



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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

أَيْضًا

بِرَكَاتِ الشَّامِ

لِلنَّبِيِّ الْحَبِيبِ

مُحَمَّدٍ الَّذِي جَعَلَهُ الرَّحْمَنُ فِي الْحَجَى

مِنْ أَقْلَامِ الْعُسْرَةِ الثَّالِثَةِ

مُتَرْجَمًا
عَنِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

مُتَرْجَمًا
عَنِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ايضاح ترددات الشرائع

كاتب:

نجم الدين جعفر زهدري حلي

نشرت في الطباعة:

مكتبه آيه الله المرعشي النجفي العامه - قم

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	ايضاح ترددات الشرائع المجلد ٢
٩	اشاره
١٠	(ذكر ترددات كتاب النكاح)
١٠	أفي حكم أكل ما ينثر في الاعراس
١٠	أفي العبارة عن الايجاب
١١	أفي حكم ولاية الوصى
١١	أفي حكم ما لو زوجها الولى بدون مهر المثل
١٢	أفي حكم ولاية الأم
١٣	أفي حكم ما زوج الاجنبى امرأه
١٣	أفي حكم ما لو طلق زوجته فوطئت بالشبهه
١٣	أفي حكم انتشار الحرمة بالرضاع
١٧	فرع:
١٨	أفي حكم الوطى بالشبهه
١٨	اشاره
١٨	فرع:
١٨	أفي حكم النظر لغير المالك
٢٠	أفي حكم ما اذا دخل بصبيه لم تبلغ تسعا فأفضاها
٢١	أمن زنا بامرأه لم تحرم عليه نكاحها
٢١	ألو أسلم و عنده أربع حرائر
٢٢	أاختلاف الدين فسخ لا طلاق
٢٢	أفي نكاح الشغار
٢٣	ألا يقع بالمستمع بها ايلاء و لا لعان
٢٣	أفي عده الوفاء

٢٤	لو باع أمه و ادعى أن حملها منه
٢٤	أفصل العيوب
٣٠	أفي المهور
٣٥	أفي حق المضاجعه
٣٧	أفي الفراش
٣٧	لو ادعى الأب وجود متبرعه و أنكرت الام
٣٩	أفي النفقه
٤١	فصل (ذكر الترددات المذكوره في القسم الثالث في الايقاعات)
٤١	أفي الوكاله في الطلاق للغائب
٤٤	أفي المحلل
٤٧	لا تجب العده بالخلوه
٤٩	فصل (ذكر الترددات المذكوره في كتاب الخلع)
٤٩	لو طلبت منه طلاقا بعوض
٥٠	أفي بذل الفداء
٥١	أفي الظهار
٥٥	أفي كفاره الحنث في العهد، و في النذر
٥٧	لو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه
٥٩	أفي الايلاء من المجهوب
٦٢	فرع:
٦٢	المده المضروبه بعد الترافع لا من حين الايلاء
٦٣	أفي اللعان
٦٤	أفي العتق
٦٤	اشاره
٧٠	فرعان:
٧٠	إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت
٧٠	اشاره

٧٢ فرع:
٧٣ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب التدبير)
٧٩ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في فصل المكاتبه)
٨٤ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الاقرار)
٩١ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الأيمان)
٩١ اشاره
٩٤ فرع:
٩٤ فائده:
٩٩ فرع:
٩٩ فرع:
١٠٢ فرع:
١٠٦ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب النذر)
١٠٦ قال رحمه الله: و كذا يتوقف نذر المملوك على اذن المالك، فلو بادر لم ينعقد و ان تحرر، لانه وقع فاسدا، و ان أجاز المالك ففي صحته تردد، أشبهه اللزوم.
١١١ فرعان:
١١٢ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الصيد)
١٢٢ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الغصب)
١٢٢ اشاره
١٢٤ فرع:
١٢٥ فائده:
١٢٩ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الشفعه)
١٣٦ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب احياء الموات)
١٣٩ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب اللقطه)
١٤٦ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الفرائض)
١٤٦ اشاره
١٤٩ فائده:
١٥٤ فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب القضاء)

١٥٤	اشاره
١٦٤	تذنيب:
١٧١	فرع:
١٧١	فرع آخر:
١٧٤	فرع:
١٨٠	فرع:
١٨٤	فرع:
١٨٩	فائده:
١٩٢	فرع:
١٩٣	فائده:
٢٠١	فرع:
٢٠٩	فرع:
٢١١	فرع:
٢١٤	فهرس مطالب الكتاب
٢١٨	تعريف مركز

سرشناسه: زهدری حلی، نجم الدین جعفر، قرن ۸ق.

عنوان قراردادی: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

عنوان و نام پدیدآور: ایضاح ترددات الشرائع / لنجم الدین جعفر بن الزهدری الحلی؛ تحقیق مهدی الرجائی؛ اشراف محمود المرعشی.

مشخصات نشر: قم: مکتبه آیه الله المرعشی العامه، ۱۳۶۶=۱۴۰۸ق.

مشخصات ظاهری: ۲ ج. در یک مجلد: نمونه.

فروست: مخطوطات مکتبه آیه الله المرعشی العامه؛ ۱۹

شابک: چاپ دوم: ۹۷۸-۹۶۴-۸۱۷۹-۵۰-۷

یادداشت: عربی

یادداشت: این کتاب در حقیقت شرحی بر کتاب "شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام" نوشته جعفر بن حسن محقق حلی است.

یادداشت: چاپ دوم: ۱۴۲۸ق=۲۰۰۷م=۱۳۸۶

موضوع: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده: رجایی، سید مهدی، ۱۳۳۶ - ، گردآورنده و مصحح

شناسه افزوده: مرعشی، سید محمود، ۱۳۲۰ -

شناسه افزوده: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/م۳ش ۴۰۲۱۴۶ ۱۳۶۶

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴

(ذكر ترددات كتاب النكاح)

[فى حكم أكل ما ينثر فى الاعراس]

قال رحمه الله: و أكل ما ينثر فى الاعراس جائز، و لا يجوز أخذه الا باذن أربابه نطقا أو بشاهد الحال، و هل يملك بالاختذ؟ الاظهر نعم.

أقول: يمكن أن يقال: ان الاذن فى الاختذ يفيد إباحه التصرف لا- التملك، و هو ظاهر كلام المتأخر، و الفرق بين الاباحه و التملك أن الاباحه يجوز الرجوع فيها ما دامت العين باقيه، سواء كانت لا-جنبى، أو الذى رحم يصرف فيها، أو لا- بخلاف التمليك فانه لا يجوز الرجوع فيه و ان كانت العين باقيه.

[فى العبارة عن الايجاب]

قال رحمه الله: و العبارة عن الايجاب لفظان: زوجتك و أنكحتك. و فى متعتك تردد، و جوازه أرجح.

أقول: منشؤه: النظر الى أن النكاح عصمه مستفاده من الشرع، فتقف صحتها على ما دل الشرع على الانعقاد به قطعاً فى الدائم، و ليس الا لفظى الزواج و النكاح

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤

و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط «١»، و أتبعه المتأخر.

و الالتفات الى أن الله تعالى قد عبر عن عقد النكاح بهذه الالفاظ الثلاثة، فيكون موضوعه له، اذ الاصل فى الاطلاق الحقيقه، و هذا الدليل ذكره المصنف فى المسائل الكماليه، و هو ظاهر كلام الشيخ فى النهايه «٢».

قال رحمه الله: و لو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزوج:

قبلت، صح، لان نعم يتضمن اعاده السؤال و لو لم يعد اللفظ، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن النكاح عصمه شرعيه، فيقف انعقاده على وجود اللفظ الذى جعله الشارع دليلاً عليه، و ليس الا الزواج و النكاح، أو المتعه على خلاف فيها.

و الالتفات الى لفظه «نعم» تقتضى اعاده السؤال، فيكون تقدير الكلام حينئذ:

نعم زوجت بنتى، و لا خلاف فى الانعقاد لو أتى بذلك،

فكذا الاتيان بمعناه، اذ المقصود بالذات انما هو المعنى، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٣».

و نمنع كون المعنى مقصودا فقط، بل المقصود المعنى و اللفظ معا، كما فى الطلاق و غيره من ألفاظ العقود و الايقاعات، و لعل الاول أقرب، و هو ظاهر كلام المتأخر.

قال رحمه الله: لا عبره بعبارة الصبى ايجابا و قبولا، و لا بعبارة المجنون، و فى السكران الذى لا يعقل تردد، أظهره أنه لا يصح و لو أفاق فأجاز.

أقول: منشؤه: النظر الى أن السكران الذى لا يعقل مساو للمجنون، فيكون حكمه حكمه.

(١) المبسوط ١٩٣/٤.

(٢) النهايه ص ٤٥٠.

(٣) المبسوط ١٩٣/٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥

و الالتفات الى الروايه المرويّه عن أبى الحسن عليه السّلام «١». و هى التى أشار إليها المصنف.

[فى حكم ولاية الوصى]

قال رحمه الله: و لا ولاية للوصى و ان نص الموصى على النكاح على الاظهر.

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله فى الخلاف «٢» الى ان ولاء النكاح مستفاد بالوصيه، اذا كان الموصى من له ولاية على الموصى عليه، محتجا بالاصل، و لانه لا مانع منه، و بعموم قوله تعالى «فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَيْمًا إِنَّمَا عَلَيْهِ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» «٣».

و أيضا فلا خلاف أن له أن يوصى بالنظر فى مالهما «٤»، فكذلك فى التزويج و الجامع بينهما ثبوت الولاية له عليهما. و ضعف هذه الادله جميعا ظاهرا، فلا حاجة بنا الى ابانته.

[فى حكم ما لو زوجها الولى بدون مهر المثل]

قال رحمه الله: اذا زوجها الولى بدون مهر المثل، هل لها أن تعترض؟ فيه تردد، و الاظهر أن لها الاعتراض.

أقول: منشؤه: النظر الى أن فى التزويج بدون مهر المثل ضررا على الزوجه و ربما لحقتها بذلك عار، فيكون لها الاعتراض، عملا بقوله عليه السّلام «لا ضرر و لا اضرار» «٥» و لان تصرف الولى مشروط بالغبطه، و لا غبطه فى التزويج بدون مهر المثل.

و الالتفات الى أن عقد الولي مأذون فيه شرعا، فلا يكون لها الاعتراض فيه.

[في حكم ولاية الأم]

قال رحمه الله: لا ولاية للام على الولد، فلو زوجته فرضى لزم العقد، و ان

(١) تهذيب الاحكام ٧ / ٣٩٢، ح ٤٧.

(٢) الخلاف ٢ / ١٤٢ مسألة ٩.

(٣) سورة البقره: ١٨١.

(٤) في «س»: ماله.

(٥) عوالي اللثالي ١ / ٣٨٣ و ٢٢٠ و ٢ / ٧٤ و ٣ / ٢١٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦

كره لزمها المهر، و فيه تردد، و ربما حمل على دعوى الوكالة فيه.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءة ذمه الام، فمن شغلها بشىء فعليه الدلاله، و لان الام لا ولاية لها في غير النكاح عندنا، فهي كالاجنبى سواء، فان رضى بعقدها صح و لزمه المهر و الافلا، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنه سأله رجل زوجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز، ان شاء الزوج قبل و ان شاء ترك، فان ترك الزوج تزويجه، فالمهر لازم لأمه «١». و بها أفتى الشيخ فى النهايه «٢».

و ضعف هذه الروايه ينشأ من مخالفتها الاصل أولا، و من جهاله حال بعض رجالها ثانيا.

و قال المصنف رحمه الله: يمكن حمل الروايه على أن الام ادعت الوكالة عن الولد، فيلزمها المهر حينئذ، لانها

غارہ و مدعيہ عقدا ماڈونا فيه، فيترتب عليه ثبوت المهر، ان أوجبناه على الوكيل.

[في حكم ما زوج الاجنبى امرأه]

قال رحمه الله: اذا زوج الاجنبى امرأه- الى آخره.

أقول: أشار بقوله «على القولين» الى الاختلاف فى أن عقد النكاح هل يقف على الاجازة أم لا؟ قال بعض الاصحاب: انه يقف على الاجازة، و بعضهم منع من ذلك، و قيل: ان عقد الاجنبى يقع باطلا، و هو اختيار الشيخ فى الخلاف «٣».

[في حكم ما لو طلق زوجته فوطئت بالشبهه]

قال رحمه الله: لو طلق زوجته فوطئت بالشبهه- الى قوله: و ان احتمل أن يكون منهما استخراج بالقرعه، على تردد، أشبهه أنه للثانى.

أقول: منشؤه: النظر الى أن مع تساوى الاحتمالين تنتفى الاولويه، فيجب الاستخراج بالقرعه، فمن خرج اسمه فهو له، و الا لزم الترجيح من غير مرجح

(١) فروع الكافى ٥ / ٤٠١ - ٤٠٢.

(٢) النهايه ص ٤٦٧.

(٣) الخلاف ٢ / ١٤٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧

و هو خيرہ الشيخ فى المبسوط «١».

و الالتفات الى أن الزوجه فراش للثانى حينئذ، فيكون الولد له، عملا بعموم قوله عليه السلام «الولد للفراش و للعاهر الحجر» «٢».

[في حكم انتشار الحرمة بالرضاع]

قال رحمه الله: انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط: الاول- أن يكون اللبن عن نكاح، فلو در أو كان عن زنا لم يثبت حرمة، و فى نكاح الشبهه تردد، أشبهه تنزيهه على النكاح الصحيح.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الاصحاب لم يفصلوا بين النكاح الفاسد و بين نكاح الشبهه، الا فى الحاق الولد و رفع الحد، فمن ادعى ثالثا فعليه الدليل، و به أفتى الشيخ فى المبسوط «٣» و تبعه المتأخر.

و الالتفات الى أن نكاح الشبهه يثبت معه النسب الصحيح الشرعى، فكذاك الرضاع الشرعى، عملاً بقوله عليه السلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٤) فجعله أصلاً للنسب، و هو الذى قواه الشيخ و المتأخر، الا أن المتأخر قال بعد ذلك: ولى فى ذلك نظر و تأمل.

و أقول: بعد منشأ هذا النظر المنع من دلالة الخبر على محل النزاع، اذ المفهوم منه غير ذلك.

قال رحمه الله: و لو ارتضع من ثدى الميته، أو رضع بعض الرضعات و هى حيه ثم أكملها [ميته] لم ينشر الحرمه، لأنها خرجت بالموت عن التحاق الاحكام فهى كالبهيمة المرتضعه، و

(١) المبسوط ٢٠٩ / ٤.

(٢) مسند أحمد بن حنبل ١٢٩ / ٤.

(٣) المبسوط ٢٩١ / ٥.

(٤) عوالي اللثالي ١ / ٤٤، برقم: ٥٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨

أقول: منشؤه: النظر الى انتشار الحرمة بالرضاع تعبد شرعي، فيقف على الدليل الشرعي، وحيث لا- دلاله فلا- حكم، ولا- لأنها خرجت بالموت عن التكليف و انتشار الحرمة بالرضاع تكليف، و المقدمتان ظاهرتان، و به أفتى الشيخ في المبسوط «١» و الخلاف «٢»، عملاً بأصل الاباحه، و لقوله تعالى «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» «٣» و هذه ما أرضعت، و قوله تعالى «وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» «٤» و أتبعه المتأخر.

و الالتفات الى عموم قوله عليه السلام «حرمة الميت كحرمة الحي» «٥» و المراد بلفظ الميت الذكر و الانثى، و من جمله الحرمة انتشار التحريم بالرضاع، فيحرم عليه ميتة مع اكماله الرضعات المعتبره شرعا جميع من يحرم عليه لو كانت حيه، و هو قول أبي حنيفة و مالك و الاوزاعي، و الاول عندي أقوى.

قال رحمه الله: الشرط الثالث- أن يكون الرضاع في الحولين، و يراعى ذلك في المرتضع، لقوله عليه السلام «لا رضاع بعد فطام» «٦» و هل يراعى في ولد المرضعه؟ الاصح أنه لا يعتبر.

أقول: مراعاة ذلك في المرتضع متفق عليه بين علمائنا و فتواهم على أنه لا يعتبر في ولد المرضعه، فلو أرضعت صبيا بلبن ولدها الرضعات الشرعية و لولدها لصلبها أكثر من حولين نشر الحرمة.

و شرط أبو الصلاح في انتشار الحرمة أن يكون الرضاع واقعا في الحولين

(١) المبسوط ٢٩٦ / ٥.

(٢) الخلاف ٢ / ٣٢٣ مسأله ١٤.

(٣) سورة النساء: ٢٣.

(٤) سورة النساء: ٢٤.

(٥) تهذيب الاحكام ١/٤١٩، ح ٤٣.

(٦) عوالي الثالي ١/٧٢ و ٢/١٢٨ و ٢٧٠ و ٣/٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩

من غير المرتضع و ولد المرضعه، فلو حصل بعد أن مضى لهما أو لاحدهما حولان أو أكمل بعد مضيها من عمرهما أو عمر أحدهما لم ينشر حرمه.

لنا- عموم قوله تعالى «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» (١) و أصله عدم الاشتراط ترك العمل بها فى الصورة الاولى، فيبقى معمولا بها فى الثانيه.

قال رحمه الله: لو كان له أمه يطأها، فأرضعت زوجته الصغيره، حرمتا جميعا و يثبت مهر الصغيره، و لا يرجع به على الامه، لانه لا يثبت للمولى مال فى ذمه مملوكته، نعم لو كانت موطوءه بالعقد يرجع به عليها و يتعلق برقبته، و عندى فى ذلك تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن هذا الرضاع جار مجرى الجنايه، اذ فيه تفويت منفعة البضع على الزوج، و جنايه الامه تتعلق برقبته اجماعا منا، و هو اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط «٢».

و الالتفات الى أصله براءه الذمه، و هى دليل قطعى، فيتمسك بها الى حين ظهور الناقل قطعا أو ظاهرا. و نمنع كون منفعة البضع مضمونه، و حملها على الجنايه قياس، و هو باطل عندنا فى الشرعيات، و به أفتى الشيخ فى الخلاف «٣».

فرع:

القائل بالضمان أوجب بيعها فيه مع امتناع المولى عن الفك، كما فى الجنايه و سيأتى، و المصنف رحمه الله قال: و لو قلنا بوجوب العود لم نقل ببيع المملوك فيه، بل تتبع به اذ تحررت.

فالمصنف رحمه الله أجراه مجرى الدين الذى يستدينه المملوك بغير اذن

(١) سورة النساء: ٢٣.

(٢) المبسوط ٥ / ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٣) الخلاف ٢ / ٣٢٤ مسأله ١٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠

مولاه، و الشيخ رحمه الله أجراه مجرى الجنايه.

اشاره

قال رحمه الله: و أما الوطى بالشبهه، فالذى خرجه الشيخ رحمه الله أنه ينزل منزله النكاح الصحيح، وفيه تردد، أظهره أنه لا ينشر، لكن يلحق معه النسب.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الوطى الصحيح ينشر حرمة المصاهره، فكذا ما هو في حكمه، أعنى: وطئ الشبهه و عقد الشبهه، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «١».

و الالتفات الى أن حمله على النكاح الصحيح و الزنا قياس، و الاصل عدم التحريم، فلا يصار إليه الا بدليل، و هو اختيار المتأخر.

فرع:

الوطى المباح بغير عقد الشبهه و الوطى بملك اليمين، ينشر تحريم المصاهره و يثبت به حرمة المحرم. و أما الوطى الحرام، فلا يثبت به حرمة المحرم اجماعا و لا ينشر تحريم المصاهره على الاقوى.

و المراد بانتشار الحرمة المنع من نكاح أم الزوجه مطلقا، و ابنتها اذا كان قد دخل بها معا على سبيل الدوام، و من نكاح اختها على سبيل الجمع.

و المراد بثبوت حرمة المحرم جواز النظر الى من حرم عليه نكاحهن بالمصاهره تحريم تأييد.

و أما الوطى بالشبهه، فهل ينشر حرمة المصاهره؟ سلف البحث فيه، لكن لا خلاف أنه لا يثبت به حرمة المحرم.

[في حكم النظر لغير المالك]

قال رحمه الله: و أما النظر فيما يسوغ لغير المالك، كنظر الوجه و لمس الكف، لا ينشر الحرمة. و ما لا يسوغ لغير المالك، كنظر الفرج و القبله و مس

(١) المبسوط ٢٠٣ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١

باطن الجسد بشهوه، فيه تردد، أظهره أنه يثمر كراهيه. و من نشر به الحرمة، قصر التحريم على أب اللامس و الناظر و ابنه خاصة، دون أم المنظوره و الملموسه و بنتها.

أقول: منشؤه: النظر الى أصل الاباحه، و يؤيده عموم قوله تعالى «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (١) و عموم قوله تعالى «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (٢) و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى روايه محمد بن على قال: سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يكون له الجاربه يقبلها هل يحل لولده؟ فقال: بشهوه، قلت: نعم، فقال: ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوه، فقال ابتداءً منه ان جردها فنظر إليها بشهوه حرمت على أبيه و ابنه (٣).

و فى معناها روايه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (٤). و هو اختيار

الشيخ فى النهايه «٥».

و اعلم أن الشيخ المفيد قدس الله روحه قصر التحريم على منظوره الأب دون منظوره الابن، و تبعه أبو الصلاح، عملا بروايتى محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام «٦».

و حكاه سلار روايه، و قال الشيخ فى المبسوط: النظر الى الفرج ينشر حرمه المصاهره، حكاه عنه صاحب كشف الرموز.

(١) سوره النساء: ٣.

(٢) نفس الآيه.

(٣) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٠٩.

(٤) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٠٨ - ٢٠٩، ح ٤٦.

(٥) النهايه ص ٤٩٦.

(٦) تهذيب الاحكام ٧ / ٢٨٢، ح ٢٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢

[فى حكم ما اذا دخل بصبيه لم تبلغ تسعا فأفضاها]

قال رحمه الله: اذا دخل بصبيه لم تبلغ تسعا فأفضاها، حرم عليه وطؤها و لم تخرج من حباله، و لو لم يفضها لم يحرم على الاصح.

أقول: ظاهر كلام الشيخ فى النهايه «١» يقتضى التحريم مطلقا، سواء حصل الافضاء بالدخول أو لم يحصل، و هو ظاهر كلام المتأخر، و لعله اعتماد على روايه سهل بن زياد عن يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا قال: اذا خطب الرجل المرأه، فدخل بها قبل أن يبلغ تسع سنين فرق بينهما و لا تحل له أبدا «٢».

لكن الروايه ضعيفه، و سهل ضعيف، و هى مع ذلك معارضه بالاصل و عمومات الآيات الداله على إباحه الزوجات و المشهور من الروايات، فهى اذن ساقطه.

و المراد بالتفريق فى الخبر تحريم الوطى لا فسخ العقد، و لا تحريم امساكها زوجه. و هذا التفسير ذكره المتأخر فى تفسير كلام النهايه، و هو حسن.

[من زنا بامرأه لم تحرم عليه نكاحها]

قال رحمه الله: من زنا بامرأه لم تحرم عليه نكاحها، وكذا لو كانت مشهوره بالزنا، وكذا لو زنت امرأته وان أصرت، على الأصح.

أقول: لا خلاف أن مع عدم الاصرار لا تحرم الزوجه. وانما الخلاف لو حصل الاصرار، فذهب الشيخ و أتباعه و المتأخر الى أنها لا- تحرم، عملا- باصالة الاباحه، تمسكا بعموم الآيه. وقال المفيد: يحرم امساكها مع الاصرار، الا أن تظهر التوبه، و أطلق سلار القول بالتحريم.

[لو أسلم و عنده أربع حرائر]

قال رحمه الله: لو أسلم و عنده أربع حرائر و ثنيات، فأسلم معه اثنتان، ثم اعتق و لحق به من بقى، لم يزد على اختيار اثنتين، لانه كمال العدد المحلل له، و لو أسلمن [كلهن] ثم أعتق ثم أسلم، أو أسلمن بعد عتقه و اسلامه فى العده، ثبت نكاحه عليهن، لاتصافه بالحرية المبيحه للاربع، و فى الفرق اشكال.

(١) النهايه ص ٤٥٣.

(٢) تهذيب الاحكام ٣١٢ / ٧، ح ٥٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣

أقول: منشؤه: النظر الى وجود الحرية المبيحه للاربع فى الصورتين، فيكون له اختيار الاربع جميعا فى الصوره الاولى، عملا بالمقتضى.

و الالتفات الى أن الاعتبار بحال ثبوت الاختيار، و الاختيار انما ثبت له حال العبوديه، فاذا أعتق لم يتغير قدر ما ثبت له بعته، كما أنه لو أسلم الحر موسرا و عنده أربع زوجات إماء، فلم يتخير حتى أعسر، لم يكن له أن يختار واحده منهن، اعتبارا بحال ثبوت الاختيار.

و لو كان معسرا حين أسلم معه، فأيسر بعد ذلك، كان له أن يختار واحده، اعتبارا بحال ثبوت الاختيار، و لا ينظر الى تغير الحال فيما بعد، و هو اختيار الشيخ محتجا بعين هذا الدليل.

فاذا تقرر هذا، فله اختيار أى الاثنتين شاء السابقتين

على عتقه، أو المتأخر عنه، و له أن يتزوج بأخرين، أو يستأنف العقد على الاثنتين اللاحقتين.

[اختلاف الدين فسخ لا طلاق]

قال رحمه الله: اختلاف الدين فسخ لا طلاق- الى قوله: و لو كان المهر فاسدا، و جب به مهر المثل مع الدخول، و قبله نصفه ان كان الفسخ من الرجل.

و لو لم يسم مهرا و الحال هذه، كان لها المتعه كالمطلقة، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن ارتداد الزوج قبل الدخول فسخ، حصل قبل الدخول فأشبهه الطلاق، فتجب لها المتعه، كالمطلقة التي لم يسم لها مهرا صحيحا و لا فاسدا، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «١».

و الالتفات الى أصاله براءة الذمه، و لان حملها على المطلقة قياس، و هو عندنا باطل، فلا يجب لها شىء. و يحتمل وجوب نصف مهر المثل. أما لو حصل الارتداد بعد الدخول و لم يسم لها مهرا و جب مهر المثل قطعاً.

[فى نكاح الشغار]

قال رحمه الله: نكاح الشغار باطل، و هو أن تتزوج امرأتان برجلين على أن

(١) المبسوط ٢٢٥ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤

يكون مهر كل واحد نكاح الاخرى. أما لو زوج الوليان كل منهما صاحبه و شرط لكل واحد مهر معلوما، فانه يصح.

و لو زوج أحدهما الاخر و شرط أن بزوجه الاخرى بمهر معلوم، صح العقدان و يبطل المهر، لانه شرط مع المهر تزويجا، و هو غير لازم، و النكاح لا يدخله الخيار، فيكون لها مهر المثل، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى تطرق الجهالة فى المهر، فيكون باطلا- أما المقدمه الاولى، فلانه جعل تزويج كل واحد منهما شطر صداق الاخرى، فالبضع لم يشرك فيه اثنان حتى يكون شغارا، فيبطل النكاح.

و انما قلنا انه جعل تزويج كل واحد شطر صداق الاخرى- لانه ما رضى لبنته مهرا الا بشرط أن يحصل له نكاح بنت زوجها، و هو شرط باطل لا

يلزم الوفاء به فيبطل صداق المائه.

أما أولاً، فلان التزويج بعض الصداق هنا و قد بطل، فيبطل جميع الصداق اذ بطلان الجزء يستلزم بطلان الكل، لاستحاله وجوده من حيث أنه كل بدونه.

و أما ثانياً، فلانه على تقدير عدم الوفاء بالشرط الذى هو التزويج يجب أن يرد الى المائه ما نقص من الصداق لاجل الشرط، و ذلك القدر مجهول، فيبطل الصداق و اذا بطل سقط و وجب مهر المثل و النكاح بحاله، لان النكاح لا يفسد بفساد الصداق. هذا خلاصه كلام الشيخ فى المبسوط «١».

و الالتفات الى أنه شرط سائغ، فيكون لازماً. أما الاولى، فلان تزويج كل واحد من الرجلين بنت الاخر مشروع اجماعاً. و أما الثانية، فلقوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» «٢» و لانه شرط وقع فى عقد لازم، فيكون لازماً بالاغلبية.

(١) المبسوط ٢٤٤ / ٤.

(٢) عوالى اللئالى ١ / ٢٩٣، برقم: ١٧٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥

[لا يقع بالمستمتع بها ايلاء و لا لعان]

قال رحمه الله: لا يقع بالمستمتع بها ايلاء و لا لعان على الاظهر.

أقول: مذهب الشيخ رحمه الله أنه لا يقع، و تبعه أبو الصلاح و المتأخر، و قال المرتضى و شيخنا المفيد: انه يقع.

لنا- الروايات المشهوره المنقوله عن أهل البيت عليهم السلام.

قال رحمه الله: و فى الظهار تردد، أظهره أنه يقع.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم الآيه فيقع، و به أفتى المفيد و المرتضى و ابن أبى عقيل و أبو الصلاح.

و الالتفات الى أن المتمتع بها ليس لها اجبار الزوج على النكاح، فلا يقع بها الظهار، لعدم الفائدة، و به أفتى ابن بابويه و المتأخر، عملاً بروايه على بن فضال «١». و اعتبار فائده الظهار فى المطالبه بالوطء ممنوع، و الروايه مرسله فليست حجه.

[فى عده الوفاه]

قال رحمه الله: و تعتد من الوفاه و لو لم يدخل بها، بأربعه أشهر و عشره أيام ان كانت حائلاً، و بأبعد الاجلين ان كانت حاملاً،

على الاصح.

أقول: هذا هو المشهور بين الاصحاب، و مستنده عموم آيه الوفاء، و به روايات كثيره عن أهل البيت عليهم السلام قال المفيد و سلار: وعدتها شهران و خمسه أيام و هو ظاهر كلام المرتضى، و اختاره القاضي عبد العزيز بن البراج، و مستنده روايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج متعه ثم مات عنها ما عدتها؟

قال: خمسه و ستون يوما «٢». و حملها الشيخ رحمه الله على كون الزوجه مملوكه، توفيقا بين الروايات، و هو حسن.

[لو باع أمه و ادعى أن حملها منه]

قال رحمه الله: لو باع أمه و ادعى أن حملها منه، فانكر المشتري، لم يقبل

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ / ٥٣٤.

(٢) تهذيب الاحكام ٨ / ١٥٨، ح ١٤٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦

قوله في افساد البيع، و يقبل في التحاق الولد، لانه اقرار لا يتضرر به الغير، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله عليه السلام «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «١» فيكون مقبولاً و لانه اقرار لا يتضرر به المشتري، سواء باعه الامه بحملها أو منفرده عنه.

و الالتفات الى أن في هذا الاقرار اضراراً بالغير، فلا يكون مسموعاً. أما الصغرى، فلوجوب فكه من تركه أبيه مع القول بالتحاقه بتقدير الموت و لم يخلف وارثاً سواه، و هو اضرار عظيم بالمشتري. و أما الكبرى، فلقوله عليه السلام «لا ضرر و لا اضرار في الاسلام» «٢» و لانعقاد الاجماع عليها.

[فصل العيوب]

قال رحمه الله في فصل العيوب: و الجنون سبب لتسلط الزوجه على الفسخ، دائماً كان أو أدواراً. و كذا المتجدد بعد العقد و قبل الوطى، أو بعد العقد و الوطى و قد يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاه، و هو في موضع التردد.

أقول: الاشتراط ظاهر كلام الشيخ في المبسوط «٣» و الخلاف «٤»، و قال في النهايه:

ان اختارت فراقه كان على وليها طلاقه «٥».

و أما منشأ التردد: فالنظر الى أصاله لزوم العقد، فلا يتسلط على فسخه الا بدليل و لم يثبت في غير المستغرق لاقوات الصلاه.
و الالتفات الى ظاهر روايه القاسم بن محمد عن علي بن أبي حمزه قال: سئل أبو ابراهيم عليه السلام المرأه تكون لها الزوج قد
أصيب في عقله من بعد ما تزوجها أو

(١) عوالى اللئالى ٢٢٣ / ١ و ٢٥٧ / ٢

(٢) عوالى اللئالى ١ / ٢٢٠ و ٣٨٣ و ٢ / ٧٤ و ٣ / ٢١٠.

(٣) المبسوط ٤ / ٢٥٠.

(٤) الخلاف ٢ / ١٨٣.

(٥) النهايه ص ٤٨٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧

عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت «١».

فشرع لها الفسخ مطلقا، و لم يعتبر الاستغراق و عدمه، و لا طلاق الولى أيضا، لكن الروايه ضعيفه، فان القاسم بن محمد و على بن أبى حمزه واقفيان.

و المعتمد فى الاستدلال على ثبوت الفسخ مطلقا أن يقال: لا جرم أن الجنون سبب مانع من الاستمتاع كما ينبغى، و تستضر به المرأه ضررا عظيما، فيسوغ لها الفسخ، دفعا للضرر الناشئ من فوات ثمره العقد.

قال رحمه الله: و العنن مرض يضعف معه القوه عن نشر العضو - الى قوله:

فلو وطأها و لو مره، ثم عن أو أمكنه وطؤ غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الاظهر.

أقول: قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط «٢»: اذا كان له أربع نسوه، فعن عن واحده دون الثلاث، لم يحكم لها بحكم العنه عند أصحابنا، و قال المخالف:

لها حكم نفسها و يضرب لها المده.

و بمعناه قال فى الخلاف «٣»، و نسب القول الاخر الى الشافعى، و استدل باجماع الفرقه و أخبارهم.

قال رحمه الله: و لو حدث الجب لم يفسخ به، و فيه قول آخر.

أقول: قال الشيخ فى المبسوط «٤» و الخلاف «٥»: لا ترد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون الذى لا يعقل معه أوقات الصلاه، و قال المخالف: اذا حدث واحد من الاربعه: الجنون و الجذام و البرص و الجب، فلها الخيار، و عندنا أنه لا خيار

(١) تهذيب الاحكام ٧/٤٢٨ - ٤٢٩، ح ١٩.

(٢) المبسوط ٤/٢٥٠.

(٣) الخلاف ٢/١٨٣.

(٤)

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨

فى ذلك، و احتج فى الخلاف بأن العقد قد صح شرعا، و ثبوت الرد يحتاج الى دليل، و حيث لا دلاله فلا رد.

قال رحمه الله: أما الجنون، فهو فساد العقل - الى قوله: مع غلبه المره.

أقول: قال صاحب الصحاح: المره احدى الطبائع الاربع، و المره القوه و شده العقل أيضا، و رجل مرير أى: قوى ذو مره «١».

قال رحمه الله: و أما العرج، ففيه تردد، أظهره دخوله فى أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد.

أقول: منشؤه: النظر الى التمسك بمقتضى العقد، و هو لزوم و عدم التسلط على الفسخ، و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣».

و الالتفات الى أن فى ذلك عضاضه على الزوج، و ربما نفرت نفسه منه و تضرر به، فيسوغ له الفسخ دفعا لمضرته، و هو اختيار الشيخ فى النهايه «٤». و الذى ذكره المصنف توسط بين القولين، و لا بأس به.

قال رحمه الله: العيوب الحادته بالمرأه قبل العقد مبيحه للفسخ، و ما يتجدد بعد العقد و الوطى لا يفسخ به، و فى المتجدد بعد العقد و قبل الدخول تردد، أظهره أنه لا يبيح الفسخ، تمسكا بمقتضى العقد السليم عن معارض.

أقول: منشؤه: النظر الى أصاله لزوم العقد، ترك العمل بها فى الصوره الاولى، للاخبار و الاجماع، فيبقى معمولا بها فيما عداها، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى عموم الاخبار الوارده بثبوت الرد مع وجود هذه العيوب، و لم يفصلوا بين العيب السابق على العقد أو المتأخر عنه، و هو اختيار الشيخ فى

(١) صحاح اللغه ٢ / ٨١٤.

(٢) المبسوط ٢ / ٢٥٠.

(٣) الخلاف ٢ / ١٨٢.

(٤) النهايه ص ٤٨٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩

المبسوط «١»

[فى المهور]

قال رحمه الله فى المهور: و هل يجب تعيين الحرف.

أقول: المراد بالحرف هنا القراءه، يقال قرأت بحرف أبى عمرو، أى:

بطريقته.

قال رحمه الله: قيل: اذا لم يسم [لها] مهرا و قدم لها شيئا ثم دخل، كان ذلك مهرا- الى قوله: و استنادا الى قول مشهور.

أقول: هذه المسأله أفتى بها الشيخان و ابن البراج و سلا، و تبعهم المتأخر، مدعيا للاجماع عليها محتجا به.

و المراد بالروايه ما روى عن الباقر عليه السلام فى رجل تزوج امرأه فدخل بها فأولدها ثم مات عنها، فادعت شيئا من صداقها على ورثه زوجها، فجاءت تطلبه منهم و تطلب الميراث، قال فقال: أما الميراث فلها أن تطلبه، و أما الصداق فان الذى أخذت من قبل أن يدخل عليه، فهو الذى حل للزوج به فرجها، قليلا كان أو كثيرا، اذ هى قبضته منه و قبلته و دخلت عليه، فلا شىء لها بعد ذلك «٣».

و لا جرم أن هذه الروايه مطلقه، فتأولها الشيخان و أتباعهما بما ذكروه، جمعا بين الادله، و هو حسن.

قال رحمه الله: و لو نقصت عين المهر أو صفته، مثل عور الدابه أو نسيان الصنعه، قيل: كان لها نصف القيمه [سليما] و لا يجبر على أخذ نصف العين و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المفروض مهرا انما هو العين دون القيمه،

(١) المبسوط ٢٥١ / ٤.

(٢) الخلاف ١٨٣ / ٢.

(٣) تهذيب الاحكام ٣٥٩ / ٧، ح ٢٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٠

فيجب أخذ نصف الموجود منها و نصف قيمه التالف، عملا بظاهر قوله تعالى «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» «١» أى: فلکم نصف ما فرضتم، لانه تعالى جعل النصف مستحقا بالطلاق،

ولا يجوز أن يكون المستحق للنصف بالطلاق الزوجه، لأنها كانت مالكة لجميع المهر بالعقد، فتعين أن يكون الزوج، و هو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط «٢» و الخلاف «٣».

و الالتفات الى أن المفروض انما هو العين سليمة من جميع العيوب، فيكون بالخيار بين أخذ نصف الموجود و نصف قيمه التالف، و بين أخذ نصف قيمتها معا، دفعا للضرر الناشئ من وجوب أخذ نصف العين معييا، و هو القول الاخر للشافعي، و اختاره الشيخ في المبسوط أولا.

قال رحمه الله: و لو زاد بكبر أو سمن، كان له نصف قيمته من دون الزيادة و لا تجبر المرأة على دفع العين، على الاظهر.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط «٤» بعد أن خير المرأة في هذه الصورة بين دفع نصف العين، و أوجب على الزوج القبول حينئذ، و بين دفع القيمة من دون الزيادة، و يقوى في نفسى أن له الرجوع في نصفه مع الزيادة التي لا تتميز و لقوله تعالى «فَنَصِفْ مَا فَرَضْتُمْ» «٥» و ان كان الاول قويا.

و الاول عند المتأخر أولى، لانه نماء حدث في ملكها، فيكون لها. و المقدمتان اجماعيتان.

قال رحمه الله: و لو أصدقها تعليم سوره ثم طلقها قبل الدخول و التعليم،

(١) سوره البقره: ٢٣٧.

(٢) المبسوط ٢٧٧ / ٤.

(٣) الخلاف ١٩١ / ٢.

(٤) المبسوط ٢٧٧ / ٤ - ٢٧٨.

(٥) سوره البقره: ٢٣٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢١

قيل: يعلمها النصف من وراء الحجاب، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصاله الجواز، و لان التعليم حق لها، فيجوز توفيتها اياه كغيره من الحقوق، و به أفتى الشيخ في المبسوط «١» و الخلاف «٢»، محتجا بأن الذى وجب عليه و استقر تعليم نصف ما سمي، فإيجاب غيره يحتاج الى

دليل.

و الالتفات الى أن تعليم نصف السوره يستدعى سماع صوت المرأه الاجنبيه و هو غير جائز. أما أولاً، فلان صوت المرأه عوره. و أما ثانياً، فلانه لا يؤمن من الافتتان بها، و هو الوجه الاخر للشافعي، و لعله الاقرب.

قال رحمه الله: و لو شرط لامرأته مهرا ان أبقاها فى بلده و أريد منه ان أخرجها فأخرجها الى بلد الشرك، لم يجب اجابته. و ان أخرجها الى بلاد الاسلام، كان الشرط لازماً، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى روايه على بن رئاب عن أبى الحسن موسى عليه السّلام قال: سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه على مائه دينار على أن يخرج بها الى بلاده، فان لم تخرج معه، فمهرها خمسون ديناراً، أ رأيت ان لم تخرج معه الى بلاده، قال فقال: ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك، فلا شرط له عليها فى ذلك، و لها مائه دينار التى أصدقها اياها. و ان أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين و دار الاسلام، فله ما اشترط عليها، و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدى إليها صداقها و ترضى من ذلك بما رضيت به و هو جائز «٣».

(١) المبسوط ٢٧٥ / ٤.

(٢) الخلاف ١٩٠ / ٢.

(٣) تهذيب الاحكام ٣٧٣ / ٧، ح ٧٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٢

و هذه الروايه حسنه، و عليها فتوى الشيخ فى النهايه، بناء على أنه اذا شرط لامرأته أن لا يخرجها من بلدها، كان الشرط لازماً.

و الالتفات الى مقتضى العقد تسلط الزوج على الزوجه استمتاعاً و اسكاناً، و الشرط المذكور مناف لمقتضاه «١»، فيكون مخالفاً للكتاب و السنه، فلا يثبت المشترط، و به أفتى المتأخر،

بناء على أنه إذا شرط لها أن لا يخرجها من بلدها كان الشرط باطلا، و نقل عن الشيخ رحمه الله أنه رجع عن ذلك في الخلاف «٢» في مسأله اذا أصدقها ألفا و شرط أن لا يسافر بها، فالشرط باطل و النكاح و الصداق صحيحان.

و اعلم أن بين المسألتين فرقا بعيدا، على أنا نمنع بطلان هذا الشرط، عملا بعموم قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» «٣».

قال رحمه الله: الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين، و لها التصرف فيه قبل القبض على الاشبه.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: ليس للمرأة أن تتصرف في الصداق قبل القبض، محتجا بأن جواز التصرف بعد القبض مجمع عليه و لا دليل على جواز تصرفها قبله و بأنه روى عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع ما لم يقبض «٤». و الحق الجواز.

حلي، نجم الدين جعفر بن زهدري، إيضاح ترددات الشرائع، دو جلد، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشي نجفي - ره، قم - ايران، دوم، ١٤٢٨ ه ق

إيضاح ترددات الشرائع؛ ج ٢، ص: ٢٢

لنا- عموم قوله عليه السلام «الناس مسلطون على أموالهم» «٥» و المنع عن بعض التصرفات، و هو البيع على تقدير تسليمه لا يستلزم المنع عن باقى التصرفات،

(١) فى «س»: لمقتضاها.

(٢) الخلاف ٢ / ١٩٩ مسأله ٣٢.

(٣) عوالى اللئالى ١ / ٢٩٣ و ٢ / ٢٧٥ و ٣ / ٢١٧.

(٤) الخلاف ٢ / ١٩١ مسأله ٧.

(٥) عوالى اللئالى ١ / ٢٢٢ و ٢ / ٤٥٧ و ٣ / ١٣٨ و ٣ / ٢٠٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٣

و هو ظاهر.

قال رحمه الله: و اذا عفت المرأة عن نصيبها، أو عفى الزوج عن نصيبه- الى قوله: و لا يفتقر الى القبول على الاصح.

أقول: قد مر بحث أن القبول

هل هو شرط في صحة الأبراء أم لا؟

قال رحمه الله: إذا زوج ولده الصغير، فإن كان له مال، فالمهر على الولد و إن كان فقيراً، فالمهر في عهده الولد. و لو مات الولد، أخرج المهر من أصل تركته، سواء بلغ الولد و أيسر أو مات قبل ذلك.

فلو دفع الأب المهر و بلغ الصبي و طلق قبل الدخول، استعاد الولد النصف دون الوالد، لأن ذلك يجري مجرى الهبة.

ثم قال: لو أدى المهر عن ولده الكبير تبرعاً، ثم طلق الولد، رجع الولد بنصف المهر، و لم يكن للوالد انتزاعه لعين ما ذكرناه في الصغير، و في المسألتين تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن أداء المهر عن الولد بمنزله الهبة له، فلا يجوز الرجوع فيه.

أما الصغرى، فلأن المهر عوض البضع، و هو ملك للولد اجماعاً، فيكون عوضه و هو المهر واجبا عليه كغيره من الاثمان، و اذا ثبت أن المهر يتعلق بذمه الولد بنفس العقد، تبين أن أداء الوالد للمهر جار مجرى الهبة له.

و أما الكبرى، فاجماعه عندنا، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «١». و لقائل أن يمنع الصغرى، سلمنا لكن لم قلت أن المنزل منزله الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء، هذا هو القياس بعينه، و هو عندنا باطل.

و الالتفات الى أصله بقاء الملك على مالكة و عدم انتقاله عنه، ترك العمل بها

(١) المبسوط ٢٩٢ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٤

في الصورة الاولى، فيبقى معمولاً بها في الثانية.

[في حق المضاجعه]

قال رحمه الله: و لو بات عند الامه ليله، ثم اعتقت قبل استيفاء الحره، قيل:

يقضى للامه ليله، لانها ساوت الحره، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أنها ساوت الحره قبل توفيه حقها عليها، فينبغي أن يكون حقها مثل حق

الحره، لانها حره مثلها، و يؤيده عموم قوله تعالى «وَلَنْ تَسِيَّطُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ» (١) أى: التى لا زوج لها، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (٢).

و الالتفات الى أنها انما صارت حره بعد استيفاء حقها، فلا تجب لها شىء آخر، بل يبتدىء، بالقسمه بعد توفيه الزوجه الاخرى حقها، و هذا عندى أقوى.

قال رحمه الله: و يستحب أن يقرع بين الزوجات اذا أراد استصحاب بعضهن فى السفر، و هل يجوز العدول عن من خرج اسمها الى غيرها؟ قيل: لا، لانها تعينت للسفر، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصاله الجواز، و لان القسم فى السفر حق للزوج فقط، فجاز له تركه، اما بأن يعدل الى غيرها من الزوجات أولا يستصحب معه واحده منهن.

و الالتفات الى أن القرعه قد عينتها للسفر، فلا يجوز العدول عنها الى غيرها، و الا لم يكن للقرعه فائده، فيكون الامر بها عبثا، و هو باطل، و به أفتى الشيخ فى المبسوط (٣).

قال رحمه الله: و هل بعث الحكمين على سبيل التحكيم أو التوكيل؟ الاظهر

(١) سورة النساء: ١٢٩.

(٢) المبسوط ٣٣٢ / ٤.

(٣) المبسوط ٣٣٣ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٥

أنه تحكيم.

أقول: ذهب الشيخ فى الخلاف (١) الى أنه تحكيم، محتجا بوجوه:

الاول: قوله تعالى «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» (٢) و ظاهر الآيه داله على التحكيم، لانه لم يقل فابعثوا وكيلا.

الثانى: الخطاب الشرعى اذا ورد مطلقا انصرف الى الاثمه و القضاء، و هذا من جمله ذاك.

الثالث: لو توجه الخطاب الى الزوجين لقال: فابعثا، و التالى باطل فالمقدم مثله، و الشرطيه ظاهره اذ هما اثنان.

الرابع: قوله تعالى «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ

اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (٣) فأضاف تعالى الإرادة الى الحكمين، و لو كانا وكيلان «٤» لم يصف إليهما.

الخامس: روى الاصحاب أنهما يمضيان «٥» ما اتفق رأيهما عليه الا الفرقة، فانهما يستأدياهما، فدل أنه على سبيل التحكيم، لان التوكيل لا يجوز فيه انفاذ شىء الا باذن الموكل، و عليه المتأخر، و ما عرفت من الاصحاب فيه خلافا، بل من الجمهور.

[فى الفراش]

قال رحمه الله: و لو وطئ أمته، و وطأها آخر فجورا، ألحق الولد بالمولى.

و لو حصل مع ولادته أماره يغلب بها الظن أنه ليس منه، قيل: لم يجز له الحاقه و لا نفيه عنه، بل ينبغى أن يوصى له بشىء و لا يورثه ميراث الاولاد، و فيه تردد.

(١) الخلاف ٢ / ٢١١.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(٣) سورة النساء: ٣٥.

(٤) فى «م»: و لو كان توكيلا.

(٥) فى «س»: يصيبان.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٦

أقول: منشؤه: النظر الى الروايه «١»، و عليها فتوى الشيخ فى النهايه «٢».

و الالتفات الى عموم قوله عليه السلام «الولد للفراش» «٣» و هذا فراش، فيكون لاحقا إليه ما لم ينفه، فان نفاه فلا لعان. و هو اختيار المتأخر، و لعله الاقرب.

[لو ادعى الأب وجود متبرعه و أنكرت الام]

قال رحمه الله: فرع- لو ادعى الأب وجود متبرعه و أنكرت الام، فالقول قول الأب، لانه يدفع عن نفسه وجوب الاجره، على تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى كون الام منكره، فيكون القول قولها، عملا- بقوله عليه السلام «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» «٤» و لان ارضاع الولد حق لوالديه، و هو مدع لاسقاطه بوجود متبرعه، فيكون القول قولها الا أن يقيم البينه بذلك.

و الالتفات الى أن انكار الام لوجود المتبرعه يتضمن دعوى شغل ذمه الأب بايجاب الاجره عليه، و الاصل براءه الذمه، فمن ادعى شغلها بشىء من الاشياء فعليه البينه و على المنكر اليمين، للخبر المذكور، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط.

قال رحمه الله: لو فقد الابوان، فالحضانه لاب الأب، فان عدم قيل: كانت الحضانه للاقارب، و يترتبون ترتب الارث، نظرا الى الآيه، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى قوله تعالى «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»

«٥» قال الشيخ رحمه الله في المبسوط «٦» و الخلاف: و هذا عام في كل

(١) تهذيب الاحكام ١٨ / ١٨٣، ح ٦٥.

(٢) النهايه ص ٥٠٦.

(٣) تهذيب الاحكام ١٨ / ١٨٣، ح ٦٤.

(٤) عوالي اللثالى ١ / ٢٤٤ و ٤٥٣ و ٢ / ٢٥٨.

(٥) سوره الانفال: ٧٥.

(٦) المبسوط ٦ / ٤٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٧

شىء الا ما خصه الدليل «١».

و الالتفات الى أن اثبات الحضانه لغير الأب و الام و الجد للاب حكم شرعى، فيفتقر الى الدليل الشرعى، و حيث لا دلاله فلا حكم، و نمنع دلاله الآيه على موضع النزاع.

قال المتأخر بعد أن أورد معظم ما ذكره الشيخ رحمه الله فى الخلاف فى هذا المعنى: هذا من تخريجات المخالفين و معظمه قول الشافعى، و نأوهم على القول بالعصبيه، و ذلك عندنا باطل، و لا حضانه عندنا الا للام و الأب. أما غيرهما، فليس له ولايه سوى الجد من قبل الأب خاصه.

قال رحمه الله: اذا طلبت الام للرضاع أجره زائده عن غيرها، فله تسليمه الى الاجنبيه، و فى سقوط حضانه الام تردد، و السقوط أشبه.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الحضانه هل هى تابعه للرضاع أم لا؟ فان قلنا بالاول سقطت و الا فلا، و الحق أنها لا تسقط.

لنا- أنهما شيان متغايران، و تداخلهما على خلاف مقتضى الاصل، فلا يصار إليه إلا لدليل. أما أنهما شيان متغايران، فلانه يصح استئجار المرأه للحضانه دون الرضاع و بالعكس، و لو لا التغاير لما صح ذلك. و أما الكبرى فظاهره، و هو اختيار المتأخر رحمه الله. فاذا ثبت أنها لا- تسقط و جب على الام تسليمه الى المرضعه كل ما احتاج الى الرضاع، ثم اذا روى لبنا أخذته منها بحق الحضانه ثم هكذا.

اللّه: و في وجوب نفقه الزوجه بالعقد أو بالتمكين تردد، أظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمكين.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءة الذمه من وجوب الانفاق، ترك العمل بها في صورته حصول التمكين من الاستمتاع، للاجماع، فيبقى معمولاً بها فيما

(١) الخلاف ٢/ ٣٣٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٨

عدها، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى اطلاق الروايات الداله على وجوب الانفاق على الزوجات.

قال رحمه الله: و في وجوب الانفاق على آباء الابوين و أمهاتهم تردد، أظهره الوجوب.

أقول: منشؤه: النظر الى أنه هل يطلق على هؤلاء الاباء و الامهات اسم الأب و الام أم لا؟ فان قلنا بالاول نظرا الى العرف، أوجبنا النفقه لورود النص بوجوب النفقه على الابوين. و ان لم نقل به نظرا الى الوضع اللغوي، لم نوجب شيئا، تمسكا بأصله براءة الذمه السالمه عن معارضه النص و فتوى الاصحاب طرا على الاول. و أما الثاني، فمذهب مالک من الجمهور.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٩

فصل (ذكر الترددات المذكوره في القسم الثالث في الايقاعات)

[في الوكاله في الطلاق للغائب]

قال رحمه الله: و تجوز الوكاله في الطلاق للغائب اجماعا و للحاضر على الاصح.

أقول: قد سبق البحث في هذه المسأله مستوفى، فلا معنى لاعادته.

قال رحمه الله: و لو نظر الى زوجته و أجنبيه، فقال: احداكما طالق، ثم قال: أردت الاجنبيه قبل. و لو كان له زوجه و جاره و كل منهما سعدي، فقال: سعدي طالق، ثم قال: أردت الجاره لم يقبل، لان «احداكما» يصلح لهما، و ايقاع الطلاق على الاسم لا يصرف الى الاجنبيه، و في الفرق نظر.

أقول: منشؤه: النظر الى أن «احداكما» لفظ متواط يقع على الزوجه و الاجنبيه وقوعا متساويا، فيقبل قول الزوج في التخصيص، لانه أبصر بقصده و نيته.

و ليس كذلك المسأله الثانيه، لان العلم فى أصل

اللغة انما وضع لشيء بعينه غير متناول ما أشبهه، فاذا أطلق على آخر كان بنوع من الاشتراك، فاذا ثبت أنه مشترك لم يكن حملة على كلى مفهوميه على سبيل الحقيقة، لما بين في أصول الفقه بل على سبيل المجاز، وهو غير نافع هنا.

و اذا لم يجر حملة على كلى مفهوميه، افتقر في دلالة على أحدهما الى قرينه

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٠

و إلا لزم الترجيح من غير مرجح، وهو باطل، و القرينه هنا من طرفنا، اذ العاده أن الطلاق لا يواجه به الا الزوجه.

و الالتفات الى أن «احداكما» كما يصلح أن يواجه به الزوجه و غيرها، فكذلك سعدى على تقدير أن يكون موضوعا لهما. و جميع ما ذكرتموه في المسألة الاولى آت هنا، فاما أن تنوره في الصورتين أو تمنعوا قبول قوله في الصورتين، و الا فقبول النيه في احدى الصورتين و منعها في الصورة الاخرى مع تساويهما ترجيح من غير مرجح، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «١».

و قول «احداكما» لفظ متواط ممنوع، اذ المتواطى يتناول الاشخاص المندرجه تحته على سبيل الجمع، و ليس كذلك أحدهما. و اعلم أن الجمهور مطبقون على الفرق بين الصورتين.

قال رحمه الله: و في ثبوت الارث مع سؤالها الطلاق تردد، أشبهه أنه لا إرث، و كذا لو خالعتة أو بارأته.

أقول: هذه المسألة مبتنية على أن التوريث هل هو لمكان التهمة أم هو حكم معلق على طلاق المريض؟ كيف ما كان فان قلنا بالاول، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط «٢»، لم يكن لها الميراث هنا، لانتفاء التهمة بسؤالها.

و ان قلنا بالثاني، كما هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف «٣»، عملا بعموم الاخبار الداله على ثبوت الارث مع

حصول الطلاق في حال المرض من غير تفصيل كان لها الميراث.

و اعلم أن المتأخر أفتى بما اختاره الشيخ في الخلاف، و نقل عن الشيخ

(١) المبسوط ٥ / ٩٠.

(٢) المبسوط ٥ / ٨٠.

(٣) الخلاف ٢ / ٢٤١ مسأله ٥٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣١

رحمه الله أنه أفتى في الجزء الثالث من الاستبصار بما أفتى به في المبسوط، عملاً بما رواه زرعه عن سماعه قال: سألته عليه السلام عن رجل طلق زوجته و هو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدتها، فان طلقها في حال اضرار، فهي ترثه الى سنه، فان زاد عن السنه يوم واحد لم ترثه، و تعتد أربعة أشهر و عشره عدته المتوفى عنها زوجها «١».

ثم قال: و من العجب: انه تخصيص العموم في استنصاره بخبر سماعه الذي رواه زرعه، و هما فطحيان، فان كان يعمل بأخبار الآحاد، فلا خلاف بين من يعمل بها ان شرط العمل بذلك أن يكون راوى الخبر عدلاً، و الفطحى كافر، فكيف يعمل بخبره؟ و يخص به العموم المعلوم، و المخصص يكون دليلاً معلوماً كالمخصص فهذا لا يجوز عند الجميع.

[في المحلل]

قال رحمه الله: و يعتبر في الزوج الذى يحلل المرأة شروط أربعة: أن يكون الزوج بالغاً، و فى المراهق تردد، أشبهه أنه لا يحلل.

أقول: منشؤه: النظر الى قوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم» «٢» و فى رفع القلم عنه دليل على أنه لا حكم لجميع أفعاله، و من جملتها تحليل الزوجه بوطنه، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى عموم قوله تعالى «حتى ينكح زوجاً غيره» «٣» فعلق الحل بنكاح الزوج، و لا- جرم أن المراهق يسمى زوجاً، و يؤيده قوله عليه السلام «حتى تذوق عسيلتها و تذوق

عسيلته» «٢» ولا ريب أن المراهق أعنى: الصبي الذى قارب البلوغ

(١) الاستبصار ٣/ ٣٠٧ ح ١٤.

(٢) عوالى اللثالى ١/ ٢٠٩.

(٣) سورة البقره: ٢٣٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٢

له عسيله. أى: لذه الجماع، و به أفتى الشيخ فى المبسوط «١» و الخلاف، قال: و لا يلزم عليه غير المراهق، لانه لا يعرف العسيله «٢».

قال رحمه الله: و لو قال: راجعتك اذا شئت أو ان شئت لم يقع، و لو قالت:

شئت، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أنه علق الرجعه بشرط و قد وجد، فيوجد المشروط عملا بالشرط، و لقوله عليه السّلام «المؤمنون عند شروطهم» «٣» و هذا خبر فى معنى الامر.

و الالتفات الى أن الرجعه حق للزوج فقط، فلا اعتبار بمشيتها، فيكون وجود هذا الشرط كعدمه، فلا تصح الرجعه، و لانه ايقاع فلا يصح معلقا على شرط أو صفه، قياسا على الطلاق، و هو اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط «٤».

قال رحمه الله: و لو ادعى أنه راجع زوجته الامه فى العده فصدقته، و أنكر المولى و ادعى خروجها قبل الرجعه، فالقول قول الزوج. و قيل: لا يكلف اليمين لتعلق حق النكاح بالزوجين، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الرجعه استباحه بضع تتعلق بالزوجين فقط، فمع تصادقهما على صحتها يحكم بصحتها شرعا، عملا بقوله عليه السّلام «أقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «٥».

و لا يفتقر فى الحكم بصحة قوله الى يمين، اذ فائده اليمين: اما اسقاط دعوى

(١) المبسوط ٥/ ١٠٩ - ١١٠.

(٢) الخلاف ٢/ ٢٤٩ - ٢٥٠.

(٣) عوالى اللئالى ١/٢٩٣، برقم: ١٧٣.

(٤) المبسوط ٥/١٠٦.

(٥) عوالى اللئالى ١/٢٢٣ و ٢/٢٥٧ و ٣/٤٤٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٣

المدعى، أو اثبات ما يدعيه، و هى

منتفيه هنا، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١».

و الالتفات الى أن الرجعه اثبات لنوع تسلط و سلطنه على الاسم، فيقف ثبوتها على اذن المالك لانها ماله، و النبى عليه السلام قال: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه «٢». و مع دعواه لانقضاء العده و انكاره وقوع الرجعه قبل خروجها من العده لم يحصل الاذن، فلا يحكم بصحة الرجعه، و نمنع تعلق حق النكاح بالزوجين فقط، بل انما نقول بذلك اذا كانا حرين فحسب. و يحتمل أن يكون القول قول الزوج مع اليمين، لانه يدعى الظاهر.

[لا تجب العده بالخلوه]

قال رحمه الله: و لا تجب العده بالخلوه منفردة عن الوطى على الاشهر.

أقول: ذهب الشيخ فى النهايه «٣» الى وجوبها، بناء على أن المهر يستقر بمجرد الخلو، فتجب العده، للحكم بثبوت الوطى المترتب عليه العده، و أنكره الباقر بناء على أنه لا يستقر الا بالدخول، لان العده تترتب على الوطى، فحيث لا وطى فلا عده. و لما كان الحق أن المهر لا يستقر الا بالدخول، لا جرم كان القول بوجوب العده بمجرد الخلو ضعيفا لضعف أصله.

قال رحمه الله: و يلزم المتوفى عنها [زوجها] الحداد، و هو ترك ما فيه ريبه - الى قوله: و فى الاسم تردد، أظهره أنه لا- حداد عليها.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءه الذمه من وجوب الحداد، ترك العمل بها فى الحره، للاتفاق عليه، فيبقى معمولا- بها فيما عداها، و هو ظاهر كلام المتأخر.

و الالتفات الى عموم الاحاديث الداله على وجوب الاحداد على الزوجات، و طريقه الاحتياط قاضيه بذلك، و به أفتى الشيخ فى المبسوط «٤»، لقوله عليه السلام «لا تحل

(١) المبسوط ١٠٧/٥.

(٢) عوالى اللئالى ١/٢٢٢، برقم: ٩٨.

(٣) النهايه ص

(٤) المبسوط ٥/ ٢٦٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٤

لامرأه تؤمن بالله و اليوم الاخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر و عشرا «١». فشرع الاحداد على الزوجه أربعة أشهر و عشرا، و لم يفرق فى ذلك بين الامه و الحره.

قال رحمه الله: لا نفقه على الغائب فى زمان العده، و لو حضر قبل انقضائها نظرا الى حكم الحاكم بالفرقه، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن نفقه الزوجه تابعه لبقاء زوجيتها، و مع حكم الحاكم بالفرقه تنقطع الزوجيه، فتقطع معلولها و هو النفقه، عملا بالعليه، و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط «٢».

و الالتفات الى أنها فى حكم الزوجه ما دامت فى العده، فتجب لها النفقه لو حضر قبل انقضائها.

أما الصغرى، فلانه أملك بها مع حضوره قبل خروجه من عدتها، و لو لا أنها زوجته لما صح له ذلك الا بعقد جديد و مهر مستأنف.

و أما الكبرى فاجماعيه، و لانها محبوسه عليه فى هذه الحال، فتجب لها النفقه عليه.

أما لو حضر بعد انقضاء العده قبل التزويج أو بعده، ففى وجوب نفقتها عليه فى زمان اعتدادها منه اشكال، ينشأ: من انقطاع العصمه بينهما، و من أنها حال الاعتداد فى حكم زوجته، لما ذكرناه.

قال رحمه الله: و لو طلقت فى مسكن دون مستحقها، جاز لها الخروج عند الطلاق الى مسكن يناسبها، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم النهى عن اخراج المعتده من بيتها، و لا

(١) المبسوط ٥/ ٢٦٥.

(٢) المبسوط ٦/ ١٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٥

ريب فى صدق اسم البيت هنا على المسكن الذى طلقت فيه مطلقا، اذا المراد بالبيت المذكور فى قوله تعالى «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ» «١» المسكن

الذى يسكنها الزوج فيه و ليس بمملوك لها، بدليل أنه يقال: يسوغ اخراجها منه مع الاتيان بالفاحشه، و لو كان ملكا لها لما ساغ اخراجها منه على كل حال.

و الالتفات الى أن على الزوجه فى ذلك عضاضه، و ربما لحقها باعتبارها عار و ضرر، فيشرع لها الانتقال الى مسكن يناسبها، دفعا للضرر، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٢».

(١) سورة الطلاق: ١.

(٢) المبسوط ٥ / ٢٥٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٦

فصل (ذكر الترددات المذكوره فى كتاب الخلع)

[لو طلبت منه طلاقا بعوض]

قال رحمه الله: لو طلبت منه طلاقا بعوض، فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين، و لو طلبت منه خلعا بعوض، فطلق به لم يلزم البذل، على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخا، و يلزم على القول بأنه طلاق، أو أنه يفتقر الى الطلاق.

أقول: اعلم أن الذى يلوح فى أول النظر عدم الفرق بين المسألتين فى هذا التفصيل، اذ لقائل أن يقول: لا- يخلو اما أن يكون المعبر فى استحقاق البذل الاتيان بالصيغه أو بمرادفها، فان كان الاول لم يقع الخلع على القولين فى الصورة الاولى، لايقاعه غير ملتمسها. و يقع الطلاق فى الصورة الثانيه رجعيا، و لا يستحق باعتباره البذل، لما قلناه أولا على القولين أيضا.

و ان كان المعبر هو الثانى يأتى التفصيل فى المسألتين، فالفرق تحكم، لكن الشيخ رحمه الله فى المبسوط قال: لو قالت: خالعتنى على ألف مثلا، و نوت به الطلاق، فقال: طلقتك، صح عندنا و عندهم. فأما ان قالت: طلقنى على ألف، فقال: خلعتك عليها ناويا الطلاق، فعلى ما اخترناه لا يقع، و على ما

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٧

يذهب إليه بعض أصحابنا من أن تلفظ الخلع يقع الفرقه ينبغى الوقوع.

ثم قال بعد أن ذكر أن القائل بالوقوع من

الاصحاب ينبغي له الاقتصار على لفظ الخلع. و اذا اثبت هذا فعلى ما اخترناه من طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها به، لم يصح على المذهبين جميعا، أعنى: مذهبي أصحابنا، لانه أجابها الى غير ملتتمسها، لانها طلبت منه فراقا يقع به نقصان الطلاق، فأجابها بما لا ينقص الطلاق فأما ان طلبت منه فسحا بعوض فطلقها به، ينبغي أن يقول من أجاز من أصحابنا ذلك أنه لا يقع، لاعطائها غير مطلوبها، و حكى عن بعض الوقوع «١». فأتبع المصنف تفصيله الاخر، و ليس بجيد.

قوله «لانه أجابها الى غير ملتتمسها» قلنا متى يكون كذلك اذا جعلنا الخلع فسحا أو طلاقا، الاول مسلم و الثانى ممنوع، لان صيغه الطلاق و الخلع عند هذا القائل مترادفتان، و قد مر فى أصول الفقه صحه اقامه كل من المترادفين مقام صاحبه.

و من العجب أن الشيخ و المصنف رحمهما الله ذكرنا أن فائده الخلاف الاعتداد به فى عدد الطلقات على الثانى دون الاول، ثم قال هذه مقاله. و اذا تقرر ما قلناه فالتفصيل الذى ذكرناه جيد.

[فى بذل الفداء]

قال رحمه الله: و يصح بذل الفداء منها و من و كيلها و ممن يضمنه باذنها، و هل يصح من المتبرع؟ فيه تردد، و الاشبه المنع.

أقول: منشؤه: النظر الى أن وقوع الخلع الشرعى بهذا النوع من البذل حكم شرعى، فيقف على الدلالة الشرعية، فحيث لا دلالة فلا شرع، و به أفتى الشيخ فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣»، محتجا بقوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ

(١) المبسوط ٣٤٨ / ٤.

(٢) المبسوط ٣٦٨ / ٤.

(٣) الخلاف ٢٢٢ / ٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٨

فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ «١».

فأضاف تعالى الفداء إليها، و فى اضافته إليها دليل على أنه لا

يصح بذله من غيرها، و بأصالة بقاء العقد، فيتمسك بها الى حين ظهور المزيل قطعاً، و أتبعه المتأخر.

و الالتفات الى الاصل الدال على الجواز، و به قال جميع الفقهاء الا الثورى.

قال رحمه الله: أما لو قال: طلقها على ألف من مالها و على ضمانها، أو على عبدها هذا و على ضمانه صح، فان لم ترض بدفع البذل صح الخلع و ضمن المتبرع و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أنه أجنبي، فلا يصح بذل الفداء منه، لما قدمناه، و لانه ضمان ما لم يجب، فلا يكون لازماً.

و الالتفات الى أن فى ذلك مصلحة عامه مقصوده للعقلاء، و هو مما يمس الحاجة إليه، فيكون مشروعاً لمساس الحاجة إليه، كما لو قال عند خوف الغرق: ألق متاعك فى البحر و على ضمانه، و ان كانا جميعاً ضمان ما لم يجب، و به أفتى الشيخ فى المبسوط «٢».

و فى الجمع بين قوله فى هذه المسألة و التى قبلها تضاد ظاهر، لان المصلحة الداعية الى مشروعيتها واحده، فالعمل بها فى احدى المسألتين الغاؤها فى الاخرى ترجيح من غير مرجح، و هو باطل.

[فى الظهار]

قال رحمه الله: و فى وقوع الظهار موقوفاً على الشرط تردد، أظهره الجواز.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم الروايات الداله على الوقوع و يؤيده عموم

(١) سورة البقره: ٢٢٩.

(٢) المبسوط ٣٦٧ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٣٩

الآيه «١»، و به أفتى الشيخ فى النهايه «٢» و الخلاف «٣».

و الالتفات الى أن الظهار ايقاع، فلا يصح موقوفاً على شرط كالطلاق، و يؤيده أصالة براءة الذمه، و حل الزوجه ممن حرم وطؤها بهذا النوع من الظهار، و أوجب الكفار به فعليه الدلاله، و به أفتى المتأخر، محتجاً بهذه الادله، و نقل ذلك

عن شيخنا المفيد و علم الهدى و جله المشيخه من أصحابنا.

و بما قاله روايتان: احدهما عن أبى الحسن الرضا عليه السلام «٤»، و الثانيه عن أبى عبد الله عليه السلام «٥».

لكن المتأخر لا يرضى بهما استدلالا، لانهما مع كونهما من أخبار الآحاد، فيهما ضعف، لان فى طريق الروايه الاولى أبى سعيد الادمى، و قد طعن فيه الشيخ رحمه الله و جماعه من أصحابنا، و فى طريق الثانيه ابن فضال، و هو فطحى، و مع ذلك فروايته مرسله.

و أما الدلائل التى استدلت بها فضعيه جدا: أما الاول، فلانه قياس محض، و هو عندنا باطل. و أما الثانى، فلان الاصاله تخالف لقيام الدلاله و قد بينهاها.

لا يقال: لا خلاف بين الاصحاب أن الظهار حكمه حكم الطلاق و من جمله أحكام الطلاق أن لا يقع موقوفا على الشرط.

قلنا: هذه الدعوى ممنوعه، و هى منقوضه بمسائل كثيره لا حاجه بنا الى تعدادها و انما هذا شىء ادعاه المتأخر و اما نقله ذلك عن أكثر الاصحاب.

قال رحمه الله: و هل يقع الظهار بالموطوءه بالملك؟ فيه تردد، و المروى

(١) سوره المجادله: ٢.

(٢) النهايه ص ٥٢٥.

(٣) الخلاف ٢ / ٢٦٠.

(٤) تهذيب الاحكام ١٣ / ٨، ح ١٧.

(٥) تهذيب الاحكام ١٣ / ٨، ح ١٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٠

أنه يقع كما يقع بالحره.

أقول: منشؤه: النظر الى روايه اسحاق بن عمار قال: سألت أبى ابراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته، فقال: الحره و الامه فى هذا سواء «١». و فى معناها روايه ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام «٢».

و روايه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهم السلام قال: سألته عن الظهار يقع على الحره و الامه؟ فقال: نعم «٣». و عليها

فتوى الشيخ فى النهايه «٤» و الخلاف «٥»، محتجا بالاجماع، و عموم آيه الظهار، و اختاره ابن أبى عقيل فى المتمسك.

و الالتفات الى أصالتي الاباحه و براءه الذمه من وجوب الكفاره، فمن ادعى تحريم المملوكه و شغل الذمه بالكفاره، فعليه الدلاله. و هو اختيار المفيد و علم الهدى فى بعض مسائله و سلار و أبى الصلاح و المتأخر.

و يؤيده الروايه المرويه عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل جعل جاريتة عليه كظهر أمه قال: يأتيها و ليس عليه شىء «٦».

و الارجح الاول، لان رواياته أصح طريقا، و مع ذلك فهى مؤيده بعموم القرآن. و أما الروايه الداله على عدم الوقوع، فضعيفه لان فى طريقها على بن فضال، و هو فاسد العقيد، و فى طريقها ابن بكير و هو أيضا كذلك، و حمزه بن حمران و هو مجهول الحال.

لا يقال: ففى طريق روايتكم الاولى عمار، و هو فطحى.

(١) تهذيب الاحكام ٢٤ / ٨، ح ٥١.

(٢) تهذيب الاحكام ٢٤ / ٨، ح ٥٢.

(٣) تهذيب الاحكام ١٧ / ٨، ح ٢٨.

(٤) النهايه ص ٥٢٧.

(٥) الخلاف ٢ / ٢٥٩.

(٦) تهذيب الاحكام ١٠ / ٨، ح ٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤١

لانا نقول: عمار و ان كان فطحيا، لكن الشيخ وثقه و عمل بمفرداته، و مع ذلك فهى مؤيده بروايات آخر.

و اعلم أن المتأخر قال: ان المملوكه ليست من النساء، فلا يدخل تحت الآيه و ليس بشىء و أن ذلك دعوى مجردة.

قال رحمه الله: و لو ظاهر من واحده مرارا، و جب عليه بكل مره كفاره، فرق الظهار أو تابعه، و من فقهاثنا من فصل.

أقول: قال الشيخ فى المبسوط: اذا ظاهر من امرأته مرارا لم يحل. اما أن يوالى أو يفرق، فان و الى بأن

قال: أنت على كظهر أمي مرارا، فان نوى بالثاني و الثالث التأكيد لم يلزمه إلا كفاره واحده بلا خلاف، و ان لم ينو التأكيد و لا الاستيناف، فانه يلزمه كفاره واحده اجماعا أيضا، و ان نوى الاستيناف لزمه بكل واحده كفاره عندنا و عند قوم. و قال بعضهم: يلزمه واحده.

و أما ان فرق فانه ينظر، فان كفر عن الاول ثم تلفظ بالثاني، و جب عليه بالثاني كفاره مجدده بلا خلاف، و ان لم يكفر عن الاول فالحكم كما لو و الى ذلك و نوى به الاستيناف عندنا و عند الاكثر بكل لفظ كفاره، و قال بعضهم: كفاره واحده «١».

و قال في الخلاف «٢»: يلزم بكل مره كفاره اذا نوى الاستيناف بها، و لم يفرق بين المتتابع و المتفرق، محتجا باجماع الفرقه و الاحتياط و عموم الآيه.

و قال المتأخر: و اذا كرر كلمه الظهار، لزمه بكل دفعه كفاره، فان وطئ التي كرر القول لها قبل أن يكفر، لزمته كفاره واحده عن الوطئ و كفارات التكرار و لعله الاقرب.

(١) المبسوط ٥ / ١٥٢.

(٢) الخلاف ٢ / ٢٦٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٢

لنا- عموم الآيه، و لا ريب في صدق اسم الظهار على كل مره مره و ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر قال: عليه بكل مره كفاره «١». و في معناها روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام «٢» و قد روى عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في كل مجلس واحدا، قال: عليه كفاره واحده «٣».

فالشيخ رحمه الله لما نظر الى اختلاف الروايتين

جمع بينهما بالتفصيل الذى نقلناه عنه، و هو حسن، لكن هذه الروايه ضعيفه السند، فلا اعتماد عليها.

[فى كفاره الحنث فى العهد، و فى النذر]

قال رحمه الله: و كذا كفاره الحنث فى العهد، و فى النذر على تردد.

أقول اختلف الاصحاب فى كفاره خلف النذر و العهد، فذهب الثلاثة و سلاز الى أنها مثل كفاره رمضان، عملا بروايه أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام قال: من جعل عليه عهد الله و ميثاقه فى أمر فيه طاعه فحنث، فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين، أو اطعام ستين مسكينا «٤». و فى معناها روايه جميل بن دراج عن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام «٥».

و ذهب ابن بابويه الى أنها كفاره يمين، عملا بروايه حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كفاره النذر، فقال: كفاره يمين «٦»، و هى ضعيفه، فان حفص بن غياث بترى. و فى طريقها سليمان بن داود المنقرى، و قد طعن فيه ابن الغضائرى و ضعفه جدا.

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٢، ح ٤٥.

(٢) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٢، ح ٤٦.

(٣) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٣، ح ٤٨.

(٤) تهذيب الاحكام ٨ / ٣١٥، ح ٤٧.

(٥) تهذيب الاحكام ٨ / ٣١٤، ح ٤٢.

(٦) تهذيب الاحكام ٨ / ٣١٦، ح ٥٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٣

و قال المتأخر: ان كان النذر صوما معينا، فكفارته كفاره رمضان، و ان كان غير الصوم فكفاره خلفه كفاره يمين. و المصنف رحمه الله اختار أن كفاره خلف النذر كفاره يمين، عملا بروايه جميل بن صالح عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال:

من عجز عن نذر نذره، فكفاره يمين «١». و كفاره خلف العهد كفاره رمضان، عملا بما ذكرناه من الروايات.

قال رحمه الله: و يعتبر فى الرقبه

ثلاثة أوصاف: الوصف الاول- الايمان و هو معتبر في كفاره القتل اجماعا، و في غيرها على التردد، و الاشبه اشتراطه.

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف «٢» و المبسوط «٣» الى أن الايمان في الرقبه غير معتبر، الا- في كفاره القتل، دون ما عداها من سائر الكفارات محتجا بوجهين:

الاول: أصاله براءه الذمه تنفى وجوب ذلك مطلقا، ترك العمل بها في كفاره القتل، للنص و الاجماع، فيعمل بها فيما عداها.

الثاني: القرآن ورد بوجوب هذه الكفارات على من وجد منه سببها، و لم يشترط في الرقبه الايمان، بل أطلق ذلك اطلاقا، و انما قيدها بالايمان في قتل الخطأ خاصه، فحمل غيرها عليها يحتاج الى دليل، و لا دليل في الشرع يوجب ذلك.

و قال المتأخر: اختلف أصحابنا في ذلك، فالأظهر الذي يقتضيه أصول المذهب أن في جميع الرقاب في الكفارات و غيرها لا تجزئ الا المؤمنه، أو بحكم المؤمنه و لا تجزئ الكافره، محتجا بقوله تعالى «و لا تَيْمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» «٤»

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٣٠٦، ١٤.

(٢) الخلاف ٢ / ٤٢٠.

(٣) المبسوط ٦ / ٢١٢.

(٤) سورة البقره: ٢٦٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٤

و الاستدلال بها يتوقف على مقدمات.

الاولى: أن النهي المجرد يقتضى فساد المنهى عنه في العبادات، و قد ثبت ذلك جميعا في أصول الفقه.

الثانيه: أن الكافر يسمى خبيثا، فيدخل تحت الآية، و قد ادعى الاجماع على اجراء هذا الاسم عليه.

الثالثه: أن العتق يسمى انفاقا و الحق ذلك، اذ الانفاق عباره عما أخرج لوجه الله تعالى، عتقا كان أو غيره. و هو اختيار الشيخ في التبيان «١».

و اذا تقرر ذلك فنقول: نهى تعالى عن انفاق الخبيث، و عتق الكافر انفاق خبيث، فيكون منهيا عنه، و اذا كان منهيا عنه

لم يكن مجزئاً، لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه، و بأن طريقه الاحتياط قاضيه بذلك، لان الذمه مشغوله بالكفاره بغير خلاف، و لا تبرأ بيقين الا اذا كفر بالمؤمنه، لوقوع الخلف فى اجزاء ما سواها و للاتفاق على اجزائها، و هو اختيار علم الهدى و غيره من المشيخه، و اختاره الشيخ رحمه الله فى التبيان، و به قال الشافعى و مالك و الاوزاعى و أحمد و اسحاق.

[لو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه]

قال رحمه الله: و لو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه، على تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يبلغ» «٢» و ارتفاع القلم عنه يدل على أنه لا حكم لقوله، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٣».

و الالتفات الى عموم قوله عليه السلام «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «٤» و لان

(١) التبيان ٢ / ٣٤٤.

(٢) عوالى اللئالى ١ / ٢٠٩.

(٣) المبسوط ٦ / ٢١٢.

(٤) عوالى اللئالى ١ / ٢٢٣ و ٢ / ٢٥٧ و ٣ / ٤٤٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٥

المراهق - أعنى: الذى ناهز البلوغ - غير عاقل و لقائل أن يمنع ذلك، اذ العقل انما يتحقق مع البلوغ أما قبله فلا.

قال رحمه الله: و يعتبر نيه التعيين ان اجتمعت أجناس مختلفه، على الاشبه.

أقول: قال الشيخ فى المبسوط: اذا وجبت عليه كفارات من جنس واحد أو من أجناس، فأعتق عنها أو صام، فان الواجب عليه أن ينوى التكفير، بحيث لا يفتقر الى تعيين النيه عن كفاره بعينها.

قال و قال قوم: ان كانت من جنس واحد، كفاه نيه التكفير و لم يحتج الى نيه التعيين. و ان كانت من أجناس، فلا بد فيها من نيه التعيين، فان لم يعين لم يجزئه و هذا عندى أقوى «١».

الحق ما قواه الشيخ أخيراً، و هو اختياره في الخلاف، و اختاره المتأخر.

قال رحمه الله: و لو كانت الكفارات من جنس واحد، قال الشيخ: يجرى نيه التكفير مع القربه، و لا- يفتقر الى التعيين، و فيه اشكال.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله عليه السلام «الاعمال بالنيات» (٢) وجه الاستدلال أنه عليه السلام علق حصول الاعمال بانضمام النيات إليها، فمهما لم تحصل النية مع العمل لم يقع العمل مشروعاً.

إذا تقرر هذا فنقول: كل واحد من هذه الكفارات يسمى عملاً و ان كانت من جنس واحد، فمهما لم ينوه بانفراده لم يقع مشروعاً، فلا يكون مجزئاً، فيجب حينئذ نيه التعيين، تحصيلاً للالتيان بالمأمور شرعاً.

و الالتفات الى أن نيه التكفير مشتمله على نيه كل فرد فرد من الكفارات، لكون

(١) المبسوط ٢٠٩ / ٦.

(٢) تهذيب الاحكام ١٨٦ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٦

التكفير مصدراً، و المصدر جنس مندرج على جميع ما تحته من الجزئيات، فتكون مجزيه، و هو الاقوى، و اختاره المتأخر، و ادعى الشيخ في الخلاف الاجماع عليه، و الظاهر أنه أراد اجماع فقهاء العامه.

قال رحمه الله: و لو قال له قائل: أعتق مملوكك عن كفارتك و لك على كذا فاعتقه لم يجز عن الكفاره، و في وقوع العتق تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن العتق ايقاع صدر من أهله في محله، فكان صحيحاً. و انما لم يجز عن الكفاره لانه قصد بعتقه العوض. اما الصغرى ففرضيه اذ التقدير أنه وقع من المالك البالغ العاقل في حق مملوكه. و أما الكبرى فاجماعيه.

و هو اختيار الشيخ في المبسوط، محتجاً بأن العتق أوقع عن أمرين، فاذا لم يقع عن أحدهما وقع عن الآخر، و يستحق حينئذ العوض على البازل و يقع العتق

عنه، و يكون ولاؤه له دون مولاه.

و الالتفات الى أن المالك انما قصد اعتاقه على أن يكون مجزيا عن الكفاره و لم يحصل، فبطل عتقه.

قال رحمه الله: و مع تحقق العجز عن العتق - الى قوله: و هل يأثم مع الافطار؟ فيه تردد، أشبهه عدم الاثم.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المتابعه بين الشهرين واجبه اجماعا فالمخل بها من غير عذر آثم، و ان جاز له البناء على صومه، الا اذا كان قد صام من الشهر الثانى شيئا، اذ لا منافاه بين حصول الاثم بالاخلاق بالتتابع و بين جواز البناء، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١».

و الالتفات الى اطلاق الروايات الداله على جواز التفريق مع صيام شىء من

(١) المبسوط ٦/ ٢١٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٧

الشهر الثانى، و فى جواز التفريق دليل على عدم الاثم، و هو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف.

قال رحمه الله: اذا كان له مال يصل إليه بعد مده غالبا لم ينتقل فرضه بل يجب الصبر، و لو كان مما يتضمن المشقه بالتأخير كالظهار، و فى الظهار تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الانتقال عن احدى خصال الكفاره المرتبه مشروط بالعجز عن الخصله المتقدمه عليها، و هو غير متحقق هنا، فلا يجوز الانتقال بل يجب الصبر الى أن يصل الى موضع يساره و يعتق، و هو الاقوى عند الشيخ فى المبسوط «١» لانه حق لا يفوت بالتأخير.

و الالتفات الى أن عليه فى التأخير ضررا و مشقه و حرجا، فيكون سفها، عملا بظاهر الآيات و المشهور من الروايات.

[فى الايلاء من المبوب]

قال رحمه الله: و فى صحه الايلاء من المبوب تردد، أشبهه الجواز، و يكون فته كفته العاجز.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم الآيه «٢»، و به أفتى الشيخ

و الالتفات الى أن الايلاء عبارته عن قصد الاضرار بالزوجه بالامتناع من وطئها بصفه يمين، و لا ريب أن المبوب الذى لم يبق له شىء بحال غير قادر على الوطى، بل هو ممتنع بغير يمين.

قال رحمه الله: و فى وقوعه بالمستمتع بها تردد، أظهره المنع.

أقول: منشؤه: النظر الى روايه العلاء بن رزين عن عبد الله بن أبى يعفور

(١) المبسوط ٦ / ٢١١.

(٢) سورة البقره: ٢٢٦.

(٣) المبسوط ٥ / ١٤٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٨

عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا ايلاء على الرجل من المرأه التى يتمتع بها «١». و عليها فتوى الشيخ و علم الهدى و ابن أبى عقيل و المتأخر.

و احتج علم الهدى بقوله تعالى «فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» وجه الاستدلال أن يقال: المراد من النساء فى الآيه الدائمات، لتعقيبها بالطلاق فى من لم يفىء، و لما كان الطلاق بالمستمتع بها منفيا، لا جرم كان الايلاء كذلك.

و فيه نظر، فانه من باب تخصيص العام باللفظ الخاص، و قد بين ضعفه فى أصول الفقه.

و الالتفات الى عموم آيه الايلاء، و به قال أبو الصلاح، و حكى ذلك عن المفيد فى بعض مسائله، و المعتمد الاول.

قال رحمه الله: و اذا وافقته فهو مخير بين الطلاق و الفئه، فان طلق فقد خرج عق حقها، و تقع الطلقه رجعيه على الأشهر.

أقول: ذهب أكثر الاصحاب الى أن طلاق المولى يقع رجعيا، و خالف شاذ منهم فى ذلك و قال: انه يقع بائنا. لنا- الاصل.

قال رحمه الله: و لو تجددت أعضارها فى أثناء المده، قال فى المبسوط:

تنقطع الاستدامه عدا الحيض، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الحيض

أمر معتاد للمرأة، فلا يعد عذرا مانعا من جهتها، اذ العذر هنا عبارته عن الامر النادر المانع من الوطى، كالمرض و الجنون و ما شاكلهما فى المنع من الوطى.

و لان الحيض لو قطع الاستداهه لزم أن لا يتم تربص واحد فى غالب العرف فان العرف أن تحيض المرأة فى كل شهر حيضه، فيفضى الى منع التربص بكل

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٨، ح ٢٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٤٩

حال، و هذا الدليل ذكره الشيخ رحمه الله فى المبسوط «١»، محتجا به على هذا المطلوب.

و الالتفات الى أنه عذر، فتنقطع الاستداهه كغيره من الاعذار.

فرع:

قال فى المبسوط: لو كانت أذارها موجوده حين الايلاء، لم يضرب لها المده ما دامت الاعذار موجوده، لان المده انما تضرب اذا امتنع من جماعها بعقد يمين، و هاهنا قد حصل المنع بغير يمين.

ثم قال رحمه الله: هذا فى جميع الاعذار الا الحيض، فانه لو آلى منها و هى حائض لم يمنع الحيض من ابتداء المده «٢».

و أقول: البحث هنا فى الحيض، كالبحت فى كونه قاطعا للاستداهه أم لا، و التردد التردد و البيان البيان.

[المده المضروبه بعد الترافع لا من حين الايلاء]

قال رحمه الله: قال فى المبسوط: المده المضروبه بعد الترافع لا من حين الايلاء، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى اطلاق الروايات الداله على مده التربص أربعة أشهر من غير تقييد بالمرافعه أو غيرها، و يؤيده عموم الآيه، و به قال أكثر الاصحاب.

و الالتفات الى أن التربص حكم شرعى، و الاحكام الشرعيه اذا وردت مطلقه انصرفت الى أهل الشرع، فتكون مده التربص موقوفه على اذن الشارع، و هو المراد بالمرافعه، و به قال الشيخ و أتبعه المتأخر.

قال رحمه الله: و لا يلحق الخصى المجبوب على تردد.

(١) المبسوط ٥/ ١٣٦.

(٢) المبسوط ٥/ ١٣٥-١٣٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٠

أقول: منشؤه: النظر الى أن العاده قاضيه بأن مقطوع الذكر و الانثيين معا لا يولد، فلا يلحق به الولد قضاء للعاده، اذ الشرعيات مبنيه على الظواهر، و هو الذى قواه الشيخ فى المبسوط «١».

و الالتفات الى عموم قوله عليه السّلام «الولد للفراش و للعاهر الحجر» «٢» فالحق الولد بمجرد الفراش، و امرأه الخصى المحبوب يسمى فراشا، فيكون الولد الذى يلدته امرأته لاحقا به، و لا ينفى عنه الا باللعان، و لعله الاقرب عملا بالاحتياط.

[فى اللعان]

قال رحمه الله: و لو اعترفت المرأه بعد اللعان لم يجب عليها الحد، الا أن تقرأ أربع مرات، و فى وجوبه معها تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى قوله تعالى «وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ» «٣» فجعل الاثنان بذلك دارئا للعذاب الذى هو عباره عن الحد هنا عنها و قد حصل، فيسقط الحد عملا بالمقتضى السالم عن المعارض.

و الالتفات الى أن موجب الحد هنا شىء متجدد غير الاول، و هو الاقرار أربعاء، فيجب الحد عملا بالمقتضى أيضا، و عليه

فتوى الشيخ فى النهايه «٤» و المبسوط «٥» و الخلاف «٦»، و أتبعه المتأخر، و هو قوى.

قال رحمه الله: اذ قذفها فأقرت قبل اللعان، قال الشيخ رحمه الله: لزمها الحد ان أقرت أربعاً و سقط عن الزوج. و لو أقرت مره، فان كان هناك نسب، لم ينتف الا باللعان، و كان على الزوج أن يلاعن لنيفه، لان تصادق الزوجين على الزنا لا ينفى

(١) المبسوط ٥ / ١٨٦.

(٢) عوالى اللثالى ٢ / ١٣٢ و ٢٧٥.

(٣) سورة النور: ٨.

(٤) النهايه ص ٥٢١.

(٥) المبسوط ٥ / ٢٠١.

(٦) الخلاف ٢ / ٢٨٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥١

السبب، اذ هو ثابت بالفراش، و فى اللعان تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن اللعان انما يجب على نفى الفراش، ثم يتبعه انتفاء النسب، و ليس كذلك هنا، اذ اللعان هنا ينفرد بنفى النسب، فلم يكن للزوج ذلك، و هو مذهب أبى حنيفه.

و الالتفات الى أن النسب لم ينتف باعترافها بالزنا. أما أولاً، فلعدم التنافى بين ثبوت الزنا و النسب، اذ هو ممكن الاجتماع. و أما ثانياً، فلان النسب لاحق بالفراش، فاحتاج فى نفيه الى اللعان، و هذا الدليل الاخير احتج به الشيخ فى المبسوط «١».

و احتج فى الخلاف «٢» بقوله تعالى «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» «٣» الآيه، فشرع اللعان عند حصول الرمى المطلق الشامل للقذف بالزنا منفرداً عن انكار الولد و منضمماً إليه نطقاً أو معنى، و لم يفرق بين أن تعترف المرأه بالزنا أو تنكره، و هو قوى و نمنع انحصار اللعان فيما ذكر أولاً، و انما هو مذهب أبى حنيفه فقط.

[فى العتق]

اشاره

قال رحمه الله: أما العتق، فعبارته الصريحه: التحرير، و فى الاعتاق تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله بقاء الملك على مالكه، فلا ينتقل عنه الا

بأحد الاسباب المحرره قطعاً، و ليس إلا لفظه التحرير، لوقوع الاجماع على صحه العتق مع التلفظ بها، و حصول الخلف فى وقوع مع اللفظ بغيرها.

و هو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف، محتجاً باجماع الفرقه و أخبارهم، و بأن الاصل بقاء الرق، و ايجاب العتق بما قالوه يحتاج الى دليل، و ما ذكرناه مجمع

(١) المبسوط ٥ / ٢٠٢.

(٢) الخلاف ٢ / ٢٨٨ - ٢٨٩.

(٣) سورة النور: ٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٢

على وقوع العتق به «١» و هو الظاهر من كلام المتأخر.

و الالتفات الى أن أهل اللغه يستعملون لفظه العتق فى التحرير استعمالاً ظاهراً، بحيث لا يفهم منها عند الاطلاق الا التحرير، و سبق المعنى الى الذهن دليل الحقيقه و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط «٢» و ابن أبى عقيل، و يؤيده اتفاق علمائنا رضوان الله عليهم على حصول العتق بقول القائل: اعتقتك و جعلت مهر ك عتقتك، الى غير ذلك من المسائل المشهوره.

قال رحمه الله: و لو قال لامته: يا حره و قصد العتق، ففى تحريرها تردد، و الاشبه عدم التحرير لبعده عن شبه الانشاء.

أقول: منشؤه: النظر الى أن التحرير حكم شرعى، فيقف ثبوته على اللفظ الذى وضعه الشارع دليلاً على وقوعه، و ليس إلا قوله: أنت حر أو حره، و لان لفظ النداء بعيد عن شبه الانشاء و العتق انما يقع بصيغه الانشاء فقط، اذ هو ايقاع فيستحيل وقوعه بلفظ الاخبار أو غيرها و ان قصد بها العتق، لان النيه لا تستقل بوقوع العتق ما لم يكن اللفظ الصريح كغيره من الايقاعات.

و الالتفات الى عموم قوله عليه السلام «الاعمال بالنيات و لكل امرئ ما نوى» «٣» و هذا قد نوى العتق، فيجب أن يكون حاصله له، عملاً

قال رحمه الله: اذا أعتق ثلث عبيده و هم سته، استخرج الثلث بالقرعه، و صورتها: أن يكتب في ثلاث رفاع اسم اثنين في كل رقعته، ثم يخرج على الحريه أو الرقيه، فان أخرج على الحريه كفت الواحده، و ان أخرج على الرقيه أفتقر الى اخراج اثنين.

(١) الخلاف ٢/٦٥٣ مسأله ١٤.

(٢) المبسوط ٦/٥١.

(٣) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٣

و اذا تساوا عددا و قيمه أو اختلفت القيمه مع امكان التعديل أثلاثا فلا بحث و ان اختلفت القيمه و لم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمه و طرح اعتبار العدد، و فيه تردد. و لو تعذر التعديل عددا و قيمه، أخرجنا على الحريه حتى يستوفى الثلث قيمه، فلو قصرت قيمه المخرج أكملنا الثلث و لو بجزء من آخر.

أقول: اعلم أن هذه المسأله تفرض على سته أقسام.

الاول: أن يكونوا على صفه يمكن تعديلهم أثلاثا بالقيمه و العدد معا، بأن يكونوا سته قيمه كل واحد ألف، فيكون كل عبيدين ثلث، فيستخرج بالقرعه، كما ذكر في المتن.

الثاني أن يمكن «١» تعديلهم بالقيمه و العدد معا، لكن اختلفت قيمتهم اختلافا لا يمنع من ذلك، كان يكونوا سته قيمه اثنين ألفان و قيمه اثنين أربعه آلاف و قيمه اثنين سته آلاف، فتكون التركه اثنا عشر ألفا، فيضم من قيمته ألف الى من قيمته ثلاثه آلاف، فيصير كل عبيدين ثلثا و يستخرج بالقرعه كما قلنا.

الثالث: أن يكونوا على صفه بحيث يمكن تعديلهم، اما بالعدد دون القيمه أو بالقيمه دون العدد قبل أن يكونوا سته، قيمه عبد ألف و قيمه عبيدين ألف و قيمه ثلاثه ألف، فان اعتبرت القيمه لم يمكن التعديل بالعدد، و ان اعتبرت العدد و جعلت

كل عشرين ثلاثا اختلفت قيمه، و ما الذى يصنع؟

قال الشيخ رحمه الله: قال قوم: يعتبر القيمه و يترك العدد، كما أن قيمه الدار اذ لم يمكن بالمساحه و الاجزاء عدلت بالقيمه.

و قال آخرون: يعتبر العدد و يترك القيمه، فيضم الى من قيمته ألف واحدا من الثلاثه الذين قيمتهم ألف، فيكون عبادان بأكثر من ألف و عبادان بأقل من ألف، لان النبي صلى الله عليه و آله جعل كل عشرين جزءا.

(١) فى «س»: يكون.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٤

و عنى بذلك ما رواه عمران بن الحصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه و آله فقال قولاً سديداً و دعاهم فجزاهم ثلاثه أجزاء فاقرع بينهم فاعتق اثنين و أرق أربعة.

ثم قال رحمه الله: و الاول أصح عندنا. و انما اعتبر النبي عليه السلام العدد ليساوى القيمه، فحينئذ جعل واحداً ثلاثاً و اثنين ثلاثاً و ثلاثه ثلاثاً، و تقرع بينهم على ما مضى «١».

و أما المصنف رحمه الله، فقد تردد فى القولين، و منشأ ترده: النظر الى ظاهر الخبر، فانه دال على اعتبار العدد مطلقاً. و الالتفات الى أن فى ذلك ضرراً على الورثه، فتعتبر القيمه كما فى قسمه الدار الغير متساويه الاجزاء.

الرابع أن يمكن التعديل بالقيمه دون العدد، مثل أن كانوا «٢» خمسهم قيمه عبد ألف و قيمه آخرين ألف و قيمه الآخريين ألف، فالتعديل هنا بالقيمه، و من خالف فى الاولى وافق هنا، اذ التعديل بالعدد غير ممكن هنا، فلا بد من اعتبار القيمه.

الخامس: أن يعتذر التعديل عدداً و قيمه، مثل أن يكونوا خمسهم، قيمه واحد أربعة آلاف، و قيمه اثنين ألفان،

و قيمه اثنين ألف، فما الذى نصنع؟ فيه قولان أحدهما- لا يراعى قيمه و لا عددا، لكن يكتب اسم كل واحد فى رقعه و يخرج على الرقبه أو الحريه حتى يستوفى الثلث، لانه اذا لم يمكن واحد منهما استوفينا الثلث على ما يمكن.

و القول الثانى: أن يجعل اثنان سهما و اثنان سهما و الخامس بينهما و يقرع، فمن خرج اسمه من الاقسام الثلاثة كان حرا، لانه أقرب الى ما فعله النبى صلى الله عليه و آله من التعديل بالعدد. قال الشيخ رحمه الله: و القولان معا قريبان.

السادس: أن يكون كل ماله عبيدين، فانا نقرع بينهما، فان خرجت قرعه

(١) المبسوط ٥٩ / ٦.

(٢) فى «س»: يكونوا.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٥

الحريه على أحدهما، فان كانت قيمته وفق الثلث بجزء من الاخر و ان كانت أكثر عتق بقدر الثلث، و استرق باقيه و الاخر.

و اعلم أن هذه الفروض الاخيره خارجه عن قانون المسأله التى ذكرها المصنف فى المتن، لكن لما لم يذكر بعضها، و ذكرها الشيخ فى المبسوط «١» أحببنا إيضاها، و فى هذه الاقسام تداخل.

قال رحمه الله: اذا أعتق مملوكه عن غيره باذنه، وقع العتق عن الامر، و ينتقل الى الامر عند الامر بالعتق، ليتحقق العتق فى الملك، و فى الانتقال تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى انعقاد الاجماع على اجزاء العتق عن الامر ان لو كان عليه عتق واجب، و وقوعه عنه أن لو كان تطوعا و فى انعقاد الاجماع على ذلك دليل على انتقاله الى الامر قبل العتق، لقوله عليه السلام «لا عتق الا فى ملك» «٢» و لحصول الاتفاق على أن سبق الملك على العتق شرط فى صحه وقوع العتق.

و اعلم أن الحكم بالانتقال هنا مستفاد

من اجماعين، و هو من جمله ضروب الاستدلال بالخطاب.

و الالتفات الى أن انتقال ملك الغير الى غيره يفتقر الى صريح اللفظ الدال عليه، و هو غير موجود هنا، و لان أسباب الانتقال محصوره معدوده، و ليس هنا شىء منها.

فرعان:

الاول: اعلم أن القائلين بالانتقال اختلفوا فى وقته، فذهب طائفه الى أنه يملكه بشروعه فى لفظ الاعتاق، و ذهب آخرون الى أنه ينتقل عند الامر بالعتق مع حصول الاعتاق عند الامر بالعتق بلا فصل. و قال قوم: يملكه عند قول المعتق «اعتقت

(١) المبسوط ٦/ ٥٨ - ٦٠.

(٢) عوالى اللثالى ٢/ ٢٩٩ و ٣/ ٤٢١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٦

هذا العبد عنك» و ينعق عليه بعد ذلك بلا فصل، و هو الذى قواه الشيخ رحمه الله فى المبسوط «١»، و ليس بعيدا من الصواب.

الثانى: اعلم أن المتأخر قد نازع فى وقوع العتق عن الاذن، و قال: الذى يقتضيه مذهبا أن العتق لا يقع الا عن المالك للعبد دون الاذن الذى ليس بمالك لانه لا خلاف فى قوله عليه السلام «لا عتق قبل ملك» «٢» و «لا طلاق قبل نكاح» «٣» و الاذن لم يملك العبد، و انما هو على ملك المباشر للعتق الى حين اعتاقه، و انما هذا الذى ذكره شيخنا رحمه الله فهو قول المخالفين، دون أن يكون فى أخبارنا، أو أجمع أصحابنا عليه.

[إذا أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت]

إشارة

قال رحمه الله: اذا أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت و لا مال له سواهن، أخرجت واحده بالقرعه، فان كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق، فهو حر اجماعا و ان كان سابقا على الإعتاق قيل: هو حر أيضا، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصالتي بقاء الرق و الملك، فيتمسك بهما الى حين ظهور المزيل قطعاً، و لان الاعتاق يفتقر الى صريح اللفظ، و هو غير موجود هنا و لان اللفظ انما يتناول الام فقط، و ليس الحمل جزءا منها، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى أن الحمل تابع لأمه فى البيع،

فكذا في العتق، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «٤»، و المقدمه الاولى ممنوعه.

قال رحمه الله: و يعتق حصه الشريك بأداء قيمه لا بالاعتاق، و قال الشيخ:

هو مراعى.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: قيل في هذه المسأله ثلاثه أقوال

(١) المبسوط ٦ / ٧١.

(٢) عوالى اللئالى ٢ / ٢٩٩، ٣ / ٤٢١.

(٣) عوالى اللئالى ١ / ٢٣٣، ٣ / ٢٠٥.

(٤) المبسوط ٦ / ٦٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٧

أحدهما: أنه يعتق كله باللفظ و تثبت قيمه في ذمه الشريك، و عليه تسليمها الى شريكه.

و الثانى: أنه ينعتق نصيبه باللفظ و دفع قيمه فان دفع قيمه الى شريكه عتق نصيب شريكه، و ان لم يدفع لم يعتق.

و الثالث: أن يكون مراعى، فان دفع قيمه الى شريكه عتق نصيبه، و ان لم يدفع لم يعتق، فان أدى تبينا أنه عتق وقت العتق، و ان لم يؤد شيئا تبينا أن العتق فى نصيب شريكه لم يقع، قال: و هذا هو الاقوى عندى «١».

و قال فى الخلاف: انه يعتق بالاداء، محتجا بما رواه سالم عن أبيه عن النبى عليه السّلام أنه قال: اذا كان العبد بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه. فان كان موسرا يقوم عليه قيمه عدل لا وكس و لا شطط، ثم يعتق «٢». فجعل العتق مترتبا على الاداء الآن ثم يقتضى المهله و التراخى.

قال رحمه الله: و الوجه فى الخبرين أن قوله «انه عتق و عتق كله» معناه سيعتق، لان العرب يعبر عن الشىء بما يؤول إليه، قال الله تعالى «إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا» (٣).

و عنى بذلك ما رواه نافع عن ابن عمر أن النبى عليه السّلام قال: من أعتق شركا من عبد و كان له مال يبلغ ثمنه فهو عتق «٤».

و ما

رواه ابن عمر أيضا أن النبي عليه السّلام قال: اذا كان العبد بين رجلين، فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال، فانه ينعق النصيب الاخر في الحال «٥». و اختار المتأخر

(١) المبسوط ٦ / ٥١ - ٥٣.

(٢) الخلاف ٢ / ٦٤٩.

(٣) سورة يوسف: ٣٦.

(٤) سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٤، برقم: ٢٥٢٨.

(٥) سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٨

أنه ينعق بنفس اللفظ، عملا بظاهر الخبرين السابقين.

فرع:

لو تصرف الشريك في نصيبه قبل أخذ قيمه، بأن أعتقه أو باعه، قيل: يصح لمصادقته الملك، و هو الذى قواه الشيخ في المبسوط «١»، و أفتى به في موضع من الخلاف «٢»، و قيل: يبطل لانه قد استحق في حق شريكه العتق، و به أفتى الشيخ في موضع آخر من الخلاف مستدلا بما ذكرناه، و يلزم المتأخر القول بالبطلان لانعتاقه بنفس اللفظ عنده.

قال رحمه الله: و اذا دفع المعتق قيمه نصيب شريكه، هل ينعق عند الدفع أو بعده؟ فيه تردد، و الاشبه أنه بعد الدفع، ليقع العتق عن ملك، و لو قيل بالاقتران كان حسنا.

أقول: منشؤه: النظر الى الحكم بثبوت الولاء له، و فى الحكم بثبوت له دليل على انعتاق النصيب منذ الدفع، لان الولاء الثابت له هنا عن عتق، و العتق لا يقع الا فى ملك، فيحتاج الى تملك سابق على العتق، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٣».

و الالتفات الى أن القول بانعتاقه بعد الدفع ليس أولى من القول بانعتاقه عنده لتساوى الاحتمالين، فيحكم بوقوع الملك و العتق معا فى شأن واحد، لان القول باشتراط الملك فى صحة العتق مع القول بالاقتران ممكن الاجتماع، فيحكم بهما.

و اعلم أن هذا الفرع انما يتمشى على قول من يقول ان حصه

الشريك ينعق بشرطين: اللفظ و دفع القيمه، أو على من يقول: انه مراعى، أما على قول من

(١) المبسوط ٥٢ / ٦.

(٢) الخلاف ٦ / ٦٤٨ - ٦٤٩.

(٣) المبسوط ٥٢ / ٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٥٩

يقول انه ينعق بنفس اللفظ فلا.

قال رحمه الله: و اذا ملك شقصا ممن ينعق عليه لم يقوم عليه ان كان معسرا و كذا لو ملكه بغير اختياره. و لو ملكه اختيارا و كان موسرا، قال الشيخ: يقوم عليه، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءة الذمه من وجوب التقويم، ترك العمل بها فى صورته عتق نصيبه من العبد المشترك، للنص و الاجماع، فيبقى معمولاً بها فيما عداها.

و الالتفات الى أن تملكه بعضه مع العلم بأنه ينعق عليه بمنزله مباشرة عتقه و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١».

قال رحمه الله: و فى عتق من مثل به مولاه تردد، و المروى أنه ينعق.

أقول: منشؤه النظر الى أصالتي بقاء الرق و الملك، فلا يحكم بانتقالهما الا مع ظهور الناقل قطعا، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى ظواهر الاخبار الداله على اعتاقه مع حصول ذلك من مولاه و به أفتى الشيخ فى النهايه «٢».

(١) المبسوط ٦٩ / ٦.

(٢) النهايه ص ٥٤٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٠

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب التدبير)

قال رحمه الله تعالى: التدبير هو عتق العبد بعد وفاه المولى، و فى صححه تدبيره بعد وفاه غيره، كزوج المملوكه و وفاه من يجعل

له خدمته تردد، أظهره الجواز، و مستنده النقل.

أقول: منشؤه: النظر الى الاصل القاضى بالجواز، و يؤيده روايه يعقوب ابن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم، فيقول: هى لفلان تخدمه ما عاش، فاذا مات فهى حره، فتأبى الامه قبل أن يموت الرجل بخمس

سنيين أو ست سنين، ثم تجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بقدر ما أبتقت؟ فقال:

لا إذا مات الرجل فقد عتقت «١». و عليها فتوى الشيخ فى النهايه «٢».

و الالتفات الى أن هذا النوع حكم شرعى، فيقف ثبوته على الدليل الشرعى و لا- دليل عليه الا- هذه الروايه، و هى من أخبار الآحاد، فلا يعمل بها.

أما أولاً، فلان العمل بخبر الواحد غير جائز، لما بيناه فى أصول الفقه.

(١) تهذيب الاحكام ١٨ / ٢٦٤، ح ٢٨.

(٢) النهايه ص ٥٥٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦١

و أما ثانياً، فلانها مخالفه لاصول المذهب، و لان التدبير فى عرف الشرع عتق العبد بعد وفاه المولى، و المجمعول له غير المولى.

و أما ثالثاً، فلان الابق يبطل التدبير اتفاقاً منا، و الروايه تتضمن أنه غير مبطل له، و هو اختيار المتأخر محتجا بعين ما ذكرناه.

و هو ضعيف، أما الاول فلوجود الدليل الشرعى، و هو التمسك بالاصل و الروايه التى ذكرناها. قوله «الروايه من أخبار الآحاد» قلنا: مسلم.

قوله «فلا- يجوز العمل بها لما ذكرناه فى أصول الفقه» قلنا: قد استدللنا على وجوب العمل بأخبار الآحاد هناك، و أبطلنا حجه المخالف فى ذلك لما فيه مقنع.

قوله «و لانها مخالفه لاصول المذهب» قلنا: ممنوع.

قوله «لان التدبير فى عرف الشرع عباره عن عتق العبد بعد موت مولاه» قلنا: ذلك باطل، أما أولاً فلعدم دليل التخصيص، و أما ثانياً فلروايه.

قوله «و أما ثالثاً فلان الإباق يبطل التدبير» قلنا: التدبير المعلق بموت المولى أو غيره، الاول مسلم و الثانى ممنوع.

قال رحمه الله: و فى اشتراط نيه القربه فى التدبير تردد، و الوجه أنه غير شرط.

أقول: منشؤه: النظر الى أن التدبير نوع من العتق، فاشترط فيه نيه القربه كالعتق، و هو

اختيار المتأخر، قال بعد هذا: تدبير الكافر غير جائز.

و الالتفات الى أن التدبير بمنزله الوصيه، فلا يشترط فيه القربه كالوصيه، و لعله الاشبه، و يدل عليه الروايات بالتدبير.

قال رحمه الله: و لو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره. و لو مات في حال رده عتق المدبر، هذا اذا كان ارتداده لا عن فطره، و لو كان عن فطره لم ينعق المدبر بوفاه المولى، لخروج ملكه عنه، و فيه تردد.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٢

أقول: منشؤه: النظر الى أن السبب المقضى و هو موت المولى قد وجد، فيوجد معلوله، و هو العتق عملا بالعليه، و هو الذى قواه الشيخ فى المبسوط «١»، بناء على القول بأن ملكه باق عليه، و أنه لا يزول عنه بمجرد ارتداده.

و الالتفات الى أن التدبير وصيه فلا ينفذ فيه شىء و حيث لم يحصل شىء لم ينفذ العتق. أما المقدمه الاولى فاجماعيه، و أما المقدمه الثانيه، فلزوال ملكه عن جميع أمواله حاله ارتداده، و انتقالها الى وارثه فى تلك الحاله، و هو أقرب، فيلزم على هذا القول اعتناق ثلثه.

قال رحمه الله: و لو ارتد لا عن فطره ثم دبر، صح على تردد.

أقول: منشأ التردد: الشك فى اشتراط القربه فى التدبير، فان قلنا باشتراطه لم يصح لتعذرهما فى جنبه، و ان لم نقل به و هو الاقوى صح التدبير، و هو اختيار الشيخ فى الخلاف «٢»، و حكم فى المبسوط «٣» بالبطلان، لانه نوع تصرف، و المرتد ممنوع من التصرف اذ هو محجور عليه.

قال رحمه الله: و لو كان على الميت دين يستوعب التركه، بطل التدبير و بيع المدبرون فيه، و إلا بيع منهم بقدر الدين و تحرر ثلث من بقى،

سواء كان التدبير سابقا على الدين أو لاحقا على الاصح.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في النهايه: و اذا دبر عبده و عليه دين فرارا به من الدين ثم مات، كان التدبير باطلا، و بيع العبد فى الدين و ان كان التدبير سابقا واقعا فى حال صحه المولى، لم يكن لصاحب الدين على المدبر سبيل، عملا بروايه وهب بن حفص عن أبى عبد الله عليه السلام «٤». و مثله روايه الحسن بن يقطين عن

(١) المبسوط ١٧٣ / ٦.

(٢) الخلاف ١٢ / ٦٦٩.

(٣) المبسوط ١٧٣ / ٦.

(٤) تهذيب الاحكام ١٨ / ٢٦١، ح ١٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٣

أبى الحسن عليه السلام «١».

و قال المتأخر: هذا غير واضح، لانه لا خلاف بيننا أن التدبير بمنزله الوصيه فيخرج من الثلث، و لا يصح الا بعد قضاء الديون، فعلى هذا التحرير و التقرير يباع العبد فى الدين و يبطل التدبير على كل حال، سواء دبره فى حال السلامه أو فرارا من الدين و انما هذا خبر واحد ذكره و أورده شيخنا ايرادا لا اعتقادا. و الحق ما قاله المتأخر، و عليه الفتوى.

قال رحمه الله: و لو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما، لم يقوم عليه حصه الاخر، و لو قيل: يقوم كان وجهها. و لو دبر أحدهما ثم أعتق، و جب عليه فك حصه الاخر. و لو أعتق صاحب الحصه القن، لم يجب عليه فك الحصه المدبره، على تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله البراءه، ترك العمل بها فى بعض الصور فيبقى معمولا بها فيما عداها، و لان التقويم على خلاف مقتضى الدليل، فلا يصار إليه الا بدليل ناقل، و لان التقويم حكم شرعى، فيقف على الدليل الشرعى، و حيث لا دلاله فلا حكم،

و هو

خيريه الشيخ فى الخلاف «٢»، و قواه فى المبسوط «٣». و يؤيده أن الحصة المدبره معرضه للحريه، فلا- حاجه الى تقويمها اذ لا ثمره مهمه فيه.

و الالتفات الى عموم الاخبار الداله على وجوب التقويم على من أعتق شركا له من عبد، و قد تقدم بعضها، و هو الاقوى عندى، و هو القول الاخر للشافعى.

قال رحمه الله: و لو دبره ثم كاتبه كان نقضا للتدبير، و فيه اشكال.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الاصل عدم النقص، فلا يصار إليه الا عند وجود

(١) تهذيب الاحكام ١٨ / ٢٦١، ح ١٣.

(٢) الخلاف ٢ / ٦٧٠.

(٣) المبسوط ٦ / ١٧٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٤

اللفظ الدال عليه صريحا، و هو غير موجود هنا، و لانه لا- فرق بين هذه المسأله و التى قبلها الا تقدم الكتابه على التدبير فى المسأله الاولى، و تأخرها عنه فى المسأله الثانيه.

و ليس ذلك صريحا فى الرجوع فى التدبير، لانه كما يمكن الجمع بين الكتابه و التدبير مع تقدمها، بأن يعتق بالكتابه مع أداء المال قبل موت المولى أو بالتدبير مع تأخر الاداء حتى يموت المولى، فيكون عتقه متوقفا على أسبق الشئيين أداء المال أو موت المولى، كذلك يمكن الجمع بين التدبير و الكتابه مع تأخرها عنه بما ذكرناه حرفا حرفا، فالحكم بأن احدى المسألتين مبطله للتدبير و الاخرى غير مبطله له مع تساويهما فى المنافاه له و امكان الاجتماع معه على الوجه الذى لخصناه تحكم محض.

و اعلم أن الشيخ حكم فى الخلاف بأن ذلك ابطال للتدبير، ثم قال: دليلنا انا قد دللنا على أنه وصيه، و اذا ثبت ذلك يثبت ما قلناه، لان أحدا لا يخالف فيه مع ثبوته «١».

و قال فى المبسوط: اذا دبر عبده أولا

ثم كاتبه، فمن قال: التدبير وصيه، قال:

يكون رجوعاً لانه وصيه، فهو كما لو أوصى بعبده ثم كاتبه. و من قال: عتق بصفه قال: هو عتق بصفه، قال: يصير مكاتبا مدبراً، و الحكم فيه كما لو كاتبه أو لا ثم دبره، و قد مضى حرفاً بحرف «٢».

(١) الخلاف ٢ / ٦٦٩ - ٦٧٠.

(٢) المبسوط ٦ / ١٧٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٥

فصل (في ذكر الترددات المذكوره في فصل المكاتبه)

قال رحمه الله. و يعتبر في الموجب البلوغ و كمال العقل و الاختيار و جواز التصرف، و هل يعتبر الاسلام؟ فيه تردد، و الوجه عدم الاشتراط.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله تعالى «فَكَاتِبُوهُمْ» (١) و يؤيده أن الكتابه عقد معاوضه، فيصح ايقاعها من المسلم و غيره، كغيرها من عقود المعاوضات، و هو خيره الشيخ في المبسوط «٢».

و التفات الى أن الكتابه نوع ازاله رق، فيشترط في موجهها الاسلام كالعتق، و نمنع اشتراط الاسلام في العتق، سلمنا لكن الذى ذكرتموه قياس، و هو عندنا باطل، سلمنا لكن الوصف الجامع بين المقيس عليه و المقيس وصف سلبى، و الاوصاف السلبيه لا يوجب التماثل، لما مر في هذا الكتاب.

قال رحمه الله: و فى كتابه الكافر تردد، أظهره المنع، لقوله تعالى «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا».

(١) سورة النور: ٣٣.

(٢) المبسوط ٦ / ١٣٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٦

أقول: منشؤه: اختلاف التفسير فى قوله تعالى «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» (١) فقال الشيخ فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣»: المراد بالخير هنا الامانه و الكسب و به قال الشافعى. و قال ابن عباس و صاحبه مجاهد و عطا: هو الفقه و الامانه فقط.

وقال الحسن البصرى و الثورى: هو الاكتساب فحسب. فعلى هذه الاقوال جميعا تصح مكاتبه الكافر، اللهم الا أن يقال: ان

الكافر ليس محلا للامانه.

وقيل: هو الدين و الايمان. و اختاره الراوندى و المتأخر، فعلى هذا لا تصح مكاتبه الكافر، و لعله الاقرب، اذ لا يقال للكافر عرفا و ان كان مكتسبا أن فيه خير.

و اعلم أن الشيخ رحمه الله فى المبسوط قوى القول بالبطلان للآيه السابقه، و لقوله تعالى «وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ»[□] «٤» أمر الله تعالى باتيانهم من الصدقه الذى هو عباره عن مال الله، و ليس الكافر من أهلها.

قال رحمه الله: و فى اعتبار اتصال الاجل بالعقد تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى الاصل الدال على الجواز، و لان كتابه نوع معاوضه، فلا يشترط فيها الاتصال كغيرها، و هو قوى.

و الالتفات الى أنه عقد معاوضه، فيشترط فيها اتصال الاجل بالعقد كالاجاره و هو اختيار الشيخ فى المبسوط، و نمنع اشتراط الاتصال، سلمنا لكنه قياس و هو باطل عندنا.

قال رحمه الله: و لو قال: على خدمه شهر بعد هذا الشهر، قيل: بطل على القول باشتراط اتصال المده بالعقد، و فيه تردد.

(١) سوره النور: ٣٣.

(٢) المبسوط ١٣٠ / ٦.

(٣) الخلاف ٢ / ٦٥٥ - ٦٥٦.

(٤) سوره النور: ٣٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٧

أقول: هذا الفرع مبنى على هذه المسأله السابقه، فكل من اعتبر الاتصال قال بالبطلان، كما هو مذهب الشيخ فى المبسوط «١»، و من لم يعتبر ذلك قال بالصحه.

قال رحمه الله: اذا مات المكاتب و كان مشروطا بطلت الكتابه، و كان ما تركه لمولاه و أولاده رقا. و ان لم يكن مشروطا، تحرر منه بقدر ما أداه و كان الباقي رقا و لمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق، و لورثته بقدر ما فيه من حريه، و يؤدى الوارث من نصيب الحريه ما بقى

من مال الكتابه.

و ان لم يكن له مال سعى الاولاد فيما بقى على أبيهم، و مع الاداء ينعتق الاولاد و هل للمولى اجبارهم على الاداء؟ فيه تردد، و فيه روايه أخرى تقتضى أداء ما تخلف من أصل التركه، و تحرر الاولاد و ما يبقى فلهم، و الاول أشهر.

أقول: منشؤه النظر الى أصاله براءه الذمه من وجوب السعى، فلا يصار إليه الا- لدليل أقوى، و لان ثبوت الاجبار على خلاف مقتضى الاصل، فيقف ثبوته على الدليل الشرعى، و هو قوى، و يؤيده ما رواه ابن عطيه عن أبي عبد الله عليه السلام، و هو خير الشيخ فى التهذيب «٢».

و الالتفات الى أن حكم ولد المكاتب حكم أبيه فى أنه يسترق منه مولى أبيه بقدر ما بقى على أبيه، و يتحرر منه بقدر ما تحرر من أبيه،

اذا تقرر هذا فنقول: هؤلاء الاولاد بعضهم حر لا سبيل للمولى عليه، و بعضهم مملوك له فيثبت له الولاية عليه، فيشرع له الاجبار على السعى، دفعا للضرر الناشى من تشقيصهم المقتضى لنقصان الولاية الثابته له عليهم و المانع من الانتفاع الكلى بهم، و عليه دلت ظاهر الروايه المرويه عن الصادق عليه السلام، و هو ظاهر كلام المتأخر

قال رحمه الله: اذا كان للمكاتب على مولاه مال- الى قوله: و اذا تراضيا

(١) المبسوط ٦ / ٧٥.

(٢) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٧٣، ح ٢٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٨

كفى ذلك، و لو لم يقبض الذى له ثم يعيده عوضا، سواء كان المال أثمانا أو أعواضا و فيه قول آخر بالتفصيل.

أقول: قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط: لا يخلو مال الحقين من ثلاثه أحوال، و عنى بذلك المال الذى للمكاتب على سيده و المال الذى للسيد على

مكاتبه من ثلاثه احوال: اما أن يكونا نقدين أو عرضين أو نقدا و عرضا، فان كانا نقدين، فلا يحتاج الى قبض الحقين معا، بل يقبض أحدهما ماله من صاحبه، ثم يرده عليه عوضا عماله في ذمته، لان دفع العوض عن الدراهم و الدنانير التي في الذمه يجوز.

و ان كانا عوضين، فلا بد أن يقبض أحدهما ثم يرد ما قبضه على الاخر عوضا عماله، لان هذا العوض الذي في الذمه ثابت في أحد الحقين عن سلم، فان المكاتب لا يجوز له أن يعوض ما في يده من المال و أخذ المال عن العوض الثابت في الذمه عن كتابه، أو سلم غير جائز.

ثم قال رحمه الله: فاما اذا كان أحدهما نقدا و الاخر عوضا، فانه ان قبض صاحب النقد حقه، لم يجوز أن يدفعه عوضا عن العوض الذي في ذمته، بل عليه تسليمه و اقباضه. و ان قبض صاحب العوض حقه، جاز أن يدفعه بدلا عن النقد و عوضا عنه، لما ذكرناه من التعليل «١».

و أقول: معنى هذه الجملة أن المكاتب لا يجوز له أن يبيع بالثمن المؤجل لما فيه من التغرير بالمال، و يجوز أن يبتاع بالمؤجل لانتفاء التغرير حينئذ.

اذا تقرر هذا فنقول: هذا العوض الثابت في ذمه مولاه لا يجوز أن يكون ثمن مبيع باعه اياه، اذ هو بيع بمؤجل، فتعين أن يكون مبيعا حالاً لم يقبضه المكاتب من سيده، و بيع ما لم يقبض غير جائز عند هذا الشيخ رحمه الله، و لهذا

(١) المبسوط ١٢٤/٦ - ١٢٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٦٩

أوجب أن يقبض كل واحد منهما ماله قبل صاحبه.

قال رحمه الله: اذا جنى عبد المكاتب، لم يكن له أن يفكه بالارش، الا أن

يكون فيه الغبطه له، و لو كان المملوك أبا للمكاتب، لم يكن له افتكاكه بالارش و لو قصر عن قيمه الأب، لانه يتعجل باتلاف مال له التصرف فيه، و يستبقى ما لا ينتفع به، لانه لا يتصرف في أبيه، و في هذا تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن صحه تصرفات المكاتب مشروطه بوجود الغبطه في كل نوع منها، و لا- غبطه في هذا النوع من التصرف، فيكون باطلا. أما المقدمه الاولى فاجماعيه.

و أما المقدمه الثانيه، فلانه ممنوع من التصرف في أبيه لو جاء أن يؤدي مال الكتابه، فينتعق أبوه مع عتقه، فلو سوغتا له الفك تعجلنا باتلاف مال موجود صالح للتكسب بالتصرف فيه، و استبقينا ما لا- ينتفع به عاجلا، و في ذلك ضرر عظيم للمولى و المكاتب أيضا، و هو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط «١».

و الالتفات الى أنه ربما حصل في ذلك غبطه للسيد بتقدير أن يعجز المكاتب عن أداء ما عليه، فيسترق و يسترق أبوه معه، فيكون له الافتكاك، ترجيحاً لهذه المصلحه الظاهره، و لانا انما نمنعه من بعض التصرفات لتضرر المولى بها، و لا ضرر على المولى هنا، و لانه ان عجز عن الاداء استرقهما، و ان أدى حصل المقصود و هذا أقرب من القول الاول.

(١) المبسوط ١٣٦ /٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٠

فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب الاقرار)

قال رحمه الله: و لو قال: له درهم بل درهم، لزمه واحد.

أقول: هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط «١»، و احتج عليه بأن الظاهر من حال المتكلم بذلك أنه أمسك ليستدرك، ثم تذكر أنه ليس عليه الا ذلك فيثبت عليه.

أقول: و الاقوى لزوم درهمين، لاستدعاء الاضراب المغايره، و هو بنص من أهل العلم أقوالهم.

قال رحمه الله: و

لو قال: له عندى مال عظيم قبل تفسيره و لو بالقليل. و كذا لو قال: عظيم جدا كان كقوله عظيم، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن لفظه «جدا» موضوعه فى اللغة للمبالغة فى الكثرة، فلا- يقبل تفسيره لها الا بأقل ما يمكن حملها عليه لغه، و للفقهاء فى حد ذلك خلاف، فبعضهم قال: أقل ذلك ثلاثه دراهم و بعضهم ستمائه درهم و بعضهم اثنان و سبعون درهما.

و الالتفات الى أن الاصل براءه الذمه، و لا دليل على قدر معين مقطوع به بحيث

(١) المبسوط ٢٧/٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧١

يرجع إليه، فلم يبق الا تفسيره، و إلا لزم التحكم المنهى عنه شرعا، و هو اختيار الشيخ فى كتابه و المتأخر.

قال رحمه الله: و لو قال: غصبتك شيئا و قال: أردت نفسك لم يقبل.

أقول: انما لم يقبل تفسير المقر لكلامه فى هذه الصورة لما فيه من المنافاه لاقاراره، لان ذلك ليس بغصب فى الحقيقه، اذ الحر لا يثبت عليه يد الغاصب، فقد فسر الغصب بما ليس بغصب، فلاجل ذلك لم يقبل منه.

قال رحمه الله: و لو قال: أ ليس لى عليك كذا؟ فقال: بلى كان اقرارا.

و لو قال: نعم لم يكن اقرارا، و فيه تردد من حيث يستعمل الامران استعمالا ظاهرا.

أقول: منشؤه: وضع أهل اللغة «نعم» مخففه للكلام السابق نفيا أو اثباتا، فعلى هذا لا يكون الجواب بها هنا اقرارا بل انكارا، لانها يفيد تحقيق النفى، و تحقيق النفى انكار بالضروره، اذ معناه: نعم ليس لك على شىء.

حلى، نجم الدين جعفر بن زهدرى، إيضاح ترددات الشرائع، دو جلد، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشى نجفى - ره، قم -

ایران، دوم، ١٤٢٨ ه ق

إيضاح ترددات

و لهذا قيل فى قوله تعالى «أ لست بربكم قالوا بلى» انهم لو قالوا نعم لكفروا، اذ معناه حينئذ نعم لست بربنا، و هذا اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط «١».

و الالتفات الى أن أهل العرف يستعملونها للايجاب فى الحالين، فيكون الجواب بها اقرارا، اذ تقدير الكلام نعم لك عندى كذا، فالشيخ رحمه الله نظر الى الحقيقة اللغوية بأنها بعد «أ ليس» لا يقبل الاقرار بل تحقيق النفي، و المصنف رحمه الله رجح الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، فحكم بافادتها الاقرار.

و الحق ما قاله المصنف رحمه الله، لان اللفظ اذا دار بين الحقيقة اللغوية و العرفية، فالترجيح للعرفية، اللهم الا أن يكون هناك قرينه حاله أو مقالیه، فيجب العمل بمقتضاها.

قال رحمه الله: الاستثناء من الجنس جائز، و من غير الجنس على تردد.

(١) المبسوط ٢٣ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٢

أقول: منشؤه: النظر الى أن قبول الاستثناء فى الاقرار على خلاف الاصل بمقتضى الدليل، لما فيه من الانكار بعد الاقرار، ترك العمل به فى سماع الاستثناء من الجنس لدليل أقوى، فيبقى معمولاً به فيما عداه.

و لاین الاستثناء من غير الجنس لو صح، لصح اما من اللفظ أو من المعنى، و القسمان باطلاق، فالقول بصحة الاستثناء من غير الجنس باطل.

أما الاول، فلان اللفظ الدال على شىء بعينه غير دال على ما يخالف جنس مسماه، و اللفظ اذا لم يدل على مسماه لا يحتاج الى صارف يصرفه عنه، لاستحاله تحصيل ما هو حاصل.

و أما الثانى، فلانه لو جاز حمل اللفظ على المعنى المشترك بين مسماه و بين المستثنى ليصح الاستثناء، لجاز استثناء كل شىء من كل شىء، لان كل شيئين لا بد أن يشتركا من

بعض الوجوه، فاذا حمل المستثنى على ذلك المشترك صح الاستثناء.

و لما عرفنا أن العرب لم يجوزوا استثناء كل شىء من كل شىء علمنا بطلان هذا القسم، و هو اختيار فخر الدين الرازى من الاصوليين و أكثر الفقهاء و النحاه.

و الالتفات الى أن فى القرآن و الشعر و المعقول ما يدل على جواز ذلك.

أما الاول، فأيات خمس:

الاول: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً» (١).

الثانى: «فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ» (٢) و لم يكن من الملائكة بل من الجن.

الثالث: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(١) سورة النساء: ٩٢.

(٢) سورة الحجر: ٣٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٣

مِنْكُمْ» (١).

الرابع: «مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ابْتِغَاءَ الظَّنِّ» (٢) و الظن ليس من جنس العلم.

الخامس: «لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَ لَا تَأْتِيهَا إِلَّا قِيلاً سَلَاماً سَلَاماً» (٣) و السلام ليس من جنس اللغو.

و أما الثانى، فقول الشاعر و هو النابغة:

و بلده ليس بها أنيس الا اليعافير و الا العيس

و قول الاخر:

وقفت بها اصلاً لأسئلتها أعيت جواباً و ما بالدار من أحد

و أما الثالث، فلان الاستثناء تاره يقع عما يدل عليه اللفظ دلالة المطابقة و التضمن، و تاره عما يدل عليه دلالة الالتزام، فاذا قال:

لفلان على ألف دينار الا ثوباً، فمعناه: قيمة الثوب. و الحق الاول لما ذكرناه، و الآيات مؤولات.

و اعلم أن المانعين اختلفوا على قولين، منهم من منع من ذلك مطلقا، و هو غلط، لانه واقع و منهم من منع من ذلك حقيقه و
جوزه مجازا، و هو الحق، و اختاره فخر الدين و الشيخ أبو جعفر.

أما المجوزون حقيقه، فمنهم من ذهب الى أن الاستثناء مقول بالتواطؤ

على المتصل و المنفصل دفعا للاشتراك، و ذهب آخرون الى أنه مشترك بينهما اشتراكا لفظيا، لان المتصل اخراج و المنقطع يختص بالمخالفة من غير اخراج، فلا اشتراك معنوى هنا.

و انما طولنا الكلام فى هذه المسألة هنا، لكونها من المسائل المهمة، و ان كانت خارجه عن هذا العلم.

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) سورة النساء: ١٥٧.

(٣) سورة الواقعة: ٢٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٤

قال رحمه الله: اذا قال: له على عشرة الا درهما، كان اقرارا بتسعه و نفيا للدرهم و لو قال: إلا درهم، كان اقرارا بالعشرة.

أقول: الفرق بين الصورتين أن «الا» فى الصورة الاولى حرف استثناء، و لهذا كان ما بعدها منصوبا، اذ الاستثناء من الموجب يجب أن يكون منصوبا فى الاحوال الثلاث، و ان اختلف فى ناصبه، و الاستثناء من الاثبات نفى كما قرره، فيكون قد أقر بتسعه و أنفى درهما.

و أما فى الصورة الثانية، فانها وصف لا حرف استثناء، و لهذا كان ما بعدها مرفوعا، فيكون قد أقر بعشره، اذ المعنى: له عندى عشرة غير درهم.

قال رحمه الله: و لو قال: ما له عندى شىء، كان اقرارا بدرهم. و كذا لو قال:

ماله عندى عشرة الا درهم، كان اقرارا بدرهم. و لو قال: الا درهما، لم يكن اقرارا بشىء.

أقول: اذا كان الاستثناء من بعد حرف النفى و أردت أن تقر بما بعد الرفعته، لانك اذا رفعته فانما رفعته، بأن جعلته بدلا من العشرة، فكانك قلت: ما له عندى الا- درهم، و ان لم يرد الاقرار فانصبه، ليصير تعبير الكلام: ما له على تسعه، و انما لم يكن ذلك اقرارا لان «عندى» لم يرفع شيئا، فيثبت له عندك، فكانك قلت:

ما له عندى تسعه، و هذا الفرق

ذكره الشيخ في المبسوط «١» و أتبعه المتأخر.

قال رحمه الله: و يقبل اقرار المفلس، و هل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الاصل؟ فيه تردد.

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى أن اقرار المفلس مقبول، سواء أقر بدين في ذمته أو بعين من أعيان ماله، محتجا بعموم قوله عليه السلام «اقرار العقلاء على أنفسهم

(١) المبسوط ١١ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٥

جائز» «١» و هذا عاقل، فيسمع اقراره.

و قال المتأخر: الاولى عندي أنه لا يصح اقراره في أعيان ماله بعد الحجر عليه و يصح اقراره بدين في ذمته، و هو حسن لتعلق حق الغرماء بأعيان أمواله.

إذا عرفت هذا فنقول: منشأ التردد النظر الى تعلق حق الغرماء بما هو وجود في يده، فيعطى دينه من الفاضل عن دين غرمائه، و هو أحد قولى الشافعى.

و الالتفات الى أن المقر له قد صار غريما بظاهر اقراره، فتكون له المشاركة عملا بظواهر الاخبار، و هو اختيار الشيخ في كتابيه المبسوط «٢» و الخلاف «٣» و المتأخر و القول الاخر الشافعى.

قال رحمه الله: لو شهد الاخوان و كانا عدلين بابن للميت، ثبت نسبه و ميراثه و لا يكون ذلك دورا.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: كل موضع يثبت النسب بالاقرار يثبت بالمال، الا في موضع واحد، و هو اذا كان اثبات الميراث يؤدي الى اسقاطه مثل أن يقر الاخوان بابن للموروث، فان نسبه يثبت، و لا يثبت الميراث، لانه لو ورث حجب الاخوان و خرجا عن كونهما وارثين، فيبطل الاقرار بالنسب، اذ هو اقرار من غير وارث، و اذا بطل النسب بطل الميراث، فلما أدى اثبات الميراث الى اسقاطه أسقط، فيثبت النسب دونه.

ثم قال رحمه الله: و لو

قلنا بثبوت الميراث أيضا كان قويا، لانه قد ثبت نسبه بشهادتهما، فتبعه الميراث لا بالاقرار. هذا في المقر الذي يثبت النسب باقراره،

(١) عوالى اللثالى ٢٢٣ / ١ و ٢٥٧ / ٢ و ٤٤٢ / ٣.

(٢) المبسوط ٤ / ٣.

(٣) الخلاف ١ / ٦٢٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٦

و هو اذا كانا عدلين «١».

و المصنف رحمه الله اختار ما قواه الشيخ أخيرا، و هو المعتمد، و اختاره المتأخر فى الجزء الثالث من كتابه.

(١) المبسوط ٣ / ٣٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٧

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب الأيمان)

إشاره

قال رحمه الله: و لو قال: و قدره الله و علم الله، فان قصد المعانى الموجهه للحال لم ينعقد اليمين، و لو قصد كونه قادرا عالما جرى مجرى القسم بالله القادر العالم.

و كذا تنعقد بقوله: و جلال الله، و عظمه الله، و كبرياء الله، و فى الكل تردد.

أقول: اعلم أن المتكلمين اختلفوا فى صفات الله تعالى، فذهب جمهورهم الى أن صفاته تعالى ذاتيه، فهو تعالى عالم لذاته قادر لذاته، لا بمعنى قائم به، و كذلك باقى الصفات، و الاشاعره أنكرت ذلك و زعموا أنه عالم بالعلم قادر بالقدره حى بالحياه، الى غير ذلك من الصفات، و تحقيق القولين المذكور فى كتب الاصول.

فمن قال بالاول قال: اذا حلف بهذه الصفات لم ينعقد يمينه، لان الله عالم بذاته، فاذا قال. و علم الله، كان معناه و معلوم الله، فلا يكون يمينا بالله.

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط «١» و الخلف «٢»: ان قصد الحالف المعانى التى أثبتتها الاشعرى لم ينعقد يمينه، و ان قصد به كونه قادرا عالما كان يميناً، فان

(١) المبسوط ١٩٦/٦.

(٢) الخلف ٥٥٢/٢ مسألة ١٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٨

ذلك قد يعبر به عن كونه عالماً و

قادرا، و أتبعه المتأخر.

و المصنف رحمه الله تردد في ذلك، و منشأ ترده: النظر الى أن انعقاد اليمين حكم شرعى يقف ثبوته على اللفظ الذى وضعه الشارع دليلا على الانعقاد، و ليس الا الحلف به تعالى، أو باسمائه المختصه به تعالى، أو الذى ينصرف اطلاقها إليه و ليس هنا شىء منها بوجود.

و الالتفات الى أن ذلك قد يعبر به عن كونه قادرا عالما، و لو حلف بذلك انعقدت يمينه اجماعا، و كذا بما هو فى معناه، و لقائل أن يمنع انعقاد اليمين مع الحلف بالقادر العالم.

قال رحمه الله: الاستثناء بالمشيئه يقف اليمين عن الانعقاد، اذا اتصل باليمين أو انفصل، بما جرت العاده أن الحالف لم يستوف غرضه، و لو تراخى عن ذلك من غير عذر حكم باليمين و لغى الاستثناء، و فيه روايه مهجوره.

أقول: أشار بذلك الى ما رواه الحسين القلانسي أو بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: للبعد أن يستثنى فى اليمين ما بينه و بين أربعين يوما اذا نسي «١».

و فى روايه الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام فى قوله تعالى «وَ اذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ» «٢» قال: اذا حلف الرجل فنسى أن يستثنى فليستثن اذا ذكر «٣». و عمل الاصحاب على الاول.

قال رحمه الله: و لا يدخل الاستثناء فى غير اليمين، و هل يدخل فى الاقرار؟
فيه تردد، و الاشبه أنه لا يدخل.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الاقرار اخبار عن حق واجب فى الذمه، فلا يقبل

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٨١ ح ٢٠.

(٢) سوره الكهف: ٢٤.

(٣) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٨١، ح ١٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٧٩

التعليق على الشرط. أما الصغرى فاجماعيه.

الكبرى فلو جوب كون المشروط متوقع الوجود، و استحاله كون الاقرار كذلك، و لان قبول الاستثناء على خلاف مقتضى الاصل، لما فيه من المناقضه للكلام السابق، فلا نحكم بجوازه الا مع وجود الدليل الدال عليه، و به قال مالك من الجمهور، و هو اختيار الشيخ فى الخلاف «١» محتجا بما ذكرناه أخيرا، و هو خيره المتأخر، و هو غير موجود هنا.

و الالتفات الى أن الاقرار ايقاع، فيدخل فيه الاستثناء كاليمين، و هو اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط «٢» و أبى حنيفة، و لما كان هذا الدليل ضعيفا لكونه مجرد قياس و هو عندنا باطل، لا جرم كان القول الاول أقوى.

فرع:

قال الشيخ فى المبسوط: يدخل الاستثناء فى العتق و النذور «٣» و هو مذهب أبى حنيفة، و البحث فيه كما تقدم.

قال رحمه الله: و الحروف التى يقسم بها الباء و التاء و الواو، و كذا لو خفض و نوى القسم من دون النطق بحروف القسم على تردد، أشبهه الانعقاد:

أقول: منشؤه: النظر الى أن الانعقاد حكم شرعى، فيقف ثبوته على اللفظ الذى وضعه الشارع دليلا عليه، و ليس الا هذه مع النطق بها، اذ القسم لا يكون الا بحرف القسم، و هو خيره الشيخ فى الخلاف «٤»، و حكاه عن جميع الفقهاء الا أبا جعفر الأسترآبادى.

(١) الخلاف ٢ / ٥٥٨.

(٢) المبسوط ٦ / ١٩٩.

(٣) المبسوط ٦ / ٢٠٠.

(٤) الخلاف ٢ / ٥٥٦ مسألة ١٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٠

و الالتفات الى أن أهل اللغة أجازوا ذلك و استعملوه اختصارا لكثرة الاستعمال و لعلم المحذوف هنا يقينا فيكون جائزا و مستعملا شرعا، اذ الشرعى غالبا تابع للغوى.

فائدة:

اذا كان المقسوم به اسم الله تعالى جاز نصبه و جره مع حذف حرف القسم القسم، فأما من نصب فانه يقول: انتصابه بفعل محذوف، تقديره: ألزم يمين الله و حذف المضاف و أقيم المضاف إليه مقامه، أو يكون التقدير: أقسم الله، أى بالله فلما حذف الحرف وصل الفعل إليه بنفسه فنصبه، و لا يجوز الجر بعد الحذف الا فى اسم الله خاصة لكثرة استعماله فى القسم و قال

الكوفيون: يجوز مطلقا، واحتج كل من الفريقين بأدله ليس هذا موضع ذكرها، لكن القول الاول أقرب في المقامين.

قال رحمه الله: و لو قال: ها الله كان يمينا، و في أيمن الله تردد، من حيث هو جمع يمين، و لعل الانعقاد أشبه، لانه موضوع للقسم بالعرف،

و كذا أيم الله و م الله.

أقول: منشؤه: اختلاف النحاء فى هذه اللفظه، فقال البصريون: هى مفردة و اشتقاقها من اليمن أى البركه، فعلى هذا يكون يمينا قطعاً.

و احتج البصريون على صحه مذهبهم بأنها قد يكسر همزتها فى بعض اللغات، و لو كانت جمع يمين لما كسرت، و بأن همزتها همزه وصل، بدليل حذفها فى قول الشاعر:

فقال فريق القوم لما نشدتهم نعم و فريق أيمن الله لا ندرى

و همزه الجمع ليست بهمزه وصل.

و قال الكوفيون: هى جمع يمين، فعلى هذا لا يكون قسماً، لان اليمين ليس

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨١

بقسم، فكذلك جمعه، اذ هو عباره عن تضعيف الواحد، و هو ضعيف، فانه لا يلزم من كون اليمين حاله الانفراد ليست قسماً أن لا- يكون حاله الجمع قسماً، لانها هنا موضوعه للقسم بالعرف، و الوضع تابع للاصطلاح، كما بين فى أصول الفقه، فلهذا قال المصنف: و لعل الانعقاد أشبه.

و احتج الكوفيون على صحه مطلوبهم بقول الشاعر:

* يبرى لها من أيمن و أشمل*

فلو لم يكن جمعا لما قابلها بالاشمل، و لان فى جمعها فى القسم زياده توكيد.

و أجاب البصريون عن ذلك بأجوبه ليس هذا موضع ذكرها.

و على الوجه الذى لخصناه لا يظهر للخلاف فائده فى هذه المسأله، لاتفاق الفريقين على كونها موضوعه للقسم، و ان اختلفوا فى كونها مفردة أو جمعا.

و أما أيم الله، فأصلها أيمن الله، فحذف النون منها لكثرة استعمالها و تكسر همزتها و تفتح.

و «م الله» أصلها أيم الله، فحذفوا الألف اختصاراً و اصل ايم الله أيم الله و كسروها، لانها صارت حرفاً واحداً فاشبهت الباء. و أما من الله، ففيها لغات: ضم الميم و النون و فتحهما و كسرها، حكاه الجوهري

فى الصلاآ « ١ »، و أصلها أىمن الله أىضا، فآذفت الهمزة تخفيفا، فبقىة الباء ساكنة، و الابداء بالساكن مآال فآذفت أىضا و بقىة الهمزة و النون.

قال رآمه الله: و تصآ اليمين من الكافر، و قال فى الآلاف: لا تصآ، و فى صآه التكفير منه تردد، منشؤه الالتفات الى اعتبار القربة.

أقول: و آه الصآه النظر الى التمسك بالعمومات الداله على و آوب الكفاره مع الآنآ.

(١) صآاح اللغة ١٦ / ٢٢٢١.

إيضاح ترددات الشرائع، آ ٢، ص: ٨٢

و اعلم أن الشىآ رآمه الله فى المبسوط « ١ » آكم بصآه اليمين منه فى آال كفرة، و لم يآكم بصآه تكفيره آاله كفرة. و آكم فى الآلاف « ٢ » ببطلانهما، و هو قول أبى آنيفه، الا- أنه قال بعد ذلك: و استدل الشافعى بآواهر الآآبار و آملها على عمومها، و هو قوى يمكن اعتماده.

و الآآقىق أن يقال: موجبات الكفر مآآلفه، فقد يكون انكار مؤآر مآآار أو و آدانىته و ما فى معناهما، و قد يكون نبوه مآمد عليه السلام، و قد يكون انكار إمامه من يقوم مقامه، فالاول لا يصآ منه التكفير، لكونه غير عارف بالله، و لا يلزم مثله فى الثانى و الآآ.

قال رآمه الله: اذا آلف لا يأكل طعاما اشآراه زىد، لم يآنآ بأكل ما يشآريه زىد و عمرو، و لو اقتسماه على تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءه الذمه من و آوب التكفير، ترك العمل بها فى صوره الاكل من الطعام الذى يآنآ بشرائه زىد، لآآقق الآنآ آىنآذ، فىبقى معمولا- به فىما عداه، و لآن اليمين انما تناولت الطعام الذى يستقل باشآرائه زىد، و هو غير موجود هاهنا، أما قبل القسمه فآاهر، و أما بعد القسمه فلانه و ان كان قد صار هذا القدر المقسوم مآآصا

بزید، فهو غير مختص بشرائه، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى أن الطعام قد اشترياه صفقه واحده، فيكون كل واحد قد اشترى بصفه، بدليل أنه يلزم كل واحد ثمن النصف، و اذا ثبت ذلك و أكل من الطعام حنث، لانه قد أكل من طعام يصدق عليه أنه اشتراه زید، كما لو حلف لا أكلت رغيف زید، فأطبق عليه رغيف عمرو فأكلهما حنث، لانه قد أكل رغيف زید و ان

(١) المبسوط ١٩٤ / ٦.

(٢) الخلاف ٥٥٢ / ٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٣

كان معه رغيف عمرو فكذا هنا، لانه قد أكل من طعام اشتراه زید و ان كان مع غيره و هو مذهب أبي حنيفة و أصحابه، و ليس بجيد.

قوله «هذا طعام اشترياه معا فيكون لكل واحد نصفه» قلنا: مسلم، فيحنث، لانه أكل من طعام اشتراه زید قلنا حقيقه أو مجازا، الاول ممنوع لصدق النفي الذي هو من علامات المجاز على كل جزء جزء منه، الثانى مسلم لكنه غير نافع فى المطلوب، اذ اللفظ حاله اطلاقه انما ينصرف الى حقيقته دون مجازه.

قوله «كما لو حلف لا- أكلت رغيف زید» الى آخره، قلنا: الفرق بين الصورتين ظاهر، لان كل واحد من الرغيفين يشار إليه أنه لزید بالخصوصيه، و نمنع سلبه عنه و الاخر لعمرو كذلك، بخلاف الصوره الاولى، بدليل أنه لو أشار الى جزء منه و قال: هذه اشترها زید، لصح الجواب ب «لا» و انما اشترها زید و عمرو.

قال رحمه الله: اذا حلف لا- أكلت رءوسا، انصرف الى ما جرت العاده بأكله غالبا، كءوس البقر و الغنم و الابل، و لا يحنث برءوس الطير و السمك و الجراد، و فيه تردد، و لعل الاختلاف عادى.

أقول: منشؤه: النظر الى

أن الرءوس حقيقه فى جميع ذلك، فيحنت بأكل أيها كان، عملا بظاهر اللفظ، و هو خيره المتأخر.

و الالتفات الى أن الرءوس المأكوله عرفا و عاده انما هى هذه الثلاثه، فيتعلق اليمين بها، اذ الاظهر فى الاستعمال انما هو العرفى، و اللفظ اذا دار بين الحقيقه العرفيه و اللغويه، فالترجيح للعرفيه، كما مر فى أماكنه، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١» و الخلاف و مذهب الشافعى، و قال فى الخلاف: انما أخرجنا ذلك بالاجماع «٢».

(١) المبسوط ٢٣٨ / ٦.

(٢) الخلاف ٥٧٣ / ٢، مسأله ٧٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٤

فرع:

قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط: هذا الحكم انما يكون اذا لم يكن له نيه فأما اذا كان له نيه حنث و بر على نيته «١». و ما قاله رحمه الله حسن.

قال رحمه الله: لو حلف لا يأكل لحما فأكل إليه، لم يحنث و هل يحنث بأكل القلب و الكبد، فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله البراءه، و لان اليمين انما تناولت اللحم، و ليس الكبد و القلب لحما، و هو اختيار الشيخ فى كتابيه و مذهب الشافعى.

و الالتفات الى أن ذلك يسمى لحما لغه و ان لم يسم به عرفا فيحنت بأكله، اذ الحقيقه السابقه انما هى اللغويه، و هو اختيار المتأخر فى القلب خاصه، و لم يذكر حكم الكبد، و اختار أبو حنيفه الحنث بأكل الكبد و الطحال، لانهما يباعان معا مع اللحم.

فرع:

قال الشيخ رحمه الله: حكم الطحال حكم الكبد و القلب.

قال رحمه الله: لو حلف لا يأكل بسرا فأكل منصفاً، أو لا يأكل رطبا فأكل منصفاً، حنث، و فيه قول آخر ضعيف.

أقول: المراد بالمنصف هنا ما نصفه بسر و النصف الاخر رطب.

اذا عرفت هذا فنقول: قال فى الخلاف: اذا حلف لا- يأكل رطبا أو لا يأكل بسرا، حنث بأكل المنصف فيهما، مستدلا بأن أكل المنصف يستلزم أكل ما تعلق اليمين به من أى النوعين كان و زياده «٢».

(١) المبسوط ٦ / ٢٣٩.

(٢) الخلاف ٢ / ٥٧٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٥

وقال في المبسوط: ان أكل الرطب من المنصف حنث، و ان أكل منه البسر لم يحنث، و ان أكله على ما هو به حنث، لانه قد أكل الرطب. ثم قال: و هكذا لو حلف لا يأكل بسرا فأكل منصفاً، فعلى ما فصلناه

و الظاهر أنه أراد في الخلاف ما فصله في المبسوط، و هو مذهب الشافعي و أصحابه.

و قال ابن ادريس: الذي يقوى في نفسى أنه لا يحنت للعرف، لان السيد اذا قال لعبده: اشتر لنا رطبا فاشترى منصفا لم يعد ممثلا لامره. و كذا لو أمره شراء البسر فاشترى المنصف، و انما العرف العادى أن الرطب هو الذى جميعه قد نضج و البسر هو الذى جميعه لم ينضج.

و ما قاله الشيخ أحسن، و ما اختاره ابن ادريس مذهب أبى سعيد الاصطخرى.

و الظاهر أن المصنف أراد بالقول الضعيف ما ذكره ابن ادريس، لا ما قاله الشيخ رحمه الله.

قال رحمه الله: اسم الفاكهه يقع على الرمان و العنب و الرطب، فمتى حلف لا يأكل فاكهه حنت بأكل واحده من ذلك، و فى البطيخ تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن للبطيخ نضجا، كنضج الرطب يحلو اذا نضج و يؤكل كالعنب و الرطب، فلهذا كان من الفاكهه، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى أن ذلك لا يسمى فاكهه عرفا.

قال رحمه الله: اذا حلف لا آكل خلافا فاصطبع به حنت.

أقول: المراد بالاصطباغ هنا الايتدام، قال الله تعالى «و شَجَرَةٌ تَخْرُجُ مِنْ طُورِ سَيْنَاءَ تَنْبُتُ بِالذَّهْنِ وَ صَبْغٍ لِلْأَكْلِينَ» (٢).

(١) المبسوط ٦ / ٢٤١.

(٢) سورة المؤمنون: ٢٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٦

قال رحمه الله: أما لو قال: لاسكنت هذه الدار و هو ساكن بها- الى قوله:

أما التطيب ففيه التردد، و لعل الاشبه أنه لا يحنت بالاستدامه.

أقول: ينشأ: من النظر الى اصالتي براه الذمه و عدم الحنت، ترك العمل بها فى صوره اللبس و الركوب و السكنى و الاسكان للاجماع، و لان هذه الافعال تصح اضافتها الى المده، كما تصح اضافتها الى الابتداء،

فيقال: لا لبستهما شهرا لا ركبتهما شهرا، و كذلك السكنى و المساكنه فيه.

و ليس كذلك التطيب، اذ لا تصح اضافته الى المده، كما تصح اضافته الى الابتداء، فلا يقال: لا تطيب شهرا، بل انما يقال: منذ شهر فاقترفا، و لان الشرع قد جعل استدامه اللبس كابتدائه، و لم يجعل استدامه الطيب كابتدائه، بدليل أنه لو أحرم لابسا فاستدامه فعليه الفديه، كما لو ابتدأه بعد الاحرام.

و لو أحرم متطيبا فلا شىء عليه، و ان كان ممنوعا من ابتدائه حال احرامه.

قال فى المبسوط: و عندنا فى الاحرام مثل ذلك، غير أنه يجب عليه ازاله الطيب عنه «(١)». و هو اختيار الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى أن التطيب فى عرف الشرع يصح نسبه الى الاستدامه كما يصح نسبه الى الابتداء، فيقع الحنث باستدامته.

أما المقدمه الصغرى، فلان الشارع أوجب على المتطيب دم شاه، سواء ابتداء الطيب فى حال احرامه أو استدامته، و لو لا أن هذا الفعل يمكن نسبه إليهما لما صح ذلك. و أما الكبرى فظاهره مع تسليم الصغرى، و لقائل أن يمنع الصغرى كما هو مذهب الشيخ فى المبسوط.

(١) المبسوط ٦ / ٢٢٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٧

فرع:

قال الشيخ رحمه الله: و البحث فى التطهر و النكاح كالبحت فى التطيب، و هو حسن.

قال رحمه الله: و لو قال: لا ضربت، فأمر بالضرب لم يحنث، و فى السلطان تردد، أشبهه أنه لا يحنث الا بالمباشره.

أقول: منشؤه: النظر الى أن اضافه الضرب الى الحالف يقتضى مباشرته له حقيقه، فلا يحنث بالامر بالضرب، لانه انما تصح اضافه ضرب المأمور إليه على سبيل المجاز لصحه نفيه، و اللفظ عند اطلاقه انما يحمل على حقيقته دون مجازه و لاصالتي براءه الذمه

من

وجوب الكفاره و عدم الحنث، و هو اختيار الشيخ فى الخلاف «١»، و اختاره المتأخر.

و الالتفات الى أن العاده و العرف قاضيين بنسبه هذا الفعل إليه و ان لم يصدر عنه، فيحنث به. أما الصغرى فلاينه يقال: باع الخليفه، و ان كان البائع وكيله، و كما قيل زنا ماعز فرجمه رسول الله صلى الله عليه و آله، و انما أمر برجمه، و هو الذى قواه الشيخ فى المبسوط «٢» أولاً، ثم قوى القول الاول أخيراً. و أما الكبرى فظاهره حينئذ.

قال رحمه الله: و لو حلف لا- بعث أو لا- شريت، فتوكل لغيره فى البيع أو الشراء، ففيه تردد، و الاقرب الحنث لتحقق المعنى المشتق منه.

أقول: منشؤه: النظر الى أن البائع شىء صدر منه البيع، و هذا المعنى متحقق فى الوكيل البائع عن غيره، فيحنث لايجاده الفعل الذى تعلق به اليمين

(١) الخلاف ٢ / ٥٧٦.

(٢) المبسوط ٦ / ٢٤٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٨

و هو البيع. و كذا البحث فى الشراء.

و الالتفات الى أن اطلاق اليمين ينصرف الى البيع عن نفسه عرفاً لا عن غيره فلا يحنث، و هو قوى لاصاله البراءه.

قال رحمه الله: اذا حلف لا- ركبت دابه العبد، لم يحنث بركوبها، لانها ليست له حقيقه، و ان أضيفت إليه فعلى المجاز، أما لو قال: لا ركبت دابه المكاتب، حنث بركوبها، لان تصرف المولى ينقطع عن أمواله، و فيه تردد.

أقول: ينشأ من النظر الى أصالتي براءه الذمه و عدم الحنث، و لان المكاتب و ان انقطع تصرف المولى عن أمواله، فهو عبده، فلا يحنث بركوب دابته، اذ ليست له حقيقه بدليل أنه ممنوع من التصرف فيها و فى باقى أمواله، الامع مراعات الغبطه.

و الالتفات الى أنها

و ان لم يكن ملكه، فهي في حكم ملكه، بدليل أنه هو المتصرف فيها دون سيده، و السيد لا يملك بيعها و لا هبتها و لا التصرف فيها بوجه من الوجوه، و هو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط «١».

و الحق أنه ان ركب دابه المكاتب المطلق حنث، و ان ركب دابه المكاتب المشروط لم يحنث، و الفرق بينهما أن الاضافه الحقيقيه يكفى في تحققها ثبوت الملكيه في المضاف، كليه كانت أو جزئيه، و هذا المعنى متحقق في دابه المكاتب المطلق فيحنث.

و انما قلنا انه متحقق لانه اما أن يؤدي جميع ما عليه أولا، فان أدى فلا بحث لاستقرار ملكه للجميع حينئذ، و ان لم يؤدي الجميع بل البعض فلاضافه متحققه أيضا، لتحقق الملكيه الجزئيه.

قال رحمه الله: التسرى هو وطئ الامه، و في اشتراط التحذير نظر.

(١) المبسوط ٦/ ٢٤٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٨٩

أقول: اختلف العلماء في حقيقه التسرى، فذهب أبو حنيفه و محمد الى أنه عباره عن الوطئ و التحذير، و هو اختيار الشيخ في الخلاف «١»، محتجا بأن الجاريه ضربان: سريه و خادمه، فاذا حذرها و وطئ فقد ترك الاستخدام و تسرى و قواه في المبسوط، و اختاره المتأخر، و هو أحد أقوال الشافعي.

و ذهب في قوله الثاني الى أنه عباره عن الوطئ فقط، و ذهب في القول الثالث الى أنه عباره عن الوطئ مع الانزال، و به قال أبو يوسف، و هو المذهب عند، و قواه في المبسوط «٢» أيضا.

اذا عرفت هذا فنقول: منشأ نظر المصنف الالتفات الى أصالتي براءه الذمه و عدم الحنث، ترك العمل بها في تحنيته اذا وطئ و حذر، لانعقاد الاجماع على أنه تسر، اذ لا خلاف بين

هؤلاء طرا أنه لو فعل ذلك كان متسريا، و انما الخلاف فى أنه لو حصل الوطى فقط، أو الوطى و الانزال هل يكون متسريا أم لا؟.

و الالتفات الى أن الاحتياط يقتضى تحنيته مع الوطى فقط، أما أو لا فلتحصيل البراءه بيقين. و أما ثانيا فلان مع الاختلاف لا يأمن أن يكون الحق فى أحد الاقوال لا بعينه، و اذا كفر مع حصول الوطى فقط كان عاملا بالاقوال جميعها، فيجب عليه سلوك هذه الطريقه، لقضاء العقل بوجوب سلوك الطريق المأمون دون غيره.

و اعلم أن هذه المسأله فرضها الشيخ رحمه الله فى صورتين: احدهما فيما اذا حلف ألا يتسرى، ذكر ذلك فى الخلاف «٣» الصوره الثانيه فيما اذا قال: كل جاريه تسريت بها فهى حره، ذكر ذلك فى المبسوط.

ثم قال: فاذا قال ذلك نظرت، فان لم يكن له جاريه لم يتعلق به حكم، فان

(١) الخلاف ٢ / ٥٨١.

(٢) المبسوط ٦ / ٢٥١.

(٣) الخلاف ٢ / ٥٨١ مسأله ١٠٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٠

ملك جاريه بعد هذا فيسرى بها لم يحنث، بلا خلاف بيننا و بين جماعه، لانه عقد اليمين قبل وجود الملك، و ان كان له جاريه فتسرى بها حنث، لان العقد و الصفه و جدا معا فى ملكه كالطلاق «١».

قال رحمه الله: و لو أذن المولى لعبده فى ايقاع اليمين انعقدت، فلو حنث باذنه فكفر بالصوم، لم يكن للمولى منعه، و لو حنث بغير اذنه كان له منعه، و لو لم يكن الصوم مضرا، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن صوم العبد تصرف فى نفسه، فلا يسوغ له فعله الا باذن مولاه، و يكون له منعه منه، و المقدمتان ظاهرتان، و هو اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط

و الالتفات الى أن الاذن له فى ايقاع اليمين يستلزم الاذن له فى الصوم مع الحنث، فيكون له التكفير بالصوم و لا يشرع للمولى منعه.

أما المقدمه الاولى، فلان الاذن فى الشىء اذن فى توابع ذلك الشىء، و لقائل أن يمنع كون الصوم من توابع اليمين، اذ مقتضاها المنع من الحنث لا وجوب الصيام، بل هو من توابع الحنث، و هو غير مأذون فيه، كما لو اذن له فى التزويج فانه يلزمه مهر زوجته و نفقتها، لانه من توابع النكاح، و لا شك أن الصوم مع الحنث مع توابع اليمين، فيكون الاذن فيها اذنا فيه.

و أما المقدمه الثانيه فظاهره و هو الاقوى.

(١) المبسوط ٦ / ٢٥١.

(٢) المبسوط ٦ / ٢١٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩١

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب النذر)

قال رحمه الله: و كذا يتوقف نذر المملوك على اذن المالك، فلو بادر لم ينعقد و ان تحرر، لانه وقع فاسداً، و ان أجاز المالك ففى صحته تردد، أشبهه اللزوم.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله عليه السلام «من نذر أن يطيع الله فليطعه، و من نذر أن يعصيه فلا يعصيه» (١) و لان المانع من الانعقاد انما هو عدم اذن السيد فى الايقاع، و هو منتف هنا، و لان المقتضى للانعقاد موجود و المعارض هنا منتف فيجب القول بالانعقاد.

أما المقتضى فهو اللفظ الصريح الدال على الالتزام بالمنذور الصادر من البالغ العاقل المسلم.

و أما انتفاء المعارض، فلان المعارض المذكور هنا ليس الا ثبوت سلطنه المولى عليه المقتضيه لاستيلائه على منافع المانع من الانعقاد، و هى هنا منتفيه، لوجود الاجازة الداله على الرضا بذلك النذر.

(١) عوالى اللئالى ٣ / ٤٤٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٢

والاتفات الى أن النذر ايقاع، فلا يقع موقوفا كغيره، و المعتمد الاول.

قال رحمه الله: و لو نذر أن يحج و لم يكن له مال، فحج عن غيره، أجزأ عنهما على تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى الروايه «١» الداله على الاجزاء، و

قد ذكرناها في كتاب الحج، و هو اختيار الشيخ في النهاية «٢».

و الالتفات الى أن اطلاق نذر الحج ينصرف الى الاتيان به عن نفسه لا عن غيره، و لان الحج عن الغير مستحق بالاستئجار، فلا يكون مجزيا عن النذر أيضا أما أولا، فلاصالة عدم التداخل. و أما ثانيا، فلاستحالة اجتماع العلل على معلول واحد.

و الحق أن نقول: ان قصد الناذر ذلك اجزاء عنهما، و ان أطلق و لم يقصد ذلك لم يجزه الحج عن غيره و وجب عليه الاتيان بالحج عن نفسه.

قال رحمه الله: و لا ينعقد نذر الصوم اذا لم يكن ممكنا، كما لو نذر صوم يوم قدوم زيد لم ينعقد نذره، سواء قدم ليلا أو نهارا، أما ليلا فلعدم الشرط، و أما نهارا فلعدم التمكن من صيام اليوم المنذور، و فيه وجه آخر.

أقول: ذهب الشيخ في الخلاف «٣» و المبسوط الى أن هذا النذر غير منعقد محتجا بوجهين:

الاول: اصاله براءة الذمه قاضيه بعدم الوجوب، فيتمسك بها الى حين ظهور الناقل.

الثاني: أن صوم هذا اليوم مستحيل، و كل أمر مستحيل لا يصح نذره، فهذا

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٣١٥، ح ٥٠.

(٢) النهاية ص ٥٦٧.

(٣) الخلاف ٢ / ٥٨٥ مسألة ١٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٣

لا يصح نذره.

أما الصغرى فلان المسافر اما أن يقدم ليلا أو نهارا، و دليل الحصر ظاهر، فان قدم ليلا لم يلزم الصوم أصلا، لانه لم يوجد الشرط و هو القدوم نهارا، و هذا لا-خلاف فيه بين العلماء كاه، و ان قدم نهارا لم يلزم الصوم، لانه حينئذ يكون قد مضى جزء من النهار، و هو بحكم المفطر، و اذا كان ذلك لم يصح صومه، لان الصوم لا يتبعض، لان بعض يوم

لا يكون صوماً، و هو اختيار المتأخر أيضاً و أحد قولي الشافعي، و اختاره أبو حامد من الجمهور أيضاً.

و أما الكبرى فاجماعيه، و ذهب الشافعي في القول الثاني الى انعقاد النذر و اختاره المزني، فحينئذ نقول: اما أن يقدم نهارة أو ليلا، فان قدم ليلا لم يكن القضاء له، اذ لم يوجد شرط النذر لكن يستحب. و ان قدم نهارة، فهنا مسائل:

الاول: ورد الخبر بقدمه يوم كذا، فنوى من ليله ذلك اليوم أن يصوم غدا عن نذره، فقدم من غده، أجزأ صومه و لا قضاء عليه، لانه قد صامه عن نذره ناويا له من الليل.

الثاني: قدم المسافر و الناذر مفطر، فعليه القضاء، لانه ما صامه عن نذره.

الثالث: أن يقدم و الناذر صائم تطوعا، فانه يكمل بقيه يومه، و يقضيه اذا لم يثبت منه النذر من الليل. و هذه المسائل ساقطه عنا، لما بيناه من عدم الانعقاد.

اذا عرفت هذا فنقول: يمكن أن يكون المصنف أشار بقوله «و فيه وجه آخر» الى ما ذكرناه عن الشافعي.

و يحتمل أن يكون أراد بذلك أن المسافر ان قدم قبل الزوال و لم يكن قد تناول الناذر شيئا من المفطرات، و جب عليه إنشاء نيه الصوم عن نذره و أجزأ عنه، لان وقت نيه الصوم يمتد الى الزوال عندنا، و لهذا يجوز إنشاء نيه ما لم يزل الشمس.

هذا في غير صوم رمضان، فأما صوم رمضان فلا بد من اختصار النيه فيه عند أول جزء من الصوم أو نيتها مستمرا على حكمها.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٤

و اعلم أن هذا الاحتمال ذكره الشيخ في المبسوط «١» في كتاب الصوم، و قال في كتاب النذر منه بعد ذكر هذه المسألة بلا فصل: فان فرضنا

قدوم زيد مع طلوع الفجر، لم يجب عليه قضاء أيضا، لان عند حصول الشرط يجب عليه، فيحتاج أن ينوى فيما بعد الصوم عما وجب عليه، وهذا لا يصح هاهنا، لانه قد مضى جزء من اليوم و هو بحكم المفطر.

و هذا القول يدل على أن نيه الصوم لا- بدّ من احضارها عند أول جزء الصيام، أو نيتها مستمرا على حكمها، و المشهور بين علمائنا الاول.

قال رحمه الله: لو نذر الصيام فى بلد معين، قال الشيخ: صام اين شاء، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصاله براه الذمه من الوجوب، ترك العمل بها فى وجوب الصوم، للاجماع، و لعموم النصوص الداله على وجوب الوفاء بالمنذور فيبقى معمولا بها فيما عداها.

و الالتفات الى ان نذر الصيام فى بلد معين طاعه، فيجب الوفاء به، و لا يجزى الصوم فى غيره، و المقدمتان ظاهرتان، و هو ظاهر كلام المتأخر فى كتاب الصوم.

و لقائل أن يمنع كون المجموع- أعنى: الصوم و كونه فى بلد معين- طاعه بل الطاعه انما هى الصوم فقط، فيجوز ايقاع الصوم حينئذ فى أى موضع شاء المكلف.

و اعلم أن هذا المنع انما يتمشى اذا لم يكن الموضع الذى قد نذر فيه الصيام من الاماكن المشرفه. أما اذا كان من الاماكن المشرفه، كالمسجد الحرام و مسجد النبى صلى الله عليه و آله و ما شا كلهما، فالاقوى ايقاع الصوم فى الموضع المنذور.

قال رحمه الله: و لو نذر الصلاه فى مسجد معين أو مكان معين من المسجد

(١) المبسوط ١/ ٢٧٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٥

لزم، لانه طاعه. أما لو نذر الصلاه فى مكان لا مزيه فيه للطاعه على غيره، قيل:

لا يلزم، و تجب الصلاه و يجزى ايقاعها فى كل

مكان، وفيه تردد.

أقول: ينشأ من النظر الى الاصله الداله على براهه الذمه من لزوم الصلاه فى الموضع المعين، و لان المنذور يشترط أن يكون طاعه و لا طاعه فى الصلاه فى هذا المكان، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى عموم قوله تعالى «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ» (١) و عموم قوله عليه السلام «من نذر أن يطيع الله فليطعه» (٢) و هو الذى قواه الشيخ أخيرا.

فرعان:

الاول: اعلم أن الشيخ رحمه الله قال فى المبسوط: اذا نذر أن يصلى ركعتين فى أحد هذين المسجدين، و عنى مسجد النبى عليه السلام و الاقصى، انعقد نذره بالصلاه و هل يتعين عليه المكان بالنذر؟ قال قوم: يتعين عليه. و قال قوم: لا يتعين و له ايقاع الصلاه حيث شاء، و الاول أقوى.

و احتج على ذلك بأنه طاعه فيجب الوفاء به، عملا بالخبر الذى ذكرناه نحن أولا، و لان أبا سعيد الخدرى روى أن النبى صلى الله عليه و آله قال: لا تشد الرحال الا الى ثلاثه مساجد: المسجد الحرام، و المسجد الاقصى، و مسجدى هذا.

ثم قال: و اذ انذر اتيان غيره هذه، فمسجد الكوفه و البصره و نحو هذا، فلا ينعقد نذره. و كذا لو نذر الصلاه فيها، بل يصلى حيث شاء. ثم قال: و يقوى فى نفسى أنه متى نذر الصلاه فى هذه المساجد لزمه.

و أقول: و الاول أقوى عندى، عملا بظاهر روايه الخدرى.

الثانى: قال رحمه الله فى المبسوط أيضا: اذا نذر اتيان هذين المسجدين

(١) سورة النحل: ٩١.

(٢) عوالى اللثالى ١٢٣/٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٦

أعنى: مسجد النبى عليه السلام و الاقصى، و يجب و يلزمه عند الوصول صلاه ركعتين، لان المقصود بالاتيان

الطاعة و القربه، و انما يحصلان بالصلاه فيه لا بقصده، و لقائل أن يمنع المقدمه الثانيه، اذ نفس قصد أحدهما طاعه.

قال رحمه الله: اذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان، لم ينعقد نذره لان صيامه مستحق بغير النذر، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن صوم هذا اليوم واجب بأصل الشرع، فلا يصح نذره أما أولاً، فلاستحاله تحصيل الحاصل. و أما ثانياً فلاشتماله على العيب، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط، و أتبعه المتأخر.

و الالتفات أنه ربما تحققت فى هذا النذر فائده، و هو وجوب كفاره خلف النذر مع تعمد المخالفه بالافطار، فيصح النذر لتحقق هذه الفائده، و هو اختيار شيخنا فى المختلف «١».

تمت الترددات المذكوره فى قسم الايقاعات، و الله المشكور على ما أسبغ من أنعمه السنيات.

(١) مختلف الشيعه ص ١١١ من كتاب الايمان.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٧

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب الصيد)

قال رحمه الله: و يؤكل ما قتله المعراض اذا خرق.

أقول: المعراض السهم الذى لا ريش فيه، ذكر ذلك الجوهري فى الصحاح «١».

قال رحمه الله: اذا عض الكلب صيدا، كان موضع العضه نجسا يجب غسله على الاصح.

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله فى الخلاف «٢» الى أن موضع العضه ليس بنجس، فلا يجب غسله، مستدلاً بقوله تعالى «فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ» «٣» فأباح تعالى الاكل و لم يأمر بالغسل، و لان الاخبار كلها داله على ذلك، اذ لم يؤمر فيها بغسل الموضع، و هو أحد قولى الشافعى.

و الحق الوجوب، و هو اختيار المتأخر، و القول الثانى للشافعى.

لنا- أنه نجس فيجب غسل الموضع الذى لاقاه بفمه، أو غيره من سائر جسده

(١) صحاح اللغه ٣ / ١٠٨٣.

(٢) الخلاف ٢ / ٥١٧.

(٣) سورة المائدة: ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٨

و

المقدمتان ظاهرتان اجماعيتان عندنا، والآيات و الاخبار متروكتا «١» الظاهر، للاجماع المقدم ذكره. و قال فى المبسوط: القول بعدم التنجيس أقوى، و الثانى أحوط «٢».

قال رحمه الله فى فصل الذبائح: فان نحر المذبوح أو ذبح المنحور فمات لم يحل أكله. و لو أدرك ذكاته فذكى حل، و فيه تردد، اذ لا استقرار للحياه بعد الذبح أو النحر.

أقول: منشؤه: النظر الى أصل الاباحه، و لاین المقضى للاباحه و هو التذكيه موجود، فيحكم بها عملا بالمقتضى، و هو اختيار الشيخ فى النهايه «٣»، و أتبعه المتأخر.

و الالتفات الى أن التحليل حكم شرعى، فيقف ثبوته على الدليل الشرعى، و لم يوجد دليل دال على تحليل المنحور اذا ذبح أو المذبوح اذا نحر، و التذكيه انما تؤثر الاباحه اذا صادفت محلا قابلا لها، و هو غير موجود هنا، اذ المحل القابل انما هو ذو الحياه المستقره اجماعا، و نحن نمنع استقرار الحياه مع الذبح أو النحر، و هو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف «٤».

قال رحمه الله: و تكره الذبائح ليلا إلا مع الضروره، و بالنهار يوم الجمعة قبل الزوال، و أن ينخع الذبيحه.

أقول: المراد بالنخع هنا ابانه الرأس من الجسد و قطع النخاع، و هو الخيط الابيض الذى فى جوف الفقار، و هى منظومه فيه، و هى من الرقبه ممدود عجب الذنب، هذا تفسير الشيخ رحمه الله و ابن ادريس.

(١) فى «س»: متركتى.

(٢) المبسوط ٦ / ٢٥٩.

(٣) النهايه ص ٥٨٣.

(٤) الخلاف ٢ / ٥٢٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٩٩

و قال الجوهرى: يقال ذبحه فنخعه، أى: جاوز منتهى الذبح الى النخاع، و منه دابه منخوعه «١».

قال رحمه الله: ذكاه الجنين ذكاه أمه ان تمت خلقته، و قيل: و لم تلجه الروح

و لو ولجته، لم يكن بد من تذكيته، وفيه اشكال. و لو لم يتم خلقة لم يحل أصلا و مع الشرطين يحل بذكاه أمه. و قيل: لو خرج حيا و لم يتسع الزمان لتذكيته حل أكله، و الاول أشبه.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في النهاية: و اذا ذبح شاه أو غيرها، ثم وجد في بطنها جنين، فان كان قد أشعر أو أوبر و لم يلجه الروح فذكاته ذكاه أمه. و ان لم يكن تاما لم يحل أكله على حال، و ان كان فيه روح وجب تذكيته، و الا فلا يجوز أكله «٢». و تبعه ابن ادريس.

و بمضمونه قال في الخلاف «٣» و المبسوط، الا- أنه قال في المبسوط: و ان خرج حيا نظرت، فان عاش بقدر ما لا يتسع الزمان لذبحه فهو حلال، و ان عاش ما يتسع الزمان لذبحه ثم مات قبل الذبح فهو حرام، سواء تعذر ذبحه لتعذر الآله أو لغيرها «٤». و هو مذهب الشافعي و جماعه من قدماء الجمهور.

و قال المصنف في نكت النهاية حيث سئل هل أراد الشيخ رحمه الله بقوله «و لم يلجه الروح» أصلا أم وقت خروجه لم يكن فيه روح؟ و بماذا يكون «٥» تاما؟

هل بعدم الاشعار أم بشيء آخر؟ أراد بالذئ ليس بتمام ما لم يكن أشعر أو أوبر،

(١) صحاح اللغة ٣ / ١٢٨٨.

(٢) النهاية ص ٥٨٤ - ٥٨٥.

(٣) الخلاف ٢ / ٥٤٢.

(٤) المبسوط ٦ / ٢٨٢.

(٥) في «م»: لا يكون.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٠

و أراد عدم ولوج الروح فيه أصلا، بحيث لو ولجته الروح فيه أصلا، بحيث لو ولجته الروح في جوف أمه لم يحل ما لم يذك.

ثم قال: هذا مقصوده رحمه الله في كتبه كلها،

و تابعه المتأخرون على ذلك، و عندي هذا في موضع المنع.

أما اشتراط تمام الخلقة، فانا نسلمه اتفاقا، و لروايه محمد بن مسلم عن أحدهما «١»، و روايه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام «٢»، و روايه جراح المدائني عنه عليه السلام «٣»، و روايه ابن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام «٤».

و أما اشتراط عدم ايلاج الروح مع اشتراط الاشعار و الايبار، فبعيد. أما أولا فلعدم النقل، و أما ثانيا فلقضاء العاده بخلافه. و ما قاله المصنف سديد في موضعه.

قال رحمه الله: الثاني - الحشرات، كالفأر و ابن عرس و الضب، ففي وقوع الذكاه عليها تردد، أشبهه أنه لا يقع.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الوقوع حكم من أحكام الشريعة، فيقف ثبوته على الخطاب الشرعي، و هو مفقود هنا.

و الالتفات الى أنها طاهره، فيصح ذكاته. و انما كان عدم الوقوع أشبهه، لان ذبح الحيوان محظور الا بالشرع، لما فيه من التعذيب المستقيح عقلا و لا شرع هنا.

قال رحمه الله: الرابع - السباع، كالاسد و النمر و الفهد و الثعلب، ففي وقوع الذكاه عليها تردد، و الوقوع أشبهه.

أقول: ينشأ: من النظر الى ما ذكرناه في التردد السابق على هذا بلا فصل.

و انما كان الوقوع هنا أشبهه، لما في تسويغه من المنفعه المقصوده للعقلاء، و هي

(١) تهذيب الاحكام ٥٨ / ٩، ح ٢٤٤.

(٢) تهذيب الاحكام ٥٩ / ٩، ح ٢٤٦.

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩ / ٩، ح ٢٤٥.

(٤) تهذيب الاحكام ٥٨ / ٩، ح ٢٤٣، و فيه ابن سنان.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠١

الانتفاع بجلود ما ذكرناه: أما مع الذكاه فقط، أو مع الدبغ أيضا على الخلاف.

قال رحمه الله: و لو اتخذ موحله للصيد، فنشب بحيث لا يمكنه التخلص، لم يملكه بذلك،

لأنها ليست آله معتاده، و فيه تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن الموحله ليست آله فى العاده، فلا- يحصل بها ملك الصيد، بل يفيد الاولويه، فان تخطاها أحد و أخذ الصيد ملكه و ان كان مسيئا و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى ان اتخاذ الموحله للصيد يجرى مجرى الحيازه يملك بها الصيد اذ هو مباح و المباح يملك بالحيازه، و لان ذلك يسمى آله لغه.

قال رحمه الله: و لو أغلق عليه بابا و لا- مخرج له، أو فى مضيق لا- يتعذر قبضه ملكه، و فيه أيضا اشكال، و لعل الاشبه أنه لا يملك هنا الا مع القبض باليد أو الآله.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن ذلك ليس آله معتاده للاصطياد، و لان الملك حكم شرعى فيقف على موضع الدلاله، و حيث لا دلالة فلا حكم.

و الالتفات الى أن ذلك حيازه فيقع به الملك. و انما كان عدم الملك أشبه، لدلاله الاصل عليه.

قال رحمه الله: و لو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه، فان نوى اطلاقه و قطع نيته عن ملكه، هل يملكه غيره باصطياده؟ الاشبه لا، لانه لا يخرج عن ملكه بنيه الاخراج، و قيل: يخرج، كما لو وقع منه شىء حقير فأهمله، فانه يكون كالمبيح له، و لعل بين الحالين فرقا.

أقول: أشار بالفرق الى أن الاهمال هنا انما أفاد الاباحه على تقدير تسليمها، و هو غير المتنازع فيه، اذ النزاع انما وقع فى افاده الملك و هو غير الاباحه.

قال رحمه الله فى كتاب الاطعمه و الاشربه: الاول- فى حيوان البحر، و لا يؤكل منه الا ما كان سمكا له فلس، سواء بقى عليه كالشبوط و البياح، أو لم يبق

كالكنعت.

أقول: الكنعت ضرب من السمك، و يقال أيضا: كنعذ بالبدال غير المعجمه،

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٢

نقل ذلك المتأخر فى كتابه.

قال رحمه الله: ما ليس له قانصه و لا حوصله و لا صيصيه فهو حرام.

أقول: المراد بالصيصيه هنا الجارحه من كف الطائر، فانها بمنزله الابهام من بنى آدم، و كل ما يحصن به صيصيه بغير همز، لانها مشتقه من الصياص، و هى الحصون، و قد يراد بها القرون أيضا، ذكر ذلك جميعه المتأخر.

قال رحمه الله: المحرمات من الذبيحه خمس: الطحال، و القضيب، و الفرث، و الدم، و الاثنيان، و فى المثانه و المراره و المشيمه تردد، أ شبهه التحريم لما فيها من الاستخبات.

أقول: منشؤه: النظر الى قضاء الاصله بالإباحه، و هو خيره شيخنا المفيد و سلا.

و الالتفات الى أن هذه الاشياء مستخبتة عرفا، فتكون محرمة شرعا. أما المقدمه الاولى، فظاهره لكونها وجدانيه.

و أما الكبرى، فلقوله عليه السلام «كل ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» «١» و لا شك أن استخبات هذه الاشياء حسن عند المسلمين، فيكون حسنا عند الله تعالى، عملا بظاهر الخبر، و هو المراد بالتحريم هنا، و هو اختيار الشيخ و أتباعه.

و المثانه بالثاء المنقطه بثلاث نقط موضع البول و مخففه، ذكر ذلك الجوهرى «٢» و المتأخر.

و المشيمه الغرس و أصلها مفعله فسكنت الياء و الجمع مشائم على مثال معايش، ذكر ذلك الجوهرى فى صحاحه «٣». و عنى بالغرس بكسر الغين ما

(١) عوالى اللئالى ١ / ٣٨١.

(٢) صحاح اللغه ٦ / ٢٢٠٠.

(٣) صحاح اللغه ٥ / ١٩٦٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٣

يخرج مع الولد كأنه مخاط و يقال: جليده يكون على وجه الفصيل ساعه يولد فان تركت قتلتة. قال الراجز:

يترك في كل مناخ أبس

كل جنين مشعر في غرس «١»

قال رحمه الله: أما الفرج و النخاع و العلباء و الغدد و ذات الاشاجع - الى آخره.

أقول: قد مر تفسير النخاع، و فيه لغتان: ضم النون و كسرهما، و من العرب من يفتحها أيضا.

و العلباء بكسر العين عصبتان عريضتان صفراوان ممدودان من الرقبه على الظهر الى عجب الذنب.

و الاشاجع أصول الاصابع التى تتصل بعصب ظاهر الكف، الواحد أشجع، قال لييد:

و أنه يدخل فيها إصبعه يدخلها حتى تواري أشجعه

قال الجوهري: و ناس يزعمون أنه اشجع مثال اصبع، و لم يعرفه أبو الغوث «٢».

قال رحمه الله: القسم الخامس فى المائعات، و المحرم منها خمسة: الخمر و كل مسكر كالنبيذ و البتع و الفضيخ، و النقيع و المزر.

أقول: البتع بكسر الباء المنقطه من تحتها نقطه واحده و سكون التاء المنقطه من فوقها بنقطتين شراب يتخذ من العسل.

و النقيع: شراب يتخذ من الزبيب. و المزر: شراب من الذره. و أما الفضيخ، فهو شراب يتخذ من تمر و سر، و يقال: هو أسرع ادراكا.

(١) صحاح اللغه ٢ / ٩٥٢.

(٢) صحاح اللغه ٣ / ١٢٣٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٤

قال رحمه الله: و دواخن الاعيان النجسه عندنا طاهره، و كذا كل ما أحالته النار فصيرته رمادا أو دخانا على تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن ايجاب الاصحاب الاستصباح بالدهن النجس تحت السماء دون الظلال يؤذن بنجاسه دخان الاعيان النجسه و رمادها، و هو أصح وجهى الشافعى.

و الالتفات الى أن الاصحاب رووا جواز السجود على جص أو قد عليه بالنجاسات، و ذلك يدل على أن دواخن الاعيان النجسه و رمادها ظاهران، و الا لزم السجود على النجس، و هو باطل اجماعا، و هذا الدليل عول عليه الشيخ فى

المبسوط «١» و المتأخر.

و احتج في الخلاف «٢» بأصالتي الطهاره و براءه الذمه، و بأن الحكم بالنجاسه و شغل الذمه يحتاج الى دليل، و لقائل أن يمنع جواز السجود على الجص، فيسقط حينئذ الاستدلال به.

و يمنع دلاله ايجاب الاستصباح بالنجس تحت السماء فحسب على النجاسه و لم لا يقال ان ذلك تعبد شرعى تعبدنا به؟ كما هو مذهب ابن ادريس و المصنف أو يمنع وجوب الاستصباح به تحت السماء دون السقف، بل هو جائز، أى:

الاستصباح به تحت الظلال على كراهيه، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط «٣»، و بالجمله فتردد المصنف هنا ضعيف بالمره.

قال رحمه الله: لا يجوز أن يأكل الانسان من مال غيره الا باذنه، و قد رخص مع عدم الاذن فى تناول من بيوت من تضمنته الآيه اذا لم يعلم منه الكراهيه،

(١) المبسوط ٦/ ٢٨٣.

(٢) الخلاف ٢/ ٥٤٤ مسأله ٢٠.

(٣) المبسوط ٦/ ٢٨٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٥

و لا يحمل منه، و كذا ما يمر به الانسان من النخل، و كذا الزرع و الشجر على تردد.

أقول: ينشأ من النظر الى أن جواز ذلك فى النخل ثبت على خلاف مقتضى الدليل، للاجماع و النص، فيبقى الباقي من الزرع و الشجر على أصاله التحريم، و هو اختيار الشيخ فى الحائريات.

و الالتفات الى الرويتين المرويتين عن أبى عبد الله عليه السلام «١» دالتان على جواز الاكل من جميع ذلك، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣» و كتابى الاخبار، و اختاره المتأخر، الا أن المتأخر جوز تناول ما لم ينه المالك، و الشيخ أطلق القول بالجواز و خص الجواز فى النهايه «٤» بالفواكه.

و اعلم أنه قد روى على بن يقطين عن أبى الحسن

عليه السلام ما يضاد ذلك ظاهرا قال: سألته عن الرجل يمر بالثمره من النخل و الكرم و الشجر و المباطخ و غير ذلك من الثمر، أ يحل أن يتناول و يأكل بغير اذن صاحبه؟ و كيف حاله ان نهاه صاحب الثمره؟ و كم الحد الذى يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئا «٥». و حمل الشيخ ذلك على النهى عن الاخذ دون الاكل.

قال رحمه الله فى أحكام المضطر: و لو وجد ميته و طعام الغير - الى قوله:

فان كان صاحب الطعام ضعيفا لا يمنع أكل الطعام و ضمنه و لم تحل الميتة، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الضروره المبيحه لاكل الميتة منفيه هنا، فلا

(١) تهذيب الاحكام ٦/ ٣٨٣.

(٢) المبسوط ٦/ ٢٨٨.

(٣) الخلاف ٢/ ٥٤٦.

(٤) النهايه ص ٤١٧.

(٥) تهذيب الاحكام ٧/ ٩٢، ح ٣٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٦

يسوغ له أكلها، و انما قلنا انها منفيه لانه قادر على أكل طعام مستطاب حالالا، بأن يقومه على نفسه و يؤدى ثمن مثله فيجب عليه، و هو الذى قواه الشيخ فى المبسوط «١».

و الالتفات الى عموم النهى عن التصرف فى مال الغير، ترك العمل به فى ما اذا لم يجد الاطعام الغير فقط، للاجماع عليه، و لتحقق الاضطرار إليه، و حصول الضرر العظيم مع تركه، فيبقى معمولا به فيما عداه، و هو الاقوى.

(١) المبسوط ٦/ ٢٨٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٧

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب الغصب)

إشاره

قال رحمه الله: و لو استخدم الحر لزمته الاجره. و لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به، لان منفعه في قبضته. و لو استأجره لعمل، فاعتقله و لم يستعمله فيه تردد، و الاقرب أن الاجره لا تستقر لمثل

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءة الذمه من الاجره، و لان المنافع انما تضمن بالغصب و لا غصب هنا.

و الالتفات الى أن عقد الاجاره اقتضى وجوب الاجره للاجير على المستأجر كما اقتضى وجوب العمل للمستأجر عليه من أول زمان الامكان، فاذا لم يستعمله في ذلك الزمان استقرت عليه الاجره لتفريطه.

قال رحمه الله: و يضمن الخمر بالقيمه عند المستحل لا بالمثل، و لو كان المتلف ذميا على ذمي، و في هذا تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الخمر من ذوات الامثال، و نعى بالمثل ما يتساوى أجزاءه قيمه فيضمن بالمثل. أما المقدمه الاولى، فظاهره مع معرفه تفسير المثلى.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٨

و أما المقدمه الثانيه، فاجماعيه و لقوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (١) و لان المقتضى للضمان بالمثل موجود و المعارض مفقود، فيجب القول بضمان المثل.

أما المقتضى للضمان بالمثل، فهو تلف العين المغصوبه التي من ذوات الامثال و لا شك في وجوده هنا.

و أما المعارض، فهو عدم ملكيه الخمر المانع من أدائها بدلا، و ذلك انما يتأتى في حق المسلم، أما الذمي فلا، و هو مذهب أبي حنيفه.

و الالتفات الى أنه قول مشهور لعلمائنا، فيجب تلقيه بالقبول، اذ الكثره أماره الرجحان، خصوصا و قد استدل الشيخ في الخلاف «٢» عليه باجماع الفرقه و أخبارهم.

فرع:

قال الطحاوى: لو أسلم المتلف و كان ذميا قبل أن يؤخذ منه مثل الخمر سقط عن ذمته. و هذا انما يتأتى على القول الاول. أما على قول الشيخ فلا، بل تجب القيمه سواء أسلم المتلف أولا. و لما كان هذا الدليل ضعيفا، لا جرم كان القول الاول أقوى.

قال رحمه الله: لو غصب شاه فمات ولدها

جوعاً، ففي الضمان تردد. وكذا لو حبس مالك الماشيه عن حراستها فاتفق تلفها. وكذا التردد لو غضب دابه فتبعها الولد.

أقول: منشأ التردد في هذه المسائل الثلاث من النظر الى أصله براءه الذمه و هي دليل قطعي، فيتمسك بها الى حين ظهور الدليل الناقل عنها، و هو غير موجود هنا.

(١) سورة البقره: ١٩٤.

(٢) الخلاف ١/ ٦٧٩، مسأله ٢٨ من كتاب الغصب.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٠٩

و من الالتفات الى أن سبب الاتلاف في هذه الصور صدر منه، فيلزم الضمان و لعله الاقوى.

قال رحمه الله: أما لو فتح رأس الظرف، فقلبتة الريح أو ذاب بالشمس، ففي الضمان تردد، و لعل الاشبه أنه لا يضمن، لان الريح و الشمس كالمباشر، فيبطل حكم السبب.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله البراءه، و لان الريح و الشمس مستقلان بالاتلاف هنا، فينتفى الضمان عنه، بدليل أن المباشر للتلف أولى بالضمان من ذى السبب، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «١».

و الالتفات الى أن المباشر هنا ضعيف، فيبطل حكمه، و الاول أقوى.

فأئده:

قال الشيخ في المبسوط: أصل هذا الباب و ما في معناه كل من فعل فعلا بيده كان الضمان عليه، كما لو باشر القتل و ان كان بسبب، فان كان مباحا كمن حفر بئرا فوقع فيها انسان في ظلمه كان عليه الضمان، و ان حصل منه سبب و حدث بعده فعل سقط حكم السبب، ثم ينظر في المباشر، فما يتعلق به الضمان ضمن، كالحافر و الدافع و الممسك و الذابح، و ان كان مما لا يضمن فعله سقط حكمه، كالطائر بعد وقوفه عندهم، و قد قلنا ما عندنا فيه «٢».

قال رحمه الله: و ان لم يكن مثليا ضمن قيمته يوم غضبه،

و هو اختيار الاكثر.

و قال فى الخلاف: يضمن أعلى القيم من حين الغضب الى حين التلف، و هو حسن.

و لا عبره بزياده قيمه و لا بنقصانها بعد ذلك على تردد.

(١) المبسوط ٣ / ٨٩ - ٩٠.

(٢) المبسوط ٣ / ٩٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٠

أقول: منشؤه: النظر الى أصاله براءه الذمه، ترك العمل بها فى صوره الزامه بالقيمه يوم غضبه، أو أعلى القيم من حين يوم الغضب الى حين التلف، فيبقى معمولاً بها فيما عداها، و هو خيره الشيخ رحمه الله فى المبسوط «١».

و الالتفات الى أن الغاصب مأمور برد المغضوب فى كل زمان يأتى عليه و هو فى يده، و اذا ثبت أنه مأمور بذلك فى كل أوان و جب عليه أعلى القيم من حين الغضب الى حين الرد، و لان الغضب عقوبه و ايجاب أعلى القيم مناسب لتلك العقوبه.

قال رحمه الله: و كل جنايه [ديتها] مقدره فى الحر، فهى مقدره فى المملوك بحساب قيمته، و ما ليست مقدره فى الحر ففيها الحكومه. و لو قيل: يلزم الغاصب أكثر الامرين من المقدر و الارش، كان حسناً.

أقول: القول الاول للشيخ رحمه الله فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣»، و احتج عليه فى الخلاف باجماع الفرقه و أخبارهم، و أتبعه المتأخر، و يؤيده الاصاله.

و القول الثانى للمصنف رحمه الله، و ربما كان أشبه لما فيه من تغليظ العقوبه على الغاصب.

قال رحمه الله: و لو استغرقت قيمته، قال الشيخ رحمه الله: كان المالك مخيراً بين تسليمه و أخذ قيمه و بين امساكه و لا شىء له، تسويه بين الغاصب فى الجنايه و غيره، و فيه التردد.

أقول: ايجاب القيمه مع تسليمه إليه للاجماع، فيبقى معمولاً بها فيما عداها

(١) المبسوط ٣ / ٦٠.

(٢) المبسوط

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١١

و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١» و الخلاف «٢»، محتجا باجماع الفرقه و أخبارهم.

و الالتفات الى أن تغليظ العقوبه يقتضى الزامه بأرش الجنايه مع رد المملوك الى سيده.

قال رحمه الله: و لو غضب شيئين ينقص قيمه كل واحد منهما اذا انفرد عن صاحبه كالخفين - الى قوله: أما لو أخذ فردا من خفين يساويان عشره، فتلف فى يده و بقى الاخر فى يد المالك ناقصا عن قيمته بسبب الانفرد، رد قيمه التالف ان لو كان منضما الى صاحبه، و فى ضمان ما نقص من قيمه الاخر تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن أصله براءة الذمه تنفى وجوب ذلك، و لان سبب الضمان فى هذه الصوره انما هو تلف المغصوب أو الغصب، و هو مفقود هنا اذ المغصوب انما هو التالف دون غيره، بخلاف ما لو غصبها معا، و هو قوى.

و الالتفات الى أن التفرقه جنايه منه، فيلزم ما نقص بها، و هو ظاهر كلام الشيخ و المتأخر.

قال رحمه الله: و لو أغلا الزيت فنقص ضمن النقصان، و لو أغلا عصيرا فنقص وزنه، قال الشيخ: لا يلزمه ضمان النقيصه، لانها نقيصه الرطوبه التى لا قيمه لها بخلاف الاولى، و فى الفرق تردد.

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله فرق فى المبسوط «٣» بين المسأله الاولى و هذه بأن النار لا يفقد أجزاء الزيت، فاذا ذهب بعض العين كان كالمثلف للزيت عينه و ذاته، فلهذا كان عليه ما نقص، و ليس كذلك العصير لان فيه ماء، فالنار يأكل منه الماء و بعض الاجزاء، ألا تراه يثخن و يزيد حلاوته، فكأن الذى ذهب منه لا قيمه له، فلهذا لم يضمن نقصان

(١) المبسوط ٣/ ٦٤.

(٢) الخلاف ١/ ٦٧٣.

(٣) المبسوط ٣/ ٨١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٢

و المصنف رحمه الله منع الفرق بين صورتين، اذ هما متساويتان، فيخصص احدهما بحكم ليس للآخرى ترجيح من غير مرجع. قوله «ألا تراه يشخن و يزيد حلاوته» قلنا: و كذلك الزيت يشخن.

قال رحمه الله: و لو أولدها المشتري كان حرا و عزم قيمه الولد و يرجع بها على البائع، و قيل فى هذه: له مطالبه أيهما شاء، لكن لو طالب المشتري رجوع على البائع، و لو طالب البائع لم يرجع على المشتري، و فيه احتمال آخر.

أقول: القائل هو الشيخ رحمه الله فى المبسوط قال: أما المشتري فلانه و جب بفعله، و أما البائع الغاصب فلانه سبب يد المشتري «١». و المتأخر قصر الرجوع على المشتري فقط لانه مباشر، و هو ضعيف بغرور البائع اياه، فيكون السبب أقوى، و يجىء على قول هذا القول الزام الغاصب البائع فقط.

و أما الاحتمال الذى أشار المصنف رحمه الله إليه فهو ما ذكر الشيخ رحمه الله و المتأخر، من أنه اذا رجع المالك على البائع الغاصب، فكل موضع قلنا لو رجع على المشتري رجوع به المشتري على الغاصب، كما يغرمه فيما لم يحصل له فى مقابلته يقع كالولد، فالغاصب هنا لا يرجع بشئ، و كل موضع قلنا لو رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب، كما يغرمه فى ما حصل له فى مقابلته نفع فالغاصب هنا يرجع على المشتري لاستقرار الضمان عليه.

قال رحمه الله: اذا غصب مملوكه فوطأها- الى قوله: و لو سقط ميتا قال الشيخ رحمه الله: لم يضمه، لعدم العلم بحياته، و فيه اشكال ينشأ من تضمين الاجنبى، و فرق الشيخ بين وقوعه بالجنابه و

بين وقوعه بغير الجنايه.

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر ذلك في المبسوط «٢»، محتجا بوجهين:

(١) المبسوط ٦٨/٣.

(٢) المبسوط ٦٦/٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٣

الاول: أن الموجب لضمان قيمه الولد هنا انما هو الحيلولة بين مولى الامه و بين التصرف فيه، و الحيلولة انما يتحقق أن لو وضعته حيا، أما ميتا فلا، لانا نعلم حياته قبل هذا.

الثاني: أصاله البراءه تنفى وجوب أداء القيمه مطلقا، ترك العمل بها فى صورته وضعه حيا، للاجماع على ذلك، فيبقى معمولا بها فيما عداه.

و المصنف استشكل ذلك، و منشأ اشكاله أن القول بتضمين الاجنبى القاؤها الجنين ميتا مع ضربه بطنها، يقتضى وجوب الضمان مطلقا، لان السبب المقتضى للضمان هناك انما هو القاء جنين بطن حياته، و هذا المعنى بعينه موجود فى صورته ما اذا وضعته ميتا من غير ضربه، فيجب القول بضمان قيمته أن لو سقط حيا عملا بالمقتضى.

و الشيخ رحمه الله فرق بين هذه الصوره و الاولى، بأنها لما ألقته عقيب الضرب كان الظاهر أنه سقط بحياته، و ليس كذلك اذا وضعته ميتا من غير ضرب، لان الاصل الموت حتى يعلم غيره، و لعله الاقرب.

قال رحمه الله: و لو كان الغاصب و الامه عالمين بالتحريم- الى قوله: و لو مات ولدها فى يد الغاصب ضمنه، و لو وضعته ميتا قيل: لا يضمن، لانا لا نعلم حياته قبل ذلك، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: ما ذكر فى الاشكال السابق على هذا بلا فصل.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٤

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب الشفعه)

قال رحمه الله: و فى ثبوت الشفعه فى النهر و الطريق و الحمام و ما تضر قسمته تردد، أشبهه أنها لا تثبت.

أقول: منشؤه: النظر الى أن ثبوت الشفعه على خلاف مقتضى

الدليل، لما فيها من منع المالك من التصرف في ملكه، فلا يحكم بثبوتها الا لدليل أقوى، و هو اختيار الشيخ في الخلاف، محتجا بما رواه أبو هريره و جابر أن النبي عليه السّلام أنه قال: الشفعه في كل ما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود و صرفت الحدود فلا شفعه.

قال: فوجه الدلاله أنه ذكر الشفعه بالالف و اللام و هما للجنس، فكان تقدير الكلام: جنس الشفعه فيما لم يقسم. يعنى ما يصح قسمته شرعا و ما لا يصح قسمته لا يدخل تحته، و بأن اثبات الشفعه حكم شرعى، فيفتقر الى الدليل الشرعى، و بقوله عليه السّلام «انما الشفعه فيما لم يقسم» و لفظه «انما» تفيد معنى «لا» فكأنه قال:

لا شفعه فيما لم يقسم.

فاذا ثبت هذا فان تقدير الدلاله أن قوله «فيما لم يقسم» يفيد ما يقسم الا أنه لم

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٥

يفعل فيه القسمه، لانه لا يقال فيما لم يقسم، و انما يقال فيما لا يقسم: ما لم، و انما يقال فيه القسمه، فلما قال «فيما لم يقسم» دل على ما قلناه «١».

و أقول: انما كان كذلك، لان لفظه «لم» يفيد نفى الماضى، فلهذا يصح دخولها على ما يصح قسمته، و فى معناها «لما» و أما لفظه «لا» فانها يفيد نفى الابد، فلهذا صح دخولها على ما لا يصح قسمته شرعا، و فى معناها «الا» و هو اختياره فى المبسوط «٢» و فى موضع من النهايه «٣» و مذهب الشافعى و مالك و ربيعه، و به قال عثمان بن عفان.

و الالتفات الى أن الشفعه انما شرعت لازاله الضرر عن الشفيع الحاصل بالشركه، و هذا المعنى متحقق فى سائر المبيعات المشتركه، فيجب القول بثبوت الشفعه

فيها عملاً بالمقتضى، و هو اختيار المتأخر، و نقله عن السيد المرتضى و غيره من المشيخه، و اختاره الشيخ في الموضع الثاني من النهايه.

قال رحمه الله: و في دخول الدولاب و الناعوره في الشفعه اذا بيع مع الارض تردد، اذ ليس من عادته أن ينقل.

أقول: ينشأ من النظر الى أن الدولاب و الناعوره مما يمكن نقله، فلا يثبت فيه الشفعه، للدليل الدال على انتفاء الشفعه عن المبيعات المنقوله.

و الالتفات الى أن ذلك لا ينقل عادة، و ان كان ممكناً، فيثبت فيه الشفعه للدليل الدال على ثبوت الشفعه في هذا النوع من المبيعات.

و اعلم أن هذا التردد انما يتمشى على قول من لا يثبت الشفعه في المنقولات، أما على القول بعموم الشفعه في المبيعات فلا.

(١) الخلاف ١/ ٦٩٠ مسأله ١٦.

(٢) المبسوط ٣/ ١١٩.

(٣) النهايه ص ٤٢٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٦

قال رحمه الله: فروع على القول بثبوت الشفعه مع كثره الشفعاء و هي عشره:

الاول- لو كان الشفعاء أربعه، فباع أحدهم و عفى الاخر، فلآخرين أخذ المبيع.

و لو اقتصر في الاخذ على حقهما لم يكن لهما، لان الشفعه لازاله الضرر، و بأخذ البعض يتأكد.

أقول: هذا التعليل غير واضح، بل الحق أن يقال: انما منعا من ذلك لما فيه من الاضرار بالمشتري، و هو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط «١»، اذ الاضرار لا يتحقق هنا على تقدير تجويز أخذ حقهما فقط الا بالمشتري، أما بهما فلا، و لو أمكن تحققه لا يندفع «٢» باختيارهما.

و الظاهر أن مراد المصنف بالضرر هنا ضرر الشفعاء، و لا جرم أن يأخذ بعض المشفوع يتأكد ضررهما، باعتبار ثبوت حق للمشتري بسبب الحصه المتخلفه، فيمنعان من ذلك، اذ هو سفه، كما لو اتفقا على

قسمه اللؤلؤه و الجوهرة، فان الحاكم يمنعها لازاله الضرر عنهما.

قال رحمه الله: لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته لان التأخير لغرض لا يتضمن الترك، وفيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن حق الشفيعه يجب المطالبه به على الفور، فيسقط بكل ما يعد تقصيرا و توانيا، و لا شك أن تأخير الاخذ مع التمكّن منه توان فيسقط به.

و الالتفات الى أن التأخير هنا لعذر، فلا يبطل به الشفيعه، و هذا الذى قواه الشيخ فى المبسوط «٣».

(١) المبسوط ٣/ ١١٤.

(٢) فى «م»: لا يدفع.

(٣) المبسوط ٣/ ١١٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٧

و اعلم أن هذا التردد انما يتأتى على قول من يقول: ان حق الشفيعه على الفور، و هو الشيخ رحمه الله و أتباعه. أما على قول من لا يقول بذلك- و هو السيد المرتضى قدس الله روحه و أتبعه المتأخر- فلا اشكال فى عدم البطلان.

قال رحمه الله: اذا كانت الارض مشغوله بزراع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين الاخذ بالشفيعه فى الحال و بين الصبر حتى يحصد، لان له فى ذلك غرضا، و هو الانتفاع بالمال، و تعذر الانتفاع بالارض المشغوله، و فى جواز التأخير مع بقاء الشفيعه تردد.

أقول: منشؤه: ما ذكر فى التردد السابق عليه بلا فصل.

قال رحمه الله: الشفيعه تورث كالمال، فلو ترك زوجته و ولدا، فللزوجه الثمن و للولد الباقي. و لو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط، و كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع، و فيه تردد ضعيف.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الوراث يقومون مقام ورثتهم. و لو عفا المورث عن بعض، سقطت الشفيعه كلها اجماعا، فتسقط الشفيعه كلها هنا بعفو أحد الوراث عن نصيبه تحقيقا

للمشابهة.

و الالتفات الى أنها شفعه لعهه من الشركاء، فلا تسقط بعفو البعض، كما لو وجب لهم بالبيع. و أما المورث فالمستحق واحد، فاذا عفا عن نصف حقه سقط كله، بخلاف هذه الصورة، فان الشريك هنا انما عفا عن كل حقه، فلهذا لم يسقط حق شريكه، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١»، و لهذا كان التردد ضعيفا.

قال رحمه الله: إذا تبايعا شقصا، فضمن الشفيع الدرك عن البائع، أو عن المشتري، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع، لم تسقط بذلك الشفعه، و كذا لو كان وكيلا لاحدهما، و فيه تردد لما فيه من أماره الرضا بالبيع.

(١) المبسوط ٣/١١٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٨

أقول: منشؤه: النظر الى عدم التنافى بين ثبوت الشفعه هنا و صحه هذه الاحكام و هو اختيار الشيخ فى الخلاف «١»، محتجا على الجواز بعدم المانع منه، و على عدم السقوط بعدم الدليل الدال عليه، و هو مذهب الشافعى، و اختاره المتأخر فى الوكاله خاصه.

و الالتفات الى أن ذلك دلالة على الرضا بالبيع، فتسقط الشفعه كما لو رضى بالبيع و لان البيع انما يتم به، كما اذا باع بعض حقه لم يجب الشفعه على المشتري و به قال أهل العراق.

قال رحمه الله: اذا باع الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد- الى قوله:

و لو كانت قيمه الشقص و الحال هذه أقل من قيمه العبد، هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟

فيه تردد، الاشبه لا، لانه الثمن الذى اقتضاه العقد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الشفيع انما يجب عليه أداء ما استقر ثمنه و ليس إلا قيمه الشقص، فلو كانت قيمه العبد أكثر من قيمه الشقص رجح بالتفاوت، لانا بينا أنه أدى أكثر مما وجب عليه أداءه، فيكون الزائد

باقيا على ملكه، فيجوز له ارتجاعه، عملا بقوله عليه السلام «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

و الالتفات الى أن الشفيع انما يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد، و انما استقر على أن العبد هو الثمن، فاذا تعذر دفعه لتعذر المثليه، و جب دفع قيمته، و نمنع أن الواجب الاخذ بما استقر ثمننا، بل الواجب الاخذ بما انعقد عليه العقد ثمننا، و هو اختيار المتأخر، و حكى الشيخ فى المبسوط (٣) الوجهين و لم يرجح.

قال رحمه الله: لو كانت دارا لحاضر و غائب- الى قوله: و يرجع بالاجر

(١) الخلاف ١/ ٦٩٣.

(٢) عوالى اللثالى ١/ ٢٢٢ و ٤٥٧ و ١٣٨/ ٢ و ٢٠٨/ ٣.

(٣) المبسوط ٣/ ١٣٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١١٩

ان شاء على البائع، لانه سبب الاتلاف، أو على الشفيع لانه المباشر للاتلاف، فان رجع على مدعى الوكاله، لم يرجع الوكيل على الشفيع لانه غره، و فيه قول آخر هذا أشبه.

أقول: أشار بالقول الاخر الى ما ذكره فى المبسوط «١»، من أنه اذا رجع على الشفيع لم يرجع الشفيع على الوكيل، لان الشىء تلف فى يده فاستقر الضمان عليه، و ان رجع على الوكيل رجع الوكيل على الشفيع، لان الضمان قد استقر عليه.

ثم حكى القول الذى اختاره المصنف رحمه الله، و قوى الاول فقط، و الثانى أشبه عند المصنف، لان المباشره ضعيف بالغرور، فكان السبب أقوى.

قال رحمه الله: و لو ترك عن الشفعه قبل البيع، لم تبطل مع البيع، لانه اسقاط ما لم يثبت، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن حق الشفعه انما يثبت بعد عقد البيع، فاذا عفا قبل البيع كان عفوه باطلا، فيكون له المطالبه بالشفعه مع وقوع البيع و انما قلنا ان عفوه باطل،

لأنه لم يصادف مستحقاً، و هو اختيار المتأخر.

و الالتفات الى أن الشفعة مشروعه لمصلحة الشريك و دفع الضرر عنه، فإذا لم يردده دل على عدم الضرر، فلا تثبت الشفعة لانتفاء السبب.

قال المصنف فى النكت، و ليس ذلك من باب الاسقاط، فيتوقف على الاستحقاق، كالأبراء من الدين، و هو ظاهر كلام الشيخ فى النهاية «٢»، و قد استدل كثير ممن ذهب الى ذلك بما روى عن النبى عليه السلام أنه قال: لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإذا باع و لم يأذن به فهو أحق «٣». و جه الاستدلال أنه علق

(١) المبسوط ٣/ ١٤٥.

(٢) النهاية ص ٤٢٥.

(٣) عوالى اللئالى ٣/ ٤٧٩، برقم: ١٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٠

الاستحقاق على عدم الاستيذان، فلا يثبت معه.

قال رحمه الله: و كذا لو شهد على البيع، أو بارك للمشتري أو للبائع، أو أذن للمشتري فى الابتياح، فيه تردد، لان ذلك ليس بأبلغ من الاسقاط قبل البيع.

أقول: البحث فى هذه المسائل كالبحث فى السابقة و قد سلف.

قال رحمه الله: و لو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفعة- الى قوله: و كذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقق البطلان، على تردد فى هذا.

أقول: ينشأ من النظر الى أن الشفعة تابعه لصحة البيع، و البيع هنا بطل لتلف عوضه، فتبطل الشفعة تحقيقاً للتبعيه، و لان البائع لا يملك مطالبه المشتري بالثمن لأنه معين تلف قبل القبض، فلا يجوز المطالبة ببدله، لعدم تناول العقد له.

فإذا تعذر تسليم الثمن بطلت شفعه الشفيع، لأنه انما يأخذ الشفعة بالثمن الذى يلزم المشتري، و المشتري ما لزمه الثمن و لا بدل الثمن، فوجب أن تبطل الشفعة، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى أن الثمن مضمون

على المشتري، فإذا تلف لزمه بدله و يصح البيع و تثبت الشفعة حينئذ لكونها تابعه له.

قال رحمه الله: قال في الخلاف: إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي و أنكر الأجنبي، قضى بالشفعة للشريك بظاهر الاقرار، و فيه تردد، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتاع، و الاول أشبه.

أقول: هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في الخلاف «١» و المبسوط، و حكم فيهما بثبوت الشفعة، و هو مذهب جمهور الشافعية، و هو تفريع المزني.

و احتج على ذلك في الكتابين بأن البائع أقر بحقين: أحدهما للمشتري و الثاني للشفيع، فإذا رد أحدهما ثبت حق الآخر، كما لو أقر بدار لرجلين،

(١) الخلاف ١/ ٦٩٥ مسألة ٣٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢١

فرد أحدهما ثبت للآخر حصته.

و منع المتأخر من ذلك، نظرا الى أن الشفعة تابعه لثبوت الابتاع، و حيث لا ثبوت فلا شفعة، و ذكر بعد ذلك كلاما طويلا لا فائده في إيراده، و هو مذهب أبي العباس، و المصنف تردد في ذلك، و منشأ تردده النظر الى الوجهين، فانهما قويان.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٢

فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب احياء الموات)

قال رحمه الله: و لو كان النهر في ملك الغير فادعى الحریم، قضى له به، لانه يدعى ما يشهد به الظاهر، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الظاهر قاض له بذلك، فيحكم له به، عملا- بظاهر قوله عليه السلام «أنا أحكم بالظاهر و الله يتولى السرائر».

و الالتفات الى أنه خارج عن ملكه و لا يدل عليه، فلا يحكم له الا بينه، عملا بقوله عليه السلام «البينه على المدعى» «١».

قال رحمه الله: في شروط التملك بالاحياء: الخامس «٢»- أن لا يكون مما أقطعه امام الاصل، و لو كان مواتا خاليا من تحجير،

كما أقطع النبي عليه السلام الدور و أرضا بحضر موت و حضر فرس الزبير، فانه يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمه فلا يصح رفع هذا الاختصاص بالإحياء.

أقول: المراد بالدور هنا الدور التي أقطعها النبي عليه السلام بالمدينه، و اختلف

(١) عوالى اللثالى ١/ ٢٤٤ و ٤٥٣ و ٢/ ٢٥٨ و ٣٤٥.

(٢) فى الشرائع المطبوع: الرابع.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٣

الناس فى ذلك، فمنهم من قال: أقطع الخراب الذى أرادوا أن يبنوا فيه دورا، فسماه دورا بما يؤول إليه من العماره. و قال آخرون: كانت تلك الخرابه من ديار عاد، فسماهما باسم ما كانت عليه، و كلاهما مجاز.

و الحضر بضم الحاء و فتحها العدو، و المراد به هنا ما روى من أن النبي عليه السلام أقطع الزبير حضر فرسه، فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه، فقال النبي عليه السلام:

اقطعوا له. فوفى بشرطه.

قال رحمه الله: و التحجير هو أن ينصب عليها المروز.

أقول: المروز جمع مرز، و هو معروف. و أصل المرز القرص بأطراف الاصابع قرصا رفيقا ليس بالاظفار، فاذا أوقع المرز فهو حينئذ قرص عند أبى عبيد.

قال رحمه الله: و أما المدارس و الربط، فمن سكن بيتا ممن له السكنى - الى قوله: و لو فارق لعذر قيل: هو أولى عند العود، و فيه تردد، و لعل الاقرب سقوط الاولويه.

أقول: منشؤه: النظر الى أن سبب الاختصاص هنا منتف، فينتفى الاختصاص عملا بالعليه.

أما المقدمه الاولى، فلان السبب المقتضى للاختصاص ليس الاشغل الخير:

اما بالجلوس فيه، أو كون رحله باقيا فيه، و لا شك فى انتفائهما هنا. و أما المقدمه الثانيه، فظاهره حينئذ.

و الالتفات الى أن الاصل هنا الاولويه، للاتفاق على أنها كانت حاصله قبل المفارقه، ترك العمل بها فى صوره ما

لو فارق من غير عذر، للاجماع فيبقى معمولاً بها فيما عداها.

قال رحمه الله: الطرف الرابع في المعادن الظاهرة، وهي التي لا تفتقر إلى اظهار، كالمح والنفط والقار، لا تملك بالاحياء ولا يختص بها المحجر، و في

إيضاح ترددات الشرائع؛ ج ٢، ص: ١٢٤

جواز اقطاع السلطان المعادن والمياه تردد، وكذا في اختصاص المقطع بها.

أقول: منشؤه: النظر إلى الاصل الدال على الجواز.

والالتفات إلى أن ذلك لا يملك على الخصوص، بل الناس كلهم فيه شرع يأخذون منه حاجتهم، فلا يصح اقطاعه.

حلي، نجم الدين جعفر بن زهدري، إيضاح ترددات الشرائع، دو جلد، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشي نجفي - ره، قم - ايران، دوم، ١٤٢٨ هـ ق

إيضاح ترددات الشرائع؛ ج ٢، ص: ١٢٤

و روى أن الابيض بن حماد المازني استقطع رسول الله ملح مازن، فروى أنه أقطعه، و روى أنه أراد أن يقطعه، فقال له رجل - و قيل انه الاقرع بن حابس -:

أ تدرى يا رسول الله ما الذي تقطعه، انما هو الماء المعد قال: فلا اذا و الماء الدائم الذي لا ينقطع «١».

و عنى بذلك أن الملح بمنزله الماء الدائم لا ينقطع و لا يحتاج إلى عمل و استجداب شىء، و لا خلاف أن أقطاع مشارع الماء غير جائز، فكذا المعادن الظاهرة. و طعن في الخبر بأن ذلك يؤدي إلى تخطئه النبي صلى الله عليه و آله في الاقطاع.

و أجيب عنه بأنه ما أقطع و انما أراد و لم يفعل، فنقل الراوى الفعل، و لانه عليه السلام أقطع على ظاهر الحال، فلما انكشف رجع. و أما اختصاص المقطع بها، فهو فرع صحة الاقطاع، فان جوزناه ثبت الاختصاص و الا فلا.

قال رحمه الله: لو أحيا

انسان أرضا ميتة على مثل هذا الوادى، لم يشارك السابقين، و قسم له ما يفضل عن كفايتهم، و فيه تردد.

أقول: هذه المسألة ذكرها الشيخ فى المبسوط «٢»، محتجا على الاختصاص بأن هذا الماء من مرافق ملكهم، فكانوا أحق به من غيرهم مع حاجتهم إليه.

و التردد من المصنف، و منشؤه: النظر الى ما استدل به الشيخ رحمه الله.

و الالتفات الى أنه بالاحياء ملك الارض. أما أولا، فالاجماع اذ النزاع انما وقع

(١) نحوه سنن ابن ماجه ٨٢٧ / ٢. و المبسوط ٢٧٤ / ٣.

(٢) المبسوط ٢٨١ / ٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٥

فى غيره. و أما ثانيا، فلقوله عليه السلام «من أحيا أرضا ميتة فهى له» «١» قضاء من الله و رسوله، فيكون له فى الماء نصيب معهم، لعين ما ذكره الشيخ رحمه الله.

(١) المبسوط ٢٤٨ / ٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٦

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب اللقطه)

قال رحمه الله: و لا-ريب فى تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز، و سقوطه فى حق البالغ و فى الطفل المميز تردد، أشبهه جواز التقاطه و عجزه عن دفع ضرورته.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المصلحه المقتضيه، لجواز التقاط الطفل غير المميز موجوده فى التقاط الصبى المميز، فيكون التقاطه جائزا عملا بالمقتضى.

و الالتفات الى أن المميز قادر على الاستقلال بحفظ نفسه، فلا يجوز التقاطه و لان جواز ذلك حكم شرعى، و حيث لا دلاله فلا شرع.

قال رحمه الله: و اذا وجد الملتقط سلطانا ينفق عليه استعان به، و الا استعان بالمسلمين و بذل النفقه عليهم واجب على الكفايه،

لأنه دفع ضروره مع التمكن و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن هذا النوع من النفقه احسان و معاونه على البر فتكون واجبه، عملا بظاهر قوله تعالى «وَأَحْسِنُوا» «١»

(١) سورة المائدة: ٩٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٧

الْبِرِّ وَ التَّقْوَى» (١) و انما خصصنا الوجوب بكونه على الكفايه، لما فى كونه واجبا على الاعيان من المشقه و الحرج و الضرر و العسر المنفيات شرعا، الا عند وجود الدليل الدال على ذلك قطعا.

و الالتفات الى أن وجوب ذلك حكم شرعى، فيقف على الدلاله الشرعيه، و لا دلاله قاطعه هنا على وجوب ذلك، و لان الاصل براءه الذمه من الوجوب.

قال رحمه الله: اللقيط يملك كالكبير- الى قوله: و فيما يوجد بين يديه أو الى جانبه تردد، أشبهه أنه لا يقضى له به. و كذا البحث لو كان على دكه عليها متاع و عدم القضاء له هنا أوضح، خصوصا اذا كان هناك يد متصرفه.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المقتضى للملك هنا منتف، فيجب القول بانتفائه أما المقدمه الاولى، فلان المقتضى له ليس الا اليد، و لا شك فى انتفائها هنا، اذ اليد يدان: يد مشاهده و يد حكمى، فيد المشاهده ما كان متمسكا به و تمسك بيده و يد الحكمى ما يكون فى نيته و متصرفا فيه، و ليس هنا شىء منها بموجود.

و الالتفات الى أن العاده قاضيه بأن ما يكون بين يديه أو الى جانبه، فان يده عليه كالبنيكه بين يدي الطواف و الميزاب و غيرهما فان يده عليه. قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط: و هذا أقوى (٢).

و البحث فيما هو موضوع على الدكه التى وجد عليها كالبحث فيما وجد بين يديه أو الى جانبه، و قد سلف.

قال رحمه الله: الخامسة- اذا اختلف كافر و مسلم، أو حر و عبد، فى دعوى بنوه اللقيط، قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر

و الحر على العبد، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: الى أن الترجيح يحتاج الى شرع، و هو، غير موجود هنا

(١) سورة المائدة: ٢.

(٢) المبسوط ٣/ ٣٣٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٨

و هو خيره الشيخ فى الخلاف «١» و مذهب الشافعى، و احتج الشيخ فى الخلاف بعموم الاخبار الوارده فى من ادعى النسب، و لم يخصصوا كافرا من مسلم و لا عبدا من حر.

و الالتفات الى أن المسلم أشرف من الكافر، فيكون دعواه أرجح، و كذلك الحر أشرف من العبد، فيرجح دعواه على دعوى العبد، و هو الذى قواه الشيخ فى المبسوط «٢»، و هو مذهب أبى حنيفة و نمنع كون الاشرفيه مؤثره فى أولويه الدعوى.

قال رحمه الله: و حكم الدابه حكم البعير، و فى البقره و الحمار تردد، أظهره المساواه، لان ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير.

أقول: منشؤه: النظر الى أن العله المقتضيه للمنع، و هى قدرته على الامتناع عما يهلكه، موجوده فى هاتين الصورتين، فلا يجوز أخذهما عملا بالعليه، و هى خيره الشيخ فى الخلاف، محتجا بأن جواز ذلك يحتاج الى دليل، و بما روى عن النبى عليه السلام أنه قال حين سأله السائل عن الابل و الضوال، فقال: ما لك و ما لها و معها حداؤها و سقاؤها حتى يأتى ربها. يعنى خفها و كرشها «٣» و اختاره المتأخر و هو مذهب الشافعى.

و الالتفات الى أن النبى عليه السلام انما ورد فى أخذ البعير، و الحاق غيره به مجرد قياس، و هو عندنا باطل، و به قال أبو حنيفة، سلمنا لكن نمنع تحقق العله المقتضيه للمنع من الاخذ فى البقره و الحمار، و هو ظاهر، اذ البعير أكثر صبرا على الجوع و

العمل و أقوى على الامتناع مما يؤذيه.

قال رحمه الله: و الشاه ان وجدت فى الفلاه، أخذها الواجد، لانها لا تمتنع

(١) الخلاف ٢ / ٢٨.

(٢) المبسوط ٣ / ٣٤٩.

(٣) الخلاف ٢ / ٢٢ مسأله ٢ من كتاب اللقطه.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٢٩

من صغير السباع، فهى معرضه للتلف، و الاخذ بالخيار ان شاء ملكها و يضمن على تردد، و ان شاء احتبسها أمانه فى يده لصاحبها و لا ضمان عليه، و ان شاء دفعها الى الحاكم ليحفظها أو يبيعها و يوصل ثمنها الى المالك.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله براءه الذمه، و لان الاخبار الداله على جواز أخذ الشاه خاليه من وجوب الضمان، روى هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل الى النبى صلى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله انى وجدت شاه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: هى لك أو لاختيك أو للذئب «١». و اللام يقتضى الملكيه. و فى معناها روايات كثيره.

و الالتفات الى عموم قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى يؤدى» «٢» و لان الاصل بقاء الملك، فلا يحكم بانتقاله عنه الا لدليل قاطع، و هو غير موجود هنا، و هو اختيار الشيخ، و أتبعه المتأخر، و هو قوى.

و الاصل يخالف للدليل و قد بيناه، و الاخبار الداله على الملكيه لا ينافى ما قلناه، لانا نحكم بملكيه الشاه لو اجدها، عملا بمقتضى هذه الاخبار و يوجب عليه ضمان قيمتها لمالكها، عملا بظواهر الاخبار الداله على وجوب ضمان مال الغير مع حصوله فى يد آخر.

قال رحمه الله: و فى حكمها كل ما لا يمتنع من صغار السباع، كأطفال الابل و البقر و الخيل و الحمير، على تردد.

أقول:

ينشأ: من النظر الى المشاركة في العله المقتضيه لجواز الاخذ، و هي عدم القوه على الامتناع من صغار السباع، و الاشتراك في العله يقتضى الاشتراك

(١) تهذيب الاحكام ٦/ ٣٩٤، ح ٢٤.

(٢) عوالى اللئالى ١/ ٢٢٤ و ٣٨٩ و ٢/ ٣٤٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٠

فى موجبها، و هو خيره الشيخ فى المبسوط «١»، و أتبعه المتأخر.

و الالتفات الى أن التعدى قياس، و الاصل عصمه مال المسلم، فلا يتسلط على أخذه الا لدليل أقوى و ليس.

قال رحمه الله: و يصح أخذ الضاله لكل بالغ عاقل - الى قوله: و فى العبد تردد، أشبهه الجواز، لان له أهليه الحفظ.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله الجواز، و لان للعبد أهليه الاحتفاظ، و أخذ الضاله نوع احتفاظ، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣»، عملا بعموم الاخبار الوارده فى هذا الباب، فمن ضعفها فعليه الدليل.

و الالتفات الى أن ذلك نوع تعرض للتملك، و ليس للعبد أهليه التملك، و يؤيده ما رواه أبو خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطه، فقال: و ما للمملوك و ما للقطه المملوك لا- يملك من نفسه شيئا، فلا يعرض لها المملوك «٤». و اختاره ابن بابويه فى من لا يحضره الفقيه «٥».

قال رحمه الله: و فى جواز التقاط النعلين و الاداوه خلاف، أظهره الجواز مع كراهيه.

أقول: الاداوه المطهره، و الجمع، الاداوى على مثال المطايا، قال الراجز:

* اذ الاداوى ماؤها تصبصبا*

و كان قياسه اذا أدائى مثل رساله و رسائل فتجنبوه و فعلوا به ما فعلوا بالمطايا

(١) المبسوط ٣/ ٣٢٠.

(٢) المبسوط ٣/ ٣٢٥.

(٣) الخلاف ٢/٢٣.

(٤) تهذيب الاحكام ٦/٣٩٧، ح ٣٧.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣/٢٩٤.

إيضاح

ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣١

و الخطايا، فجعلوا فعائل فعالي «١».

قال رحمه الله: اذا التقط العبد و لم يعلم المولى، فعوف حولا- ثم أتلّفها، تعلق الضمان برقبته، يتبع بذلك اذا أعتق، كالقرض الفاسد، و لو علم المولى قبل التعريف و لم ينتزعها منه، ضمن لتفريطه بالاهمال، اذ لم يكن أميناً، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن السيد هنا مفطر، فيلزمه الضمان. أما الصغرى فلان السيد كان قادرا على انتزاعها من يده، فاهماله تفريط ظاهر، كما لو وجدها و سلمها الى فاسق. و أما الكبرى فاجماعيه، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «٢».

و الالتفات الى أن العبد هنا مباشر للاتلاف، فيتعلق الضمان برقبته، كالدين الذى يلزمه بغير اذن مولاه، و أروش الجنائيات التى يجنيها.

قال رحمه الله: لا تدفع اللقطة الا بالبينه، و لا يكفى الوصف. و لو وصف صفات لا يطلع عليها الا المالك غالبا، مثل أن يصف وكاءها و مقاصها و نقدها و وزنها.

أقول: الوكاء: الخيط الذى يشد به رأس الخريطة. و العقاص: الجلده التى فوق ضمامه القاروره. كذا ذكر المتأخر.

(١) صحاح اللغة ١٦ / ٢٢٦٦.

(٢) المبسوط ٣ / ٣٢٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٢

فصل (فى ذكر الترددات المذكوره فى كتاب الفرائض)

إشاره

قال رحمه الله فى موانع الارث: و لو كان للقاتل وارث كافر منعا جميعا، و كان الميراث للامام. و لو أسلم الكافر، كان الميراث له و المطالبه إليه، و فيه قول آخر.

أقول: أشار بالقول الاخر الى التفصيل الذى ذكره فى مسأله أنه لو لم يكن للميت المسلم وارث مسلم سوى الامام، ثم أسلم الوارث الكافر، فميراثه له لانه أولى من الامام مطلقا، أو الامام أولى مطلقا، أو الامام أولى بعد نقل التركة الى بيت ماله، أما قبله فلا.

قال رحمه الله: مسألتان - الاولى:

يفك الابوان للارث اجماعا، و فى الاولاد تردد، أظهره أنهم يفكون.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن الفك ورد على خلاف مقتضى الدليل، لما فيه من اجبار المالك على أخذ القيمة عن ملكه، ترك العمل به فى صورته وجوب فك الأب، للاجماع فيبقى معمولاً به فيما عداه، و هو غيره سار.

و من الالتفات الى الاخبار الداله على وجوب فك الاولاد، و هى كثيره صحيحه

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٣

فيعمل بها، و هو اختيار أكثر الاصحاب و ادعى المتأخر الاجماع عليه.

قال رحمه الله فى الحجب: و أما الحجب الاخوه- الى قوله: و هل يحجب القاتل؟ فيه تردد، و الظاهر أنه لا يحجب.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله تعالى «فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ الشُّدُسُ» «١» و عموم روايات الحجب [ترك العمل بها فى عدم الحجب] «٢» بالكافر و الرق، لروايتى محمد بن مسلم و الفضل عن أبى عبد الله عليه السلام قالاً: سألتنا أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك و المشرك يحجبان اذا لم يرثا؟ قال: لا «٣». فيبقى معمولاً بهما فيما عداهما.

و هو ظاهر كلام الشيخ المفيد قدس الله روحه و ابنى بابويه، حيث قالوا: انما يحجب الاخوه للاب، لانهم عياله و عليه نفقتهم، و هذه العله مرويه، فعلى هذا القاتل يحجب، لان نفقته غير ساقطه.

قال صاحب كشف الرموز: بخلاف الكافر و المملوك.

و أقول: أما قوله «بخلاف المملوك» فجيد، لان نفقته ساقطه عن أبيه لوجوبها على مولاه. و أما قوله «بخلاف الكافر» فغلط، اذ الكفر غير مسقط للنفقة، بل يجىء على ظاهر هذا القول أن الكافر يحجب أيضاً.

و الالتفات الى أن الاصل عدم الحجب، فلا يصار إليه الا للدليل ناقل، و لان القاتل ممنوع من

الميراث، فلا- يحجب كالكافر و العبد، و هو اختيار الشيخ رحمه الله و المتأخر، حتى أن الشيخ ادعى عليه الاجماع فى الخلاف
«٤».

(١) سورة النساء: ١١.

(٢) ما بين المعقوفتين من «س».

(٣) من لا يحضره الفقيه ٤ / ٣٤١.

(٤) الخلاف ٢ / ٣٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٤

و القول الاول أقوى عندى، و الاصل يخالف للدليل و قد بيناه.

و أما الثانى فمجرد قياس، و هو عندنا باطل، و ادعاء الشيخ الاجماع فيه نظر، اذ هو غير متحقق مع وجود الخلاف من أكابر
علمائنا.

قال رحمه الله: و فى اشتراط وجودهم منفصلين لا حملا تردد، أظهره أنه شرط.

أقول: منشؤه: النظر الى أن العله المقتضيه لحجب الام- عما زاد على السدس، و هى وجوب نفقه الا-خوه الذين هم أولاد الأب
عليه و كونهم عياله منتفيه هنا، اذ لا نفقه للحمل، فينتفى الحجب عملا بالعليه، و هو اختيار أكثر الاصحاب.

و الالتفات الى عموم آيه الحجب.

قال رحمه الله: و أما المقاصد فثلاثه: الاول- فى ميراث الانساب- الى قوله:

و لو انفرد أولاد الابن و أولاد البنت، كان لأولاد الابن الثلثان، و لأولاد البنت الثلث على الاظهر.

أقول: اعلم أن هذه المسأله مبنيه على أن ولد الولد هل هو ولد حقيقه أو مجازا، فان قلنا بالاول- كما هو مذهب السيد المرتضى
قدس الله روحه و ابن أبى عقيل و غيرهما و اختاره المتأخر، أعطيناه نصيب الذكر ان كان ذكرا، و ان كان ابن بنت الميت دون
نصيب أبيه.

و ان قلنا بالثانى- كما هو مذهب الشيخين و ابن بابويه و أبى الصلاح و أتباعهم و هو الاقوى- كان لكل ولد نصيب من يتقرب
به، فيعطى ولد الابن ثلثى التركة، ذكورا كانوا أو أناثا، أو ذكورا و أناثا،

يقتسمونه بينهم للذكر ضعف حظ الانثى، واحدا كان أو أكثر، و يعطى ولد البنت ثلث التركة، سواء كان ذكرا أو أنثى، و على كل حال، لان كل رحم بمنزله الرحم الذى يمت به.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٥

فأئده:

هل يقسم نصيب أولاد البنت اذا كانوا ذكورا و أناثا بينهم بالسويه، أو للذكر مثل حظ الانثيين؟ ذهب فى المبسوط «١» الى الاول. قال المصنف رحمه الله فى النكت: و لم يذكر مستنده فأحكيه، و ذهب فى النهايه «٢» و باقى كتبه الى الثانى، و هو الحق.

لنا- قوله تعالى «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» «٣» و ولد البنت ولد، للنقل و الاستعمال.

قال رحمه الله: المقصد الثالث فى الميراث بالولاء، و مع عدم الابوين و الولد يرثه الاخوه، و هل ترث الاخوات؟ على تردد، أظهره نعم، لان الولاء لحمه كلحمه النسب.

أقول: اعلم أن هذا الفرع مبنى على أن الولاء هل ترثه الذكور و الاناث ممن يرث تركه المنعم، أو يختص به الذكور دون الاناث.

فان قلنا بالاول- كما هو مذهب الشيخ رحمه الله فى المبسوط «٤» و الخلاف «٥»- ورثه الاخوات هنا، و به أفتى الشيخ رحمه الله فى المبسوط.

و ان قلنا بالثانى- كما هو مذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه- لم ترثه الاخوات. و لما كان القول الاول عندنا أقوى، لا جرم كان توريتهم قويا أيضا.

قال رحمه الله: الثامن- اذا أولد العبد من معتقه ابنا، فولاء الابن لمعتق

(١) المبسوط ٧٦ / ٤.

(٢) النهايه ص ٦٣١.

(٣) سوره النساء: ١١.

(٤) المبسوط ١٠٨ / ٤.

(٥) الخلاف ٦٤ / ٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٦

أمه، فلو اشترى الابن عبدا، فأعتقه كان ولاؤه له،

و لو اشترى معتقه أب المنعم، فأعتقه انجر الولاء من

مولى الام الى مولى الأب، و كان كل واحد منهما مولى الاخر. فان مات الابن، فميراثه لابنه. فان مات الابن و لا مناسب له، فولأؤه لمعتق أبيه. و ان مات المعتق و لا مناسب له، فولأؤه للابن الذى باشر عتقه. و لو ماتا و لم يكن لهما مناسب، قال الشيخ رحمه الله يرجع الى مولى الام، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الحكم يعود الولاء الى مولى الام، بعد الاتفاق على انتقاله عنه الى مولى الأب الذى هو المعتق، يفتقر الى دليل و هو مفقود هنا اذ ليس الا النص و لا شك فى انتفائه، فيكون مالهما للامام، لانه وارث من لا وارث له.

و الالتفات الى أن الاصل قاض ببقاء ولاء مولى الام، ترك العمل به فى بعض الصور، لوجود الدليل الدال على الانتقال، فيبقى معمولا به فيما عداه، و هو اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط.

قال: و من هذا قول الفرضيين انه انتقل الولاء، و قولهم ينجز الولاء من الام الى الأب، لا يريدون به أنه زال ملكه، لكن يريدون به أن هذا عصبه، و مولى الام مولى فعصبه المولى أولى من المولى «١».

قال رحمه الله فى ميراث الغرقى و المهذوم عليهم: و فى ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم و الغرق مما يحصل معه الاشتباه تردد، و كلام الشيخ فى النهايه يؤذن بطرده مع أسباب الاشتباه.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الاصل عدم التوارث، فلا- يصار إليه الا لدليل و هو غير موجود هنا، و هو اختيار ابن بابويه، اقتصارا بمورد النص.

و الالتفات الى أن العله المقتضيه لثبوت هذا الحكم و هو الاشتباه موجود هنا

(١) المبسوط ١٠٧/٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٧

بوجوده عملاً بالعليه، و هو اختيار الشيخين و أبى الصلاح و المتأخر.

قال رحمه الله: اذا ثبت هذا فمع حصول الشرائط يورث بعضهم من بعض و لا يورث الثانى مما ورث منه. و قال المفيد رحمه الله: يرث مما ورث منه، و الاول أصح لانه انما يفرض الممكن و التوريث مما ورث يستدعى الحياه بعد فرض الموت و هو غير ممكن عادة، و لما روى أنه لو كان لاحدهما مال صار المال كمن لا مال له.

أقول: اعلم أن صاحب كشف الرموز قدح فى هذا الدليل الاول، بانه غير وارد، اذ فرض الشىء لا ينافى الامكان بالعادة، ثم قال: نعم يرد عليه أن الارث لا يكون الا- فى تركه الميت، و ما ورثه غير ما خلفه، فلا يرث فيه، و أن القول بالتوريث مما ورث منه يستلزم الحكم فى منع بعض الورثه، و تخصيص الاخر بمال كثير بغير سبب شرعى فى صورته اخرى بتساوى الاستحقاق بالنسب مختلفى الورثه لو ترك أحدهما ألف دينار و الاخر ديناراً واحداً، و الاتفاق هنا قائم على جواز التقديم، فأيهم تقدم يكون ورثه الاخر ممنوعين، و هذا ممنوع قضيه بديهيه.

و يرد عليه أيضاً ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قول أهل البيت قال:

يورث هؤلاء من هؤلاء، أو هؤلاء من هؤلاء و لا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئاً.

ثم اعترض الاول ما يفرض أن ما ورثه من جمله تركته، فيورث عنه الثانى بأن كونه ممنوعاً فى صورته غير مستلزم لكل الصور. و اعترض الروايه بأنها مرسله فلا يعمل بها.

ثم أجاب عن الاول، بأن فرض الشىء لا يفيد وقوعه فى جميع الصور، فهو ممنوع، و ان أراد أنه لا يفيد فى

بعض الصور، فهو مسلم أيضا، لكنه واقع هنا اذ البحث انما وقع فيه. و عن الثانى بأنه لا قائل بالفصل، و عن الروايه بأنها منجبره بعمل أكثر الاصحاب و بما قلناه.

و احتج المتأخر رحمه الله على أن الثانى مما ورث منه بوجهين:

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٨

الاول: أن الارث لا يكون الا مما يملكه الميت قبل موته، و هذا المعنى غير متحقق هنا فلا إرث، و هذا الدليل قريب مما استدل به المصنف.

الثانى: لو أنا ورثناه مما ورثه منه، أبطلت «١» القسمه أبدا.

قال رحمه الله: و فى وجوب تقديم الاضعف فى التوريث تردد، قال فى الايجاز:

لا- يجب. و فى المبسوط: لا- يتعين به حكم غير انا نتبع الا-ث فى ذلك. و على قول المفيد رحمه الله تظهر فائده التقديم. و ما ذكره فى الايجاز أشبه بالصواب، و لو ثبت الوجوب كان تعبدا.

أقول: منشؤه: النظر الى أصله عدم الوجوب، و لان تقديم الاضعف فى الارث كالزوجه مثلا غير مشتمل على فائده، فيكون وجوبه عبثا، و هو قبيح.

أما الصغرى، فلان التوريث حاصل من الطرفين، و التقديم لا يقتضى زياده سهم المقدم عن فرضه، فحينئذ لا فائده فى وجوب هذا التقديم.

و أما الكبرى فظاهره، اذ الاشياء تابعه للمصالح عندنا.

و اعلم أن هذا الدليل انما يتمشى على قول من لا- يورث الثانى مما ورث منه أما على قول من يورثه مما ورث منه، فالفائده ظاهره، و هى اختصاص الثانى بأخذ نصيبه من تركه الاول و مما ورث منه.

و الالتفات الى أن الروايات داله على وجوب التقديم، فيجب اتباعها دفعا للضرر المظنون الحاصل من مخالفيها، و هو خيره الشيخ فى المبسوط «٢»، و استحسنة المتأخر.

و انما كان الأشبه بالصواب ما

(١) في «م»: اتصلت.

(٢) المبسوط ١١٩ / ٤.

(٣) الايجاز في الفرائض ص ٢٧٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٣٩

لما فيه من الجمع بين العمل بالروايات، و التخلص مما ذكرناه في الدليل الدال على عدم الوجوب.

و انما كان الوجوب بعيدا لوجوه: أما أولا، فلما فيه من الاصل. و أما ثانيا فلاستلزام العبث. و أما ثالثا، فلان العامل به قليل جدا.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٠

فصل (في ذكر الترددات المذكوره في كتاب القضاء)

إشاره

قال رحمه الله: و هل يشترط علمه بالكتابه؟ فيه تردد- الى قوله: مع خلوه في أول أمره من الكتابه.

أقول: قد بين المصنف رحمه الله منشأ التردد في المتن، لكن قوله «مع خلوه في أول أمره من الكتابه» يدل على أنه عليه السلام كان عالما بالكتابه بعد البعثه، و هذا شىء قد اختلف فيه، فذهب الشيخ رحمه الله الى أن النبي عليه السلام انما كان أميا قبل البعثه أما بعدها فلا، و اختاره المتأخر و أتباعه.

و ذهب قوم الى أنه عليه السلام كان أميا قبل البعثه و بعدها، عملا- بقوله تعالى «وَمَا كُنْتُمْ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَلَا تَخُطُّهُ بِيَمِينِكُمْ إِذَا لَارْتَابَ الْمُضِلُّونَ» (١) و معناه:

ان المبطل يرتاب لو كان النبي عليه السلام عارفا بالكتابه، و لو كان عالما بها بعد البعثه لبطل هذا المعنى.

و فيه نظر، لان الربيه من المبطل انما يتحقق لو كان النبي عليه السلام عارفا بالكتابه قبل البعثه، أما مع تجدد علمه بها بعدها فلا.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤١

قال رحمه الله: و في انعقاد قضاء الاعمى تردد، أظهره أنه لا ينعقد، لافتقاره الى التمييز بين الخصوم، و تعذر ذلك مع العمى الا فيما يقل.

أقول: منشؤه: النظر

الى قضاء الاصل بالجواز.

و الالتفات الى ما ذكره المصنف من الاستدلال، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١»، محتجا بعين هذا الدليل.

و أما اشتراط الحريره، ففيه تردد من حيث العمل بالاصل، و يؤيده قول الصادق عليه السلام: من روى أحاديثنا و عرف أحكامنا فاجعلوه قاضيا «٢». و لفظه «من» تتناول الحر و العبد، و هو الاقوى عند المصنف. و من حيث أن القضاء منصب جليل و مرتبه عاليه، و العبد ليس أهلا لهما، و هو خيرته فى المبسوط «٣»، و نمنع المقدمه الثانيه.

قال رحمه الله: اذا وجد اثنان متفاوتان «٤» فى الفضيله مع استكمال الشرائط المعتره فيهما، فان قلد الافضل جاز، و هل يجوز العدول الى المفضل؟ فيه تردد، و الوجه الجواز، لان خطأه ينجبر بنظر الامام.

أقول: منشؤه: النظر الى أن تقليد المفضل قبيح عقلا، فلا يجوز اعتماده.

أما المقدمه الاولى، فلما فيه من تقديم المفضل على الفاضل. و أما الثانيه، فلقوله عليه السلام «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» «٥».

و الالتفات الى أن القضاء نيابه، فيتبع اختيار المنوب عنه، و لان خلل المفضل

(١) المبسوط ١٠١ / ٨.

(٢) تهذيب الاحكام ٣٠٢ / ٦.

(٣) المبسوط ١٠١ / ٨.

(٤) فى النسختين: متساويان.

(٥) عوالى اللثالى ٣٨١ / ١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٢

ينجبر بنظر الامام عليه السلام.

قال رحمه الله: المقصد الثانى فى مسائل متعلقه بالدعوى، و هى خمس:

الاولى - قال الشيخ: لا يسمع الدعوى اذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى ثوبا أو فرسا، و يقبل الاقرار بالمجهول و يلزم تفسيره، و فى الاول اشكال.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الدعوى لها جواب، فربما كان بنعم فلا- يمكن الحاكم أن يقتضى به عليه، لانه مجهول، و ليس كذلك الاقرار بالمجهول.

أما أولاً، فلان الدعوى حق

المدعى، و الاقرار حق على المقر، و ما كان عليه فهو أغلظ مما كان حقا له، فلهذا سمعنا المجهول فى الثانى و لم يسمع الا
المعلوم فى الاول،

و أما ثانيا، فلانا لو لم نقبل الاقرار المجهول لامكن أن يرجع عن اقراره فلهذا سمعنا مجهوله كما يسمع معلومه، و ليس كذلك
الدعوى، لانا اذا لم نسمعها أمكن أن يدعى دعوى معلومه، و لان هناك داع بدعوه الى دعواه فافترقا، و هو اختيار الشيخ فى
المبسوط «١»، محتجا بعين هذا الدليل و أتبعه المتأخر محتجا به أيضا، و هو قوى.

و الالتفات الى أن الدعوى المجهوله دعوى جازمه، فلا يسقط، و لان الدعوى المجهوله يصدق على صاحبها أنه مدع و على
المنسوبه إليه أنه مدعى عليه، فيكون مسموعه، عملا بقوله عليه السّلام «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» «٢».

(١) المبسوط ٨ / ١٥٦.

(٢) عوالى اللثالى ١ / ٢٤٤ و ٤٥٣ و ٢ / ٢٥٨ و ٣٤٥.

أقول: هنا بياض بقدر ثلاث صفحات فى نسخه «م» و بقدر صفحتين فى نسخه «س» و قال فى هامش نسخه «س»: هكذا وجد
بياضا من قوله «من أنكر» الى قوله «اد الامانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك» فى نسخه بخط الشيخ أحمد بن فهد رحمه
الله.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٣

أد الامانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك، ثم أجاز أخذ الوديعه يحق له بعد ترك الخبر، و هو خيره الشيخ فى الخلاف
«١»، محتجا بعين هذا الدليل.

و الالتفات الى عموم الاخبار الداله على جواز الاقتصاص من غير فرق بين الوديعه و غيرها، و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط
«٢»، و اختاره المتأخر.

قال رحمه الله فى المقصد الاول،

فى الاختلاف فى دعوى الاملاك- الى قوله:

و فى الثانى يقضى بها للخارج دون المتشبه، ان شهدتا لهما بالملك المطلق، و فى قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد.

أقول: أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ فى الخلاف من أن البيه بينه المتشبه فيقضى له بها دون الخارج، و استدلاله بخبر جابر أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه و آله فى دابه أو بعير، فأقام كل واحد منهما البيه أنها له نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله للذى هى فى يده.

و فى معناه خبر غياث بن ابراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام عن على عليه السلام، الا أنه زاد عليه السلام بأن قال: لو لم تكن فى يده جعلها بينهما نصفين «٣».

غير مفيد لمدعاه، فان الخبر يرد الآن على أن البيه بينه ذى اليد اذا شهدتا لهما بالسبب لا مطلقا فاعرفه، على أن الشيخ رحمه الله قال فى هذه المسألة أيضا بعد أن نقل عن أبى حنيفة و أصحابه: ان التداعى ان كان ملكا مطلقا لا يتكرر سببه سمعنا بينه الداخل، و هو الذى يقتضيه مذهبنا، و قد ذكرناه فى النهايه و المبسوط و فى كتابى الاخبار «٤». و ظاهر هذا الرجوع عما صدره فى أول المسألة.

قال رحمه الله: الخامسة- لو ادعى دارا فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت

(١) الخلاف ٢ / ٦٤٦.

(٢) المبسوط ٨ / ٣١١.

(٣) الخلاف ٢ / ٦٣٦، مسألة ٢ من كتاب الدعاوى.

(٤) الخلاف ٢ / ٦٣٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٤

فى يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا يسمع هذه البيه. و كذا لو شهدت له بالملك أمس، لان ظاهر اليد الآن الملك، فلا يدفع، بالمحتمل، و فى اشكال

و لعل الاقرب القبول.

أقول: القائل هو الشيخ رحمه الله في الخلاف، محتجا بأن المدعى يدعى الملك في الحال و البينه يشهد له بالامس فقد شهدت له بغير ما يدعيه فلم يقبل. ثم قال: فان قالوا: انها شهدت له بالملك أمس، و الملك مستدام الى أن يعلم زواله قلنا: لا نسلم أن الملك يثبت بها حتى يكون مستداما، على أن زوال الاول موجود فلا يزال الثابت بأمر محتمل «١». و هو أحد قولى الشافعى.

و اعلم أن هذا البحث يبنى على مسأله يجب تحقيقها و بها يتضح وجه الاشكال و هى أن الشهاده بتقديم الملك هل هى أولى من الشهاده لحديثه أم لا؟.

فنقول: اختلف قول «٢» الشيخ رحمه الله فى هذه المسأله، فذهب فى الخلاف «٣» الى أن الملك المتنازع فيه ان كان فى يد من شهدت له البينه بتقديم الملك قضى له به، لان معه حجتين: بينه قديمه و يبد. و ان كان فى يد من شهدت بحديث الملك فصاحب اليد أولى، و هو مذهب أبى حنيفه.

و ذهب فى المبسوط الى أن الشهاده بتقديم الملك أولى مطلقا، سواء حصل معها يد أو لم يحصل، قال: و هو الذى يدل عليه أخبارنا، لان البينه أقوى من اليد، و كذلك ما رجح بالبينه أقوى مما رجح باليد، و لان صاحب اليد مدعى عليه و المدعى من له البينه بتقديم الملك، فكان أولى للخبر «٤».

(١) الخلاف ٢ / ٦٣٩.

(٢) فى «م»: قولاً.

(٣) الخلاف ٢ / ٦٤١.

(٤) المبسوط ٨ / ٢٨٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٥

و ما ذكره فى المبسوط أقوى، فعلى هذا يسمع البينه فى المسأله التى ذكرها المصنف، لان البينه يشهد له بتقديم الملك و بينه الاخرى بحديثه.

قال رحمه الله فى

المقصد الثاني، في الاختلاف في العقود: اذا اتفقا على استئجار دار معينه شهرا معيناً و اختلفا في الاجره، و أقام كل واحد منهما بينه بما قدره، فان تقدم تاريخ أحدهما عمل به، لان الثاني يكون باطلا. و ان كان التاريخ واحدا، تحقق التعارض، اذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

و قال آخر: يقضى بينه المؤخر، لان القول قول المستأجر لو لم يكن بينه اذ هو يخالف على ما في ذمه المستأجر، فيكون القول قوله. و من كان القول قوله مع عدم البينه كانت البينه في طرف المدعى، و حينئذ نقول: هو مدع زياده و قد أقام البينه بها، فيجب أن يثبت، و في القولين تردد.

أقول: القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط «١»، كما ذكره المصنف.

و القول الثاني لبعض الجمهور، و حكاه الشيخ في المبسوط.

و تردد المصنف في القولين معاً، و منشأ ترده: النظر الى أن قول الشيخ ضعيف، فلا يعتمد عليه. أما أولاً، فلان الشيخ حكم بالقرعه مع تحقق التعارض و لم يعتبر أسباب الترجيح من أرجحيه العداله و أكثره العدد. و أما ثانياً، فلان القرعه وردت على خلاف مقتضى الاصل، فيقتصر بها على موردها.

و القول الثاني الذي حكاه الشيخ رحمه الله عن بعض الجمهور ضعيف أيضاً.

أما أولاً، فلان كل واحد منها مدع، فتخصيص أحدهما بسماع بينته دون الآخر ترجيح من غير مرجح، و هو باطل. و أما ثانياً، فلان القضاء بينه الموجر انما

(١) المبسوط ٨ / ٢٨١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٦

يسوغ اذا لم يتحقق التعارض بين الشئيين، لكن التعارض هنا متحقق، فيبطل القول بتقديم بينه

المؤخر.

أما تحقق التعارض، فلانه اذا كان التاريخ واحدا، استحال وقوع عقدين متغايرين. و ان كان العقد الذى ادعاه الموجر أقدم من تاريخ العقد الذى ادعاه المستأجر، كان الاول صحيحا و الثانى باطلا، اذ الاجاره عقد لازم، فمع تحققه يمتنع فسخه. و ان كان تاريخ عقد المستأجر هو الاقدم كان صحيحا، و كان عقد الموجر باطلا، و لا اشكال فى القسمين الآخرين، اذ لا نزاع فيهما و لا تعارض.

و انما النزاع فى القسم الاول، و قد بينا تحقق التعارض فيه.

و أما أن القضاء بينه الموجر مشروط بعدم تحقق التعارض بين البيتين فلوجهين:

الاول اتفاق الفقهاء على أن مع التعارض يجب الترجيح، و مع انتفائه يحكم بالقرعه و أن الحكم بتقديم بينه الموجر مستلزم للمحال فيكون محالا. أما المقدمه الاولى فلاستلزامه الترجيح من غير مرجح، و لا- شك فى استحالته. و أما المقدمه الثانيه فظاهره.

و اذ قد بان ضعف هذين القولين و جب اطراحهما و الرجوع الى غيرهما، و مما ذاك «١» الوجود أنه الحكم بالقرعه مع انتفاء أسباب الترجيح، و بعض القائلين بالتعارض حكم بالتهاثر مع تساوى البيتين، و حينئذ الالميق به القول بالتحالف فيبطل عقد الاجاره و تجب أجره المثل مع انقضاء المده أو بعضها.

و منهم من قال يوقف، و منهم من قال يقسم، و الوقف غير ممكن، اذ فيه تفويت المنافع، و القسمة غير ممكنه أما أولا- فلان القعد لا ينقسم. و أما ثانيا، فلان الزيادة يدعيها أحدهما و ينفيها الاخر و لا يثبتها لنفسه، فلم يبق الا القرعه، و هو مذهب الغزالي. و انما طولنا الكلام فيهما لانها مهمه.

(١) كذا فى النسختين مع علامه الاستفهام فيهما.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٧

قال رحمه الله: و لو

ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينه و أقبض الثمن - الى قوله: و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما، و يرجع كل منهما بنصف الثمن و هل لهما أن يفسخا؟ الاقرب نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه. و لو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و فى لزوم ذلك تردد، أقربه اللزوم.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المقتضى اللزوم موجود، و المعارض لا- يصلح للمعارضه، فيجب القول باللزوم. أما المقتضى، فهو وجود عقد البيع الصادر عن أهله، و لا شك فى الحكم بثبوتة هنا.

و أما انتفاء المعارض، فلان المعارض المذكور ليس الا تبعض الصفقه المقتضى للفسخ لدفع ضرر الشركه، و هو منتف هنا، اذ التقدير أن أحدهما قد فسخ، فانتفى التبعض فينتفى معلوله، و هو خيار الفسخ، و لعله الاقوى.

و اعلم أن الشيخ رحمه الله فصل تفصيلا، و هو أن الفسخ ان وقع من أحدهما قبل أن يختار الآخر امسك النصف، توفر الكل عليه، اذ لا مزاحم حينئذ. و ان وقع بعد الاختيار لم يكن له أخذ النصف الآخر، لان الحاكم قد قضى له بالنصف الذى أمسكه دون الآخر، فعوده يحتاج الى دليل.

و الالتفات الى أن الخيار ثبت له أولا قبل فسخ المشتري الآخر فكذا بعده، عملا بالاستصحاب، و لانه لو توقف ثبوت الفسخ لاحدهما على ثبوتة للآخر، فان انعكس دار، و الا لزم الترجيح من غير مرجح، و هو ظاهر كلام الشيخ و صاحب الوجيز.

و هذان الدليلان ضعيفان، أما الاول فلان خيار ثبت لمعنى، و قد انتفى فينتفى بانتفائه، عملا بالعليه. و أما الثانى فلجواز التلازم كالمضافين و العله و المعلول المتساوى.

قال رحمه الله فى كتاب الشهادات: الثانيه- لا تقبل شهاده القاذف، و لو

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٨

قبلت. و حد التوبه أن يكذب نفسه و ان كان صادقاً و يورى باطناً، و قيل: يكذبها ان كان كاذباً، و يخطئها فى الملاء ان كان صادقاً، و الاول مروى.

و فى اشتراط اصلاح العمل زياده عن التوبه تردد، و الاقرب الاكتفاء بالاستمرار لان بقاءه على التوبه اصلاح و لو ساعه.

أقول: لا خلاف فى وجوب القبول مع التوبه، و انما نشأ الخلاف فى حدها فذهب الشيخ رحمه الله فى المبسوط «١» و الخلاف «٢» الى الاول، و به روايات عن أهل البيت عليهم السلام، و هو اختيار الاصطخرى، و ذهب المتأخر الى الثانى.

و قواه الشيخ رحمه الله فى الكتابين أخيراً، قال: لانه اذا أكذب نفسه ربما كان صادقاً فى الاول فيما بينه و بين الله تعالى، فيكون هذا الا كذاب كذاباً، و ذلك قبيح، و هذا مذهب أبى اسحاق المروزى.

و اعلم أن المتأخر أورد مع ضد القول فى كتابه، فتوهم صاحب كشف الرموز أنه قال من عنده. و أما اصلاح العمل، و هو أن يعمل طاعه بعد التوبه، ففى اعتباره خلاف، فذهب الشيخ رحمه الله فى المبسوط و الخلاف الى اعتباره، نظراً الى قوله تعالى «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ أَصْلَحُوا*» «٣» فاعتبر تعالى التوبه و صلاح العمل.

و ذهب الشافعى فى أحد قولييه الى أنه غير معتبر، التفاتا الى أن البقاء على التوبه و لو ساعه طاعه و اصلاح، فلا يعتبر فى غير ذلك، لاصاله البراءه، و المصنف تردد فيه، و منشأ ترده من النظر الى الوجهين.

(١) المبسوط ٨ / ١٧٦.

(٢) الخلاف ٢ / ٦١٠ - ٦١١.

(٣) سوره البقره: ١٦٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٤٩

تذنيب:

القائلون باشتراط الاصلاح اختلفوا، فذهب الشافعى فى

أحد قوله الى أنه معتبر سنه، و اختاره الشيخ فى المبسوط «١»، و ذهب فى الخلاف «٢» الى أن ذلك غير معتبر، بل الطاعه الواحده كافيه فى قبول الشهاده، و هو ظاهر كلام المتأخر.

قال رحمه الله: لبس الحرير للرجال فى غير الحرب اختيارا محرم، ترد به الشهاده، و فى المتكأ عليه و الافتراش له تردد، و الجواز مروى.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم النهى عن استعمال الحرير، و لان العله المقتضيه لتحريم لبسه موجوده فى التكأ عليه و الافتراش له، فيثبت التحريم عملا بالمقتضى.

و الالتفات الى أصاله الجواز، ترك العمل بها فى تحريم الملبوس، للنص و الاجماع، فيبقى معمولا بها فيما عداه، و لان الجواز مروى عن أهل البيت عليهم السلام.

قال رحمه الله: قيل: لا- تقبل شهاده المملوك أصلا- الى قوله: أما المكاتب المطلق اذا أدى من مكاتبته شيئا، قال فى النهايه: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، و فيه تردد، أقربه المنع.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المكاتب المطلق عبد، فلا تقبل شهادته على مولاه، عملا بظاهر الاخبار الداله على المنع من ذلك، و هو ظاهر كلام المتأخر.

و الالتفات الى أن الحريه التى فيه تقتضى ثبوت المزيه له على غيره من العبيد و ليس الا قبول شهادته على مولاه بقدر ما تحرر منه، و هو اختيار الشيخ فى النهايه «٣»، و هذا الدليل اقناعى.

(١) المبسوط ٨ / ١٧٧.

(٢) الخلاف ٢ / ٦١١.

(٣) النهايه ص ٣٣١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٠

قال رحمه الله: التبرع بالشهاده قبل السؤال يطرق التهمه، فيمنع القبول.

أما فى حقوق الله، أو الشهاده للمصالح العامه فلا يمنع، اذ لا مدعى لها، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن التهمه المانعه من قبول الشهاده موجوده فى

الصورتين، فيمنع القبول عملاً بالعليه، وهو خيرُه الشيخ في النهاية «١»، حكاة عنه صاحب كشف الرموز.

والالتفات الى أن حقوق الله تعالى لا مدعى لها، فيجوز التبرع بالشهادة فيها قبل السؤال، لانتفاء التهمة هنا، وهو اختيار الشيخ في المبسوط «٢»، على ما حكاة كشف الرموز، وهو حسن حذراً من سقوط حدود الله الا نادراً.

قال رحمه الله في الطرف الثاني فيما يصير به الشاهد شاهداً: وما يكفي فيه السماع، فالنسب و الموت و الملك المطلق، لتعذر الوقوف عليه مشاهدته في الاغلب و يتحقق كل واحد من هذه بتوالي الاخبار من جماعه، لا بضمهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلك حتى يتأخم العلم، و في هذا عندي تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم النهى عن اتباع الظن، و لا شك ان الاستفاضه ظن، فيكون منها عن اتباعها، وهو يقتضى عدم الاجتراء بها.

لا يقال: ينتقض ذلك، فان طرق أكثر أحكام الشريعة ظنيه.

لانا نقول: الواجب العمل بالعموم حتى يظهر دليل الخصوص، و لم يوجد هنا دليل دال على وجوب اتباع هذا النوع من الظن بخلاف ما ذكرتموه.

والالتفات الى أنه قول أكثر علمائنا فيكون راجحاً، فيجب اتباعه. أما الاولى فلان الكثره أماره الرجحان. و أما الثانيه، فلقضاء العقل بوجوب اتباع الراجح

(١) النهاية ص ٣٣٠.

(٢) المبسوط ٨ / ١٨٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥١

و بقوله عليه السلام «دع ما يريبك الى ما لا يريبك» «١» و لان الاقتصار على ما ذكره المصنف مشقه عظيمه و حرجا ظاهراً، فيكون منفيًا عملاً بالآيه و الروايه، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «٢».

قال رحمه الله: أما شهادته على المقبوض فماضيه قطعاً.

أقول: أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط

«٣» من القطع بجواز شهادته، و ذلك فى صورتين:

الاولى: اذا كانت يده فى يد رجل و هو بصير، فعمى و يده فى يده و هو عارف باسمه و نسبه، صح أن يحتمل الشهاده عليه و هو أعمى.

الثانيه: شهاده المضبوط، و هو أن يمسك برأس رجل و يقرب فاه الى أذنه فيقر بحق، فلا يفارقه حتى يأتي به الحاكم، فيقول: هذا أقر لفلان بكذا و كذا.

قال رحمه الله فى الطرف الثالث فى أقسام الحقوق: و أما حقوق الادمى فثلاثه الى قوله: و فى العتق و النكاح و القصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد و المرأتين.

أقول: قد سبق ما يضاهاى هذا البحث فى الحكم بالشاهد و اليمين مستوفى، فلا وجه لاعادته.

قال رحمه الله فى الطرف الرابع فى الشهاده على الشهاده: و للتحمل مراتب الى قوله: و يليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا و يذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، اذ هى صورته جزم، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى قبول الشهاده على الشهاده على خلاف مقتضى

(١) عوالى اللئالى ٣٩٤ / ١ و ٣٣٠ / ٣.

(٢) المبسوط ١٨٠ / ٨.

(٣) المبسوط ١٨٤ / ٨.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٢

الاصاله، ترك العمل بها فى صورتين: صورته الاسترعاء، و صورته سماعه، يشهد بذلك عند الحاكم، للاجماع فيبقى معمولاً بهما فيما عداهما.

و الالتفات الى أن الاصل قاص بجوازه، و لان العله المقتضيه لقبول الشهاده على الشهاده- و هى تعذر اثبات الحقوق لو لا شرع ذلك- موجوده هنا، و لان حضور شاهد الاصل عند الحاكم لاداء الشهاده مما يقل غالباً، فلو كان القبول مشروطاً به لزم الحرج و المشقه المنفيين بالآيه و الروايه. و كذا

لو كان مشروطا بالاسترعاء، لانه مما يقل أيضا الا نادرا، فمست الحاجة الى شرع مرتبه ثالثه للتحمل، و ليست الا هذه، اذ هي صورته جزم بثبوت الحق للمشهود عليه، و هو اختيار الشيخ في المبسوط «١».

و اعلم أن المتأخر ذكر أن مراتب التحمل هي هذه الثلاث في كتابه كما ذكر الشيخ في المبسوط، الا أنه قال بعد ذلك: و هذا جميعه أوردته شيخنا في مبسوطه و أوردناه على ما أوردته، و لم يرد في أخبارنا من هذا شىء. و هذا الكلام يدل على تردده فيه.

قال رحمه الله: أما لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا لم يصر متحملا، لاعتقاد التسامح بمثله، و في الفرق بين هذه و بين ذكر السبب اشكال.

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله فرق في المبسوط «٢» بين هاتين المسألتين، بأن قوله في هذه الصورة أشهد بذلك ينقسم الى الشهاده بالحق، و يحمل العلم به على وجه لا يشهد به، و هو أن يسمع الناس يقولون لفلان على فلان كذا و كذا و اذا احتمل ذلك وقف التحمل بهذا الاحتمال، و ليست كذلك الصورة الاولى، لانتفاء هذا الاحتمال بذكر السبب، و عرّوه الحق إليه.

(١) المبسوط ٨ / ٢٣١.

(٢) المبسوط ٨ / ٢٣٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٣

و المنصف استشكل الفرق، و منشؤه تساويهما في الجزم بثبوت الحق، بقبول أحدهما و الغاء الاخرى تخصيص من غير مرجح، و هو باطل.

قال رحمه الله: و تقبل شهاده النساء على الشهاده فيما تقبل فيه منفردات، كالعيوب الباطنه و الاستهلال و الوصيه، و فيه تردد، أشبهه المنع.

أقول: منشؤه: النظر الى الاصل الدال على الجواز، و لان قبول شهادتهن في هذه الاشياء

أصلاً يستلزم أولويه قبولها فرعاً، إذ هي أضعف، لاستنادها إلى شهادة الأصل، وهو مذهب أبي حنيفة، إلا أنه قبل شهادتهن على الشهادة فيما لهن فيه مدخل أيضاً، وإن لم تثبت بهن منفردات، كالأموال والديون.

و نحن قصرنا الجواز على ما تقبل فيه شهادتهن منفردات، عملاً بالمتفق عليه و الشيخ قصر الجواز في الخلاف « ١ » على شهادتهن على الشهادة في الأملاك و الديون و العقود، محتجاً باجماع الفرقه و أخبارهم.

و الالتفات إلى أن تجويز ذلك حكم شرعي، فيقف على الدلالة الشرعية و حيث لا دلالة فلا حكم، و هو اختيار المتأخر.

و قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: الأول قوى لكن الثاني أحوط « ٢ ».

و اعلم أن في كلام الشيخ في هذه المسألة في النافع اجمالاً و مقصوده ما ذكرناه.

قال رحمه الله في القسم الثاني في الطوارئ: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما - إلى قوله: و في الحكم بحد القذف و القصاص تردد، أشبهه الحكم لتعلق حق الإدمى به.

أقول: منشؤه النظر إلى أن حدوث الفسق قبل الحكم شبهه، فيسقط القذف

(١) الخلاف ٢ / ٦٣٠.

(٢) المبسوط ٨ / ٢٣٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٤

و القصاص بهما، عملاً بظاهر قوله عليه السلام «ادروا الحدود بالشبهات» « ١ » و هو قوى و حكاه الشيخ عن بعض الفقهاء، قالوا: لأنه كحد الربا.

و الالتفات إلى أن فيها حقاً لآدمي فيحكم بهما، و إلا لزم الأضرار به، و تضييع حقه بعد ثبوته شرعاً، و لانهما كالمال، و هو اختيار الشيخ محتجاً بالدليل الآخر.

قال رحمه الله: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم - إلى قوله: و لو رجعا بعد الحكم و قبل الاستيفاء، فإن كان حداً لله نقض الحكم، لتحقق شبهه الموجه

للسقوط. و كذا لو كان الادمى كحد القذف، أو مشتركا كحد السرقة، و فى نقض الحكم لما عدا ذلك تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المحكوم به مقطوع بصحته شرعا، و رجوعهما يحتمل الصدق و الكذب، فلو نقض به ما قد قطع عليه ترك العمل بهذا الدليل فى بعض الصور لوجود دليل أقوى، فيبقى معمولا- به فيما عداه، و هو ظاهر كلام الشيخ فى كتابى الفروع و أتبعهما المتأخر.

و الالتفات الى ان الروايه المتضمنه رد الزوجه المشهود بطلاقها على زوجها الاول مع رجوع الشهود عن ذلك يستلزم نقض الحكم فى غير الصور الثلاث مع الرجوع قبل الاستيفاء، و هو ظاهر كلام الشيخ فى النهايه «٢» «٣».

[قال رحمه الله: اذا قتل المرتد مسلما عمدا، فللولى قتله قودا و يسقط قتل الرده. و لو عفا الولى قتل بالرده. و لو قتل] «٤» خطأ كانت الديه فى ماله مخففه

(١) عوالى اللثالى ١/ ٢٣٦ و ٢/ ٣٤٩ و ٣/ ٥٤٥.

(٢) النهايه ص ٣٣٦.

(٣) أقول: هنا بياض فى النسختين، و قال فى هامش «س»: هكذا وجد هذا البياض الذى هو من «النهايه» الى «الخطأ» فى نسخه بخط الشيخ أحمد بن فهد رحمه الله.

(٤) ما بين المعقوفتين أثبتته من الشرائع المطبوع.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٥

مؤجله، لانه لا عاقله له على تردد. و لو قتل أو مات حلت، كما تحل الاموال المؤجله

أقول: منشؤه: النظر الى أن المرتد كافر، فلا تحمل العاقله عنه شيئا من الديه كغيره.

و الالتفات الى أنه متحرم يحرمه الاسلام، فيعقل عنه وورثته المسلمون لان ميراثه لهم، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط «١».

قال رحمه الله تعالى: اذا مات المرتد، فقتله من يعتقد بقاءه على الرده، قال الشيخ: يثبت القود،

لتحقق قتل المسلم ظلماً، ولأن الظاهر أنه لا يطلق الارتداد إلا بعد توبته، وفي القصاص تردد، لعدم القصد إلى قتل المسلم.

أقول: منشؤه: النظر إلى ظاهر الآيات الدالة على ثبوت القود مع حصول القتل العمد العدوان، ولأن الظاهر من حال المرتد إذا أطلق أنه أطلق بعد توبه و إسلام و هو خيره الشيخ في المبسوط «٢»، محتجاً بهذين الدليلين.

و الالتفات إلى أن اعتقاد البقاء على الرده شبهه مبيحه للقتل، فيسقط القصاص معها، عملاً بظاهر قوله عليه السلام «ادروا الحدود بالشبهات» «٣».

و لا شك أن القصاص حد. أما أولاً فللاستعمال. و أما ثانياً فلأن الحد هو المنع و هذا المعنى متحقق في القصاص، فيدخل تحته عملاً «٤» بالاشتقاق، و لانه لم يقصد قتل المسلم، و هو خيره المصنف رحمه الله و مذهب بعض الفقهاء.

(١) المبسوط ٧٢ / ٨.

(٢) المبسوط ٧٢ / ٨.

(٣) عوالمى اللثالى ١ / ٢٣٦ و ٢ / ٣٤٩ و ٣ / ٥٤٥.

(٤) فى «م»: عموماً.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٦

فرع:

قال الشيخ فى المبسوط: و كذا البحث لو قتل من يعتقد بقاءه على العبودية فبان حراً أو رأى ذمياً فقتله يعتقد أنه على الكفر، فبان مسلماً «١».

فرع آخر:

ان قلنا بثبوت القود، فالولى بالخيار ان شاء قتل و ان شاء أخذ الديه. و ان قلنا بالعدم، فالديه عليه مغلطه حاله فى ماله، لانه قتل عمداً، و انما أسقطنا القود للشبهه.

قال رحمه الله فى الباب الثالث فى الدفاع: من به سلعه اذا أمر بقطعها فمات فلا ديه له على القاطع، و لو كان مولى عليه، فالديه على القاطع ان كان ولياً، كالاب و الجد للاب. و ان كان أجنبياً، ففي القود تردد، و الاشبهه الديه فى ماله لا القود لانه لم يقصد القتل.

أقول: منشؤه: النظر إلى أن قطع السلعه «٢» مما يقتل غالباً، فيكون القصد إلى قطعها قصداً إلى القتل و ان لم يقصده، فيجب به

القود. و انما أسقطناه عن الأب و الجد له، لانهما لا يقادان به.

و الالتفات الى أن القاطع لم يقصد الفعل، فلا يقاد به، بل يجب عليه ديه العمد، عملا بأصالة براءة الذمه و حقن الدماء، الامع وجود الاسباب المبيحه لها.

قال رحمه الله في كتاب القصاص: أما لو حبس نفسه يسيرا لا يقتل مثله غالبا ثم أرسله فمات، ففي القصاص تردد، و الاشبه القصاص ان قصد القتل، و الديه ان لم يقصد أو اشتبه القصد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن شرط جواز القصاص يحقق القتل العمد،

(١) المبسوط ٧٢ / ٨.

(٢) السلعة: عقده تكون في الرأس أو البدن.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٧

و هو غير موجود هنا، للشك في كون العمل حاصلًا بهذا النوع من القتل.

و الالتفات الى أنه فعل فعلا حصل به الموت، فيثبت

به القصاص. أما الصغرى ففرضيه. و أما الكبرى، فلروايه الداله على ذلك، و هى روايه على بن أبى حمزه عن أبى بصير قال أبو عبد الله عليه السلام: لو أن رجلا ضرب رجلا بخزفه أو آجره أو بعود فمات كان عمدا «١». و لما كان هذا القول ضعيفا لا جرم كان القول الاول أجود.

و أعلم أن هذا البحث انما يتمشى مع جهل قصد الفاعل، أو العلم بأنه لم يقصد القتل. أما لو علم منه قصد القتل بهذا الفعل، فالاصح ثبوت القصاص، و ان كان ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط «٢» يأباه.

قال رحمه الله: و لو جعل السم فى طعام صاحب المنزل، فوجده صاحبه فأكله فمات، قال فى الخلاف و المبسوط: عليه القود، و فيه اشكال.

أقول: هذه المسأله ذكرها الشيخ فى الخلاف «٣»، و أفتى فيها بتحتم القود على الجاعل، و قواه فى المبسوط «٤» لا غير، محتجا بأنه كالقاتل و بأنه عرضه لاكل الطعام و ألجأه إليه بالإباحه لاكله و لم يعلمه، ألا ترى لو علم أن فيه السم لم يختار شربه و لا أكله.

و هذان الدليلان ذكرهما رحمه الله فى مسأله من جعل السم فى طعام نفسه و قدمه الى الغير و لم يعلم أنه مسموم، ثم قال فى مسألتنا: هذه دليلنا ما قلناه فى المسأله الاولى سواء.

و المصنف رحمه الله استشكل القول بايجاب القود، و منشؤه: النظر الى أن

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٥٦، ح ٥.

(٢) المبسوط ٧/١٧.

(٣) الخلاف ٢/٣٥٣ مسأله ٣١ من كتاب الجنائيات

(٤) المبسوط ٧/٤٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٨

الا كل مستقل باتلاف نفسه بمباشره الا كل العارى عن اذن الجاعل، فيسقط القود عن الجاعل، لانه كالسبب. و لا

خلاف في سقوط الضمان عن ذى السبب مع مجامعته المباشر، و هو أحد قولي الشافعى.

و الالتفات الى الدليل الذى ذكره الشيخ رحمه الله. و فيه نظر، لاقتران السبب فى المسأله الاولى بالالغاء، و تجرده عنه فى الثانيه.

فرع:

ظاهر كلام الشيخ المصنف رحمه الله يقتضى سقوط الديه أيضا، و هو مذهب الشافعى، و منهم من أوجب الديه، و هو قول الشافعى أيضا، و ايجاب القود عندى الاقوى.

قال رحمه الله: الثاني - لو قال: اقتل نفسك، فان كان مميزا فلا شىء على الملمزم، و إلا فعلى الملمزم القود، و فى تحقق اكراه العاقل هنا اشكال.

أقول: منشؤه: النظر الى أن حقيقه الاكراه الاجبار على الشىء و الالغاء إليه و لا شك فى تحقق هذا المعنى فى العاقل مع الزامه قتل نفسه.

و الالتفات الى أن الاكراه على الفعل انما يتحقق اذا كان الاتيان بالفعل المكروه عليه مسقطا للضرر الحاصل من جهه المكروه، بتقدير عدم ايقاع الفعل المكروه عليه، و لا شك فى انتفاء هذا هنا، لان قتل هذا المكروه لا بد منه، أما فى صورته قتل نفسه فظاهر، و أما فى صورته عدم قتله نفسه، فلان التقدير أن المكروه يقتله ثم ان لم يقتل نفسه، فالقتل حاصل على التقديرين، فلا اكراه حينئذ، و فائده هذا البحث قليله جدا.

قال رحمه الله: لو قطع يده من الكوع و آخر ذراعه، فهلك قتلا به، لان سرايه الاول لم تنقطع بالثانى، لشياع ألمه قبل الثانيه. و ليس كذا لو قطع يده

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٥٩

و قتله الاخر، لان السرايه انقطعت بالتعجيل، و فى الاول اشكال.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن الثانى قطع سرايه الاول، بدلاله أنه لا يتجدد معه الألم بعد قطع الثانى،

فيكون الاول قاطعا و الثاني قاتلا، فيقطع الاول و لا يقتل و يقتل الثاني، و هو مذهب أبي حنيفة، و لعله قوى.

و الالتفات الى أن الهلاك حصل و ألم القطعين باق، فليس استناد القتل الى أحدهما أولى من الاخر، فاما أن لا يستند الى واحد منهما، أو الى واحد معين أو غير معين أو إليهما، و الاقسام الثلاثة باطله، فتعين الرابع.

أما بطلان الاول فبالاجماع، لاستلزامه اهدار دم المرء المسلم.

و أما الثاني، فلانه ترجيح من غير مرجح، و هو محال.

و أما الثالث، فهو باطل، و بتقدير صحته فالمقصود حاصل. أما أنه باطل، فلان ما ليس بمعين معدوم، و المعدوم يستحيل أن يكون مؤثرا. و أما حصول المقصود على تقدير صحته، فلاستلزامها وجوب القود على القاتل و القاطع معا، و هر المطلوب، فتعين الرابع و هو مذهب الشيخ في الخلاف «١»، محتجا بعين هذا الدليل، و به قال الشافعي.

قال رحمه الله: الرابعه- اذا اشترك حر و عبد فى قتل حر عمدا، قال فى النهايه: للاولياء أن يقتلوهما و يؤدوا الى سيد العبد ثمنه، أو يقتلوا الحر و يؤدى سيد العبد الى ورثه المقتول خمسه آلاف درهم، أو يسلم العبد إليهم، أو يقتلوا العبد، و ليس لمولاه على الحر سبيل، و الاشبه أن مع قتلها يؤدون الى الحر نصف ديتة، و لا يرد على مولى العبد شىء ما لم تكن قيمته أزيد من نصف ديه الحر، فيرد عليه الزائد.

و ان قتلوا العبد و كانت قيمته زائده عن نصف ديه المقتول، أدى الى مولاه

(١) الخلاف ٢ / ٣٦١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٠

الزائد، فان استوعب الدية و الا كان تمام الدية لاولياء الاول، و فى هذه اختلاف للاصحاب، و ما

ذكرناه أنسب بالمذهب.

أقول: في هذه المسألة أقوال:

الأول: ما حكاه المصنف عن الشيخ في النهاية «١»، و الاعتراض عليه من وجوه:

الأول- قوله «و ان قتلوهما ردوا على سيد العبد ثمنه» و الصواب أنهم يردون على الحر نصف دية و على سيد العبد ما زاد من قيمته على جنايته. و لو كانت مساويه للجنايه أو ناقصه عنها، فلا ردّ.

الثاني: قوله «أو يقتلوا العبد خاصة و ليس لسيد العبد على الحر سبيل» و هو على الاطلاق غير مستقيم، بل هو حق ان كانت قيمته تساوى خمسمائه دينار أو ينقص عنها. أما لو كانت قيمته تزيد عن جنايته رد الحر على مولاه ما فضل عن جنايته، فان بقى شىء كان لاولياء المقتول أولاً.

الثالث: قوله «أو يقتلوا الحر و يؤدى سيد العبد الى ورثه المقتول خمسة آلاف درهم، أو يسلم العبد إليهم فيكون رقا لهم» و الصواب أن يقدر استرقاقه بأن يكون قيمته مساويه لجنايته، أو ناقصه عنها. أما لو كانت قيمته زائده عن قدر جنايته- و هى خمسمائه دينار- استرق منه بقدر الجنايه و كان الباقي للمولى.

و أما ايجاب أداء خمسة آلاف، فيتأتى على القول بفكها بأرش الجنايه، لا على القول الاخر.

الثاني: قال أبو الصلاح الحلبي: اذا قتل الحر و العبد حراً، فاختار وليه الدية، فعلى الحر النصف، و على سيد العبد النصف الاخر. و ان اختاروا قتلها رد قيمه العبد على سيده و ورثه الحر. و ان اختاروا قتل الحر، فعلى سيد العبد نصف

(١) النهاية ص ٧٤٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦١

ديته. و ان اختاروا قتل العبد قتله، و يؤدى الحر الى سيده نصف قيمته «١».

قال المتأخر: و هذا الذى يقتضى أصول مذهبنا. و الاعتراض عليه من وجوه:

الأول:

قوله «فان اختار الولي الديه، فعلى الحر النصف و على المولى النصف الاخر» و كان ينبغي تقييد ذلك بتخير المولى بين فديته بنصف الديه، أو تسليمه ان كانت قيمته نصف الديه أو أقل، و الا كان لهم منه بقدر نصف الديه.

الثانى: قوله «و ان اختار قتلها رد قيمه العبد على المولى و ورثه الحر» و الحق فيه أن يرد على الحر نصف ديته، و على المولى ما فضل من قيمه العبد عن جنايته، كما ذكر أولا.

الثالث: قوله «و ان اختار قتل الحر، فعلى سيد العبد نصف ديته لورثته» و الماخذ عليه قد ذكر أولا.

الرابع: قوله: «أو يقتل العبد و يؤدي الحر الى المولى نصف قيمته» و الحق أن القيمه ان كانت مساويه للجنايه أو ناقصه، فلا شىء للمولى. و ان كانت زائده دفع الى مولاه الزائد، فان استوعبت الديه و الا كان الباقي لاولياء المقتول.

قال المصنف فى النكت: و لست أدرى أى أصل اقتضاه عنده. عنى بذلك المتأخر.

قال الشيخ فى الاستبصار: اذا قتل الولي الحر، و جب على سيد العبد أن يرد على ورثه المقتول الثانى نصف الديه، أو يسلم العبد إليهم، لانه لو كان حرا لكان عليه ذلك على ما بيناه، فحكم العبد حكمه على السواء «٢».

قال المتأخر: و هذا رجوع عما ذكره فى نهايته، و نعم الرجوع الى الحق.

و ما ذكره المصنف فى هذا الكتاب حسن.

(١) الكافى ص ٣٨٦.

(٢) الاستبصار ٢٨٤ / ٤.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٢

قال صاحب كشف الرموز: و ما ذكره لحكمه «١» فى قتلهم الحر و فى كلامه هنا عقده، و فيه اشكال، فان مع قتل العبد لا يلزم أولياء المقتول الاول شيئا، بل يرد شريك العبد فى القتل و تمام

الديه لاولياء المقتول الاول.

و فيه أيضا اشكال، فانه ليس على الحر الا خمسمائه، و المولى لا يغرم جنايه عبده، و قيمه العبد لا تفى بجنايته، فمن يتم الديه للاول.

ثم قال: و أقرب الاقوال ما ذكره شيخنا في هذا الكتاب- يعنى: المختصر- و يبقى الاشكال عليه فى اختيار الولي قتل العبد و قيمته ينقص عن خمسمائه، و منشؤه تعذر الطريق الى من يتمم الديه للمقتول الاول.

و الحق أنه يسقط و لظهور ما ذكره، و ضعف بعض هذا الكلام ظاهر، فلا حاجة بنا الى ابانته، و فيه أيضا شىء يدل على أنه لم يفهم كلام الشرائع. و أما قوله «لم يذكر الحكم فى قتل الحر» فلا-ن الشيخ رحمه الله ذكر حكمه فى النهايه جيدا، فلما نقله المصنف رحمه الله استغنى بذكره بدا عن ذكره عودا.

و اعلم أنه لا- تفاوت كثير بين كلام الشرائع و المختصر. و أما استشكله اختيار الولي قتل العبد مع نقصان قيمته عن جنايته المستلزم لنقصان ديه الحر المقتول أولا، فليس بشىء ل قوله عليه السلام «لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه» (٢) و لان ذاك لازم فى الحالات الاربع على تقدير نقصان قيمته عن جنايته.

و انما طولنا الكلام فى هذه المسأله لكونها من المهمات فى هذا العلم.

قال رحمه الله فى الفصل الثانى، فى الشرائع المعتره فى القصاص: و تقتل الحره بالحره و الحر، و لا- يؤخذ منها فضل على الاشهر.

أقول: قوله «على الاشهر» تنبيه على ما روى عن على عليه السلام ان الحره تقتل

(١) كذا فى «س» و فى «م»: و ما ذكر الحر.

(٢) عوالى اللثالى ١٥٩ / ٢ و ٥٨٣ / ٣. و تهذيب الاحكام ١٨٢ / ١٠، ح ٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٣

و يؤخذ منها فاضل ديتها «١». و هي متروكه لا عمل عليها.

قال رحمه الله: و مع القول بعنق المدبر هل يسعى في فك نفسه؟ فيه خلاف، أشهره أنه يسعى، و ربما قال بعض: يسعى في ديه المقتول، و هو وهم.

أقول: القائل هو الشيخ رحمه الله في التهذيب «٢»، و هو غلط. قال المصنف في النكت: و استدل في التهذيب بهذه الروايه، فان لم تكن حجه سواها، فانها غير داله على السعى في ديه المقتول.

و أما القول الاول، فلان الاولياء قد استرقوه و يثبت ملكهم عليه، فلو لم يوجب عليه عند عتقه السعى في قيمته التي هي عوض عن رقبته، لزم الاضرار بأولياء المقتول، و هو ينافى السلطنه، و عليه دلت الروايه المرويّه عن أبي الحسن عليه السلام «٣».

قال رحمه الله في الشرط الثاني في التساوى في الدين: و لو قتل الذمي مسلما عمدا، دفع هو و ماله الى أولياء المقتول، و هم مخيرون بين قتله و استرقاقه، و في استرقاق ولده الصغار تردد، أشبهه بقاؤهم على الحريه.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن الولد الاصغر تابع لآبيه في أعظم الاشياء، و هو الاسلام أو الكفر، فيكون تابعا له في الاسترقاق بطريق الاولى، و هو مذهب سلا.

و الالتفات الى أصاله بقاء الحريه، فلا يحكم بزوالها الا بدليل أقوى، و هو مفقود هنا. قال المتأخر: و الذي يقتضيه الدلاله أن الاولاد الصغار لا يدفع إليهم، لان ماله اذا اختاروا استرقاقه، فهو مال عندهم و مال العبد لسيدّه و أولاده أحرار قبل القتل أيضا اتفاقا منا، فكيف يسترق الحر بغير دليل، فأما استرقاقه هو فاجماعنا منعقد عليه، و ليس كذلك أولاده.

(١) نحوه تهذيب الاحكام ١٠ / ١٨١.

(٢) التهذيب ١٠ / ١٩٨.

(٣)

فرع:

قال المتأخر: لو اختاروا قتله لم يكن لهم على ماله سبيل، لانه لا يدخل فى ملكهم الا باختيارهم استرقاقه، و هو حسن على ما قرره أولاً، و ان كان ظاهر كلام الشيخ و الروايه المرويّه عن أبى عبد الله عليه السلام «١» يأباه.

قال رحمه الله: اذا قطع المسلم يد مثله، فسرت مرتدا سقط القصاص - الى قوله: أما لو عاد الى الاسلام، فان كان قبل أن يحصل سرايته، ثبت القصاص فى النفس.

و ان حصلت سرايه و هو مرتد، ثم عاد و تمت السرايه حتى صارت نفسا، ففي القصاص تردد، أشبهه ثبوت القصاص، لان الاعتبار فى الجنايه المضمونه بحال الاستقرار. و قيل: لا قصاص، لان وجوبه مستند الى الجنايه و كل السرايه و هذه بعضها هدر لانه حصل فى حال الرده.

أقول: هذه المسأله ذكرها الشيخ فى الخلاف «٢» و المبسوط «٣»، و حكم فى الخلاف بوجوب القود، متمسكا بعموم الآيه، و بأن الاسلام وجد فى الطرفين حال الاصابه و حال استقرار الجنايه.

ثم قال: فان قبلت الديه كانت الديه كامله. و أفتى فى المبسوط بعدم القود عملا بالاصل، ثم قال: و هذه تجب الديه كامله، قال قوم: فيه كمال الديه، و قال آخرون:

نصف الديه. و الاول أقوى «٤».

و اعلم أن القولين للشافعى. و أما المصنف، فقد تردد فى القصاص، و بين وجه

(١) تهذيب الاحكام ١٠ / ١٩٤.

(٢) الخلاف ٢ / ٣٤٩.

(٣) المبسوط ٧ / ٢٦.

(٤) المبسوط ٧ / ٢٧.

التردد جيدا، فلا حاجة الى اعادته.

قال رحمه الله: اذا قتل مرتدا ذميا، ففي قتله تردد، منشؤه تحريم المرتد بالاسلام، و يقوى أنه يقتل للتساوى فى الفكر، كما يقتل

النصرانى باليهودى، لان الكفر كالملة الواحده.

أقول: هذه المسأله ذكرها الشيخ فى الخلاف «١»، و أفتى فيها بتحريم القود على المرتد مع عدم رجوعه الى الاسلام، محتجا بعموم قوله تعالى «النَّفْسِ بِالنَّفْسِ وَ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا» «٢» و هذا قتل مظلوما، اذ التقدير ذلك فيثبت لوليه القصاص عملا بالظاهر.

و المصنف تردد فى ايجاب القود، و قد بين منشأه. و للشافعى قولان، أحدهما وجوب القود مطلقا، سواء رجع الى الاسلام أو لا، و الثانى عدم ذلك.

قال رحمه الله: اذا قتل ذمى مرتدا قتل به، لانه محقون الدم بالنسبه الى الذمى.

أما لو قتله مسلم، فلا قود مطلقا، و فى الديه تردد، و الاقرب أنه لا ديه.

أقول: منشؤه: النظر الى أن الديه تقدير شرعى، فيقف ثبوتها على الدليل الشرعى، و حيث لا دلالة فلا حكم.

و الالتفات الى أنه أجود حالا من الذمى، ديته كديته على أقل المراتب، و هذا [دليل] اقتاعى.

قال رحمه الله فى الشرط الثالث أن لا يكون القاتل أباً: لو ادعى اثنان ولدا مجهولا- الى قوله: و لو ولد مولود على فراش مدعيين له، كالأمه أو الموطوءه للشبهه فى الطهر الواحد، فقتلاه قبل القرعه، لم يقتلا لتحقق الاحتمال بالنسبه الى كل واحد منهما. و لو رجع أحدهما ثم قتلاه لم يقتل الراجع، و الفرق أن

(١) الخلاف ٢/ ٣٥٣.

(٢) سورة الاسراء: ٣٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٦

البنوه هنا تثبت بالفراش لا بمجرد الدعوى، و فى الفرق تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن المانع من الاقتصاص هنا انما هو احتمال البنوه و هذا المعنى قد انتفى عن الراجع بدفعه له، و لان هذه الصوره مساويه لصوره دفع أحد المدعيين البنوه عن نفسه، فتخصيص

هذه بايجاب القود على الراجع منهما، و انحطاطه عن الراجع فى تلك الصورة، تخصيص من غير مخصص، و هو محال.

و الالتفات الى أن ثبوت البنوه فى هذه الصورة أكد من ثبوتها فى تلك الصورة، فانها تثبت بسببى الدعوى و الفراش، بخلاف الصورة الاولى، فلهذا لم يوجب القود على الراجع بمجرد رجوعه.

قال رحمه الله فى الشرط الرابع كمال العقل: و لو قتل البالغ الصبى، قتل به على الاصح.

هذا تنبيه على أن فى المسألة خلافا، و قد حكاها المتأخر عن بعض الاصحاب و انما كان الاصح الثبوت لظاهر القرآن.

قال رحمه الله: و فى ثبوت القود على السكران تردد، و الثبوت أشبهه، لانه كالصاحى فى تعلق الاحكام. أما من بنج نفسه أو شرب مرقد لا لعذر، فقد ألحقه الشيخ رحمه الله بالسكران، و فيه تردد.

أقول: هنا مسألتان: الاولى- فى ثبوت القود على السكران، و قد تردد فيه، و منشأ تردده: النظر الى أن السكران مساو للمجنون فى زوال العقل، فلا يقتص منه عملا بالمساواه.

و الالتفات الى أن الاصحاب أوجبوا عليه الاحكام كالصاحى، و هذا يدل على مساواته له عندهم. و يضعف الاول بأن الاشتراك فى الصفات السلبية لا يوجب التماثل.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٧

و أما المسألة الثانية، فمنشأ التردد فيها: النظر الى أن الفاعل لذلك مساو للسكران فى تعمد ازاله عقله، فيجب عليه القود تغليظا للعقوبه. و الالتفات الى اصاله عدم التعدى.

قال رحمه الله: و فى الاعمى تردد أظهره أنه كالمبصر فى توجه القصاص بعمده و فى روايه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام ان جنائته خطأ تلزم العاقله.

أقول: منشؤه: النظر الى هذه الروايه المؤيده بفتوى الشيخ.

و الالتفات الى أنها مخصصة لعموم آى القرآن العزيز فلا

يسمع.

قال رحمه الله في الفصل الثالث في دعوى القتل: و لو حرر الدعوى بتعيين القاتل و صفه القتل و نوعه سمعت دعواه، و هل تسمع منه مقتصرًا على مطلق القتل؟

فيه تردد أشبهه القبول.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن القتل من الامور التي لا يمكن استدراكها بعد فواتها، فافتقرت الى الكشف، و هو المراد بالتعيين، و لانا لا- نعلم صفه القتل، فيستوفى موجه مع نكول المدعى عليه و حلف المدعى. و هو اختيار الشيخ في كتاب الدعوى و البيئات، و ظاهر كلامه في الشهادة على الجنائيات.

و الالتفات الى أن اطلاق القتل ينصرف الى العمد. فيحمل مع نكول المدعى عليه عن الحلف و سكوته عن المطالبة بالتعيين، أو نقول بحمله عند الاطلاق على أقل مراتبه، و هو القتل الخطأ، دفعا للتهجم على الدماء.

قال رحمه الله: الثانيه- اذا ادعى القتل و لم يبين- الى آخره.

أقول: هذه المسأله الاولى بعينها مع زياده إيضاح. و قد بينها مستوفى.

قال رحمه الله: الثالثه- لو ادعى على شخص القتل منفردا، ثم ادعى على آخر، لم تسمع الثانيه برئ الاول أو شركه، لا كذابه نفسه بالدعوى الاول، و فيه للشيخ قول آخر.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٨

أقول: صوره المسأله أنه اذا ادعى على رجل القتل و هناك لوث، فحلف لاثبات دعواه و استوفى، ثم جاء آخر فأقر أنه القاتل، فهل للحالف، أن يدعى عليه أم لا؟.

اذا عرفت هذا فنقول: ذكر الشيخ رحمه الله في المبسوط «١» في هذه المسأله قولين حكاهما في الخلاف «٢» عن الشافعى:

الاول: سماع الدعوى الثانيه، لان قول الولي قتله فلان وحده لم يقطع به و انما قاله بغالب ظنه، و هذا المعترف يخبر عن قطع و يقين، فكان أعرف بما اعترف

به، فلهذا كان له مطالبته به، و يفارق هذا اذا قال: أنا قتلته ثم قامت البيه أن هذا المعترف كان غائبا عن موضع القتل حين القتل حيث قلنا لا تقبل هذه البيه، لانه مكذب لها و هاهنا غير مكذب لهذا المعترف، فبان الفضل منهما، و اختاره في الخلاف.

الثانى: عدم السماع، لان قول الولي في الابتداء ما قتله الا فلان وحده، اقرار منه أن هذا المقر ما قتله، فلا يقبل دعواه عليه.

ثم قال: و هو الاقوى عندي، لانا بينا أنه لا يجوز أن يحلف الا على علم، و اذا ثبت ذلك فكأنه قال: أنا أعلم أن الثانی ما قتله، فيكون مكذبا له، على أنا قد بينا قضيه الحسن عليه السلام في مثل هذا، و أن الديه في بيت المال.

فأشار بذلك الى ما ذكره في أول باب القسامه، فانه قال بعد ذكر بعض هذه المسأله هناك: و قد روى أصحابنا في مثل هذا، و هي قضيه الحسن عليه السلام أن الديه تلزم في بيت المال، و لا تلزم المقر و لا الذى ادعى عليه اللوث، و أمضاه أمير المؤمنين عليه السلام.

قال رحمه الله: لو شهدا لمن يرثانه أن زيدا جرحه بعد الاندمال قبلت،

(١) المبسوط ٧ / ٢٣٣.

(٢) الخلاف ٢ / ٤١٨ مسأله ١٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٦٩

و لا تقبل قبله لتحقق التهمه على تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن المقتضى لوجوب القبول موجود و المانع لا يصلح للمانع. أما وجود المقتضى، فهى العدالة الموجبه للقبول. و أما المانع المذكور، فليس الا وجود التهمه، فان الجرح قد يصير نفسا، فتجب الديه على القاتل و يستحقها الشاهدان، فلهذا لم يقبل.

و أما عدم صلاحيته للمانع، فلانه لو منع ذلك من قبول

الشهادة في هذه الصورة لمنع من قبول الشهادة للمريض اذا شهدا له في حاله مرضه عملا بالعليه لكن التالي باطل عند القائل بالبطلان هناك فكذا المقدم.

أما بيان الشرطيه، فلان المقتضى لمنع هناك ليس الاجر النفع باعتبار هذه الشهاده، على تقدير أن يموت قبل الاندمال، و هذا المعنى بعينه متحقق في صوره ما اذا شهدا لمن يرثانه و هو مريض، فان المريض قد يموت، فيكون المال لهما.

لا- يقال: نمنع الملازمه لوجود الفرق بين الصورتين، لان الحق اذا ثبت هنا ملكه المريض، فاذا مات ورثاه عن المريض لا عن المشهود عليه، و ليس كذلك اذا قامت الشهاده بالجنايه لان متى مات المجنى عليه وجبت اليه بموته على القاتل يستحقها الشاهدان على المشهود، فلهذا ردت.

لانا نقول: لا نسلم أن اليه يستحقها بها ابتداءً، بل يستحقها بها عن ملك الميت أيضا، كما في صوره المريض، بدليل أنه اذا ثبت قضيت منها ديونه و أنفذت وصاياه، و إليه أو ما الشيخ رحمه الله قبل هذه المسأله.

و الالتفات الى تحقق التهمه المانعه من قبول الشهاده و قد بينهاها، و هو مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط «١»، و قد بينا ضعفه، فالعمل على ما قلناه.

(١) المبسوط ٧ / ٢٥١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٠

فرع:

قال الشيخ رحمه الله: لو اندمل الجرح بعد الاقامه، لم يحكم بتلك الشهاده لانها وقعت مردوده، فأما لو أعادها بعده، فالصحيح عندنا القبول، لزوال المانع منه.

قال رحمه الله في القسامه: لو قال الشاهد: قتله أحد هذين لم يكن لوثا، و في الفرق تردد.

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هاتين المسألتين في المبسوط «١» و حكم بثبوت اللوث في الاولى دون الثانيه، و فرق بينهما بأن في المسأله الاولى

قد ثبت أن القتل قتل أحدهما، فهو كما لو وجد بينهما، و ليس كذلك المسأله الثانيه لان اللوث أن يغلب على الظن صدق ما يدعيه الولي، و لكل واحد منهما ولي و لا يعلم أن الشاهد شهد له، فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه، فلم يكن لوثا.

و المصنف تردد في الفرق، و منشأ ترده النظر الى ما ذكره الشيخ رحمه الله من الفرق. و الالتفات الى أن كل واحد منهما يحتمل أن يكون قاتلا و يحتمل أن لا يكون، فتنتفى غلبه الظن بصدق ما يدعيه الولي ان لو خص بالقتل أحدهما، اذ التقدير أن كل واحد يحتمل أن يكون قاتلا- على سبيل الخصوص لا- على سبيل الشركه، فلم يغلب على الظن اتجاه القتل الى أحدهما، فحيث لا يثبت اللوث في الصورتين معا.

قال رحمه الله: و لا يشترط في اللوث وجود أثر القتل على الاشبه.

أقول: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: كل موضع حصل اللوث فللولي القسامه، سواء كان بالقتل أثر القتل أو لا. ثم قال: و قال قوم: ان كان به أثر القتل

(١) المبسوط ٧ / ٢٣٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧١

فعل «١» هذا و ان لم يكن أثرا فلا- قسامه، حتى أنه لو خرج الدم من أنفه فلا قسامه، لانه يخرج من خنق و يظهر من غير قتل، و ان خرج من أذنه فهو مقتول، لانه لا يخرج من أذنه الا بخنق شديد و سبب عظيم. ثم قال: و هو الاقوى «٢».

و اختار في الخلاف عدم الاشتراط، كما هو مذهب الشافعي، محتجا بأن العاده موت الانسان بالامراض، و موت الفجأه نادر، فالظاهر من هذا أنه مقتول، كما أن من به أثر القتل يجوز أن

يكون جرح نفسه، ولا يترك لذلك القسامه ولا ينبغي أن نحمله على النادر الا بدليل، وقد يقتل الانسان غيره بأخذ نفسه أو عصر خصيته و ان لم يكن هناك أثر «٣».

و ما قاله رحمه الله في الخلاف حسن، و انما كان أشبه لدلاله العموم عليه.

قال رحمه الله في كميته القسامه: و لو كان المدعى عليهم أكثر من واحد ففيه تردد، أظهره أن على كل واحد خمسين يمينا، كما لو انفرد، لان كل واحد يتوجه عليه دعوى بانفراده.

أقول: منشؤه: النظر الى أن كل واحد من المدعى عليهم ينفي عن نفسه ما ينفيه الواحد اذا انفرد و هو القود، فلهذا حلف كل واحد ما يحلف الواحد اذا انفرد و ليس كذلك المدعى اذا كان أكثر من واحد، لان الكل سواء يثبتون ما يثبته الواحد اذا انفرد، و هو الذي قواه الشيخ في المبسوط «٤»، و هو القول الاصح عند الشافعي.

و الالتفات الى أصل البراءة، ترك العمل به في ايجاب الخمسين عليهم، للدليل الدال عليه، فيبقى معمولا به فيما عداه، و به أفتى الشيخ في الخلاف،

(١) في المصدر: مثل.

(٢) المبسوط ٧ / ٢١٥.

(٣) الخلاف ٢ / ٤١٥ مسأله ٨.

(٤) المبسوط ٧ / ٢١١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٢

محتجا باجماع الفرقه و أخبارهم، و بأن ما قلناه مجمع على لزومه، و ليس على ما قالوه دليل «١». و هو القول الثاني للشافعي. و المصنف رجح ما رجحه الشيخ في المبسوط.

قال رحمه الله: و في قبول قسامه الكافر على المسلم تردد، أظهره المنع.

أقول: منشؤه: النظر الى ظواهر الاخبار الداله على جواز القسامه مع حصول اللوث، و هو الذي قواه الشيخ في المبسوط، ثم قال: غير أنه لا يثبت به القود

و يثبت به المال «٢». و هو مذهب الشافعى و أبى حنيفه، لكنهما أثبتا القتل على المسلم.

و الالتفات الى أن اثبات حق المدعى بيمينه ورد على خلاف مقتضى الاصل و هو فتوى الشيخ فى الخلاف، محتجا بأصل البراءة، و بأن اثبات القتل على المسلم بيمين المشترك يفتقر الى دليل، و لانا لو أوجبنا القتل بيمينهم لوجب أن يقاد به، و قد بينا أنه لا- يقاد مسلم بكافر، و لو أوجبنا عليه الديه لوجبنا بيمين الكافر ابتداءً على مسلم مالا، مع علمنا بأنهم يستحلون أموال المسلمين و دماءهم «٣». و به قال مالك.

فأئده:

ظاهر كلام المصنف و الشيخ رحمه الله فى المبسوط و الخلاف أن هذا الحكم انما هو اذا كان الولي كافرا أيضا. أما لو كان مسلما فلا، و عندى فيه نظر يعرف مما ذكر فى مسأله ما لو شهدا لمن يرثانه.

(١) الخلاف ٢/٤١٧.

(٢) المبسوط ٧/٢١٦.

(٣) الخلاف ٢/٤١٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٣

قال رحمه الله: أما الاعراب، فان كان من أهله كلف، و الاقنع بما يعرف معه القصد.

أقول: أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ رحمه الله فى المبسوط، فانه قال:

فأما اعراب اليمين، فالصحيح أن يكون اسم الله مخفوضا بحرف القسم، فنقول:

و الله، فان خالف هذا أو لحن فقال: و الله رفعا أو نصبا، قال قوم: يجزيه، لانه لا يغير معنى. و الاقوى عندى أنه ان كان من أهل الاعراب و المعرفة أن لا يجزيه، و ان كان ممن لا يعرف ذلك أجزاءه «١».

و انما ذكرت هذه المسأله و ان كانت واضحه، لانه قد وقع فى بعض النسخ «أما الاعتراف» بالفاء، و هو غلط ظاهر، و قد نبه عليه صاحب كشف الرموز

و فى حاشيته على الشرائع، و هو عارف بهذا الكتاب، لانه قرأه على مصنفه.

قال رحمه الله: و هل يذكر فى اليمين أن النيه نيه المدعى؟ قيل: نعم، دفعا لتوهم الحالف، و الاشبه أنه لا يجب.

أقول: قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط: و النيه فى اليمين نيه الحاكم، و الفائده فى اعتبار هذه الصفات أن كل واحد لا يعلم أن الامر هكذا، فربما يعتقد أن النيه نيه الحالف، فيغير اليمين عن جهتها، فلهذا كانت هذه الاوصاف أقرب «٢».

و لا حاجة الى ذلك، لان الاعتبار عندنا بنيه المحق، مدعىا كان أو مدعى عليه.

قال رحمه الله فى الفصل الرابع فى كيفية الاستيفاء: اذا كان له أولياء لا يولى عليهم- الى قوله: و قال: لو كان الولي صغيرا و له أب أو جد، لم يكن لاحد أن يستوفى حتى يبلغ، سواء كان القصاص فى النفس أو الطرف، و فيه اشكال.

أقول: منشؤه: النظر الى أنه حق للصبي، فلا يجوز لغيره التصرف فيه

(١) المبسوط ٢٣٨ / ٧.

(٢) المبسوط ٢٣٨ / ٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٤

كغيره.

و الالتفات الى أن الولي متسلط على استيفاء حقوق المولى عليه مع المصلحه و هذا من ذاك، و هو الاقوى.

قال رحمه الله: و قال: يحبس القاتل حتى يبلغ الصبي و يفيق المجنون، و هو أشد اشكالا من الاول.

أقول: انما كان أشد اشكالا، لان الحبس زياده عقوبه لا دلالة عليها، اذ موجب القتل القصاص أو الديه لا غير، فيكون منفيًا بظاهر قوله عليه السلام «لا ضرر و لا اضرار فى الاسلام» «١».

قال رحمه الله: اذا قتل جماعه على التعاقب، ثبت لولى كل واحد منهم القود، و لا يتعلق حق واحد بالآخر، فان استوفى الاول سقط حق الباقيين لا الى بدل،

على تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن المقتضى لثبوت القود موجود في كل واحد واحد، فاذا استوفى الاول سقط حق الباقي لا الى بدل، لفوات محل القصاص، و لان الديه لا تثبت عندنا الا بالتراضى منهما وقد يعذر ذلك، و هو فتوى الشيخ في الخلاف «٢» و المبسوط «٣»، و واقفه الشافعي في ثبوت القود لكل من الاولياء، و خالفه في سقوط حق الباقي لا الى بدل، و أوجب بدلا هو كمال الديه في ماله خاصه.

و احتج الشيخ في الخلاف بوجهين: الاول اجماع الفرقه و أخبارهم. الثاني قوله تعالى «فقد جعلنا لوليه سلطانا» «٤» فأثبت تعالى السلطه للولي، و القول بالتداخل

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

(٢) الخلاف ٣٤٥ / ٢.

(٣) المبسوط ١٣ / ٧.

(٤) سوره الاسراء: ٣٣.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٥

ينفي ذلك. و على الثاني بأصل البراءه، و بأن اثبات الديه يحتاج الى دليل.

و الالتفات الى أن سقوط حق الباقي يستلزم اهدار الدم المحقون المنفى بظاهر قوله عليه السلام «لا يصل دم امرئ مسلم» «١» فيثبت البدل تفصيا من ذلك، كما هو مذهب الشافعي، و لو قيل بالتداخل كان وجهها، للتساوي في سبب الاستحقاق، كما هو مذهب أبي حنيفة، فان بادر أحدهم بقتله من غير اذن الباقي فقد استوفى حقه.

و هل يسقط حق الباقي لا الى بدل؟ قال أبو حنيفة: نعم، و الاشبه الزام القاتل بحصه باقي المقتولين من ديه الجاني، و قال عثمان التيمي: يقتل بجماعتهم، فاذا قتل سقط من الديات واحده و كان ما بقي من الديات في تركته، يأخذها أولياء القتلى بالحصص، و هذا القول مناف للمذهب جدا.

قال رحمه الله: و لو بادر أحدهم - الى آخر المسأله.

أقول:

قد سبق البحث في هذه المسألة السابقه عليها.

قال رحمه الله: اذا قطع يمينا، فبذل شمالا فقطعها المجنى عليه من غير علم قال في المبسوط: يقتضى مذهبنا سقوط القود، و فيه تردد. لان المتعين قطع اليمين فلا يجزى اليسرى مع وجودها.

أقول: منشؤه: النظر الى أن اليسار قد يقطع باليمين اذا لم يكن يمين، فيكون بدلا عنها، فيسقط القصاص عن اليمين، اذ لا فرق بين فعل البدل و فعل المبدل عنه و هو حجه الشيخ رحمه الله.

و فيه ضعف، فانه لا يلزم من جعلها بدلا عنها في صوره عموم كونها بدلا عنها سلمنا لكن البدل انما يجزى به اذا كان المبدل عنه مفقودا، و هنا المبدل موجود فلا يجزى كغيره.

و الالتفات الى أن المعين قطع اليمين، فلا يجزى غيرها، اذ اجزاء أحد

(١) عوالى اللثالى ٢ / ١٦٠ و ٣ / ٥٨١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٦

الفعالين المتغايرين عن الاخر خلاف الاصل، فلا يصار إليه الا لدليل، و هو مفقود هنا، و هو اختيار أكثر فقهاء العامه.

فرع:

قال الشيخ في المبسوط: لو وجب عليه قطع اليمين فى السرقة و أخرج يساره فقطعت، سقط عنه القطع فى اليمين بلا خلاف، لان حقوق الله مبنيه على تخفيف «١».

قال رحمه الله: و لو اتفقا على بذلها بدلا لم يقع بدلا، و كان على القاطع ديتها، و له القصاص فى اليمين لانها موجوده، و فى هذا تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى رضا المجنى عليه بقطع اليسار بدلا عن اليمين، مستلزم للعفو عن قطع اليمين، فيسقط القصاص عنها، كما لو عفا عنه صريحا.

حلّى، نجم الدين جعفر بن زهدرى، إيضاح ترددات الشرائع، دو جلد، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشى نجفى - ره، قم - ايران، دوم،

إيضاح ترددات الشرائع؛ ج ٢، ص: ١٧٦

و من الالتفات الى أنه انما رضى بقطع اليسار بدلا عن اليمين على تقدير صحه ذلك، فاذا لم تصح المبادله و اليمين قائمه، كان له الرجوع إليها، كرجل باع عبدا بثمان معين، فتلف الثمن قبل القبض رجع سيد العبد الى عين ماله حيث لم يسلم الثمن، فكذا هنا يرجع المقتص الى ما وجب له، و هو قطع اليمين، و حكى الشيخ فى المبسوط «٢» القولين و لم يرجح.

فأئده:

القائل بثبوت القصاص فى اليمين يوجب على المقتص فى اليسار ديتها، و للمقتص قطع اليمين حينئذ، و النافى لم يوجب ديه اليسار على المقتص فيها و يوجب له ديه اليمين، فان كانت الديتان سواء تقاصا و ان اختلفا، كأن يكون أحدهما رجلا و الآخر امرأه، تقاصا بما اتفقا و رجع ذو الفضل بالفضل.

(١) المبسوط ١٠١ / ٧.

(٢) المبسوط ١٠٢ / ٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٧

قال رحمه الله: الرابعه: لو قطع يدي رجل و رجله - الى قوله: أما لو قطع يده فمات و ادعى الجانى الاندمال و ادعى الولي السرايه، فالقول قول الجانى، ان مضت مده يمكن فيها الاندمال، و لو اختلفا فالقول قول الولي، و فيه تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن الاصل بقاء المده و عدم مضيها، فيكون القول قول الولي، لاستناد دعواه بهذا الاصل، و هو فتوى الشيخ فى المبسوط «١»، فالولى فى هذه المسأله كالجانى فى المسأله السابقه عليها.

و الالتفات الى أن الظاهر وجوب نصف الديه، اذ هو موجب الجنايه فقط و الولي يدعى زياده بحصول الموت بالسرايه، و الاصل عدمها حتى يثبت قطعاً أو ظاهراً، و لا قطع و لا ظاهر مع حصول الخلاف، فيكون القول

قول الجانى، لاستناده الى هذا الاصل و أصل البراءه، أو نقول: احتمال لا انقضاء مساو لاحتمال الانقضاء فتساقطا، و يرجح قول الجانى بما أن الاصل عدم الضمان، و الاول عندى أقوى.

قال رحمه الله: و لو ادعى الجانى أنه شرب سما فمات، و ادعى الولي موته من السرايه، فالاحتمال فيهما سواء و مثله. الملفوف فى الكساء اذا قدس سرّه بنصفين فادعى الولي أنه كان حيا، و ادعى الجانى أنه كان ميتا، فالاحتمالان متساويان، فيرجح قول الجانى بما أن الاصل عدم الضمان، و فيه احتمال آخر ضعيف.

أقول: اعلم أن دعوى كل واحد من الجانى و الولي قد استندت الى أصل فى الصورتين معا. أما فى الصوره الاولى، فلان الجانى استندت دعواه الى أصل و هو أصاله عدم الموت بالسرايه. و أما الولي فلان دعواه مستند الى أصاله عدم الشرب و الموت به. و اذا تعارض الاصلان تساقطا و وجب الرجوع الى مقتضى الاصل و هو البراءه.

و أما فى الصوره الثانيه، فلان دعوى الولي مستنده بأصل بقاء الحياه، و لانه

(١) المبسوط ١٠٥ / ٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٨

قد تحققت جنايه قبل الضرب و شككنا فى وجودها حين الضرب، و الاصل الحياه فوجب البناء على اليقين، كمن تيقن الطهاره و شك فى الحدث أو بالعكس، فانه يبنى على اليقين فيهما.

و أما دعوى الجانى، فلاستناده الى الاصل، و لاین الظاهر من حال الملفوف فى الكساء الموت، و اذا تعارضا تساقطا و وجب الرجوع الى الاصل، و هو فى جنيه الجانى، و هو فتوى الشيخ فى المبسوط «١» و الخلاف «٢».

و أما الاحتمال الاخر، فاعلم أن بعض الفقهاء جعل القول قول الولي، نظرا الى ما قلناه، و استضعفه الشيخ فى المبسوط،

و هو القول الثانى للشافعى.

قال رحمه الله: و لو صرح بالعتفو صح فيما كان ثابتا وقت الابراء، و هو ديه الجرح. أما القصاص فى النفس أو الديه، ففيه تردد لانه ابراء مما لم يجب.

و فى الخلاف يصح العفو عنها و عما يحدث، و لو سرت كان عفو ماضيا من الثلث لانه بمنزله الوصيه.

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هذه المسألة فى الخلاف «(٣)»، و أفتى فيها بصحة العفو و حكم بخروج الديه من الثلث فحسب، لان تصرفات المريض انما يصح عنده من الثلث.

و احتج بعموم قوله تعالى «و الجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفاره له» «(٤)» فنسب تعالى الى التصديق الذى هو كناية عن الابراء و لم يفرق بين موضع و آخر، و لان الاصل الجواز، فالمانع يحتاج الى دليل، و هو ظاهر كلامه فى

(١) المبسوط ٧ / ٢٥٥.

(٢) الخلاف ٢ / ٤١٧.

(٣) الخلاف ٢ / ٣٧٠.

(٤) سورة المائدة: ٤٥.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٧٩

المبسوط «(١)».

و أما الشافعى، فانه قال: لا يخلو أن نقول ذلك بلفظ العفو أو بلفظ الوصيه، فان قال بلفظ الوصيه، فهل تصح الوصيه للقاتل؟ قولان، أحدهما تصح لقوله عليه السلام «ان الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث» «(٢)» دل على أن الوصيه انما تصح لغير الوارث، و لا شك أن القاتل غير وارث، فتصح الوصيه له، عملا بظاهر اللفظ و للاصل. و الثانى لا تصح لقوله عليه السلام «ليس للقاتل شىء» و النكره فى سياق النفى للعموم، كما مر بيانه فى أول كتابنا هذا.

فان قلنا بالاول كانت الديه كلها له ان خرجت من الثلث، و الا فبمقدار ما يخرج منه. و ان قلنا بالثانى، كانت الديه باقيه على الجانى

بحالها.

و ان قال بلفظ العفو و الابراء، فهل هما من المريض وصيه أم لا؟ على قولين فان قيل وصيه فهو كالوصيه، و قد سلف البحث فيها. و ان قيل انهما اسقاط لا وصيه لانه ابراء عما لم يجب، و ذلك لا تصح.

و أما المصنف، فانه تردد في ذلك، و منشأ ترده النظر الى ما احتج به الشيخ في الخلاف. و الالتفات الى ما احتج به الشافعي أخيراً.

قال رحمه الله: لو جنى عبد على حر جنايه تتعلق برقبته، فان قال: أبرأتك لم يصح، و ان أبرأ السيد صح، لان الجنايه و ان تعلقت برقبه العبد، فانه ملك للسيد، و فيه اشكال من حيث أن الابراء اسقاط لما في الذمه.

أقول: هذه المسأله ذكرها الشيخ في المبسوط «٣»، و حكم بصحة ابراء السيد دون العبد. اما الاول. فلان الجنايه و ان كانت متعلقه برقبه العبد، فالعبد يعود على

(١) المبسوط ٧ / ١١١.

(٢) سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٥، برقم: ٢٧١٣.

(٣) المبسوط ٧ / ١١١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٠

السيد فلهذا صح. و أما الثانى فلان الابراء اسقاط لما تعلق بالذمه و لم يتعلق فى ذمه العبد شى ء.

و المصنف استشكل القول بصحة الاول، و منشؤه النظر الى ما ذكره الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى أن الابراء عباره عن اسقاط ما فى الذمه و لم يتعلق بدمه المولى شى ء، فلا يصح ابرأؤه، و المقدمتان ظاهرتان. أما لو عفا مطلقاً، فقال: عفوت عن أرش هذه الجنايه صح اجماعاً و كان راجعاً الى سيده، اذ هى وصيه لغير قاتل فصحت.

قال الشيخ رحمه الله فى كتاب الديات: و له أن يبذل من ابل البلد أو من غيرها أو يعطى من ابله أو ابل أدون- الى قوله:

و هل تقبل القيمه السوقيه مع وجود الابل؟ فيه تردد، و الاشبه لا.

أقول: منشؤه: من أن الواجب الابل، فلا- يعدل عن الواجب الى غيره من غير تراض، و هو مذهب فقهاء العامه طرا، و من أن الاصل الجواز.

قال رحمه الله: و الذى يقتضيه مذهبنا أنه اذا كان من أهل الابل و بذل القيمه قيمه مثله كان له ذلك، و ان قلنا ليس له ذلك كان أحوط. و أما ان كان من أهلها و طلب الولي القيمه لم يكن له ذلك.

قال رحمه الله: فرع- لو رمى من الحل الى الحرم فقتل فيه لزم التغليظ، و هل يغلظ مع العكس؟ فيه التردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن السبب المقتضى للتغليظ انما هو القتل فى الحرم، و هو منتف هنا، اذ التقدير أن القتل حصل فى الحل فينتفى مسببه و هو التغليظ عملا بالعليه، و هو الاقوى، و يؤيده أصاله البراءه من وجوب التغليظ مطلقا، ترك العمل به فى ايجابه اذا حصل القتل فى الحرم أو الشهر الحرام للاجماع

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨١

منا و من الشافعى و بعض الصحابه و التابعين، خلافا لابي حنيفه و مالك و بعض التابعين فيبقى الباقي على الاصل.

و الالتفات الى أن سبب القتل حصل فى الحرم، اذ التقدير أن الرمي الذى حصل منه القتل كان فى الحرم، فيثبت التغليظ، كما لو حصل القتل فيه، لان وجود السبب كوجود المسبب، و هو الايق بمذهب الشيخ رحمه الله، لانه أوجب على المحل الفداء اذا كان فى الحرم فرمى صيدا فى الحل فقتل.

و عليه دلت روايه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل فى الحرم رمى صيدا خارجا من الحرم فقتله، فقال:

عليه الجزاء، لان الآفه جاءت الصيد من ناحيه الحر «١».

و الألف و اللام فى التردد لتعريف الماهيه، لا اشاره الى تردد سابق.

قال رحمه الله: و يستوى فى ذلك كله القن و المدبر، ذكرنا كان أو أنثى، و فى أم الولد تردد على ما مضى.

أقول: قال صاحب كشف الرموز: اشار بذلك الى ما ذكره فى كتاب البيع من أن أم الولد هل يسترى و يباع أو لا؟ و ليس بحق، بل أشار بذلك الى ما ذكره فى كتاب المكاتبه و التدبير و الاستيلاء من قوله «إذا جنت أم الولد خطا تعلق أرش الجنايه برقبته» الى قوله «و فى روايه مسمع عن أبى عبد الله جنايتها فى حقوق الناس على سيدها» «٢».

و اعلم أن هذه الروايه موافقه لمذهب جميع فقهاء العامه، على ما حكاه الشيخ فى الخلاف عنهم، الا- أبا ثور فانه قال: أرش جنايتها يتعلق بذمتها يتبع به بعد العتق و هو خير المزنى، ثم قال بعد ذلك: و عندنا أن جنايتها كجنايه المملوك سواء و قد

(١) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٦٢، ح ١٦٩.

(٢) شرائع الاسلام ٣/ ١٣٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٢

تقدم «١». و كذا قال فى المبسوط «٢»، و استدل باجماع الفرقه و أخبارهم على أنها مملوكه يجوز بيعها.

إذا عرفت هذا فاعلم أن هذا التردد ضعيف، لان الاجماع اذا انعقد على شىء و جب اتباعه، و ان وردت الروايه بخلافه، لدلالته على اطراح العمل بمضمونها.

قال رحمه الله: من صاح ببالح فمات فلا ديه. أما لو كان مريضا أو مجنونا أو طفلا أو اغتفل البالغ الكامل و فاجأه بالصيحه، لزمه الضمان، و لو قيل بالتسويه فى الضمان كان حسنا، لانه سبب الاتلاف ظاهرا.

أقول: القول الاول للشيخ رحمه

اللّٰه في المبسوط، محتجا بالاصل و لان الظاهر أنه لم يسقط من صيحته و انما وافقت سقطته صيحته هذا.

ثم قال: أما لو كان الذى سقط صبيا أو معتوها، فعلى الصائح الديه و الكفاره لان مثل هذا يسقط من شده الصيحه. و كذا لو كان غافلا فصاح به حاله غفلته.

و الشيخ المصنف أوجب الضمان فى الصورتين، بأن الصياح سبب الاتلاف ظاهرا فى الصورتين، فيحكم بكونه سببا لهما شرعا، بقوله عليه السلام: أنا أحكم بالظاهر و اللّٰه يتولى السرائر.

قال رحمه اللّٰه: قال الشيخ: و الديه على العاقله، و فيه اشكال من حيث قصد الصائح الى الاخافه، فهو عمد الخطأ.

أقول: منشؤه: النظر الى أنه فعل خطأ، فتكون الديه المرتبه عليه لازمه للعاقله كغيره.

و الالتفات الى أن الصائح انما قصد بصيحته الاخافه، فيكون هذا الفعل عمدا شبيه الخطأ، فتكون الديه فيه على الجانى.

(١) الخلاف ٢ / ٣٩٨.

(٢) المبسوط ٧ / ١٦٠.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٣

و اعلم أن الشيخ رحمه اللّٰه حقق هذه المسأله بعد هذا الكلام بقليل فى مسأله من شهر سيفه فى وجه انسان، فقال: ثم تنظر، فان كان فعله عمدا فالديه مغلظه فى ما له عندنا و عندهم على العاقله، و ان كان انما صاح به خطأ، فالديه محققه على العاقله بلا خلاف، و هذا القول سديد فى موضعه.

قال رحمه اللّٰه: اذا مر بين الرماه فأصابه سهم - الى قوله: و لو كان مع المارّ صبى، فقربه من طريق السهم لا - قصدا [فأصابه] فالضمان على من قربه لا على الرامى، لانه عرضه للاتلاف، و فيه تردد.

أقول: ينشأ: من أن الرامى مباشر للاتلاف، فتكون الديه على عاقلته لكونه خطأ. أما الصغرى ففرضيه، و أما الكبرى فاجماعيه.

و الالتفات الى أن المارّ

قد عرضه للاتلاف بتقريبه «١» من طريق السهم، فيكون الضمان عليه، و هو ضعيف، لاتفاق الفقهاء على انه اذا اجتمع المباشر و السبب كان الضمان على المباشر دون ذى السبب، و فيه نظر، لان الرامى يسقط عنه الضمان بالتحذير، فيستقر الضمان على السبب اذا.

قال رحمه الله: روى أبو جميله- الى قوله: فقمصت المركوبه.

أقول: قال المتأخر: يقال قمصت الفرس و غيرها يقمص قمصا و قماصا اذا رفعت يديها و طرحهما معا و عجفت برجليها، يقال: هذه دابه فيها قماص بكسر القاف لا بضمها.

و اعلم أن للاصحاب فى هذه المسأله خمسه أقوال قد ذكر المصنف منها ثلاثه.

و أما القولان الآخران فأحدهما: قول أبى الصلاح، و هو أن الراكبه ان كان ركوبها بأجره فالديه على القامصه و الناحسه. و ان لم يكن بأجره فالمختار مذهب

(١) فى «س»: بتقريبه.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٤

المفيد، قال: و هو قضاء على عليه السلام.

و الثانى: أن الراكبه ان كانت صغيره أو مكرهه، فالديه نصفان، و ان كانت بالغه مختاره فالديه أثلاث، كما اختاره المفيد، قاله الراوندى فى الرائع، و هو حسن، اذ فيه جمع بين قولى الشيخين قدس الله روحهما.

قال رحمه الله: من دعا غيره، فأخرجه من منزله ليلا- الى قوله: و ان وجد مقتولا و ادعى قتله على غيره، فأقام بينه فقد برئ. و ان عدم البينه، ففى القود تردد و الاصح أن لا قود و عليه الديه فى ماله.

أقول: ينشأ: من أن شرط جواز القود تحقق القتل العمد العدوان، و هو مشكوك فيه هنا، فيسقط القود، اذ الشك فى الشرط يستلزم الشك فى المشروط قطعا، و هو اختيار أكثر الاصحاب، و اختاره المتأخر.

و الالتفات الى أن روايه عمرو بن أبى

المقدم عن أبي جعفر عليه السلام أن القود «١» و الفتوى على الاول.

فرع:

لو لم يدع المخرج أن غيره قتله، قال المتأخر: كان على الذى أخرجه القود بعد القسامه من أوليائه على ما مضى شرحه، و عندي فيه اشكال.

قال رحمه الله: و ان وجد ميتا، ففي لزوم الدية تردد، و لعل الاشبه أنه لا يضمن أقول: ينشأ: من النظر الى ظاهر قولهم عليهم السلام «من أخرج غيره من بيته فهو له ضامن حتى يرجع» «٢» و هو خيره الشيخ فى النهايه «٣»، و هو مروى عن أبي

(١) تهذيب الاحكام ١٠ / ٢٢١.

(٢) تهذيب الاحكام ١٠ / ٢٢٢.

(٣) النهايه ص ٧٥٦.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٥

عبد الله عليه السلام عن أبي جعفر عن رسول الله عليهما السلام «١».

و الالتفات الى أصل البراءة، فيتمسك به الى حين ظهور الموجب قطعاً أو ظاهراً. قال المتأخر: و الذى يقتضيه مذهبنا أنه اذا كان غير متهم عليه و لا- يعلم بينهما الاخير، فلا ديه عليه بحال، و ان علم بينهما عداوه و مخاصمه، فلاوليائه القسامه بما يدعونه من أنواع القتل، لان اخراجه مع العداوه التى بينهما يقوم مقام اللوث المقدم ذكره، فليلاحظ ذلك. و ما قاله رحمه الله حسن.

قال رحمه الله: و روى عن أبي عبد الله عليه السلام فى امرأه أدخلت ليله البناء صديقا الى حجبتها، فلما أراد الزوج موافقتها ثار الصديق فاقتلا فقتله الزوج فقتلته هى، فقال:

تضمن ديه الصديق و تقتل بالزوج، و فى تضمنين ديه الصديق تردد، أقربه ان دمه هدر.

أقول: منشؤه: النظر الى أن دم الصديق هدر، أما أولا فلدخوله دار الزوج من غير اذنه، و قد تقدم أن للزوج قتل من يجده فى داره للزنا «٢» بأهله،

سواء هم يقتل الزوج أو لم يهتم. و أما ثانيا، فلانه محارب، فيجوز دفعه بقدر الامكان، فلو لم يندفع الا بالقتل جاز اعتماده، دفعا للضرر عن النفس، و هو متفق عليه.

و اذا ثبت أن دمه هدر لم يكن على أحد ضمانه، و هو اختيار الشيخ فى النكت و المتأخر أيضا.

و الالتفات الى أن الزوجه غاره للصدىق، فيلزمها ديتة، كمن ألقى رجلا فى البحر فابتلعه الحوت، و هو خيره الشيخ فى النهايه «٣» و للروايه «٤». و الاول أصح و هذه الروايه اشاره الى حكم فى واقعه، و الفعل لا عموم له، لانه يكفى فى صحه

(١) تهذيب الاحكام ١٠ / ٢٢١.

(٢) فى «م»: للبناء.

(٣) النهايه ص ٧٥٦.

(٤) تهذيب الاحكام ١٠ / ٢٠٩، ح ٢٩.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٦

الايخبار عنه الاتيان به مره واحده، فيحمل على أنه عليه السلام حكم بذلك لعلمه بما يوجب ذلك الحكم، و ان كان الراوى نقله من غير علم السبب المقتضى له، فلا يعدى.

و الحجله هى الستر و الخيمه التى يضرب للنساء فى السفر، قاله المصنف فى النكت.

و قال المتأخر: الحجله بالتحريك واحده حجال العروس، و هو بيت يفرش بالثياب و الاسره و النمارق و الستور، هكذا ذكره الجوهري فى الصحاح «١».

فلا يظن ظان أن الحجله هى السرير، و يعضد قول الجوهري الحديث المأثور «اعروهن يلزمن الحجال» «٢» و المراد به البيوت دون الاسره وفاقا، و اذا ثبت استعماله فى ذلك امتنع استعماله فى غيره، دفعا للاشتراك و المجاز.

قال رحمه الله: فى البحث الثانى فى الاسباب: و كذا اخراج الرواشن فى الطرق المسلوكه اذا لم تضر بالماره، فلو قتلت خشبه بسقوطها، قال الشيخ:

يضمن نصف الديه، لانه هلك عن مباح و محظور، و الاقرب

أنه لا يضمن مع القول بالجواز.

أقول: قال الشيخ في المبسوط عقيب ذكره: فأما قدر الضمان باعتبار حصول الموت بالسقوط، فإن سقطت الخشبه بأجمعها فقتلت، ضمن نصف الديه، لانه هلك من فعلين، و احدهما مباح و هو الساقط الكائن فى حد الملك، فيسقط ما حصل بسببه. و الاخر محظور، و هو الخارج عن حده، فيضمن ما حصل بسببه.

ثم سوى فى الضمان بين ما اذا أصاب المقتول الطرف الخارج أو الاخر، لحصول القتل باصابته و ثقل الاخر، و أوجب ضمان كل الديه مع وقوع الخارج خاصه، لتمحض الهلاك من المحظور خاصه.

(١) صحاح اللغة ٤ / ١٦٦٧.

(٢) عوالى اللثالى ٣ / ٦٢٢.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٧

و حكم المصنف بعدم الضمان مطلقا، محتجا بأن النصب سائغ فلا يستعقب ضمانا، أما الاولى ففريضه، و أما الثانيه فاتفاقه.

قال رحمه الله: و فى ضمان جنايه الهره المملوكه تردد، قال الشيخ: يضمن بالتفريط مع الضراوه، و هو بعيد، اذ لم تجر العاده بربطها، نعم يجوز قتلها.

أقول: منشؤه: النظر الى أن السنور الضرى مساو للكلب العقور فى الاذى فيجب حفظه، و يضمن مالكة جنايته مع التفريط فى حفظه عملا بالمقتضى، و هو خيره الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى عموم قوله عليه السلام «جرح العجماء جبار» (١) ترك العمل به فى ايجاب الضمان على مالكة الكلب العقور و الدابه الصائله مع تفريطه فى حفظها للاجماع، و لان هذه الاشياء مما جرت العاده بربطها، بخلاف الهره، و هو قوى.

و أما جواز قتلها و الحال هذه، فمتفق عليه لانعقاد الاجماع على جواز قتل المؤذيات.

قال رحمه الله: ركب الدابه يضمن ما يجنيه بيديها، و فى ضمان ما يجنيه برأسها تردد، أقربه الضمان لتمكنه من مراعاته و كذا القائد.

أقول: منشؤه:

النظر الى أن المقتضى لضمان ما يجنيه بيديها انما هو التمكن من حفظها عن الجنايه على الغير، و هذا المعنى متحقق هنا، فيجب القول بثبوت الضمان فيه، عملا بالعليه، و هو خيره الشيخ في المبسوط.

و الالتفات الى أصل البراءه ترك العمل به في ضمان ما يجنيه بيديها، فيبقى الباقي على الاصل، و هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف.

قال رحمه الله في البحث الثالث في تراحم الموجبات: و لو جهل المباشر حال السبب ضمن المسبب، كمن غطى بئرا حفرها في غير ملكه فدفع غيره ثالثا

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٢٢٥، ح ١٧.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٨

و لما «١» يعلم، فالضمان على الحافر.

أقول: انما أتى هنا بلفظه «لما» دون «لم» لانها تفيد انتفاء الفعل ممتدا الى وقت حديثك به، قال تعالى «وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» «٢» و معناه: انهم كانوا غير مؤمنين الى وقت الاخبار عنهم، بخلاف «لم» فانها انما يفيد انتفاء الفعل الماضي خاصه.

فمعنى قولنا «و لما يعلم» أى: ان الجهل بذلك مستمر الى حين الدفع، و ليس ذلك صريحا مع «لم» فلهذا أتى ب «لما» و هذا فرق حسن ذكره بعض النحاه.

قال رحمه الله: و لو قال: ألق متاعك في البحر و على ضمانه، ضمن دفعا لضروره الخوف. و لو لم يكن خوف فقال: ألقه و على ضمانه، ففي الضمان تردد أقربه أنه لا يضمن.

أقول: هنا مسألتان: أما الاولى، فلا خلاف بيننا في صحه الضمان فيها و لزومه لما فيه من المصلحه المطلوبه للعقلاء، و هى دفع خوف الغرق عن النفس، و عليه فقهاء الجمهور الا أبا ثور قال الشيخ في الخلاف: و أبو ثور شاذ لا يعتد به.

و أما الثانيه فقد ادعى

الشيخ فى المبسوط الاجماع على بطلان الضمان فيها و هو موافق للمذهب، لانه ضمان ما لم يجب.

و المصنف تردد فى ذلك، و منشؤه: النظر الى أن هذا الضمان عقد، فيجب الوفاء به. أما الصغرى ففرضيه، اذ التقدير أن الضامن أوجد الايجاب، أعنى:

صيغه الضمان و الملقى رضى به، و لا شك فى أن العقد اسم للايجاب و القبول.

و أما الكبرى فلقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) و هو عام إلا فيما خصه الدليل، و لا

(١) فى الشرائع المطبوع: و لم.

(٢) سورة الحجرات: ١٤.

(٣) سورة المائدة: ١.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٨٩

مخصص قطعاً أو ظاهراً هنا.

و الالتفات الى أن مقتضى الاصل عدم صحه الضمان فى الموضوعين، لكونه ضمان ما لم يجب، لكن ترك العمل به فى الصورة الاولى، لما فى تسويغه من المصلحة الظاهره الراجحه، فتبقى الثانيه على الاصل لعرائها عن هذه الفائدة، و هو المعتمد.

و اعلم أن هذا التردد ضعيف جداً، لما فيه من مخالفه الاجماع الذى نقله الشيخ فى المبسوط، و الاستدلال الذى ذكرناه على جواز الضمان ضعيف، اذ العموم لا ينهض معارضا للاجماع.

قال رحمه الله فى النظر الثالث فى الجنايه على الاطراف: و فى الحاجبين خمسمائه دينار، و فى كل واحد نصف ذلك، و ما أصيب منه فعلى الحساب، و فى الاهداب تردد، قال فى المبسوط و الخلاف: الديه ان لم يثبت، و فيها مع الاجفان ديتان. و الاقرب السقوط حاله الانضمام و الارش حاله الانفراد.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قولهم عليهم السّلام «كل ما فى الجسد منه اثنان ففيه الديه، و كل ما فى الجسد منه أربعة ففيه الديه» و لا شك أن الاهداب فى الجسد أربعة، فتجب فيها الديه أرباعاً، و هو خير

الشيخ فى المبسوط و الخلاف، محتجا باجماع الفرقه و أخبارهم.

و الالتفات الى أن أصل البراءه ينفى التقدير مطلقا، ترك العمل به فى بعض الصور، للنص، و الاجماع، فيبقى الباقي على أصله، و هو خيره المتأخر، فانه قال بعد أن أورد كلام الشيخ فى المبسوط: و الذى يقتضيه مذهبنا أن الاهداب- و هو الشعر النابت على الجفن- لا ديه فيه مقدره، لان الاصحاب لم يقدروا فى السعر مقدار الا فى شعر الرأس و اللحيه و الحاجبين، فالحاق غيرها بها قياس، و هو باطل عندنا.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٠

ثم قال بعد كلام: فاذا أعدم ذلك و كان مفردا عن الاجفان كان فيه حكمه، و اذا أعدمه مع الاجفان كان فى الجميع ديه الاجفان، لان الاهداب تبع للاجفان، كما لو قطع اليد و عليها شعر.

و ذكر بعد ذلك كلاما طويلا- لا- فائده فى ايراده، و إليه صار المصنف، و الاقرب عندى ثبوت الارش حاله الانفراد و الديه للاجفان، و الارش لها حاله الانضمام، لان شعر العينين فيه جمال و منفعه، بخلاف شعر البدن، و إليه صار بعض الجمهور.

قال رحمه الله: و فى العين الصحيحه من الاعور الديه كامله، و وهم هنا واهم فتوق زلله.

أقول: أشار بذلك الى ما توهمه المتأخر من كلام الشيخ فى النهايه، حيث قال: و فى العين العوراء الديه اذا كانت خلقه، أو ذهبت بآفه من الله تعالى.

فانه توهم أن المراد بالعوراء الفاسده، و زعم أن فى الذاهبه بالآفه و الخلقه خمسمائه دينار، و نزل كلام الشيخ على هذا التأويل، و هو غلط، فان الشيخ أراد بالعوراء هنا الصحيحه من عين الاعور. و انما سماها بذلك، لانها ليس لها أخت من جنسها.

و فى الحديث

أن أبا لهب اعترض على النبي عليه السّلام عند اظهار الدعوه، فقال له أبو طالب: يا أعور ما أنت و هذا، قال ابن الاعرابي: و لم يكن أبو لهب أعور و انما العرب يقول للذى ليس له أخ من أبيه و أمه: أعور. فالشيخ استعمل ذلك اتساعا و تبعاً للفظ الروايه المرويّه عن أبي عبد الله عليه السّلام.

فأما قول الشيخ رحمه الله «إذا كانت خلقه» الى آخره، فانه يريد به الذاهبه أضمرها و لم يجر لها ذكر اتساعا و لدلاله اللفظ عليه.

قال: رحمه الله و لو اسودت السن بالجنايه و لم تسقط فثلثا ديتها، و فيها بعد الاسوداد الثلث على الاشهر.

أقول: هذا هو المشهور بين أصحابنا، و احتج الشيخ فى الخلاف عليه باجماع

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩١

الفرقه و أخبارهم، و ذهب فى النهايه الى أن فيها ربع الديه، و به روايه عن أبي عبد الله عليه السّلام ضعيفه، لضعف رجالها، و لوجود الروايه الصحيحه الداله على ما قلناه المتأيده بعمل أكثر الاصحاب، خصوصا مع نقل الشيخ الاجماع عليها.

قال رحمه الله: و الديه فى المقلوعه مع نسخها، و هو الثابت منها فى اللثه.

و لو كسر ما برز عن اللثه فيه تردد، و الاقرب أن فيه ديه السن.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن ذلك يسمى سنا، فتجب فيه ديته. أما الصغرى فللنقل عن أهل اللغه، و قد ذكره الشيخ فى المبسوط و المتأخر، فالأسن ما شاهدته زائدا على اللثه و السنخ أصله. و أما الكبرى، فلأخبار الداله على وجوب الديه مع قلع السن، و هو خير تهما.

و الالتفات الى أن أصل البراءه ينفى الوجوب مطلقا، ترك العمل به فى ايجاب الديه مع القلع من السنخ مطلقا،

فيبقى على أصالته، و هو ضعيف، اذ الاصاله تخالف لقيام الدلاله و قد بينها.

قال رحمه الله: و لو قطع حلمتى الثديين، قال فى المبسوط و الخلاف:

فيهما الديه. و فيه اشكال، من حيث أن الديه فى الثديين و الحلمتان بعضهما.

أقول: ينشأ: من النظر الى عموم قولهم عليهم السلام «كل ما فى الجسد منه اثنان ففيه الديه» و هو خيره المتأخر، و لانهما من تمام الخلقه، و بهما الجمال و المنفعه، و هذا الدليل ذكره الشيخ فى المبسوط.

و الالتفات الى أن الشارع جعل الديه فى الثديين، و لا جرم أن الحلمتين بعضهما، و جعل الديه فى الكل يقتضى التقييد على الاجزاء و لعله أقرب لاعتماده على أصاله البراءه.

قال رحمه الله: و فى افضاء المرأه ديتهـا- الى قوله: و لو كانت المكروهه بكرا، هل يجب لها أرش البكاره زائدا عن المهر؟ فيه تردد، و الاشبه وجوبه.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٢

أقول: الافضاء جعل مدخل الذكر، و هو مخرج المنى و الحيض و الولد و مخرج البول واحدا. و اعلم أن مخرج المنى أسفل الفرج، و مخرج البول من ثقبه كالحليل فى أعلى الفرج، و بين المسلكين حاجز رقيق، فالإفضاء ازاله ذلك الحاجز، هذا تفسير الشيخ فى المبسوط و المتأخر.

و قال جماعه من أهل العلم: الافضاء جعل مدخل الغرمول و مخرج الغائط واحدا. و هو بعيد، لان بينهما حاجزا عريضا قويا.

اذا عرفت هذا فنقول: منشأ التردد: من النظر الى أن أرش البكاره و الديه و المهر كل واحد منها وجب بمعنى مغاير لما وجب له الاخر، و التداخل على خلاف الاصل، فلا يصار إليه الا لدليل، و حيث لا دلالة فلا مصير، و هو مذهب الشيخ فى المبسوط و المتأخر.

الالتفات الى أصله البراءة، ترك العمل بها في ايجاب المهر و الديه، و يبقى الباقي على أصله، و لان الافضاء تدخل فيه البكاره، فتكون ديته كافيه عنهما، و هو قوى.

فرع:

قال الشيخ في المبسوط و الخلاف: لو كان البول مستمسكا، فلا زياده على الديه. و ان كان مسترسلا، ففيه الحكومه، مدعى للاجماع و هو حسن.

قال رحمه الله: و يلزم ذلك في ماله، لان الجنايه اما عمد أو شبهه بالعمد.

أقول: قال الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر كيفيه تصوير العمد و الشبيه به في الافضاء و أحال بعضهم أن يتصور فيه خطأ محض.

و قال بعض المتأخرين: و هو جيد أنه يتصور الخطأ المحض، و هو اذا كان له زوجه قد وطأها و يعلم أن وطأها لا يفضيها بعد هذا فأصاب على فراشه امرأه

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٣

فأفضاها معتقدا أنها زوجته، فانه خطأ محض، كما لو رمى حريبا فوقع على مسلم فقتله، كان خطأ محضا بلا اشكال.

اذا عرفت هذا ظهر عندك ضعف حصر الشيخ المصنف.

قال رحمه الله في المقصد الثالث في الشجاج و الجراح: و لو أوضحه اثنتين و هشمه فيهما و اتصل الهشم باطنا، قال في المبسوط هما هاشمتان، و فيه تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أن أصله البراءة تنفى الوجوب مطلقا، ترك العمل به في ايجاب ديه هاشمه واحده، لانه مما لا بد منه، فيبقى معمولا بها فيما عداها، و هو قوى، و لان أهل العرف يسمون ذلك هاشمه واحده، و لا معارض له من اللغه، فيجب اتباعه في ذلك.

و الالتفات الى أن طريقه الاحتياط قاضيه بذلك، اذ مع أداء ديه هاشميين يحصل يقين البراءة، بخلاف ما ذكرناه، و هو ضعيف، لان الاحتياط ليس بموجب.

قال

رحمه الله: من لا ولي له، فالامام ولي دمه، يقتص له ان قتل عمدا، و هل له العفو؟ الاصح لا.

أقول: ذهب أكثر الاصحاب الى المنع من ذلك، و مستنده النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام. و ذهب المتأخر الى جوازه، تمسكا بأن الامام ولي المقتول و وارثه لو مات، و الدية يرثها من يرث المال الا كلاله الام، و اذا صح ميراثه لها جاز عفوها عن القصاص إليها. و قال: جنايته على الامام، لانه عاقلته، فيكون له ميراثه المستلزم لجواز العفو، و ادعى أن الشيخ رجع عن مقالته في بعض مصنفاته و لم يعين. و الكل ضعيف.

قوله «الامام ولي المقتول» قلنا: ان عنيت به أن له أن يقتص عنه فمسلم، لكن لا يلزم منه ثبوت المطلوب. و ان عنيت به أعم من هذا، بحيث أن له الصلح على

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٤

الديه و العفو عنها ممنوع، اذ لا دليل عليه.

و قوله «و الامام وارثه لو مات» قلنا: مسلم لكن لا نسلم أنه عليه السلام يرث من الدية كلاله الام، فان استندت فيها الى الروايه فكذا نحن هنا، و ان استندت فيها الى الاجماع، فهو ممنوع لوجود الخلاف و قد قدمناه.

و مفهوم قوله «الديه يرثها من يرث المال» أن الدية لا يرثها الا من يرث، الا ان كل من يرث المال يرث الدية.

و قوله «جنايته على الامام لانه عاقلته فيكون له ميراثه» قلنا: ما الملازمه؟.

و أما دعوى النقل عن الشيخ، فلا يصححها الا الوجود. هذا آخر كلام صاحب كشف الرموز. و فيه نظر.

قال رحمه الله في النظر الرابع في اللواحق: و لو عزل المجامع عن الحره اختيارا و لم تأذن، قيل: يلزمه عشره دنانير،

و فيه تردد، أشبهه أنه لا يجب.

أقول: ينشأ: من النظر الى الاصله النافيه للوجوب، و لان الاصل براهه الذمه، فلا يعلق عليها شىء الا مع وجود الدليل الدال عليه قطعاً أو ظاهراً، و هما متتفیان هنا، لان الدال على ذلك انما هو خبر واحد شاذ، و أخبار الآحاد لا يقتضى علماً و لا عملاً خصوصاً مع منافاتها الاصل، و هو خيره المتأخر محتجاً بعين هذا الدليل، و يؤيد قوله ما رواه ابن بابويه عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن العزل، فقال: الماء للرجل يصرفه حيث يشاء.

و من الالتفات الى الروايتين المرويتين عن أهل البيت عليهم السلام الدالتين على الوجوب، و هو خيره شيخنا المفيد و الشيخ فى النهايه و أبى الصلاح فى الكافى و عليه أتباع الشيخ.

قال رحمه الله: فى الثالثه فى كفاره القتل: و لو ظنه كافراً فلا ديه و عليه الكفاره.

و لو كان أسيراً قال الشيخ: يضمن الديه و الكفاره، لانه لا قدره للاسير على التخلص

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٥

و فيه تردد.

أقول: ينشأ: من النظر الى أن أصله البراءه تنفى وجوبها، ترك العمل بها فى ايجاب الكفاره للآيه: فيبقى معمولاً بها فيما عداها، و هو أحد قولى الشافعى.

و من الالتفات الى عموم قوله تعالى «و من قتل مؤمناً خطأ فديه مسلمه الى أهله و تحرير رقبه مؤمنه» و هذا مؤمن فيجبان معا بقتله، عملاً بظاهر الآيه، و لقوله عليه السلام «فى النفس المؤمنه مائه من الابل» و هذه نفس.

و هذان احتج بهما الشيخ فى الخلاف، و احتج فى المبسوط بأن الاسير غير مختار فى كونه هناك، فتجب له الديه.

فرع:

لا فرق بين أن يقصده بعينه، أو لم

يقصده اذا لم يعلم كونه مؤمنا. و قال الشافعي:

ان قصده بعينه فعليه الديه و الكفاره على أحد القولين و الاخر كفاره بلا ديه. و ان لم يقصد بعينه فالكفاره بلا ديه.

قال رحمه الله: و اذا قبل من العامد الديه، وجبت الكفاره قطعا. و لو قتل قودا هل تجب في ماله؟ قال في المبسوط: لا تجب، و فيه اشكال ينشأ من كون الجنايه سببا.

أقول: اعلم أن للشيخ في هذه قولين: الوجوب، و هو ظاهر كلامه في الخلاف محتجا باجماع الفرقه و أخبارهم، و بأن طريقه الاحتياط تقتضى ذلك و الثانى قاله في المبسوط. و هو الذى يقتضيه مذهبا و لم يبد حجه سوى ذلك، و المصنف استشكل القول بالسقوط من حيث أن الجنايه سبب موجب للقود، و هى حاصله من جهته، فلا يعد عذرا مسقطا للكفاره، كما لو مات بعد أن أخذت منه الديه.

قال رحمه الله في الرابعه في العاقله: و لا يعقل مولى المملوك جنايته- الى

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٦

قوله: أو مستولده على الاشبه.

أقول: قد سبق هذا البحث فيما سلف.

قال رحمه الله: و ضامن الجريره يعقل، و لا يعقل عنه المضمون- الى قوله: نعم لا يضمن الامام مع وجوده و يسره على الاشبه.

أقول: هذا هو المشهور بين الاصحاب، و ذكره شيخنا في نهايته، و أتبعه المتأخر، و كلام المصنف يدل على وجود مخالف فيه، و لا يحضرنى الآن ذلك و ان كان فهو مدفوع بالشهره.

قال رحمه الله: و أما كيفيه، التقسيط، فان الديه تجب ابتداءً على العاقله و لا يرجع بها على الجانى على الاصح.

أقول: حكى الشيخ في المبسوط و الخلاف و النهايه عن بعض الاصحاب جواز الرجوع على القاتل، ثم قال في الاولين:

ولا أعرف به قضاء ولا قولاً، واحتج في الخلاف بظواهر الاخبار الداله على لزوم الديه للعاقله ابتداءً وليس في شىء منها ما يدل على الرجوع على القاتل.

و نسب الشيخ المصنف والمتأخر هذا القول الى شيخنا المفيد في المقنعه ولم يذكر المستند. وربما احتج بأن ذلك غرم لزم العاقله بسببه، فكان لها الرجوع عليه ويضعف بأن الجنايه لم توجب عليه دركاً للمجنى عليه، فأولى بأن لا توجب للعاقله وفيه نظر.

قال رحمه الله: ولو قتل الأب ولده خطأ، فالديه على العاقله ويرثها الوارث وفي توريث الأب هنا قولان، ولو لم يكن وارث سوى العاقله، فان قلنا الأب لا يرث فلا ديه، وان قلنا يرث ففي أخذها من العاقله تردد. وكذا البحث لو قتل الولد أباه خطأ.

أقول: منشؤه: النظر الى عموم الاخبار الداله على لزوم العاقله الديه ويسلمها

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٧

الى أولياء المقتول، ولا شك أن الولي هنا الأب، فيجب التسليم إليه، عملاً بالعموم والالتفات الى أن ذلك يستلزم ان القاتل يقتل ويأخذ، وهو بعيد. أما أولاً، فلصيروره الجنايه وسيله الى تحصيل الاموال. و أما ثانياً، فلما في ذلك من توفر الدواعى على القتل الخطأ، وهما ضعيفان، أما الاول فلانه مجرد استبعاد وليس دليلاً. و أما الثانى فلانا لا نوجب الاخذ من العاقله الا عند تحقق كون القتل خطأ.

واعلم أن هذا الاشكال انما يتأتى على قول من يورث القاتل خطأ مطلقاً. أما من يمنعه مطلقاً أو من الديه، فالاشكال ليس بوارد عليهما.

قال رحمه الله: وكذا لو رمى مسلم طائراً ثم ارتد فأصاب

مسلمًا، قال الشيخ:

لم يعقل عنه المسلمون من عصبته و لا الكفار، و لو قيل: يعقل عنه عصبته المسلمون كان حسنا، لان ميراثه لهم على الاصح.

أقول: قال الشيخ فى المبسوط: انما لم يعقل عنه الكفار، لانه أرسله و هو مسلم، فتكون الديه فى ماله. و الشيخ المصنف أوجب الديه على عاقله المسلم، و هو حسن. أما أولا فلان مقتضى الاصل لزوم الديه للعاقله المسلمين فى الصورتين:

أعنى صورته ما لو رمى و هو ذمى ثم أسلم فقتل السهم مسلما، و هذه صورته لكون الميراث لهم فيهما معا، ترك العمل بها فى الصورة الاولى، للاجماع فيبقى الباقي على أصله. و أما ثانيا فلان المرتد ميراثه لورثته المسلمين، فتكون ديته عليهم.

و حيث أتينا بما قصدنا اثباته و ذكره، و أوردنا ما أوردنا ايراده و سطره، فلنحمد الله الذى جعلنا من المتمسكين بإهداب مذهب الائمة الاطهار المنزهين عن الخطل و الزيغ و الآصار، الاخذين علومهم عن النبى المختار محمد بن عبد الله، من أكرم بيت و أشرف الابرار، المؤيد بالمهاجرين و الانصار، صلى الله عليه و عليهم آناء الليل و أطراف النهار، و نسأله أن يجعل ما كتبناه حجه لنا يوم القرار، و عده نستدفع بها أهوال تلك الدار، انه هو الكريم الغفار المتطول بالانعم السنيه الغزار.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٨

قال فى آخر نسخه «م»: تم كتاب إيضاح ترددات الشرائع، تأليف الشيخ العالم الكامل نجم الدين جعفر بن الزهدرى الحلى، و الحمد لله وحده و صلى الله على أكرم المرسلين و سيد الاولياء محمد بن النبى و آله و عترته الطاهرين، و ذلك فى يوم ثامن ... الحرام من سنه خمس خمسين و سبعمائه الهلاليه بالحله، عمرها الله بالصالحين

من عباده، على يد كاتبه مالكة أضعف ... الفقير الى رحمته و عفوه على بن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر، غفر الله له و لوالديه و للمؤمنين و المؤمنات و ... رب اختم بالخيرات.

و قال فى آخر نسخه «س»: تم الكتاب و الحمد لله حق حمده، و صلى الله على سيدنا محمد النبى و آله الطاهرين و سلم تسليما كثيرا، برحمتك يا أرحم الراحمين. فرغ من تعليقه أفقر عباد الله و أحوجهم الى مغفرته و رحمته و رضوانه على بن حسن بن على ... الحللى محتدا ... مسكنا و مولدا، نصف نهار الاربعاء حادى و عشرين من شهر ... من شهور سنة ست و خمسين و سبعمائة، و صلى الله على محمد و آله، غفر الله له و لوالديه و لجميع المؤمنين و المؤمنات و المسلمين و المسلمات، الاحياء منهم و الاموات، و لجميع من قرأ فيه أو نظر فيه أو نسخ منه أو طالعه و ترحم على المؤمنين و المسلمين و لوالديه و دعا له بالمغفرة ...

و قال فى هامش «س»: اتفقت المقابلة و التصحيح من أوله الى آخره بنسخه بخط شيخنا العلامة جمال الدين أحمد بن فهد قدس الله روحه. و المفهوم من النسختين أنهما غير مقابلتين، لكن بحسب ما أمكن و كتب الفقير على بن قاسم المعروف بابن عدافه عفا الله عنهم.

و تم بحمد الله تعالى استنساخ الجزئين من الكتاب تصحيحا و تحقيقا و تعليقا عليه، مع تحمل المشاق الشديده فى استنساخهما حيث أن النسختين كانتا بالخط الحللى و هو من أصعب الخطوط المتداوله قراءه، و كان الفراغ منه فى اليوم العاشر

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ١٩٩

من الرجب المرجب سنة

ألف و أربعمائه و ثمان هجريه على يد الفقير المحتاج السيد مهدي الرجائي عفى عن جرائمه في بلده قم حرم أهل البيت عليهم السلام.

إيضاح ترددات الشرائع، ج ٢، ص: ٢٠٠

فهرس مطالب الكتاب

ذكر الترددات المذكوره في كتاب النكاح ٣

ذكر الترددات المذكوره في القسم الثالث في الايقاعات ٢٩

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الخلع ٣٦

ذكر الترددات المذكوره في كتاب التدبير ٦٠

ذكر الترددات المذكوره في فصل المكاتبه ٦٥

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الاقرار ٧٠

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الايمان ٧٧

ذكر الترددات المذكوره في كتاب النذر ٩١

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الصيد ٩٧

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الغصب ١٠٧

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الشفعه ١١٤

ذكر الترددات المذكوره في كتاب احياء الموات ١٢٢

ذكر الترددات المذكوره في كتاب اللقطه ١٢٦

ذكر الترددات المذكوره في كتاب الفرائض ١٣٢

ذكر الترددات المذكوره في كتاب القضاء

حلّی، نجم الدین جعفر بن زهدری، إیضاح ترددات الشرائع، دو جلد، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم -
ایران، دوم، ۱۴۲۸ ه ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

