها، قيل: فالولد ما يصنع به؟ قال: هو مع أمّه، ويفرق بينهما ولا تحلّ له أبدا» و غيرهما وهي مستفيضة .

و اما صحيح ابن سنان، عن الصادق عليه السلام: لا يلاعن الحرّ الامة و لا الذمّية و لا التي يتمّع بها^٢ الظاهر في عدم وقوع اللعان بالامة و الذمّية فأوله الصدوق في الفقيه بقوله: «فإنّه يعني الأمة التي يطؤها بملك اليمين و الذمّية التي هي مملوكة له و لم تسلم و الحديث المفسّر يحكم على المجمل» و مثله الشيخ في التهذيب^٣، قلت: و هذا التاويل و ان كان تبرعيا لا شاهد له لكنه لا يعارض ما تقدم الموافق لعموم القران فلا وثوق به .

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٩

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ١٨٨ ح ١٢ والفقيه ج ٣ ص ٥٣٨

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٨

ومثله في الضعف خبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قال ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهن ملاعنة: اليهودية تكون تحت المسلم فيقذفها و النصرانية و الأمة تكون تحت الحرّ فيقذفها - الخبر»^١.

و ما عن الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام: أربع ليس بينهم لعان ليس بين الحرّ و المملوكة، و لا بين الحرّة و المملوك، و لا بين المسلم و اليهودية و النصرانية^٢ و يمكن حملها على التقية كما سيأتي .

و اما صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: سألته عن رجل مسلم تحته يهودية أو نصرانية أو أمة فأولدها و قذفها فهل عليه لعان؟ قال: لا^٣ فقال فيه الشيخ «فالوجه في قوله عليه السلام: «لا» عند سؤال السائل هل عليه لعانٌ أحد شيئين أحدهما أن يكون راجعاً إلى نفي الولد فيحتمله على أنّه إذا أقرّ بالولد ثمّ نفاه لم يلتفت إلى نفيه و يلزم الولد و لا يثبت بينهما اللعان و إن قلنا إنّ راجعاً إلى القذف فلا يثبت بينهما اللعان بمجرد القذف على ما قدّمناه حتّى يضيف إليه ادّعاء المعاينة»^٤ ثم نقل بعضا من النصوص الدالة على العموم و قال انه من المحتمل حمله على التقية لأنّ في المخالفين من يقول لا لعان بين الحرّ و المملوكة و استشهد له بخبر منصور بن حازم، عن الصادق عليه

١ تهذيب الأحكام؛ ج ٨، ص ١٩٧، ح ٥٢؛ باب ٨ باب اللعان. و الخصال؛ ج ١، ص ٣٠٤، عن سليمان بن جعفر البصري.

٢ قرب الإسناد (ط - الحديثة)؛ ص ٨٧

٣ مسائل علي بن جعفر و مستدركاتهما ص ١٣٥

٤ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٣، ص: ٣٧٤

السّلام: «قلت له: مملوك كان تحته حرّة فقدفها؟ قال: ما يقول فيها أهل الكوفة؟ قلت: يجلد، قال: لا و لكن يلاعنها كما يلاعن الحرّ»^١.

قلت: و يكفي الاحتمال الاخير في سقوطه عن الموثوقية، و بذلك يظهر ضعف قول المفيد و الدّيلمّي حيث أنكرا لعان المملوك في الزّوجة استناداً إلى صحيحي عبد الله بن سنان و عليّ بن جعفر المتقدّمين بالخصوص و خبري السّكوني و سليمان البصريّ في مطلق المملوك، و قد تقدم الجواب عليه .

و يردهما ايضاً صحيح هشام بن سالم «عن الصّادق عليه السّلام: سألته عن المرأة الحرّة يقذفها زوجها و هو مملوك و الحرّ يكون تحته الأمة فيقذفها، قال: يلاعنها»^٢.

و معتبر محمّد- أي ابن مسلم- عن أحدهما عليهما السّلام «سألته عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال نعم»^٣ و غيرهما .

هذا و قال الإسكافيّ بعدم اللّعان في المجلود بالقذف قيل: و يشهد له ما تقدم من خبر السّكوني ، و خبر سليمان البصري، عن الصّادق، عن أبيه، عن جدّه عليهم السّلام أنّ عليّاً عليه السّلام قال: ليس بين خمس من النّساء و بين أزواجهنّ ملاعنة- إلى- و المجلود في الفرية لأنّ الله عزّ و جلّ يقول: «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا- الخبر» .

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٩

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٩

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ١٠ ص ٧٩

قلت: مضافا لضعفها كما تقدم الاشكال فيهما، لا دلالة لهما فان عدم قبول شهادته غير دعواه زناها .

و اما ما قيل: من ان الكافر لا يلاعن و لا المملوك بناء على أن اللعان شهادة كما يظهر من قوله تعالى ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾^١ و هما ليسا من أهلها .

ففيه: ان ذيل الاية يدل على انه يشهد بالله و عليه فلم يعلم كونه من باب الشهادة فلعله كونه يمينا، بل لعله هو الظاهر لافتقاره إلى ذكر اسم الله تعالى و يكفي احتمال ذلك ، و اليمين يستوي فيها العدل و الفاسق، و الحر و العبد، و المسلم و الكافر، و الذكر و الأثني و على فرض كونه شهادة فهو شهادة خاصة لا تشمله شرائط الشهادة لوقوعه من الفاسق إجماعا .

صحة لعان الأخرس بالإشارة المعقولة

(و يصح لعان الأخرس بالإشارة المعقولة إن أمكن معرفته اللعان)

كما افتى به المبسوطان للعمومات و استشكل فيه الحلبي و يشهد للاشكال صحيح الحسن بن محبوب عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلام «في امرأة قذفت زوجها و هو

أصم، قال: يفرق بينها وبينه ولا تحل له أبدا^١ و به عمل الكليني و الصدوق في الفقيه^٢ و لم نقف على من أفتى به غيرهما .

قيل: و الظاهر وقوع تحريف فيه و إن الأصل في قوله «قذفت» «فذفها» و في قوله «و هو أصم» «و هي خرساء صماء»، قلت: لا شاهد لهذا الاحتمال و قد رواه المشايخ الثلاثة كذلك .

وجوب نفي الولد اذا علم انه ليس منه

(و يجب نفي الولد إذا عرف اختلال شروط الإلحاق)

و اما وجوب نفيه في حالة الجزم بعدم الانتساب فلقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ * ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾^٣.

و بذلك نطقت الاخبار ففي صحيح ابن محبوب عن ابي جميلة عن أبان بن تغلب، عن الصادق عليه السلام: سألته عن رجل تزوج امرأة فلم تلبث بعد ما أهديت إليه إلا أربعة

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٦ و التهذيب (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩٣

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٥٠

٣ الاحزاب اية ٤-٥

أشهر حتى ولدت جارية فأنكر ولدها و زعمت هي أنها حبلت منه، فقال: لا يقبل منها ذلك، و إن ترافعا إلى السلطان تلاعنا و فرّق بينهما، و لم تحلّ له أبداً^١.

و معتبر يونس «في المرأة تغيب عنها زوجها فتجيء بولد أنه لا يلحق الولد بالرجل إذا كانت غيبته معروفة و لا تصدق»^٢.

و أمّا ما في المرسل عن داود بن فرقد، عن الصادق عليه السلام «قال: أتى رجل النبي صلى الله عليه و آله فقال: إني خرجت و امرأتي حائض فرجعت و هي حبلى، فقال صلى الله عليه و آله له: من تتهم؟ قال: أتهم رجلين، قال: انت بهما فجاء بهما، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: إن يك ابن هذا فيخرج ققطا كذا و كذا، فخرج كما قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: فجعل معقلته على قوم أمّه و ميراثه لهم، و لو أنّ إنسانا قال له: يا ابن الزانية يجلد الحد»^٣ فمضافا لضعفه سندا غير معمول به و لذا رواه الكافي باب نادر و قد تضمن الحكم بنفيه من دون لعان و هو مخالف للقران الكريم و ما تقدم من الاخبار المعتبرة مضافا الى إنّ الحيض لا يمنع الحمل و مقتضاه المنع.

حرمة نفي الولد اذا امكن منه

(و يحرم بدونه) اي العلم (و ان ظنّ انتفاءه عنه أو خالفت صفاته صفاته)

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٧١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٤٩٠

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٤٩٠ باب نادر

فلا يجوز للشخص اذا ولدت زوجته طفلا نفيه عنه حتى اذا فجرت و ظن بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولده منه و ذلك لقاعدة الفراش المتقدمة .

و قال المفيد في الإرشاد «روى نقلة الآثار من العامة و الخاصة أن امرأة نكحها شيخ كبير فحملت فزعم الشيخ أنه لم يصل إليها و أنكر حملها فالتبس الأمر على عثمان و سأل المرأة هل افتضبك الشيخ- و كانت بكر- فقالت: لا، فقال عثمان: أقيموا الحدّ عليها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: إن للمرأة سمين سم البول و سم الحيض، ففعلّ الشيخ كان ينال منها فسأل ماؤه في سمّ الحيض فحملت منه فاسألوا الرجل عن ذلك، فسئل فقال: قد كنت أنزل الماء في قبلها من غير وصول إليها بالافتضاض: فقال عليه السلام: الحمل له و الولد ولده و أرى عقوبته على الإنكار له- الخبر» و في أنساب أشراف البلاذري «عن عائشة كان عتبة بن أبي وقاص- و هو أبو هاشم بن عتبة- عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة- و هو أبو سودة زوج النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ- منه و قال له: اقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي ابن وليدة أبي ولد على فراشه فتسابقا إلى النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ و سلم فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش و للعاهر الحجر، ثمّ قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما راها حتى لقي الله تعالى».

نعم مع القطع بعدم كونه منه- كما اذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الزواج- يجوز له نفيه عنه بل يجب كما تقدم و لكن لا ينتفي شرعا في مرحلة الظاهر إلا اذا لاعن او قامت البينة على عدم امكان تولده منه كما تقدم .

اما جواز نفيه عند عدم امكان الانتساب فلان الفراش لا يتحقق بمجرد العقد خلافا لأبي حنيفة حيث نسب اليه تحققه بذلك فقد نقل العيني: «شدّ أبو حنيفة فيما اذا عقد شخص على امرأة و طلقها عقيب النكاح من غير امكان الوطء فأنت بولد لسته أشهر من وقت العقد حيث ألحقه بالزوج. و هذا خلاف ما جرت به عادة الله من ان الولد انما يكون من ماء الرجل و المرأة»^١ بل يتحقق بالعقد مع امكان الالتحاق بالزوج، فان القاعدة شرعت في حالات الشك في الانتساب اذ مع الجزم بالانتساب الى الزوج لا معنى للتعبد مع الجزم بعدم امكان الالتحاق اذ لا يمكن التعبد بما يجزم بعدمه.

حصيلة البحث:

و لا بدّ من كون الملائع كاملاً و لو كان كافراً. و يصحّ لعان الأخرس بالإشارة المعقولة إن أمكن معرفته، و يجب نفي الولد إذا عرف اختلال شروط الإلحاق و يحرم بدونه و إن ظنّ انتفاهه عنه أو خالفت صفاته صفاته فلا يجوز للشخص اذا ولدت زوجته طفلاً نفيه عنه حتى اذا فجرت و ظن بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولده منه ، نعم مع اختلال شروط الإلحاق كما اذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الزواج يجب نفيه عنه و لكن لا ينتفي شرعا في مرحلة الظاهر ألاً اذا لاعن او قامت البينة على عدم امكان تولده منه .

و يعتبر في الملائع الكمال و السلامة من الصمم و الخرس

(و يعتبر في الملائع الكمال و السلامة من الصمم و الخرس)

١ عمدة القاري ١: ١١٠ و هو شرح العيني لصحيح البخاري.

كما تقدم البحث عنه مفصلاً .

(و الدوام)

كما دل على ذلك صحيح ابن أبي يعفور «عن الصادق عليه السلام: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها»^١.

(ألا أن يكون اللعان لنفي الحد)

لا دليل على استثنائه، و ظاهر الانتصار في الاستدلال لمشروعية المتعة عدم اشتراط الدوام.

(و في اشتراط الدخول قولان)

اقول: أمّا كونها مدخولاً بها فاستفاضت به الاخبار كما تقدم و لم أقف على تصريح بعدم الاشتراط إلا للحليّ مع تفصيل له بعدمه لنفي الولد و ثبوته للقذف و إلا فلاسكافيّ و الشيخ و القاضي و ابن حمزة و ابن زهرة أفتوا به، و هو ظاهر الفقيه و الكافي حيث اعتمدا رواياته، نعم لم يذكر الاشتراط المفيد و الديلميّ و الحلبيّ و لم يذكره الصدوق في مقنعه و هدايته، و لم ينقل عن عليّ بن بابويه و العمانيّ.

و يثبت بين الحر و المملوكة لنفي الولد

(و يثبت بين الحر و المملوكة لنفي الولد أو التعزير)

كما تقدم مفصلاً .

و هل يلحق ولد المملوكة بمالكها؟

(و لا يلحق ولد المملوكة بمالكها إلّا بالإقرار به)

عند المصنف و الاقوى اللحق به فلا يجوز له إنكاره و يشهد للحق النصوص المستفيضة منها صحيح سعد بن عبد الله قال: «و كتب جعفر بن حمدان فخرجت إليه هذه المسائل استحللت بجارية و شرطت عليها أن لا أطلب ولدها و لا ألزمها منزلي فلما أتى لذلك مدة قالت لي قد حبلت، فقلت لها: كيف و لا أعلم أنني طلبت منك الولد، ثم غبت و انصرفت، و قد أتت بولد ذكر فلم أنكره و لا قطعت عنها الاجراء و النفقة- إلى- جوابها: و أمّا الرجل الذي استحلّ بالجارية و شرط عليها أن لا يطلب ولدها فسبحان من لا شريك له في قدرته شرطه على الجارية شرط على الله عزّ و جلّ هذا ما لا يؤمن أن يكون و حيث عرف في هذا الشكّ و ليس يعرف الوقت الذي أتاها فيه فليس ذلك بموجب البراءة في ولده- الخبير»^١.

و صحيح سعيد بن يسار قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق قال: يتّهمها الرجل أو يتّهمها أهله؟ قلت: أمّا ظاهرةً فلا، قال: إذن لزمه الولد»^٢.

١ كمال الدين و تمام النعمة ج ٢ ص ٥٠٠ باب ٤٥ ذكر التوقيعات الواردة عن القائم ع .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٤٨٩

نعم مع التهمة لا يحرم نفيه كما دل على ذلك صحيح سعيد بن يسار المتقدم فمفهومه ان اتهمها هو او اهله لا يلزمه الولد كناية عن انه له ان ينفيه. و قريب منه خبره الاخر^١.

بل يجب نفيه كما هو ظاهر صحيح عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السلام أن رجلا من الأنصار أتى أبي عليه السلام فقال: إنني ابتليت بأمر عظيم إن لي جارية كنت أطأها فوطئتها يوما و خرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت منها و نسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لآخذها فوجدت غلامي على بطنها فعددت لها من يومي ذلك ستة أشهر فولدت جارية، فقال له أبي عليه السلام: لا ينبغي لك أن تقربها و لا أن تبيعها، و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيًا، ثم أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجا^٢ فظاهره انتفاء الولد بقريته قوله عليه السلام «لا ينبغي لك أن تقربها» اي لا تقرب البنت المولودة لانها ليست بنتا لك ، و اما قوله عليه السلام «ولا تبيعها» فلعله من باب الاستحباب بقريته ما في ذيله «ثم أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك» فلم يقل احد بوجوب الوصية، و مثله خبر محمد بن عجلان^٣.

و بذلك يظهر ضعف ما قال الشيخ بعد نقلهما: «عدم بيع الجارية فيهما دليل على أن الولد يلحق به و إلا كان له بيع الأم»^٤.

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٩-٤٩٠

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٨-٤٨٩

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٨-٤٨٩

٤ الإستبصار باب الرجل يكون له الجارية يطأها و يطأها غيره، ح ٢ و ٣

و يؤيد عدم اللّحوق في المتهمة خبر حريز، عن الصادق عليه السلام «في رجل كان يطاءً جارية له و أنّه كان يبعثها في حوائجه، و أنّها حبلت و أنّه بلغه عنها فساد، فقال عليه السلام: إذا ولدت أمسك الولد فلا يبيعه، و يجعل له نصيباً في داره، فقيل له: رجل يطاءً جارية له و أنّه لم يكن يبعثها في حوائجه و أنّه اتّهمها و حبلت؟ فقال: إذا هي ولدت أمسك الولد و لا يبيعه و يجعل له نصيباً من داره و ماله، و ليس هذه مثل تلك»^١.

و مرسل عن عبد الحميد بن إسماعيل، عنه عليه السلام: سألته عن رجل كانت له جارية يطاءها و هي تخرج في حوائجه فحبلت فخشي أن لا يكون منه؟ كيف يصنع أ يبيع الجارية و الولد؟ قال: يبيع الجارية و لا يبيع الولد و لا يورثه من ميراثه شيئاً^٢.

و حملهما الشيخ على أنّ المراد من عدم لّحوق الولد عدم اللّحوق التامّ إذا كان يطاءها أحياناً فوطأها غيره و اشتبه الأمر هل يمكن أن يكون منه أم لا؟ فلا يلحقه و لا ينفيه، و يجعل له شيئاً. و فيه: انه حمل تبرعي و ظاهرهما عدم اللّحوق مطلقاً و اما ان يجعل له شيئاً فلا وثوق بالخبر لضعفه سنداً حتى يثبت وجوبه .

نعم لو لم ينتف منه فهو لصاحب الفراش كما تقدم في صحيح سعيد الاعرج عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٩ ح ٢

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٩ ح ٣

الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الولد للفراش و للعاهر الحجر^١ و الروايات بذلك مستفيضة.

هذا و إن كان في الولد مشابهة من صاحب الفراش و جب الاعتراف به كما في صحيح يعقوب بن يزيد قال: كتبت إلى أبي الحسن عَلَيْهِ السَّلَامُ في هذا العصر «رجل وقع على جاريتيه، ثم شك في ولده؟ فكتب عليه السلام: إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده»^٢ وغيره^٣.

(و لو نفاه انتفى بغير لعانٍ)

لاختصاص اللعان بالزوجة و تقدم ما يدل عليه في الابحاث السابقة .

حصيلة البحث:

يعتبر في الملاعنة الكمال و السلامة من الخرس و الدوام و الدخول. و يثبت بين الحرّ و المملوكة لنفي الولد أو التعزير، قيل: و لا يلحق ولد المملوكة إلّا بالإقرار به و لو اعترف بوطنها. و الاقوى للقوق به فلا يجوز له إنكاره نعم مع التهمة لا يحرم نفيه بل يجب نفيه ، و لو نفاه انتفى بغير لعانٍ و إن كان في الولد مشابهة من صاحب الفراش و جب الاعتراف به .

١ وسائل الشيعة ١٤: ٥٦٨ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العيب و الاماء ح ٤ و في التهذيب «الذي عنده الجارية».

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨١ باب ٧ لقوق الأولاد بالآباء ح ٥٦

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٠ باب ٧ لقوق الأولاد بالآباء ح ٥٥

القول في كيفية اللعان و أحكامه وجوب كونه عند الحاكم

(يجب كونه عند الحاكم أو من نصبه)

و بذلك صرح الإسكافي فقال: «لا يكون اللعان إلّا بحضرة الإمام أو خلفائه» و مثله المبسوط في موضع فقال: «لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه» و قد يستدل له:

١- بصحيفة احمد بن محمد بن ابي نصر: «سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام كيف الملاعنة؟ فقال: يقعد الامام و يجعل ظهره الى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة عن يساره»^١ و غيرها مما دل على قعود الامام حالة الملاعنة.

و فيه: ان ذلك لا يدل على شرطية الكون حالة الملاعنة عند الامام عليه السلام.

٢- ان اللعان نحو من الشهادة او الحلف، و هما من وظائف الحاكم و لا يصحّان إلّا لديه.

٣- ان الدليل على شرطية اداء اللعان عند الحاكم و ان لم يكن ثابتا إلّا انه في نفس الوقت لا دليل على صحته و ترتب الاثر عليه لدى غير الحاكم فان النصوص لا اطلاق فيها من هذه الناحية، و معه ينبغي الاقتصار على القدر المتيقن و هو ما اذا كان الاداء لدى الحاكم اذ في غير ذلك يشك في ترتب الاثر فيستصحب عدمه.

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٨، الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ٥.

و بالوجهين الاخيرين يمكن التمسك أيضا لإثبات اعتبار طلب الحاكم لأداء اللعان في صحته.

(و يجوز التحكيم فيه للعالم المجتهد)

لقيام الفقهاء مقام الامام عليه السلام في زمن الغيبة كما تقدم اثباته في كتاب البيع.

لكن قال الشيخ في المبسوط: «يصحّ عند الحاكم و خليفته و من يرضى به الزّوجان» و تبعه ابن حمزة و المحقّق فقال: «و لو تراضيا برجل من العامّة يلاعن بينهما جاز» قلت: و لا شاهد لهم بل يردهم ما تقدم من شرطية الامام او من يقوم مقامه ، وقد يقال بكفاية قاضي التحكيم . و فيه: ان الاقوى عدم صحة القول بقاضي التحكيم كما تقدم في كتاب القضاء .

كيفية اللعان

(فيشهد الرجل أربع مرّات بالله أنه لمن الصادقين في ما رماها به، ثم يقول ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، ثم تشهد المرأة أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين في ما رماها به، ثم تقول ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين)

قال تعالى في سورة النور ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ يَذَرُونَهَا غَضَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾.

و في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «ان عباد البصري سأل ابا عبد الله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: ان رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله أ رأيت لو ان رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه و آله فانصرف الرجل و كان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته قال: فنزل الوحي من عند الله عز و جل بالحكم فيها قال: فأرسل رسول الله صلى الله عليه و آله الى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فايتني بامرأتك فان الله عز و جل قد انزل الحكم فيك و فيها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه و آله و قال للزوج: اشهد اربع شهادات بالله انك لمن الصادقين فيما رميتها به قال: فشهد قال: ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله: امسك و وعظه. ثم قال: اتق الله فان لعنة الله شديدة ثم قال: اشهد الخامسة ان لعنة الله عليك ان كنت من الكاذبين قال: فشهد فأمر به فنحي. ثم قال عليه السلام للمرأة: اشهدي اربع شهادات بالله ان زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به قال: فشهدت ثم قال لها: امسكي فوعظها ثم قال لها: اتقي الله فان غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة ان غضب الله عليك ان كان زوجك من الصادقين فيما رماك به قال: فشهدت قال: ففرق بينهما و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعتما»^١.

حصيلة البحث:

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٦ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ١.

يجب ان يكون اللعان عند الحاكم أو من نصبه، و يجوز التحكيم فيه للعالم المجتهد فيشهد الرجل أربع مرّاتٍ أنّه لمن الصادقين فيما رماها به، ثمّ يقول: إنّ لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثمّ تشهد المرأة أربع شهاداتٍ إنّّه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثمّ تقول: إنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

شروط اللعان

(و لا بدّ من التلفّظ بالشهادة على الوجه المذكور)

لما تقدم من الاية و النص .

(و أن يكون الرجل قائماً عند إيراده و كذا المرأة و قيل: يكونان معا قائمين في الإيرادين و ان يتقدم الرجل أولاً)

ذهب إلى قيامهما معا العمانيّ و المفيد و الدّيلميّ و الشيخ في نهايته و القاضي و ابن حمزة و ابن زهرة، و ظاهر الصدوقين انها تكون قاعدة قاله المختلف^١ و به قال المبسوط و تبعه الحلبيّ، و الأوّل ظاهر الكافي لاعتماده على صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج أنّ عبّاد البصريّ سأل الصادق عليه السلام و أنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال عليه السّلام: إنّ رجلا من المسلمين أتى النبيّ صلّى الله عليه و آله قال: أ رأيت لو

١ مختلف الشيعة ، ج ٧، ص: ٤٤٧ و قد نقل كل ما ذكرناه من الاقوال ايضا .

أن رجلاً دخل منزله - إلى - فأحضرها زوجها فأوقفهما النبي صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله - الخبر^١.

و يشهد لذلك النصوص المستفيضة كصحيح علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن الملاعنة قائماً يلاعن أم قاعدا قال: الملاعنة و ما أشبهها من قيام»^٢.

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: سألته عن الملاعن و الملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلاً القبلة بحذائه - الخبر^٣.

و اما القول بقيام الرجل عند إيراده ثم المرأة فلا شاهد له سوى ما في الفقيه «و في خبر آخر ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرّات بالله إنه لمن الصادقين - إلى - ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرّات - الخبر»^٤ و هو مع كونه غير مسند الى المعصوم معارض لما تقدم من النصوص المعتبرة .

ثم ظاهر المبسوط و الحلبي وجوب جلوس المرأة حال إيراد الرجل، و الظاهر أنّ المبسوط استند إلى رواية البخاري «عن ابن عباس أنّ هلال بن أمية قذف امرأته فجاء فشهد، و النبي صلى الله عليه وآله يقول: إنّ الله يعلم أنّ أحد كما كاذب فهل منكما

١ وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٦ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ١.

٢ وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٨ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ٦.

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥

٤ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٦

تائب، ثم قامت فشهدت»^١ و هذا نصّ المبسوط: «إذا أراد الحاكم أن يلاعن بين الزوجين فإنه يبدء فيقيم الرجل و يأمره أن يلاعن قائماً لأنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله أمر العجلاني بذلك، فقال له: قم و اشهد و تكون المرأة جالسة في حال لعانه فإذا فرغ الرجل قامت و التعتت قائمة كالرجل» و هو كما ترى .

(و أن يميز الزوجة عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركة و أن يكون الإيراد باللفظ العربي الصحيح إلا مع التعذر فيفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين أن لم يعرف تلك اللغة) إماماً تمييز الزوجة فلاّ مورد الآية و الأخبار رمي الزوجة المعينة.

و أمّا الإيراد باللفظ العربيّ فهو القدر المتيقّن، و أمّا افتقاره مع التعذر إلى مترجمين عدلين فهو مقتضى القواعد العامّة، و لا يبعد إجزاء الواحد الثقة لأنّه ليس من الحقوق.

و يجب البدأة بالشهادة، ثم باللعن

(و يجب البدأة بالشهادة، ثم باللعن، و في المرأة بالشهادة ثم) (الغضب) حسبما ورد به القرآن و دلّت عليه الآثار.

و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة

(و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة و أن يقف الرجل عن يمينه و المرأة عن يمين الرجل)

١ صحيح البخاري؛ ج ١٧، ص ٤٤٨، ح ٥٣٠٧، باب يبدء الرجل بالتلاعن .

لكن مقتضى صحيح البنظي عن الرضا عليه السلام: «يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة عن يساره»^١ كون المرأة عن يسار الامام، وبه عمل الفقيه^٢.

(و أن يحضر من يسمع اللعان)

ذكر ذلك الشيخ في المبسوطين و تبعه القاضي، و ابن حمزة و استدلل له فيهما بقوله تعالى ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ و هو كما ترى فلا علاقة للاية باللعان مع أنّ اللعان لدرء العذاب لا للعذاب، و لا على دليل على استحباب ما ذكر، بل روى أمالي الشيخ خبر رزيق، عن الصادق عليه السلام: إذا تلاعن اثنان فتباعد منهما فإنّ ذلك المجلس تنفر عنه الملائكة، ثمّ قال: «اللهم لا تجعل لها إليّ مساعا و اجعلها برأس من يكايد دينك و يضارّ وليّك و يسعى في الأرض فسادا»^٣ و هو يدل على كراهة الحضور لكنه ضعيف سندا.

و إنّما في رسالة المحكم و المتشابه للمرتضى عن تفسير النعمانيّ بإسناده عن عليّ عليه السلام و فيه «فأتاه بأهله و أتى فيها قومها - الخبير»^٤ و هو أعمّ دلالة و ضعيف سندا^٥.

(و ان يعظه قبل كلمة اللعنة و يعظها قبل كلمة الغضب)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٦

٣ الأمالي (للطوسي) ص ٧٠٠

٤ وسائل الشيعة ج ٢٢ ص ٤١١ باب ١ كفيته و جملة من أحكامه ح ٩

٥ راجع وسائل الشيعة، ج ٣٠، ص: ١٤٤ رقم ٥٢

كما في صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج المتقدم وفيه: «أنّ عبّاد البصري سأل الصّادق عليه السلام وهو حاضر كيف يلاعن الرّجل المرأة - إلى - ثمّ قال له: أتق الله فإنّ لعنة الله شديدة، ثمّ قال له: أشهد الخامسة إنّ لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين - إلى - ثمّ قال لها أمسكي فوعظها و قال لها: أتقي الله فإنّ غضب الله شديد، ثمّ قال لها: أشهدي الخامسة إنّ غضب الله عليك إن كان زوجك من الصّادقين - الخبر».

(و أن يغلظ بالقول و المكان كيبين الركن و المقام بمكة و في الروضة بالمدينة و تحت الصخرة بالمسجد الأقصى و في المساجد بالأمصار أو المشاهد الشريفة)

اما التعليل بالقول فلا دليل عليه و الأصل فيه قول الخلاف «يغلظ اللعان باللفظ و الوقت و الموضع و الجمع، و به قال الشافعيّ، و قال أبو حنيفة: لا يغلظ بالمكان و لا بالوقت و لا بالجمع، دليلنا أنّ ذلك أردع - إلخ» .

و أمّا التعليل المكاني فيدل عليه ما تقدم من رسالة المحكم و المتشابه للمرتضى عن تفسير النعمانيّ بإسناده عن عليّ عليه السلام أنّ النبيّ صلّى الله عليه و آله لما رجع من تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إنّ امرأتي زنت بشريك بن السّمحاء - إلى - فأتاه بأهله و أتى معها قومها فوافقا النبيّ صلّى الله عليه و آله و هو يصليّ العصر فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدّما إلى المنبر فلاعنا فتقدّم عويمر إلى المنبر فتلا صلّى الله عليه و آله عليه آية اللعان - الخبر» و هو ضعيف سندا.

و أمّا ما في المبسوط «و قال قوم «على المنبر» لما روي أنّ النبيّ صلّى الله عليه و آله يلاعن بين رجل و امرأة على المنبر، و روى جابر الأنصاري أنّ النبيّ صلّى الله عليه و

آله قال: من حلف على منبري هذا يمينا فاجرة ليقطع بها مال امرئ مسلم و لو على سواك من أراك فليتبوأ مقعده من النار» ففيه: ان الخبرين عاميان فلا حجية فيهما .

حصيلة البحث:

و لا بدّ من التلّفظ بالشّهادة على الوجه المذكور، و ان يكونا معاً قائمين في الإيرادين. و أن يتقدّم الرّجل أوّلًا، و أن يميّز الزّوجة عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركة، و أن يكون الإيراد باللفظ العربيّ إلّا مع التّعذّر فيفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين إن لم يعرف تلك اللّغة و يكفي مترجم واحد ثقة، و تجب البدأة بالشّهادة ثمّ اللّعن، و في المرأة بالشّهادة ثمّ الغضب، و يستحبّ أن يجلس الحاكم مستدير القبلة، و أن يقف الرّجل عن يمينه و المرأة عن يساره، و أن يحضر من يسمع اللّعان، و أن يعظه الحاكم قبل كلمة اللّعة و يعظها قبل كلمة الغضب .

و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد

(و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد)

و إن لم يلاعن يحدّ سواء لم يلاعن أصلاً أو شرع و لم يكمله كما في موثق عبّاد بن صهيب «عن الصادق عليه السلام في رجل أوقفه الإمام للّعان فشهد شهادتين، ثمّ نكل فأكذب نفسه قبل أن يفرغ من اللّعان، قال: يجلد حدّ القاذف و لا يفرّق بينه و بين امرأته»^١.

(و وجب على المرأة فإذا أقرت بالزنا أو نكلت وجب عليها الحد و ان لاعنت سقط عنها)

و أمّا وجوب الحدّ عليها بدونه فلائنه تعالى علّق عدمه على لعانها فقال تعالى ﴿وَيَذُرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...﴾ و سقوطه أيضا انما يكون بتمام لعانها كما دل على ذلك صحيح علي بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل في الخامسة قال: إن نكل في الخامسة فهي امرأته و جلد و إن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك»^١.

و يتعلق بلعانها أحكام أربعة

(و يتعلق بلعانها أحكام أربعة سقوط الحدين عنهما)

و يستفاد سقوط الحدين من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ...﴾^٢ و من صحيحة ابن الحجاج المتقدمة فلاحظ.

و اما انه اذا لاعن هو دونها حدّت دونه فيستفاد من الآية الكريمة لأنها ظاهرة في ان لعان كل واحد من الزوجين موجب لدرء الحدّ عن نفسه، بل قد يستفاد من صحيحة ابن الحجاج أيضا.

١ مسائل علي بن جعفر و مستدركاتهما ص ٢٨٠ و الكافي ج ٦ ص ١٦٥

و اما انه اذا لم يلاعن الرجل أيضا حدّ دونها فباعترار تحقق القذف منه فيحد، و اما هي فحيث لم يثبت في حقها المقذوف به فلا موجب لحدّها.

(و زوال الفراش، و نفي الولد عن الرّجل)

و يدل عليهما صحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السّلام: «المرأة يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما الى من ينسب ولدها؟ قال: الى امه»^١.

(و التّحريم المؤبّد)

و يستفاد ذلك في لعان القذف من صحيحة عبد الرحمن المتقدمة « و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح بعد ما تلاعتما» و غيرها، و في لعان نفي الولد من صحيحة الفضيل^٢ و غيرها و الروايات بذلك مستفيضة بل التّحريم المؤبّد عندنا إجماعيّ و لا يحتاج إلى طلاق كما عند بعض العاّمّة .

و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان كان عليه حد القذف

(و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان وجب عليه حد القذف) كما تقدم .

(و بعد لعانه قولان و كذا بعد لعانهما لكن لا يعود الحل و لا يرث الولد و ان ورثه الولد)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩١

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٧

ذهب إلى الحدّ المفيد و المرتضى و المبسوطان استنادا إلى خبر محمد بن فضيل «عن أبي الحسن عليه السلام سألته عن الرجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولده؟ فقال: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ و ردّ عليه ابنه و لا ترجع امرأته»^١ و حملة التّهذيب على أنّ المراد إذا أكذب نفسه قبل أن يمضي اللعان.

قلت: و هو و ان كان حملا تبرعيا و يمنع منه قوله: «و لا يردّ إليه امرأته» ألا انه اية ضعفه مضافا الى ضعف سنده و اعراض الكافي و الفقيه عنه، و يمكن حملة على التقيّة فنقل الخلاف إنّه قال بمضمونه من الحدّ و بقاء تحريم المرأة و عود النسب مطلقا الشافعيّ.

و ذهب الصدوق^٢ و الشيخ و القاضي و الحلبيّ إلى سقوط الحدّ عنه و هو ظاهر الكافي حيث روى صحيح الحلبيّ، عنه عليه السّلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته و هي حبلى قد استبان حملها، فأنكر ما في بطنها فلمّا وضعت ادّعاها و أقرّ به و زعم أنّه منه، فقال: يردّ إليه ولده و يرثه و لا يجلد لأنّ اللعان قد مضى»^٣.

و موثقه عن الصادق عليه السلام «في رجل لاعن امرأته و هي حبلى، ثم ادّعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنّه منه؟ قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنّه قد مضى التلاعن»^٤.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩٤

٢ فأفتى بذلك الفقيه ثمّ قال: «روى ذلك البنظي عن عبد الكريم، عن الحلبيّ، عن أبي عبد الله عليه السّلام» من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٩.

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤

و اما ما في صحيح الحلبي عنه عليه السلام في خبر: و سألته عن الملاعنة التي يرميها زوجها و ينتفي من ولدها و يلاعنها و يفارقها، ثم يقول بعد ذلك: «الولد ولدي» و يكذب نفسه، فقال: أمّا المرأة فلا يرجع إليه أبداً، و أمّا الولد فإنّي أردّه إليه إذا ادّعا و لا أدع ولده و ليس له ميراث، و يرث الابن الأب و لا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله فإن لم يدّعه أبوه فإنّ أخواله يرثونه و لا يرثهم، فإن ادّعا أحد ابن الزانية جلد الحدّ^١ فليس فيه ذكر من الحدّ و كان المقام مقام ذكره لو كان.

نعم تضمن عدم إرثه أخواله و هو محل منع لمعارضته بأخبار أخرى كما يأتي في الميراث.

و أمّا ما فيه قبل ذلك: «و سألته عن المرأة الحرّة يقذفها زوجها و هو مملوك، قال: يلاعنها [ثم يفرق بينهما فلا تحلّ له أبداً فإن أقرّ على نفسه بعد الملاعنة جلد حدّاً (كذا) و هي امرأته] قال: و سألته عن الحرّ تحته أمة فيقذفها؟ قال: يلاعنها» فقله «ثم يفرق بينهما- إلى- و هي امرأته» .

فاجاب عنه في النجعة بقوله: «إنما هو في نسخة و هو غير صحيح فنقله العاملي^٢ بدونه، و رواه التّهذيب^٣ عن الكافي أيضا بدون الزيادة، و رواه الإستبصار^٤ عن كتاب علي بن إبراهيم مثله بدون الزيادة، و نقل الوسائل الخبر ثمة عن الكافي، ثم قال و رواه الشيخ

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤

٢ الوسائل في ٥ من أبواب لعانه

٣ التّهذيب في ٩ من لعانه

٤ الإستبصار في أول ٢ من لعانه

بإسناده عن علي بن إبراهيم مثله مع أنه إنما نقله عن كتاب علي في الاستبصار، و أمّا التّهذيب فنقله عن كتاب الكافي وفيهما نقل الخبر إلى يلاعنها بدون قوله: «و سألته عن الحرّ- إلخ». و نقله الوافي^١ عن التّهذبيين عن الكافي مثله، مع أنّك عرفت أنّ الإستبصار نقله من كتاب علي و أنّه ليس فيهما «و سألته عن الحرّ»، و ليس في الاستبصار غير «و سألته عن المرأة الحرّة يقذفها زوجها و هو مملوك؟ قال: يلاعنها» و يدلّ على أنّ التّهذيب ليس فيه «و سألته عن الحرّ تحته أمّة فيقذفها، قال: يلاعنها» أنّه قال بعده «و هذا الخبر يدلّ على أنّ اللعان يقع بين المملوك و الحرّة» و الخبر نقله في حاشية المرأة مثل نسخة الكافي ناسبا تلك الزيادة إلى نسخة، و الظاهر أنّ الناسخ قطع نظره من قوله: «يلاعنها» هنا إلى قوله «يلاعنها» قبل فبعده تلك الجملة «ثمّ يفرّق بينهما- إلى- و هي امرأته» مع تبديل «قبل الملاعنة» بقوله «بعد الملاعنة» من باب التغيير للتقابل^٢، قلت: و عليه فلا وثوق بهذه الزيادة و لا تجري اصالة عدم الزيادة في المقام و ذلك لان حجية هذا الاصل انما هي ببناء العقلاء و هو في ما اذا كانت الزيادة كلمة و كلمتين مما يمكن ان يغفل عنها الناسخ للحدّث او غيره مما له علاقة بنقل الخبر لا في ما اذا كانت الزيادة سطر و سطور كما في ما نحن فيه .

و اما خبر أبي الصّبّاح الكناني عن الصّادق عليه السّلام: سألته عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها، ثمّ أكذب نفسه بعد الملاعنة، و زعم أنّ الولد ولده هل يردّ عليه ولده، قال: لا و لا كرامة لا يرد عليه و لا تحلّ له إلى يوم القيامة» فلا ظهور له بعدم ارث

١ الوافي في ٣ من لعانه .

٢ النجعة ج ٩ كتاب اللعان .

الولد منه، و لذا حمل على أنّ المراد عدم الرّدّ عليه تامّاً بأن يتوارثا جمعا بينه و بين ما دلّ على إرث الولد منه دون العكس.

و يشهد لارث الولد من ابيه دون العكس النصوص المعتمدة الاتية الدالة على ان ارثه لامه و من يتقرب بها كصحيح زرارة، و صحيح الحلبي المتقدم.

و يؤيده خبر زرارة عن الصادق عليه السلام «قلت: يرّدّ إليه الولد إذا قرّب به؟ قال: لا، و لا كرامة و لا يرث الابن و يرثه الابن»^٢.

حكم ما لو أكذبت نفسها بعد لعانها

(و لو) أكذبت المرأة نفسها (بعد لعانها فكذلك) لا يعود الفراش و لا يزول التحريم (و لا حد عليها) بمجرد إكذابها نفسها، لأنه إقرار بالزنا و هو لا يثبت (إلّا أن تقرر أربعاً) فإذا أقرت أربعاً حدث عند الشيخ و القاضي و الحلبي فأفتوا بثبوت الحدّ لقاعدة ثبوتها بالإقرار أربعاً من الكامل الحر المختار (على خلاف) فقليل بسقوطه بلعانها لقوله تعالى ﴿وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...﴾ فلا يعود .

وفيه: انه لا يشمل ما لو اكذبت نفسها لان الإقرار أربعاً سبب آخر كما لو أقيم عليها الحد بعد شهادة شهود أربعة.

حصيلة البحث:

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٦٠ ح ٢

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٤ ح ١

و إذا لاعن الرّجل سقط عنه الحدّ و وجب على المرأة، فإذا أقرّت أو نكلت و جب الحدّ، و إن لاعتت سقط و سقوطه أيضا انما يكون بتمام لعانها. و يتعلّق بلعانهما أحكامٌ أربعةٌ: سقوط الحدّين عنهما، و زوال الفراش، و نفي الولد عن الرّجل، و التّحريم المؤبّد. و لو أكذب نفسه في أثناء اللّعان و جب عليه حدّ القذف، و بعد لعانه يسقط الحدّ و كذا بعد لعانهما لكن لا يعود الحلّ و لا يرث الولد و إن ورثه الولد. و لو أكذبت نفسها بعد لعانها فكذلك و لا حدّ عليها إلّا أن تقرّ أربعاً.

و لو قذفها الزوج برجل و جب عليه حدّان

(و لو قذفها الزوج برجل) معين (و جب عليه حدان) أحدهما لها، و الآخر للرجل لأنه قذف لاثنين .

(و له إسقاط حدها باللّعان) دون حد الرجل .

(و لو أقام بينة) بذلك (سقط الحدان) كما يسقط حد كل قذف بإقامة البينة بالفعل المقدوف به، و كل ما تقدم فهو مما تقتضيه القواعد و ان لم يكن به نصّ بالخصوص .

هذا و قد يدعى ان مقتضى إطلاق بعض أخبار العامّة^١ و الخاصة^٢ سقوطه مطلقا لانها لم تتعرّض لذكر الحدّ.

١ فروى سنن النسائي (في عنوان كيف اللّعان) «عن أنس بن مالك أن أوّل لعان كان في الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن السّحماء بامرأته فأتى النبيّ صلى الله عليه و آله فأخبره بذلك، فقال له النبيّ صلى الله عليه و آله: أربعة شهداء و إلّا فحدّ في ظهرك- يردّد ذلك عليه مرارا- فقال له هلال: و الله إن الله ليعلم أنّي صادق و لينزلن الله عزّ و جلّ عليك ما يبرئ ظهري من الجلد، فينا هم كذلك إذ نزلت عليه آية اللّعان» (و الذين يرمون أزواجهم- إلخ)- إلى أن قال- ثمّ قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم فمضت على اليمين، فقال

و فيه: انها مضافا الى ضعفها سندا، ان سكوتها اعم لانها ليست في مقام البيان من هذه الجهة .

و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط

(و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط) لتعذره بموتها (و ورثها) لبقاء الزوجية لانها لا تنتفي إلّا باللعان و لم يقع .

(و عليه الحد للوارث) بسبب القذف، لعدم اللعان المسقط للحد .

(و له أن يلاعن لسقوطه) و إن لم يكن بحضور الوارث، لعموم الآية و قد تقدم أن لعانه يسقط عنه الحد، و يوجب الحد عليها، و لعانهما يوجب الأحكام الأربعة فإذا انتفى لعانهما منضمّا إلى لعانه بموتها بقي الأول خاصة فيسقط الحد عنه .

صلى الله عليه و آله: أنظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيب العيين فهو لهلال، و إن جاءت به آدم جعدا ربعا حمش الساقين فهو لشريك فجاءت به جعدا ربعا حمش الساقين، فقال صلى الله عليه و آله: لو لا ما سبق فيها من كتاب الله لكان لي و لها شأن». فلم يتعرّض لذكر حدّ لشريك .

١ ففي رسالة المحكم و المتشابهة للمرتضى نقلا عن تفسير النعماني بإسناده عن عليّ عليه السلام أنّ النبيّ صلى الله عليه و آله لما رجع من غزوة تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إنّ امرأتي زنت بشريك بن السّحماء فأعرض عنه النبيّ صلى الله عليه و آله و سلّم فأعاد عليه القول فأعرض عنه فأعاد عليه ثالثة فقام و دخل فنزل اللعان، فخرج إليه و قال: ايتني بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآنا، فمضى فاتاه و أتى معها قومها فوافوه صلى الله عليه و آله و سلّم و هو يصليّ العصر، فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدّما إلى المنبر فلاعنا فتقدّم، عويمر إلى المنبر فتلا عليه النبيّ صلى الله عليه و آله آية اللعان - إلى - فقال لهما صلى الله عليه و آله: اذهب فلن تحلّ لك و لن تحلّي له أبدا، فقال عويمر: فالذي أعطيتها، فقال: إن كنت صادقا فهو لها بما استحلتت من فرجها، و إن كنت كاذبا فهو أبعد لك منه» و نقل مضمونه عليّ بن إبراهيم في تفسير الآية مرفوعا.

(و لا ينتفي الإرث بلعانه بعد الموت) كما لا تنتفي الزوجية بلعانه قبل موتها.

(ألا على رواية) الفقيه موثقاً عن زيد بن علي « في رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء و قد توفيت قال يخير واحداً من اثنين، فقال له: إن شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام فيك الحدّ و تعطى الميراث، و إن شئت أقررت فلاعت أدنى قرابتها إليها و لا ميراث لك»^١.

و مرسله التهذيب عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل قذف امرأته و في قرية من القرى فقال السلطان: مالي بهذا علم عليكم بالكوفة فجاءت إلى القاضي لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا فقالوا: هؤلاء: لا ميراث لك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلاعنه فلا ميراث له و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها»^٢ و عمل بالاول منهما الفقيه و بهما أفتى الشيخ في الخلاف و تبعه القاضي و ابن حمزة .

اقول: اعرض عنهما الكافي و لم يعلم عمل أحد بهما قبل الشيخ و أنكر العمل بهما ابن ادريس، و الأول و ان كان موثقاً سنداً ألا ان رواه زبيديّة، و الثاني مرسل فلا وثوق بهما و مقتضى القواعد أنّ فسخ عقد الزوجة موقوف على لعانها، فإذا ماتت قبل لعانها يكون إرثها باقياً و الأصل وقوع اللعان بين الزوجين شرعاً. فوقعه بين الزوج و غير الزوجة من أهلها خلاف القاعدة الثابتة في الشريعة المقدسة فلا يعلم ثبوت آثار اللعان على لعان لم يثبت شرعيته .

١ الفقيه ج ٣ ص ٥٣٩ ورواه بنفس السند عن ابائه عن علي عليهم السلام ج ٤ ص ٣٢٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩٠

(و لو كان الزوج أحد) الشهود (الأربعة) بالزنا (فالأقرب حدّها) خلافا للحلبيّ و القاضي و هو المفهوم من المفيد و الديلميّ و ابن زهرة فذهبوا الى عدم القبول و الاقوى القبول لعدم المانع من قبول شهادة الزوج على زوجته كما يشهد لذلك خبر إبراهيم بن نعيم، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم»^١ نعم هو ضعيف سنداً بعباد بن كثير، و ينافيه خبر أبي سيار مسمع عن الصادق عليه السلام «في أربعة شهدوا على امرأة بفجور أحدهم زوجها، قال: الثلاثة يجلدون و يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبداً»^٢، و خبر زرارة، عن أحدهما عليهما السلام «في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها؟ قال: يلاعن الزوج و يجلد الآخرون»^٣.

اقول: و لم يرو واحدا من الاخبار المتقدمة الكافي و هذا مما يوجب سلب الوثوق منها، كما و ردّ العمل بالاخيرين الشيخ و قال: العمل على الأوّل الدال على قبول شهادته الموافق لظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ فيبين أنّ اللعان إذا لم يكن له من الشهود إلّا نفسه فأما إذا أتى بالشهود الذين يتم بهم أربعة فلا يجب عليه اللعان^٤.

هذا و جمع الاصحاب بينها بما لا شاهد له فجمع الفقيه بين الخبرين بحمل خبر إبراهيم على ما إذا رماها الزوج في الأربعة و لم ينف ولدها، و خبر أبي سيار على نفيه الولد

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨١

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ١٠ ص ٧٩

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨٢

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٢٨٣

قال: لأنّ اللعان لا يكون إلّا بنفي ولد^١، و هو جمع تبرعي مخالف لظاهرهما، و عن الإسكافي الجمع بحمل خبر القبول على كون المرأة غير مدخول بها^٢، و هو أيضا كما ترى تبرعي لا شاهد له، و جمع الخلاف بحمل خبر القبول على ما إذا لم يرم قبل الشهود^٣، و تبعه ابن حمزة و الحلبي، و هو كالمحامل المتقدمة لا شاهد له .

هذا كله (إن لم تختل الشرائط) المعتبرة في الشهادة (بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف) فإن شهادته ترد لذلك، و هو من جملة اختلال الشرائط (أو اختل غيره من الشرائط) كاختلاف كلامهم في الشهادة، أو فسق أحدهم لها، أو غير ذلك (فإنها) حينئذ (لا تحدد) لعدم اجتماع شرائط ثبوت الزنا (و يلاعن الزوج) لإسقاط الحد عنه بالقذف (و إلّا) يلاعن (حد) و يحد باقي الشهود للفرية.

حصيلة البحث:

و لو قذفها برجل و جب عليه حدان و له إسقاط حدّها باللّعان، و لو أقام بيّنة سقط الحدان، و لو قذفها فماتت قبل اللّعان سقط اللّعان و ورثها و عليه الحد للوارث و له أن يلاعن لإسقاط الحد عن نفسه، و لا ينتفي الإرث بلعانه بعد الموت، و لو كان الزوج أحد الأربعة فالأقرب حدّها إن لم يختل الشرائط بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف أو اختل غيره من الشرائط فإنّها لا تحدد، و يلاعن الزوج و إلّا حدّ.

١ من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٥٢

٢ النجعة ج ٩ كتاب اللعان .

٣ الخلاف في ٥٩ من مسائل لعانه

(كتاب العتق)

العتق لغة الخلوص و منه سميت جياذ الخيل عتاقا، و البيت الشريف عتيقا. و شرعا خلوص المملوك الآدمي، أو بعضه من الرق، و بالنسبة إلى عتق المباشرة المقصود بالذات من الكتاب تخلص المملوك الآدمي، أو بعضه من الرق منجزا بصيغة مخصوصة .

(و فيه أجر عظيم)

للنصوص المستفيضة منها صحيح الحلبيّ، و معاوية بن عمّار، و حفص بن البختريّ، عن الصادق عليه السّلام «في الرّجل يعتق المملوك قال: إنّ الله عزّ و جلّ يعتق بكلّ عضو منه عضوا من النّار. قال: و يستحبّ للرّجل أن يتقرّب إلى الله عشية عرفة و يوم عرفة بالعتق و الصدقة»^١.

صيغة العتق

(و عبارته الصريحة التحرير مثل أنت حرّ)

و وقوعه بلفظ التحرير موضع وفاق، و صراحته فيه واضحة، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾^٢.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٠ ح ١

٢ النساء اية ٩٢

(و في قوله: أنت عتيق، أو معتق خلاف)

منشؤه الشك في كونه مرادفاً للتحرير فيدل عليه صريحا أو كناية عنه فلا يقع به.

(و الأقرب وقوعه)

به لغلبة استعماله فيه في اللغة، و الحديث، و العرف. قلت: و حيث لم يرد في العتق اشتراط لفظ و إنما المبسوطان قالوا فيه بلفظ مخصوص تبعا للعامّة، فالاقوى وقوعه بكل ما دلّ به على المراد كما تقتضيه القاعدة و هو المفهوم من النصوص منها صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «في الرجل يقول لعبده: أعتقتك على أن أزوجه ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك و زوجته فتسرّى أو تزوج؟ قال لمولاه عليه شرطه» و هي كما ترى دالة على إنشاء العتق بلفظ «أعتقتك».

و بذلك يظهر ضعف ما في «الخلاف» فقال بالحصص بقوله: «أنت حرّ» و تبعه الحلبيّ و القاضي، و في المبسوط قال بالحصص بقوله: «أنت حرّ أو معتق»^١.

(و لا عبرة بغير ذلك من الألفاظ صريحا كان مثل: أزلت عنك الرق، أو فككت رقبتك)

عند المصنف و قد تقدم ان الاقوى وقوعه بها.

(أو كناية مثل: أنت سائبة)

لأنها تحتل العتق و غيره فلا تكفي على ما هو المعروف. و فيه: ما سيأتي في الإنشاء بالنداء .

هذا و يشترط فيه التلفُّظ به و لا يكفي الخطُّ فيه كما في صحيح زرارة «قلت لأبي جعفر عليه السَّلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعثت غلامه، ثمَّ بدا له فمحاها، قال ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتَّى يتكلَّم به»^١.

ألا إذا كان غائبا فيكفي خطُّه بالعتق كالطلاق لصحيح أبي حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام «سألته عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها أو قال: اكتب إلى عبدي بعثته أ يكون ذلك طلاقا أو عتقا؟ قال: لا يكون طلاق و لا عتق حتَّى ينطق به اللسان أو يخطُّ بيده و هو يريد الطَّلاق أو العتق و يكون ذلك منه بالأهله و الشهود و يكون غائبا عن أهله»^٢ و لا ينافي صحيح زرارة بل يوجب تقييده و هو المفهوم من الفقيه حيث اقتصر عليه^٣ و هو المفهوم من الكافي أيضا حيث جمع بينهما و به عمل الشيخ في نهايته و أنكره في مبسوطيه و عمل به القاضي في كامله و أنكره في مهذبته، و أنكره الإسكافي و الحلِّي، لإطلاق صحيح زرارة المتقدم.

ثمَّ على العمل به، قيل: ان الصحيح تضمَّن اشتراط كتابته بنفسه لا بوكيله فلم أطلقوا صحة الكتابة به؟ قلت: لا يفهم العرف موضوعية للكتابة بيده و انما الملاك في ذلك

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ٦٤ ح ٢

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ٦٤ ح ١

٣ من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٥٠٣

انشاء الطلاق وارادته كما صرح بذلك الصحيح و هو يحصل بكتابة وكيه لانه كالاصيل.

(و كذا لا عبرة بالنداء مثل يا حرّ و ان قصد التحرير بذلك)

قال الشهيد الثاني: اقتصارا في الحكم بالحرية على موضع اليقين، و لبعده النداء عن الإنشاء. و ربما احتمل الوقوع به من حيث إن حرف الإشارة إلى المملوك لم يعتبره الشارع بخصوصه، و إنما الاعتبار بالتحرير، و الإعتاق و استعمال يا بمعنى أنت، أو فلان مع القصد جائز. و يضعف بأن غاية ذلك أن يكون كناية، لا صريحا فلا يقع به، و لا يخرج الملك المعلوم عن أصله. و حيث لا يكون اللفظ مؤثرا شرعا في الحكم لا ينفعه ضم القصد إليه^١. و فيه: انه لا دليل على اشتراط انشاءه بالالفاظ الصريحة هذا كله في مقام الثبوت نعم في مقام الاثبات لا يلزم من تلفظ بها لاحتمالها غيره .

(و في اعتبار التعيين للمعتق نظر)

من جهة عموم الأدلة الدالة على وقوعه بالصيغة الخاصة، و أصالة عدم التعيين، و عدم مانعية الإبهام في العتق شرعا من حيث وقع لمريض أعتق عبيدا يزيدون عن ثلث ماله و لم يجز الورثة، و من جهة الالتفات إلى أن العتق أمر معين فلا بد له من محل معين و هو الأقوى كما في الطلاق لعدم شمول الدليل لصحة عتق غير المعين كأن يقول: أحد عبدي أو عبدي حرّ.

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٢٣٦

شروط المعتق

(و يشترط بلوغ المولى)

ذهب الى ذلك الإسكافيّ و الحلبيّان و الحلبيّ و هو لازم الديلمىّ حيث قال ببطلان وقف غير البالغ و لم ينقل عن عليّ بن بابويه و العمانيّ جوازه، و جوّز الشيخ و القاضي عتق الصّبّيّ البالغ عشرا، و ابن حمزة جوّز عتق المراهق و هو لازم المفيد الذي جوّز وقف البالغ عشرا و صدقته، و هو ظاهر الكافي و الفقيه، كما تقدم ذلك مفصلا في كتاب البيع و الصدقة و الوقف .

(و اختباره)

كما يشهد له صحيح زرارة، عن أبي جعفر عليه السّلام «قال: سألته عن عتق المكره قال: ليس عتقه بعتق»^٢.

(و رشده)

لمحجورية السفية في امواله كما تقدم .

(و قصده)

١ النجعة ج ٦ ص ٨

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢١٧ ح ٨

لمعتبر الحلبي، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل أ يجوز بيعها و صدقتها؟ قال: لا، و عن طلاق السكران و عتقه؟ قال: لا يجوز»^١، و في سنده صفوان و هو من اصحاب الاجماع فلا يضر في سنده وقوع عبد الله و قد يكون مشتركا .

و صحيح عمر بن أذينة عن زرارة أو قال و محمد بن مسلم و بريد بن معاوية و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى، عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام إن المدلّة ليس عتقه بعتق»^٢.

«المدلّة» و هو الذي لا يحفظ ما فعل و لا ما فُعلَ به^٣. و في نسخة المولّد، و هو من الوله: ذهاب العقل و التحير من شدّة الوجد^٤.

و يدل على اشتراط القصد ايضا ما دل على اشتراطه في الطلاق كصحيح الحلبي^٥ لعدم الفرق بينهما .

(و التقرب به الى الله تعالى)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) ج ٨ ص ٧٣ ح ١٦٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩١

٣ لسان العرب، ج ١٣، ص ٤٨٨ (دله).

٤ النهاية، ج ٥، ص ٢٢٧ (وله).

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٢٦ ح ١

و يشهد له صحيح هشام بن سالم، و حمّاد، و ابن أذينة، و ابن بكير، و غير واحد، عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله عزّ و جلّ^١.

و معتبر أبي بصير، عنه عليه السّلام: «لا عتق إلّا ما طلب به وجه الله عزّ و جلّ»^٢.

(و كونه غير محجور عليه بفلس أو مرض في ما زاد على الثلث)

أمّا كونه غير محجور عليه بفلس فهو مقتضى القواعد، و أمّا الحجر بالمرض فمرّ في كتاب الوصايا ما يدلّ على عدمه.

و الاقرب صحّة مباشرة الكافر للعتق

(و الاقرب صحّة مباشرة الكافر للعتق)

لإطلاق الأدلة و اشتراطه بنية القرية لا ينافيه، لأن ظاهر المعبر السالف «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى» هو إرادة وجه الله تعالى، سواء حصل الثواب أم لم يحصل و عباديته تكون بهذا المعنى، و هو ممكن ممن يقر بالله تعالى. نعم لو كان الكفر بجحد الإلهية مطلقاً توجه إليه المنع، هذا و لم يمنع من صحّة مباشرة الكافر غير الحلّي^٣ و لا عبرة به بعد عدم الدليل عليه .

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٨ ح ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٨ ح ٢

٣ النجعة ج ٦ ص ٩

(و كونه) أي و الأقرب صحة كون الكافر محلا للعتق بأن يكون العبد المعتق كافرا، لكن (بالنذر لا غيره) بأن ينذر عتق مملوك بعينه و هو كافر.

اقول: أمّا عتق المسلم للكافر فذهب إلى منعه مطلقا المرتضى في انتصاره و الحلبيّان و ابن حمزة و الحلبيّ، و ذهب إلى جوازه مطلقا المبسوطان، و ذهب إلى التفصيل بين النذر و غيره النهاية، و قال الإسكافيّ و الصّدوق بعدم جوازه عن المشرك، و سكتا عن غيره^١.

قلت: اما ما استدل به للمنع من عتقه مطلقا فهو: أنه خبيث و عتقه إنفاق له في سبيل الله و قد نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿و لا تَيْمَمُوا الْحَيْثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾^٢، و لاشتراط القرية فيه، و لا قرية في الكافر، و لرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام «قال سألته أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا قال: لا»^٣.

و فيه: اما الآية المباركة فشمولها للكافر باعتبار كفره غير معلوم فإن ظاهر الآية، و قول المفسرين هو إن الخبيث هو الرديء من المال، و لا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية، و مع ذلك فالنهي مخصوص بالصدقة الواجبة، لعدم تحريم الصدقة المندوبة بما قل و ردء حتى بشق تمرّة إجماعا.

١ النجعة ج ٦ ص ٩

٢ البقرة: الآية ٢٦٧ و المراد من التيمم القصد أي و لا تقصدوا.

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤٢؛ التهذيب ج ٨ ص ٢١٨ ح ١٥

و اما اشتراط القرية فلا علاقة لها بالكافر فيمكن تحققها اذا ما كان في عتقه هداية له او لغيره او لمصالح اخرى فإنه يقصد به وجه الله تعالى .

و اما خبر سيف بن عميرة فمضافا الى كونه ضعيفا^١ لا يدل على عدم جواز عتق الكافر مطلقا و انما يدل على عدم جواز عتق المشرك كما قال الإسكافي^٢ و الصدوق، و هو اخص من المدعى .

و اما تفصيل النهاية فلم نقف له على مستند و انما احتمله الشيخ في الاستبصار^٢ للجمع بين ما تقدم و بين صحيح ابن محبوب عن الحسن بن صالح، عن أبي عبد الله عليه السلام «أن عليا عليه السلام عتق عبدا له نصرانيا فأسلم حين أعتقه»^٣ و لا شاهد له .

نعم هو دال على جواز عتق الكافر مطلقا او اهل الكتاب باعتبار ان مورده عتق النصراني، و ضعف الحسن يجبره كون الراوي عنه ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع .

و يؤيده خبر أبي البخري، عن جعفر بن محمد، عن أبيه «أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا، ثم قال: ميراثه بين المسلمين عامة إن لم يكن له ولي»^١.

١ اما سند التهذيب فواضح الضعف و اما سند الفقيه فقيل لضعف طريق الصدوق الى سيف بالحسين لاهماله. قلت: هذا صحيح ألا ان الصدوق لم ينقلها عن كتابه بل نسبها الى الرواية و هذا ظاهر بالاشارة الى سند التهذيب الذي تقدم ضعفه.

٢ الاستبصار ج ٤ ص ٢٢ ح ٢

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٢ ح ١

و أما خبر ناجية «قال: رأيت رجلا عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له: جعلت فداك إنني أعتقت خادما لي و هو ذا أطلب شراء خادم منذ سنين، فما أقدر عليها، فقال: ما فعلت الخادم، قال: حية فقال: ردّها في مملكتها ما أغنى الله من عتق أحدكم تعتقون اليوم و يكون علينا غدا لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفا»^٢ فمضافا الى ضعفه، مورده عدم جواز عتق النَّاصبيّ بدليل معتبر علي بن أبي حمزة عنه عليه السلام فيمن اوصى بعتق أنّه «قال: فليشتروا من عُرض النَّاس ما لم يكن ناصبيّا»^٣، و البطائني ثقة على المختار مضافا الى ان الراوي عنه البنزطي و هو من اصحاب الاجماع.

و أمّا ما في ذيله «لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفا» فيعارضه صحيح الحلبيّ «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم»^٤.

و يدلّ على جواز عتق غير العارف ايضا معتبر أبي عليّ بن راشد «قلت لأبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك إنّ امرأة من أهلنا اعتلّ صبيّ لها، فقالت: اللهمّ إن كشفت عنه ففلانة حرّة و الجارية ليست بعارفة فأيّما أفضل تعتقها أو تصرف ثمنها في وجوه البر؟ فقال: لا يجوز إلّا عتقها»^٥.

١ قرب الإسناد (ط - الحديثة) ص ٤٦٨

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٦ ح ٩

٣ الفقيه ٤ - ٢١٥ - ٥٥٠٢.

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٢ ح ٣

٥ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٦

و مقتضى هذه النصوص أنه لما كان قصد القربة شرطاً في العتق فليكن مورد العتق من يتأتى فيه القربة و لو كان مسلماً غير عارف أو كافراً غير فاجر، و هو المفهوم من المفيد و الدَيْلَمِيّ و القاضي، قال المفيد: «و لا تعتق عبداً كافراً فاجراً فيسلط بالحرية على أهل الدين و يقوى بذلك على معاصي الله».

و قال الدَيْلَمِيّ: «و لا يعتق إلّا عبد ظاهره الإسلام و لا يسلط بالعتق كافر على أذية أهل الدين و معاصي الله تعالى».

و قال القاضي: «إذا أعتق عبداً - إلى - أو لا يتقرب بالعتق إليه سبحانه لم يقع عتقه و كان باطلاً، و يستحبّ عتق من كان من أهل الحقّ، و يجوز عتق المستضعف و يكره عتق من خالف الحقّ»!

حصيلة البحث:

العتق: فيه أجرٌ عظيمٌ و عبارته الصريححة في التحرير أنت مثلاً حرٌّ. و الأقوى وقوعه بكل لفظ دال عليه عرفاً و لو كان كنايةً أو نداءً مثل: يا حرّ، و قصد التحرير بذلك كلّه فيقع ثبوتاً و اما اثباتاً فان كان اللفظ يحتمل معنى اخر فلا يلزم به لافظه. و يعتبر التعيين فيه .

و يكفي بلوغ المولى عشر سنين و يشترط اختياره و رشده و قصده و التقرب به إلى الله تعالى و كونه غير محجور عليه لفلس أو مرض فيما زاد على الثلث. و الأقرب صحّة

مباشرة الكافر، و يصح العتق في من يتأتى فيه القربة و لو كان مسلما غير عارف أو كافرا غير فاجر .

و لا يقف العتق على اجازة المالك

(و لا يقف العتق على اجازة المالك بل يبطل عتق الفضولي)

لعدم الدليل على صحته كما في نكاح الفضولي، بل للدليل على عدم جوازه كما في صحيح ابن مسكان، عن الصادق عليه السلام «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز»، و عليه فلو علّقه غير المالك على ملكه له لغا .

و لا يجوز تعليقه على شرط

(و لا يجوز تعليقه على شرط) لما تقدم (ألا في التدبير فإنه يجوز أن يعلق بالموت لا بغيره)

لان موضوع التدبير ذلك و تعليقه أيضا بموت المالك لا بموت غيره، و جوز الانتصار تعليقه بالنذر^٢ و لا دليل عليه .

(نعم لو نذر عتق عبده عند شرط سائغ انعقد)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٤٩ ح ١٣٥

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ١٣

إذا كان بنحو شرط الفعل كأن يقول: «لله عليّ أن أعتقه ان...» فيجب عليه عتقه بعد تحقق الشرط، واما إذا كان بنحو شرط النتيجة لم ينعقد النذر لعدم مشروعيته، وقيل: يجب عتقه و إن كان قال: «إن كان كذا فعبدني حرّ» لصحيح ابان و هو من اصحاب الاجماع عن عبد الله بن سليمان «سألته عن رجل قال: «أول مملوك أملكه فهو حرّ فلم يلبث أن ملك ستة أيّهم يعتق؟ قال: يقرع بينهم، ثمّ يعتق واحدا»^١.

و صحيح الحلبي «عن الصادق عليه السّلام في رجل قال: «أول مملوك أملكه فهو حرّ» فورث سبعة جميعا؟ قال: يقرع بينهم و يعتق الذي قرع»^٢، و غيرهما.

و فيه: انها محمولة على شرط الفعل لانه هو المتعارف عند الناس و بقرينة ان الامام عليه السلام قال: «يعتق» و لو كان شرط النتيجة لحصل الانعتاق قهرا بلا حاجة للعتق .

(و لو شرط عليه خدمة مدّة صحّ)

لعموم المؤمنون عند شروطهم و لصحيح يعقوب بن شعيب عنه عليه السّلام: «سألته عن رجل أعتق جاريته و شرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت، ثمّ مات الرجل فوجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها؟ قال: لا»^٣.

و لصحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج «قال: بعث إليّ أبو الحسن عليه السّلام بوصيّة أمير المؤمنين عليه السّلام - إلى - أنه ما كان لي من مال بينع يعرف لي فيها و ما حولها

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٤ ح ٤٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢

صدقة غير أنّ رباحا و أبا نيزر و جبيرا عتقاء، ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالى يعملون في المال خمس حجج، و فيه نفقتهم و رزقهم و أرزاق أهاليهم - إلخ^١ هذا و قد تضمّن أنّ لهم و لأهاليهم في تلك المدّة نفقاتهم، و عليه فلا وجه للاشكال بأنّ العتق لا يستلزم وجوب النفقة كالأجير و الموصى بخدمته و المناسب للأصل ثبوتها من بيت المال أو من الصدقات لأنّ أسباب النفقة مضبوطة شرعا، و ليس هذا منها و للأصل^٢. فإنّه اجتهاد قبال النص، كما أنّه يظهر منه عدم اشتراط قبول العبد، و أيضا كما أنّ العتق بيد الولي لا يشترط فيه قبول العبد كذلك الاشتراط عليه .

و ما قيل: من أنّ الاعتقاق يقتضي التحرير و المنافع تابعة له فلا يصحّ شرط شيء منها إلّا بقبوله، مدفوع بان ذلك مقتضى العتق المطلق لا المشروط مع دلالة تلك الاخبار على أنّ الاشتراط بيد المولى لا العبد.

و هل يصحّ اشتراط شيء معيّن من المال ام لا؟ قيل: بالاول للعموم لكن بشرط قبوله لانّ المولى لا يملك إثبات مال في ذمّة العبد و لصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام، و قيل: لا يشترط كالخدمة لاستحقاقه عليه رقّا السعي في الكسب كما يستحقّ الخدمة فإذا شرط عليه مالا فقد استثنى من منافعه بعضها^٣.

اقول: كون المولى لا يملك إثبات مال في ذمّة العبد صحيح ما دام العبد عبدا، و أمّا بعد عتقه فيشمله عموم «المسلمون عند شروطهم».

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٩ ح ٧

٢ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٢٥٦

٣ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٢٥٧

وَأَمَّا صَحِيحُ حَرِيْزٍ فَهُوَ مَا رَوَاهُ الْكَافِي عَنْ أَبِي جَرِيرٍ لَا حَرِيْزٌ وَعَنْ الْكَاضِمِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا الصَّادِقَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، وَهُوَ «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِمَمْلُوكِهِ: «أَنْتَ حُرٌّ وَ لِي مَالِكٌ» ؟ قَالَ: لَا يَبْدَأُ بِالْحَرِيَّةِ قَبْلَ الْمَالِ يَقُولُ لَهُ: لِي مَالِكٌ وَ أَنْتَ حُرٌّ بَرَضِي الْمَمْلُوكِ، فَانْ ذَلِكَ أَحَبُّ إِلَيَّ»^١ فَلَيْسَ مُورَدُهُ اشْتِرَاطُ مَالٍ لَهُ بَعْدَ الْعَتَقِ، بَلْ مَالُهُ قَبْلَ الْعَتَقِ، وَ الْمُرَادُ مَالُهُ الَّذِي جَعَلَهُ لَهُ بَعْدَ ضَرْبِ بَيْتِهِ، وَ لَذَا لَمْ يَرُوهُ الْكَافِي فِي الشَّرْطِ فِي الْعَتَقِ بَلْ فِي بَابِ الْمَمْلُوكِ يَعْتَقُ وَ لَهُ مَالٌ، نَعَمْ رَوَاهُ فِي الْعَوَالِي عَنْ حَرِيْزٍ، وَ لَا عِبْرَةَ بِهِ، لُضْعَفِ الْكِتَابِ وَ مُؤَلَّفِهِ وَ رَوَايَاتِهِ، وَ قَوْلِهِ: «فَإِنَّ ذَلِكَ أَحَبُّ إِلَيَّ» ظَاهِرٌ فِي كَوْنِ رِضَاهُ أَحْسَنَ لَا أَنَّهُ لَا يَزِمُ نَعَمْ هَذِهِ الزِّيَادَةُ لَمْ تَرُدْ فِي رَوَايَةِ التَّهْذِيبِ عَنِ الْكَافِي لَكِنْ اصْطَالَةُ عَدَمِ الزِّيَادَةِ تَثْبِتُهَا .

قَالَ الشَّهِيدُ الثَّانِي: وَ حَيْثُ يَشْتَرُطُ الْخِدْمَةَ لَا يَتَوَقَّفُ انْعِتَاقُهُ عَلَى اسْتِيفَائِهَا فَإِنَّ وَفَى بِهَا فِي وَقْتِهَا وَ إِلَّا اسْتَقَرَّتْ أَجْرَةٌ مِثْلَهَا فِي ذِمَّتِهِ لِأَنَّهَا مُسْتَحَقَّةٌ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَاتَتْ فَيَرْجِعُ إِلَى أَجْرَتِهَا وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَعْتَقِ وَ وَارِثِهِ فِي ذَلِكَ^٢.

وَ فِيهِ: أَنْ مَفَادَ الشَّرْطِ وَ جُوبَ الْوَفَاءِ بِهِ تَكْلِيفًا لَا الضَّمَانَ وَ عَلَيْهِ فَمَقْتَضَى الْقَاعِدَةَ هُوَ السَّقُوطُ لَوْ فَاتَ الشَّرْطُ، مُضَافًا إِلَى أَنْ ظَاهِرٌ صَحِيحٌ يَعْقُوبُ الْمَتَقَدِّمَ عَدَمَ أَجْرَةٍ عَلَيْهِ وَ بِذَلِكَ أَفْتَى الْإِسْكَافِيُّ وَ الصَّدُوقُ وَ ابْنُ حَمْزَةَ، وَ مَا قَالَهُ قَوْلُ الْحَلِيِّ^١.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩١-٥ و رواه التهذيب عن الكافي في ٣٩ من عتقه، و الاستبصار في آخر ٦ من أبواب عتقه عنه أيضا و كلاهما بدون «فإن- إلخ» .

٢ عوالي اللئالي العزيزية في الأحاديث الدينية ج ٢ ص ٣٠٣

٣ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٢٥٨

و لو شرط عوده في الرق ان خالف شرطا فالأقرب بطلان العتق

(و لو شرط عوده في الرق ان خالف شرطا فالأقرب بطلان العتق)

عند المصنف تبعا للفاضل فجعله مبطلا للعتق^٢ لتضمن الشرط عود من تثبت حرته رقا و هو غير جائز، و ابطال ابن إدريس اشتراط عوده رقا، و قال الشيخ و القاضي بصحته^٣، و هو ظاهر الكافي فروى صحيحا عن إسحاق بن عمار و غيره، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق»، قال: له شرطه^٤، و هو خبر صحيح السند و اسحاق امامي ثقة و لم يعرض الاصحاب عن الخبر فلا وجه لرده .

و اما عدم جواز تضمن الشرط عود من تثبت حرته رقا فاجتهاد قبال النص و عليه فالأقوى صحته.

حصيلة البحث:

لا يقف العتق على إجازة بل يبطل عتق الفضولي، و لا يجوز تعلقه على شرط إلا في التدبير فإنه يعلق بالموت لا بغيره نعم لو نذر عتق عبده عند شرط انعقد اذا كان بنحو

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ١٤

٢ مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، ج ٢١، ص: ٢٩٦

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ١٦، مرآة العقول، ج ٢١، ص: ٢٩٦

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٩ ح ٣

شرط الفعل كأن يقول: «لله عليّ أن أعتقه ان...» فيجب عليه عتقه بعد تحقق الشرط، و
 اما اذا كان بنحو شرط النتيجة لم ينعقد النذر لعدم مشروعيتها، و لو شرط عليه خدمةً
 صحّ كما يصح اشتراط مال معين عليه، و حيث يشترط الخدمة فلا يتوقّف اعتاقه على
 استيفائها فإن وفى بها في وقتها و إلّا سقطت و لا يضمن أجره مثلها في ذمّته، و لو شرط
 عوده في الرّقّ إن خالف شرطاً فالأقوى صحة العتق و الشرط .

استحباب عتق المملوك إذا أتى بالثمن بعد سبع سنين

(و يستحب عتق المملوك المؤمن إذا أتى عليه سبع سنين)

عند المصنف لمرسل محمّد بن عبد الله بن زرارة، عن بعض آل أعين، عن الصادق
 عليه السّلام من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، و لا تحلّ
 خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين^١، و به عمل الكليني لكنه ضعيف سنداً، نعم
 يستحب قبول الثمن من العبد اذا اتى به بعد سبع لموثق زرارة، عن الباقر عليه السّلام:
 «إذا أتى المملوك قيمة ثمنه بعد سبع سنين فعليه أن يقبله»^٢.

(بل يستحب مطلقاً)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٧ ح ١٢

٢ التهذيب، ج ٨ ص ٢٤٩ ح ١٣٧

للنصوص المستفيضة منها صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه قال في الرجل يعتق المملوك قال إن الله عزّ وجلّ يعتق بكلّ عضو منه عضواً من النار قال ويستحبّ للرجل أن يتقرّب إلى الله عشية عرفة و يوم عرفة بالعتق و الصدقة»^١.

و صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال قال رسول الله ص من أعتق مسلماً أعتق الله عزّ وجلّ بكلّ عضو منه عضواً من النار»^٢.

كراهة عتق العاجز عن الاكتساب

(و يكره عتق العاجز عن الاكتساب إلّا أن يعينه)

كما في صحيح ابن محبوب: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام، و سألته عن الرجل يعتق غلاماً صغيراً أو شيخاً كبيراً أو من به زمانة و من لا حيلة له، فقال: من أعتق مملوكاً لا حيلة له، فإن عليه أن يعوله حتّى يستغني عنه و كذلك كان أمير المؤمنين عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار و من لا حيلة له»^٣.

و صحيح هشام بن سالم، عن الصادق عليه السلام: «سألته عمّن أعتق النّسمة، فقال: أعتق من أغنى عن نفسه»^٤.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٠ ح ٢

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٠ ح ٣

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨١ ح ١

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨١ ح ٣

و صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السّلام: «سألته عن رجل عتق رقبة و أراد أن يعتق نسمة أيّها أفضل أن يعتق شيخا كبيرا أو شابا أمردا، قال: أعتق من أغنى نفسه الشّيح الكبير الضعيف أفضل من الشّاب الأمرد»^١.

(و كذا المخالف و لا يكره المستضعف)

أمّا الناصبي فقد تقدم حرمة عتقه و اما كراهة عتق غيره من المخالفين فاستدل له بخبر ناجية «قال: رأيت رجلا عند أبي عبد الله عليه السّلام فقال له: جعلت فداك إنّي أعتقت خادما لي و هو ذا أطلب شراء خادم منذ سنين، فما أقدر عليها، فقال: ما فعلت الخادم، قال: حيّة فقال: ردّها في مملكتها ما أغنى الله من عتق أحدكم تعتقون اليوم و يكون علينا غدا لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفا»^٢.

و فيه: ن الكراهة فيه ليست ذاتية بل لعلّة «و يكون علينا غدا» فيكون من باب الاعانة على الاثم و العدوان و عليه فهو ظاهر في الحرمة كما هو صريح ذيله لكنه ضعيف سندا مضافا لما تقدم من كونه محمولا على الناصبي .

و أمّا عدم كراهة عتق المستضعف فلصحيح الحلبيّ «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم»^٣.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٦ ح ١٠؛ التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٦؛ و فيه: اجرد بدل امرد في الموضوعين .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٦ ح ٩

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٢ ح ٣

و من خواص العتق السراية

(و من خواص العتق السراية فمن أعتق شقصا من عبده أو أمته عتق كله)

كما قاله الشيخان في النهاية و المقنعة وابن ادريس و القاضي و ابن زهرة^١ و الصدوق في المقنع^٢، لموثق غياث بن إبراهيم الدارمي، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «إن رجلا أعتق بعض غلامه، فقال عليه السلام: هو حرّ ليس لله شريك»^٣.

و موثق طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «إن رجلا أعتق بعض غلامه، فقال: هو حرّ، كله ليس لله شريك»^٤، مضافا إلى أولويتها من السراية في ملك الغير التي وردت في النصوص الآتية في العنوان الآتي .

قال الشهيد الثاني: هذا هو المشهور بين الأصحاب، و ربما كان إجماعا، و مستنده من الأخبار ضعيف، و من ذهب السيد جمال الدين بن طاوس إلى عدم السراية بعق البعض مطلقا، استضعافا للدليل المخرج عن حكم الأصل، و لموافقته لمذهب العامة «...»^٥.

١ المقنعة ص ٥٥٠؛ النهاية ص ٥٤٢؛ السرائر ج ٣ ص ٥؛ المهذب ج ٢ ص ٣٥٩؛ الغنية ٣٨٨

٢ المقنع ص ٤٧٠

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٧

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٧

٥ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلاتر)، ج ٦، ص: ٢٦٢

اقول: اما كون مستنده ضعيفا ففيه ان خبري غياث و طلحة موثقان سندا نعم راويهما غياث و طلحة عاميان و كلاهما من فرقة البترية، و تعارضهما روايات متعددة و هي:

صحيح حمزة بن حمران عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل أعتق نصف جاريته ثم قذفها بالزنا قال: فقال: أرى أن عليه خمسين جلدة و يستغفر ربه^١ و اما حمل الشيخ لها على أنه لا يملك نصفها الآخر مع إعساره فتبرعي و لا شاهد له.

و موثق الحلبي، عنه عليه السلام: «سألته عن امرأة أعتقت عند الموت ثلث خادمها هل على أهلها أن يكاتبوها؟ قال: ليس ذلك لها، و لكن لها ثلثها فلتخدم بحساب ما أعتق منها»^٢.

و صحيح عبد الله بن سنان، عنه عليه السلام «عن امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها أ على أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا و إن أبوا، قال: لا و لكن لها من نفسها ثلثها و للوارث ثلثها، يستخدمها بحساب الذي له منها و يكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها»^٣، و نحوه صحيح ابن مسكان^٤.

١ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٤ ص ٦ ح ٣

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٦٢

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٢٢

٤ الوسائل باب ٧٤ كتاب الوصايا ح ٣ و التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ - الرقم ٩٤٣.

و صحيح أبي بصير، عن الباقر عليه السلام: «عن رجل أعتق نصف جاريتة ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، فقال: فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها فإنها تردّ في الرّقّ في نصف رقبتها- الخبر»^١.

و يؤيد ذلك خبر الجازي عن الصادق عليه السلام «في رجل توفّي و ترك جارية له أعتق ثلثها فتزوجها الوصيّ قبل أن يقسم شيئاً من الميراث أنها تقوم و تستسعى هي و زوجها في بقية ثمنها بعد ما تقوم فما أصاب المرأة من عتق أو رقّ جرى على ولدها»^٢ و اما حمل الشيخ له على ما إذا كان لم يملك غيرها و ليس له أن يتصرّف في أكثر من ثلثها فتبرعي و لا شاهد له.

و هذه الاخبار ظاهرها عدم سراية العتق للكل، و لم يتعرض للمسألة بعض كابن حمزة و غيره^٣ و لم ينقل الكليني خبري طلحة و غياث بل نقل صحيح أبي بصير الدال على عدم السراية، و الصحيح الاول يعني صحيح حمزة اخذه الشيخ من كتاب الحسن بن محبوب و هو ممن أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء و تصديقهم و أقرّوا لهم بالفقه و العلم على حدّ تعبير الكشي، و موثق الحلبي اخذه الشيخ من كتاب احمد بن محمد بن عيسى الأشعري و هو من كبار الاصحاب في قم. و صحيح ابن سنان فقد اعتمده الصدوق في الفقيه و في سنده محمد بن أبي عمير و هو من اصحاب الاجماع و عبد الله بن مسكان الراوي للصحيح الاخير من اصحاب الاجماع ايضاً و هذه الاحاديث

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٦٠؛ و في الاستبصار ج ٤ ص ٧ الحارثي بدل الجازي .

٣ الوسيلة ص ٣٤١

لم يظهر من القدماء الاعراض عنها فجمع الصدوق بين رواية طلحة و صحيح ابن سنان و اعتمد الكليني صحيح ابي بصير و اعرض عن خبري غياث و طلحة و من افتي بالسراية فقد اعتمد خبري غياث و طلحة و هما لا يصلحان لمعارضة الصحاح المتقدمة مع موافقتهما للعامة، و على فرض التعارض و التساقت فالمرجع اصالة العدم فلا تثبت السراية .

(ألا أن يكون مريضا و لم يبرء و لم يخرج من الثلث) فلا ينفذ عند المصنف بناءً على عدم نفوذ منجزات المريض (ألا مع الإجازة) و قد تقدم في كتاب الوصايا ان الاقوى نفوذه .

(و لو كان له فيه شريك قوم عليه نصيبه و عتق مع يساره و سعى العبد في باقي قيمته مع إعساره)

عند المصنف تبعا للصدوق في المقنع و المفيد و المرتضى و الديلمي^١ كما في صحيح محمد بن قيس، عن الباقر عليه السلام: «من كان شريكا في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصته و له سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، و إن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم عتق ثم يسعى العبد بحساب ما بقي حتى يعتق»^٢.

١ مختلف الشيعة ج ٨ ص: ٣٣؛ المقنعة: ٥٥٠؛ المقنع: ١٥٦؛ المراسم: ١٩١؛ الانتصار: ١٦٩.

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٣ ح ٣

و صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام «في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه؟ قال: إن كان موسرا كلّف أن يضمن، وإن كان معسرا أخدمت بالحصص»^١.

و يؤيده خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقي؟ قال: نعم، يؤخذ بما بقي منه يوم أعتق»^٢.

هذا و في النهاية و الخلاف إن قصد القربة فلا تقويم بل يسعى العبد، فإن أبي لم يجبر، و إن قصد الإضرار فكه إن كان موسرا، و بطل العتق إن كان معسرا، و ابن إدريس أبطل العتق مع الإضرار، لعدم التقرب، و قال الحلبي يسعى العبد و لم يذكر التقويم، و ابن الجنيد إن أعتق لله غير مضار تخير الشريك بين إلزامه قيمة نصيبه إن كان مؤسرا و بين استسعاء العبد^٣.

و اما تفصيل الشيخ بين كونه قصد الإضرار ام لا، استنادا الى الحسن بن زياد: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أعتق شركا له في غلام مملوك عليه شيء؟ قال: لا» و مثله يعقوب بن شعيب جمعا بينهما و بين غيرهما مما سيأتي ففيه: ان هذه الروايات تبني على القول بالسراية و قد تقدم الاشكال فيها، مضافا الى تناقضها فهي على طوائف:

١ الفقيه ج ٣ ص ١١٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٣ ح ٦

٣ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٨ ص: ٣٤

منها: ما دل على ان عتقه لنصيبه موجب لتضرر الشركاء و ان لم يقصد الاضرار بهم فعليه ان يعتق نصيبهم عقوبة لعمله كما في موثق سماعة: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهما نصيبه؟ فقال: هذا فساد على أصحابه. يقوم قيمة و يضمن الثمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه»^١.

و صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدرّون على بيعه و لا مؤاجرته، قال: يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، و إنّما جعل ذلك عليه لما أفسده»^٢.

و منها: ما دل على التفصيل بين كونه مضاراً ام غير مضار فإن كان مضاراً كلّف أن يعتقه كلّه و إلّا استسعى العبد في النصف الآخر كما في صحيح الحلبي الاخر عنه عليه السلام «سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضاراً كلّف أن يعتقه كلّه و إلّا استسعى العبد في النصف الآخر»^٣.

و منها: ما دل على التفصيل بين كونه مضاراً ام غير مضار فإن كان مضاراً بطل عتقه كما في ذيل صحيح محمّد بن مسلم: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاماً و له فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضاراً و هو موسر ضمن للورثة، و إذا أعتق نصيبه لوجه الله عزّ و جلّ كان الغلام قد أعتق منه حصّة من أعتق و يستعملونه على قدر ما لهم فيه، فان كان فيه نصفه عمل لهم يوماً و له يوم، و إن أعتق

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج٦ ص١٨٣ ح٥

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج٦ ص١٨٢ ح١

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج٦ ص١٨٢ ح٢

الشريك مضاراً فلا عتق له لأنه أراد أن يفسد على القوم و يرجع القوم على حصّتهم^١،
الا ان صدره دال على صحته و ضمانه و ان كان مضارا و عليه فتسقط هذه الرواية
بالتناقض، و تبقى الطائفتين الاخرين و يتعارضان و يتساقطان و المرجع الاطلاقات
المتقدمة و التي بها افتي الاكثر.

و اما خبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السّلام «أن رجلاً أعتق عبدا له
عند موته لم يكن له مال غيره قال: سمعت النبيّ صلّى الله عليه و آله يقول: «يستسعى
في ثلثي قيمته للورثة»^٢ فهو يبتني على القول بالسراية و قد تقدم الاشكال فيها.
حصيلة البحث:

يستحب قبول الثمن من العبد اذا اتى به بعد سيع ، و يستحبّ عتق المملوك غير
الناصي. و يكره عتق العاجز عن اكتساب إلا أن يعينه و لا يكره عتق المستضعف. و من
أعتق شقصاً من عبده لم ينعتق كله السراية كما قيل، و لو كان له فيه شريك قوم عليه
نصيبه و عتق مع يساره و سعى العبد في باقي قيمته مع إعساره.

و لو عجز العبد فالمهاياة في كسبه

(و لو عجز العبد فالمهاياة في كسبه) بمعنى أنهما يقتسمان الزمان بحسب ما ينفقان
عليه، و يكون كسبه في كل وقت لمن ظهر له بالقسمة (و تتناول المعتاد و النادر)

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١١٥

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٦١

لعموم صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام «في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه؟ قال: إن كان موسرا كلّف أن يضمن، و إن كان معسرا أخدمت بالحصص»^١.

و اما خبر القاسم بن محمد عن عليّ «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوك بين أناس فأعتق بعضهم نصيبه قال يقوم قيمته ثمّ يستسعى فيما بقي ليس للباقي أن يستخدمه و لا يأخذ منه الضريبة^٢ فضعيف سنداً.

ثم انه هل يكون عتقه باداء الثمن او بمجرد إعتاق المولى له؟ قلت: القول بالاعتاق إنّما هو للعامّة فنقله المبسوطان^٣، و عندنا ليس عتقه إلّا بالأداء.

و لو اختلفا في القيمة حلف الشريك

(و لو اختلفا في القيمة حلف الشريك لأنه ينتزع من يده)

فلا ينتزع إلّا بما يقوله، لأصالة عدم استحقاق ملكه إلّا بعوض يختاره، و فيه: ان سعيه ليس برضا من مالكة بل هو حكم شرعي و عليه فاللازم اولا الرجوع إلى أهل الخبرة، لصحيح محمد بن قيس المتقدم عن الباقر عليه السلام: «و إن لم يكن له سعة من مال

١ الفقيه ج ٣ ص ١١٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٢١-٢٥

٣ النجعة في شرح اللعة، ج ١٠، ص: ٢٥

نظر قيمته يوم عتق ثم يسعى العبد بحساب ما بقي حتى يعتق^١ و غيره، و مع عدمهم فالاصل عدم الزيادة و عليه فالقول قول منكر الزيادة.
حصيلة البحث:

و لو عجز العبد عن السعي او امتنع فالمهاياة في كسبه و يتناول المعتاد و النادر، و لو اختلفا في القيمة حلف منكر الزيادة .

موارد حصول العتق

(و قد يحصل العتق بأمر بالعمى)

لقول الصادق عليه السلام في صحيح حماد: «إذا عمي المملوك فقد أعتق»^١، و غيره .

(و الجذام)

لمعتبر السكوني، عن الصادق عليه السلام: «قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: إذا عمي المملوك فلا رقّ عليه، و العبد إذا جذم فلا رقّ عليه»^٢.

(و الإقعاد)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٢٢ ح ٣٢

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٩ ح ٢

و مستنده ضعيف و هو خبر أبي البخترى، عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا يجوز في العتاق الأعمى و المقعد، و يجوز الأشلّ و الأعرج»^١.

و مرفوعة الإسكافي: «و عن أمير المؤمنين عليه السلام: إذا أصابته زمانة في جوارحه و يديه و من نكل مملوكه فهو حرّ»^٢.

و من الغريب أنّ الحلبيّ و ابن زهرة بدلّا المقعد بالأعرج و الأشلّ كما أنّ المفيد و الدّيلمى لم يذكر المقعد و لم يذكر الأعمى و الأجذم أيضا^٣.

و يردّ قول الحلبيّ موثق عمّار الساباطي، عن الصادق عليه السلام: «في رجل جعل على نفسه عتق رقبة فأعتق أشلّ أو أعرج؟ قال: إذا كان ممّا يباع أجزاء عنه - الخبر»^٤، و اخبار عمار و ان كانت شاذة ألا ان الاصل جواز عتقه.

هذا و ألحق ابن حمزة البرص الجذام^٥ و لم يذكر له دليل .

(و إسلام المملوك في دار الحرب سابقا على مولاه)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٥؛ و رواه الفقيه ح ١٠ من أخبار باب حرّيته؛ و زاد بين «الأعمى» و «المقعد» «و الأعور»، و مثله نقله المقنع في أواخر عتقه مرفوعا عن عليّ عليه السلام.

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٢٦

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٢٦

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٦٣ ح ١٦

٥ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٢٦

لما روي في حصار الطائف: «و نادى منادي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: أَيُّمَا عبد نزل من الحصن و خرج إلينا فهو حرّ، قال: فخرج منهم بضعة عشر رجلا، منهم أبو بكر نزل في بكرة فقيل أبو بكر فأعتقهم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله و دفع كلّ رجل منهم إلى رجل من المسلمين يمونه»^١.

و فيه: ان الخبر عامي و أنّ إسلام المملوك لا ينافي ملك الكافر له غاية أنه يجبر على بيعه و إنّما يملك نفسه بالقهر لسيده الكافر و هو من اسباب التملك عندهم و لا يتحقّق ثمّ إلّا بالخروج إلينا قبله .

(و دفع قيمة المملوك الوارث الى سيده)

للنصوص المستفيضة منها صحيح سليمان بن خالد، عن الصادق عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام «يقول في الرجل الحرّ يموت و له أمّ مملوكة، قال: تشتري من مال ابنها ثمّ تعتق ثمّ يورثها»^٢.

و أمّا خبر عبد الله بن طلحة، عن الصادق عليه السلام: «سألته، عن رجل مات و ترك مالا كثيرا و ترك أمّا مملوكة و أختا مملوكة قال: تشتريان من مال الميت، ثمّ تعتقان و تورثان، قلت: أ رأيت إن أبى أهل الجارية كيف يصنع؟ قال: ليس لهم ذلك و يقومان قيمة عدل، ثمّ يعطى ما لهم على قدر القيمة- الخبر» فضعيف سندا و هو أمّا محمول على التقيّة لأنّ العامّة يورثون الأخت مع الام، و اما ان قوله و اختا محرف او اختا .

١ النجعة ج ١٠ ص ٢٦ نقلا عن طبقات كاتب الواقدي في عنوان غزوة الطائف .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٤٧ ح ٥

(و تنكيل المولى بعبده)

لصحيحة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في من نكل بمملوكه، أنّه حرّ لا سبيل له عليه سائبة يذهب فيتولّى إلى من أحبّ، فإذا ضمن جريرته فهو يرثه»^١.

و في صحيحته ايضاً: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في امرأة قطعت ثدي وليدتها أنّها حرّة لا سبيل لمولاتها عليها»^٢.

و يؤيده مرسل جعفر بن محبوب عن الصادق عليه السّلام: كلّ عبد مثّل به فهو حرّ»^٣.

(و قد يحصل بالملك و قد سبق)

في البيع للنصوص المستفيضة منها صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «إذا ملك الرّجل والديه أو أخته أو خالته أو عمّته عتقوا عليه - الخبر»^٤.

و صحيح عبيد بن زرارة، عنه عليه السّلام: «سألته عمّا يملك الرّجل من ذوي قرابته، قال: لا يملك والده و لا والدته و لا أخته و لا ابنه أخيه و لا ابنة أخته و لا عمّته و لا خالته و يملك ما سوى ذلك من الرّجال من ذوي قرابته و لا يملك أمّه من الرّضاة»^١.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٧٢ ح ٩

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٣٠٣ ح ١

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٩ ح ١

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٧ ح ١

و اما خبر أبي حمزة، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: كلّ أحد إلّا خمسة: أباه و أمّها و ابنها و ابنتها و زوجها»^٢ فالمراد من عدم ملك الزوج فيه ليس كالعُمودين الاعتناق بل ملكه بعنوان الزوجية فيحصل فسخ زوجيته و يصير زوجها عبدا لها.

حصيلة البحث:

و يحصل العتق بالعمى و الجذام و إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه و دفع قيمة الوارث و تنكيل المولى بعبده و بالملك و قد سبق في كتاب البيع .

(مسائل)

(لو قيل لمن أعتق بعض عبده أ أعتقتهم؟ فقال: نعم لم يعتق سوى من أعتقتهم)

لأن الصيغة الاخبارية لا تكفي في العتق و يؤيد ذلك خبر سماعة «قال: سألته عن رجل قال لثلاثة ممالك له: أنتم أحرار و كان له أربعة، فقال له رجل من الناس أعتقت ممالكك؟ قال: نعم أ يجب عتق الأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثة الذين أعتق؟ قال: إنّما يجب العتق لمن أعتق»^٣.

(و لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين عتقا معا)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٨ ح ٧

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٧٧ ح ٣

٣ من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١١٥

إن ولدتهما دفعة واحدة، لأن ما من صبيغ العموم فيشملهما إذا كان مراد القائل ما يطابق المعنى اللغوي لا الفرد الواحد، و يؤيده مرفوع عبد الله بن الفضل الهاشمي «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربّها أول ولد تلده، فولدت توأماً؟ فقال: أعتق كلاهما»^١، و لو ولدتهما متعاقبين عتق الأول خاصة لانه الاول .

(و كذا لو نذر عتق أول ما يملكه فملك جماعة دفعة عتقوا أجمع)

لما ذكرناه من العموم .

(و لو قال أول مملوك أملكه فملك جماعة أعتق أحدهم بالقرعة و كذا لو قال أول مولود تلده)

لصحيح عبيد الله الحلبي، عن الصادق عليه السلام «في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم و يعتق الذي خرج سهمه»^٢.

و اما خبر الحسن الصيقل، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ فأصاب ستّة؟ قال: إنّما كان نيّته على واحد فليختر أيّهم شاء فليعتقه»^٣ و به عمل الإسكافي^١، لكنه ضعيف سنداً .

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٥ ح ٧

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٩٤

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٥٣

(و لو ان وطأها فأخرجها عن ملكه قبل الوطء، ثم أعادها لم يعد اليمين)

قال في الجواهر: الذي كان ظاهره التعليق على الوطء بالملك الأول، نحو ما سمعته في الإيلاء، نعم لو قصد الأعم من العائد و الموجود فلا إشكال في عدم الانحلال، كما لا إشكال فيه مع قصده الوطء بالملك الموجود^٢.

و اما الاستدلال بصحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول: متى آتيتها فهي حرّة، ثم يبيعها من رجل آخر ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه»^٣ ففيه: انه لم يذكر فيه نذر و لا بدّ في النذر أن يكون شكرا لشرطه أو زجرا عنه، و وطؤها لا ينطبق على أحدهما حتّى يجعل شرطاً، و أيضا لم يقل أحد منّا بانعتاق المملوك بالنذر سوى ابن حمزة بل كل من قال به قال باحتياجه إلى الإعتاق مع أنّ الخبر ظاهر في الانعتاق بذلك، و لعلّه لذا لم يروه الكليني. و لم يفت به غير الصدوق في الفقيه و المقنع^٤. و بذلك تعرف ضعف حمل الشيخ له على النذر فأفتى به، و تبعه القاضي و كذا الحلبي مع تردد له، فقال: «و

١ النجعة ج ١٠ ص ٣١

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ١٣١

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١١٥

٤ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٢

٥ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٢

قد روي أنه إذا كان للرجل جارية فنذر أنه متى وطأها كانت معتقة - إلى - وفقه الرواية إن صحّت أنه إذا أخرجها من ملكه انحلّ نذره لأنه نذر في ملكه فإذا زال ملكه انحلّ^١.

(ولو نذر عتق كل مملوك انصرف الى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر)

قال في الجواهر: إذا لم يكن هناك عرف يقتضي خلافه أو قصد كذلك، بل نذر و قصد مصداق ذلك في نفس الأمر الذي لا يمكن معرفة أول مصاديقه لأحد إلاّ علام الغيوب أو من أودعه علم ذلك، فإنه حينئذ أعرف أهل العرف، ضرورة أن العرف العام إنما يعرف الأفراد المعلومه منه، كما أنه يعرف الأفراد المعلوم أنها ليست منه، أما أول المصاديق فلا طريق له إلى معرفته، فيكون المقام حينئذ كميانه عليه السلام تحديد الوجه على التحقيق و الركوع و المسافة و نحو ذلك، و مع فرض عدم تجدد عرف آخر يكون هو الميزان^٢، ثم قال: وهذا هو المراد من مرسل داود النهدي «قال: دخل ابن أبي سعيد المكاربي على أبي الحسن الرضا عليه السلام فقال له: أبلغ الله من قدرك أن تدعي ما ادعى أبوك، فقال له: أطفأ الله نورك و أدخل الفقر بيتك أو ما علمت أن الله تبارك و تعالى أوحى إلى عمران أنني واهب لك ذكرا فوهب له مريم و وهب لمريم عيسى فعيسى من مريم و مريم من عيسى و مريم و عيسى شيء واحد و أنا من أبي و أبي مني، و أنا و أبي شيء واحد. فقال له ابن أبي سعيد: و أسألك عن مسألة. فقال: لا أخالك تقبل مني و لست من غنمي و لكن هلمها، فقال: رجل قال عند موته: «كلّ مملوك لي قديم فهو حرّ لوجه الله» قال: نعم. إن الله عزّ ذكره يقول في كتابه

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٢

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ١٣٣

﴿حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾ فما كان من مماليكه أتى عليه ستّة أشهر فهو قديم و هو حرّ قال: فخرج من عنده و افتقر حتّى مات و لم يكن عنده مبيت ليلة^١.

حكم من اشترى أمة نسيئة و أعتقها و تزوجها

(و لو اشترى أمة نسيئة و أعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها أو تزوجها بمهر ثم مات و لم يخلف شيئاً نفذ العتق) لوقوعه من أصله صحيحاً (و لا تعود رقا) لأن الحر لا يطرأ عليه الرقية في غير الكافر (و لا) يعود (ولدها) منه رقا أيضاً، لانعقاده حراً كما ذكر (على ما تقتضيه الأصول) الشرعية، فإن العتق و النكاح صادفاً ملكاً صحيحاً، و الولد انعقد حراً، فلا وجه لبطلان ذلك .

قلت: و هذا الكلام من المصنف ينافي ما قاله في كتاب البيع من جواز بيع الأمة في ثمن رقبته مع إفسار مولاهما بعد موت مولاهما كما دل عليه صحيح عمر بن يزيد لكنه خاص بما بعد موت مولاهما ففيه: «أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدي عنها اخذ ولدها منها و بيعت فادي ثمنها قلت فيعن في ما سوى ذلك من ابواب الدين و وجوهه؟ قال لا^٢» و عليه يحمل اطلاق صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال سألته عن أمّ الولد قال أمة تباع و تورث و توهب و حدّها حدّ الأمة»^٣، و يؤيده قوله هذا:

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٤، ص: ١٩٥ ح ٦

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٣ باب أمهات الأولاد .

٣ الفقيه ٣-١٣٨-٣٥٠٧

(و في رواية هشام بن سالم الصحيحة) برواية التهذيب (عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام رقها و رق ولدها لمولاها الأول)

و متن الرواية هكذا: «قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة فلماً قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوّجها و جعل عتقها مهرها ثمّ مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة^١ تحيط بقضاء ما عليه من الدّين في رقبته كان عتقه و نكاحه جائزاً، قال: و إن لم يكن للذي اشتراها فأعتقها و تزوّجها مال و لا عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدّين في رقبته فان عتقه و نكاحه باطل لأنّه أعتق ما لا يملك و أرى أنّها رقٌّ لمولاها الأوّل قيل له: فان كانت قد علفت من الذي أعتقها و تزوّجها ما حال الذي في بطنها فقال: الذي في بطنها مع أمّه كهيتها»^٢.

و اورد الشهيد الثاني على الصحيح بقوله: «و هذه الرواية منافية للأصول بظاهرها، للإجماع على أن المعسر يملك ما اشتراه في الذمة، و يصح عتقه، و يصير ولده حراً، فالحكم بكون عتقه و نكاحه باطلين، و أنه أعتق ما لا يملك، لا يطابق الأصول، و مقتضاها أنه متى قصر ماله عن مجموع ثمنها يكون الحكم كذلك و إن قل»^٣.

١ بضم العين و سكون القاف: العقار و هو ما يهينه الإنسان له و بعده لنفسه من الأملاك.

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٠٢ ح ٢٠

٣ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٣٠٣

و فيه: أنه لا مخالفة فيه للاجماع لما ذكره هو في كتاب البيع من عدم جواز بيعها إلا في ثمانية مواضع أحدها في ثمن رقبته مع إفسار مولاهما سواء كان حياً أو ميتاً. و قال: «أما مع الموت فموضع وفاق و أما مع الحياة فعلى أصح القولين لإطلاق النص»^٢، اقول: و معنى جواز بيعها انها ترجع رقا و يبطل عتقها و عليه فلا ينافي الصحيح الاصول بل هو من الموارد الاستثنائية و به أفتى الإسكافي و الشيخ و القاضي صريحاً^٣.

و عتق الحامل لا يتناول الحمل

(و عتق الحامل لا يتناول الحمل)

كما هو مقتضى الاصل للمغايرة، فلا يدخل أحدهما في مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا و سواء علم به أم لا .

(ألا على رواية السكوني) و هي: عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام «في رجل أعتق أمة و هي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرّة و ما في بطنها حرّ لأنّ ما في بطنها منها»^٤، و الرواية و ان كانت ضعيفة بالنوفلي إلا ان الاصحاب اعتمدوا كتاب السكوني و عليه فهي موثوق بها كما تقدم نظيره .

حصيلة البحث:

١ و قد تقدم الاشكال منا في زمان حياته فراجع كتاب البيع .

٢ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشي - سلطان العلماء)؛ ج ١، ص: ٢٨٣

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٧

٤ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤٢

لو قيل لمن أعتق بعض عبيده: أعتقتهم؟ فقال: نعم، لم يعتق سوى من أعتقه.

و لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين عتقا معا إن ولدتهما دفعة واحدة، و لو ولدتهما متعاقبين عتق الأول خاصة، و كذا لو نذر عتق أول ما يملكه فملك جماعة عتقوا.

و لو قال: أول مملوك أملكه، فملك جماعة أعتق أحدهم بالقرعة، و كذا لو قال أول مولود تلده.

و لو نذر عتق أمته إن وطئ فأخرجها عن ملكه ثم أعادها لم يعد اليمين ان قصد التعليق على الوطاء بالملك الأول، و لو قصد الأعم من العائد و الموجود فلا ينحل نذره .

و لو نذر عتق كل مملوك قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر ان قصد المعنى الشرعي و ألا حمل على المعنى العرفي .

و لو اشترى أمة نسيئة و أعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها أو تزوجها بمهر ثم مات و لم يخلف شيئاً رجعت الى مولايها الأول هي و ولدها، و عتق الحامل يتناول الحمل للنص.

(كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء)

(و النظر في أمور ثلاثة)

الأول في التدبير

(الأول: التدبير) و هو تفعيل من الدبر، و المراد به هنا تعليق الحكم بدبر الحياة، و إليه يرجع ما قيل من أنه سمي تدبيراً، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه و أمر آخرته بإعتاقه، لأن التدبير في الأمر مأخوذ من الدبر أيضاً، بمعنى النظر في عواقب الأمور و أدبارها^١.

ماهية التدبير

و هو: (تعليق عتق عبده بوفاته، أو تعليقه على وفاة زوج المملوكة التي دبرها أو على وفاة مخدوم العبد على قول مشهور)

أمّا وفاة المولى فإجماعيّ قولاً و خبراً، و أمّا زوج المملوكة أو مخدوم العبد فأنكره العمانيّ و المفيد و الديلميّ و الحلبيّ^٢ فلم يذكر الأوّلون غير وفاة المولى، و الأخير صرّح بعدم كفاية وفاة غيره، و المفهوم من المبسوطين أيضاً العدم و كذا الغنية^٣.

و استدللّ للتعليق على وفاة المخدوم بصحيح يعقوب بن شعيب، عن الصادق عليه السّلام: «سألته عن الرّجل يكون له الخادم تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش فاذا مات فهي حرّة فتأبى الأمة قبل أن يموت الرّجل بخمس سنين أو ستّة ثمّ يجدها ورثته أ

١ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ١٩٤

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٨

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٨

لهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرَّجُل فقد عتقت^١، وعلق عليه الشيخ بقوله: «لا ينافي هذا الخبر ما دلَّ على بطلان التدبير بالإباق لان المبطل تدبير علق بموت المولى و هذا علق بموت المخدوم»^٢.

و فيه: ان التعليق على موت المخدوم مبني على كون ضمير الفاعل في «ما عاش» و في «فإذا مات» راجعا إلى فلان الذي جعل له الخدمة، و هو خلاف الظاهر بل هو راجع إلى «الرجل يكون له الخادم» و هو المولى كما أنّ المراد بقوله: «إذا مات الرَّجُل» في آخر الخبر «الرَّجُل يكون له الخادم» و هو المولى دون فلان في «لفلان» فغاية ما يدلّ عليه الخبر أنّه إنّ الجارية المدبّرة بعثت المولى إذا أبقت من مخدوم غير مولاها لا يبطل تدبيرها بل تعتق بموت مولاها و ليس لورثة المولى تقاصّها و لا ورثة المخدوم له، لعدم ذكر موته و لذا لم يروها الكافي في التدبير .

هذا و ذهب الى ذلك الشيخ في النهاية و تبعه القاضي و ابن حمزة و قال في المختلف و هو ظاهر الإسكافي^٣، قلت: لكنّه غير معلوم، فنقل عنه في مسألة أخرى عدم صحّة التدبير إذا قال له: أنت حرّ إذا متّ نهارا و كذلك لو قال له: أنت حرّ بعد موت فلان»^٤.

و استدللّ للتعليق بوفاة الزّوج بصحيح الحسن بن محبوب عن محمّد بن حكيم و هو ممدوح «قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السّلام عن رجل زوّج أمته من

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٣

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٩ ص ١٤٣

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٩

٤ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٩

رجل آخر قال لها: إذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج، قال: إذا مات الزوج فهي حرة تعتدّ عدة المتوفى عنها زوجها و لا ميراث لها منه لأنّها إنّما صارت حرة بعد موت الزوج^١، ألا انه لم يظهر القائل به من القدماء ما عدا الصدوق في الفقيه، مضافا الى اشتماله على عدم ارث المملوك اذا اعتق قبل القسمة و هو خلاف المشهور و النصوص المستفيضة منها صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام بلفظ «و من أعتق على ميراث قبل أن يقسّم الميراث فهو له و من أعتق بعد ما قسم فلا ميراث له - الخبر»^٢، و عليه فلا وثوق بالخبر .

(و الوفاة) المعلق عليها (قد تكون مطلقة) غير مقيدة بوقت، و لا مكان، و لا صفة (و قد تكون مقيدة) بأحدها كهذه السنة، أو في هذا البلد، أو المرض كما قال بذلك المبسوطان و تبعهما القاضي و ابن حمزة^٣ و صرح الإسكافي ببطلانه حيث قال: «إنّ قوله: «أنت حرّ يوم أموت» مع تفسيره بإرادة الموت نهارا دون اللّيل نذر عتق، لا تدبير، لأنّ التدبير عتق على كلّ حال»^٤. قيل: و الحصر بالمطلق أيضا هو المفهوم من الحلبيّ و هو ظاهر الحلبي^٥.

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٧١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٤٤ ح ٤

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٣٩

٤ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٠

٥ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٠

و الاقوى جوازه لصحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام: «سألته عن رجل قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حرّ، فقال أبو عبد الله عليه السلام: يردّ من وصيته ما شاء و يجيز ما شاء»^١ و دلالته واضحة .

صيغة التدبير

(و الصيغة أنت حر أو معتق بعد وفاتي) في المطلق (أو بعد وفاة فلان) في المقيد و قد تقدم الاشكال فيه، و حصر الصيغة في ما قال يدلّ على قوله بعدم إجراء «أنت مدبر» و هو أحد القولين في المسألة كما ذهب إليه الشيخ في الخلاف، قيل: و هو المفهوم من الحلبيّ و هو ظاهر الحلبيّ^٢، و استدل له بأن التدبير عتق معلق على الوفاة كما استفيد من تعريفه فينحصر في صيغة تفيده، و ذهب إلى الانعقاد به القاضي و به قال الإسكافيّ فقال: «و الذي نختار: للسيد إذا أراد تدبير عبده بعد موته أن يقول بمشهد من يجب الحقوق بشهادته: «إنّي قد أعتقت فلانا، أو حرّرته عن دبر، أو هو حرّ إذا متّ أو عند موتي، أو متى ما متّ، أو إذا حدث بي حدث الموت» ليكون مصرّحاً بعتاقه و ذلك أحوط من أن يقول: «دبرت عبدي أو هو مدبر» لأنّ ذلك يحتمل غير العتق»، و هو ظاهر إطلاق ابن حمزة و ابن زهرة^٣. قلت: و حيث لم يرد فيه اشتراط لفظ مخصوص فالاقوى كفاية كلّ ما دلّ على المراد مضافا الى أن التدبير حقيقة شرعية في العتق المخصوص فيكون بمنزلة الصيغة الصريحة فيه .

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٩١ ح ١٩

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٠

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٠

هذا و لا يقع باللفظ. مجردا، بل (مع القصد الى ذلك) المدلول فلا عبرة بصيغة الغافل، و الساهي، و النائم، و المكره لان التدبير من الافعال القصدية فلا يتحقق بلا قصد .
(و لا يشترط نيّة التقرب)

عند المصنف لإطلاق الأدلة بعد عدم كونه عتقا بل هو شيء مستقل اشبه بالوصية، و على فرض الشك فالاصل عدم الاشتراط .

وقيل: يشترط و اليه ذهب في الجواهر فقال: «فلا ريب في انه عتق لكنه غير منجز ثبتت مشروعيته، فيشمله حينئذ ما تقدم من أنه «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى»^١ و غيره من الأدلة على اعتبار القرية في العتق، مضافا إلى الإجماع المحكي عن المرتضى على ذلك و على عدم جواز تدبير الكافر، بل و إلى الصحيح «إن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له، و إن كان في صحة و سلامة منه- أي الدين كما عن جماعة- فلا سبيل للديان»^٢ - الى ان قال - و لا يعارضه الإطلاق المقيد بما سمعت، بل قد عرفت أنه ليس إلّا إطلاق العتق الذي قد سمعت اعتبار نية القرية فيه، بل قيل: إنه لا إطلاق هنا سوى أخبار واردة في غير حكم المسألة، و لعله لذا كان خيرة المرتضى و الحلبي و الفاضل في ظاهر المختلف اشتراطها»^٣، قلت: و هو الاقوى .

١ الوسائل-الباب-٤- من كتاب العتق الحديث ١.

٢ الوسائل-الباب-٩- من أبواب التدبير الحديث ١.

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢٠٢

و شرطها التنجيز

(و شرطها التنجيز و ان يعلّق ببعد الوفاة بلا فصل فلو قال: أنت حرّ بعد وفاتي بسنة بطل)

قال في الجواهر: «بل عن ظاهر الخلاف و المبسوط و السرائر الإجماع عليه، مضافا إلى ما سمعته مكررا مما يدل على اعتبار التنجيز في كل عقد و إيقاع»، قلت: لم يرد في اشتراط التنجيز و عدم الفصل نصّ فلا اطلاق في البين حتى يتمسك به و عليه فالمنجز منه بلا فصل هو القدر المتيقّن من مشروعيته، و الاجماع المدعى يرجع الى ما ذكرنا فهو مدركي، و بذلك يظهر ضعف ما قيل: من انه يصح فيهما و يكون في الثاني وصية بعته^٢، و ذلك لما تقدم من كونه غير الوصية فانه لو صح لحصل الانعتاق بلا حاجة لعته، في حين انه لو كان وصية لاحتاج الى ان يعتق .

شروط المدبر

(و شرط المباشر الكمال و الاختيار)

لما تقدم من الدلة العامة بلا خلاف في شيء من ذلك إلّا في خصوص البالغ عشر سنين فذهب الخلاف إلى جوازه من البالغ عشرا^٣، و هو الاقوى لإطلاق موثق صفوان عن موسى بن بكر عن زرارة، عن الباقر عليه السلام: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له

١ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢٠٣

٢ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٣٢٠

٣ النجعة ج ١٠ ص ٤١

في ماله ما أعتق و تصدق و أوصى على حدٍ معروف و حقّ فهو جائز^١ و به عمل الفقيه^٢، لكن بشرط كونه في حد معروف وللأرحام لصحيح ابن مسلم «ان الغلام اذا حضره الموت و لم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام و لم تجز للغرباء»^٣، و غيرها^٤.

(و جواز التصرف)

خلافًا لما عن الشيخ من جوازه في السفية، لكونه تصرفًا بعد الموت الذي يرتفع معه حكم السفية^٥، و هو اللازم من قول المفيد و الديلمى و الحلبيين بجواز وصية السفية إلحاقًا بالصبي^٦.

قلت: و هو كما ترى، فانه بلا شاهد و دليل و لو صح ذلك لصحت وصية السفية بثلثه، و هو معلوم البطلان، على أن التدبير عتق منه حال سفهه و إن تأخر أثره إلى ما بعد الوفاة، كما هو واضح^٧.

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٨ ح ١

٢ الفقيه ج ٤ ص ١٩٧ باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته.

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٨ ح ١

٤ الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ٧، ص ٢٩، ح ٣

٥ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢١٣

٦ النجعة ج ١ ص ٤١

٧ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢١٣

و لا يشترط الإسلام

(و لا يشترط الإسلام فتصح مباشرة الكافر و ان كان حربياً) عند المصنف بناء على عدم اشتراط القرية، و للأصل، و فيه: ما تقدم من شرطية القرية .

هذا و لو تحققت من نية القرية او لم نقل باشتراطها (فان دبر مثله و استرق أحدهما أو كلاهما بطل التدبير)

كما هو مقتضى القواعد أما مع استرقاق المملوك فظاهر، لبطان ملك الحربي له المنافي للتدبير و أما مع استرقاق المباشر فلخروجه عن أهلية الملك و هو يقتضي بطان كل عقد و إيقاع جائزين

(و لو أسلم المدبر بيع على الكافر و بطل تدبيره)

لما تقدم من انتفاء السبيل له على المسلم قال تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^١، و يؤيده ما في المرفوع عن حماد بن عيسى، عن الصادق عليه السلام: «إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَتَى بَعْدَ ذَمِّي قَدْ أَسْلَمَ فَقَالَ أَذْهَبُوا فَبِيعُوهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَ ادْفَعُوا ثَمَنَهُ إِلَى صَاحِبِهِ وَ لَا تَقْرُوهُ عِنْدَهُ»^٢ و هو و ان لم يرد في خصوص التدبير بل في عتق القن الا انه لا خصوصية للمورد فيعم التدبير .

(و لو حملت المدبرة من مملوك فولدها مدبر)

١ النساء: الآية ١٤٠

٢ الكافي ج٧ ص٤٣٢ ح١٩؛ وسائل الشيعة ج١٧ ص ٣٨٠ باب ٢٨

لصحيح الوشاء: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل دبّر جاريته و هي حبلى، فقال: إن كان علم بحبلها فما في بطنها بمنزلتها و إن كان لم يعلمه فما في بطنها رق»^١.

و موثق عثمان بن عيسى الكلابي عن أبي الحسن الأول عليه السلام «سألته عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولودة مدبرة هي أو غير مدبرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبرة قبل أن دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري و لكن أجبني فيهما جميعا، فقال: إن كانت المرأة دبّرت و بها حبل و لم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة و الولد رق، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه»^٢ و غيرهما .

و أمّا صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن رجل قال: إذا متّ فجاريتي فلانة حرة، فعاش حتّى ولدت الجارية أولادا ثمّ مات ما حالها؟ قال: عتقت الجارية و أولادها ممالك»^٣ فخير شاذّ.

هذا و صرّح الشيخ في المبسوط بعموم الحكم لولد الزنا فقال: «فان دبّرها ثمّ أتت بولد من زوج أو زنا فإنه يكون الولد مدبرا عندنا معها و قال بعضهم هو عبد قن»^٤، قلت: لعموم ما تقدم و لا يضر بذلك عدم لحوقه شرعا لانه إنما هو بالنسبة إلى الزاني لقول

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢٦١ ح ١٥

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢٦١ ح ١٠

٣ مسائل علي بن جعفر و مستدركاتهما ص ١٨٨ ح ٣٧٧

٤ النجعة ج ١٠ ص ٤٣

النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» و أمَّا بالنسبة إلى الزانية فقد قال تعالى ﴿إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾.

و لو حملت من سيدها صارت أم ولد

(و لو حملت من سيدها صارت أم ولد) و لم يبطل التدبير لاطلاق ادلة الاستيلاء.
(و تعتق من الثلث بسبب التدبير، فان فضلت) قيمتها عن الثلث (فمن نصيب الولد) يعتق الباقي.

حكم ما لو رجع في تدبيرها

(و لو رجع في تدبيرها لم يكن رجوعاً في تدبير ولدها) لعدم الملازمة بينهما .

(و لو صرَّح بالرجوع في تدبيره فقولان)

أحدهما: الجواز ذهب إليه ابن ادريس^١ لانه كما يجوز الرجوع في تدبيرها، لكون التدبير جائزاً فيصح الرجوع فيه، و الفرع لا يزيد على أصله.

(و المروي المنع)

الثاني: المنع و هو الذي اختاره الشيخ في نهايته و خلافه و قال: عليه إجماعنا و أخبارنا، و صرَّح به القاضي و ابن حمزة^٢، و هو المفهوم من الكافي فروى صحيحاً عن أبان بن

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٤

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٤

تغلب، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن رجل دبّر مملوكته ثم زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، فقال: أولاده منها كهيتها فإذا مات الذي دبّر أمهم فهم أحرار، قلت له: أ يجوز للذي دبّر أمهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقي أولادها من الزوج الحرّ أ يجوز لسيدّها أن يبيع أولادها و أن يرجع عليهم في التدبير، قال: لا إنّما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج و رضيت هي بذلك»^١. و يشهد له ايضاً صحيح بريد العجليّ، عن الباقر عليه السلام: «سألته عن رجل دبّر مملوكا له تاجرا موسرا فاشترى المدبّر جارية بأمر مولاه فولدت منه أولادا ثم إنّ المدبّر مات قبل سيده قال: فقال: أرى أن جميع ما ترك المدبّر من مال أو متاع فهو للذي دبّره و أرى أن أمّ ولده للذي دبّره و أرى أنّ ولدها مدبّرون كهية أبيهم، فإذا مات الذي دبّر أباهم فهم أحرار»^٢ و به عمل الصدوق^٣، والخبران صحيحان، لكن الأوّل تضمّن كون ولد الأمة من الحرّ مملوكا و ان رجوعه مشروط باحتياجه و رضى المدبر و هو خلاف الصواب. و الثاني ليس بصريح لكن له ظهور تامّ، و كذلك يمكن نسبته إلى ظاهر الإسكافيّ حيث قال: «لو أراد السيّد فسخ التدبير عن الأب لم يكن فسخه ذلك عنه إخراجا لولده عن التدبير»^٤.

(و دخول الحمل في التدبير للامّ مروى)

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٨٤ ح ٦

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٨٥ ح ٨

٣ المقنع ص ٤٧٢؛ الفقيه ج ٣ ص ١٢٣

٤ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٤

اما الدخول مطلقا ففسبه المختلف إلى القاضي ناقلا عنه أنه قال: «و إذا دبر أمته و هو لا يعلم أنّها حامل و لم يذكر في تدبيره ما في بطنها كان التدبير لهما، و كذلك إن حدث الحمل بعد التدبير» و فيه: ان الظاهر أنّ قوله: «و هو لا يعلم» محرّف «و هو يعلم» و إلّا فمفهومه أنّه إذا كان يعلم بحملها و سكت فليس التدبير للولد و هو على العكس من الدليل ففي صحيح الوشاء: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل دبر جاريتة و هي حبلى، فقال: إن كان علم بحبلها فما في بطنها بمنزلتها و إن كان لم يعلمه فما في بطنها رق»^١، و به أفتى الشيخ في النهاية و تبعه القاضي و ابن حمزة، و هو المفهوم من الإسكافيّ حيث قال: «لو دبرها و هو لا يعلم أنّها حامل و لم يذكر في تدبيره ما في بطنها لم يتعدّها التدبير»^٢، و هو المفهوم من الكافي و الفقيه لروايتهما للصحيح و أمّا روايتهما لموثق عثمان بن عيسى الكلابي عن أبي الحسن الأوّل عليه السلام «سألته عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولودة مدبرة هي أو غير مدبرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبرة قبل أن دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري و لكن أجبني فيهما جميعا، فقال: إن كانت المرأة دبّرت و بها حبل و لم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة و الولد رق»^٣ فلا مفهوم له بالنسبة الى ما لو ذكرت حملها و عليه فالخبر ساكت عن هذه الصورة و صحيح الوشاء بين حكمها .

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢٦١ ح ١٥

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٤

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢٦١ ح ١٠

هذا و ظاهر المبسوطين عدم الدخول مطلقا حيث أطلقا و لم يذكر ا حال العلم و عدمه، و بالإطلاق أفتى الحلّي^١، و الاقوى الدخول مع العلم و السكوت و عدمه مع عدمه .

(كعتق الحامل)

يعني كما أن في عتق الحامل روي أن الحمل يتبعها، كذلك في تدبير الحامل روي أن الحمل يتبعها، و هو ما تقدم من معتبر السكوني عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام «في رجل أعتق أمة و هي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرّة و ما في بطنها حرّ لأنّ ما في بطنها منها»^٢.

حصيلة البحث:

التدبير تعليق عتق عبده بوفاته، و الوفاة قد تكون مطلقةً و قد تكون مقيدةً في هذا المرض مثلا، و الصيغة. أنت حرّ أو عتيقّ أو معتقّ بعد وفاتي و يكفي كلّ ما دلّ على المراد، مع القصد الى ذلك فلا عبرة بصيغة الغافل، و الساهي، و النائم، و المكره، و يشترط فيه القرية، و يشترط في الصيغة التّنجيز و أن يعلّق بعد الوفاة بلا فصل، فلو قال: أنت حرّ بعد وفاتي سنةً، بطل.

و يشترط في المدبر البلوغ إلّا في خصوص البالغ عشر سنين فيصح تدبيره، و العقل و الاختيار و جواز التّصرّف. و لا يشترط الإسلام فيصحّ مباشرة الكافر اذا تحققت منه

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٤

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤٢

القربة و إن كان حربياً، فإن دبر مثله و استرق أحدهما أو كلاهما بطل التدبير، و لو أسلم المدبر بيع على الكافر و بطل تدبيره، و لو حملت المدبرة من مملوك فولدها مدبراً، و لو حملت من سيدها صارت أمّ ولد فتعتق من الثلث، فإن فضلت فمن نصيب الولد، و لو رجع في تدبيرها لم يكن رجوعاً في تدبير ولدها، و لو صرح بالرجوع في تدبيره . و يدخل الحمل في تدبير الأمّ ان علم بحملها و سكت و ألا فلا .

و يتحرّر المدبر من الثلث

(و يتحرّر المدبر من الثلث)

للنصوص المستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «المدبر من الثلث و للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحّة أو مرض»^١.

و في صحيح معاوية بن عمّار، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن المدبر هو بمنزلة الوصية يرجع فيها و في ما شاء منها. قال: نعم»^٢.

(و لو جامع الوصايا قدم الأوّل فالأوّل)

إن لم يكن فيها واجب كما تقدم البحث عنه في كتاب الوصايا .

(و لو كان على الميت دين قدم الدين)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢٢ ح ٣

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢٣ ح ٤

من الأصل، سواء كان متقدما على التدبير أم متأخرا. و منه الوصية بواجب مالي كما تقدم البحث عنه في كتاب الوصايا .

(فإن فضل) من التركة (شيء عتق المدبّر من ثلث ما بقي)

قال في الجواهر «للمشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا إذ لم نعرف مخالفا إلّا الشيخ في النهاية التي هي متون أخبار و ليست كتاب فتوى، و تبعه القاضي، ففرق بينهما، فقدم التدبير على الدين إذا كان لاحقا و بالعكس إذا كان سابقا لصحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن رجل دبّر غلامه و عليه دين فرارا من الدّين؟ قال: لا تدبير له و إن كان دبّره في صحّة و سلامة منه فلا سبيل للدّيان»^١ و صحيح عليّ بن يقطين، عن أبي الحسن عليه السلام في خبر «و إن كان على مولى العبد دين فدبّره فرارا من الدّين فلا تدبير له، و إن كان دبّره في صحّة و سلامة فلا سبيل للدّيان عليه و يمضى تدبيره»^٢ القاصرين عن معارضة ما تقدم من النصوص الدالة على أنه بمنزلة الوصية و أنه من الثلث و أن قضاء الدين خير له من وجوه، فيطرحان أو يحملان على التدبير الواجب بنذر و شبهه»^٣، قلت: و قد أنكر ما فيهما الحلّي^٤، و بذلك تعرف ضعف

١ الوسائل-الباب-٩- من أبواب التدبير الحديث ١

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٣

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٤، ص: ٢٣٢

٤ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٧

ما قاله ابن حمزة من انه إذا دبّر مملوكا فرارا من الدّين عليه لم يصحّ وإن لم يكن فرارا صحّ استنادا اليهما .

هذا و يشهد للمشهور خبر الحسن بن عليّ بن أبي حمزة، عن أبي الحسن عليه السّلام: «قلت له: إنّ أبي هلك و ترك جاريتين قد دبّرهما و أنا ممّن أشهد لهما و عليه دين كثير فما رأيك؟ فقال: رضي الله عن أبيك و رفعه مع محمّد صلّى الله عليه و آله و أهله قضاء دينه خير له إن شاء الله»^٢.

و اما صحيح الحلبي «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال: إن مت فعبدني حر و على الرجل دين، فقال: إن توفي و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام بيع العبد، و إن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه، و هو حر إذا أوفى» فمبني على انعتاق جزء منه مع فرض عدم الإحاطة و سرايته الى الكل، فيستسعى حينئذ، و قد تقدم الاشكال فيه مضافا الى ترك ذكر الوارث فيه مع أن له حقا أيضا.

هذا و قال الشيخ في الخلاف: «إذا دبّر ممالك جماعة واحدا بعد آخر و بعضهم في مرضه و بعضهم في صحّته و أوصى بعتق عبد آخر فان خرجوا من الثلث أعتقوا كلّهم و إن لم يخرجوا بديء بالأوّل فالأوّل و يسقط الأخير إذا لم يستوف الثلث، فان اشتبه الحال فيه و لم يدر بمن بدء أقرع إلى تمام الثلث»^٣.

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٧

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٦٢ ح ١٦

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٩

و اما خير يزيد شعر عن الصادق عليه السلام: «سألته عن جارية أعتقت عن دبر من سيدها قال: فما ولدت فهم بمنزلتها و هم من ثلثه، فان كانوا أكثر من الثلث استسعوا في النقصان- الخبر»^١ الدال على عتق جزء من كلّ منهم بقدر الثلث في مثله، و في ما زاد يستسعون في ما بقي لا أنه يخرج بقدر الثلث منهم بالقرعة فضعيف سندا بيزيد .

هذا و فصل المرتضى في انتصاره في التدبير الواجب فمن الأصل و غيره فمن الثلث، فقال: «و ممّا انفردت به الإمامية بأنهم قسموا التدبير و قالوا: إن كان عن و جوب فهو من رأس المال و إن كان عن تطوّع فهو من الثلث لأنّ أبا حنيفة و الثوريّ و مالكا و الأوزاعيّ و ابن حيّ و الشافعيّ قالوا بالإطلاق: يكون المدبّر من الثلث. و قال زفر و الليث بن سعد، و مسروق، و إبراهيم النّخعيّ: من جميع المال- إلخ»^٢. قلت: و هو الاقوى لان الواجب كالنذر من الديون كما لا يخفى .

و يصحّ الرجوع في التدبير قولاً و فعلاً

(و يصحّ الرجوع في التدبير قولاً مثل رجعت في تدبيره)

للنصوص المستفيضة و قد تقدم بعضها كصحيح معاوية بن عمّار، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن المدبّر هو بمنزلة الوصيّة يرجع فيها و في ما شاء منها؟ قال: نعم» ثمّ «عن زرارة، عنه عليه السلام: سألته عن المدبّر أ هو من الثلث فقال: نعم، و للموصي أن يرجع في وصيّته في صحّة كانت وصيّته أو مرضاً».

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٤

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٤٩

و اما خبر الوشاء، عن الرضا عليه السلام: «سألته عن الرجل يدبر المملوك و هو حسن الحال، ثم يحتاج هل يجوز له أن يبيعه؟ قال: نعم إذا احتاج إلى ذلك»^١ الدال على تقيد ذلك باحتياجه فضعيف سندا و يرده صريحا صحيح يونس «في المدبر و المدبرة يباعان يبيعهما صاحبهما في حياته فاذا مات فقد عتقا لأن التدبير عدة و ليس بشيء واجب - إلى - و فرجها حلال لمولاها الذي دبرها و للمشتري إذا اشتراها حلال بشرائه قبل موته»^٢.

هذا و ظاهر المفيد عدم جواز البيع مطلقا، بل بيع خدمته فقط فقال: «و لمالك العبد أن يبيع بعد التدبير له غير أنه متى مات البائع صار حراً لا سبيل للذي ابتاعه عليه»^٣ و لعله استند إلى خبر السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام: «باع النبيّ صلى الله عليه و آله خدمة المدبر و لم يبع رقبته»^٤. و فيه: انه اعم فلا دلالة فيه و لا يمكن ان يعارض ما تقدم من النصوص المستفيضة .

أو صحيح أبي مريم عن الصادق عليه السلام «سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته؟ فقال: نعم أيّ ذلك شاء فعل»^٥. و فيه: انه كسابقه لا دلالة له .

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٣ ح ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٥ ح ١٠

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٠

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٦٠ ح ٨

٥ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٦٣ ح ٢٤

أو خير علي عنه عليه السلام «سألته عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته؟ قال: إن أراد بيعها باع خدمتها، فإذا مات أعتقت الجارية و إن ولدت أولادا فهم بمنزلتها»^١. و فيه: مضافا لضعفه لا دلالة له.

و ظاهر العماني عدم جواز البيع مطلقا، بل مع شرط عتقه فقال: «ليس للمدبر أن يبيع المدبر إلّا أن يشترط على المشتري عتقه، و إذا أعتقه المشتري فالولاء لمن أعتق، و له أن يبيع خدمته فإذا مات المدبر فالمدبر حر»^٢.

و ظاهر المقنع عدم جواز البيع مطلقا، بل مع شرط عتقه أو شرط عتقه بعد موته و رضي المملوك، لكن في مديونيته أو احتياجه إلى ثمنه فقال: «و لا بأس ببيع المدبر إذا كان على من دبره دين و رضي المملوك، و إذا أعتق الرجل غلامه أو خادمه عن دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه فليس له أن يبيعه إلّا أن يشترط على الذي يبيعه أن يعتقه بعد موته»^٣. و استنادهما إلى صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يعتق غلامه و جاريته عن دبر منه، ثم يحتاج إلى ثمنه أ يبيعه فقال: لا إلّا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»^٤ و إلى صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام مثله^٥، و صحيح أبي بصير عنه عليه السلام: «سألته عن العبد و الأمة يعتقان عن دبر،

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٦٤ ح ٢٦

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٠

٣ المقنع ص ٤٦٤

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٦٣ ح ٢٢

٥ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٦٣ ح ٢٣

فقال: لمولاه أن يكتبه إن شاء و ليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته،
و له أن يأخذ ماله إن كان له مال»^١.

و جمع التهذيبن بين الاخبار بأنه لو نقض التدبير أولاً كان له بيعه مطلقاً و إلا فبيع خدمته و به أفتى في النهاية، و تبعه القاضي و الحلبيّ و ابن حمزة، و في «الخلاف» فرّق بين البيع فشرط و بين الهبة و الوصية فجعلهما رجوعاً^٢.

و جمع الإسكافيّ و المرتضى في انتصاره و ابن زهرة بحمل المجوّزة على التدبير المستحبّ و المانعة على التدبير الواجب بنذر و شبهه^٣. قلت: و هو في الحقيقة إسقاط للأخبار المانعة، و بالجواز مطلقاً أفتى في الناصريات و إليه ذهب الحلبيّ، و تقدم أنّه هو المفهوم من الكلينيّ و يونس، و هو الأقوى، فلا شاهد لحمل التهذيبن فإنّ أخبار المنع ظاهرة في أنّه ليس له البيع مطلقاً و لو أراد نقض التدبير و عليه فتقع المعارضة بين الطائفتين و لا ريب بتقدم الاولى لان المشهور عمل بها بخلاف الطائفة الثانية .

(و) يصح الرجوع (فعلاً كأن يهب المدبّر أو يبيع أو يوصي به) كما تقدم في كتاب البيع .

(و إنكاره ليس برجوع)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢٦٣ ح ٢٥

٢ النجعة في شرح اللعة، ج ١٠، ص: ٥١

٣ النجعة في شرح اللعة، ج ١٠، ص: ٥١

قلت: لكنّه يستلزم الرّجوع و حيث إنّ وجود الملزوم لا ينفكّ عن وجود اللازم فالإنكار راجع إلى الرّجوع .

و يبطل التدبير بالإباق

(و يبطل التدبير بالإباق)

لموثق العلاء بن رزين، عن الصادق عليه السّلام: «في رجل دبّر غلاما له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوّج منهم و لم يعلمهم أنّه عبد فولد له و كسب مالا و مات مولاه الذي دبّره، فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطلبوا العبد، فما ترى؟ فقال: العبد و ولده لورثة الميّت قلت: أليس قد دبّر العبد فذكر أنّه لمّا أبق هدم تدبيره و رجع رقّا»^١.

و يؤيده خبر محمّد بن مسلم عن أبي جعفر الأوّل عليه السّلام: «سألته عن جارية مدبّرة أبقّت من سيّدها مدّة سنين كثيرة ثمّ جاءت من بعد ما مات سيّدها بأولاد و متاع كثير و شهد لها شاهدان أن سيّدها قد كان دبّرها في حياته من قبل أن تأبق، فقال أبو جعفر عليه السّلام: أرى أنّها و جميع ما معها فهو للورثة، قلت: لا تعتق من ثلث سيّدها، قال: لا لأنّها أبقّت عاصية لله و لسيّدها فأبطل الإباق التدبير»^٢.

و اما صحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السّلام: «سألته عن الرّجل يكون له الخادم تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش فاذا مات فهي حرّة فتأبق الأمة قبل أن

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٦٥ ح ٢٩

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ٢٠٠

يموت الرَّجُلُ بخمس سنين أو ستّة ثمَّ يجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرَّجُلُ فقد عتقت^١ فيه: ان التعليق على موت المخدوم مبني على كون ضمير الفاعل في «ما عاش» و في «فإذا مات» راجعا إلى فلان الذي جعل له الخدمة، و هو خلاف الظاهر بل هو راجع إلى «الرجل يكون له الخادم» و هو المولى كما أنّ المراد بقوله: «إذا مات الرَّجُلُ» في آخر الخبر «الرَّجُلُ يكون له الخادم» و هو المولى دون فلان في «لفلان» فغاية ما يدلّ عليه الخبر أنّ الإباق من المخدوم لا يبطله بل من نفس المولى .

(فلو ولد له حال الإباق أولاد كانوا أرقاء) للنص المتقدم (و قبله على التدبير)

و إن بطل في حقه لكونه مقتضى القاعدة و خروجه عن مورد النص، و استصحابا للحكم السابق فيهم مع عدم المعارض .

(و لا يبطل) التدبير (بارتداد السيّد)

مطلقا عند المصنف و لو كان عن غير فطرة فيعتق لو مات على رده كما أطلقه الشيخ في المبسوط^٢، و فيه: ما تقدم من زوال ملك المرتد عن فطرة، قال في المسالك «إطلاق الشيخ الجواز يدل على منع انتقال المال عنه، و هو قول ابن الجنيّد، و لم يفرق بين الملي و الفطري»^٣، و عليه فلا بد من تقييده بغير الفطري .

(و لا) يبطل (بارتداد العبد)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٣

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢١٦

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢١٦

بلا خلاف كما عن الخلاف، للأصل إلّا أنه قيده بالارتداد الذي يستتاب فيه، و تبعه القاضي^١. قلت: عدم البطان هو الاصل لولا عروض المانع و هو هنا فقدان القرية كما تقدم اشتراطها عند التدبير بل و استدامةً لأنه عمل عبادي حيث له الرجوع فيه فابقاؤه على حاله مدبراً لا قرية فيه .

(الّا أن يلحق بدار الحرب)

فيظل لأنه إباق، و حينئذ لو مات مولاه قبل فراره تحرر لحصول المقتضي، فما عن ابن الجنيّد - من بطان التدبير بالارتداد أو الالتحاق بدار الحرب و أسر المسلمين له - واضح الضعف، لعدم الدليل إلّا القياس الذي هو هنا مع ثبوت الفارق محرم عندنا، و الالتحاق حيث يكون إباقاً يكفي في تحقق البطان و إن لم ينضم إليه الأسر، كما هو واضح^٢.

و كسب المدبّر في الحياة للمولى

(و كسب المدبّر في الحياة للمولى لأنه رقّ، و لو استفاد بعد الوفاة فله جميع كسبه ان خرج من الثلث و الّا فبنسبة ما عتق منه و الباقي للوارث)

جميع ما ذكر مقتضى القواعد و ان لم يكن منصوباً، و لكونه رقّاً لو مات قبل المولى فجميع ماله يكون للمولى .

١ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢١٦

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢٣٦

كما و لا تكون أمّ ولده أمّ ولد، لما تقدم من صحيح بريد العجليّ عن الباقر عليه السلام: «سألته عن رجل دبّر مملوكا له تاجرا موسرا فاشتري المدبّر جارية بأمر مولاه فولدت منه أولادا ثم إنّ المدبّر مات قبل سيّده فقال: أرى أنّ جميع ما ترك المدبّر من مال أو متاع فهو للذي دبّره، و أرى أنّ أمّ ولده للذي دبّره- الخبر».

حصيلة البحث:

يتحرّر المدبّر من التّلت، و لو جامع الوصايا قدّم الأوّل فالأوّل و لو اشتبه اخرج بالقرعة، و لو كان على الميّت دينٌ قدّم الدّين فإن فضل شيءٌ عتق من المدبّر ثلث ما بقي.

و يصحّ الرّجوع في التّدبير قولاً مثل: رجعت في تدبيره. و فعلاً كأن يهب أو يبيع أو يوصي به، و إنكاره بمثابة الرجوع. و يبطل التّدبير بالإباق فلو ولد له حال الإباق كانوا رقاً و أولاده قبله على التّدبير. و لا يبطل بارتداد السيّد لو كان عن ملة دون ما كان عن فطرة، و يبطل بارتداد العبد اذا لم تتحقق القربة فيه كما يبطل اذا التحق بدار الحرب، و كسب المدبّر في الحياة للمولى لأنّه رقٌّ و لو استفاده بعد الوفاة فله جميع كسبه إن خرج من التّلت و إلّا فبنسبة ما عتق منه و الباقي للوارث.

(النظر الثاني في الكتابة)

قال في المبسوط: «هي مشتقة من الكتب فالكتب هو الضمّ و الجمع، يقال: كتبت البغلة إذا ضمنت أحد شفرئها بحلقة أو سير، و يقال: كتبت القربة إذا ضمنت فها بعضه إلى

بعض لتوكى عليه و منه قيل للجيش و النَّاس المجتمعين: كتيبة، و كذلك الكتابة اشتقاقها من هذا لأنه ضمَّ أجل إلى أجل^١!

استحباب الكتابة مع بعض الشروط

(فهي مستحبة مع الأمانة و التكسب)

القول بالأمانة - و الظاهر ان مرادهم من الامانة الديانة - و التَّكْسِبُ للإسكافي و المبسوطين و ابن حمزة^٢، و يشهد لهم صحيح الحلبي^٣، عن الصادق عليه السلام في خبر «و في قول الله عزَّ و جلَّ «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً» قال: كاتبوهم إن علمتم لهم مالا و ديناً»^٤، و صحيح محمد بن مسلم، عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ الخبير أن يشهد أن لا إله إلا الله و أن محمداً رسول الله، و يكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفة^٥.

و اكتفى بالديانة فقط المرتضى و ابن زهرة و الحلبي^٥، و هو المفهوم من الكافي فروى موثق سماعة «سألت عن العبد يكتبه مولاه و هو يعلم أن ليس له قليل و لا كثير، قال فليكتبه و إن كان يسأل النَّاس و لا يمنعه المكاتبة من أجل أنه ليس له مال فان الله عزَّ

١ المبسوط ج ٦ ص ٧٢

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٤

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٧ ح ١٠

٤ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٣٢

٥ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٤

و جلّ يرزق العباد بعضهم من بعض، و المؤمن معان، و يقال المحسن معان^١، لكن في نسخة الفقيه: «و المحسن معان»^٢ ألا ان اصالة عدم الزيادة تثبت ما في الكافي .

و أفتى المفيد و الديلمّي بكفاية المال^٣، و يشهد لهما صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام «قال: الخير إن علمت أنّ عنده مالا»^٤، و خبر العلاء بن الفضيل، عن الصادق عليه السّلام «في قوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ قال: إن علمتم لهم مالا»^٥.

قلت: و الجمع بينها يقتضي كونها مراتب للاستحباب .

(و يتأكّد بالتماس العبد)

المؤمن لعمومات إجابة المؤمن و إدخال السرور في قلبه و قضاء حوائجه، و الأصل في عنوانه أنّ «الخلاف» في أوّل كتاب مكاتبه، قال: «إنّ أجابة العبد مستحبة لا واجبة مطلقاً، و ذهب داود و عطاء و عمرو بن دينار إلى وجوبها إن دعاه العبد بقيمته أو أكثر لا أقل»^٦.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٧ ح ١١

٢ الفقيه ج ٣ ص ١٢٩

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٤

٤ الكافي ج ٦ ص ١٨٦ ح ٧

٥ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٢٤

٦ الخلاف ج ٦ ص ٣٧٩

(و لو عدم الأمران فهي مباحة)

كما قاله الشيخ في المبسوطين^١، كما هو الاصل .

و هي معاملة مستقلة و ليست بيعا للعبد من نفسه

(و هي معاملة مستقلة و ليست بيعا للعبد من نفسه)

بدليل مفارقتها للبيع فقال في المبسوط: «يفارق الكتابة البيع من وجوه أحدها أنّ الكتابة لا بدّ فيها من أجل و البيع لا يفتقر إليه، و منها أنّ المكاتبه يمتدّ فيها خيار العبد و البيع لا يمتدّ فيه خيار الشّرط، و منها أنّ البائع يشترط لنفسه الخيار و السيّد لا يشترطه في عقد الكتابة»^٢.

(و لا اعتقا بصفة)

و هي شرط عوض معلوم على المملوك في أجل مضبوط، و استدل لذلك الشيخ في المبسوط بقوله: «و من أجاز العتق بصفة - أي من العامّة - قال هذا عتق بصفة و الصّفة قائمة فإن أدّى ما شرط عتق لأنّ الصّفة قد وجدت فان فضل فضل كان لسيّده أن يأخذه منه لأنّ العبد قبل الأداء كان قنّا و ما حصل في يديه كان ملكا لسيّده فلمّا عتق بالصّفة كان ما في يده لسيّده كالعبد القنّ إذا علّق حرّيّته بصفة فحصلت الصّفة و ليس

١ المبسوط ج ٦ ص ٧٣؛ الخلاف ج ٦ ص ٣٨٢

٢ المبسوط ج ٦ ص ٧٣

كذلك الكتابة فإنه متى أذى مال الكتابة و حصل فضل كان له لأن الكتابة متى حصلت منعت أن يكون الكسب للسيد وإنما عليه دين في ذمته^١.

و يشترط في المتعاقدين الكمال

(و يشترط في المتعاقدين الكمال و جواز تصرف المولى)

أما الكمال فهما فللعقوبات المتقدمة و لقوله تعالى ﴿و الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ و لا يتصور ذلك إلا في البالغين العاقلين .

و أما جواز تصرف المولى فللعقوبات الحجر على السفیه أو المفلس، و استفاد من تخصيص الشرط بالمولى جواز كتابة المملوك السفیه إذ لا مال له يمنع من التصرف فيه، نعم يمنع من المعاملة المالية، و من قبض المال لو ملكه بعد تحقق الكتابة .

حصيلة البحث:

الكتابة مستحبة مع الديانة و المال بل مع احدهما ايضا و متأكدة بالتماس العبد المؤمن، و لو عدم الأمران فهي مباحة، و هي معاملة مستقلة و ليست بيعاً للعبد من نفسه و لا عقاً بصفة، و يشترط في المتعاقدين الكمال و جواز تصرف المولى .

و لا بد من العقد المشتمل على الإيجاب

(و لا بد من العقد المشتمل على الإيجاب مثل كاتبك على أن تؤدّي الى كذا في وقت كذا أو أوقات كذا فإذا أدّيت فأنت حرّ، و القبول مثل قبلت)

و حيث لا يشترط فيها لفظ مخصوص فكلّ ما دلّ على المراد كاف فلا يلزم لفظ «كاتبك» بل يكفي «شارطتك» و نحوه .

(فإن قال فان عجزت فأنت ردّ في الرّقّ فهي مشروطة و ألاً فمطلقة)

للنصوص المستفيضة منها صحيح معاوية بن وهب، عن الصادق عليه السّلام «قلت له: إنني كاتبت جارية لا يتام لنا و اشترطت عليها إن هي عجزت فهي ردّ في الرّقّ و أنا في حلّ ممّا أخذت منك، فقال لي: لك شرطك و سيقال لك: إنّ عليّاً عليه السّلام كان يقول: يعتق من المكاتب بقدر ما أدّى من مكاتبته، فقل إنّما كان ذلك من قول عليّ عليه السّلام قبل الشّرط فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم - الخبر»^١.

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «أنّ المكاتب، إذا أدّى شيئاً أعتق بقدر ما أدّى إلّا أن يشترط مواليه إن هو عجز فهو مردود و لهم شرطهم»^٢.

(و الأقرب اشتراط الأجل)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٥ ح ١

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٦ ح ٦

اختاره المبسوط، و تبعه ابن حمزة، و أنكره الخلاف و تبعه الحلبي^١، لكن الظاهر أنه لو لم يكن أجل لم تتحقّق الكتابة و لا يحتاج فيه إلى دليل في اشتراطه، فانه لو كان نقدا فهو عتق لا مكاتبة، فالنزاع لفظي، و اما استدلال الخلاف لمختاره بقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾^٢ و قال: و لم يفصل بين الحالّة و المؤجّلة^٣. ففيه: ان ماهية الكتابة لا تتحق بل اجل .

و حدّ العجز المسوغ أن يؤخّر نجما عن محلّه

(و حدّ العجز المسوغ أن يؤخّر نجما عن محلّه)

كما في صحيح معاوية بن وهب، عن الصادق عليه السّلام في خبر «فقلت له: و ما حدّ العجز؟ فقال: إنّ قضاتنا يقولون: إنّ عجز المكاتب أن يؤخّر النّجم إلى النّجم الآخر و حتّى يحول عليه الحول، قلت: فما ذا تقول أنت؟ قال: لا و لا كرامة ليس له أن يؤخّر نجما عن محلّه إذا كان ذلك في شرطه»^٣.

و في صحيحه الاخر، عنه عليه السّلام: «سألته عن مكاتبة أدّت ثلثي مكاتبتها و قد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ. و نحن في حلّ ممّا أخذنا منها و قد اجتمع عليها

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٧

٢ الخلاف ج ٦ ص ٣٨٣

٣ وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص: ١٤٥ باب ٥ ح ١

نجمان، قال: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا منها، و قال: ليس لها أن تؤخّر النّجم بعد حلّه شهرا واحدا إلّا بإذنهم^١.

و أمّا موثق الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام أنّ عليّا عليه السّلام كان يؤجّل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلوّمه فإن أقام بحرّيته و إلّا ردّه رقيقا^٢. و قريب منه خبر أبي البخري^٣، فإمّا محمولان على عمله عليه السّلام تفضّلا و إمّا على التقيّة و بقرينة صحيح معاوية بن وهب الاول .

و أمّا خبر جابر، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو ردّ في الرّقّ فعجز قبل أن يؤدّي شيئا، قال: لا يردّ في الرّقّ حتّى يمضي له ثلاث سنين و يعتق منه مقدار ما أدّى صدرا فإذا أدّى صدرا فليس لهم أن يردّه في الرّقّ»^٤.

و خبر القاسم بن سليمان، عن الصادق عليه السّلام في خبر «ينتظر بالمكاتب ثلاثة أنجم فإن هو عجز ردّ رقيقا»^٥.

و موثق إسحاق بن عمّار، عن الباقر عليه السّلام، عن أبيه عليه السّلام: «إنّ عليّا عليه السّلام كان يقول: إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبته في الرّقّ و لكن ينتظر عاما أو

١ وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص: ١٤٦ باب ٥ ح ٢

٢ قرب الإسناد (ط - الحديثة) ص ١٠٩

٣ وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص: ١٤٦ ح ٤

٤ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٢٥؛ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٢٦٧ ح ٦

٥ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٢٦٧ ح ٧

عامين فان قام بمكاتبته و إلا ردّ مملوكا^١ فمضافا لضعف الاول و الثاني سندا و معارضتها لما تقدم مما عمل به المشهور حملها التهذيب تارة على التقيّة و اخرى على الاستحباب .

قلت: الاقوى حملها على التقيّة لإبائها عن الاستحباب.

(و يستحبّ للمولى الصبر عليه)

استنادا للاخبار المتقدمة و قد قلنا انها محمولة على التقيّة فلا تصلح مستندا للاستحباب لسقوطها بذاك الحمل .

و الاقرب لزوم الكتابة من الطرفين

(و الأقرب لزوم الكتابة من الطرفين في المطلقة و المشروطة)

بمعنى أنه ليس لأحدهما فسخها إلا بالتقابل مع قدرة المكاتب على الأداء، و وجوب السعي عليه في أداء المال، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود و الكتابة منها و الجمع المحلى مفيد للعموم، و الأصل في العقود اللزوم، و يشهد لذلك ما في صحيحي معاوية بن وهب من قوله «إنّ عجز المكاتب أن يؤخّر النّجم إلى النّجم الآخر - إلى - ليس له أن يؤخّر نجما عن أجله إذا كان ذلك في شرطه». و قوله: «ليس لها أن تؤخّر النّجم بعد حلّه شهرا واحدا إلا بإذنهم» و حملهما على ما إذا أراد عدم فسح المولى خلاف الظاهر.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٦٦ ح ٥

و بذلك يظهر ضعف سائر ما قيل في المسألة فذهب ابن إدريس إلى جواز المشروطة من جهة العبد بمعنى أنّ له الامتناع من أداء ما عليه، و ذهب ابن حمزة إلى ان «المشروطة عقد جائز من الطرفين و المطلقة عقد لازم من جهة السيّد جائز من جهة المكاتب»^٢، و ذهب الشيخ في مبسوطه الى «أنّ الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين و إن كانت مقيدة فهي لازمة من جهة السيّد و جائزة من جهة العبد، فان عجز لم يجبر على الاكتساب و ان لم يعجز و كان معه مال و امتنع أجبر على الأداء كمن عليه دين و هو موسر» فقال بانه لا يجبر على الكسب، و قال في الخلاف بمقالة ابن ادريس^٣.

(و يصحّ فيها التقابل)

لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم و أنفسهم».

و لا يشترط الإسلام في السيّد و لا في العبد

(و لا يشترط الإسلام في السيّد و لا في العبد)

أنها معاملة مستقلة، و الأصل يقتضي جوازها كذلك .

(و يجوز لولي اليتيم أن يكاتب رقيقه مع الغبطة)

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٣٥٢

٢ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٩

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٥٩

لليتم في المكاتبه عند المصنف بناءً على اشتراط المصلحه في تصرفات الولي لكن تقدم في كتاب البيع عدم اشتراطها، و يدل على جواز المكاتبه من الولي صحيحه معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام «قلت له: إنني كاتبه جاريه لايتام لنا و اشتراطت عليها إن هي عجزت فهي ردّ في الرّقّ و أنا في حلّ ممّا أخذت منك، فقال لي: لك شرطك و سيقال لك: إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: يعتق من المكاتب بقدر ما أدّى من مكاتبته، فقل إنّما كان ذلك من قول عليّ عليه السلام قبل الشرط فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم - الخبر»^١، و عليه فلا وجه للتشكيك بذلك .

(و يجوز تنجيمها بشرط العلم بالقدر و الأجل) حذرا من الغرر (و) عليه (لا تصح) الكتابة (مع جهالة العوض) .

(و لا) تصح الكتابة (على عين)

لأنها إن كانت للسيد فلا معاوضة، و إن كانت لغيره فهي كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري .

(و يستحبّ أن لا يتجاوز قيمة العبد)

يوم المكاتبه، قال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل في الرياض ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، قلت: لعله لمنافاته للإرفاق و للإحسان الذي بني عليه مشروعية الكتابة،

مضافا إلى قاعدة التسامح^١. وفيه: ان كل الوجوه التي ذكرها استحسانية و يبقى
الاجماع فان تم فهو و ألا فلا .

حصيلة البحث:

و لا بدّ من العقد المشتمل على الإيجاب مثل: كاتبك على أن تؤدّي إليّ كذا في وقت
كذا أو أوقات كذا فإذا أدّيت فأنت حرٌّ، و القبول مثل: قبلت، فإن قال: فإن عجزت
فأنت ردٌّ في الرّق، فهي مشروطةٌ و إلّا فهي مطلقة. و حدّ العجز أن يؤخّر نجماً عن
محلّه، و الأقرب لزوم الكتابة من الطرفين في المطلقة و المشروطة و يصحّ فيها التّقايل،
و لا يشترط الإسلام في السيّد و لا في العبد، و يجوز لوليّ اليتيم أن يكتاب رقيقه، و
يجوز تنجيمها بشرط العلم بالقدر و الأجل، و لا يصحّ مع جهالة العوض و لا على عين

هل يجب على المولى ايتاء الزكاة للمكاتب؟

(و يجب) على مولاه عند المصنف (الإيتاء) للمكاتب (من الزكاة) و به قال الشيخ في
التبيان: «قال قوم: المعنى آتوهم من سهمهم من الصدقة ذكره في قوله «و في الرّقاب»
ذكره ابن زيد عن أبيه، و هو مذهبننا^٢، (إن وجبت) الزكاة (على المولى)

١ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٢٨٥

٢ التبيان في تفسير القرآن، ج ٧، ص: ٤٣٤

و فيه: انه لا يجب البسط على الاصناف في الزكاة و ذلك لإطلاق الكتاب فان اللام في الاية الشريفة للمصرف و ليست للملك و يكفي في ذلك احتمال ذلك، مضافا الى أنه على فرض تسليم ظهور الاية نرفع اليد عنه بالنصوص الواردة في المقام كصحيح أحمد بن أبي حمزة قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل من مواليك له قرابة كلهم يقول بك و له زكاة أيجوز له أن يعطيهم جميع زكاته؟ قال: نعم»^١.

و صحيح اسحاق بن عمار عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: «قلت له: لي قرابة اتفق على بعضهم و افضل بعضهم على بعض فيأتيني ابان الزكاة أ فأعطيهم منها؟ قال: مستحقون لها؟ قلت: نعم قال: هم أفضل من غيرهم أعطهم»^٢، و غيرهما.

و أما خبر حفص بن غياث قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول و سئل عن «قسم» بيت المال فقال: أهل الإسلام هم ابناء الإسلام اسوي بينهم في العطاء و فضائلهم بينهم و بين الله اجعلهم كبنني رجل واحد لا يفضل أحد منهم لفضله و صلاحه في الميراث على آخر ضعيف منقوص قال: و هذا هو فعل رسول الله صلى الله عليه و آله في بدو أمره و قد قال غيرنا: اقدمهم في العطاء بما قد فضلهم الله بسوابقهم في الإسلام اذا كان بالاسلام قد أصابوا ذلك فانزلهم على موارد ذوي الارحام بعضهم أقرب من

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٣ ص ٥٥٢ ح ٧؛ و صحة الرواية مبنية على كون احمد بن ابي حمزة هو ابن اليسع الثقة .

٢ نفس المصدر الحديث: ٢؛ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٣ ص ٥٥١ ح ١

بعض و أوفر نصيبا لقربه من الميت و انما ورثوا برحمهم و كذلك كان عمر يفعله^١! فضعيف سندا بعلي بن محمد القاساني، و دلالة.

و اما القول بوجوده من غير الزكاة فقد يستدل له بظاهر الأمر به في قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^٢ الناشئ عن كون الأمر حقيقة في الوجوب، كما هو المحكي عن مبسوط الشيخ حيث قال: «الإيتاء واجب عندنا، و هو أن يحط السيد عن مكاتبه شيئا من مال الكتابة و يؤتیه شيئا يستعين به على الأداء»^٣.

و فيه: ان استعمال الأمر بالكتابة قبله في الاستحباب قرينة على عدم الوجوب، و الاستحباب هو المحكي عن الشيخ في خلافه و كثير من المتأخرين، بل عن الأول دعوى إجماع الفرقة و أخبارهم^٤، و يشهد لذلك ظاهر صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن قول الله عز و جل ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ﴾ قال: الذي أضمرت أن تكاتبه عليه لا تقول أكتابه بخمسة آلاف و أترك له ألفا، و لكن انظر إلى الذي أضمرت عليه فأعطه^٥ فهو ظاهر في الاستحباب و لم يقل احد بوجوده .

و يؤيد الاستحباب خبر العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال في قول الله تعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ إلى آخرها: «تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ١٤٦ ح ١

٢ سورة النور: ٢٤- الآية ٣٣

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٤، ص: ٣١٨

٤ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٤، ص: ٣١٦

٥ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب المكاتبه ح ١؛ و به افتي في المقنع ص ٣٨.

منها، و لا تزيد فوق ما في نفسك، قلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفا من ستة آلاف»^١.

و خبر القاسم بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام أيضا «سألته عن قوله تعالى ﴿وآتوهم﴾ إلى آخرها، قال: سمعت أبي يقول: لا يكتبه على الذي أراد أن يكتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه، لكن يضع عنه مما نوى أن يكتبه عليه»^٢.

(و إلاً) تجب عليه الزكاة (استحب له الإيتاء) و هو إعطاؤه شيئاً (و لا حد له) أي للمؤتى (قلة) بل يكفي ما يطلق عليه اسم المال كما تقدم انفا .

(و يكفي الحط من النجوم عنه)

لأنه في معنى الاتيان كما تقدم التصريح بذلك في خبري العلاء و القاسم .

(و يجب على العبد القبول)

عند المصنف و استدل له في الدروس بقوله: «يجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لا من غيره، عملاً بظاهر الآية، فقد قيل: إن المراد به مال الكتابة»^٣، و مراده من ظاهر الآية هو انه: لا يجب الإيتاء إذا لم يجب القبول. و فيه: ان الأمر بالإيتاء

١ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتب الحديث ٢

٢ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتب الحديث ٣

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٤، ص: ٣٢٠

لا يقتضي وجوب القبول، نعم لا حاجة إلى القبول في صورة الحط التي هي بمعنى الإبراء الذي قد عرفت في محله عدم حاجته إلى القبول.

و لو مات المشروط قبل إكمال الأداء بطلت

(و لو مات المشروط قبل إكمال الأداء بطلت)

الكتابة للنصوص المستفيضة منها صحيح الحلبيّ و عبد الله بن سنان، عن الصادق جعفر بن محمد عليه السّلام: «في رجل مكاتب يموت و قد أدّى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته قال إن كان اشترط عليه أنّه إن عجز فهو مملوك رجع إليه ابنه مملوكا و الجارية و إن لم يكن اشترط عليه ذلك أدّى ابنه ما بقي من مكاتبته و ورث ما بقي»^١.

(و لو مات المطلق و لم يؤدّ شيئا فكذلك)

أي تبطل الكتابة و ملك المولى ما تركه العبد المكاتب، كما هو مقتضى القاعدة بعد عدم نص فيه .

و أمّا صحيح مالك بن عطية «سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل مكاتب مات و لم يؤدّ مكاتبته و ترك مالا و ولدا قال: إن كان سيّده حين كاتبه اشترط عليه إن عجز عن نجم من نجومه فهو ردّ في الرّقّ و كان قد عجز عن نجم فما ترك من شيء فهو لسيّده، و ابنه ردّ في الرّقّ إن كان له ولد قبل المكاتبته و إن كان كاتبه بعد و لم يشترط عليه

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٥١ ح ٢

فان ابنه حرّ فيؤدّي، عن أبيه ما بقي عليه ممّا ترك أبوه، و ليس لابنه شيء من الميراث حتّى يؤدّي ما عليه، فان لم يكن أبوه ترك شيئاً فلا شيء على ابنه»^١ فاختلفت نسخته فعلى نقل الكافي: «و لم يؤدّ مكاتبته» فالمراد تمامها، و على نقل الاستبصار: «و لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً» او نقل التهذيب «و لم يؤدّ من مكاتبته» امكن الاستدلال به للمقام لكنها تتعارض و تتساقط فلا يمكن الاستدلال بها .

(و إن أدى) شيئاً (تحرر منه بقدر المؤدى) أي بنسبته من الجميع، و بطل منه بنسبة المتخلف (و كان ميراثه بين السيد و وارثه بالنسبة) فإن كان الوارث حراً فلا شيء عليه (و يؤدى الوارث التابع له في الكتابة) كولدته من أمته (باقي مال الكتابة) لأنه قد تحرر منه بنسبة أبيه و بقي الباقي لازماً عليه (و للمولى إجباره على الأداء) للباقي (كما له إجبار المورث) لأنه دين فله إجباره على أدائه.

و يدلّ على ما قاله المصنّف من كون ميراثه بين السيّد و الوارث النصوص المستفيضة منها صحيح منصور بن حازم، عن الصادق عليه السّلام: «المكاتب يرث و يورث على قدر ما أدّى»^٢.

و صحيح بريد العجليّ: «سألته عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم و لم يشترط عليه حين كتابته إن هو عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرّق، و إن المكاتب أدّى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثمّ مات المكاتب و ترك مالا و ترك ابناً له مدركا، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنّه لمولاه الذي كاتبه و النصف الباقي لابن المكاتب لأنّ

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٥٢ ح ٢

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٥١ ح ١

المكاتب مات و نصفه حرّ و نصفه عبد للذي كاتبه، و ابن المكاتب كهيئة أبيه نصفه حرّ و نصفه عبد، فإن أدّى إلى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه هو حرّ، لا سبيل لأحد من الناس عليه^١!

و صحيح محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام: في مكاتب توفّي و له مال، قال: «يقسّم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، و ما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه، هو ماله»^٢.

و قيل: لا^٣، لعدم وقوعه المعاملة معه، بل يؤدّي الوارث بقية الكتاب فيعتق و ما بقي فله، و يشهد لذلك بعض الاخبار منها صحيح الحلبيّ و عبد الله ابن سنان، عن الصادق جعفر بن محمد عليه السلام: «في رجل مكاتب يموت و قد أدّى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته قال إن كان اشترط عليه أنه إن عجز فهو مملوك رجع إليه ابنه مملوكا و الجارية و إن لم يكن اشترط عليه ذلك أدّى ابنه ما بقي من مكاتبته و ورث ما بقي»^٤، و غيره .

ثم إنّ الشيخ في التهذيب أجاب عنها فقال: هاتان الروايتان - اي صحيحي بريد و ابن قيس - هما، الذي افتي به و أعمل عليه، و هو أنّ المولى يرث من تركة مكاتبه بقدر ما

١ التهذيب ٨: ٢٦٦ / ٩٦٩، الاستبصار ٤: ٣٧ / ١٢٣

٢ التهذيب ٨: ٢٧٤ / ٩٩٩، الاستبصار ٤: ٣٧ / ١٢٤.

٣ راجع المختلف ج ٨ ص ١١٦ فقد نقل اقوال المتقدمين .

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٥١ ح ٢

بقي عليه من العبودية، و يكون الباقي لولده، و يلزمه أن يؤدّي إلى مولى أبيه ما كان بقي على أبيه ليصير حراً، و يستحقّ ما بقي من المال.

و لا ينافي ذلك ما تقدّم من الروايات من أنّه إذا أدّى ما بقي على أبيه، كان ما يبقى له، لأنّه ليس في هذه الأخبار أنّه إذا أدّى ما بقي على أبيه من أصل المال أو من نصيبه، و إذا احتمل ذلك، حملناه على أنّه إذا أدّى ما بقي على أبيه من الذي يخصّه، ثمّ يبقى بعد ذلك منه شيء كان له، و على هذا الوجه تسلم الأخبار كلّها!

قلت: و جمعه مطابق للقاعدة من حمل المجل على المبين بل و يشهد له ظاهر صحيح بريد .

حصيلة البحث:

و لا يجب الإيتاء من الزكاة و إن وجبت على المولى نعم يستحبّ له ان يعينه من ماله، و لا حدّ له، قلّة و يكفي الحطّ من النجوم عنه و لا يجب على العبد القبول و لو مات المشروط قبل كمال الأداء بطلت، و لو مات المطلق و لم يؤدّ شيئاً فكذلك، و إن أدّى تحرّر منه بقدر المؤدّى و كان ميراثه بين السيّد و وارثه بالنسبة و يؤدّي الوارث التابع له في الكتابة باقي مال الكتابة و للمولى إجباره على الأداء كما له إجبار المورث.

و تصح الوصية للمكاتب المطلق بحساب ما تحرر منه

(و تصح الوصية للمكاتب المطلق بحساب ما تحرر منه)

لصحيح محمد بن قيس، عن الباقر عليه السلام: «في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها له إنه مكاتب لم يعتق، فقضى بأنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصية بحساب ما أعتق عنه، و قضى في مكاتب أوصى له بوصية و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصية، و قضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية، و قال في رجل حرّ أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها، فأجاز لها بحساب ما أعتق منها و قضى في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه»^١.

و أمّا ما استقر به المصنف في الدروس من جواز الوصية للمكاتب مطلقا سواء كان المكاتب مشروطا أم مطلقا، و سواء أدى شيئا أم لا، لأن قبولها نوع اكتساب و هو أهل له^٢، فخلاف الإجماع و خلاف الصحيح المتقدم، مضافا الى ان الوصية لا تحتاج إلى قبول كما تقدم في الوصايا.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٢٣-٢٤

٢ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٣٦١

و كل ما يشترط في عقد الكتابة مما لا يخالف المشروع لازم

(و كل ما يشترط في عقد الكتابة مما لا يخالف المشروع لازم)

لعموم قوله صلى الله عليه و آله: المسلمون عند شروطهم، كما في صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام «في المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: إن الناس كانوا لا يشترطون، و هم اليوم يشترطون و المسلمون عند شروطهم- إلى- و قال في المكاتب يشترط عليه مولاه ألا يتزوج إلّا بإذن منه حتى يؤدّي مكاتبته، قال: ينبغي ألا يتزوج إلّا بإذن منه فان له شرطه»، و غيره .

هذا و لو خالف المشروع كشرط أن يطأ المكاتبه أو أمة المكاتب مطلقاً أو ترك التكسب أو ردّ المطلق في الرقّ حيث شاء و نحوه بطل الشرط و صحت الكتابة لما تقدم من ان الشرط الفاسد ليس بمفسد و يشهد لذلك ايضاً خبر عمر صاحب الكرابيس «عن الصادق عليه السلام في رجل كاتب مملوكه و اشترط عليه أن ميراثه له فرفع ذلك إلى عليّ عليه السلام فأبطل شرطه و قال: شرط الله قبل شرطك»^٢. و صحيح ابن أبي عمير، عن بعض أصحابه، عن الصادق عليه السلام «في رجل كاتب مملوكه و اشترط عليه أن ميراثه له، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأبطل شرطه، و قال شرط الله قبل شرطك»^٣

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩

٢ الفقيه ج ٣ ص ١٣٢

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ١٥١ ح ٢

و صحيح جميل، عنه عليه السلام: «سألته عمّن كاتب مملوكه و اشترط عليه أن ميراثه له، قال: رفع ذلك إلى عليّ عليه السلام فأبطل شرطه و قال: شرط الله قبل شرطك»^١، و غيرها .

ليس للمكاتب بنوعيه التصرف في ماله

(و ليس له) أي للمكاتب بنوعيه المشروط و المطلق (التصرف في ماله)

كما هو مقتضى القاعدة لانه لم يملك نفسه بعد، و النصوص المستفيضة لكن موردها ما إذا شرط عليه لا مطلقا مثل صحيح معاوية بن وهب، عن الصادق عليه السلام «أنه قال في رجل كاتب على نفسه و ماله و له أمة و قد شرط عليه ألا يتزوج فأعتق الأمة و تزوجها فقال: لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام، و نكاحه فاسد مردود- الخبر»^٢، و لا وجه لاختصاصه بالمشروط كما عن الشيخ و القاضي و الحلبي، قال في النهاية: «و لا يجوز لهذا المكاتب - أي المشروط- أن يتصرف في نفسه بالترويح و لا بهبة المال و لا بالعتق ما دام قد بقي عليه شيء»^٣.

(بييع)

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٩ ص ٣٥٣ ح ١٣

٢ الكافي ط الاسلامية ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٢

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٦٩

ينافي الاكتساب كالبيع نسيئة بغير رهن، و لا ضميين، أو محاباة أو بغبن لانصراف الدليل الاتي عنها، لا مطلق البيع فإن له التصرف بالبيع و الشراء كما يشهد لجوازهما قوله عليه السلام في صحيح ابي بصير الاتي: «و لكن يبيع و يشتري» و بذلك تعرف ان قول المصنّف «يبيع» على اطلاقه غير صحيح و مورد الصحيح و إن كان المشروط لكن يدلّ على المطلق بالأولية، و قد صرّح بجواز بيعه و شرائه المبسوط و النهاية و الوسيلة و السرائر و غيرها^١.

(و لا هبة) لا تستلزم عوضا زائدا عن الموهوب (و لا عتق) لأنه تبرع محض، و منه شراء من ينعق عليه (و لا إقراض إلّا بإذن المولى) فلو أذن في ذلك كله جاز لأن الحق لهما .

كما يشهد لذلك صحيح أبي بصير، عن الباقر عليه السلام: «المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبة و لا تزويج حتّى يؤدّي ما عليه إن كان مولاه شرط عليه إن هو عجز فهو ردّ في الرّق. و لكن يبيع و يشتري و إن وقع عليه دين في تجارة كان على مولاه أن يقضي دينه لأنّه عبده»^٢، و اما جواز الهبة اذا استلزمت عوضا زائدا عن الموهوب فلانصرف الدليل المتقدم عنها .

و لا يتصرّف المولى في ماله إلّا بما يتعلّق بالاستيفاء

(و لا يتصرّف المولى في ماله أيضا إلّا بما يتعلّق بالاستيفاء)

١ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٦٨

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٤

و ذلك لاجل عقد المكاتبه فلا يجوز له التصرف في شيء من ماله، بل و لا في بدنه باستخدامه بمقتضى العقد .

و يحرم عليه وطي المكاتبه

(و يحرم عليه وطي المكاتبه عقدا و ملكا)

ألا في ما سيأتي للنصوص المستفيضة منها صحيح الحسين بن خالد، عن الصادق عليه السلام: «سئل عن رجل كانت أمة له فقالت له الأمة: فما أدت من مكاتبي فأنا به حرّة على حساب ذلك، فقال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبها و جامعها مولاهما بعد ذلك، فقال: إذا كان استكرهها على ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبها، و درء عنه من الحد بقدر ما بقي له من مكاتبها، و إن كانت تابعته فهي شريكته في الحد تضرب مثل ما يضرب»^١.

و اما ما في صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: «قال النبيّ صلّى الله عليه و آله في رجل وقع على مكاتبته فنال من مكاتبته فوطأها، قال: عليه مهر مثلها، فان ولدت منه فهي على مكاتبها و إن عجزت فردت في الرقّ فهي من أمّهات الأولاد-الخبر»^٢.

و مثله معتبر السكوني، عنه عليه السلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتبه يطأها مولاهما فتحمل، قال: يردّ عليه مهر مثلها و تسعى في قيمتها، فان عجزت فهي من أمّهات

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٦ ح ٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ٢٧٧ ح ٤١

الأولاد»^١ فالظاهر منهما ما إذا لم تؤدّ شيئاً في المطلقة و مطلقاً في المشروطة جمعا بينهما و بين ما تقدم بتقييد اطلاقهما بما تقدم، لان مورد ما تقدم ما اذا ادت، و عليه فيجوز له وطئها لكن مع مهر المثل، و تصير به أمّ ولد ان عجزت عن اداء كتابتها، و لا تفسخ الكتابة به، و ذلك لسكوتها عن الحد بل و لثبوت المهر فانه لو كان زنى لما ثبت المهر.

(و له تزويجها بإذنها)

و الفرق بينه، و بين المولى أن الملك له غير تام، لتشبهها بالحرية، و العقد كذلك ، لعدم استقلالها و البضع لا يتبعض، أما الأجنبي فلما كان الحق منحصرًا فيهما و عقد له بإذنها فقد أباحه بوجه واحد.

و أمّا تزوجها بدون إذنه فلا يجوز في المشروطة دون المطلقة و يدل على ذلك صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: «قلت له: الرجل المسلم أله أن يتزوج المكاتبه التي قد أدت نصف مكاتبها، قال: فقال: إن كان سيدها حين كاتبها شرط عليها إن هي عجزت فهي ردّ في الرّقّ فلا يجوز نكاحها حتّى تؤدّي جميع ما عليها»^٢ و دلالة على الجواز للمطلقة بالمفهوم.

(و يجوز بيع مال الكتابة)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٦

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢١٤ ح ٧١

و نقله بسائر وجوه النقل فيجب على المكاتب تسليمه إلى من صار إليه بمقتضى عقد الكتابة قال الشيخ في الخلاف «و قال أبو حنيفة و الشافعي: لا يجوز بيع ذلك، و استدللّ الشيخ بقوله تعالى «و أحلّ الله البيع» و قال: إن قيل: «نهى النبيّ صلّى الله عليه و آله عن بيع ما لم يقبض» قلنا: نحمله على ما إذا لم يكن مضموناً، خلافاً للمبسوط استناداً إلى النهي عن بيع ما لم يقبض^٢. قلت: و قد تقدم الجواب عنه في المتاجر .

(فإذا أداه المكاتب إلى المشتري عتق)

لأن قبضه كقبض المولى.

حكم ما لو اختلفا في قدر مال الكتابة

(و لو اختلفا في قدر مال الكتابة أو في النجوم قدّم المنكر مع يمينه)

لأصالة البراءة من الزائد. و قال الشيخ في الخلاف: يقدم قول السيد مطلقاً، لأصالة عدم العتق، إلا بما يتفقان عليه^٣، و فيه: ان اصل الكتابة متفق عليها و انما الاختلاف الزيادة و عدمها و الاصل عدمها و قد تقدم تحقيقه في ما مضى.

حصيلة البحث:

١ الخلاف (في المسألة ٣٣)

٢ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٣٦٧

٣ النجعة في شرح اللمعة، ج ١٠، ص: ٧٠ نقلاً عن الخلاف (في المسألة ٢٣)

و تصحّ الوصيّة للمكاتب المطلق بحساب ما تحرّر منه، و كلّ ما يشترط في عقد الكتابة ممّا لا يخالف المشروع لازمٌ، و لو شرط ما يخالفه بطل الشرط و صحت المكاتبه، و ليس له التصرف في ماله بهبة و لا عتق و لا إقراض إلّا بإذن المولى، و لا يتصرّف المولى في ماله أيضا إلّا بما يتعلّق بالاستيفاء، و يحرم عليه و طء المكاتبه إلّا إذا لم تؤدّ شيئا في المطلقة و مطلقا في المشروطة فيجوز له و طيها لكن مع مهر المثل، و تصير به أمّ ولد ان عجزت عن اداء كتابتها، و لا تنسخ الكتابة به، و له تزويجها بإذنها و ليس للمشروطة ان تتزوج بلا اذنه بخلاف المطلقة فلها ذلك بلا اذن منه .

و يجوز بيع مال الكتابة بعد حلوله فإذا أدّاه إلى المشتري عتق و لو اختلفا في قدر مال الكتابة أو في النجوم قدّم المنكر مع يمينه.

(الثالث في الاستيلاء)

(و هو يحصل بعلوق أمته منه في ملكه و هي مملوكة)

بما يكون مبدأ نشوء آدمي و لو مضغة فيشملها عنوان امهات الاولاد كما في صحيح عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أو قال لأبي إبراهيم عليه السلام: «أسألك فقال: سل، فقلت لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمّهات الأولاد، قال: في فكاك رقابهنّ، قلت: و كيف ذلك؟ فقال: أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ

ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّي عنها أخذ ولدها منها و بيعت فادّي ثمنها، قلت: فيبعن في ما سوى ذلك من أبواب الدين و وجوهه، قال: لا^١.

و يشهد لصدق الولد بالعلوق ايضا ما في صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في جارية لرجل و كان يأتيها فأسقطت سقطا منه بعد ثلاثة أشهر، قال: هي أم ولد»^٢.

(و لا تتحرّر بموت المولى بل من نصيب ولدها)

فلا تعتق من أصل التركة و لا من مال ولدها غير نصيبه من التركة للنصوص الاتية.

(فان عجز النصيب سعت في المتخلف)

لصحيح يونس ففيه: « فان كان لها ولد ليس على الميت دين فهي للولد فاذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها و ان كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها و تستسعى في بقية ثمنها»^٣.

و صحيح محمد بن قيس، عن الباقر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام أيما رجل ترك سرية، لها ولد أو في بطنها ولد أولا ولد لها فإن أعتقها ربها عتقت و إن لم

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥

٢ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١

٣ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٩٣ ح ٦

يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله عزّ وجلّ - و كتاب الله أحقّ - فإن كان لها ولد فترك ما لا جعلت في نصيب ولدها الخبر^١.

و الظاهر من الصحيحين هو انعقادها من نصيب ولدها قهرا لا اختيارا و على هذا عمل الاصحاب ، لكن روى الفقيه صحيح ابن قيس مع زيادة دالة على عدم انعقادها بموت المولى، و هي: «و يمسكها أولياء ولدها حتى يكبر الولد فيكون هو الذي يعتقها إن شاء و يكونون هم يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها عتقت و إن توفي عنها ولدها و لم يعتقها فإن شاءوا أرقوا و إن شاءوا أعتقوا»^٢. و رواه التهذيب عن الكافي مثل الكافي بدون الزيادة، و رواه عن كتاب البزوفري هكذا «قضى عليّ عليه السلام في رجل توفي و له سرية لم يعتقها قال: سبق كتاب الله فان ترك سيدها ما لا تجعل في نصيب ولدها و يمسكها أولياء ولدها حتى يكبر ولدها فيكون المولود هو الذي يعتقها و يكون الأولياء هم الذين يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها فقد عتقت، و إن مات ولدها قبل أن يعتقها فهي أمة إن شاءوا أعتقوا و إن شاءوا استرقوا»^٣ و حملة على ما إذا كان ثمنها دينا على المولى، قلت: و هو حمل تبرعي و لفظ الخبر كما ترى أب عن حملة، و استشهد لحملة بموثق أبي بصير الاتي^٤. قلت: و هو لا علاقة له بما قال ألا ان حملة و عدم رواية الكليني لها و اعراض الاصحاب عن الفتوى بها آية عدم الوثوق بها .

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٩٢ ح ٣

٢ الفقيه: ٣ / ١٤٠ / ٣٥١٣

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ٢٣٩ ح ٩٧

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ٢٣٩ ح ٩٨

هذا و لو لم يكن له سواها تركة و كان له ورثة متعددون أعتق نصيب ولدها منها لقاعدة القريب و سعت في الباقي في المشهور. لما سمعته سابقا في كل من تحرر بعضه، و لا تقوم على ولدها إن كان له مال غيرها، لأن اعتاقها عليه قهري، و قد عرفت في كتاب العتق عدم السراية، مضافا إلى ظهور نصوص المقام في اعتاقها عليه من خصوص النصيب لا من غيره، و إلى خصوص صحيح يونس المتقدم فيه: «فان كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد، و إذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها، و تستسعى في بقية ثمنها»، خلافا للمبسوط و الإسكافي على ما حكى عنهما، فحكما بالسراية عليه، للنبي «من ملك ذا رحم فهو حر»^١.

قال في الجواهر في الرد عليه: «و هو مع قصوره عن المعارضة لما عرفت من وجوه ظاهر في من ملكه بأجمعه لا بعضه كما في المقام. و لكن في رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام تقوم على ولدها إن كان موسرا قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاه و عليه دين قومت على ابنها فان كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها، و إن مات ابنها قبل امه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة»^٢.

و هي و إن كانت موثقة إلّا أنها مهجورة لم يحك العمل بها إلّا عن الشيخ في النهاية التي هي متون أخبار، و قد رجع عنها على ما قيل في غيرها، و في الدروس عن الشيخ

١ المستدرك الباب-١٢- من كتاب العتق الحديث ١

٢ الاستبصار ج ٤ ص ١٤ الرقم ٤١

حمل الدين فيها على ثمنها، و أنه لو مات قبل البلوغ قضى منها الدين، ثم حكى عن ابن حمزة إلحاق غيره من الديون به عملاً بإطلاق الرواية.

و على كل حال فالرواية غير نقية الدلالة على المطلوب، ضرورة كونها في الدين نحو خبره الآخر «أي رجل اشترى جارية فولدت منه ولدا فمات إن شاء أن يبيعها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها باعها، و إن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، و إن كان ابنها صغيراً انتظر حتى يكبر، ثم يجبر على ثمنها، و إن مات ابنها قبل امه بيعت في ميراثه إن شاء الورثة»^١.

و خبره الثالث عنه عليه السلام أيضا «في رجل اشترى جارية يطأها فولدت له فمات، قال: إن شأؤوا أن يبيعوها باعوها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها، و إن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه، و إن كان ولدها صغيراً انتظر به حتى يكبر»^٢ - إلى - و كيف كان فظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم السراية مع الإعسار، خلافاً للمحكي عن ابن حمزة من السراية عليه، و أنه يستسعى في قيمتها، و لعله قرأ المقطوع السابق بالياء، و الذي رأيناه بالتاء المثناة من فوق، بل في الرياض هو كذلك في النسخة الصحيحة المضبوطة^٣.

١ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء ح ٤

٢ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان ح ٥

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٤، ص: ٣٨٠

و لا يجوز بيعها ما دام ولدها حياً

(و لا يجوز بيعها ما دام ولدها حياً إلّا في ما استثنى)

كما تقدم تفصيل البحث عنه في كتاب البيع .

و إذا جنت أمّ الولد خطأ تعلّقت الجناية برقبتهما

(و إذا جنت أمّ الولد خطأ تعلّقت الجناية برقبتهما و فكها بأقلّ الأمرين من قيمتها، و أرش الجناية ان شاء و إلّا سلمها إلى المجني عليه أو يسلم ما قابل الجناية)

كما سيأتي ذلك مفصلاً في كتابي الحدود و الديات .

حصيلة البحث:

و هو يحصل بعلوق أمته منه في ملكه و هي مملوكة و لا تتحرّر بموت المولى بل من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في المتخلف، و لا يجوز بيعها ما دام ولدها حياً إلّا فيما استثنى، و إذا جنت فكّها بأقلّ الأمرين من قيمتها و أرش الجناية إن شاء و إلّا سلمها أو يسلم ما قابل الجناية.

(كتاب الإقرار)

(و فيه فصول)

حقيقة الاقرار: هو اخبار الشخص عن حق ثابت عليه او نفي حق له على غيره.
ثم ان لازم كون الاقرار اخبارا خروجه عن العقود و الايقاعات و كونه شيئا ثالثا في
مقابلهما كما هو واضح.

هذا و ينبغي التفرقة بين قاعدة حجية الاقرار و قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان
معنى الاولى: ان من أقرّ على نفسه بشيء كان ملزما به، في حين ان معنى الثانية: ان من
كان له الحق في تصرف معين فاخباره عن تحققه نافذ، فالزوج ما دام له الحق في
طلاق زوجته فاخباره عن تحققه نافذ، و الوكيل في بيع دار و نحوها بما ان له الحق في
ايقاع ذلك فاخباره عن تحققه نافذ.

و هو حجة على المقر و ملزم به و ذلك للسيرة العقلائية على ذلك. و هي حجة بسبب
عدم الردع عنها الكاشف عن امضاءها.

و اما الاستدلال له بالحديث المشهور عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «اقرار العقلاء على
أنفسهم جائز»^١ فلا وجود له في كتب الحديث و انما هو مذكور في الكتب الاستدلالية

لفقهاثنا من دون سند و دعوى صاحب الجواهر انه حديث نبوي مستفيض او متواتر لا نعرف وجهها^١ فانه لم يثبت كونه حديثا ليكون مستفيضا او متواترا.

و اما قول الشيخ في الخلاف «دليلنا: الأخبار المروية في أن إقرار العاقل على نفسه جائز»^٢ فالظاهر انه نقل بالمضمون لما ورد في هذا الباب لا انه رواية مستقلة نعم قوله الاخر «دليلنا: قول النبي عليه السلام: ان إقرار العاقل جائز على نفسه»^٣ ظاهر في كونه رواية مستقلة و من المظنون قويا انها من روايات العامة .

و اما شهرة العمل به - على تقدير كونه حديثا - فلا يمكن الاعتماد عليها في المقام لاحتمال ان استنادهم اليه ليس لكونه حديثا صادرا عن النبي صلى الله عليه و آله حقا بل لان مضمونه مضمون عقلائي لا يحتاج الى رواية، بل حجية الاقرار عقلية بتقريب ان العاقل حيث انه لا يكذب على نفسه بما يضره فاذا اقرّ على نفسه بشيء حصل القطع بصدق المضمون المقر به كما يرشد لذلك قوله تعالى: ﴿أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾^٤ و قوله تعالى ﴿وَ آخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾^٥ و قوله تعالى ﴿لَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾^٦.

١ جواهر الكلام ٣: ٣٥

٢ الخلاف؛ ج ٣، ص: ٥٩٧

٣ الخلاف؛ ج ٥، ص: ٣١٦

٤ آل عمران: ٨١

٥ التوبة: ١٠٢

٦ الاعراف: ١٧٢

قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به

و اما قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به فاستدل لها بالاجماع و هو على فرض تحققه حدسي لا يوجب الكشف عن رأي المعصوم (ع) ، نعم هي ثابتة لاجل التلازم بين مالكية الشيء و مالكية الاقرار به عرفاً، فمن كان له الحق في تصرف معين كالزوج له الحق في طلاق زوجته فلازم ذلك عرفاً ان اخباره عن تحققه نافذ، و الوكيل في بيع دار و نحوها يملك ايقاع ذلك و لازمه ان اخباره عن تحققه نافذ .

لا يقال: لو كان اقراره حجة لكان اخبار كل مخبر عن صدور فعله حجة كما لو استأجر الخياط على ان يخيط له كذا فأخبر الخياط بوقوع ذلك فمقتضى التلازم هو حجية اخباره، مع انه ليس كذلك قطعاً، فانه يقال: هذا الاشكال و امثاله مما قيل لا علاقة له بموضوع القاعدة اصلاً فان موضوعها هو من ملكَ أمراً و كان ذلك الامر باختياره بلا منازع له في ذلك الفعل فلا يشمل من يدعي شراء شيء لان منكر البيع النافي لادعاء المشتري يملك عدمه، و لا يشمل الخياط الاجير على الفعل و ذلك لانه قد مُلِكَ عليه الفعل بعقد الاجارة فلا بد من تحويله الى الموجر لوجوب الوفاء بالعقود، لا انه مالك له فلا وجه لكفاية الاقرار به .

(الأول الصيغة و توابعها)

(و) الصيغة (هي: له عندي كذا، أو هذا الشيء له، أو له في ذمّتي كذا، و شبهه)

و يكفي فيها ما كان له دلالة عرفية حتى أنه لو ادعى بعد ذلك إرادة خلاف ما يفهم منه لا يقبل منه و ذلك لحجية الظهورات، و قوله تعالى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَ لَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ معناه مقرين على أنفسكم .

و لو علقه بالمشيئة بطل

(و لو علقه بالمشيئة) كقوله: إن شئت، أو إن شاء زيد، أو إن شاء الله (بطل ان اتصل) الشرط، للشك في شمول العمومات له لأن الإقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغة فالتعليق ينافيه، لانتفاء الجزم في المعلق، إلا أن يقصد في التعليق على مشيئة الله التبرك فلا يضر.

و قد يشكل البطلان في التعليق على غير مشيئة الله تعالى بأن الصيغة قبل التعليق تامة الإفادة لمقصود الإقرار، فيكون التعليق بعدها كتعقيبه بما ينافيه فينبغي أن يلغو المنافي، لا أن يبطل الإقرار. و الاعتذار بكون الكلام كالجمله الواحدة لا يتم إلا بآخره، فأن تعقيب الإقرار بالتعليق ليس في معنى كلامين مستقلين. بل المجموع كلام واحد و لذلك يؤثر التعليق على الكلام. مدفوع بأن هذا الاعتذار بعينه وارد في جميع صور تعقيب الإقرار بالمنافي. فكما أن الفقهاء في تلك الموارد يحكمون بصحة الإقرار و إلغاء التعقيب، كذلك يجب أن يحكموا فيما نحن فيه بإلغاء التعقيب من غير فرق.

و فيه: بالفرق بين المقامين فأن المراد بالمنافي الذي لا يسمع في كلام الفقهاء هو ما وقع بعد تمام الصيغة جامعة، لشرائط الصحة، و هنا ليس كذلك لأن من جملة الشرائط التنجيز و هو غير متحقق بالتعليق فتلغو الصيغة.

حصيلة البحث:

حقيقة الاقرار: هو اخبار الشخص عن حق ثابت عليه او نفي حق له على غيره و اقرار العقلاء على انفسهم نافذ كما و ان من ملك شيئاً ملك الاقرار به، و صيغته: له عندي كذا أو هذا له أو له في ذمّتي، كذا و شبهه و يكفي فيها ما كان له دلالة عرفية حتى أنه لو ادعى بعد ذلك إرادة خلاف ما يفهم منه لا يقبل منه، و لو علّقه بالمشيئة بطل إن اتّصل إلّا أن يقصد في التعليق على مشيئة الله التبرك فلا يضر.

و يصحّ بالعربية و غيرها

(و يصحّ بالعربية و غيرها)

للعوم، و في المبسوط: «لو أقرّ عربي بالعجمية أو بالعكس فان كان عالماً بمعنى قوله لزمه إقراره، فإن قال: قلت و لم أعرف معناه، فان صدّقه المقرّ له لم يلزمه، و إن كذّب به فالقول قول المقرّ مع يمينه» قلت: لحجية الظهور ألا اذا ثبت انه لا يعرف معناه، و قيل: يقبل قوله في عدم العلم، إن أمكن في حقه، عملاً بالظاهر من كونه غير عارف باللغة، و الأصل من عدم تجدد العلم بغير لغته .

و فيه: ان الظاهر المذكور لاحجية فيه و هو مجرد احتمال لا يمنع من حجية الظهور كما و ان حجية الظهور مقدمة على الاصل .

(و لو علّقه بشهادة الغير فقال: ان شهد لك فلان فهو صادق فالأقرب البطلان) و إنما لم يؤثر هذا (لجواز أن يعتقد استحالة صدقه لاستحالة شهادته عنده عليه) و حيث ان مثل

هذا في محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: إن شهد فلان أنني لست لأبي فهو صادق، و لا يريد منه إلّا أنه لا تصدر عنه الشهادة، للقطع بعدم تصديقه إياه على كونه ليس لأبيه، و غايته قيام الاحتمال و هو كاف في عدم اللزوم و عدم صراحة الصيغة في المطلوب، و عليه فأصالة براءة الذمة هي المحكمة .

حصيلة البحث:

و يصحّ بالعربيّة و غيرها فلو أقرّ عربي بالعجميّة أو بالعكس فان كان عالما بمعنى قوله لزمه إقراره، فإن قال: قلت و لم أعرف معناه، فان صدّقه المقرّ له لم يلزمه، و إن كذّبه فالقول قول المقرّ مع يمينه ، و لو علّقه بشهادة الغير أو قال: إذا شهد لك فلانّ فهو صادق، فالأقرب البطلان، لجواز أن يعتقد استحالة صدقه لاستحالة شهادته عنده.

و لا بدّ من كون المقرّ كاملا خاليا من الحجر

(و لا بدّ من كون المقرّ كاملا)

بالبلوغ و العقل اما المجنون - سواء كان مطبقا أو أدواريا حال دوره - فلا يصح منه لعدم المقتضي لحجّيته .

و اما الصبي فلا يقبل إقرار في ما لا يصح به إنشأؤه، و اما لو كان بإذن وليه فينتني قبول اقراره على صحة انشائه باذن الولي و عدمه فان صح كما هو المختار قبل اقراره لعدم المانع و إلّا فلا .

قال في الجواهر: «و أما لو أقر بماله أن يفعله كالوصية بالمعروف التي قد عرفت الحال في جوازها منه في محله صح على ما صرح به غير واحد، لقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به التي طفت بها عباراتهم، بل صريح بعضهم أنه لا خلاف فيها عندهم»^١.

(خاليا من الحجر للسّفه)

و ذلك لان السفية ممنوع من كل تصرف مالي كما تقدم .

و كذلك لا يقبل إقراره في حال التفليس بعين و ذلك لتعلق حق الغرماء به نعم يصح اقراره بدين و لكن يتعلق المال المقر به بذمته و لا يشارك الغرماء المقر له .

و كذلك لا يقبل عندنا إقرار المملوك و إن كان بالغا عاقلا بمال و لا حد و لا جنابة توجب أرشا أو قصاصا لان اقراره في حق الغير لا على نفسه و ظاهر السرائر و قضاء المبسوط الإجماع على أنه لا يقبل إقراره بعقوبة و لا مال^٢.

(و إقرار المريض من الثلث مع التّهمة و الّا فمن الأصل)

لصحيح ابن مسكان و هو من اصحاب الاجماع عن العلاء بياع السابري: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذي دفعته إليك لفلانة و ماتت المرأة فأتى أولياؤها الرّجل، فقالوا له: إنّّه كان لصاحبنا مال لا نراه إلّا عندك، فاحلف لنا ما قبلك شيء، أ فيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة عنده

١ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٥، ص: ١٠٤

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٥، ص: ١٠٧

فيحلف لهم و إن كانت متّهمة فلا يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنّما لها من مالها ثلثه^١، و صحيح منصور بن حازم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً، فقال: إن كان الميّت مرضياً فأعطه الذي أوصى له^٢. و موثق أبي أيّوب عنه عليه السلام^٣.

و صحيح محمد بن عبد الجبار: «كُتبت إلى العسكري عليه السلام: امرأة أوصت إلى رجل و أقرّت له بدين ثمانية آلاف درهم و كذلك ما كان لها من متاع البيت - إلى - فأريك - أدام الله عزك - في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا و تعريفنا ذلك لنعمل به إن شاء الله، فكتب عليه السلام بخطه: إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال إن شاء الله، و إن لم يكن الدين حقاً أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف^٤.

و على هذا التفصيل تحمل المطلقات بمقتضى حمل المطلق على المقيد مثل صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قلت له: الرجل يقرّ لوارث بدين، فقال: يجوز إذا كان ملياً^٥ و صحيح أبي ولّاد، عنه عليه السلام: سألته عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: يجوز ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء؟ قال: جائز^٦.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٧

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٥٩ ح ٢

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٣

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦١ ح ٩

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤١

٦ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٢

و أمّا موثق سماعة: «سألته عمّن أقرّ للورثة بدين عليه و هو مريض، قال: يجوز عليه ما أقرّ به إذا كان قليلاً»^١.

و صحيح إسماعيل بن جابر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له و هو مريض بدين عليه قال: يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث»^٢ فمحمولان على اتّهام الميّت، و ذلك لصحيح ابن مسكان المتقدم .

حصيلة البحث:

لا بدّ من كون المقرّ كاملاً بالبلوغ و العقل فلا يصح اقرار المجنون سواء كان مطبقاً أو أدوارياً حال دوره و كذلك الصبي فلا يقبل إقرار في ما لا يصح به إنشأؤه، و اما لو كان بإذن وليه فيبني قبول اقراره على صحة انشائه باذن الولي و عدمه فان صح كما هو المختار قبل اقراره لعدم المانع و إلّا فلا.

و ان يكون المقرّ خالياً من الحجر للسّفه فلا يقبل اقرار السفیه و كذلك لا يقبل إقرار المقر في حال التفليس بعين و ذلك لتعلق حق الغرماء به نعم يصح اقراره بدين و لكن يتعلق المال المقر به بذمته و لا يشارك الغرماء المقر له، و كذلك لا يقبل عندنا إقرار المملوك و إن كان بالغا عاقلاً بمال و لا حد و لا جنایة توجب أرشاً أو قصاصاً لان اقراره في حق الغير لا على نفسه، و إقرار المريض من الثلث مع التّهمة و إلّا فمن الأصل.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٥

و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف في البلد

(و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف في البلد، فان تعدّد عيّن المقرّ ما لم يغلب أحدها فيحمل على الغالب) و ذلك لانصراف الالفاظ عرفاً الى ما قاله المصنف .

و لو أقرّ بلفظ مبهم صحّ

(و لو أقرّ بلفظ مبهم صحّ و الزم تفسيره كالمال و الشيء و الجزيل و العظيم و الحقيق، و لا بدّ من كونه ممّا يتمول) عرفا (لا كقشر جوزة أو حبة دخن^١) تحكيما للظهورات العرفية، و قيل: يقبل بذلك، لأنه مملوك شرعا، و الحقيقة الشرعية مقدمة على العرفية، و لتحريم أخذه بغير إذن مالكة، و وجوب رده. و فيه: أن الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعا لانه اعم، و العرف يأباه.

(و لا فرق بين قوله عظيم أو كثير) تحكيما للظهورات العرفية .

(و قيل: انّ الكثير ثمانون)

قال في الخلاف: «إذا قال له: عندي مال، جليل أو عظيم أو نفيس أو خطير لم يتقدّر ذلك بمقدار، و أيّ مقدار فسره به كان مقبولا، قليلا كان أو كثيرا، و به قال الشافعيّ، و إن قال: «له عندي مال كثير» فإنّه يكون إقرارا بثمانين على الرواية التي تضمّنت بأنّ

١ الدخن بضم الدال: نبات حبه صغير أملس. الواحدة: دخنة.

الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين، و لم يعرف تفسير كثير بما قلناه أحد من الفقهاء...»^١.

وفيه: ان الرواية تضمنت النذر بالمال الكثير لا الوصية و هي ما عن علي بن إبراهيم، عن بعض أصحابه ذكره «قال: لما سم المتوكل نذر إن عوفي أن يتصدق بمال كثير فلما عوفي سأل الفقهاء عن حد المال الكثير، فاختلفوا عليه فقال بعضهم: مائة ألف، و قال بعضهم: عشرة آلاف - إلى - قال: إنه بعث جعفر بن محمود إلى الهادي عليه السلام و سأله، فقال عليه السلام: الكثير ثمانون، فقال له جعفر: يا سيدي إنه يسألني عن العلة، فقال عليه السلام: إن الله عز و جل يقول ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين»^٢.

ثم النذر أو الوصية يصحان بالكثير و إن لم يعلم الناذر و الموصي معنى الكثير فيحمل على ذلك المعنى اذا لم يرد بذلك المعنى العرفي و بذلك افتى الكليني و الفقيه^٣ و الخلاف و ابن حمزة ، و أمّا المقرّ فان علم أنّه يتكلّم بالمعنى الشرعيّ يؤخذ به و إلّا فليرجع إليه في تفسيره لو اراد بذلك المعنى العرفي .

١ الخلاف اول كتاب الاقرار

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٦٤ باب النوادر

٣ الفقيه ج ٤ ص ٢٠٦ باب الوصية بالشيء من المال و السهم و الجزء و الكثير .

و لو قال له علي أكثر من مال فلان لزمه بقدره

(و لو قال له علي أكثر من مال فلان لزمه بقدره و زيادة و لو فسر به بدونه و ادعى ظن القلة حلف)

لأصالة عدم علم المقر بكمية مال ذلك الشخص الواقعية مع ظهور أن المال من شأنه أن يخفى .

(و فسر بما ظنه) و زاد على كمية مال الشخص الذي ظنه ألف دينار مثلا زيادة على ما ظنه، لمكان قوله: له علي أكثر من مال فلان، هذا مع إمكان الجهل به في حقه.

و الاصل في هذا الفرع المبسوط و زاد: «و إن قامت البيّنة أيضا على قدر ماله، قال: فقد يملك الرّجل مالا كثيرا في الباطن و يعتقد فيه أنه قليل المال، فدعواه و شهادة شاهدين يجريان مجرى واحدا».

حكم ما لو قال «له علي كذا درهم» بالحركات الثلاث

(و لو قال: «له علي كذا درهم» بالحركات الثلاث أو الوقف فواحد)

اي لزمه درهم واحد على كل التقادير عند المصنف، و وجهه لاشتراكه بين الواحد فما زاد وضعاً فيحمل على الأقل، لأنه المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فإن "كذا" كناية عن "الشيء". فمع الرفع يكون الدرهم بدلا منه، و التقدير: "شيء درهم". و مع النصب يكون

تمييزاً له، و أجاز بعض أهل العربية نصبه على القطع فيكون نصبه بتقدير فعلٍ أي أعني درهماً. و مع الجر تقدر الإضافة بيانية فيكون المضاف إليه بياناً للمضاف كخاتم فضة، و خص المبسوط الدرهم الواحد للرفع و النصب دون الجرّ فقال: «فان قال: «له عليّ كذا درهماً» لزمه درهم واحد، لأنّه أخرجه مخرج التفسير^١ فكان تفسيراً لكذا، و إن قال: «درهم» بالرفع لزمه درهم واحد، و معناه كذا هو درهم أي الذي أقرّ به درهم، و إن قال: «درهم» بالكسر^٢ لزمه أقلّ من درهم فبأي قدر فسره قبل منه لأنّه يحتمل أن يريد بعض درهم، لأنّ «كذا» عبارة عن البعض و عن الجملة» ثمّ قال: «و في الناس من قال: يلزمه درهم واحد، و الأصحّ الأوّل للاحتمال»^٣.

قلت: و لا يخفى قوة كلام الشيخ، و مثل الجر الوقف أيضاً لاحتماله الجرّ.

(و كذا كذا درهماً، و كذا و كذا درهماً كذلك)

أي في حمله على الدرهم مع الحركات الثلاث، و الوقف، لاحتمال كون "كذا" الثاني تأكيداً للأول في الأول، و الحكم في الإعراب ما سلف، و في الوقف ينزل على أقلّ الاحتمالات، و لاحتمال كون "كذا" الأول شيئاً مبهماً، و كذا" الثاني في قوله: "كذا و كذا" معطوفاً على الأول، و ميّزاً بدرهم على تقدير النصب، و أبداً منه على تقدير الرفع، و بيّنا معاً بالدرهم مع الجر. و نُزِلَ على أحدهما مع الوقف، أو أضيف الجزء إلى جزء الدرهم في الجر على ما اختاره الشيخ و قويناه، و حمل الوقف عليه أيضاً.

١ مراده من التفسير التمييز .

٢ مراده من الكسر الجرّ .

٣ المبسوط كتاب الاقرار .

(و لو فسر في الجر) من الأقسام الثلاثة (ببعض درهم جاز) لإمكانه وضعاً بجعل الشيء المراد بـ "كذا" و ما ألحق به من صور التكرار أو العطف كنايةً عن الجزء.

اقول: أن قبول تفسيره به يقتضي صحته بحسب الوضع، فكيف يحمل مع الإطلاق على ما هو أكثر منه مع إمكان الأقل، فالحمل عليه مطلقاً أقوى.

(و قيل) و القائل به الشيخ و جماعة^١ (يتبع في ذلك موازنة^٢ من الأعداد)

جعلاً لكذا كناية عن العدد، لا عن الشيء فيكون الدرهم في جميع أحواله تمييزاً لذلك العدد، فينظر إلى ما يناسبه بحسب ما تقتضيه قواعد العربية من إعراب المميز للعدد و يحمل عليه.

(و انما يمكن هذا مع الاطلاع على القصد)

أي على قصد المقر و أنه أراد ما ادعاه الشيخ، أو كون المقرّ مقيّداً بالاستعمال على القواعد النحويّة .

(و لو قال: «علي عليك ألف» فقال: نعم أو أجل أو بلى أو أنا مقرّبه لزمه)

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ٣٩٨

٢ أي تحمّل الصور المتقدمة على نظيرتها من الأعداد المميزة، فيكون «كذا» كناية عن العدد. فقول القائل: كذا درهما يحمل على العشرين، لأنه أقل عدد مفرد يكون مميزه مفرداً منصوباً، وهكذا.

لأنّ كلا منها دالّ بالدلالة العرفيّة في زماننا هذا على الإقرار و إن كان وقوع بلى في الجواب استعمالاً في غير محلّه لأنّه لا يجيء إلّا بعد النفي لغةً كقوله تعالى ﴿أَلَيْسَ هَذَا بِالْحَقِّ، قَالُوا بلى وَ رَبَّنَا﴾ و غيره من الايات .

(و لو قال زنه أو انتقده أو أنا مقرّ) و لم يقل: به (لم يكن شيئاً)

قيل في وجهه: اما الأولان فلا تتفاء دلالتهما على الإقرار، لإمكان خروجهما من مخرج الاستهزاء فإنه استعمال شائع في العرف، و أما الأخير فلأنه مع تسليم انتفاء احتمال الوعد يحتمل كون المقر به المدعى و غيره، فإنه لو وصل به قوله " بالشهادتين " أو " ببطلان دعواك " لم يختل اللفظ لأن المقر به غير مذكور، فجاز تقديره بما يطابق المدعى و غيره معتضداً بأصالة البراءة.

اقول: لا يخفى ان الملاك هو الظهور العرفي فكل كلام له ظهور عرفاً فهو حجة و كل كلام لا ظهور له لا حجية فيه و عليه فالصحيح كفايتها و الأخير و إن لم يكن مثل قوله تعالى ﴿أَفَرَرْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا: أَفَرَرْنَا﴾ في الصراحة لكن فيه دلالة ظاهرة كما أنّ الأولين و إن احتمل صدورهما استهزاء إلّا أن الأصل عدمه إلّا مع القرينة .

(و لو قال: «أليس لي عليك كذا»؟ فقال: بلى كان إقراراً)

لأن بلى حرف يقتضي إبطال النفي لغةً سواء كان مجرداً عن الاستفهام نحو ﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي﴾^١ أم مقروناً بالاستفهام الحقيقي كمثل المصنف ، أم التقريري نحو ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ قَالُوا بَلَىٰ﴾^٢.
(و كذا لو قال: نعم على الأقوى)

قيل: لقيامها مقام بلى لغة و عرفاً أمّا العرف فظاهر و أمّا اللّغة فمنها قول النّبّي صَلَّى الله عليه و آله للأَنْصار «أ لستم ترون لهم ذلك، فقالوا: نعم» و قول بعضهم:

أليس اللّيل يجمع أم عمرو
نعم و أرى الهلال كما تراه
و إيانا فذاك بنا تداني
و يعلوها النهار كما علاني^٣

و نقل في المغني عن سيبويه وقوع نعم في جواب «أ لست» و حكى عن جماعة من المتقدّمين و المتأخّرين جوازه .

فاجيب بانه: في العربيّة الصحيحة لا يقع إلّا «بلى» كما في آيات كثيرة و به صرّح في المبسوط و نقله عن الفقهاء فقال: «قالوا: لو قال في جواب «أ ليس لي عليك ألف»: «نعم» يكون معناه ليس لك على شيء و يكون إنكاراً لا إقراراً»، و أمّا شعر جحدر «أ

١ التغابن: الآية ٧

٢ الملك: الآية ٨

٣ أنشد هذين البيتين جحدر بن مالك ضمن أبيات حين أمر به الحجاج إلى السجن. فقال لبعض من يريد الخروج إلى اليمامة: تحمل عني شعراً، فأنشد الأبيات. و الشاهد في وقوع "نعم" إثباتاً في جواب استفهام النفي.

ليس اللّيل» فقال ابن عصفور: «نعم» فيه جواب لغير مذكور و هو ما قدره في اعتقاده من أنّ اللّيل يجمعه و أمّ عمرو، أو هو جواب لقوله: «و أرى الهلال» و قدّمه عليه.

و أمّا الخبر فقال ابن عصفور: هو بالقرينة لأنّ النّبيّ صَلَّى الله عليه و آله علم أنّهم يريدون نعم فعرف لهم ذلك» و حينئذ فإن استعمل في عرف المقرّ «نعم» بدل «بلى» لاختلاف الاستعمالات في الأعصار و الأمصار فذاك، و إلّا فنعم في مثله إنكار لا إقرار، و قد صرّح المبرّد بعدم إتيان بلى بعد غير النفي، و سيبويه لم ينقله عن العرب بل ذكره في مثال من كلامه و لم ينقل عن جمع من المتقدّمين و المتأخّرين جوازه مطلقاً، بل مع القرينة و لا كلام فيه!

حصيلة البحث:

إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف في البلد و إن تعدّد عيّن المقرّ ما لم يغلب فيحمل على الغالب، و لو أقرّ بلفظٍ مبهمٍ صحّ و ألزم بتفسيره كالمال و الشّيء و الجزيل و العظيم و الحقيق، و لا بدّ من كونه ممّا يتموّل لا كقشر جوزة أو حبة دخن، و لا فرق بين قوله عظيم أو كثير، و لو قال: له أكثر من مال فلان، و فسّره بدونه و ادّعى ظنّ القلّة حلف. و فسّر بما ظنّه هذا مع إمكان الجهل به في حقه، و لو قال: له عليّ كذا درهم بالحركات الثلاث أو الوقف لزمه درهم واحد للرفع و النصب دون الجرّ و الوقف فلو قال: «درهم» بالكسر أو الوقف لزمه أقلّ من درهم فبأي قدر فسّره قبل منه لأنّه يحتمل أن يريد بعض درهم، و كذا كذا درهماً، و لو قال: كذا و كذا درهماً لزمه درهم واحد

للرفع و النصب و لزمه في الجر و الوقف بعض درهم لاحتفال كون " كذا " الثاني تأكيداً للأول في الأول، و لاحتفال كون " كذا " الأول شيئاً مبهماً، و قال الشيخ: يتبع في ذلك موازنة من الأعداد. قلت: يمكن هذا مع الاطلاع على القصد، و لو قال: لي عليك الف، فقال: نعم أو أجل أو بلى أو أنا مقرُّ به، لزمه. و لو قال: زنه أو انقده أو أنا مقرُّ صح ايضاً. و لو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً. و كذا نعم اذا استعملت «نعم» في عرف المقرِّ بدل «بلى» و ألا اذا كان عرف المقرِّ مطابقاً للغة العرب فيؤخذ بما عليه اللغة من الانكار لا الاقرار .

(الفصل الثاني في تعقيب الإقرار بما ينافيه)

حكم الاستثناء المستوعب

(و المقبول منه الاستثناء إذا لم يستوعب المستثنى منه)

اقول: المقبول من الاستثناء إذا بقي الأكثر كما هو المتعارف قال أبو بكر الصولي في كتابه أدب الكاتب: «يكتبون لخمسة عشرة ليلة خلت» و إن شاءوا كتبوا «للنصف من شهر كذا» و لا يكتبون «لخمسة عشرة ليلة بقيت» قال: كرهوا ذلك لأنه شبه الاستثناء و لا يكون إلا أقل مما استثنى منه، و لكن يكتبون بعد النصف بيوم «لأربع عشرة ليلة بقيت».

و بعدم الجواز صرح ابن درستويه كما نقله المبسوط، و بذلك يظهر ضعف ما في قيل: «إنَّ المستثنى و المستثنى منه كالشيء الواحد فلا تتفاوت الحال بكثرتة و قلته».

و أما استدلال المبسوط لجوازه بقوله تعالى ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ وقوله جلّ و علا عن إبليس ﴿فِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ قال «فاستثنى من الغاوين مرّة و من المخلصين اخرى و لا بدّ أن أحدهما أكثر»، و بقول الشاعر

أدوا التي نقصت تسعين من مائة
ثم ابعثوا حكما بالحقّ قولاً

فاجيب: بان الاول ليس بدليل على جواز استثناء الستين من مائة لأنّ الكثرة و القلّة غير معلومين من اللفظ بل من الخارج وقوعا و مصداقا و أمّا مفهوما فيمكن أن يكون الغاؤون أكثر و يمكن أن يكون المخلصون أكثر.

و اما قول الشاعر ففيه: أنّه ليس باستثناء اصطلاحى مع أنّه من قبيل الأحجية و لا حجية فيه فهو كمن قال لآخر: كم صدت؟ فقال: عشرين إلّا تسعة عشر.

(و إذا اتّصل بما جرت به العادة فمن الإثبات نفي و من النفي إثبات، فلو قال: له على مائة إلا تسعين» فهو إقرار بعشرة و لو قال: الا تسعون فهو إقرار بمائة)

و قيل في وجه الفرق بينهما هو أنّ الأوّل فقط استثناء لأنّ في الإيجاب ينصب المستثنى بالآ، و أمّا الثّاني المرفوع فليس باستثناء بل وصف فكأنّه قال «له على مائة الذي غير التسعين».

و فيه: انه غير مستعمل عرفا فهو وصف لغو يجلّ العاقل عن التكلّم بمثله، نعم لو كان مثل قوله تعالى ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ من وصفه لجمع منكر أو مثل

المنكر كقوله «قليل بها الأصوات إلّا بغامها» كان في محلّه، نعم لو كان المقر نحويا فيكون مقرا بالمائة لكونه وصفا لا استثناءً.

حكم ما لو قال ليس له عليّ مائة إلّا تسعون

(و لو قال: ليس له عليّ مائة إلّا تسعون فهو إقرار بتسعين)

و ذلك لأنّ المستثنى من المنفيّ التامّ يكون مرفوعا فلما رفع التسعين علم أنّه استثناء من المنفي فيكون استثناء للتسعين بعد نفي المائة.

(و لو قال: أأ تسعين فليس مقرا)

قال الشهيد الثاني: «لأنّ نصب المستثنى دليل على كون المستثنى منه موجبا، و لما كان ظاهره النفي حمل على أنّ حرف النفي داخل على الجملة المثبتة المشتملة على الاستثناء أعني مجموع المستثنى و المستثنى منه و هي «له مائة إلّا تسعين» فكأنه قال المقدار الذي هو مائة إلّا تسعين ليس له عليّ أعني العشرة الباقية بعد الاستثناء كذا قرره المصنّف في شرح الإرشاد على نظير العبارة و غيره، و فيه نظر لأنّ ذلك لا يتم إلّا مع امتناع النّصب على تقدير كون المستثنى منه منفيّا تامّا لكن النّصب جائز حينئذ اتّفاقا و إن لم يبلغ رتبة الرفع (شهرة) قال ابن هشام: النّصب عربي جيد. فقد قرئ به في السبع ﴿ما فعلوه إلّا قليلا﴾^١ ﴿ولا يَلْتَفِتْ مِنْكُمْ أَحَدٌ إلّا امرأتك﴾^٢!

١ النساء: الآية ٥٦

٢ هود: الآية ٨١

قلت: في مثل هذا يحمل على المتعارف فان كان فهو و أَلَا فيؤخذ بالمقدار المتيقن من الكلام عرفا و ذلك لأصالة البراءة عما زاد .

حصيلة البحث:

المقبول من الاستثناء بعد تعقيبه بما ينفيه هو إذا ما بقي الأكثر من المستثنى منه و اتصل بما جرت به العادة، فمن الإثبات نفي و من النفي إثبات فلو قال: له عليّ مائةٌ إلَّا تسعين، فهو إقرارٌ بعشرةٍ. و كذا لو قال: إلَّا تسعون، فهو إقرارٌ بعشرة عرفا أَلَا اذا كان المقر نحويا فيكون مقرا بالمائة لكونه وصفا لا استثناءً. و لو قال: ليس له عليّ مائةٌ إلَّا تسعون، فهو إقرارٌ بتسعين. و لو قال: إلَّا تسعين، فقليل: انه ليس مقراً. قلت: في مثل هذا يحمل على المتعارف فان كان فهو و أَلَا فيؤخذ بالمقدار المتيقن من الكلام عرفا .

حكم ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف

(و لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف) و مثل له في المبسوط بقوله: «له عليّ عشرة إلَّا ثلاثة و إلَّا اثنين» قال استثنى الثلاثة و الاثنين من العشرة .

(أو كان الثاني أزيد من الأوّل) كقولك: «له عشرة إلَّا واحداً إلَّا اثنين» (أو مساويا له) كقولك «له عشرة إلَّا واحداً إلَّا واحداً» (رجعا جميعا الى المستثنى منه)

و الوجه في ذلك: أما مع العطف فلوجوب اشتراك المعطوف و المعطوف عليه في الحكم فهما كالجملة الواحدة، و لا فرق بين تكرر حرف الاستثناء و عدمه، و لا بين زيادة الثاني على الأول، و مساواته له، و نقصانه عنه. و أما مع زيادة الثاني على الأول و مساواته بلا عطف فلاستلزام عوده إلى الأقرب الاستغراق و هو باطل فيصان كلام المقر عن الهذر بعودهما معا إلى المستثنى منه.

و فيه: إنما يصحّ في من علم تكلمه بالقواعد النحوية، و في غيره يصحّ في قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك .

(و الّا رجع التالي إلى متلوّه) و مثل له الشيخ بقوله: «له عشرة إلّا خمسة إلّا اثنين» فقال: «كان إقرارا بسبعة» و وجه رجوعه الى متلوّه ظهوره عرفا لقربه، و عوده إليهما يوجب التناقض إذ المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفيًا و إثباتًا، و استدلّ المبسوط له بقوله تعالى ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا امْرَأَتَهَا﴾ .

اقول: قد تقدم ان ذلك يصحّ في من علم تكلمه بالقواعد النحوية، و في غيره يصحّ في قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك .

حصيلة البحث:

و لو تعدّد الاستثناء و كان بعاطفٍ أو كان الثاني أزيد من الأوّل أو مساوياً له قيل: برجوعهما جميعاً إلى المستثنى منه و إلّا رجع التالي إلى متلوّه. قلت: إنّما يصحّ ذلك في من علم تكلمه بالقواعد النحوية، و في غيره يصحّ في قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك.

حكم الاستثناء من غير الجنس

(و لو استثنى من غير الجنس) بأن قال: له علي مائة درهم إلّا ثوبا (صحّ و أسقط) المستثنى باعتبار قيمته حسب المتفاهم العرفي (من المستثنى منه فإذا بقي منه بقية لزمّت و إلّا بطل) الاستثناء للاستغراق (كما لو قال له علي مائة إلّا ثوبا)

القول ببطلان الاستثناء و إلزامه بالمائة للإسكافيّ ، و اختار المختلف بطلان تفسيره و مطالبته بتفسير آخر و الاقوى هو أنّ العرف إذا لم يفهم منه شيء فلا أثر له و ذلك لاحتمال انه ألغز في عدم شيء عليه كمن قال لآخر- و أراد أن يقول له بإقرارك- بإقرار ابن أخت خالتك.

حكم الاستثناء المستغرق

(و المستغرق باطل كما لو قال له عليّ مائة إلّا مائة و كذا الإضراب ببل مثل له علي مائة بل تسعون فيلزمه في الموضوعين مائة))

عند المصنف و ذلك لبطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق . و فيه: ان الاستثناء المستغرق باطل اذا انعقد الظهور لصدر الكلام لا ما اذا لم ينعقد كما في المقام حيث أنّ الكلام واحد ولا يعلم أثر لأوّل كلامه فلا يعلم كون شيء عليه في المثال الأوّل و أزيد من التسعين في المثال الثاني .

حصيلة البحث:

لو استثنى من غير الجنس كما لو قال: له عليّ مائةٌ إلّا ثوباً صحّ وأسقط المستثنى من المستثنى منه فإذا بقي بقيّةٌ لزمّت وإلّا فقبل بالبطلان والاقوى هو أنّ العرف إذا لم يفهم منه شيء فلا أثر له وذلك لاحتمال انه ألغز في عدم شيء عليه، ولو قال: له عليّ مائةٌ إلّا مائةً. أو مائةٌ بل تسعون، قيل: يلزمه في الموضوعين مائةً. قلت: الاستثناء المستغرق باطل إذا انعقد الظهور لصدر الكلام لا ما إذا لم ينعقد كما في المقام حيث أنّ الكلام واحد ولا يعلم أثر لأوّل كلامه فلا يعلم كون شيء عليه في المثال الأوّل وأزيد من التسعين في المثال الثاني .

حكم ما لو قال له علي عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه

(و لو قال: له علي عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه ألزم بالعشرة)

و لا يلتفت إلى دعواه عدم قبض المبيع إذا لم يصدقه المقر له، للتنافي بين قوله: علي، و كونه لم يقبض المبيع، لأن مقتضاه عدم استحقاق المطالبة بثمنه مع ثبوته في الذمة، فإنّ البائع لا يستحق المطالبة بالثمن إلّا مع تسليم المبيع، والوجه في ذلك هو انه إقرار منضمّ إلى دعوى عين .

واجيب: (بانه لمّا كان إقراره مقيداً لم يحمل على المطلق، و إنّما يؤخذ بالمتيقّن من الإقرار، نعم لو كان قوله الأخير منفصلاً لم يقبل، و بذلك قال المبسوط والقاضي، و المصنّف تبع الحلبيّ فقال: «لا فرق بينهما» أي كما لا يقبل المنفصل لا يقبل المتّصل و هو بحكمه، و أمّا كونه إقراراً منضمّاً إلى دعوى عين فليس كذلك لأنّه إقرار متفرّع على ذاك الدّعوى فان سمعت سمع و إلّا فلا، وهذا نظير إقرارنا بنبوّة موسى و عيسى و

ادّعائنا نبوة نبينا صلى الله عليه وآله، فلا يصحّ إلزامنا بقبول إقرارنا دون دعوانا، فلو لم يقبل لم نكن مقرّين أصلاً، كما في صحيح صفوان بن يحيى في خبر يوحنا أبي قرّة صاحب الجاثليق مع الرضا عليه السلام قال له عليه السلام: «ما تقول في فرقة ادّعت دعوى فشهدت لهم فرقة أخرى معدّلون قال: «الدّعوى لهم» قال: «فادّعت فرقة أخرى دعوى فلم يجدوا شهوداً من غيرهم، قال: لا شيء لهم» قال: «فأنا ادّعينا أنّ عيسى روح الله و كلمته ألّقاها إلى مريم فوافقنا على ذلك المسلمون، و ادّعى المسلمون أنّ محمّداً نبيّ فلم تتابعهم عليه، و ما أجمعنا عليه خير ممّا افترقنا فيه. فقال عليه السلام: يا يوحنا إنّنا آمنّا بعيسى بن مريم روح الله و كلمته الذي كان يؤمن بمحمّد و يبشّر به و يقرّ على نفسه أنّه عبد مربوب فان كان عيسى الذي هو عندك روح الله و كلمته ليس هو الذي آمن بمحمّد صلى الله عليه وآله و بشّر به و لا هو الذي أقرّ لله بالعبودية و الرّبوبيّة فنحن منه براء فأين اجتمعنا؟ فقام و قال: ما أغنانا عن هذا المجلس...»^(١).

اقول: الإقراره المقيد ينحل الى اقرار و ادعاء عرفا و عمومات الاقرار شامله له نعم يصح ما قال في ما اذا صدقه المقر له و ادعى عليه طلبا اخر فلا يثبت طلبه بذلك الاقرار المقيد، و اما صحيح صفوان فهو اجنبي عن المقام لانه لا يتضمن ادعاء حق للنصارى على المسلمين حتى يؤخذ به المسلمون و ان اقرارنا بدين المسيح لا يكون علينا حجة بعدم حجية دين الاسلام و ذلك لان اقرارنا به كان متفرعا على اعتقادنا بدين الاسلام و هذا المعنى لا علاقة له بالحقوق .

١ عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٣٠ باب جواب الرضا عن سؤال صاحب الجاثليق .

٢ النجعة ج ١٠ كتاب الاقرار .

(و كذا) يلزم بالعشرة لو أقر بها ثم عقبه بكونها (من ثمن خمر أو خنزير) عند المصنف و ذلك لتعقبه الإقرار بما يقتضي سقوطه، لعدم صلاحية الخمر و الخنزير مبيعا يستحق به الثمن في شرع الإسلام .

و لو قال له على قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه

(و لو قال له على قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه، و لو قال: له على قفيز حنطة بل قفيزان حنطة فعليه قفيزان. و لو قال: له هذا الدرهم بل هذا الدرهم فعليه الدرهمان، و لو قال: له هذا الدرهم بل درهم فواحد)

ذكر ذلك الشيخ و تبعه ابن زهرة و الحلبي، اما المثال الاول فلتبوت الأول بإقراره، و الثاني بالإضراب، و اما الثاني فلاعترافه بالاكتر، و اما الثالث فلاعترافه في الإضراب بدرهم آخر مع عدم سماع العدول، و اما الاخير فيلزمه درهم فواحد، لعدم تحقق المغايرة بين المعين و المطلق لإمكان حمله عليه .

و لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمر و

(و لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمر و دفعت الى زيد)

عملا بمقتضى إقراره الأول (و غرم لعمر و قيمتها) لأنه قد حال بينه، و بين المقر به بإقراره الأول فيغرم له، للحيلولة الموجبة للغرم (ألا أن يصدقه زيد) في أنها لعمر و تندفع إلى عمر و من غير غرم، و بذلك قال الشيخ في المبسوط و تبعه الحلبي، و اما قول

الإسكافي «إن كان حياً سئل عن مراده و إن كان ميتاً كان زيد و عمرو بمنزلة متداعيين لشيء هو في يد غيرهما فمن أقام البيّنة يستحقّه فان لم يكن لهما بيّنة و حلف أحدهما و أبى الآخر كانت للحالف فإن حلفا جميعا جعلت بينهما» فلا شاهد له .

و لو أشهد بالبيع لزيد و قبض الثمن منه ثم ادعى المواطاة سمعت دعواه

(و لو أشهد بالبيع لزيد و قبض الثمن منه، ثم ادعى المواطاة سمعت دعواه و احلف المقر له)

الأصل فيه ما في الشرائع: «إذا أشهد بالبيع و قبض الثمن، ثم أنكروا في ما بعد و ادّعى أنه أشهد تبعاً للعادة و لم يقبض قيل: لا يقبل لأنه مكذّب لإقراره، و قيل: يقبل لأنه ادّعى ما هو معتاد فيكون على المشتري اليمين».

قلت: و يضعف الاول بانه غير مكذّب لإقراره حتى لا يصغى اليه بل يدعي انه كان موطأةً، مضافاً الى حديث لا ضرر بناءً على دلالة نفي الحكم الضرري، و عليه فتسمع دعواه و تتوجه اليمين على المنكر .

هذا إذا كله شهدت البيّنة على إقراره بهما أما لو شهدت بالقبض لم يلتفت إليه لأنه مكذّب لها طاعن فيها فلا يتوجه بدعواه يمين .

حصيلة البحث:

لو قال: له عليّ عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه، ألزم بالعشرة. وكذا لو ادعى كونها من ثمن خمير أو خنزير، و لو قال: له قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه. و لو قال: قفيز حنطة بل قفيزان حنطة، فعليه قفيزان. و لو قال: له هذا الدرهم بل هذا الدرهم، فعليه الدرهمان. و لو قال: له هذا الدرهم بل درهم، فواحد. و لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمر، دفعت إلى زيد و غرم لعمر قيمتها إلّا أن يصدقه زيد. و لو أشهد بالبيع و قبض الثمن ثم ادعى المواطأة سمعت دعواه و أحلف المقر له.

من احكام الاقرار

١- لا يلزم الشخص باقراره إلّا اذا كان اخباره بثبوت الحق عليه او انتفائه عنه بنحو الجزم دون الاحتمال او الظن، و ذلك لقصور السيرة عن الشمول إلّا لمثل ذلك. و لا أقلّ من الشك في الشمول، و هو كاف في اثبات المطلوب.

٢- لا يكون الاقرار حجة إلّا بلحاظ الآثار التي هي في ضرر المقر دون الآثار التي هي في صالحه او التي هي مرتبطة بالغير و هو أجنبي عنها، و ذلك باعتبار ان الاقرار على النفس لا يصدق إلّا بلحاظ ذلك.

و منه يتضح لزوم التفكيك في كل اقرار بلحاظ آثاره فيلزم المقر بالآثار التي هي في ضرره دون غيرها، فلو أقر بابوة شخص له ألزم بالانفاق عليه دون العكس.

٣- و لا تختص حجية الاقرار بما اذا كان بلفظ معين بل يكفي كل ما يدل عليه و لو بالاشارة او الدلالة الالتزامية، و ذلك لإطلاق السيرة العقلائية من هذه الناحية.

٤- و لو قال لفلان عليّ مال ألزم بتوضيحه و ذلك باعتبار ان ذمة المقر لما ثبت اشتغالها بالمال بمقتضى الاقرار فمن اللازم تفريغها- على تقدير المطالبة- و هو لا يتحقق إلا بذلك.

٥- و من ادعى زوجية امرأة و صدّقه قبل ذلك منه. و لو انكرت ذلك و لم تكن له بينة ألزم بترتيب ما عليه من الآثار، و ذلك لقاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» الثابتة بالسيرة العقلانية.

و اما ان المرأة لو أنكرت ألزم بترتيب الآثار التي هي عليه- كحرمة التزويج بأمرها أو أختها- فباعتبار حجية الاقرار على النفس.

و اما بقية الآثار- كجواز النظر و نحوه- فحيث انها لا تدخل تحت القاعدة المذكورة فتعود بلا مثبت.

نعم بالنسبة الى الانفاق بالخصوص يمكن ان يقال بعدم وجوبه لأنه مقابل التمكين- اذ مع عدمه تكون ناشزاً، و هي لا نفقة لها- المفروض عدمه.

حصيلة البحث:

لا يلزم الشخص باقراره إلا اذا كان اخباره بثبوت الحق عليه او انتفائه عنه بنحو الجزم دون الاحتمال او الظن، و لا يكون الاقرار حجة إلا بلحاظ الآثار التي هي في ضرر المقر دون الآثار التي هي في صالحه او التي هي مرتبطة بالغير و هو أجنبي عنها، و لا تختص حجية الاقرار بما اذا كان بلفظ معين بل يكفي كل ما يدل عليه و لو بالاشارة او

الدلالة الالترامية، و لو قال لفلان عليّ مال ألزم بتوضيحه، و من ادعى زوجية امرأة و صدّقته قبل ذلك منه. و لو انكرت ذلك و لم تكن له بينة ألزم بترتيب ما عليه من الآثار.

(الفصل الثالث في الإقرار بالنسب)

شرائط المقرّ

(و يشترط فيه أهلية المقر) للإقرار ببلوغه و عقله كما تقدم .

(و إمكان إلحاق المقر به) بالمقر شرعا (فلو أقر بينوة المعروف نسبه) أو إخوته أو غيرهما مما يغير ذلك النسب الشرعي، (أو) أقر (بينوة من هو أعلى سنا) من المقر، (أو) مساو) له، (أو أنقص) منه (بما لم تجر العادة بتولده منه بطل) الإقرار لأنّه ليس بإقرار، بل ادعاء يكذبّه العيان، و كذا المنفي عنه شرعا كولد الزنا و إن كان على فراشه، و ولد اللعان و إن كان الابن يرثه كما تقدم .

(و يشترط التصديق فيما عدا الولد الصغير و المجنون و الميّت و عدم المنازع له) أي تصديق المقر به للمقر في دعواه النسب و ذلك لان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على الغير، و أما الثلاثة فلا يعتبر تصديقهم عند المصنف بل يثبت نسبهم بالنسبة إلى المقر بمجرد إقراره، لأن التصديق إنما يعتبر مع إمكانه و هو ممتنع منهم، و لاطلاق معتبر

السُّكُونِيَّ عن جعفرٍ عن أبيه عن عليِّ ع قال: إذا أقرَّ الرَّجُلُ بالولد ساعةً لم ينتف منه أبداً^١ في خصوص الصبي .

و فيه: ان عدم اشتراط تصديق المقرِّ به للمقرِّ في الولد الصغير و المجنون و الميِّت مع عدم المنازع إنّما يقبل من طرفه دون الصغير و المجنون و الميِّت لأنّ الإقرار إنّما هو بالنسبة إلى شخصه فلا يرث الصغير و المجنون لو كان لهما مال و لا يرث الميِّت، و الأصل في ذكر ما قال المبسوط، مع أنّه قال في الأخ الصغير مثل الولد الصغير، و التّحقيق: أنّ مثله ادّعاء لا إقرار، و بذلك يظهر ضعف ما عن النهاية «إذا أقرَّ بولد في صحّة أو مرض الحق به صدّقه الولد أو كذّبه»، و اما معتبر السكوني فلا اطلاق له من جهة الصبي .

و يشترط في نفوذ الإقرار مطلقاً عدم المنازع

(و) يشترط أيضاً في نفوذ الإقرار مطلقاً (عدم المنازع له) في نسب المقر به (فلو تنازعا فيه اعتبرت البيّنة) و حكم لمن شهدت له فإن فقدت فالقرعة، لأنها لكل أمر مجهول، هذا إذا اشتركا في الفراش بأن كانت زوجة كل منهما كلا في وقت و احتمال ولادة الولد زمن هذا أو ذاك، أو انتفى عنهما كواطئ خالية عن فراش لشبهة، فلو كانت فراشا لأحدهما، حكم له به خاصة، دون الآخر و إن صادقه الزوجان بأن ادعى الأجنبي كون الولد منه. فنازعه الزوج ابتداء ثم صدقه. و كذا الزوجة صدقته. فإن الولد للفراش بحكم الشرع. و لا أثر لإقرار الزوجين كون الولد لغير الفراش، لأنه بمعنى نفي الولد، و

١ التهذيب الجزء ٨ ص ١٨٣ باب لحوق الأولاد بالآباء الحديث ٦٣.

لا ينتفي الولد عن صاحبه إلّا بالملاعنة. و لو كانا زانين انتفى عن ابيه لا عن امه كما سيأتي في كتاب الميراث.

و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولد صح

(و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولد صح) توارثهما لأنّ كلا منهما أقرّ على نفسه (و توارثا و لم يتعدّهما) عند المصنف بدليل أنّه لم يكن إقرار منهم .

و فيه: ان لازم مقتضى التخصيص بغير التولد هو التعدّي في الولد الصغير مطلقا دون الكبير إلّا مع التصادق، مع عدم الفرق بينهما.

و لا عبرة بإنكار الصغير بعد بلوغه

(و لا عبرة بإنكار الصغير بعد بلوغه) بنسب المعترف به صغيراً عند المصنف تبعا للمبسوط، بدليل ثبوت النسب قبله فلا يزول بالإنكار اللاحق، و ليس له إحلاف المقر أيضا، لأن غاية القبول هو إجبار المقر على الرجوع عن إقراره السابق، أو نكوله عن اليمين الموجهة إليه. و كلا الأمرين لا يؤثر بعد نفوذ إقراره الأول. حيث ان الرجوع بعد الإقرار لا أثر له شرعا، كما لا يسمع لو نفى النسب حينئذ صريحا .

وفيه: ما تقدم من أنّ الإقرار إنّما يصدق في حقّه بوجوب نفقته و ميراثه منه أي من المقرّ، دون العكس، فالصغير إذا بلغ على أصالة العدم .

و اما ثبوت النسب قبله و انه لا يزول بالإنكار اللاحق. ففيه: انه صحيح من جهة المقر لا من جهة الصبي .

حصيلة البحث:

يشترط في الاقرار أهلية المقرّ ببلوغه و عقله كما تقدم و إمكان إلحاق المقرّ به بالمقرّ شرعا فلو أقرّ ببنوة المعروف بنسبه أو إخوته أو غيرهما مما يغير ذلك النسب الشرعي أو ببنوة من هو أعلى سنّاً أو مساوياً أو أنقص بما لم تجر العادة بتولّده منه بطل، و كذا المنفي عنه شرعا كولد الزنا و إن كان على فراشه، و ولد اللعان و إن كان الابن يرثه كما تقدم، و يشترط التصديق فيما عدا الولد الصّغير و المجنون و الميّت و عدم المنازع بلا خلاف، و اما الولد الصّغير و المجنون و الميّت فالاقوى انه يقبل اقراره من طرفه دون الصغير و المجنون و الميّت لأنّ الإقرار إنّما هو بالنسبة إلى شخصه فلا يرث الصغير و المجنون لو كان لهما مال و لا يرث الميّت. و اما لو تنازعا اعتبرت البيّنة و حكم لمن شهدت له فإن فقدت فالقرعة، هذا إذا اشتركا في الفراش بأن كانت زوجة كل منهما كلا في وقت و احتمال ولادة الولد زمن هذا أو ذاك، أو انتفى عنهما كواطئ خالية عن فراش لشبهة، فلو كانت فراشا لأحدهما، حكم له به خاصة، دون الآخر و إن صادقه الزوجان بأن ادعى الأجنبي كون الولد منه، فنازعه الزوج ابتداء ثم صدقه، و كذا الزوجة صدقته، فإن الولد للفراش بحكم الشرع. و لا أثر لإقرار الزوجين كون الولد لغير الفراش، و لا ينتفي الولد عن صاحبه إلّا بالملاعنة. و لو كانا زانين انتفى عن ابيه لا عن امه كما سيأتي في كتاب الميراث ، و لو تصادق اثنان على نسب صحّ و توارثا و

تعدّاهما التّوارث ، قيل: و لا عبرة بإنكار الصغير بعد بلوغه و كذا المجنون بعد كماله، و الاقوى قبول انكارهما .

و لو أقرّ العمُّ بأخٍ للميت دفع إليه المال

(و لو أقرّ العم) المحكوم بكونه وارثا ظاهرا (بأخ للميت وارث دفع إليه المال) لاعترافه بكونه أولى منه بالإرث .

(فلو أقرّ العم بعد ذلك بولد للميت وارث و صدقه الأخ دفع إليه) اي إلى الولد (المال) لاعترافهما بكونه أولى منهما.

(و إن أكذبه) أي أكذب الأخ العم في كون المقر به ثانيا ولدا للميت (لم يدفع إليه) أي إلى الولد لاستحقاق الأخ المذكور باعتراف ذي اليد له و هو العم لأنه كان ذا اليد قبل اعترافه بالأخ المذكور. فإقراره حينذاك في حق الأخ كان نافذا، لأنه إقرار على نفسه و لم تعلم أولوية الولد الذي أقر به العم ، لأن العم حينئذ خارج حيث زالت يده بعد إقراره بالأخ المذكور فلا يقبل إقراره في حق الأخ (و غرم العم له) أي لمن اعترف بكونه ولدا (ما دفع إلى الأخ) من المال، لإتلافه له بإقراره الأول مع مباشرته لدفع المال، و نبه المصنف بقوله: غرم ما دفع، على أنه لو لم يدفع إليه لم يغرم بمجرد إقراره بكونه أخا لأن ذلك لا يستلزم كونه وارثا، بل هو أعم و إنما يضمن لو دفع إليه المال لمباشرته لإتلافه حينئذ. كل بمقتضى القواعد .

لو أقرت الزوجة بولد فصدقها الإخوة أخذ الولد المال

(و لو أقرت الزوجة بولد) للزوج المتوفى، و وارثه ظاهرا إخوته (فصدقها الإخوة) على الولد (أخذ الولد المال) الذي بيد الإخوة أجمع، و نصف ما في يدها لأنها كانت قد أخذت ربع التركة، ثم بعد اعترافها بالولد للميت استحقت ثمن التركة فيجب عليها رد نصف ما في يدها إلى الولد، لاعترافهم باستحقاقه ذلك.

(و ان أكذبوها دفعت اليه) ما بيدها زائدا عن نصيبها على تقدير الولد (و هو الثمن) لأن بيدها ربعا نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه هذا ما اختاره المصنف، و الاقوى أن تدفع إليه سبعة أثمان ما في يدها، تنزيلا للإقرار على الإشاعة لان ما في يدها مال مشترك لكل الوراث و لم يفرز و عليه فيستحق في كل شيء سبعة أثمانه بمقتضى إقرارها، و بذلك صرح الشيخ في الخلاف و نسبه الى اصحابنا فقال: «إذا مات رجل و له ابنان فأقر أحدهما بأخ ثالث و أنكره الآخر لا خلاف أنه لا يثبت نسبه، و إنما الخلاف في أنه يشاركه في المال أم لا؟ فعندنا أنه يشاركه و يلزمه أن يردّ عليه ثلث ما في يده، و به قال مالك و ابن أبي ليلى، و قال أبو حنيفة: يشاركه بالنصف ممّا في يده لأنه يقرّ أنه يستحقّ من المال مثل ما يستحقّه فيجب أن يقاسمه المال، - إلخ»^١.

(و لو انعكس الفرض) بأن اعترف الإخوة بالولد دونها (دفعوا إليه) جميع ما بأيديهم (ثلاثة الأرباع) و ذلك أنّ الزوجة لا تدفع شيئا من الربع لإنكارها الولد و إنما يدفع الاخوة ثلاثة الأرباع لإقرارهم به.

١ الخلاف مسألة ٢٩ من مسائل إقراره

و لو أقرّ الولد بآخر دفع اليه النصف

(و لو أقرّ الولد بآخر دفع اليه النصف) أي بولد مثله ذكوريّة و إناثا لأن ذلك هو لازم إرث الولدين المتساويين ذكورية و أنوثية .

(فإن أقرأ) معا (بثالث دفعا إليه الثلث) أي دفع كل واحد منهما ثلث ما بيده لما تقدم، و على هذا لو أقر الثلاثة برابع دفع إليه كل منهم ربع ما بيده.

(و مع عدالة اثنين) من الورثة المقربين (يثبت النسب و الميراث) لأن النسب إنما يثبت بشاهدين عدلين، و الميراث لازم النسب، و افتى في المبسوطين بثبوت النسب بشهادة رجل و امرأتين، و هو الاقوى كما تقدم في كتاب الشهادات^١ .

(و إلّا) يكن عدلان من الرجال او رجل و امرأتان على المختار (فالميراث حسب) لأنه لا يتوقف على العدالة بل يكفي فيه الاعتراف .

و لو أقرّ بزوج للميتة أعطاه النصف

(و لو أقرّ بزوج للميتة أعطاه النصف) لأن نصيب الزوج مع عدم الولد النصف (ان كان غير ولدها و إلّا) يكن كذلك بأن كان المقر ولدها (فالربع) لأنه نصيب الزوج معه .

(و إن أقر) ذلك المقر بالزوج ولدا كان أم غيره (بآخر و أكذب نفسه في) الزوج (الأول أغرم له) أي للآخر الذي اعترف به ثانيا، لإتلافه نصيبه بإقراره الأول مع مباشرة التسليم، (و إلّا) يكذب نفسه (فلا شيء عليه) عند المصنف لأن الإقرار بزواج ثان إقرار بأمر ممتنع شرعا فلا يترتب عليه أثر.

و فيه: ما قاله الشهيد الثاني من ان الأقوى أنه يغرم للثاني مطلقا مع مباشرة تسليم المال للاول لأصالة صحة إقرار العقلاء على أنفسهم مع إمكان كونه هو الزوج، و أنه ظنه الأول فأقر به ثم تبين خلافه، و إلغاء الإقرار في حق المقر مع إمكان صحته مناف للقواعد الشرعية^١.

هذا و قال الشهيد الثاني: «نعم لو أظهر لكلامه تأويلا ممكنا في حقه كتزوجه إياها في عدة الأول فظن أنه يرثها زوجان فقد استقرب المصنف في الدروس القبول، و هو متجه»^٢.

اقول: هذا الاستدراك اما ان يكون متصلا بالكلام فكما قال و اما ان يكون منفصلا عنه فلا يقبل منه لانه من مصاديق الانكار بعد الاقرار و توجيهه مجرد ادعاء لا يقبل الا بدليل .

(و لو أقر بزوجة للميت فالربع) إن كان المقر غير الولد (أو الثمن) إن كان المقر الولد .

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلاتر)، ج ٦، ص: ٤٣٤

٢ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلاتر)، ج ٦، ص: ٤٣٤

(فإن أقر) الوارث (بأخرى و صدقته الاولى اقتسامه) الربع على تقدير عدم الولد، و الثمن على تقدير الولد.

(و ان اكذبها غرم المقر نصيبها) و هو نصف ما غرم للأولى إن كان باشر تسليمها كما تقدم، و إلا فلا.

حصيلة البحث:

لو أقرّ العمّ بأخ دفع إليه المال فلو أقرّ العمّ بعد ذلك بولدٍ و صدّقه الأخ دفع إليه المال و إن أكذبه لم يدفع إليه و أغرم العمّ له ما دفع إلى الأخ. و لو أقرّت الزوجة بولدٍ فصدّقته الإخوة أخذ المال و إن أكذبوها دفعت إليه سبعة أثمان ما في يدها ، و لو انعكس الفرض دفعوا إليه ثلاثة الأرباع، و لو أقرّ الولد بآخر دفع إليه النّصف، فإن أقرّا بثالثٍ دفعا إليه الثلث و على هذا و مع عدالة اثنين يثبت النّسب و الميراث، و يثبت ايضا بشهادة رجل و امرأتين و إلا فالميراث حسب، و لو أقرّ بزوجه للميئة أعطاه النّصف إن كان المقرّ غير ولدها و إلا فالربع، و إن أقرّ بآخر و أكذب نفسه في الأوّل أغرم له و إلا قيل: لا شيء عليه، و الأقوى أنه يغرم للثاني ايضا مع مباشرة تسليم المال للاول .

(كتاب الغصب)

حقيقة الغصب

(و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا)

الغصب: لغةً أخذ الشيء ظلماً، كما في القاموس و غيره قال في الأول: «غصبه يغصبه: أخذه ظلماً كماغتصب، و فلانا على الشيء: قهره» و في الصحاح «الغصب: أخذ الشيء ظلماً، تقول: غصبه منه و غصبه عليه بمعنى، الاغتصاب مثله، و الشيء غصب و مغصوب» نعم في الإسعاد لبعض الشافعية زيادة «جهاراً» لتخرج السرقة و نحوها، و عن ابن الأثير أنه أخذ مال الغير ظلماً و عدواناً، و بهذا المعنى يعني أخذ الشيء قهراً رغم أنف صاحبه ورد شرعاً، و إليه يرجع تعريف المصنف و عليه فلا ينحصر الغصب بالاستيلاء على مال الغير عدواناً فقط بل يشمل الاستيلاء على حق الغير عدواناً أيضاً .

و عليه: (فلو منعه من سكنى داره أو من إمساك دابته فليس بغاصب)

لأنه لم يستول عليه، نعم لا يلزم من عدم الغصب عدم الضمان لو حصل سببه .

(و لو سكن معه قهراً فهو غاصب للنصف) لاستقلال الغاصب بالنصف، هذا إذا شاركه في سكنى البيت على الإشاعة من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختصاص بضمانه .

(و لو انعكس بأن ضعف الساكن) الداخل على المالك عن مقاومته و لكن لم يمنعه المالك مع قدرته (ضمن) الساكن (أجرة ما سكن) لاستيفائه منفعته بغير إذن مالكة.

(قيل) و القائل المحقق و العلامة و جماعة^١ (و لا يضمن الساكن العين) لعدم صدق الغصب لعدم تحقق الاستقلال باليد على العين الذي لا يتحقق الغصب بدونه.

و فيه: أنه بعد سكوت المالك و عدم دفعه يصدق أنه مستقل بإثبات اليد على النصف و هل إقدار الله على منع الناس عن عصيانه و تركه لهم يخرجهم من كونهم عاصين؟ و عليه فهو ضامن للعين.

حصيلة البحث:

الغصب: هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً أو بالاستيلاء على حق الغير عدواناً. فلو منعه من سكنى داره أو إمساك دابته المرسله فليس بغاصب نعم قد يكون ضامناً اذا حصلت اسباب الضمان، و لو سكن معه قهراً فهو غاصبٌ للنصف إذا شاركه في سكنى البيت على الإشاعة من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختصاص بضمانه، و لو ضعف الساكن ضمن أجرة ما سكن قيل: و لا يضمن العين، و الاقوى ضمانها.

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٢٢

و سحب مقود الدابة غضب للدابة

(و مدّ مقود) أي سحب حبل (الدابة غضب للدابة للاستيلاء عليها عدوانا) (إلا أن يكون صاحبها راكبا) عليها (قويا) على دفع القائد (مستيقظا) حالة القود غير نائم فلا يتحقق الغضب حينئذ لعدم الاستيلاء، ذكر ذلك المبسوط لكنه أطلق كون صاحبها عليها، و الظاهر كون التقييد مراده .

و غضب الحامل غضب للحمل

(و غضب الحامل غضب للحمل)

لأنه مغضوب كالحامل، و الاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعية لأمه .

(و لو تبعها) أي تبع الدابة (الولد ففي ضمان الولد قولان)

مأخذهما عدم إثبات اليد عليه؛ و أنه سبب قوي و لو لم يكن غضبه بالقصد و عليه فلا وجه للقول بالعدم، و الأقوى الضمان و هو الذي قرّبه المصنف في الدروس.

حكم الأيدي المتعاقبة على المغضوب

(و الأيدي المتعاقبة على المغضوب أيدي ضمان فيتخيّر المالك في تضمين من شاء منهم أو تضمين الجميع) سواء علموا أم جهلوا على المشهور لتحقق التصرف في مال

الغير بغير إذنه لعموم ادلة الضمان، و يشهد له صحيح الحسين بن ابي العلاء عن ابي عمار السراج عن الصادق ؑ «في الرجل يوجد عنده السرقة، فقال: هو غارم، إذا لم يأت على بائعها شهوداً»، نعم لا إثم على الجاهل بالغصب (و يرجع الجاهل منهم بالغصب على من غره) كما افتي بذلك ابن إدريس فقال: «هو ضامن على شرائها ببينة أو لا بلا خلاف» و هو المشهور بين المتأخرين لقاعدة الغرور المتقدمة ألا ان الاقوى هو رجوع المالك الى السارق لا المشتري الجاهل بالغصب و ذلك لقاعدة نفي الوزر المتقدمة في كتاب البيع و بذلك افتي الشيخ في النهاية فقال: «من وجد عنده سرقة كان ضامناً لها، إلا أن يأتي على شرائها ببينة» و هو المفهوم من الكافي حيث اعتمد الصحيح المتقدم^٢ الدال على عدم الغرم اذا اتى بالبينة على شراءها و السراج و ان كان مهملاً ألا ان الخبر موافق للقران قال تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر اخرى﴾.

حصيلة البحث:

و مدّ مقود الدابة غصباً إلا أن يكون صاحبها راكباً قوياً مستيقظاً فلا يتحقق الغصب حينئذ لعدم الاستيلاء، و غصب الحامل غصباً للحمل، و لو تبعها ففي الضمان قولان و الأقوى الضمان، و الأيدي المتعاقبة على المغصوب أيدي ضمانٍ فيتخير المالك في تضمين من شاء أو الجميع و يرجع الجاهل منهم بالغصب على من غره على مشهور المتأخرين و الاقوى هو رجوع المالك الى السارق لا المشتري الجاهل بالغصب.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج٧ ص ٢٣٧ باب ٢١ ح ٥٨ ؛ ورواه ايضاً في ٤٥ من باب الغرر و المجازفة و شراء السرقة عن ابي عمرو السراج، و رواه الكافي عن ابي عمر السراج، و لا اثر لهذا الاختلاف فالكل مهملون .

٢ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٢٩ ح ٧

و الحرُّ لا يضمن بالغصب

(و الحرُّ لا يضمن بالغصب) عينا و منفعة، لأنه ليس مالا فلا يصدق الغصب فيه هذا إذا كان كبيرا عاقلا إجماعا، و أمّا الصغير ففي غصب «المبسوط» قال بالعدم، و في جراحه بالضمان و في «الخلاف» أفتى أوّلا بالعدم ثمّ قوّى الضمان^١.

اقول: مقتضى القاعدة عدم تحقق الغصبية لعدم كونه مالا، لكن لا يلزم من عدم الغصب عدم الضمان لو حصل سببه، و عليه فلو كان استناد تلف الصبي بل غيره ايضا الى المتسلط عليه عرفا كان ضامنا .

(و يضمن الرقيق بالغصب) لأنه مال .

و لو حبس الحر مدة لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله

(و لو حبس الحر مدة لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله) لأن منافع الحر ليست مالا فلا تدخل تحت اليد تبعا له، نعم لو كان قد استأجره مدة معينة فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجرة لذلك لا للغصب (بخلاف الرقيق) لأنه مال محض و منافعه كذلك .

و خمر الكافر المستتر محترمة

١ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ١٣٥

(و خمر الكافر المستتر بها محترم) لأنها مال بالإضافة إليه ، و عليه فهو (يضمن بالغصب مسلماً كان) الغاصب (أم كافراً و قد أقر عليه) من قبل السلطان في شروط الذمة (و لم يجز مزاحمته فيه) و حيث يضمن الخمر يعتبر (بقيمته عند مستحلّيه) و بالقيمة صرّح في المبسوطين و ذهب القاضي إلى أنّ الخمر عليه مثلها و لكن رجع عنه في آخر باب غصب كتابه^١.

اقول: و الاقوى الضمان بالقيمة مطلقاً لما تقدم في كتاب البيع فراجع .

(و كذا الخنزير) إلا أن ضمان قيمة الخنزير واضح لأنه قيمي حيث يملك.

حصيلة البحث:

الحرّ لا يضمن بالغصب، نعم لو كان استناد التلف الى المتسلط عليه عرفاً كان ضامناً، و يضمن الرقيق، و لو حبس الحرّ مدّة لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله بخلاف الرقيق فانه ضامن لمنافعه، نعم لو كان قد استأجر الحر مدة معينة فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجرة لذلك، و خمر الكافر المستتر محترمة تضمن بالغصب بقيمتها عند مستحلّيتها و كذا الخنزير.

و لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر

(و لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر)

١ مختلف الشيعية في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ١٣٥-١٣٦

لأنه أقوى كمن حفر بثرا في ملك غيره عدوانا فدفع غيره فيها إنسانا فالضمان على الدافع.

(ألا مع الإكراه أو الغرور) للمباشر (فيستقرّ الضمان) في الغرور (على الغار و) في الإكراه (على المكره) لضعف المباشر بهما فكان السبب أقوى كمن قدم طعاما إلى المغرور فأكله فقرار الضمان على الغار فيرجع المغرور عليه لو ضمن على ما هو المشهور بين المتأخرين، و قد تقدم ان الاقوى عدم الضمان على المغرور و المكره لقاعدة نفي الوزر، هذا و لم يقيد المصنّف الإكراه بالمال كالشرائع، لأنّ الكلام في الغصب و هو لا يكون إلّا في المال فيكون الإكراه على القتل و الجراح خارجا من كلامه.

حكم ما لو أرسل ماء في ملكه أو أجبّ نارا فسرى الى الغير

(و لو أرسل ماء في ملكه أو أجبّ نارا فسرى الى الغير فأفسد فلا ضمان إذا لم يزد عن قدر الحاجة و لم تكن الريح عاصفة و ألا ضمن)

ظاهر عبارة المصنّف: أن الزائد عن قدر الحاجة يضمن به و إن لم يقترن بظن التعدي. و كذا مع عصف الريح و إن اقتصر على حاجته لكونه مظنة للتعدي. فعدم الضمان على هذا مشروط بأمرين. عدم الزيادة عن الحاجة، و عدم ظهور سبب التعدي كالريح فمتى انتفى أحدهما ضمن.

و جعل الشيخ في المبسوط الملاك في الضمان و عدمه علمه بالسراية و عدمه، فقال: «إذا أرسل في ملكه ماء نظر، فان كان غير مفرط مثل أن نقب الفار أو غيره نقبة أو كان هناك نقبة لم يعلم بها فلا ضمان عليه، لأنّها سراية عن مباح فيذهب هدرا، و هكذا النار

إذا أجبها في ملكه فحملتها الريح إلى ملك غيره فأتلفته فلا ضمان عليه لأنها سراية عن مباح- إلى- فأما إن أرسل الماء إلى ملكه بقدر حاجته إليه و هو يعلم أنّ الماء ينزل إلى ملك غيره و أنّ للماء طريقا إليه فعليه الضمان لأنه إذا علم أنه يسري إلى ملك غيره و أنه لا حاجز يحجزه عنه فهو المرسل له، و هكذا النار إذا طرحها في زرعه و هو يعلم أنّ زرعه متّصل بزرع غيره و أنّ النار تأتي على ملكه و تتّصل بملك غيره فعليه الضمان لأنها سراية حصلت بفعله»^١.

اقول: الملاك في الضمان و عدمه هو كونه سببا في حصول التلف عرفا فايئما حصل سبب الضمان كان ضامنا و آلا فلا .

و اما مجرد الزيادة عن الحاجة فلا دليل على كونها موجبة للضمان، و كذا التفصيل بين علمه و جهله لا وجه له آلا عدم تحقق السببية في بعض موارد الجهل .

هذا و استدلل على الضمان بقاعدة لا ضرر و لا ضرار، و فيه: انما يصح الاستدلال بها اذا كانت بمعنى تدارك الضرر يعني لا ضرر و لا ضرار غير متدارك كما هو مبنى الفاضل التونسي، و لا نقول به.

حصيلة البحث:

و لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر آلا مع الإكراه أو الغرور فيستقرّ الضمان على الغارّ و على المكره على مشهور المتأخرين و الاقوى عدم الضمان على المغرور و

١ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ٣، ص: ١٠٣

المكره. و لو أرسل ماءً في ملكه أو أجاج ناراً فسرى إلى الغير فعليه الضمان ان كان سببا في حصول التلف عرفا و آلا فلا .

و يجب ردُّ المغصوب ما دامت العين باقية

(و يجب ردُّ المغصوب ما دامت العين باقية) عقلاً لحرمة الغصب شرعا و عقلا (و لو أدّى ردّه الى عسر و ذهاب مال الغاصب) كمن غصب حجرا و جعله في أساس بيته فيجب عليه هدمه و ردّ الحجر، كما أنّه لو لم يفعل فالظاهر من قول تعالى ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةٌ بِمَا ظَلَمُوا﴾ ان الله تعالى يفعله، و عن أمير المؤمنين عليه السلام «الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها»^١.

كيفية الضمان

(فان تعذّر ضمنه بالمثل ان كان مثليا و آلا فالقيمة العليا من حين الغصب الى حين التلف، و قيل: الى حين الرّدّ و قيل: بالقيمة يوم التلف)

اقول: وقع الخلاف في كون الضمان بالمثل او القيمة فذهب ابن الجنيد الى كون الضمان بالمثل ان اختار صاحبها ذلك و آلا دفع قيمة كانت منذ يوم غضبها الى ان هلكت فقال: «فإن استهلك الغاصب للعين المغصوبة كان ضامنا إمّا دفع قيمة كانت لها

١ نهج البلاغة (لصبيح الصالح) ص ٥١٠؛ و في نسخة الغصيب بدل الغصب كما و ان الرضي عليه السلام قال ان هذا الكلام منسوب للرسول (ص).

منذ يوم غضبها إلى أن هلكت، أو المثل لها إن اختار صاحبها ذلك^١، و هذه العبارة تعطي انه قائل باعلى القيم لكن لا مطلقاً و عن المرتضى تخيير المالك بين المثل و القيمة و ذكر انه روي انه يلزمه اعلى القيم مدة ايام الغضب فقال في ناصرياته بعد قول جدّه: «الذي نذهب إليه أنّ المغضوب إذا كان تلف في يد الغاصب و كان له أمثال موجودة و رضي المغضوب منه أن يأخذ المثل كان على الغاصب أن يعطيه ذلك و إلّا فالقيمة، و قد روي أنّه يلزمه أكثر قيمة مدّة أيام الغضب، و إنّما قيل ذلك احتياطاً و استظهاراً لأنّه إذا اختلف قيمته في أيام الغضب فالأولى أن يؤخذ بالأزيد للاحتياط و الاستظهار^٢، و بالمثل معيناً أفتى الشيخ في المبسوطين^٣ و تبعه ابن البراج و ابن ادريس^٤ و ابن حمزة^٥.

قلت: و لم نقف لهم على دليل بل لعلّ المثل يكون انقص قيمةً يوم الردّ و الغاصب كان سببا له بمعنى أنّه لو كان ماله عنده باعه بأكثر و إنّما المتيقّن قبول ردّ العين و لو كان نقصت قيمته فان كان شيء له أجره يعطى أجرته أيضا و إلّا فلا بد من التحلل من صاحب الحق، هذا كله في المثلي.

١ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج٦، ص١٣١

٢ الناصريات؛ ص٣٨٨

٣ الخلاف؛ ج٣، ص: ٤١٥؛ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج٣، ص: ١٠٣

٤ السرائر ج/٢ ص٤٨١؛ و المهذب (لابن البراج)؛ ج١، ص: ٤٤٧.

٥ الوسيلة ص٢٧٦؛ ألا انه لم يفصل بين المثلي و القيمي و ان فصل في النماء بين المثلي و القيمي .

نعم قد يستدل بصحيح صفوان الجمال عن الصادق عليه السلام «من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فإنها لربها ومثلها من مال الذي كتمها»^١ على تعيين الضمان بالمثل لقوله عليه السلام «ومثلها» او «او لمثلها» على اختلاف النسخ.

وفيه: ان مورده الضالة وهي اعم من القيمي والمثلي، و موردها الغصب او ما بحكمه من التعدي مضافا الى انها لا دلالة فيها على تعيين الضمان بالمثل و عليه فالجمع بينها و بين صحيح ابي ولاد هو تخير المالك بمطالبة المثل او القيمة .

و بما تقدم يظهر عدم صحة ما ادعي من الاجماع بضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة بل المالك المطالبة بالمثل في باب الغصب او ما بحكمه من التعدي لا مطلقا. و اما القيمي فذهب المبسوطان الى اعلى القيم الى يوم التلف^٢ و كذلك ابن حمزة و ابن ادريس^٣.

اقول: و الذي تدل عليه صحيحة ابي ولاد هو الضمان بالقيمة يوم المخالفة و المفهوم منها هو عدم الفرق بين المثلي و القيمي و ان وردت بالبغل و هذا هو الذي دل عليه العرف فالعرف يرى القيمة ميزاناً للاشياء المتلفة و لا يرى المثل في المثلي و القيمة في القيمي و هذا دليل آخر على اطلاق الضمان و يمكن الاستدلال بصحيحة ابي ولاد بعد اعتبار البغل المضمون بالقيمة مثلياً فهو و ان قيل انه قيمي ألا ان الصحيح ان العرف لا

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «ومثلها» .

٢ المختلف ج ٦/ ص ٨١ و المبسوط ج ٣/ ص ٧٥ و الخلاف ج ٣/ ص ٤١٥

٣ السرائر ج ٢/ ص ٤٨٢ و الوسيلة ص ٢٧٦

يراه قيمياً بل مثلياً لتوفر مثله بالصفات و المالية و اذا ثبت ذلك فثبوت القيمة في القيمي بطريق اولى .

هذا ما قويناه سابقا من كون الضمان بالقيمة مطلقاً أآ في الغصب فانه ان كان مثليا فالمثل و ان كان قيميا فالقيمة كما يشهد للغصب قوله تعالى ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾، الدال على ضمان المعتدي لمثل ما اعتدى فاذا كانت العين التالفة مثلية ضمن مثلها من حيث الحقيقة ، و ان كانت قيمة ضمن مثلها من حيث المالية، لكن الاية المباركة و ان كان موردها الغصب و الاعتداء أآ انه لا خصوصية للمورد بحسب النظر العرفي فان العرف لا يرى للغصب خصوصية و عليه فدلالة الاية على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة في كل الموارد هو الصحيح . و الحاصل ان الاقوى ما عليه المشهور من ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة بلا فرق بين الغصب و غيره، و الروايات المتقدمة مثل صحيحتي يونس و صفوان و غيرهما لا تنافي الاية فتدبر .

هل يلزم الغاصب باعلى القيم ام لا؟

قد تقدم ان المرتضى قال بالقيمة مطلقاً و نسب اعلى القيم الى الرواية و قد عرفت افتاء ابن الجنيدي بذلك حتى في المثلي لكن لا مطلقا، و المبسوطين به ايضاً في القيمي و كذلك ابنا حمزة و ادريس، ثم ان عمل هؤلاء ان كان من اجل هذه الرواية المرسلة

التي رواها السيد المرتضى كان عملهم جابرا لها لكن الظاهر ان فتواهم انما هو لاقتضاء القاعدة ذلك حيث ان الغاصب مفوت لاعلى القيم على المالك و عليه فالاقوى انه ضامن لأعلى القيم الى يوم الرد و للمالك ايضا مطالبة الغاصب بالمثل .
 هذا ما قويناه سابقا و قد عدلنا عنه كما تقدم في كتاب البيع و قلنا هناك:
 انه مدفوع بما تقدم من دلالة الاية المباركة من ضمان المثل لا غير، و حديث اللاضرر الدال على نفي الحكم الضري لا دلالة فيه على ضمان الغاصب لما فوته من اعلى القيم، و عليه فالاقوى انه ضامن للمثل يوم الاداء لا غير في المثلي كما تقدم، و اما القيمي فيجب عليه اداء قيمة العين يوم الاداء كما تقدم ايضا .

(و ان عاب المغصوب ضمن أرشه)

لصحيح أبي ولّاد المتقدم فيه: «قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه عليه».

(و يضمن أجرته ان كان له أجره لطول المدّة استعمله أو لا)

اما ما استعمله، فلصحيح أبي ولّاد المتقدم فيه: «و قال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل و مثل كراء البغل راكبا من النيل إلى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إيّاه».

و أمّا مع عدم الاستعمال فالضمان لأجل ان منافعه أموال تحت اليد فتضمن بالفوات، و التفويت.

و لا فرق بين بهيمة القاضي و الشوكي في ضمان الأرش

(و لا فرق بين بهيمة القاضي و الشوكي^١ في ضمان الأرش)

لعموم الأدلة، و ردا على مخالفة بعض العامة في ذلك فحكم في الجناية على بهيمة القاضي بالقيمة و يأخذ الجاني العين نظرا إلى أن المعيب لا يليق بمقام القاضي^٢.

حصيلة البحث:

يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيةً، و لو أدى ردّه إلى عسرٍ و ذهب مال الغاصب فإنّ تعذّر ضمن مثله ان كان مثليا و قيمته يوم الاداء ان كان قيميا، و إن عاب ضمن أرشه و يضمن أجرته إن كان له أجرّة لطول المدّة استعمله أو لا، و لا فرق بين بهيمة القاضي و الشوكي في ضمان الأرش.

و لو جنى على العبد المغصوب فعلى الجاني أرش الجناية

(و لو جنى على العبد المغصوب) جان غير الغاصب (فعلى الجاني أرش الجناية) المقرر في باب الديات (و على الغاصب ما زاد عن أرشها من النقص ان اتفق) حصول الزيادة فلو كانت الجناية مما له مقدر كقطع يده الموجب لنصف قيمته شرعا فنقص بسبب قطع يده ثلثا قيمته فعلى الجاني النصف و على الغاصب السدس الزائد من النقص، و لو

١ منسوب إلى الشوك بفتح الشين و سكون الواو جمعه أشواك ما يخرج من النبات شبيها بالإبر. و المراد منه هنا من يحتطب الشوك للارتزاق.

٢ النجعة ج ١٠ كتاب الغصب.

لم تحصل زيادة نقص توجب الضمان على الغاصب فلا شيء على الغاصب بل يستقر الضمان على الجاني. و الفرق أن ضمان الغاصب من جهة المالية فيضمن ما فات منها سواء كان تفويت مالية العين من قبل الغاصب أم من قبل غيره، و ضمان الجاني منصوص .

(و لو مثل^١ به انعتق و غرم قيمته للمالك)

عند المصنف و به قال في المبسوطين، و تبعه القاضي و هو المفهوم من الكليني حيث اعتمد مرسل جعفر بن محبوب عن الصادق عليه السلام «كلّ عبد مثلّ به فهو حرّ»^٢ الدال بعمومه على حصول الانعتاق و لو لم يكن التمثيل من المولى لكنه ضعيف سنداً لارساله و بجعفر بن محبوب فانه لم يوثق، فان حصل الوثوق به فهو و الا فلا .

و اما الاستدلال له بصحيح أبي بصير «عن الباقر عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في من نكل^٣ بمملوك أنه حرّ» ففيه: ان الانعتاق بالتمثيل مورده تمثيل المولى و لا عموم فيه.

حكم ما لو غصب مثل الخفّين

(و لو غصب مثل الخفّين أو المصراعين أو الكتاب سفرين فتلف أحدهما ضمن قيمته مجتمعاً)

١ قال الجزري: مثلث بالحيوان أمثل به مثلاً. إذا قطعت اطرافه و شوّهت به و مثلث بالقتيل اذا جذعت أنفه و اذنه و مذاكيره و شيئاً من اطرافه و الاسم المثلة .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٨٩ ح ١

٣ في النهاية: نكلّ تنكيلاً إذا جعله عبرة لغيره و صنع به صنعا يحذر غيره.

لأن النقصان الحاصل في يده مستند إلى تلف عين مضمونة عليه بما لها من الصفات، فكان عليه ضمان التفرقة و ضمان العين .

حكم ما لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب

(و لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه و لا له ألا أن تكون عينا كالصبغ فله قله إن قبل الفصل) و لو بنقص قيمة الثوب جمعا بين الحقين (و) نقص الثوب ينجر بأن الغاصب (يضمن أرش الثوب) .

و ذهب الإسكافيّ على أنّه ليس له قلع صبغه و لو أعطاه المالك القيمة و جب عليه القبول لاستهلاك عين الغصب و عدم انتفاعه بصبغه، و استلزام قلع صبغه التصرف في مال الغير بغير اذنه!

و فيه: ان مفروض المسألة هو كون الصبغ قابلا للانفصال و عليه وقوعه عدوانا لا يقتضي إسقاط ماليته، لأن ذلك عدوان آخر.

(و لو بيع مصبوغا بقيمته مغصوبا فلا شيء للغاصب) من قيمة البيع لعدم الزيادة بسبب ماله.

و للشيخ تفصيل حول المسألة فقال في المبسوط: « اذا غصب ثوبا فصبغه لم يخل الصبغ من ثلاثة أحوال إما أن يكون للغاصب أو لرب الثوب أو لغيرهما فان كان للغاصب لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن لا يزيد و لا ينقص بالصبغ أو يزيد، أو ينقص.

فان لم يزد و لم ينقص مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة و قيمة الصبغ عشرة، و هو بعد الصبغ يساوي عشرين، فهما فيه شريكان، لأن لكل واحد منهما عينا قائمة فيه، فهو كما لو غصب طعاما فخلطه بطعام من عنده، فهما فيه شريكان. و لو غصب غزلا فنسجه، أو ترابا فضربه لبنا، أو نقرة فضربها دراهم، أو ثوبا فقصره فزادت القيمة، كان ذلك كله لصاحب العين، و الفرق بينهما أن هذه آثار أفعال، و تلك أعيان أموال.

فإذا ثبت أنهما شريكان، ففيه ست مسائل:

إن اتفقا على أن يكون على ما هما عليه من الشركة فعلا.

و أن اتفقا على بيعه و قسمة ثمنه فعلا.

الثالثة: إذا اختار الغاصب قلع صبغه عن الثوب كان له، على أن عليه ما نقص بالقلع، فيقال له: إن شئت فاستخرج الصبغ على أن عليك ما نقص بالقلع، لأنه عين ماله، فكان له إزالتها عن ملك رب الثوب.

الرابعة: إذا امتنع صاحب الصبغ عن إزالة الصبغ عن الثوب، فهل لرب الثوب إجباره على ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان أحدهما له إجباره كما لو غصب دارا فزوقها أو أرضا فغرسها، كان للمالك مطالبته بالقلع، و الثاني ليس له إجباره على قلعه بل يكونان شريكين و الأول أقوى.

الخامسة: اختار رب الثوب أن يعطي الغاصب قيمة الصبغ، ليكون الثوب بصبغه له أو يأخذ الثوب مصبوغا و لا يعطي الغاصب ما زاد بالصبغ فهل له ذلك أم لا؟ قيل فيه

قولان أحدهما له أخذ الثوب مصبوغا، و يكون له الصبغ بغير قيمة، لأنها زيادة متصلة بالثوب كما إذا قصره و هذا ليس بصحيح، و الثاني ليس له ذلك، بل له أن يعطيه قيمة الصبغ، ليكون الثوب و صبغه له فالصحيح أنه ليس له مطالبته بأخذ القيمة، بل يكونان فيه شريكان، لأنها عين ماله قائمة بحالها غير تابعة لغيرها فلا يجبر على أخذ قيمتها كما لو خلط طعامه بطعامه.

السادسة: وهب الغاصب الصبغ من رب الثوب فهل يلزم رب الثوب قبوله منه أم لا؟

قيل فيه وجهان أحدهما يلزمه كالسمن و تعليم القرآن و القسارة، و الثاني لا يجبر لأنها غير ماله، فلم يجبر على قبولها كالعين المنفردة عن المال، و هذا هو الصحيح، لأن الأصل براءة الذمة من لزوم ذلك.

و جملته أن كل من وهب لغيره هبة هل يلزمه القبول أم لا؟ فيها ثلاث مسائل أحدها لا يلزمه القبول، و هو العين المنفردة بنفسها، الثانية عين قائمة متصلة لا يمكن إفرادها فيلزمه قبولها وجها واحدا مثل السمن، الثالثة زيادة متصلة لا يمكن إفرادها مثل مسثلتنا و كالتزويق في الدار و هو على وجهين، و الأقوى أنه لا يجبر.

هذا إذا لم يزد و لم ينقص و أما إن زاد مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة، و قيمة الصبغ عشرة، فلما صبغ ساوى ثلاثين لم يخل من أحد أمرين إما أن تكون الزيادة لزيادة السوق أو لاجتماع ذلك، فان كان لاجتماع الأمرين، فالثوب بزيادته شركة بينهما، لأن الزيادة حصلت باجتماع الثوب و الصبغ، و يكون الحكم فيه كما لو كانت قيمة الثوب

خمسة عشر، وقيمة الصبغ خمسة عشر، فصبغه به فلم يزد و لم ينقص و فيه المسائل الست على ما فصلناها فإن اختار الغاصب القلع فعليه ما نقص الثوب عن خمسة عشر.

و إن كانت الزيادة لزيادة السوق مثل أن غلت الثياب فبلغت قيمة الثوب عشرين و الصبغ بحاله أو غلى الصبغ فبلغ عشرين و قيمة الثوب بحاله كانت الزيادة لمن غلت عين ماله وحده لا يشاركه غيره فيها.

و أما إن نقص نظرت فإن صار بعد الصبغ تساوى خمسة عشر، فقد نقص خمسة يكون من صاحب الصبغ وحده، لأنه إن كان النقص عاد إلى الثوب فقد حدث بجنايته عليه، و إن كان النقص عاد إلى الصبغ فهو الذي جنى على صبغ نفسه، فيصيران فيه شريكان: لصاحب الثوب ثلثاه و لصاحب الصبغ ثلثه و فيه المسائل الست.

فأما إذا نقص فصار يساوي عشرة فالنقص أيضا على صاحب الصبغ و لا شركة له فيه و لا يجيء من المسائل الست فيه إلّا واحدة، و هو أن له قلع صبغه على أن عليه ما نقص و الباقي لا يجيء فيها فان نقص عن العشرة فعلى الغاصب ما نقص من الثوب بالصبغ، فإن أراد القلع على أن عليه ما نقص أو ما لعله أن يزيد بالقلع، كان له ذلك فقد ثبت أن للغاصب قلع الصبغ.

فأما إذا كان الثوب و الصبغ معا لرب الثوب، فان لم يزد و لم ينقص فلا كلام، و إن زاد فالزيادة له، و إن نقص فعلى الغاصب لأنه نقص بجنايته و إن كان الثوب لواحد و الصبغ لواحد، فإن لم يزد و لم ينقص فلا كلام و هما فيه شريكان، و إن زاد فالزيادة لهما و إن نقص فان كان النقصان من جانب الصبغ فلصاحب الصبغ مطالبة الغاصب بما

نقصه دون صاحب الثوب، و إن كان النقص من قبل الثوب كان المطالبة لصاحب الثوب دون صاحب الصبغ»^١.

حكم ما لو غصب شاة فأطعمها المالك جاهلا

(و لو غصب شاة فأطعمها) الغاصب (المالك جاهلا بكونها شاته ضمنها الغاصب له) لقاعدة الغرور و ذلك لضعف المباشر بالغرور، و بالضمان صرح الشيخ و قال: أنما بعض العامة قال بعدم الضمان^٢.

(و لو أطعمها غير صاحبها جاهلا ضمن المالك من شاء و القرار على الغاصب) عند المصنف و هو المشهور بين المتأخرين لان ضمان الغاصب بغصبه و ضمان الآكل بمباشرة للاتلاف و يرجع الآكل على الغاصب لقاعدة الغرور، قلت: و قد تقدم ان الاقوى عدم ضمان الآكل مطلقا لقاعدة نفي الوزر .

حكم ما لو مزج المغصوب بغيره

(و لو مزج المغصوب بغيره كلف قسمته بتمييزه إن أمكن) لوجوب رد العين عقلاً حيث يمكن .

(و إن شق و لو لم يمكن ضمن المثل ان مزجه بالأردى) عند المصنف لتعذر رد العين كاملة، لأن المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كل جزء من مال المالك

١ المبسوط في فقه الإمامية ؛ ج ٣، ص: ٧٧

٢ الخلاف في ٢٣ من مسائل الغصب .

بجزء من مال الغاصب و هو أدون من الحق فلا يجب قبوله، بل ينتقل إلى المثل على ما هو المشهور بين المتأخرين .

و فيه: نمنع كون المزج في حكم الاستهلاك عرفاً و عليه فالقاعدة تقتضي اشتراكهما فيه و يضمن الغاصب ارش النقصان لانه هو السبب فيه، و على فرض الاستهلاك فقد تقدم ان الاقوى هو الضمان بالقيمة مطلقاً .

(و ألاً) يكن المزج بالاردئ (كان شريكا) كما هو مقتضى القاعدة، و هو الاقوى خلافا لابن ادريس حيث قال في المزج بالأجود و المثل بتخيّر الغاصب بين أن يعطيه منه أو مثله من غيره، و المبسوط قاله أولاً، ثم نقل عن بعضهم شركته فيهما و استقر به لوجود بعض عين ماله^١ .

(و مؤونة القسمة على الغاصب) لانه هو السبب في وقوع الشركة تعدياً .

حصيلة البحث:

و لو جنى على العبد المغصوب فعلى الجاني أرش الجناية و على الغاصب ما زاد عن أرشها من النقص إن اتفق، و لو مثل به قيل بانعتاقه و يغرّم قيمته للمالك، و الاقوى عدم الانعتاق و يغرّم ما جناه على العبد للمالك و لو غضب الخفّين أو المصراعين أو الكتاب سفرين فتلف أحدهما ضمن قيمته مجتمعاً، و لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه و لا له إلا أن يكون عيناً كالصّبغ فله قلعه إن قبل الفصل، و يضمن أرش

الثوب و لو بيع مصبوغاً بقيمته مغصوباً فلا شيء للغاصب من قيمة البيع، و لو غصب شاةً فأطعمها المالك جاهلاً ضمنها الغاصب، و لو أطعمها أجنبيًا جاهلاً ضمن المالك من شاء و القرار على الغاصب على مشهور المتأخرين و الاقوى اختصاص الضمان بالغاصب، و لو مزج المغصوب كلف فصله إن أمكن و إن شقّ، و لو لم يمكن كان شريكاً للمالك و ان مزجه بالاردي، و مؤونة القسمة على الغاصب .

حكم ما لو زرع الحب أو أحضن البيض

(و لو زرع الحب أو أحضن البيض فالزرع و الفرخ للمالك)

و به قال الإسكافي و المرتضى في ناصرياته و الحلبيّ و المبسوط في عاريتة، و الخلاف في دعاويه و بيناته، و لكن في غصبهما قال: إنهما للغاصب استناداً إلى أنّ عين المغصوب تلفت فينتقل إلى القيمة، و تبعه ابن حمزة، و ردّ بأنّه عين مال المالك و إنما حدث بالتغير اختلاف الصور بصيرورة الحب زرعاً، و البيض فرخاً، و نماء الملك للمالك و إن كان بفعل الغاصب.

(و لو نقله الى غير بلد المالك وجب عليه نقله) لأنّ الواجب إيصال المال إلى مالكة عقلاً.

(و لو رضي المالك بذلك المكان لم يجب) بل يحرم لحرمة التصرف بمال الغير .

حكم اختلافهما في القيمة

(و لو اختلفا في القيمة حلف الغاصب)

عند المصنف لأصالة البراءة من الزائد و لأنه منكر ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم قيمة للعبد و به قال الشيخ في المبسوطين، و قال النّهاية: يحلف المالك و هو الاقوى و ذلك لصحيح «أبي ولأد، عن الصادق عليه السلام المتقدم ففيه: «قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر [غمز- الكافي] فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزّمك، فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك- الخبر».

(و كذا) يحلف الغاصب عند المصنف (لو ادّعى المالك صناعة يزيد بها الثمن) لأصالة عدمها، و الظاهر رجوع هذا إلى الاختلاف في القيمة و شمول اطلاق صحيحة ابي و لاد المتقدمة له، و عليه فالاقوى ان يحلف المالك .

(و كذا) يحلف الغاصب عند المصنف ايضاً (لو ادّعى التلف)

و استدل له بان حلفه و إن كان خلاف الأصل لانه مدع و الاصل عدم التلف، لكن لإمكان صدقه و استحالة مجيئه بالعين مع صدقه لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض التلف.

و فيه: ان القاعدة فيه تقتضي ان يكلف بالبينة فان عجز عنها فان كان المالك عالماً بعدم التلف حلف المالك على عدمه كما لو أقام المالك بينة ببقائه مع إمكان كذب البينة،

وبشوت البقاء شرعا يجوز تعزيره إلى أن يعلم خلافه، و ان لم يكن المالك عالما بالتلف رد اليمين عليه و هو الاقوى .

(أو) ادعى الغاصب (تملك ما على العبد من الثياب و نحوها) ففي هذا المورد يحلف الغاصب عند المصنف، و علّل بأنّ العبد بيده فيكون ما معه في يده فيقدّم قوله في ملكه.

و فيه: لا اثر لكون العبد بيده لانها ليست بيد شرعية حتى يكون ما مع العبد موضوعا في ملك غيره فعليه فالاقوى هو تقدم قول المالك.

و لو اختلفا في الردّ حلف المالك

(و لو اختلفا في الردّ حلف المالك) لأصالة عدمه .

و لو اتّفقا في الردّ لكن المالك قال: رددته ميّتا و قال الغاصب: رددته حيّا و أقام كلّ منهما بيّنة ففي المبسوطين تسقط البيّتان و ردّ إلى الأصل و هو بقاء العبد عند الغاصب حتّى يعلم رده، و زاد «الخلاف» استعمال القرعة و أفتى الحلّي بتقدّم بيّنة الغاصب المدّعي للحياة!

قلت: الاصل في الدعاوي هو البيّنة على المدعي و اليمين على المنكر و هما هنا متفقان على حصول الرد و انما يدعي المالك موته و ينكره الغاصب و الاصل عدم الموت و عليه فلا اثر لبيّنة الغاصب لانه منكر فيعمل على بيّنة المالك.

حصيلة البحث:

و لو زرع الحبّ أو أحضن البيض فالزّرع و الفرخ للمالك، و لو نقله إلى غير بلد المالك و جب عليه نقله و مؤونة نقله، و لو رضي المالك بذلك المكان لم يجب، و لو اختلفا في القيمة حلف المالك للنص، و كذا لو ادّعى إثبات صناعةٍ يزيد بها الثّمن، و كذا لو ادّعى التّلف أو ادّعى تملك ما على العبد من الثّياب، و كذا لو اختلفا في الرّدّ، و لو اتّفقا في الرّدّ لكن المالك قال: رددته ميّتا و قال الغاصب: رددته حيّا و أقام كلّ منهما بيّنة عمل بيّنة المالك.

(كتاب اللقطة)

اللقطة بضم اللام و فتح القاف و إسكانها: المال المخصوص على ما هو المعروف بين أهل اللغة كالأصمعي و ابن الأعرابي و الفراء و أبي عبيدة، بل عن الأخير أن التحريك عليه عامة أهل العلم. بل عن الأزهري انه قول جميع أهل اللغة و حذاق النحويين. و في الإيضاح «أجمعت الرواة على رواية خبر زيد الجهني^١ بالتحريك»، و لكن مع ذلك كله ففي التذكرة «عن الخليل بن أحمد أنها بالسكون للمال، و بالفتح للملتقط، كما هو في كل ما كان على وزن «فعله» نحو «همزة» و «لمزة» و غيرهما» بل عن الأزهري عن الليث السكون، و لم أسمع له غيره ... و على كل حال فهي لغة و عرفا المال، إلّا أن

الفقهاء تجوزوا و أطلقوها على ما يشمل الآدمي الحر، و منهم من خصها بالأول، و أفرد للقيط كتابا آخر، و أما احتمال أنها حقيقة شرعية للأعم فهو واضح الضعف!

حقيقة اللقطة: و على ضوء ما تقدم فاللقطة كل مال ضائع اذا اخذ و كان مالكة مجهولا، و عليه فمن تبدل حذاؤه مثلا بحذاء الغير من دون معرفة صاحبه فلا يصدق على ذلك عنوان اللقطة لتقومها بالضياح و ان صدق عنوان مجهول المالك.

و منه يتضح ان النسبة بين عنوان اللقطة و عنوان مجهول المالك هو العموم و الخصوص المطلق، فكل لقطة هي مجهول المالك من دون عكس.

كما و انها متقومة بالاختذ و ذلك لانه بمجرد رؤية الشيء من دون أخذه لا يصدق عنوان اللقطة. و هكذا لو فرض امر شخص غيره بالاختذ فانه لا يصدق العنوان المذكور بالنسبة اليه ما دام لم يتصد بنفسه للأخذ.

(و فيه فصول)

الفصل

(الأول: في اللقيط)

في الصّحاح: اللقيط المنبوذ يلتقط، وفي النهاية «اللقيط: الطفل الذي يؤخذ مرميا»، و في القاموس «أنه المولود ينبذ» و عن المصباح المنير «أنه غلب على المولود المنبوذ» قلت ويشهد لما في المصباح إطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام قال تعالى ﴿قَالَ

قَائِلٌ مِنْهُمْ لَا تَقْتُلُوا يُوسُفَ وَالْقَوْهُ فِي غِيَابَتِ الْجُبِّ يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ إِنْ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ^١ و هو أقوى شاهد على عدم اختصاصه بغير المميز، (و) عليه فهو كما قال المصنف:

(هو إنسان ضائع لا كافل له، و لا يستقلّ بنفسه، فيلتقط الصبي و الصبية)

للنصوص المستفيضة و لا ريب في تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز لأنه المتيقن من النصوص و كلام أهل اللغة و جرت عليه السيرة ، بل و الطفل المميز أيضا لصدق كونه لقيطا بعد أن يكون ضائعا و حاجته إلى التربية و التعهد و إن كان محفوظا في نفسه ، و ذلك لصغره و عجزه عن دفع ضرورته و بذلك يظهر ضعف ما عن المبسوط من أنه مستغن عن التعهد و التربية، فكان كالبالغ في حفظ نفسه^٢. مضافا إلى عدم منافاة ذلك لصدق اللقيط الذي به ينقطع أصالة عدم جواز لقطته .

(ما لم يبلغا) فيمتنع التقاطهما حينئذ، لاستقلالهما، و انتفاء الولاية عنهما .

قيل: «و المجنون بحكم الطفل»^٣، قلت: لا دليل على الحاق المجنون البالغ بالصبي و لا يصدق عليه عنوان اللقيط .

(فاذا علم الأب أو الجدّ) بناءً على ولاية الجد وقد تقدم في كتاب البيع الاشكال فيها (أو الوصيّ أو الملتقط السابق) الثابتة ولايته بلقطته بمقتضى ادلة جواز اخذه، مضافا الى

١ يوسف آية ١٠

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٨، ص: ١٤٩

٣ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٦٨

ان الاسبقية نفسها تمنح صاحبها حقا بالسيرة العقلائية الممضاة من خلال عدم ثبوت الردع عنها.

(لم يصحّ) الالتقاط بمعنى انه تنتفي ولاية الملتقط على اللقيط المستفادة من ادلة جواز اللقطة (و سلم إليهم) لانهم اصحاب الولاية عليه

قيل: و يجبر هؤلاء على أخذه لسبق تعلق الحقّ بهم^١.

قلت: إنّما يكون الحقّ لهم لا عليهم فلا يجبر الاب و الوصي و الملتقط الأوّل لو امتنعوا، نعم يجبرون إذا لم يرد الملتقط الأخير إبقاءه عنده لانهم اصحاب الولاية عليه، كما أنّهم لو أرادوا أخذه ليس للملتقط الامتناع، و مثل الاب الجد بناء على ثبوت ولايته.

حصيلة البحث:

و هو كلّ إنسانٍ ضائعٍ لا كافل له و لا يستقلّ بنفسه، فيلتقط الصبيّ و الصبيّة ما لم يبلغا، فإذا علم الأب أو الوصيّ أو الملتقط السابق لم يصحّ الالتقاط لكن لا يجبر الاب و الوصي و الملتقط الأوّل لو امتنعوا نعم يجبرون إذا لم يرد الملتقط الأخير إبقاءه عنده، كما أنّهم لو أرادوا أخذه ليس للملتقط الامتناع.

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٦٨

حكم اللقيط المملوك

(و لو كان اللقيط مملوكا حفظ) وجوبا كفايًّا اذا خيف عليه من التلف و استدل لوجوب حفظه بكونه نفسا محترمة فالحفاظ عليه من التلف يكون واجبا بالضرورة مضافا الى حكم العقل بذلك، و بدليل فحوى قوله تعالى ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ...﴾ الدال على وجوب حفظ دماء المؤمنين بقتال الفئة الباغية، فان المفهوم منه عرفا هو وجوب حفظ دمائهم اذا لم يستلزم القتال بطريق اولى.

(حتى يصل الى المالك و لا يضمن) الملتقط للإذن في قبضه شرعا فيكون أمانة مضافا لقوله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾.

(ألا بالتفريط) فيكون ضامنا كما هو مقتضى القاعدة المتقدمة من كون الامين لا يضمن إلا مع التعدي او التفريط .

(نعم الأقرب المنع من أخذه) اي المملوك عند المصنف (إذا كان بالغاً أو مراهقاً) أي مقاربا للبلوغ، و ظاهر العبارة حرمة اخذه.

و فيه: أنه معاونة على البر، و دفع لضرورة المضطر و احسان، و عليه فلا شك في جوازه، نعم لا تترتب احكام اللقطة بالنسبة للبالغ.

(بخلاف الصغير الذي لا قوة معه) على دفع المهلكات عن نفسه فلا شبهة في جواز اخذه و ترتب احكام اللقطة عليه .

حصيلة البحث:

و لو كان اللقيط مملوكاً وجب حفظه اذا كان صغيراً وجوبا كفاثيا اذا خيف عليه من التلف حتى يصل إلى المالك ، و لا يضمن إلا بالتفريط. و الأقرب عدم حرمة أخذه ان كان بالغاً لانه من المعروف لكن لا يترتب على اخذه احكام اللقطة .

شرائط الملتقط

(و لا بدّ من بلوغ الملتقط و عقله و حرّيته) لمحجورية الصبي و المجنون و العبد عن التصرفات كما تقدم في كتاب البيع و عليه فلا اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطة .

و يدل على عدم الجواز في خصوص العبد بدون الاذن صحيح أبي خديجة، عن الصادق عليه السلام سأله ذريح المحاربي عن المملوك، يأخذ اللقطة؟ قال: و ما للمملوك و اللقطة، لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها المملوك، فإنه ينبغي للحر أن يعرفها سنة في مجمع فإن جاء طالبها دفعها إليه و إلا كانت من ماله فإن مات كانت ميراثاً لولده و لمن ورثه فإن جاء طالبها بعد ذلك دفعوها إليه^١ و سندا الكليني و الصدوق وان كانا ضعيفين إلا ان سند الشيخ صحيح .

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٧ باب اللقطة و الضالة.

و قوله عليه السلام فانه ينبغي... تعليل لقوله عليه السلام فلا يعرض لها، نعم في نسخة الكافي: له بدل «للحر»^١، ألا ان هذا الاختلاف لا يضر. وذلك لان ذيل الخبر قرينة على ان المراد من ضمير له هو الحر، و بذلك يظهر لك ضعف ما في قول الخلاف بجوازه استنادا إلى عموم الأخبار^٢ و كذا قال في المكاتب و من حرّر بعضه، استنادا إلى عموم الاخبار^٣.

(إلا بإذن السيد) فتكون لقطته لقطه السيد، و كذلك تصرف الصبي يصح اذا كان باذن الولي على المختار كما تقدم في كتاب البيع، و انه لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوك بلا اذن من الولي او المالك فان شاء الولي او المالك امضاه فهو و الأ فلا.

هذا و قال الإسكافي: «المكاتب و الذي يسعى في فكاك ما بقي منه في الرّق فأرى أن يمنعا من كونها في أيديهما حتى تمضي السنة فإذا مضت و قد عرفت و لم يجيء طالب لها لهما أن يفكّا بها رقيتهما و تكون في ذمتهما»^٤. قلت: إذا لم يكونا أهلا للأخذ يؤخذ منهما و يعرفها غيرهما فلا دليل على مالكيته بمجرد رؤيته و لقطه، و ينبغي أن السيد إذا رضي بإبقائه في يده و تعريفه تكون للسيد و إن لم يرض تؤخذ منه و لا أثر للقطه.

و الظاهر من عبارة المصنف أنه لا يشترط رشده، و هو كذلك فيصح من السفیه، لأن حضانة اللقيط ليست مالا، و إنما يحجر على السفیه له، و مطلق كونه مولى عليه غير

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٣٠٩

٢ الخلاف، ج ٣، ص: ٥٨٤

٣ الخلاف؛ ج ٣، ص: ٥٨٧

٤ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

مانع من لقطته. و استقرب المصنف في الدروس اشتراط رشده، محتجا بأن الشارع لم يأتمنه على ماله فعلى الطفل و ماله أولى بالمنع، و لأن الالتقاط ائتمان شرعي و الشرع لم يأتمنه. و اجيب: بأن الشارع إنما لم يأتمنه على المال، لا على غيره، بل جوّز تصرفه في غيره مطلقا، و على تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين القاعدتين الشرعيتين و هما: عدم استئمان المبذر على المال. و تأهيله لغيره من التصرفات التي من جملتها الالتقاط و الحضانة فيؤخذ المال منه خاصة^١.

لا يقال: إن صحة التقاطه يستلزم وجوب إنفاقه، و هو ممتنع من المبذر، لاستلزامه التصرف المالي و السفيه محجور عليه من هذه الجهة، و جعل التصرف في المال لآخر يستدعي الضرر على الطفل بتوزيع أموره و هو منفي بقاعدة لا ضرر.

فانه يقال: قد يحصل من التقاطه الضرر على الطفل في بعض الاحيان لا دائما و عليه فكلما حصل الضرر سقطت ولايته عليه بمقتضى بقاعدة لا ضرر.

(و إسلامه ان كان اللقيط محكوما بإسلامه)

و ذلك لآية نفي السبيل ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^٢ كما تقدم، نعم لا يشترط الإسلام في غير اللقيط من اللقطات كما هو منصرف كلام الشيخ في المبسوط^٣ و الخلاف فقال: «الذمّي إذا وجد لقطه في دار الإسلام جاز له أخذها، و للشافعيّ فيه

١ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٧٠

٢ النساء اية ١٤١

٣ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ٣، ص: ٣٢٧

قولان، و استدللّ بعموم الاخبار و كذلك قال بجوازه للفاسق، و قال للشافعيّ فيه قولان،
و استند إلى عموم الأخبار^١.

(قيل: و عدالته)

و يردده انه لا دليل على اشتراط العدالة و أصالة عدم الاشتراط تدفعه، و اما قول
الإسكافي: «لو وقف و إلى المسلمين على لقطة في يد غير موضع لها كان له إخراجها
من يده إلى ما يثق به عليها»^٢ فأعمّ من الإسلام و العدالة، و كلامه صحيح فإنّ الوالي إذا
علم أنّ من أخذ اللقطة لا يراعي وظيفته من التعريف في السنّة كان له أخذها منه.

(و قيل: حضره فينتزع من البدوي و من مريد السفر)

قلت: لا دليل على اشتراط ذلك و أصالة عدم الاشتراط تدفعه، و عليه فإنّ أديا
وظيفتهما بنائب فلا وجه لمنعهما و إلّا فلا تبقى في أيديهما.

حصيلة البحث:

شرائط الملتقط: و لا بدّ من بلوغ الملتقط و عقله و حرّيّته إلّا بإذن السيّد فتكون لقطته
لقطة السيد، و كذلك تصرف الصبي يصح اذا كان باذن الولي، و لو التقط غير البالغ و
غير العاقل بلا اذن من الولي فان شاء الولي امضاه فهو و إلّا فلا، و يشترط إسلامه ايضاً

١ الخلاف، ج ٣، ص: ٥٨٨

٢ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة .

إن كان اللقيط محكوماً بإسلامه، ولا يشترط رشده إلا إذا استلزم الضرر على اللقيط، و لا عدالته، و لا حضره.

و الواجب حضانته بالمعروف

(و الواجب حضانته بالمعروف)

لا دليل عليه بالخصوص لكن يمكن استفادته من صحيح أبي العباس، عن الصادق عليه السلام في خبر «أنّ علياً عليه السلام أعتق أبا نيزر و عياضا و رياحا و عليهم عمالة - كذا و كذا - سنة، و لهم رزقهم و كسوتهم بالمعروف في تلك السنين»^١ فهو و ان كان وارداً في المملوك إلا انه لا خصوصية له بالفهم العرفي إلا من جهة انه تحت التكفل فيشمل اللقيط .

(و ينفق عليه من بيت المال) برفع الأمر إلى الإمام لأنه معد للمصالح و هو من جملتها .

(أو الزكاة) لانه من جملة من يستحقها من سهم الفقراء او المساكين، أو سهم سبيل الله، و لا يترتب بيت المال او الزكاة على الآخر.

(فإن تعذر استعان بالمسلمين) لعدم وجوب نفقته عليه ابتداءً و لذا جاز له الاستعانة بالآخرين .

(فإن تعذر أنفق) الملتقط (و رجع عليه) بعد يساره (إذا نواه) و لو لم ينوه كان متبرعا لا رجوع له عليه و يشهد لجواز الرجوع عليه صحيح ابن محبوب عن محمد بن أحمد، عنه عليه السلام: «سألته عن اللقطة فقال: لا تباع و لا تشتري و لكن تستخدمها بما أنفقت عليها»^١.

و بذلك أفتى الشيخ فقال: «إن لم يكن سلطان ينفق عليه من بيت المال كان له الرجوع عليه بما أنفقه إذا لم ينتفع بشيء من جهته من خدمة أو ركوب»^٢.

لكن قيد جواز الرجوع في صحيحة عبد الرحمن العزمي عن ابي عبد الله عن ابيه عليهما السلام: «المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذي التقطه و ألا فليرد عليه النفقة و ليذهب فليوال من شاء»^٣ بما اذا لم يرد ان يواله.

و يؤيده خبر حاتم بن إسماعيل المدائني، عن الصادق عليه السلام: «المنبوذ حرّ فإن أحب أن يوالي غير الذي ربّاه والاه، فان طلب منه الذي ربّاه النفقة و كان موسرا ردّ عليه و إن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقة»^٤. فيقع التعارض بين منطوق الصحيح الاول و مفهوم صحيح العزمي و ريب بتقدم النص على الظاهر فالجمع بينهما و بين

١ وسائل الشيعة ج ٢٥، ص: ٤٦٧ ح ٤ باب ٢٢ و في التهذيب عن محمد بدل عن محمد بن احمد و لعله هو الصواب و المراد به ابن مسلم و على كل تقدير فالخبر موثوق به لان في طريقه ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع .

٢ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

٣ وسائل الشيعة ١٧: ٣٧١ الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث ٣

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٢٤ ح ٢

الصحيح الاول يقتضي انه يجوز للملتقط المطالبة بالنفقة كما هو صريح الصحيح الاول بلا قيد ولا شرط، و ان اللقيط اذا اراد الخروج عن ولاء الملتقط فعليه ان يرد ما انفق عليه و بذلك جمع الإسكافي بقوله: «لو شاء الذي وجده و لا مال معه أن يكون نفقته عليه كالدين يقدم به إلى حاكم المسلمين ليأمره بذلك و يشهد به له فيكون له إذا كبر و أيسر أن يطالبه به فان شاء اللقيط أن يوالي غير الذي رباه ردّ عليه نفقته و إن لم يفعل كان له ميراثه و ولاؤه»^١.

و اما ما في صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام: سألته عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنّما يحلّ له بيعها بما أنفق عليها^٢ الدال على جواز استرقاق اللقيط و جواز بيعه فمضافا للاعراض عنه معارض بالنصوص المستفيضة الدالة على كونه حرا منها صحيح محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط فقال حرٌّ لا يباع ولا يوهب^٣. قيل: و لعلّ «بيعها» في خبر علي بن جعفر محرّف «استخدامها» فيتفقان^٤. قلت: نعم بقرينة صحيح ابن محبوب المتقدم، و صدر الخبر بانه لا يحل فرجها يعني بالاسترقاق فانه اذا لم يجز استرقاقها كيف جاز بيعها، و الّا لتناقض الصدر مع الذيل و سقطت الرواية عن الاعتبار.

١ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

٢ مسائل علي بن جعفر و مستدر كاتها ص ١٩١

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٥

٤ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

و لا ولاء عليه للملتقط

(و لا ولاء عليه للملتقط)

و لا لغيره من المسلمين و به قال الشيخان^١، خلافا للإسكافي فقال: «فان شاء اللقيط أن يوالي غير الذي ربّاه ردّ عليه نفقته و إن لم يفعل كان له ميراثه و ولاؤه»^٢.

اقول: الاصل هو انه لا ولاء لاحد عليه، نعم له ان يوالي الذي التقطه و له ان يوالي غيره فان والى غيره ردّ عليه نفقته و ذلك لصحيح العزرمي «المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذي التقطه و ألا فليرد عليه النفقة و ليذهب فليوال من شاء»^٣، و اما قول الاسكافي: «و إن لم يفعل كان له ولاؤه و ميراثه» فلا دليل عليه لانه إنما له من تركته نفقته لانه كان واجبا عليه الردّ بدلالة صحيح العزرمي و الباقي لبيت المال إن لم يوال غيره و إلا فله.

حصيلة البحث:

و الواجب حضائنه بالمعروف و مع تعدّره ينفق عليه من بيت المال أو الزكاة، فإن تعدّر استعان بالمسلمين، فإن تعدّر أنفق و رجع عليه إذا نواه و لا ولاء عليه للملتقط و لا لغيره من المسلمين نعم له ان يوالي الذي التقطه و له ان يوالي غيره فان والى غيره ردّ على الملتقط نفقته.

١ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

٢ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

٣ وسائل الشيعة ١٧: ٣٧١ الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث ٣

و إذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفاية

(و إذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفاية) كما تقدم البحث عنه.

(و ألا استحبّ أخذه) لأصالة عدم الوجوب مع ما فيه من المعاونة على البر قال تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ و في صحيح معاوية بن وهب «كل معروف صدقة»^١.

(و كلّ ما بيده أو تحته أو فوقه فله) لدلالة اليد ظاهراً على الملك.

(و لا ينفق منه) أي من مال اللقيط (ألا بإذن الحاكم) و اما الانفاق من غير ماله فلا يحتاج الى اذن الحاكم و ذلك لان ظاهر الادلة عدم الاحتياج الى اذن الحاكم .

(و يستحب الاشهاد على أخذه) عند المصنف و للعامة قول بوجوبه^٢ و لم نقف في أخبارنا على استحبابه، بل في أخبار العامة فعن عياض بن حمار قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من وجد لقطه فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل و لا يكتنم و لا يغيب، فان وجد صاحبها فليردها عليه، و ألا فهو مال الله يؤتیه من يشاء»^٣.

و يحكم بإسلامه إن التقط في دار الإسلام مطلقاً

(و يحكم بإسلامه إن التقط في دار الإسلام مطلقاً) و لو كانت دار الإسلام تحت سيطرة أهل الكفر و يشهد لكونه ملحقاً بالمسلمين صحيح إسحاق بن عمّار عن العبد الصّالح

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٦ باب فضل المعروف .

٢ المبسوط في فقه الإمامية، ج ٣، ص: ٣٢٢

٣ تفسير سنن ابي داوود (معالم السنن) لابي سليمان الخطابي ج ١ ص ٣٥٧

عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالصَّلَاةِ فِي الْفِرَاءِ الْيَمَانِيِّ وَفِيمَا صَنَعَ فِي أَرْضِ الْإِسْلَامِ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ فِيهَا غَيْرُ أَهْلِ الْإِسْلَامِ قَالَ إِذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَيْهَا الْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ^١ بِتَقْرِيْبِ أَنْ طَهَارَةَ الْفِرَاءِ تَابِعَةٌ لِكُونَ الْأَرْضِ أَرْضَ الْمُسْلِمِينَ وَ الْمَفْهُومُ مِنْهُ أَنَّ الْمَلَائِكَةَ فِي الْحُكْمِ بِإِسْلَامِ تِلْكَ الْأَرْضِ هُوَ كَوْنُ الْغَالِبِ عَلَيْهَا أَهْلَ الْإِسْلَامِ وَ عَلَيْهِ فَالْحُكْمُ بِإِسْلَامِ أَهْلِهَا يَشْمَلُ صِغَارَهَا .

(أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَ فِيهَا مُسْلِمٌ) يُمْكِنُ تَوَلُّدُهُ مِنْهُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَ لَا دَلِيلَ لَهُ .

وَ أَمَّا اسْتِدْلَالُ الشَّيْخِ فِي الْمَبْسُوطِ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «الْإِسْلَامُ يعلو وَ لَا يعلو عليه» فشموله لِدَارِ الْحَرْبِ غَيْرِ وَاضِحٌ بَلْ مَعَارِضٌ بِصَحِيحِ إِسْحَاقِ بْنِ عَمَّارِ الْمَتَّقِمِ «قُلْتُ فَإِنْ كَانَ فِيهَا غَيْرُ أَهْلِ الْإِسْلَامِ قَالَ إِذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَيْهَا الْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ» الدَّالُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ الْغَالِبَ عَلَيْهَا لَوْ كَانَ أَهْلُ الْكُفْرِ فَهِيَ مُحْكَمَةٌ بِالْكَفْرِ وَ عَلَيْهِ فَالْأَقْوَى أَنَّ لِقِيْطَهَا مُحْكَمَةٌ بِالْكَفْرِ ابْتِدَاءً وَ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ، وَ بِذَلِكَ صَرَحَ الْمُفِيدُ فَقَالَ: إِنَّ الْحُكْمَ فِي الدَّارِ عَلَى الْأَغْلَبِ فِيهَا وَ كُلِّ مَوْضِعٍ غَلَبَ فِيهِ الْكُفْرُ فَهُوَ دَارُ كُفْرٍ وَ كُلِّ مَوْضِعٍ غَلَبَ فِيهِ الْإِيمَانُ فَهُوَ دَارُ إِيْمَانٍ وَ كُلِّ مَوْضِعٍ غَلَبَ فِيهِ الْإِسْلَامُ دُونَ الْإِيمَانِ فَهُوَ دَارُ إِسْلَامٍ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي وَصْفِ الْجَنَّةِ ﴿وَلَنِعْمَ دَارُ الْمُتَّقِينَ﴾ وَ إِنْ كَانَ فِيهَا أَطْفَالٌ وَ مُجَانِينٌ وَ قَالَ فِي وَصْفِ النَّارِ ﴿سَأْرِيكُمْ دَارَ الْفَاسِقِينَ﴾ وَ إِنْ كَانَ فِيهَا مَلَائِكَةُ اللَّهِ مُطِيعُونَ فَحُكْمُ عَلَى كِلْتَا الدَّارَيْنِ بِحُكْمِ الْأَغْلَبِ فِيهَا^٢.

١ وسائل الشيعة، ج ٣، ص: ٤٩٢ ح ٥

٢ أوائل المقالات في المذاهب و المختارات، ص: ٩٤

ثم انه لو الحق بالكافر يحكم بكفره للتبعية كما تقدم في باب المطهرات!

(و عاقلته الامام) دون الملتقط لانه وارث من لا وارث له و هو المراد من قول الشيخين «ولأؤه للمسلمين» كما في المقنعة: «فان لم يتوال أحدا حتى مات كان ولاؤه للمسلمين و إن ترك مالا كان ماله لبيت مال المسلمين» و نحوه في النهاية^٢.

هذا إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه و ألاً كان ولاؤه لمن توالاه كما تقدم في صحيح العزرمي و غيره .

حصيلة البحث:

و إذا خاف على اللقيط التلّف و جب أخذه كفايةً و إلاً استحبّ، و كلّ ما بيده أو تحته أو فوقه فله و لا ينفق من ماله إلاً بإذن الحاكم و اما الانفاق من غير ماله فلا يحتاج الى اذن الحاكم، و لا يستحبّ الإشهاد على أخذه، و يحكم بإسلامه إن التقط في دار الإسلام مطلقاً و لو كان الغالب على الدار اهل الكفر فهي محكومة بالكفر و عليه فالاقوى ان لقيطها محكوم بالكفر ابتداءً و يجوز استرقاقه، و عاقلته الإمام إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه و ألاً كان ولاؤه لمن توالاه .

١ الدرر الفقهية ج ١ ص ٢٣٩

٢ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٨، ص: ١٨٩

و ان اختلفا في الإنفاق

(و لو اختلفا) الملتقط و اللقيط بعد البلوغ (في الإنفاق) فادعاه الملتقط و أنكره اللقيط، (أو) اتفقا على أصله، و اختلفا في (قدره حلف الملتقط في قدر المعروف) و به قال الشيخ في المبسوط للعلم بالانفاق و عليه فلا يصار الى اصل عدم الإنفاق و اما مع عدم العلم ألا ان الظاهر هو الانفاق فهل يقدم على الاصل قيل بتقدمه لاقوائمه و الصحيح انها لا توجب تقدمه لعدم الدليل، و أما ما زاد على المعروف فلا يلتفت إلى دعواه فيه، لأنه على تقدير صدقه مفرط، و لو قدر عروض حاجة إليه فالأصل عدمها.

و لو تشاح ملتقطان أقرع

(و لو تشاح ملتقطان) في أخذه قدم السابق إلى أخذه كما تقدم فإن استويا (أقرع) بينهما و حكم به لمن أخرجته القرعة لعموم قولهم عليهم السلام: القرعة لكل أمر مجهول، و صحيح حماد و هو من اصحاب الاجماع عن اخبره عن حريز، عن أبي جعفر عليه السلام أول من سوهم عليه مريم بنت عمران و هو قوله تعالى «و ما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم - الخبر» و فيه «ثم سوهم على يونس، ثم على عبد الله أبي النبي صلى الله عليه و آله»!

(و لو ترك أحدهما للآخر جاز) للعمومات و عدم المانع منه .

و لو تداعى بنوّته اثنان و لا بيّنة فالقرعة

(و لو تداعى بنوّته اثنان و لا بيّنة) لاحدهما أو لكل منهما بينة (فالقرعة، و لا ترجيح بالإسلام على قول الشيخ) في الخلاف حيث قال: «الحرّ و العبد و المسلم و الكافر في دعوى النّسب سواء و لا مزيّة لأحدهم و به قال الشافعيّ، و قال أبو حنيفة: الحرّ أولى من العبد و المسلم من الكافر، دليلنا عموم الاخبار و لم يخصّوا كافرا من مسلم و لا عبدا من حرّ»^١، لكنه اختار في المبسوط الترجيح به فقال: «الحرّ و العبد و الكافر و المسلم في دعوى النّسب سواء لا مزية لأحدهم على صاحبه، و قال قوم الحرّ أولى من العبد، و المسلم أولى من الكافر و هذا أقوى»^٢ و ذلك للحكم بإسلام اللقيط على تقدير أن يكون اللقيط محكوماً بإسلامه.

و فيه: ان الحكم بإسلامه على تقديره اعم من كونه متولداً من مسلم، و الحكم بإسلامه و عدمه قد تقدم في التبعية من المطهرات من كتاب الطهارة^٣.

(و لا ترجيح بالالتقاط)

بل الملتقط كغيره في دعوى نسبه و استدل له الشيخ في المبسوط بقوله: «و اليد لا تأثير له ههنا لأنّ اليد إنّما يكون له تأثير في ما يملك و النسب ليس كذلك»^٤.

حصيلة البحث:

١ الخلاف؛ في ٢٥ من مسائل اللقطة

٢ المبسوط ج ٣ ص ٣٥٠

٣ الدرر الفقهية ج ١ ص ٢٤٠

٤ المبسوط ج ٣ ص ٣٤٨

و لو اختلفا في الإنفاق أو قدره حلف الملتقط في المعروف، و لو تشاح ملتقطان أقرع و لو ترك أحدهما للآخر جاز، و لو تداعى بنوته اثنان و لا بينة فالقرعة، و لا ترجيح بالإسلام و لا بالالتقاط.

الفصل

(الثاني في لقطة الحيوان)

(و تسمى ضالة) ذكر ذلك المبسوط لكن لا اختصاص للضالة بالحيوان بل تجيء لغير الحيوان أيضا كما كثير من الاخبار منها صحيح صفوان الجمال، عن الصادق عليه السلام: «من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فإنها لربها و مثلها من مال الذي كتمها»^١.

و أخذه في صورة الجواز مكروه

(و أخذه في صورة الجواز) كما في اخذ الشاة (مكروه للنهي عنه)

لصحيح معاوية بن عمّار عن الصادق عليه السلام «قال: سألت رجل النبي صلى الله عليه و آله عن الشاة الضالة بالفلاة، فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسها»^٢.

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ باب اللقطة و الضالة .

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطة و الضالة

و هل يستحبّ الاشهاد عليه؟

(و يستحبّ الاشهاد) عليه عن المصنف، قلت: أما استحباب الإشهاد فذكره الخلاف و لم يذكر له دليلاً عدا الاجماع فقال: «و لا دليل أيضاً على وجوب الاشهاد، و استحبابه مجمع عليه»^١ و هو كما ترى .

(و لو تحقّق التلف لم يكره)

اخذه لحفظه لانه من المعروف و احسان، هذا و في المبسوط «قيل: يجب الأخذ و قيل: يستحب، و هو الأقوى لأن الأصل براءة الذمة، و لا دليل على وجوب أخذها و قد روى أصحابنا كراهة أخذها مطلقاً»^٢.

و البعير و شبهه إذا وجد في كلاء و ماء صحيحا ترك

(و البعير و شبهه إذا وجد في كلاء و ماء صحيحا ترك)

و جوباً لما تقدم من صحيح معاوية بن عمّار «و سئل عن البعير الضالّ فقال للسائل ما لك و له خفّه حذاؤه و كرشه سقاؤه خلّ عنه»^٣ و صحيح هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام جاء رجل إلى النبيّ صلى الله عليه و آله فقال: أتني وجدت شاة فقال صلى الله

١ الخلاف؛ ج ٣، ص: ٥٨١

٢ المبسوط ج ٣ ص ٣٢٢

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطة و الضالة

عليه و آله: هي لك أو لأخيك أو للذئب فقال: إنني وجدت بعيرا فقال: معه حذاؤه و سقاؤه، حذاؤه خفّ و سقاؤه كرشه فلا تهجه^١ و غيرهما.

و في جواز الاخذ بنية الحفظ لمالكة و جهان: من كونه احسانا، و من إطلاق الأخبار بالنهي و هو الاقوى .

(فيضمن بالأخذ) لعموم ادلة الضمان .

(و لا يرجع أخذه بالنفقة) حيث لا يرجح أخذه لحرمة او كراهته، لتبرعه بها، نعم مع وجوب الاخذ فالأقوى جوازه مع نيته، لأنه محسن، و لأن إذن الشارع له في الأخذ مع عدم الإذن في النفقة ضرر، و أما مع استحباب الاخذ فلا وجه لجواز الرجوع فيها بل هو من مصاديق التبرع بها .

(و لو ترك من جهد لا في كلاء و ماء أبيع) أخذه و ملكه الآخذ و إن وجد مالكة و عينه قائمة لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «من أصاب مالا، أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلت و قامت^٢ و سيها^٣ صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها^٤ و أنفق نفقة حتى أحيها من الكلال، و من الموت فهي له، و لا سبيل له^٥ عليها، و إنما هي مثل الشيء المباح^٦» و غيرها.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤٠ باب اللقطة و الضالة

٢ أي بقيت هناك و لم تتمكن من السير.

٣ أي أهملها و تركها.

٤ أي الملتقط بقي عندها حتى صحت.

٥ أي لمالكها الأول.

٦ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤٠ باب اللقطة و الضالة

حصيلة البحث:

يكره أخذ الحيوان في صورة جواز الاخذ كما في اخذ الشاة في الفلاة، و لا يستحبّ الإشهاد، و لو تحقّق التّلف لم يكره و البعير و شبهه إذا وجد في كلاً و ماءً صحيحاً ترك وجوباً فيضمن بالأخذ و لا يرجع آخذه بالنّفقة، و لو ترك من جهدي لا في كلاً و ماءً أبيع اخذه و ملكه الآخذ و إن وجد مالكة و عينه قائمة.

حكم الشاة في الفلاة

(و الشاة في الفلاة) التي يخاف عليها فيها السباع (تؤخذ) جوازا (لأنها لا تمتنع من صغير السباع) لصحيح معاوية بن عمّار عن الصادق عليه السلام «قال: سألت رجل النبي صلى الله عليه و آله عن الشاة الضالة بالفلاة، فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسّها!».

(و حينئذ يملكها إن شاء) بحكم قوله صلى الله عليه و آله «للسائل: هي لك» .

(و في الضمان) لملكها على تقدير ظهوره إذا تملكها (وجه) جزم به المصنف في الدروس و به قال الشيخان و الديلمى و ابن حمزة و ابن زهرة و الحلبي و يشهد له صحيح عليّ ابن جعفر، عن أخيه في خبر «قال: و سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم تعرف جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطئها إيّاه، و إن مات أوصى بها و هو لها ضامن»^٢ بتقريب ان قوله عليه السلام

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطة و الضالة

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ باب اللقطة و الضالة

«جعلها في عرض ماله» بمعنى انه يجوز له قصد التملك و قد حكم الامام عليه السلام في ذيل الصحيح بكونه ضامنا .

و فيه: انه لم يعلم كون موضوع الضمان فيها هو قصد تملكها بل الظاهر انه لو اتلفها فهو لها ضامن كما في معتبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت في الطريق مطروحة كثيرة لحمها و خبزها و بيضها و جنبها و فيها سكين فقال أمير المؤمنين عليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء فإن جاء طالبها غرموا له الثمن^١ و هو و ان كان موضوعه سفرة طعام لكنه شامل لما نحن فيه بالفهم العرفي لعدم خصوصية في ذلك .

و هل يتوقف تملكها على التعريف؟ قيل: نعم، لأنها مال فيدخل في عموم الأخبار الدالة على وجوبه و لخصوص صحيح صفوان الجمال عن الصادق عليه السلام «من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فإنها لربها و مثلها من مال الذي كتمها»^٢.
و صحيح عليّ ابن جعفر، عن أخيه في خبر «قال: و سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة - الخبر»^٣.

و يؤيد ذلك خبره الاخر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال النبي صلى الله عليه و آله: هي لك أو لأخيك أو للذئب

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٤، ص: ٢٩٧ ح ٢

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ باب اللقطة و الضالة

فخذها و عرفها حيث أصبتها فإن عرفت فردّها إلى صاحبها و إن لم تعرف فكلها و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّ عليه ثمنها^١.
 وقيل: بالعدم لقوله صلى الله عليه و آله: «هي لك» فإن المتبادر منه عدم وجوبه، و فيه: انه اعم و ذلك لظهوره في اصل جواز الاخذ فالأقوى وجوب التعريف للعمومات .
 و حيث وجب التعريف فهو سنة كما تقدم ذلك في صحيح ابن جعفر.

و أمّا خبر ابن أبي يعفور، عن الصادق عليه السلام قال: جاء رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيّام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلّا باعها و تصدّق بثمنها^٢ ففضيئة في واقعة، مع أنّه في طريقه الهمدانيّ الوضّاع، و لم يتضمّن أنّه وجدها في فلاة فلعلّه وجدها في العمران و كان الواجد عاجزا عن إبقائها .

هذا و له ان يبقيا امانة كما قال المصنف: (أو يبقيا امانة) لعدم وجوب تملكها (أو يدفعها إلى الحاكم) لانه ولي الغائب .

(و كذا ما لا يمتنع من صغير السباع) حكمه حكم الشاة و ان كان النص واردا في الشاة إلّا انه لا خصوصية لها عرفا فعليه يلحق بها غيرها و باللاحق قال في المبسوط^٣.

حصيلة البحث:

١ قرب الإسناد (ط - الحديثة) ص ٢٧٣

٢ التّهذيب (في ٣٦ من أخبار لقطته)

٣ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

و الشاة في الفلاة تؤخذ لأنها لا تمتنع من صغير السباع و حينئذٍ يتملكها إن شاء بعد تعريفها سنةً، و عليه ضمانها ان اكلها، و له ان يبقئها أمانةً أو يدفعها إلى الحاكم، و كذا كل ما لا يمتنع من صغير السباع .

حكم ما لو وجدت الشاة في العمران

(و لو وجدت الشاة في العمران احتبسها ثلاثة أيام فان لم يجد صاحبها باعها و تصدق بئمنها)

عند المصنف لخبر ابن أبي يعفور، عن الصادق عليه السلام قال: جاء رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلا باعها و تصدق بئمنها^١.

اقول: و من الغريب عمل المصنّف بهذا الخبر مع تفرّد التهذيب بروايته و عدم شهرة مضمونه، و في طريقه محمد بن موسى الهمدانيّ الوضاع الذي استثناه ابن الوليد و ابن بابويه من روايات محمد بن أحمد بن يحيى، و قد أخذه التهذيب عنه، مع أنه يرده عموم صحيح عليّ ابن جعفر، عن أخيه عليه السلام في خبر «قال: و سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فان لم تعرف جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطئها إياه، و إن مات أوصى بها و هو لها ضامن»^٢ و به نخرج عن مقتضى قاعدة عدم جواز التصرف في مال الغير من دون احراز طيب نفسه.

١ التهذيب (في ٣٦ من أخبار لقطته)

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ باب اللقطة و الضالة

و هل لا يشترط في الأخذ إلا الأخذ؟

(و لا يشترط في الأخذ إلا الأخذ فتقر يد العبد على الضالة و الولي على لقطة غير الكامل و الإنفاق كما مر) في الإنفاق على اللقيط، و المراد انه ليس أخذ الضالة مثل أخذ اللقيط الذي قلنا فيه: يشترط بلوغ الملتقط و عقله و غيرهما.

و فيه: انه لا اثر ليد العبد و غير البالغ بلا اذن من المولى و الولي، فان شاء الولي امضاه فهو و أأ فلا.

(و لو انتفع) الأخذ بالظهر، و الدر، و الخدمة مثلا (قاص) المالك بالنفقة، و رجع ذو الفضل بفضله كما هو مقتضى القواعد. و الاقوى ان الانتفاع يكون بإزاء النفقة للتهاتر بين الحقين .

و لا يضمن إلا بالتفريط

(و لا يضمن) الأخذ (ألا بالتفريط) كما هو معلوم .

(أو قصد التملك)

كما تقدم البحث عنه مفصلا عند قول المصنف «و في الضمان وجه» .

و ممّا يوجب الضّمان ما إذا لم يعرفها، و يمكن جعله من التفريط كما دل على ذلك صحيح صفوان الجمّال عن الصادق عليه السلام «من وجد ضالّة فلم يعرفها، ثمّ وجدت عنده فإنّها لرّبّها و مثلها من مال الذي كتمها»^١.

و ممّا يوجبها ايضاً ما إذا نوى أخذ جعالة كما في معتبر الحسين بن زيد^٢ عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهم السّلام «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول في الضّالّة يجدها الرّجل فينوي أن يأخذ لها جعلا فتفق قال: هو ضامن لها، فان لم ينو أن يأخذ لها جعلا فنفتت فلا ضمان عليه»^٣ و به عمل الفقيه.

حصيلة البحث:

قيل: و لو وجدت الشّاة في العمران احتبسها ثلاثة أيّام فإن لم يجد صاحبها باعها و تصدّق بثمانها. قلت: الاقوى انها كغيرها في الحكم كما تقدم .

و لا اثر ليد العبد و غير البالغ بلا اذن من المولى و الولي، فان شاء الولي امضاه فهو و الّا فلا، و لو انتفع الاخذ قاصّ المالك بالنفقة ، و لا يضمن إلّا بتفريطٍ او إذا لم يعرفها، او إذا نوى أخذ جعالة.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

٢ الحسين بن زيد بن عليّ بن الحسين عليهما السّلام هو الذي يلقب ذا الدمعة و يكنى أبا عبد الله، و لم يوثق صريحاً في كتب رجالنا الا ان الصدوق اعتمد كتابه و جعله في عداد مصادر فتواه، نعم وثقه الدارقطني من العامّة، و الطريق اليه لا اشكال فيه ألّا من جهة محمد بن علي ماجيلويه و هو ثقة على التحقيق فالسند معتبر .

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ باب اللقطة و الضّالة

الفصل

(الثالث في لقطه المال)

حكم لقطه الحرم

(و ما كان منه في الحرم حرم أخذه) بنية التملك مطلقا قليلا كان أم كثيرا عند المصنف لقوله تعالى: ﴿أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا﴾^١ بتقريب ان جعل الحرم المكي آمنا يلزم تحريم اخذ اللقطه منه.

و لصحيحة الفضيل بن يسار: «سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطه الحرم فقال: لا تمس ابدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها. قلت: فان كان مالا كثيرا قال: فان لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها»^٢.

و صحيحة يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن اللقطه و نحن يومئذ بمنى فقال: اما بأرضنا هذه فلا يصلح، و اما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله»^٣.

اقول: و لا يخفى ما في الاستدلال من الاشكال اما الاول فلان جواز اخذ لقطه الحرم لغرض تعريفها و ايصالها الى صاحبها لا ينافي جعله آمنا، فان المراد من جعله آمنا كون الانسان فيه آمنا على نفسه و ماله من القتل و النهب و لو بحق، و اما الثاني فلان

١ العنكبوت: الآية ٦٧

٢ وسائل الشيعة ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ٢

٣ وسائل الشيعة ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ١

الصحيحة بلحاظ ذيلها ادلّ على الجواز، واما الثالث فلان تعبير «لا يصلح» بعد ملاحظة صحيحة فضيل السابقة يراد به الكراهة، و عليه فالاقوى هو القول بالجواز مع الكراهة.

و يؤكد الجواز ايضا صحيح ابراهيم بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطة لقطتان: لقطة الحرم و تعرف سنة، فان وجدت صاحبها و آلا تصدقت بها، و لقطة غيرها تعرف سنة فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك»^١.

(و) على القول بالتحريم (لو أخذه حفظه لربه) قيل: لأنه يصير بعد الأخذ أمانة شرعية. و فيه ما سيأتي.

(و إن تلف بغير تفريط لم يضمن) عند المصنف، و فيه: انه على القول بالتحريم لا يكون امانة شرعية لنهي الشارع عن أخذها و عليه فالمناسب للقول بالتحريم هو ثبوت الضمان مطلقا فرط أم لا.

(و ليس له تملكه) قل أم كثر كما يشهد لذلك اطلاق صحيح حريز عن الصادق عليه السلام: «قال النبي صلى الله عليه و آله في خبر في فتح مكة: و لا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد»^٢ و صحيح ابراهيم بن عمر الاتي.

١ وسائل الشيعة ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٢٦

(بل يتصدق به) لصحيح ابراهيم بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطة لقطتان: لقطة الحرم و تعرف سنة، فان وجدت صاحبها و آا تصدقت بها، و لقطة غيرها تعرف سنة فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك»^١.

و معتبر علي بن ابي حمزة عن الكاظم عليه السلام «قال سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال: بئس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه قال: قلت قد ابتلى بذلك قال: يعرفه قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً فقال: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين...»^٢ نعم الاشكال في سنده من جهة البطائني آا انه ثقة على التحقيق كما تقدم .

و اما خبر محمد بن رجا الأرجاني «قال: كتبت إلى الطيب عليه السلام أنني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت إليه لأخذه فإذا أنا بأخر، ثم نحت الحصى فإذا أنا بثالث فأخذتها فعرفتها فلم يعرفها أحد فما ترى في ذلك؟ فكتب عليه السلام فهمت ما ذكرت من أمر الدنانير فان كنت محتاجاً فتصدق بثلتها و إن كنت غنيا فتصدق

١ وسائل الشيعة ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ٤ .

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٩٥ رواه عن كتاب الصفار عن محمد بن الحسين، عن وهيب، عن أبي بصير عن علي بن أبي حمزة، عنه عليه السلام، و رواه (في زيادات فقه حجه في خبره ١٠٨) «عن كتاب موسى بن القاسم، عن ابن جبلة، عن علي بن أبي حمزة قال: سألت العبد الصالح عليه السلام..» و الصواب إسناده الثاني فعلي بن أبي حمزة يروي عن أبي بصير لا بالعكس، و الظاهر أن «أبي بصير» فيه محرف «ابن جبلة» .

بالكل^١ الدال على جواز تملك الثلثين منه ان كان فقيرا و به أفتى الإسكافي^٢ كما هو ظاهر الكافي و الفقيه، فمضافا لضعفه سندنا بالارجاني الظاهر اعراض الاصحاب عن العمل به.

و اما خبر الفضيل بن غزوان «قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له الطيار: إنني وجدت دينارا في الطواف قد انسحق كتابته، فقال: هو له»^٣ الدال على جواز تملك لقطة الحرم و به أفتى الصدوقان^٤ كما هو ظاهر الكافي، فهو و ان رواه ابن ابي عمير صحيحا عن ابن غزوان ألا انه معارض بما هو أقوى منه المعتضد بعمل المشهور مما تقدم و عليه فلا وثوق به.

(و في الضمان) لو تصدق به بعد التعريف و ظهر المالك فلم يرض بالصدقة (خلاف) منشؤه من عموم ادلة الضمان و من إتلافه مال الغير بغير إذنه، و دلالة ما تقدم من الصحيح و غيره على ضمان المتصدق لو كره المالك.

و من كونه أمانة قد دفعها بإذن الشارع فلا يتعقبه الضمان، و لأصالة البراءة. و فيه: انه اجتهاد قبال النص فالقول بالضمان هو الأقوى.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٣٩؛ و رواه الفقيه في ٥ من لقطته «عن محمد بن رجاء الخياط»، و رواه التهذيب في ٢٨ من أخبار لقطته مثل الفقيه.

٢ مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، ج ١٧، ص: ١٠٠

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٣٩؛ و رواه التهذيب في ٢٧ من أخبار لقطته عن كتاب أحمد الأشعري و فيه: «فقال له الطيار: إن حمزة ابني وجد-الخبر» و الظاهر وقوع سقط في الكافي لكون الأصل فيهما واحدا.

٤ من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٧ و مرآة العقول ج ١٧، ص: ١٠٠

(ولو أخذته بنية الإنشاد لم يحرم) لما تقدم من صحيح حريز عن الصادق عليه السلام: «قال النبي صلى الله عليه وآله في خبر في فتح مكة: ولا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد»!

(و يجب تعريفه حولا على كل حال)

كما تقدم في صحيح ابراهيم بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطة لقطتان: لقطة الحرم و تعرف سنة...» نعم مع اليأس عن صاحبها يسقط التعريف كما هو مقتضى القاعدة و هو الظاهر من المعتبر المتقدم الدال على جواز التصدق بها مع اليأس عن صاحبها ففيه: «فإنه قد عرفه فلم يجد له باغيا فقال: يرجع إلى بلده فيتصدق به...» فإنه لا يحتمل فيه انه قد عرفها سنة.

و هل وجوب التعريف و التصدق يعمّ اللقطة التي لا تبلغ الدرهم أيضا؟ فقد يقال بعدم لزوم تعريفها و التصدق بها حتى اذا كانت في الحرم، و ذلك لان صحيحة ابراهيم بن عمر لا اطلاق لها للّقطة الاقل من الدرهم حيث انها تتحدث عن اللقطة التي يجب تعريفها سنة سواء كانت في الحرم أم في غيره، و ليست هي إلّا ما كانت درهما فما زاد، و معه تعود مرسله محمد بن ابي حمزة - الشاملة باطلاقها للّقطة الحرم - بلا معارض فيتمسك باطلاقها.

و فيه: ان استثناء ما دون الدرهم يختص بلقطة غير الحرم و لا اطلاق فيه ليشمل الحرم و عليه فالاقوى و وجوب التصدق بلقطة الحرم قل ام كثر .

حصيلة البحث:

لقطة الحرم: قيل يحرم أخذها و الاقوى الكراهة سواء أخذها بنية الإنشاد ام بغيره، و لو أخذها حفظها لرّبها و إن تلفت بغير تفريط ضمنها، و ليس له تملكها قلّت ام كثرت بل يتصدّق بها، و لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق ضمن، و يجب تعريفها حوالاً على كلّ حال و مع اليأس عن صاحبها يسقط التعريف و جاز التصديق بها.

حكم لقطة غير الحرم

(و ما كان في غير الحرم يحل منه دون الدرهم^١ من غير تعريف)

كما هو المشهور بل لا خلاف فيه يعرف بين الاصحاب و يشهد لذلك صحيح ابن ابي عمير و هو من اصحاب الاجماع عن محمد بن ابي حمزة عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن اللقطة قال: تعرف سنة قليلا كان أو كثيرا. قال: و ما كان دون الدرهم فلا يعرف»^٢ و به عمل الكليني^٣ و الفقيه حيث قال: و إن كانت اللقطة دون درهم فهي لك لا تعرفها^٤.

١ المقصود من الدرهم الشرعي هو الفضة المسكوكة، قيل: و قيمته تعادل ثلاثة غرامات ألاً ربع عشر الغرام تقريبا .

٢ وسائل الشيعة ج ٢٥ ص ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب اللقطة الحديث ١

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٣٧ باب اللقطة و الضالة

٤ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ باب اللقطة و الضالة

ثم انه بناء على عدم وجوب التعريف هل يكون الحكم هو وجوب التصديق او جواز التملك؟ المعروف بين الاصحاب جواز قصد التملك كما هو ظاهر الصحيح فان استثناء ما دون الدرهم من حكم اللقطة - يعني من وجوب تعريفها ثم التصديق بها او تملكها - يدل على جواز تملكها كما فهمه الاصحاب و به صرح الصدوق في عبارته السابقة كما و ان له التصديق بها، و لا يخفى ان عبارة الصدوق ليست برواية كما توهمه صاحب الوسائل^١.

(و ما عداه يتخير الواجد فيه بعد تعريفه حولا بنفسه و بغيره) لحصول الغرض بهما و اطلاق دليل التعريف (بين الصدقة به و التملك و يضمن فيهما) عند المصنف و الاقوى انه لا يضمنها بمجرد نية التملك (و بين إبقائه امانة و لا يضمن)

اما تعريفها سنة فتشهد له النصوص المستفيضة منها صحيح الحلبي، عنه عليه السلام «في اللقطة يجدها الرجل الفقير أ هو فيها بمنزلة الغني؟ قال: نعم و اللقطة يجدها الرجل و يأخذها؟ قال: يعرفها سنة فان جاء لها طالب و أأ فهي كسبيل ماله، و كان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله لا تمسوها»^٢، قلت: و المراد من كون الفقير في اللقطة بمنزلة الغني هو كون الفقير مثل الغني في وجوب التعريف .

و اما خبر أبان بن تغلب «أصبت يوما ثلاثين دينارا فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال لي أين أصبته؟ فقلت له: كنت منصرفا إلى منزلي فأصبتها، قال: فقال صر إلى

١ وسائل الشيعة ٢٥ ص ٤٤٣ الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث ٩

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٨٩ ح ٣ باب اللقطة و الضالة

المكان الذي أصبت فيه فتعرّفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فأعطه و أأ تصدق به»^١ فمضافا لضعفه بمحمد بن موسى الهمدانيّ الكذاب في طريقه هو خبر شاذّ فالأخبار متّفقة على أنّ التعريف في سنة و هو تضمّن ثلاثة أيّام .

و اما خبر أبي بصير، عن الباقر عليه السّلام: «من وجد شيئا فليتمتع به حتّى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه ردّه إليه»^٢ الدال باطلاقه على جواز تملكه بلا تعريف فمضافا لضعفه سندا لوقوع إبراهيم بن إسحاق في طريقه و قد قال فهرست الشّيخ فيه: «كان ضعيفا في حديثه متّهما في دينه» و كذا النجاشي، و قال ابن الغضائريّ في حديثه ضعف و في مذهبه ارتفاع، و مضافا الى اعراض الاصحاب عنه حمل على ما كان دون الدرهم .

و اما ما في موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام قال: قضى عليّ عليه السّلام في من وجد ورقا في خربة أن يعرفها فان وجد من يعرفها و إلّا تمتّع بها»^٣ فلا علاقة له باللقطة لأنّ المحتمل من وجدانها في خربة كونه من الزمان السابق على العصر الحاضر.

و اما التصدق بها بعد تعريفها سنة مع الضمان اذا لم يرض صاحبها به فيدل عليه صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: «و سألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها؟ و لمن الاجر؟ هل عليه ان يرد على صاحبها او قيمتها؟ قال: هو ضامن لها و الاجر له أأ ان يرضى صاحبها فيدعها

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٧ باب اللقطة و الضالة

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٣٩٥ باب اللقطة و الضالة ح ١٥

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٣٩

٤ الظاهر ان كلمة «او» زائدة.

والاجر له»، و سنده تام لأنه بطريق قرب الاسناد و ان كانت ضعيفة ب«عبد الله بن الحسن» حيث انه مهمل أأ ان صاحب الوسائل رواها من كتاب علي بن جعفر و طريقه اليه صحيح . و مثله في الدلالة غيره.

هذا و لابد في التصدق من ان يكون عن صاحبها كما هو المعروف في كلمات الاصحاب أأ ان الروايات خالية منه، و يكفي فيه ذلك الانصراف .

ثم ان حكم اللقطة التي لا يمكن تعريفها هو التصدق بها لا غير و ذلك لان جواز تملك مال الغير و التصرف فيه من دون احراز رضاه امر على خلاف قاعدة «لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله أأ بطيبة نفس منه» و لابد من الاقتصار على المورد الذي دل الدليل فيه على جوازه، و هو بعد التعريف سنة، و في غير ذلك يلزم تطبيق حكم مجهول المالك- بعد تعذر تطبيق حكم اللقطة التي هي مصداق من مصاديق مجهول المالك- و هو التصدق.

و لابد من دفع اللقطة- اذا اريد التصدق بها- الى خصوص الفقير لان المتبادر من مفهوم التصدق لزوم الفقر في المتصدق عليه و لا أقل من الشك في صدقه بدون ذلك فيلزم الاخذ بالمتيقن لاصالة الاشتغال بعد عدم امكان التمسك بالاطلاق لأنه تمسك به في الشبهة المصدقية، و هو غير جائز.

و لا بد من كون الدفع الى الغير و عدم الاكتفاء باحتساب الملتقط اللقطة صدقة على نفسه و ذلك لان ظاهر طلب التصدق في مثل صحيحة ابراهيم بن عمر المتقدمة هو المغايرة و انه تصدق على الغير.

و اما جواز التملك مع الضمان على قول المصنف فقد يستدل له بصحيفة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطة يجدها الرجل و يأخذها قال: يعرفها سنة فان جاء لها طالب و آلا فهي كسبيل ماله»^١ آلا انها لا تدل على الضمان، و من هنا نحتاج الى ما يدل على ذلك. و قد يستدل عليه برواية حنان: «سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام و انا اسمع عن اللقطة فقال: تعرفها سنة فان وجدت صاحبها و آلا فانت احق بها. و قال: هي كسبيل مالك، و قال: خيرها اذا جاءك بعد سنة بين اجرها و بين ان تغرمها له اذا كنت اكلتها»^٢ و لكنها ضعيفة سنداً بـ «ابي القاسم» فانه مهممل، و دلالة لان الضمان فيها علق على اكلها لا مجرد التملك.

و قد يستدل على ذلك بالاولوية، بتقريب ان الضمان اذا كان ثابتا في حالة التصدق فبالأولى يكون ثابتا في حالة التملك. و فيه: ان الاولوية ممنوعة لانه بمجرد التملك لم يفعل شيئاً من تعدد او تفريط حتى يكون ضامنا .

و بصحيفة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: هي لك او لأخيك او للذئب فخذها و عرفها حيث اصبته، فان عرفت فردّها الى صاحبها، و ان

١ وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٩ الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث ١

٢ وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٠ الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث ٧

لم تعرف فكلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردھا عليه^١ بناء على التعدي من الضالة الى اللقطة و عدم فهم الخصوصية لذلك. و فيه: ان الضمان علق على اكلها لا تملكها، و الاقوى انه لا يضمنها مع التملك لعدم الموجب له اولاً و لاطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام المتقدم فيه: «و إلاً فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب» و صحيح الحلبي الدال على أنها بعد التعريف كسبيل ماله، و أطلق فيهما و لم يقيدا بالضمان كما قيد ما إذا تصدق بها او اكلها.

و اما ابقاؤها امانة و لا ضمان عليه فيمكن استفادة جوازه من صحيحة الحلبي المتقدمة، فان جعل اللقطة كسبيل اموال الملتقط يدل بوضوح على جواز الاحتفاظ بها من دون ضمان.

و اذا قلت: ان صحيحة علي بن جعفر الاخرى: «و سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا او دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه، و ان مات اوصى بها، فان اصابها شيء فهو ضامن»^٢ قد دلت على الضمان.

قلت: لا بد من حملها على حالة التعدي او التفريط و الّا كانت ساقطة عن الاعتبار لهجران مضمونها لدى الاصحاب.

١ وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٥ الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث ٧

٢ وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٢ الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث ١٣

حكم ما لا يبقى

(و لو كان ممّا لا يبقى قومه على نفسه)

و يشهد لذلك معتبر السكوني، عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثيرة لحمها و خبزها و بيضها و جنبها و فيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن - الخبر^١ و به افتى الفقيه^٢.

(أو دفعه الى الحاكم) لانه ولي الغائب في الحفظ بل قد يقال بوجوب القبول عليه لأنه معدّ لمصالح المسلمين^٣.

و اجيب: بان ولاية الحاكم مختصة بالموارد الذي لم يجعل الشارع فيه الولاية للغير فانه ولي من لا ولي له، و في المقام قد جعلها للملتقط حيث جعل له الحق في التصديق. نعم لا بأس بدفع اللقطة اليه ان تقبلها على ان تبقى امانة بيده و يستمر الملتقط بالتعريف طول السنة، و اذا انتهت و لم يجد المالك تخير بين الامور الثلاثة المتقدمة أو يوكل الامر في ذلك الى الحاكم.

(و لو افتقر إبقاؤه إلى العلاج أصلحه الحاكم ببعضه) بحكم ولايته .

١ الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ٢٩٧ ح ٢

٢ من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٧

٣ جواهر الكلام ٣٨: ٣٦٨

حصيلة البحث:

لقطة غير الحرم: يحلّ منه دون الدرهم من غير تعريفٍ، و ما عداه يتخيّر الواجد فيه بعد تعريفه حولاً بنفسه و بغيره بين الصدقة و يضمنها و بين التملك و بين إبقائه أمانةً و لا يضمن فيهما، و لابد في التصدق من ان يكون عن صاحبها، و حكم اللقطة التي لا يمكن تعريفها هو التصدق بها لا غير، و لابد من دفع اللقطة- اذا اريد التصدق بها- الى خصوص الفقير و لابد من كون الدفع الى الغير و عدم الاكتفاء باحتساب الملتقط اللقطة صدقةً على نفسه، و لو كان ممّا لا يبقى، قومّه على نفسه أو دفعه إلى الحاكم و لا يجب على الحاكم القبول، و لو افتقر بقاؤه إلى علاج أصلحه الحاكم ببعضه.

حكم التقاط الإداوة و النعل و المخصرة

(و يكره) عند المصنف (التقاط الإداوة) بالكسر، في الصحاح الإداوة المطهرة و هي إناء يتطهر به (و النعل و المخصرة) بالكسر، في الصحاح المخصرة كالسوط و قال الجوهري: هي كل ما اختصره الإنسان بيده فأمسكه من عصا، و نحوها (و العصا) و هي على ما ذكره الجوهري أخص من المخصرة و على المتعارف غيرها (و الشظاظ) بالكسر الشظاظ العود الذي يدخل في عروة الجوالق^١ ليجمع بينهما عند حملها على البعير، و الجمع أشظة (و الحبل و الوتد) بكسر وسطه (و العقال) بالكسر و هو حبل يشد به قائمة البعير.

١ الجوالق بكسر الجيم و كسر اللام. جمعه جوالق؛ و هو العدل المعمول من الصوف، أو الشعر، أو القطن و هو فارسي معرب أصله: جولخ.

لكن المفيد خص الكراهة في الثلاثة الأولى ممّا قيمته أقلّ من درهم دون الأخيرة فقال في المقنعة: «و لا بأس أن ينتفع الإنسان بما يجده ممّا لم يبلغ قيمته درهما و لا يعرفه و يكره أخذ السّوط و الإداوة و الحذاء و ينبغي لمن وجد شيئا من هذه الأشياء الثلاثة أن يتركه ليرجع صاحبه إليه فربما طلبه فيؤدّيّه ففدّه إلى الهلاك لأنّ الإداوة تحفظ ما يقوم به الرّمق من الماء، و الحذاء يحفظ رجل الماشي من الزمانة، و السّوط يسير البعير» .

و حرّم الثلاثة الأولى الحليّ حملا للنهي الاتي على الحرمة و هو ظاهر الدليميّ، و قال عليّ بن بابويه: «و إن وجدت إداوة أو نعلا أو سوطا فلا تأخذه و إن وجدت مسلة أو مخيطا أو سيرا فخذها و انتفع به»، و قال الإسكافيّ «و ما لا مقدار لقيمتها كالوتد و العقال و الشظاظ فلا بأس لذي الحاجة إليه»^١.

و يشهد للكراهة او الحرمة في الثلاثة الأولى صحيح داود «و سأله- أي الصّادق عليه السّلام- داود بن أبي يزيد عن الإداوة و النّعلين و السّوط يجده الرجل في الطريق أ ينتفع به؟ قال: لا يمسه»^٢، و خبر عبد الرّحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن النّعلين و الإداوة و السّوط يجدها الرجل في الطريق أ ينتفع بها؟ قال: لا يمسه»^٣.

١ النجعة ج ١٠ كتاب اللقطة

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ باب اللقطة و الضالة

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب ٩٤ اللقطة و الضالة

و يدلّ على الرخصة في الأخيرة صحيح حريز، عن الصادق عليه السلام: لا بأس بلقطة العصا و الشّظاظ و الودت و الحبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب^١.

اقول: الذي فهمه المصنف مما تقدم من النصوص هو كراهة اخذ ما دون الدرهم مما تقدم ذكره لانه مما تكثرت منفعته فحمل فيها النهي على الكراهة و حمله الحلبي على الحرمة، ألا ان المفهوم مما تقدم من النصوص هو حرمة تملك الثلاثة الاولى لانها لها طالب و لم يعرض عنها اصحابها دون الاخرة لانها ليس لها طالب كناية عن اعراض اصحابها عنه و ان كانت قيمتها درهما فما زاد، و عليه فموضوع النصوص هو ما كانت قيمتها درهما فما زاد و اما ما كانت قيمتها اقل من درهم فخارجة عنها و يجوز تملكها كما تقدم .

حصيلة البحث:

يحرم تملك الإداوة و النّعل و المخصرة مما لم يعرض اصحابها عنها دون العصا و الشّظاظ و الحبل و الودت و العقال لانها ليس لها طالب.

كراهة أخذ اللقطة خصوصا من الفاسق

(و يكره أخذ اللقطة)

و تتأكد الكراهة في لقطة الحرم ويشهد لذلك مضافا لما تقدم موثق فضيل بن يسار، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن لقطة الحرم، فقال: لا تمسّ أبدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها - الخبر»^١.

و أمّا كراهته في مطلقها فتشهد له النصوص المستفيضة منها صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن اللقطة، فقال: لا ترفعها و إذا ابتليت بها فعرفها سنة - الخبر»^٢.

(خصوصا من الفاسق و المعسر)

و علل الأول بانه ليس أهلا لحفظ مال الغير بغير إذنه، و الثاني بانه يضر بحال المالك إذا ظهر و قد تملك، و إنما جاز مع ذلك، لأن اللقطة في معنى الاكتساب، لا استئمان محض^٣. و فيه: انه مجرد استحسان قبال اطلاق ما دل على الجواز، و اما كونها في معنى الاكتساب فدعوى بلا دليل بل الدليل على العكس من حرمة التصرف في مال الغير .

نعم يشهد للكراهة في الفاسق معتبر فضيل بن يسار، عنه عليه السّلام: «سألته عن الرّجل يجد اللقطة في الحرم قال: لا يمسهّا و أمّا أنت فلا بأس لأنك تعرفها»^٤.

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٥ ص ٤٢١ باب ٢٦ من زيادات فقه الحج .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٣٩ باب اللقطة و الضالة .

٣ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ١٠٦ .

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٣٩ باب لقطة الحرم

و أما المعسر فقد يستدل له بخبر سعيد بن عمرو الجعفيّ «قال: خرجت إلى مكة و أنا من أشدّ الناس حالاً فشكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام فلما خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعمائة دينار فرجعت إليه من فوري ذلك فأخبرته، فقال: يا سعيد اتق الله عزّ و جلّ و عرفه في المشاهد و كنت رجوت أن يرخص لي فيه فخرجت و أنا مغتمّ فأتيت منى فتنحيت عن الناس حتّى أتيت الماورقة فنزلت في بيت متنحياً عن الناس، ثمّ قلت: من يعرف الكيس؟ قال: «فأول صوت صوته فاذا رجل على رأسي يقول أنا صاحب الكيس قال: فقلت في نفسي، أنت فلا كنت، قلت: ما علامة الكيس فأخبرني بعلامته فدفعته إليه فتنحى ناحية فعدها فاذا الدنانير على حالها ثمّ عدّ منها سبعين ديناراً، فقال: خذها حالاً خير من سبعمائة حراماً فأخذتها، ثمّ دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت و كيف صنعت، فقال: أمّا إنك حين شكوت إليّ أمرنا لك بثلاثين ديناراً، يا جارية هاتيها فأخذتها و أنا من أحسن قومي حالاً! و فيه: انه لا دلالة فيه على ذلك .

(و مع اجتماعهما تزيد الكراهة)

عند المصنف لزيادة سببها، و فيه: ما عرفت من عدمها في المعسر .

و هل يستحب الاشهاد عليها؟

(و ليشهد عليها مستحباً) و علل بكونه تنزيهاً لنفسه عن الطمع فيها، و منعاً لوارثه من التصرف لو مات، و غرمائه لو فلس . و فيه: ان ذلك لا يكفي في الاستحباب الشرعي .

(و يعرف الشهود بعض الأوصاف)

و هو أيضا نوع من التعريف، لا جميعها حذرا من شياخ خبرها فيطلع عليها من لا يستحقها فيدعيها و يذكر الوصف.

(و الملتقط من له أهلية الاكتساب)

قال الشهيد الثاني: و إن كان غير مكلف أو مملوكا. قلت: قد تقدم الكلام فيه في شرائط الملتقط و انه لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوك بلا اذن من الولي او المالك فان شاء الولي او المالك امضاه فهو و الا فلا لمحجوريتهم عن التصرفات فلا اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطة. و بعدم الجواز في التقاط المملوك أفتى الإسكافي، و إنما أفتى المبسوط بجواز التقاطه و الأصل فيه بعض العامة!

(و يحفظ الولي ما التقطه الصبي و كذا المجنون) عند المصنف و المختار ان لقطتهما كالعدم نعم لو قبلها صار هو الملتقط لا هما و عليه وظيفته و لا علاقة لهما باللقطة .

و جوب تعريف اللقطة حولا

(و يجب تعريفها حولا) كما تقدم (و لو متفرقا)

يعني أن الملتقط يعرف اللقطة في ضمن الحول و لو كان التعريف متفرقا أي يعرف يوما، ثم يترك، ثم يعرف، ثم يترك أياما، ثم يعرف، لا أنه يعرف سنة كاملة متوالية الأيام و الأسابيع و الأشهر، بل الغاية التعريف حولا كاملا و لو حصل التعريف متفرقا.

و وجوب التعريف ثابت (سواء نوى التملك أولا) لإطلاق الأمر به الشامل للقسمين، قيل: خلافا للشيخ حيث شرط في وجوبه نية التملك فلو نوى الحفظ لم يجب! و فيه: ان وجوب التعريف إجماعي و لم يقل أحد بعدم وجوبه إذا نوى الحفظ، و إنما الخلاف أنه بعد تعريف السنة هل يصير ملكه بلا اختيار، أم يشترط قصده؟ و سيأتي البحث عنه في اخر كتاب اللقطة.

حصيلة البحث:

يكره أخذ اللقطة خصوصا من الفاسق دون المعسر، و لا يستحب الاشهاد عليها و يعرف الشهود بعض الأوصاف، و لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوك بلا اذن من الولي او المالك فان شاء الولي او المالك امضاه فهو و ألا فلا لمحجوريتهم عن التصرفات فلا اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطة، و يجب تعريفها حولا و لو متفرقا سواء نوى التملك أم لا، و لا يتوقف دخولها في الملك بعد التعريف سنة على قصد التملك بل تدخل في الملك و لو لم يقصد تملكها.

اللقطة امانة ما لم يحصل الموجب للضمان

(و هي أمانة في الحول و بعده) اذا لم يحصل الموجب للضمان (ما لم ينو التملك فيضمن)

و قد تقدم الاستدلال له بالاولوية، بتقريب ان الضمان اذا كان ثابتا في حالة التصديق فبالأولى يكون ثابتا في حالة التملك. و فيه: ان الاولوية ممنوعة لانه بمجرد التملك لم يفعل شيئا من تعدٍ او تفريط حتى يكون ضامنا .

و بصحيفة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: هي لك او لأخيك او للذئب فخذها و عرفها حيث اصبتها، فان عرفت فردّها الى صاحبها، و ان لم تعرف فكلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردّها عليه»^١ بناء على التعدي من الضالة الى اللقطة و عدم فهم الخصوصية لذلك. و فيه: ان الضمان علق على اكلها لا تملكها، و الاقوى انه لا يضمنها مع التملك لعدم الموجب له اولاً و لاطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام المتقدم ففيه: «و إلاً فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب» و صحيح الحلبيّ الدال على أنّها بعد التعريف كسبيل ماله، و أطلق فيهما و لم يقيدا بالضمان كما قيّد ما إذا تصدّق بها او اكلها.

و من موجبات الضمان عدم تعريفها في الحول و لو لم ينو التملك و ذلك لصحيح صفوان الجمال عن الصادق ؑ «من وجد ضالّة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فإنها لربها و مثلها من مال الذي كتمها»^١ و دلالتها على الضمان لو لم يعرف واضحة.

و أمّا بعد الحول فلا يضمن مع التعريف إلّا بإهلاكها أو التصدّق بها.

أمّا إهلاكها أو التصدّق بها فيدلّ على الضمان فيهما أخبار كثيرة كما تقدم الكلام فيه.

حصيلة البحث:

اللقطة أمانة في الحول و بعد الحول فلا ضمان عليه و لو نوى التملك، نعم من موجبات الضمان عدم تعريفها في الحول و لو لم ينو التملك للنص، و أمّا بعد الحول فلا يضمن مع التعريف إلّا بالتعدي أو التصدّق بها.

حكم التقاط العبد على مبنى المصنف

(و لو التقط العبد) على مبنى المصنف من جواز التقاطه و قد تقدم الاشكال فيه و انه لا يصح لو لم يمضه السيد فعلى المختار فالتقاطه لا حكم له، و على قول المصنف (عرف بنفسه، أو بنائبه) كالحر (فلو أتلّفها) قبل التعريف: أو بعده (ضمن بعد عتقه) كما يضمن غير اللقطة من أموال الغير التي يتصرف فيها من غير إذنه (و لا يجب على المالك انتزاعها منه) قبل التعريف و بعده بناءً على صحة التقاطه (و إن لم يكن) العبد (أمينا)

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو

مثلها» بدل «و مثلها» .

لأصالة البراءة من وجوب حفظ مال الغير لعدم كون مالك العبد مسؤولاً عن لقطة عبده لان الفرض صحة التقاطه، و عليه فلا وجه للقول بالضمان لتعديه بتركها في يد غير الأمين، اذ لا تعدي لعدم كونه مسؤولاً عنها حسب الفرض.

(و يجوز للمولى التملك بتعريف العبد)

مع علم المولى بالتعريف على قول المصنف لانه يكون من قبيل اكتساب العبد و للمولى تملكه، و لا يصح على المختار كما تقدم.

ثمّ العبد لو فرط في حفظها يكون المولى ضامناً اذا اقره المولى عليها، و قد صرح الإسكافي بأن ليس للعبد أخذ اللقطة فإن أخذها و أقرها السيّد مع علمه و أتلفها العبد كان في رقبة السيّد، و مع عدم علمه في رقبة العبد.

حصيلة البحث:

و ليس للعبد أخذ اللقطة فإن أخذها و أقرها السيّد و أتلفها العبد كان في رقبة السيّد، و مع عدم علم السيد بها يكون تلفها في رقبة العبد، و لا يجوز للمولى التملك بتعريف العبد اذا لم يقره عليها ابتداءً.

و لا تدفع إلّا بالبيّنة لا بالأوصاف الموجبة للظن

(و لا تدفع) و جوباً بل لا يجوز دفعها لانه من مصاديق التعدي والتفريط بها المنافي لوجوب حفظها (إلّا بالبيّنة) لعموم حجية البيّنة (لا بالأوصاف) ان لم توجب العلم (و ان خفيت) لعدم حجية الظن (نعم يجوز الدفع بها) عند المصنف ففرق بين وجوب

دفعها و جوازه على مبنى حجية الظن و قيامه مقام العلم عند تعذر العلم . و فيه: عدم صحة هذا المبنى و ان الالزام منه هو وجوب الدفع لا جوازه و قد يستدل بجواز الاكتفاء بالظن بخبر سعيد بن عمرو الجعفي، عن الصادق عليه السلام و فيه: «قلت: ما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته فدفعته إليه فنتحى ناحية فعدّها فاذا الدنانير على حالها- الخبير»^١. و فيه: ان الغالب من ذكر الاوصاف الخفية هو حصول العلم العرفي من الاطمئنان و الوثوق بصدق المدعي و هو غير المدعى من حجية الظن .

و على مبنى المصنف من جواز دفعها بالوصف الموجب للظن لا وجوبه (فلو أقام غيره) أي غير الواصف (بها بينة) بعد دفعها إلى الواصف (استعيدت منه) لأن البينة حجة شرعية بالملك، و الدفع بالوصف إنما كان رخصة و بناء على الظاهر (فإن تعذر) انتزاعها من الواصف (ضمن الدافع) لذي البينة (و رجع) الغارم (على القابض) بما غرمه، و علل بان التلف في يده و لأنه عادٍ إلّا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع لو رجع عليه لاعترافه بكون الأخذ منه ظلماً.

و فيه: انه لو جاز دفعها بامر من الشرع المقدس كان الضمان ضرراً عليه فينفي بقاعدة لا ضرر على المشهور من انها بمعنى نفي الحكم الضرري، مضافاً الى ان تلفها بيد الواصف لا يوجب جواز رجوع الدافع اليه لعدم كونه من موجبات الضمان إلّا اذا كان كاذباً و هو غير معلوم و بذلك يظهر عدم صحة نسبة الاعتداء اليه، هذا كله على مبنى المصنف و اما على المختار فلا يجوز الدفع بالاوصاف الموجبة للظن و لو دفع كان

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٣٨ باب اللقطة و الضالة

ضامنا لانه من مصاديق التعدي و التفريط بها و اما الدفع بالاوصاف الموجبة للوثوق عرفا فلا يوجب الضمان على الدافع و لصاحب البينة ان يطالب الواصف بها.

حصيلة البحث:

لا يجوز دفع اللقطة إلّا بالبينة لا بالأوصاف و إن خفيت ان لم توجب الوثوق بصدق المدعي لها و إلّا و جب دفعها اليه، و لو أقام غيره بها بينةً استعيدت منه، و ضمنها الدافع ان لم يمكن استعادتها هذا ان كان دفعها على الاوصاف الموجبة للظن و لا يرجع الدافع على القابض، و ان كانت الاوصاف المذكورة مما توجب الوثوق عرفا فلا ضمان على الدافع و لصاحب البينة ان يطالب الواصف بها .

حكم الموجود في مفازة او خربة أو مدفونا في الأرض

(و الموجود في المفازة) و هي البرية القفر^١ و الجمع المفاوز قاله ابن الأثير في النهاية، و المراد منها الأرض الخالية من الماء و الكلاب و الناس (و الخربة) التي باد أهلها (أو مدفونا في أرض لا مالك لها) ظاهرا (يتملك من غير تعريف)

اقول: اما المفازة فلخروجها عن موضوع أخبار اللقطة لأنها واردة في العمران و عليه فلا يجب التعريف في الموجود فيها و إن كثر .

١ البرية: الصحراء ؛ جمعها: براري ؛ و القفر: الأرض الخالية من الماء و الكلاب و الناس؛ جمعه: قفار بكسر القاف و قفور بضمها.

و أما الموجود في الخبرة فاطلاق صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «سألته عن الدار يوجد فيها الورق فقال: إن كانت معمورة فيها أهلها فهو لهم و إن كانت خبرة قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال فهو أحقّ به»^١ دال على جواز تملكه بلا تعريف.

لكن يعارض اطلاقه موثق محمد بن قيس، عن الباقر عليه السلام «قال: قضى عليّ عليه السلام في رجل وجد ورقا في خبرة أنّ يعرفها فان وجد من يعرفها و إلّا تمتّع بها»^٢ الدال على وجوب تعريفه اولا و القاعدة تقضي بحمل المطلق على المقيد و عليه فيجوز تملكه بعد التعريف لا قبله . وفيه: أنّ المحتمل من وجدانها في خبرة كونه من الزمان السابق على العصر الحاضر فتخرج عن موضوع اللقطة و تدخل تحت عنوان الموجود في خبرة و تصح النتيجة المتقدمة لكن من المحتمل ان الرواية موضوعها اللقطة التي تعرف سنة ثم تملك و لا دافع لهذا الاحتمال و عليه فالموثق مجمل و لا يصح الاستناد اليه في ما نحن فيه و عليه فالاقوى عدم لزوم تعريفه .

و أما المدفون في أرض لا مالك لها فقد يستدل له بما في صحيح إسحاق بن عمار، عن الكاظم عليه السلام: «سألته عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحوًا من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه و لم يذكرها حتّى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلّهم يعرفونها، قلت فان لم يعرفوها؟ قال: يتصدّق بها»^٣ و وجوب التصدق به لاجل كونه اخذ من الحرم فلا يشمل ما اخذ من غير الحرم فعليه

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٠ باب ٩٤ اللقطة والضالة

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٣٩

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩١ باب ٩٤ اللقطة والضالة

يجوز تملكه بعد تعريفه. وفيه: ان مورد الصحيح هو بيوت مكة وحكمها هو حكم اللقطة والكلام على ما لا مالك له بحيث يخرج عن موضوع ادلة اللقطة مما يحتمل كونه من الزمان السابق على العصر الحاضر و عليه فاذا احتل في المدفون كونه من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله جاز تملكه بلا تعريف لظهور صحيح محمد بن مسلم المتقدم بذلك و لعله هو المراد من تقييد المصنف المأخوذ من المفازة والارض الخربة و المدفون بما (إذا لم يكن عليه أثر الإسلام) من الشهادتين، أو اسم سلطان من سلاطين الإسلام و نحوه تبعاً للمبسوط فقال: «إذا كان عليه أثر الإسلام لقطعة يعرف و إذا لم يكن، هو كثر يعطي خمسة و الباقي له» و هذا القيد و ان لم يذكره غيره من المتقدمين و لم يصرح به في الاخبار إلا انه قريب من موضوع صحيح محمد بن مسلم المتقدم حسب الفهم العرفي، فلعل المراد بما لم يكن عليه أثر الإسلام هو مال من باد اهله او جلا عن محله اهله الذي هو موضوع الصحيح.

(و إلاً) يكن كذلك بأن وجد عليه أثر الإسلام عند المصنف او لم يكن من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله (وجب التعريف) و كان حكمه حكم اللقطة لدلالة الأثر على سبق يد المسلم فتستصحب على مختار المصنف و لخروجه عن موضوع صحيح ابن مسلم على المختار .

(و لو كان للأرض مالك عرفه) الواجد لمالك الارض لتضح حقيقة الملقوط من كونه لقطعة او خارج عنها (فان عرفه) مالك الارض اتضح كونه لقطعة و (دفعه اليه و إلاً) خرج عن كونه لقطعة و عليه (فهو للواجد) و شمله اطلاق صحيح ابن مسلم المتقدم .

(و كذا لو وجدته في جوف دابة) تعتلف من مال المالك (عرفها مالكتها)

فان عرفه المالك فهو و إلا فهو للواجد لصحيحة عبد الله بن جعفر «قال: كتبت إلى الرجل أساله عن رجل اشترى جزورا أو بقرة للأصاحي فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جوهرة لمن يكون؟ قال: فوقع عليه السلام: عرفها البائع فان لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله إياه»، و به أفتى ابنا بابويه و كذا الشيخان و الديلمي و القاضي و ابن حمزة و الحلبي لكن قالوا: «إن لم يعرفه البائع يخرج خمسه و الباقي له» .

و فيه: انه ليس من الكنز و لا من المعدن و لا من الغوص فلا يجب فيه الخمس و كيفنا سكوت الخبر عن عدم وجوب اخراج خمسه ، و مثله في الضعف تقييد الحلبيّ له بتعريف السنة فانه لا شاهد و لا وجه له و كذا تقييد العلامة له في المختلف بعدم أثر الإسلام عليه و إلا فيعرف سنة فانه مناف لإطلاق الصحيح و لا شاهد له.

حكم ما يوجد في جوف السمكة

(و اما ما يوجد (في جوف السمكة فللواجد) لأنها إنما ملكت بالحيازة، و المحيز إنما قصد تملكها خاصة، لعدم علمه بما في بطنها فلم يتوجه قصده إليه بناء على أن المباحات إنما تملك بالنية و الحيازة معا كما هو الأقوى و بكونها للواجد بلا تعريف أفتى الشيخ فقال: «لا يُعرف بايع السمكة الدرّة و لم يرد بهذا خبر» و بذلك يظهر لك ضعف قول الحلبيّ «بأنه لا فرق بين الحيوان المذبوح و السمكة إذا وجد في جوفها شيئاً في أنه يجب تعريفه للبائع» فالفرق أنّ ما في بطن المذبوح من المحتمل كونه من بايعه،

و أما السمك فما في جوفه من الدرّة من البحر، و لم يرها الصياد حتّى يجيزها و يتملّكها

(إلّا أن تكون) السمكة (محصورة في ماء تغلف) فتكون كالدابة فيكون حكم ما وجد في جوف هذه السمكة حكم ما يوجد في جوف الدابة المملوكة فكما أنه يجب تعريف ما في جوف الدابة كذلك يجب تعريف ما في جوف السمكة المحصورة في مثل هذا الماء، لاحتمال كون ما في جوفها من مال المالك، و منه يظهر أن المراد بالدابة الدابة الأهلية كما هو ظاهر الصحيحة، فلو كانت وحشية لا تعتلف من مال المالك فكالسمكة.

حكم الموجود في صندوقه مع مشاركة الغير له و عدمه

(و الموجود في صندوقه أو داره مع مشاركة الغير له لقطة و لا معها حلّ)

كما في صحيح جميل بن صالح عن الصادق عليه السّلام: «قلت له: رجل وجد في منزله ديناراً؟ قال: يدخل منزله غيره قلت: نعم كثير، قال: هذا لقطة، قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً؟ قال: يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع غيره فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: فهو له»، هذا إذا لم يقطع بانتفائه عنه و إلّا كان لقطة كما هو معلوم.

(و لا يكفي التعريف حولاً في التملّك بل لا بدّ من النيّة)

ذهب إلى الثاني المبسوطان و تبعه الحلبي و ابن حمزة ، و إلى الأول الحلبي و الباقر
ليس لهم نصّ، و إنّما قالوا كالأخبار بعد تعريف السنّة يجوز له تصرفه أو التصدّق به مع
الضمان فيهما لو وجد صاحبه بعد و لم يرض بالتصدّق، و يشهد لتوقف الملك على
القصد صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: سألته عن اللقطة قال: لا
ترفعوها فان ابتليت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها و إلّا فاجعلها في عرض مالك يجري
عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب^١ بتقريب ان جعل في قوله عنه
فاجعلها في عرض مالك» مما يتوقف على القصد .

و يحمل قوله عنه «فهي كسبيل ماله» في صحيح الحلبيّ، عنه عنه «يعرفها سنة فان
جاء لها طالب و إلّا فهي كسبيل ماله»^٢ الظاهر على دخولها في الملك بلا قصد التملك،
على انه ان اراد ذلك يجعلها كسبيل ماله .

و فيه: ان صحيح أبي خديجة المتقدم «...و إلّا كانت في ماله فإن مات كان ميراثا لولده
و من ورثه فإن جاء طالبها بعد ذلك دفعوها إليه»^٣ غير قابل لهذا الحمل و ظاهر في
دخولها في الملك و لو لم ينو التملك و عليه فالاقوى هو دخولها في الملك و تكون
ارثا و لو لم يقصد تملكها .

و الأصل في المسألة العامّة ففي الخلاف: «إذا عرفها سنة لا تدخل في ملكه إلّا باختياره
بأن يقول: هذه قد اخترت ملكها، و للشافعيّ فيه أربعة أوجه: أحدها مثل ما قلنا، و الثاني

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٠ باب ٩٤ اللقطة و الضالة

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٨٩ باب ٩٤ اللقطة و الضالة

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٣٠٩ باب النوادر

أنه بمضيّ السنّة عليه يملكها بغير اختياره، و الثالث بمجرد القصد دون التصرف، و الرابع بالقول و التصرف - إِنْخ !.

حصيلة البحث:

و الموجود - في المفازة و هي البرية القفر^٢ و المراد منها الأرض الخالية من الماء و الكلا و الناس، و الخربة التي باد أهلها، أو مدفونا في أرض لا مالك لها ظاهرا - يمتلك من غير تعريف و الضابط هو كونه من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله فاذا احتمل فيه ذلك جاز تملكه بلا تعريف و إلّا و جب تعريفه، و لو كان للأرض مالكٌ عرفه فإن عرفه و إلّا فهو للواجد، و كذا لو وجده في جوف دابةٍ عرفه مالكها، و أمّا ما في جوف السمكة فللواجد إلّا أن تكون محصورةً تعلف، و الموجود في صندوقه أو داره مع مشاركة الغير له لقطّةً و لا معها حلّ، و يكفي التعريف حولاً في التملك و لو لم يقصده للنص.

حكم مجهول المالك

١- عنوان اللقطة لا يرادف عنوان مجهول المالك اذ اللقطة فرد من افراد مجهول المالك و لا تصدق عرفا إلّا مع الضياع. و قد رتب عليها شرعا حكم خاص، و هو وجوب الفحص عن المالك لمدة سنة ثم مع عدم العثور عليه يتخير بين امور ثلاثة حسبما تقدم

١ الخلاف في ١٠ من مسائل اللقطة

٢ البرية: الصحراء ؛ جمعها: براري ؛ و القفر: الأرض الخالية من الماء و الكلا و الناس؛ جمعه: قفار بكسر القاف و قفور بضمها.

حتى مع فرض عدم اليأس من العثور عليه، و هذا بخلاف عنوان مجهول المالك غير اللقطة فان الفحص عن مالكة لازم من دون تقييد بمدة سنة بل المدار على اليأس منه، و مع تحققه لا يتخير بين الامور الثلاثة بل يتعين التصديق، هذا حسب ما تقتضيه القاعدة في الفرق بين حكم اللقطة التي لها احكام خاصة و بين مجهول المالك الخارج عنها موضوعا.

و اما ادلة مجهول المال الخاصة فقد دلت صحيحة يونس بن عبد الرحمن على تعيين التصديق به بعد اليأس عن صاحبه ففيها: «سئل ابو الحسن الرضا عليه السلام و انا حاضر ... رفيق كان لنا بمكة فرحل منها الى منزله و رحلنا الى منازلنا فلما ان صرنا في الطريق اصبنا بعض متاعه معنا فاي شيء نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تحملوه الى الكوفة. قال: لسنا نعرفه و لا نعرف بلده و لا نعرف كيف نصنع. قال: اذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه. قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على اهل الولاية!»^١

و دلت صحيحة معاوية بن وهب عن ابي عبد الله عليه السلام وجوب الفحص عنه ففيها: «رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدري أين يطلبه و لا يدري أحي هو أم ميت و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا. قال: اطلب. قال: فان ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه»^٢ و هي برواية الشيخ صحيحة السند^٣ فانه رواها عن يونس عن ابن ثابت و ابن عون و الظاهر ان ابن ثابت هو محمد بن ابي حمزة الثقة نعم برواية الفقيه ضعيفة

١ وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٧ الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث ٢

٢ وسائل الشيعة ١٧: ٥٨٣ الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى الحديث ٢

٣ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٤ ص ١٩٦ باب ١١٤ ميراث المفقود

لان يونس رواها عن ابن عون الذي لم يوثق عن معاوية لكنها موثوق بها لان يونس من اصحاب الاجماع.

بل يمكن التمسك لإثبات وجوب الفحص في مجهول المالك الى حد اليأس بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾!

و دل خبر حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام على كون الفحص في مجهول المالك سنة فقيه: (عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللص مسلم هل يردده عليه؟ قال عليه السلام لا يردده عليه فان امكنه ان يردده على اصحابه فعل و ألا كان في يديه «يده - خ ل» بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فان اصاب صاحبها و إلا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر و ان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له) ^٢ و به افتى الصدوق في المقنع و الفقيه هذا و سند الصدوق الى حفص بن غياث صحيح ألا انه لم يروه عنه في الفقيه بل رواه عن كتاب سليمان بن داود المنقري عنه و سنده اليه ضعيف رواه عنه في المقنع قائلاً: سألت حفص بن غياث و لعله اخذ الخبر من كتابه فيكون في عداد الموثق سنداً لكنه مجرد احتمال و كيف كان فلا وثوق لنا به و عليه فلا يجب تعريفه سنة بل يكفي حصول اليأس عن الظفر بصاحبه .

١ النساء: ٥٨

٢ المقنع طبع الهادي ص ٣٨٢ و رواه الكافي مرسلأ ج/٥ ص ٣٠٨ ح/٢١ و في الفقيه عن سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث و سنده اليه ضيف ج/٣ ص ١٩٠ ح/١ و رواه التهذيب ضعيفاً ايضاً ج/٦ ص ٣٩٦ ح/٣١ و الاستبصار ج/٣ ص ١٢٣ ح/٢ و رواه الوسائل ج/١٧ ص ٣٦٨ باب ١٨ من اللقطة .

٢- و من مجهول المالك ما اذا كان المالك معلوما و تعذر الوصول اليه و كسب الاجازة منه في تحديد كيفية التصرف فحكمه حكم المال المجهول مالكة و ذلك باعتبار ان مورد الروايات السابقة هو معلوم المالك و انما تعدينا الى مجهول المالك لأجل الغاء الخصوصية عرفاء، و لابد من تعذر كسب الاجازة من المالك المعلوم و ذلك باعتبار انه لا يجوز التصرف في مال الغير بدون طيب نفسه فاذا امكن كسب الاجازة في تحديد كيفية التصرف فلا يجوز من دونه.

و عليه فمن أخذ قلما او مسبحة او غير ذلك من الغير لقضاء حاجة له و لم يعرف ممن اخذ ذلك او كان يعرفه و لكن لا يعرف خبره فحكمه حكم مجهول المالك دون اللقطة.

و هكذا الحال في من اودع بعض اثاث بيته في دار شخص و سافر من دون ان يعرف خبره فانه يلزم تطبيق حكم مجهول المالك عليه دون اللقطة لعدم تحقق عنوان الضياع فيها.

٣- قيل: و من خلال هذا يتضح الحال في من تبدل حداؤه او عباؤه اشتباها فانه يجري في مثل ذلك حكم مجهول المالك و لا يجوز التصرف الا مع احراز رضا المالك. و في جواز المقاصة اشكال و ذلك لان مستندها خاص بمورد التعمد و المفروض في محل كلامنا هو الاشتباه فلاحظ صحيحة داود بن رزين: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فأخذونها و الدابة الفارهة فيبعثون

فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه!'. و فيه: ان مورد الصحيحة التعمد لكن لا خصوصية له عرفا فان المفهوم منها هو ان للانسان ان يتدارك حقه ممن اخذه حتى و لو كان الاشتباه منه ابتداء لا من الغير بعد اخذ الغير ماله و تعذر الوصول اليه ، كما عليه سيرة العقلاء ايضا، و على فرض اختصاص الصحيحة بمورد التعمد فالعلم حاصل برضا المالك قطعا .

حصيلة البحث:

عنوان اللقطة لا يرادف عنوان مجهول المالك و حكم اللقطة ما تقدم، في حين ان حكم المال المجهول مالكة هو الفحص عنه الى حدّ اليأس - من دون تقييد بمدة سنة- فان تحقق تصدق به، و اذا كان المالك معلوما و تعذر الوصول اليه و كسب الاجازة منه في تحديد كيفية التصرف فحكمه حكم المال المجهول مالكة.

و عليه فمن أخذ قلما او مسبحة او غير ذلك من الغير لقضاء حاجة له و لم يعرف ممن اخذ ذلك او كان يعرفه و لكن لا يعرف خبره فحكمه حكم مجهول المالك دون اللقطة.

و هكذا الحال في من اودع بعض اثاث بيته في دار شخص و سافر من دون ان يعرف خبره فانه يلزم تطبيق حكم مجهول المالك عليه دون اللقطة لعدم تحقق عنوان الضياع فيها.

و من خلال هذا يتضح الحال في من تبدل حذاؤه او عباؤه اشتباها فانه يجري في مثل ذلك حكم مجهول المالك و لا يجوز التصرف الا مع احراز رضا المالك. و الاقوى جواز المقاصة فيه بعد العلم باخذ الغير ماله و تعذر الوصول اليه.

(كتاب احياء الموات)

ما المراد من الموات من الأرض

(و هو) اي الموات^١ (ما لا ينتفع به لعطلته^٢ أو لاستنجامه^٣ أو لعدم الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه يتملكه من أحياء) سواء في ذلك المسلم و الكافر للعموم الاتي (مع غيبة الإمام عليه السلام)

و الدليل على جواز تملكها في زمان الغيبة بعد كونها للامام عليه السلام النصوص المستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحقّ بها و هي لهم»^٤.

و صحيح زرارة، عنه عليه السلام «عن النبيّ صلى الله عليه و آله من أحيوا مواتا فهو له»^٥.

١ مصدر مات يموت موتانا بمعنى خلو الأرض من العمارة و السكان لا من مات يموت موتا بمعنى حلول الموت به.

٢ بضم العين، و سكون الطاء بمعنى البقاء بلا انتفاع.

٣ من استأجم أي تحول إلى أجم؛ و الأجم: الأرض ذات الشجرة الكثيرة الملتف. و الأرض ذات القصب الكثير. و الأرض المسبعة بأن تكون مأوى للسياح.

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨ باب ١١ أحكام الأرضين

٥ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٧٩ باب في إحياء أرض الموات

و لا فرق بين أن يكون قد سبق لها إحياء ثم ماتت، و بين موتها ابتداء على ما يقتضيه إطلاق عبارة المصنف و لابد من قيد: مع إبادة أهله بحيث لا يعرفون و لا بعضهم فلو عرف المحيي لم يصح إحيائها، لتقيد الاطلاقات بما دل على ذلك مما تقدم .

و لا يعتبر في تحقق موتها العارض ذهاب رسم العمارة رأسا، بل ضابطه العطللة و إن بقيت آثار الأنهار، و نحوها، لصدق الموات عرفا معها.

ثم ان الشيخ خالف في كون الاحياء مولدا للملك كما صار اليه مشهور الفقهاء تمسكا بظهور اللام في قولهم عليهم السّلام: «من أحيا ارضا مواتا فهي له» في افادة الملكية، بل هو موجب لأولويته من غيره في التصرف فيها فقال: «فاما الموات فانها لا تغنم و هي للإمام خاصة، فان احياها احد من المسلمين كان اولى بالتصرف فيها و يكون للإمام طسقتها، و يوجه نظره (ره) بان اللام لا ظهور لها في الملك فانها جارية مجرى قول مالك الأرض للفلاحين عند تحريضهم على عمارة الارض: من عمرها و حفر انهارها فهي له، فانه ليس المقصود انتقال العين الى الفلاح بل أحقيته من غيره و تقدمه على من سواه. و فيه: ان الظاهر من اللام هو ان تكون للتملك بل لعله هو الاصل فيها و لا يصار الى غيره من الاحقية و الاولوية الا بالقرينة كما في المثال المذكور فان القرينة فيه فرض وجود المالك لها وانه لا معنى لقوله أا الاولوية .

و اما كون الاراضي الميتة للإمام عليه السّلام فهو مما لا خلاف فيه سواء لم يجر عليها ملك مالك - كما في الصحارى - او جرى و لكنه لم يبق له وجود.

و قد دلت على ذلك صحيحة حماد بن عيسى و هو من اصحاب الازماع فلا يضر ارسالها عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام: «... و الانفال ... كل ارض ميتة لا رب لها...»^١.

و الروايات المعبرة بالارض الخربة، كصحيحة حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام: «الانفال ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بأيديهم و كل ارض خربة و بطون الاودية فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء»^٢ و غيرها، و قد فهم الفقهاء من الأرض الخربة الأرض الميتة .

و المعروف في كلمات الفقهاء تقييد الارض بالميتة. و يمكن ان يقال بكون المدار على عدم وجود مالك للأرض حتى لو كانت عامرة، كالغابات و الجزر المشتملة على الاشجار و الفواكه لموثقة اسحاق بن عمار: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الانفال فقال: هي القرى التي قد خربت ... و كل ارض لا رب لها...»^٣.

و صحيحة حماد المتقدمة و ان ورد فيها التقييد بالميتة الا انه لا مفهوم لها لورودها مورد الغالب.

١ وسائل الشيعة ٦: ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث ٤

٢ وسائل الشيعة ٦: ٣٦٤ الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث ١

٣ وسائل الشيعة ٦: ٣٧١ الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث ٢٠

و من خلال هذا يتضح ان الارض اذا لم يكن لها مالك فهي للإمام عليه السّلام سواء كانت ميتة او عامرة، و اذا كان لها مالك فليست كذلك سواء كانت ميتة او عامرة، فان الارض ما دام لها مالك فمجرد موتها و خرابها لا يستوجب خروجها عن ملكه.

و بعض النصوص و ان كانت مطلقة و تعدّ كل ارض خربة جزءا من الانفال من دون تقييد بعدم وجود رب لها كما في صحيحة حفص بن البختري المتقدمة و غيرها الّا انه بقرينة الروايات الاخرى لا بدّ من تقييدها بذلك، فلاحظ موثقة اسحاق بن عمار المتقدمة، حيث ورد فيها: «سألت ابا عبد الله عليه السّلام عن الانفال فقال: هي القرى التي قد خربت و انجلى اهلها ... و كل ارض لا رب لها ...»، فلو كان الخراب وحده كافيا لصيرورة الشيء من الانفال فلا داعي الى التقييد بالانجلاء او عدم وجود رب لها.

(و الّا لو كان الامام عليه السلام حاضراً (افتقر إلى اذنه)

بحكم ولايته و انها له عليه السلام و يشهد له صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم الثقة عن أبي خالد الكابليّ «عن الباقر عليه السلام وجدنا في كتاب عليّ عليه السلام أنّ الأرض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبة للمتقين أنا و أهل بيتي الذين أورثنا و نحن المتّقون و الأرض كلّها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمّرها و ليؤدّ خراجها إلى الامام من أهل بيتي - إلى - و له ما أكل حتّى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله صلّى الله عليه و

آله و منعها إلاً ما كان في أيدي شيعتنا يقاطعهم على ما في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم^١.

حصيلة البحث:

الموات من الارض هو ما لا ينتفع به لعطلته أو لاستئجامة أو لعدم الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه و يتملكه من أحياء سواء كان مسلماً ام كافراً مع غيبة الإمام و إلاً افتقر إلى إذنه.

ما لا يجوز إحياءه للتملك

(و لا يجوز احياء العامر) و ذلك لانه منتف موضوعاً فالعامر ليس بموات حتى يحيى ففي المغرب: الموات الأرض الخراب و خلافه العامر.

(و) كذلك (توابعه) كالطريق و النهر و شبهه المعد لمصالح العامر مما هو حريمه .

(و لا المفتوحة عنوة إذ عامرها) حال الفتح (للمسلمين) قاطبة بمعنى أن حاصلها يصرف في مصالحهم لا تصرفهم فيها كيف اتفق كما سيأتي (و عامرها) و هي خلاف العامر (للإمام عليه السلام)

أمّا عامرها فلا يصدق فيه إحياءه، و أمّا عامرها فلا يصح إحياءه بغير إذنه مع حضوره لانها له كما تقدم، نعم مع غيبته فيملكها المحيي لعموم الأخبار المتقدمة.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ١ ص ٤٠٧ باب أن الأرض كلها للإمام عليه السلام .

و يرجع الآن في المحيا منها و الميت في تلك الحال إلى القرائن الموجبة للعلم و الوثوق، و منها ضرب الخراج و المقاسمة، فإن انتفت فالأصل يقتضي عدم العمارة فيحكم لمن بيده منها شيء بالملك لو ادعاه .

هذا و الارض المفتوحة عنوة هي لجميع المسلمين، الحاضرين و الغائبين و المتجددين بعد ذلك و لا تختص بالمقاتلين بلا خلاف عندنا و ان نسب الى بعض العامة اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم^١.

و يدل على ذلك صحيح الحلبي: «سئل ابو عبد الله عليه السلام عن السواد^٢ ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد. فقلت: الشراء من الدهاقين^٣، قال: لا يصلح الا ان تشرى منهم على ان يصيرها للمسلمين، فاذا شاء ولي الامر ان يأخذها أخذها...»^٤ و غيره.

و قد يشكل بان السواد لم يفتح باذن الامام عليه السلام فهو من الانفال لا للمسلمين، و الحكم المذكور في الصحيحة بانه للمسلمين لا بد من حمله على الصدور للتقية.

و فيه: ان من المقطوع به صدور الاذن منه عليه السلام، فان الخليفة الثاني كان يستشير امير المؤمنين عليه السلام في ذلك. و في مشاركة عمار في تلك المعارك و تولي سلمان

١ جواهر الكلام ٢١: ١٥٧

٢ اي ارض العراق المفتوحة عنوة في عصر الخليفة الثاني.

٣ الدهقان بكسر الدال و ضمها يطلق على رئيس القرية و التاجر و من له مال و عقار. و هو اسم اعجمي

مركب من (ده) و (قان).

٤ وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٤ الباب ٢١ من ابواب عقد البيع الحديث ٤

ولاية المدائن بل قبول الامام الحسن عليه السلام التوجه الى محاربة يزيدجرد دلالة واضحة على ذلك، و هنالك روايات كثيرة تدل على ان الامير عليه السلام كان من وراء الفتوحات كما في حديث الخصال عنه عليه السلام فيه: «... إن القائم بعد صاحبه كان يشاورني في موارد الأمور فيصدرها عن أمري و يناظرني في غوامضها فيمضيها عن رأيي»^١.

و لا وجه لحمل الصحيحة على التقية و ان الحكم في الصحيحة المتقدمة بكون ارض السواد للمسلمين بعد معلومية اعتبار الاذن يدل بالالتزام على صدورها منه عليه السلام، و الحمل على التقية بعد امكان الافتراض المذكور لا وجه له.

(و كذا كل ما) أي موات من الأرض (لم يجر عليه ملك المسلم) فإنه للإمام عليه السلام فلا يصح إحياءه إلّا بإذنه مع حضوره و يباح في غيبته .

و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده

(و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده)

لما تقدم من صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: «أَيُّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحقّ بها و هي لهم»^٢.

١ الخصال ج ٢ ص ٣٧٤

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨ باب ١١ أحكام الأرضين

و صحيح زرارة، عنه عليه السلام «عن النبي صلى الله عليه و آله من أحيا مواتا فهو له»^١ وغيرهما.

(و لا ينتقل عنه بصيرورته مواتا)

لصحيح الحلبي «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال: عليه الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقه»^٢ و مثله صحيح سليمان بن خالد^٣ و لأصالة بقاء الملك و خروجه يحتاج إلى سبب ناقل و هو محصور و ليس منه الخراب، كما قاله الشيخ في المبسوط: «الغامر الذي جرى عليه ملك مسلم مثل قرى المسلمين التي خربت و تعطلت فإنه ينظر فان كان صاحبه معيناً فهو أحقّ بها و هو في معنى العامر و إن لم يكن معيناً فإنه يملك بالإحياء لعموم الخبر و عند قوم لا يملك، ثم لا يخلو أن يكون لمالكها عقب أو لا عقب له فان كان له عقب فهي لهم و إن لم يكن له عقب فهي للإمام خاصة».

وقيل: ان المحيي يملكها بعد صيرورتها مواتا و يبطل حق السابق، لعموم من أحيا أرضاً ميتة فهي له المتقدم ، و لصحيح معاوية بن وهب، عن الصادق عليه السلام «أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها و كرى أنهارها و عمّرها فان عليه فيها الصدقة، و إن كانت

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٧٩ باب في إحياء أرض الموات

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ٢٠١ باب ١٩ المزارعة

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨

أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها فإنّ الأرض لله و لمن عمرها^١ و غيرها.

و خصوص صحیح ابن محبوب و هو من اصحاب الایجامع عن هشام بن سالم الثقة عن أبی خالد الکاظمی^٢، عن الباقر علیه السلام: «وجدنا فی کتاب علیّ عليه السلام أنّ الأرض لله - إلى - فمن أحيا أرضا من المسلمین فلیعمرها و لیؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بیته و له ما أکل منها، فان تركها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمین من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذي تركها فلیؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بیته و له ما أکل حتى یظهر القائم من أهل بیته - الخبر»^٣.

و فیه: اما العمومات فیهی مخصصة بصحیح الحلبي و غیره مما تقدم، كما و ان صحیح معاوية بن وهب لا ینفی ملكية المالك السابق فهو مجمل من هذه الجهة و محمول علی صحیح الحلبي و ابن خالد .

و اما ما فی الصحیح عن الکاظمی فلا یخلو من اجمال و قابل للحمل علی الاراضي الخراجية التي هي ملك لكل المسلمین كما و انه لا یأبى الحمل علی من تركها و اعرض عنها و علیه فلا یعارض صحیح الحلبي و ابن خالد بل یحمل المجمل علی المبین، و علی فرض التعارض فالنسبة بینه و بینهما العموم و الخصوص المطلق فان الصحیحین یختصان بالارض التي لها مالك بخلافه فانه اعم من كون الارض لها مالك

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٧٩ باب فی إحياء أرض الموات

٢ ابو خالد لم یوثق و ان ورد الخبر بمدحه لكنه ضعيف سنداً و معارض بما ورد بذمه.

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ١ ص ٤٠٧ باب أن الأرض كلها للإمام عليه السلام .

معرض عن ملكه ام غير معرض او لا مالك لها او كون الارض خراجية والقاعدة تقتضي حمل المطلق على المقيد .

و الاشكال فيهما انهما خلاف مقتضى القاعدة من أنها إن خرجت عن ملكه جاز إحيائها بغير أجره و إلا امتنع التصرف فيها بغير إذنه مدفوع بانه اجتهاد قبال النص .

حصيلة البحث:

و لا يجوز إحياء العامر و توابعه كالطريق و النهر و شبهه المعد لمصالح العامر مما هو حريمه، و لا المفتوحة عنوة إذ عامرها حال الفتح للمسلمين قاطبة بمعنى أن حاصلها يصرف في مصالحهم لا تصرفهم فيها كيف اتفق ، و كذا كل ما لم يجر عليه ملكٌ لمسلمٍ و لو جرى عليه ملك مسلمٍ فهو له و لو ارثه بعده، و لا ينتقل عنه بصيرورته موثلاً، و يرجع الآن في المحيا منها و الميت في تلك الحال إلى القرائن الموجبة للعلم و الوثوق، و منها ضرب الخراج و المقاسمة، فإن انتفت فالأصل يقتضي عدم العمارة فيحكم لمن بيده منها شيء بالملك لو ادعاه .

و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهي لهم

(و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهي لهم و ليس عليهم فيها سوى الزكاة مع الشرائط)

كما في موثق إسحاق بن عمّار، عن العبد الصّالح عليه السلام «قلت له: رجل من أهل نجران يكون له أرض ثمّ يسلم أيش عليه، ما صالحهم عليه النبيّ صلّى الله عليه و آله، أو ما

على المسلمين؟ قال: عليه ما على المسلمين، إنهم لو أسلموا لم يصلحهم النبي صلى الله عليه وآله^١ بتقريب ان الامام قال عليه ما على المسلمين يعني ان ما بأيديهم من الارض لهم اذ ليس على المسلمين سوى الزكاة مع الشرائط .

و اما ما في موثق عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عما اختلف فيه ابن أبي ليلى و ابن شبرمة في السواد و أرضه فقلت: إن ابن أبي ليلى قال: إنهم إذا أسلموا فهم أحرار و ما في أيديهم من أرضهم لهم، و أما ابن شبرمة فزعم أنهم عبيد و أن أرضهم التي بأيديهم ليست لهم، فقال: في الأرض ما قال ابن شبرمة و قال: في الرجال ما قال ابن أبي ليلى إنهم إذا أسلموا فهم أحرار و مع هذا كلام لم أحفظه^٢ فلا علاقة له بالارض التي اسلم عليها اهلها بل موضوعه ارض السواد و هي ارض العراق و قد فتحت عنوة كما قاله الشيخ في الاستبصار .

و كل ارض ترك أهلها عمارتها فالمحبي أحق بها

(و كل ارض ترك أهلها عمارتها فالمحبي أحق بها و عليه طسقتها^٣ لأربابها)

كما تقدم استنادا الى أصالة بقاء الملك و صحيح الحلبي «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٥٥ باب ١١ أحكام الأرضين

٢ الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٣ ص ١١١ باب ٧٥ الذي يكون له أرض فيسلم...

٣ الطسق: ما يوضع من الخراج المقرر على الجربان ... أو شبه ضريبة معلومة كما نقله الصاغاني عن الأزهرى،

و نص التهذيب: الطسق: شبه الخراج، له مقدار معلوم - تاج العروس ج ١٣ ص ٣٠٠.

قال: عليه الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقه^١ و مثله صحيح سليمان بن خالد^٢.

(و أرض الصلح التي بأيدي أهل الذمة لهم و عليهم الجزية)

كما في صحيح محمد بن مسلم: «سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، فقال: ليس به بأس، و قد ظهر النبي صلى الله عليه و آله على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم، يعملون بها و يعمرونها، و ما بها بأس، و لو اشتريت منها شيئاً - الخبر»^٣.

و صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن شراء الأرضين من أهل الذمة، فقال: لا بأس بأن تشتري منهم إذا عملوها و أحيوها فهي لهم. و قد كان النبي صلى الله عليه و آله حين ظهر على خيبر و فيها اليهود خارجهم على أمر و ترك الأرض في أيديهم يعملونها و يعمرونها»^٤.

(و يصرف الامام عليه السلام حاصل الأرض المفتوحة عنوة في مصالح المسلمين) لصحيح الحلبي المتقدم ففيه: «فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد و لمن لم يخلق بعد» و مقتضاه انه لا يقسم عليهم و ألا حرّم من سيدخل في

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج٧ ص ٢٠١ باب ١٩ من المزارعة .

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج٧ ص ١٤٨

٣ من لا يحضره الفقيه ج٣ ص ٢٤٠ باب إحياء الموات و الأرضين

٤ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج٧ ص ١٤٨ باب ١١ أحكام الأرضين

الإسلام و من لم يخلق بعد و عليه فلا بد من بقائه لهم و هذا المعنى لا يكون إلا بصرف مصالحه لهم .

(و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها و لا نقلها)

كما في ما تقدم من صحيح محمد الحلبي، عن الصادق عليه السلام: «سئل عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد و لمن لم يخلق بعد، فقلنا: الشراء من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها، قلنا: فإن أخذها منه؟ قال: يرد إليه رأس ماله، و له ما أكل من غلتها بما عمل»^١.

و صحيح أبي الربيع الشامي، عنه عليه السلام قال: «لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين»^٢ و الظاهر أن المراد بقوله: «إلا من كانت له ذمة» أي إلا من عوهد و صولح على أن يكون أرضه له فيصح الشراء منه لأن الأرض ملكه دون من لم تكن له ذمة لكونها من مفتوحة عنوة التي لا يصح شراؤها، و قال الوافي: «يعني إذا ضمنها للمسلمين» و هو كما ترى.

(و قيل) و القائل ابن ادريس (يجوز تبعا لآثار المتصرف) فقال: إنما يباع و يوهب تحجيرنا و بناؤنا و تصرفنا لا نفس الأرض، و به قال المصنف في كتاب البيع أيضاً. قلت: و لا ينافي قول المشهور المتقدم كما هو واضح .

١ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٧ باب ١١ أحكام الأرضين ح ١

٢ تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٧ باب ١١ أحكام الأرضين ح ٢

هذا و يستمر الحكم ما دام شيء من الأثر باقيا بمقتضى الاستصحاب، فإذا زال رجعت الأرض إلى حكمها الأول لانتفاء الموضوع كما هو واضح .

حصيلة البحث:

و كلّ أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهي لهم و ليس عليهم فيها سوى الزكاة مع الشرائط، و كلّ أرض ترك أهلها عمارتها فالمحيي أحقّ بها و عليه طسقتها لأربابها، و أرض الصلح التي بأيدي أهل الذمة لهم، و عليهم الجزية، و يصرف الإمام حاصل الأرض المفتوحة عنوةً في مصالح المسلمين، و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها و لا نقلها نعم يجوز ذلك تبعاً لآثار المتصرف.

شروط الإحياء المملّك

(و شروط الإحياء المملّك ستّة)

الاول: (انتفاء يد الغير) بالشروع بالاحياء قبله لعدم جواز مزاحمة السابق لقاعدة السبق و هي و ان كان موردها السوق و المسجد لكنها لا اختصاص لها بهما و شاملة للمقام بالاولوية .

(و الثاني: (انتفاء ملك سابق) كما تقدم من أنّه معه يصحّ الأحياء لكن ليس بمملّك لأنّه يجب عليه أداء طسقه إلى مالكه .

(و الثالث: (انتفاء كونه حريماً لعامر) لأن مالك العامر استحق حريمه، لأنه من مرافقه و مما يتوقف كمال انتفاعه عليه كما سيأتي .

(و) الرابع: (انتفاء كونه مشعرا للعبادة) وذلك لأنه لا يصدق عليه الموات كالمسجد و عرفة و المشعر و منى.

و الخامس: (أو مقطعا) لأنه انتقل إلى غيره بالمقطع، و في المبسوط «كتب النبي صلى الله عليه و آله لبلال بن الحارث المزني: هذا ما أقطعه معادن القبليّة جلسيها و غوريها و حيثما يصلح للزرع من قدس و لم يعطه حقّ مسلم. و جلسيها ما كان إلى ناحية نجد و غوريها ما كان إلى ناحية الغور» و قال أيضا «أقطع النبيّ الدّور بالمدينة، و أقطع وائل بن حجر أرضا بحضر موت، و أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى، فلما قام الفرس رمى بسوطه، فقال النبيّ صلى الله عليه و آله: أعطوه منتهى سوطه، و اقطع بلال بن الحارث - إلخ».

و السادس: (أو محجرا) كما قاله الشيخ في المبسوط: «و إذا تحجّر صار أحقّ به من غيره» لأنه من الشروع بالإحياء فيكون له حقّ الأسبقية - بدليل قاعدة السبق التي تقدم تقريب شمولها للمقام - و ان لم يبلغ حدّ الإحياء فإنه بالشروع يفيد أولوية لا يصحّ لغيره التخطي إليه إلّا أن يهمل الإتمام، فللحاكم حينئذ إلزامه به ، أو رفع يده عنه، فإن امتنع إذن لغيره في الإحياء، و إن اعتذر بشاغل أمهله مدة يزول عذره فيها.

و قد يستدل لكون التحجير موجبا للأولوية بما روي عن النبي صلى الله عليه و آله: «من احاط حائطا على أرض فهي له»^١.

وفيه: انه ضعيف السند، اذ روي في عوالي اللآلي عن سمرة بن جندب عن النبي صَلَّى
 اللَّهُ عليه و آله، و السند الى سمرة غير معلوم، و على تقدير العلم به فهو غير نافع لان
 حال سمرة غير خاف على أحد.

و ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عليه و آله: «من سبق الى ما لا يسبقه اليه المسلم فهو احق
 به»^١.

وفيه: ان السند ضعيف بالارسال نعم يصلحان للتأييد .

و الناس و ان كان لهم حق الاحياء او التحجير في اراضي الموات الا ان لولي
 المسلمين المنع منهما بحكم ولايته فيما اذا كان ذلك موجبا للإخلال بالنظام، لأنهما و
 ان جازا بالعنوان الاولي ألا ان فسح المجال من هذه الناحية بدون تحديد قد يسبب
 الاخلال بالنظام فلولي الامر المنع منهما بالعنوان الثانوي لأنه المسؤول عن حفظ النظام.

و حول الفرق بين التحجير و الإحياء قال العلامة في المختلف «الإحياء عند الشيخ مغاير
 للتحجير فالإحياء يختلف فللدار الحائط و السقف، و للحظيرة الحائط، و للمزرعة
 نصب المروز و سوق الماء إليها، و التحجير بنصب المرز و غيره كبناء الحائط في الدار،
 و كان بعض فقهاءنا المتأخرين يسمي التحجير إحياء و ليس بجيد، قال: و الإحياء في
 العرف ما ذكره الشيخ» و الحاصل ان الاحياء عرفا هو إيجاد شيء في الأرض يخرجها
 عن الموات، و التحجير شروع به لكنه لم يبلغ حد الاحياء .

حصيلة البحث:

شروط الإحياء الممّلك ستة: انتفاء يد الغير و انتفاء ملكٍ سابقٍ و انتفاء كونه حريماً لعامراً و كونه مشعراً للعبادة أو مقطوعاً أو محجراً، و الناس و ان كان لهم حق الاحياء او التحجير في اراضي الموات إلا ان لولي المسلمين المنع منهما بحكم ولايته فيما اذا كان ذلك موجبا للإخلال بالنظام .

حريم بعض الاملاك

(و حريم العين ألف ذراع في الرخوة و خمسمائة في الصلّبة)

قال في الجواهر: «في محكي الخلاف عليه إجماع الفرقة و أخبارهم»^١ قلت: لم يُذكر له مستند من طرقنا و التفصيل المذكور في البئر لا في العين كما سيأتي في حريم القناة، و الذي ورد في أخبارنا في العين خمسمائة مطلقاً كما في معتبر السكوني، عن الصادق عليه السّلام، عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ - في خبر- و بين العين إلى العين - يعني القناة - خمسمائة ذراع - الخبر»^٢ و خبر مسمع بن عبد الملك، عن الصادق عليه السّلام، عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ - في خبر- و ما بين العين إلى العين خمسمائة ذراع - الخبر»^٣.

١ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٨، ص: ٤٤

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حريم الحقوق

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٥ باب جامع في حريم الحقوق

و من المحتمل أن يكون استناد المشهور في التفصيل في العين إلى مرسلته الإسكافي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ: «و روي قضى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ فِي الْأَرْضِ الرَّخْوَةُ أَلْفُ ذِرَاعٍ فِي الْعَرْضِ وَ فِي الْأَرْضِ الصَّلْبَةُ خَمْسَمِائَةَ ذِرَاعٍ»^١ وَ تَكُونُ شَاهِدَ جَمْعٍ بَيْنَ الْخَبْرَيْنِ الْمُتَقَدِّمِينَ وَ بَيْنَ مَرْسَلِ مُحَمَّدِ بْنِ حَفْصٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِيهِ: «وَ قَالَ: يَكُونُ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ أَلْفُ ذِرَاعٍ»^٢ بِحَمْلِهِ عَلَى الرَّخْوَةِ وَ الْأُولَيْنِ عَلَى الصَّلْبَةِ. وَ فِيهِ: أَنَّ الرَّوَايَةَ لَمْ تُثَبِّتْ مِنْ طَرَفَيْنَا وَ لَعَلَّ الْإِسْكَافِي أَخَذَهَا مِنَ الْعَامَةِ وَ الْجَمْعَ الْمَذْكُورَ تَبَرَعِيٍّ وَ مَرْسَلِ ابْنِ حَفْصٍ ضَعِيفٍ لَا يَعُولُ عَلَيْهِ .

وَ الْأَقْوَى أَرْجَاعُ هَذِهِ النُّصُوصِ إِلَى مَا فِيهِ الْإِضْرَارُ فَيَمْتَدُّ الْحَرِيمُ إِلَى مَا لَا يَضُرُّ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ كَمَا قَالَهُ الْإِسْكَافِي «حَدَّ ذَلِكَ أَنَّ لَا يَضُرُّ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ»^٣ كَمَا يَشْهَدُ لِذَلِكَ مَا فِي الصَّحِيحِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: «كُتِبَتْ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ قَنَاةٌ فِي قَرْيَةٍ فَأَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَحْفَرَ قَنَاةً أُخْرَى إِلَى قَرْيَةٍ لَهُ كَمْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَعْدِ حَتَّى لَا يَضُرَّ بِالْأُخْرَى فِي الْأَرْضِ إِذَا كَانَتْ صَلْبَةً أَوْ رَخْوَةً؟ فَوَقَّعَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عَلَى حَسَبِ أَنْ لَا يَضُرُّ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ»^٤ وَ رَوَاهُ التَّهْذِيبُ صَحِيحًا عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ مَحْبُوبٍ^٥ وَ قَالَ الصَّدُوقُ وَ رَوَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ مَحْبُوبٍ قَالَ: كُتِبَ إِلَى

١ النجعة ج ١٠ كتاب احياء الموات

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٣ باب الضرر

٣ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٨، ص: ٤٤

٤ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٣ و في بعض النسخ «محمد بن الحسن» و المراد به الصفار؛ و اذا كان

ابن الحسين فالمراد به ابن أبي الخطاب .

٥ تهذيب الأحكام؛ ج ٧ ص ١٤٦ باب بيع الماء و المنع منه و الكلال و حریم الحقوق

الفقيه ءالشيخ الخ^١ و كيف كان فهو موثوق به بل يكفي في المقام عموم لا ضرر و لا ضرار .

و حريم بئر الناضح ستون ذراعا

(و حريم بئر الناضح ستون ذراعا و المعطن أربعون ذراعا)

في النهاية: «النواضح: الإبل يستقى عليها، واحدها: ناضح» و «المعطن: مبارك الإبل حول الماء»، و في الصحاح: «و المعطن واحد الأعطان و المعاطن، و هي مبارك الإبل عند الماء لتشرب عللا بعد نهل فاذا استوفت ردت إلى المراعي».

و يشهد لما في المتن خبر مسمع بن عبد الملك، عن الصادق عليه السلام، عن النبي صلى الله عليه و آله ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا- الخبر^٢ و مثله ما في معتبر السكوني المتقدم^٣، و مثلهما نقل عن كتاب قضايا إبراهيم ابن هاشم بلفظ «و قضى عليه السلام» و الظاهر أن مراده أمير المؤمنين عليه السلام.

١ من لا يحضره الفقيه ج٣ ص ٢٣٨ لكن فيه كما التهذيب بدل «إلى قرية له» «فوقه» و فيهما بدل «في الأرض إذا كانت صلبة» «في أرض إذا كانت صعبة» .

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج٥ ص ٢٩٥ باب جامع في حريم الحقوق

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حريم الحقوق

حریم بئر المعطن

و دلاً ايضاً على ان حریم بئر المعطن الى مثلها أربعون ذراعاً.

و اما خبر وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول حریم البئر العادية خمسون ذراعاً، إلّا أن يكون إلى عطن أو إلى طريق فيكون أقلّ من ذلك إلى خمسة و عشرين ذراعاً^١ و رواه الحميري عنه مع زيادة فيه «و حریم البئر المحدثة خمسة و عشرون ذراعاً»^٢ فضعيف سنداً و يرده صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصادق عليه السلام «حریم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها»^٣. و العادية في مقابل المحدثة، و خص عاداً بالذكر لأنها في الزمن الأول كانت لها آبار في الأرض فنسب إليها كل قديم .

ثم إنّ الإسكافيّ قال في الناضح: «و لو كان البلاد ممّا لا يسقى فيها إلّا بالناضح كان حریم البئر قدر عمقها ممراً للناضح، و قال: «يحتمل في الحديث عن النبيّ صلّى الله عليه و آله «أنّ حریم الناضح ستون» قدر عمق الآبار في تلك البلاد التي حكم بذلك فيها»^٤. و فيه: انه مجرد احتمال فلا عبرة به .

و قال أيضا في المعطن: «و لو كان بقرب المكان الذي يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عادية محفورة قبل الإسلام و ماؤها نابع يمكن شربه بالزرع له فقد روي عن النبيّ صلّى

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٠١ باب حكم الحریم

٢ قرب الإسناد (ط - الحديثة)، متن، ص: ١٤٦ ح ٥٢٦

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حریم الحقوق

٤ النجعة ج ١٠ كتاب احياء الموات

الله عليه وآله «حريم البئر إذا كان حفر في الجاهلية خمسون ذراعاً وإن حفرت في أول الإسلام خمس وعشرون ذراعاً»^١. قلت: الظاهر أن مراده من الجاهلية والإسلام العادية والمحدث، وكأنه استند إلى خبر وهب المتقدم وقد عرفت ضعفه.

حريم القناة

و أما خبر عقبة بن خالد، عن الصادق عليه السلام: «يكون بين البئر إن كانت أرضاً صلبة خمسمائة ذراع، وإن كانت أرضاً رخوة ألف ذراع»^٢ فهو مع ضعفه سنداً موافق للمشهور بحمل البئر على بئر القانتين بل ذيله برواية التهذيب قرينة على هذا الحمل ففيه: «أن البئر يقاسن ليلة ليلة فإن كانت الأخيرة أخذت ماء الأولى عورت الأخيرة، وإن كانت الأولى أخذت ماء الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأولى سبيل»^٣.

و روى هذا الذيل الفقيه عن عقبة بن خالد ففيه: «في رجل أتى جبلاً فشق منه قناة جرى ماؤها سنة ثم إن رجلاً أتى ذلك الجبل فشق منه قناة أخرى فذهبت قناة الآخر بماء قناة الأول، قال: يقاسن بحقائب البئر ليلة ليلة فينظر أيتها أضرت لصاحبها فإن كانت الأخيرة أضرت بالأولى فليتعور، وقضى النبي صلى الله عليه وآله بذلك، و قال: إن

١ النجعة ج ١٠ كتاب احياء الموات

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حريم الحقوق

٣ تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٧ ص ١٤٥ باب ١٠ بيع الماء والمنع منه

كانت الأولى أخذت ماء الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأولى سبيل^١ و لم يذكر الصدوق سنده اليه في المشيخة و الظاهر انه اخذه من كتابه و سنده الي كتابه ذكره الشيخ الفهرست فقال: عقبة بن خالد له كتاب. أخبرنا عدة من أصحابنا عن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه و محمد بن الحسن عن سعد بن عبد الله عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبة بن خالد^٢، قلت: و هو من محمد بن الحسين مشترك مع سند الشيخ و الكليني و لا اشكال فيه ألا من جهة محمد بن عبد الله بن هلال و نفس عقبة فانهما مهملان و يكفي في الوثوق بالخبر عمل المشهور به و اعتماد الصدوق على كتاب عقبة و اعتماد الكليني على الخبر .

و حريم الحائط مطرح آلاته

(و حريم الحائط مطرح آلاته و حريم الدار مطرح ترابها و ثلوجها و مسلك الدخول و الخروج في صوب الباب)

ليس بما قاله نص لكنّه مما يشهد له العرف، نعم يدل على ذلك مع الغاء الخصوصية معتبر السكوني عن الصادق، عن آبائه عليهم السلام «عن النبي صلى الله عليه و آله قضى في رجل باع نخلة و استثنى نخلة، فقضى له بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها»^٣.

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٠٢ باب حكم الحريم

٢ فهرست الطوسي /باب العين /باب عقبة /٣٣٩

٣ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٠١ باب حكم الحريم

و المرجع في الأحياء إلى العرف

(و المرجع في الأحياء إلى العرف كعضد الشجر من الأرض) أي قطعه، و المراد قطع الأشجار النابتة بنفسها المانعة من الاستفادة (و قطع المياه الغالبة) المانعة عن الزرع و الغرس (و التحجير بحائط أو مرز) قال الشيخ في المبسوط: «و أمّا الأحياء للزراعة فهو أن يجمع حولها ترابا و هو الذي يسمّى ميرزا»، و في اللسان: «و المرز: الحباس الذي يحبس الماء فارسي معرب عن أبي حنيفة و الجمع مروز» (أو مسناة) قال في المغرب: «المسناة ما يبنى للسيل ليرد الماء» و اقتصر الصحاح و القاموس على أنّ المسناة العرم. و في الأساس «و عقدوا مسناة و مسنّيات لحبس الماء» و في اللسان «و المسناة ضفيرة تبنى للسيل لتردّ الماء، سمّيت مسناة لأنّ فيها مفاتيح للماء بقدر ما تحتاج إليه ممّا لا يغلب، مأخوذ من قولك سنّيت الشيء و الأمر إذا فتحت وجهه» (و سوق الماء أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع و الغرس)

و الحاصل ان الاحياء عرفا هو إيجاد شيء في الأرض يخرجها عن الموات.

(و كالحائط لمن أراد الحظيرة، و مع السقف ان أراد البيت)

قال في المغرب: الحظر المنع و الحوز و منه حظيرة الإبل و يقال: احتظر إذا اتخذ حظيرة لنفسه و حظرا لغيره و في المبسوط: «و أمّا إذا أخذها للحظيرة فقدر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين و هو الرّهص أو خشب، و ليس من شرط الحظيرة أن يجعل لها سقفا، و قال: و إحيائها للدّار فهي بأن يحوِّط عليها حائطاً و

يسقف عليه فاذا فعل ذلك فقد أحيها وملكها ملكا مستقرا، قال: و تعليق الأبواب في الدور و الحظيرة ليس من شرطه، و فيهم من قال: هو شرط».

حصيلة البحث:

حريم العين خمسمائة ذراع ، و حريم بئر الناضح ستون ذراعاً و المعطن أربعون ذراعاً و حريم القناة إن كانت أرضا صلبة فخمسمائة ذراع، و ان كانت أرضا رخوة فألف ذراع و الاقوى ان هذه التحديدات لدفع ما فيه الإضرار فيمتد الحريم الى ما لا يضر الثاني بالأول، و حريم الحائط مطرح آلاته، و الدار مطرح ترابها و ثلوجها، و مسلك الدخول و الخروج في صوب الباب، و المرجع في الإحياء إلى العرف كعضد الشجر و قطع المياه الغالبة و التّحجير بحائطٍ أو مرزٍ أو مسنّةٍ، و سوق الماء أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع و الغرس، و كالحائط لمن أراد الحظيرة، و مع السقف إن أراد البيت و المعيار هو العرف .

القول في المشتراكات

(القول في المشتراكات) بين الناس في الجملة و إن كان بعضها مختصا بفريق خاص. قيل: و هي أنواع ترجع أصولها إلى ثلاثة: الماء، و المعدن، و المنافع، و المنافع ستة: المساجد و المشاهد، و المدارس، و الرباط، و الطرق، و مقاعد الأسواق .

فمنها المسجد

(فمنها المسجد فمن سبق الى مكان منه فهو أولى به)

للمستفيضة كصحيح ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام: «سوق المسلمين كمسجدهم- يعني إذا سبق إلى السوق كان له مثل المسجد»^١ و لا يضر ارساله لان ابن ابي عمير من اصحاب الاجماع و خبره موجب للوثوق .

و معتبر طلحة بن زيد، عن الصادق عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل و كان لا يأخذ على بيوت السوق الكراء»^٢.

و معتبر ابن بزيع، عن بعض أصحابه، عن الصادق عليه السلام: «قلت: نكون بمكة أو بالمدينة أو الحيرة أو المواضع التي يرجى فيها الفضل فربما خرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه، قال: من سبق إلى موضع فهو أحقّ به يومه و ليله»^٣.

(فلو فارق بطل حقه ألا أن يكون رحله باقيا و ينوي العود) لانه لا يعد عرفا مفارقا له و قد يستدل عليه بما يلي:

أ- التمسك بالحديث الوارد: «إذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد إليه فهو احق به»^١.

١ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٥٥ باب السبق إلى السوق

٢ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٢ ص ٦٦٢ باب الجلوس

٣ الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٥٤٦ باب النوادر

و فيه: انه لم يرد من طرقنا فلا يمكن الاعتماد عليه.

ب- التمسك بمرسل محمد بن اسماعيل بن بزيع المتقدم

و فيه: انه ضعيف سنداً بالارسال و دلالة باعتبار ان مضمونه مهجور لدى الاصحاب حيث يلتزمون بدوران الاحقية مدار شغل المحل و ليس مدار اليوم و الليلة.

ج- التمسك بمعتبر طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال امير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل...»^٢.

و فيه: انه من حيث السند و ان امكن الحكم باعتباره- اذ لا مشكلة فيه الا من حيث طلحة، و هو و ان لم يوثق بالخصوص و لكن يكفي لاعتباره تعبير الشيخ عنه في الفهرست بان له كتاباً معتمداً^٣ الا ان دلالاته قابلة للتأمل، فان تحديد الفترة بـ «الى الليل» ان كان راجعاً الى السوق و المسجد معا فيرده ما تقدم من عدم التزام الاصحاب بتحديد الفترة الى الليل. و ان كان راجعاً الى السوق فقط- باعتبار ان فترة الحاجة الى السوق تتحدد بذلك و يبقى المسجد يدور الامر فيه مدار الحاجة من دون تحديد بالليل- فهذا و ان كان وجيهاً، و لكنه غير نافع لان لازمه زوال الحق بانتفاء الحاجة و مفارقة المحل سواء نوى العود أم لا، و سواء أبقى شيئاً من الرحل أم لا.

١ سنن البيهقي ٦: ١٥١

٢ وسائل الشيعة ٣: ٥٤٢ الباب ٥٦ من أبواب أحكام المساجد الحديث ٢

٣ الفهرست: ٨٦ الرقم ٣٦٢

د- التمسك بصحيحة ابن ابي عمير المتقدمة. و فيه: ان الدلالة ضعيفة لان المراد منها مردد بين احتمالين، فاما ان يكون المقصود ان سوق المسلمين كمسجدهم في ان من سبق يكون احق من غيره، او يكون المقصود هو احق من غيره ما دام شاغلا للمحل، و كلاهما لا ينفعان، اما الاول فلعدم تحديد مقدار الاحقية فيه، و اما الثاني فلان لازمه ارتفاع الاحقية بمفارقة المحل كما تقدم.

نعم يمكن التمسك بسيرة العقلاء، فانها منعقدة في الاماكن العامة المشتركة على عدم سقوط الحق بمفارقة المحل بعد ابقاء شيء من الرحل فيه. و حيث ان السيرة المذكورة لم يردع عنها فتكون ممضاة و حجة، لكن لا بد ان تكون فترة المفارقة قصيرة فان ذلك هو القدر المتيقن من السيرة.

واما وضع الرحل قبل دخول وقت الصلاة بقصد الاستفادة من المحل عند دخوله فلا يوئد حقا لصاحب الرحل مع افتراض الفاصل الزمني المعتد به و ذلك لعدم دلالة دليل عليه. و قد يقال بان عنوان السبق المذكور في مرسل محمد بن اسماعيل و معتبر طلحة صادق بمجرد وضع الرحل فتثبت الاحقية بذلك.

و لكن قد تقدمت المناقشة في دلالتها معا فلاحظ. هذا اذا كان الفاصل الزمني طويلا، بل و لو كان قصيرا لعين ما تقدم .

(و لو استبق اثنان و لم يمكن الجمع أقرع)

لان القرعة لكل امر مجهول و يشهد لذلك مع الغاء خصوصية المورد صحيح عبید الله الحلبي، عن الصادق عليه السلام «في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم و يعتق الذي خرج سهمه»^١.

و صحيح محمد بن مسلم سألت أبا جعفر عليه السلام «عن رجل يكون له المملوك فيوصي بعق ثلثهم، قال: كان علي عليه السلام يسهم بينهم»^٢.

و من الصحيحين يعلم بطلان القول باختصاص القرعة بما كان مجهولاً عندنا معينا في نفس الأمر، فإنّ الصحيحين مختصان بما هو مجهول في نفس الأمر.

و منها المدرسة و الرباط

(و منها المدرسة و الرباط فمن سكن بيتا منهما ممّن له السكنى فهو أحق به و ان تطاولت المدّة) لقاعدة السبق المتقدمة و هي و ان كان موردها السوق و المسجد لكنها لا اختصاص لها بهما و شاملة للمقام ايضا .

(ألا مع مخالفة شرط الواقف) لعموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

(و له أن يمنع من يشاركه) لما فيها من الضرر (إذا كان المسكن) الذي أقام به معدا (لواحد) فلو أعد لما فوجه لم يكن له منع الزائد عنه إلا أن يزيد عن النصاب المشروط.

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٩٤ باب الحكم بالقرعة

٢ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٩٤ باب الحكم بالقرعة

(و لو فارق لغير عذر بطل حقّه)

لقصور ادلة السبق عن شمولها لما بعد المفارقة و خلو المكان الموجب لاستحقاق غيره إشغاله. و مفهوم كلام المصنف أنه لو فارق لعذر لم يسقط حقه مطلقا. و يرده ما تقدم من قصور ادلة السبق عن شمولها لما بعد المفارقة و لو لعذر كان .

و منها الطرق

(و منها الطرق و فائدها الاستطراق و الناس فيها شرع) كما هو مقتضى السيرة المستمرة في جميع الأعصار و الأمصار .

(و يمنع من الانتفاع بها في غير ذلك مما يفوت به منفعة المارة فلا يجوز الجلوس فيها للبيع و الشراء) لقاعدة لا ضرر و لا ضرار الدالة على نفي الحكم الضروري و حرمة الاضرار بالغير .

(إلّا مع السعة حيث لا ضرر) فالاصل الاباحة .

(فاذا فارق بطل حقّه) لعدم جريان قاعدة السبق المتقدمة .

و منها المياه المباحة

(و منها المياه المباحة)

هذا و لا يخفى ان الاشياء كلها على الاباحة العامة الا ما خرج بالدليل كالارض الخراجية و الانفال كما يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾^١ مضافا الى سيرة المشرعة، فانها منعقدة على تملك الماء و الطيور و الاسماك و الحيوانات و الاعشاب و ما شاكل ذلك بالحيازة، و لا يحتمل نشوء مثل السيرة المذكورة عن تهاون و تسامح، فانها منعقدة في حق جميع المشرعة، و ذلك يكشف عن وصولها يدا بيد من معدن العصمة و الطهارة.

(فمن سبق الى اغتراف شيء منها) اي من المياه (فهو اولى به و تملكه مع نية التملك)

لأن المباح لا يملك إلا بالإحراز و النية و لو لم ينو كان كالعابث لا يستفيد احرازه أولوية فضلا عن الملكية، و يكفي الشك في تحقق الملك بلا نية التملك و الاصل عدمه .

(و من أجرى منها) أي من المياه المباحة (نهرًا) بنية التملك (ملك الماء المجرى فيه) لوجود المقتضي من الحيازة و قصد التملك و انتفاء المانع، و قال المصنف في الدروس: يجوز بيع الماء المملوك و إن فضل عن حاجة صاحبه، و لكنه يكره وفاقا للقاضي و الفاضلين. و قال الشيخ في المبسوط و الخلاف: في ماء البئر إن فضل عنه شيء و جب بذله لشرب السابلة و الماشية لا لسقي الزرع، و هو قول ابن الجنيدي لقوله عليه السلام: الناس شركاء في ثلاث: الماء و الكلاء و النار^٢.

١ البقرة: ٢٩

٢ الدروس الشرعية ج ٣ ص ٦٧

اقول: ما نقله عن ابن الجنيد هو خبر محمد بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام قال «سألته عن ماء الوادي فقال إن المسلمين شركاء في الماء و النار و الكلاء»^١ و هو ضعيف سندا و تفرد الشيخ بنقله و محمول على ما قبل الحيازة و التملك و مثله روى العامة: «عن رجل من المهاجرين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: غزوت مع النبي (ص) و سلم ثلاثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الكلاء و الماء و النار»^٢.

نعم يكره بيع النطاف و الاربعاء لموثقة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن النطاف و الاربعاء. قال: و الاربعاء ان يسنى مسنة فيحمل الماء فيسقي به الأرض ثم يستغني عنه فقال: فلا تبعه و لكن اعره جارك. و النطاف ان يكون له الشرب فيستغني عنه فيقول: لا تبعه، اعره اخاك او جارك»^٣ و النطاف جمع النطفة و هي الماء الصافي. و الاربعاء جمع الربيع و هو النهر الصغير الذي يستقى به الأرض و المسناة ما يبنى للسيل ليرد الماء، و دلالتها على الملكية واضحة بقرينة الامر بالاعارة .

(و من اجرى عينا فكذاك) يملكها مع نية التملك (و كذا من احتقن شيئا من مياه الغيث أو السيل) يملكه مع نية التملك (و من حفر بئرا ملك الماء بوصوله اليه) إذا قصد التملك كما تقدم .

١ من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٣٩ باب بيع الكلاء و الزرع و...

٢ سنن ابي داود السجستاني ج ٣ باب في منع الماء خبر ٤ من كتاب البيوع

٣ وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٣ الباب ٧ من ابواب احياء الموات الحديث ١.

(و لو قصد الانتفاع بالماء و المفارقة فهو أولى به ما دام نازلا عليه) لشمول قاعدة السبق المتقدمة له .

و منها المعادن

(و منها المعادن) و قد تقدم انها ليست من الانفال أآ ما كان في مواقع الانفال، و اما تساوي الناس في المعادن فهو مقتضى الاصل بعد عدم كونها من الانفال.

(فالظاهرة) المعدن الظاهر هو الذي لا يحتاج في ابراز طبيعته و خصائصه المعدنية الى بذل جهود من دون فرق بين كونه على سطح الارض او في اعماقها، بخلاف الباطن فانه ما احتاج الى ذلك حتى و لو لم يوجد في اعماق الارض، كما هو الحال في الحديد و الذهب و الفضة و نحوها و في المبسوط «المعادن الظاهرة الماء و القير و النّفط و الموميا و الكبريت و الملح» .

(لا تملك بالاحياء) بل ليس فيها احياء بعد ظهورها لأن احياء المعدن إظهاره، و لا نملك نصا شرعيا يدل على ان الحيازة سبب للملك ليمسك باطلاقه لإثبات تحقق الملكية حتى للمقدار الزائد عن حاجة الشخص، بل المدرك هو السيرة الممتدة الى عصر التشريع حيث كان الفرد يحوز المعدن من دون صدور ردع شرعي عن ذلك، و من الواضح ان ما انعقدت عليه السيرة ذلك الحين هو الحيازة في حدود حاجة الفرد نفسه و لم توجد في تلك الفترة الاجهزة الحديثة التي يتمكن الفرد من خلالها من حيازة ما يزيد على حاجته بأضعاف مضاعفة.

و عليه يبقى المقدار الزائد على الحاجة بلا دليل يدل على تملك الحائز له، و من ثم يبقى على حالته السابقة، و هي كونه من المشتركات العامة .

(و لا يجوز ان يقطعها السلطان العادل)

لاشترك الناس فيها كما تقدم ، نعم يجوز ذلك لامام الاصل عليه السلام نظرا إلى عموم ولايته، قال الشيخ في المبسوط «ليس للسلطان أن يقطع المعدن الظاهر، بل الناس كلهم فيه سواء يأخذون منه قدر حاجتهم بل يجب عندنا فيها الخمس، و لا خلاف أن ذلك لا يملك» .

(و من سبق إليها فله أخذ حاجته)

أي أخذ ما شاء و إن زاد عما يحتاج إليه، لثبوت الأحقية بالسبق .

(فان توافيا عليها و أمكن القسمة و جب)

لتساويهما في سبب الاستحقاق، و إمكان الجمع بينهما فيه بالقسمة .

(و ألا أقرع) لان القرعة لكل امر مجهول .

اقول: و فيه قولان اخران فقال الشيخ في المبسوط «فان سبق إليه اثنان أقرع بينهما الإمام و قيل: إنه يقدم أيهما شاء، و قيل يقيم الإمام من يأخذه فيقسم بينهما». قلت: و يردهما انه على الامام رعاية الحكم الاولي و هو القرعة فلا تصل النوبة الى ما فيهما .

(و الباطنة تملك ببلوغ نيلها)

و ذلك هو إحيائها قال الشيخ في المبسوط «و أمّا المعادن الباطنة مثل الذهب و الفضة و النحاس و الرصاص و حجارة البرام و غيرها ممّا يكون في بطون الأرض و الجبال و لا يظهر إلّا بالعمل فيها و المؤونة عليها فهل تملك بالإحياء قيل: تملك و هو الصحيح عندنا»، و قال: «و إنّ إحياءه أن يبلغ نيله و ما دون البلوغ فهو تحجير و ليس بإحياء فيصير أولى به مثل الموات».

و قد يشكك بملكية مجموع المعدن بالإحياء بانه لو سلمنا بكون ذلك نحوًا من الإحياء و الحيّزة لمجموع المعدن إلّا انه لا نملك دليلًا يدل على تحقق ملك مجموع المعدن بهذا النحو من الإحياء و الحيّزة على ما تقدم توضيحه في تملك المعادن الظاهرة .

و فيه: ان صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السّلام: «سألته عن معادن الذهب و الفضة و الصفر و الحديد و الرصاص فقال: عليها الخمس جميعاً»^١ الدالة على تعلق الخمس بالمعدن عند استخراجها، تدل بالالتزام على تملك المخرج للباقي مهما بلغ مقداره بعد اخراج الخمس.

لا يقال: ان مثل الصحيحة المذكورة ناظرة الى المورد الذي يفترض فيه تملك الشخص للمعدن باستخراجها له، اما ما هو ذلك المورد فليست ناظرة اليه.

١ وسائل الشيعة ٦: ٣٤٢ الباب ٣ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث ١

فانه يقال: ان السؤال في الصحيحة وقع عن معادن الذهب و الفضة و الصفر و الحديد و الرصاص و عليه فهي ناظرة اليها باجمعها و افتراضها منقسمة الى قسمين قسم افتراض فيه تملك الشخص للمعدن و قسم غيره مخالف لظهورها بل لصريها ، مضافا الى ان افتراض قسم يملكه الشخص يناقض دعوى عدم مالكية المعدن فالمدعى ان المعدن لا يملك فكيف فرض ان قسما منه يملك و هل هذا الّا تناقض .

و من احكام المشتركة

١- قيل: و لو كان المعدن في أرض مملوكة فهو بحكمها، و كذا لو أحيا أرضا مواتا فظهر معدن فإنه يملكه و إن كان ظاهرا إلّا أن يكون ظهوره سابقا على إحيائه و قد يوجّه بانه نماء لها، و نماء المال يتبع اصله في الملكية.

و فيه: ان المقام ليس مصداقا للنماء و الثمرة بل مصداق للظرف و المظروف، و واضح ان ملكية الظرف لا تلازم ملكية المظروف و عليه فلا يتم هذا القيل الّا اذا انعقد اجماع تعبدى او سيرة عقلائية عليه و الاول لم يثبت و اما السيرة فالمتيقن منها هو انه يمنع غير المالك من الدخول الى ملك الغير لا ان مالك الارض مالك لها من دون حيازة و قصد تملك .

٢- و قيل: من كان مالكا لأرض كان مالكا لعين الماء التي يتم كشفها فيها على ما هو المعروف وقد يستدل لذلك بانها من نماءاتها و ان كشف العين نحو حيازة لها، و الحيازة سبب للملكية.

و فيه: اما الاول فقد تقدم الجواب عنه و اما الثاني فيتم لو فرض وجود نص شرعي يدل على ذلك ليمسك باطلاقه، ولكنه مفقود، و المستند لذلك ليس الا السيرة العقلائية، و هي لا يمكن التمسك بها في المقام لعدم الجزم بانعقاد مثلها في عصر الائمة عليهم السلام.

و مع التنزل و افتراض انعقادها فتارة يفترض انعقادها من المشرعة بما هم مشرعة، و اخرى يفترض انعقادها منهم بما هم عقلاء، و الاول لا يمكن الجزم به، و الثاني لا ينفع لان سيرة العقلاء لا تكون حجة الا في فرض الجزم بعدم الردع عنها ليتحقق العلم بالامضاء، و الجزم المذكور لا يمكن حصوله بعد مثل خبر عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بين ... اهل البادية انه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء»^١.

و اذا قيل: انه ضعيف سنداً بعقبه نفسه و بعبد الله بن محمد بن هلال فانهما مهملان.

قلنا: ان احتمال صدور الرواية موجود جزماً، و معه فكيف يحصل الجزم بعدم صدور الردع؟

و بكلمة اخرى: ان احتمال صدور الردع و لو بسبب وجود رواية ضعيفة يكفي لعدم حجية السيرة.

١ وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٣ الباب ٧ من ابواب احياء الموات الحديث ٢؛ و المقصود: لا يمنع الماء الفاضل عن الحاجة الذي يترتب عليه عدم نزول اصحاب المواشي تلك المنطقة و يترتب على امتناعهم من نزولها المنع من فاضل الكلاء.

و هذه نكتة مهمة في باب السيرة العقلانية تنبغي مراعاتها.

و الحاصل انه لا دليل على تبعية عين الماء و المعادن و نحوهما للأرض في الملكية بل ذلك باق على الاباحة العامة أا اذا فرض تصدي مالك الارض نفسه للحفر و التنقيب فان ذلك يوؤد له اولوية على غيره و لكن في حدود حاجته على ما تقدم توضيحه سابقا.

ثم انه لا ينبغي ان يفهم من الحكم بعدم تبعية العين او المعدن لصاحب الارض في الملكية جواز دخول الآخرين في تلك الارض لمحاولة التوصل الى ذلك، كلا انه تصرف في مال الغير من دون اذنه، و هو لا يجوز، و لكنه لو فرض عصيان شخص لذلك و تعديه على الحق المذكور و دخوله ارض الغير و استخراجه المعدن و نحوه كان ذلك له و احق به من غيره بالرغم من عصيانه في المقدمة.

بل يمكن تصوير ذلك من دون عصيان في المقدمة، كما لو حاول الشخص المذكور الوصول الى المعدن من خلال حفر طريق في اعماق الارض من ارضه الى ارض الغير المشتملة على المعدن، انه في مثل ذلك لا يلزم التصرف في ملك الغير لان المالك لأرض لا يملكها الى منتهى تخومها و لا الى عنان السماء- بل الى ما يمكن ان يصل في تصرفه اليه مما يعد من حريمها - لعدم قيام دليل على ذلك بل الدليل قائم على عكسه، و لذا لا يعدّ سير الطائرات في أجواء السماء و سير الحفارات في الاعماق الساحقة للأرض تصرفا في املاك الآخرين.

٣- و من حاز لأخر تبرعا او وكالة عنه فالمال للحائز دون الآخر مع قصد تملك الحائز و عدم اعراضه عنه، و ذلك لان دليل تحقق الملكية بالحيازة ليس أا السيرة، و هي

تقتضي ملكية الحائز نفسه دون غيره. و مجرد قصد الحيازة عن الغير لا يجعل الغير حائزا حقيقة ما لم يحوزه الغير بعد اعراض الحائز له، و كذلك في من حاز عن الغير وكالة للنكتة المتقدمة نفسها، فان الحيازة سبب لملكية الحائز نفسه دون غيره.

و اذا قيل: انه بعد افتراض تحقق عقد الوكالة فسوف يصدق على الموكل نفسه عنوان الحائز لان فعل الوكيل ينتسب الى الموكل بسبب عقد الوكالة.

قلنا: ان ما ذكر وجيه في الامور الاعتبارية - كالبيع و الاجارة و نحوهما- فانه بالتوكيل فيها ينتسب فعل الوكيل الى الموكل فيقال: فلان باع داره، و الحال ان وكيله باعها؛ و اما الامور التكوينية الخارجة عن دائرة الاعتبار فلا يتحقق الانتساب المذكور فيها و لا معنى للوكالة فيها فلا يصح ان يقال لمن وكل غيره في الاكل او الشرب عنه: انه اكل او شرب. و حيث ان الحيازة هي من الامور التكوينية دون الاعتبارية فلا تقبل الوكالة و لا تنتسب حيازة الوكيل الى الموكل.

٤- و اما لو كانت تلك الحيازة باجارة على ان يكون المحاز للمستأجر دون الحائز الاجير كما في زماننا حيث يستأجر الشخص او الدولة عمالاً للحفر و التنقيب فقد وقع الشك من قبل اعلام المعاصرين باقتضائها لملكية المستأجر للشك فيما يستدل به و التي هي وجوه و نحن نكتفي بوجه واحد و هو: ان حيازة الاجير ملك للمستأجر بسبب عقد الاجارة، و حيث ان المحاز يعدّ ثمرة و نتيجة للحيازة فيلزم تملك المستأجر له فان من يملك الأصل يملك نتائجه.

و اجيب: بان البيضة تعدّ عرفاً نماءً للدجاجة فالمالك للدجاجة يكون مالكا للبيضة، و هذا بخلافه في المعدن فانه لا يعدّ عرفاً نماءً للحيازة ألبنحو المجاز. و فيه: ان عقد الاجارة وقع على اعطاء و تحويل ما يحوزه الحائز الى المستأجر و هذا الاعطاء له صورتان اما بعد تملك الحائز له و اما قبل تملكه له ففي الصورة الاولى وقع عقد الاجارة على تحويل ما ملكه الى المستأجر و هذا لا يكون الا بعد اعراضه عن تملكه و ألبم يحوله له و لا مانع منه لما تقدم في كتاب اللقطة من ان الغير له تملك ما عرض عنه المالك، و الثانية و وقع عقد الاجارة فيها على تحويل المباح و لا مانع منه، نعم في الصورة الاولى له ان لا يعرض عما حازه و تملكه و حينئذ سوف لم يف بعقد الاجارة. هذا و حيث يملك المعدن يملك حريمه، و مطرح ترابه، و طريقه، و ما يتوقف عليه عمله إن عمله عنده .

حصيلة البحث:

القول في المشتركات: منها المسجد فمن سبق إلى مكانٍ فهو أولى به، فلو فارق بطل حقه إلا أن يكون رحله باقياً و ينوي العود، و اما وضع الرجل قبل دخول وقت الصلاة بقصد الاستفادة من المحل عند دخوله فلا يولّد حقاً لصاحب الرجل ، و لو استبق اثنان و لم يمكن الجمع أقرع.

و منها المدرسة و الرباط فمن سكن بيتاً ممن له السكنى فهو أحقّ به و إن تناولت المدة إلا مع مخالفة شرط الواقف و له أن يمنع من يشاركه إذا كان المسكن معداً لواحدٍ و لو فارقه بطل حقه.

و منها الطّرق و فائدتها الاستطراق و النّاس فيها شرعٌ و يمنع من الانتفاع بها في غير ذلك ممّا يفوت به منفعة المارّة، فلا يجوز الجلوس للبيع و الشّراء إلّا مع السّعة حيث لا ضرر، فإذا فارق بطل حقّه.

و منها المياه المباحة فمن سبق إلى اغتراف شيءٍ منها فهو أولى به و يملكه مع نيّة التّمكّن، و يكره بيع النطاف و الاربعاء. و الاربعاء ان يسنى مسنة فيحمل الماء فيسقي به الأرض ثم يستغني عنه فلا يبيعه و لكن يعيره جارك. و النطاف ان يكون له الشرب فيستغني عنه فلا يبيعه و لكن يعيره اخاه او جاره، و من أجرى فيها نهراً ملك الماء المجرى فيه، و من أجرى عيناً فكذلك و كذا من احتقن شيئاً من مياه الغيث أو السّيل، و من حفر بئراً ملك الماء بوصوله إليه و لو كان قصده الانتفاع و المفارقة فهو أولى به ما دام نازلاً عليه.

و منها المعادن فالظّاهرة لا تملك بالإحياء، و لا يقطعها السّلطان لاحد نعم يجوز ذلك لامام الاصل عليه السلام، و من سبق إليها فله أخذ حاجته فإن توافيا عليها و أمكن القسمة و جب و إلّا أقرع، و الباطنة تملك ببلوغ نيلها .

قيل: و لو كان المعدن في أرض مملوكة فهو بحكمها، و كذا لو أحيا أرضاً مواتاً فظهر معدن فإنه يملكه و إن كان ظاهراً إلّا أن يكون ظهوره سابقاً على إحيائه و الاقوى عدم الملكية من دون حيازة و قصد تملك، و كذلك من كان مالكا لأرض لم يكن مالكا لعين الماء التي يتم كشفها فيها من دون حيازة و قصد تملك، نعم غير المالك لا يجوز له الدخول الى ملك الغير من دون اذن مالك الارض .

و من حاز لآخر تبرعا او وكالة عنه فالمال للحائز دون الآخر مع قصد تملك الحائز و عدم اعراضه عنه، و مجرد قصد الحيازة عن الغير لا يجعل الغير حائزا حقيقة ما لم يحوزه الغير بعد اعراض الحائز له.

و لو كانت تلك الحيازة باجارة على ان يكون المحاز للمستأجر دون الحائز الاجير ملك المستأجر ما حازه الغير بعد تحويله له .

الفهرس

- ٣..... (كتاب الخلع و المبارة).....
- ٣..... الخلع.....
- ٤..... صيغة الخلع.....
- ١١..... حكم ما لو أتى بالطلاق مع العوض.....
- ١٢..... و كل ما يصح أن يكون مهوراً صح أن يكون فدية.....
- ١٣..... و يصح بذل الفدية منها و من وكيلها.....
- ١٤..... حكم ما لو تلف العوض قبل القبض.....
- ١٦..... و المكاتبه المشروطة كالقن.....
- ١٧..... و لا يصح الخلع إلا مع كراهتها له.....
- ١٨..... و لو أكرهها على الفدية فعل حراماً.....
- ٢٢..... و إذا تم الخلع فلا رجعة للزوج.....
- ٢٣..... و لو تنازعا في القدر حلفت.....
- ٢٦..... المبارة.....
- ٢٦..... و هي كالخلع إلا أنها.....
- ٣١..... صيغة المبارة.....
- ٣٣..... (كتاب الظهر).....
- ٣٧..... صيغة الظهر.....
- ٣٩..... و هل يختص الظهر بلفظ الظهر؟.....
- ٤١..... و لا يقع إلا منجزاً.....
- ٤٥..... و الأقرب صحة توقيته بمدة.....
- ٤٦..... شرائط الظهر.....
- ٥٠..... و هل يصح من الكافر؟.....
- ٥٢..... اشتراط الدحول في تحقق الظهر.....
- ٥٤..... و تجب الكفارة بالعود.....
- ٥٦..... و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان.....

- ٥٨ و لو كرر الوطي تكررت الواحدة.
- ٥٩ و هل لو طلقها و انقضت العدة حلت له من غير تكفير؟
- ٦١ و جوب تقلص الكفارة على المسيس.
- ٦١ و لو ماطل رافعته الى الحاكم.
- ٦٣ (كتاب الإيلاء).
- ٦٣ حقيقة الإيلاء شرعا؟
- ٦٤ و هو الحلف على ترك وطئ الزوجة الدائمة أبدا.
- ٦٧ و لا ينعقد آلا باسم الله تعالى متلفظا به.
- ٦٧ و هل يشترط فيه اللفظ الصريح؟
- ٧٠ و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق.
- ٧٠ شرائط المؤلي.
- ٧١ و هل يجوز الإيلاء من العبد؟
- ٧٢ و إذا تم الإيلاء فللزوجة المرافعة مع امتناعه عن الوطي.
- ٧٥ و لا يجزئ الحاكم على أحدهما عينا.
- ٧٧ و لو آلى مدة حتى انقضت المدة سقط حكم الإيلاء.
- ٧٩ هل يصح الإيلاء من الخصي و المجهوب؟
- ٧٩ و هل تجب الكفارة في الإيلاء ام لا؟
- ٨٥ مدة الإيلاء.
- ٨٨ حكم كفارة الظهار.
- ٩٠ حكم ما إذا وطئ المؤلي ساهيا أو مجنوناً أو لشبهة.
- ٩١ و لو ترفع الذميان إلينا تختير الامام.
- ٩٢ حكم ما لو آلى ثم ارتد.
- ٩٣ (كتاب اللعان).
- ٩٣ رمي الزوجة المحصنة.
- ٩٥ شرائط اللعان.
- ٩٨ و المراد بالمحصنة العفيفة.
- ٩٩ و لا يجوز قذف الزوجة الآ مع المعاينة للزنا.
- ١٠٢ إنكار من ولد على فراشه.

- ١٠٦ ولو قذفها ونفى الولد و أقام بينة سقط الحد
- ١٠٨ ولا بد من كون الملائعن كاملا
- ١١٣ صحة لعان الأخرس بالإشارة المعقولة
- ١١٤ وجوب نفي الولد اذا علم انه ليس منه
- ١١٥ حرمة نفي الولد اذا امكن منه
- ١١٧ و يعتبر في الملاعنة الكمال و السلامة من الصمم و الخرس
- ١١٨ و يثبت بين الحر و المملوكة لنفي الولد
- ١١٩ و هل يلحق ولد المملوكة بمالكها؟
- ١٢٣ القول في كيفية اللعان و أحكامه
- ١٢٣ وجوب كونه عند الحاكم
- ١٢٤ كيفية اللعان
- ١٢٦ شرائط اللعان
- ١٢٨ و يجب البداية بالشهادة، ثم باللعن
- ١٢٨ و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة
- ١٣١ و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد
- ١٣٢ و يتعلق بلعانها أحكام أربعة
- ١٣٣ و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان كان عليه حد القذف
- ١٣٧ حكم ما لو أكذبت نفسها بعد لعانها
- ١٣٨ و لو قذفها الزوج برجل و جب عليه حدان
- ١٣٩ و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط
- ١٤٣ (كتاب العتق)
- ١٤٣ صيغة العتق
- ١٤٧ شرائط المعتق
- ١٤٩ و الاقرب صحة مباشرة الكافر للعتق
- ١٥٤ و لا يقف العتق على اجازة المالك
- ١٥٤ و لا يجوز تعليقه على شرط

- ١٥٨..... لو شرط عوده في الرق ان خالف شرطا فلا يقرب بطلان العتق.
- ١٥٩..... استحباب عتق المملوك إذا أتى بالثمن بعد سبع سنين.
- ١٦٠..... كراهة عتق العاجز عن الاكتساب.
- ١٦٢..... و من خواص العتق السراية.
- ١٦٨..... و لو عجز العبد فالمهاياة في كسبه.
- ١٦٩..... و لو اختلفا في القيمة حلف الشريك.
- ١٧٠..... موارد حصول العتق.
- ١٧٤..... (مسائل).
- ١٧٨..... حكم من اشترى أمة نسيئة و أعتقها و تزوجها.
- ١٨٠..... و عتق الحامل لا يتناول الحمل.
- ١٨١..... (كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء).
- ١٨٢..... الاول في التدبير.
- ١٨٢..... ماهية التدبير.
- ١٨٥..... صيغة التدبير.
- ١٨٧..... و شرطها التنجيز.
- ١٨٧..... شرائط المدبر.
- ١٨٩..... و لا يشترط الإسلام.
- ١٩١..... و لو حملت من سيدها صارت أم ولد.
- ١٩١..... حكم ما لو رجع في تدبيرها.
- ١٩٥..... و يتحرر المدبر من الثلث.
- ١٩٨..... و يصح الرجوع في التدبير قولا و فعلا.
- ٢٠٢..... و يبطل التدبير بالإباق.
- ٢٠٤..... و كسب المدبر في الحياة للمولى.
- ٢٠٥..... (النظر الثاني في الكتابة).
- ٢٠٦..... استحباب الكتابة مع بعض الشروط.
- ٢٠٨..... و هي معاملة مستقلة و ليست بيعا للعبد من نفسه.
- ٢٠٩..... و يشترط في المتعاقدين الكمال.
- ٢١٠..... و لا بد من العقد المشتمل على الإيجاب.

- ٢١١ و حَدَّ العَجْزِ المَسْوُوعِ أَنْ يُوَخَّرَ نَجْمًا عَنْ مَحَلِّهِ
- ٢١٣ وَ الاقْرَبُ لِرُؤْمِ الكِتَابَةِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ
- ٢١٤ وَ لَا يَشْتَرُطُ الإِسْلَامُ فِي السَّيِّدِ وَ لَا فِي العَبْدِ
- ٢١٦ هَلْ يَجِبُ عَلَى المَوْلَى إِيتَاءُ الزَّكَاةِ لِلْمَكَاتِبِ؟
- ٢٢٠ وَ لَوْ مَاتَ المَشْرُوطُ قَبْلَ إِكْمَالِ الإِدَاءِ بَطَلَتْ
- ٢٢٤ وَ تَصَحَّ الوَصِيَّةُ لِلْمَكَاتِبِ المَطْلُوقِ بِحَسَابِ مَا تَحَرَّرَ مِنْهُ
- ٢٢٥ وَ كَلَّ مَا يَشْتَرُطُ فِي عَقْدِ الكِتَابَةِ مِمَّا لَا يَخَالِفُ المَشْرُوعَ لِأَزْمِ
- ٢٢٦ لَيْسَ لِلْمَكَاتِبِ بِنَوْعِيهِ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ
- ٢٢٧ وَ لَا يَتَصَرَّفُ المَوْلَى فِي مَالِهِ إِلاَّ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالاسْتِيفَاءِ
- ٢٢٨ وَ يَحْرَمُ عَلَيْهِ وَطِي المَكَاتِبَةِ
- ٢٣٠ حَكْمُ مَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَالِ الكِتَابَةِ
- ٢٣١ (الثَّالِثُ فِي الاسْتِيفَاءِ)
- ٢٣٦ وَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا مَا دَامَ وَلَدُهَا حَيًّا
- ٢٣٦ وَ إِذَا جَنَّتْ أُمُّ الوَلَدِ خَطَا تَعَلَّقَتْ الجَنَابَةَ بِرَقَبَتَيْهَا
- ٢٣٧ (كِتَابُ الإِقْرَارِ)
- ٢٣٩ قَاعِدَةٌ مِنَ مَلِكٍ شَيْئًا مَلِكٌ الاقْرَارِ بِهِ
- ٢٣٩ (الأَوَّلُ الصِّيغَةُ وَ تَوَابِعُهَا)
- ٢٤٠ وَ لَوْ عَلَّقَهُ بِالمَشِيئَةِ بَطُلَ
- ٢٤١ وَ يَصَحُّ بِالعَرَبِيَّةِ وَ غَيْرِهَا
- ٢٤٢ وَ لَا بُدَّ مِنْ كَوْنِ المَقْرَرِّ كَامِلًا خَالِيًا مِنَ الحِجْرِ
- ٢٤٦ وَ إِطْلَاقُ الكَيْلِ أَوْ الوِزْنِ يَحْمَلُ عَلَى المَتَعَارِفِ فِي البَلَدِ
- ٢٤٦ وَ لَوْ أَقْرَأَ بِلَفْظٍ مَبْهُمٍ صَحَّ
- ٢٤٨ وَ لَوْ قَالَتْ لَهُ عَلِيٌّ أَكْثَرَ مِنْ مَالِ فُلَانٍ لَزِمَهُ بِقَدْرِهِ
- ٢٤٨ حَكْمُ مَا لَوْ قَالَتْ «لَهُ عَلِيٌّ كَذَا دِرْهَمٍ» بِالحَرَكَاتِ الثَّلَاثِ
- ٢٥٤ (الفَصْلُ الثَّانِي فِي تَعْقِيبِ الإِقْرَارِ بِمَا يَنَافِيهِ)
- ٢٥٤ حَكْمُ الاسْتِثْنَاءِ المَسْتَوْعِبِ
- ٢٥٦ حَكْمُ مَا لَوْ قَالَتْ لَيْسَ لَهُ عَلِيٌّ مِائَةً إِلاَّ تَسْعُونَ
- ٢٥٧ حَكْمُ مَا لَوْ تَعَدَّدَ الاسْتِثْنَاءُ وَ كَانَ بِعَاطِفٍ

- ٢٥٩ حكم الاستثناء من غير الجنس
- ٢٥٩ حكم الاستثناء المستغرق
- ٢٦٠ حكم ما لو قال له علي عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه
- ٢٦٢ و لو قال له علي قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه
- ٢٦٢ و لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمر و
- ٢٦٤ من احكام الاقرار
- ٢٦٦ (الفصل الثالث في الإقرار بالنسب)
- ٢٦٦ شرائط المقر
- ٢٦٧ و يشترط في نفوذ الإقرار مطلقا عدم المنازع
- ٢٦٨ و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولد صح
- ٢٦٨ و لا عبرة بإنكار الصغير بعد بلوغه
- ٢٧٠ و لو أقر العم بأخ للميت دفع اليه المال
- ٢٧١ لو أقرت الزوجة بولد فصدقها إخوة أخذ الولد المال
- ٢٧٢ و لو أقر الولد بأخ دفع اليه النصف
- ٢٧٢ و لو أقر بزوج للميتة أعطاه النصف
- ٢٧٥ (كتاب الغصب)
- ٢٧٥ حقيقة الغصب
- ٢٧٧ و سحب مقود الدابة غصب للدابة
- ٢٧٧ و غصب الحامل غصب للحمل
- ٢٧٧ حكم الأيدي المتعاقبة على المغصوب
- ٢٨٣ و يجب رد المغصوب ما دامت العين باقية
- ٢٨٣ كيفية الضمان
- ٢٨٦ هل يلزم الغاصب بأعلى القيم ام لا؟
- ٢٨٩ حكم ما لو غصب مثل الخفين
- ٢٩٠ حكم ما لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب
- ٢٩٤ حكم ما لو غصب شاة فأطعمها المالك جاهلا
- ٢٩٤ حكم ما لو مزج المغصوب بغيره
- ٢٩٦ حكم ما لو زرع الحب أو أحضن البيض

- ٢٩٧ حكم اختلافهما في القيمة ..
- ٢٩٨ و لو اختلفا في الرّد حلف المالك ..
- ٢٩٩ (كتاب اللقطة) ..
- ٣٠٠ الفصل ..
- ٣٠٠ (الأول: في اللقيط) ..
- ٣٠٣ حكم اللقيط المملوك ..
- ٣٠٤ شرائط الملتقط ..
- ٣٠٨ و الواجب حضانته بالمعروف ..
- ٣١١ و لا ولاء عليه للملتقط ..
- ٣١٢ و إذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفاية ..
- ٣١٢ و يحكم بإسلامه إن التقط في دار الإسلام مطلقا ..
- ٣١٥ و ان اختلفا في الإنفاق ..
- ٣١٥ و لو تشاح ملتقطان أقرع ..
- ٣١٦ و لو تداعى بنوّته اثنان و لا بيّنة فالقرعة ..
- ٣١٧ الفصل ..
- ٣١٧ (الثاني في لقطة الحيوان) ..
- ٣١٧ و أخذه في صورة الجواز مكروه ..
- ٣١٨ و هل يستحبّ الاشهاد عليه؟ ..
- ٣١٨ و البعير و شبهه إذا وجد في كلاء و ماء صحيحا ترك ..
- ٣٢٠ حكم الشاة في الفلاة ..
- ٣٢٣ حكم ما لو وجدت الشاة في العمران ..
- ٣٢٤ و هل لا يشترط في الأخذ إلا الأخذ؟ ..
- ٣٢٤ و لا يضمن الآ بالتفريط ..
- ٣٢٦ الفصل ..
- ٣٢٦ (الثالث في لقطة المال) ..
- ٣٢٦ حكم لقطة الحرم ..
- ٣٤٣ و جوب تعريف اللقطة حولا ..
- ٣٤٥ اللقطة امانة ما لم يحصل الموجب للضمان ..
- ٣٤٦ حكم التقاط العبد على مبنى المصنف ..

- ٣٤٧ و لا تدفع إلا بالبيئة لا بالأوصاف الموجبة للظن
- ٣٤٩ حكم الموجود في مفازة أو خربة أو مدفونا في الأرض
- ٣٥٢ حكم ما يوجد في جوف السمكة
- ٣٥٣ حكم الموجود في صندوقه مع مشاركة الغير له و عدمه
- ٣٥٥ حكم مجهول المالك
- ٣٦٠ (كتاب احياء الموات)
- ٣٦٠ ما المراد من الموات من الأرض
- ٣٦٤ ما لا يجوز إحياءه للملك
- ٣٦٦ و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده
- ٣٧٦ حريم بعض الاملاك
- ٣٧٨ و حريم بئر الناضح ستون ذراعا
- ٣٨٠ حريم القناة
- ٣٨١ و حريم الحائط مطرح آتاه
- ٣٨٢ و المرجح في الاحياء إلى العرف
- ٣٨٣ القول في المشتركات
- ٣٨٤ فمنها المسجد
- ٣٨٧ و منها المدرسة و الرباط
- ٣٨٨ و منها الطرق
- ٣٨٨ و منها المياه المباحة
- ٣٩١ و منها المعادن
- ٣٩٤ و من احكام المشتركات
- ٤٠١ الفهرس

