

مَشْرِعُ الْإِسْلَامِ

فِي سَائِلِ الْحَيَاةِ وَالْآخِرَةِ

(مختار من)

أحكام الإسلام مختصر الحنفية

١٦٧٦ - ١٦٧٧ هـ

مختصر

واخراج وتعليق

عبد الحسين محمد علي

مدرس في دار المعلمين والعلوم الإسلامية

CORNELL
UNIVERSITY
LIBRARY

KBL

H65

V.3

CORNELL UNIVERSITY LIBRARY



3 1924 092 683 444

76-961552

(20⁰-3)

سَائِدَاتُ كَلْبَتِ الْفَقْرِ عَلَى نَشْرِهِ

شَرَايعُ الْإِسْلَامِ

الطبعة المحققة الاولى

طبعة الادب في النجف الاشرف

١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م

شرايع الاسلام

في مسائل الجلال والجلال

(المحققون)

أبو الفتح محمد بن جعفر بن الحسن

٦٠٢ هـ - ٦٧٦ هـ

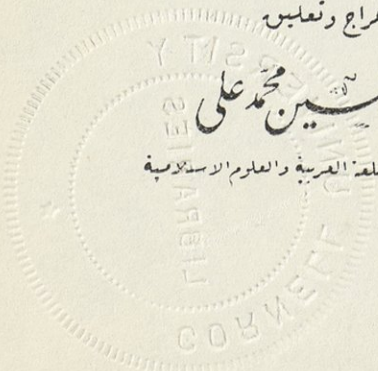
ق ٣

محقق

راعي ونعيلين

عبد الحسين محمد علي

بكالوريوس في اللغة العربية والعلوم الإسلامية



al-Hillī al-Muhajjir al-Awwal, Ja'far ibn
al-Hasan, 1205 or 6-1277 or 8.
Sharḥi al-Isḥāq fi masā'il al-ḥalāl
wa-al-harām.



V.P.K.

(قِسْمُ الثَّالِثِ)
فِي الْإِيقَاعَاتِ

وَمِي
أَحَدُ عَشَرَ
كِتَابًا

1875
1876
1877
1878
1879
1880
1881
1882
1883
1884
1885
1886
1887
1888
1889
1890
1891
1892
1893
1894
1895
1896
1897
1898
1899
1900

كتاب الطلاق

والنظر في

الاركان

والاقسام

واللواحق

وأركانها : أربعة

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

كتاب الطلاب

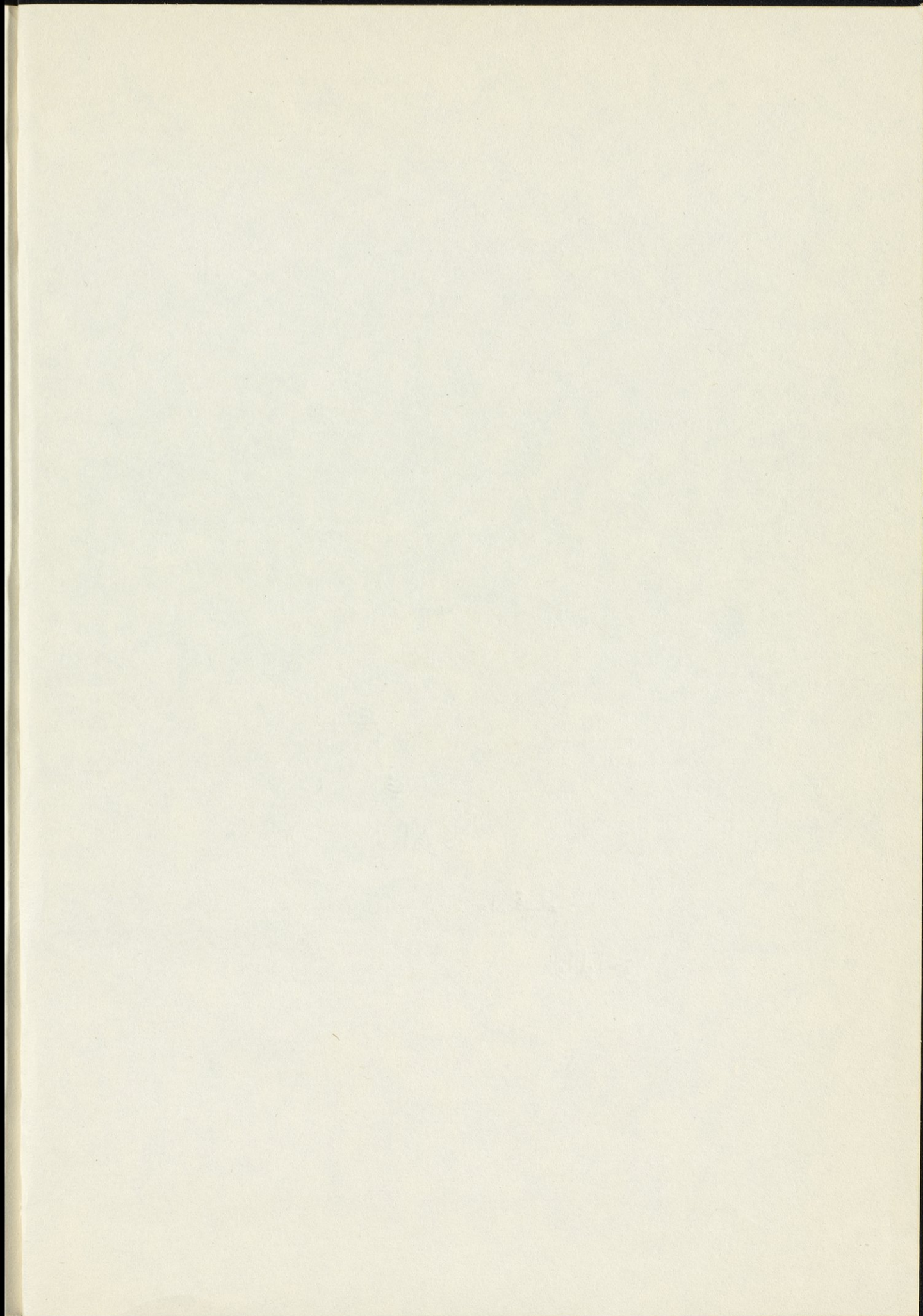
والنظر

في

الأركان

والأقسام

واللواحق



النَّظَرُ الْأَوَّلُ

وأركانُه: أربعة

الركن الأول

المطلق

ويعتبر فيه شروط أربعة :

الأول : البلوغ

فلا إعتبار بعبارة الصبي قبل بلوغه عشراً . وفيمن بلغ عشراً عاقلاً وطائِقاً للسنة ، رواية بالجواز ، فيها ضعف . ولو طلق وليه لم يصح ، لاختصاص الطلاق بمالك الهضغ ، وتوقع زوال حجره غالباً . فلو بلغ فاسد العقل ، طلق وليه ، مع مراعاة الغبطة . ومنع منه قوم ، وهو بعيد .

الشرط الثاني : العقل

فلا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا من زال عقله بإغماء أو شربٍ مُرْقِدٍ ، لعدم القصد . ولا يطلق الولي عن السكران ، لأن زوال عذره غالب ، فهو كالنائم . ويطلق عن المجنون . ولو لم يكن له ولي ، طلق عنه السلطان أو من نصبه ، للنظر في ذلك .

الشرط الثالث : الاختيار

فلا يصح طلاق المُكْرَه .

ولا يتحقق الإكراه ما لم يكمل أمور ثلاثة : كون المُكْرَه قادراً على فعل ما توعدّ به ، وغلبة الظن بأنه يفعل ذلك مع امتناع المكره ، وأن يكون ما توعدّ به مضرّاً بالمُكْرَه في خاصة نفسه ، أو من يجري مجرى نفسه ، كالأب والولد ، سواء كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً .

ويختلف بحسب منازل المكرهين في منازل الإهانة : ولا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير :

الشرط الرابع : القصد

وهو شرط في الصحة ، مع اشتراط النطق بالاصريح : فلو لم ينو الطلاق لم يقع ، كالمسأهي والنائم والغالط ، ولو نسي أن له زوجة ، فقال نسائي طوالت ، أو زوجتي طالت ثم ذكر ، لم يقع به فُرقة .
ولو أوقع وقال : لم أقصد الطلاق ، قبيل منه ظاهراً ، ودين بنيته باطناً ، وإن تأخّر تفسيره ، ما لم تخرج عن العدة ، لأنه إخبار عن نيته .

ويجوز الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً ، وللمحاضر على الاصح . ولو وكلها في طلاق نفسها ، قال الشيخ : لا يصح ، والوجه الجواز :

تفريع : على الجواز

لو قال : طلقني نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة ، قيل يبطل ، وقيل : يقع واحدة . وكذا لو قال : طلقني واحدة ، فطلقت ثلاثاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يقع واحدة ، وهو أشبه .

الركب الثاني

في : المطلقة

وشروطها خمسة :

الأول : أن تكون زوجة

فلو طلق الموطوءة بالملك ، لم يكن له حكم . وكذا لو طلق أجنبية وإن تزوجها . وكذا لو علق الطلاق بالتزويج لم يصح ، سواء عين للزوجة ، كقوله : ان تزوجت فلانة فهي طالق ، أو أطلق كقوله : كل من أتزوجها .

الثاني : أن يكون العقد دائماً

فلا يقع الطلاق بالأمّة الحملّة ، ولا المستمتع بها ، ولو كانت حرة .

الثالث أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس

ويعتبر هذا في المدخول بها ، الحائض (١) ، الحاضر زوجها ، لا للغائب عنها مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطأها فيه الى آخر : فلو طلقها وهما في بلد واحد ، أو غائبا دون المدة المعبرة ، وكانت حائضاً أو نفساء ، كان الطلاق باطلاً ، علم بذلك أو لم يعلم .
أما لو انقضى من غيبته ، ما يعلم انتقالها فيه ، من طهر الى آخر

(١) الروضة ٢٥ / ٦ : أي غير الحامل « الهامش » .

ثم طلق صحح ، ولو اتفق في الحيض : وكذا لو خرج في طهر . لم يقربها فيه ، جاز طلاقها مطلقاً . وكذا لو طلق التي لم يدخل بها ، وهي حائض ، كان جائزاً .

ومن فقهائنا من قدر المدة ، التي يسوغ معها طلاق الغائب ، بشهر عملاً برواية يعضدها الغالب في الحيض . ومنهم من قدرها بثلاثة أشهر ، عملاً برواية جميل ، عن أبي عبد الله عليه السلام . والمحصل ما ذكرناه ، ولو زاد عن الأمد المذكور : ولو كان حاضراً ، وهو لا يصل إليها ، بحيث يعلم حيضها ، فهو بمنزلة الغائب .

الرابع : أن تكون مستبرئة

فلو طلقها في طهر واقعتها فيه ، لم يقع طلاقه . ويسقط إعتبار ذلك في اليائسة ، وفيمن لم تبلغ الحيض ، وفي الحامل والمسترابة بشرط أن يمضي عليها ثلاثة أشهر لم تر دماً ، مستبرئاً لها . ولو طلق المسترابة ، قبل مضي ثلاثة أشهر ، من حين الواقعة ، لم يقع الطلاق .

الخامس : تبيين المطلقة

وهو أن يقول : فلانة طالق ، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال : فلو كان له واحدة ، فقال : زوجتي طالق ، صح لعدم الاحتمال . ولو كان له زوجتان أو زوجات ، فقال : زوجتي طالق ، فان نوى معينة صح ، ويقبل تفسيره . وإن لم ينو ، قيل : يبطل الطلاق لعدم التعيين وقيل : يصح وتُستخرج بالقراءة ، وهو أشبه . ولو قال : هذه طالق أو هذه ، قال الشيخ : يعين للطلاق من شاء

وربما قيل : بالبطلان ، لعدم التعمين .
ولو قال : هذه طالق ، أو هذه وهذه ، طانقت الثالثة ، ويعين من
شاء من الأولى أو الثانية . ولو مات استخرجت واحدة بالقرعة . وربما
قيل : بالاحتمال في الأولى والاخيرتين جميعاً ، فيكون له أن يعين للطلاق
الأولى أو الاخيرتين معاً ، والإشكال في الكل ينشأ من عدم تعين المطلقة .
ولو نظر الى زوجته وأجنبية ، فقال : إحداكما طالق ، ثم قال :
أردت الأجنبية قبيل .

ولو كان له زوجة وجارة ، كل منهما سعدى ، فقال : سعدى طالق
ثم قال : أردت الجارة لم يقبل ، لان « احداكما » يصلح لهما ، وإيقاع الطلاق
على الاسم بصرف الى الزوجة . وفي الفرق نظر .
ولو ظن أجنبية زوجته ، فقال : أنت طالق ، لم تطلق زوجته ،
لانه قصد المخاطبة .

ولو كان له زوجتان : زينب وعمرة ، فقال : يا زينب ، فقالت
عمرة : ليبيك ، فقال : أنت طالق ، طُلِّقَتِ المنويّة لا المُجيبية .
ولو قصد المجيبة ، ظناً أنها زينب ، قال للشيخ : تطلق زينب ،
وفيه إشكال ، لانه وجه الطلاق الى المجيبة لظنها زينب ، فلم تطلق المجيبة
لعدم القصد ، ولا زينب لتوجه الخطاب إلى غيرها :

الزكوة والصدقة

في : الصيغة

والأصل أن النكاح عصمة مستفادة من الشرع ، لا يقبل التقايل ، فيقف رفعها على موضع الإذن . فالصيغة المتلقاة لازالة قيد النكاح : أنت طالق ، أو فلانة ، أو هذه ، وما شاكلها من الألفاظ الدالة على تعيين المطلقة (١) .

فأو قال : أنت الطلاق ، أو طلاق ، أو من المطلقات (٢) ، لم يكن شيئاً ، ولو نوى به الطلاق . وكذا لو قال : أنت مطلقة . وقال الشيخ رحمه الله : الأقوى انه يقع ، اذا نوى الطلاق ، وهو بعيد عن شبه الانشاء .

ولو قال : طلقت فلانة ، [فقال : نعم] (٣) . قال [الشيخ] (٤) : لا يقع وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله : هل طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم : ولا يقع الطلاق بالكناية (٥) ، ولا بغير العربية (٦) ، مع القدرة

(١) ش ٣ / ٢٠٧ / ٥ : مثل ان يقول باسمها .

(٢) ن : فانه إخبار لا إنشاء .

(٣) ، (٤) الزيادة وردت في الخطية فقط .

(٥) المسالك ٣ / ٩ : الكناية في الطلاق ، هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره ، كاطلقتك وانت خلية وبرية وباين ونحو ذلك ، ويقابله الصريح ، وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق ، وهو عند العامة لفظ الطلاق والسراح والفراق وما اشتق منها .

(٦) المسالك ٣ / ٩ : لأن اللفظ العربي ، هو الوارد في القرآن ، والمتكرر في لسان أهل الشرع .

على التلفظ باللفظة المخصوصة ، ولا بالإشارة الا مع العجز عن النطق :
ويقع طلاق الاخرس بالإشارة للدالة . وفي رواية يُلقى عليها القناع
فيكون ذلك طلاقاً ، وهي شاذة .

ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر ، وهو قادر على التلفظ . نعم ،
لو عجز عن النطق ، فكتب نواياً به الطلاق ، صح . وقيل : يقع بالكتابة
إذا كان غائباً عن الزوجة ، وليس بمعتمد :

ولو قال : هذه خلية ، أو برية ، أو حبلك على غارهلك ، أو الحقي
باهلك ، أو باين ، أو حرام ، أو هتة ، أو بتلة ، لم يكن شيئاً ، نوى
الطلاق أو لم ينوه .

ولو قال : اعتدي ، ونوى به الطلاق ، قيل : يصح ، وهي رواية
الحلبي ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام ، ومنعه كثير ، وهو الأشبه .
ولو خيرها وقصد الطلاق ، فان اختارته أو سكنت ولو لحظة ، فلا
حكم : وان اختارت نفسها في الحال ، قيل : يقع الفرقة بائنة ، وقيل :
يقع رجعية ، وقيل : لا حكم له ، وعليه الاكثر . ولو قيل : هل طلقت
فلانة ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق . ولو قيل : هل فارقت أو خلعت
أو أبنت ؟ فقال : نعم ، لم يكن شيئاً .

ويشترط في الصيغة ، تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور ،
لم أقف فيه على مخالف منا . ولو فسر الطلقة بائنتين أو ثلاث ، قيل :
يبطل الطلاق ، وقيل : يقع واحدة ، بقوله : طالق ، ويلغى التفسير ، وهو
أشهر الروايتين : ولو كان المطلق مخالفاً ، يعتقد الثلاث ، لزمته :
ولو قال : أنت طالق للسنة صح ، إذا كانت طاهرة : وكذا لو
قال للبدعة . ولو قيل : لا يقع ، كان حسناً ، لأن البدعي لا يقع عندنا
والآخر غير مراد .

تفريع

إذا قال : أنت طالق في هذه الساعة ، إن كان الطلاق يقع بك ، قال الشيخ رحمه الله : لا يصح ، لتعليقه على الشرط ، وهو حق إن كان المطلق لا يعلم . أما لو كان يعلمها ، على الوصف الذي يقع معه الطلاق ينبغي القول بالصحة ، لأن ذلك ليس بشرط ، بل أشبه بالوصف ، وإن كان بلفظ الشرط .

ولو قال : أنت طالق أعدل طلاق ، أو أكمله ، أو أحسنه ، أو أقبحه ، أو أحسنه وأقبحه ، صح ، ولم تضر للضائم . وكذا لو قال : ملاء مكة ، أو ملاء الدنيا :

ولو قال : ليرضا فلان ، فإن عني الشرط بطل ، وإن عني الغرض لم يبطل . وكذا لو قال : إن دخلت الدار - بكسر الهمزة - لم يصح . ولو فتحها ، صح إن عرف الفرق فقصدته :

ولو قال : أنا منك طالق لم يصح ، لأنه ليس محلاً للطلاق :
ولو قال : أنت طالق لصف طلقة ، أو ربع طلقة ، أو سدس طلقة لم يقع ، لأنه لم يقصد الطلقة .

ولو قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت أن أقول : أنت طاهر ، قبيل منه ظاهراً ، ودين في الباطن بنيته :

ولو قال : يدك طالق ، أو رجلك طالق ، لم يقع : وكذا لو قال : رأسك أو صدرك أو وجهك . وكذا لو قال : ثلثك أو نصفك أو ثلثائك :
وإن قال : أنت طالق قبل طلقة ، أو بعدها ، أو قبلها ، أو معها لم يقع شيء ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن . ولو قيل : يقع طلقة واحدة ، بقوله : أنت طالق مع طلقة أو بعدها أو عليها ، ولا يقع لو

قال : قبلها طلقة أو بعد طلقة ، كان حسناً .
ولو قال : أنت طالق نصفي طلقة ، أو ثلاثة أثلاث طلقة ، قال
الشيخ رحمه الله : لا يقع . ولو قيل : يقع واحدة ، بقوله : أنت طالق
وتُلغى الضمائم ، إذ ليست رافعةً للقصد ، كان حسناً . ولا كذا لو قال :
نصف طلقتين :

فرع

قال الشيخ رحمه الله : إذا قال لأربع ، أو قعت بينكن أربع طلقات
وقع لكل واحدة طلقة ، وفيه إشكال ، لأنه إطراح للصيغة المشتركة .
ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، صححت واحدة إن نوى
بالاول الطلاق ، وبطل الاستثناء .
ولو قال : أنت طالق غير طالق ، فإن نوى الرجعة ، صح ، لأن
انكار الطلاق رجعة . وإن أراد النقض ، حكم بالطلقة .
ولو قال : طلقة الا طلقة ، لغى الاستثناء ، وحكم بالطلقة بقوله :
طالق .
ولو قال : زينب طالق ، ثم قال : أردت عمرة ، وهما زوجتان ، قُبل .
ولو قال : زينب طالق بل عمرة ، طلقا جميعاً ، لأن كل واحدة
منهما مقصودة ، في وقت التلفظ باسمها ، وفيه إشكال ، ينشأ من إعتبار
النطق بالصيغة .

الركن الرابع

الاشهاد

ولا بد من حضور شاهدين ، يسمعان الإنشاء ، سواء قال : لها إلهداً
أو لم يقل ،
وسماعها التلفظ ، شرط في صحة الطلاق . حتى لو تجرد عن الشهادة ،
لم يقع ، ولو كملت شروطه الأخر .
وكذا لا يقع بشاهد واحد ولو كان عدلاً ، ولا بشهادة فاسقين (١)
بل لا بد من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة . ومن فقهاؤنا من اقتصر على
إعتبار الاسلام فيهما ، والاول أظهر .
ولو شهد أحدهما بالإنشاء ، ثم شهد الآخر به بانفراده ، لم يقع
الطلاق (٢) . أما لو شهدا بالإقرار ، لم يشترط الاجتماع . ولو شهد
أحدهما بالإنشاء ، والآخر بالإقرار ، لم يقبل .
ولا تقبل شهادة النساء في الطلاق ، لا منفردات ، ولا منضمات الى
الرجال (٣) . ولو طلق ولم يُشهِد ، ثم أشهد ، كان الاول لغواً ،
ووقع حين الاشهاد ، إذا أُتِيَ باللفظ المعبر في الإنشاء .

(١) ش ٣ / ٢٠٨ / ٥ : لانتفاء الوصف .

(٢) ن ٣ / ٢٠٩ / ٥ : المعبر اشهادهما في السماع .

(٣) المسالك ٣ / ١٥ : لان شهادة النساء لا تقبل في الطلاق ، وإنما يعتبر شهادة

عدلين ذكرين ، ويدل عليه أيضاً ، قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » ، فانه
يدل على اعتبار ذكورتها ، لانه حقيقة فيه ، ودخول الاناث بالتبعية على خلاف
الأصل « بتصرف » .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : أقسام الطلاق

ولفظه

يقع على البدعة والسنة

الأول

في : البدعة

فالبدعة : طلاق الحائض بعد الدخول ، مع حضور الزوج معها
ومع غيبته ، دون المدة المشترطة : وكذا الفسء : . أو في طهر قَرَبَها
فيه : . وطلاق الثلاث من غير رجعة بينها :
والكل عندنا باطل لا يقع معه طلاق :

الثاني

في : السنة *

والسنة تنقسم أقساماً ثلاثة : هائن ، ورجعي ، وطلاق العدة

فالبائن :

ما لا يصح للزوج معه الرجعة ، وهو ستة : طلاق التي لم يدخل
بها : . واليايسة . : ومن لم تبلغ الحيض . : والمختلعة . : والمباراة
ما لم ترجعا في البذل . : والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان :

والرجعي :

هو الذي للمطائق مراجعتها فيه ، سواء راجع أو لم يراجع :

وأما طلاق العدة :

فهو أن يطلق على الشرائط ، ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ويواقعها ، ثم يطلقها في طهر غير طهر الواقعة ، ثم يراجعها ويواقعها ، ثم يطلقها في طهر آخر ، فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن نكحت ثم حلت ، ثم تزوجها فاعتمد ما اعتمده أولاً ، حرمت في الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن نكحت ثم حلت فنكحها ، ثم فعل كالاول حرمت في التاسعة تحريماً مؤبداً . ولا يقع الطلاق للعدة ، ما لم يطأها بعد المراجعة . ولو طلقها قبل الواقعة ، صح ، ولم يكن للعدة () . وكل امرأة استكملت الطلاق ثلاثاً ، حرمت ، حتى تنكح زوجاً غير المطلق ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن ، راجعها أو تركها .

مسائل ست :

« الاولى » : اذا طلقها فخرجت من العدة ، ثم نكحها مستأنفاً ، ثم طلقها وتركها حتى قضت العدة ، ثم استأنف نكاحها ، ثم طلقها ثالثة . حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره . فاذا فارقتها ، واعتدت ، جاز له مراجعتها ، ولا تحرم هذه في التاسعة ، ولا يهدم استيفاء عدتها تحريمها في الثالثة .

« الثانية » : اذا طلق الحامل وراجعها ، جاز له أن يطأها ، ويطلقها في الثانية للعدة إجماعاً ، وقيل : لا يجوز للسنة ، والجواز أشبه .

(١) أي لم يكن طلاق العدة ، أي لم يحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً ، لان شرط طلاق العدة ، الواقعة بعد الرجعة ولم يحصل ، فيكون طلاق سنة بالمعنى الاعم « جمعاً بين المسالك ٣ / ١٦ ، وهامش الشرائع ٣ / ٢٠٩ » .

« الثالثة » : اذا طلق الحائل ، ثم راجعها ، فان واقمها وطلقها في طهر آخر ، صح إجماعاً . وان طلقها في طهر آخر ، من غير واقعة ، فيه روايتان احدهما لا يقع الثاني أصلاً ، والاخرى يقع وهو الأصح . ثم لو راجع وطلقها ثالثاً ، في طهر آخر ، حرمت عليه . ومن فقهاثنا من حمل الجواز ، على طلاق السنة ، والمنع على طلاق العدة ، وهو تحكم . وكذا لو أوقع الطلاق ، بعد المراجعة وقبل الواقعة في الطهر الاول ، فيه روايتان أيضاً ، لكن هنا الاولى تفريق الطلقات على الأطهار (١) ، إن لم يقع وطء . أما لو وطئ لم يجز الطلاق ، إلا في طهر ثان ، إذا كانت المطلقة ممن يشترط فيها الاستبراء .

« الرابعة » : لو شك المطلق في ايقاع الطلاق ، لم يازمه الطلاق لرفع الشك ، وكان النكاح باقياً .

« الخامسة » : اذا طلق غائباً ، ثم حضر ودخل بالزوجة ، ثم ادعى الطلاق ، لم يقبل دعواه ولا بينته ، تنزيلاً لتصرف المسلم على المشروع فكأنه مكذب لهينته . ولو كان أو ولد ، لحق به الولد .

« السادسة » : اذا طلق الغائب ، وأراد العقد على رابعة ، أو على أخت الزوجة ، صبر تسعة أشهر ، لاحتمال كونها حاملاً ، وربما قيل : سنة إحتياطاً ، نظراً الى حمل المسترابة . ولو كان يعلم خلوصها من الحمل ، كفاه ثلاثة اقراء أو ثلاثة أشهر .

(١) الروضة ٦ / ٤١ : بأن يوقع كل طلقة ، في طهر غير طهر الطلقة السابقة ، لمن أراد أن يطلق ويراجع أزيد من مرة .

النَّظَرُ الثَّلَاثُ

في : اللواحق

وفيه

مقاصد

الأول

في : طلاق المريض

يكراه : للمريض أن يطلق ، ولو طلق صحح . وهو يرث زوجته ، ما دامت في العدة الرجعية . ولا يرثها في البائن ، ولا بعد العدة . وترثه هي ، سواء كان طلاقها بائناً أو رجعيّاً ، ما بين الطلاق وبين سنته ، ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه .
فلو برء ، ثم مرض ، ثم مات ، لم ترثه الا في العدة الرجعية .
ولو قال : طلقت في الصحة ثلاثاً ، قبيل منه ، ولم ترثه . والوجه انه لا يقبل بالنسبة اليها .

ولو قذفها وهو مريض ، فلا عنها وبانت باللعان ، لم ترثه لاختصاص الحكم بالطلاق . وهل التوريث لمكان التهمة ؟ قيل : نعم ، والوجه تعلق الحكم بالطلاق في المرض ، لا باعتبار التهمة ، وفي ثبوت الارث مع سؤالها الطلاق تردد ، أشبهه انه لا ارث . وكذا لو خالعتة أو بارأته .

فروع

« الاول » : لو طلق الأمة مريضاً ، طلاقاً رجعيّاً ، فاعتقت في العدة ، ومات في مرضه ، ورثته في العدة ولم ترثه بعدها ، لانقضاء التهمة وقت الطلاق ، ولو قيل : ترثه كان حسناً . ولو طلقها بائناً فكذلك وقيل : لا ترثه ، لانه طلقها في حال لم يكن لها اهلية الارث .
وكذا لو طلقها كتابية ثم اسلمت .

« الثاني » : اذا ادعت المطلقة ، أن الميت طلقها في المرض ، وانكر الوارث ، وزعم أن الطلاق في الصحة ، فالقول قوله لتساوي الاحتمالين ، وكون الاصل عدم الارث ، الامع تحقق السبب .
« الثالث » : لو طاق أربعاً في مرضه ، وتزوج أربعاً ودخل بهن ، ثم مات فيه ، كان الربع بينهما بالسوية . ولو كان له ولد تساوين في الثمن .

المقصر الذي

في : ما يزول به تحريم الثلاث

اذا وقعت الثلاث على الوجه المشترط ، حرمت المطلقة ، حتى تنكح زوجاً غير المطلق :

ويعتبر في زوال التحريم شروط أربعة : أن يكون الزوج بالغاً ، وفي المراهق تردد ، أشبهه أنه لا يحل . . وأن بطأها في القبل وطئاً موجباً للغسل . : وأن يكون ذلك بالعقد لا بالملك ولا بالاباحة . . وأن يكون العقد دائماً لا متعة .

ومع استكمال الشروط يزول تحريم الثلاث . وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان ، أشهرهما أنه يهدم .

فلو طلق مرة ، وتزوجت المطلقة ، ثم تزوج بها الاول ، بقيت معه على ثلاث مستأنفات ، وبطل حكم السابقة .

ولو طلق الذمية ثلاثاً ، فتزوجت بعد العدة ذمياً ، ثم بانز منه وأسلمت ، حلّ للأول نكاحها بعقد مستأنف . وكذا كل مشترك .
والامة اذا طلقت مرتين ، حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ، سواء

كانت تحت حر أو عبد ولا تحل للأول هوطء المولى : وكذا لا تحل ،
لو ملكها المطلق ، لسبق التحريم على الملك .
ولو طلقها مرة ، ثم أعنت ، ثم تزوجها أو راجعها ، بقيت معه
على واحدة ، استصحاباً للحال الأولى . فلو طلقها أخرى ، حرمت عليه
حتى يحللها زوج .
والخصي : يحلل المطلقة ثلاثاً اذا وطأ ، وحصلت فيه الشرائط ،
وفي رواية لا يحلل . ولو وطأ الفحل قبلاً فأكسل ، حلت للأول لتحقق
اللذة منها . ولو تزوجها المحلل ، فارتدت ، فوطأها في الردة ، لم يحل ،
لأنفساخ عقده بالردة .

فروع

« الأول » : لو انقضت مدة ، فادعت أنها تزوجت ، وفارقها وقضت
العدة ، وكان ذلك ممكناً في تلك المدة ، قيل : يُقبل لان في جملة
ذلك ، ما لا يعلم لإلماها ، كالوطء هوفي رواية اذا كانت ثقة ، صدقت .
« الثاني » : اذا دخل المحلل ، فادعت الاصابة ، فان صدقها ، حلت
للأول . وان كذبها ، قيل : يعمل الأول ، بما يغلب على ظنه من
صدقها ، أو صدق المحلل . ولو قيل : يعمل بقولها على كل حال ،
كان حسناً ، لتعذر إقامة البينة لما تدعيه .
« الثالث » : لو وطأها مُححرماً ، كالوطء في الاحرام ، أو في الصوم
الواجب ، قيل : لا يحل ، لانه منهي عنه ، فلم يكن مراداً للشارع
وقيل : يحل لتحقق النكاح المستند الى العقد الصحيح .

المقصر الثالث

في : الرجعة (١)

تصح المراجعة نطقاً ، كقوله : راجعتك ، وفعلاً كالسوط . ولو قبل أو لامس بشهوة ، كان ذلك رجعة ، ولم يفتقر استباحته الى تقدم الرجعة ، لانها زوجته .

ولو اكرر الطلاق ، كان ذلك رجعة ، لانه يتضمن التمسك بالزوجية . ولا يجب الاشهاد في الرجعة بل يستحب .

ولو قال : راجعتك اذا شئت أو إن شئت ، لم يقع ، ولو قالت : شئت ، وفيه تردد .

ولو طلقها رجعية ، فارتدت فراجع ، لم يصح كما لم يصح ابتداء الزوجية ، وفيه تردد ، ينشأ من كون الرجعية زوجة .

ولو أسلمت بعد ذلك ، استأنف الرجعة إن شاء .

ولو كان عنده ذمية ، فطلقها رجعيًا ، ثم راجعها في العدة ، قيل : لا يجوز ، لأن الرجعة كالعقد المستأنف ، والوجه الجواز ، لأنها لم تخرج عن زوجيته ، فهي كالمستدامة .

ولو طلق وراجع ، فانكرت الدخول بها أولاً ، وزعمت أنه لا عدة عليها ولا رجعة ، وادعى هو للدخول ، كان القول قولها مع يمينها ، لانها تدعي الظاهر .

ورجعة الاخرس بالاشارة الدالة على المراجعة ، وقيل : بأخذ القناع عن رأسها ، وهو شاذ .

(١) المسالك ٣ / ٢٣ : الرجعة تصح بالقول اجماعاً ، أو بالفعل عندنا وعند بعض العامة .

وإذا ادعت انقضاء العدة بالحيض ، في زمان محتمل ، فأنكر ، فالقول قولها مع يمينها . ولو ادعت انقضاءها بالاشهر لم يقبل ، وكان القول قول الزوج ، لانه إختلاف في زمان ايقاع الطلاق . وكذا لو ادعى الزوج الانقضاء ، فالقول قولها ، لان الاصل بقاء الزوجية أولاً .
ولو كانت حاملاً ، فادعت الوضع قبيل قولها ، ولم تكلف لإحضار الولد .

ولو ادعت الحمل ، فأنكر الزوج ، وأحضرت ولداً ، فأنكر ولادتها له ، فالقول : قوله ، لإمكان اقامة البينة بالولادة .
وإذا ادعت انقضاء العدة ، فادعى الرجعة قبل ذلك ، فالقول قول المرأة . ولو راجعها ، فادعت بعد الرجعة ، لإنقضاء العدة قبل الرجعة ، فالقول قول الزوج ، اذ الاصل صحة الرجعة .
ولو ادعى أنه راجع زوجته الأمة في العدة ، فأنكر المولى وادعى خروجها قبل الرجعة ، فالقول قول الزوج . وقيل : لا يكلف اليمين ، لتعلق حق النكاح بالزوجين ، وفيه تردد .

المفصل الرابع

في : جواز استعمال الحيل

يجوز التوصل بالحيل المباحة ، دون المحرمة ، في إسقاط ما لولا الحيلة ، لثبّت . ولو توصل بالمحرمة آثيم ، وتمت الحيلة .
فلو ان امرأته ، حملت ولدًاها على الزنى بامرأة ، لتمنع اباها من العقد عليها ، أو بأمة يريد ان يتسرّى بها ، فقد فعلت حراماً ، وحرمت الموطوعة

على قول : من ينشر الحرمة بالزنى .
اما لو توصل بالحلل ، كما سبق الولد الى العقد عليها ، في صورة
الفرض له ، يأثم .

ولو ادعى عليه دين ، قد برء منه باسقاط أو تسليم ، فخشي من
دعوى الإسقاط ، أن ينقلب اليمين على المدعي ، لعدم البينة ، فأنكر
الاستدانة وحلف ، جاز بشرط أن يوري ما يخرج عن الكذب . وكذا
لو خشي الحبس ، بدين يُدعى عليه فأنكره .
والنية ابداء نية المدعي اذا كان محقاً ، ونية الخالف اذا كان مظلوماً
في الدعوى (١) .

ولو اكرهه على اليمين ، انه لا يفعل شيئاً محلاً ، فحلف ونوى
ما يخرج به عن الحنث جاز ، مثل ان يوري أنه لا يفعله بالشام ، أو
بخراسان ، أو في السماء ، أو تحت الأرض .
ولو أُجبر على الطلاق كرهاً ، فقال : زوجتي طاق ، ونوى طلاقاً
سافهاً ، أو قال : نسائي طواق ، وعنتى نساء الاقارب جاز .
ولو اكرهه على اليمين أنه لم يفعل ، فقال : ما فعلت كذا ، وجعل
ما موصولة لا نافية ، صح .
ولو اضطر إلى الاجابة بنعم ، فقال : نعم ، وعنتى الابل ، أو قال :
نعام وعنى نعام البر ، قصداً للتخلص ، لم يأثم .

(١) المسالك ٣ / ٢٦ : يعني أن المدعي ، اذا كان محقاً فانكر المدعى عليه ، فحلف
مورياً بما يخرج عن الكذب ، لم ينفعه ذلك ، بل وقعت اليمين على طبق ما يريد
المدعى ، وترتب على المنكر الوعيد الذي ورد ، فيمن حلف بالله كاذباً ، بخلاف ما
اذا كان مظلوماً كالمثالين السابقين ، فان التورية تصرف اللفظ عن ظاهره ، وترفع عنه
الاثم والكذب . . .

وكذا لو حلف ما أخذ جملاً ولا ثوراً ولا عنزاً ، وعنى بالجمل
 السحاب ، وبالثور القطعة الكبيرة من الأقط ، وبالعنز الأكمة ، لم يحنث .
 ولو اتهم غيره في فعل (١) ، فحلف ليُصدّقنّه ، فطريق التخلّص
 أن يقول : فعلتُ ما فعلت ، فأحدهما صدّق .
 ولو حلف ليخبرنه بما في الرمانة من حبة ، فالمنخرج ان يعدّ العدد
 الممكن فيها ، فذلك وأمثاله سائغ :

المقصر إلى مس

في : العدد

والنظر في ذلك يستدعي فصولاً :

الأول

• في عدة من لم يدخل بها •

لا عدة على من لم يدخل بها ، سواء بانث بطلاق أو فسخ ، عدا
 المتوفى عنها زوجها ، فان العدة تجب مع الوفاة ، ولو لم يدخل .
 والدخول يتحقق بايلاج الحشفة ، وإن لم ينزل ، ولو كان مقطوع
 الانثيين ، لتحقق الدخول بالوطء .

(١) المسالك ٣ / ٢٦ : المراد ان المتهم بالفعل ، حلف انه يصدق من اتهمه به في
 ذلك ، ويبقى الامر بينهما . . .

أما لو كان مقطوع الذكر ، سليم الاثنيين ، قيل : تجب للعدة ، لإمكان الحمل بالمساحقة ، وفيه تردد ، لان العدة تقترب على الوطء .
نعم ، لو ظهر حمل ، اعتدت منه بوضعه ، لإمكان الإنزال ،
ولا يجب العدة بالخلوة ، منفردة عن الوطء ، على الاشهر :
ولو خلا ، ثم اختلفا في الإصاهة ، فالقول قوله مع بيمينه .

الفصل الثاني

في : ذات الاقراء

وهي مستقيمة الحيض (١) ، وهذه تعتد بثلاثة أقراء ، وهي الأطهار على أشهر الروايتين ، اذا كانت حرة ، سواء كانت تحت حر أو عبد .
ولو طلقها وحاضت بعد للطلاق بلحظة ، احتسبت تلك اللحظة قرءاً ثم اكملت قرعين آخرين ، فان رأت الدم الثالث ، فقد قضت العدة : هذا ان كانت عادتاً مستقرة بالزمان ، فان اختلفت ، صبرت الى انقضاء أقل الحيض ، أخذاً بالإحتياط .

وأقل زمان تنقضي به العدة ، ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، ولكن الاخيرة ليست من العدة ، وإنما هي دلالة على الخروج منها ، وقال الشيخ رحمه الله : هي من العدة ، لأن الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها والاول أحق :

ولو طلقها في الحيض ، لم يقع .

ولو وقع في الطهر ، ثم حاضت مع انتهاء التلغظ ، بحيث لم يحصل

(١) الروضة ٦ / ٥٨ : بأن يكون لها فيه عادة مضبوطة وقتاً ، سواء انضبط عدداً أم لا .

زمان يتخلل الطلاق والحيض ، صحَّ للطلاق ، لوقوعه في الطهر المعتبر .
ولم يعتد بذلك الطهر ، لانه لم يتعقب الطلاق ، ويفتقر الى ثلاثة أقراء
مستأنفة بعد الحيض .

فرع

لو اختلفا ، فقالت : كان قد بقي من الطهر جزءٌ بعد الطلاق (١)
وأنكره ، فالقول قولها ، لأنها أبصر بذلك ، والمرجع في الحيض والطهر لهما ،

الفصل الثالث

في : ذات الشهور

وهي التي لا تحيض ، وهي في سن من تحيض . تعتد من الطلاق
والفسخ - مع الدخول - بثلاثة أشهر ، إذا كانت حرة :
وفي الياسة والتي لم تبلغ روايتان ، إحداهما إنهما تعتدان بثلاثة أشهر
والاخرى لا عدّة عليهما ، وهي الأشهر :
وحد اليأس : أن تبلغ خمسين سنة . وقيل : في القرشية والنبطية
ستين سنة .

ولو كان مثلها تحيض ، اعتدت بثلاثة أشهر إجماعاً ، وهذه تراعي
للشهور والحيض (٢) ، فان سبقت الأطهار ، فقد خرجت من العدة ،

(١) المسالك ٢ / ٢٩ : إذا ادعت بقاء جزء من الطهر بعد الطلاق ، فقد ادعت قصر
العدة وإنكاره لذلك ، طلباً لطولها ليرجع فيها ، والمذهب ان القول قولها في ذلك ...
(٢) ن ٢ / ٣٠ : المراد ان مع سبق الاشهر بغير حيض أصلاً ، تعتد بالاشهر
ومع مضي ثلاثة اطهار قبل مضي ثلاثة اشهر خالية من الحيض ، تعتد بالاطهار . . .

وكذا ان سبقت الشهور .

أما لو رأت في الثالث حيضاً ، وتأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت تسعة اشهر ، لاحتمال الحمل ، ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، وهي أطول عدة : وفي رواية عمار تصبر سنة ، ثم تعتد بثلاثة اشهر : ونزلها الشيخ في النهاية : على احتباس الدم الثالث ، وهو تحكم :

ولو رأت الدم مرة ، ثم بلغت اليأس ، أكملت العدة بشهرين •
ولو استمر بالمعتدة الدم شتياً ، رجعت الى عاداتها في زمان الاستقامة واعتدت به :

ولو لم تكن لها عادة ، اعتبرت صفة الدم ، واعتدت بثلاثة أقراء :
واو اشتبه ، رجعت الى عادة امثالها ، ولو اختلفن ، اعتدت بالاشهر :
واو كانت لا تحيض ، إلا في ستة أشهر ، أو خمسة أشهر ، اعتدت بالاشهر :
ومتى طلقت في أول الهلال ، اعتدت بثلاثة أشهر أهلية : واو
طلقت في اثناثة ، اعتدت بهلالين ، وأخذت من الثالث بقدر الفائت من
الشهر الاول ، وقيل : تكمل ثلاثين ، وهو أشبه :

تفريع

لو ارتابت بالحمل (١) ، بعد انقضاء للعدة والنكاح ، لم يبطل :
وكذا او حدثت الريبة بالحمل ، بعد العدة وقبل النكاح :
واما لو ارتابت به ، قبل انقضاء العدة ، لم تنكح ، ولو انقضت
العدة . ولو قيل بالجواز ، ما لم يتيقن الحمل ، كان حسناً ، وعلى
التقديرات لو ظهر حمل ، بطل النكاح الثاني ، لتحقق وقوعه في العدة :

(١) المسالك ٣ / ٣٢ : الارتباب بالحمل ، يحصل بوجود علامة تفيد الظن به ،
كثقل وحركة وغيرها . . .

الفصل الرابع

في : الحامل

وهي تعتد في الطلاق بوضعه ، ولو بعد الطلاق بلا فصل ، سواء كان تاماً أو غير تام . ولو كان علقه ، بعد أن يتحقق انه حمل ، ولا عبرة بما يشك فيه .

ولو طلقت فادعت الحمل ، صبر عاينها أقصى الحمل ، وهي تسعة أشهر ، ثم لا يقبل دعواها ، وفي رواية سنة وليست مشهورة .

ولو كان حملها اثنين ، بانز بالأول ، ولم تنكح الا بعد وضع الاخير . والاشبه انها لا تبين الا بوضع الجميع .

ولو طلق الحائل طلاقاً رجعيّاً ، ثم مات في العدة ، استأنفت عدة الوفاة ؛ ولو كان بائناً ، اقتصر على تمام عدة الطلاق .

فروع

الاول : لو حملت من زنى ، ثم طلقها الزوج ، اعتدت بالاشهر لا بالوضع ؛ ولو وطئت بشبهة ، ولحق الولد بالواطي بعد الزوج عنها ، ثم طلقها الزوج ، اعتدت بالوضع من الواطي (١) ، ثم استأنفت عدة الطلاق بعد الوضع .

الثاني : اذا اتفق الزوجان في زمان الطلاق ، واختلفا في زمان الوضع كان القول قولها ، لانه اختلاف في الولادة ، وهي فعلها . ولو اتفقا

(١) المسالك ٣ / ٣٤ : لان عدة الحمل لا تقبل التأخير .

في زمان الوضع ، واختلفا في زمان الطلاق ، فالقول قوله ، لانه
اختلاف في فعله ، وفي المسألتين إشكال ، لان الاصل عدم الطلاق
وعدم الوضع ، فالقول قول من ينكرهما .
الثالث : لو أقرت بانقضاء العدة ، ثم جاءت بولد ، لسته أشهر فصاعداً
منذ طلقها ، قيل : لا يلحق به ، والاشبه الحاقه ، ما لم يتجاوز
أقصى الحمل .

الفصل الخامس

في : عدة الوفاة

تعقد الحرة المنكوحة بالعقد الصحيح ، أربعة أشهر وعشراً ، اذا
كانت حائلاً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، بالغاً كان زوجها أو لم يكن ،
دخل بها أو لم يدخل .
وتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر ، لأنه نهاية اليوم .
ولو كانت حاملاً ، اعتدت بأبعد الاجلين : فلو وضعت قبل استكمال
الاربعة اشهر وعشرة أيام ، صبرت الى انقضائها .
ويلزم المتوفى عنها زوجها الحِداد ، وهو ترك ما فيه زينة من الثياب
والأدهان ، المقصود بهما الزينة والطيب ، ولا بأس بالثوب الاسود والأزرق
لبعده عن شهة الزينة .
وتستوي في ذلك الصغيرة والكبيرة ، والمسلمة والذمية ، وفي الامة
تردد ، أظهره لاحِداد عليها .
ولا يلزم الحِداد المطلقة ، بائنة كانت أو رجعية .

ولو وطَّئَتْ المرأة بعقد الشبهة ، ثم مات ، اعتدت عدة الطلاق
حائلاً كانت أو حاملاً ، وكان الحكم للوطء لا للعقد ، إذ ليست زوجة .

تفريع

لو كان له أكثر من زوجة ، فطلَّق واحدة لا بعينها ، فان قلنا :
التعيين شرط فلا طلاق ، وان لم نشترطه ومات قبل التعيين ، فعلى كل
واحدة الإعتداد بعدة الوفاة ، تغليباً لجانب الاحتياط ، دخل بهن أو لم يدخل :
ولو كنَّ حوامل ، اعتددن بأبعد الاجلين وكذا لو طلق احدهن
هائناً ، ومات قبل التعيين ، فعلى كل واحدة الإعتداد بعدة الوفاة :
ولو عين قبل الموت ، انصرف الى المعينة ، وتعتمد من حين الطلاق
لا من حين الوفاة .

ولو كان رجعيّاً ، اعتدت عدة الوفاة ، من حين الوفاة .
والمفقود إن عُرِفَ خبره ، أو أنفق على زوجته وليه ، فلا خيار لها .
ولو جهل خبره ، ولم يكن من ينفق عليها ، فان صبرت فلا بحث
وإن رفعت أمرها الى الحاكم ، أجَّلها أربع سنين ، وفحص عنه . فان
عرف خبره صبرت ، وعلى الامام ان ينفق عليها ، من بيت المال . وإن لم
يعرف خبره ، أمرها بالإعتداد عدة الوفاة ، ثم تحلّ للازواج :
فلو جاء زوجها ، وقد خرجت من العدة ونكحت ، فلا سبيل له
عليها (١) . وإن جاء وهي في العدة ، فهو أملك بها (٢) . وإن خرجت
من العدة ولم تتزوج ، فيه روايتان ، أشهرهما انه لا سبيل له عليها :

(١) المسالك ٣ / ٣٧ : إجماعاً ، للحكم شرعاً بدينونتها منه .

(٢) ن : لان الحكم باعتبارها ، كان مبنياً على الظاهر ، وقد تبين خلافه .

فروع

الاول : لو نكحت بعد العدة ، ثم بان موت الزوج ، كان العقد الثاني صحيحاً ولا عدة ، سواء كان موته قبل العدة أو معها أو بعدها ، لأن العقد الاول سقط اعتباره في نظر الشرع ، فلا حكم لموته كما لا حكم لحياته .

الثاني : لا نفقة على الغائب في زمان العدة ، ولو حضر قبل انقضائها ، نظراً الى حكم الحاكم بالفرقة ، وفيه تردد .

الثالث : لو طلقها الزوج أو ظاهرها ، وانفق في زمان العدة ، صح ، لأن العصمة باقية . ولو اتفق بعد العدة ، لم يقع ، لإنقطاع العصمة .

الرابع : اذا أتت بولد ، بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني ، لحق به ولو ادعاه الاول ، وذكر أنه وطأها سرأ ، لم يلتفت الى دعواه . وقال الشيخ : يُقرع بينهما وهو بعيد :

الخامس : لا يرثها الزوج ، او ماتت بعد العدة . وكذا لا ترثه (١) ، والتردد لو مات أحدهما في العدة ، والأشبه الإرث .

الفصل السادس

في : عدة الاماء والاستبراء

عدة الأمة في الطلاق مع الدخول قيران ، وهما طهران (٢) ،

(١) ش ٣ / ٢١٥ / ٥ : بناء على انتفاء سبيله عنها .

(٢) المسالك ٣ / ٣٩ : عدة الامة على النصف من عدة الحرة ، « بتصرف » .

وقيل : حيضتان ، والأول أشهر :

وأقل زمان تنقضي به عدتها ، ثلاثة عشر يوماً ولحظتان ، والبحث في اللحظة الثانية كما في الحرة .

وان كانت لا تحيض ، وهي في سن من تحيض ، اعتدت بشهر ونصف ، سواء كانت تحت حر أو عبد .

ولو أعتقت ، ثم طلقت ، فعدتها عدة الحرة . وكذا لو طلقت طلاقاً رجعيّاً ، ثم أعتقت في العدة ، أكملت عدة الحرة . ولو كانت بائناً ، أتمت عدة الأمة :

وعدة الذمية ، كالحرة في الطلاق والوفاة . وفي رواية تعدد عدة الأمة وهي شاذة :

وعدة الأمة من الوفاة ، شهران وخمسة أيام : ولو كانت حاملاً ، اعتدت بأبعد الاجلين .

ولو كانت أم ولد لمولاه ، كانت عدتها أربعة أشهر وعشراً . ولو طلقها للزوج رجعية ، ثم مات وهي في العدة ، استأنفت عدة الحرة : ولو لم تكن أم ولد ، استأنفت للوفاة عدة الأمة . ولو كان الطلاق بائناً ، أتمت عدة الطلاق حسب :

ولو مات زوج الأمة ، ثم أعتقت ، أتمت عدة الحرة ، تغليباً بجانب الحرية : ولو كان المولى وطأها ، ثم دبّرّها ، اعتدت بعد وفاته بأربعة أشهر وعشرة أيام . ولو أعتقها في حياته ، اعتدت بثلاثة أقراء :

وكل من يجب استبراءها ، إذا مَسَّكَت بالبيع ، يجب استبراءها لو ملكت بغيره : من استغنام أو صلح أو ميراث أو غير ذلك . ومن يسقط استبراءها هناك ، يسقط في الاقسام الاخر : ولو كان للانسان زوجة فابتاعها ، بطل نكاحه ، وحل وطؤها من غير استبراء .

ولو ابتاع المملوك أمة واستبرأها ، كفى ذلك في حق المولى ، لو أراد وطأها . وإذا كاتبَ الانسان أمة ، حرم عليه وطؤها (١) . فإن انفسخت للكتابة ، حلت ولا يجب الاستبراء . وكذا لو ارتد المولى أو المملوكة ، ثم عاد المرتد ، لم يجب الاستبراء .

ولو طُلِّقت الأمة بعد الدخول ، لم يجوز للمولى الوطء ، إلا بعد الإعتماد (٢) . وتكفي العدة عن الاستبراء .

ولو ابتاع حربية فاستبرأها ، فأسلمت ، لم يجب استبراء ثان . وكذا لو لبتها واستبرأها ، مُحَرَّمًا بالحج ، كفى ذلك في استحلال وطئها إذا أحلَّ .

الفصل السابع

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : لا يجوز لمن طلق رجعيًا ، أن يخرج للزوجة من بيته إلا أن تأتي بفاحشة ، وهي أن تفعل ما يجب به الحد ، فتخرج لإقامته . وأدنى ما تخرج له ، أن تؤذي أهله (٣) . ويحرم عليها الخروج ، ما لم تضطر . ولو اضطرت الى الخروج ، خرجت بعد انتصاف الليل ، وعادت قبل الفجر . ولا تخرج في حجة مندوبة إلا بأذنه :

(١) ش ٣ / ٢١٥ / ٥ : لان الكتابة تقتضي نقلها عن ملكه « س » .

(٢) ن : للفرق بين المائتين « س » .

(٣) المسالك ٣ / ٤٠ : لو آذت أهل الزوج ، واستطالت عليهم بلسانها . . .

وتخرج في الواجب ، وإن لم يأذن . وكذا فيما تضطر اليه ، ولا
وصلة لها إلا بالخروج : وتخرج في العدة البائنة أين شاءت .
« الثانية » : نفقة الرجعية لازمة في زمان العدة ، وكسوتها ومسكنها
يوماً فيوماً ، مسلمة كانت أو ذمية . أما الامة ، فإن أرسلها مولها ليلاً
ونهاراً ، فلها النفقة والسكنى ، لوجود التمكين التام . وإن منعها ليلاً أو
نهاراً ، فلا نفقة ، لعدم التمكين التام . ولا نفقة للبائن ولا سكنى ، إلا
أن تكون حاملاً ، فلها النفقة والسكنى حتى تضع وتثبت العدة مع الوطء
بالشبهة . وهل تثبت النفقة لو كانت حاملاً ؟ قال الشيخ : نعم ، وفيه
اشكال يلشأ من توهم اختصاص النفقة بالمطلقة الحامل ، دون غيرها
من البائئات .

فروع : في سكنى المطلقة

« الاول » : لو انهدم المسكن ، أو كان مستعاراً أو مستأجراً ، فانقضت
المدة ، جاز له إخراجها . ولها الخروج لانه إسكان غير سائغ . ولو
طلقت في مسكن دون مستحقها ، جاز لها الخروج عند الطلاق الى
مسكن يناسبها ، وفيه تردد .

« الثاني » : لو طلقها ثم باع المنزل ، فان كانت معتدة بالأقراء لم يصح
البيع ، لانها تستحق سكنى غير معلومة ، فيتحقق الجهالة . ولو
كانت معتدة بالشهور ، صح ، لارتفاع الجهالة .

« الثالث » : لو طلقها ثم حجّر عليه الحاكم ، قيل : هي أحق بالسكنى
لتقدم حقها على الغرماء . وقيل : تضرب مع الغرماء بمسحقها من
أجرة المثل ، والاول أشبه ، أما لو حجّر عليه ثم طلق ، كانت
أسوة مع الغرماء ، إذ لا مزية لها .

« الرابع » : لو طلقها في مسكن لغيره (١) ، استحققت السكنى في ذمته فان كان له غرماء ، ضربت مع الغرماء ، بأجرة مثل سكنائها . فان كانت معتدة بالأشهر ، فالقدر معلوم ، وان كانت معتدة بالأقراء أو بالحمل ، ضربت مع الغرماء بأجرة سكنى أقل الحمل أو أقل الأقراء . فان اتفق ، وإلا أخذت نصيب الزائد . وكذا لو فسد الحمل قبل أقل المدة ، رجع عليها بالتنافوت .

« الخامس » : لو مات فتورث المسكن جماعة ، لم يكن لهم قسمته اذا كان بقدر مسكنها ، إلا باذنها أو مع انقضاء عدتها ، لانها استحققت السكنى فيه على صفة ، والوجه أنه لا سكنى بعد الوفاة ما لم تكن حاملاً .

« السادس » : لو أمرها بالانتقال ، فنقلت رحلها وعيالها ، ثم طلقت وهي في الاول اعتدت فيه . ولو انتقلت وبقي عيالها ورحلها ثم طلقت ، اعتدت في الثاني . واو انتقلت الى الثاني ، ثم رجعت الى الاول لنقل متاعها ، ثم طلقت ، اعتدت في الثاني لانه صار منزلها . واو خرجت من الاول ، فطلقت قبل الوصول الى الثاني ، اعتدت في الثاني ، لانها مأمورة بالانتقال اليه .

« السابع » : البدوية تعتد في المنزل الذي طلقت فيه . فلو ارتحل النازلون به ، رحلت معهم ، دفعا لضرر الانفراد . وان بقي أهلها فيه ، أقامت معهم ، ما لم يتغلب الخوف بالاقامة . ولو رحل أهلها وبقي من فيه منعة ، فالأشبه جواز النقل ، دفعا لضرر الوحشة بالانفراد .

« الثامن » : لو طلقها في السفينة ، فان لم تكن مسكناً ، أسكنها حيث

(١) المسالك ٣ / ٤٢ : بعارية أو أجرة ، ضاربت بالأجرة ، سواء كان الطلاق

قبل الحجر أم بعده . . .

شاء (١) ، وان كانت مسكناً (٢) ، اعتدت فيها .

« التاسع » : اذا سكنت في منزلها ، ولم تطالب بمسكن ، فليس لها المطالبة بالاجرة ، لان الظاهر منها التطوع بالاجرة . وكذا لو استأجرت مسكناً فسكنت فيه ، لانها تستحق السكنى حيث يسكنها لا حيث تتخير .

« المسألة الثالثة » : لا نفقة للمتوفى عنها زوجها ، ولو كانت حاملاً وروي أنه ينفق عليها من نصيب الحمل ، وفي الرواية بعد ولها أن تبيت حيث شاءت (٣) .

« المسألة الرابعة » : لو تزوجت في العدة لم يصح ، ولم تنقطع عدة الاول ، فان لم يدخل بها الثاني ، فهي في عدة الاول . وان وطأها الثاني عالماً بالتحريم ، فالحكم كذلك ، حملت أو لم تحمل . ولو كان جاهلاً ولم تحمل ، أتمت عدة الاول لانها أسبق ، واستأنفت اخرى للثاني ، على أشهر الروايتين . ولو حملت ، وكان هناك ما يدل على أنه الاول ، اعتدت بوضعه له ، وللثاني بثلاثة أقراء بعد وضعه . وإن كان هناك ما يدل على أنه للثاني ، اعتدت بوضعه له ، وأكملت عدة الاول بعد الوضع . فلو كان ما يدل على انتفائه عنها ، أتمت بعد وضعه عدة الاول ، واستأنفت عدة للأخير . ولو احتمل أن يكون منها ، قبل : يقرع بينهما ، ويكون الوضع

(١) المسالك ٣ / ٤٣ : بعد قضاء وطرها الضروري من السفر .

(٢) ن : بأن كان ملاحاً ولا منزل له سوى السفينة ، كانت السفينة في حقه بمنزلة الدار للحضري ، فان اشتملت على بيوت متميزة المرافق ، اعتدت في البيت منها معتزلة عن الزوج ، وسكن الزوج بيتاً آخر . . .

(٣) ن ٣ / ٤٤ : نبه بقوله : ولها أن تبيت حيث شاءت ، على خلاف بعض العامة ، حيث جعل سكنها من التركة ، وتعيينها الى الوارث ، حتى لو لم يكن له تركة ، فعين الوارث لها مسكناً ، لم يكن لها الامتناع .

عدة لمن يلحق به ، وفيه اشكال ، يلبساً من كونها فراشاً للثاني بوظء الشبهة
فيكون أحق به .

« الخامسة » : تعتمد زوجة الحاضر ، من حين الطلاق أو الوفاة ،
وتعتمد من الغائب في الطلاق من وقت الوقوع ، وفي الوفاة من حين البلوغ
ولو أخبر غير العدل . لكن لا تنكح إلا مع الثبوت . وفائدته الاجتزاء
بتلك العدة . ولو علمت الطلاق ، ولم تعلم الوقت ، اعتدت عند البلوغ .
« السادسة » : اذا طلقها بعد الدخول ، ثم راجع في العدة ، ثم
طلق قبل المسيس ، لزمها استئناف العدة ، لبطلان الاولى بالرجعة . ولو
خالعها بعد الرجعة ، قال الشيخ هنا : الاقوى أنه لا عدة وهو بعيد ،
لانه خلع عن عقد يتعقبه الدخول . أما لو خالعها بعد الدخول ، ثم تزوجها
في العدة ، وطلقها قبل الدخول ، لم تلزمها العدة ، لان العدة الاولى بطلت
بالفراش المتجدد ولم يحصل ، والعقد الثاني لم يحصل معه دخول . وقيل :
يلزمها العدة ، لانها لم تكمل العدة للأول ، والاول أشبه .

« السابعة » : وطفء الشبهة ، يسقط معه الحد ، وتجب العدة . ولو
كانت المرأة عالمة بالتحريم ، وجهل الواطئ ، لحق به النسب ، ووجبت
له العدة ، وتحد المرأة ولا [يسقط] (١) مهرها . ولو كانت الموطوءة أمة ، لحق
به الولد ، وعلى الواطئ قيمته لمولاه حين سقط ، ومهر الامة . وقيل :
العشر ان كانت بكرآ ، ونصف العشر إن كانت ثيبآ ، وهو المروي .

« الثامنة » : اذا طلقها بائناً ، ثم وطأها بشبهة ، قيل : تتداخل
العدتان ، لانها لواحد ، وهو حسن ، حاملاً كانت أو حائلاً .

« التاسعة » : اذا نكحت في العدة الرجعية ، وحملت من الثاني ،
اعتدت بالوضع من الثاني ، وأكملت عدة الاول بعد الوضع ، وكان للأول
الرجوع في تلك العدة دون زمان الحمل .

(١) هذه الزيادة وردت في الخطية فقط .

كتاب الخراج والمبذاة

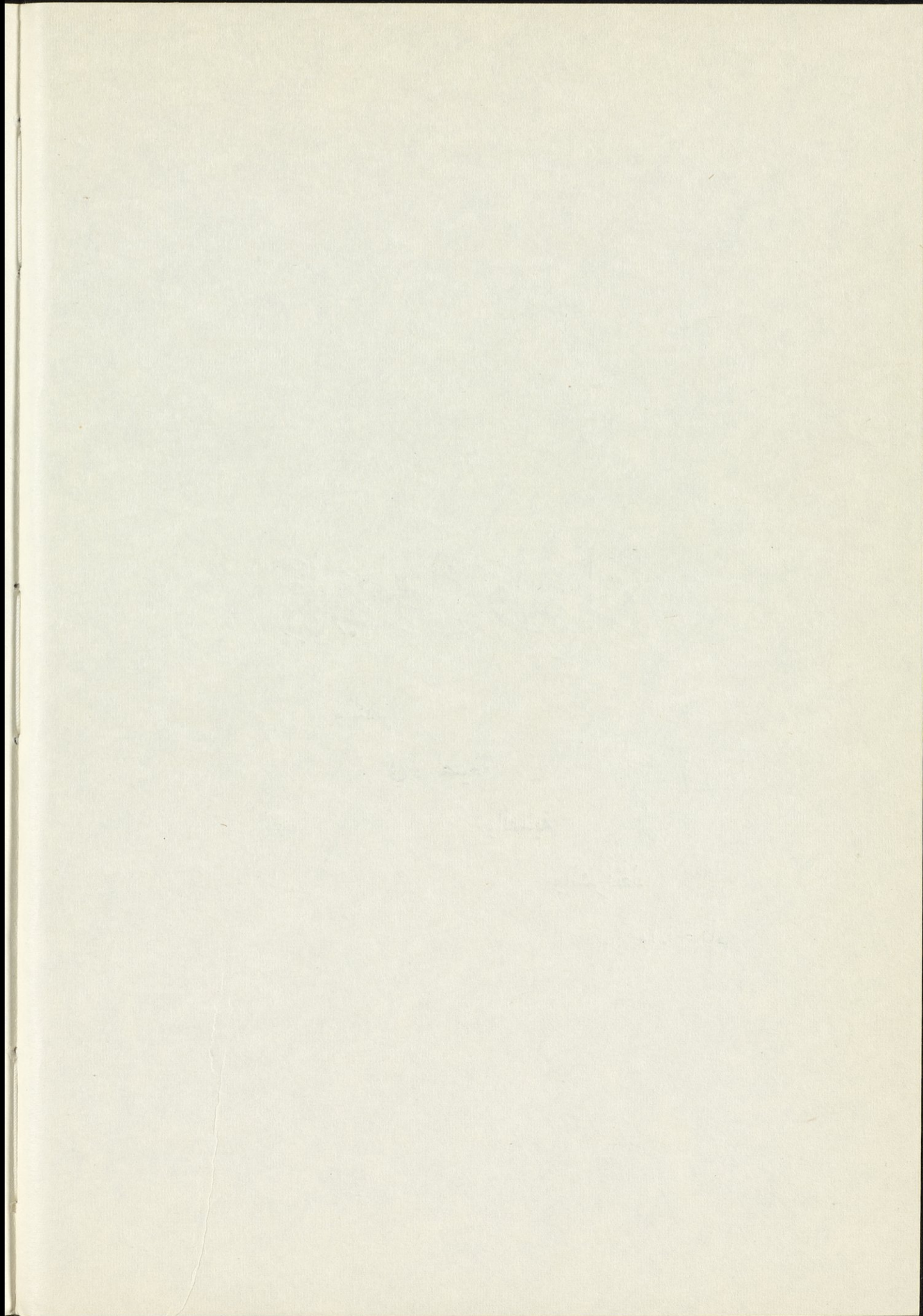
والنظر

في : الصيغة

والفدية

والشرائط

والأحكام



* كتاب الخلع *

النَّظَرُ الْأَوَّلُ .

في : الصيغة .

أما الصيغة :

فأن يقول : خلعتك على كذا ، أو فلانة مختلفة على كذا .
وهل يقع بمجردة ؟ المروي نعم . وقال الشيخ : لا يقع حتى يتبع
بالطلاق ، ولا يقع بفاديتك مجرداً عن لفظ الطلاق ، ولا فاسختك ، ولا
أبنتك ، ولا نباتك ، ولا بالتقابل .

وبتقدير الإجتزاء بلفظ الخلع ، هل يكون فسخاً أو طلاقاً ؟
قال المرتضى رحمه الله : هو طلاق ، وهو المروي .
وقال الشيخ رحمه الله : الأوّل أن يقال فسخ ، وهو تخريج .
فن قال : هو فسخ ، لم يعتمد به عدد الطلقات .
ويقع الطلاق مع الفدية هائناً ، وإن انفرد عن لفظ الخلع .

فروع

« الاول » : لو طلبت منه طلاقاً بعوض ، فخلعها مجرداً عن لفظ

للطلاق ، لم يقع على القولين . ولو طلبت خلعاً بعوض ، فطلق به
لم يلزم البذل ، على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخه . ويقع الطلاق
رجعياً . ويلزم ، على القول بأنه طلاق ، أو أنه يفتقر الى الطلاق .
« الثاني » : لو ابتدأ ، فقال : أنت طالق بألف ، أو عليك ألف ،
صح الطلاق رجعياً ، ولم يلزمها الالف ، ولو تبرعت بعد ذلك
بضمانها ، لأنه ضمان ما لم يجب . ولو دفعها اليه ، كانت هبة مستأنفة
ولا تصير المطلقة بدفعها بائنة .
« الثالث » اذا قالت : طلقني بألف ، كان الجواب على الفور : فان
تأخر ، لم يستحق عوضاً ، وكان الطلاق رجعياً :

النَّظَرُ الثَّانِي

في الفدية

كل ما صح أن يكون مهراً ، صح أن يكون فداء في الخلع . ولا
تقدير فيه ، هل يجوز (١) ولو كان زائداً ، عما وصل اليها ، من مهر وغيره .
واذا كان غائباً ، فلا بد من ذكر ، جنسه ووصفه وقدره . ويكفي
في الحاضر المشاهدة .

وينصرف الإطلاق ، الى غالب نقد البلد ، ومع التعيين الى ما عُنِيَّ
ولو خالها على ألف ، ولم يذكر المراد ولا قصد ، فسد الخلع :
ولو كان الفداء مما لا يملكه المسلم كالخمر ، فسد الخلع ، وقيل :

(١) المسالك ٣ / ٥٠ : أن يكون قليلاً وكثيراً ، عيناً ودينياً ، بعد أن يكون
متمولاً مع سائر شروط الاعراض ، كالقدرة على التسليم ، وإستقرار الملك وغيرهما .

يكون رجعيًا ، وهو حق إن اتبع بالطلاق ، وإلا كان البطلان أحق .
ولو خالعهما على خلل فبان خمرًا صح ، وكان له بقدره خلل : ولو
خلع على حمل الدابة ، أو الجارية ، لم يصح .

ويصح بذل الفداء منها ، ومن وكيلها ، ومن يضمنه بأذنها .
وهل يصح من المتبرع ؟ فيه تردد ، والأشبه المنع : أما لو قال :
طلقتها على ألف من مالها وعلى ضمانها ، أو على عبدها هذا وعلى ضمانها ،
صح . فإن لم ترض بدفع البذل ، صح الخلع ، وضمن المتبرع ، وفيه
تردد . ولو خالعت في مرض الموت صح ، وإن بذلت أكثر من الثلث
وكان من الأصل ، وفيه قول : إن الزائد عن مهر المثل من الثلث ،
وهو أشبه .

ولو كان الفداء رضاعاً ولده صح ، مشروطاً بتعيين المدة : وكذا
لو طلقتها على نفقته . بشرط تعيين القدر الذي يحتاج إليه ، من المأكل
والكسوة والمدة . ولو مات قبل المدة ، كان للمطلق استيفاء ما بقي ، فإن
كان رضاعاً رجع بأجرة مثله ، وإن كان اتفاقاً رجع بمثل ما كان يحتاج
إليه في تلك المدة ، مثلاً أو قيمة . ولا يجب عليها دفعه دفعةً ، بل
أدواراً في المدة ، كما كان يستحق عليها أو بقي .
ولو تلف العوض قبل القبض ، لم يبطل استحقاقه ، ولزمها مثله ،
وقيمته إن لم يكن مثلياً .

ولو خالعهما بعوض موصوف ، فإن وجد ما دفعته على الوصف ،
وإلا كان له رده والمطالبة بما وصف :
ولو كان معيناً فبان معيباً ، رده وطالب بمثله ، أو قيمته ،

وإن شاء أمسكه مع الأرش (١) . وكذا لو خالعهما على عهد ، على أنه حبشي فبان زنجياً ، أو ثوب على أنه نقي فبان أسمر (٢) . أما لو خالعهما على أنه إبريسم فبان كثناناً (٣) ، صح الخلع وله قيمة الإبريسم ، وليس له إمساك للكفان لاختلاف الجنس :

ولو دفعت ألفاً ، وقالت : طلقني بهامتي شئت ، لم يصح البذل (٤) ولو طلق كان رجعيّاً والألف لها .

ولو خالعت اثنتين بفدية واحدة صح ، وكانت بينهما بالسوية (٥) . ولو قالتا : طلقنا بألف ، فطلق واحدة ، كان له النصف ولو عقب بطلاق الأخرى ، كان رجعيّاً ، ولا عوض له ، لتأخر الجواب عن الإستدعاء المقضي للمعجل .

ولو خالعهما على عين ، فبان مستحقة ، قيل : يبطل الخلع . ولو قيل : يصح ، ويكون له القيمة ، أو المثل ان كانت مثلياً ، كان حسناً • ويصح البذل من الامة ، فان أذن مولاها ، انصرف الإطلاق الى الافتداء بمهر المثل . ولو بذلت زيادة عنه ، قيل : يصح ، وتكون لازمة

(١) المسالك ٣ / ٥١ : لأنه نقص حدث قبل القبض ، فكان مضموناً عليها ، كما يضمن الجملة .

(٢) ن : لاشتراك الجميع في أصل الجنس ، والاختلاف في الاوصاف الموجبة لاختلاف القيمة ، فيجبر بالارش .

(٣) ن ٣ / ٥٢ : لوجود العوض فيه في الجملة .

(٤) ش ٣ / ٢١٩ / ٥ : لان العوض ، وهو المجموع معلوم ، في مقابلة جملة معلومة .

(٥) المسالك ٣ / ٥٢ : وجه البطلان ، ان المعتبر في البذل الصحيح ، كونه في مقابلة الطلاق الواقع على الفور ، فاذا جعلته في مقابلة لواقع مطلق ، فكأنها قد جعلته في مقابلة طلاق باطل ، فيبطل البذل .

لذمتها ، تتبع بها بعد العتق واليسار ، وتتبع بأصل البذل مع عدم الإذن :
ولو بذلت عيناً ، فأجاز المولى ، صح الخلع والهذل ، وإلا صح
الخلع دون البذل ، ولزءها قيمته أو مثله ، تتبع به بعد العتق :
ويصح بذل المكاتب المطلق ، ولا اعتراض للمولى . أما المشروطة فكالمقن .

النَّظَرُ الثَّلَاثُ

في : الشرائط

ويعتبر في الخلع شروط أربعة : البلوغ . . . وكمال العقل . . .
والاختيار . . . والقصد :
فلا يقع مع الصغر ، ولا مع الجنون ، ولا مع الإكراه ، ولا مع
السكر ، ولا مع الغضب الراجع للقصد .
ولو خالع ولي الطفل بعوض صح (١) ، ان لم يكن طلاقاً ،
ويبطل (٢) مع الفول بكونه طلاقاً .
ويعتبر في المختلعة أن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه ، اذا كانت
مدخولاً بها ، غير يائسة ، وكان حاضراً معها . . . وأن تكون الكراهية
من المرأة . ولو قالت : لأُدخِلن عليك من تكرهه ، لم يجب عليه خلعها
بل يستحب ، وفيه رواية بالوجوب .

ويصح خلع الحامل مع رؤية الدم ، كما يصح طلاقها ، ولو قيل : انها

(١) ش ٣ / ٢١٩ / ٥ : لانه حينئذ بمنزلة المعاوضة عنه ، وهي جائزة معها « س » .

(٢) المسالك ٣ / ٥٣ : لما تقدم من أن الولي ليس له أن يطلق عن الصبي ،

وإن وجد مصلحة .

تحيض . وكذا التي لم يدخل بها ، ولو كانت حائضاً .
وتخلع البائسة ، وان وطأها في المخالعة .
ويعتبر في العقد : حضور شاهدين دفعة ، ولو افرقا لم يقع .
وتجريده عن شرط .
ويصح الخلع : من المحجور عليه لتبذير أو فلس ، ومن الذمي
والحرابي ، ولو البذل خراً أو خنزيراً ، صح . ولو أسلماً أو أحدهما ، قبل
الاقباض ، ضمننت القيمة عند مستحليه .
والشرط انما يبطل اذا لم يقنضه العقد ، فلو قال : فان رجعت
رجعت ، لم يبطل هذا الشرط ، لانه من مقتضى الخلع . وكذا لو شرطت
هي الرجوع في الفدية :
أما لو قال : خالعتك ان شئت ، لم يصح ، ولو شاءت ، لانه
شرط ليس من مقتضاه . وكذا لو قال : خالعتك ان ضمننت لي الفأ ، أو
إن اعطيني الفأ ، أو ما شاكله . وكذا : متى ، أو مها ، أو أي وقت ، أو
أي حين :

النَّظَرُ الرَّابِعُ

في الأحكام

وفيه مسائل :

« الاولى » : لو اكرهها على الفدية ، فعل حراماً . ولو طلق به
صح الطلاق ، ولم تسلم اليه للفدية ، وكان له الرجعة .

« الثانية » : لو خالعهما ، والاخلاق ملتزمة ، لم يصح الخلع ولا يملك الفدية . ولو طلقها والحال هذه بعوض ، لم تملك العوض ، وصح الطلاق وله الرجعة .

« الثالثة » : اذا أتت بفاحشة ، جاز عضلها ، لتفدي نفسها ، وقيل : هو منسوخ ولم يثبت .

« الرابعة » : إذا صح الخلع ، فلا رجعة له ، ولها الرجوع في الفدية ، ما دامت في العدة ، ومع رجوعها يرجع إن شاء .
« الخامسة » : لو خالعهما ، وشرط الرجعة لم يصح . وكذا لو طلق بعوض .

« السادسة » : المختلعة ، لا يلحقها طلاق بعد الخلع ، لان الثاني مشروط بالرجعة . نعم لو رجعت في الفدية ، فرجع ، جاز استئناف للطلاق .
« السابعة » : اذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها ، قال للشيخ : لا يصح لانه طلاق بشرط ، والوجه انه طلاق في مقابلة بئذ ، فلا يعد شرطاً . فان قصدت الثلاث ولاء ، لم يصح البئذ ، وإن طلقها ثلاثاً مرسلات (١) ، لانه لم يفعل ما سألته ، وقيل : يكون له الثلث لوقوع الواحدة . أما لو قصدت الثلاث ، التي يتخللها رجعتان ، صح . فان طلق ثلاثاً ، فله الالف ، وإن طلق واحدة ، قيل : له ثلث الالف ، لانها جعلته في مقابلة الثلاث ، فاقضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسوية وفيه تردد ، منشأه جعل الجملة في مقابلة الثلث بما هي ، فلا يقضى التقسيط مع الانفراد . ولو كانت معه على طلقة ، فقالت طلقني ثلاثاً بألف ، فطلق واحدة ، كان له ثلث الالف ، وقيل : له الالف إن كانت عامة والثلث إن كانت جاهلة ، وفيه اشكال .

(١) ش ٣ / ٢٢٠ / ٥ : وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثاً « م » .

« الثامنة » : أو قالت : طلقني واحدة بالالف ، فطلقها ثلاثاً ولاء وقعت واحدة وله الالف . ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق فطالق فطالق ، طلقت بالاولى ولغي الباقي . فان قال : الالف في مقابلة الاولى ، فالالف له وكانت المطلقة بائنة . ولو قال : في مقابلة الثانية ، كانت الاولى رجعية ، وبطلت الثانية والفدية . ولو قال : في مقابلة الكل ، قال الشيخ : وقعت الاولى ، وله ثلث الالف ، وفيه إشكال من حيث ايقاعه ما التمسته :

« التاسعة » : إذا قال أبوها : طلقها ، وانت بريء من صداقها وطلق ، صح الطلاق رجعياً ، ولم يلزمها الإبراء ولا يضمه الاب .
« العاشرة » : إذا وكلت في خلعها مطلقاً ، اقتضى خلعها بمهر المثل ، نقداً بنقد البند . وكذا الزوج إذا وكل في الخلع فأطلق ، فان بذل وكيها زيادة عن مهر المثل ، بطل البذل ، ووقع الطلاق رجعياً ، ولا يضم الوكيل . ولو خلعها وكيل الزوج ، بأقل من مهر المثل ، بطل الخلع . ولو طلق بذلك البذل لم يقع ، لانه فعل غير مأذون فيه :

ويلحق بالأحكام : مسائل النزاع

وهي ثلاثة :

« الاولى » : اذا اتفقا في القدر ، واختلفا في الجنس ، فالقول قول المرأة .

« الثانية » : لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس ، واختلفا في الارادة ، قيل : يبطل ، وقيل : على الرجل البينة وهو أشبه .

« الثالثة » : لو قال : خالعتك على ألف في ذمتك ، فقالت : بل في ذمة زيد ، فالبينة عليه واليمين عليها . ويسقط العوض مع يمينها ، ولا يلزم زيدياً . وكذا لو قالت : بل خالعتك فلان والعوض عليه . أما لو قالت : خالعتك بكذا ، وضمنته عني فلان أو برأه عني فلان ، لزمها الألف ما لم تكن بيينة ، لأنها دعوى محضة ، ولا يثبت على فلان شيء بمجرد دعواها .

* كتاب المباراة *

واما المباراة :

فهو أن يقول : بارأنتك على كذا فأنت طالق : وهي تترتب على كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه : ويشترط إتياعه بلفظ الطلاق . فلو اقتصر المباري على لفظ المباراة لم يقع به فرقة : ولو قال : هدلاً من بارأنتك ، فاسخنتك أو ابنتك ، أو غيره من الالفاظ ، صح إذا اتبعه بالطلاق ، اذ المقتضي للفرقة العلفظ بالطلاق لا غير :

ولو اقتصر على قوله : أنت طالق بكذا ، صح ، وكان مباراةً ، اذ هي عبارة عن الطلاق بعوض ، مع منافاة بين الزوجين . ويشترط : في المباري والمباراة ، ما شرط في المخالغ والمخالعة . وتقع الطلقة مع العوض بائنة ، ليس للزوج معها رجوع ، إلا أن ترجع الزوجة في الفدية ، فيرجع لها ما دامت في العدة . وللمرأة الرجوع في الفدية ، ما لم تنقض عدتها :

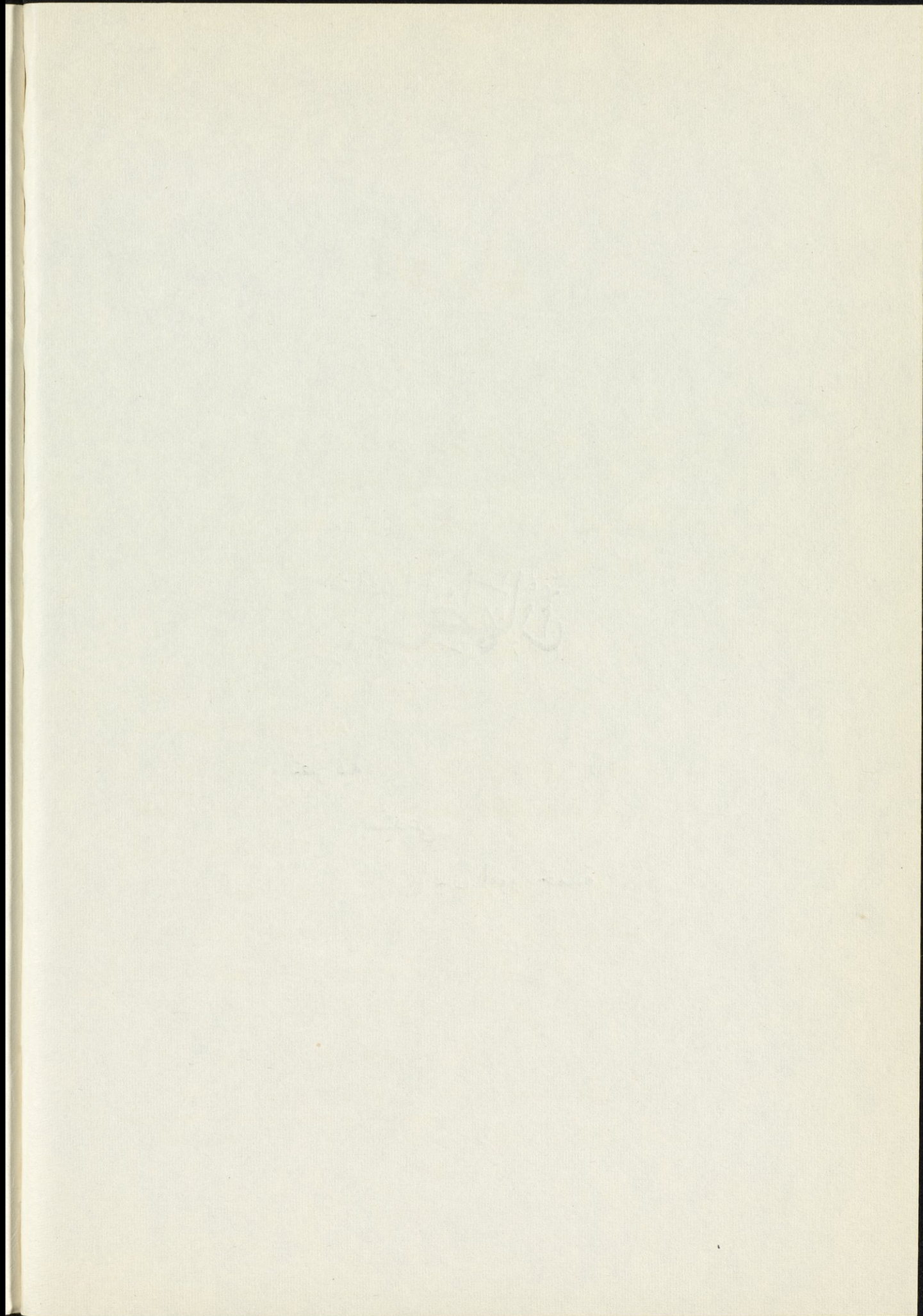
والمباراة كالخلع ، لكن المهاراة تترتب على كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه . ويترتب الخلع على كراهية الزوجة . ويأخذ في المباراة ، بقدر ما وصل إليها منه ، ولا تحل له الزيادة ، وفي الخلع جائز : وتقف الفرقة في المباراة ، على التلفظ بالطلاق ، إتفاقاً منا : وفي الخلع على الخلاف :

كتاب الظهار

والنظر فيه

يستدعي

بيان امور خمسة



الأول

في الصيغة

وهي أن يقول : أنت علي كظهر أمي : وكذا لو قال : هذه ،
أو ما شاكل ذلك من الالفاظ الدالة على تميزها .

ولا عبرة باختلاف ألفاظ الصلوات ، كقوله : أنت مني أو عندي :
ولو شبهها بظهر احدى المحرمات ، نسباً أو رضاعاً ، كالام أو الاخت
فيه روايتان ، أشهرهما للوقوع :

ولو شبهها بيد أمه ، أو شعرها أو بطنها ، قيل لا يقع اقتصاراً على
منطوق الآية ، وبالوقوع رواية فيها ضعف . أما لو شبهها بهير امه ، بما عدا
لفظة الظهر ، لم يقع قطعاً :

ولو قال : انت كأمي ، أو مثل أمي ، قيل : يقع ان قصد به
الظهار ، وفيه اشكال ، منشأ اختصاص الظهار بمورد الشرع ، والتمسك
في الحل بمقتضى العقد .

ولو شبهها بمُحرمة بالمصاهرة ، تحريماً مؤبداً ، كأم الزوجة ، وبنت
زوجته المدخول بها ، وزوجة الاب والابن ، لم يقع به للظهار (١) :
وكذا لو شبهها بأخت الزوجة ، أو عمها ، أو خالتها .

ولو قال : كظهر أبي ، أو أخي ، أو عمي ، لم يكن شيئاً . وكذا
لو قالت هي : أنت علي كظهر أمي وأبي :

ويشترط في وقوعه ، حضور عدلين ، يسمعان لطق المُظاهر :

(١) المسالك ٣ / ٦١ : تمسكاً باستصحاب الحل في غير موضع النص والوفاق .

ولو جعله يميناً ، لم يقع (١) .
 ولا يقع إلا منجزاً ، فلو علقه بانتضاء الشهر ، أو دخول الجمعة
 لم يقع على الأظهر . وقيل : يقع ، وهو نادر .
 وهل يقع في إضرار (٢) ؟ قيل : لا ، وفيه إشكال ، منشأه التمسك
 بالعموم . وفي وقوعه موقوفاً على الشرط ، تردد ، أظهره الجواز :
 ولو قيده بمدة ، كأن يظاهر منها شهراً أو سنة ، قال الشيخ : لا
 يقع ، وفيه إشكال ، مستند إلى عموم الآية ، وربما قيل : ان قصرت المدة
 عن زمان التبرص لم يقع ، وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص ،
 وفيه ضعف هـ

فروع

لو قال : أنت طالق كظهر أمي ، وقع للإطلاق ولهي الظهار (٣) ،
 قصد الظهار أو لم يقصده . وقال الشيخ : ان قصد الطلاق والظهار
 صح . ان كانت المطلقة رجعية ، فكأنه قال : أنت طالق ، أنت علي
 كظهر أمي ، وفيه تردد ، لان النية لا تستقل بوقوع الظهار ، ما لم يكن
 اللفظ الصريح ، الذي لا احتمال فيه . وكذا لو قال : أنت حرام
 كظهر أمي :

-
- (١) المسالك ٣ / ٦١ : المراد بجعله يميناً ، جعله جزاء على فعل أو ترك ، قصداً للزجر عنه ،
 والبحث على الفعل ، سواء تعلق به أو بها ، كقوله : ان كلمت فلاناً أو ان تركت
 الصلاة ، فأنت علي كظهر أمي
 (٢) ن : أي هل يقع جزاء ضرر يجيء من قبلها ؟ « بتصرف » .
 (٣) ن : لان النية لا تستقل بوقوع الظهار ، ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا
 احتمال فيه .

ولو ظاهر إحدى زوجتيه ، إن ظاهر ضررتها ، ثم ظاهر الضررة ،
وقع الظهاران :

ولو ظاهرها ، إن ظاهر فلانة الأجنبية ، وقصد النطق بهلفظ الظهار
صح الظهار عند مواجهتها به . وإن قصد الظهار الشرعي ، لم يقع
ظهار . وكذا لو قال : أجنبية .

ولو قال : فلانة من غير وصف ، فتزوجها وظهرها ، قال الشيخ :
يقع الظهاران ، وهو حسن :

الثاني

في المظاهر

ويعتبر فيه البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد :
فلا يصح ظهار الطفل ، ولا المجنون ، ولا المكره ، ولا فاقد القصد
بالسكر أو الإغماء أو الغضب :

ولو ظاهر ونوى الطلاق ، لم يقع الطلاق لعدم اللفظ المعتبر ، ولا
الظهار لعدم القصد :

ويصح ظهار الخصي ، والمجبوب ، إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء ،
مثل الملامسة :

وكذا يصح الظهار من الكافر ، ومعه الشيخ ، إلتفاتاً إلى تهذر
الكفارة ، والمعتمد ضعيف ، لإمكانها بتقديم الإسلام . ويصح من العهد :

الثالث

في المظاهرة

ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد الدائم . فلا تقع على الاجنبية ،
ولو علقه على النكاح .
وأن تكون طاهراً طهراً ، لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً
وكان مثلها تحيض : ولو كان غائباً صح ، وكذا لو كان حاضراً ، وهي
يائسة ، أو لم تبلغ .
وفي اشتراط الدخول تردد ، والمروي اشتراطه ، وفيه قول آخر
مستنده التمسك بالعموم :

وهل يقع بالمسجمع بها ؟ فيه خلاف ، والظاهر الوقوع .
وفي الموطوءة بالملك ، تردد : والمروي أنه يقع كما يقع بالحرية :
ومع الدخول يقع : ولو كان الوطء دبراً ، صغيرة كانت أو كبيرة
مجنونة أو عاقلة .
وكذا يقع بالارتقاء والمريضة التي لا توطأ .

الرابع

في الأحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : الظهار محرّم لإنصافه بالمنكر ، وقبل : لا عقاب فيه

لتعقيبه بالعفو .

« الثانية » : لا تجب الكفارة بالتلفظ ، وإنما تجب بالعود ، وهو إرادة الوطء . والأقرب أنه لا استقرار لها ، بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر . ولو وطئ قبل الكفارة ، لزمه كفارتان . ولو كرر الوطء تكررت الكفارة .

« الثالثة » : إذا طلقها بعد الظهر رجعيًا ، ثم راجعها لم تحل له ، حتى يكفر . ولو خرجت من العدة ، ثم تزوجها ووطأها ، فلا كفارة . وكذا لو طلقها بائنًا ، وتزوجها في العدة ، ووطأها . وكذا لو ماتا ، أو مات أحدهما ، [أو ارتدا] (١) ، أو ارتد أحدهما .

« الرابعة » : لو ظاهر من زوجته الأمة ، ثم ابتاعها ، فقد بطل العقد . ولو وطأها بالملك ، لم تجب عليه الكفارة . ولو ابتاعها من مولاهما غير الزوج ، ففسخ ، سقط حكم الظهار . ولو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفارة .

« الخامسة » : اذا قال : أنت علي كظهر أمي ، ان شاء زيد ، فقال : شئت ، وقع ، على القول بدخول الشرط في الظهار . ولو قال : إن شاء الله ، لم يقع ظهار به .

« السادسة » : لو ظاهر من أربع بلفظ واحد ، كان عليه عن كل واحدة كفارة . ولو ظاهر من واحدة مرارًا ، وجب عليه بكل مرة كفارة فرّق الظهار أو تابعه . ومن فقهائنا من فصل . ولو وطأها قبل التكفير ، لزمه عن كل وطاء كفارة واحدة .

« السابعة » : اذا أطلق الظهار ، حرّم عليه الوطء حتى يكفر . ولو علقه بشرط ، جاز الوطء ما لم يحصل الشرط . ولو وطئ قبله لم يكفر . ولو كان الوطء هو الشرط ، يثبت الظهار بعد فعله . ولا تستقر الكفارة حتى يعود ، وقيل : تجب بنفس الوطء ، وهو بعيد .

(١) هذه الزيادة وردت في « ٢٢٢ / ٣٥ » .

« الثامنة » : يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر ، سواء كفر بالعق
أو الصيام أو الإطعام . ولو وطأها في خلال الصوم ، استأنف . وقال
شاذمنا : لا يبطل التمتع لو وطئ ليلاً ، وهو غلط . وهل يحرم عليه ما
دون الوطء كالقبلة والملاسة ؟ قيل : نعم لأنه مماسة ، وفيه إشكال ينشأ
من اختلاف التفسير :

« التاسعة » : اذا عجز المظاهر عن الكفارة ، أو ما يقوم مقامها
عدا الاستغفار ، قيل : يحرم عليه حتى يكفر ، وقيل : يجزيه الإستغفار
وهو أكثر .

« العاشرة » : ان صبرت المظاهرة ، فلا إعتراض . وإن رفعت
أمرها الى الحاكم ، خيَّره بين التكفير والرجعة أو الطلاق ، وأنظره ثلاثة
أشهر من حين المرافعة . فان انقضت المدة ، ولم يختار أحدهما ، ضيق
عليه في المطعم والمشرب ، حتى يختار أحدهما . ولا يجبره على الطلاق
تضييقاً ، ولا يطلق عنه .

ويلاحظ بهذا

النظر : في الكفارات

وفيه مقاصد :

الأول

في ضبط الكفارات

وقد سبق الكلام في كفارات الإحرام ، فنذكر ما سوى ذلك :

وهي : مرتبة ، ومغيرة ، وما يحصل فيه الأمران ، وكفارة الجمع :
فالمرتبة :

ثلاث كفارات : الظهار ، وقتل الخطأ ، ويجب في كل واحدة العتق
فان عجز ، فالصوم شهرين متتابعين ، فان عجز فإطعام ستين مسكيناً . :
وكفارة من أفطر يوماً ، من قضاء شهر رمضان ، بعد الزوال ، إطعام
عشرة مساكين ، فان عجز صام ثلاثة ايام متتابعات .
والمغيرة :

كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان ، مع وجوب صومه ،
بأحد الاسباب الموجبة للتكفير .

وكفارة من أفطر يوماً ، نذر صومه ، على أشهر الروايتين ،
وكذا كفارة الحنث في العهد ، وفي النذر على تردد ،
والواجب في كل واحدة عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو
إطعام ستين مسكيناً ، على الاظهر .

وما يحصل فيه الامران :

كفارة اليمين : وهي عتق رقبة ، أو إطعام عشرة مساكين ، أو
كسوتهم ، فان عجز صام ثلاثة ايام .
وكفارة الجمع :

وهي : كفارة قتل المؤمن عمداً ظلماً ، وهي عتق رقبة ، وصوم
شهرين متتابعين ، وإطعام ستين مسكيناً .

المقصر الثاني

في : ما اختلف فيه

وهي سبع :

- « الأولى » : من حلف بالبراءة ، فعليه كفارةظهار ، فان عجز فكفارة يمين ، وقيل : يأثم ولا كفارة ، وهو أشبه :
- « الثانية » : في جزأ المرأة شعرها في المصاب ، عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ، وقيل : مثل كفارة الظهار ، والأول مروى . وقيل : تأثم ولا كفارة ، استضعافاً للرواية وتمسكاً بالأصل .
- « الثالثة » : تجب على المرأة في نكف شعرها في المصاب ، وخذش وجهها ، وشق الرجل ثوبه ، في موت ولده أو زوجته ، كفارة يمين .
- « الرابعة » : كفارة الوطء في الحيض مع العمد ، والعلم بالتحريم (١) . والتمكن من التكفير ، قيل : تستحب ، وقيل : تجب ، وهو الأحوط . ولو وطأ أمته حائضاً ، كفر بثلاثة امداد من الطعام :
- « الخامسة » : من تزوج امرأة في عدتها ، فارق وكفر بخمسة أصوع من دقيق . وفي وجوبها خلاف ، والإستحباب أشبه :
- « السادسة » : من نام عن العشاء ، حتى جاوز نصف الليل ، أصبح صائماً على رواية فيها ضعف ، ولعل الإستحباب أشبه :

(١) المسالك ٧١/٣ : احترز عن الجاهل والناسي ، فلا شيء عليها مطلقاً ، والحكم مختص بالرجل ، فلا كفارة على المرأة مطلقاً .

« السابعة » : من نذر صوم يوم فعجز عنه ، أطمع مسكيناً مُدَّين
فان عجز تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله ، وربما انكر ذلك
قوم ، بناء على سقوط النذر ، مع تحقق العجز .

المَقْصُرُ الثَّلَاثِ

في : خصال الكفارة

وهي : العتق ، والاطعام ، والصيام :

الْقَوْلُ

في : العتق

ويتعين على الواجد في الكفارة المرتبة .
ويتحقق الوجدان ، بملك الرقبة ، أو ملك الثمن مع امكان الابتياع .

ويعتبر في الرقبة : ثلاثة اوصاف

الاول : الايمان

وهو معتبر في كفارة القتل إجهاً ، وفي غيرها مع التردد ،
والأشبه اشتراطه .

والمراد بالايمن هنا ، الإسلام أو حكمه . ويستوي في الإجزاء ، الذكر والانثى ، والصغير والكبير ، والطفل في حكم المسلم . ويجزي ان كان ابواه مسلمين ، أو احدهما ، ولو حين يولد .

وفي رواية : لا يجزي في القتل خاصة ، الا البالغ الحنث ، وهي حسنة . ولا يجزي الحمل ، ولو كان ابواه مسلمين ، وان كان بحكم المسلم . وإذا بلغ المملوك أخرس وأبواه كافران ، فأسلم بالإشارة ، حكمه باسلامه واجزأ .

ولا يفتقر مع وصف الاسلام ، في الاجزاء الى الصلاة ، ويكفي في الاسلام الإقرار بالشهادتين .

ولا يشترط التبرّي مما عدا الاسلام :

ولا يحكم باسلام المسيحي من اطفال الكفار ، سواء كان معه أبواه للكافرين ، أو انفرد به السابى المسلم .

ولو أسلم المراهق ، لم يحكم باسلامه ، على تردد : وهل يفرق بينه وبين ابويه ؟ قيل : نعم ، صوتاً له ان يستزلاه عن عزمه ، وان كان بحكم الكافر :

الوصف الثاني : السلامة من العيوب

فلا يجزي الأعمى ، ولا الأجدم ، ولا المقعد ، ولا المنكّل به ، لتحقق العتق بحصول هذه الاسباب .

ويجزي مع غير ذلك من العيوب ، كالاصم ، والاخرس ، ومن قطعت احدى يديه ، أو احدى رجليه .

ولو قطعت رجلاه ، لم يجز لتحقق الإقعاد .

ويجزي ولد الزنى ، ومنعه قوم إستسلاًفاً لوصفه بالكفر ، أو لقصوره عن صفة الايمان ، وهو ضعيف .

الوصف الثالث : ان يكون تام الملك

فلا يجزي المدبّر ، ما لم ينقض تدبيره . وقال في المبسوط والخلاف
يجزي ، وهو أشبه .

ولا المكاتب المطاق ، اذا أدى من مكاتبته شيئاً . ولو لم يؤد ، أو
كان مشروطاً ، قال في الخلاف : لا يجزي . ولعله نظر الى نقصان الرق
لتحقق الكتابة . وظاهر كلامه في النهاية أنه يجزي . ولعله أشبه من حيث
تحقق الرق :

ويجزي الآبق ، اذا لم يعلم موته . وكذلك تجزي المسقولة ،
لتحقق رقيتها :

ولو اعتق نصفين من عبيد مشتركين لم يجز ، اذ لا يسمى ذلك نسمة ،
ولو اعتق شقصاً من عبد مشترك ، نفذ العتق في نصيبه ، فان نوى
للكفارة وهو موسر ، أجزأ ان قلنا : انه ينعق بنفس اعتاق الشقص .
وان قلنا : لا ينعق إلا بأداء قيمة حصة الشريك ، فهل يجزي عند أدهاها؟
قيل : نعم ، لتحقق عتق الرقبة ، وفيه تردد ، منشأه تحقق عتق الشقص
أخيراً ، بسبب بدل العوض لا بالاعتاق .

ولو كان معسراً ، صح العتق في نصيبه ، ولا يجزي عن الكفارة ،
ولو أُيسر بعد ذلك ، لاستقرار الرق في نصيب الشريك .
ولو ملك النصيب ، ونوى اعتاقه عن الكفارة ، صح وإن تفرق ،
لتحقق عتق الرقبة :

ولو اعتق المرهون ، لم يصح ما لم يُجز المرتهن . وقال الشيخ :
يصح مطلقاً ، اذا كان موسراً ، وتكلف أداء المال إن كان حالاً ، أو
رهناً بدله إن كان مؤجلاً ، وهو بعيد .

ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة ، فللشيخ قولان ، والأشبه المنع .
وإن قتل خطأ ، قال في المبسوط ، أم يجوز عتقه ، لتعلق حق المعجني عليه
برقبته . وفي النهاية يصح ، ويضمن السيد دية المقتول ، وهو حسن .
ولو أعتق عنه مُعتق بمسألته صحح ، ولم يكن له عوض . فإن
شرط عوضاً ، كأن يقول : أعتق وعلي عشرة صحح ، ولزمه العوض .
ولو تبرع بالعتق عنه ، قال الشيخ : نفذ العتق عن المعتق ، دون من
أعتق عنه ، سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً .

ولو اعتق الوارث عن الميت من ماله ، لا من مال الميت ، قال
الشيخ : يصح ، والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث ، في المنع أو الجواز .
وإذا قال : إعتق عبدك عني ، فقال : اعتقت عنك ، فقد وقع
الاتفاق على الاجزاء . ولكن متى ينتقل الى الأمر ؟ قال الشيخ : ينتقل
بعد قول المُعتق : أعتقت عنك ، ثم يعتق بعده وهو تحكّم ، والوجه
الاقتضار على الثمرة ، وهو صحة العتق وبراءة ذمة الأمر ، وما عداه
تخمين . ومثله إذا قال له : كل هذا الطعام ، فقد اختلف أيضاً في الوقت
الذي يملكه الآكل ، والوجه عندي ، أنه يكون إباحة للتناول ، ولا ينتقل
الى ملك الآكل .

ويشترط في الاعتاق شروط :

الاول : النية

لأنه عبادة يحتمل وجوهاً فلا يختص بأحدها إلا بالنية .
ولا بد من نية القربة ، فلا يصح العتق من الكافر ، ذمياً كان أو
حربياً أو مرتدّاً ، لتعدر نية القربة في حقه .

ويعتبر نية التعمين ، ان اجتمعت أجناس مختلفة ، على الأشبه .
ولو كانت الكفارات من جنس واحد ، قال الشيخ : يجزي نية
التكفير مع القرية ، ولا يفتقر الى التعمين ، وفيه إشكال :
أما الصوم ، فالأشبه بالمذهب ، أنه لا بد فيه من نية التعمين ، ويجوز
تجديدها إلى اللزوال .

فروع : على القول بعدم التعمين

- « الاول » : لو أعتق عبداً عن إحدى كفارتيه صح ، لتمتق نية التكفير
اذ لا عبرة بالسبب مع اتحاد الحكم .
- « الثاني » : لو كان عليه كفارات ثلاث متساوية ، في العتق والصوم
والصدقة ، فأعتق ونوى القرية والتكفير ، ثم عجز فصام شهرين
متتابعين بنية القرية والتكفير ، ثم عجز فأطعم مائة مسكيناً ،
كذلك برء من الثلاث ولو لم يعين .
- « الثالث » : لو كان عليه كفارة ، ولم بدر أهي عن قتل أو ظهار ؟
فأعتق ونوى القرية والتكفير أجزاءه .
- « الرابع » : لو شك بين نذر وظهار ، فنوى التكفير لم يجز ، لأن النذر
لا يجزي فيه نية التكفير . ولو نوى لإبراء ذمته من أيهما كان ، جاز .
ولو نوى العتق مطلقاً لم يجز ، لأن احتمال ارادة التطوع أظهر عند
الإطلاق . وكذا لو نوى الوجوب ، لأنه قد يكون لا عن كفارة .
- « الخامس » : لو كان عليه كفارتان ، وله عيذان فأعتقها ، ونوى نصف
كل واحد منها عن كفارة صح ، لأن كل نصف تحرر عن الكفارة
المرادة به ، وتحرر الباقي عنها بالسرابة . وكذا لو أعتق نصف
عبده ، عن كفارة معينة صح ، لأنه ينعتق كله دفعة . أما لو اشترى

أباه أو غيره ، ممن ينعق عليه ، ونوى التكفير ، قال في المبسوط :
يجزي . وفي الخلاف : لا يجزي ، وهو أشبه ، لأن نية العتق مؤثرة
في ملك المعتق ، لا في ملك غيره ، فالسراية (١) سابقة على النية ،
فلا يصادف حصولها ملكاً .

الشرط الثاني : تجريده عن العوض

فلو قال لعبيده : أنت حر ، وعليك كذا ، لم يجز عن الكفارة ،
لأنه قصد العوض . ولو قال له قائل : اعتق مملوكك عن كفارتك ، ولك
علي كذا فاعتق ، لم يجز عن الكفارة ، لأنه قصد العوض ، وفي وقوع
العتق تردد . ولو قيل بوقوعه ، هل يلزم للعوض ؟ قال الشيخ : نعم ،
وهو حسن : ولو رد المالك للعوض بعد قبضه ، لم يجز عن الكفارة ،
لأنه لم يجز حال الإعتاق ، فلم يجز فيما بعده .

الشرط الثالث : أن لا يكون السبب عروماً

فلو نكل بعبيده ، بأن قلع عيابه أو قطع رجله ، ونوى التكفير انعتق
ولم يجز عن الكفارة .

القول

في : الصيام

ويتعين الصوم في المرتبة ، مع العجز عن العتق .

(١) الروضة ٦ / ٢٢٩ : أي سراية العتق الى بقية أجزاء العبد ، لو عتق منه بعضه .

ويتحقق العجز : إما بعدم الرقبة ، أو عدم ثمنها ، وإما بعدم التمكن
من شرائها وإن وجد الثمن .

وقيل : حد العجز عن الاطعام ، أن لا يكون معه ما يفضل عن
قوته وقوت عياله ليوم وليلة :

فلو وجد الرقبة ، وكان مضطراً الى خدمتها أو ثمنها ، لنفقته وكسوته
لم يجب العتق .

ولا يباع المسكن ، ولا ثياب الجسد : ويبيع ما يفضل عن قدر
الحاجة من المسكن .

ولا يباع الخادم على المرتفع عن مباشرة الخدمة ، ويبيع على من جرت
عادته بخدمة نفسه ، إلا مع المرض المحوج الى الخدمة :

ولو كان الخادم غالباً ، بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه
قيل : يلزم بيعه لإمكان الغنى عنه . وكذا قيل في المسكن إذا كان غالباً
وامكن تحصيل البديل ببعض الثمن ، والأشبه أنه لا يباع تمسكاً بهموم
النهبي عن بيع المسكن .

ومع تحقق العجز عن العتق ، يلزم في الظهار والقتل خطأ ، صوم
شهرين متتابعين . وعلى المملوك صوم شهر ، فان أفطر في الشهر الأول
من غير عذر ، استأنف . وإن كان لعذر بني : وإن صام من الثاني ولو
يوماً أتم . وهل يأثم مع الإفطار ؟ فيه تردد ، أشبهه عدم الاثم فيه .

والعذر الذي يصح معه البناء ، الحيض والنفاس والمرض والاعماء والجنون :
أما السفر ، فان اضطر اليه كان عذراً ، وإلا كان قاطعاً للتتابع :
ولو أفطرت الحامل أو المرضع ، خوفاً على نفسيهما ، لم ينقطع التتابع :
ولو افطرتنا خوفاً على الولد ، قال في المبسوط : ينقطع ، وفي الخلاف :
لا ينقطع ، وهو أشبه .

ولو اكره على الافطار ، لم ينقطع للتتابع ، سواء كان إجباراً كمن
وجر الماء في حلقه ، أو لم يكن كمن ضُربَ حتى اكل ، وهو اختيار
الشيخ في الخلاف ، وفي المبسوط قال بالفرق .
ولو عرض في اثناء الشهر الاول ، زمان لا يصح صومه عن الكفارة
كشهر رمضان والاضحى ، بطل التتابع .

القول

في : الاطعام

ويتعين الاطعام في المرتبة ، مع العجز عن الصيام .
ويجب اطعام العدد المعتبر ، لكل واحد مد ، وقيل : مُدَّان ومع
العجز مد ، والاشبه الاول ، ولا يجزي إعطاء ما دون العدد المعتبر ، وان
كان بقدر إطعام العدد .
ولا يجوز التكرار عليهم ، من الكفارة الواحدة ، مع التمكن من
العدد ، ويجوز مع التعذر .
ويجب أن يُطعمَ من أوسط ما يطعم اهله . ولو أعطى مما يغلب
على قوت البلد ، جاز . ويستحب أن يضم ليه أداماً ، أعلاه اللحم ،
وأوسطه الخل ، وأدونه الملح .
ويجوز أن يعطي العدد ، متفرقين ومجتمعين ، إطعاماً وتسليماً .
ويجزي إخراج الحنطة والشعير والدقيق والخبز .
ولا يجزي إطعام الصغار ، منفردين ، ويجوز منضمين . ولو انفردوا
احتسب الاثنان بواحد .

ويستحب الاقتصار على [اطعام] (١) المؤمنين ، ومن هو
بحكمهم ، كالأطفال .

وفي المبسوط : بصرف الى من يصرف اليه زكاة الفطر : ومن لا
يجوز هناك لا يجوز هنا ، والوجه جواز إطعام المسلم الفاسق : ولا يجوز
إطعام الكافر : وكذا الناصب :

مسائل اربع :

« الاولى » : كفارة اليمين ، مخيرة بين العتق والاطعام والكسوة :
فاذا كسا الفقير ، وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة ، ومع العجز ثوباً
واحداً ، وقيل : يجزي الثوب الواحد مع الاختيار ، وهو أشبه .
« الثانية » : الاطعام في كفارة اليمين ، مد لكل مسكين ، ولو
كان قادراً على المُدَّين : ومن فقهاؤنا من خص المد بحال الضرورة ،
والاول أشبه :

« الثالثة » : كفارة الایلاء مثل كفارة اليمين (٢) :

« الرابعة » : من ضرب مملوكه فوق الحد ، استحب له التكفير بعنته .

(١) هذه الزيادة وردت في « ٢٢٧ / ٣٥ » .

(٢) المسالك ٨٠ / ٣ : لان الایلاء يمين خاصة ، وهو الخلف على ترك وطئ الزوجة
على ما سيأتي تفصيله ، وانما يتميز عن مطلق اليمين ، بأحكام مخصوصة ، أما
الكفارة فواحدة .

المفصل الرابع

في : الأحكام المتعلقة بهذا الباب

وهي مسائل :

« الأولى » : من وجب عليه شهران متتابعان ، فإن صام هلالين فقد أجزأه ، ولو كانا ناقصين . وإن صام بعض الشهر ، وأكمل للثاني اجتزأ به ، وإن كان ناقصاً ، وأكمل الأول ثلاثين . وقيل : يتم ما فات من الأول ، والأول أشبه .

« الثانية » : العبرة في المرتبة ، بحال الأداء لا بحال الوجوب . فلو كان قاهراً على العتق فعجز ، صام ولا يستقر العتق في ذمته :

« الثالثة » : إذا كان له مال ، يصل إليه بعد مدة غالباً ، لم ينتقل فرضه ، بل يجب الصبر ، ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهار ، وفي الظهار تردد .

« الرابعة » : إذا عجز عن العتق ، فدخل في الصوم ، ثم وجد ما يعتق ، لم يلزمه العود ، وإن كان أفضل . وكذا لو عجز عن الصوم ، فدخل في الإطعام ، ثم زال العجز .

« الخامسة » : لو ظاهر ولم ينو العود ، فأعتق عن الظهار ، قال الشيخ : لا يجزيه ، لأنه كفر قبل الوجوب ، وهو حسن .

« السادسة » : لا تدفع الكفارة إلى الطفل ، لأنه لا أهلية له ، وتدفع إلى وليه .

« السابعة » : لا تصرف الكفارة الى من يجب نفقته على الدافع ،
كالأب والأم والأولاد والزوجة والمماوك ، لانهم أغنياء بالدافع . وتدفع
الى من سواهم وان كانوا أقارب .

« الثامنة » : اذا وجبت الكفارة في الظهار ، وجب تقديمها على
الميسر (١) ، سواء كفر بالاعتاق أو بالصيام أو بالأطعام .

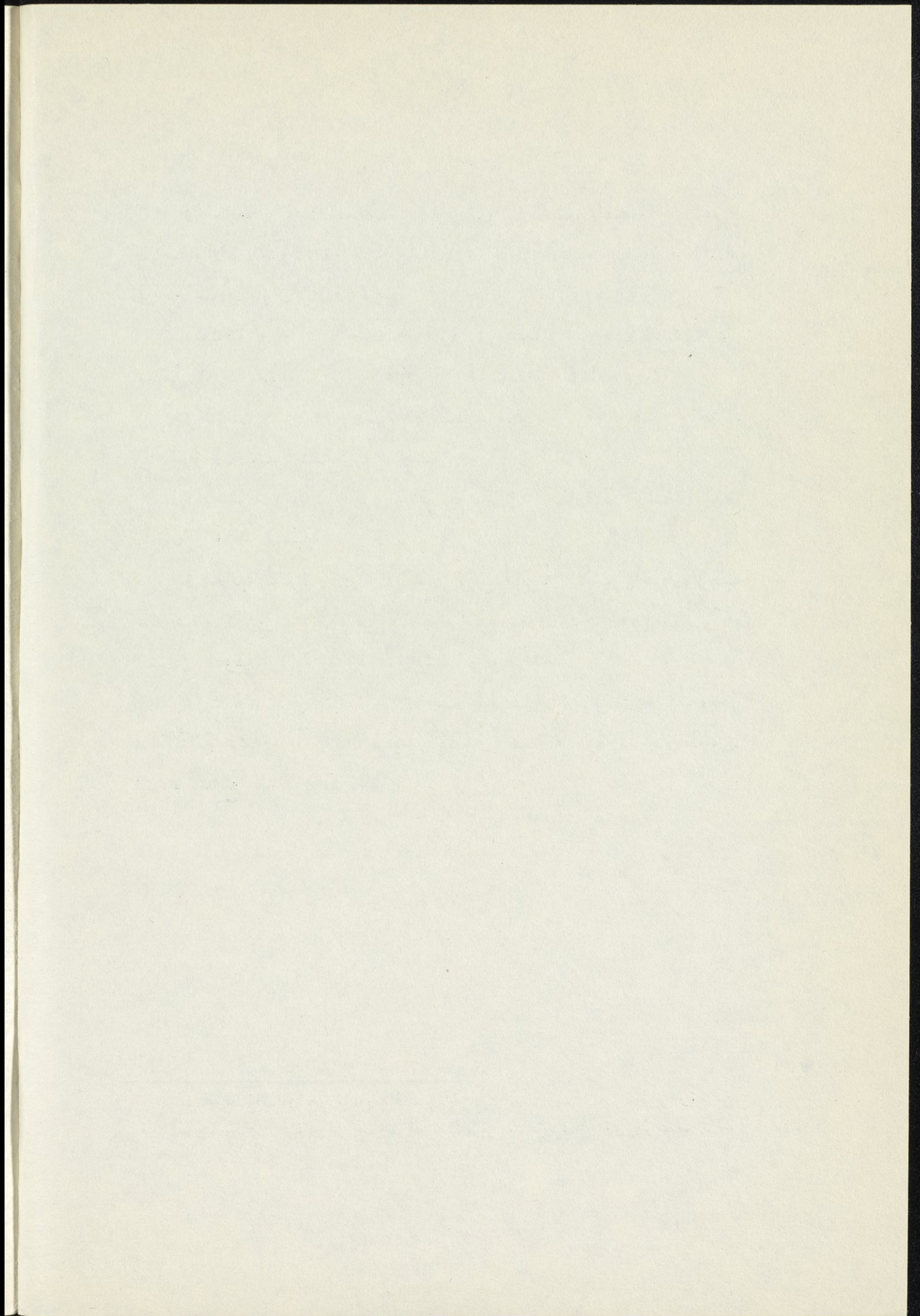
« التاسعة » : اذا وجب عليه كفارة مخيرة ، كفر بجنس واحد ،
ولا يجوز أن يكفر بنصفين من جنسين .

« العاشرة » : لا يجزي دفع القيمة في الكفارة ، لاشتغال الذمة
بالخصال ، لا بقيمتها :

« الحادية عشرة » : قال الشيخ : من قتل في الأشهر الحرم ، وجب
عليه صوم شهرين متتابعين من الأشهر الحرم ، وإن دخل فيها العيد وأيام
التشريق ، وهي رواية زرارة ، والمشهور عموم المنع .

« الثانية عشرة » : كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين ، فعمجز
صام ثمانية عشر يوماً ، فإن لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ،
فإن لم يستطع استغفر الله تعالى ، ولا شيء عليه .

(١) لقوله تعالى في سورة المجادلة ، الآية « ٤ » : « . . . فتحرير رقبة من
قبل أن يتماسا . . . » ، « فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، من قبل ان يتماسا . . . »

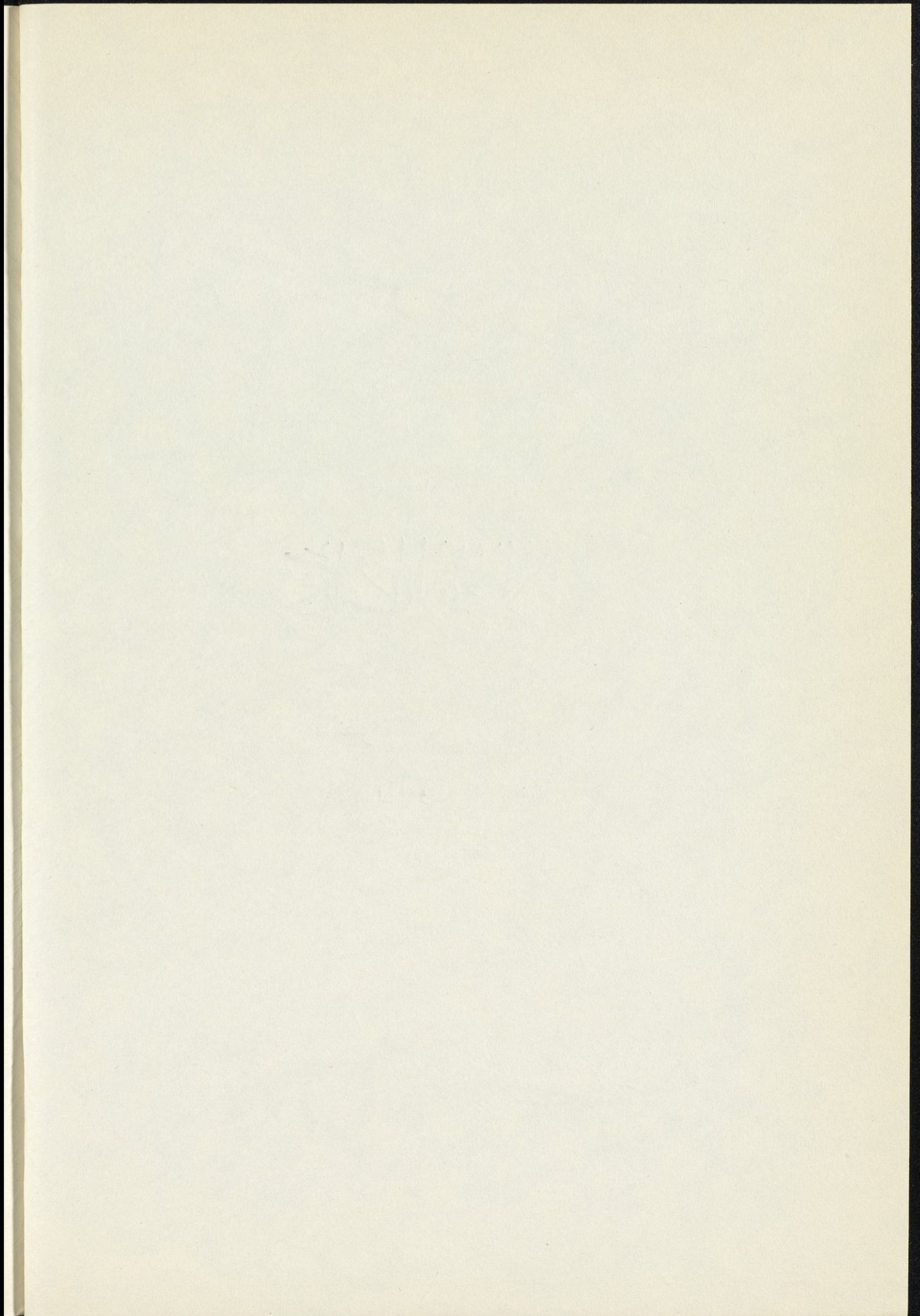


كتاب الأضواء

والنظر

في أمور

أربعة



الأول

في الصيغة

ولا ينعقد الإيلاء إلا بأسماء الله تعالى ، مع التلفظ .
ويقع بكل لسان ، مع القصد إليه . واللفظ الصريح « والله لا أدخلت
فرجي في فرجك » ، أو يأتي باللفظة المختصة بهذا الفعل ، أو ما يدل
عليها صريحاً .

والمحتمل كقوله : لا جامعتك أو لا وطأتك ، فإن قصد الإيلاء ، صح .
ولا يقع مع تجرده عن النية . أما أو قال : لا أجمع رأسي ورأسك
في بيت أو مَحْدَة ، أو لا ساقفتك ، قال الشيخ في الخلاف : لا يقع به
إيلاء ، وقال في المبسوط يقع مع القصد ، وهو حسن .
ولو قال : لا جامعتك في دبرك ، لم يكن مولياً .
وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟ للشيخ فيه قولان : أظهرهما
اشترطه ، فلو عاقه بشرط ، أو زمان متوقع ، كان لاخياً .
ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها ، أو بالصدقة ، أو بالتحريم ، لم
يقع ولو قصد الإيلاء .

ولو قال : إن اصبتك ، فعلي كذا ، لم يكن إيلاء .
ولو آلى من زوجة ، وقال للأخرى : شركتك معها ، لم يقع بالثانية
ولو نواه ، إذ لا إيلاء إلا مع النطق باسم الله .
ولا يقع إلا في إضرار ، فلو حلف لصلاح اللبن ، أو لتدبير في

مرض ، لم يكن له حكم الإيلاء ، وكان كالأيمان (١) .

الثاني

في : المولى

ويعتبر فيه : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد (٢)
ويصح من المملوك ، حرة كانت زوجته أو أمة ، ومن الذمي (٣)
ومن الخصي . وفي صحته من المجبوب تردد ، أشبهه الجواز ، ويكون
فتنه كفئة العاجز :

الثالث

في : المولى منها

ويشترط : أن تكون منكوحة^١ بالعقد لا بالملك . . وأن تكون
مدخولاً^٢ بها .

(١) المسالك ٨٢ / ٣ : اشتراط وقوع الإيلاء ، بقصد الاضرار بالزوجة ، بالامتناع
من وطنها هو المشهور . . . فلو قصد بذلك مصلحتها ، بأن كانت مريضة أو مرضعة
لصلاحها أو صلاح ولدها ، لم يقع إيلاء ، بل يقع يميناً يعتبر فيه ما يعتبر فيه .
(٢) الروضة ١٥٨ / ٦ : الى مدلول لفظه ، فلا يقع من الصبي والمجنون والمكره
والساهي والعايب ونحوهم من لا يقصد الإيلاء .
(٣) المسالك ٨٢ / ٣ : لانه مقر بالله تعالى ، فيصح حلفه . . .

وفي وقوعه بالمستمتع بها تردد ، أظهره : المنع :
ويقع بالحررة والمملوكة (١) . والمرافعة الى المرأة لضرب المدة ، ولها
بعد انقضائها المطالبة بالفئة (٢) ، ولو كانت أمة ، ولا اعتراض للمولى :
ويقع الايلاء بالذمية كما يقع بالمسامة .

الرابع

في : أحكامه

وهي مسائل :

« الاولى » : لا ينعقد الايلاء حتى يكون التحريم مطلقاً ، أو مقيداً
بالدوام ، أو مقروناً بمدة تزيد عن أربعة أشهر ، أو مضافاً الى فعل لا
يحصل إلا بعد انقضاء مدة التربص ، يقيناً أو غالباً . كقوله : - وهو
بالعراق - حتى أمضي الى بلد التُّرك وأعود ، أو يقول : ما بقيت : ولا
يقع لأربعة أشهر فما دون ، ولا معلقاً بفعلٍ ينقضي قبل هذه المدة ، يقيناً
أو غالباً أو محتملاً على السواء . ولو قال : والله لا وطأتك حتى أدخل
هذه الدار ، لم يكن إيلاء ، لأنه يمكنه التخلص من التفكير مع الوطء
بالدخول ، وهو منافي للإيلاء .

(١) المسالك ٣ / ٨٣ : كما لا فرق في المولى ، بين الحر والرقيق ، والمسلم والكافر
فكذا لا فرق في المولى منها ، بين الحررة والامة ، ولا بين المسلمة والذمية ، لدخول
الجميع في عموم قوله تعالى : « للذين يؤولون من نساءهم . . . »
(٢) الروضة ٦ / ١٦٠ : الفئة : وهي وطؤها قبلاً ، ولو بمسأه ، بأن تغيبت الحشفة .

« الثانية » : مدة التربص في الحرة والأمة أربعة أشهر ، سواء كان الزوج حراً أو عبداً . والمدة حق للزوج ، وليس للزوجة مطالبته فيها بالفئة فإذا انقضت لم تطلق بانقضاء المدة ، ولم يكن للحاكم طلاقها . وان رافعته فهو مخير بين الطلاق والفئة . فان طلق فقد خرج من حقها ، وتقع الطلقة رجعية ، على الأشهر ، وكذا إن فاء . وان امتنع من الامرين ، حبس وضيق عليه حتى يفيء أو يطلق . ولا يجبره الحاكم على احدهما تعييناً . ولو آلى مدة معينة ، ودافع بعد المرافعة حتى انقضت المدة ، سقط حكم الايلاء ، ولم يلزمه الكفارة مع الوط . ولو اسقطت حقها من المطالبة ، لم تسقط المطالبة ، لانه حق متجدد ، فيسقط بالعفو ما كان لازماً لا ما يتجدد .

فروع

« الاول » : لو اختلفا في انقضاء المدة ، فالقول قول من يدعي بقاءها وكذا لو اختلفا في زمان ايقاع الايلاء ، فالقول قول من يدعي تأخيره .
« الثاني » : لو انقضت مدة التربص ، وهناك ما يمنع من الوط كالحبض والمرض ، لم يكن لها المطالبة ، لظهور عذره في التخلّف (١) .
ولو قيل : لها المطالبة بفئة العاجز عن الوط ، كان حسناً (٢) ، ولو تجددت أذارها في اثناء المدة ، قال في المبسوط تنقطع (٣) ،

(١) المسالك ٣ / ٨٤ : لانه معذور والحال هذه ولا مضارة .

(٢) ن : لظهور العجز في الجملة ، ولانه لا مانع منها ، بل هي ممكنة وانما المانع من الله تعالى ، وهذا حسن .

(٣) ن : المراد بقطع اذارها المتجددة للاستدامة ، عدم احتسابها من المدة ، فاذا زال العذر ، ثبت على ما مضى من المدة قبل العذر .

الاستدامة عدا الحيض ، وفيه تردد . ولا تنقطع المدة باعذار الرجل ابتداءً ، ولا اعراضاً ، ولا تمنع من المرافعة انتهاء .

« الثالث » : إذا جنَّ بعد ضرب المدة ، احتسبت المدة عليه وإن كان مجنوناً ، فإن انقضت المدة والجنون باق ، تربص به حتى يفيق .

« الرابع » : إذا انقضت المدة وهو مُحْرَم ، ألزم بفئة المعذور ، وكذا لو انفق صائماً . ولو واقع أتى بالفئة وإن أثم (١) . وكذا في كل وطءٍ محرّم ، كالوطء في الحيض ، والصوم للواجب :

« الخامس » : إذا ظاهرَ ، ثم آلى ، صحَّ الأمران ، وتوقف بعد انقضاء مدة الظهر . فان طلق ، فقد وفى الحق ، وإن أثم ألزم التكفير والوطء ، لانه أسقط حقه من التربص بالظهار ، وكان عليه كفارة الايلاء .

« السادس » : إذا آلى ثم ارتد ، قال الشيخ : لا يحتسب عليه مدة الردة لان المنع بسبب الارتداد لا يسبب الايلاء ، والوجه الاحتساب ، لتمكينه من الوطء بإزالة المانع .

« المسألة الثالثة » : اذا وطئ في مدة التربص ، لزمته الكفارة إجماعاً ولو وطأ بعد المدة ، قال في المبسوط : لا كفارة ، وفي الخلاف يلزمه وهو الاشبه .

« الرابعة » : إذا وطأ المولي ساهياً ، أو مجنوناً ، أو اشتبهت بغيرها من حالاته ، قال الشيخ : بطل حكم الايلاء ، لتحقق الاصابة ، ولا تجب الكفارة (٢) ، لعدم الحنث .

(١) ش ٣ / ٢٢٩ / ٥ : ولا يلزم بالوطئي المحرم ، لكن لو فعل أثم وحصلت الفئة .

(٢) المسالك ٣ / ٨٥ : لانه لا تقصير منه ، ولعموم « رفع عن امتي : الخطأ

والنسيان . . . » .

« الخامسة » : اذا ادعى الاصابة فانكرت ، فالقول قوله مع يمينه
لتعذر البينة .

« السادسة » : قال في المبسوط : المدة المضروبة بعد الترافع لا من
حين الايلاء ، وفيه تردد .

« السابعة » : الذميان اذا ترافعا ، كان الحاكم بالخيار ، بين الحكم
بينهما وبين ردهما الى اهل نحلتهما .

« الثامنة » : فئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل ، وفئة العاجز لإظهار
العزم على الوطء مع القدرة . ولو طلب الامهال مع القدرة ، أمهل ما جرت
العادة به ، كتوقع خفة المأكول أو الاكل إن كان جائعاً ، أو الراحة إن
كان متعباً .

« التاسعة » : اذا آلى من الأمة ، ثم اشتراها وأعتقها وتزوجها ، لم
يعد الايلاء . وكذا لو آلى العبد من الحرة ، ثم لإشترته وأعتقته وتزوج بها .
« العاشرة » : اذا قال لأربع : والله لا وطأنكن ، لم يكن مولياً
في الحال ، وجاز له وطء ثلاث منهن ، وبتعين التحريم في الرابعة ، ويشبهت
الايلاء . ولها المرافعة ويضرب لها المدة ثم تقفه بعد المدة . ولو ماتت
واحدة قبل الوطء ، انحلت اليمين ، لان العنث لا يتحقق الا مع وطء
الجميع . وقد تعذر في حق الميتة ، إذ لا حكم لوطئها . وليس كذلك لو
طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، لأن حكم اليمين هنا باق فيمن بقي ،
لامكان الوطء في المطلقات ولو بالشبهة . ولو قال : لا وطئت واحدة
منكن ، تعلقت الإيلاء بالجميع ، وضربت المدة لمن عاجلاً . نعم ، لو
وطئ واحدة حنث ، وانحلت اليمين في البواقي . ولو طلق واحدة أو
اثنتين أو ثلاثاً ، كان الايلاء ثابتاً فيمن بقي . ولو قال : في هذه أردت
واحدة معينة ، فسيل قوله ، لأنه أبصر بنيتها . ولو قال : لا وطأت

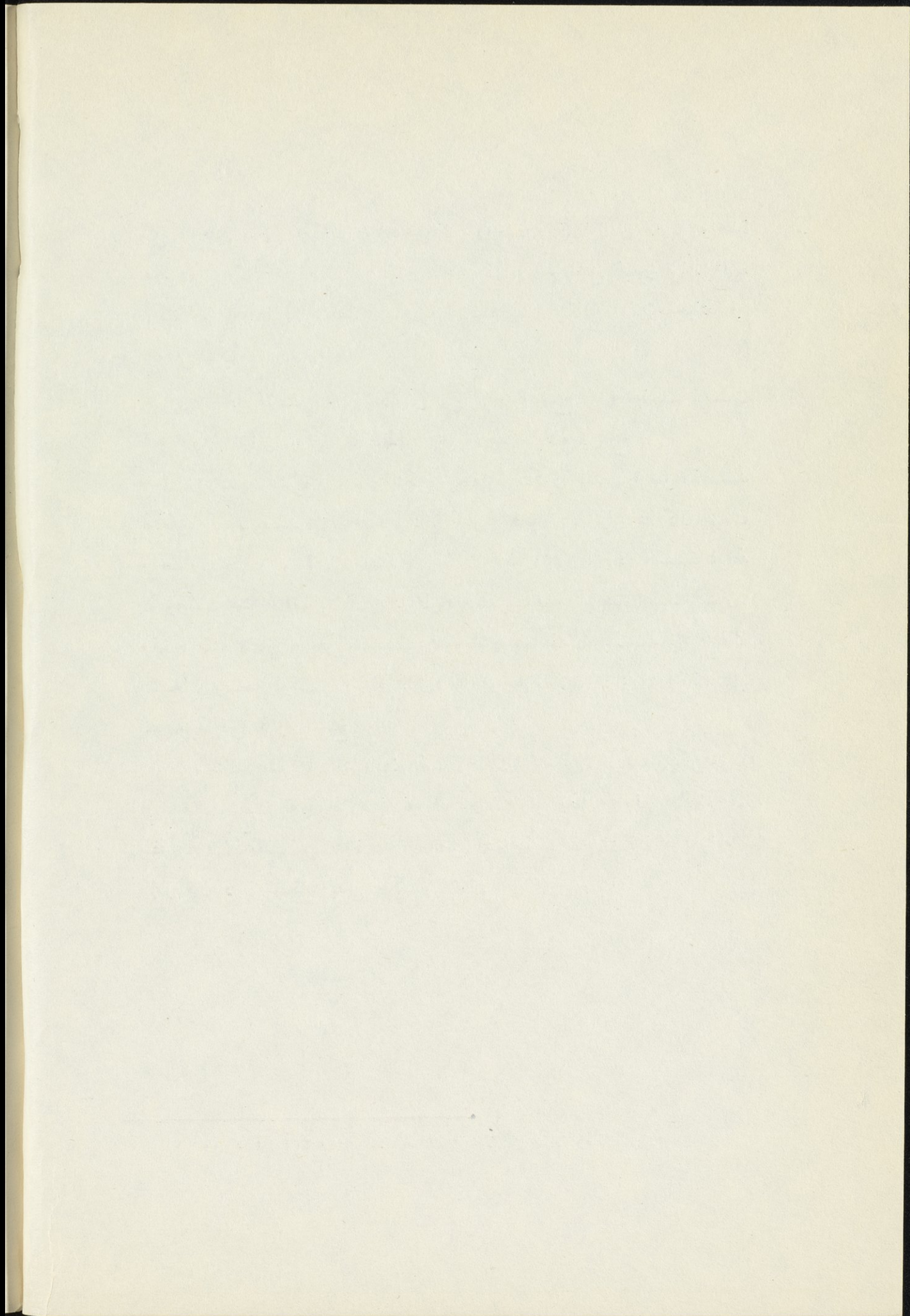
كل واحدة منكن ، كان مولياً من كل واحدة ، كما لو آلى من كل واحدة منفردة . وكل من طلقها ، فقد وفّأها حقها ، ولم ينحل اليمين في البواقي . وكذا لو وطأها قبل الطلاق ، لزمته الكفارة ، وكان الإيلاء حينئذ في البواقي باقياً .

« الحادية عشرة » : اذا آلى من الرجعية صحّ ، ويحتسب زمان العدة من المدة . وكذا لو طلقها رجعيّاً بعد الإيلاء وراجع .

« الثانية عشرة » : لا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين ، سواء قصد التأكيد أو لم يقصد ، أو قصد بالثانية غير ما قصد بالاولى ، اذا كان الزمان واحداً . نعم ، لو قال : والله لا وطأتك خمسة أشهر ، فاذا انقضت فوالله لا وطأتك سنة ، فهما إيلاءان ولها المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليمين . ولو وافقته فماتل ، حتى انقضت خمسة اشهر ، فقد انحلت اليمين : قال الشيخ : ويدخل وقت الإيلاء الثاني ، والوجه بطلان الثاني ، لتعلقه على الصفة على ما قرره الشيخ .

« الثالثة عشرة » : اذا قال : والله لا وطأتك (١) سنة إلا مرة ، لم يكن مولياً في الحال ، لأن له الوطء من غير تكفير . ولو وطأ ، وقع الإيلاء ثم ينظر ، فان تخلف من المدة قدر التربص فصاعداً ، صحّ وكان لها المرافعة . وإن كان دون المدة ، بطل حكم الإيلاء :

(١) وفي « ٢٣٠ / ٨ » : « لا أصبتك » بدلا من « لا وطأتك » .

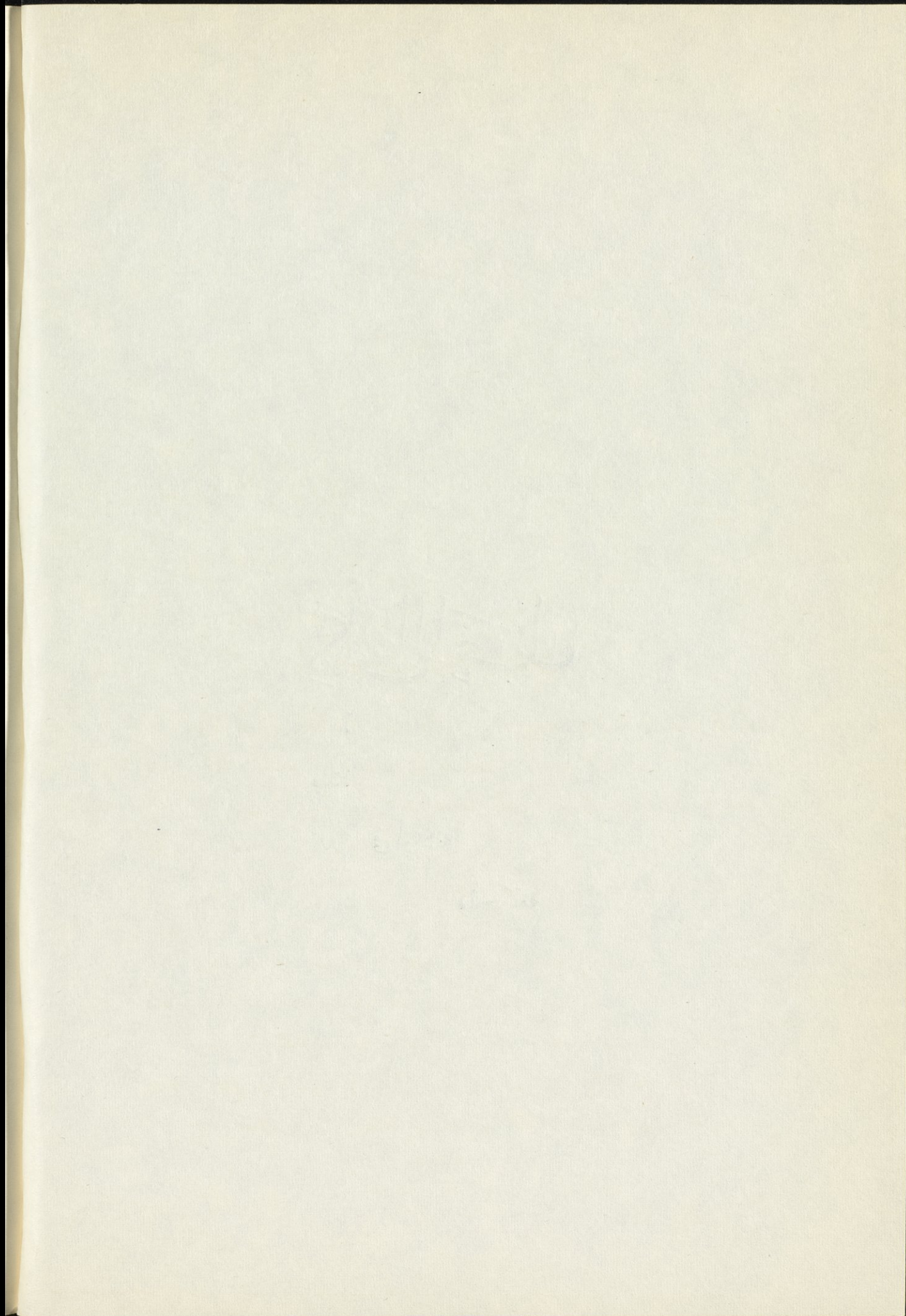


كتاب العين

والنظر

في أركانه

وأحكامه



النَّظَرُ الْأَوَّلُ

وأركانها : أربعة

الرَّكْبَةُ الْأُولَى

في : السبب

وهو شينان :

• السبب • الأول القذف

ولا يترتب اللعان به ، إلا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها ،
بالزنى قبلاً أو دبراً ، مع دعوى المشاهدة ، وعدم البينة :
فلو رمى الأجنبية تعييناً الحد ، ولا لعان . وكذا لو قذف الزوجة
ولم يدعِ المشاهدة .

ولو كان له بيعة ، فلا لعان ولا حد . وكذا لو كانت المقذوفة
مشهورة بالزنى .

ويتفرع على إشتراط المشاهدة ، سقوط اللعان في حق الأعمى بالقذف
لتعذر المشاهدة . ويثبت في حقه هتفي الولد :

ولو كان للقاذف بيعة ، فعدل عنها الى اللعان ، قال في الخلاف :
يصح . ومنع في المبسوط ، التفاتاً الى إشتراط عدم البينة في الآية ، وهو الأشبه :
ولو قذفها بزنى ، اضافة الى ما قبل النكاح ، فقد وجب الحد :

وهل له اسقاطه باللعان ؟ قال في الخلاف : ليس له اللعان ، اعتباراً بحالة الزنى . وقال في المبسوط : له ذلك ، اعتباراً بحالة القذف ، وهو أشبه : ولا يجوز قذفها مع الشبهة ، ولا مع غلبة الظن ، وإن أخبره الثقة ، أو شاع أن فلاناً زنى بها .

وإذا قذف في العدة الرجعية ، كان له اللعان . وليس له ذلك في البائن ، بل يثبت بالقذف الحد ، ولو أضافه الى زمان الزوجية : ولو قذفها بالسحق ، لم يثبت اللعان ، ولو ادعى المشاهدة ، ويثبت الحد . ولو قذف زوجته المجنونة ، ثبت الحد ، ولا يقام عليه الحد إلا بعد المطالبة ، فان افاقت صح اللعان . وليس لوليها المطالبة بالحد مادامت حية . وكذا ليس له مطالبة زوج أمته بالتفريز في قذفها ، فان ماتت ، قال الشيخ : له المطالبة ، وهو حسن .

السبب الثاني انكار الولد

ولا يثبت اللعان بانكار الولد ، حتى تضعه لسته أشهر فصاعداً ، من حين وطئها ما لم يتجاوز حملها أقصى مدة الحمل ، وتكون موطوءة بالعقد الدائم ، ولو ولدته تاماً ، لأقل من ستة أشهر ، لم يلحق به ، وانتفى عنه بغير لعان . أما لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل ، تلاعناً ، ولا يلحق الولد حتى يكون الوطء ممكماً ، والزواج قادراً . فلو دخل الصبي لدون تسع فولدت ، لم يلحق به . واو كان له عشر فما زاد ، لحق بها ، لإمكان البلوغ في حقه ، ولو كان نادراً . ولو انكر الولد ، لم يلاعن ، إذ لا حكم للعانه ويؤخر اللعان ، حتى يبلغ الرشد وينكره : ولو مات قبل البلوغ أو بعده ، ولم ينكره ، ألحق به وورثته الزوجة والولد .

ولو وطئ الزوج دبراً فحملت ، ألحق به ، لإمكان استرسال المنى في الفرج ، وإن كان الوطء في غيره :

ولا يلحق الولدُ الخصيَ المَجْبُوبَ ، على تردد .
ويلحق ولد الخصي أو المَجْبُوب . ولا ينتفي ولد أحدهما إلا باللعان ،
تنزيلاً على الاحتمال وان بَعُد .

وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ، ولم ينكر الولد مع ارتفاع
الأعذار ، لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، إلا ان يؤخره بما جرت العادة به
كالسعي الى الحاكم . ولو قيل : له إنكاره بعد ذلك ، ما لم يعترف به ، كان حسناً .
ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت ، جاز له نفيه بعد الوضع
على القولين ، لإحتمال أن يكون التوقف ، لتردده بين أن يكون حاملاً أو ریحاً .
وهي أقرّ بالولد صريحاً أو فحوى ، لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، مثل
أن يُهَشَّرَ به فيجيب بما يتضمن الرضا ، كأن يقال له : بارك الله لك في
مولودك ، فيقول : آمين ، أو يقول : إن شاء الله . أما لو قال مجيباً : بارك الله
فيك ، أو أحسن الله اليك لم يكن لإقراراً :

وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول ، فادعته وادعت انها حامل منه ،
فان أقامت بينة لأنه ارخى ستراً ، لاعنها ، وحرمت عليه ، وكان عليه المهر :
وإن لم تقم بينة ، كان عليه نصف المهر ، ولا لعان ، وعليها الحد مئة
سوط . وقيل : لا يثبت اللعان ، ما لم يثبت الدخول ، وهو الوطء . ولا
يكفي لإرخاء الستر ، ولا يتوجه عليه الحد ، لانه لم يقذف ، ولا أنكر
ولداً يلزمه الاقرار به ، ولعل هذا أشبه .

ولو قذف امرأته ، ونفى الولد ، وأقام بينة ، سَقَطَ الحد . ولم
ينتف الولد إلا باللعان :

ولو طلقها بائناً ، فأنت بولد يلحق به في الظاهر ، ولم ينتف الا باللعان .
ولو تزوجت المطلقة ، وأنت بولد لدون ستة اشهر من دخول الثاني
ولتسعة أشهر فما دون من فراق الاول ، لم ينتف عنه الا باللعان :

اللعنات

في : الملاعن

ويعتبر كونه : بالغا ، عاقلاً .

وفي لعن الكافر روايتان ، أشهرهما أنه يصح . وكذا القول في المملوك .
ويصح لعن الأخرس ، اذا كان له إشارة معقولة ، كما يصح طلاقه
وإقراره . وربما توقف شاذ منا ، نظراً الى تعذر العلم بالإشارة وهو ضعيف
اذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الاقرار بالقتل .

ولا يصح اللعان ، مع عدم النطق ، وعدم الإشارة المعقولة :
ولو نفى ولد المجنونة ، لم يذنب إلا باللعان . ولو أفاقت فلاعنت
صح ، وإلا كان النسب ثابتاً ، والزوجية باقية . ولو أنكر ولد الشبهة ،
انتفى عنه ، ولم يثبت اللعان . وإذا عرف انتفاء الحمل ، لإختلال شروط
الالتحاق أو بعضها ، وجب إنكار الولد واللعان ، لثلا يلتمحق بنسبه من
ليس منه :

ولا يجوز إنكار الولد للشبهة ، ولا للظن ، ولا لمخالفة صفات الولد
لصفات الواطي .

الزكوة والعتق

في : الملاعنة

ويعتبر فيها : البلوغ ، وكمال العقل ، والسلامة من الصمم والخرس ،
وأن تكون منكوحة بالعقد الدائم .
وفي اعتبار الدخول بها خلاف ، المروي أنه لا لعان قبله . وفيه
قول : بالجواز . وقال ثالث : بثبوتة بالقذف ، دون نفي الولد :
ويثبت اللعان بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية بالمنع ، وقال ثالث :
بثبوتة بنفي الولد دون القذف .
ويصح لعان الحامل ، لكن لا يقام عليها الحد ، إلا بعد الوضع (١) :
ولا تصير الأمة فراشاً بالملك ، وهل تصير فراشاً بالوطء ؟ فيه
روايتان ، أظهرهما أنها ليست فراشاً ، ولا يلحق ولدها إلا باقراره ولو
اعترف بوطئها . ولو نفاه ، لم يفتقر الى لعان .

(١) وفي « ٣٣٢ / ٣ » : إلا بلد الوضع .

الركب الرابع

في : كيفية اللعان

ولا يصح إلا عند الحاكم ، أو من ينصبه لذلك .
ولو تراضيا برجل من العامة ، فلاعن بينهما جاز .
ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم ، وقيل : يعتبر رضاها بعد الحكم .
وصورة اللعان : أن يشهد الرجل بالله - أربع مرات - أنه لمن
الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول : أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين
ثم تشهد المرأة بالله - أربعاً - أنه لمن الكاذبين فيما رماها به ، ثم تقول : أن
غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

ويشتمل اللعان على واجب ، و مندوب

فالواجب :

التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور : : وأن يكون الرجل قائماً عند
التلفظ . وكذا المرأة ، وقيل : يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم : : وأن
يبدأ الرجل أولاً بالتلفظ على الترتيب المذكور وبعده المرأة . : وأن يعينها
بما يزيل الاحتمال كذكر اسمها واسم أبيها أو صفاتها المميزة لها عن غيرها . :
وأن يكون النطق بالعربية مع القدرة ، ويجوز بغيرها مع التعذر : : وإذا كان
الحاكم غير عارف بتلك اللغة ، افتقر الى حضور مترجمين ، ولا يكفي الواحد . :

ويجب البدء بالشهادات ثم باللعن . : وفي المرأة تبدأ بالشهادات ثم بقولها : أن غضب الله عليها .
ولوقال : أحدهما عوض أشهد بالله، أحلف، أو أقسم، أو ماشاكلة لم يجز .

والمندوب

أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة . . وأن يقف الرجل عن يمينه . .
والمرأة عن يمين الرجل . . وأن يحضر من يسمع اللعان (١) . . وأن يعظه
الحاكم ويخوفه (٢) بعد الشهادات قبل ذكر اللعن ، وكذا في المرأة قبل
ذكر الغضب (٣) .

وقد يغلظ اللعان : بالقول (٤) ، والمكان (٥) ، والزمان (٦) .
ويجوز اللعان : في المساجد والجوامع ، إذ لم يكن هناك مانع من
الكون في المسجد .

-
- (١) المسالك ٣ / ٩٤ : أي يحضر جماعة من أعيان البلد وصلحائه ، فان ذلك أعظم للامر . . . « بتصرف » .
(٢) ن : بالله تعالى ، ويخبره ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا ، ويقرأ عليهم « الذين يشترون بعهد الله وإيمانهم ثمناً قليلاً » ، ويروى انه « ص » قال للمتلاعنين : « حسابكم على الله تعالى ، احذركم كاذب ، فهل منكم تائب » . . .
(٣) ن : وفي الرواية انه « ص » قال لها : « إتقي الله فان غضب الله شديد » . . .
(٤) الروضة ٦ / ٢٠٧ : وهو تكرار الشهادات أربع مرات .
(٥) المسالك ٣ / ٩٤ : المراد بالتغليظ بالمكان ، ان يجري اللعان في اشرف المواضع من البلد ، كمين الركن والمقام ان كان بمكة وهو المسمى بالخطيم ، وفي الروضة وهي ما بين قبر النبي « ص » ومنبره ان كان بالمدينة . . .
(٦) ن : والتغليظ بالزمان ، ايقاعه في وقت شريف ، كيوم الجمعة وبعده العصر . . .

فان اتفقت المرأة حائضاً ، أنفذ الحاكم اليها ، من يستوفي الشهادات وكذا لو كانت غير هُرزة (١) ، لم يكلفها الخروج عن منزلها ، وجاز استيفاء الشهادات عليها فيه . وقال الشيخ : ان اللعان أيمان وليست بشهادات ولعله نظر الى اللفظ فانه بصورة اليمين .

النَّظَرُ الثَّانِي

في الاحكام .

وأما أحكامه : فتشتمل على مسائل

« الاولى » : يتعلق بالقذف . وجوب الحد في حق الرجل ، وبلعانه سقوط الحد في حقه ووجوب الحد في حق المرأة . ومع لعانها ثبوت أحكام أربعة : سقوط الحدين ، وانتهاء الولد عن الرجل دون المرأة ، وزوال الفراش ، والتحریم بالمؤبد . ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان ، أو لكل ، ثبت عليه الحد ، ولم تثبت عليه الأحكام الباقية . ولو نكحت هي أو أقرت ، رُجِمَتْ وسقط الحد عنه ، ولم يزل الفراش ، ولا يثبت التحريم . ولو أكذب نفسه بعد اللعان ، ألحق به الولد ، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ، ولا من يتقرب به . وورثه الأم ومن يتقرب بها ، ولم يعد الفراش ، ولم يزل التحريم . وهل عليه الحد ؟ فيه روايتان ، أظهرهما أنه لا حد . ولو اعترفت بعد اللعان ، لا يجب عليها الحد ، إلا أن تقر أربع مرات ، وفي وجوبه معها تردد .

(١) المسالك ٣ / ٩٤ : المراد بغير البرزة ، من لا تعتاد الخروج الى مجامع الرجال .

« الثانية » : اذا انقطع كلامه بعد القذف ، وقبل اللعان ، صار كالأخرس ويكون لعانه بالإشارة ، وان لم يحصل اليأس منه •
« الثالثة » : اذا ادعت أنه قذفها ، بما يوجب اللعان فألكر ، فأقامت بيعة ، لم يثبت اللعان وتعيين الحد ، لأنه يكذب نفسه :
« الرابعة » : اذا قذف امرأته برجل ، على وجه نسبهما الى الزنى كان عليه حدان ، وله اسقاط حد الزوجة باللعان : ولو كان له بيعة سقط الحدان :

« الخامسة » : اذا قذفها فأقرت قبل اللعان ، قال الشيخ : لزمها الحد ان أقرت أربعاً ، وسقط عن الزوج . ولو أقرت مرة ، فان كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان ، وكان للزوج أن يلاعن لنفيه ، لأن تصادق الزوجين على الزنى لا ينفي النسب ، اذ هو ثابت بالفراش ، وفي اللعان تردد .
« السادسة » : اذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت ، فأقام شاهدين باعترافها ، قال الشيخ : لا يقبل إلا بأربعة ويجب الحد ، وفيه اشكال ، ينشأ من كون ذلك شهادة بالاقرار لا بالزنى :

« السابعة » : إذا قذفها فماتت قبل اللعان ، سقط اللعان (١) ، وورثها الزوج (٢) ، وعليه الحد للوارث . ولو أراد دفع الحد باللعان جاز . وفي رواية أبي بصير : إن قام رجل من أهلها فلاعنه ، فلا ميراث له وإلا أخذ الميراث ، واليه ذهب الشيخ في الخلاف . والأصل أن الميراث يثبت بالموت ، فلا يسقط باللعان المتعقب ،

« الثامنة » : اذا قذفها ولم يلاعن ، فحد ثم قذفها به ، قيل : لا حد ، وقيل : يحد تمسكاً بحصول الموجب ، وهو الأشبه . وكذا الخلاف

(١) الروضة ٢١٤/٦ : لتعذره بموتها .

(٢) ن : حيث ان الزوجية لا تنتفي الا باللعان ولم يقع .

فيما لو تلاعنا ثم قذفها به ، وهنا سقوط الحد أظهر : ولو قذفها به الأجنبي
حدًّا . ولو قذفها فأقرت ، ثم قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حد . ولو
قذفها ولاعن فنكحت ثم قذفها الأجنبي ، قال الشيخ : لا حد كما لو أقام
بينة : ولو قيل : يحد ، كان حسناً :

« التاسعة » : لو شهد أربعة والزوج أحدهم ، فيه روايتان ، لإحداهما
تُرجَم المرأة ، والأخرى تحد الشهود ويلاعن الزوج . ومن فقهائنا من
نزل رد الشهادة ، على اختلال بعض الشرائط ، أو سبق الزوج بالقذف
وهو حسن :

« العاشرة » : اذا أخلَّ أحدهما بشيء من الفاظ اللعان الواجبة ، لم
يصح . ولو حكم به حاكم لم يُنفذ .
« الحادية عشرة » : فُرقة اللعان فسخ ، وليست طلاقاً .

كتاب العتق

1111

وفضله متفق عليه ، حتى روي : « من أعتق مؤمناً اعتق الله بكل
عضو منه عضواً له من النار » :
ويختص الرق بأهل الحرب ، دون اليهود والنصارى والمجوس ، القائمين
بشروط الذمة : ولو أدخلوا دخلوا في قسم أهل الحرب .
وكلُّ من أقر على نفسه بالرق ، مع جهالة حريته ، حُكِمَ برقبته
وكذا الملقط في دار الحرب .
ولو اشترى انسان من حربي ، ولده أو زوجته أو احسدى ذوي
أرحامه ، كان جائزاً ومآكبه ، إذ هم في الحقيقة :
ويستوي سبي المؤمنين والضلال في استباحة الرق .

وازالة الرق يكون باسباب أربعة :

المباشرة - والسراية - والملك - والعوارض

الفصل الأول

في : المباشرة

أما المباشرة فالعتق ، والكتابة ، والتدبير

أما العتق : (١)

فعبارة الصريحة : التحرير ، وفي الاعتاق تردد : ولا يصح بما عدا

(١) وأما التدبير والكتابة ، فهما سريتان في كتابين مستقلين ، بعد هذا الكتاب مباشرة...

التحرير ، صريحاً كان أو كناية ، ولو قصد به العتق ، كقوله : فككت
رقتك أو أنت سائبة .

ولو قال لأمة : يا حرّة وقصد العتق ، ففي تحريرها تردد ، والأشبه
عدم التحرير ، لبعده عن شبه الإنشاء . ولو كان اسمها حرة ، فقال :
أنت حرة ، فإن قصد الإخبار لم تنعق ، وإن قصد الإنشاء صح :
ولو جهل منه الأمران ، ولم يمكن الإستعلام ، لم يحكم بالحرية لعدم
اليقين بالقصد ، وفيه تردد ، منشأه التوقف بين العمل بحقيقة اللفظ ،
والتمسك بالإحتمال .

ولا بد من التلفظ بالصريح ، ولا يكفي الإشارة مع القدرة على النطق
ولا الكتابة :

ولا بد من تجرده عن الشرط ، فلو علقه على شرط متروك أو صفة
لم يصح . وكذا لو قال : يدك حرة ، أو رجلك ، أو وجهك ، أو [رأسك] (١)
أما لو قال : بدنك أو جسدك ، فالأشبه وقوع العتق ، لأنه هو المعنى
بقوله : أنت حر .

وهل يشترط تعيين المعتق ؟ الظاهر لا . فلو قال : أحد عبدي حر
صح ، ويرجع الى تعيينه . فلو عين ثم عدل ، لم يقبل : ولو مات قبل
التعيين ، قبل : يعين الوارث ، وقبل : يقرع وهو أشبه ، لعدم إطلاع
الوارث على قصده : أما لو أعتق معيناً ، ثم اشتبه ، أُرْجِي حتى يذكره :
فإن ذكر عميل بقوله . ولو عدل بعد ذلك ، لم يقبل : فإن لم يذكره ،
لم يقرع ما دام حياً ، لإحتمال التذكّر . فإن مات وادعى الوارث العلم ،
رجع إليه . وإن جهل ، يقرع بين عبده ، لتحقق الإشكال واليأس من
زواله . ولو ادعى أحد مماليكه ، إنه هو المراد بالعتق فأنكر ، فالقول
قوله مع يمينه . وكذا حكم الوارث . ولو تكلم قضي عليه :

(١) هذه الزيادة غير موجودة في « ٢٣٤ / ٣ » .

والمعتبر في المُعتق : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد الى العتق ، والتقرب إلى الله ، وكونه غير محجور عليه .
وفي عتق الصبي - اذا بلغ عشراً - وصدقته ، تردد . ومستند الجواز رواية زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام :
ولا يصح عتق السكران .

ويبطل - باسئراط نية القرية . عتق الكافر ، لتعذرهما في حقه .
وقال الشيخ في الخلاف : يصح .

ويعتبر في المُعتق : الاسلام ، والملك . فلو كان المملوك كافراً ، لم يصح عتقه . وقيل : يصح مطلقاً . وقيل : يصح مع النذر .
ويصح عتق ولد الزنى ، وقيل : لا يصح بناءً على كفره ، ولم يثبت (١) .

ولو أعتق غير المالك ، لم ينفذ عتقه ، ولو أجازاه المالك (٢) .
ولو قال : إن ملكتك فأنت حر ، لم ينعق مع المالك ، إلا أن يجعله نذراً .

ولو جعل العتق يمينا لم يقع ، كما لو قال : أنت حر إن فعلت ، أو إن فعلت .

ولو أعتق مملوكاً ولده الصغير - بعد التقويم - صح . ولو أعتقه

(١) المسالك ٣ / ١٠٠ : . . . والحق جواز عتقه مطلقاً ، أما بعد بلوغه وإسلامه فواضح ، إذ لو لم يقبل منه لزم تكليف ما لا يطاق ، وأما قبله فلأنه وإن لم يحكم بإسلامه من حيث عدم تبعيته للمسلم لكن لا يحكم بكفره لعدم تبعيته للكافر ، فيلزم من صحة عتق الكافر صحة عتقه بطريق أولى . . . وروي أن أبا عبد الله « ع » قال : « لا بأس بان يعتق ولد الزنى » .

(٢) الروضة ٦ / ٢٤٩ - ٢٥٠ : لقوله « ص » : « لا عتق إلا في ملك » .

ولم يقومه على نفسه ، أو كان الولد بالغاً رشيداً ، لم يصح :
 ولو شرط على المعتق شرطاً ، في نفس العتق ، ألزمه الوفاء به . ولو
 اشترط إعادته في الرق إن خالف ، أعيد مع المخالفة ، عملاً بالشرط .
 وقيل : يبطل العتق ، لأنه إشتراط لاسترقاق من ثبتت حريرته : ولو لشرط
 خدمة زمان معين ، صح . ولو قضى المدة آبقاً ، لم يُعمد في الرق :
 وهل للورثة مطالبته باجرة مثل الخدمة ؟ قيل : لا ، والوجه اللزوم :
 ومن وجب عليه عتق في كفارة ، لم يجزه التدبير :
 وإذا أتى على المؤمن سبع سنين ، اسحب عتقه : ويستحب عتق
 المؤمن مطلقاً :

ويكره : عتق المسلم المخالف ، وعتق من لا يقدر على الاكتساب
 ولا بأس بعتق المستضعف .
 ومن أعتق من يعجز عن الاكتساب ، استحب إعانته .

وبلحق بهذا الفصل : مسائل

« الأولى » : لو نذر عتق أول مملوك يملكه ، فلك جماعة ، قيل :
 يعتق أحدهم بالقرعة ، وقيل : يتميز (١) ويعتق ، وقيل : لا يعتق
 شيئاً ، لأنه لم يتحقق شرط النذر ، والأول مروى :
 « الثانية » : لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين ، كانا معتقين .
 « الثالثة » : لو كان له ممالك ، فأعتق بعضهم ، ثم قيل له : هل
 أعتقت ممالكك ؟ فقال : نعم ، إنصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصة .
 « الرابعة » : لو نذر عتق أمته إن وطأها صح ، فإن أخرجها من

(١) وفي « ٢٣٥ / ٣ » : « يتخير » بدلا من « يتميز » .

ملكه ، إنحلت اليمين : ولو أعادها بملك مسقأنف ، لم تعد اليمين (١) .
« الخامسة » : إذا نذر عتق كل عبد قديم ، إنصرف الى من مضى
عليه في ملكه ، ستة أشهر فصاعداً .

« السادسة » : من أعتق عبده ، وله مال ، فماله لمولاه . وقيل :
إن لم يعلم به المولى ، فهو له . وإن علمه فهو للمعتق ، إلا أن يستثنيه
المولى ، والأول أشهر .

« السابعة » : إذا أعتق ثلث عبده - وهم ستة - إستخرج الثلث
بالقرعة . وصورتها : أن يكتب في ثلاث رقاع ، إسم لثنين في كل رقعة
ثم يخرج على الحرية أو الرقية . فإن أخرج على الحرية ، كفت الواحدة ،
وإن أخرج على الرقية ، إفتقر الى إخراج اثنين . فإن تساوا عدداً وقيمةً
أو إختلفت القيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً ، فلا بحث . وإن اختلفت
القيمة ، ولم يمكن التعديل ، أخرج ثلثهم قيمةً وطرح لإعتبار العدد ، وفيه
تردد . وإن تعذر التعديل عدداً وقيمةً ، أخرجنا على الحرية ، حتى يستوفي
الثلث قيمةً ، ولو قصرت قيمة المُخْرَجِ أَكَلْنَا الثَّلَاثَ ، ولو بجزء من آخر .
« الثامنة » : من اشترى أمة نسيئة ولم ينقد ثمنها ، فأعتقها وتزوجها
ومات ولم يخلف سواها ، بطل عتقه ونكاحه وردت الى البائع رقاً . واو
حلت ، كان ولدها رقاً ، وهي رواية هشام بن سالم ، وقيل : لا يبطل
للعتق ، ولا يرق الولد ، وهو أشبه .

« التاسعة » : إذا أوصى بعتق عبد ، فمخرج من الثلث ، لزم

(١) الروضة ٦ / ٢٩٤ : لصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليها السلام ، قال :
سألته عن الرجل تكون له الامة ، فيقول : « يوم يأتيها فهي حرة » ، ثم يبيعهما
من رجل ، ثم يشتريها بعد ذلك ، قال : « لا بأس بأن يأتيها ، فقد خرجت
عن ملكه » .

الوارث إعتاقه . فان إمتنع ، أعتقه الحاكم ، ويحكم بحريته حين الاعتاق
لا حين الوفاة . وما اكتسبه قبل الاعتاق وبعد الوفاة يكون له ، لاستقرار
سبب العتق بالوفاة . ولو قيل : يكون للوارث ، لتحقق الرق عند
الاكتساب ، كان حسناً .

« العاشرة » : اذا أعتق مملوكه عن غيره باذنه ، وقع العتق عن
الآمر ، وينتقل الى الأمر عند الأمر بالعتق ، ليتحقق العتق في الملك ، وفي
الانتقال تردد .

« الحادية عشرة » : العتق في مرض الموت ، يمضي من الثلث ،
وقيل : من الأصل ، والأول مروى .

تفريعان

« الاول » : اذا اعتق ثلث إمامته في مرض الموت ، ولا مال له سواهن
اخرجت واحدة منهن بالقرعة . فان كان بهامل تجدد بعد الاعتاق
فهو حر إجماعاً . وان كان سابقاً على الاعتاق ، قيل : هو حر أيضاً
وفيه تردد .

« الثاني » : اذا اعتق ثلاثة في مرض الموت ، لا يملك غيرهم ، ثم مات
أحدهم ، أقرع بين الميت والأحياء . ولو خرجت الحرية لمن
مات ، حكم له بالحرية . ولو خرجت على أحد الحيين ، حكم
على الميت بكونه مات رقاً ، لكن لا يحتسب من التركة ، ويقرع
بين الحيين ، ويتحرر منها ما يحتمله الثلث من التركة الباقية . ولو
عجز أحدهما عن الثلث ، أكمل الثلث عن الآخر . ولو فضل
منه ، كان فاضله رقاً .

الفصل الثاني

في : السراية

وأما السراية : فمن أعتق شقيقاً من عبده ، سرى العتق فيه كله إذا كان المعتق صحيحاً جائزاً التصرف .
وإن كان له فيه شريك ، قوم عليه إن كان موسراً ، وسعى العبد في فك ما بقي منه ، إن كان المعتق معسراً . وقيل : إن قصد الاضرار (١) فكّه إن كان موسراً ، وبطل عتقه إن كان معسراً . وإن قصد القرية ، عُبِقَتْ حصته ، وسعى العبد في حصة الشريك .
ولم يجب على المعتق فكّه ، فإن عجز العبد ، أو امتنع من السعي كان له من نفسه ما أعتق ، وللشريك ما بقي ، وكان كسبه بيده وبين الشريك ، ونفقته وفطرته عليهما .
ولو هاباه شريكه في نفسه صح (٢) ، وتناولت المهابة المعتاد والتادر كالصيد والالقاط .
ولو كان المملوك بين ثلاثة ، فأعتق اثنان ، قومت حصة الثالث عليهما بالسوية ، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت .
وتعبر القيمة وقت العتق ، لانه وقت الحيلولة .

(١) المسالك ٣ / ١٠٤ : المراد بالاضرار تقويمه على الشريك قهراً ، واعتاق نصيبه لله تعالى ، ومثل هذا لا ينافي القرية ، وإنما ينافيها تمحض القصد بالاضرار .
(٢) الروضة ٦ / ٢٧٣ : بمعنى أنها يقتسمان الزمان على قدر الحصص التي بينهما « جمعاً بين المتن والهامش »

وينعتق حصة الشريك بأداء القيمة لا بالاعتاق : وقال الشيخ :
هو مراعى .

ولو هرب المعتق ، صُبرَ عليه حتى يعود ، وان أُعسرَ أُنظِرَ
الى الايسار .

ولو اختلفا في القيمة ، فالقول قول المعتق ، وقيل : القول قول
الشريك ، لأنه ينزع نصيبه من يده . ولو ادعى المعتق فيه عيباً ، فالقول
قول الشريك (١) :

والايسار المعتبر : هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك ،
فاضلاً عن قوت يومه وليلته . ولو ورث شيئاً ، ممن ينعق عليه ،
قال : في الخلاف يقوم عليه ، وهو بعيد .

ولو أوصى بعق بعض عبده ، أو بعته ، وليس له غيره ، لم يقوم
على الورثة باقيه . وكذا لو اعتقه عند موته ، أُعتقَ من الثلث ، ولم
يقوم عليه .

والاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة ، وبالمنجز عند الاعتاق .
والاعتبار في قيمة التركة بأقل الامرين ، من الوفاة الى حين القبض
لأن النالف بعد الوفاة غير معتبر ، والزيادة مملوكة للوارث .
ولو أعتق الحامل تحرر الحمل ، وإن استثنى رقه على رواية السكوني
عن ابي جعفر عليه السلام ، وفيه إشكال منشأه عدم القصد الى عتقه .

تفريع

إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه ، كان
على كل واحد منهما اليمين على صاحبه ، ثم يستقر رق نصيبها .

(١) المسالك ٣ / ١٠٥ : لاصالة عدم حدوث العيب ، مع اتفاقها على عدمه في الابتداء .

وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه ، هل يعتق عند الدفع أو بعده ؟ فيه تردد ، والأشبه أنه بعد الدفع ، ليقع العتق عن ملك. ولو قيل : بالاقتران ، كان حسناً .

وإذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم ، مضى العتق في نصيبه .
فان شهد آخر ، وكانا مَرَضِيَيْنِ (١) ، نُفِذَ العتق فيه كله ، والا مضى في نصيبهما ، ولا يكلف أحدهما شراء الباقي .

الفصل الثالث

في : الملك .

وأما الملك : فاذا ملك الرجل أو المرأة ، أحد الأبوين وإن علوا ، أو أحد الأولاد - ذكراً وإناثاً - وإن نزلوا ، انعتق في الحال . وكذا لو ملك الرجل ، إحدى المحرمات عليه نسباً .
ولا يعتق على المرأة سوى العمودين .
ولو ملك الرجل ، من جهة الرضاع ، من يعتق عليه بالنسب ، هل يعتق عليه ؟ فيه روايتان ، أشهرهما العتق :
ويثبت العتق ، حين يتحقق الملك ،
ومن يعتق كله بالملك ، يعتق بعضه بملك ذلك البعض :
وإذا ملك شقياً ممن يعتق عليه ، لم يقوّم عليه إن كان معسراً .
وكذا لو ملكه بغير اختياره . ولو ملكه اختياراً ، وكان موسراً ، قال الشيخ : يقوّم عليه ، وفيه تردد :

(١) المسالك ١٠٧/٣ : أعني مقبولي الشهادة . . .

فرعان

« الاول » : اذا أوصى لصبي أو مجنون ، بمن ينعقد عليه ، فللولي أن يقبل ، إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه . فان كان فيه ضرر لم يجز القبول ، لأنه لا غبطة كالوصية بالمريض الفقير ، تفصيلاً من وجوب نفقته (١) .

« الثاني » : لو أوصى له ببعض من لا ينعقد عليه ، وكان مُعسراً ، جاز للقبول ، ولو كان المولى عليه موسراً ، قيل : لا يقبل ، لأنه يلزمه انفكاكه (٢) ، والوجه القبول ، اذ الأشبه انه لا يقوّم عليه .

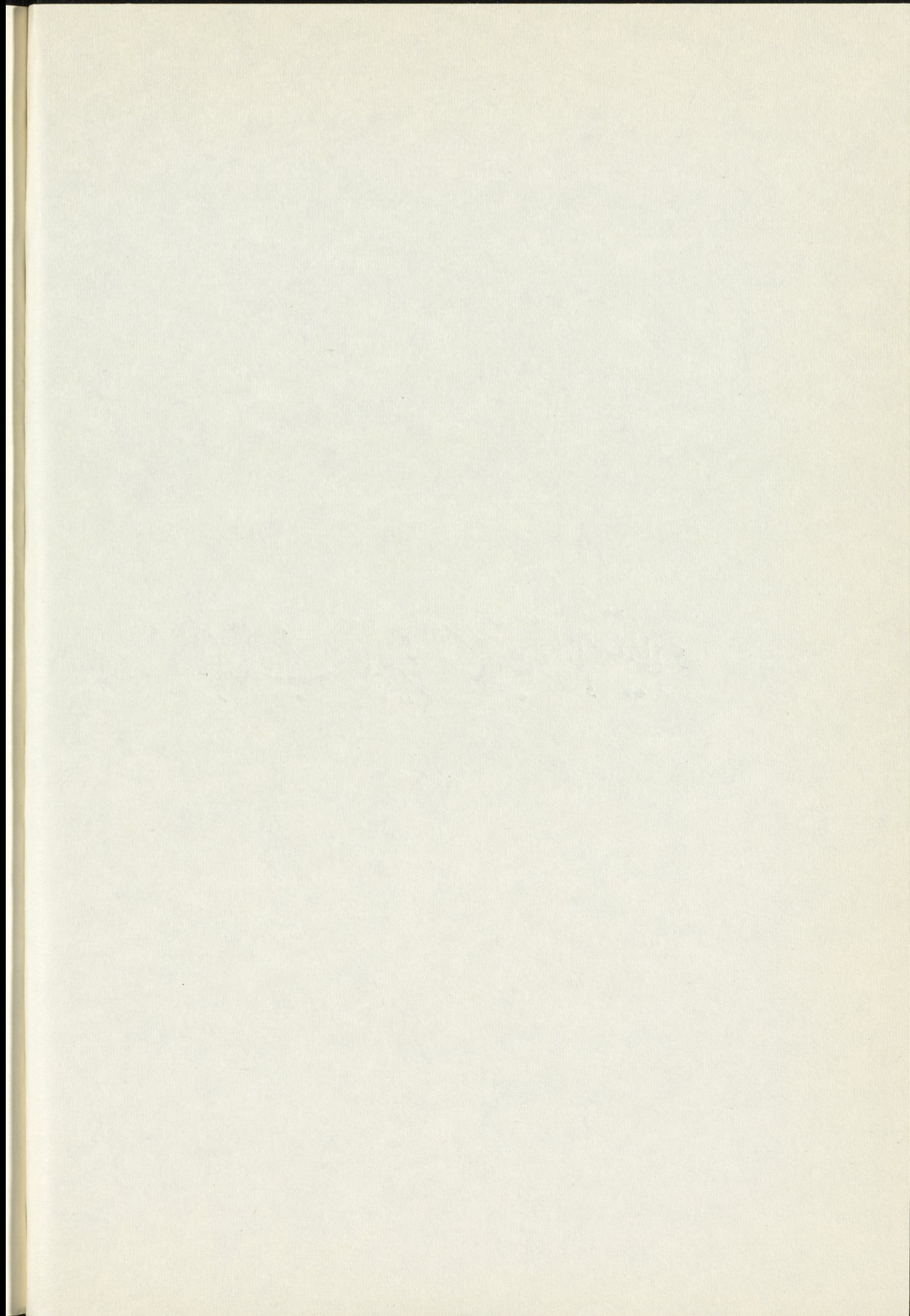
* الفصل الرابع *

في : العوارض *

وأما العوارض : فهي العمى : والجذام : والإقعاد : . وإسلام المملوك في دار الحرب ، سابقاً على مولاه : . ودفع قيمة الوارث : وفي عتق من مثّل به مولاه تردد ، والمروي أنه ينعقد : وقد يكون الاستيلاء سبباً للعتق ، فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد ، لأن ثمرتها إزالة للرق .

(١) المسالك ٣ / ١٠٨ : بأن يكون زمناً أو غير كسوب ، لم يجز للولي القبول لئلا يتضرر الصبي بالانفاق عليه من ماله
(٢) وفي « ٣٥ / ٢٣٧ » : انفكاكه .

كِتَابُ التَّدْبِيرِ وَالْمَكَاتِبِ وَالِاسْتِئْذَانِ



* كتاب التديير *

التديير : هو عتق العبد ، بعد وفاة المولى : وفي صحة تدهيره ، بعد وفاة غيره كزوج المملوكة ، ووفاة من يُجعل له خدمته ترده ، وأظهره الجواز ، ومستنده النقل .

والعلم به يستدعي بيان ثلاثة مقاصد :

الأول

في : العبارة وما يحصل به التديير

والصريح : أنت حر بعد وفاتي ، أو إذا مت فأنت حر أو عتقك أو معتق :

ولا عبرة باختلاف أدوات الشرط : وكذا لا عبرة باختلاف الألفاظ التي يعبر بها عن المدبر ، كقوله : هذا أو هذه أو أنت أو فلان : وكذا لو قال : متى مت ، أو أي وقت ، أو أي حين :

وهو ينقسم : إلى مطلق ، كقوله : إذا مت :

وإلى مقيد ، كقوله : إذا مت في سفري هذا ، أو من مرضي هذا ، أو في سنتي هذه ، أو في شهري ، أو في شهر كذا : ولو قال : أنت مدبر واقتصر ، لم ينقسم :

أما لو قال : فإذا مت فأنت حر ، صح ، وكان الإعتبار بالصيغة لا بما تقدمت عليها :

ولو كان المملوك لشريكين ، فقلا : اذا متنا فانت حر ، انصرف
قول كل واحد منهما الى نصيبه ، وصح التدبير ، ولم يكن معلقاً على
شرط ، وينعتق بموتها ، ان خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه . ولو
خرج نصيب أحدهما تحرر ، وبقي نصيب الآخر أو بعضه رقاً . ولو مات
أحدهما ، تحرر نصيبه من ثلثه ، وبقي نصيب الآخر رقاً حتى يموت .

ويشترط في الصيغة المذكورة شرطان :

الاول : النية

فلا حكم : لعبارة الساهي ، ولا الغالط ، ولا السكران ، ولا المسكره
الذي لا قصد له .

وفي اشتراط نية للقربة تردد ، والوجه أنه غير مشروط :

الشرط الثاني : تجريدتها عن الشرط والصفة

في قول : مشهور بين الأصحاب . فلو قال : ان قديم المسافر ، فانت
حر بعد وفاتي ، أو اذا أهمل شهر رمضان - مثلاً - ، لم ينعقد . وكذا
لو قال : بعد وفاتي هسنة ، أو شهر . وكذا لو قال : ان أديت إلي ،
أو الى ولدي كذا ، فانت حر بعد وفاتي ، لم يكن تدبيراً ولا كفاية .
والمدبرة رقاً له وطؤها ، والتصرف فيها ، فان حملت منه لم يبطل
التدبير . ولو مات مولاها ، عوقبت بوفاته من الثلث : وان عجز الثلث ، عتق
ما بقي منها من نصيب الولد : ولو حملت بمملوك ، سواء كان عن عقد
أو زنى أو شبهة ، كان مدبراً كأمه . ولو رجع المولى في تدبيرها ، لم يكن
له الرجوع في تدبير ولدها . وقيل : له الرجوع ، والأول مروى :

وكذا المدبر ، اذا أتى بولد مملوك ، فهو مدبر كأبيه ،
ولو دبرها ، ثم رجع في تدبيرها ، فأنت بولد لسته أشهر فصاعداً
من حين رجوعه ، لم يكن مدبراً لإحتمال تجرده . ولو كان لدون ستة
أشهر ، كان مدبراً لتحقق الحمل بعد التدبير .
ولو دبرها حاملاً ، قيل : إن علم بالحمل فهو مُدبّر ، وإلا فهو
رق ، وهي رواية الوشاء (١) ، وقيل : لا يكون مدبراً ، لأنه لم يُتقصد
بالتدبير ، وهو أشبه .

الثاني

في المباشر

ولا يصح التدبير : إلا من بالغ ، عاقل ، قاصد ، مختار ،
جائز التصرف .
فلو دبر الصبي ، لم يقع تدبيره . وروي : أنه اذا كان ميمزاً ، له
عشر سنين ، صحّ تدبيره .
ولا يصح تدبير : المجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الساهي .
وهل يصح التدبير من الكافر ؟ الأشبه نعم ، حربياً كان أو ذمياً .
ولو دبر المسلم ، ثم ارتد ، لم يبطل تدبيره . ولو مات في حال ردّته
عُتِق المدبّر ، هذا اذا كان ارتداده لا عن فطرة : ولو كان عن فطرة

(١) المسالك ٣ / ١١٠ : عن الرضا «ع» ، قال : سألت عن رجل دبر جارية
وهي حبلى ، فقال : « إن كان علم بجبل الجارية ، فإني بطنها بمنزلتها ، وإن كان
لم يعلم ، فإني بطنها رق » .

لم ينعق المدبر بوفاة المولى ، لخروج ملكه عنه ، وفيه تردد . ولو ارتد
لا عن فطرة ، ثم دبّر ، صحح على تردد . ولو كان عن فطرة لم يصح .
وأطلق الشيخ الجواز ، وفيه إشكال ، ينشأ من زوال ملك المرتد عن فطرة :
ولو دبر الكافر كافراً فأسلم ، بيع عليه (١) ، سواء رجع في تدبيره
أم لم يرجع . ولو مات قبل بيعه ، وقبل الرجوع في التدبير ، تحرر من
ثلثه . ولو عجز الثلث ، تحرر ما يحتمله ، وكان الباقي للوارث . فلو كان
مسالمًا ، استقر ملكه . وان كان كافراً ، بيع عليه .
ويصح تدبير الأخرس بالإشارة . وكذا رجوعه : ولو دبر صحيحاً
ثم خرس ، ورجع بالإشارة المعلومة ، صحح .

الثالث

في : الأحكام

وهي مسائل :

« الأولى » : التدبير بصفة الوصية ، يجوز الرجوع فيه قولاً ، كقوله :
رجعت في هذا التدبير . وفعلاً : كأن يهب ، أو يعتق ، أو يقف ، أو
يوصي ، سواء كان مطلقاً أو مقيداً . وكذا لو باعه ، بطل تدبيره . وقيل :
ان رجع في تدبيره ثم باع ، صحح بيع رقبته . وكذا إن قصد ببيع الرجوع .

(٢) المسالك ١١١/٣ : اذا دبر الكافر عبده الكافر ، ثم اسلم العبد ، نظر إن رجع
السيد عن التدبير بالقول ، بيع عليه وجوباً قولاً واحداً ، والا ففي بيعه عليه قولان
أظهرهما ذلك ، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم . . .

وإن لم يقصد ، مضى البيع في خدمته دون رقبته ، وتحرر بموت مولاه . ولو أنكر المولى تدبيره ، لم يكن رجوعاً : ولو ادعى المملوك التدبير ، وأنكر المولى فحلف ، لم يبطل التدبير في نفس الأمر :
« الثانية » : المدبر ينعتق بموت مولاه ، من ثلث مال المولى ، فإن خرج منه ، وإلا تحرر من المدبر بقدر الثلث : ولو لم يكن له سواه ، عتق ثلثه . ولو دبر جماعة ، فإن خرجوا من الثلث ، وإلا عتق من يَحْتَمِلُهُ الثلث ، وبُديء بالأول فالأول : ولو جهل الترتيب ، استخرجوا بالقرعة : ولو كان على الميت دين يستوعب التركة ، بطل التدبير ، ويبيع المدبرون فيه ، وإلا يبيع منهم بقدر الدين ، وتحرر ثلث من بقي ، سواء كان الدين سابقاً على التدبير أو لاحقاً ، على الأصح . وكما يصح الرجوع في المدبر ، يصح الرجوع في بعضه .

« الثالثة » : إذا دبر بعض عبده ، لم ينعتق عليه الباقي . ولو كان له شريك ، لم يكلف شراء حصته . وكذا لو دبره بأجمعه ، ورجع في بعضه . وكذا لو دبر الشريكان ، ثم أعتق أحدهما ، لم يقوّم عليه حصّة الآخر : ولو قيل : يقوّم ، كان وجهاً . ولو دبر أحدهما ثم أعتق ، وجب عليه فك حصّة الآخر . ولو أعتق صاحب الحصّة القن ، لم يجب عليه فك الحصّة المدبرة ، على تردد .

« الرابعة » : إذا أبق المدبر ، بطل تدبيره ، وكان هو ومن يولد له بعد الإباق رقاً ، إن ولد له من أمة ، وأولاده قبل الإباق على التدبير . ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتد . فإن التحق بدار الحرب ، بطل ، لأنه لإباق : ولو مات مولاه قبل فراره تحرر .

« الخامسة » : ما يكتسبه المدبر لمولاه ، لأنه رق . ولو اختلف المدبر والوارث ، فيما في يده بعد موت المولى ، فقال المدبر اكتسبته بعد الوفاة ،

فالقول قوله مع يمينه : ولو أقام كل منهما بيعة ، فالبيعة بيعة الوارث :
« السادسة » : إذا جنى على المدبر بما دون النفس ، كان الأرش
للمولى ، ولا يبطل التدبير . وإن قُتِلَ هطل التدبير ، وكانت قيمته للمولى
يقوّم مدبراً .

« السابعة » : إذا جنى المدبر ، تعاق أرش الجناية برقبته ، ولسيده
فكه بأرش الجناية ، وله بيعه فيها ، فإن فكه فهو على تدبيره . وإن باعه
وكانت الجناية تستغرقه ، فالقيمة لمستحق الأرش . وإن لم تستغرقه ، بيع
منه بقدر الجناية ، والباقي على التدبير ، ولمولاه أن يبيع خدمته ، وله أن
يرجع في تدبيره ثم يبيعه . وعلى ما قلناه : لو باع رقبته ابتداءً صح ،
وكان ذلك نقضاً للتدبير ، وعلى رواية : إذا لم يقصد نقض التدبير ، كان
التدبير باقياً ، وينعتق بموت المولى ولا سبيل عليه . ولو مات المولى قبل
افتكاكه انعتق ، ولا يثبت أرش الجناية في تركة المولى :

« الثامنة » : إذا أبقى المدبر ، هطل التدبير : ولو جعل خدمته
لغيره ، مدة حياة المخدم ، ثم هو حر بعد موت ذلك الغير ، لم يبطل
تدبيره بإباقه .

فروع أربعة

« الأولى » : إذا استفاد المدبر مالاً بعد موت مولاه ، فإن خرج المدبر
من الثلث ، فالكل له . وإلا كان له من الكسب ، بقدر ما تحرر
منه ، والباقي للورثة .

« الثانية » : إذا كان له مال غائب عنه ، بقدر قيمته مرتين ، تحرر ثلثه ،
وكلما حصل من المال شيء ، تحرر من المدبر بلسببته ، وإن تلف
استقر العتق في ثلثه .

« الثالث » : إذا كوتب ثم دبر ، صح . فان أدى مال الكتابة ، عتقَ
بالكتابة وإن أخر حتى مات المولى ، عتق بالتدبير إن خرج من
الثالث ، وإلا عتق منه الثلث وسقط من مال الكتابة بنسبته ، وكان
الباقى مكاتباً . أما لو دبره ثم كاتبه ، كان نقضاً للتدبير ، وفيه
إشكال . أما لو دبره ثم قاطعه على مال ، لم يهجر له العتق ، لم يكن
إبطالاً للتدبير قطعاً .

« الرابع » : اذا دبر حملاً صح ، ولا يسري الى أمه : ولو رجع في
تدبيره ، صح . فان أنت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير ،
صح التدبير فيه ، لتحققه وقت التدبير . وإن كان لأكثر ، لم يحكم
بتدبيره ، لاحتمال تجدده وتوهم الحمل .

* كتاب المكاتبه *

وأما المكاتبه : فتستدعي بيان أركانها ، وأحكامها ، ولو اختلفها

الأول

في: الأركان *

أما الأركان : فالصيغة ، والموجب ، والمملوك ، والعموض

• الصيغة • :

• ١ • والكتابة : مستحبة ابتداء مع الأمانة والإكتساب (١) ، وتتأكد بسؤال المملوك ولو عديم الأمان ، كانت مباحة . وكذا لو عدم أحدهما : وليست عتقاً بصفة (٢) ، ولا بيعاً للعبد من نفسه ، بل هي معاملة مستقلة ، بعيدة عن شبه البيع : فلو باعه نفسه بثمن مؤجل ، لم يصح .

(١) المسالك ٣ / ١١٤ : ووجه اعتبار الأمانة ، لثلا يضيع ما يحصله ، ويصرفه الى السيد فيعتق . والقدرة على الاكتساب ، ليتمكن من تحصيل ما يؤديه
(٢) الروضة ٦ / ٣٤٤ - ٣٤٥ : وهي شرط عوض ، معلوم على المملوك ، في أجل مضبوط . . . ، خلافاً لبعض العامة . . .

ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس . ولا يصح من دون الأجل ،
على الأشبه . ويفتقر ثبوت حكمها الى الإيجاب والقبول .
ويكفي في المكتوبة أن يقول : كاتبك مع تعيين الأجل وال عوض :
وهل يفترق الى قوله : فاذا أدبت فأنت حر مع نية ذلك ؟ قيل : نعم ،
وقيل : لا ؛ بل يكفي بالنية مع العقد . فاذا أدت عتيق ، سواء نطق
بالضميمة أو أغفلها ، وهو أشبه :

* ٢ * والكتابة قسمان : مشروطة ومطلقة .

فالمطلقة : أن يقتصر على العقد وذكر الأجل وال عوض والنية .
والمشروطة : ان يقول مع ذلك ، فان عجزت فأنت رد في الرق .
فتى عجز ، كان للمولى رده رقا ، ولا يعيد عليه ما أخذه : وحد العجز
أن يؤخر نجماً الى نجم ، أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه ، وقيل :
أن يؤخر نجماً عن محله ، وهو مروى . ويستحب : للمولى مع العجز
الصبر عليه .

* ٣ * والكتابة : عقد لازم ، مطلقة كانت أو مشروطة . وقيل :
إن كانت مشروطة ، فهي جائزة من جهة العبد ، لأن له أن يعجز نفسه
والاول أشبه .

ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه ، بل يجب عليه السعي ، ولو امتنع يجبر .
وقال الشيخ رحمه : لا يجبر ، وفيه إشكال ، من حيث اقتضاء عقد المكتوبة
وجوب السعي ، فكان الأشبه بالإجبار . لكن لو عجز ، كان للمولى الفسخ .
ولو اتفقا على التقابل ، صح ، وكذا لو أبرأه من مال الكتابة . وينعتق
بالإبراء : ولا تبطل بموت المولى .

وللوارث المطالبة بالمال ، وينعتق بالأداء الى الوارث .

ويعتبر في الموجب :

البلوغ : : وكمال العقل . . والإختيار . . وجواز التصرف :
وهل يعتبر الإسلام ؟ فيه تردد ، والاشبهه (١) عدم الإشتراط . فلو كاتب
مملوكه الذمي ، على خمر أو خنزير وتقابضا ، حُكِمَ عليهما بالتزام ذلك .
ولو أسلما ، لم تبطل . وإن لم يتقابضا ، كان عليه القيمة .
ويجوز لولي اليتيم ، أن يكتب مملوكه ، مع اعتبار الغبطة للمولى عليه .
وفيه قول : بالمنع .
ولو ارتد ثم كاتب لم يصح ، إما لزوال ملكه عنه ، أو لأنه لا يقر
المسلم في ملكه :

ويعتبر في المملوك :

للبلوغ ، وكمال العقل ، لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول . وفي كتابة
الكافر تردد ، أظهره المنع ، لقوله تعالى : « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » .
وأما الأجل : ففي اشتراطه خلاف ، فن الأصحاب من أجاز الكتابة حالّة
ومؤجلة ، ومنهم من اشترط الأجل ، وهو الأشبه . لأن ما في يد المملوك
لسيده ، فلا يصح المعاملة عليه . وما ليس في ملكه ، يتوقع حصوله ،
فيتعين ضرب الأجل . ويكفي أجل واحد ، ولا حسد في الكثرة ، اذا
كانت معلومة .

ولابد أن يكون وقت الأداء معلوماً . فلو قال : كاتبتك على أن
تؤدي إلي كذا في سنة ، بمعنى أنها ظرف الأداء ، لم يصح .
ويجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف ، وفي اعتبار اتصال الأجل
بالعقد ، تردد :

(١) وفي « ٣٨ / ٢٤٠ » : « والوجه » بدلا من « والاشبهه » .

ولو قال : كاتبك على خدمة شهر ، ودينار بعد الشهر ، صح إذا كان الدينار معلوم الجنس ، ولا يلزم تأخير الدينار الى أجل آخر : ولو مرض العبد شهر الخدمة ، بطلت الكتابة ، لتعذر العوض . ولو قال : على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قبل : يبطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد . ولو كاتبه ثم حبسه مدة ، قبل : يجب أن يؤجله مثل تلك المدة ، وقبل : لا يجب ، بل يلزمه أجرته لمدة احتباسه ، وهو أشبه :

وأما العوض

فيعتبر فيه : أن يكون ديناً ، منجماً ، معلوم القدر والوصف ، مما يصح تملكه للمولى . فلا يصح الكتابة على عين ، ولا مع جهالة العوض ، بل يذكر في وصفه كلما يتفاوت الثمن لأجله ، بحيث ترتفع الجهالة . فان كان من الأثمان ، وصفه كما يصفه في النسبة . وإن كان عوضاً ، وصفه كصفته في السلم .

ويجوز أن يكاتبه بأي ثمن شاء ، ويكره أن يتجاوز قيمته . ويجوز المكاتبه على منفعة ، كالخدمة والخيطة والبقاء ، بعد وصفه بما يرفع الجهالة : وإذا جمع بين كتابة وبيع وإجارة ، أو غير ذلك من عقود المعاوضات ، في عقد واحد صح ، ويكون مكاتبته بحصة ثمنه من البذل . وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً ، سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت ، تساوى العوضان أو اختلفا . ولا يجوز أن يدفع الى أحد الشريكين دون صاحبه . ولو دفع شيئاً كان لهما : ولو أذن أحدهما لصاحبه جاز .

ولو كاتب ثلاثة في عقد واحد صحح ، وكان كل واحد منهم مكاتباً
بحصة ثمنه من المسمى ، ويعتبر القيمة وقت العقد ، وأيُّهم أدى حصته
عَتِيقاً ، ولا يتوقف على أداء حصة غيره . وأيُّهم عجز ، رُق دون غيره :
ولو اشترط كفالة كل واحد منهم صاحبه ، وضمان ما عليه ، كان
الشرط والكتابة صحيحين .

ولو دفع المكاتب ما عليه ، قبل الأجل ، كان الخيار لمولاه في
القبض والتأخير .

ولو عجز المكاتب المطلق ، كان على الامام أن يفكه من سهم الرقاب .
والمكاتبه الفاسدة لا يتعلق بها حكم ، بل تقع لاغية .

* الثاني *

في الاحكام *

وأما الاحكام : فتشتمل على مسائل

« الاولى » : اذا مات المكاتب ، وكان مشروطاً ، بطلت الكتابة ،
وكان ما تركه لمولاه ، وأولاده رُق . وان لم يكن مشروطاً ، تحرر منه
بقدر ما أداه ، وكان الباقي رِقاً ، ولمولاه من تركه بقدر ما فيه من رُق
ولورثته بقدر ما فيه من حرية . وبؤدي الوارث من نصيب الحرية ، ما
بقي من مال الكتابة . وان لم يكن له مال ، سعى الأولاد فيما بقي على
ابهم ، ومع الاداء ينعتق الأولاد . وهل للمولى اجبارهم على الاداء ؟ فيه
تردد ، وفيه رواية اخرى : تقتضي اداء ما تخلف من أصل التركة ، وبتمحور

الأولاد وما يبقى فلهم ، والأول أشهر . ولو أُوصِيَ له بوصية ، صح له منها بقدر ما فيه من حرية ، وبطل فيما زاد . ولو وجب عليه حد ، أُقيم عليه من حد الاحرار بنسبة الحرية ، وبنسبة الرقية من حد العبيد . ولو زنى المولى بمكاتبته ، سقط عنه من الحد ، بقدر ماله فيها من الرقية وحُدَّ بالباقي .

« الثانية » : ليس للمكاتب التصرف في ماله ، ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض ، إلا باذن مولاه . ولا يجوز للمولى التصرف في مال الكتابة ، إلا بما يتعلق بالاستيفاء . ولا يجوز له وطء المكاتب بالملك ولا بالعقد . ولو طاوعت حُدَّت . ولا يجوز لو وطأ أمة المكاتب . ولو وطأ لشبهة ، كان عليه المهر . وكل ما يكتسبه المكاتب قبل الاداء وبعد الاداء فهو له ، لان تسلط المولى زال عنه بالكتابة . ولا تزوج المكاتبه الا باذنه . ولو بادرت ، كان عقدها موقوفاً (١) ، مشروطةً كانت أو مطلقة . وكذلك ليس للمكاتب وطء أمة بيتاعها ، إلا باذن مولاه ، ولو كانت كتابته مطلقة .

« الثالثة » : كل ما يشترطه المولى على المكاتب ، في عقد المكاتبه ، يكون لازماً ، ما لم يخالف الكتاب والسنة .

« الرابعة » : لا يدخل الحمل في كتابة أمه ، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة ، كان حكم اولادها كحكمها ، ينعق منهم بحسابها . ولو تزوجت بحر ، كان اولادها أحراراً . ولو حملت من مولاها ، لم تبطل الكتابة . فان مات ، وعليها شيء من الكتابة ، تحررت من نصيب ولدها . وإن لم يكن لها ولد ، سعت في مال الكتابة للوارث .

« الخامسة » : المشروط ريق ، وفطرته على مولاه . ولو كان مطلقاً

(١) ش ٣ / ٢٤٢ / ٥ : إما على اجازة المولى ، أو على أداء مال الكتابة .

لم يكن عليه فطرته : واذا وجبت عليه كفارة ، كفر بالصوم . ولو كفر بالعتق ، لم يجز : وكذا لو كفر بالطعام . ولو كان المولى اذن له قيل : لم يجز ، لانه كفر بما لم يجب عليه :

« السادسة » : اذا ملك المملوك نصف نفسه ، كان كسبه بينه وبين مولاه . ولو طلب احدهما المهايأة ، أُجبر الممتنع ، وقيل : لا يجبر ، وهو أشبهه .

« السابعة » : لو كاتب عبده ومات ، فأبرأه احد الوراث من نصيبه من مال الكتابة ، أو أعتق نصيبه ، صح ولا يقوّم عليه الباقي :

« الثامنة » : من كاتب عبده ، وجب عليه أن يهيئه من زكاته ، إن وجهت عليه : ولا حد له ، قلة ولا كثرة : ويستحب التبرع بالعطية إن لم تجب :

« التاسعة » : لو كان له مكاتبان ، فأدى أحدهما واشتبهه ، صبر عليه لرجاء التذكر : فان مات المولى ، استخرج بالقرعة . ولو ادعى على المولى العلم ، كان القول قوله مع يمينه ، ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب . « العاشرة » : يجوز بيع مال الكتابة ، فان أدى المكاتب مال الكتابة انعتق . وإن كان مشروطاً فعجز ، وفسخ المولى ، صار رقاً لمولاه . ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ ، ولا يجوز بيع المطلق :

« الحادية عشرة » : اذا زوج بنته من مكاتبه ثم مات ، فملكته ، انفسخ للنكاح بينهما :

« الثانية عشرة » : اذا اختلف السيد والمكاتب ، في مال الكتابة ، أو في المدة أو في النجوم ، فالقول قول السيد مع يمينه : ولو قيل : القول قول المنكبر زيادة المال والمدة ، كان حسناً :

« الثالثة عشرة » : اذا دفع مال الكتابة ، وحكم بحريته ، فهان

العوض معيباً ، فان رضي المولى فلا كلام . وإن رده ، بطل العتق المحكوم به ، لانه مشروط بالعوض . ولو تجدد في العوض عيب ، لم يمنع من الرد بالعيب الاول ، مع أرش الحادث ، وقال الشيخ : يمنع ، وهو بعيد .

« الرابعة عشرة » : اذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة فان كان ما في يده يقوم بالجميع ، فلا بحث . فان عجز وكان مطلقاً تحاص فيه الديتان والمولى . وإن كان مشروطاً ، قُدِّم الدين ، لأن في تقديمه حفظاً للحقين . ولو مات ، وكان مشروطاً ، بطلت الكتابة ، ودفع ما في يده الى الديون خاصة . ولو قصر ، قسم بين الدينان بالخصص ولا يضمه المولى ، لأن الدين تعلق بذلك المال فقط .

« الخامسة عشرة » : يجوز أن يكاتب بعض عبده ، إذا كان الباقي حراً ، أو رقاً له ، ومنعه الشيخ . واو كان الباقي رقاً لغيره فاذن صح . وان لم يأذن ، بطلت الكتابة ، لانها تتضمن ضرر الشريك ، ولأن الكتابة ثمرتها الاكتساب ، ومع الشركة لا يتمكن من التصرف .

الثالث

في : اللواحق .

وأما اللواحق : فتشتمل على مقاصد

الاول : في لواحق تصرفاته

وقد بينا : أنه لا يجوز أن يتصرف بما ينافي الاكتساب ، من هبة

أو محاباة أو إقراض أو إعتاق ، إلا باذن مولاه . وكما يصح أن يهب من الأجنبي باذن المولى ، فكذا هبته لمولاه . ونريد أن نلحق هنا مسائل :
« الأولى » : المراد من الكتابة تحصيل العتق ، وإنما يتم باطلاق التصرف في وجوه الاكتساب . فيصح أن يبيع من مولاه ومن غيره ، وأن يشتري منه ومن غيره ، ويتوخى ما فيه الغبطة في معاوضاته . فيبيع بالحال لا بالمؤجل ، إلا أن يسمح المشتري بزيادة عن الثمن ، فيعجل مقدار الثمن ويؤخر الزيادة . أما هو فلو ابتاع بالدين جاز . وكذا ان استسلف . وليس له أن يرهن ، لأنه لاحظ له ، وربما تلف منه . وكذا ليس له أن يدفع قراضاً .

« الثانية » : اذا كان للمكاتب على مولاه مال ، وحل نجم ، فان كان المالان متساويين جنساً ووصفاً تهاترا . ولو فضل لأحدهما ، رجع صاحب الفضل . وإن كانا مختلفين ، لم يحصل النقص إلا برضاها ، وهكذا حكم كل غريمين . واذا تراضيا ، كفى ذلك ، ولو لم يقبض الذي له ، ثم يعيده عوضاً ، سواء كان المال أثماناً أو أعواضاً ، وفيه قول آخر بالتفصيل .

« الثالثة » : اذا اشترى أباه بغير إذن مولاه ، لم يصح . ولو اذن له ، صح . وكذا لو أوصى له به ، ولم يكن في قبوله ضرر ، بأن يكون مكتسباً يستغنى بكسبه . واذا قبله ، فان أدى مال الكفاية ، عتق المكاتب وعتق الآخر مع عتقه . وإن عجز ففسخ المولى ، استرقها ، وفي استرقاق الأب تردد :

« الرابعة » : اذا جنى عبد المكاتب ، لم يكن له أن يفكه بالأرش إلا أن يكون فيه الغبطة له . ولو كان المملوك أبا المكاتب ، لم يكن له افئسكاكه بالأرش ، ولو قصر عن قيمة الأب ، لأنه يعجل باتلاف مال

له التصرف فيه ، ويستبقى ما لا ينتفع به ، لأنه لا يتصرف في أبيه ،
وفي هذا تردد :

المقصد الثاني : في جنابة المكاتب والجنابة عليه

وفيه قسمان :

الأول : في مسائل المشروط

وهي سبع :

« الأولى » : اذا جنى المكاتب على مولاه عمداً ، فان كانت نفساً
فالقصاص للوارث . فان اقتصر ، كان كما لو مات (١) . وإن كانت
طرفاً ، فالقصاص للمولى . فان اقتصر ، فالكتابة بحالها . وان كانت الجنابة
خطأً ، فهي تتعلق برقبته . وله أن يفدي نفسه بالأرث ، لأن ذلك يتعلق
بمصلحته . فان كان ما بيده بقدر الحقيقتين (٢) ، فمع الأداء ينعق . وإن
قصر ، دفع أرش الجنابة . فان ظهر عجزه ، كان لمولاه فسخ الكتابة . وان
لم يكن له مال أصلاً وعجز ، فان فسخ المولى ، سقط الأرث ، لأنه لا
يثبت للمولى في ذمة المملوك مال ، وسقط مال الكتابة بالفسخ .

« الثانية » : اذا جنى على أجنبي عمداً ، فان عفا فالكتابة بحالها ،
وان كانت الجنابة نفساً ، واقتصر الوارث ، كان كما لو مات . وان كان
خطأً ، كان له فلك نفسه بأرث الجنابة . ولو لم يكن له مال ، فللأجنبي
بيعه في أرث الجنابة ، الا أن يفديه السيد . فان فداه فالكتابة بحالها .

(١) المسالك ٣ / ١٢٤ : وبطلت الكتابة « بتصرف » .

(٢) ن ٣ / ١٢٥ : الارث ومال الكتابة .

« الثالثة » : او جنى عبد المكاتب خطأ ، كان للمكاتب فكه بالأرش ، إن كان دون قيمة العبد . وإن كان أكثر ، لم يكن له ذلك . كما ليس له أن يبتاع بزيادة عن ثمن المثل .

« الرابعة » : اذا جنى على جماعة ، فان كان عمداً ، كان لهم القصاص . وإن كان خطأً ، كان لهم الأرش متعلقاً برقبته . فان كان ما في يده يقوّم بالأرش ، فله افتكالك رقبته . وإن لم يكن له مال ، تساوا في قيمته بالخصص .

« الخامسة » : إذا كان للمكاتب أب ، وهو رقه ، فقتل عبداً له ، لم يكن له القصاص ، كما لا يقتص منه في قتل الولد . ولو كان للمكاتب عبيد ، فجنى بعضهم على بعض ، جاز له الاقتصاص حسماً لمادة التوثب .

« السادسة » : اذا قُتِلَ المكاتب ، فهو كما او مات . وإن جُنِيَ على طرفه عمداً ، وكان الجاني هو المولى ، فلا قصاص ، وعليه الأرش ، وكذا ان كان أجنبياً حراً . وإن كان مملوكاً ، ثبت القصاص . وكل موضع يثبت فيه الأرش ، فهو للمكاتب ، لأنه من كسبه .

« السابعة » : اذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً ، فأراد القصاص للمولى منعه . ولو كان خطأً ، فأراد الأرش ، لم يملك منعه ، لانه بمنزلة الاكتساب . فلو أراد الإبراء ، توقف على رضا السيد .

* الثاني : في المطلق *

وأما المطلق : فاذا ادى من مكاتبته شيئاً ، تحرر منه بحسابه . فان جنى هذا المكاتب ، وقد تحرر منه شيء ، جنايةً عمداً على حر اقتص منه .

ولو جنى على مملوك ، لم يقتص منه ، لما فيه من الحرية ، وانزله من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرية ، وتعلق برقبته منها بقدر رقبته .

ولو جنى على مكاتب مساوي له ، اقتص منه : وإن كانت حرية
الجلاني أزيد ، لم يقتص : وإن كانت أقل ، اقتص منه :
ولو كانت الجناية خطأً ، تعلقت بالعاقلة بقدر الحرية ، وهرقته بقدر
الرقية . وللمولى أن يفدي نصيب الرقية ، بنصيبها من أرش الجناية ، سواء
كانت الجناية على عبد أو حر :
ولو جنى عليه حر ، فلا قصاص ، وعليه الأرش : وإن كان رقياً
اقتص منه :

المقصد الثالث : في أحكام المكاتب في الوصايا

وفيه مسائل :

« الأولى » : لا تصح الوصية برقية المكاتب ، كما لا يصح بيعه . نعم
لو أضاف الوصية به ، إلى عوده في الرق جاز ، كما لو قال : إن عجز
وفسخت كتابته ، فقد أوصيت لك به : ويجوز الوصية بمال للكتابة . ولو
جمع بين الوصيتين ، لواحد أو لاثنتين ، جاز .
« الثانية » : لو كاتبه مكاتب فاسدة ، ثم أوصى به جاز . ولو
أوصى بما في ذمعه ، لم يصح (١) : وإن قال : فإن قبضت منه ، فقد
أوصيت به لك ، صح (٢) :
« الثالثة » : إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقي عليه ،
فهو وصيته بالنصف وزيادة ، وللورثة المشيئة في تعيين الزيادة . ولو قال :
ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله ، فهو وصيته بما عليه ، وبطلت في

(١) المسالك ٣ / ١٢٦ : لأنه لم يثبت له بها شيء .

(٢) ش ٣ / ٢٤٤ / ٥ : النجوم المدة المعروفة لاجل مال الكتابة ، والمراد هنا مال

الكتابة « ع ل » .

الزائد . ولو قال : ضعوا عنه ما شاء ، فان شاء وأبقى شيئاً ، صح :
وان شاء الجميع ، قيل : لا يصح ، ويبقى منه شيء بقريئة حال اللفظ :
« للرابعة » : اذا قال : ضعوا عنه أوسط نجومه (١) ، فان كان
فيها أوسط عدداً (٢) أو قدرأ ، انصرف اليه . وان اجتمع الأمران ، كان
الورثة بالخيار في أيهما شاء ، وقيل : تستعمل القرعة ، وهو حسن : وان
لم يكن أوسط ، لا قدرأ ولا عدداً ، اجمع بين نجمين ليتحقق الاوسط
فيؤخذ من الاربعة الثاني والثالث ، ومن الستة الثالث والرابع :

« الخامسة » : اذا أعتق مكاتبه في مرضه ، أو أهرأه من مال الكتابة
فان برء ، فقد ازم العتق والإبراء . وإن مات خرج من ثلثه ، وفيه قول
آخر : إنه من اصل التركة . فان كان الثلث ، بقدر الاكثر من قيمته
ومال الكتابة ، عتق . وإن كان احدهما اكثر ، أعتبر الاقل : فان
خرج الاقل من الثلث ، عتق وأغيب الاكثر . وإن قصر الثلث عن
الاقل ، عتق منه ما يحتمله الثلث به ، وبطلت الوصية في الزائد ، ويسعى
في باقي الكتابة . وإن عجز ، كان للورثة أن يسترقوا منه ، بقدر ما
بقي عليه .

« السادسة » : اذا أوصى بعتق المكاتب ، فمات وليس له سواه ،
ولم يحل مال الكتابة ، يعتق ثلثه معجلاً ، ولا ينتظر بعتق الثلث حلول
الكتابة . لانه إن أدى ، حصل للورثة المال ، وإن عجز ، استرقوا ثلثيه
ويبقى ثلثاه مكاتباً ، يتحرر عند أداء ما عليه :

(١) ش ٣ / ٢٤٤ / ٥ : المراد بالعدد مقدر المدة كالشهر مثلاً .
(٢) ن : مثال الاوسط عدداً ، ثلاثة نجوم ، كل نجم منها دينار في شهر مثلاً .
مثال الاوسط قدرأ ، أربعة نجوم ، اثنان منها ديناران ، والثالث ثلاثة ، والرابع
أربعة ، فان الاوسط قدر وهو الثالث . . . « ع ل » .

« السابعة » : اذا كاتب المريضُ عبده ، أُعتبر من الثلث ، لأنه
معاملة على ماله بماله (١) ، فجرت المكاتبه مجرى الهبة : وفيه قول آخر :
أنه من أصل المال ، بناء على القول بأن المنجزات من الأصل : فان خرج
من الثلث ، نُفذت الكتابة فيه أجمع ، وينعقد عند اداء المال . وإن لم
يكن سواه ، صحت في ثلثه ، وبطلت في الباقي :

(١) المسالك ٣ / ١٢٨ : لأنه معاملة على ماله بماله ، جواب عن سؤال مقدر ،
وتقريره : أن الكتابة معاوضة مالية ، لأنها إما يبيع العبد من نفسه أو هتق بعوض
فالعوض حاصل على التقديرين وهو واصل إلى الورثة في مقابلة العبد . . .

* كتاب الاستيلاء *

وأما الاستيلاء فيستدعي بيان امرين :

الأول

في : كيفية الاستيلاء

وهو يتحقق بعُلوِّق أمته منه في مُلكه . ولو أُولد أمةً غيره مملوكاً
ثم ملكها ، لم تصر أمّ ولده .
ولو أُولدها حراً (١) ، ثم ملكها ، قال الشيخ : تصير أم ولده ، وفي
رواية ابن مارد : لا تصير أمّ ولده .
ولو وطأ المرهونة ، فحملت ، دخلت في حكم امهات الاولاد . وكذا لو وطأ
الذمي أمته ، فحملت منه . ولو أسلمت بيعت عليه ، وقيل : بحال بينه
وبينها ، وتجعل على يد امرأة ثقة ، والاول أشبه :

(١) المسالك ٣ / ١٢٨ : بان تزوجها في حال حرته .

الثاني

في : الاحكام المتعلقة بأم الولد

وفيه مسائل :

« الاولى » : أم الولد مملوكة ، لا تتحرر بموت المولى ، هل من نصيب ولدها ، لكن لا يجوز للمولى بيعها ، ما دام ولدها حياً ، الا في ثمن رقبته ، اذا كان ديناً على المولى . ولا وجه لأدائه إلا منها . ولو مات ولدها رجعت طليقاً ، وجاز التصرف فيها ، بالبيع وغيره من التصرفات .

« الثانية » : اذا مات مولاها ، وولدها حي ، جعلت في نصيب ولدها وعُتِقَت عليه . ولو لم يكن سواها ، عُتِقَ نصيب ولدها منها ، وسعت في الباقي . وفي رواية تقوم على ولدها ، إن كان موسراً ، وهي مهجورة .

« الثالثة » : اذا أوصى لأم ولده ، قيل : تنعتق من نصيب ولدها وتُعطي الوصية . وقيل : تنعتق من الوصية ، فان فضل منها شي ، عُتِقَت من نصيب ولدها ، وهو أشبه .

« الرابعة » : اذا جنت أم الولد خطأ ، تعلقت الجنابة برقبته ، وللمولى فكته . وبكم يفكها ؟ قيل : بأقل الأمرين من أرش الجنابة وقيمتها وقيل : بأرش الجنابة ، وهو الاشبه . وإن شاء دفعها الى المجنى عليه .

وفي رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام : جنابتها في حقوق الناس على سيدها . ولو جنت على جماعة ، فالخيار للمولى ايضاً بين فديتها ، أو تسليمها الى المجنى عليهم أو ورثتهم ، على قدر الجنابات .

« الخامسة » : روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : في
وليدة نصرانية ، أسلمت عند رجل ، وولدت منه غلاماً ومات ، فأُعتِقت
وتزوجت نصرانياً وتُنصَّرت ، وولدت . فقال عليه السلام : ولدها لابنها
من سيدها ، وتُحبَّس حتى تضع . فإذا وادت فاقتلها : وفي النهاية :
يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ، والرواية شاذة .

كتاب الأركان

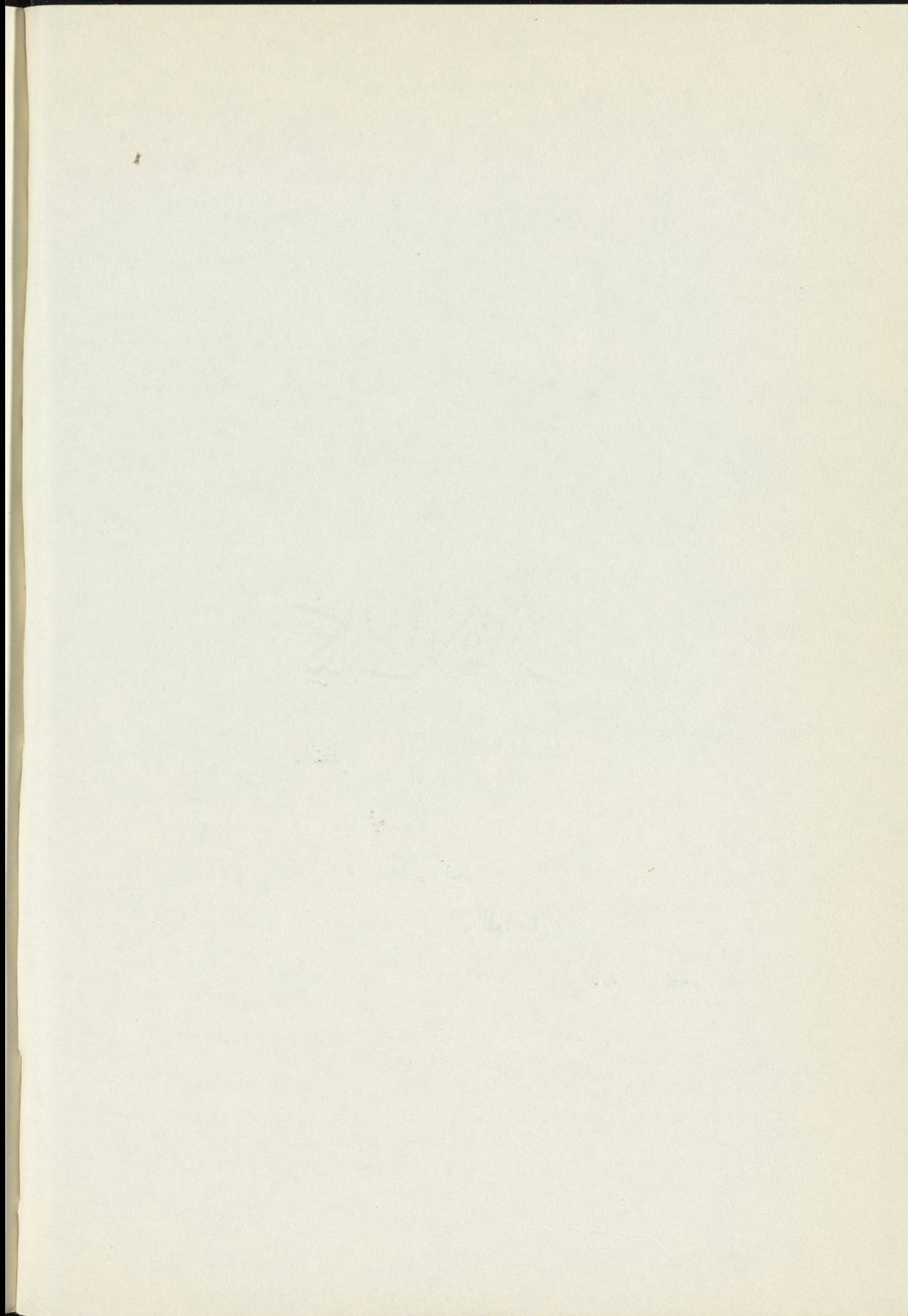
والنظر

في

الأركان

واللواحق

وأركانه : أربعة



الأول

في : الصيغة

وفيها مقاصد :

المفصل الأول

في : الصيغة الصريحة

وهي اللفظ المتضمن للاخبار عن حق واجب . كقوله : لك علي ،
أو عندي ، أو في ذمتي ، أو ما أشبهه .
ويصح الإقرار بغير العربية ، لإضطراراً وإختياراً .
ولو قال : لك علي كذا إن شئت أو إن شئت ، لم يكن لإقراراً ،
وكذا لو قال : إن قدم زيد . وكذا إن رضي فلان أو إن شهد .
ولو قال : إن شهد لك فلان ، فهو صادق ، لزمه الإقرار في الحال
لأنه إذا صدق وجب الحق وإن لم يشهد .
وإطلاق الإقرار بالموزون ، ينصرف الى ميزان البلد ، وكذا المكيل
وكذا إطلاق الذهب والفضة ، ينصرف الى النقد الغالب في بلد الإقرار .
ولو كان نقدان غالبان ، أو وزنان مختلفان ، وهما في الاستعمال
سواء ، رجع في التعمين الى المقرّر .

ولو قال : له علي درهم ودرهم ، لزمه إثنان (١) . وكذا ثم درهم
أو قال درهم فدرهم .

أما لو قال : فوق درهم ، أو مع درهم ، أو قبل درهم ، أو بعده
لزمه درهم واحد ، لاحتمال أن يكون أراد مع درهم لي ، فيقتصر على
المتيقن . وكذا لو قال : درهم في عشرة ، ولم يرد الضرب .
ولو قال : غصبته ثوباً في متدبل ، أو حنطة في سفينة ، أو ثياباً في
عيبة ، لم يدخل الظرف في الإقرار .

ولو قال : له عبد عليه عِمامة ، كان لإقراراً بهما ، لأن له أهلية
الإمساك (٢) . وليس كذلك لو قال : دابة عليها سرج .

ولو قال : له قفيز حنطة ، هل قفيز شعير ، لزمه القفيزان . وكذا
لو قال : له هذا الثوب ، هل هذا الثوب .

أما لو قال : له قفيز ، هل قفيزان ، لزمه القفيزان حسب . ولو قال :
له درهم ، هل درهم ، لزمه درهم واحد ،

ولو أقر لميت بمال ، وقال : لا وارث له غير هذا ، أُلزمَ
التسليم إليه .

ولو قال له : علي ألف ، إذا جاء رأس الشهر ، لزمه الألف .
وكذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فله علي ألف . ومنهم من فرق
وليس شيئاً .

(١) المسالك ٣ / ١٢٩ : لأن العطف ، يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه
ولا يعطف الشيء على نفسه .

(٢) ن ٣ / ١٣٠ : وتقريره : أن للعبد يداً على ملبوسه ، وما في يد العبد ، فهو
في يد سيده ، فإذا أقر بالعبد للغير ، كان ما في يده لذلك الغير ، بخلاف المنسوب إلى الدابة
فإنه لا يد لها على ما هو عليها . . .

ولو قال المالك : بعثك أبك ، فإذا حلف الولد (١) ، انعتق المملوك ، ولم يلزمه الثمن .
ولو قال : مَلَكَت هذه الدار من فلان ، أو غصبتها منه ، أو قبضتها منه ، كان إقراراً له بالدار . وليس كذلك لو قال : تملكها على يده ، لأنه يحتمل المعوثة .
ولو قال : كان لفلان علي ألف ، لزمه الإقرار ، لأنه إخبار عن تقدم الاستحقاق ، فلا يقبل دعواه في السقوط .

المقصر الذي

في : المبينة

وفيها مسائل :

« الأولى » : إذا قال له : علي مال ، أُلزِمَ التفسير ، فإن فسّر بما يُتَمَوَّل (٢) قُبِيلَ ، ولو كان قليلاً . ولو فسّر بما لم تجر العادة بتموله كقشر اللوزة والجوزة ، لم يُقبَل . وكذا لو فسّر المسلم ، بما لا يملكه ولا ينتفع به ، كالخمر والخنزير وجلد الميتة ، لأنه لا يُعد مالاً . وكذا لو فسره ، بما ينتفع به ولا يملك ، كالسرجين النجس والكلب العقور . أما لو فسره بكلب الصيد ، أو الماشية ، أو كلب الزرع ، قُبِيلَ :

(١) المسالك ٣ / ١٣١ : على انكاره الشراء ، فالقول قوله : في عدم الشراء لأنه منكر ، فيستفي عنه الثمن كما ينتفي عنه أصل الشراء . . . « بتصرف » .
(٢) الروضة ٦ / ٣٨٩ : أي يعد مالاً عرفاً .

ولو فسره برد السلام لم يقبل ، لانه لم تجر العادة ، بالإخبار عن ثبوت مثله في الذمة .

« الثانية » : اذا قال : اه علي شي ، ففسره بجلد الميتة أو السرجين النعجس ، قيل : يُقبِل لانه شي . ولو قيل : لا يُقبِل ، لانه لا يثبت في الذمة ، كان حسناً . ولو قال : مالٌ جليلٌ ، أو عظيمٌ ، أو خطيرٌ ، أو نفيسٌ ، قُبِلَ تفسيره ولو بالقليل . ولو قال : كثيرٌ ، قال الشيخ : يكون ثمانين ، رجوعاً في تفسير الكثرة الى رواية النذر (١) ، وربما خصها بعض الاصحاب بموضع الورود ، وهو حسن . وكذا لو قال : عظيم جداً كان كقوله عظيم ، وفيه تردد . ولو قال : اكثر من مال فلان ، أُلزِمَ بقدره وزيادة ، ويرجع في تلك الزيادة الى المقرر . ولو قال : كنت أظن ماله عشرة ، قُبِلَ ما بنى عليه إقراره ، ولو ثبت أن مال فلان يزيد عن ذلك ، لان الانسان يخبر عن وهمه ، والمال قد يخفى على غير صاحبه . ولو قال : غصبتك شيئاً ، وقال : أردت نفسك ، لم يُقبِل .

« الثالثة » : الجمع المُتَكَرِّر يُحْمَلُ على الثلاثة ، كقوله : له علي دراهم أو دنانير . ولو قال : ثلاثة آلاف واقتصر ، كان بيان الجنس اليه اذا فسر بما يصح تملكه .

« الرابعة » : اذا قال : له ألف ودرهم ، ثَبِتَ الدرهم ، ويُرجع في تفسير الالف اليه . وكذا لو قال : ألف ودرهمان . وكذا لو قال : مئة ودرهم ، أو عشرة ودرهم . أما لو قال مئة وخمسون درهماً ، كان الجميع دراهم ، بخلاف مئة درهم . وكذا لو قال : ألف وثلاثة دراهم . وكذا لو قال : ألف ومئة درهم ، أو ألف وثلاثة وثلاثون درهماً .

(١) المسالك ٣ / ١٣٢ : بناء على الرواية التي تضمنت ، أن من نذر الصدقة بمال

كثير ، يلزمه الصدقة بثمانين درهماً .

ولو قال : علي درهم وألف ، كانت الألف مجهولة .
 « الخامسة » : لو قال : له علي كذا ، كان اليه التفسير ، كما لو
 قال : شيء . ولو فسره بالدرهم ، نصباً أو رفعاً ، كان إقراراً بدرهم .
 وقيل : إن نصب ، كان له عشرون (١) . وقد يمكن هذا مع
 الاطلاع على المقصد . وإن خففَ أُحْتَمِلَ بعض الدرهم ،
 واليه تفسير البعضية . وقيل : يلزمه مئة درهم (٢) ، مراعاةً لتجنب
 الكسر . ولست أدري ، من أين نشأ هذا الشرط ؟ ولو قال : كذا كذا
 فان اقتصر ، فالیه التفسير . وان أتبعه بالدرهم نصباً أو رفعاً ، لزمه درهم
 وقيل : إن نصب لزمه أحد عشر درهماً . ولو قال : كذا وكذا درهماً ، نصباً
 أو رفعاً ، لزمه درهم ، وقيل : إن نصبه ، لزمه أحد وعشرون ، والوجه
 الإقصار على اليقين ، إلا مع العلم بالمقصد .

« السادسة » : اذا قال : هذه الدار لِأَحَدٍ هذين ، أُلْزِمَ البيان .
 فان عيّن ، قُبِلَ . ولو ادعاهما الآخر ، كانا خصمين . ولو ادعى على
 المقرّ العلم ، كان له إحلّافه . ولو أقر للآخر ، لزمه الضمان . وإن قال :
 لا أعلم ، دفعها اليهما وكانا خصمين . ولو ادعيا أو أحدهما عامه ، كان
 القول قوله مع يمينه .

« السابعة » : اذا قال : هذا الثوب ، أو هذا العبد لزيدٍ ، فان عيّن
 قُبِلَ منه ، وإن أنكر المقر له ، كان القول قول المقر مع يمينه . وللحاكم
 انتزاع ما أقر به ، وله لإقراره في يده .

(١) المسالك ٣ / ١٣٣ : وقال الشيخ في المبسوط ، يلزمه مع النصب عشرون درهماً
 لان أقل عدد مفرد بنصب ميمزه عشرون ، إذ فوّه ثلاثون إلى تسعين ، فيلزمه الاقل
 لانه المتيقن . . .

(٢) ن : لانه أقل عدد مفرد ميمزه مجرور ، إذ فوّه الالف ، فيحمل على الاقل . . .

« الثامنة » : اذا قال : لفلان علي ألف ، ثم دفع اليه ، وقال :
هذه التي كنت أقررت بها كانت ودیعة ، فان أنكر المقر له ، كان القول
قول المقر مع يمينه (١) . وكذا لو قال : لك في ذمتي ألف ، وجاء بها
وقال : هي ودیعة وهذه بدلها . أما لو قال لك في ذمتي ألف ، وهذه
هي التي أقررت بها ، كانت ودیعة لم يقبل ، لان ما في الذمة لا يكون
ودیعة ، وليست كالاولى ولا كالوسطى . ولو قال له : علي ألف ودفعها
وقال : كانت ودیعة ، وكنت أظنها باقية فبانت تالفه لم يقبل ، لانه
مكذب لإقراره : أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار ، قُبل :

« التاسعة » : اذا قال : له في هذه الدار مئة قبل ، ورجع في تفسير
الكيفية اليه ، فان أنكر المقر له شيئاً من تفسيره ، كان القول قول المقر
مع يمينه .

« العاشرة » : اذا قال : له في ميراث أبي ، أو من ميراث أبي مئة
كان لإقراراً . ولو قال : في ميراثي من أبي ، أو من ميراثي من أبي ، لم
يكن إقراراً ، وكان كالوعد بالهبة . وكذا لو قال : له من هذه الدار
صحح . ولو قال : من داري ، لم يقبل . ولو قال : له في مالي ألف ،
لم يقبل : ومن الناس من فرق بين له في مالي ، وبين له في داري ،
بأن بعض الدار لا يسمى داراً ، وبعض المال يسمى مالاً . ولو قال :
في هذه المسائل بحق واجب ، أو بسبب صحيح ، أو ما جرى مجراه ،
صحح في الجميع :

(١) ش ٣ / ٢٦٧ / ٥ : لان الوديعة يجب حفظها ، والتخلية بينها وبين المالك ،
فلعله أراد بكلمة « علي » الاخبار عن هذا الواجب « س » .

المفصل الثالث

في : الاقرار المستفاد من الجواب

فلو قال : لي عليك ألف ، فقال : رددتها أو أقبضتها ، كان لإقراراً . ولو قال : زنها ، لم يكن لإقراراً . ولو قال : نعم أو أجل أو بلى ، كان إقراراً ، ولو قال : أنا مقرر به ، لزمه : ولو قال : أنا مقرر واقتصر ، لم يلزمه لتطرق الاحتمال . ولو قال : اشتريت مني أو استوهبت فقال : نعم ، فهو لإقرار . ولو قال : أليس لي عليك كذا ، فقال : بلى ، كان لإقراراً . ولو قال : نعم ، لم يكن إقراراً ، وفيه تردد ، من حيث يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً .

المفصل الرابع

في صيغ الاستثناء

وقواعده ثلاث :

« الأولى » : الإستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات .
« الثانية » : الاستثناء من الجنس جائز (١) ، ومن غير الجنس على تردد .

(١) المسالك ٣ / ١٣٦ : كقوله تعالى : « لا يسمعون فيه لغواً إلا سلاماً » ، « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

« الثالثة » : يكفي في صحة الاستثناء ، أن يبقى بعد الاستثناء بقية
سواء كانت أقل أو أكثر :

التفريع (١) : على القاعدة الأولى

إذا قال : له علي عشرة إلا درهماً ، كان إقراراً بتسعة ، ونفيًا للدرهم :
ولو قال : إلا درهم ، كان إقراراً بالعشرة .
ولو قال : ما له عندي شيء إلا درهم ، كان إقراراً بدرهم . وكذا
لو قال : ما له عندي عشرة إلا درهم ، كان إقراراً بدرهم .
ولو قال : إلا درهماً ، لم يكن إقراراً بشيء :
ولو قال : له خمسة إلا إثنين ، وإلا واحداً ، كان إقراراً بإثنين :
ولو قال : عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة ، كان إقراراً بثمانية :
ولو كان الاستثناء الأخير بقدر الأول ، رجعا جميعاً إلى المستثنى
منه ، كقوله : له عشرة إلا واحداً إلا واحداً ، فيسقطان من الجملة الأولى :
ولو قال : لفلان هذا الثوب الا ثلثه ، أو هذه الدار الا هذا البيت
أو الخاتم الا هذا الفص ، صح ، وكان كالأستثناء ، بل أظهر . وكذا
لو قال : هذه الدار لفلان ، والبيت لي ، أو الخاتم والفص لي ، إذا
اتصل الكلام :
ولو قال : هذه العبيد لزيد الا واحداً ، كُلفَ البيان ، فإن
عين ، صح .
ولو أنكروا المقر له ، كان القول قول المقر مع يمينه . وكذا لو مات
أحدهم ، وعين الميت ، قبيل منه . ومع المنازعة . فالقول قول المقر
مع يمينه :

(١) وفي « ٣٨ / ٢٤٨ » : « تفريع » بدلا من « التفريع » .

التفريع (١) : على الثانية

إذا قال : له ألف الا درهماً ، فان منعنا الاستثناء من غير الجنس فهو اقرار بتسع مئة وتسعة وتسعين درهماً . وان اجزناه كان تفسير الألف اليه ، فان فسرهما بشي ، يصح وضع قيمة الدرهم منه ، صح : فان كان يستوعبه ، قيل : يبطل الاستثناء . لانه عقب الاقرار بما يبطله ، فيصح الإقرار ، ويبطل المبطل . وقيل : لا يبطل ، ويكسّف تفسيره بما يبقى منه بقية ، بعد اخراج قيمة الدرهم .

ولو قال : ألف درهم الا ثوباً ، فان اعتبرنا الجنس ، بطل الاستثناء وان لم نعتبره ، كلفنا المقر بيان قيمة الثوب . فان بقي بعد قيمته شي من الألف صح ، والا كان فيه الوجوهان . ولو كانا مجهولين ، كقوله : له ألف الا شيئاً ، كسّف تفسيرهما ، وكان النظر فيهما كما قلناه .

التفريع (٢) : على الثالثة

لو قال : له درهم الا درهماً ، لم يقبل الاستثناء . ولو قال : درهم ودرهم الا درهماً ، فان قلنا الاستثناء يرجع الى الجملتين ، كان اقراراً بدرهم . وان قلنا يرجع الى الجملة الأخيرة - وهو الصحيح - كان اقراراً بدرهمين ، وبطل الإستهناء .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : المقر

ولا بد أن يكون : مكلفاً ، حراً ، مختاراً ، جائزاً التصرف : ولا

يعتبر عدالته :

(١) ، (٢) وفي « ٣٥ / ٢٤٨ - ٢٤٩ » : « تفريع » بدلا من « التفريع » .

فالصبي لا يقبل لإقراره ، ولو كان باذن وليه : أما لو أقر ، بما
له ان يفعله كالوصية ، صح .

وإقرار المجنون لم يصح ، وكذا المكره والسكران :
وأما المحجور عليه للسفه ، فإن أقر بمال ، لم يقبل : ويقبل فيما عداه
كالخلع والطلاق . ولو أقر بسرقة قبيل في الحد لا في المال :
ولا يقبل إقرار المملوك : بمال ، ولا حد ، ولا جنابة توجب أرشاً
أو قصاصاً . ولو أقر بمال ، تسبّع به إذا اعتق . ولو كان مأذوناً في التجارة
فأقر بما يتعلق بها ، قبيل لأنه يملك التصرف ، فيملك الإقرار : ويؤخذ
ما أقر به ، مما في يده ، وإن كان أكثر ، لم يضمه موله ، ويتبع به إذا
اعتق :

ويقبل إقرار الفليس . وهل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه
من الفاضل ؟ فيه تردد :

ويقبل وصية المريض في الثلث ، وإن لم يجز الورثة : وكذا إقراره
للوارث وللأجنبي مع التهمة ، على أظهر القولين . ويقبل الإقرار بالمبهم
ويلزم المقر بهانه : فإن امتنع ، حُيِّس وضمِّق عليه حتى يبين : وقال
للشيخ رحمه الله : يُقال له : إن لم تفسر جعلت ناكلاً فإن أصر أُحلف
المقر له ، ولا يقبل إقرار الصبي بالبلوغ ، حتى يبلغ الحد الذي يحتمل
البلوغ (١) :

(١) ش ٣ / ٢٦٩ / ٥ : وإذا بلغ قبل قوله ، وإلا لزم الدور إن ادعى الاحتلام

بخلاف دعوى السن « ع ل » .

النَّظَرُ الثَّلَاثُ

في المقرله

وهو أن يكون له أهلية التملك . فلو أقر لبهيمة لم يقبل ، ولو قال بسببها صح . ويكون الإقرار للمالك ، وفيه إشكال ، إذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه المالك ، كأروش الجنائيات على سائقها أو راجعها .
ولو أقر لعبد صح ، ويكون المقر به لمولاه ، لأن للعبد أهلية التصرف .
ولو أقر لحمل صح ، سواء أطلق أو بين سبباً محتملاً ، كالارث أو الوصية .

ولو نسب الإقرار الى السبب الباطل ، كالجنابة عليه ، فالوجه الصحة نظراً الى مبدأ الإقرار وإلغاء لما يبطله .

وعمليك الحمل ما أُقِرَّ به ، بعد وجوده حياً . ولو سقط ميتاً . فان فسّره بالميراث ، رجع الى باقي الورثة . وان قال : هو وصية ، رجع الى ورثة الموصي . وإن أجمل ، طولب ببيانه .

ويحكم بالمال للحمل ، بعد سقوطه حياً ، لدون ستة أشهر من حين الإقرار . ويبطل استحقاقه ، لو ولد لاكثر من مدة الحمل : ولو وضع فيما بين الأقل والأكثر ، ولم يكن للمرأة زوج ولا مالك ، حكيم له به لتحققه حملاً وقت الإقرار . ولو كان لها زوج أو مولى ، قيل : لا يحكم له ، لعدم اليقين بوجوده . ولو قيل : يكون له ، بناءً على غالب العوائد كان حسناً .

ولو كان الحمل ذكراً ، تساوي فيما أُقِرَّ به . ولو وُضِعَ أحدهما

ميتاً ، كان ما اقر به للاخر ، لأن الميت كالمعدوم . واذا اقر بولد لم يكن لإقراراً بزوجة امه ، ولو كانت مشهورة بالحرية .

النَّظَرُ الرَّابِعُ

في : اللواحق

وفيه مقاصد :

المفصل الأول

في : تعقيب الاقرار بالاقرار

اذا كان في يده دار ، على ظاهر التملك ، فقال : هذه لفلان ، هل لفلان ، قَضِيَّ بها للأول ، وغرم قيمتها للثاني ، لانه حال بينه وبينها ، فهو كالمُتَسَلِّفِ : وكذا لو قال : غصبتها من فلان ، هل من فلان : أما لو قال : غصبتها من فلان وهي لفلان ، لزمه تسليمها الى المصوب منه ، ثم لا يضمن .

ولا يحكم للمقر له بالملك ، كما لو كانت دار في يد فلان ، وأقر بها الخارج لآخر . وكذا لو قال : هذه لزيد غصبتها من عمرو . ولو اقر بعبد لإنسان ، فألكر المقر له ، قال الشيخ : يُعْتَق ، لأن كل واحد منها أنكر ملكيته ، فبقي بغير مالك : ولو قيل : يبقى على الرقية المجهولة المالك ، كان حسناً :

ولو أقر أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه ، قال الشيخ : صح الشراء
ولو قيل : يكون ذلك استنقاذاً لا شراءً ، كان حسناً وينعتق ، لأن بالشراء
سقط عنه لواحق ملك الاول .

ولو مات هذا العبد ، كان للمشتري من تركته قدر الثمن مقاصّة ،
لان المشتري إن كان صادقاً ، فالولاء للمولى إن لم يكن وارثاً سواه ،
وإن كان كاذباً ، فما ترك للمشتري ، فهو مستحق على هذا التقدير قدر
الثمن على اليقين ، وما فضل يكون موقوفاً .

المقصر الثاني

في : تعقيب الاقرار بما يقتضي ظاهره الابطال

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا قال : له عندي وديعة ، وقد هلكت ، لم يقبل .
أما لو قال : كان له عندي ، فانه يقبل . ولو قال : له عليّ مال ، من
ثمن خمر أو خنزير ، لزمه المال .

« الثانية » : اذا قال : له علي ألف وقطع ، ثم قال من ثمن مبيع
لم أقبضه ، لزمه الألف : ولو وصل فقال : له علي ألف من ثمن مبيع
وقطع ، ثم قال : لم أقبضه ، قبيل سواء عيّن المبيع أو لم يعينه ، وفيه
إحتمال للتسوية بين للصورتين ، ولعله الأشبه .

« الثالثة » : لو قال : ابتعت بخيار ، أو كفلت بخيار ، أو ضمننت
بخيار ، قبيل لإقراره بالعقد ولم يثبت الخيار .

« الرابعة » : اذا قال : اه علي دراهم ناقصة ، صح اذا انصل
بالإقرار كالاستثناء ، ويرجع في قدر النقصمة اليه . وكذا لو قال : دراهم
زيف ، لكن يقبل تفسيره بما فيه فضة . ولو فسره بما لا فضة فيه ،
لم يقبل .

« الخامسة » : اذا قال : له علي عشرة لا بل تسعة ، لزمه عشرة .
وليس كذلك لو قال : عشرة إلا واحداً .

« السادسة » : اذا أشهد بالبيع وقهض الثمن ، ثم انكر فيما بعد ،
وادعى أنه أشهد تبعاً للعادة ولم يقبض ، قيل : لا يقبل دعواه ، لانه
مكذب لإقراره : وقيل : يقبل لانه ادعى ما هو معتاد ، وهو أشبه . اذ
ليس هو مكذباً للإقرار ، بل هو مدعياً شيئاً آخر ، فيكون على المشتري
اليمين : وليس كذلك ، لو شهد الشاهدان بايقاع البيع ، ومشاهدة القبض
فانه لا يقبل انكاره ، ولا يتوجه اليمين لانه إكذاب للبيئة .

المقصد الثالث

في الإقرار بالنسب

وفيه مسائل :

« الاولى » : لا يثبت الإقرار بنسب الولد الصغير ، حتى تكون
البنوة ممكنة ، ويكون المقر به مجهولاً ، ولا يتنازع فيه منازع ، فهذه قيود
ثلاثة : فلو انتهى إمكان الولادة ، لم يقبل . كالإقرار ببنوة من هو أكبر
منه ، أو مثله في السن ، أو أصغر منه ، بما لم تجر العادة بولادته لمثله :

أو أقر بهنوة امرأة له ، وبينهما مسافة لا يمكن الوصول اليها ، في مثل عمره . وكذا لو كان الطفل معلوم النسب ، لم يقبل اقراره . وكذا لو نازعه منازع في بنوته ، لم يقبل الا ببينة ، ولا يعتبر تصديق الصغير . وهل يعتبر تصديق الكبير ؟ ظاهر كلامه في النهاية لا ، وفي المبسوط يعتبر ، وهو الأشبه . فلو انكر الكبير ، لم يثبت النسب . ولا يثبت النسب في غير الولد ، الا بتصديق المقر به . واذا أقر بغير الولد للصلب ، ولا ورثة له وصدقه المقر به ، توارثا بينهما ، ولا يتعدى التوارث الى غيرهما . ولو كان له ورثة مشهورون ، لم يقبل اقراره في النسب .

« الثانية » : اذا اقر بولد صغير ، ثبت نسبه ، ثم بلغ فأنكر ، لم يلتفت الى إنكاره ، لتحقق النسب سابقاً على الإنكار .

« الثالثة » : اذا اقر ولد الميت بولد له آخر ، فأقرا بثالث ، ثبت نسب الثالث ان كانا عدلين . ولو أنكر الثالث الثاني ، لم يثبت نسب الثاني ، لكن يأخذ الثالث نصف التركة ، ويأخذ الاول ثلث التركة ، والثاني السدس وهو تكملة نصيب الاول . ولو كان الاثنان معلومي النسب ، فأقرا بثالث ، ثبت نسبه ان كانا عدلين . ولو أنكر الثالث أحدهما ، لم يلتفت اليه ، وكانت التركة بينهم أثلاثاً .

« الرابعة » : لو كان للميت اخوة وزوجة ، فأقرت له بولد ، كان لها الثمن : فان صدقها الاخوة ، كان الباقي للولد دون الاخوة . وكذا كل وارث في الظاهر ، أقر بمن هو أقرب منه ، دفع اليه جميع ما في يده . ولو كان مثله ، دفع اليه من نصيبه بنسبة نصيبه . وإن انكر الاخوة كان لهم ثلاثة الارباع ، وللزوجة الثمن ، وباقي حصتها للولد .

« الخامسة » : اذا مات صبي مجهول النسب ، فأقر إنسان بهنوته ، ثبت نسبه صغيراً كان أو كبيراً ، سواء كان له مال أو لم يكن ، وكان

ميراثه للمقر . ولا يقدر في ذلك احتمال التهمة ، كما لو كان حياً وله مال .
ويسقط اعتبار التصديق في طرف الميت ، ولو كان كبيراً ، لانه في معنى
الصغير . وكذا لو أقر ببنوة مجنون ، فانه يسقط اعتبار تصديقه ، لانه لا
حكم لكلامه .

« السادسة » : اذا ولدت أمته ولدأ ، فأقر ببنوته لحق به ، وحكم
بحريته بشرط أن لا يكون لها زوج . ولو أقر بابن احدى أمليه وعيَّنه ،
لحق به . ولو ادعت الاخرى ، أن ولدها هو الذي أقر به ، فالقول قول
المقر مع يمينه . ولو لم يعين ومات ، قال الشيخ : يعين الوارث ، فان
امتنع أقرع بينهما . ولو قيل : باستهمال القرعة بعد الوفاة مطلقاً ، كان حسناً .
« السابعة » : لو كان له أولاد ثلاثة من أمة ، فأقر ببنوة أحدهم
فأيهم عيَّنه كان حراً ، والآخران رقاً . ولو اشتبه المعين ومات ، أو لم
يعين ، استخرج بالقرعة .

« الثامنة » : لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين عدلين ، ولا يثبت
بشهادة رجل وامرأتين على الاظهر ، ولا بشهادة رجل ويمين ، ولا بشهادة
فاسقين ، ولو كانا وارثين .

« التاسعة » : لو شهد الاخوان - وكانا عدلين - بابن للميت ، ثبت
نسبه وميراثه ، ولا يكون ذلك دوراً . ولو كانا فاسقين ، لم يثبت النسب
ولكن يستحق دونهما الارث :

« العاشرة » : لو أقر بوارثين أولى منه ، فصدقه كل واحد منهما عن
نفسه لم يثبت النسب ، ويثبت الميراث ، ودفع اليهما ما في يده : ولو تناكرا
بينهما ، لم يلتفت الى إنكارهما . ولو أقر بوارث أولى منه ، ثم أقر بآخر
أولى منهما ، فان صدقه المقر له الاول ، دفع المال الى الثاني . وان كذبه
دفع المقر الى الاول المال ، وغرمه للثاني . ولو كان الثاني مساوياً للمقر

له اولاً ، ولم يصدقه الاول ، دفع المقر الى الثاني مثل نصف ما حصل للاول .
« الحادية عشرة » : لو أقر بزواج للميتة ولها ولد ، أعطاه ربع نصيبه ، وان لم يكن ولد أعطاه نصفه . ولو أقر بزواج آخر ، لم يقبل : ولو أكذب لإقراره للاول ، أغرم للثاني مثل ما حصل للاول . ولو أقر بزوجةٍ وله ولد ، أعطاهما ثمن ما في يده . وان لم يكن ولد ، أعطاهما للربع . وإن أقر باخرى ، غرم لها مثل نصف نصيب الاولى ، اذا لم تصدقه الاولى : ولو أقر بثالثة ، أعطاهما ثلث النصيب . ولو أقر برابعة ، أعطاهما الربع من نصيب الزوجية . ولو أقر بخامسة ، وأنكر احدى الأوّل لم يلتفت اليه ، وغرم لها مثل نصيب واحد منهن :

Faint, illegible handwriting, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

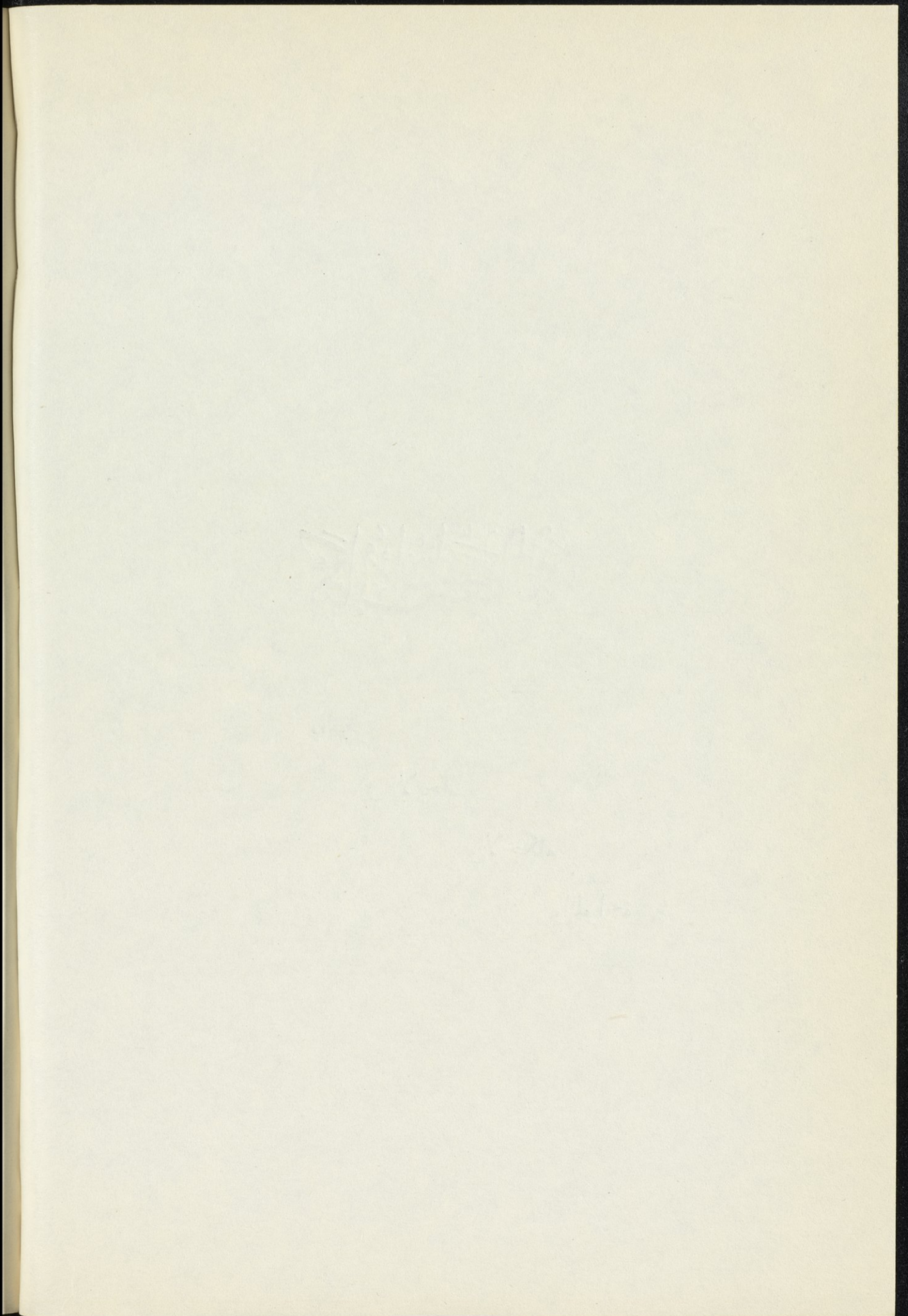
كتاب الجمع بين

والنظر

في الايجاب

والاحكام

واللواحق



النَّظَرُ الْأَوَّلُ

في : الايجاب •

أما الايجاب :

فهو أن يقول : من ردَّ عبدي ، أو ضالَّتي ، أو فعل كذا ، فله كذا . ولا يفتقر الى قبول . ويصح على كل عمل مقصود (١) ، محلَّل (٢) ويحوز أن يكون العمل مجهولاً ، لانه عقد جائز كالمضاربة ، أما العوض : فلا بد أن يكون معلوماً بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد إن كان مما جرت العادة بعده .

ولو كان مجهولاً ، ثبت بالردُّ أجره المثل ، كأن يقول : من ردَّ عبدي ، فله ثوب أو دابة .

ويعتبر : في الجاعل أهلية الاستئجار ، وفي العامل إمكان تحصيل العمل .

ولو عين الجمالة لواحدٍ ، فردَّ غيره ، كان عمله ضائعاً (٣) .

ولو تبرع أجنبي بالجعل ، وجب عليه الجعل مع الرد .

(١) المسالك ٣ / ١٤٦ : اي مقصود في نظر العقلاء ، كالخياطة ، ورد الأبق والضالة ونحو ذلك . . .

(٢) ن : المراد بالمثل ، الجائز بالمعنى الأعم ، فيشمل المباح والمنذور والمكروه ، حيث يكون مقصوداً ، ولا بد من إخراج الواجب منه ، فلا يصح الجمالة عليه كما لا يصح الاجارة .

(٣) ن : لانه متبرع ، حيث لم يبذل له اجرة ، ولا لمن يشمله .

ويستحق الجعل بالتسليم ، فلو جاء به الى البلاد ففقر ، لم يستحق الجعل :
والجعالة جائزة قبل التلبس ، فان تلبس ، فالجواز باقٍ في طرف
للعامل ، ولازم من طرف الجاعل ، إلا أن يدفع أُجرة ما عمل للعامل :
ولو عقب الجعالة على عمل معين بأخرى ، وزاد في العوض أو نقص
عمَل بالاخيرة :

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الاحكام

وأما الاحكام : فمسائل

« الاولى » : لا يستحق العامل الأجرة ، إلا اذا بذلها الجاعل أولاً
ولو حصلت الضالة في يد إنسان ، قبل الجعل ، لزمه التسليم ولا اجرة :
وكذا لو سعى في التحصيل تبرعاً :
« الثانية » : اذا بذل جعلاً ، فان عينته فعليه تسليمه مع الرد ،
وإن لم يعينه لتزم مع الرد أُجرة المثل ، إلا في رد الآبق على رواية أبي
صيار عن أبي عبد الله عليه السلام : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم :
جعل في الآبق ديناراً ، اذا أُخِذ في مصره ، وان اخذ في غير مصره
فأربعة دنانير » . وقال الشيخ في المبسوط : هذا على الأفضل لا للوجوب
والعمل على الرواية ، ولو نقصت قيمة العبد . وقيل : الحكم في البعير كذلك
ولم اظفر فيه بمسند : أما لو استدعى الرد ، ولم يبذل أُجرة ، لم يكن
للراد شيء ، لانه تبرع بالعمل .

« الثالثة » : اذا قال : من رد عبدي فله دينار ، فرده جماعة ،
كان الدينار لهم جميعاً بالسوية ، لأن رد العمل حصل من الجميع لا من
كل واحد . أما لو قال : من دخل داري فله دينار ، فدخلها جماعة ، كان
لكل واحد دينار ، لأن العمل حصل من كل واحد .

فروع

« الاول » : لو جعل لكل واحد من ثلاثة ، جعلاً أزيد من الآخر ،
فجاءوا به جميعاً ، كان لكل واحد ثلث ما جعل له . ولو كانوا
أربعة كان له الربع ، أو خمسة فله الخمس : وكذا لو ساوى
بينهم بالجعل .

« الثاني » : لو جعل لبعض الثلاثة جعلاً معلوماً ، وللبعضهم مجهولاً ،
فجاءوا به جميعاً ، كان لصاحب المعلوم ثلث ما جعل له ،
وللمجهول ثلث أجرة مثله .

« الثالث » : لو جعل لواحد جعلاً على الرد ، فشاركه آخر في الرد ،
كان للمجهول له نصف الأجرة ، لأنه عمل نصف العمل ، وليس
للآخر شيء لأنه تبرع . وقال الشيخ : يستحق نصف أجرة المثل ،
وهو بعيد .

« الرابع » : لو جعل جعلاً معيناً على رده من مسافة معينة ، فرده من
بعضها ، كان له من الجعل بنسبة المسافة :

النَّظَرُ الثَّلَاثُ

في : اللواحق .

ويلحق بذلك مسائل التنازع : وهي ثلاث

« الاولى » : لو قال : شارطتني (١) ، فقال المالك : لم أشاركك
فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا القول : قوله لو جاء بأحد الآبقين
فقال المالك لم أقصد هذا :

« الثانية » : لو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه ، فالقول قول
الجاعل مع يمينه . قال الشيخ : ويثبت للعامل أجره المثل . ولو قيل :
يثبت أقل الامرين من الاجرة والقدر المدعى ، كان حسناً . وكان بعض
من عاصرائه ، يثبت مع اليمين ما ادعاه الجاعل ، وهو خطأ ، لان فائدة
يمينه إسقاط دعوى العامل ، لا ثبوت ما يدعيه الخالف .

« الثالثة » : لو اختلفا في السعي ، بأن قال : حصل في يدك قبل
الجعل ، فلا جعل لك ، فالقول قول المالك تمسكاً بالاصل (٢) .

(١) المسالك ٣ / ١٤٨ : المراد بالمشاركة أن يجعل له جملاً على الفعل ، سواء كان
معيناً أم مجملاً يوجب أجره المثل . . .
(٢) ن ٣ / ١٤٩ : إن الاصل براءة ذمة المالك . . .

كتاب الأيمان

والنظر

في أمور

أربعة

فصل اول

مقدمه

تاریخچه

نتیجه

الأول

ما به ينعقد اليمين

لا ينعقد اليمين إلا : بالله ، أو بأسمائه التي لا يشركه فيها غيره ،
أو مع إمكان المشاركة ينصرف إطلاقها إليه .
« فالأول » : كقولنا : ومقلب القلوب ، والذي نفسي بيده ،
والذي فلق الحبة وبرء الذئمة .
« والثاني » : كقولنا : والله ، والرحمن ، والأول الذي ليس قبله شيء .
« والثالث » : كقولنا : والرب ، والخالق ، والبارئ ، والرازق .
وكل ذلك ينعقد به اليمين مع القصد .

* * *

ولا تنعقد بما لا ينصرف إطلاقه إليه ، كالموجود والحي والسميع
والهصير ، ولو نوى بها الحلف ، لأنها مشتركة ، فلم يكن لها حرمة القسم .
ولو قال : وقدرة الله ، وعلم الله ، فإن قصد المعاني الموجبة للحال
لم ينعقد اليمين . وإن قصد كونه قادراً عالماً ، يجري مجرى القسم بالله
القادر العالم .
وكذا تنعقد بقوله : أقسم بالله ، وجلال الله ، وعظمة الله ، وكبرياء
الله ، وفي الكل تردد .
ولو قال : أقسم بالله ، أو أحلف بالله ، كان يميناً . وكذا لو قال :
أقسمت بالله ، أو حلفت بالله .
ولو قال : أردت الإخبار عن يمين ماضية قبيل ، لأنه إخبار عن نيته .

واو لم ينطق بلفظة الجلالة لم تنعقد . وكذا لو قال : أشهد . إلا
أن يقول : أشهد بالله . وفيه للشيخ قولان . ولا كذلك أو قال : أعزم
بالله فإنه ليس من ألفاظ القسم . ولو قال : لعمر و الله كان قسماً ،
وانعقدت به اليمين :

ولا ينعقد اليمين : بالطلاق ، ولا بالعِتاق ، ولا بالتحريم ، ولا
بالظهار ، ولا بالحَرَم ، ولا بالكعبة والمصحف والقرآن ، ولا الابوين ،
ولا بالنبي والأئمة عليهم السلام . وكذا وحق الله (١) ، فإنه حلف بحقه
لا به ، وقيل : ينعقد ، وهو بعيد .

ولا ينعقد اليمين الا بالنية . ولو حلف من غير نية ، لم تنعقد ،
سواء كان بصريح أو كناية ، وهي يمين اللغو .
والاستثناء بالمشيئة (٢) ، يوقف اليمين عن الإنعقاد ، إذا اتصل باليمين
أو انفصل ، بما جرت العادة أن الحالف لم يستوف غرضه .
ولو تراخى عن ذلك من غير عذر ، حكم باليمين ، وانغي الاستثناء
وفيه رواية مهجورة :

ويشترط في الاستثناء النطق ، ولا تكفي النية . ولو قال : لا أدخل
الدار إن شاء زيد ، فقد علّق اليمين على مشيئة . فان قال : شئت ،
انعقدت اليمين . وإن قال : لم أشأ ، لم تنعقد .
ولو جهل حاله ، إما بموت أو غيبة ، لم ينعقد اليمين لفوات الشرط .

(١) المسالك ٣ / ١٥٠ : قد يراد به ما يجب على عباده من العبادات التي أمر
بها . . . وقد يراد به القرآن . . . وقد يراد به الله الحق كغيره من الصفات
الراجعة إلى ذاته . . .

(٢) ن : المراد بالاستثناء بالمشيئة هنا ، أن يقول بعد اليمين : إنشاء الله ،
فاذا عقب اليمين بها ، لم يحنث بالفعل المحلوف عليه ، ولم يلزمه الكفارة . . .

ولو قال : لأدخلن الدار إلا أن يشاء زيد ، فقد عقد اليمين ، وجعل الاستثناء مشيئة زيد . فان قال : زيد ، قد شئت ألا تدخل ، وقفت اليمين لان الاستثناء من الإثبات نفي .
ولو قال : لا دخلت إلا أن يشاء فلان ، فقال : قد شئت أن يدخل فقد سقط حكم اليمين ، لأن الاستثناء من النفي إثبات .
ولا يدخل الاستثناء في غير اليمين ، وهل يدخل في الإقرار ؟ فيه تردد ، والاشبه أنه لا يدخل .
والحروف التي يقسم بها : الباء ، والواو ، والتاء . وكذا لو خفض ولوى القسم ، من دون النطق بحرف القسم ، على تردد ، أشبهه الانعقاد .
ولو قال : ها الله ، كان يمينا (١) ، وفي أيمن الله تردد ، من حيث هو جمع يمين . ولعل الإعقاد أشبهه لأنه موضوع للقسم بالعرف ، وكذا : أيم الله ، ومُنُّ الله ، ومَ الله .

الثاني

في الحالف

ويعتبر فيه : الهلوع ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد :
فلا ينعقد : يمين الصغير ، والمجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الغضبان إلا أن يملك نفسه .
وينعقد اليمين بالقصد . وتصح اليمين من الكافر ، كما تصح من المسلم

(١) المسالك ٣ / ١٥١ : مما يقسم به لغة ، ها الله ، فاذا قيل : لا ها الله ما فعلت فتقديره لا والله ، وها الله للتنبيه ، يؤتى بها في القسم عند حذف حرفه . . .

وقال في الخلاف : لا تصح . وفي صحة التكفير منه (١) ، تردد ،
منشأه الإلتفات الى اعتبار نية القرابة .
ولا تنعقد من الولد مع والده ، إلا مع إذنه . وكذا يمين المرأة ،
والمملوك ، إلا أن يكون اليمين في فعل واجب أو ترك قبيح .
ولو حلف أحد الثلاثة في غير ذلك ، كان للأب والزوج والمالك حل
اليمين ولا كفارة . ولو حلف بالصريح ، وقال : لم أُرِد اليمين ، قُبيل
منه ودين بنيهته .

الثالث

في : متعلق اليمين

وفيه مطالب :

الاول : لا ينعقد اليمين على الماضي

نافية كانت أو مثبتة . ولا تجب بالحنث فيها للكفارة ، ولو
تعمد الكذب .

ولأنما تنعقد على المستقبل ، بشرط أن يكون واجهاً ، أو مندوباً ، أو
ترك قبيح ، أو ترك مكروه ، أو على مباح يتساوى فعله وتركه ، أو يكون
البر أرجح : ولو خالف أثم ولزمته الكفارة .

ولو حلف على ترك ذلك ، لم تنعقد ولم يلزمه الكفارة ، مثل أن

(١) مرجع الضمير : الكافر .

يحلف لزوجته أن لا يتزوج ، أو لا يتسرّى ، أو تحلف هي كذلك ، أو تحلف أنها لا تخرج معه ، ثم احتاجت الى الخروج .
 ولا تنعقد على فعل الغير ، كما لو قال : والله لنفعلن ، فانها لا تنعقد في حق المقسم عليه ، ولا المقسيم .
 ولا تنعقد على مستحيل ، كقوله : والله لأصعدن السماء ، بل تقع لاغية . وإنما تقع على ما يمكن وقوعه . ولو تجدد المعجز ، انحلت اليمين ، كأن يحلف ليحجّ في هذه السنة فيعجز .

المطلب الثاني : في الأيمان المتعلقة بالمأكل والمشرب

وفيه مسائل :

« الأولى » : اذا حلف ان لا يشرب من لبن عنز له ، ولا يأكل من لحمها ، لزمه الوفاء . وبالمخالفة الكفارة ، إلا مع الحاجة الى ذلك . ولا يعدّ آها التحريم ، وقيل : يسري التحريم الى أولادها ، على رواية فيها ضعف .
 « الثانية » : اذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، لم يحنث بأكل ما يشتره زيد وعمرو ، ولو اقتسماه ، على تردد . ولو اشترى كل واحد منهما طعاماً وخلطاه ، قال الشيخ : إن أكل زيادة عن النصف حنث ، وهو حسن . ولو حلف لا يأكل ثمرة معينة ، فوقعت في ثمر ، لم يحنث إلا بأكله أجمع أو بتيقن أكلها . ولو تلف منه ثمرة لم يحنث بأكل الباقي مع الشك .
 « الثالثة » : اذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً ، فأكله اليوم ، حنث لتحقق المخالفة ، ويلزمه التكفير معجلاً . وكذا لو هلك الطعام قبل الغد أو في الغد . هشي من جهته . ولو هلك من غير جهته ، لم يكفّر .
 « الرابعة » : لو حلف : لا شربت من الفرات ، حنث بالشرب

من مائها ، سواء كرع منها أو اغترف بيده أو بإناء : وقيل : لا يحنث
إلا بالكرع منها ، والأول هو العرف .

« الخامسة » : إذا حلف : لا أكلت رؤوساً ، انصرف الى ما جرت
العادة بأكله غالباً ، كرؤوس البقر والغنم والإبل . ولا يحنث برؤوس
الطيور والسمك والجراد ، وفيه تردد . ولعل الاختلاف عادي . وكذا
لو حلف : لا يأكل لحماً ، وهنا يقوى أنه يحنث بالجميع . ولو حلف :
لا يأكل شحماً ، لم يحنث بشحم الظهر ، ولو قيل : يحنث عادة ، كان
حسناً . وإن قال : لا ذقت شيئاً فضغته ولفظه ، قال الشيخ : يحنث ،
وهو حسن .

« السادسة » : إذا قال : لا أكلت سميناً ، فأكله مع الخبز ،
حنث . وكذا أو أذابه على الطعام وبقي متميزاً . أما لو : حلف لا يأكل
لبناً ، فأكل جبناً أو سميناً أو زبداء ، لم يحنث .
« السابعة » : لو قال : لا أكلت من هذه الخنطة ، فطحنها دقيقاً
أو سويقاً ، لم يحنث . وكذا لو حلف : لا آكل الدقيق ، فخبزه وأكله .
وكذا لو حلف : لا يأكل لحماً ، فأكل لانيّة ، لم يحنث . وهل يحنث
بأكل الكبد والقلب ؟ فيه تردد .

« الثامنة » : لو حلف لا يأكل بسرائاً فأكل منصفاً (١) ، أو لا يأكل
رطباً فأكل منصفاً ، حنث ، وفيه قول آخر ضعيف .

« التاسعة » : اسم الفاكهة يقع على الرمان والعنب والرطب ، فتى
حلف لا يأكل فاكهة ، حنث بأكل كل واحد من ذلك ، وفي البطيخ
تردد . والأدام اسم لكل ما يؤتدّم به ، ولو كان ملحاً أو مائعاً كالديبس
أو غير مائع كاللحم .

« العاشرة » : إذا قال لا شربت ماء هذا الكوز ، لم يحنث إلا

(١) المسالك ٣ / ١٥٥ : وهو الذي صار نصف الواحدة منه رطبة ، ونصفها بقي بسرائاً .

بشرب الجميع . وكذا لو قال : لا شربت ماءه . ولو قال : لا شربت ماء هذا البئر ، حنث بشرب البعض ، اذ لا يمكن صرفه الى ارادة الكل . وقيل : لا يحنث ، وهو حسن .

« الحادية عشرة » : لو قال : لا اكلت هذين الطعامين ، لم يحنث باحدهما . وكذا لو قال : لا اكلت هذا الخبز وهذا السمك ، لم يحنث إلا بأكلهما ، لأن الواو العاطفة للجمع ، فهي كالف التثنية . وقال الشيخ : لو قال : لا كلمت زيدا وعمراً ، فكلمت احدهما ، حنث لأن الواو ينوب مناب الفعل ، والأول أصح .

« الثانية عشرة » : اذا حلف لا آكل ختلاً ، فاصطغ (١) به ، حنث . ولو جعله في طبيخ ، فأزال عنه التسمية ، لم يحنث . « الثالثة عشرة » : لو قال : لا شربت لك ماء من عطش ، فهو حقيقة في تحريم الماء . وهل يتعدى الى الطعام ؟ قيل : نعم عرفاً ، وقيل : لا تمسكاً بالحقيقة .

المطلب الثالث : في المسائل المختصة بالبيت والدار

« المسألة الاولى » : اذا حلف على فعل ، فهو يحنث بابتدائه ، ولا يحنث باستدامته ، إلا ان يكون الفعل ينسب الى المسدة ، كما ينسب الى الابتداء . فاذا قال : لا آجرت هذه الدار ، او لا بعثتها ، أو لا وهبتها ، تعلقت اليمين بالابتداء لا بالاستدامة . أما لو قال : لا سكنت هذه الدار ، وهو ساكن فيها ، أو لا أسكنت زيدا وزيد ساكن فيها ، حنث باستدامة السكنى أو الاصلحان . ويبرر بخروجه عقيب اليمين . ولا يحنث بالعود لا للسكنى بل لنقل رحله . وكذا البحث في استدامة اللبس والركوب : أما للتطيب ففيه تردد ، ولعل الاشبه أنه لا يحنث بالاستدامة ، وكذا لو قال : لا

(١) المسالك ٣ / ١٥٦ : جملة أداماً للخبز .

دخلت داراً ، حنث بالابتداء دون الاستدامة .

« الثانية » : اذا حلف : لا دخلت هذه الدار ، فان دخلها أو شيئاً منها أو غرفة من غرفها ، حنث ولو نزل اليها من سطحها . أما اذا نزل الى سطحها لم يحنث ولو كان محجراً . واو حلف : لا أدخل بيتاً فدخل غرفته لم يحنث . ويتحقق الدخول ، اذا صار بحيث لو رد بابه ، كان من ورائها .

« الثالثة » : اذا حلف : لا دخلت بيتاً ، حنث بدخول بيت الحاضرة ، ولا يحنث بدخول بيت من شعير أو آدم . ويحنث بهما البدوي ومن له عادة بسكناه . ولو حلف : لا دخلت دار زيد ، أو لا كلمت زوجته أو لا استخدمت عبده ، كان التحريم تابعاً للملك . فتي خرج شيء من ذلك عن ملكه ، زال التحريم . أما لو قال : لا دخلت دار زيد هذه تعلق التحريم بالعين ولو زال الملك ، وفيه قول بالمساواة حسن .

« الرابعة » : اذا حلف : لا دخلت داراً ، فدخل براحاً كان داراً لم يحنث . أما لو قال : لا دخلت هذه الدار ، فانهدمت وصارت براحاً قال الشيخ رحمه الله : لا يحنث ، وفيه إشكال ، من حيث تعلق اليمين بالعين ، فلا إعتبار بالوصف . ولو حلف : لا دخلت هذه الدار من هذه الباب ، فدخل منها ، حنث . ولو حولت الباب عنها ، الى باب مستأنف فدخل بالأولى ، قيل : يحنث ، لأن الباب التي تناولها اليمين باقية على حالها ولا اعتبار بالحنث الموضوع ، وهو حسن . ولو قال : لا دخلت هذه الدار من بابها ، ففتح لها باب مستأنف ، فدخل به ، حنث لأن الاضافة متحققة فيها .

« الخامسة » : اذا حلف : لا دخلت أو لا أكلت أو لا لبست اقتضى التأبيد . فان ادعى أنه نوى مدة معينة ، دين بليته .

واو حلف : لأدخل على زيد بيتاً ، فدخل عليه وعلى عمرو ، ناسياً أو جاهلاً بكونه فيه ، فلا حنث . وإن دخل مع العلم حنثاً ، سواء نوى الدخول على عمرو خاصة أو لم ينو ، والشيخ فصل . وهل بحنث بدخوله عليه في المسجد أو في الكعبة ؟ قال الشيخ : لا ، لأن ذلك لا يسمى بيقاً في العرف ، وفيه إشكال ، يبنى على ممانعته دعوى العرف . أما لو قال : لا كلمت زيدا فسلم على جماعة فيهم زيد ، وعزله بالنبة ، صح . وإن أطلق ، حنث مع العلم .

« السادسة » : قال الشيخ رحمه الله : اسم البيت لا يقع على الكعبة ولا على الحمام ، لأن البيت ما جعل بازاء السكنى ، وفيه إشكال ، يُعرف من قوله تعالى : « وليطوفوا بالبيت العتيق » (١) ، وفي الحديث : « نعم البيت الحمام » . قال : وكذا الدهليز والصفة (٢) .

المطلب الرابع في مسائل العقود

« الأولى » : العقد اسم للإيجاب والقبول ، فلا يتحقق إلا بهما ، فإذا حلف ليبيعن لا يبرء ، إلا مع حصول الإيجاب والقبول . وكذا لو حلف ليهبين . وللشيخ في الهبة قولان : أحدهما أنه يبرء بالإيجاب ، وليس بمعتمد . « الثانية » : إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد ولا يبرء بالبيع الفاسد لو حلف ليبيعن . وكذا غيره من العقود . « الثالثة » : قال الشيخ : الهبة اسم لكل عطية متبرع بها ، كالهدية والنسحة والعمرى والوقف والصدقة . ونحن نمنع الحكم في العمرى والنسحة

(١) الحج : ٢٢ / ٣٠ .

(٢) المسالك ٣ / ١٥٨ : الدهليز : هو ما دخل عن باب الدار ، بينه وبينها ؛

والصفة : وهي الرواق في الدار . . .

إذ يتناولان المنفعة ، والهبة تتناول العين : وفي الوقف والصدقة تردد ،
منشأه متابعة العرف في أفراد كل واحد باسم .
« الرابعة » : إذا حلف لا يفعل ، لم يتحقق الحنث إلا بالمباشرة .
فاذا قال : لا بعث ولا اشتريت ، فوَكَّلَ فيه لم يحنث . أما لو قال :
لا بنيت بيتاً ، فبناه للبناء بأمره أو استيجاراه ، قيل : يحنث نظراً الى
العرف : والوجه أنه لا يحنث إلا بالمباشرة ، ولو قال : لا ضربت ، فأمر
بالضرب ، لم يحنث ، وفي السلطان (١) تردد ، أشبه أنه لا يحنث إلا
بالمباشرة . ولو قال : لا أستخدم فلاناً ، فخدمه بغير إذنه ، لم يحنث .
ولو توكل لغيره في البيع والشراء ، ففيه تردد ، والأقرب الحنث المحقق
المعنى المشتق منه (٢) :

« الخامسة » : لو قال : لا بعث الخمر فباعه ، قيل : لا يحنث
ولو قيل : يحنث كان حسناً ، لأن اليمين ينصرف الى صورة البيع ،
فكأنه حلف أن لا يوقع صورة البيع . وكذا لو قال : لا بعث مال زيد
قهرأ . ولو حلف ليبيعن الخمر ، لم تنعقد يمينه .

المطلب الخامس : في مسائل متفرقة

« الاولى » : اذا لم يعيّن - لِمَا حلف - وقتاً ، لم يتحقق الحنث
إلا عند غلبة الظن بالوفاة ، فيتعين قبل ذلك الوقت بقدر إيقاعه ، كما اذا
قال : لأقضيّن حقه أو لأعطينه شيئاً ، لأصومن أو لأصليّن .
« الثانية » : اذا حلف ليضربن عبده مئة سوط ، قيل : يجزي

(١) المسالك ٣ / ١٥٩ : أو نحوه من يترفع عن مباشرة الضرب .

(٢) ن : لان البايع والمشتري مشتقان من البيع والشراء ، وقد تحقق المعنى المشتق
منه ، لانه أعم من وقوعه لنفسه ولغيره .

الضغث (١) ، والوجه لصراف اليمين الى الضرب بالآلة المعتادة ، كالسوط والخشبة . نعم ، مع الضرورة ، كالخوف على نفس المصروب ، يجزي الضغث . وهذا اذا كان الضرب مصلحة ، كاليمين على إقامة الحد ، أو التعزير المأمور به . أما التأديب على شيء من المصالح الدنيوية ، فالأولى العفو ، ولا كفارة . ويعتبر في الضغث ، أن يصيب كل قضيب جسده ، ويكفي ظن وصولها اليه ، ويجزي ما يُسَمَّى به ضارباً .

« الثالثة » : اذا حلف : لا ركبت دابة العبد ، لم يحنث بركوبها لأنها ليست له حقيقة . وإن إضيفت اليه ، فعلى المجاز : أما لو قال : لا ركبت دابة المكاتب ، حنث بركوبها ، لأن تصرف المولى ينقطع عن أمواله ، وفيه تردد .

« الرابعة » : البشارة إسم الإخبار الأول بالشيء السار . فلو قال : لأُعطيَنَّ من بشرني بقدوم زيد ، فبشره جماعة دفعةً استحقوا . ولو تتابعوا كانت العطية للأول . وليس كذلك ، لو قال : من أخبرني ، فإن الثاني يُخبر كالأول .

« الخامسة » : إذا قال : أول من يدخل داري فله كذا ، فدخله واحد ، فله وإن لم يدخل غيره . ولو قال : آخر من يدخل ، كان لآخر داخل قبل موته ، لأن إطلاق الصفة يقتضي وجودها في حال الحياة .

« السادسة » : اذا حلف : لا شربت الماء ، أو لا كلمت الناس تناولت اليمين كل واحد من افراد ذلك الجنس .

« السابعة » : اسم المال يقع على العين والدين ، الحال والمؤجل . فاذا حلف ليتصدقنَّ بماله لم يبرَّ إلا بالجميع .

(١) المسالك ٣ / ١٥٩ : الضغث وهو لغة ملاء اليد من الحشيش ونحوه ، والمراد هنا ضربة بقبضة تشتمل على عدد من القضبان والسياط ونحوها .

« الثامنة » : يقع على القرآن اسم الكلام ، وقال الشيخ : لا يقع عرفاً ، وهو يشكل بقوله تعالى : « . . . حتى يسمع كلام الله » (١) : ولا يحنث بالكتابة والإشارة لو حلف ألا يتكلم .

« التاسعة » : الحُلِّيّ يقع على الخاتم واللؤلؤ ، فلو حلف لا يلبس الحلي ، حنث بلبس كل واحد منهما .

« العاشرة » : التَسْرِيّ هو وطء الأمة . وفي اشتراط التحذير نظر (٢) .

« الحادية عشرة » : اذا حلف ، لأقضيّن دين فلان إلى شهر ، كان غاية . ولو قال : إلى حين أو زمان ، قال الشيخ : يحمل على المدة ، التي حمل عليها نذر الصيام ، وفيه إشكال ، من حيث هو تعدّد عن موضع النقل . وما عداه ، إن فهم المراد به ، والا كان مبهماً .

« الثانية عشرة » : الحنث يتحقق بالمخالفة لإختياراً ، سواء كان بفعله أو فعل غيره . كما لو حلف لا أدخل بلدأ ، فدخله بفعله ، أو قعد في سفينة فسارت به ، أو ركب دابةً ، أو حمّله إنسان . ولا يتحقق الحنث بالإكراه ، ولا مع النسيان ، ولا مع عدم العلم .

الرابع

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : الأيمان الصادقة كلها مكروهة ، ويتأكد الكراهة في

(١) التوبة : ٧ / ٩ .

(٢) المسالك ٣ / ١٦١ : اختلف في معنى التبري ، فذهب بعضهم الى أنه يحصل بثلاثة امور ، ستر الجارية عن أعين الناس المعبر عنه بالتحذير ، والوطني ، والانزال ...

الغموس على اليسير من المال (١) . نعم ، أو قصد دفع المظلمة ، جاز وربما وجبت ، ولو كذب . لكن إن كان يحسن التورية ، ورعى وجوباً . ومع اليمين ، لا إثم ولا كفارة ، مثل أن يحلف ليدفع ظالماً عن إنسانٍ أو مالهٍ أو عرضه .

« الثانية » : اليمين بالبراءة من الله سبحانه ، أو من رسوله صلى الله عليه وآله ، لا تنعقد ولا تجب بها كفارة ، ويأثم ولو كان صادقاً . وقيل : تجب بها كفارة ظهار ، ولم أجد به شاهداً . وفي توقيع العسكري عليه السلام الى محمد بن يحيى ، بطعم عشرة مساكين ، ويستغفر الله . ولو قال : هو يهودي ، أو نصراني ، أو مشرك إن كان كذا ، لم تنعقد وكان لغواً .

« الثالثة » : لا يجب التكفير ، إلا بعد الحنث . ولو كفر قبله ، لم يجزئه :

« الرابعة » : لو أعطى الكفارة كافراً ، أو من تجب عليه نفقته ، فإن كان عالماً لم يجزئه . وإن جهل فاجتهد ، ثم بان له ، لم يعد . وكذا لو أعطى من يظن فقره فبان غنياً ، لأن الإطلاع على الأحوال الباطنة يعمسّر . « الخامسة » : لا يجزي في التكفير بالكسوة ، إلا ما يسمى ثوباً . ولو أعطاه قلنسوة أو خفياً لم يجزه ، لأنه لا يسمى كسوة ، ويجزي الغسل من الثياب لتناول الاسم .

« السادسة » : إذا مات ، وعليه كفارة مرتبة ولم يوص ، اقتصر على أقل رتبة تجزي . وإن أوصى بقيمة تزيد عن ذلك ، ولم يجز للوارث

(١) المسالك ٣ / ١٦٢ : المعهود بين الفقهاء وأهل اللغة ، أن اليمين الغموس هي الحلف على الماضي ، كاذباً متعمداً ، بأن يحلف انه ما فعل ، وقد كان فعل ، أو بالعكس وانها سميت غموساً لأنها تغمس الحالف في الذنب أو النار

كانت قيمة المجزي من الأصل ، والزيادة من الثلث . وان كانت الكفارة
مخيرة ، اقتصر على أقل الخصال قيمة . واو أوصى بما هو أعلى ، ولم
يجز الورثة ، فان خرج من الثلث فلا كلام ، والا اخرجت قيمة الخصلة
الدنيا من الاصل ، وثالث الباقي . فان قام بما أوصى به ، وإلا بطلت
الوصية بالزائد • واقصر على الدنيا .

« السابعة » : اذا انعقدت يمين العبد ثم حنث وهو رق ، ففرضه
الصوم في الكفارات ، مخيرتها ومرتبها . ولو كفر بغيره من عتق أو
كسوة أو إطعام ، فان كان بغير اذن المولى لم يجزه ، وإن اذن أجزاءه
وقيل : لا يجزيه ، لأنه لا يملك بالتملك والأول أصح . وكذا لو اعتق
عنه المولى باذنه .

« الثامنة » : لا ينعقد يمين العبد بغير اذن المولى ، ولا يلزمه الكفارة
وان حنث اذن له المولى في الحنث أو لم يأذن . أما لو اذن له في اليمين
فقد انعقدت . ولو حنث باذنه ، فكفر بالصوم ، لم يكن للمولى منعه .
ولو حنث من غير اذنه ، كان له منعه . ولو لم يكن الصوم مضراً ،
وفيه تردد :

« التاسعة » : إذا حنث بعد الحرية ، كفر كالحر : ولو حنث ثم
اعتق ، فالإعتبار بحال الأداء . فان كان موسراً ، كفر بالعتق أو الكسوة
أو الإطعام . ولا ينتقل الى الصوم الا مع العجز . هذا في المرتبة ، وفي
المخيرة يكفر بأي خصالها شاء .

كِتَابُ النَّذْرِ

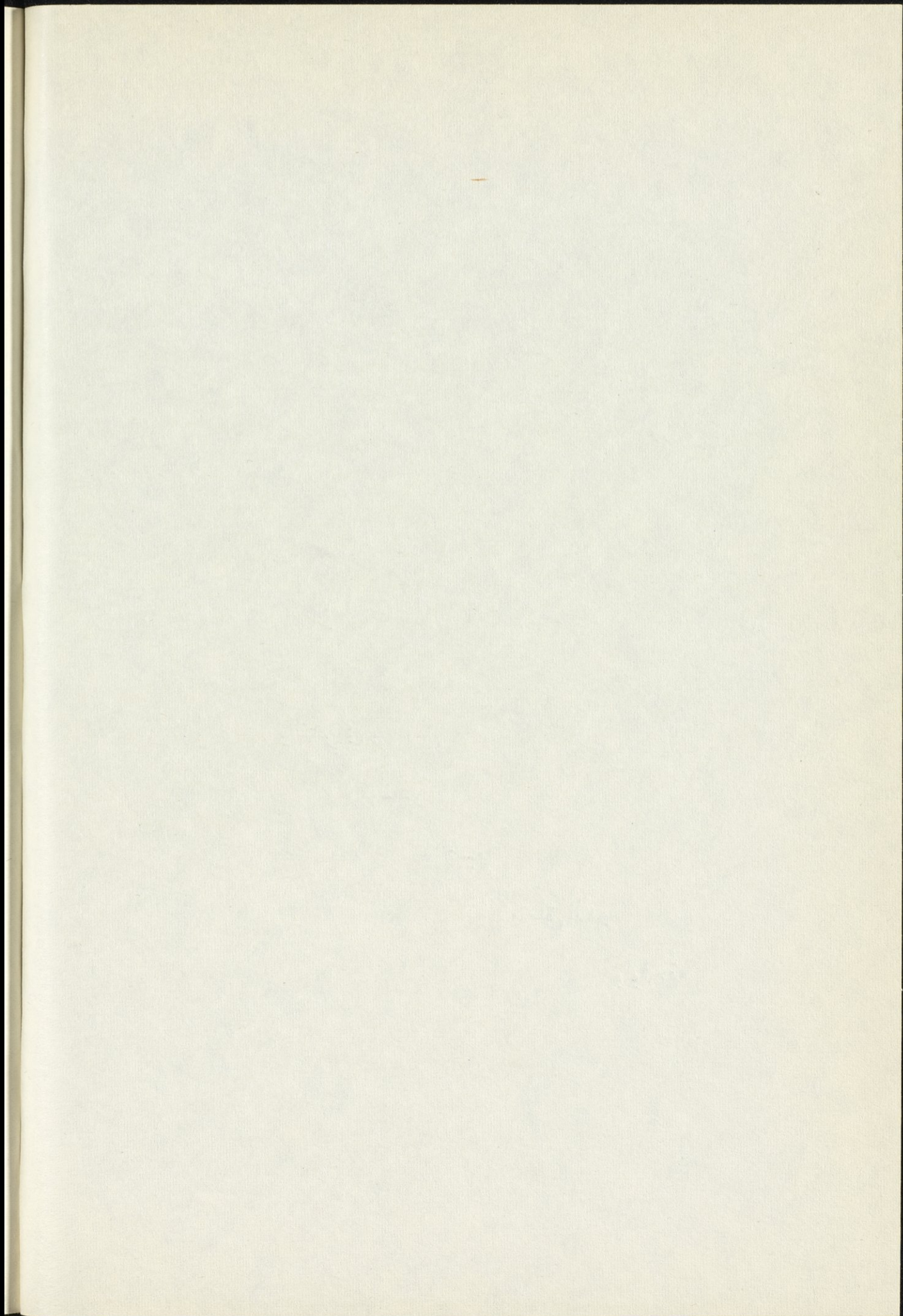
والنظر في :

الناذر

والصيغة

ومتعلق النذر

ولواحقه



النَّظَرُ الْأَوَّلُ

في : الناذر *

أما الناذر :

فهو : البالغ ، العاقل ، المسلم .
فلا يصح : من الصبي . . ولا من المجنون . . ولا من الكافر ، لعذر
نية القربة في حقه ، واشتراطها في النذر .
لكن لو نذر فأسلم ، استحب له الوفاء .
ويشترط في نذر المرأة بالتطوعات إ إذن الزوج . وكذا يتوقف نذر
المملوك على إذن المالك . فلو بادَرَ ، لم ينعقد وان تحرر ، لانه وقع
فاسداً . وان اجاز المالك ، ففي صحته تردد ، أشبهه اللزوم .
ويشترط فيه القصد . فلا يصح من المكثره ، ولا السكران ، ولا
الغضبان الذي لا قصد له .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الصيغة *

وأما الصيغة :

فهي : إما بـ"ر" ، أو زجر ، أو تبرع .

فالبر : قد يكون شكراً للنعمة ، كقوله : إن أُعْطِيتُ مالاً أو ولدًا
أو قدم المسافر فله عليّ كذا . وقد يكون دفعاً لبلية ، كقوله : ان بري
المريض أو تخطأني المكروه فله علي كذا .
والزجر : أن يقول : ان فعلت كذا فله علي كذا ، أو إن لم أفعل
كذا فله علي كذا .

والتبرع : أن يقول : لله علي كذا .
ولا ريب في إنعقاد النذر بالأوليين ، وفي الثالثة خلاف ، والانعقاد أصح .
ويشترط مع الصيغة نية القرية . فلو قصد منع نفسه بالنذر لا لله ،
لم ينعقد . ولا بد أن يكون الشرط في النذر سائغاً ، إن قصد الشكر والجزاء
طاعة . ولا ينعقد النذر بالطلاق ولا بالعتاق .

** النَّظَرُ الثَّلَاثُ **

في : متعلق النذر *

وأما متعلق النذر :

فضابطه : أن يكون طاعةً ، مقدوراً للفاخر : فهو إذن مخلص
بالعبادات : كالحج ، والصوم ، والصلاة ، والهدي ، والصدقة ، والعق :

* مسائل الحج *

أما الحج فنقول : لو نذره ماشياً لزم ، ويتعين من بلد النذر :

وقيل : من الميقات : ولو حجَّ راكباً مع القدرة ، أعاد : ولو ركب بعضاً ، قضى الحجَّ ومشى ما ركب . وقيل : ان كان النذر مطلقاً ، أعاد ماشياً . وان كان معيماً بسنة ، لزمه كعمارة خُلف النذر ، والاول مروى . ولو عجز الناذر عن المشي ، حجَّ راكباً ، وهل يجب عليه سياق بُدنة ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا يجب بل يستحب وهو الاشبه . ويحتمل ان نذر أن يحج راكباً فحسب . ويقف ناظر المشي في السفينة لانه أقرب الى شبهة المشي والوجه الاستحباب ، لأن المشي يسقط هنا عادة . ويسقط المشي عن ناظره بعد طواف النساء .

فروع

لو نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام ، انصرف الى بيت الله سبحانه بمكة . وكذا لو قال : الى بيت الله واقتصر ، وفيه قول بالبطلان الا أن ينوي غيره (١) .
ولو قال : أن أمشي الى بيت الله لا حاجاً ولا معتمراً ، قيل : ينعقد بصدر الكلام وتلغو الضميمة . وقال الشيخ : يسقط النذر ، وفيه إشكال ينشأ من كون قصد بيت الله طاعة .
ولو قال : أن أمشي واقتصر ، فان قصد موصفاً انصرف الى قصده وان لم يقصد لم ينعقد نذره ، لأن المشي ليس طاعة في نفسه .
ولو نذر إن رزق ولداً يحج به أو يحج عنه ثم مات . حجَّ بالولد أو عنه من صلب ماله .
ولو نذر أن يحج ، ولم يكن له مال ، فحج عن غيره ، أجزأ عنها على تردد .

(١) وفي « ٢٥٩ / ٣ » : « الحرام » بدلا من « غيره » .

مسائل الصوم

ولو نذر صوم أيام معدودة ، كان مخيراً بين التتابع والتفريق ، إلا مع شرط التتابع .

والمبادرة بها أفضل (١) ، والتأخير جائز .

ولا ينعقد نذر الصوم ، إلا أن يكون طاعةً . فلو نذر صوم العيدين أو أحدهما ، لم ينعقد . وكذا لو نذر صوم أيام التشريق بمنى . وكذا لو نذرت صوم أيام حيضها .

وكذا لا ينعقد ، إذا لم يكن ممكناً ، كما لو نذر صوم يوم قدوم زيد ، سواء قدم ليلاً أو نهاراً . أما ليلاً فلعدم الشرط ، وأما نهاراً فلعدم التمكن من صيام اليوم المذكور فيه ، وفيه وجه آخر .

ولو قال : لله علي أن أصوم يوم قدومه دائماً ، سقط وجوب اليوم الذي جاء فيه . ووجب صومه فيما بعد . ولو اتفق ذلك اليوم في رمضان صامه عن رمضان خاصة . وسقط النذر فيه ، لأنه كالمستثنى ولا يقضيه . ولو اتفق ذلك يوم عيد ، أفطره إجماعاً . وفي وجوب قضاؤه خلاف ، والأشبه عدم الوجوب .

ولو وجب - على ناذر ذلك اليوم - صوم شهرين متتابعين في كفارة قال الشيخ : صام في الشهر الأول من الأيام عن الكفارة ، تحصيلاً للتتابع . فاذا صام من الثاني شيئاً ، صام ما بقي من الأيام عن النذر ، لسقوط التتابع . وقال بعض المتأخرين : يسقط التكليف بالصوم ، لعدم إمكان التتابع ، ويلتقل للفرض إلى الإطعام ، وليس شيئاً . والوجه صيام ذلك اليوم ، وإن تكرر عن النذر . ثم لا يسقط به التتابع ، لا في الشهر الأول

(١) المسالك ٣ / ١٦٧ : لا إشكال في استحباب المبادرة ، لما فيها من المسارعة إلى

سبب المغفرة المأمور بها . . .

ولا الآخر ، لأنه عذر لا يمكن الاحتراز منه . ويتساوى في ذلك ، تقدمُ وجوب التكفير على النذر وتأخره .

وإذا نذر صوماً ، مطلقاً ، فأقله يوم . وكذا لو نذر صدقةً ، اقتصر على أقل ما يتناوله الاسم .

وأو نذر الصيام في بلد معين ، قال الشيخ : صام أين شاء ، وفيه تردد .

ومن نذر أن يصوم زماناً ، كان خمسة أشهر . ولو نذر حيناً ، كان ستة أشهر . ولو نوى غير ذلك عند النذر لزمه ما نوى .

مسائل الصلاة :

إذا نذر صلاةً ، فأقل ما يجزيه ركعتان . وقيل : ركعةً ، وهو حسن . وكذا لو نذر أن يفعل قربةً - ولم يعينها - كان مخيراً ، إن شاء صام ، وإن شاء تصدق بشيء ، وإن شاء صلى ركعتين ، وقيل : يجزيه ركعة . ولو نذر الصلاة في مسجدٍ معين ، أو مكانٍ معين من المسجد ، لزمَ لأنه طاعة .

أما لو نذر الصلاة ، في مكانٍ لا مزيةً فيه للطاعة على غيره ، قيل : لا يلزم ، وتجب الصلاة ، ويجزي إيقاعها في كل مكان ، وفيه تردد . ولو نذر الصلاة في وقتٍ مخصوص ، لزمَ .

مسائل العتق :

إذا نذر عتق عبد مسلم ، لزم النذر . ولو نذر عتق كافر غير معين ، لم ينقذ ، وفي المعين خلاف ، والأشبه أنه لا يلزم .

ولو نذر عتق رقبة ، أجزأته الصغيرة والكبيرة ، والصحيحة والمعيبة
إذا لم يكن العيب موجباً للعتق .
ومن نذر أن لا يبيع مملوكاً ، لزمه النذر ، وإن اضطر إلى بيعه ، قيل :
لم يجز ، والوجه الجواز مع الضرورة .
ولو نذر عتق كل عبد قديم ، لزمه إعتاق من مضى عليه في ملكه ستة أشهر .

مسائل الصدقة :

إذا نذر أن يتصدق واقترع ، لزمه ما يسمى صدقة وإن قل .
ولو قيده بقدر ، تعين عليه .
ولو قال بمال كثير ، كان ثمانين درهماً .
ولو قال : خطير أو جليل ، فسره بما أراد . ومع تهذر التفسير
بالموت ، يرجع إلى الولي .
ولو نذر الصدقة في موضع معين ، وجب : ولو صرفها في غيره ،
أعاد الصدقة بمثلها فيه .
ومن نذر أن يتصدق بجميع ما يملكه ، لزمه النذر . فإن خاف
الضرر ، قوم ماله ، وتصدق أولاً فأولاً ، حتى يعلم أنه قام بقدر ما لزم .
ومن نذر أن يخرج شيئاً من ماله في سبيل الخير ، تصدق به على فقراء
المؤمنين ، أو في عمرة ، أو حج ، أو في زيارة ، أو في شيء من مصالح المسلمين .

مسائل الهدي :

إذا نذر أن يهدي هديّة ، انصرف الإطلاق إلى الكعبة ، لأنه الاستعمال
الظاهر في عرف الشرع .
ولو نوى بمنى ، لزم .

ولو نذر الهدي الى غير الموضعين (١) ، لم ينعقد لأنه ليس طاعة .
ولو نذر أن يهدي واقتصر ، انصرف الإطلاق في المهدي الى النعم
وله أن يهدي أقل ما يسمى من النعم هدياً . وقيل : كان له أن يهدي
ولو بيضة . وقيل : يلزمه ما يجزي في الأضحية ، والأول أشبه .
ولو نذر أن يهدي الى بيت الله الحرام غير النعم ، قيل : يبطل
النذر ، وقيل : يساع ذلك ويصرف في مصالح البيت .
أما لو نذر أن يهدي عبده ، أو جاريتة ، أو دابته ، بيع ذلك وصرف
ثمنه في مصالح البيت ، أو المشهد الذي نذر له ، وفي معونة الحاج أو الزائر .
ولو نذر نحر الهدي بمكة ، وجب . وهل يتعين التفرقة بها ؟ قال الشيخ :
لعم ، عملاً بالاحتياط . وكذا بمنى .
ولو نذر نحره بغير هذين ، قال الشيخ : لا ينعقد . ويقوى أنه ينعقد
لأنه قصد الصدقة على فقراء تلك البقعة ، وهو طاعة .
ولو نذر أن يهدي بئذنة ، فان نوى من الأبل لزم . وكذا لو لم ينو
لأنها عبارة عن الأثني من الأبل .
وكل من وجب عليه بئذنة في نذر ، فان لم يجد لزمه بقرة ، وان
لم يجد فسبع شياه .

النَّظَرُ الرَّابِعُ

في : اللواحق .

وأما اللواحق : فمسائل

« الأولى » : يلزم بمخالفة النذر المنعقد كفسارة يمين ، وقيل كفارة

(١) المسالك ٣ / ١٧٠ : لأنها محل الهدي شرعاً .

من أفطر في شهر رمضان ، والاول أشهر . وإنما تلزم الكفارة ، اذا خالف عامداً ، مختاراً .

« الثالثة » : اذا نذر صوم سنة معينة ، وجب صومها أجمع ، إلا العيدين وأيام التشريق إن كان بمنى . ولا تصام هذه الايام ولا تقضى . ولو كان بغير منى ، لزمه صيام أيام التشريق . فلو أفطر عامداً - لغير عذر - في شيء من أيام السنة ، قضاه وبني إن لم يشترط التتابع وكفّر . ولو شرط ، استأنف . وقال بعض الأصحاب : إن تجاوز النصف ، جاز البناء ولو فرّق ، وهو تحكم . ولو كان لعذر ، كالمرض والحيض والنفاس بني على الحالين (١) ولا كفارة . ولو نذر صوم الدهر ، صح . ويسقط العيدين وأيام التشريق بمنى ويفطر في السفر . وكذا الحائض في أيام حيضها ولا يجب القضاء اذا لا وقت له . والسفر الضروري عذر ، لا ينقطع به التتابع ، وينقطع بالاختياري . ولو نذر صوم سنة غير معينة ، كان مخيراً بين التوالي والتفرقة ، إن لم يشترط التتابع . وله ان يصوم اثني عشر شهراً والشهر إما عدة بين هلالين ، أو ثلاثون يوماً . ولو صام شوالاً ، وكان ناقصاً ، أتمّه بيوم بدلاً عن العيد . وقيل : بيومين وهو حسن . وكذا لو كان بمنى في أيام التشريق ، فصام ذا الحجة ، قضى العيد وأيام التشريق . ولو كان ناقصاً ، قضى خمسة ايام . ولو صام سنة واحدة ، أتمها بشهر ويومين ، بدلاً عن شهر رمضان وعن العيدين ، ولم ينقطع التتابع بذلك لأنه لا يمكن الإحراز منه . ولو كان بمنى ، قضى أيام التشريق أيضاً ولو نذر صوم شهر متتابعاً ، وجب أن يتوخى ما يصح ذلك فيه : وأقله أن يصح فيه تتابع خمسة عشر يوماً . ولو شرع في ذي الحجة ، لم يجز لأن التتابع ينقطع بالعيد .

(١) سواء شرط التتابع لنفسه أم لا .

« الثالثة » : إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان ، لم ينعقد نذره ، لأن صيامه مستحق بغير النذر ، وفيه تردد .

« الرابعة » : إذا نذر المعصية ، لا ينعقد ، ولا يجب به كفارة ، كمن نذر أن يذبح آدمياً ، أباً كان أو أمّاً أو ولداً ، أو نسيباً أو أجنبياً . وكذا لو نذر لَيَقْتُلَنَّ زيدا ظلماً ، أو نذر أن يشرب خمرأ ، أو يركب محظوراً ، أو يترك فرضاً ، فكل ذلك لغو لا ينعقد . ولو نذر أن يطوف على أربع ، فقد مرت في باب الحج ، والاقرب أنه لا ينعقد .

« الخامسة » : إذا عجز الناذر عما نذره ، سقط فرضه . فلو نذر الحج فصُدَّ ، سقط النذر . وكذا لو نذر صوماً فعجز ، لكن رُوِيَ في هذا ، يتصدق عن كل يوم بمُدٍّ من طعام .

« السادسة » : العهد حكمه حكم اليمين وصورته أن يقول : عاهدت الله ، أو عليّ عهد الله ، أنه متى كان كذا ، ففعلت كذا . فان كان ما عاهد عليه ، واجباً أو مندوباً ، أو ترك مكروه أو إجتناّب محرّم ، لتزم . ولو كان بالعكس ، لم يلزم . ولو عاهد على مباح ، لزم كاليمين . ولو كان فعله أولى أو تركه ، فليفعل الأولى ، ولا كفارة . وكفارة المخالفة في العهد كفارة يمين ، وفي رواية كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان ، وهي الأشهر .

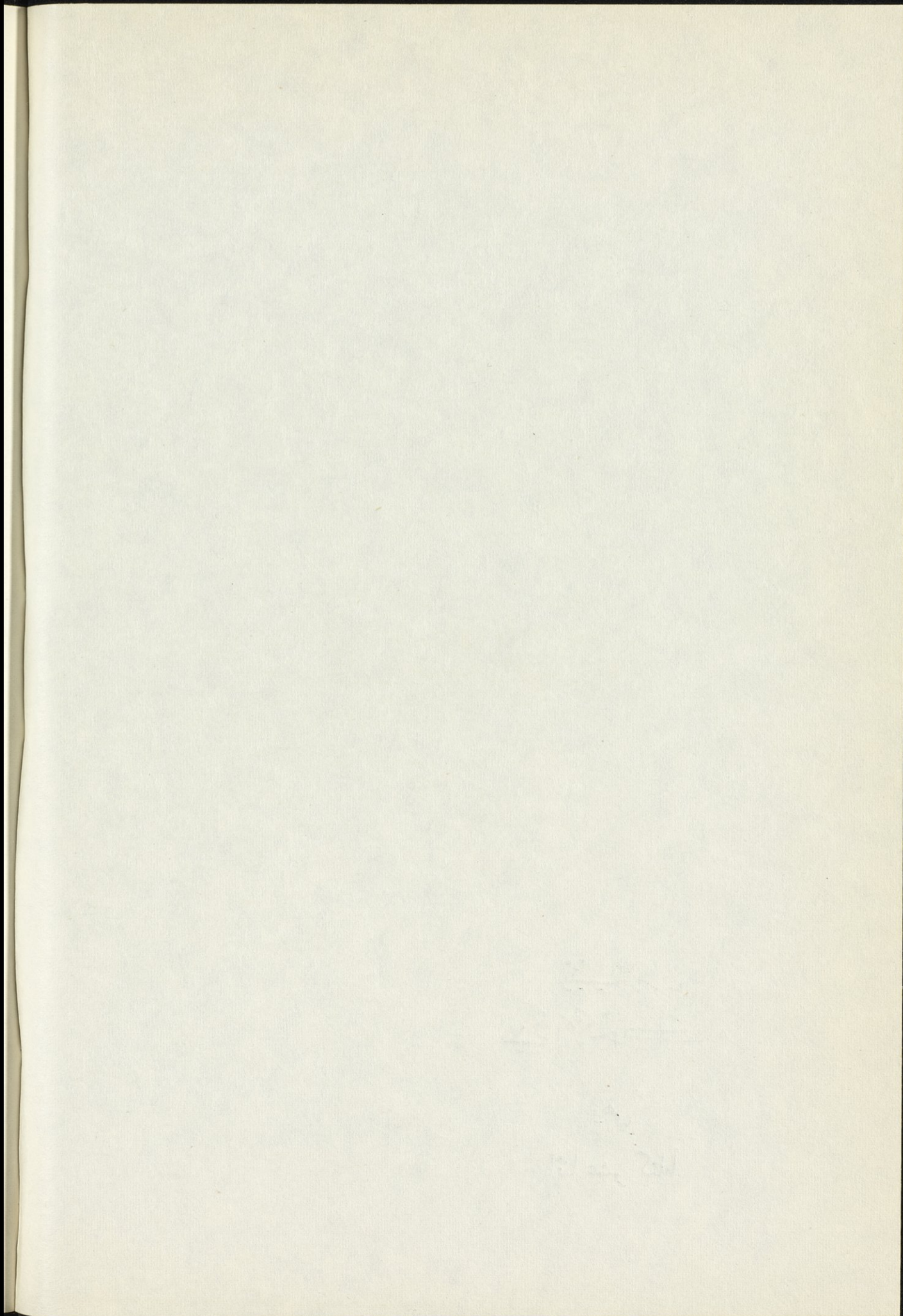
« السابعة » : العهد والنذر ينعقدان بالنطق ، وهل ينعقدان بالضمير والإعتقاد ؟ قال بعض الأصحاب : نعم ، والوجه أنها لا ينعقدان إلا بالنطق .

تم قسم الايقاعات

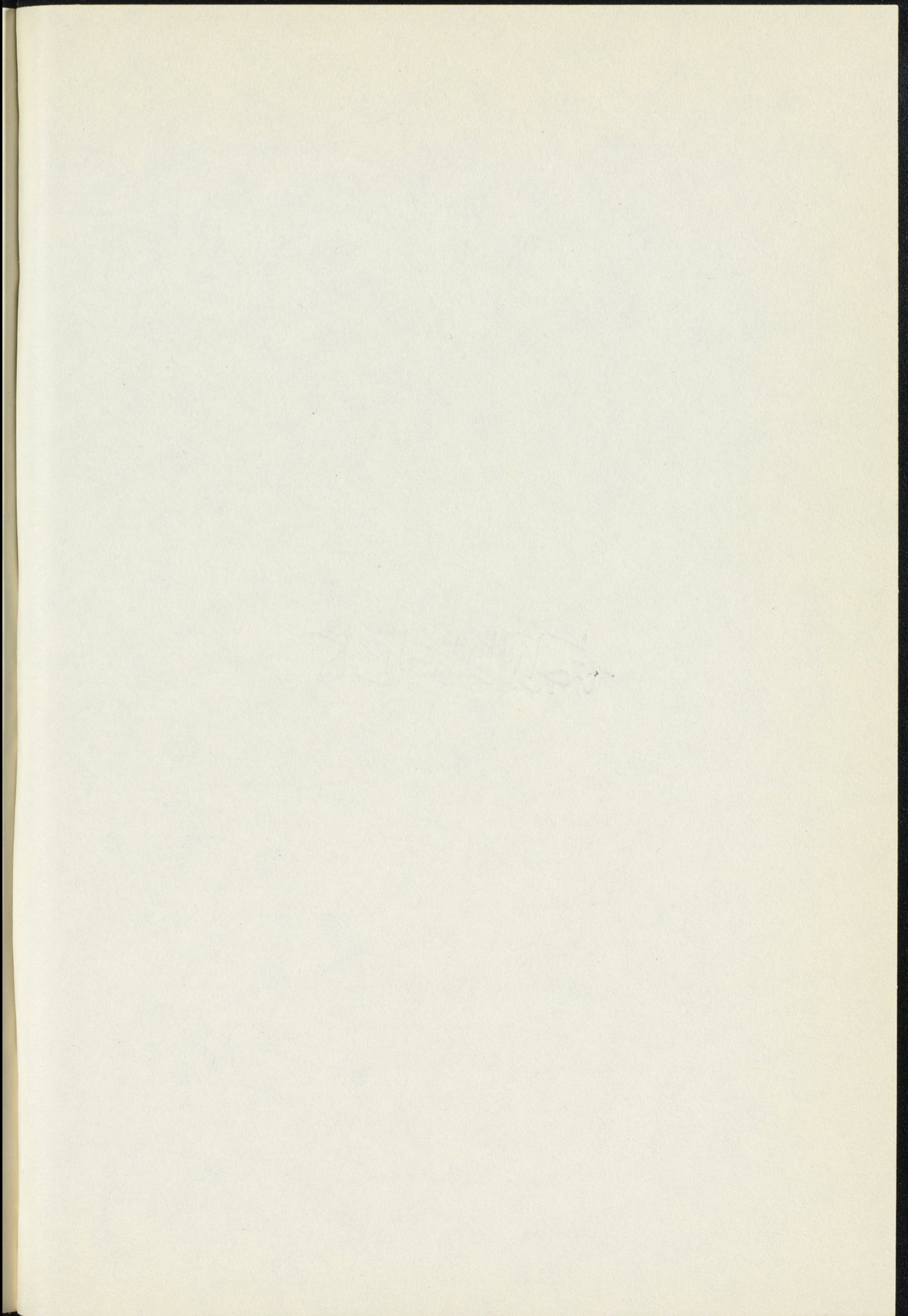
بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

القِسْمُ الرَّابِعُ
فِي الْأَحْكَامِ

وهي
اثنا عشر كتاباً



كتاب الصيد والذبح



* كتاب الصيد *

والنظر في الصيد . يستدعي بيان امور ثلاثة

الأول

في : ما يؤكل صيده وان قتل

ويختص من الحيوانات ، بالكلب المعلم دون غيره من جوارح السباع والطيور .

فلو اصطاد بغيره ، كالقهد والنمر ، أو غيرهما من السباع ، لم يحل منه الا ما يدرك ذكاته . وكذا لو اصطاد ، بالبازي والعقاب والباشق ، وغير ذلك من جوارح الطير ، معلماً كان أو غير معلّم .

ويجوز الإصطياد : بالسيف ، والرمح ، والسهم ، وكل ما فيه نصل : ولو أصاب معترضاً فقتل ، حلال . ويؤكل ما قتله المعراض ، إذا خرق اللحم : وكذا السهم الذي لا نصل فيه ، إذا كان حاداً ، فخرق اللحم : ويشترط في الكلب ، لإباحة ما يقتله ، أن يكون معلماً .

ويتحقق ذلك بشروط ثلاثة : أن يسترسل إذا ارسله : : وينزجر إذا زجره : : والا يأكل ما يمسكه :

فان أكل نادراً ، لم يقدر في إباحة ما يقتله : وكذا لو شرب دم الصيد واقتصر .

ولا بد من تكرار الاصطباذ به ، متصفاً بهذه الشروط ، ليتحقق حصولها فيه . ولا يكفي انفاها مرة .

ويشترط في المرسل شروط أربعة .

الاول : أن يكون مسلماً

أو بحكمه كاصبي . فلو أرسله المجوسي أو الوثني ، لم يحل أكل ما يقتله . وإن أرسله اليهودي أو النصراني فيه خلاف ، أظهره أنه لا يحل :

الثاني : أن يرسله للاصطياد

فلو استرسل من نفسه ، لم يحل مقتوله . نعم ، لو زجره عقيب الاسترسال فوقف ، ثم أغراه صح ، لأن الاسترسال انقطع بوقوفه ، وصار الإغراء إرسالاً مستأنفاً . ولا كذلك لو استرسل فأغراه .

الثالث : أن يسمي عند ارساله

فلو ترك التسمية عمداً ، لم يحل ما يقتله ، ولا يضر لو كان نسياناً ولو أرسل واحداً ، وسمى به آخر ، لم يحل الصيد مع قتله له : ولو سمي فأرسل آخر كالبته ولم يسم ، فاشتركا في قتل الصيد ، لم يحل .

الرابع : أن لا يغيب الصيد وحياته مستقرة

فلو وجد مقتولاً أو ميئاً بعد غيبته لم يحل ، لاحتمال أن يكون القتل لا منه ، سواء وجد الكلب واقفاً عليه أو بعيداً منه :

ويجوز الاصطياد بالشَّرَك والحبابة والشباك ، لكن لا يحل منه إلا ما
يلدرك ذكاته ، ولو كان فيه سلاح . وكذا السهم ، اذا لم يكن فيه نصل
ولا يخرق ، وقيل : يحرم أن يرمى الصيد بما هو اكبر منه ، وقيل : بل
يكره ، وهو أولى .

الثاني

في : أحكام الاصطياد

ولو أرسل المسلم والوثني آلتها فقتلاه لم يحل ، سواء اتفقت آلتها
مثل أن يرسل كلبين أو سهمين ، أو اختلفا كأن يرسل أحدهما كلباً والآخر
سهماً ، وسواء اتفقت الإصابة في وقت واحد أو وقتين ، اذا كان أثر كل
واحدة من الآتين قاتلاً :

ولو أثنى المسلم ، فلم تعد حياته مستقرة ، ثم ذفّف عليه الآخر
حلّ ، لأن القاتل المسلم :

ولو انعكس الفرض لم يحل . ولو اشتبه الحالان حرم تغليباً للحرمة .
ولو كان مع المسلم كلبان ، أرسل أحدهما ، واسترسل الآخر ، فقتلا
لم يحل .

ولو رمى سهماً ، فأوصلته الريح الى الصيد فقتله حلّ ، وإن كان
لولا الريح لم يصل : وكذا لو أصاب السهم الأرض ثم وثب فقتل (١) :

(١) المسالك ٣ / ١٨٨ : لان ما يتولد من فعل الرامي منسوب اليه ، إذ لا اختيار

للسهم « بتصرف » .

والاعتبار في حل الصيد بالمرسيل لا بالمعلم فان كان المرسل مسلماً
فقتل ، حلت ، ولو كان المعلم مجوسياً أو وثنياً . ولو كان المرسل غير
مسلم ، لم يحل . ولو كان المعلم مسلماً :

ولو أرسل كلبه على صيد وسمى ، فقتل غيره ، حل . وكذا لو
أرسله على صبود كبار ، فنفرت عن صغار فقتلها ، حلت اذا كانت
ممتنعة . وكذا الحكم في الآلة . أما لو أرسله ولم يشاهد صيداً ، فانفق
إصابة الصيد ، لم يحل ولو سمي ، سواء كانت الآلة كلباً أو سلاحاً ،
لأنه لم يقصد الصيد ، فجرى مجرى إرسال الكلب .

والصيد الذي يحل بقتل الكلب له ، أو الآلة ، في غير موضع
الذكاة ، هو كل ما كان ممتنعاً ، وحشياً كان أو إنسياً . وكذلك ما يصول
من البهائم ، أو يتردى في بئر وشبهها ، ويتعذر ذبحه أو نحره ، فانه يكفي
عقرها في استباحتها . ولا يختص العقر - حينئذ - بموضع من جسدها .

ولو رمى فرخاً لم ينهض فقتل ، لم يحل (١) . وكذا لو رمى
طائراً وفرخاً لم ينهض ، فقتلها ، حل الطائر دون الفرخ .
ولو تقاطعت الكلابُ الصيدَ قبل ادراكه ، لم يحرم :

ولو رمى صيداً فتردى من جبل ، أو وقع في الماء فمات ، لم يحل
لاحتمال ان يكون موته من السقطة . نعم لو صير حياته غير مستقرة حل
لأنه يجري مجرى المذبوح .

ولو قطعت الآلة منه شيئاً ، كان ما قطعته ميتة ، ويذكى ما بقي
إن كانت حياته مستقرة :

ولو قدّه (٢) بنصفين ، فلم يتحرّكاً ، فهما حلال :

(١) ن : ١٨٩ / ٣ : لان المعتبر في حل المقتول بالرمي كونه ممتنعاً ، سواء كان
وحشياً أم إنسياً « بتصرف » .

(٢) وفي « ٢٦٣ / ٣ » : « قطعته » بدلا من « قدّه » .

ولو تحرك أحدهما ، فالحلال هو دون الآخر . وقيل يؤكلان ، إن لم يكن في المنحرك حياة مستقرة ، وهو أشبه . وفي رواية يؤكل ما فيه الرأس . وفي أخرى ، يؤكل الأكبر دون الأصغر ، وكلاهما شاذ :

الثالث

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الأولى » : الاصطياد بالآلة المغصوبة حرام ، ولا يحرم الصيد ويملكه الصائد دون صاحب الآلة ، وعليه أجره مثلها ، سواء كانت كلباً أو سلاحاً :

« الثانية » : إذا عض الكلب صيداً ، كان موضع العضة نجساً ، يجب غسله على الأصح .

« الثالثة » : إذا أرسل كلبه أو سلاحه فجرحه ، ثم ادركه حياً فإن لم تكن حياته مستقرة ، فهو بحكم المذبوح . وفي الإخبار أدنى ما يُدرك ذكاته ، أن يجده يركض رجلاه ، أو يطرف عينه ، أو يتحرك ذنبه . وإن كانت مستقرة ، والزمان يتسع لذبجه ، لم يحل أكله حتى يذكي . وقيل : إن لم يكن معه ما يذبح به ، ترك الكلب حتى يقتله ، ثم يأكله إن شاء . أما إذا لم يتسع الزمان لذبجه ، فهو حلال ، ولو كانت حياته مستقرة . وإن صيره الرامي ، غير ممتنع ملكه وإن لم يقبضه ، فلو أخذه غيره ، لم يملكه الثاني ، ووجب دفعه إلى الأول :

* كتاب الذبائح *

وأما الذبائح : فالنظر فيها ، اما في الأركان ، واما في الواحق

الأول

في الأركان .

أما الأركان فتلاثة : الذابح ، والآلة ، وكيفية الذبح

أما الذابح :

فيشترط فيه : الاسلام أو حكمه . فلا يتولاه الوثني . فلو ذبح
كان المذبح ميتة . وفي الكتابي روايتان : اشهرهما المنع . فلا تؤكل ذبائح
اليهودي ، ولا النصراني ، ولا المجوسي . وفي رواية ثالثة ، تؤكل ذبائح
الذمي ، اذا سمعت تسميته ، وهي مطروحة .

وتذبح : المسلمة ، والخصي ، والجنب ، والحائض ، وولد المسلم وإن
كان طفلاً اذا أحسن .

ولا يشترط الايمان ، وفيه قول بعيد باشرطه . نعم ، لا يصح ذبائح
المُعَلِّين بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام ، كالخارجي وإن أظهر الإسلام .

وأما الآلة :

فلا يصح التذكية الا بالحديد . ولو لم يوجد ، وخيف فوت الذبيحة

جاز بما يفري اعضاء الذبيح ، ولو كان ليطية أو خشبة أو مروة حادة
أو زجاجة . وهل تقع الذكاة بانظفر ، أو السن مع الضرورة ؟ قيل :
نعم ، لأن المقصود يحصل ، وقيل : لا ، لمكان النهي ولو كان منفصلاً :

وأما الكيفية :

فالواجب قطع الاعضاء الاربعة : المري وهو مجرى الطعام .
والخلقوم وهو مجرى النفس . . والودجان وهما عرقان محيطان بالخلقوم :
ولا يجزي قطع بعضها مع الامكان ، هذا في قول مشهور : وفي
الرواية : اذا قطع الخلقوم ، وخرج الدم ، فلا بأس .
ويكفي في المنحور ، طعنه في ثغرة النحر ، وهي وهدة اللبّة :
ويشترط فيها شروط أربعة :

الاول : أن يستقبل بها القبلة مع الإمكان
فإن أخل عامداً ، كانت ميتة . وإن كان ناسياً ، صح : وكذا لو
لم يعلم جهة القبلة .

الثاني : التسمية

وهي أن يذكر الله سبحانه ، فلو تركها عامداً لم يحل ، ولو لسي
لم يحرم .

الثالث : اختصاص الابل بالنحر

وما عداها بالذبيح في الحلق ، تحت اللحيين . فإن نحر المذبوح ، أو
ذبيح المنحور ، فات لم يحل . ولو أدركت ذكاته فذكّته حلاً ، وفيه
تردد ، إذ لا استقرار لحياته بعد للذبيح أو النحر . وفي إبانة الرأس عامداً
خلاف أظهره الكراهية : وكذا سلخ الذبيحة قبل إردائها أو قطع شيء
منها . ولو انفلت الطير ، جاز أن يرميه بنشاب أو رمح أو سيف ، فإن

سقط وأدرك ذكاته ذبيحه ، وإلا كان -حلالاً :

الرابع : الحركة بعد الذبح كافية في الذكاة

وقال بعض الأصحاب : لا بد مع ذلك من خروج الدم ، وقيل :
يجزي أحدهما ، وهو أشبه . ولا يجزى خروج الدم متشاقلاً ، إذا انفرد
عن الحركة الدالة على الحياة .

* * *

ويستحب في ذبح الغنم : أن تربط يديه ورجل واحدة ، ويطلق
الأخرى ، ويمسك صوفه أو شعره حتى يبرد . . وفي البقر : تعقل يديه
ورجله ، ويطلق ذنبه . . وفي الأبل : تربط أخفافه الى آباطه ، وتطلق
رجلاه . . وفي الطير : ان يرسل بعد الذبابة .

ووقت ذبح الاضحية : ما بين طلوع الشمس الى غروبها .
وتكره الذبابة : ليلاً إلا مع الضرورة . . وبالنهار يوم الجمعة الى
الزوال . . وأن ينزع الذبيحة . . وأن يقلب السكين فيذبح الى فوق ،
وقيل : فيها يحرم ، والاول أشبه . . وأن يُذبح حيوان وآخر ينظر اليه :

الثاني

في اللواحق *

وأما اللواحق فمسائل

« الاولى » : ما يباع في أسواق المسلمين ، من الذبائح واللحوم ،
يجوز شراؤه ، ولا يلزم الفحص عن حاله .

« الثانية » : كل ما يتعذر ذبحه أو نحره من الحيوان ، إما لاستعصائه ، أو لحصوله في موضع لا يتمكن المذكي من الوصول الى موضع الذكاة منه ، وخيف فوته ، جاز أن يعقر بالسيوف ، أو غيرها مما يجرح ، ويحل ، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية .

« الثالثة » : اذا قُطِعَت رِقبة الذبيحة ، وبقيت أعضاء الذباجة ، فان كانت حياتها مستقرة ، ذبحت وحلت بالذبح ، والا كانت ميقةً : ومعنى المستقرة ، التي يمكن ان يعيش مثلها اليوم والأيام . وكذا لو عقرها السبع . ولو كانت الحياة غير مستقرة ، وهي التي يقضى بموتها عاجلاً ، لم تحل بالذباجة ، لان حركتها كحركة المذبوحة .

« الرابعة » : اذا نذر أضحية معينة ، زال ملكه عنها . ولو أتلفها كان عليه قيمتها . ولو نذرها أضحية وهي سليمة ، فعابت ، نحرها على ما بها وأجزأته . ولو ضلّت أو عطبت أو ضاعت ، من غير تفريط ، لم يضمن .

« الخامسة » : اذا نذر الأضحية ، فذبحها يوم النحر غيره ، ولم ينو عن صاحبها ، لم يجز عنه . ولو نوى عنه ، أجزأته وإن لم يأمره .
« السادسة » : اذا نذر الأضحية ، وصارت واجبة ، لم يسقط استحباب الأكل منها .

« السابعة » : ذكاة السمك لإخراجه من الماء حياً . ولو وثب ، فأخذه (١) قبل موته ، حلّ . ولو أدركه بنظره (٢) ، فيه خيلاف ، أشبهه أنه لا يحل . ولو أخرجه مجوسي أو مشرك ، مات في يده ، حلّ . ولا يحل أكل ما يوجد في يده ، حتى يعلم أنه مات بعد إخراجه من الماء .

(١) الروضة ٢٣٩ / ٧ : حياً .

(٢) ن : قد خرج من الماء حياً ثم مات . . .

ولو أُخِذَ وأُعيدَ في الماء فمات ، لم يحل وان كان ناشئاً في الآلة
لأنه مات فيما فيه حياته : وهل يحل أكل السمك حياً ؟ قيل : لا ، والوجه
الجواز لأنه مذكَّى . ولو نُصِبَت شبكة ، فمات بعض ما حصل فيها ،
واشبهه الحي بالميت ، قيل : حلّ الجميع حتى يعلم الميت بعينه ، وقيل :
يحرم الجميع تغليباً للحرمة ، والأول حسن .

« الثامنة » : ذكاة الجراد أخذه ، ولا يشترط في أخذه الإسلام .
ولو مات قبل أخذه لم يحل . وكذا لو وقع في آجَمَة نارٍ ، فاحترقتها
وفيها جراد ، لم يحل وان قصده المحرق . ولا يحل الدِّبَّاء (١) حتى
يستقل بالطيران : فلو أخذ قبل إستقلاله ، لم يؤكل .

« التاسعة » : ذكاة الجنين ذكاة أمه (٢) إن تمت خلقته ، وقيل :
ولم تلججه الروح . ولو ولجته ، لم يكن بدُّ من تذكيته ، وفيه إشكال .
ولو لم يتم خلقته ، لم يحل أصلاً . ومع الشرطين ، يحل بذكاة أمه .
وقيل : لو خرج حياً ، ولم ينسج الزمان لتذكيته ، حلّ أكله ،
والأول أشبه .

(١) الروضة ٧ / ٢٤٨ : بفتح الدال مقصوراً ، وهو الجراد قبل أن يطير ، وإن
ظهر جناحه ، جمع دبابة بالفتح أيضاً .

(٢) هذا لفظ الحديث النبوي ، وعن أهل البيت عليهم السلام مثله « جمعاً بين
الروضة ٧ / ٢٤٨ وسنن ابن ماجه ٢ / ١٠٦٧ طبعة سنة ١٣٧٣ » .

خاتمة

تشتمل على أقسام

الاول : في مسائل من أحكام الذبحة

وهي ثلاث :

« الاولى » : يجب متاهة الذبيح ، حتى يستوفي الأعضاء الأربعة .
فلو قطع بعض الاعضاء ، وأرسله ، فانتهى الى حركة المذبوح ، ثم
استأنف قطع الباقي حرماً ، لانه لم يبق فيه حياة مستقرة : ويمكن أه
يقال : يتحليل ، لان إزهاق روحه بالذبيح لا غير ، وهو أولى .
« الثانية » : لو أخذ الذابح في الذبيح ، فأنزع آخر حشوته - معاً -
كان ميتة (١) . وكذا كل فعل لا يستقر معه الحياة .
« الثالثة » : اذا تيقن بقاء الحياة بعد الذبيح ، فهو حلال ، وإن
تيقن الموت قبله فهو حرام . وإن اشتبه الحال ، ولم يعلم حركة المذبوح
ولا خروج الدم المعتدل ، فالوجه تغليب الحرمة .

(١) المسالك ٣ / ١٩٧ : وذلك لان استناد الموت الى الذبيح ليس أولى من استناده
الى السبب الآخر ، الذي لا يستقر معه الحياة ، لان الغرض حصولها معاً ، وأحد
السببين محلل والآخر محرم ، فيستصحب التحريم . هذا إذا اعتبرنا استقرار الحياة ،
والا كفى في حله الحركة بعد الذبيح ، أو ما يقوم مقامها وان تعدد سبب الازهاق .

الثاني : فيما تقع عليه الذكاة

وهي تقع على كل حيوان مأكول ، بمعنى أنه يكون طاهراً بعد الذبح : ولا تقع على حيوان نجس العين ، كالكلب والخنزير ، بمعنى أنه يكون باقياً على نجاسته بعد للذبح :

وما خرج عن القسمين فهو أربعة أقسام :

« الاول » : المسوخ

ولا تقع عليها الذكاة ، كالفيل والذب والقرود . وقال المرتضى رحمه

الله : تقع ۞

« الثاني » : الحشرات

كالفأرة وابن عرس والضب : وفي وقوع الذكاة عليها تردد ، أشبهه

أنه لا يقع ۞

« الثالث » : الآدمي

لا يقع عليه الذكاة لحرمة ، ويكون ميتة ولو ذكّي ۞

« الرابع » : السباع

كالأسد والنمر والفهد والثعلب ، وفي وقوع الذكاة عليها تردد ،

والوقوع أشبه ، ونظهر بمجرد الذكاة . وقيل : لا تسعمل مع الذكاة حتى تدبغ :

الثالث : في مسائل من أحكام الصيد

وهي عشرة :

« الاولى » : ما يثبت في آفة الصيد ، كالحبالة والشهكة ، يملكه

لاصبتها . وكذا كل ما يعتاد الاصطياد به ، ولا يخرج عن ملكه بإنفلاته

بعدا ثباته . نعم ، لا يملكه بتوحيُّله في أرضه ، ولا بتعشيشه في داره ، ولا بوثوب السمك الى سفينته . ولو اتخذ موحيةً (١) للصيد ، فنشب بحيث لا يمكنه التخلص ، لم يملكه بذلك ، لانها ليست آلة معتادة ، وفيه تردد ، ولو أغلق عليه باباً ولا مخرج له ، أو في مضيق لا يتعدّر قبضه ، ملكه وفيه أيضاً إشكال ، ولعل الأشبه أنه لا يملك هنا ، الا مع القبض باليد أو الآلة . ولو أطلق الصيد من يده ، لم يخرج عن ملكه : فان نوى اطلاقه وقطع نيته عن ملكه ، هل يملكه غيره باصطياده ؟ الأشبه لا ، لأنه لا يخرج عن ملكه بنية الإخراج ، وقيل : يخرج ، كما لو وقع منه شيء حقير فأهمله ، فانه يكون كالبيع له ، وأهل بين الخالين (٢) فرقاً .

« الثانية » : اذا أمكن الصيد ، التحامل طائراً أو عادياً ، بحيث لا يقدر عليه إلا بالاتباع المتضمنّ الاسراع ، لم يملكه الأول ، وكان لمن أمسكه :

« الثالثة » : اذا رمى الاول صيداً فأثبته ، وصيره في حكم المذبوح ثم قتله الثاني فهو للأول ، ولا شيء على الثاني إلا أن يفسد لحمه أو شيئاً منه . ولو رماه الأول ، فلم يثبته ، ولا صيره في حكم المذبوح ، ثم قتله الثاني ، فهو له دون الاول . وليس على الاول ضمان شيء مما جناه (٣) . ولو أثبته الاول ، ولم يصيره في حكم المذبوح ، فقتله الثاني فهو معلق ، فان كان أصاب محل الذكاة فذكّاه على الوجه ، فهو للأول ، وعلى الثاني الارش . وإن أصابه في غير المذبح ، فعليه قيمته ان لم تكن لميسته قيمة والا كان له الارش . وان جرحه الثاني ولم يقتله ، فان أدرك ذكاته ،

(١) ش ٣ / ٢٦٦ / ٥ : أي جعل الوحل آلة .

(٢) ن : أي الشيء الحقير والصيد ، لان تحصيله مفقود بخلاف الحقير « س » .

(٣) المسالك ٣ / ١٩٨ : لانه كان مباحاً حينئذ .

فهو حلال للاول . وإن لم يدرك ذكاته فهو ميتة . لانه تمليف من فعلين أحدهما مباح (١) والآخر محظور (٢) ، كما لو قتله كلب مسلم ومجوسي ، وما للذي يجب على الجارح ؟ فالذي يظهر لي : أن الاول إن لم يقدر على ذكاته ، فعلى الثاني قيمته بتمامها ، معيباً بالغيب الاول . وإن قدر فأهمل ، فعلى الثاني نصف قيمته معيباً . ولعل فقه هذه المسألة ينكشف ، باعتبار فرض فرضه . وهي ذابة قيمتها عشرة ، جني عليها فصارت تساوي تسعة ، ثم جني آخر فصارت الى ثمانية ، ثم سرت الجنائتان . ففيها احتمالات خمسة : لا يخلو أحدها من خلل ، وهو إما الزام للثاني بكامل قيمته معيباً ، لان جنابة الاول غير مضمونة ، بتقدير أن يكون مباحاً وهو ضعيف ، لانه مع إهمال التذكية ، جرى مجرى المشارك في جنابته . . وأما التسوية في الضمان ، وهو حيف على الثاني . . أو لإزام الاول بخمسة ونصف والثاني بخمسة ، وهو حيف أيضاً . . أو لإزام الاول بخمسة ، والثاني بأربعة ونصف ، وهو تضييع على المالك . : أو لإزام كل واحد منهما بنسبة قيمته ، يوم جني عليه ، وضم القيمتين وبسط العشرة عليهما فيكون على الاول عشرة اسهم من تسعة عشر من عشرة ، وهو أيضاً لإزام للثاني بزيادة لا وجه لها .

والأقرب أن يقال : يلزم الاول خمسة ونصف ، والثاني أربعة ونصف لأن الأرش يدخل في قيمة النفس ، فيدخل نصف أرش جنابة الاول في ضمان النصف ، ويبقى عليه نصف الإرش مضافاً الى ضمان نصف القيمة وهذا أيضاً لا يخلو من ضعف . ولو كانت إحدى الجنائتين من المالك ، سقط ما قابل جنابته ، وكان له مطالبة الآخر نصيب جنابته .

(١) ش ٢ / ٢٦٦ / ٥ : وهو جرح الاول ، لانه في حالة الامتناع « س » .

(٢) المسالك ٣ / ١٩٨ : وهو جرح الثاني ، لانه في حالة عدم الامتناع « بتصرف » .

« الرابعة » : اذا كان الصيد يمتنع بأمرين ، كالدراج والقبج ، يمتنع
بجناحه وعدوه ، فكسر الرامي جناحه ثم كسر آخر رجله ، قيل : هو لها
وقيل : للأخير لأن بفعله تحقق الإثبات ، والأخير قوي .

« الخامسة » : لو رمى الصيد إثنان فمقراه ، ثم وجد ميقاً ، فان
صادف مذبحه فذبحه فهو حلال . وكذا ان أدركاه ، أو أحدهما فدكاه .
فان لم يدرك ذكاته ، ووُجِدَ ميتاً لم يحل ، لإحتمال أن يكون الأول أثبتة
ولم يصيرَه في حكم المذبوح ، فقتله الآخر وهو غير ممتنع :

« السادسة » : ما يقتله الكلب بالعقر يؤكل ، ولا يؤكل ما يقتله
بصدمة أو غمّة (١) أو إتهابه .

« السابعة » : لو رأى صيداً ، فظنّه خنزيراً أو كلباً أو غيره ، مما
لا يؤكل فقتله ، لم يحل . وكذا لو رمى سهماً الى فوق ، فأصاب صيداً
وكذا لو مرّ بحجرٍ ثم عاد فرماه ، ظاناً بقاءه فبان صيداً . وكذا لو
أرسل كلباً ليلاً فقتل ، لانه لم يقصد الارسال (٢) ، فجرى مجرى الاسترسال :

« الثامنة » : الطير إذا صيد مقصوداً لم يملكه الصائد . وكذا مع
كل أثر يدل على الملك . وإن كان مالكاً جناحه ، فهو لصائده إلا أن
يكون له مالك . وعلى هذا لو انتقلت الطيور من برج الى آخر ، لم يملكها الثاني .

« للتاسعة » : ما يقطع من السمك بعد إخراجِه من الماء ذكسيّ ،
سواء ماتت او وقعت في الماء مستقرة الحياة ، لأنه مقطوع بعد تذكيته .

(١) المسالك ٣ / ٢٠٠ : أي البروك عليه « بتصرف » .

(٢) ن : المراد قصد جنس الصيد المحلل ، فلا يكفي قصد مطلق الحيوان .

« العاشرة » : اذا أصابا صيداً دفعةً ، فان اثبتاه فهو لهما . ولو كان
أحدهما جارحاً والآخر مثبتاً ، فهو للمثبت ، ولا ضمان على الجارح ، لأن
جنايته لم تصادف ملكاً لغيره . ولو جهل المثبت منها ، فالصيد بينهما .
واو قيل : يستخرج بالقرعة ، كان حسناً .

كتاب الأعلام والأشبه

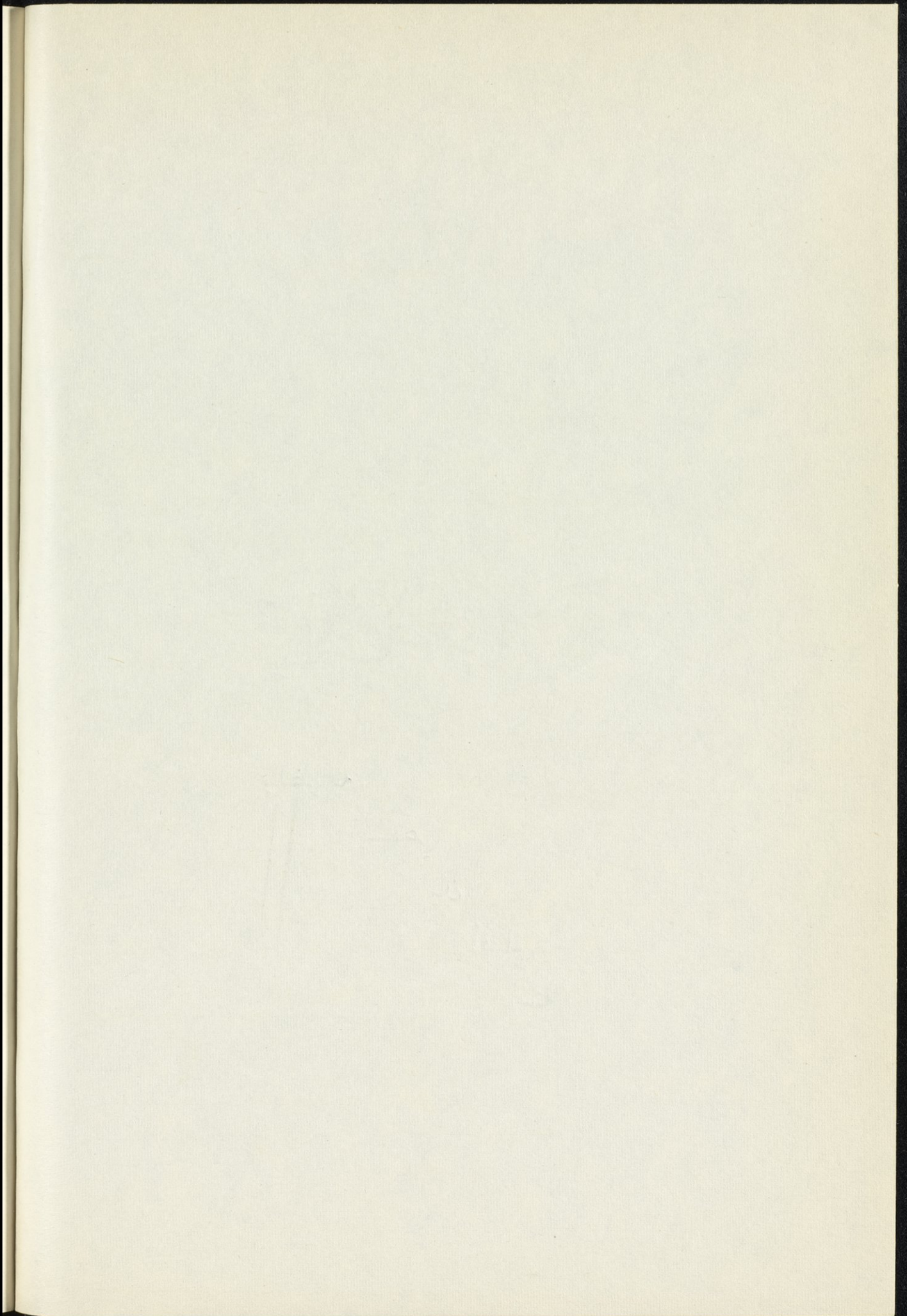
والنظر فيه:

يستدعي

بيان:

أقسام

سته



الفصل الأول

في : حيوان البحر (١)

ولا يؤكل منه ، إلا ما كان سمكاً له فلس ، سواء بقي عليه كالشبوط والبياح ، أو لم يبق كالكنت (٢) . أما ما ليس له فلس في الاصل كالجرى ، ففيه روايتان ، أشهرهما التحريم : وكذا الزمار والمارماهي (٣) والزهر ، لكن أشهر الروايتين هنا الكراهية : ويؤكل الرمثا والاربيان والطمير والطبراني والإبلامي : ولا يؤكل : السحفاة ، ولا الضفادع ، ولا السرطان ، ولا شيء من حيوان البحر ككلبه وخنزيره :

ولو وجد - في جوف سمكة - أخرى ، حلت إن كانت من جنس ما يحل ، وإلا فهي حرام ، وبهذا روايتان ، طريق احدهما السكوني ، والاخرى مرسلّة . ومن المتأخرين من منع ، إستناداً الى عدم اليقين بخروجها من الماء حية . وربما كانت الرواية أرجح ، إستصحاباً لحال الحياة : ولو وجدت في جوف حية سمكة ، أُكِلت إن لم تكن تسلخت ولو تسلخت لم تحل ، والوجه أنها لا تحل إلا أن تقذفها والسمكة تضطرب ، ولو اعتبر مع ذلك ، أخذها حية ، ليتحقق الذكاة ، كان حسناً . ولا يؤكل الطافي : وهو ما يموت في الماء ، سواء مات بسبب

(١) وفي « ٢٦٧ / ٣٥ » : في الحيوان البحري .

(٢) الروضة ٢٦٣ / ٧ : ويقال : الكنعد ، بالبدال المهملة ، ضرب من السمك

له فلس صغير ، يحتك بالرمل فيذهب عنه ثم يعود .

(٣) المسالك ٢٠٢ / ٣ : كلمة أعجمية ، معناها حية السمك .

كضرب العلق ، أو حرارة الماء ، أو بغير سبب ، وكذا ما يموت في شبكة
الصائد في الماء ، أو في حظيرته :

ولو اختلط الميت بالحى بحيث لا يتميز ، قيل : حَلَّ الجميع ،
واجتنابه أشبه .

ولا يؤكل الجلال من السمك حتى يستبرئ ، بأن يجعل في الماء يوماً
وليلة ، ويَطْعَمَ علفاً طاهراً :

وبيض السمك المحلل حلال ، وكذا بيض المحرّم حرام . ومع الاشتباه
بؤكل ما كان خشناً ، لا ما كان أملس :

الفصل الثاني

في : البهائم

ويؤكل من الإنسيّة : الإبل ، والبقر ، والغنم :
ويكره : الخيل واللبغال والحمير - الأهلية - على تفاوت بينها
في الكراهية :

وقد يعرض التحريم للمحائل من وجوه :
« أحدهما » : الجسأل وهو أن يغتذي عنزة الإنسان لا غير ، فيحرم
حتى يستبرئ : وقيل : يكره والتحريم أظهر : وفي الاستبراء خلاف ،
والمشهور استبراء الناقة بأربعين يوماً ، والبقرة بعشرين ، وقيل : تستوي
البقرة والناقة في الأربعين ، والأول أظهر . والشاة بعشرة . وقيل : بسبعة
والأول أظهر : وكيفيته أن يُربط ، ويعلف علفاً طاهراً هذه المدة :
« الثاني » : أن يشرب لبن خنزيرة ، فإن لم يشتد كرهه . ويستحب

استبْرأوه بسبعة أيام : وإن اشتد حرُّ لحمه ولحم نسله :

« الثالث » : إذا وطئ الإنسانُ حيواناً ما كولاً ، حرم لحمه ولحم نسله . ولو اشتبه بغيره ، قُسِّمَ فريقين ، وأُقرع عليه مرة بعد أخرى ، حتى تبقى واحدة . ولو شرب شيئاً من هذه الحيوانات خمرأ ، لم يحرم لحمه ، بل يغسل ويؤكل ، ولا يؤكل ما في جوفه . ولو شرب هولأ ، لم يحرم ، ويغسل ما في بطنه ويؤكل . ويحرم الكلب والسنور ، أهلياً كان أو وحشياً . ويكره أن يذبح بيده ، ما رباه من للنعم : ويؤكل من الوحشية ، والبقر ، والكباش الجبلية والحمر والغزلان واليحمير (١) . ويحرم منها ما كان مسبباً ، وهو ما كان له ظفر أو ناب ، يفترس به ، قوياً كان كالأسد والنمر والفهد والذئب ، أو ضعيفاً كالثعلب والضبع وابن آوى . ويحرم : الأرنب . . والضب . . والحشار كلها ، كالحية والفأرة والعقرب والجرذان والخنافس والصراصير وبنات وردان والبراغيث والقمل . وكذا يحرم : اليربوع والقنفذ والوهر والحز والفنك والسمثور والسنجاب والعضاء واللحكة (٢) وهي دويبة تغوص في الرمل تشبه بها أصابع العذارى .

(١) الروضة ٧ / ٢٦٨ : جمع مفرده يحمور ، وهو حمار الوحش « بتصرف » .
(٢) ن ٧ / ٢٧٣ : بضم اللام وفتح الحاء ، نقل الجوهرى عن ابن السكيت ، أنها دويبة شبيهة بالعضاء تبوق زرقاء ، وليس لها ذنب طويل ، مثل ذنب العضاء ، وقوائمها خفية .

القسم الثالث

في : الطير

والحرام منه أصناف :

« الاول » : ما كان ذا مسخلاب قوي ، يعدو به على الطير ، كالبازي والصقر والعُقاب والشاهين والباشق ، أو ضعيف كالنسر والرخمة والبيغات . وفي الغراب روايتان . وقيل : يحرم الأبقع والكبير ، الذي يسكن الجبال . ويحلّ الزاغ وهو غراب الزرع ، والمُدّاف وهو أصغر منه ، يميل الى الغبرة ما هو (١) .

« الثاني » : ما كان صفيقه (٢) أكثر من دفيقه (٣) ، فانه يحرم . ولو تساويا ، أو كان الدفيق أكثر ، لم يحرم .

« الثالث » : ما ليس له لائصة ولا حوصلة ولا صبيصية (٤) ،

(١) الروضة ٧ / ٢٧٥ : أي يميل إلى الغبرة يسيراً ويعرف بالرمادي لذلك « وفي الهامش تفصيل » .

(٢) ن ٧ / ٢٧٨ : حال طيرانه ، وهو أن يطير مبسوط الجناحين ، من غير أن يحركهما .

(٣) المسالك ٣ / ٢٠٤ : يقال : دف الطائر في طيرانه ، إذا حرك جناحه ، كأن يضرب بهما دفه . .

(٤) ن : الاصبع الزائدة في باطن رجل الطائر ، بمنزلة الإبهام من بني آدم ، لانها شوكته .

فهو حرام . وما له أحدها فهو حلال ، ما لم يُستَخص على تحريمه .
« الرابع » : ما يتناولُه التحريم عيناً كالخُشَّاف والطاووس . ويكرهه ؛
الهُدُهدُ . وفي الخُطَّاف روايتان ، والكرهية أشبهه . وتكرهه الفاختة
والقُبيرة والحُبَارَى . واغلظ منه كراهية ، الصُرَد والصُوَام (١) ،
والشَقِيرَاق (٢) ، وإن لم يحرم . ولا بأس بالحمام كَلَّه (٣) ، كالتسماري
والدُهَّاسِي والوَرشَان . وكذا لا بأس بالحَجَل ، والدُرَّاج ، والقبيج
والقطا ، والطيهوج ، والدجاج ، والكِرَوَان ، والكُرُكي ، والصَعَوَة .
ويعتبر في طير الماء ، ما يعتبر في الطير المجهول ، من غلبة الديف أو
مساواته للصيف ، أو حصول أحد الامور الثلاثة : القانصة أو الحوصلة
أو الصيصية . فيؤكل مع هذه العلامات ، وإن كان يأكل السمك . ولو
اعتلف أحدُ هذه عذرةَ الإنسان محضاً ، لحقه حكم الجلل . ولم يحل حتى
يستبرى . فتستبرأ البطة وما أشبهها بخمسة ايام ، والدجاجة ومسا أشبهها
بثلاثة ايام ، وما خرج عن ذلك يستبرى بما يزول عنه حكم الجلل ، إذ
ليس فيه شيءٌ موظف . وتحرم : الزنابير ، والدُّباب ، والبق : وبيض ما
يؤكل حلال . وكذا بيض ما يحرم حرام . ومع الاشتباه ، يؤكل ما
اختلف طرفاه (٤) لا ما اتفق (٥) . والمجتمعة حرام ، وهي التي تُجعل

(١) الروضة ٧ / ٢٨٦ : إنه طائر اغبر اللون ، طويل الرقبة ، اكثر ما يبيت
في النخل .

(٢) ن : طائر مرقط بخضرة وحمرة وبياض .

(٣) المسالك ٣ / ٢٠٥ : الحمام جنس ، يقع على كل ذات طوق من الطيور ، أو
ما يشرب الماء بلا مص ، فيدخل فيه القمري وهو الازرق ، والدبسي وهو الاحمر
والورشان وهو الابيض

(٤) الروضة ٧ / ٢٨٩ / ٥ : بأن كان أحد طرفي البيضة أضخم من الطرف
الآخر « بتصرف » .

(٥) ن : بأن كان طرفاه متساويين في الحجم .

غرضاً ، ونزى بالنشأب حتى تموت ، والمصهورة : وهي التي تجرح وتُحسِن
حتى تموت (١) .

القسم الرابع

في : الجامدات

ولا حصر للمحائل منها ، فلنضبط المحرّم * وقد سلف منه شطر
في كتاب المكاسب :

ونذكر هنا خمسة أنواع :

الاول : الميتات

وهي محرّمة إجماعاً :

نعم ، قد يحل منها ما لا تحلّه الحياة ، فلا يصدق عليه الموت .
وهو : الصوف والشعر والوبر والريش : وهل يعتبر فيها الجزء ؟
الوجه أنها إن جُزّت فهي طاهرة ، وإن استئُلت غُسِلَ منها موضع
الاتصال : وقيل : لا يحل منها ما يُقلَع ، والأول أشبه : : والقرن ،
والظليل ، والسِّن ، والبيض إذا اكتسى القشر الاعلى ، والإلصحة (٢) .

(١) الروضة : ٢٩٠ / ٧ : وتحريمها واضح ، لعدم التذكية مع أماكنها ، وكلاهما
فعل الجاهلية .

(٢) ن ٣٠٣ / ٧ : هي شيءٌ يستخرج من بطن الجدي الراضع ، أصفر ، فيمصر
في صوفة فيفظ كالجبن ، وهي معروفة عند العامة بالمجينة « جمعاً بين المتن والهامش » .

وفي اللبن (١) روايتان لإحدهما : الحل ، وهي أحصهما طريقاً ، والاشبه
التحريم لنجاسته بملاقاة الميتة :

وإذا اختلط الذكي بالميتة ، وجب الامتناع منه حتى يُعلم الذكي
بعمته : وهل يباع ممن يستحل الميتة ؟ قيل : نعم ، وربما كان حسناً إن
قصد بيع المذكي حسب .

وكل ما أُبين من حي ، فهو ميتة ، يحرم أكله واستعماله ، وكذا
ما يقطع من إليات الغنم ، فإنه لا يؤكل ، ولا يجوز الاستصباح به ،
بخلاف الدهن للنجس بوقوع النجاسة (٢) :

الثاني : المحرمات *

المحرمات من الذبيحة خمسة : الطحال ، والقضيب ، والفرت ، والدم
والانثيان : وفي المثانة والمرارة والمشيمة تردد ، أشبهه التحريم ، لما فيها
من الاستخبات :

أما الفرج ، والنخاع ، والعلباء ، والغدد ذات الأشاجع ، وخرزة
الدماغ ، والحدق ، فن الأصحاب من حرّمها ، والوجه الكراهية :
ويكره : الكئلا ، وأذننا القلب ، والعروق .

ولو شوي الطحال مع اللحم ، ولم يكن مثقوباً ، لم يحرم اللحم .
وكذا لو كان اللحم فوقه ، أما لو كان مثقوباً ، وكان اللحم تحته ، حرّم :

الثالث : الاعيان النجسة

كالعتدرات النجسة . وكذا كل طعام : مُزج بالخمر ، أو النبيذ

(١) الروضة ٣٠٦ / ٧ : في ضرع الميتة .

(٢) المسالك ٢٠٦ / ٣ : لان نجاسته عرضية « بتصرف » .

أو المسكر ، أو الفقاع ، وإن قل . . أو وقعت فيه نجاسة فهو مائع
كالبول . . أو باشره الكفار ، وإن كانوا أهل ذمة ، على الأصح :

الرابع : الطين

فلا يحل شيء منه ، عدا تربة الحسين عليه السلام ، فإنه يجوز للامتشاف
ولا يتجاوز قدر الحمصة ، وفي الأرمني (١) رواية بالجواز ، وهي حسنة
لما فيها من المنفعة للمضطر اليها .

الخامس : السموم القاتل

قليلها وكثيرها . أما ما لا يقتل القليل منها ، كالافيون والسقمونيا
في تناول القيراط والقيراطين الى ربع الدينار ، في جملة حوائج المسهل ،
فهذا لا بأس به لغلبة الظن بالسلامة . ولا يجوز التخطبي الى موضع المخاطرة
منه ، كالنقل من السقمونيا ، والكثير من شحم الخنظل أو الشوكران ،
فإنه لا يجوز لما يتضمن من ثقل المزاج وإفساده .

(١) الروضة ٧ / ٣٢٨ : طين معروف ، يجلب من ارمينية ، يضرب لونه إلى
الصفرة ، ينسحق بسهولة ، يقطع الدم عن النزيف ، ويمسك المعدة عن الاسهال . . .
« جمعاً بين المتن والهامش » .

التفسير المختصر

في : المائعات

والمحرم منها خمسة :

الاول : الخمر

وكل مسكر كالنبيذ ، والبتنع (١) ، والفضيخ ، والنقيع ، والميزر (٢) والفقاع ، قليله وكثيره .

ويحرم : العصير إذا غلا ، سواء غلا من قبل نفسه أو بالنار ، ولا يحل حتى يذهب ثنائه ، أو يتقلب خلاً . . وما مزج بها . . أو باحدها . . أو ما وقعت فيه من المائعات :

الثاني : * الدم المسفوح *

الدم المسفوح نجس ، فلا يحل تناوله . وما ليس بمسفوح ، كدم الضفادع والقُرَاد ، وإن لم يكن نجساً ، فهو حرام لاستخباته . وما لا يدفعه الحيوان المذبوح ، ويستخالف في اللحم ، طاهر ليس بنجس ولا حرام . ولو وقع قليل من دم ، كالأوقية فادون ، في قديرٍ وهي تغلي على النار ، قيل : حلّ مرقئها إذا ذهب الدم بالغلين ، ومن الأصحاب من منع الرواية (٣) ، وهو حسن .

(١) الروضة ٧ / ٣٢٠ : نبيذ العسل .

(٢) ن : نبيذ الشعير .

(٣) ش ٣ / ٢٧٠ / ٥ : لجهالة سندها ، فان سعيد الاعرج مجهول الحال «س» .

أما ما هو جامد كاللحم والتوابل ، فلا بأس به إذا غُسل .

الثالث : كل ما حصل فيه شيء من النجاسات

كالدم أو البول أو العذرة ، فإن كان مائعاً حرماً وإن كان كثيراً ، ولا طريق إلى تطهيره : وإن كان له حالة جمود ، فوَقعت النجاسة فيه جامداً ، كالدهس الجامد ، والسمن ، والعسل ، أُلقيت النجاسة وكُشِطَ ما يكتنفها ، والباقي حِلٌّ :

ولو كان المائع دهناً ، جاز الاستصباح به تحت السماء ، ولا يجوز تحت الأظلة . وهل ذلك لنجاسة دخانه الأقرب ؟ لا بل هو تعبد . ودواخن الأعيان النجسة عندنا طاهرة ، وكذا كل ما أحالته النار فصيرته رماداً أو دخاناً ، على تردد :

ويجوز بيع الأدهان النجسة ، ويحل ثمنها ، لكن يجب إعلام المشتري بنجاستها : وكذا ما يموت فيه حيوان له نفس سائلة . أما ما لا نفس له كالذباب والخنافس ، فلا ينجس بموته ، ولا ينجس ما يقع فيه .

والكفتار أنجاس ، ينجس المائع بمباشرتهم له ، سواء كانوا أهل الحرب أو أهل الذمة ، على أشهر الروايتين : وكذا لا يجوز استعمال أوانيهم التي استعملوها في المائعات : وروي إذا أراد مواكلة المجوسي ، أمره بغسل يده وهي شاذة : ولو وقعت هبة لها نفس ، في قدير ، نجس ما فيها ، وأُريق المائع وغُسل الجامد وأكل .

ولو عُجِنَ بالماء النجس عجين ، لم يطهر بالنار ، إذا خُبِزَ على الأشهر :

الرابع : الاهيان النجسة

كالبول مما لا يؤكل لحمه ، نجساً كان الحيوان كالكلب والخنزير
أو طاهراً كالاسد والنمر . وهل يحرم مما يؤكل ؟ قيل : نعم ، إلا أهوال
الابل ، فانه يجوز الاستشفاء بها ، وقيل : بهل الجميع لمكان طهارته ،
والأشبه التحريم لمكان استخبائها .

الخامس : ألبان الحيوان المحرم

كلبن اللبوة والذئبة والهرة . ويكره : لبن ما كان لحمه مكروهاً ،
كلبن الاثني ، مائة وجامدة ، وليس بمحرّم .

القسم الثاني

في اللواحق

وفيه مسائل

« الاولى » : لا يجوز استعمال شعر الخنزير إختياراً ، فان اضطر
استعمل ما لا دسم فيه ، وغسل يده : ويجوز الاستسقاء بجلود الميتة ، وإن
كان نجساً . ولا يصلي من مائها ، وترك الاستسقاء افضل :
« الثانية » : اذا وجد لحم ولا يدري ، أذكيّ هو أم ميت ؟ قيل :
يطرح في النار ، فان انقبض فهو ذكي ، وإن انهبط فهو ميت .
« الثالثة » : لا يجوز أن يأكل الانسان من مال غيره إلا باذنه ،

وقد رُخص - مع عدم الإذن - في تناول من بيوت من تضمنته الآية إذا لم يعلم منه الكراهية ، ولا يحمل منه . وكذا ما يمر به الإنسان من النخل . وكذا الزرع والشجر على تردد .

« الرابعة » : من تناول خمرأ ، أو شيئاً نجساً ، فبصاقه طاهر ، ما لم يكن مقلوناً بالنجاسة . وكذا لو اكتحل بدواء نجس ، فدمعه طاهر ، ما لم يتلون بالنجاسة . ولو جهل تلونه ، فهو على أصل الطهارة .

« الخامسة » : للذمي إذا باع خمرأ أو خنزيراً ، ثم أسلم ولم يقبض الثمن ، فله قبضه .

« السادسة » : تطهر الخمر إذا انقلبت خلاً ، سواء كان انقلابها بعلاج ، أو من قبل نفسها ، وسواء كان ما يعالج به عيناً باقية أو مستهلكة . وإن كان يكره العلاج ، ولا كراهية فيما ينقلب من قبل نفسه . ولو ألقى في الخمر خل حتى تستهلكه ، لم تحل ولم تطهر . وكذا لو ألقى في الخمر خل فاستهلكه الخل ، وقيل : يحل إذا ترك حتى تصير الخمر خلاً ، ولا وجه له :

« السابعة » : أواني الخمر من الخشب والقرع والخزف غير المغمور لا يجوز استعماله ، لاستبعاد تخلصه ، والأقرب الجواز بعد إزالة عين النجاسة وغسلها ثلاثاً :

« الثامنة » : لا يحرم شيء من الربوبات والأشربة ، وإن شم منه رائحة المسكر ، كرُب الرمان والتفاح ، لأنه لا يسكر كثيره .

« التاسعة » : يكره : أكل ما باشره الجنب والحائض ، إذا كانا غير مأمونين . وكذا يكره : أكل ما يعالجه ، من لا يتوقى النجاسات ، وأن يسقى الدواب شيئاً من المسكرات . ويكره الاستسلاف في العصير ، وأن يستأمن على طبخه من يستحل شربه ، قبل أن يذهب ثلاثاه ، إذا

كان مسلماً ، وقيل : لا يجوز مطلقاً ، والأول أشبه ، وبكره : الاستشفاء
بمياه الجبال الحارة .

ومن اللواحق

النظر في حال الاضطرار

وكل ما قلناه بالمنع من تناوله ، فالبحث فيه مع الاختيار . ومع الضرورة
يسوغ تناول ، لقوله تعالى : « فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم
عليه » (١) ، وقوله : « فن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم » (٢)
وقوله : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » (٣) .
فليكن النظر في : المضطر ، وكيفية الاستباحة .

أما المضطر :

فهو الذي يخاف التلف ، لو لم يتناول . وكذا لو خاف المرض
بالترك : وكذا لو خشي الضعف ، المؤدي إلى التخلف عن الرفقة ، مع
ظهور اشارة العطب ، أو ضعف الركوب المؤدي الى خوف التلف ،
فحينئذ يحل له تناول ما يزيل تلك الضرورة .
ولا يختص ذلك نوعاً من المحرمات ، الا ما سنذكره . ولا يخصص
للباغي ، وهو الخارج على الامام ، وقيل : الذي يستحل الميتة • ولا للعادي
وهو : قاطع الطريق ، وقيل : الذي يعدو شعبه .

(١) البقرة : ١٧٤ / ٢ .

(٢) المائدة : ٤ / ٥ .

(٣) الانعام : ١٢٠ / ٦ .

وأما كيفية الاستباحة :

فالمأذون فيه حفظ الرمق ، والتجاوز حرام ، لأن القصد حفظ النفس
وهل يجب تناول للحفظ ؟ قيل : نعم ، وهو الحق . فلو أراد التنزه
والحال حالة خوف التلف ، لم يجز .

ولو اضطر الى طعام الغير ، وليس له الثمن ، وجب على صاحبه
بذله ، لأن في الامتناع إعاقة على قتل المسلم . وهل له المطالبة بالثمن ؟
قيل : لا ، لأن بذله واجب ، فلا يلزم له العوض . وإن كان الثمن
موجوداً ، وطلب ثمن مثله ، وجب دفع الثمن .

ولا يجب على صاحب الطعام بذله ، لو امتنع من بذل العوض ، لأن
الضرورة المبيحة لاقتساره مجاناً ، زالت بالتمكن من البذل :

وإن طلب زيادة عن الثمن ، قال الشيخ : لا تجب الزيادة . ولو
قيل : تجب ، كان حسناً ، لارتفاع الضرورة بالتمكن .

ولو امتنع صاحب الطعام والحال هذه ، جاز له قتاله ، دفعاً
لضرورة العطب :

ولو واطأه فاشتره بأزيد من الثمن ، كراهية لإراقة الدماء ، قال
الشيخ : لا يلزمه إلا ثمن المثل ، لأن الزيادة لم يبذلها إختياراً ، وفيه
إشكال ، لأن الضرورة المبيحة للاكراه ترتفع بإمكان الاختيار :

ولو وجد ميتةً وطعاماً الغير ، فإن بذل له الغيرُ طعامه بغير عوض
أو بعوض هو قادر عليه ، لم يحل الميتة .

ولو كان صاحب الطعام غائباً ، أو حاضراً ولم يبذل ، وقوي صاحبه
على دفعه عن طعامه ، أكل الميتة . وإن كان صاحب الطعام ، ضعيفاً لا
يتمكن ، أكل الطعام وضمينه ، ولم تحل الميتة ، وفيه تردد .

واذا لم يجد المضطر ، إلا آدمياً ميتاً ، حل له إمساك الرمق من لحمه .
ولو كان حياً ، محقون الدم ، لم يحل . ولو كان مباح الدم ، حل له منه
ما يحل من الميتة . ولو لم يجد المضطر ، ما يمسك رمقه سوى نفسه ، قبل :
بأكل من المواضع اللحمية كالفخذ ، وليس شيئاً ، إذ فيه دفع الضرر
بالضرر . ولا كذلك جواز قطع الأكلة ، لأن الجواز هناك إنما هو لقطع
السراية الحاصلة ، وهنا لإحداث سراية .

ولو اضطر الى خمر وبول ، تناول البول . ولو لم يجد الا الخمر ،
قال الشيخ في المبسوط : لا يجوز دفع الضرورة بها ، وفي النهاية : يجوز
وهو أشبهه .

ولا يجوز التداوي بها ، ولا بشيء من الالبدة ، ولا بشيء من الادوية
معها شيء من المسكر ، أكلاً ولا شرباً . ويجوز عند الضرورة أن
يتداوى بها للعين .

خاتمة

في : الآداب

يسلحج : غسل اليدين قبل الطعام وبعده . . ومسح اليد بالمنديل . .
والتسمية عند الشروع . . والحمد عند الفراغ : : وأن يسمي على كل
لون على إنفراده ، ولو قال : بسم الله على أوله وآخره أجزاً :
ويستحب الأكل : باليمين مع الاختيار . . وأن يبدأ صاحب الطعام . .
وأن يكون آخر من يمتنع . . وأن يبدأ في غسل اليد بمن على يمينه ، ثم
يدور عليهم الى الأخير . : وأن يجمع غسالة الايدي في اناء واحد . .
وأن يستلقي الآكل بعد الأكل . . ويجعل رجله اليمنى على رجله اليسرى .
ويكره : الأكل مفكئاً . . والتمائي من المأكل ، وربما كان الإفراط
حراماً لما يتضمن من الاضرار .
ويكره : الأكل على الشبع . . والاكل باليسار :
ويحرم : الأكل على مائدة ، يشرب عليها شيء من المسكرات ، والفقاع .

كتاب الغضب

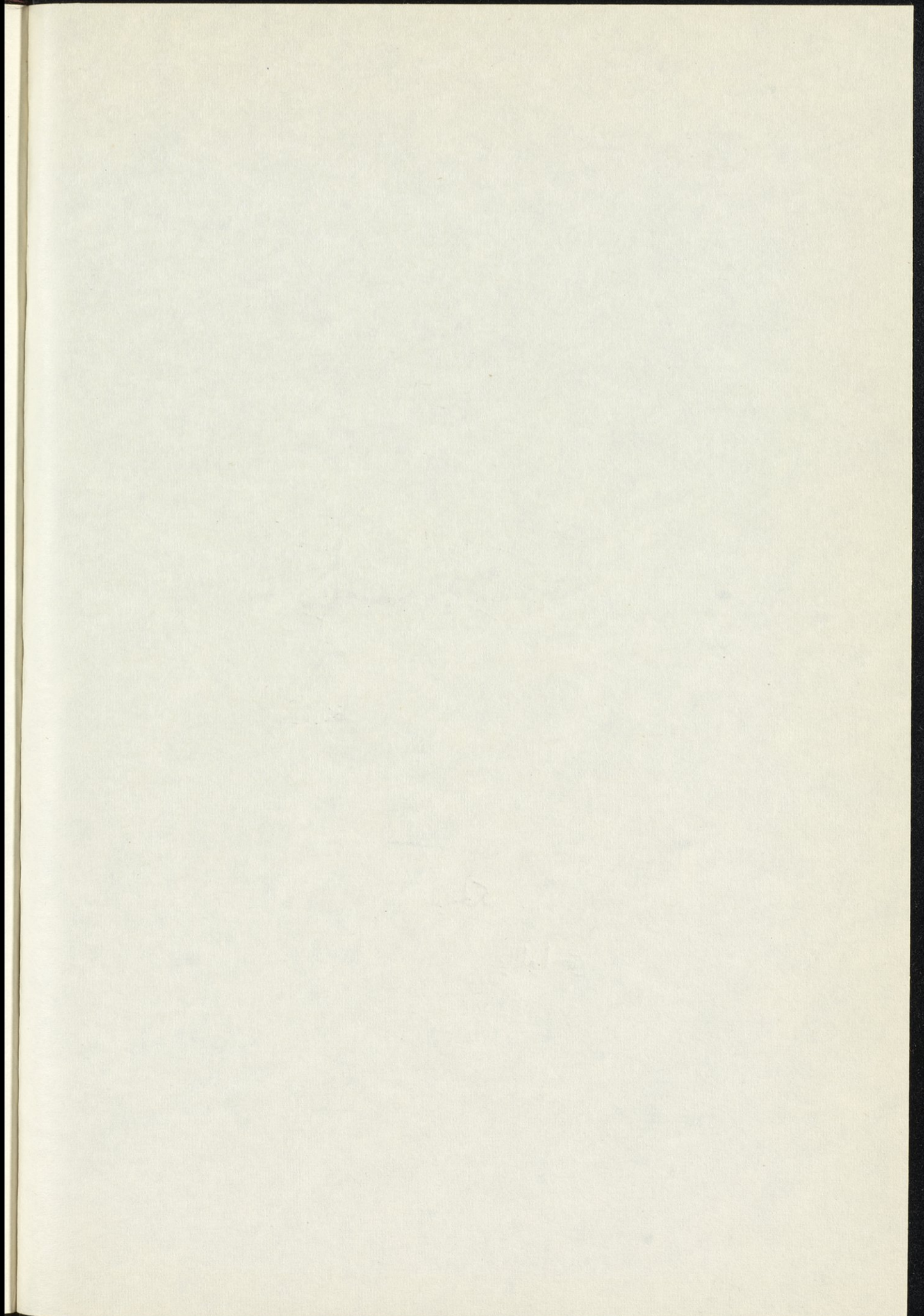
والنظر

في

السبب

والحكم

واللواحق



النَّظَرُ الْأَوَّلُ

في : السبب

أما الأول (١) :

فالعصب : هو الاستقلال باثبات اليد (٢) ، على مال الغير عدواناً ، ولا يكفي رفع يد المالك ، ما لم يثبت الغاصب يده . فلو منع غيره ، من إمساك دابته المرسلة فتلفت ■ لم يضمن . وكذا لو منعه من القعود على بساطه ، أو منعه من بيع متاعه ، فنقصت قيمته السوقية ، أو تلفت عينه ، أما لو قعد على بساط غيره ، أو ركب دابته ، ضمن .
ويصح غصب العقار (٣) ، ويضمنه الغاصب : ويتحقق غصبه ، باثبات اليد عليه مستقلاً ، دون إذن المالك . وكذا لو أسكن غيره : فلو سكن الدار ، مع مالكتها قهراً ، لم يضمن الاصل . وقال الشيخ : يضمن النصف ، وفيه تردد ، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك . ولو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومة المالك ، لم يضمن : ولو كان المالك غائباً ضمن ، وكذا لو مدَّ بِمِقْوَدِ دَاهِيَةٍ فَقَادَهَا ، ضمن : ولا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها .

(١) أي السبب .

(٢) المسالك ٢١٤ / ٣ : المراد بالاستقلال ، الاستبداد به بغير مشارك .

(٣) ن ٢١٥ / ٣ : المراد بقوله يصح غصب العقار ، أنه يقع . . . وقوله «ص» :

ومن غصب شبراً من أرض ، طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة .

وغضبُ الأمة الحامل غضبٌ لولدها ، الثبوت يده عليهما . وكذا
يضمن حمل الأمة ، المبتاعة بالبيع الفاسد .
ولو تعاقبت الايدي الغاصبة على المغصوب ، تخيير المالك في إلزام
أيهم شاء ، أو إلزام الجميع بدلاً واحداً .
والحر لا يُضمن بالغصب (١) ، ولو كان صغيراً . ولو أصابه حرق
أو غرق أو موت في يد غاصب ، من غير سببه ، لم يضمن . وقال في
كتاب « الجراح » يضمه الغاصب ، اذا كان صغيراً ، وتلف سهب
كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط (٢) .
ولو استخدم الحرُّ ، لزمه الاجرة .
ولو حبس صانعاً ، لم يضمن أجرته ، ما لم ينتفع به ، لان منافعه
في قبضته :

ولو استأجره في عمل ، فاعتقله ولم يستعمله ، فيه تردد . والاقرب
أن الاجرة لا تستقر ، لمثل ما قلناه . ولا كذلك لو استأجر دابة ، فحبسها
بقدر الانتفاع :

ولا يضمن الخمر ، إذا غُصبت من مسلم ، ولو غصبها الكافر .
وتضمن اذا غُصبت من ذمِّي ، مستقراً ، ولو غصبها المسلم . وكذا
الخنزير : ويضمن الخمر ، بالقيمة عند المستحل ، لا بالمثل ، ولو كان
المُتلف ذمياً على ذمي ، وفي هذا تردد .

(١) المسالك ٣ / ٢١٦ : لان الحر ليس مالا ، فلا يدخل تحت اليد . . .

(٢) ن : لأنه قربه من سبب الاتلاف ، بحيث لا يمكنه الاحتراز منه .

وهنا أسباب آخر يجب معها الضمان :

الاول : مباشرة الاتلاف

سواء كان المتلف عيناً ، كقتل الحيوان المملوك ، وتخريق الثوب :
أو منفعةً ، كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، وإن لم يكن هناك غضب ،

الثاني : التسبيب

وهو كل فعل يحصل التلف بسببه ، كحفر البئر في غير الملك ،
وكطرح المعثر في المسالك .

لكن إذا اجتمع السبب والمباشر ، قدم المباشر في الضمان على ذي
السبب ، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ، فدفم غيره فيها انساناً ،
فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع .

ولا يضمن المكره المال ، وإن باشر الإتلاف ، والضمان على من
أكرهه ، لأن المباشرة ضعفت مع الاكراه ، فكان ذو السبب هنا أقوى .
ولو أرسل في ملكه ماءً ، فأغرق مال غيره ، أو أجاج ناراً فيه
فأحرق ، لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته إختياراً مع علمه ، أو غلبة
ظنه أن ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار .

ويتفرع على السبب : فروع

« الاول » : لو ألقى صبيّاً في مسبعة ، أو حيواناً يضعف عن الفرار

ضمن لو قتله السبع .

« الثاني » : لو غضب شاةً ، فأت ولدها جوعاً ، ففي الضمان تردد .

وكذا لو حبس مالكَ الماشية عن حراسها فانفق تلفها . وكذا
التردد لو غصب دابةً ، فتبعها الولد (١) .

« الثالث » : لو فك القيد عن الدابة فشردت ، أو عن العبد المجنون
فأَبَقَ ، ضمن لانه فعلٌ يُقصد به الإلتلاف . وكذا لو فتح قفصاً
عن طائر فطار ، مبادراً أو بعد مكث . ولا كذا لو فتح باباً على
مال فسُرِقَ ، أو أزال قيداً عن عبد عاقل فأَبَقَ ، لأن التلف
بالمباشرة لا بالسبب ، وكذا لو دلَّ السراق . ولو أزال وكاءَ
للظرف ، فسأل ما فيه ، ضمن اذا لم يكن يحبسهُ إلا الوكاء . وكذا
لو سأل منه ما أَلَانَ الارض تحته ، فاندفع ما فيه ، ضمن لان
فعله سبب مستقل بالإلتلاف . أما لو فتح رأس الظرف ، فقلبته
الريح أو ذاب بالشمس ، ففي الضمان تردد ، ولعل الاشبه أنه لا
يضمن ، لان الريح والشمس كالمباشر ، فيبطل حكم السبب .

* * *

ومن الاسباب : القبض بالعقد الفاسد (٢) . . والقبض بالسوم (٣) ،
فان القاهض يضمن . . وكذا استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة ،
سبب لضمان اجرة المثل (٤) .

-
- (١) المسالك ٢١٧/٣ : منشأ التردد في هذه الثلاثة ، من عدم الاستقلال باثبات
اليد على الولد والماشية ، فلا يتحقق الغصب ، فينتفي الضمان . . ومن انه سبب في
الالتلاف ، إذ لولاه لم يحصل التلف ، والضمان ليس بمنحصر في الغصب كما مر ،
فان مباشرة الالتلاف ومسببته من جملة مقتضياته وان لم يكن غصباً
- (٢) ن ٢١٨/٣ : لعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ، ولان « كل عقد
يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » ، والمراد بالعقد هنا عقد البيع
- (٣) ن ٢١٨/٣ : وهو ان يقبضه ليشتره .
- (٤) ن ٢١٨/٣ : لانها من باب المباشرة للالتلاف « بتصرف » .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الحكم

يجب رد المغصوب ما دام باقياً ولو تعسّر ، كالخشبنة تُستدخل في البناء أو اللوح في السفينة ، ولا يلزم المالك أخذ القيمة : وكذا لو مزجه مزجاً يشق تميزه ، كمزج الحنطة بالشعير ، أو الدخن بالذرة ، كلف (١) تميزه واعادته .

ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ، فان أمكن نزعها ، ألزم ذلك ، وضمن ما يحدث من نقص : ولو خشي تلفها بانزاعها لضعفها ، ضمن القيمة . وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، لم ينتزع إلا مع الامن عليه ، تلفاً وشيناً ، وضمنها .

ولو حدث في المغصوب عيب ، مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب رده مع الارش :

ولو كان العيب غير مستقر كعفن الحنطة ، قال الشيخ : يضمن قيمة المغصوب . ولو قهل : برد العين مع أرش العيب الحاصل ، ثم كلما ازداد عيباً دفع أرش الزيادة ، كان حسناً . ولو كان بحاله رده ، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقية :

فان تلف المغصوب ، ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً ، وهو ما يتساوى قيمة اجزائه : فان تعذر المثل ، ضمن قيمته يوم الإقباض ، لا يوم الإعواز . ولو أعوز ، فحكم الحاكم بالقيمة ، فزادت أو نقصت ،

(١) وفي « ب ٣ / ٢١٨ » : « كان عليه » بدلا من « كلف » .

لم يلزم ما حكم به الحاكم ، وحكيم بالقيمة وقت تسليمها ، لأن الثابت في الدمة ليس الا المثل .

وان لم يكن مثلياً ، ضمن قيمته يوم غصبه ، وهو اختيار الاكثر وقال في المبسوط والخلاف : يضمن أعلى القيم ، من حين الغصب الى حين التلف ، وهو حسن . ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بتقصائها بعد ذلك على تردد .

والذهب والفضة يضمنان بمثلها ، وقال الشيخ : يضمنان بنقد البلد كما لو اتلف ما لا مثل له . ولو تعدد المثل ، فان كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس ، ضمنه بالنقد . وإن كان من جنسه ، واتفق المضمون والنقد وزناً ، صح . وإن كان أحدهما أكثر ، قوم بغير جلسه ليسلم من الربا . ولا تظن أن الربا يختص بالبيع ، بل هو ثابت في كل معاوضة على ربوبين ، متفقين الجنس .

ولو كان في المغصوب صنعة ، لها قيمة غالباً ، كان على الغاصب مثل الاصل وقيمة الصنعة . وإن زاد عن الاصل ، ربوياً كان أو غير ربوي ، لان للصنعة قيمة تظهر لو أزيلت عدواناً ، ولو من غير غصب وإن كانت الصنعة محرمة ، لم يضمن .

ولو كان المغصوب دابة ، فجنى عليها الغاصب أو غيره ، أو عابت من قبل الله سبحانه ، ردّها مع أرش النقصان . وتتساوى بهيمة القاضي وغيره في الارش ، ولا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة ، بل يرجع الى الارش السوقي .

وروي : في عين الدابة ربع قيمتها . وحكى الشيخ في المبسوط والخلاف عن الاصحاب ، في عين الدابة نصف قيمتها ، وفي العينين كمال قيمتها . وكذا كل ما في البدن منه اثنان ، والرجوع الى الارش السوقي أشبه .

ولو غضب عبداً أو أمةً فقتله ، أو قتله قاتلٌ ، ضمن قيمته ، ما لم تتجاوز قيمته دية الحر . ولو تجاوزت ، لم يضمن الزيادة . ولو قيل : يضمن الزائد بسبب الغضب ، كان حسناً . ولا يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته ، ما لم تتجاوز عن دية الحر . ولو تجاوزت عن دية الحر ، رُدَّت إليه . فإن زاد الارش عن الجناية ، طوب الغاصب بالزيادة دون الجاني .

أما لو مات في يده ، ضمن قيمته ، ولو تجاوزت قيمة دية الحر . ولو جنى الغاصب عليه ، بما دون النفس ، فإن كان تمثيلاً ، قال الشيخ : عتقَ وعليه قيمته ، وفيه تردد ينشأ من الإقتصار بالعتق في التمثيل على مباشرة المولى .

وكل جنابة ديةً مقدرتها في الحر ، فهي مقدرتها في المملوك بحساب قيمته : وما ليست بمقدرة في الحر ، ففيها الحكومة : ولو قيل : يلزم الغاصب أكثر الامرين ، من المقدّر والارش ، كان حسناً . أما لو استغرقت دية قيمته ، قال الشيخ : كان المالك مخيراً ، بين تسليمه وأخذ القيمة وبين إمساكه ولا شيء له ، تسويةً بين الغاصب في الجنابة وغيره ، وفيه تردد . ولو زادت قيمة المملوك بالجنابة ، كالخصاء أو قطع الاصبع الزائدة رده مع هبة الجنابة ، لأنها مقدرتها (١) .

والهحث في المدبر والمكاتب المشروط وام الولد كالبحت في القين .
وإذا تعذر تسليم المغصوب ، دفع الغاصب البديل ، ويملكه المغصوب منه ، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة . ولو عادت ، كان لكل منهما

(١) المسالك ٣ / ٢٢١ : واحترز بقوله : لأنها مقدرتها ، عما لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة ، فلا شيء للمالك ولا اشكال ، لانه لا مقدر له شرعاً ليجب بفواته ولا نقصت فيه القيمة ليجب قدر النقص ، فهو من قبيل الجنابة على ما لا قيمة له .

الرجوع ، وعلى الغاصب الاجرة ، إن كان مما له أجره في العادة ، من حين الغصب الى حين دفع البذل . وقيل : الى حين إعادة المغصوب ، والاول أشبه .

ولو غصب شيئين ، ينقص قيمة كل واحد منهما اذا انفرد عن صاحبه ، كالحفتين ، فتلف أحدهما ، يُضمّن التالف بقيمته مجتمعا ، وردّ الباقي وما نقص عن قيمته بالانفراد . وكذا لو شق ثوبا نصفين ، فنقصت قيمة كل واحد منها بالشق ، ثم تلف أحدهما ، أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة ، فتلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ، ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد ، رد قيمة التالف لو كان منضمماً الى صاحبه . وفي ضمان ما نقص عن قيمة الآخر تردد :

ولا يملك العين المغصوبة بتغيرها وإخراجها عن الإسم والمنفعة ، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره ، كالحنطة تُطحن والكتان يُغزل ويُسجج .

ولو غصب مأكولاً فأطعمه المالك ، أو شاةً فاستدعاه ذبحها مع جهل المالك ، ضمن الغاصب . وإن أطعمه غيره ، قيل : يُغرّم أيها شاء لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع الى الآكل ، وإن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب لغروره ، وقيل : بل يضمن الغاصب من رأس ، ولا ضمان على الآكل ، لأن فعل المباشر ضعيف عن التضمين بمطانة الاغترار ، وكان للسبب أقوى .

ولو غصب فحلاً ، فأنزاه على الانثى ، كان الولد لصاحب الانثى وإن كانت للغاصب : ولو نقص الفحل بالضراب ، ضمن الغاصب النقص وعليه أجره الضراب . وقال الشيخ في المبسوط : لا يضمن الاجرة ، والاول أشبه لأنها عندنا ليست محرمة :

ولو غصب ما له أجره ، وبقي في يده حتى نقص ، كالثوب يخلق
والدابة تهزل ، لزمه الاجرة والارش ولم يتداخلا (١) • سواء كان النقصان
بسبب الاستعمال أو لم يكن .

ولو أغلا الزيت فنقص ، ضمن النقصان :

ولو اغلا عصيراً فنقص وزنه ، قال الشيخ : لا يلزمه ضمان النقيصة
لأنها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها ، بخلاف الاولى ، وفي الفرق تردد :

النَّظَرُ الثَّلَاثُ

في : اللواحق

وهي نوعان :

النوع الاول : في لواحق الاحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب ، فان كانت
أثراً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ولسج الغزل وطحن الطعام ، رده ولا
شيء له : ولو نقصت قيمته بشيء من ذلك ، ضمن الأرش :

(١) المسالك ٢٢٢/٣ : انها لم يتداخلا ، لان كل واحد من ارش النقصان واجرة
العين ، ثابت على انفراده على الغاصب ، فاذا اجتمعا ثبتا أيضاً ، استصحاباً للحكم
وكون التداخل على خلاف الاصل . . .

وإن كان عيناً ، كان له أخذها وإعادة المغصوب وأرشه لو نقص :
ولو صبغ الثوب كان له ازالة الصبغ ، بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب :
ولصاحب الثوب ازالته أيضاً ، لأنه في ملكه بغير حق ، ولو أراد أحدهما ما
لصاحبه بقيمته ، لم يجب على أحدهما إجابة الآخر . وكذا لو وهب أحدهما
لصاحبه ، لم يجب على الموهوب له القبول . ثم يشتركان ، فإن لم ينقص
قيمة مالهما فالخاصل لهما ، وإن زادت فكذلك . ولو زادت قيمة أحدهما
كالت زيادة لصاحبها . وإن نقصت قيمة الثوب بالصبغ ، لزم الغاصب
الأرش ، ولا يلزم المالك ما ينقص من قيمة الصبغ . ولو بيع مصبوغاً
هنقصان عن قيمة الصبغ ، لم يستحق الغاصب شيئاً ، إلا بعد توفية المغصوب
منه قيمة ثوبه على الكمال . ولو بيع مصبوغاً هنقصان عن قيمة الثوب ،
لزم الغاصب إتمام قيمته .

« الثانية » : إذا غصب دهنأ كالزيت أو السمن ، فخلطه بمثله ،
فهما شريكان . وإن خلطه بأدون أو أجود ، قيل : يضمن المثل ، لتعذر
تسليم العين ، وقيل : يكون شريكاً في فضل الجودة ، ويضمن المثل في
فضل الرداءة ، إلا أن يرضى المالك بأخذ العين . أما لو خلطه بغير جنسه
لكان مستهلكاً ، وضمن المثل :

« الثالثة » : فوائد المغصوب مضمونة بالغصب ، وهي مملوكة
للمغصوب منه ، وإن تجددت في يد الغاصب ، أعيالاً كانت كاللبن والشعر
ولوبر والتمر ، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة . وكذا منفعة كل
ماله أجرة بالعادة . ولو سمت الدابة في يد الغاصب ، أو تعلم المملوك
صنعة أو علماً فزادت قيمته ، ضمن الغاصب تلك الزيادة . فلو هزات
أو نسي الصنعة ، أو ما علمه ، فنقصت القيمة لذلك ، ضمن الأرش وإن
رد العين : وإن تلف ، ضمن قيمة الأصل والزيادة :

فرعان

« الاول » : لو زادت القيمة لزيادة صفة ، ثم زالت الصفة ، ثم عادت للصفة والقيمة ، لم يضمن قيمة الزيادة التالفة ، لانها انجبرت بالثانية . ولو نقصت الثانية عن قيمة الاولى ، ضمن التفاوت : أما لو تجددت صفة غيرها ، مثل إن سميت فزادت قيمتها ، ثم هزلت فنقصت قيمتها ، ثم تعالمت صنعة فزادت قيمتها ، ردها وما نقص بفوات الاولى .

« الثاني » : لا يضمن من الزيادة المتصلة ، ما لم تزد بها القيمة ، كالسمن المفرط اذا زال ، والقيمة على حالها (١) أو زائدة :

« المسألة الرابعة » : لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ، ويضمنه . وما يتجدد من منفعه ، وما يزداد من قيمته ، لزيادة صفة فيه فان تلفت في يده ، ضمن العين بأعلى القيم ، من حين قبضه الى حين تلفه إن لم يكن مثلياً . ولو اشترى من غاصب ، ضمن العين والمنافع ، ولا يرجع على الغاصب إن كان عالماً ، وللمالك الرجوع على أيهما شاء . فان رجع على الغاصب ، رجع الغاصب على المشتري . وإن رجع على المشتري ، لم يرجع على الغاصب لاستقرار التلف في يده . وان كان المشتري جاهلاً بالغصب ، رجع على البائع بما دفع من الثمن ، وللمالك مطالبته بالدرك ، إما مثلاً أو قيمة ، ولا يرجع المشتري بذلك على الغاصب ، لانه قبض ذلك مضموناً . ولو طالب الغاصب بذلك ، رجع الغاصب على المشتري : ولو طالب المشتري

(١) المسالك ٣ / ٢٢٣ - ٢٢٤ : احترز بقوله : والقيمة على حالها ، عما لو كان

بعض السمن لا أثر له في القيمة وبعضه له أثر ، وزال الجميع ، فسانه يضمن قيمة ما له أثر فيها دون ما زاد عليه .

لم يرجع على الغاصب . وما يغفره المشتري ، مما لم يحصل له في مقابلته
لنفع ، كالتفقة والعمارة ، فله الرجوع به على البائع . ولو أولدها المشتري
كان حراً ، وغرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع . وقيل في هذه : له
مطالبة أيهما شاء ، لكن لو طالب المشتري ، رجع على البائع . ولو طالب
البائع ، لم يرجع على المشتري ، وفيه احتمال آخر : أما ما حصل للمشتري
في مقابلته نفع ، كسكنى الدار وثمره الشجرة والصوف واللبن ، فقد قيل :
يضمنه الغاصب لا غير ، لأنه سبب الإتلاف . ومباشرة المشتري مع الغرور
ضعيفة ، فيكون السبب أقوى ، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك . وقيل :
له إلزام أيهما شاء ، أما الغاصب فلمكان الخيلولة ، وأما المشتري فلمباشرة
الإتلاف : فان رجع على الغاصب ، رجع على المشتري ، لإستقرار التلف
في يده . وإن رجع على المشتري ، لم يرجع على الغاصب ، والاول أشبه :
« الخامسة » : لو غصب مملوكة فوطأها ، فان كانا جاهلين بالتحريم
لزمه مهر أمثالها للشبهة : وقيل : عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف
العشر إن كانت ثيباً : وربما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم ، على الوطء
بعقد الشبهة . فلو افتنصها باصبعه ، لزمه دية البكارة . [ولو افتنصها باصبعه (١)]
ثم وطأها مع ذلك ، لزمه الأمران ، وعليه اجرة مثلها (٢) ، من حين
غصبها الى حين عودها . ولو احبلها ، لحق به الولد ، وعليه قيمته يوم
سقط حياً ، وأرث ما ينقص من الأمة بالولادة . ولو سقط ميتاً ، قال
الشيخ : لم يضمنه لعدم العلم بحياته ، وفيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبي :
وفرّق الشيخ : بين وقوعه بالجناية ، وبين وقوعه بغير جناية . ولو ضربها
أجنبي فسقط ، ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر ، وضمن الغاصب
للمالك دية جنين أمة ، ولو كان الغاصب والأمة عالمين بالتحريم ، فللمولى

(١) هذه الزيادة ليست موجودة في المتداولة .

(٢) المسالك ٣ / ٢٢٥ : المراد اجرة مثلها في غير زمان الوطء . . .

المهر إن أكرهها الغاصب على الوطء ، وعليه الحد : وإن طأعته ، حدّ الواطئي ولا مهر ، وقبل : يازمه عوض الوطء لأنه للمالك ، والأول أشبه إلا أن تكون بكرأ فيازمه أرش البكارة . واو حملت لم يلحق به الولد ، وكان رقاً لمولها ، ويضمن الغاصب ما ينقص بالولادة . واو مات ولدها في يد الغاصب ، ضمنه . واو وضعته ميتاً ، قيل : لا يضمن ، لأننا لا نعلم حياته قبل ذلك ، وفيه تردد . ولو كان سقوطه بجماعة جان ، لزمه دية جنين الأمة على ما نذكر في الجنائيات . ولو كان الغاصب عالماً ، وهي جاهلة ، لم يلحق الولد ، ووجب الحد والمهر . ولو كان بالعكس (١) لحق به الولد ، وسقط عنه الحد والمهر ، وعليها الحد :

« السادسة » : إذا غصب حبباً فزرعه ، أو بيضاً فاستفرخه ، قيل : الزرع والفرخ للغاصب ، وقيل : للمغصوب منه ، وهو الأشبه . ولو غصب عصيراً فصار خمرأ ، ثم صار خلاً ، كان للمالك . ولو نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ، ضمن الأرش .

« السابعة » : اوغصب أرضاً ، فزرعها أو غرسها ، فالزرع ونماؤه للزارع ، وعليه أجرة الأرض ، وإزالة غرسه وزرعه وطم الحُفَر ، وأرش الأرض إن نقصت : ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس ، لم يجب على الغاصب إجابته . وكذا لو بذل الغاصب ، لم يجب على صاحب الأرض قبوله ، ولو هبةً . واو حفر الغاصب في الأرض بئراً ، كان عليه طمها . وهل له طمها مع كراهية المالك ؟ قيل : نعم ، لتحفظها من درك الردى .

(١) المسالك ٣ / ٢٢٥ : المراد بالعكس ، أن تكون هي عالة بالتحريم دونه ، وهي تنمة الصور السابقة ، وحكمها ان الولد لا حق به للشبهة دونها للزنا ، وعليه قيمته يوم ولادته حياً كما سبق ، وعليها الحد للزنا ، وفي ثبوت مهر المثل ، ما مر من الخلاف من كونها بنياً وكونه مال الغير .

ولو قيل : للمالك منه ، كان حسناً ، والضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها .
« الثامنة » : اذا حصلت دابة في دار لا تخرج الا بهدم ، فان كان
حصولها بسبب من صاحب الدار ، أُلزم الهدم والاخراج ، ولا ضمان على
صاحب الدابة . وإن كان من صاحب الدابة ، ضمن الهدم : وكذا إن لم
يكن من أحدهما تفريط ، ضمن صاحب الدابة الهدم ، لأنه لمصلحة . ولو
أدخلت دابة رأسها في قدر ، وافترق اخراجها الى كسر القدر ، فان كانت
يد مالك الدابة عليها ، أو فرط في حفظها ضمن : وان لم يكن يسهده
عليها ، وكان صاحب القدر مفترطاً ، مثل أن يجعل قدره في الطريق ،
كسرت القدر عنها ، ولا ضمان في الكسر . وإن لم يكن من أحدهما
تفريط ، ولم يكن المالك معها ، وكانت القدر في ملك صاحبها ، كُسرت
وضمن صاحب الدابة ، لأن ذلك لمصلحته .

« التاسعة » : قال الشيخ في المبسوط : اذا خشى على حائط ، جاز
أن يستند بجذع ، بهير اذن مالك الجذع ، مدعياً للاجماع ، وفي دعوى
الإجماع نظر .

« العاشرة » : اذا جنى العبد المغصوب عمداً فقتل ، ضمن الغاصب
قيمته . وإن طلب ولي الدم الدية ، لزم الغاصب أقل الامرين ، من قيمته
ودية الجنابة . وإن أوجبت قصاصاً فيما دون النفس فاقتص منه ، ضمن
الغاصب الارش . وإن عفى على مال ، ضمن الغاصب أقل الامرين :
« الحادية عشرة » : اذا نقل المغصوب الى غير بلد الغصب ، لزمه
إعادته . ولو طلب المالك الاجرة عن إعادته ، لم يلزم الغاصب ، لان
الحق هو النقل ، ولو رضي المالك به هناك ، لم يكن للغاصب قهره
على الإعادة .

النوع الثاني : في مسائل التنازع (١)

وهي ستة :

« الأولى » : اذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وهو قول الاكثر ، وقبل : القول قول الغاصب ، وهو أشبه : أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه ، مثل أن يقول : ثمن الجارية حبة أو درهم ، لم يقبل .

« الثانية » : اذا تلف وادعى المالك صفة (٢) يزيد بها الثمن ، كعرفة للصنعة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن الأصل يشهد له . أما لو ادعى الغاصب عبياً ، كالعَوْر وشبهه ، فأنكر المالك ، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل للصحة ، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً .

« الثالثة » : اذا باع الغاصب شيئاً ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعثك ما لا املك وأقام بينة ، هل تسمع بينته ؟ قيل : لا ، لأنه مكذّب لها بمباشرة البيع ، وقيل : ان اقتصر على لفظ البيع ، ولم يضم اليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية ، قُبلت (٣) وإلا رُدَّت .

« الرابعة » : اذا مات العبد ، فقال الغاصب : رددته قبل موته ، وقال المالك : بعد موته ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وقال في الخلاف : ولو عملنا في هذه بالقرعة ، كان جائزاً .

(١) وفي « ٢٧٩ / ٣ » : « النزاع » .

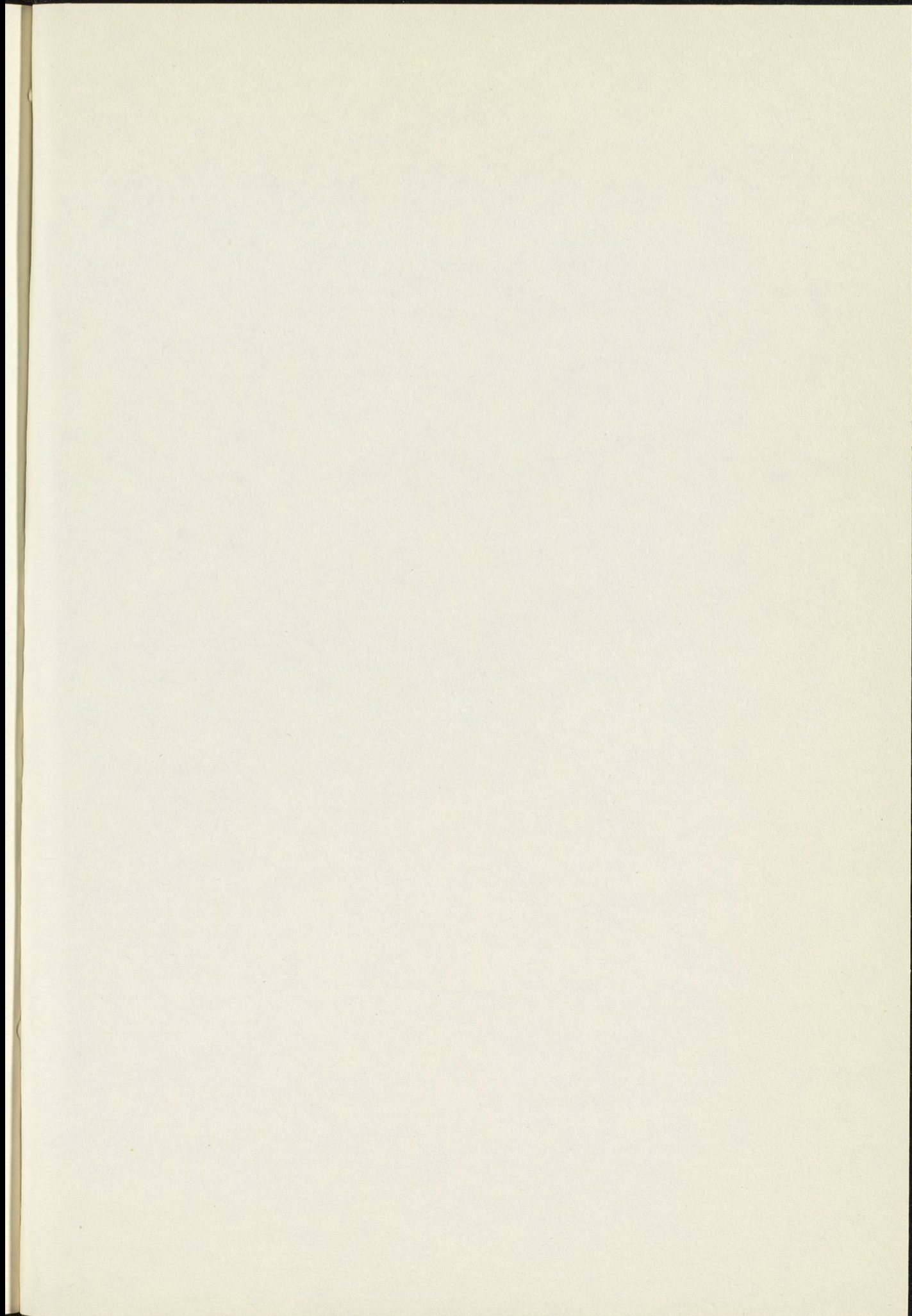
(٢) وفي « ٢٧٩ / ٣ » : « صنعة » .

(٣) وفي « ٢٧٩ / ٣ » : « قبل » .

« الخامسة » : اذا اختلفا في تلف المغصوب ، فالقول قول الغاصب
مع يمينه : فاذا حلف ، طأبَّه المالك بالقيمة لتعذر العين ؛
« السادسة » : اذا اختلفا فيما على العبد ، من ثوب أو خاتم ، فالقول
قول الغاصب مع يمينه ، لأن يده على الجميع (١) .

(١) المسالك ٣ / ٢٢٧ : المراد يده حالة الغصب . . .

كتاب الشفاء



• الشفعة • :

وهي : استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه ، بسبب انتقالها بالبيع :

والنظر في ذلك يعتمد خمسة مقاصد :

المقصد الأول

ما تثبت فيه الشفعة

وتثبت في الأرضين : كالمساكن ، والعيراص ، والبساتين اجماعاً . وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان ؟ قيل : نعم ، دفعاً لكلفة القسمة ، واستناداً الى رواية يونس ، عن بعض رجاله ، عن أبي عبد الله عليه السلام : وقيل : لا ، إقتصاراً في التسايط على مال المسلم بموضع الإجماع ، واستضعافاً للرواية المشار إليها ، وهو أشبه :

أما الشجر والنخل والابنية ، فتثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض . ولو أفرد بالبيع ، نُزِّل على القولين . ومن الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد ، دون غيره من الحيوان . وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما نضر قسمته تردد ، أشبه أنها لا تثبت .

ونعني بالضرر ، ألا يستفمع به بعد قسمته ، فالمتضرر لا يجبر على القسمة . ولو كان الحمام أو الطريق أو النهر ، مما لا يبطل منفعته بعد القسمة أجبر الممتنع وثبت الشفعة . وكذا لو كان مع البئر بياض أرض ، بحيث تسلم البئر لأحدهما :

وفي دخول الدولا ب والناعورة في الشفعة ، اذا بيع مع الأرض
تردد (١) ، إذ ليس من عادته أن ينقل . ولا تدخل الجبال التي تركب
عليها الدلاء في الشفعة ، الا على القول بعموم الشفعة في المبيعات : ولا
تثبت الشفعة في الثمرة ، وإن بيعت على رؤوس النخل : والشجر منضمّة
الى الأصل والأرض :

وتثبت في الأرض المقسومة ، بالاشترك في الطريق أو الشرب ، إذا
بيع معها . ولو أفردت الأرض المقسومة بالبيع ، لم تثبت الشفعة في الأرض
وتثبت في الطريق أو الشرب ، إن كان واسعاً يمكن قسمته : ولو باع
عرصة مقسومة وشيخاً من أخرى صفقة ، فالشفعة في الشقص خاصة
بحصّة من الثمن .

ويشترط انتقال الشقص بالبيع ، فلو جعله صداقاً أو صدقة أو هبة
أو صلحاً ، فلا شفعة . ولو كانت الدار وقفاً ، وبعضها طليقاً فبيع الطلق
لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحداً ، لانه ليس مالكا للرقبة على
الخصوص . وقال المرتضى رحمه الله : تثبت الشفعة :

المقصر الثاني

في الشفيع

وهو كل شريك بحصة مشاعة ، قادر على الثمن : ويشترط فيه
الاسلام ، اذا كان المشتري مسلماً . فلا تثبت الشفعة للجار بالجوار ، ولا فيما

(١) المسالك ٣ / ٢٢٨ : احتز بقوله اذا بيع مع الأرض ، عما لو بيع منفرداً
فانه لا اشكال في عدم ثبوت الشفعة حينئذ ، بناء على عدم ثبوتها فيما ينقل . . .

قُسِّمَ ومُيِّزٌ ، إلا مع الشركة في طريقه أو نهره ، وتثبت بين الشريكين .
وهل يثبت لما زاد عن شفيح واحد ؟ فيه اقوال : أحدها نعم ،
وتثبت مطلقاً على عدد الرؤوس . . والثاني تثبت في الارض مع الكثرة ،
ولا تثبت في العبد إلا للواحد . . والثالث لا تثبت في شيء ، مع الزيادة
عن الواحد ، وهو أظهر .

وتبطل الشفعة : بعجز الشفيح عن الثمن ، وبالمطالبة ، وكذا لو هرب :
ولو ادعى غيبة الثمن ، أُجِّلَ ثلاثة أيام (١) . فان لم يحضره ، بطلت شفعته .
فان ذكر أن المال في بلد آخر . أُجِّلَ بمقدار وصوله اليه وزيادة ثلاثة أيام
ما لم يتضرر المشتري :

وتثبت للغائب والسفيه ، وكذا للمجنون والصبي ، ويتولى الأخذ
وليها مع الغبطة . ولو ترك الولي المطالبة ، فبإع الصبي أو أفاق المجنون
فله الأخذ ، لأن التأخير لعذر : وإن لم يكن في الأخذ غبطة ، فأخذ
المولى لم يصح :

وتثبت للشفعة للكافر على مثله ، ولا تثبت له على المسلم ، ولو
اشتراه من ذمي :

وتثبت للمسلم على المسلم والكافر .
وإذا باع الأب أو الجد عن اليتيم ، شقصه المشترك معه ، جاز أن
يشفعه وترتفع القهمة ، لانه لا يزيد عن بيع ماله من نفسه . وهل ذلك
للوصي ؟ قال الشيخ : لا ، لمكان التهمة . ولو قيل بالجواز ، كان
اشبه كالوكيل :

وللمكاتب الأخذ بالشفعة ، ولا اعتراض لمولاه :
ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً ، وصاحب المال شفيحه ، فقد

(١) المسالك ٣ / ٢٣٠ : من وقت حضوره للأخذ .

ملكه بالشراء لا بالشفعة . ولا اعتراض للعادل ، إن لم يكن ظهر فيه ربح ،
وله المطالبة باجرة عمله .

فروع

على القول : بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء وهي عشر
« الاول » : لو كان الشفعاء أربعة ، فباع احدهم وعفي آخر ، فللاخرين
أخذ المبيع . ولو اقتصر في الاخذ على حقهما لم يكن لهما ، لأن
الشفعة لإزالة الضرر ، وأخذ البعض يتأكد . ولو كان الشفعاء غيباً
فالشفعة لهم . فاذا حضر واحد وطالب ، فاما ان يأخذ الجميع أو
يترك ، لأنه لا شفعيع الآن غيره . ولو حضر آخر ، أخذ من الآخر
النصف أو ترك فان حضر الثالث ، أخذ الثلث أو ترك . وإن
حضر الرابع ، أخذ الربع أو ترك .

« الفرع الثاني » : لو امتنع الحاضر أو عفي ، لم تبطل الشفعة ، وكان
للغائب أخذ الجميع . وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا ، كانت الشفعة
بأجمعها للرابع إن شاء .

« الفرع الثالث » : اذا حضر أحد الشركاء ، فأخذ بالشفعة وقاسم ، ثم
حضر الآخر فطالب ، فسخ القسمة وشارك الاول . وكذا لو رده
الشفيع الاول بعيب ، ثم حضر الآخر ، كان له الأخذ لأن
الرد كالعفو .

« الفرع الرابع » : لو استغلها الاول (١) ، ثم حضر الثاني ، شاركه في
الشقص دون الغلة .

« الخامس » : لو قال الحاضر لاأخذ حتى يحضر الغائب ، لم تبطل

(١) المسالك ٣ / ٢٣١ : المراد باستغلاله لها ظهور الثمرة بعد أخذه . . .

شفعته ، لأن التأخير لغرض لا يتضمن الترك ، وفيه تردد .
« السادس » : لو أخذ الحاضر ودفع الثمن ، ثم حضر الغائب فشاركه
ودفع اليه النصف مما دفع الى البائع ، ثم خرج الشفيع مستحقاً ،
كان دركه على المشتري دون الشفيع الاول ، لانه كالنائب عنه
في الأخذ .

« السابع » : لو كانت الدار بين ثلاثة ، فباع أحدهم من شريكه ،
استحق الشفعة الثالث دون المشتري ، لأنه لا يستحق شيئاً على نفسه .
وقيل : يكون بينهما ، ولعله أقرب .

« الثامن » : لو باع اثنان من ثلاثة صفقة ، فللشفيع أخذ الجميع ، وأن
يأخذ من اثنين ومن واحد ، لأن هذه الصفقة بمنزلة عقود متعددة
ولو كان البائع واحداً من اثنين ، كان له أن يأخذ منهما ومن
أحدهما . ولو باع اثنان من اثنين ، كان ذلك بمنزلة عقود أربعة ،
فللشفيع أن يأخذ الكل ، وأن يعفو ، وأن يأخذ الربع أو النصف أو
ثلاثة الأرباع . وليس لبعضهم مع الشفيع شفعة ، لانتقال الملك
اليهم دفعة ، فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه فلو باع الشريك حصته
من ثلاثة ، في عقود متعاقبة ، فله أن يأخذ الكل ، وأن يعفو ، وأن
يأخذ من البعض فان أخذ من الاول ، لم يشاركه الثاني والثالث .
وكذا لو أخذ من الاول والثاني ، لم يشاركه الثالث . ولو عفى عن
الاول وأخذ من الثاني ، شاركه الاول . وكذا لو أخذ من الثالث
شاركه الاول والثاني ، لاستقرار ملكهما بالعفو .

« التاسع » : لو باع أحد الحاضرين شيئاً ، ولهما شريكان غائبان ، فالحاضر
هو الشفيع في الحال ، إذ ليس غيره : فإذا أخذ وقدم أحد الغائبين ،
شارك فيما أخذ الحاضر بالسوية . ولو قدم الآخر ، شاركهما فيما

أخذه ، فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما .
« للعاشر » : لو كانت الدار بين أخوين ، فمات أحدهما وورثه ابنان ،
فباع أحد الوارثين ، كانت الشفعة بين العم وابن الأخ ، لتساويهما
في الاستحقاق . وكذا لو كان وارث الميت جماعة .

المقصر الثمن

في : كيفية الأخذ

ويستحق الشفيع الأخذ بالعقد وإنقضاء الخيار ، لانه وقت اللزوم ،
وقيل : بنفس العقد وإن لم ينقض الخيار ، بناءً على ان الانتقال يحصل
بالعقد ، وهو أشبه : أما لو كان الخيار للمشتري خاصة ، فإنه يستحق
بنفس العقد ، لتحقق الانتقال :

وليس للشفيع تبويض حقه ، بل يأخذ الجميع أو يدع ، ويأخذ
بالثمن الذي وقع عليه العقد (١) ، وإن كانت قيمة الشقص أكثر أو أقل .
ولا يلزمه ما يغرم المشتري من دلالة ، أو وكالة ، أو غير ذلك من المؤن .
ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وإنقضاء الخيار ، لم يلحق
الزيادة ، بل كانت هبةً ، ولا يجب على الشفيع دفعها . ولو كانت الزيادة
في زمان الخيار ، قال الشيخ : يلحق بالعقد ، لأنها بمنزلة ما يفعل في
العقد ، وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد . وكذا لو حطّ البائع
من الثمن ، لم يلحق بالعقد :

(١) المسالك ٣ / ٢٣٣ : المراد بأخذه بالثمن أخذه بمثله ، لعدم إمكان الأخذ به
نفسه غالباً ، فان كان مثلياً لزمه مثله والا فقيمته كما سيأتي . . .

ولا يلزم المشتري دفع الشقص ، ما لم يهذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد . ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة ، أخذ الشقص بحصة من الثمن : ولا يثبت بذلك للمشتري خيار ، لأن استحقاق الشفعة تجدد في ملك المشتري ، ويدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً ، كالذهب والفضة وإن لم يكن له مثل ، كالحبوان والثوب والجوهر ، قيل : يسقط لتعذر المثلية ، ولرواية علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام ، وقيل : يأخذها بقيمة العرض وقت العقد ، وهو أشبه .

وإذا علم بالشفعة ، فله المطالبة في الحال ، فإن أضر لعذر عن مباشرة الطلب وعن التوكيل فيه ، لم تبطل شفيعته . وكذا لو ترك لتوهمه كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضة ، أو حيواناً فبان قماشاً وكذا لو كان محبوساً ليحَقِّق هو عاجز عنه ، وعجز عن الوكالة :

وتجب المبادرة الى المطالبة عند العلم ، لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عادته في مشيه . ولو كان متشغلاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها ، وجاز الصبر حتى يتمها . وكذا لو دخل عليه وقت الصلاة ، صبر حتى يتطهر ويصلي متأيداً . ولو علم بالشفعة مسافراً ، فإن قدر على السعي أو التوكيل فأهمل ، بطلت شفيعته . ولو عجز عنهما لم يسقط وإن لم يشهد بالمطالبة .

ولا تسقط الشفعة بتقابل المتبايعين ، لان الاستحقاق حصل بالعقد فليس للمتبايعين إسقاطه ، والسدرك باق على المشتري : نعم ، لو رضي بالبيع ثم تقايلا ، لم يكن له شفعة ، لانهما فسخ وليست بيعاً . ولو باع المشتري ، كان للشفيع فسخ البيع ، والأخذ من المشتري الاول ، وله أن يأخذ من الثاني . وكذا لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً ، فالشفيع إزالة ذلك كله ، وأخذه بالشفعة .

والشفيع يأخذ من المشتري ، ودركه عليه ، ولا يأخذ من البائع :
لكن لو طالب والشقص في يد البائع ، قيل له : خُذْ من البائع أو دع .
ولا يُكَلِّف المشتري القبض من البائع مع إمتناعه ، وإن التمس ذلك
الشفيع . ويقوم قبض الشفيع مقام قبضه ، وبكون الدرك مع ذلك على المشتري .
وليس للشفيع فسخ البيع (١) . ولو نوى الفسخ والأخذ من البائع ،
لم يصح .

ولو انهدم المبيع أو عاب ، فإن كان بغير فعل المشتري ، أو بفعله
قبل مطالبة الشفيع ، فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك . والأنقاض
للشفيع باقية ، كانت في المبيع أو منقولة عنه ، لأن لها نصيباً من الثمن :
وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة ، ضمنها المشتري ، وقيل : لا
يضمنها ، لأنه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ ، والأول أشبه :

ولو غرس المشتري أو بنى ، فطالب الشفيع بحقه ، فإن رضي
المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك ، ولا يجب إصلاح الارض ، وللشفيع
أن يأخذ بكل الثمن أو يدع .

وإن امتنع المشتري من الإزالة ، كان الشفيع مخيراً بين إزالته ودفع الأرش
وبين بذل قيمة الغراس والبناء ، ويكون له مع رضا المشتري ، وبين النزول
عن الشفعة .

وإذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً ، كالوَدِي (٢) المبتاع مع الارض

(١) المسالك ٣ / ٢٣٥ : لأن العقد لم يقع معه : فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير
سبب شرعي يوجبه .

(٢) ن ٣ / ٢٣٦ : فسيل النخل ، وزاد بعضهم قبل ان يفرس ، ولكن المراد هنا
المغروس ، ليكون تابعاً للارض ، أما غير المغروس ، فلا شبهة في عدم تبعيته للارض
في الشفعة .

فيصير نخلة ، أو الغرض من الشجر يعظم ، فالزيادة للشفيع ، أما النماء المنفصل ، كسكنى الدار وثمره النخل ، فهو للمشتري : ولو حمل النخل بعد الإبتياح ، وأخذ الشفيع قبل التأبير ، قال الشيخ رحمه الله : الطلع للشفيع لأنه بحكم السعف ، والأشبه إختصاص هذا الحكم بالبيع .
ولو باع شقصين من دارين ، فإن كان الشفيع واحداً ، فأخذ منهما أو ترك ، جاز . وكذا إن أخذ من أحدهما ، وعفى عن شفيعته من الأخرى : وليس كذلك لو عفى عن بعض شفيعته من الدار الواحدة : ولو بان الثمن مستحقاً ، فإن كان الشراء بالعين ، فلا شفيع لتحقق البطلان . وإن كان في الذمة ، ثبتت الشفيع ، لثبوت الإبتياح (١) . ولو دفع الشفيع الثمن ، فبان مستحقاً ، لم تبطل شفيعته على التقديرين :
ولو ظهر في المبيع عيب ، فأخذ المشتري إرشه ، أخذه الشفيع بما بعد الأرش : وإن أمسكه المشتري معيباً ، ولم يبطل (٢) بالأرش ، أخذه الشفيع بالثمن أو ترك :

مسائل ست :

« الأولى » : لو قال : اشتريت النصف بمئة فترك ، ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين ، لم تبطل الشفيع . وكذا لو قال : اشتريت الربع بخمسين فترك ، ثم بان أنه اشترى النصف بمئة ، لم تبطل شفيعته ، لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد ، وقد لا يرغب في المبيع الناقص :

(١) المسالك ٣ / ٢٣٦ : ان استحقاق احد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع ، لبقاء الآخر بغير عوض في مقابله ، بخلاف ما في الذمة ، فإن المدفوع عنه لا يتعين ثمناً على تقدير ظهوره مستحقاً ، بل الثمن امر كلي في الذمة ، فلا يبطل البيع كما لو لم يكن دفعه بعد .

(٢) وفي « ٢٨٢ / ٣ هـ » : ولم يطالب بالأرش .

« الثالثة » : اذا بلغه البيع فقال : أخذت بالشفعة ، فان كان عالماً بالثمن صح ، وإن كان جاهلاً لم يصح . وكذا لو قال : أخذت بالثمن بالغاً ما بلغ ، لم يصح مع الجهالة تفصيلاً من الغرر .

« الثالثة » : يجب تسليم الثمن أولاً ، فان امتنع الشفيع ، لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض .

« الرابعة » : لو بلغه أن المشتري إثنان ، فترك فبان واحداً ، أو واحد فبان اثنين ، أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، لم تبطل الشفعة لإختلاف الغرض في ذلك .

« الخامسة » : اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقية ، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال ، وبين الصبر حتى يُحصّد ، لأن له في ذلك غرضاً ، وهو الانتفاع بالمال ، وتعذر الانتفاع بالارض المشغولة ، وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة ، تردد .

« السادسة » : اذا سأل البائع من الشفيع الإقالة فأقاله ، لم يصح لأنها إنما تصح من المتعاقدين .

المفصل الرابع

في : لواحق الأخذ بالشفعة

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا اشترى بثمن مؤجل ، قال في المبسوط : للشفيع اخذه بالثمن عاجلاً وله التأخير وأخذه بالثمن في محله ، وفي النهاية يأخذه

عاجلاً ، وبكون الثمن عليه [مؤجلاً] (١) ويلزم كفيلاً بالمال إن لم يكن مسلياً وهو أشبهه :

« الثانية » : قال المفيد والمرضى قدس الله روحهما : الشفعة تورث وقال الشيخ رحمه الله : لا تورث تعويلاً على رواية طلحة بن زيد وهو هجري ، والاول أشبهه ، تمسكاً بعموم الآية .

« الثالثة » : وهي تورث كالمال ، فلا ترك زوجةً وولداً ، فللزوجة الثمن وللولد الباقي : ولو عفا احد الوراث عن نصيبه لم يسقط ، وكان لمن لم يعف ان يأخذ الجميع ، وفيه تردد ضعيف .

« الرابعة » : اذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة ، قال الشيخ : سقطت شفيعته ، لأن الاستحقاق بسبب النصيب . أما لو باع قبل العلم لم تسقط ، لأن الاستحقاق سابق على البيع . ولو قيل : ليس له الاخذ في صورتين ، كان حسناً .

تفريع

على قوله رحمه الله : لو باع الشريك ، وشرط الخيار للمشتري ، ثم باع الشفيع نصيبه . قال الشيخ : الشفعة للمشتري الاول ، لأن الانتقال تحقق بالعقد . ولو كان الخيار للبائع أو لها ، فالشفعة للبائع الاول ، بناءً على ان الانتقال لا يحصل إلا بانقضاء الخيار .

« الخامسة » : لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث وحابي فيه (٢) ، فان خرج من الثلث صح ، وكان للشفيع أخذه بالشفعة . وإن لم يخرج صح منه ما قابل الثمن ، وما يحتمله الثلث من الحأبابة إن لم تجز الورثة ، وقيل : يمضي في الجميع من الاصل ، ويأخذه الشفيع بناءً

(١) هذه الزيادة غير موجودة في « ٢٨٣ / ٣ » .

(٢) المسالك ٢٣٧ / ٣ : بأن باعه بدون ثمن المثل . . .

على أن مفجزات المريض ماضية من الاصل .
« السادسة » : اذا صالح الشفيع على ترك الشفعة صح وبطلت الشفعة
لأنه حق مالي فينفذ فيه الصلح .

« السابعة » : اذا تبايعا شقصاً ، فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو
عن المشتري ، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع ، لم يسقط بذلك الشفعة .
وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما ، وفيه تردد ، لما فيه من إمارة الرضا بالبيع .
« الثامنة » : اذا أخذ بالشفعة فوجد فيه عيباً سابقاً على البيع ، فان
كان الشفيع والمشتري عالين فلا خيار لأحدهما . وإن كانا جاهلين ، فان
ردّه الشفيع ، كان المشتري بالخيار في الرد والارش . وإن اختار الأخذ
لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده : قال الشيخ رحمه الله :
وليس للمشتري المطالبة بالارش . ولو قيل : له الارش ، كان حسناً .
وكذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري . ولو علم المشتري دون الشفيع
كان للشفيع الرد .

« التاسعة » : اذا باع الشقص بعوض معين ، لا مثل له كالعبد ،
فان قلنا لا شفعة فلا بحث . وإن أوجبنا الشفعة بالقيمة ، فأخذه الشفيع
وظهر في الثمن عيب ، كان للبائع رده والمطالبة بقيمة الشقص ، إذا لم
يحدث عنده ما يمنع الرد . ولا يرجع الشقص ، لأن الفسخ المتعقب للبيع
الصحيح لا يبطل الشفعة . ولو عاد الشقص الى المشتري بملك مستأنف ،
كالهبة أو الميراث ، لم يملك رده على البائع . واو طلبه البائع ، لم يجب على
المشتري إجابته . ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد
هل يرجع الشفيع بالتفاوت ؟ فيه تردد ، والأشبه لا ، لانه الثمن الذي اقتضاه
العقد . ولو كان الشقص في يد المشتري ، فردّ البائع الثمن بالعيب لم
يملك منع الشفيع ، لان حقه اسبق ، ويأخذ بقيمة الثمن ، لانه الذي

اقتضاه العقد ، وللبائع قيمة الشقص ، وان زادت عن قيمة الثمن : ولو حدث عند البائع ما يمنع رد الثمن ، رجع بالارش على المشتري ، ولا يرجع على الشفيع بالارش ، إن كان اخذه بقيمة العوض الصحيح :

« العاشرة » : لو كانت داراً لحاضر وغائب ، وحصة الغائب في يد آخر ، فباع الحصة وادعى أن ذلك بسأذن الغائب ، قال في الخلاف تثبت للشفعة ، ولعل المنع أشبه ، لأن الشفعة تابعة لثبوت البيع : فلو قضى بها وحضر الغائب ، فإن صدقه فلا بحث ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وينزع الشقص وله أجرته ، من حين قبضه الى حين رده ، ويرجع بالاجرة على البائع إن شاء ، لأنه سبب الاتلاف ، أو على الشفيع لأنه المباشر للاتلاف . فان رجع على مدعي الوكالة ، لم يرجع الوكيل على الشفيع : وإن رجع على الشفيع ، رجع الشفيع على الوكيل لأنه غرّه ، وفيه قول آخر هذا أشبه . ولو اشترى شقصاً بمئة ، ودفع اليه عرضاً يساوي عشرة ، لزم الشفيع تسليم مئة أو يدع ، لأنه يأخذ بما تضمنه العقد .

ومن اللواحق

البحث : فيما تبطل به الشفعة

ولبطل بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر ، وقيل : لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط ولو تطاولت المدة ، والاول أظهر . ولو نزل عن الشفعة قبل البيع (١) ، لم تبطل مع البيع ، لأنه إسقاط ما لم يثبت ، وفيه تردد . وكذا لو شهد على البيع ، أو بارك للمشتري أو للبائع ، أو أذن للمشتري في الاتياع ، وفيه تردد ، لان ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع :

(١) المسالك ٢٣٩ / ٣ : بمعنى تركها والعفو عنها . . .

ولو بلغه البيع بما يمكن اثباته به ، كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل فلم يطالب وقال لم أصدق ، بطلت شفيعته ولم يقبل عذره .
ولو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل وصديق . وكذا لو أخبره واحد عدل ، لم تبطل شفيعته وقبيل عذره ، لأن الواحد ليس حجة .
ولو جهلا قدر الثمن ، بطلت الشفاعة لتعذر تسليم الثمن . ولو كان المبيع في بلد ناء فأختر المطالبة توفراً للوصول (١) ، بطلت الشفاعة . ولو بان الثمن مستحقاً ، بطلت الشفاعة لبطلان العقد . وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري غصبية الثمن ، أو أقر الشفيع بغصبية ، منبوع من المطالبة . وكذا لو تلف الثمن المتعين قبل قبضه ، لتحقق البطلان على تردد في هذا .

ومن حيل الإصقاط : أن يبيع بزيادة عن الثمن ، ويدفع بالثمن عوضاً قليلاً ، فان أخذ الشفيع ، لزمه الثمن الذي تضمنه العقد . وكذا لو باع بثمن زائد ، فقبض بعضاً ، وأبراه من الباقي . وكذا لو نقل الشقص بغير البيع ، كالهبة أو الصالح .
ولو ادعى عليه الابتياح ، فصدقه وقال : أنسيت الثمن ، فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلفه بطلت الشفاعة . أما لو قال : لم أعلم كمية الثمن ، لم يكن جواباً صحيحاً ، وكألف جواباً غيره . وقال الشيخ : تُردُّ اليمين على الشفيع .

(١) المسالك ٢٣٩/٣ : المراد ان تأخير الاخذ لقبض الشقص أو يصل اليه ، ليس عذراً ، بل عليه أن يأخذ ويدفع الثمن ، ثم يسعى في تحصيل الشقص لما تقدم من ان الشفيع يسلم الثمن أولاً . ولو اعتبرنا التقابض معاً كما في غيره من المعاملات ، احتمال عذره في التأخير ، ليحصل التقابض معاً ، والوجه العدم لان الفور المعتبر الاخذ القوي ، ويبقى تسليم الثمن حكماً آخر ، لو سلم اعتبار التقابض معاً .

المقصد الخامس

في التنازع

وفيه مسائل :

« الأولى » : إذا اختلفا في الثمن ولا بينة ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه الذي ينتزع الشيء من يده . وان أقام أحدهما بينة ، قضي له . ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما . ولو أقام كل واحد منهما بينة ، حكم بينة المشتري ، وفيه احتمال للقضاء بينة الشفيع لأنه الخارج . ولو كان الاختلاف بين المتبايعين ، ولأحدهما بينة حكم بها . ولو كان لكل منهما بينة ، قال الشيخ : الحكم فيها بالقرعة ، وفيه إشكال ، لإختصاص القرعة بموضع اشتباه الحكم . ولا اشتباه مع الفتوى ، بأن القول قول البائع مع يمينه ، مع بقاء السلعة ، فتكون البينة بينة المشتري . وإذا قضي بالثمن ، تخير الشفيع في الأخذ بذلك وفي الترك .

« الثانية » : قال في الخلاف إذا ادعى أنه باع لصبيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي ، قضي بالشفعة للشريك بظاهر الإقرار ، وفيه تردد ، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتاع ، ولعل الأول أشبه .

« الثالثة » : إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر ، فالقول قول المنكر مع يمينه (١) ، فان حلف أنه لا يستحق عليه شفعة جاز ، ولا

(١) المسالك ٤ / ٢٤١ : انما قدم قوله ، لاصالة عدم استحقاقه عليه الشفعة ، وعدم تقدم شرائه . . .

يكلف اليمين بانه لم يشتر بعده : ولو قال كل منهما : أنا اسبق فلي الشفعة فكل منهما مدّعٍ ، ومع عدم البيينة يحلف كل واحد منهما لصاحبه ، ويثبت الدار بينهما . ولو كان لاحدهما بيينة بالشراء مطلقاً ، لم يحكم بها إذ لا فائدة فيها : ولو شهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه ، قُضِيََ بها . ولو كان لهما بيئتان بالابتیاع مطلقاً ، أو في تاريخ واحد ، فلا ترجيح . ولو شهدت بيينة كل واحد منهما بالتقدم ، قيل : يُستعمل القرعة ، وقيل : سقطتا وبقي الملك على الشركة .

« الرابعة » : اذا ادعى الابتیاع ، وزعم الشريك أنه ورث ، وأقام بيينة (١) ، قال الشيخ : يُقرع بينهما لتحقق التعارض . ولو ادعى الشريك الإيداع ، قُدِّمَت بيينة الشفيع ، لان الإيداع لا ينافي الابتیاع ولو شهدت بالابتیاع مطلقاً ، وشهدت الاخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر ، قال الشيخ : قُدِّمَت بيينة الإيداع لانها انفردت بالملك . ويكاتب المودع ، فان صدَّق قُضِيََ بيئته وسقطت الشفعة . وإن انكر ، قُضِيََ بيئته الشفيع . ولو شهدت بيينة الشفيع ، أن البائع باع ما هو ملكه ، وشهدت بيئته الإيداع مطلقاً ، قُضِيََ بيئته الشفيع ولم يُراسل المودع ، لأنه لا معنى للمراسلة هنا .

« الخامسة » : اذا تصادق البائع والمشتري ، أن الثمن غُصِبَ ، وانكر الشفيع ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، إلا ان يدعي عليه العلم :

(١) المسالك ٤ / ٢٤١ : أي اذا ادعى احد الشريكين على شريكه ، الذي تأخر ملكه عن ملك المدعي ، انه انتقل اليه الملك بالابتیاع ليثبت عليه الشفعة ، وادعى الشريك انه انتقل اليه بالارث ، فلاشفعة واقام كل منهما بيئته بما ادعاه . . « بتصرف » .

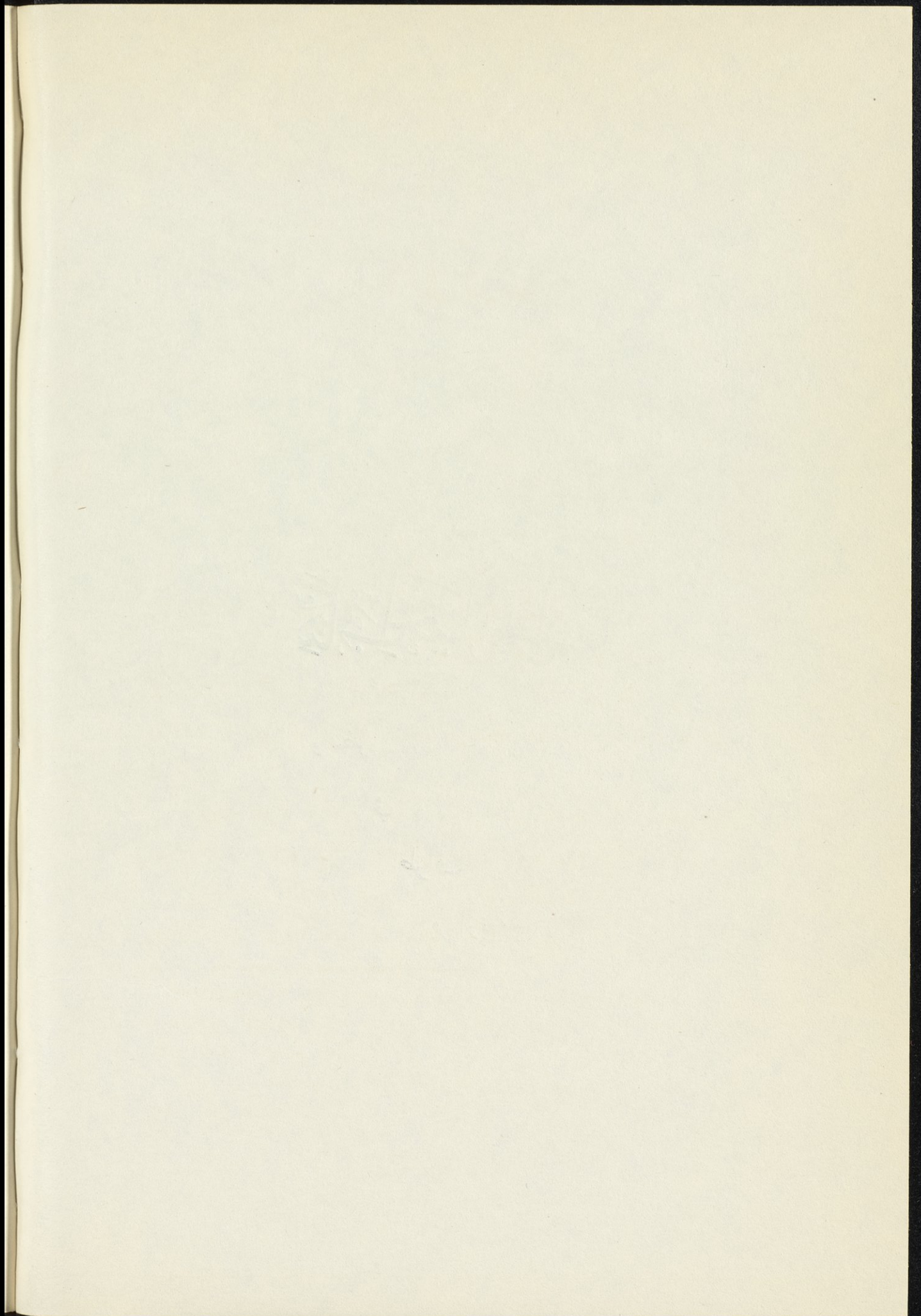
كتاب الحيا الموات

والنظر

في

اطراف

أربعة



الأول

في : الأرضين

وهي : إما عامرة ، وإما موات .

فالعامرة : مُلْكٌ لِمَا لِكِهِ ، لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه . وكذا ما به صلاح العامر ، كالطريق والشرب والقناة . ويستوي في ذلك ، ما كان من بلاد الاسلام ، وما كان من بلاد الشرك ، غير أن ما كان من بلاد الاسلام لا يَغْنَمُ ، وما في بلاد الشرك يُمَلِكُ بِالْغَلْبَةِ عَلَيْهِ .
وأما الموات : فهو الذي لا ينتفع به إعطالته ، إما لإنقطاع الماء عنه أو لإستيلاء الماء عليه ، أو لاستيغامه (١) ، أو غير ذلك من موانع الانقناع ، فهو للإمام عليه السلام لا يملكه أحد وإن أحياه ، ما لم يأذن له الإمام .

وإذنه شرط ، ففى أذن ، ملكه المُحْيِي له إذا كان مسلماً ، ولا يملكه الكافر : ولو قيل : يملكه مع إذن الامام عليه السلام ، كان حسناً . والأرض المفتوحة عنوة (٢) ، للمسلمين قاطبةً ، لا يملك أحدٌ رقبتهما ، ولا يصح بيعها ولا رهنها .

(١) الروضة ٧ / ١٣٣ / ٨ : من استأجم ، أي تحول الى أجم ، والأجم : الأرض ذات الشجر الكثير الملتف ، والأرض ذات القصب الكثير ، والأرض المسبمة بأن تكون مأوى السباع .

(٢) ن ٧ / ١٣٦ : يفتح العين ، أي قهراً وغلبة على أهلها ، كأرض الشام والعراق وغالب بلاد الاسلام .

ولو ماتت لم يصبح إحيائها ، لأن المالك لها معروف ، وهو المسلمون قاطبة .

وما كان منها مواتاً في وقت الفتح ، فهو للإمام عليه السلام . وكذا كل أرض لم يجر عليها ملك لمسلم .

وكل أرض جرى عليها ملك لمسلم ، فهي له أو لورثته بعده . وإن لم يكن لها مالك معروف معين ، فهي للإمام . ولا يجوز إحيائها إلا بإذنه . فلو بادر مبادر فأحيائها من دون إذنه ، ثم يملك . وإن كان الإمام عليه السلام غائباً ، كان المحيي أحق بها ما دام قائماً بعمارتها . فلو تركها ، فبارت آثارها ، فأحيائها غيره ، مَلَكَهَا .

ومع ظهور الامام عليه السلام ، يكون له رفع يده عنها . وما هو بقرب العامر من الموات ، يصبح إحياءه إذا لم يكن مُرْفَعاً للعامر ، ولا حربياً له .

ويشترط في التملك بالاحياء شروط خمسة :

الاول : ألا يكون عليها يد لمسلم

فان ذلك يمنع من مباشرة الاحياء ، لغير المتصرف :

الثاني : أن لا يكون حربياً للعامر

كالطريق ، والشرب ، وحريم البئر ، والعين ، والحائط :
وحد الطريق : لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة ، خمس
أذرع ، وقيل : سبع أذرع ، فالثاني يتباعد هذا المقدار .

(١) الروضة ٧ / ١٥٧ : لانه من مرافعة ، وما يتوقف كمال انتفاعه عليه .

وحریم الشرب (١) : بمقدار مطرح ترايه (٢) ، والمجاز على حافتيه .
 ولو كان النهر في ملك الغير ، فادعى الحریم ، قضی به له مع يمينه ،
 لانه يدعي ما يشهد به الظاهر ، وفيه تردد .
 وحریم البئر المعطين (٣) : أربعون ذراعاً (٤) . . وبئر الناضح (٥) :
 ستون . . وللعين : ألف ذراع في الأرض الرخوة ، وفي الصلبة خمسمائة
 ذراع ، وقيل : حد ذلك أن لا يضر الثاني بالأول ، والأول اشهر .
 وحریم الحائط في المباح : مقدار مطرح ترايه ، نظراً الى إمساس
 الحاجة اليه لو استهدم ، وقيل للدار : مقدار مطرح ترايها ، ومصعب مياهاها
 ومسلك الدخول والخروج .
 وكل ذلك إنما يثبت له حریم ، إذا ابتكر في الموات . أما ما يعمل
 في الاملاك المعمورة ، فلا (٦) .

-
- (١) المسالك ٤ / ٢٤٥ : المراد بالشرب النهر والقناة ونحوها ، ما يجري فيه الماء .
 (٢) ن : اذا احتيج الى اخراجه منه
 (٣) الروضة ٧ / ١٦٤ : واحد المعطن ، وهي مبارك الابل عند الماء لتشرب . . .
 والمراد البئر التي يستسقى منها لشرب الابل .
 (٤) المسالك ٤ / ٢٤٥ : من كل جانب ، بمعنى عدم جواز احيائه ، بحفر بئر ولا غيره .
 (٥) الروضة ٧ / ١٦٤ : وهو البئر الذي يستقى عليه للزرع وغيره كالشرب والغسل
 « جمعاً بين المتن والهامش » .
 (٦) ن : حریم لاحدها على جاره ، لتعارضها ، فان كل واحد منها حریم بالنسبة
 الى جاره ولا أولوية ، ولان من الممكن شروعهم في الاحياء دفعة ، فلم يكن لواحد
 على آخر حریم .

فرع

لو أحيا أرضاً ، وغرس في جانبها غرساً تبرز اغصانه الى المباح ، أو تسري عروقه اليه ، لم يكن لغيره إحيائها . ولو حاول الإحياء ، كان للغارس منعه .

الشرط الثالث أن لا يسبه الشرع مشعراً للعبادة

كعترفة ومنى والمشعر ، فإن للشرع دل على اختصاصها موطناً للعبادة فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة . أما او عمر فيها ما لا يضر ، ولا يؤدي الى ضيقها ، عما يحتاج اليه المتعمدون كاليسير ، لم يمنع منه :

الرابع : ألا يكون مما أقطعه إمام الاصل

ولو كان موثلاً خالياً من تحجير ، كما أقطع النبي - صلى الله عليه وآله - الدور (١) ، وأرضاً بحضرموت (٢) ، وحضرموت فرس الزبير (٣) ، فإنه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة ، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء .

الخامس : ألا يسبق اليه سابق بالتحجير

فإن التحجير يفيد الأولوية . لا ملكاً للرقبة . وإن ملك به التصرف

(١) المسالك ٤ / ٢٤٥ : لعبد الله بن مسعود ، وهي اسم موضع بالمدينة ، بين ظهراي عمارة الانصار ، ويقال المعنى انه اقطعه تلك البقعة ليتخذها دوراً .

(٢) ن ٤ / ٢٤٦ : لو ابل بن حجر « بتصرف » .

(٣) الروضة ٧ / ١٥٩ : بن العوام . . . وهو مقدار حدو ما جرى ، فأجرى فرسه حتى قام ، أي عجز عن التقدم ، فرمى بسوطه طلباً للزيادة على الحضرم ، فأعطاه من حيث وقع السوط . . .

حتى لو هجم عليه من بروم الإحياء ، كان له منعه . ولو قاهره فأحياءها لم يملكه .

والتحجير : هو أن ينصب عليها المروز ، أو يحوطها بحائط . ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة ، أجبره الامام على أحد الامرين ، إما الاحياء وإما التخليفة ، بينها وبين غيره . ولو امتنع أخرجها السلطان من يده ، لئلا يعطلها .

ولو بادر اليها من أحياءها لم يصح ، ما لم يرفع السلطان يده ، أو يأذن في الإحياء .

وللنبي صلى الله عليه وآله ، أن يحمي لنفسه ولغيره من المصالح (١) كالحمى لنسب الصدقة . وكذا عندنا لإمام الأصل . وليس لغيرهما من المسلمين ، أن يحمي لنفسه . فلو أحياه محي لم يملكه ، ما دام الحمى مستمراً . وما حماه النبي صلى الله عليه وآله ، أو الإمام عليه السلام ، لمصلحة فزالت ، جاز نقضه ، وقيل : ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصة ، لا يجوز نقضه لأن حماه كالنص .

الطرف الثاني

في : كيفية الاحياء

والمرجع فيه الى العرف ، لعدم التنصيص شرعاً ولغة وقد عرف انه اذا قصد سكنى أرض ، فأحاط ولو بخشب أو قصب

(١) المسالك ٤ / ٢٤٦ : المراد بالحمى أن يحمي بقعة من الموات لمواش يعينها ، ويمنع ساير الناس من الرعي فيها .

أو سقف ، مما يمكن سكناه ، سُمِّي إحياءً . وكذا لو قصد الحظيرة ،
فاقتصر على الحائط من دون السقف . وليس تعليق الباب شرطاً .
ولو قصد الزراعة ، كفى في تعليقها التحجير بميرز (١) أو مسنأة
وسوق الماء إليها بساقية أو شابهها . ولا يشترط حرثتها ولا زراعتها ، لأن
ذلك انتفاع كالسكنى :

ولو غرس أرضاً فثبت فيها الغرس ، وساق إليها الماء ، تحقق
الإحياء : وكذا لو كانت مستأجرة ، فعضد شجرها وأصلحها : وكذا لو
قطع عنها المياه العالية ، وهياًها للمعارة ، فإن العادة قاضية بتسمية ذلك
كله إحياء ، لأنه أخرجها بذلك إلى حد الانتفاع ، الذي هو ضد الموت .
ومن فقهاؤنا الآن من يسمي التحجير إحياءً ، وهو بعيد .

الطرف الثالث

في : المنافع المشتركة

وهي : للطرق ، والمساجد ، والوقوف المطلقة كالمدارس والمساجن .

أما الطرق :

ففائدتها الاستطراق . والناس فيها شرع ، فلا يجوز الانتفاع فيها
بغيره ، إلا ما يقوت به منفعة الاستطراق ، كالجلوس غير المضر بالماراة :
وإذا قام بطلان حقه . ولو عاد بعد أن سبق إلى مقعده ، لم يكن له الدفع :

(١) الروضة ٧ / ١٦٦ : وهو جمع التراب حول ما يريد إحياءه من الأرض ،
ليتميز عن غيره .

أما لو قام قبل استيفاء غرضه ، لحاجة بنوي معها العود ، قيل :
كان أحق بمكانه .

ولو جلس للبيع أو الشراء ، فالوجه المنع ، إلا في المواضع المتسعة
كالرحاب نظراً الى العادة . ولو كان كذلك ، فقام ورحله باق ، فهو
أحق به . ولو رفعه ناوياً للعود فعاد ، قيل : كان أحق به ، لثلاثين
معامله فيستضر ، وقيل : يبطل حقه ، إذ لا سبب للاختصاص ، وهو
أولى . وليس المسلطان أن يقطع ذلك ، كما لا يجوز احيائه ولا تحجيره :

وأما المسجد :

فمن سبق الى مكان منه ، فهو أحق به ما دام جالساً . فلو قام
مفارقاً ، بطل حقه ولو عاد . وإن قام ناوياً للعود ، فإن كان رحله باقياً فيه
فهو أحق به وإلا كان مع غيره سواء . وقيل : إن قام لتجديد طهارة ،
أو إزالة نجاسة وما أشبهه ، لم يبطل حقه . ولو استسبق اثنان فتوافيا ، فإن
أمكن الاجتماع جاز ، وإن تعاسرا أقرع بينهما :

أما المدارس والربط (١) :

فمن سكن بيتاً ممن اه السكنى ، فهو أحق به وإن تطاولت المدة ،
ما لم يشترط الواقف أمداً ، فيلزمه الخروج عند إنقضائه . ولو اشترط
مع السكنى الفشاغل بالعلم فأهمل ، ألزم الخروج . فإن استمر على الشرط
لم يجز إزعاجه ، وله أن يمنع من يساكنه ، ما دام متصفاً بما به يستحق
السكنى . ولو فارق لعذر ، قيل : هو أولى عند العود وفيه تردد ، ولعل
الأقرب سقوط الأوابة .

(١) المسالك ٤ / ٢٤٧ : محلات موقوفة على النزال والغرباء واشباههم « بتصرف » .

الطرف الرابع

في : المعادن الظاهرة

وهي التي لا تفقر الى إظهار ، كالمح والنفط والفسار ، لا تملك بالإحياء ولا يختص بها الحجر ، وفي جواز إقطاع السلطان المعادن والمياه ، تردد : وكذا في اختصاص المقطم بها . ومن سبق اليها ، فله اخذ حاجته ، ولو تسابق إثنان ، فالسابق أولى . ولو توافيا ، وأمكن أن يأخذ كل منهما بغيته فلا بحث ، وإلا اقرع بينهما مع التعاسر ، وقيل : يُقسّم وهو حسن . ومن فقهاؤنا من يخص المعادن بالإمام عليه السلام ، فهي عنده من الأنفال . وعلى هذا لا يملك ما ظهر منها وما بطن (١) . ولو صح تملكها بالإحياء ، لَنَزِمَ من قوله إشرط إذن الامام . وكل ذلك لم يثبت . ولو كان الى جانب المملحة أرض موات ، اذا حفر فيها بئر ، وسبق اليها الماء صار ملحاً ، صح تملكها بالإحياء ، واختص بها الحجر . ولو اقطعها الامام ، صح : والمعادن الباطنة ، هي التي لا تظهر إلا بالعمل ، كمعادن الذهب والفضة والنجاس ، فهي تملك بالإحياء . ويجوز للإمام اقطاعها قبل ان تملك : وحقيقة احيائها ان يبلغ نيلها . ولو حجرها ، وهو أن يهمل فيها عملاً لا يبلغ به نيلها ، كان أحق بها ولم يملكها . ولو أهمل أُجبر على تمام العمل ، أو رفع يده عنها . ولو ذكر عذراً ، أظنّ السلطان بقدر زواله ، ثم ألزمه أحد الأمرين .

(١) وفي « ٤٨ / ٢٨٨ » : ولا ما بطن .

فرع

لو أحياء أرضاً ، وظهر فيها معدن ، ملكه تبعاً لها ، لانه من أجزائها .
وأما الماء فن حفر بئراً في ملكه ، أو مباحٍ لتملكه ، فقد اختص بها
كالحجر . فإذا باع الماء ، فقد ملك البئر والماء ، ولم يجوز لغيره التخطي
اليه ، ولو أخذه منه أعاده ويجوز بيعه كيلاً ووزناً ، ولا يجوز بيعه
أجمع ، لتعذر تسليمه لاختلاطه بما يستخلف .

ولو حفرها لا للتملك ل الانتفاع ، فهو أحق بها مدة مقامه عليها ،
وقيل : يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته . وكذا قيل : في
ماء العين والنهر . ولو قيل : لا يجب ، كان حسناً . وإذا فارق فمن
سوق اليها ، فهو أحق بالانتفاع بها .

وأما مياه العيون والآبار والغيوث ، فالناس فيها سواء . ومن اغترف
منها شيئاً بإناء ، أو حازه في حوضه أو مصنعه ، فقد ملكه .

وهنا مسائل :

« الأولى » : ما يفيضه النهر المملوك من الماء المباح ، قال الشيخ :
لا يملكه الحافر ، كما إذا جرى للسيل الى أرض مملوكة ، بل الحافر أولى
بمائه من غيره ، لأن يده عليه . فإذا كان فيه جماعة ، فإن وسعهم أو
تراضوا فيه فلا بحث . وإن تعاسروا قُسم بينهم على سعة الضياع (١) .
ولو قيل : يقسم على قدر انصبتهم من النهر (٢) ، كان حسناً :

(١) ش ٤ / ٢٨٩ / ٥ : الضيعة اسم الارض المعدة للزراع وشبهه « ع ل » .

(٢) الروضة ٧ / ١٨٦ : أي على نسبة عملهم « بتصرف » .

« الثانية » : اذا استجدَّ جماعةٌ نهراً ، فبالحفر يصيرون أولى به ،
فاذا وصلوا منتزَع الماء ملكوه ، وكان بينهم على قدر النفقة على عمله :
« الثالثة » : اذا لم يف النهر المباح ، أو سيل الوادي ، بسقي ما
عليه دفعةً ، بُدِيَءَ بالاول وهو الذي يلي فوهته ، فأطلق اليه للزرع الى
الشراك ، وللشجر الى القدم ، وللنخل الى الساق ، ثم يرسل الى ما دونه
ولا يجب إرساله قبل ذلك ، ولو أدى الى تلف الاخير .
« الرابعة » : لو أحيا إنسان أرضاً مئة على مثل هذا الوادي ، لم
يشارك السابقين ، وقُسِّمَ له مما يفضل عن كفاءتهم ، وفيه تردد .

كتاب اللقطات

الملقوطة

أما إنسان

أو حيوان

أو غيرهما

1914

القسم الأول

فالقسم الأول يسمى لقيطاً ، أو ملقوفاً ، أو منبوذاً (١)

وينحصر النظر فيه في ثلاثة مقاصد

الأول

في اللقيط

وهو : كل صبي ضائع ، لا كافل له ، ولا ريب في تعلق الحكم ، بالتقاط الطفل غير المميز : وسقوطه في طرف البالغ العاقل ، وفي الطفل المميز تردد ، أشبهه جواز التقاطه لصغره وعجزه عن دفع ضرورته :

ولو كان له أب أو جد أو أم ، أُجبرَ الموجود منهم على أخذه : وكذا لو سبق إليه ملتقط ، ثم لبذه فأخذه آخر ، ألزمَ الأول أخذه :

ولو التقط مملوكاً ذكراً أو أنثى ، لزمه حفظه وإيصاله إلى صاحبه . ولو أبق منه أو ضاع ، من غير تفريط ، لم يضمن . ولو كان بتفريط ضمين ، ولو اختلفا في التفريط ولا بينة ، فالقول قول الملتقط مع يمينه : ولو أنفق عليه ، باعه في النفقة ، إذا تعذر استيفاؤها :

(١) وفي « ٢٨٩ / ٤٥ » : يسمى لقيطاً وملقوفاً ومنبوذاً .

الثاني

في الملتقط

ويراعى فيه : البلوغ ، والعقل ، والحرية :
فلا حكم لالتقاط : الصبي ولا المجنون ولا العبد ، لانه مشغول
باستيلاء المولى على منافعه . ولو أذن له المولى صح ، كما لو أخذه المولى
ودفعه اليه . وهل يراعى الإسلام ؟ قيل : نعم ، لانه لا سبيل للكافر
على الملقوط ، المحكوم باسلامه ظاهراً ، أو لأنه لا يؤمن بمخادعته عن
الدين (١) .

ولو كان الملتقط فاسقاً ، قيل : ينتزعه الحاكم من يده ويدفعه الى
عدل ، لان حضائنه استئمان ، ولا أمانة للفاسق ، والأشبه أنه لا ينتزع .
ولو التقطه بدوي لا إستقرار له في موضع التقاطه ، أو حضري يريد
للسفر به ، قيل : ينتزع من يده ، لما لا يؤمن من ضياع نسبه ، فانه إنما
يطلب في موضع التقاطه . والوجه الجواز .

ولا ولاء للملتقط عليه ، بل هو سائبة يتولى من شاء (٢) . وإذا
وجد الملتقط مسلطاً ينفق عليه إستعانة به ، وان استعان بالمسلمين .
وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية ، لأنه دفع ضرورة مع التمكن

(١) المسالك ٤ / ٢٥١ : بأنه لم يؤمن ان يفتنه عن دينه ، ويعلمه الكفر . . .
(٢) ن : لقول الصادق « ع » : « المنبوذ إن شاء جعل ولاءه للذين ربوه ، وإن
شاء لغيرهم ، ولانه حر الاصل لم يثبت عليه رق ، ولا على آبائه فلم يثبت عليه
ولاء كعروف النسب » .

وفيه تردد : فان تعذر الأمران ، أنفق عليه الملتقط ، ويُرجع ما أنفق
إذا أيسر ، إذا نوى الرجوع . ولو أنفق مع إمكان الاستعانة بغيره ، أو
تبرّع ، لم يرجع .

الثالث

في أحكامه

وهي مسائل

« الأولى » : قال الشيخ : أخذ اللقيط واجب على الكفاية ، لأنه
تعاون على البر ، ولأنه دفع لضرورة المضطر ، والوجه الاستحباب .
« الثانية » : اللقيط يملك كالكبير ، ويده دالة على الملك كيد البالغ
لان له أهلية التملك ، فاذا وجد عليه ثوب قُضِيَ به له . وكذا ما يوجد
تحتة أو فوقه . وكذا ما يكون مشدوداً في ثيابه . ولو كان على دابة أو
جمل ، أو وجد في خيمة أو فسطاط قُضِيَ له بذلك وبمسأ في الخيمة
والفسطاط . وكذا لو وجد في دار لا مالك لها ، وفيما يوجد بين يديه أو
الى جانبيه تردد ، أشبه انه لا يُقضى له . وكذا البحث ، لو كان على
دكةٍ وعليها متاع ، وعدم القضاء له هنا أوضح ، خصوصاً اذا كان هناك
يد متصرفاً :

« الثالثة » : لا يجب الاشهاد عند أخذ اللقيط ، لانه أمانة فهو
كلاستيداع .

« الرابعة » : اذا كان للمنبوذ مال ، افتقر الملتقط في الانفاق عليه

الى اذن الحاكم ، لانه لا ولاية له في ماله : فان يادر فألفق عليه منه ،
ضمين لأنه تصرف في مال الغير لا لضرورة : ولو تعذر الحاكم ، جاز
الانفاق ولا ضمان ، لتحقق الضرورة .

« الخامسة » : الملقوط في دار الاسلام ، يحكم باسلامه ، ولو ملكها
أهل الكفر ، اذا كان فيها مسلم ، نظراً الى الاحتمال وإن بعد ، تغليياً
لحكم الاسلام : وان لم يكن فيها مسلم ، فهو رِقٌ : وكذا إن وجد في
دار الشرك ، ولا مستوطن هناك من المسلمين :

« السادسة » : عاقلة اللقيط الامام (١) ، اذا لم يظهر له لسب ،
ولم يتوال أحداً ، سواء جنى عمداً أو خطأ ، ما دام صغيراً . فاذا بلغ
وجنى بعده ، ففي عمده القصاص ، وفي خطاه الدية على الامام : وفي شبيهه
العمد الدية في ماله : ولو جنسي عليه وهو صغير ، فان كانت على النفس
فالدية إن كانت خطأ ، والقصاص إن كانت عمداً . وإن كانت على
الطرف ، قال الشيخ : لا يقتص له ولا يأخذ الدية ، لانه لا يدري مراده
عند بلوغه ، فهو كالصبي لا يقتص له أبوه ولا الحاكم ، ويؤخر حقه الى
بلوغه : ولو قيل : بجواز استيفاء الدية للمولى مع الهبة ، إن كانت خطأ
والقصاص ان كانت عمداً ، كان حسناً ، اذ لا معنى للتأخير مع وجود
السبب : ولا يتولى ذلك الملتقط ، إذ لا ولاية له في غير الحضانة .

« السابعة » : اذا بلغ فقدفه قاذفٌ ، وقال : أنت رق ، فقال :
بل حر ، للشيخ فيه قولان أحدهما لا حد عليه ، لأن الحكم بالحرية غير
متيقن ، بل على الظاهر وهو محتمل ، فيتحقق الاشتباه الموجب لسقوط
الحد ، والثاني عليه الحد ، تعويلاً على الحكم بحرته ظاهراً . والامور الشرعية
منوطة بالظاهر ، فيثبت الحد كثبوت القصاص ، والاخير اشبه :

(١) المسالك ٤ / ٢٥٢ : لان ميراثه له ، فانه وارث من لا وارث له . . .

« الثامنة » : يُقبل إقرار اللقيظ على نفسه بالرق ، إذا كان بالهأ رشيداً ، ولم تعرف حريته ، ولا كان مدعياً لها (١) .

« التاسعة » : إذا ادعى أجنبي بنوته ، قبيل إذا كان المدعي أباً ، وإن لم يقيم بيئته ، لانه مجهول النسب فكان أحق به ، حرّاً كان المدعي أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً . وكذا لو كان أمّاً . ولو قيل : لا يثبت نسبه إلا مع التصديق ، كان حسناً . ولا يُحكّم برقته ولا بكفره إذا وجد في دار الاسلام (٢) . وقيل : يُحكّم بكفره إن أقام للكافر بيئته بهنوته ، وإلا حكم باسلامه لمكان الدار ، وإن لحق نسبه بالكافر ، والأول أولى (٣) .

ويلحق

بذلك أحكام النزاع

ومسائله خمس :

« الأولى » : لو اختلفا في الانفاق ، فالقول قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف : فإن ادعى زيادة ، فالقول قول الملقوط في الزيادة . ولو أنكر أصل الانفاق ، فالقول قول الملتقط . ولو كان له مال ، فأنكر اللقيظ إنفاقه عليه ، فالقول قول الملتقط مع يمينه ، لانه أمينه :

« الثانية » : لو تشاح ملتقطان ، مع تساويهما في الشرائط ، أقرع

(١) التوضيح ٤ / ٣٠٨ : لانه اقرار العاقل ، بل وان سبقت منه دعوى الحرية وقد سبق في البيع .

(٢) ن : أو ما فيها مسلم يحتمل تولده منه .

(٣) ن : لانه بعد الحكم باسلامه لا محل للحكم بكفره .

بينهما ، إذ لا رجحان ، وربما إنقذح الاشتراك : ولو نزل أحدهما للآخر
صح ، ولم يفتقر النزول الى إذن الحاكم ، لأن ملك الحضامة لا يعدوها .
« الثالثة » : اذا التقطه اثنان ، فكل واحد منهما لو انفرد ، أُقِرَّ
في يده . وإن تشاحاً فيه أُقِرَّ بينهما ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ،
حاضرين أو أحدهما . وكذا إن كان احد الملتقطين كافراً ، اذا كان الملقوط
كافراً . ولو وصف أحدهما فيه علامة ، لم يحكم له (١) .

« الرابعة » : اذا ادعى بنوته اثنان ، فان كان لاحدهما بيعة ، حكم
بها . وإن اقام كل واحد منهما بيعة ، أُقِرَّ بينهما . وكذا لو لم يكن
لاحدهما بيعة . واو كان الملتقط أحدهما ، فلا ترجيح باليد ، إذ لا حكم
لها في النسب ، بخلاف المال لأن لليد فيه اثرأ .

« الخامسة » : اذا اختلف كافر ومسلم ، أو حر وعبد ، في دعوى بنوته
قال الشيخ : يرجح المسلم على الكافر ، والحر على العبد ، وفيه تردد .

الفصل الثاني

في : الملتقط من الحيوان

والنظر في : المأخوذ ، والآخذ ، والحكم

أما الاول

فهو كل حيوان مملوك ضائع أُخذ ولا يد عليه ، ويسمى ضالة :

(١) التوضيح ٤ / ٣٠٩ : لان وصفه لما فيه من علامة ، لا يدل على اختصاصه بالتقاطه .

وأخذه في صورة الجواز مكروه ، إلا بحيث يتحقق التلف فإنه طاق . والإشهاد مستحب لما لا يؤمن تجده على الملتقط ، ولنفي التهمة ، فالبعير لا يؤخذ ، إذا وجد في كلاً وماء ، أو كان صحيحاً ، لقوله صلى الله عليه وآله : « خفه حذاؤه ، وكرشه سقاؤه ، فلا تُهيجه » . فلو أخذه ضمنه ، ولا يبرأ لو أرسله ، ويبرأ لو سلمه إلى صاحبه . ولو فقده سلمه إلى الحاكم ، لأنه منصوب للمصالح . فإن كان له حِمَى أرسله فيه ، والا باعه وحفظ ثمنه لصاحبه . وكذا حكم الدابة . وفي البقرة والحمار تردد ، أظهره المساواة ، لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير (١) . أما لو ترك البعير من جهد (٢) ، في غير كلاً وماء ، جاز أخذه ، لأنه كالتالف ويملكه الآخذ ، ولا ضمان لأنه كالمباح . وكذا حكم الدابة والبقرة والحمار ، إذا ترك من جهد في غير كلاً وماء . والشاة إن وجدت في الفلاة ، أخذها الواجد ، لأنها لا تمتنع من صغير السباع ، فهي معرضة للتلف ، والآخذ بالخيار إن شاء ملكها ويضمن على تردد ، وإن شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان ، وإن شاء دفعها إلى الحاكم ليحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها إلى المالك . وفي حكمها : كل ما لا يمتنع من صغير السباع ، كأطفال الإبل والبقرة والخيل والحمير ، على تردد . ولا تؤخذ الغزلان واليحمير إذا ملكتها ثم ضلّت ، إلتفاناً إلى عصمة مال المسلم ، ولأنها يمتنعان عن السباع بسرعة العدو . ولو وجد الضوال في العمران (٣) ، لم يحل أخذها ، ممتنعة كانت

(١) التوضيح ٣٠٩/٤ : فإنها يمتنعان أنفسهما ، وسلامتهما مضمونة .

(٢) الروضة ٨٤/٧ : أي ترك الحيوان لاجل تعب ، وعطبه لمرض أو كسر .

« جمعاً بين المتن والهمش بتصرف » .

(٣) ن ٨٩/٧ : وهي التي لا يخاف عليها فيها من السباع ، وهي ما قرب من المساكن .

كالإبل ، أو لم تكن كالصغير من الإبل والبقر . ولو أخذها ، كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها أمانةً ، وعليه نفقتها من غير رجوع بها ، وبين دفعها إلى الحاكم ، ولو لم يجد حاكماً ، أنفق ورجع بالنفقة . وإن كان شاةً حسبها ثلاثة أيام ، فإن لم يأت صاحبها ، باعها الواجد وتصدق بثمنها . ويجوز إلتقاط كلب الصيد ، ويلزم تعريفه سنة ، ثم ينتفع به إذا شاء ، ويضمن قيمته .

الثاني : في الواجد

ويصح أخذ الضالة لكل عاقل بالغ أما الصبي والمجنون ، فقطع الشيخ فيهما بالجواز ، لأنه إكتساب . وينتزع ذلك الولي ، ويتولى التعريف عنهما سنة ، فإن لم يأت مالك فإن كان الغبطة في تملكه وتضمينه إيتاها فَعَلَّ ، وإلا أبقاها أمانةً . وفي العبد تردد أشبهه الجواز ، لأن له أهلية الحفظ ، وهل يشترط الإسلام ؟ الأشبه لا ، وأولى منه بعدم الإشتراط العدالة .

الثالث : في الأحكام

وهي مسائل :

« الأولى » : إذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالة ، أنفق من نفسه ورجع به . وقيل : لا يرجع ، لأن عليه الحفظ ، وهو لا يتم إلا بالإتفاق . والوجه الرجوع دفعاً لتوجه الضرر بالإلتقاط .
« الثانية » : إذا كان للثقة نفع ، كالظهر واللبن والخدمة ، قال في النهاية : كان ذلك بازاء ما أنفق ، وقول : ينظر في النفقة ، وقيمة المنفعة ، ويتقاصان وهو أشبه .

« الثالثة » : لا تضمن الضالة بعد الحول ، إلا مع قصد التملك .
وإلو قصد حفظها لم يضمن ، إلا مع التفريط أو التعدي : ولو قصد
التملك ثم نوى الاحتفاظ . لم يزل الضمان . ولو قصد الحفظ ، ثم نوى
التملك ، لزم الضمان .

« الرابعة » : قال الشيخ : إذا وُجِدَ مملوكاً بالغاً أو مراهقاً لم
يؤخذ ، وكان كالضالة المحتنعة . ولو كان صغيراً ، جاز أخذه وهذا حسن
لأنه مال معرض للتلف .

« الخامسة » : من وجد عبده في غير مصره ، فأحضر من شهد على
شهوده بصفته ، لم يُدْفَع إليه ، لاحتمال التساوي في الأوصاف ، وبكُلِّف
إحضار الشهود ايشهدوا بالعين . ولو تعذر إحضارهم ، لم يجب حمل العبد
إلى بلدهم ، ولا بيعه على من يحمّله . ولو رأى الحاكم ذلك صلاحاً ، جاز
ولو تلف قبل الوصول أو بعده ، ولم يثبت دعواه ، ضمن المدعي قيمة
العبد واجرته :

القسم الثالث

في : اللقطة

وهو يعتمد على بيان أمور ثلاثة .

الامر الاول : * في لقطة المال *

اللقطة : كل مال ضائع ، أُخِذَ ولا يد عليه . فما كان دون الدرهم

جاز أخذه والانتفاع به ، بغير تعريف ، وما كان أزيد من ذلك ، فان
وُجِدَ في الحَرَمِ ، قبل : يحرم أخذه ، وقيل : يكره وهو أشبه ، ولا يحل
الا مع نية الإشاد .

ويجب تعريفها حولاً ، فان جاء صاحبها ، وإلا تصدَّقَ بها أو
استبقاها أمانةً ، وليس له تملكها . ولو تصدَّقَ بها بعد الحول ففكره
المالك ، فيه قولان : أرجحهما أنه لا يضمن ، لانها أمانة وقد دفعها
دفعاً مشروعاً .

وإن وجدها في غير الحَرَمِ ، عرفها حولاً إن كانت مما يبقى ،
كالثياب والأمتعة والأمان . ثم هو مخير : بين تملكها وعليه ضمانها . .
وبين الصدقة بها عن مالها . ولو حضر المالك فكره الصدقة لزم المنتقط
ضمانها إما مثلاً وإما قيمةً . . . وبين إبقائها في يد المنتقط أمانةً لمالكها
من غير ضمان .

ولو كانت مما لا يبقى كالطعام ، قومته على نفسه وانتفع به ، وإن
شاء دفعه الى الحاكم ولا ضمان .

ولو كان بقاؤها يفتقر الى العلاج ، كالرطب المفتقر الى التجفيف
يرفع خبرها الى الحاكم ، ليبيع بعضها وينفقه في إصلاح الباقي . وإن رأى
الحاكم ، الحظ في بيعه وتعريف ثمنه ، جاز .

وفي جواز التقاط ، التعلين والإداوة (١) والسوط ، خلافٌ أظهره
الجواز مع كراهية . وكذا العصا والشِظاظ (٢) والحبل والوثيد

(١) الروضة ١٠٣ / ٧ : وهي اناء يتطهر به « كما في الهامش » .

(٢) ن ١٠٥ / ٧ : خشبة محددة الطرف ، تدخل في عروة الجوالقين ، لتجمع
بينهما عند حملها على البعير . والجوالقين مثني مفردة جوالق . . . وهو العدل
المعمول من الصوف أو الشعر أو القطن ، وهو فارسي معرب أصله جولخ « جمعاً بين
المتن والهامش » .

والعقال (١) ، وأشباهه من الآلات ، التي يعظم نفعها وتصغر قيمتها :
ويكره أخذ اللقطة مطلقاً ، خصوصاً للفاسق ، ويؤكد فيه مع العسر :
ويستحب الإشهاد عليها .

مسائل خمس :

« الأولى » : ما يوجد في المفاوز ، أو في خربة قد هلك أهلها
فهو لواجده ينتفع به بلا تعريف . وكذا ما يجده مدفوناً في أرض لا
مالك لها . ولو كان لها مالك أو بائع ، عرفه . فإن عرفه فهو أحق به ،
وإلا فهو لواجده . وكذا لو وجدته في جوف دابة ، ولم يعرفه البائع :
أما لو وجدته في جوف سمكة فهو لواجده (٢) .

« الثانية » : من أودعه لصاً مالاً ، وهو يعلم أنه ليس للمودع ،
لم يردده عليه ، مسلماً كان أو كافراً . فإن عرف مالكة دفعه إليه ، وإلا
كان حكمه حكم اللقطة .

« الثالثة » : من وجد في داره أو في صندوقه مالاً ولا يعرفه ،
فإن كان يدخل الدار غيره ، أو يتصرف في الصندوق سواه فهو لقطة ،
وإلا فهو له .

« الرابعة » : لا تملك اللقطة قبل الحول ، ولو نوى ذلك : ولا
بعد الحول ، ما لم يقصد التمليك ، وقبل يملكها بعد التعريف حولاً ،
وإن لم يقصد ، وهو بعيد .

(١) الروضة ٧ / ١٠٥ : وهو جبل يشد به قائمة البعير .

(٢) الروضة ٧ / ١٢٣ : لأنها إنما ملكت بالحيازة ، والمحيز إنما قصد تملكها خاصة

لعدم علمه بما في بطنها ، فلم يتوجه قصده إليه ، بناء على أن المباحات إنما تملك
بالنية والحيازة معاً

« الخامسة » : قال الشيخ رحمه الله : اللقطة تضمن بمطالبة المالك
لابنيته التملك ، وهو بعيد لان المطالبة تترتب على الاستحقاق .

الامر الثاني في الملتقط

وهو من له أهلية الاكتساب ، أو الاحتفاظ . فلو التقط الصبي جاز
ويتولى الولي التعريف عنه . وكذا المجنون . وكذا يصح الالتقاط من الكافر
لان له أهلية الاكتساب : وفي أخذ لقطة الحرم لهؤلاء لردد ، ينشأ من
كونهم ليسوا أهلاً للاستئمان . وللعبد أخذ كل واحدة من اللقطتين (١) .
وفي رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا يعرض لها
المملوك » : واختار الشيخ الجواز ، وهو أشبه ، لان له أهلية الاستئمان
والاكتساب : وكذا المدبر وأم الولد ، والجواز أظهر في طرف المكاتب
لان له أهلية التملك .

الامر الثالث : في الاحكام

وهي مسائل :

« الاولى » : ليس التوالي شرطاً في التعريف ، فلو فرق جاز : وابقاعه
عند اجتماع الناس وبرزهم ، كالغدوات والعشيات . وكيفية أن يقول :
من ضاع له ذهب ، أو فضة أو ثوب ، أو ما شاكل ذلك من الالفاظ .
ولو أوغل في الابهام كان أحوط ، كأن يقول : من ضاع له مال أو
شيء ، فانه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين . وزمانه أيام المواسم والمجتمعات
كالأعياد وأيام الجمع . وموضعه مواطن الاجتماع ، كالمشاهد وأبواب

(١) المسالك ٢٥٩ / ٤ : المراد باللقطتين : لقطة الحرم ولقطة الحل .

المساجد والجوامع والاسواق . ويكره داخل المساجد . ويجوز أن يعرف
بمنفسه ومن يستنبيه أو يستأجره .

« الثانية » إذا دفع اللقطة الى الحاكم فباعها ، فان وجد مالها ،
دفعها اليه (١) ، وإلا ردها على المنتقط ، لان له ولاية الصدقة أو التملك :
« الثالثة » : قيل : لا يجب التعريف ، الا مع نية التملك ، وفيه
إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك ولا يجوز تملكها الا بعد التعريف
ولو بقيت في يده أحوالاً . وهي أمانة في يد المنتقط في مدة الحول ، لا
يضمنها الا بالتفريط أو التعدي ، فتلفها من المالك وزيادتها له ، متصلة (٢)
كالت الزيادة أو منفصلة . وبعد التعريف يضمن إن نوى التملك ، ولا
يضمن إن نوى الأمانة . واو نوى التملك ، فجاء المالك لم يكن له
الانتزاع ، وطالب بالمثل أو القيمة إن لم تكن مثلية . ولو رد المنتقط
العين جاز ، وله لنماء المنفصل . ولو عابت بعد التملك ، فأراد ردها مع
الارش جاز ، وفيه إشكال ، لان الحق (٣) تعلق بغير العين ، فلم يلزمه
أخذها معيبة .

« الرابعة » : إذا التقط العبد ولم يعلم المولى ، فعرف حولاً ثم
أتلفها ، تعلق الضمان برقبته ، يتبع بذلك إذا اعتق ، كالقرض الفاسد :
ولو علم المولى قبل التعريف ، ولم ينتزعها منه ، ضمن لتفريطه بالاهمال
إذا لم يكن أميناً ، وفيه تردد . ولو عرفها العبد ، ملكها المولى إن شاء
وضمن . ولو نزعها المولى ، لزمه التعريف ، وله التملك بعد الحول أو
الصدقة مع الضمان ، أو إبقائها أمانة .

« الخامسة » : لا تدفع اللقطة إلا بالبينة ، ولا يكفي الوصف :

(١) وفي « ٢٩٤ / ٤٥ » : « دفع الثمن إليه » بدلا من « دفعها اليه » .

(٢) ش ٤ / ٢٩٤ / ٥ : الزيادة المتصلة كنمو الشجر .

(٣) ن : أي حق المالك .

ولو وصف صفات لا يطأ بها إلا المالك غالباً ، مثل أن يصف وكاءها
وعقاصها (١) ووزنها ونقدها . فان تبرع الملتقط بالتسليم لم يمنع ، وان
امتنع لم يجبر .

فرعان

« الاول » : لو ردها بالوصف ، ثم أقام آخر البيعة بها انتزعتها . فان
كانت تالفة ، كان له مطالبة الاخذ بالعوض لفساد القبض ، واه
مطالبة الملتقط لمكان الحيولة . لكن لو طوبى الملتقط ، رجع على
الآخذ ، ما لم يكن اعترف له بالملك . واو طالب الآخذ ، لم
يرجع على الملتقط .

« الثاني » : لو أقام واحد بيعة بها ، فدفعت اليه ، ثم أقام آخر بيعة بها
أيضاً ، فان لم يكن ترجيح "أقرع" بينهما . فان خرجت للثاني ،
انتزعت من الاول وسلمت اليه . ولو تلفت ، لم يضمن الملتقط
إن كان دفعها بحكم الحاكم ، ولو كان دفعها باجتهاده ، ضمين :
أما او قامت البيعة بعد الحول ، وتملك الملتقط ودفع العوض الى
الاول ، ضمن الملتقط للثاني على كل حال ، لان الحق ثابت في
ذمته ، لم يتعين بالدفع الى الاول ، ورجع الملتقط على الاول
لتحقق بطلان الحكم .

(١) المسالك ٤ / ٢٦٠ : الوكاه هو الخيط الذي يربط به ، وعقاصها وهو عاؤها .

فهرست

بمورد الكتاب

القسم الثالث

النظر الثالث - في اللواحق		كتاب الطلاق	
٢٧	١ - في طلاق المريض	١٢	النظر الاول - في الاركان
٢٨	٢ - فيما يزول به تحريم الثلاث	١٢	الاول : في المطلق
٣٠	٣ - في الرجعة	١٢	١ - البلوغ
٣١	٤ - في جواز استعمال الحبل	١٢	٢ - العقل
٣٣	٥ - في العدد	١٢	٣ - الاختيار
٣٣	أ - في عدة من لم يدخل بها	١٣	٤ - القصد
٣٤	ب - في ذات الاقراء	١٤	الثاني : في المطلقة
٣٥	ج - في ذات الشهور	١٤	١ - ان تكون زوجة
٣٧	د - في الحامل	١٤	٢ - ان يكون العقد دائماً
٣٨	هـ - في عدة الوفاة	١٤	٣ - الطهر من الحيض والنفاس
٤٠	و - في عدة الاماء	١٥	٤ - ان تكون مستبرئة
٤٢	ز - في اللواحق	١٥	٥ - تعيين المطلقة
		١٧	الثالث : في للصيغة
		٢١	الرابع : في الاشهاد
			النظر الثاني - في أقسام الطلاق
		٢٣	١ - في البدعة
		٢٣	٢ - في السنة
			كتاب الخلع والمباراة
٤٩	الأول : في الصيغة		
٥٠	الثاني : في الفدية		
٥٣	الثالث : في الشرائط		
٥٤	الرابع : في الاحكام		

- ٩٦ الثاني : في الملاعن
 ٩٧ الثالث : في الملاعنة
 ٩٨ الرابع : في كيفية اللعان
 النظر الثاني - في الاحكام

كتاب العتق

- ١٠٥ الفصل الأول - في المباشرة
 ١١١ الفصل الثاني - في السراية
 ١١٢ الفصل الثالث - في الملك
 ١١٤ الفصل الرابع - في العوارض

كتاب التدبير

- ١١٧ الأول : في العبارة
 ١١٨ ١ - للنية
 ١١٨ ٢ - العجز يد عن الشرط
 ١١٩ الثاني : في المباشر
 ١٢٠ الثالث : في الاحكام

كتاب المكاتب

- الأول : في الاركان
 ١٢٤ ١ - الصيغة
 ١٢٦ ٢ - المعتبر في الموجب
 ١٢٦ ٣ - المعتبر في المملوك
 ١٢٧ ٤ - العوض
 ١٢٨ الثاني : في الاحكام

كتاب الظهار

- الأول : في الصيغة ٦١
 الثاني : في المظاهر ٦٣
 الثالث : في المظاهر ٦٤
 الرابع : في الاحكام ٦٤
 ١ - في ضبط الكفارات ٦٦
 ٢ - فيما اختلف فيه ٦٨
 ٣ - في خصال الكفارة ٦٩
 أ - للقول في العتق ٦٩
 ب - للقول في الصيام ٧٤
 ج - للقول في الاطعام ٧٦
 ٤ - في الاحكام المتعلقة ٧٨

كتاب الايلاء

- الأول : في الصيغة ٨٣
 الثاني : في المولي ٨٤
 الثالث : في المولى منها ٨٤
 الرابع : في أحكامه ٨٥

كتاب اللعان

النظر الأول - في الاركان

- الأول : في السبب ٩٣
 ١ : القذف ٩٣
 ٢ : انكار الولد ٩٤

١٥٤ الرابع : في اللواحق

كتاب الجعالة

١٦٣ النظر الاول : في الايجاب

١٦٤ النظر الثاني : في الأحكام

١٦٦ النظر الثالث : في اللواحق

كتاب الايمان

١٦٩ الاول : ما به يتعمد اليمين

١٧١ الثاني : في الخالف

١٧٢ الثالث : في متعلق اليمين

١٨٠ الرابع : في اللواحق

كتاب النذر

١٨٥ المنظر الاول : في الناذر

١٨٥ المنظر الثاني : في الصيغة

١٨٦ المنظر الثالث : في متعلق النذر

١٩١ المنظر الرابع : في اللواحق

١٣١ الثالث : في اللواحق

١ - في لواحق تصرفاته

٢ - في جنابة المكاتب

٣ - في أحكام المكاتب

كتاب الاستيلاء

١٣٨ الاول : في كيفية الاستيلاء

١٣٩ الثاني : في أحكام أم الولد

كتاب الاقرار

١٤٣ الاول : في الصيغة

١ - في الصيغة الصريحة

٢ - في المبهمة

٣ - الاقرار المستفاد من الجواب

٤ - في صيغ الاستثناء

١٤٩ الثاني : في المقر

١٥١ الثالث : في المقر له

١٥٣

القسم الرابع

- ٢٥٤ الثاني : في الشفيع
 ٢٥٨ الثالث : في كيفية الاخذ
 ٢٦٢ الرابع : في لواحق الأخذ
 ٢٦٧ الخامس : في التنازع

كتاب احياء الموات

- ٢٧١ الاول : في الارضين
 ٢٧٥ الثاني : في كيفية الاحياء
 ٢٧٦ الثالث : في المنافع المشتركة
 ٢٧٨ الرابع : في المعادن الظاهرة

كتاب اللقطة

- القسم الاول - في اللقيط
 ٢٨٣ ١ - في اللقيط
 ٢٨٤ ٢ - في الملتقط
 ٢٨٥ ٣ - في الاحكام
 القسم الثاني - في الملتقط من الحيوان
 ٢٨٨ ١ - المأخوذ
 ٢٩٠ ٢ - الواجد
 ٢٩٠ ٣ - الاحكام
 القسم الثالث - في اللقطة
 ٢٩١ ١ - لقطة المال
 ٢٩٤ ٢ - الملتقط
 ٢٩٤ ٣ - الاحكام

كتاب الصيد

- الأول : ما يؤكل صيده وان قتل ١٩٩
 الثاني : في أحكام الصيد ٢٠١
 الثالث : في اللواحق ٢٠٣

كتاب الذباجة

- ٢٠٤ ١ - الذباج
 ٢٠٤ ٢ - الآلة
 ٢٠٥ ٣ - الكيفية

كتاب الاطعمة والاشربة

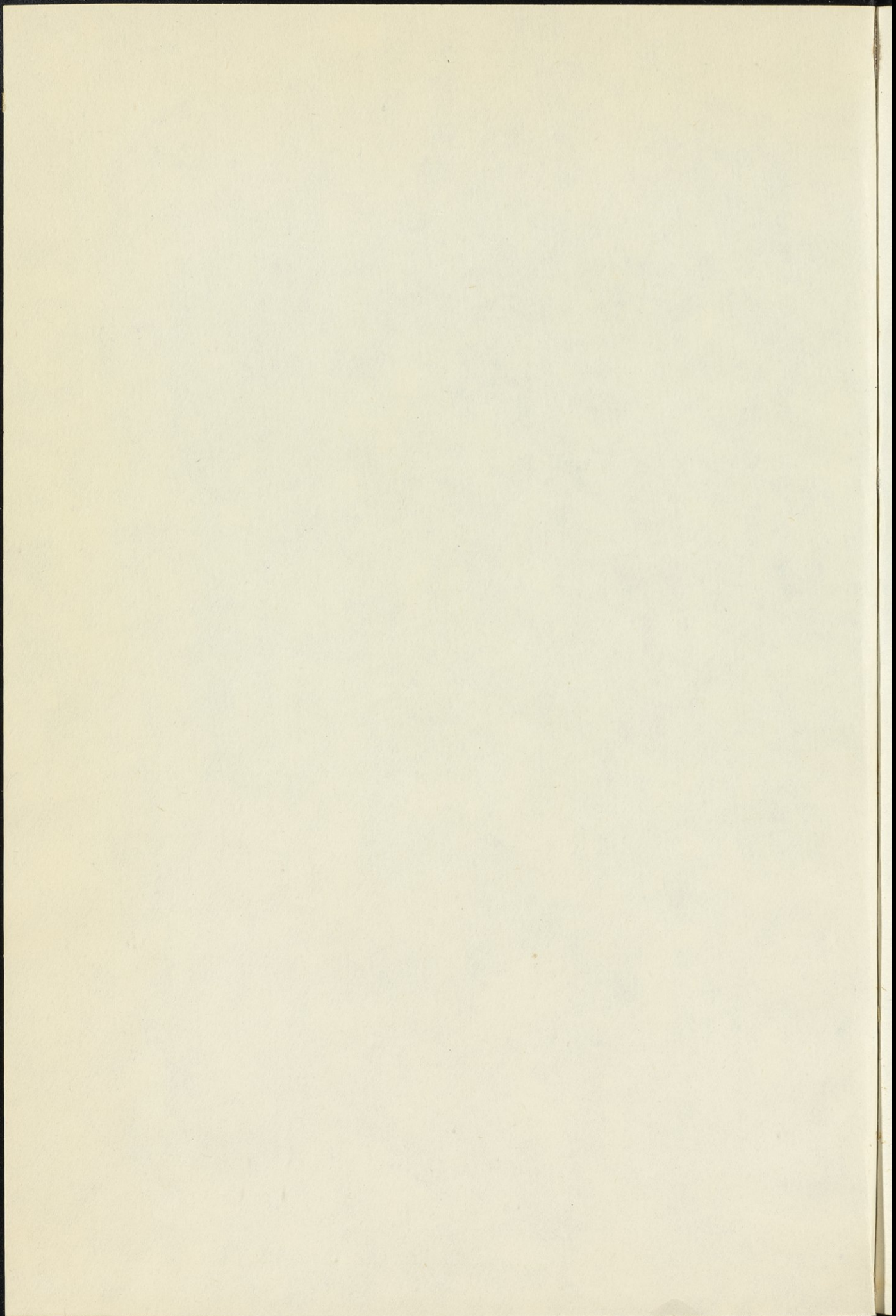
- الأول : في حيوان البحر ٢١٧
 الثاني : في البهائم ٢١٨
 الثالث : في الطير ٢٢٠
 الرابع : في الجمادات ٢٢٢
 الخامس : في المائعات ٢٢٥
 السادس : في اللواحق ٢٢٧

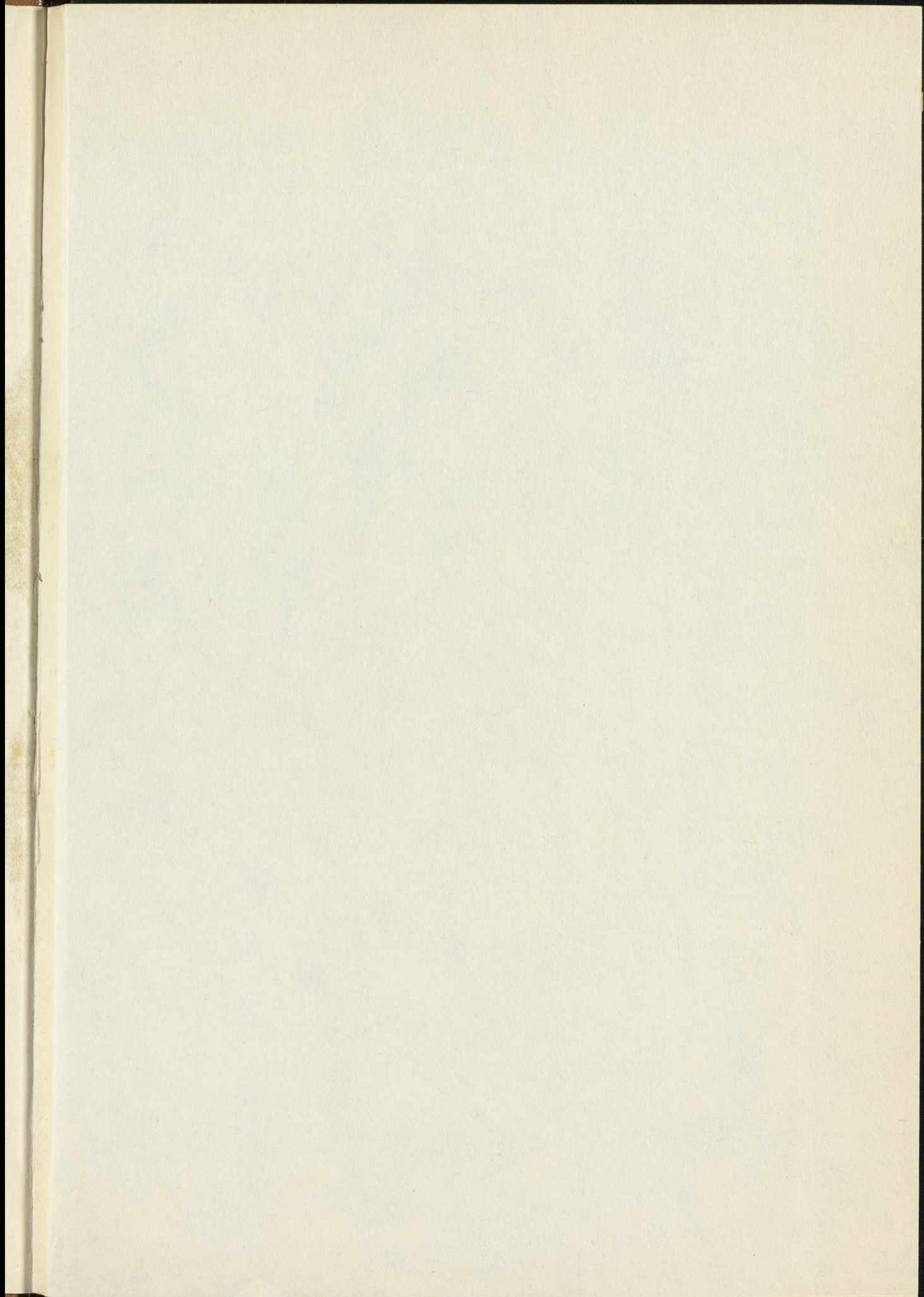
كتاب الغصب

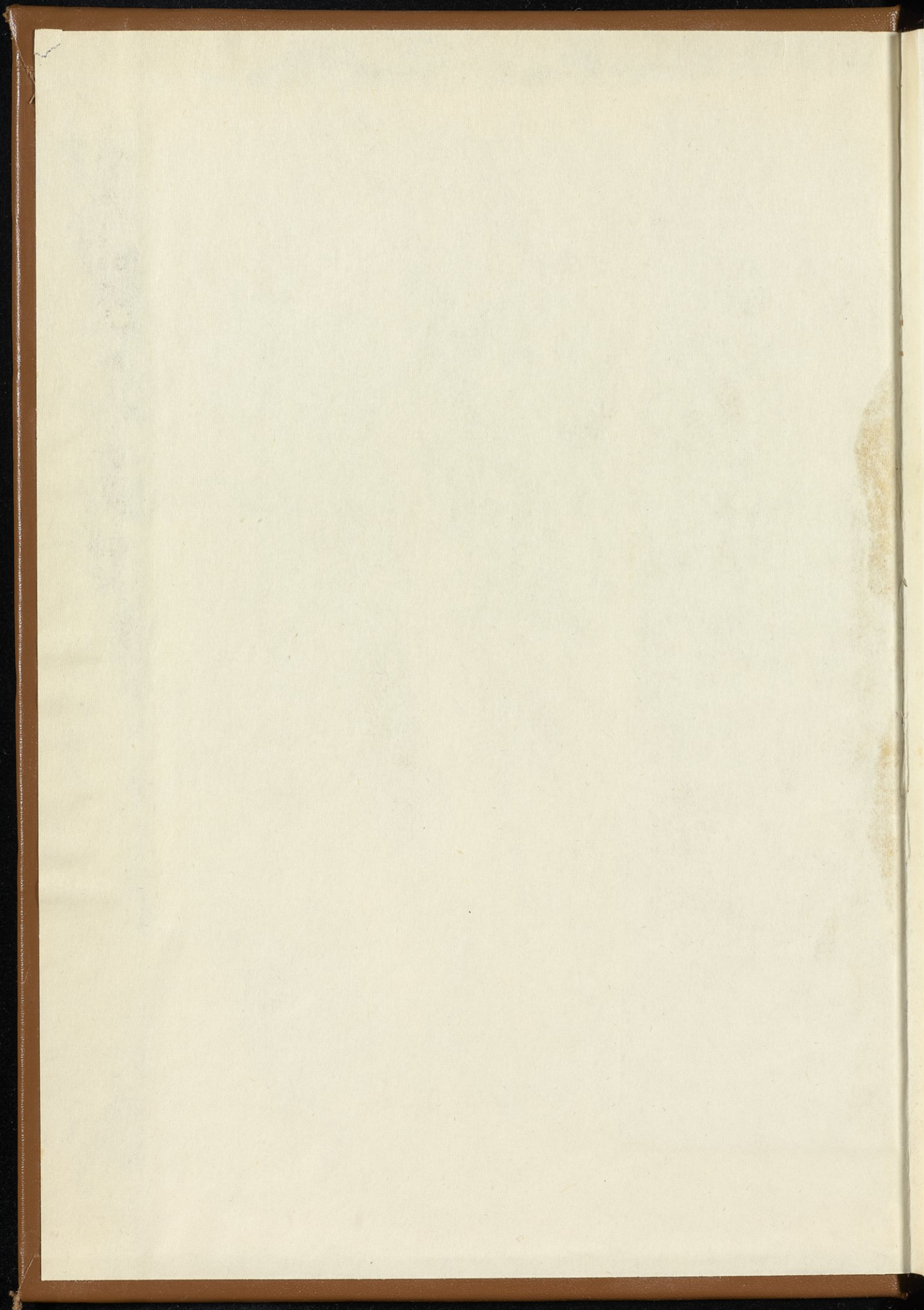
- النظر الاول : في السبب ٢٣٥
 النظر الثاني : في الحكم ٢٣٩
 للنظر الثالث : في اللواحق ٢٤٣

كتاب الشفعة

- الأول : ما ثبت به الشفعة ٢٥٣







بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فِي سَائِلِ الْجَنَّةِ وَالْجَهَنَّمَ

(مختار من)

أوراق محمد بن عبد الرحمن

٥٦٦ - ٥٦٧

مكتبة

دمشق وبيروت

عبد الحسين محمد علي

٦٠٠ شارع الجمهورية - دمشق

KOL
H65
v.3