مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام

زين الدين بن علي العاملي

الشهيد الثاني

المجلد العاشر

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية

٤١

مسالك الأفهام

الى تنقيح

شرائع الإسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

« الشهيد الثاني » (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء العاشر

محقق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية

شهيد ثانى، زين الدين على، ٩١١ - ٩٦٦ ق . شارح .
مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام (محقق حلى) / تاليف زين الدين بن على العاملى «شهيد ثاني» ؛ تحقيق مؤسسة المعارف الاسلاميه - قم ١٤١٣ ق.
١٦ ج - (بنياد معارف اسلامى - ٤١)
ISBN : 978 - 964 -7777 - 38 - 4 (ج ١٠) ISBN : 978 - 964 - 6289 - 34 - 5 (دوره)
چهارم : ١٤٢٩ ق. = ١٣٨٧
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا . عربى - كتابنامه.
١- محقق حلى، جعفر بن حسن ، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد وتفسير . ٢ . فقه جعفرى - - قرن ٧ ق. الف. محقق حلى ، جعفر بن حسن ، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق . شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام .شرح . ب. بنياد معارف اسلامى . ج. عنوان.
د. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح.
BP ١٨٢ / م ٣ ش ٤ . ٢٥٥ ٢٩٧ / ٣٤٢ ش ش / ش ٣٣١ م
كتابخانه ملى ايران - محل نگهدارى ١٦٨٤ - م *

٤١

اسم الكتاب : مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ج ١٠
تأليف زين الدين بن علي العاملي «الشهيد الثاني».
تحقيق ونشر : مؤسسة المعارف الإسلامية
الطبعة : الرابعة ١٤٢٩ هـ . ق
العدد : ١٥٠٠
المطبعة : عترت
رقم الايداع الدولي : ٩٧٨ - ٩٦٤ - ٧٧٧٧ - ٣٨ - ٤
ISBN : 978 - 964 - 7777 - 38 - 4

حقوق الطبع محفوظة لمؤسسة المعارف الإسلامية

قم المقدسة ـ تلفون : ٠٩١٢٧٤٨٨٢٩٨- ٧٧٣٢٠٠٩ ص ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
www.maaref islami .com
E-mail :info@maarefislami.com

شبكة الفكر
alfeker.net

الكفّارات

ويلحق بذلك :

النظر في الكفّارات

وفيه مقاصد:

الأول: في ضبط الكفّارات. وقد سبق[١] الكلام في كفّارات الإحرام، فلنذكر ما سوى ذلك .

وهي: مرتّبة ، ومخيّرة ، وما يحصل فيه الأمران ، وكفّارة الجمع .

قوله: «ويلحق بذلك .....الخ».

الكفّارة اسم للتكفير ، وأصلها الستر ، لأنها تستر الذنب ، ومنه الكافر ، لأنه يستر الحقّ ، ويقال للّيل: كافر ، لأنه يستر من يفعل فيه شيئاً . وتكفير اليمين فعل ما يجب بالحنث فيها ، وكفّارة الظهار ما يجب بالعود فيه . وقد ورد القرآن بلفظ الكفّارة كقوله تعالى: ﴿فكفّارته إطعام عشرة مساكين﴾[٢]. وهي أنواع كثيرة منها كفّارة الظهار ، واستطرد الباب كلّه عندها لمناسبة ذكرها وكونها تجمع الخصال الثلاث التي هي ـ مع البحث عن أحكامها ـ عمدة الباب .

وقد عرّفها بعضهم بأنها: طاعة مخصوصة مسقطة للعقوبة أو مخفّفة غالباً . وقيّد بالأغلبيّة لتدخل كفّارة قتل الخطأ فيها ، فإنها ليست عقوبة . وينتقض في طرده بالتوبة ، فإنها طاعة مخصوصة ، بل هي من أعظم الطاعات ، ثم قد تكون

---

(١) في ج ١ : ٣٢٦.

(٢) المائدة : ٨٩.

. . . . . .

مسقطة للذنب كما إذا كان الذنب حقّ الله تعالى ولم يجب قضاؤه ، وقد تكون مخفّفة له كما إذا اقترنت بوجوب القضاء أوردّ الحقّ ونحوه . وكذا ينتقض بقضاء العبادات ، فإنه طاعة مسقطة للذنب المترتّب على التهاون في الفعل إلى أن خرج الوقت ، أو مخفّفة له من حيث افتقار سقوطه رأساً إلى التوبة.

واعلم أن الكفّارة الواجبة إن لم تكن عن ذنب ـ ككفّارة قتل الخطأ ـ فوجوبها على التراخي ، لأن مطلق الأمر لا يقتضي الفور على أصحّ القولين.

وإن كانت مسقطة للذنب أو مخفّفة له ففي وجوبها على الفور وجهان: من أنها في معنى التوبة من حيث كانت مسقطة للذنب أو مخفّفة ، والتوبة واجبة على الفور ، ومن أصالة عدم وجوب الفوريّة ، ولا يلزم من مشاركتهاللتوبة في ذلك مساواتها لها في جميع الأحكام ، فإنها في الأصل حقّ مالي أو بدني ، وفي نظائرها من العبادات والحقوق ما يجب على الفور ومنها ما لا يجب ، وأصل وجوبه متوقّف على دليل يقتضيه غير أصل الأمر .

وأطلق بعضهم[1] وجوبها على الفور ، مستدلّاً بأنها كالتوبة الواجبة لذلك، لوجوب الندم على كلّ قبيح أو إخلال بواجب . ولا يخفى فساده على إطلاقه ، فإن منها ما ليس مسبَّباً عن قبيح.

ثم على تقدير فعلها لا يكفي في إسقاط استحقاق العقاب حيث يكون عن ذنب ، بل لابدّ معها من التوبة المشتملة على ترك الذنب في الحال ، والندم على فعله فيما سلف ، والعزم على عدم العود إليه في الاستقبال ، ولو وجب معها قضاء

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٣٩١.

فالمرتّبة ثلاث كفّارات:

الظهار، وقتل الخطأ . ويجب في كلّ واحدة العتق، فإن عجز فالصوم شهرين متتابعين ، فإن عجز فإطعام ستّين مسكيناً.

العبادة كإفساد الصوم فلا بدّ معها من القضاء للقادر عليه . ومثله القول في الحدود والتعزيرات على المعاصي.

قوله:« فالمرتّبة ثلاث .....الخ».

وجوب الكفّارتين على الترتيب هو الذي يقتضيه ظاهر القرآن، قال تعالى ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ ثم قال: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً﴾[1] وقال تعالى في كفّارة القتل: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ ثم قال: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾[2] وهو نصّ في الترتيب فيهما.

ويؤيّد ذلك الأخبار الكثيرة[3]، وقد تقدّم[4] ما يتعلّق بالظهار منها، وفي القتل روى عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «إذا قتل خطأً أدّى ديته إلى أوليائه ثم أعتق رقبة ، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع أطعم ستّين مسكيناً مدّاً مدّاً»[5].

---

(١) المجادلة : ٣ ـ ٤.

(٢) النساء : ٩٢.

(٣) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٠٦ ب «١» من أبواب الظهار ، و ٥٤٨ ب «١» ، و ٥٥٩ ب «١٠» من أبواب الكفّارات .

(٤) في ج ٩ : ٤٨٢ ـ ٤٨٣ و ٥٣٦ ، هامش (٢).

(٥) التهذيب ٨ : ٣٢٢ ح ١١٩٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٩ ب «١٠» من أبواب الكفّارات .

وكفّارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال إطعام عشرة مساكين ، فإن عجز صام ثلاثة أيام متتابعات.

ولا نعلم في كفّارة الظهار مخالفاً ، لكن روى معاوية بن وهب في الصحيح قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المظاهر قال: عليه تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستّين مسكيناً، والرقبة تجزي ممّن ولد في الاسلام»[١] و«أو» ظاهرة في التخيير. والأولى حملها على الترتيب ، للجمع ، وموافقة الآية، وإن كان ذلك خلاف الظاهر.

وأما قتل الخطأ فالأكثر على أن كفّارته مرتّبة، لما ذكرناه . وقال سلّار[٢]: إنها مخيّرة. وهو ظاهر المفيد[٣] حيث جعلها ككفّارة من أفطر يوماً من شهر رمضان، وذكر في كفّارة رمضان أنها مخيّرة. والمذهب هو الأول.

قوله: «وكفّارة من أفطر .....الخ».

ما ذكره المصنّف من الكفّارة في ذلك هو المشهور بين الأصحاب رواية وفتوى، رواه الصدوق عن بريد بن معاوية العجلي عن الباقر عليه السلام : «في رجل أتى أهله في يوم يقضيه من شهر رمضان قبل الزوال: لا شيء عليه إلا يوماً مكان يوم ، وإن أتى أهله بعد زوال الشمس فإن عليه أن يتصدّق على عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ ، فإن لم يقدر صام يوماً مكان يوم ، وصام ثلاثة أيّام كفّارة لما صنع»[٤].

---

(١) الكافي ٦: ١٥٨ ح ٢٢ ، التهذيب ٨: ٣٢١ ح ١١٩٢ ، الاستبصار ٤: ٥٨ ح ١٩٨ ، الوسائل ١٥: ٥٤٩ ب «١» من أبواب الكفّارات ح ٣.

(٢) المراسم: ١٨٧.

(٣) المقنعة: ٥٦٩.

(٤) الفقيه ٢: ٩٦ ح ٤٣٠ ، ولاحظ الكافي ٤: ١٢٢ ح ٥ ، التهذيب ٤: ٢٧٨ ح ٨٤٤ ، الوسائل ٧: ٢٥٣ =

. . . . . .

قال الصدوق عقيب هذه الرواية : «وقد روي أنه إن أفطر قبل الزوال فلا شيء عليه، وإن أفطر بعد الزوال فعليه الكفّارة مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان ». وهذا يدلّ على اختياره الأول. وفي كتابه المقنع عكس الحال، فجعل الأول رواية والثاني فتوى، فقال:« وإذا قضيت صوم شهر رمضان كنت بالخيار في الإفطار إلى زوال الشمس ، فإن أفطرت بعد الزوال فعليك مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان. وقد روي أن عليه إذا أفطر بعد الزوال إطعام عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ من طعام، فإن لم يقدر عليه صام يوماً بدل يوم ، وصام ثلاثة أيام كفّارة لما فعل»[1].

وفي طريق الرواية الأُولى الحارث بن محمد، وهو مجهول. والرواية الثانية الدالّة على أنها كفّارة رمضان رواها زرارة في الموثّق عن الباقر عليه السلام أيضاً قال : «سألته عن رجل صام قضاءً من شهر رمضان فأتى النساء ، قال: عليه من الكفّارة ما على الذي أصاب في رمضان، ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان»[2]. وليس في هذه الرواية تقييد بكون الإفطار بعد الزوال كما قيّدوه. وحملها على المقيّد بعيد ، لأنه مخالف له في الحكم . وفي طريقها عليّ بن فضّال، وباقي سندها صحيح، فهي من الموثّق.

وروى الشيخ في الصحيح عن هشام بن سالم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل وقع على أهله وهو يقضي شهر رمضان ، قال: إن كان وقع

= ب «٢٩» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ١.

(١) المقنع : ٦٣.

(٢) التهذيب ٤ : ٢٧٩ ح ٨٤٦، الاستبصار ٢ : ١٢١ ح ٣٩٣، الوسائل ٧ : ٢٥٤ ب «٢٩» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٣.

. . . . . .

عليها قبل صلاة العصر فلا شيء عليه يصوم يوماً بدل يوم، وإن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم وأطعم عشرة مساكين ، فإن لم يمكنه صام ثلاثة أيام كفّارة لذلك»[١]. وهذه كالأُولى في الكفّارة إلا أنها مخالفة لها في الوقت . وهي أصحّ ما في الباب من الروايات، ولكن لم يعمل بمضمونها أحد.

والشيخ[٢] ـ رحمه الله ـ حمل الخبر الدالّ على أنها كفّارة رمضان على من فعل ذلك استخفافاً [به][٣] وتهاوناً بما يجب عليه من فرض الله تعالى، فيجب عليه حينئذٍ من الكفّارة ما يجب على من أفطر يوماً من رمضان عقوبة له وتغليظاً عليه، فأما من أفطر معتقداً أن الأفضل إتمام صومه فليس عليه إلا ما تقدّم إطعام عشرة مساكين أو صيام ثلاثة أيام . وهذا الحمل يوجب قولاً آخر للشيخ[٤] في المسألة. وله قول ثالث في النهاية[٥] أنها كفّارة يمين . وهو قول سلّار[٦].

وقال ابن أبي عقيل[٧]: ليس عليه شيء . ويدلّ على مذهبه رواية عمّار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام وفيها:«فإن نوى الصوم ثم أفطر بعد ما زالت الشمس، قال: قد أساء وليس عليه شيء إلا قضاء ذلك اليوم الذي أراد أن

---

(١) التهذيب ٤ : ٢٧٩ ح ٨٤٥، الاستبصار ٢ : ١٢٠ ح ٣٩٢، ولاحظ الوسائل ٧ : ٢٥٤ ب «٢٩» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٢ .

(٢) التهذيب ٤ : ٢٧٩ ذيل ح ٨٤٦، الاستبصار ٢ : ١٢١ ذيل ح ٣٩٣.

(٣) من «د» والحجريّتين فقط .

(٤) انظر النهاية : ١٦٤ .

(٥) النهاية : ٥٧٢ .

(٦) المراسم : ١٨٧ .

(٧) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٦٥ .

والمخيّرة :

كفّارة من أفطر في يوم من شهر رمضان ـ مع وجوب صومه ـ بأحد الأسباب الموجبة للتكفير.

يقضيه»[١].

والشيخ[٢] حمل قوله عليه السلام : «وليس عليه شيء» على أنه ليس عليه شيء من العقاب، لأن من أفطر في هذا اليوم لا يستحقّ العقاب وإن أفطر بعد الزوال ، وتلزمه الكفّارة.

وهذا اعتراف من الشيخ بعدم تحريم الإفطار، فتبعد مجامعته حينئذٍ للكفّارة. ولو حملوها على الاستحباب ـ لاختلاف تقديرها في الروايات، واختلاف تحديد وقت ثبوتها ، وقصورها من حيث السند عن إفادة الوجوب ـ لكان جيّداً. ويؤيّده رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة تقضي شهر رمضان فيكرهها زوجها على الإفطار قال: «لا ينبغي له أن يكرهها بعد الزوال »[٣] و «لا ينبغي» ظاهرة في الكراهة، وهو يناسب ما حكم به الشيخ من عدم تحريم الإفطار بعد الزوال، ولكن في طريقها سماعة، وهو واقفي. وعلى كلّ تقدير فالحكم مختصّ بقضاء رمضان، ولا يتعدّى إلى قضاء غيره وإن كان معيّناً على الأقوى، للأصل.

قوله: «والمخيّرة.....الخ».

وجوب كفّارة شهر رمضان على التخيير هو المشهور بين الأصحاب ،

---

(١) التهذيب ٤ : ٢٨٠ ح ٨٤٧، الاستبصار ٢ : ١٢١ ح ٣٩٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٢) التهذيب ٤ : ٢٨٠ ذيل ح ٨٤٧، الاستبصار ٢ : ١٢٢ ذيل ح ٣٩٤.

(٣) الكافي ٤ : ١٢٢ ح ٦، الفقيه ٢ : ٩٦ ح ٤٣٢، التهذيب ٤ : ٢٧٨ ح ٨٤٢، الاستبصار ٢ : ١٢٠ ح ٣٩٠، الوسائل ٧ : ٨ ب «٤» من أبواب وجوب الصوم ح ٢.

. . . . . .

ذهب إليه الشيخان[١] وأتباعهما[٢] وجملة المتأخّرين . ويدلّ عليه من الأخبار صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أفطر في شهر رمضان متعمّداً يوماً واحداً من غير عذر: «قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستّين مسكيناً، فإن لم يقدر تصدّق بما يطيق»[٣]. وللشيخ قول آخر في المبسوط[٤] أنها مرتّبة إذا كان الإفطار بالجماع.

وابن أبي عقيل[٥] جعلها مرتّبة مطلقاً، لما رواه الصدوق : «أن رجلاً من الأنصار أتى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال: هلكت وأهلكت، فقال: وما أهلكك؟ قال: أتيت امرأتي في شهر رمضان وأنا صائم . فقال له النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : أعتق رقبة، قال: لا أجد . قال: صم شهرين متتابعين، قال: لا أطيق. قال: تصدّق على ستّين مسكيناً، قال: لا أجد. قال: فأُتي النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم بعرق خمسة عشر صاعاً من تمر، فقال له النبي صلّى الله عليه وآله وسلم: خذها فتصدّق بها، فقال له الرجل: والذي بعثك بالحقّ ما بين لابتيها أحوج منّا إليها، فقال: خذه وكله وأطعم عيالك ، فإنه كفّارة لك»[٦] .

---

(١) المقنعة : ٥٦٩ ، النهاية : ٥٧١ .

(٢) المراسم : ١٨٧ ، المهذّب ٢ : ٤٢٢ ، الوسيلة : ٣٥٣ .

(٣) الكافي ٤ : ١٠١ ح ١ ، الفقيه ٢ : ٧٢ ح ٣٠٨ ، التهذيب ٤ : ٢٠٥ ح ٥٩٤ ، الاستبصار ٢ : ٩٥ ح ٣١٠ ، الوسائل ٧ : ٢٨ ب «٨» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ١ .

(٤) المبسوط ٥ : ١٧١ ، و ٦ : ٢٠٧ .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٦٤ .

(٦) الفقيه ٢ : ٧٢ ح ٣٠٩ ، معاني الأخبار : ٣٣٦ باب معنى العرق واللابتين، المقنع : ٦١ ، الوسائل ٧ : ٣٠ ب «٨» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ٥ . وفي المصادر عدا معاني الأخبار: بعذق. وفي نسخ المسالك الخطّية والحجريّتين: ثمانية عشر صاعاً، وفي نسخة بدل إحدى الحجريّتين ومصادر الحديث: خمسة عشر .

. . . . . .

وأجيب بعدم دلالته صريحاً على الترتيب ، وجاز إطلاق الأمر بأحد أفراد الواجب المخيّر كذلك. مع أن الشيخ رواه في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام وفيه: «أن رجلاً أتى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم فقال: هلكت يا رسول الله، فقال: مالك ؟ قال: النار يارسول الله . قال: وما لك ؟ قال: وقعت على أهلي . قال: تصدّق واستغفر ربّك»[١] فبدأ بالصدقة، وهو دليل على عدم ترتّبها على الخصلتين الأُخريين وإلّا لبيّن له صلّى الله عليه وآله وسلم . وفي تمام هذا الحديث أن الرجل قال: « والذي عظّم حقّك ما تركت في البيت شيئاً قليلاً ولا كثيراً. قال: فدخل رجل من الناس بمكتل من تمر فيه عشرون صاعاً تكون عشرة أصوع بصاعنا، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: خذ هذا التمر فتصدّق به، فقال: يارسول الله على من أتصدّق وقد أخبرتك أن ليس في يدي قليل ولا كثير، قال: فخذه وأطعمه عيالك واستغفر الله عزّ وجلّ، قال: فلما رجعنا قال أصحابنا: إنه بدأ بالعتق فقال: أعتق أو صم أو تصدّق» . وهذا أيضاً يدلّ على التخيير . وفيه: أن الاستغفار يجب عند العجز، وهو أولى من جعل إطعام أهله كفّارة كما في الحديث السابق.

واعلم أن إطلاق المصنّف الحكم فيمن أفطر بأحد الأسباب الموجبة للتكفير يشمل المحلَّل منها والمحرَّم ، وكذلك إطلاق الرواية[٢] الصحيحة. والحكم به على الإطلاق هو المشهور بين الأصحاب. وذهب جماعة منهم الشيخ في

---

(١) التهذيب ٤ : ٢٠٦ ح ٥٩٥ ، الاستبصار ٢ : ٨٠ ح ٢٤٥ ، وانظر الكافي ٤ : ١٠٢ ح ٢ ، الوسائل ٧ : ٢٩ ب «٨» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ٢ .

(٢) المتقدّمة في ص : ١٤ ، هامش (٣) .

. . . . . .

كتابي[١] الأخبار والصدوق[٢] إلى أن ذلك مختصّ بمن أفطر على المحلَّل، أما من أفطر على محرّم ـ يعني أفسد صومه به ـ فإن الواجب عليه كفّارة الجمع ، لما رواه الصدوق عن عبد الواحد بن عبدوس النيسابوري ، عن عليّ بن محمد بن قتيبة، عن حمدان بن سليمان ، عن عبد السلام بن صالح الهروي قال: «قلت للرضا عليه السلام: يا بن رسول الله قد روي عن آبائك فيمن جامع في شهر رمضان وأفطر فيه ثلاث كفّارات، وروي عنهم أيضاً كفّارة واحدة، فبأيّ الخبرين آخذ؟ قال: بهما جميعاً، فمتى جامع الرجل حراماً أو أفطر على حرام في شهر رمضان عليه ثلاث كفّارات: عتق رقبة، وصيام شهرين متتابعين ، وإطعام ستّين مسكيناً، وقضاء ذلك اليوم . وإن كان نكح حلالاً أو أفطر على حلال كفاه كفّارة واحدة»[٣].

وطريق الرواية صحيح فيمن عدا ابن عبدوس، فحاله مجهول . قال في المختلف : «إن ابن عبدوس لا يحضرني حاله، فإن كان ثقة فالرواية صحيحة يتعيّن العمل بها»[٤] . وفي التحرير جزم بصحّتها، فقال: «روى ابن بابويه في حديث صحيح عن الرضا عليه السلام»[٥] وساق الحديث. وذكر ابن بابويه[٦] أنه وجد ذلك في روايات أبي الحسين الأسدي فيما ورد عليه من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري أحد نوّاب صاحب الزمان عليه السلام . وطريقه جيّد

---

(١) التهذيب ٤ : ٢٠٨ ذيل ح ٦٠٤، الاستبصار ٢ : ٩٧ ذيل ح ٣١٥.

(٢ و ٦) الفقيه ٢ : ٧٣ ح ٣١٧.

(٣) الفقيه ٣ : ٢٣٨ ح ١١٢٨، وانظر التهذيب ٤ : ٢٠٩ ح ٦٠٥، الاستبصار ٢ : ٩٧ ح ٣١٦، الوسائل ٧: ٣٥ ب «١٠» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ١.

(٤) المختلف : ٢٢٦ ـ ٢٢٧.

(٥) تحرير الأحكام ٢ : ١١٠.

وكفّارة من أفطر يوماً نذر صومه على أشهر الروايتين.

وكذا كفّارة الحنث في العهد. وفي النذر على التردّد .

والواجب في كلّ واحدة: عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً ، على الأظهر.

أيضاً ، فلا بأس بالعمل بمضمونه .

قوله: «وكفّارة من أفطر ..... الخ».

اختلف الأصحاب في كفّارة خلف النذر على أقوال:

أحدها: أنها كفّارة رمضان مطلقاً. ذهب إليه الشيخان[١] وأتباعهما[٢] ، والمصنّف، والعلّامة في المختلف[٣]، وأكثر المتأخّرين[٤]، لصحيحة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام قال: «من جعل لله عليه ألّا يركب محرّماً سمّاه فركبه، قال: ولا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبة، أو ليصم شهرين متتابعين ، أو ليطعم ستّين مسكيناً»[٥].

وثانيها : أنها كفّارة يمين مطلقاً. ذهب إليه الصدوق[٦] والمصنّف في النافع[٧]، لحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إن قلت: لله عليّ كذا

---

(١) المقنعة : ٥٦٢ ، النهاية : ٥٧٠ .

(٢) راجع الكافي في الفقه : ٢٢٥ ، المهذّب ٢ : ٤٢١ ، الوسيلة : ٣٥٣ .

(٣) المختلف : ٦٦٤ .

(٤) راجع كشف الرموز ٢ : ٢٦٠ ، إيضاح الفوائد ٤ : ٧٨ ، المهذّب البارع ٣ : ٥٥٧ .

(٥) التهذيب ٨ : ٣١٤ ح ١١٦٥ ، الاستبصار ٤ : ٥٤ ح ١٨٨ ، الوسائل ١٥ : ٥٧٥ ب «٢٣» من أبواب الكفارات ح ٧ .

(٦) الفقيه ٣ : ٢٣٢ .

(٧) المختصر النافع : ٢٠٨ .

. . . . . .

فكفّارة يمين»[١] . ورواية حفص بن غياث عنه عليه السلام قال: سألته عن كفّارة النذر، فقال: كفّارة النذر كفّارة اليمين»[٢]. ورواه العامّة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم أنه قال:«كفّارة النذر كفّارة يمين»[٣].

وثالثها:التفصيل، فإن كان النذر لصوم فأفطره فكفّارة رمضان، وإن كان لغير ذلك فكفّارة يمين . ذهب إلى ذلك المرتضى[٤]، وابن إدريس[٥]، والعلّامة[٦] في غير المختلف.

ووجهه: الجمع بين الروايات حيث دلّ بعضها على أن كفّارته كفّارة رمضان، فيناسبه حمله على إفطار نذر صوم معيّن، لمشاركته لصوم رمضان في الوجوب المعيّن، وحمل غيره على غيره. وهو أولى من العمل بأحد الجانبين خاصّة المستلزم لاطّراح الآخر مع تقاربها[٧] في القوّة.

ويدلّ على حكم إفطار المنذور روايات أُخر، منها رواية القاسم الصيقل: «أنه كتب إليه: يا سيّدي رجل نذر أن يصوم يوماً لله فوقع ذلك اليوم

---

(١) الكافي ٧: ٤٥٦ ح ٩، الفقيه ٣: ٢٣٠ ح ١٠٨٧، التهذيب ٨: ٣٠٦ ح ١١٣٦، الاستبصار ٤: ٥٥ ح ١٩٣، الوسائل ١٥: ٥٧٤ ب «٢٣» من أبواب الكفّارات ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤٥٧ ح ١٣، التهذيب ٨: ٣٠٧ ح ١١٤١، الاستبصار ٤: ٥٤ ح ١٨٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٣) مسند أحمد ٤: ١٤٤، صحيح مسلم ٣: ١٢٦٥ ح ١٦٤٥، سنن أبي داود ٣: ٢٤١ ح ٣٣٢٣، سنن النسائي ٧: ٢٦.

(٤) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤٦.

(٥) السرائر ٣: ٥٩.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ١٠٩.

(٧) في «ق» والحجريّتين: تقاربهما.

. . . . . .

على أهله ما عليه من الكفّارة؟ فأجابه: يصوم يوماً بدل يوم، وتحرير رقبة مؤمنة»[١]. ومثله عن ابن مهزيار[٢] أنه كتب إليه يسأله عن ذلك . وهذا هو الموجب لجزم المصنّف بحكم المفطر وتردّده في غيره. لكن في طريق الروايتين محمد بن عيسى، والمسؤول فيهما غير مذكور وإن كان الظاهر أنه الامام.

لا يقال: الخبر[٣] الأول صحيح فيكون مقدّماً على الحسن والضعيف لو عملنا بالجميع، كيف والحسن لا يشتمل راويه على وصف العدالة التي هي شرط في الراوي؟ فيكون العمل بالصحيح متعيّناً لذلك.

لأنّا نقول: الخبر الأول وإن كان قد وصفه بالصحّة جماعة من المحقّقين ـ كالعلّامة[٤] وولده[٥] والشهيد[٦] في الشرح ـ إلا أن فيه منعاً بيّناً، لأن عبد الملك بن عمرو لم ينصّ أحد عليه بالتعديل، وإنما هو ممدوح مدحاً بعيداً عن التعديل. ولم يذكره النجاشي ولا الشيخ في كتابيه . وذكره العلّامة[٧]، ونقل عن الكشّي أن الصادق عليه السلام قال له: «إنه يدعو له حتى إنه يدعو لدابّته». وهذا غايته أن

---

(١) التهذيب ٤: ٢٨٦ ح ٨٦٥، الاستبصار ٢: ١٢٥ ح ٤٠٦، الوسائل ٧: ٢٧٧ ب «٧» من أبواب بقيّة الصوم الواجب ح ٣.

(٢) الكافي ٧: ٤٥٦ ح ١٢، التهذيب ٤: ٢٨٦ ح ٨٦٦، الاستبصار ٢: ١٢٥ ح ٤٠٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

(٣) المذكور في ص: ١٧، هامش (٥).

(٤) المختلف: ٦٦٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٤: ٧٨.

(٦) غاية المراد: ٢٦١.

(٧) رجال العلّامة الحلي: ١١٥ رقم (٧)، وانظر اختيار معرفة الرجال: ٣٨٩ رقم ٧٣٠.

يقتضي المدح لا التوثيق، مع أن الرواية [الأُولى][1] منقولة عنه. ومثل هذا لا يثبت به حكم، وغايته أن يكون من الحسن . والأولى أن يريدوا بصحّتها توثيق رجال أسنادها إلى عبد الملك المذكور، وهي صحّة إضافيّة مستعملة في اصطلاحهم كثيراً. وحينئذٍ فلا يترجّح على الروايات الأُخر، بل يمكن ترجيح تلك بوجوه:

ألف: إن حسنة الحلبي في ذلك الجانب من أعلى مراتب الحسن، لأن حسنها باعتبار دخول إبراهيم بن هاشم في طريقها ، وهو من الأجلّاء الأعيان كما ذكرناه غير مرّة ، بخلاف تلك الرواية ، فإن الظاهر أنها لا تلحق أدنى مراتب الحسن فضلاً عمّا فوقه ، فكانت تلك أرجح على كلّ حال ، فيكون العمل بمضمونها أولى.

ب: تأيّدها برواية حفص بن غياث[2] ، وهو وإن كان عامّياً إلا أن الشيخ[3] قال: إن كتابه معتمد عليه.

ج : اتّفاق روايات العامّة التي صحّحوها[4] عن النبي صلّى الله عليه وآله، وهي وإن لم تكن حجّة إلا أنها لا تقصر عن أن تكون مرجّحة .

د: تأيّدها بصحيحة عليّ بن مهزيار قال:«كتب بندار مولى إدريس: يا سيّدي إني نذرت أن أصوم كلّ سبت ، وإن أنا لم أصمه ما يلزمني من الكفّارة؟

---

(١) من «ط ، و» والحجريّتين .

(٢ و ٤) تقدّم ذكر مصادرهما في ص : ١٨ ، هامش (٢ و ٣) .

(٣) الفهرست : ٦١ رقم (٢٣٢) .

. . . . . .

فكتب وقرأته: لا تتركه إلا من علّة ، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نويت ذلك ، وإن كنت أفطرت فيه من غير علّة فتصدّق بقدر كلّ يوم على سبعة مساكين»[١]. وبمثله عبّر الصدوق في المقنع[٢] ، إلّا أنه قال بدل «سبعة»: عشرة، فيكون بعض أفراد كفّارة اليمين. ولعلّ السبعة وقعت سهواً في نسخة التهذيب ، ويؤيّده رواية الصدوق لها على الصحيح ، فقال في المقنع: «وإن نذر الرجل أن يصوم كلّ يوم سبت أو أحد أو سائر الأيام فليس عليه أن يتركه إلا من علّة ، وليس عليه صومه في سفر ولا مرض إلّا أن يكون نوى ذلك ، فإن أفطر من غير علّة تصدّق مكان كلّ يوم على عشرة مساكين»[٣]. هكذا عبّر الصدوق ، وهو عندي بخطّه الشريف، وهو لفظ الرواية ، ويكون اقتصاره على إحدى خصال كفّارة اليمين كاقتصار رواية إفطار المنذور في مكاتبة[٤] الصيقل على تحرير رقبة من خصال كفّارة رمضان.

هـ : إن الحكم فيهذه الأخبار وقع بطريق القطع ، وفي الخبر السابق ما يظهر منه رائحة التردّد ، لقوله: «قال: ولا أعلمه إلّا قال كذا» وهو يشعر بتردّد الراوي في مقول الامام، وإن كان قد أتى بلفظ العلم الدالّ على الجزم، إلّا أن قرينة المقام تقتضي أن يريد بالعلم هنا معناه الأعمّ، وهو مطلق الرجحان وإن لم يمنع من النقيض، فيجامع الظنّ، إذ لو أراد العلم القطعي لقال ابتداءً : «قال : فليعتق

---

(١) الكافي ٧ : ٤٥٦ ح ١٠ ، التهذيب ٤ : ٢٨٦ ح ٨٦٧ ، الاستبصار ٢ : ١٢٥ ح ٤٠٨ ، الوسائل ٧ : ٢٧٧ ب «٧» من أبواب بقيّة الصوم الواجب ح ٤ .

(٢ و ٣) المقنع : ١٣٧ .

(٤) تقدّم ذكر مصادرها في ص : ١٩ ، هامش (١) .

. . . . . .

رقبة....الخ» وهو واضح .

والشيخ[١] جمع بين الأخبار بحمل الخبر الأول على المتمكّن من إحدى الخصال الثلاث، والأخبار المتضمّنة لكفّارة اليمين على من عجز عن ذلك. واستدلّ عليه بصحيحة جميل بن صالح عن أبي الحسن موسى عليه السلام أنه قال : «كلّ من عجز عن نذر نذره فكفّارته كفّارة يمين»[٢]. وهو قول رابع في المسألة.

ولسلّار[٣] والكراجكي[٤] قول خامس أنها كفّارة ظهار. وهو يقتضي كونها مرتّبة. وفيها أقوال أُخر نادرة.

وأما خلف العهد فأصحاب القول الأول في النذر ألحقوه به، لرواية عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام : «أنه سأله في رجل عاهد الله في غير معصية ما عليه إن لم يف بعهد الله ؟ قال: يعتق رقبة، أو يتصدّق بصدقة، أو يصوم شهرين متتابعين»[٥]. والظاهر أن المراد بالصدقة إطعام ستّين [مسكيناً][٦]، لرواية أبي بصير عن أحدهما عليه السلام أنه قال: «من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر فيه لله طاعة فحنث فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين

---

(١) التهذيب ٨ : ٣٠٦ ذيل ح ١١٣٦ ، الاستبصار ٤ : ٥٥ ذيل ح ١٩٤ .

(٢) الكافي ٧ : ٤٥٧ ح ١٧ ، التهذيب ٨ : ٣٠٦ ح ١١٣٧ ، الاستبصار ٤ : ٥٥ ح ١٩٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٧٥ ب «٢٣» من أبواب الكفّارات ح ٥ .

(٣) المراسم : ١٨٧ ، وطبع خطأ : وكفّارة خلف النذر وكفّارة الظهار، والواو الثانية زائدة .

(٤) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد : ٢٦١ .

(٥) التهذيب ٨ : ٣٠٩ ح ١١٤٨ ، الاستبصار ٤ : ٥٥ ح ١٨٩ ، الوسائل ١٥ : ٥٧٦ ب «٢٤» من أبواب الكفّارات .

(٦) من «م» والحجريّتين .

. . . . . .

أو إطعام ستّين مسكيناً»[١]. وهاتان الروايتان[٢] ضعيفتا الاسناد، إلّا أنه لا معارض لهما.

والمفيد[٣] جعلها ككفّارة قتل الخطأ. ولم نقف على مستنده.

واضطرب كلام العلّامة في كلّ واحد من القواعد والارشاد، فأفتى في القواعد[٤] أولاً بأن كفّارة خلف العهد كبيرة مخيّرة مطلقاً، ثم أفتى في موضع[٥] آخر من باب الكفّارات بأنها كفّارة يمين مطلقاً. وفي الارشاد[٦] أفتى أولاً بالتفصيل في العهد كالنذر ، فإن كان صوماً فأفطره فكفّارة رمضان وإلّا فكفّارة يمين ، ثم بعد ذلك أفتى بأنها كفّارة يمين مطلقاً.

ولا يخفى أن المصير إلى التفصيل في النذر إنما هو لاختلاف الروايات وللتوصّل إلى الجمع بينها، والأمر في العهد ليس كذلك، بل إما أن يحكم فيه بالكبيرة المخيّرة نظراً إلى ما ذكرناه من الروايات الخاصّة فيه، وإما أن يجعل فيه كفّارة يمين التفاتاً إلى ضعفها وكونه كاليمين في الالتزام[٧]، ولأصالة البراءة من الزائد.

ثم عد إلى عبارة المصنّف. واعلم أن قوله: «وكذا كفّارة الحنث في العهد،

---

(١) التهذيب ٨: ٣١٥ ح ١١٧٠، الاستبصار ٤: ٥٤ ح ١٨٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

(٢) في هامش «و ، ق»: «في طريق الأُولى محمد بن أحمد، وهو مجهول، وفي طريق الثانية إسماعيل مطلق، وحفص بن عمر وأبوه مجهولان. منه قدّس سرّه».

(٣) المقنعة: ٥٦٩.

(٤ و ٥) قواعد الأحكام ٢: ١٤٤ و ١٥٠.

(٦) إرشاد الأذهان ٢: ٩٧ و ١٠٠.

(٧) في «و»: الإلزام.

وما يحصل فيه الأمران كفّارة اليمين. وهي: عتق رقبة، أو إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، فإن عجز صام ثلاثة أيّام.

وكفّارة الجمع هي: كفّارة قتل المؤمن عمداً ظلماً. وهي: عتق رقبة، وصوم شهرين متتابعين، وإطعام ستّين مسكيناً.

وفي النذر على التردّد» يقتضي إيجاب الكفّارة المخيّرة في خلف العهد والنذر مطلقاً، كما في حكمه إذا كان صوماً فأفطره، لكن في الإفطار بجزم وفي باقي أفراد النذر ومطلق العهد على تردّد. وقوله بعد ذلك: «والواجب في كلّ واحدة عتق رقبة ـ إلى قوله ـ على الأظهر» يقتضي العود إلى ترجيح وجوب الكفّارة المخيّرة في الجميع بعد التردّد، وهو نظير ما يتّفق في قوله: فيه تردّد أظهره كذا.

قوله: «وما يحصل فيه .....الخ».

أي: يجتمع فيها[1] التخيير والترتيب. فالأول في الخصال الثلاث الأُول، والثاني في الصيام، فإنه مرتّب على العجز عن الثلاث السابقة. والحكم في هذه الكفّارة محلّ وفاق بين المسلمين، من حيث إنها منصوصة[2] في القرآن.

قوله: «وكفّارة الجمع ...الخ».

المراد بالمؤمن هنا المسلم ومن بحكمه، كولده الصغير والمجنون. ولا فرق فيه بين الذكر والأُنثى، والحرّ والعبد. ويشترط كون القتل مباشرة لا تسبيباً، كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى.

---

(١) في الحجريّتين: فيه.

(٢) المائدة: ٨٩.

المقصد الثاني في : ما اختلف فيه .

وهي سبع :

الأُولى: من حلف بالبراءة فعليه كفّارة ظهار، فإن عجز فكفّارة يمين. وقيل: يأثم ولا كفّارة. وهو أشبه .

قوله: «من حلف .....الخ».

لا خلاف في تحريم الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الأئمّة عليهم السلام. وقد روي أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم سمع رجلاً يقول: أنا بريء من دين محمد، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله: «ويلك أبرئت من دين محمد ! فعلى دين من تكون ؟ قال: فما كلّمه رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم حتى مات»[١] . وعن يونس بن ظبيان قال: «قال لي: يا يونس لا تحلف بالبراءة منّا، فإنّه من حلف بالبراءة منّا صادقاً أو كاذباً فقد برىء منّا»[٢].

واختلف في أنه هل تجب بذلك كفّارة أم لا ؟ فذهب الشيخان[٣] وجماعة[٤] إلى وجوب كفّارة ظهار، فإن عجز فكفّارة يمين. وهو الذي نقله المصنّف. وقال ابن حمزة[٥]: يلزمه كفّارة النذر. وقال الصدوق[٦]: إنه يصوم ثلاثة أيّام، ويتصدّق على عشرة مساكين.

---

(١) الكافي ٧: ٤٣٨ ح ١ ، الفقيه ٣ : ٢٣٤ ح ١١٠٧ ، التهذيب ٨ : ٢٨٤ ح ١٠٤١ ، الوسائل ١٦ : ١٢٥ ب «٧» من أبواب تحريم الحلف بالبراءة من الله ورسوله صادقاً ح ١ .

(٢) الكافي ٧: ٤٣٨ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٢٣٦ ح ١١١٤ ، التهذيب ٨ : ٢٨٤ ح ١٠٤٢ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٣) المقنعة : ٥٥٨ ـ ٥٥٩ ولم يذكر كفّارة اليمين ، النهاية : ٥٧٠ .

(٤) راجع المهذّب ٢ : ٤٢١ ، المراسم : ١٨٥ ولم يذكر كفّارة اليمين .

(٥) الوسيلة : ٣٤٩ .

(٦) المقنع : ١٣٦ ـ ١٣٧ .

. . . . . .

والكلّ ضعيف لا يرجع إلى مستند صالح، فلذلك اختار المصنّف أنه يأثم ولا كفّارة. ولكن روى محمد بن يحيى في الصحيح قال: «كتب محمد بن الحسن الصفّار إلى أبي محمد العسكري عليه السلام: رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلّى الله عليه وآله وسلّم، فحنث ما توبته وكفّارته؟ فوقّع عليه السلام: يطعم عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ ويستغفر الله عزّ وجلّ»[١]. وبمضمونها أفتى في المختلف[٢]. ولا بأس بالعمل بمضمونها لصحّتها.

وقال المصنّف في نكت النهاية: «الحقّ عندي أنه لا كفّارة في شيء من ذلك، لأن ما ذكره الشيخان لم يثبت، وما تضمّنته الرواية نادر، فلا تنهض المكاتبة بالحجّة، لما يتطرّق إليها من الاحتمال»[٣].

واعلم أن ظاهر عبارة المصنّف ترتّب الكفّارة على مجرّد التلفّظ بذلك وإن لم يخالف. وهو الذي يقتضيه إطلاق الشيخ[٤] والقاضي[٥] والصدوق[٦] وجماعة[٧]. والمفيد[٨] صرّح بترتّبها على المخالفة، وكذلك في المختلف[٩]، استناداً إلى ما دلّت عليه المكاتبة المذكورة. وهذا أقوى، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورد

---

(١) الكافي ٧: ٤٦١ ح ٧، الفقيه ٣: ٢٣٧ ح ١١٢٧، التهذيب ٨: ٢٩٩ ح ١١٠٨، الوسائل ١٥: ٥٧٢ ب «٢٠» من أبواب الكفّارات ح ١.

(٢ و ٩) المختلف: ٦٤٩.

(٣) نكت النهاية ٣: ٦٥.

(٤) النهاية: ٥٧٠.

(٥) المهذّب ٢: ٤٢١.

(٦) المقنع: ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٧) راجع اللمعة الدمشقيّة: ٤٧.

(٨) المقنعة: ٥٥٨ ـ ٥٥٩.

الثانية : في جزّ المرأة شعرها في المصاب: عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً. وقيل: مثل كفّارة الظهار. والأول مروي. وقيل: تأثم ولا كفّارة، استضعافاً للرواية وتمسّكاً بالأصل.

النصّ .

قوله: «في جزّ المرأة ....الخ» .

القول الأول لابن البرّاج[١]، استناداً إلى رواية خالد بن سدير عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا خدشت المرأة وجهها، أو جزّت شعرها، أو نتفته، ففي جزّ الشعر: عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً»[٢]. والمفهوم من «في» الايجاب مثل: في أربعين شاة شاة، و: في النفس المؤمنة مائة من الإبل، لأنها للسببيّة. وإنكار بعضهم إفادتها ذلك مردود. نعم، طريق الرواية ضعيف، فإن خالد بن سدير غير موثّق ، وقد قال الصدوق[٣] : إن كتابه موضوع، وفي طريقه أيضاً محمد بن عيسى، وهو ضعيف.

والقول بوجوب كفّارة الظهار لسلّار[٤] وابن إدريس[٥]، وأسنده إلى ما رواه بعض الأصحاب. وهو مستند واهٍ، فلذلك قال المصنّف : إنه[٦] تأثم ولا كفّارة، تمسّكاً بالأصل واستضعافاً للحكم الناقل عنه . وهذا هو الأقوى .

واعلم أن الكفّارة على تقدير وجوبها مترتّبة على جزّه في المصاب،

---

(١) المهذّب ٢ : ٤٢٤ .

(٢) التهذيب ٨ : ٣٢٥ ح ١٢٠٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٨٣ ب «٣١» من أبواب الكفّارات .

(٣) انظر الفهرست للطوسي : ٦٦ ، رقم (٢٥٩) وفيه: خالد بن عبدالله بن سدير، وفي مصادر الحديث: خالد بن سدير أخو حنان بن سدير.

(٤) المراسم : ١٨٧ .

(٥) السرائر ٣ : ٧٨ .

(٦) كذا في النسخ الخطّية ، ولعلّ الصحيح: إنها .

الثالثة: تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب، وخدش وجهها، وشقّ الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته، كفّارة يمين.

والمفهوم منه جزّ جميعه. والمراد من الجزّ القصّ، فلا يلحق به النتف ولا الإحراق ولا القرض بالسنّ. ويحتمل قويّاً إلحاق الحلق. ولا يلحق جزّه في غير المصاب به على الأقوى. وأولويّة دخوله ممنوعة، لجواز اختصاص المصاب بما فيه من إشعار السخط بقضاء الله تعالى. وظاهر الرواية وقوع ذلك منها مباشرة، فلو تسبّبت به ففي إلحاقه نظر أقربه العدم، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين. ولو فعلت ذلك لحاجة فلا شيء إجماعاً.

قوله: «تجب على المرأة.....الخ».

لم ينقل المصنّف في ذلك خلافاً مع أنه صدّر المقصد بالمواضع المختلف فيها. والوجه في ذلك عدم ظهور مخالف في أكثرها، مع ضعف المستند في الجميع، فإن[1] الرواية[2] السابقة عن خالد بن سدير بطريق محمد بن عيسى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شقّ ثوبه على أخيه أو على أُمّه أو على أُخته أو على قريب له، قال: لا بأس بشقّ الجيوب، فقد شقّ موسى بن عمران جيبه على أخيه هارون عليهما السلام. ولا يشقّ الوالد على ولده، ولا زوج على امرأته، وتشقّ المرأة على زوجها. وإذا شقّ زوج على امرأته أو والد على ولده فكفّارته حنث يمين، ولا صلاة لهما حتى يكفّرا ويتوبا من ذلك. وإذا خدشت المرأة وجهها، أو جزّت شعرها، أو نتفته، ففي جزّ الشعر: عتق رقبة، أو صيام

---

(١) في «ق، د، ط»: فإنه.

(٢) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة السابقة، هامش (٢).

شهرين متتابعين ، أو إطعام ستّين مسكيناً. وفي خدش الوجه إذا أدمت، وفي النتف كفّارة حنث يمين. ولا شيء في لطم الخدود سوى الاستغفار والتوبة، ولقد شققن ولطمن الخدود الفاطميّات على فقد الحسين عليه السلام، وعلى مثله تلطم الخدود وتشقّ الجيوب». وقد عرفت حال الرواية.

واعلم أن الكلام في نتف الجميع أو البعض كالكلام في الجزّ. والمراد من الشعر هنا شعر الرأس، لأنه المفهوم منه عرفاً. والمراد بخدش الوجه قطع شيء من جلده وإن لم يبلغ حدّ الخارصة . وفي الرواية تقييد بكونه مدمياً، والفتاوى مطلقة، بل صرّح بعضهم[١] بعدم اعتباره، وهو مطالب بالمستند[٢]، ولعلّه يعتمد على ما يظهر من الإجماع لا على الفتوى مجرّدة. ولا يلحق به اللّطم من غير خدش، ولا خدش غير الوجه من سائر الجسد. ولا يتعدّى الحكم إلى الرجل، كما أن حكم شقّ الثوب لموت الولد والزوجة مخصوص به، فلا تجب على المرأة بشقّه مطلقاً، وإن كان محرّماً على الجميع،لما فيه من إضاعة المال. ويدخل في الولد الذكر والأُنثى وإن نزل، لا ولد الأُنثى على الأقوى. ولا كفّارة بشقّه على غيرهما من الأقارب مطلقاً وإن حرم. وروي جوازه على الأب والأخ. ولا تلحق أُمّ الولد والسرّية بالزوجة. نعم، يلحق المتمتّع بها والمطلّقة رجعيّاً . والمعتبر مسمّى الشقّ لمسمّى الثوب.

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٠٩.

(٢) في «ط» : بالمعتمد.

الرابعة: كفّارة [الوطء في] الحيض مع التعمّد والعلم بالتحريم والتمكّن من التكفير، قيل: تستحبّ، وقيل: تجب، وهو الأحوط .

قوله: «كفّارة الوطء....الخ» .

القول بالوجوب للشيخين[١] والمرتضى[٢] وابن إدريس[٣] وجماعة[٤]، استناداً إلى روايات مختلفة التقدير ضعيفة الإسناد، وأشهرها رواية داود بن فرقد عن أبي عبدالله عليه السلام في كفّارة الطمث أنه: «يتصدّق إذا كان في أوّله بدينار، وفي أوسطه بنصف دينار، وفي آخره بربع دينار . قلت: فإن لم يكن عنده ما يكفّر؟ قال: فليتصدّق على مسكين واحد وإلّا استغفر الله ولا يعود، فإن الاستغفار توبة وكفّارة لمن لم يجد السبيل إلى شيء من الكفّارة»[٥]. وفي طريقها ضعف وإرسال.

والقول بالاستحباب للشيخ أيضاً في النهاية[٦] وأكثر المتأخّرين[٧] . وهو الأقوى، للأصل، وصحيحة العيص بن القاسم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل واقع امرأته وهي طامث، قال: لا يلتمس فعل ذلك قد نهى الله أن

---

(١) المقنعة : ٥٥ و ٥٦٩، النهاية : ٥٧١.

(٢) الانتصار : ٣٣.

(٣) السرائر ١ : ١٤٤، ٣ : ٧٦.

(٤) راجع المقنع : ١٦، فقه القرآن ١ : ٥٤، المراسم : ٤٣ ـ ٤٤، المهذّب ٢ : ٤٢٣.

(٥) التهذيب ١ : ١٦٤ ح ٤٧١، الاستبصار ١ : ١٣٤ ح ٤٥٩، الوسائل ٢ : ٥٧٤ ب «٢٨» من أبواب الحيض ح ١.

(٦) النهاية : ٢٦.

(٧) راجع كشف الرموز ٢ : ٢٦١، قواعد الأحكام ١ : ١٥، تحرير الأحكام ١ : ١٥، إيضاح الفوائد ١ : ٥٥ ـ ٥٦.

ولو وطىء أمته حائضاً كفّر بثلاثة أمداد من طعام.

يقربها. قلت: فإن فعل أعليه الكفّارة؟ قال: لا أعلم فيه شيئاً، يستغفرالله»[١]. وغيرها من الأخبار[٢]. والعجب من ذهاب المرتضى وابن إدريس إلى الوجوب مع عدم عملهما بخبر الواحد الصحيح فضلاً عن الضعيف، ولكنّهما استندا إلى ما فهماه من كونه إجماعاً نظراً إلى العلم بنسب المخالف، وهو مشترك الإلزام. والأصحّ الاستحباب، للتسامح في أدلّة السنن. ومقدارها بحسب أوقات الحيض مقرّر في بابه[٣].

واحترز بقوله: «مع التعمّد والعلم» عن الجاهل والناسي، فلا شيء عليهما مطلقاً. والحكم مختصّ بالرجل، فلا كفّارة على المرأة مطلقاً.

قوله: «ولو وطىء....الخ» .

هذا متفرّع على السابق، فمن نفى الوجوب في وطء الزوجة نفاه هنا، ومن أثبته أثبته. ثم اختلفوا هنا، فالشيخ في النهاية[٤] وابن بابويه[٥] على الوجوب بما ذكره، وكذلك المرتضى[٦] مدّعياً الاجماع، والباقون على الاستحباب، وهو أقوى ، تمسّكاً بالبراءة الأصليّة، واستضعافاً لمستند الحكم، وتساهلاً بأدلّة السنن.

---

(١) التهذيب ١ : ١٦٤ ح ٤٧٢ ، الاستبصار ١ : ١٣٤ ح ٤٦٠ ، الوسائل ٢ : ٥٧٦ ب «٢٩» من أبواب الحيض ح ١ .

(٢) لاحظ الوسائل ٢ : ٥٧٦ ب «٢٩» من أبواب الحيض .

(٣) في ج ١ : ٦٤ .

(٤) النهاية : ٥٧١ ـ ٥٧٢ .

(٥) المقنع : ١٦ .

(٦) الانتصار : ١٦٥ .

الخامسة: من تزوّج امرأة في عدّتها فارق وكفّر بخمسة أصوع من دقيق . وفي وجوبها خلاف ، والاستحباب أشبه.

قوله: «من تزوّج....الخ» .

القول بوجوب هذه الكفّارة للشيخ في النهاية[١] ظاهراً ، ولابن حمزة[٢] صريحاً ، وكذلك العلّامة في القواعد[٣] والتحرير[٤] ، وولده في الشرح[٥]. والمستند رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن امرأة تزوّجها رجل فوجد لها زوجاً ، قال: عليه الحدّ وعليها الرجم ، لأنه قد تقدّم بعلم وتقدّمت هي بعلم ، وكفّارته إن لم يقدّم إلى الامام أن يتصدّق بخمسة أصوع دقيقاً»[٦]. وروى الصدوق عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة ولها زوج فقال: «إذا لم يرفع خبره إلى الامام فعليه أن يتصدّق بخمسة أصوع دقيقاً بعد أن يفارقها»[٧]. والمفهوم من «عليه» الوجوب . وحملوا المعتدّة على ذات البعل ، أما في العدّة الرجعيّة فظاهر ، وأما في البائن فلعدم فرق الأصحاب بين العدّتين ، فالفرق إحداث قول ثالث. ولا يخفى عليك ضعف هذا الاستدلال ، وعدم المانع من إحداث مثل هذا القول الثالث لمن يعتمد مثل هذه الرواية، لأن قول المعصوم ليس بمتحقّق في أحد القولين، ومن الجائز كونه قائلاً بخلاف قولهما، كما لا

---

(١) النهاية : ٥٧٢ .

(٢) الوسيلة : ٣٥٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٤.

(٤) تحرير الأحكام ٢ : ١٠٩.

(٥) إيضاح الفوائد ٤ : ٨٣.

(٦) الكافي ٧ : ١٩٣ ح ٣ وفيه : تقدّم بغير علم ، التهذيب ١٠ : ٢١ ح ٦٢ ، الاستبصار ٤ : ٢٠٩ ح ٧٨١ ، الوسائل ١٨ : ٣٩٧ ب «٢٧» من أبواب حدّ الزنا ح ٥ .

(٧) الفقيه ٣ : ٣٠١ ح ١٤٤٠.

السادسة: من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً، على رواية فيها ضعف. ولعلّ الاستحباب أشبه.

يخفى على المنصف .

ثم في الرواية ضعف باشتراك أبي بصير بين جماعة منهم الثقة والضعيف، وفي طريقها أيضاً إسماعيل بن مرار وحاله مجهول.

ثم فرض المسألة في المعتدّة دون المزوّجة مع ورود النصّ فيها ليس بجيّد، وإن تمّ الحمل لا وجه لجعل الفرع أصلاً، ومن ثمّ أنكر ابن إدريس[١] الوجوب، وكذلك المصنّف، عملاً بالأصل. وهو أقوى . نعم، لا بأس بالاستحباب لما ذكرناه، مع أن الرواية لا تدلّ على الوجوب، لعدم لفظ الأمر ومعناه.

واعلم أن الأصوع بإسكان الصاد وضمّ الواو، أو بالهمزة المضمومة مكان الواو، أما أصيع بلا واو ولا همزة فهو لحن، وما وجد في الرواية ونهاية الشيخ بغير همز ولا واو فذلك بحسب صورة الخطّ لكنّها مهموزة كما هو أحد لغاتها، والكتابة واحدة، وبواسطة ذلك اشتبه الحال على ابن إدريس[٢] فأورد على الشيخ السهو في الخطّ، وليس كذلك ، قال الشهيد:«وجدته بخطّ الشيخ بيده في النهاية كذلك، وعليه همزة إيذاناً بأنها مهموزة»[٣].

قوله: «من نام عن العشاء....الخ».

القول بوجوب ذلك للمرتضى[٤] مدّعياً الاجماع، وللشيخ[٥] في النهاية، استناداً إلى رواية عبدالله بن المغيرة عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام في رجل

(١ و ٢) السرائر ٣: ٧٧.

(٣) غاية المراد: ٢٦٣.

(٤) الانتصار: ١٦٥.

(٥) النهاية: ٥٧٢.

السابعة: من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكيناً مدّين، فإن عجز تصدّق بما استطاع، فإن عجز استغفر الله.

وربما أنكر ذلك قوم بناءً على سقوط النذر مع تحقّق العجز.

نام عن العتمة ولم يقم إلّا بعد انتصاف الليل قال: «يصلّيها ويصبح صائماً»[١].

والاجماع ممنوع، والرواية مرسلة، ومع ذلك لا تدلّ على الوجوب، إذ لا أمر، ولا يلزم من عطفه على الصلاة الواجبة وجوبه. والأصحّ الاستحباب كما اختاره المصنّف.

قوله: «من نذر صوم يوم....الخ».

هذا قول الشيخ[٢] وتبعه عليه جماعة منهم المصنّف والعلّامة[٣] في بعض كتبه. والمستند رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل عليه صياماً في نذر ولا يقوى قال: «يعطي من يصوم عنه كلّ يوم مدّين»[٤]. وفي بعض[٥] الروايات مدّ. والجميع مشترك في ضعف السند والقصور في الدلالة على المدّعى، إذ ليس فيها ما يدلّ على الأمر المفيد للوجوب، ولا على وجوب الصدقة بما استطاع على تقدير العجز عن المدّين أو المدّ، ومع ذلك يخالف الأُصول المقرّرة من أن العجز عن المنذور يوجب سقوطه بغير كفّارة. فالقول بالاستحباب أجود.

---

(١) الكافي ٣: ٢٩٥ ح ١١، التهذيب ٨: ٣٢٨ ح ١٢٠٠، الوسائل ٣: ١٥٧ ب «٢٩» من أبواب المواقيت ح ٨.

(٢) النهاية: ٥٧١.

(٣) تبصرة المتعلّمين: ١٦٠.

(٤) الكافي ٧: ٤٥٧ ح ١٥، الفقيه ٣: ٢٣٥ ح ١١١١، التهذيب ٨: ٣٠٦ ح ١١٣٨، الوسائل ١٦: ١٩٥ ب «١٢» من كتاب النذر والعهد ح ١.

(٥) الكافي ٤: ١٤٣ ح ٢، الفقيه ٢: ٩٩ ح ٤٤٢، التهذيب ٤: ٣١٣ ح ٩٤٦، الوسائل ٧: ٢٨٦ ب «١٥» من أبواب بقيّة الصوم الواجب ح ٢.

المقصد الثالث : في خصال الكفّارة .

وهي: العتق ، والإطعام، والصيام.

القول في العتق

ويتعيّن على الواجد في الكفّارات المرتّبة.

ويتحقّق الوجدان بملك الرقبة، وملك الثمن مع إمكان الابتياع.

ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف:

قوله: « في خصال الكفّارة.....الخ» .

اللام في الكفّارة إما للمعهود الذكري، وهي المذكورة[١] سابقاً الموجبة للخصال الثلاث على الترتيب ككفّارة الظهار، أو هي خاصّة بقرينة ذكر الترتيب في أوّل[٢] البحث عن كلّ خصلة، وأحكام المخيّرة وكفّارة الجمع يستفاد ممّا يذكر في المرتّبة. وأما الكسوة فإنها وإن كانت من خصال الكفّارة إلّا أنها مختصّة بكفّارة اليمين، فأدرجها في آخر[٣] بحث الإطعام. وإنما خصّ البحث بالمرتّبة لأنها المعقود لأجلها الكلام والمستطرد بسببها باقي الأقسام، وهي كفّارة الظهار، وإلّا ففي الكفّارات ما لا تجتمع فيه الخصال مطلقاً، وفيها ما لا عتق فيه كما لا يخفى.

قوله: « في العتق.....الخ » .

حكم الشارع على من وجب عليه الكفّارة بالعتق مرتّب على وجودها بالفعل أو بالقوّة، كما ينبّه عليه قوله تعالى ـ بعد قوله: ﴿فتحرير رقبة﴾ ـ: ﴿فمن لم

---

(١) في ص : ٧.

(٢) كما هنا ولاحظ ص : ٨٠ و ٩١.

(٣) في ص : ١٠٢.

الوصف الأول: الإيمان.

وهو معتبر في كفّارة القتل إجماعاً، وفي غيرها على التردّد، والأشبه اشتراطه. والمراد بالإيمان هنا الاسلام أو حكمه. ويستوي في الإجزاء الذكر والأُنثى، والصغير والكبير. والطفل في حكم المسلم. ويجزي إن كان أبواه مسلمين أو أحدهما ولو حين يولد. وفي رواية: لا يجزي في القتل خاصّة إلا البالغ الحنث. وهي حسنة.

يجد فصيام شهرين متتابعين﴾[1] والوجدان أعمّ من الملك، لأنه يشمل ـ لغة وعرفاً ـ من لا يملك الرقبة ولكنّه يقدر على شرائها بما يملكه من الثمن فاضلاً عن المستثنيات، كما يعتبر فيها مع وجودها على ملكه أن تكون فاضلة عنها. وسيأتي[2] تفصيله إن شاء الله تعالى.

قوله: «الإيمان....الخ» .

اتّفق العلماء على اشتراط الإيمان في المملوك الذي يعتق عن كفّارة القتل بقوله[3] تعالى في كفّارة قتل الخطأ: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾[4]. وحملوا الكفّارة الواجبة في قتل العمد عليه، لاتّحاد جنس السبب وهو القتل.

واختلفوا في اشتراطه في باقي الكفّارات حيث يجب فيها العتق، فالأكثر على الاشتراط، حملاً للمطلق على المقيَّد وإن اختلف السبب، على ما يقوله جمع[5] من الأُصوليّين . ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال:

---

(١) المجادلة : ٣ ـ ٤ .

(٢) في ص : ٨٠ .

(٣) في «د» والحجريّتين : لقوله .

(٤) النساء : ٩٢ .

(٥) انظر العدّة لأبي يعلى الفرّاء ٢ : ٦٣٧ ـ ٦٣٨ ، التمهيد للكلوذاني ٢ : ١٨٠ ـ ١٨١ ، الإحكام للآمدي =

. . . . . .

«سألته أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: لا»[١]. ولقوله تعالى: ﴿ولا تيمّموا الخبيث منه تنفقون﴾[٢] والكافر خبيث، والكفّارة إنفاق، والنهي يدلّ على الفساد. ولأن الذمّة مشغولة بالعتق يقيناً، وبدون المؤمن لا يخرج عن عهدة التكليف يقيناً، فلا يجزي في رفع ما وجب باليقين إلا اليقين.

وفي الكلّ نظر:

أما الأول فلأن الجمع بين المطلق والمقيَّد إنما يجب حيث يحصل التنافي بينهما، وذلك مع اتّحاد السبب لا مع اختلافه، إذ لا منافاة بين أن يقول الشارع: أعتق رقبة مؤمنة في كفّارة القتل ولا تجزي الكافرة، وبين قوله في كفّارة الظهار ونحوها: تجزي الكافرة. والقول بوجوب حمل المطلق على المقيّد مع اختلاف السبب قد تبيّن ضعفه في الأُصول. وهؤلاء المحقّقون القائلون باشتراط الإيمان مطلقا لا يقولون بذلك القول، وإنما مشوا فيه هنا مع قائله. ورواية سيف ضعيفة السند، وأخصّ من المدّعى.

وأما النهي عن إنفاق الخبيث فالظاهر منه ـ وهو الذي صرّح به المفسّرون[٣] ـ أنه الرديء من المال يعطى الفقير، وربما كانت الماليّة في الكافر أكثر منها في المسلم، والإنفاق لماليّته لا لمعتقده، مع أن مثل هذا لا يطلق عليه

= ٣: ٧.

(١) الفقيه ٣: ٨٥ ح ٣١٠، التهذيب ٨: ٢١٨ ح ٧٨٢، الاستبصار ٤: ٢ ح ١، الوسائل ١٦: ٢٠ ب «١٧» من كتاب العتق ح ٥.

(٢) البقرة: ٢٦٧.

(٣) راجع مجمع البيان ١: ٣٨١ ذيل الآية ٢٦٧ من سورة البقرة، النكت والعيون للماوردي ١: ٣٤٣، الكشّاف ١: ٣١٤.

. . . . . .

الإنفاق لغة ولا عرفاً.

وأما شغل الذمّة بالعتق فيتفرّغ منه بامتثال ما أمر به الشارع، فإذا أمر بتحرير رقبة وأطلق برئت الذمّة بامتثال الأمر كذلك، ولا يراد من الخروج عن عهدة التكليف في هذا وغيره إلا ذلك . نعم، القائلون بالقياس قاسوا على كفّارة القتل غيرها بجامع الكفّارة، واستأنسوا له باشتراط العدالة في الشاهدين من قوله: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾[١] مع إطلاق قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم ..... وأشهدوا إذا تبايعتم﴾[٢] وغير ذلك من المطلقات . ومثل هذا لا يجدي عند أصحابنا.

وذهب جماعة ـ منهم الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤] وابن الجنيد[٥] ـ إلى عدم اشتراط الإيمان في غير كفّارة القتل، للأصل، وعملاً بالإطلاق .

إذا تقرّر ذلك فالمراد بالايمان هنا الاسلام وهو الإقرار بالشهادتين، لا معناه الخاصّ وهو التصديق القلبي بهما، لأن ذلك لا يمكن الاطّلاع عليه وإنما التكليف متعلّق بإظهار الشهادتين، ولا معناه الأخصّ وهو اعتقاد الاماميّة، لأن ذلك أمر متأخّر عن الإيمان المعتبر في الكفّارة واصطلاح خاصّ، والأصل عدم اشتراطه بعد انصرافه إلى غيره. وربما قيل باشتراط الايمان الخاصّ، لشبهة أن الاسلام لا يتحقّق بدونه، أو بدلالة النهي عن إنفاق الخبيث

---

(١) الطلاق : ٢.

(٢) البقرة : ٢٨٢.

(٣) المبسوط ٦ : ٢١٢.

(٤) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٦٥ مسألة (٢٧).

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٦٧.

. . . . . .

عليه . وضعفهما واضح . ولا فرق بين الصغير والكبير في ذلك، ولا بين الذكر والأُنثى، عملاً بالعموم[١]. ويتحقّق الاسلام في الصغير بالتبعيّة لأبويه أو أحدهما، ومن ثمّ يقتل به المسلم. ولا فرق في تبعيّته لهما بين كونهما مسلمين حين يولد وبعده، ولا بين موته قبل أن يبلغ ويعزب[٢] عن الاسلام وبعده عندنا . وللعامّة[٣] في هذا اختلاف.

والرواية التي أشار إليها بعدم إجزاء الصغير في كفّارة القتل رواها معمر بن يحيى في الحسن عن الصادق عليه السلام قال:« سألته عن الرجل يظاهر من امرأته يجوز عتق المولود في الكفّارة ؟ فقال: كلّ العتق يجوز فيه المولود إلّا في كفّارة القتل، فإن الله تعالى يقول: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ يعني بذلك: مقرّة قد بلغت الحنث»[٤]. ومثله روى الحسين بن سعيد[٥] عن رجاله عن الصادق عليه السلام.

وبمضمونها عمل ابن الجنيد[٦]. وهو قول موجّه، إلا أن المختار الأول، للحوق أحكام الايمان به والارتداد بعد بلوغه ولو لم يسبق تلفّظه[٧] بالشهادة بعد

---

(١) النساء : ٩٢.

(٢) في «ق» والحجريّتين : ويعرب .

(٣) راجع روضة الطالبين ٤ : ٤٩٦ و ٦ : ٢٥٥ ـ ٢٥٦.

(٤) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى : ٦٧ ح ١٣٩ ، تفسير العيّاشي ١ : ٢٦٣ ح ٢١٩ ، الكافي ٧ : ٤٦٢ ح ١٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٦ ب (٧) من أبواب الكفّارات ، ذيل ح ٦ ، والآية في سورة النساء : ٩٢.

(٥) التهذيب ٨ : ٣٢٠ ح ١١٨٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٦ ب (٧) من أبواب الكفّارات ح ٦.

(٦) راجع المختلف : ٦٦٧ ، إيضاح الفوائد ٤ : ٨٦.

(٧) في «ط ، و» : بلفظه ، وفي الحجريّتين : بتلفّظه .

ولا يجزي الحمل ولو كان أبواه مسلمين، وإن كان بحكم المسلم.

وإذا بلغ المملوك أخرس وأبواه كافران، فأسلم بالإشارة ، حكم بإسلامه وأجزأ.

ولا يفتقر مع وصف الاسلام في الإجزاء إلى الصلاة. ويكفي في الإسلام الإقرار بالشهادتين. ولا يشترط التبرّي ممّا عدا الاسلام.

البلوغ فيكون حقيقة، ولقوله تعالى: ﴿**والذين آمنوا واتّبعتهم ذرّيّتهم بإيمان ألحقنا بهم ذرّيّتهم وما ألتناهم من عملهم من شيء**﴾[1] أي: ألحقنا بهم ذرّيّاتهم في الإيمان، فدلّ على أنهم مؤمنون، ولدخوله في الوصيّة للمؤمنين ولو لا الحقيقة لما دخل. وهذه الأدلّة لا تخلو من شيء.

قوله: «ولا يجزي الحمل.....الخ».

هنا مسائل:

ألف: يعتبر في إجزاء الصغير انفصاله حيّاً قبل الإعتاق، فلا يجزي الحمل وإن انفصل بعد ذلك حيّاً، ولا يكون ذلك كاشفاً عن صحّة العتق ولا تمام السبب، وسواء انفصل لما دون ستّة أشهر من حين العتق أم لأكثر، لأن الحمل لا يلحقه حكم الأحياء شرعاً، ومن ثم لا تجب فطرته وإن كان أبواه مسلمين وكان بحكم المسلم، حتى إن الجاني عليه يضمنه كالمسلم على تقدير موته بعد انفصاله حيّاً.

ب: يصحّ إسلام الأخرس بالإشارة المفهمة كما تصحّ عقوده بالإشارة. فإذا كان أبواه كافرين فأسلم بالإشارة المفهمة حكم بإسلامه وأجزأ عتقه. وفي حكمه الأعجمي الذي لا يفهم لغته. وروي[2] أن رجلاً جاء إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلم ومعه جارية أعجميّة أو خرساء فقال: يا رسول الله عليَّ عتق

---

(١) الطور : ٢١.

(٢) راجع تلخيص الحبير ٣: ٢٢٢ ح ١٦١٦.

. . . . . .

رقبة فهل تجزي عنّي هذه؟ فقال لها النبي صلّى الله عليه وآله وسلم : أين الله ؟ فأشارت إلى السماء، ثم قال لها: من أنا؟ فأشارت إلى أنه رسول الله، فقال له: أعتقها فإنّها مؤمنة. قيل: وإنما جعلت الإشارة إلى السماء دليلاً على إيمانها لأنهم كانوا عبدة الأصنام ، فأفهمت بالإشارة البراءة منها، لأن الاله الذي في السماء ليس هو الأصنام، ولا يراد بكونه فيها التحيّز بل على حدّ قوله : ﴿وهو الذي في السماء إله﴾[1].

ولا يفتقر الأخرس مع إسلامه بالإشارة المفهمة إلى الصلاة، لأنها فرع الاسلام والمعتبر ثبوت أصله، ولما ذكرناه من الأدلّة. وقال بعض العامّة[2]: لا يحكم بإسلامه إلّا إذا صلّى بعد الإشارة، لأن الإشارة غير صريحة في الغرض فتؤكّد بالصلاة. وحمله بعضهم[3] على ما إذا لم تكن الإشارة مفهمة .

ج: المعتبر في اتّصافه بالاسلام أن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، لأن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم كان يكتفي بذلك من الأعراب ومن يظهر الاسلام. ولا يشترط التبرّي ممّا عدا الاسلام من الملل الباطلة، للأصل، وعدم نقله عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم حيث كان يقبل من الكافر الاسلام. واعتبر بعض العامّة[4] ذلك. وفصّل آخرون[5] فقالوا: إن كان الكافر ممّن يعترف بأصل رسالة النبي صلّى الله عليه وآله وسلم، كقوم من اليهود يقولون إنه رسول مبعوث إلى العرب خاصّة، فلا بدّ من هذه الزيادة في حقّه، وإن كان ممّن ينكر أصل الرسالة كالوثني فيكفي لإسلامه الكلمتان. وإنما يعتبر الإقرار بالشهادتين

---

(١) الزخرف : ٨٤.

(٢ و ٣) حلية العلماء ٧: ١٨٤، روضة الطالبين ٦: ٢٥٧.

(٤ و ٥) انظر روضة الطالبين ٦: ٢٥٧.

ولا يحكم بإسلام المسبيّ من أطفال الكفّار، سواء كان معه أبواه الكافران أو انفرد به السابي المسلم.

معاً في حقّ من ينكرهما كالمعطّل والوثني، فلو كان موحّداً لله تعالى وهو منكر للرسالة كفى إقراره بها. وفي الاكتفاء بها من اليهودي والنصراني وجهان أصحّهما العدم، لأنهما مشركان في التوحيد كما نبّه عليه تعالى بقوله ـ بعد حكايته عن مقالتهم ـ: ﴿تعالى عمّا يشركون﴾[1] وإشراكهم باعتقاد إلهيّة عيسى والعزير. وعلى تقدير اختصاص هذا الاعتقاد ببعض فرقهم لا وثوق[2] منهم بخلافه، فلا يكتفى منهم بدون الشهادتين.

قوله: «ولا يحكم بإسلام.....الخ».

ما ذكره المصنّف من عدم الحكم بإسلام الطفل المسبي المنفرد عن أبويه الكافرين هو المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخّرين، لعدم دليل صالح للحكم بالاسلام، وثبوت كفره قبل الانفراد عنهما فيستصحب. وقول النبي صلّى الله عليه وآله وسلم: «كلّ مولود يولد على الفطرة، وإنما أبواه يهوّدانه»[3] الحديث لا يدلّ على الحكم بإسلامه على تقدير انفراده، لأنه قد حكم عليه بالكفر قبل الانفراد، ولا دليل على زوال ذلك. ومجرّد ولادته على الفطرة ـ لو سلّم كون المراد بها الاسلام المحض ـ فقد زال ذلك بتبعيّة الأبوين، وليست التبعيّة علّة في حال

---

(١) ولكن وصفهم بالإشراك بعد حكاية مقالتهم إنما ورد في الآية ٣٠ ـ ٣١ من سورة التوبة بقوله تعالى: «سبحانه عمّا يشركون».

(٢) في «د» والحجريّتين: يوثق.

(٣) الفقيه ٢: ٢٦ ح ٩٦، علل الشرائع: ٣٧٦ ب «١٠٤» ح ٢، الوسائل ١١: ٩٦ ب «٤٨» من أبواب جهاد العدوّ ح ٣، وانظر مسند الطيالسي: ٣١٩ ح ٢٤٣٣، مسند الحميدي ٢: ٤٧٣ ح ١١١٣، مسند أحمد ٢: ٢٣٣، صحيح البخاري ٢: ١٢٥، سنن الترمذي ٤: ٤٤٧ ح ٢١٣٨.

ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردّد . وهل يفرّق بينه وبين أبويه؟ قيل: نعم ، صوناً له أن يستزلّاه عن عزمه وإن كان بحكم الكافر.

وجودهما خاصّة، بدليل أنهما لو ماتا عنه لم يحكم بإسلامه إجماعاً وإن كان في دار الاسلام. وكذا لو آجراه لمسلم مدّة تتّصل بالبلوغ ونحو ذلك.

وقال الشيخ في المبسوط[١] إنه يتبع السابي، محتجّاً بأن هذا الطفل لا حكم له بنفسه، وليس ها هنا غير السابي فيحكم بإسلامه ، كما حكم بانتقاله بذلك من الحرّية إلى الرقّية . واختاره الشهيد في الدروس[٢].

وللأصحاب[٣] قول آخر أنه يتبعه في الطهارة لا غير، لمكان الحرج.

وتظهر فائدة الخلاف في جواز عتقه عن الكفّارة إن اعتبرنا الاسلام، وفي لحوق أحكام المسلمين به من الصلاة عليه ودفنه على تقدير موته قبل البلوغ، وفي اشتراط إعرابه[٤] بالاسلام بعد البلوغ بغير فصل إن لم نحكم بإسلامه بالتبعيّة.

والأقوى الحكم بطهارته، وبقاء الشكّ في غيرها من أحكام الاسلام. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة مستوفىً في كتاب[٥] الجهاد .

قوله: «ولو أسلم المراهق....الخ».

وجه التردّد من ارتفاع القلم عنه الموجب لسلب عبارته وتصرّفاته التي

---

(١) المبسوط ٢ : ٢٣ .

(٢) الدروس الشرعيّة ٢ : ٣٩ .

(٣) قواعد الأحكام ١ : ١٠٥ ، إيضاح الفوائد ١ : ٣٦٣ ـ ٣٦٤ ، حاشية المحقّق الكركي على الشرائع : ٢٩٨ «مخطوط» .

(٤) في «ق ، م» : اعترافه .

(٥) في ج ٣ : ٤٣ .

الوصف الثاني: السلامة من العيوب.

فلا يجزي الأعمى، ولا الأجذم، ولا المقعد، ولا المنكَّل به، لتحقّق العتق بحصول هذه الأسباب.

ويجزي مع غير ذلك من العيوب، كالأصمّ، والأخرس، ومن قطعت إحدى يديه، أو إحدى رجليه. ولو قطعت رجلاه لم يجز، لتحقّق الإقعاد.

من جملتها الاسلام، ومن تمام[1] عقل المميّز، واعتبار الشارع له في مثل الوصيّة والصدقة ففي الاسلام أولى، ولأن الاسلام يتعدّى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمناً فمباشرته للايمان مع عدم إيمان أبويه أقوى. والوجه عدم الحكم بإسلامه بذلك[2].

والقول بالتفرقة بينه وبين أبويه حذراً من أن يستزلّاه عمّا عزم عليه من الاسلام حسن. وينبغي القول بتبعيّته حينئذٍ للمسلم في الطهارة إن لم نقل بقبول إسلامه، حذراً من الحرج والضرر اللاحقين بمن يحفظه من المسلمين إلى أن يبلغ، إذ لو بقي محكوماً بنجاسته لم يُرغب في أخذه، لاقتضائه المباشرة غالباً، وليس للقائلين بطهارة المسبي دليل أوجبها بخصوصها دون باقي أحكام الاسلام سوى ما ذكرناه ونحوه.

قوله: «السلامة من العيوب.....الخ».

العيوب الكائنة بالمملوك إن كانت موجبة لعتقه، كالعمى والجذام والإقعاد والتنكيل من مولاه، فلا اشتباه في عدم إجزائه في الكفّارة، لسبق الحكم بعتقه

---

(١) في الحجريّتين: تماميّة.

(٢) في «ق، ط»: لذلك.

ويجزي ولد الزنا. ومنعه قوم، استسلافاً لوصفه بالكفر، أو لقصوره عن صفة الإيمان . وهو ضعيف.

على إعتاقه لها، وإلا فإن لم تنقص ماليّته ولا تخلّ باكتسابه، كقطع بعض أنامله ونقصان إصبع من أصابعه ونحو ذلك، فلا خلاف في كونه مجزياً. وإن أوجبت نقص الماليّة وأخلّت بالاكتساب وأضرّت به ضرراً بيّناً، كقطع اليدين أو إحداهما، فالأظهر عندنا أنه لا يمنع، لعموم قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾[1] الشامل للناقصة والتامّة.

وقال ابن الجنيد[2]: لا يجزي الناقص في خلقه ببطلان الجارحة إذا لم يكن في البدن سواها، كالخصيّ والأصمّ والأخرس . وإن كان أشلّ من يد واحدة أو أقطع منها جاز.

وقال الشيخ في المبسوط: «فأما مقطوع اليدين والرجلين، أو اليد والرجل من جانب واحد، فإنه لا يجزي بلا خلاف» وقال بعد ذلك ـ وبعد تفصيل مذاهب الناس في ذلك ـ:«والذي نقوله في هذا الباب إن الآفات التي ينعتق بها لا يجزي معها، فأما من عدا هؤلاء فالظاهر أنه يجزيه»[3] . وهذا موافق لما ذكرناه لكنّه يخالف ما ذكره سابقاً.

قوله: «ويجزي ولد الزنا....الخ».

الأصحّ أن ولد الزنا كغيره من المكلّفين بالنسبة إلى الاسلام والايمان، فإذا بلغ وأعرب عن نفسه بالشهادتين فهو مسلم، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، فيجزي عتقه عن الكفّارة.

---

(١) النساء: ٩٢.

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٦٧٠.

(٣) المبسوط ٥: ١٦٩، ١٧٠.

. . . . . .

وقال السيّد المرتضى[١]: لا يجزي، واستدلّ عليه بإجماع الفرقة، وبقوله تعالى: ﴿ولا تيمّموا الخبيث منه تنفقون﴾[٢] وهو يتناول ولد الزنا. وكذا منع منه ابن الجنيد[٣]، محتجّاً بالآية.

وجوابه: منع الاجماع ودلالة الآية، فإنه مع إظهار الاسلام لا يعدّ خبيثاً، ولو سلّم فعتقه لا يعدّ نفقة كما أسلفناه[٤]. وروى سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنا»[٥] وهو شامل للكفّارة وغيرها.

هذا مع بلوغه وإظهاره الاسلام. أما قبل بلوغه ففي إجزائه نظر، إذ ليس مسلماً بنفسه،ولا تابعاً فيه لغيره، لانتفائه عن الأبوين شرعاً وإن كان ولداً لهما لغة. والظاهر عدم إجزائه حينئذٍ. نعم، هو طاهر إذا كان متولّداً من مسلمين وإن انتفى عنهما، لأصالة الطهارة، وكون النجاسة متوقّفة على الحكم بكفره ولو تبعاً وهو منفيّ على الأصحّ. ولو كان متولّداً من كافرين ففي الحكم بنجاسته نظر، من عدم إلحاقه بهما حتى يتبعهما في النجاسة، ومن أنه من أجزائهما لغة وإن انتفى شرعاً. ويقوى الاشكال لو تولّد من مسلم وكافر.

---

(١) الانتصار: ١٦٦.

(٢) البقرة: ٢٦٧.

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٦٦٩.

(٤) في ص: ٣٧ ـ ٣٨.

(٥) الكافي ٦: ١٨٢ ح ٢، الفقيه ٣: ٨٦ ح ٣١٥، التهذيب ٨: ٢٢٧ ح ٨١٦، الوسائل ١٦: ١٩ ب (١٦) من أبواب جواز عتق المستضعف ح ١.

الوصف الثالث: أن يكون تامّ الملك.

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

قوله: «أن يكون تامّ الملك.....الخ».

القول بعدم إجزاء عتق المدبّر ما لم ينقض تدبيره قبل العتق للشيخ في النهاية[١] وتلميذه القاضي[٢] وابن الجنيد[٣]، لحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل يجعل لعبده العتق إن حدث به حدث، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفّارة يمين أو ظهار، أيجزي عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبة الواجبة؟ قال: لا»[٤]. ومثله موثّقة عبدالرحمن[٥].

وقال الشيخ في كتابي[٦] الفروع وابن إدريس[٧] والمتأخّرون[٨]: يجزي، ويكون عتقه فسخاً للتدبير، لأنه بمنزلة الوصيّة يبطلها التصرّف الناقل عن الملك ويقع صحيحاً كما مرّ في بابه[٩]. وهذا هو الأشهر. ويمكن حمل الرواية على من جعل ذلك بوجه لازم ، أو تحمل على الكراهة.

---

(١) النهاية : ٥٦٩.

(٢) المهذّب ٢ : ٤١٤.

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٣.

(٤) التهذيب ٨ : ٢٤٨ ح ٩٠٠، الوسائل ١٥ : ٥٥٨ ب (٩) من أبواب الكفّارات ح ٢.

(٥) الفقيه ٣ : ٧٢ ح ٢٥٢، التهذيب ٨ : ٢٦٥ ح ٩٦٧، الوسائل ١٦ : ٨٢ ب (١٢) من كتاب التدبير.

(٦) المبسوط ٥ : ١٦٠، الخلاف ٤ : ٥٤٥ مسألة (٣١).

(٧) السرائر ٣ : ٧٣.

(٨) راجع كشف الرموز ٢ : ٢٦٤، تحرير الأحكام ٢ : ١١١، إيضاح الفوائد ٤ : ٨٨، التنقيح الرائع ٣ : ٤٠٣.

(٩) في ج ٦ : ١٣٥.

ولا المكاتب المطلق إذا أدّى من مكاتبته شيئاً . ولو لم يؤدّ، أو كان مشروطاً، قال في الخلاف: لا يجزي . ولعلّه نظر إلى نقصان الرقّ، لتحقّق الكتابة. وظاهر كلامه في النهاية أنه يجزي. ولعلّه أشبه، من حيث تحقّق الرقّ.

قوله: «ولا المكاتب .....الخ».

يمكن توجيه عدم إجزاء عتقه أيضاً بأن الكتابة معاملة بين السيّد والمملوك، وهي لازمة من قبل السيّد على ما يأتي[١] مطلقا، وقد خرج بها عن الملك خروجاً متزلزلاً، حتى قيل إنها بيع للعبد من نفسه، والأصل لزوم العقود، والآية[٢] تتضمّن الأمر بالوفاء بها. والعتق يستلزم الملك، وبقاؤه في المكاتب غير معلوم، ومن ثمّ لم تجب فطرته ولا نفقته، وانتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرّف وغيره وإن نهاه السيّد. والحجر عليه في بعض التصرّفات مراعاةً لوفاء الدَّين لا يقتضي كونه باقياً في الرقّ . وعوده إليه على تقدير العجز أمر متجدّد، وقد بيّنّا أن خروجه غير مستقرّ. فالقول بعدم الجواز متوجّه لذلك.

نعم ، يمكن توجيه الجواز من حيث إن تعجيل عتقه محض الإحسان إليه، وتحريره المحض متوقّف على أداء المال، فهو متردّد بين الأمرين. ولا يرد أن الأمر منحصر في الرقّية أو الحرّية. لأن المدّعى وجود الحرّية المتزلزلة فيه، وفيها معنى الحرّية من وجه والرقّية من آخر، وهي إلى الأول أقرب. وبالجملة، فالحكم موضع التردّد إن لم نرجّح[٣] جانب المنع، وقد مال إليه في المختلف[٤].

---

(١) في مبحث أركان الكتابة من كتاب المكاتبة .

(٢) المائدة : ١ .

(٣) في «ط ، م» : يترجّح .

(٤) المختلف : ٦٠٣ و ٦٤٤ ـ ٦٤٥ .

ويجزي الآبق إذا لم يعلم موته.
وكذلك تجزي المستولدة، لتحقّق رقّيّتها.

والأقوى صحّة عتقه ما لم يتحرّر منه شيء، استصحاباً لحكم الرقّية إلى أن يثبت المزيل، ولا ثبوت قبل أداء المطلق شيئاً من مال الكتابة أو كونه مشروطاً، فحكم الرقّ مستصحب. ولجواز التبرّع بعتقه اتّفاقاً، وذلك دليل بقاء الرقّية. وثبوت المعاملة ووجوب الوفاء بها مسلّم لكن لا يقتضي خروجه عن الرقّية. وكونها بيعاً للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا، كما سيأتي[١].

قوله: «ويجزي الآبق....الخ».

لأصالة بقائه حيّاً، ومن ثمّ وجبت فطرته، ويستمرّ حكم الرقّ إلى أن ينقطع خبره ويمضي عليه مدّة لا يعيش إليها عادة. ويؤيّده رواية أبي هاشم الجعفري في الحسن قال:«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قد أبق منه مملوكه يجوز أن يعتقه في كفّارة الظهار؟ قال: لا بأس به ما لم يعرف منه موتاً»[٢].

واستوجه في المختلف[٣] الرجوع فيه إلى الظنّ، فيصحّ عتقه مع ظنّ حياته، ويبطل مع ظنّ وفاته أو اشتباه الحال. ومختار المصنّف أصحّ.

وقال بعض الشافعيّة[٤]: لا يصحّ عتقه عن الكفّارة مطلقاً، لنقصان الملك. وهو ممنوع. والمغصوب كالآبق.

قوله: «وكذلك تجزي.....الخ».

المشهور بين الأصحاب جواز عتق أُمّ الولد في الكفّارة كما يجوز عتقها

---

(١) في مبحث أركان الكتابة من كتاب المكاتبة.

(٢) الكافي ٦: ١٩٩ ح ٣، الفقيه ٣: ٨٦ ح ٣١٤، التهذيب ٨: ٢٤٧ ح ٨٩٠، الوسائل ١٦: ٥٣ ب (٤٨) من كتاب العتق.

(٣) المختلف: ٦٠٤.

(٤) انظر الحاوي الكبير للماوردي ١٠: ٤٧٤، الوجيز للغزالي ٢: ٨٢.

ولو أعتق نصفين من عبدين مشتركين لم يجز، إذ لا يسمّى ذلك نسمة.

تبرّعاً، لبقاء الملك وإن امتنع بيعها على بعض الوجوه، فإن عدم جوازالبيع لا يقتضي زوال الملك، ولجواز بيعها على بعض الوجوه. وفي بعض الأخبار عن زين العابدين عليه السلام : «أُم الولد تجزي في الظهار»[١]. وهو شاهد .

ومنع منه بعض الأصحاب[٢]، وهو مذهب بعض العامّة[٣]، لنقصان الرقّ باستحقاقها العتق لجهة الاستيلاد. وهو ممنوع، فإنها إنما تستحقّ العتق بعد الموت لا مطلقاً، وإنما الثابت في حياة المولى المنع من التصرّف بما يوجب نقل الملك، وتنجيز العتق إحسان محض وتعجيل لما تشبّثت به وأهّلها الشارع له.

هذا إذا أعتقها المولى عن كفّارته. أما عتقها عن كفّارة غيره، إما بأن يبيعها لتعتق[٤] عن الكفّارة، أو بمجرّد أمر من عليه الكفّارة للمالك بالعتق، ففي الصحّة إشكال آخر من حيث نقلها عن ملك المولى قبل العتق حقيقة أو ضمناً، وهو ممتنع. وفيه وجه بالجواز من حيث استلزامه تعجيل العتق. وقد تقدّم الكلام فيه، وسيأتي[٥] أيضاً.

قوله: «ولو أعتق.....الخ».

المأمور به في الكفّارة تحرير رقبة، وهي حقيقة في الواحدة الكاملة، فلو

---

(١) الفقيه ٣: ٣٤٦ ح ١٦٦٢، التهذيب ٨: ٣١٩ ح ١١٨٥، الوسائل ١٥: ٥٧٧ ب (٢٦) من أبواب الكفّارات ح ١. وفي المصادر: عن عليّ عليه السلام.

(٢) راجع المهذّب ٢: ٤١٥، وحكاه المقداد عن ابن الجنيد في التنقيح الرائع ٣: ٤٠٤.

(٣) الاشراف على مذاهب العلماء ٤: ٢٤٦، الحاوي الكبير ١٠: ٤٧٢، الوجيز ٢: ٨٢، روضة الطالبين ٦: ٢٦١.

(٤) في «م»: ليعتقها.

(٥) في ص: ٥٧.

ولو أعتق شقصاً من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه. فإن نوى الكفّارة وهو موسر أجزأ إن قلنا: إنه ينعتق بنفس إعتاق الشقص. وإن قلنا: لا ينعتق إلّا بأداء قيمة حصّة الشريك،فهل يجزي عند أدائها ؟ قيل: نعم، لتحقّق عتق الرقبة. وفيه تردّد، منشؤه تحقّق عتق الشقص أخيراً بسبب بذل العوض لا بالإعتاق.

ولو كان معسراً صحّ العتق في نصيبه. ولا يجزي عن الكفّارة ولو أيسر بعد ذلك، لاستقرار الرقّ في نصيب الشريك. ولو ملك النصيب، فنوى إعتاقه عن الكفّارة، صحّ وإن تفرّق العتق، لتحقّق عتق الرقبة .

أعتق نصفي مملوكين لم يجز، لعدم صدق اسم الرقبة . وقال بعض العامّة[1] يجزي، تنزيلاً للأشقاص منزلة الأشخاص ، ولذلك تجب الزكاة على من ملك نصف ثمانين شاة. ولهم قول[2] آخر أن باقي العبدين إن كان حرّاً أجزأ وإلا فلا. والفرق أنه إذا كان الباقي حرّاً أفاد الإعتاق الاستقلال والتخلّص من الرقّ، وهو مقصود من الإعتاق . وكذا القول فيما لو أعتق ثلثاً من واحد وثلثين من آخر.

قوله: «ولو أعتق شقصاً....الخ» .

إذا أعتق الموسر نصيبه من العبد المشترك سرى إلى نصيب صاحبه. وهل تحصل السراية بنفس اللفظ، أو بأداء القيمة، أو يتوقّف فإذا أدّى القيمة تبيّن حصول العتق من وقت اللفظ ؟ أوجه تأتي إن شاء الله تعالى . وعلى الأوجه يتفرّع إعتاق العبد المذكور عن الكفّارة، فالمشهور بين الأصحاب صحّته إذا نوى عتقه عن الكفّارة، أما في نصيبه فظاهر، وأما في الباقي فلأن سبب استحقاق عتقه

(١ و ٢) انظر الحاوي الكبير ١٠: ٤٨٤ ـ ٤٨٥، الوجيز ٢: ٨٢، المغني لابن قدامة ٨: ٦٢٧، روضة الطالبين ٦: ٢٦٣.

. . . . . .

إعتاق نصيبه ، وقد اقترنت به نيّة[١] الكفّارة ، والعتق في الباقي يتبع العتق فينصيبه، فكما يتبعه في أصل العتق جاز أن يتبعه في الوقوع عن الكفّارة . ولا فرق في الإجزاء على هذا بين أن يوجّه العتق على جميع العبد ، وبين أن يوجّهه على نصيبه، لحصول العتق بالسراية في الحالتين . ويحتمل قويّاً اشتراط نيّة العتق لجميعه ، لأنه مأمور بإعتاق رقبة بالنيّة، فلا يكفي نيّة نصيبه وإن تبعه الباقي بحكم الشرع، فإن ذلك غير كافٍ في صرفه إلى الكفّارة .

هذا إذا قلنا بالسراية عند اللفظ أو بالوقف وأدّى القيمة . وإن قلنا إن العتق إنما يحصل بأداء القيمة ، ففي الإجزاء وجهان تردّد فيهما المصنّف ، من تحقّق عتق الرقبة الذي هو مقصود الشارع، ومن منع كون المقصود عتقها مطلقاً بل عن الكفّارة ، وعتق الباقي إنما حصل بسبب بذل العوض لا بسبب الكفّارة .

وعلى تقدير الإجزاء فهل تكفي النيّة الأُولى لنصيب الشريك ، أم يحتاج إلى تجديد النيّة عند الأداء ؟ وجهان :

أحدهما ـ واختاره في المبسوط[٢] ـ : أنه تكفي نيّته عند اللفظ[٣]، لأن النيّة اقترنت بالعتق إلّا أن العتق حصل على ترتّب وتدرّج .

والثاني : أنه لا بدّ من التجديد لتقترن النيّة بعتق نصيب الشريك كما اقترنت بعتق نصيبه . ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفّارة ، ونوى عند أداء القيمة صرف العتق في نصيب الشريك إليها أجزأ أيضاً ، لاقتران النيّة بحالة حصول العتق .

---

(١) كذا في «و» وفي «ق ، ط ، د» والحجريّتين : فيه .

(٢) المبسوط ٥ : ١٦٢ .

(٣) في «د» والحجريّتين : التلفّظ .

. . . . . .

هذا إذا كان موسراً . فأما المعسر ، فإن عتقه يوجد في نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه ، فإن ملك بعد ذلك مالاً وأيسر لم ينفذ العتق فيه ، لأن الرقّ قد استقرّ فيه للشريك فلا يجوز إزالته بعد استقراره ، لكن إن ملكه وأعتقه ابتداءً أجزأ ، لأن عتق الرقبة قد حصل وإن كان متفرّقاً .

ومنع ابن الجنيد[1] من إجزاء هذا العتق عن الكفّارة ، لأن عتق السراية حصل بغير قصده بل بالسنّة عليه ، ويصدق أن يقال : ما أعتق جميع العبد وإنما أعتق نصيبه وعتق عليه الباقي بحكم الشرع . وهذا قول موجّه إلّا أن الأشهر الإجزاء .

واعلم أنه يفرّق بين هذه المسألة وبين السابقة ـ على القول بإجزاء العتق بالسراية عن الكفّارة ، مع أن إعتاقه لنصفي العبدين أبلغ من عتق النصف الواحد وقد حكم بإجزائه ـ : أن من شرط الإجزاء أن ينوي عتق الجميع عن الكفّارة كما بيّنّاه ، أو ينوي عتق نصيبه ويطلق ليسري العتق على الباقي ويتبع ما نواه على الوجه الآخر ، والأمران منفيّان في السابقة ، فإنه بنيّة عتق النصفين من الاثنين عن كفّارة واحدة قد صرّح بعدم إرادة عتق الباقي من العبد الواحد عن الكفّارة على تقدير السراية، ونيّة العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفّارة فلم يقع مجزياً عنها لذلك ، ولو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفّارتين جاءت المسألة الثانية بأسرها، وصحّ عتقهما عن الكفّارة وسرى إليهما على ما فصّل .

وفي معنى عتق ما يملكه من العبد عن الكفّارة مع يساره لو أعتق بعض عبد يملكه بأسره عن الكفّارة ، فإنه يسري إلى الجميع ، ويجزيه إذا نوى ذلك أو

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٧٠ ـ ٦٧١ .

ولو أعتق المرهون لم يصحّ ما لم يجز المرتهن . وقال الشيخ : يصحّ مطلقاً ، إذا كان موسراً ، ويكلّف أداء المال إن كان حالّاً ، أو رهناً بدله إن كان مؤجّلاً . وهو بعيد .

ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفّارة فللشيخ قولان ، والأشبه المنع . وإن قتل خطأً قال في المبسوط : لم يجز عتقه ، لتعلّق حقّ المجنيّ عليه برقبته . وفي النهاية : يصحّ ، ويضمن السيّد دية المقتول . وهو حسن .

لم ينو ما ينافي الكفّارة .

قوله : «ولو أعتق المرهون ....الخ ».

وجه البعد : أن الراهن ممنوع من التصرّف في المرهون بالإجماع فإخراج هذا الفرد من التصرّف تحكّم ، وعموم قوله عليه السلام : «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف»[1] يشمله . نعم ، لو أجازه المرتهن نفذ ، لأن المنع كان لحقّه فإذا أجاز زال المانع وصادف وقوع العتق من أهله .

واستند الشيخ[2] في صحّة العتق إلى عموم قوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة﴾[3] وأن الراهن مالك لها، وهو مع يساره واجد فيتناوله العموم . وهو ممنوع .

قوله : «ولو قتل عمداً...الخ» .

قد اختلف كلام الشيخ في هذه المسألة اختلافاً فاحشاً ، لأنه في الخلاف[4] منع من صحّة عتق الجاني عمداً ، وجوّز عتقه إذا كانت الجناية خطأً ،

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣ : ٤٢٦ ب «١٧» من أبواب الرهن ح ٦ .

(٢) المبسوط ٥ : ١٦٠ ، الخلاف ٤ : ٥٤٥ مسألة (٣٢) .

(٣) المجادلة : ٣ .

(٤) الخلاف ٤ : ٥٤٦ مسألة (٣٣) .

ولو أعتق عنه معتق بمسألته صحّ، ولم يكن له عوض . فإن شرط عوضاً، كأن يقول له : [أعتق] وعليّ عشرة ، صحّ ولزمه العوض .

ولو تبرّع بالعتق عنه قال الشيخ : نفذ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه ، سواء كان المعتق عنه حيّاً أو ميّتاً .

ولو أعتق الوارث عن الميّت من ماله لا من مال الميّت ، قال الشيخ: يصحّ . والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز .

واستدلّ على ذلك بإجماع الفرقة . وعكس في المبسوط وقال : «الذي يقتضيه مذهبنا أنه إن كان عامداً نفذ العتق ، لأن القود لا يبطل بكونه حرّاً ، وإن كان خطأً لا ينفذ ، لأنه يتعلّق برقبته ، والسيّد بالخيار بين أن يفديه أو يسلّمه»[1].

والمصنّف اختار مذهبه في الخلاف ، وهو صحّة العتق مع كون الجناية خطأً ، وبطلانه مع العمد، لأنه مع العمد يكون التخيير إلى أولياء المقتول إن شاؤا قتلوه وإن شاؤا استرقّوه ، وصحّة عتقه تستلزم إبطال ذلك ، أما الخطأ فالخيار إلى المولى إن شاء افتكّه بالأرش أو القيمة على الخلاف ، وإن شاء دفعه إلى أولياء المقتول ، فإذا أعتقه يكون قد اختار الافتكاك . لكن هذا يتمّ مع يساره ، فلو كان معسراً لم ينفذ عتقه ، لتضرّر أولياء المقتول به وإسقاط حقّهم منه .

والأقوى صحّته مع الخطأ والعمد ، مراعىً بفكّه له في الخطأ ، واختيار أولياء المقتول الفداء في العمد ، وبذله له أو عفوهم عن الجناية .

قوله: «ولو أعتق عنه معتق .....الخ».

إذا وجب على شخص كفّارة تتأدّى بالعتق فأعتق عنه غيره بنيّة الكفّارة ،

---

(١) المبسوط ٥ : ١٦١.

فإن كان ذلك بمسألة من عليه الكفّارة صحّ، سواء شرط له عوضاً كقوله : أعتق عبدك عن كفّارتي ولك عليّ عشرة دنانير ، أم لم يشترط بأن قال له : أعتق عبدك عن كفّارتي ، ففعل . ووجه الصحّة في الموضعين : أن المعتق كالنائب عن الآمر على التقديرين ، وكالوكيل عنه في الإعتاق ، فيكون الآمر كأنّه أعتق الرقبة عن الكفّارة، فيدخل في عموم : ﴿فتحرير رقبة﴾[١] ولا مانع من ذلك إلّا عدم كونه مالكاً لها، ولكن سيأتي[٢] أن الملك ينتقل إليه على وجه ليصحّ العتق .

وإن تبرّع المعتق[٣] عنه من غير سؤاله ، قال الشيخ في المبسوط[٤] صحّ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه ، سواء كان المعتق عنه حيّاً أو ميّتاً إن لم يكن المعتق وارثاً ، فإن كان وارثاً صحّ عتقه عن الميّت وإن لم يكن من مال الميّت ، وفرّق بين الوارث والأجنبي بأن الوارث مخاطب بأداء الحقوق الواجبة على المورّث ، وله التخيير في جهات القضاء ، وقائم مقامه في قبول قوله فيما كان يقبل قوله فيه، وفي تعيين الوصيّة المبهمة والمطلقة على وجه ، مع تكليفه بما عليه من الصلاة والصوم ، بخلاف الأجنبي .

ولا يخفى عليك أن هذه الفروق خارجة عن موضع الفرض ، ولا يقتضي عموم الولاية ، لأن الفرض كونه غير وصيّ، ومن ثم قال المصنّف : «الوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز» لأن التبرّع حاصل من كلّ واحد منهما ، لما ذكرناه من أن الفرض كونه غير وصيّ ، ولا يلزم من قيامه مقامه

---

(١) المجادلة : ٣.

(٢) في الصفحة التالية .

(٣) في «ق» : بالعتق .

(٤) المبسوط ٥ : ١٦٤.

وإذا قال : أعتق عبدك عنّي ، فقال : أعتقت عنك ، فقد وقع الاتّفاق على الإجزاء . ولكن متى ينتقل إلى الآمر ؟ قال الشيخ[١]: ينتقل بعد قول المعتق : أعتقت عنك ، ثمّ ينعتق بعده . وهو تحكّم . والوجه الاقتصار على الثمرة ، وهو صحّة العتق وبراءة ذمّة الآمر ، وما عداه تخمين .

في بعض الأحكام قيامه في غيره . وحينئذٍ فإما أن يمنع من الإجزاء فيهما، نظراً إلى وقوع العتق من غير مالك ولا من هو في حكمه كالوكيل والمأمور، ولا عتق إلّا في ملك ، أو صحّته فيهما التفاتاً إلى أن المتبرّع نوى العتق عن ذي الكفّارة فيقع عنه ، لعموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «إنما الأعمال بالنيّات»[٢] ولأنه لو لم يقع عنه ما وقع أصلاً ، أما عن المعتق فلأنه لم ينوه عن نفسه ولا عمل إلّا بنيّة ، وأما عن الآخر فلأنه الفرض ، ولأنه جارٍ مجرى قضاء الدَّين الجائز تبرّعاً من الأجنبي والوارث ودين الله أحقّ أن يقضى ، وتوقّف العتق على الملك يندفع بالملك الضمني كما قيل به مع السؤال . والمصنّف ـ رحمه الله ـ لم يرجّح أحد الأمرين ، وإنما منع الفرق . والوجه الإجزاء عن الميّت مطلقاً . وفي وقوعه عن الحيّ نظر ، وإن كان الوقوع لا يخلو من قوّة .

قوله : «وإذا قال : أعتق....الخ» .

إذا قال له : أعتق عبدك عنّي ، ففعل وقع العتق عن الآمر بغير خلاف ممّن يعتدّ به . ولا بدّ من الحكم بدخوله في ملك المعتق عنه ، لقوله صلّى الله عليه وآله

---

(١) المبسوط ٥ : ١٦٥.

(٢) التهذيب ١ : ٨٣ ح ٢١٨ ، و ٤ : ١٨٦ ح ٥١٩ ، الوسائل ٤ : ٧١١ ب «١» من أبواب النيّة ح ٢ و ٣ ، وانظر مسند أحمد ١ : ٢٥ ، صحيح البخاري ١ : ٢ ، سنن ابن ماجة ٢ : ١٤١٣ ح ٤٢٢٧ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٤١.

. . . . . .

وسلّم : «لا عتق إلّا في ملك»[١] . وقد اختلف العلماء في وقت دخوله ، وذكروا فيه وجوهاً :

أحدها : أن الملك يحصل عقيب الفراغ من لفظ الإعتاق على الاتّصال .

وفيه : أنه يستلزم تأخّر العتق عن الإعتاق بقدر ما يتوسّطهما الملك .

واعتذروا عنه بأن تأخّر العتق عن[٢] الإعتاق بسبب أنه إعتاق عن الغير ، ومثله واقع في قوله : أعتقت عبدي عنك بكذا ، فإن عتقه يتوقّف على قبول المعتق عنه ، ويلزم منه تأخّر العتق عن الإعتاق .

والمصنّف نسب هذا القول إلى التحكّم، لأن الدليل الدالّ على صحّة هذا العتق إن سلّم دلالته على انتقال الملك فليس فيه توقيت له ، فتخصيصه بهذا الوقت تحكّم .

وثانيها : أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ الإعتاق ، ويعتق إذا تمّ اللفظ بمجموع الصيغة ، فالجزء علّة للعتق وهو ملك الآمر ، والكلّ سبب لزوال ملكه عنه بالإعتاق . وهو قول المفيد[٣] والعلّامة[٤] وولده فخر الدين[٥].

وفيه : أنه يستلزم صيرورته ملكاً للآمر قبل تمام الصيغة ، فلو فرض تركه إكمالها خرج عن ملكه ولم يقع العتق .

---

(١) الكافي ٦ : ١٧٩ ح ١ و ٢ ، الفقيه ٣ : ٦٩ ح ٢٣٢ ، التهذيب ٨ : ٢١٧ ح ٧٧٣ و ٧٧٤ ، الاستبصار ٤ : ٥ ح ١٤ و ١٥ ، الوسائل ١٦ : ٧ ب «٥» من كتاب العتق ح ١ و ٢ .

(٢) كذا في الحجريّتين ، وفي النسخ الخطّية : الإعتاق عن العتق .

(٣) لم نعثر عليه فيما لدينا من كتب المفيد ، ونسبه إليه في إيضاح الفوائد ٤ : ٩١ .

(٤) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٥ .

(٥) إيضاح الفوائد ٤ : ٩٠ ـ ٩١ .

. . . . . .

وثالثها : أنه يحصل الملك للمستدعي بالاستدعاء ، ويعتق عليه إذا تلفّظ المالك بالإعتاق .

ويرد عليه ما ورد على السابق وزيادة .

ورابعها : أنه يحصل الملك والعتق معاً عند تمام الإعتاق .

وفي هذا سلامة عن المحذور السابق ، إلّا أن اشتراط وقوع العتق في ملك يقتضي تقدّم الملك على العتق ، فلا يتمّ وقوعهما معاً في وقت واحد عند تمام لفظ العتق.

وخامسها : أنه يحصل بالأمر المقترن بصيغة العتق ، فيكون تمام الصيغة كاشفاً عن سبق الملك عليها، وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء أو قطعها أو وقوع خلل فيها دالّاً[1] على عدم حصول الملك بالأمر ، لعدم حصول ما يعتبر في صحّته وهو اقترانه بالأمر بالعتق .

وفيه : أن الاقتران المذكور يكون شرطاً في سبق[2] الملك ، ولا يتحقّق الاقتران إلّا بتمام صيغة العتق ، فيلزم تأخّر الملك عن الإعتاق وإلّا لتأخّر الشرط عن المشروط .

ولأجل هذه الإشكالات ونحوها قال المصنّف ـ رحمه الله ـ ونعم ما قال : إن الوجه الاقتصار على الثمرة وهو صحّة العتق عن الآمر وبراءة ذمّته من الكفّارة ، ولا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه ، فإن ذلك تخمين لا يرجع إلى دليل صالح .

---

(١) فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين : دالّ ، والصحيح ما أثبتناه .

(٢) في «د» : تحقّق سبق ، وفي الحجريّتين : تحقّق الملك .

ومثله إذا قال له : كل هذا الطعام ،فقد اختلف أيضاً في الوقت الذي يملكه الآكل . والوجه عندي أنه يكون إباحة للتناول ، ولا ينتقل إلى ملك الآكل .

قوله : «ومثله إذا قال ...الخ» .

هذه المسألة تشبه السابقة في اشتباه وقت انتقال الملك إلى الآكل ، فقيل إنه ينتقل إلى ملك المأذون له في الأكل بتناوله بيده ، وقيل بوضعه في فيه ، وقيل بازدراد اللقمة . واتّفق الكلّ على أنه لا يملك بوضعه بين يديه . ويتفرّع على الأقوال جواز إطعامه لغيره على الأول لا على الباقي . ولا فرق في ذلك بين الإذن صريحاً كما ذكره المصنّف ، وبقرائن الأحوال كوضع الطعام بين يدي الضيف . والأقوى ما اختاره المصنّف من أن المأذون لا يملكه مطلقاً ، وإنما يستبيح الأكل بالإذن ، لأصالة بقاء الملك على مالكه ، وعدم حصول شيء من الأسباب الناقلة عنه شرعاً ، بل هو إباحة محضة من غير تمليك ، لكنّها مختصّة بالنوع المأذون فيه لفظاً أو بقرينة الحال . فيرجع في تلقيم الضيفان بعضهم بعضاً ، ووضع شيء منه بين يديه ، وإطعام غيرهم من السائل والهرّ وغيرهما ، إلى الإذن المستفادة من اللفظ أو القرينة ، ومع الشك يحرم التصرّف بغير الأكل مطلقاً ، عملاً بالمتيقّن من الإباحة ، وللنهي[1] عن أكل مال الناس بالباطل . ومثله القول في أخذ شيء منه للمأذون له في الأكل لغلامه أو ليأكله في وقت آخر .

---

١) النساء : ٢٩ ، الوسائل ٣ : ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلّي ح ١ ، ٣ .

ويشترط في الإعتاق شروط :

الأول : النيّة ، لأنه عبادة يحتمل وجوهاً ، فلا يختصّ بأحدها إلّا بالنيّة . ولابدّ من نيّة القربة ، فلا يصحّ العتق من الكافر ، ذمّياً كان أو حربيّاً أو مرتدّاً ، لتعذّر نيّة القربة في حقّه .

قوله : «النيّة....الخ».

النيّة معتبرة في الكفّارة ، لأنها عبادة تقع على وجوه مختلفة ، فلا يتميّز المقصود منها إلّا بالنيّة ، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «إنما الأعمال بالنيّات»[١] . ويعتبر فيها نيّة القربة ، لقوله تعالى : ﴿**وما أمروا إلّا ليعبدوا الله مخلصين له الدين**﴾[٢]. وهذا هو القدر المتّفق عليه منها ، وسيأتي[٣] الخلاف في اشتراط نيّة التعيين وعدمه . ويتحصّل من ذلك أن المعتبر نيّة العتق عن الكفّارة تقرّباً إلى الله تعالى .

ومقتضى العبارة أن نيّة الوجوب غير معتبرة فيه ، إما لأنه لا يقع [العتق][٤] عن الكفّارة إلّا واجباً فلا يفتقر إلى التمييز به ، أو لأن نيّة الوجه لا دليل على اعتبارها في مطلق العبادات ، وما تقدّم[٥] من ثبوته في تلك الكفّارات المختلف فيها على وجه الاستحباب يحصّل المراد بالتعيين إن اعتبرناه ، وإلّا اعتبر ذكر ما يميّز الواجب عن غيره وإن لم يجعل غاية كغيره من العبادات .

إذا تقرّر ذلك ، فقد فرّع المصنّف على اعتبار نيّة القربة به أنه لا يصحّ من

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٥٧ ، هامش (٢) .

(٢) البيّنة : ٥ .

(٣) في ص : ٦٤ .

(٤) من الحجريّتين .

(٥) في ص : ٢٥ وبعدها .

. . . . . .

الكافر ، كتابيّاً كان أم غيره ، محتجّاً بتعذّر نيّة القربة في حقّه .

وفيه نظر :

لأنه إن أراد بنيّة القربة المتعذّرة منه نيّة إيقاع الفعل طلباً للتقرّب إلى الله تعالى بواسطة نيل الثواب أو ما جرى مجرى ذلك ، سواء حصل له ما نواه أم لا ، منعنا من تعذّر نيّة القربة من مطلق الكافر ، لأن من اعترف منهم بالله تعالى وكان كفره بجحد نبوّة النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم أو غيره من الأنبياء أو بعض شرائع الاسلام يمكن منه هذا النوع من التقرّب ، وإنما يمتنع من الكافر المعطّل الذي لا يعترف بوجود الله تعالى ، كالدهري وبعض عبدة الأصنام .

وإن أراد بها إيقاعه على وجه التقرّب إلى الله تعالى بحيث يستحقّ بها الثواب طالبناه بدليل على اشتراط مثل ذلك ، وعارضناه بعبادة المخالف من المسلمين وعتقه ، فإنه لا يستتبع الثواب عنده مع صحّة عتقه . وفي صحّة عباداته غيره بحث قرّر في محلّه[1].

وبالجملة فكلامهم في هذا الباب مختلف غير منقّح ، لأنهم تارة يحكمون ببطلان عبادة الكافر مطلقاً ، استناداً إلى تعذّر نيّة القربة منه ، ومقتضى ذلك إرادة المعنى الثاني ، لأن ذلك هو المتعذّر منه لا الأول ، وتارة يجوّزون منه بعض العبادات كالعتق ، وسيأتي[2] تجويز جماعة من الأصحاب له منه مع اشتراط القربة فيه ، نظراً إلى ما ذكرناه من الوجه في الأول . وقد وقع الخلاف بينهم في وقفه وصدقته وعتقه المتبرّع به ، ونحو ذلك من التصرّفات

---

(١) راجع ج ١ : ٣٦٢ .

(٢) في ص : ٢٨٦ .

. . . . . .

الماليّة المعتبر فيها القربة . واتّفقوا على عدم صحّة العبادات البدنيّة منه ، نظراً إلى أن المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه ولو بفك الرقبة من الرقّ فيرجّح فيه جانب الغرامات[١] ، بخلاف العبادات البدنيّة ، ومن ثم ذهب بعض العامّة[٢] إلى عدم اشتراط النيّة في العتق والإطعام واعتبرها في الصيام ، إلّا أن هذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه . وسيأتي[٣] له في العتق زيادة بحث إن شاء الله .

ثم عد إلى العبارة . واعلم أن قوله : «ذمّياً كان الكافر أو حربيّاً أو مرتدّاً» لا يظهر للتسوية بين هذه الفرق مزيّة ، لأن الكافر المقرّ بالله تعالى لا يفرَّق فيه بين الذمّي والحربي وإن افترقا في الاقرار بالجزية ، فإن ذلك أمر خارج عن هذا المطلوب . وإنما حقّ التسوية بين أصناف الكفّار أن يقول : سواء كان مقرّاً بالله تعالى كالكتابي أم جاحداً له كالوثني ، لأن ذلك هو موضع الاشكال ومحلّ الخلاف . وأما ما قاله بعضهم من أن الكافر مطلقاً لا يعرف الله تعالى على الوجه المعتبر ، ولو عرفه لأقرّ بجميع رسله ودين الاسلام ، فهو كلام بعيد عن التحقيق جدّاً ، ولا ملازمة بين الأمرين ، كما لا ملازمة بين معرفة المسلم لله تعالى ومعرفة دين الحقّ من فرق الاسلام ، و : ﴿كلّ حزب بما لديهم فرحون﴾[٤].

---

(١) في «د» والحجريّتين : القربات ، وفي «و» : القرابات .

(٢) الوجيز ٢ : ٨١ .

(٣) في ص : ٢٨٥ ـ ٢٨٦ .

(٤) الروم : ٣٢ .

ويعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة ، على الأشبه .

ولو كانت الكفّارات من جنس واحد ، قال الشيخ : يجزي نيّة التكفير مع القربة ، ولا يفتقر إلى التعيين . وفيه إشكال .

أما الصوم فالأشبه بالمذهب أنه لا بدّ فيه من نيّة التعيين ، ويجوز تجديدها إلى الزوال .

قوله : «ويعتبر نيّة التعيين...الخ» .

إذا تعدّدت الكفّارات على واحد ، فإما أن يتّحد السبب جنساً ـ والمراد به هنا الحقيقة النوعيّة كما هو استعمال الفقهاء في نظائره ـ أو يتعدّد . وعلى تقدير تعدّدها : فإما أن تتماثل الكفّارات ككفّارة قتل الخطأ والظهار ، أو تختلف كإحدى الكفّارتين مع كفّارة اليمين وكفّارة رمضان على القول الأصحّ من أنها مخيّرة .

فإن اختلفت الأسباب والمسبّبات ، قال الشيخ في الخلاف[١] : وجب التعيين ، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «إنما الأعمال بالنيّات»[٢] فما لم يحصل فيه النيّة لا يجزي ، ولأن الأصل شغل الذمّة ولا يقين ببراءتها مع الإطلاق ، ولامتناع الصرف إليهما جميعاً ، وللبعض ترجيح بلا مرجّح . وهذا هو الذي اختاره المصنّف وابن إدريس[٣] .

وفي المبسوط[٤] اكتفى بالإطلاق مطلقاً ، لأصالة البراءة من اشتراطه ، وحصول الامتثال ، وجاز انصرافه إلى واحدة لا بعينها فيبقى في ذمّته أُخرى كذلك .

---

(١) الخلاف ٤ : ٥٤٩ مسألة (٣٩) .

(٢) مرّ ذكر مصادره في ص : ٥٧ ، هامش (٢) .

(٣) السرائر ٢ : ٧١٨ .

(٤) المبسوط ٦ : ٢٠٩ .

. . . . . .

ويشكل بأنه مع اختلافها[١] حكماً ـ ككفّارة الظهار واليمين ـ إن تخيّر بعد العتق بين عتق آخر والإطعام كان العتق [الأول][٢] منصرفاً إلى المرتّبة وهو خلاف الفرض، وإن تعيّن العتق ثانياً كان منصرفاً إلى المخيّرة وهو خلاف التقدير أيضاً.

ولأجل هذا الاشكال فصّل العلّامة في المختلف[٣]، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفّارات حكماً لا مع اتّفاقها.

ويرد عليه ما لو كانت إحداهما كفّارة جمع والأُخرى كفّارة مرتّبة، فإن حكمهما[٤] مختلف والمحذور مندفع، لأن العتق ثانياً متعيّن من غير المحذور المذكور، لاشتغال الذمّة بعتق معيّن ثانياً على كلّ تقدير، إلّا أن يجعل هذا من أفراد متّفق الحكم من حيث اشتراكهما في تعيين العتق ابتداءً، لكنّه خلاف المفهوم من مختلف الحكم.

ويمكن اندفاع الاشكال بأن الشيخ صرّح في المبسوط[٥] بجواز التعيين بعد الإبهام، فينصرف العتق إلى التي صرفه إليها كما لو عيّن في الابتداء، وبقي حكم الأُخرى بحاله، فلا محذور حينئذٍ.

ويمكن دفعه أيضاً بالتزام تعيين العتق ثانياً على تقدير كون إحداهما مرتّبة والأُخرى مخيّرة، ولا يلزم انصراف العتق أولاً إلى المخيّرة بل إلى كفّارة مطلقة ممّا في ذمّته، وتبقى أُخرى مطلقة كذلك متردّدة بين المرتّبة والمخيّرة،

---

(١) في «ق ،م» وإحدى الحجريّتين: اختلافهما.

(٢) من الحجريّتين.

(٣) المختلف: ٦٦٦ ـ ٦٦٧.

(٤) في «د ،و»: حكمها.

(٥) المبسوط ٦: ٢٠٩.

فإذا اختار غير العتق لم يحصل براءة الذمّة ممّا هو متعلّق بها ، لأنه ليس مخيّراً ، وإن اختار العتق برئت ذمّته على التقديرين ، فتعيّن العتق لذلك لا لانصرافه إلى المخيّرة وإن شاركه في المعنى . وهذا كمن عليه كفّارة مشتبهة بين المخيّرة والمرتّبة ، فإنه يتعيّن عليه العتق لتيقّن براءة الذمّة منهما ، وإن لم يكن العتق متعيّناً عليه في نفس الأمر ، بل من باب مقدّمة الواجب ، لتوقّف البراءة عليه .

وإن تعدّدت الكفّارة واتّحد جنس سببها فالمشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين ، بل قال الشهيد في الشرح[١] إنه لا يعرف لأحد من العلماء قولاً باشتراط التعيين ، والشيخ في الخلاف[٢] نقل الاجماع على عدم اشتراطه . لكن المصنّف هنا جعل فيه إشكالاً ، وكأنّ وجهه اشتراك الجميع في أن كلّ واحدة عمل ، وكلّ عمل يفتقر إلى النيّة ، فكلّ كفّارة تفتقر إلى النيّة . وجوابه : القول بالموجب ، فإنه إذا نوى الكفّارة مطلقاً فقد حصل العمل بنيّة[٣] ، وبرئت الذمّة من واحدة مطلقة ممّا في الذمّة ، وبقي الباقي كذلك . والذي يدلّ عليه الخبر[٤] وجوب القصد إلى العمل ، أما كونه مشخّصاً بجميع وجوهه فلا يدلّ عليه .

وهذا البحث كلّه إذا كفّر بالعتق ، وفي معناه التكفير بالإطعام والكسوة .

وأما الصوم فقد قال المصنّف : إن الأشبه بالمذهب أنه لا بدّ فيه من نيّة التعيين مطلقاً . والفرق بينه وبين باقي الخصال : أنه من العبادات البدنيّة والأمر

---

(١) غاية المراد : ٢٦٥ ـ ٢٦٦ .

(٢) الخلاف ٤ : ٥٤٩ مسألة (٣٩) .

(٣) في «د ، م» وإحدى الحجريّتين : بنيّته .

(٤) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٥٧ ، هامش (٢) .

. . . . . .

فيها أضيق، ولذلك لا يجزي فيها التوكيل، بخلاف الماليّة. وبأن العبادات الماليّة نازعة إلى الغرامات فاكتفي فيها بأصل النيّة. وبأن العبادات البدنيّة مراتب متفاوتة، وما يتعلّق بها من النصب والتعب يختلف موقعه ووجوهه، فالمشقّة في صلاة الصبح ـ مثلاً ـ من وجه وفي صلاة الظهر من وجه آخر، لاختلاف الوقت وأعداد الركعات، بخلاف العتق، فإنه أمر واحد لا اختلاف فيه، فلم يحتج فيه إلى التعيين إما مطلقاً أو على بعض الوجوه.

وفي قول المصنّف: «الأشبه بالمذهب أنه لا بدّ من التعيين» إيماء إلى عدم تحقّق الوفاق عليه، وأنه محتمل للخلاف. ووجه تعبيره بذلك أن ظاهر الشيخ في المبسوط[1] اشتراك جميع خصال الكفّارات في جواز الإطلاق، لأنه قال ـ بعد أن فرض المسألة في الكفّارات المتّحدة الجنس ككفّارات اليمين ـ: «فإن أبهم النيّة فلم يعيّن بل نوى كفّارة مطلقاً أجزأه، لقوله تعالى: ﴿**فكفّارته إطعام عشرة مساكين**﴾[2] ولم يفرّق». ثم قال بعد ذلك: «فأما إذا كانت أجناساً مثل أن حنث وقتل وظاهر ووطىء في رمضان، فالحكم فيها كلّها كما لو كان الجنس واحداً، فإنه لا يفتقر إلى تعيين النيّة». وظاهر هذا عدم الفرق بين الصوم وغيره، فلذا قال المصنّف ما قال. وباقي الأصحاب لم يتعرّضوا للبحث عن التعيين وعدمه إلّا في العتق، والظاهر أنهم أحالوا الباقي عليه. وفي الحقيقة تلك الفروق لا تخلو من تكلّف، ولا توجب تعيّن نيّة التعيين مطلقاً، فلو قيل بمساواته لغيره من الخصال كما يظهر من إطلاق الشيخ كان حسناً.

---

(١) المبسوط ٦: ٢٠٩.

(٢) المائدة: ٨٩.

فروع
على القول بعدم التعيين

الأول : لو أعتق عبداً عن إحدى كفّارتيه صحّ ، لتحقّق نيّة التكفير، إذ لا عبرة بالسبب مع اتّحاد الحكم .

واعلم أن قول المصنّف : «ويجوز تجديدها إلى الزوال » يريد به في الجملة لا مطلقاً ، وذلك مع نسيانها ليلاً وفي ابتداء الصوم ، بمعنى أنه لو تجدّد عزمه على الشروع في صوم الكفّارة في أثناء النهار قبل الزوال صحّ .

قوله : «لو أعتق عبداً...الخ» .

المراد بالحكم المتّحد هنا وجوب العتق عن الكفّارة ، سواء اختلفت مع ذلك في حكم الترتيب والتخيير أم لا ، لأن ذلك متفرّع على قول الشيخ[١] بعدم وجوب التعيين مطلقاً ، فتعيّن تفسير الحكم بما ذكرناه . وأما الحكم الذي جعل في المختلف[٢] عدم وجوب التعيين مترتّباً على اتّحاده فالمراد به ما هو أخصّ من ذلك ، وهو حكمها في الترتيب والتخيير ، كما يرشد إليه مثاله وتعليله .

وحينئذٍ فإن كانتا مع اختلاف سببهما متّفقتين في الجمع أو الترتيب أو التخيير برىء من العتق عن إحداهما ، ولزمه في الأول عتق رقبة أُخرى مطلقة كذلك ، فتبرأ ذمّته منهما . وكذا في الثاني أو المركّب منهما . وأما الثالث فإنه بالعتق يبرأ من إحدى الكفّارتين ، ويتخيّر ثانياً بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقة ، فيبرأ منهما .

ولو كانت إحداهما مرتّبة والأُخرى مخيّرة برئت ذمّته من إحداهما أيضاً لا

---

(١) المبسوط ٦: ٢٠٩.

(٢) المختلف: ٦٦٦ـ٦٦٧.

الثاني : لو كان عليه كفّارات ثلاث متساوية في العتق والصوم والصدقة ، فأعتق ونوى القربة والتكفير ، ثم عجز فصام شهرين متتابعين بنيّة القربة والتكفير ، ثم عجز فأطعم ستّين مسكيناً كذلك ، برىء من الثلاث ولو لم يعيّن .

على التعيين ، وتعيّن عليه العتق ثانياً عن إحداهما كذلك ، لتوقّف البراءة [ممّا][1] في ذمّته المتردّد بين الأمرين عليه ، إن لم يصرف ذلك المطلق الأول بعد العتق إلى واحدة معيّنة ، وإلّا لزمه حكم الأُخرى خاصّة . ولو عجز ثانياً عن العتق تعيّن عليه الصوم ، لما ذكرناه من العلّة في العتق .

قوله : «لو كان عليه كفّارات ...الخ».

المراد بتساويها في الثلاثة تساويها حكماً كالترتيب وإن اختلفت سبباً ، لأنه متفرّع على عدم اشتراط التعيين مطلقاً . ويمكن أن يريد تساويها كميّة وإن اختلفت في الترتيب والتخيير . فلو اجتمع عليه كفّارة ظهار وقتل وإفطار رمضان ، فأعتق ونوى الكفّارة مطلقاً برىء من واحدة غير معيّنة إن لم يعيّنه بعد ذلك لأحدها ، فإذا عجز عن العتق ثانياً فصام شهرين متتابعين برىء من أُخرى كذلك ، فإذا عجز عن الصوم فأطعم ستّين مسكيناً برىء من الجميع .

واشترط العجز عن المرتبة السابقة ليجري الحكم على المرتّبة والمخيّرة ، فإن الثلاث إن كانت مرتّبة أو مجتمعة من الأمرين فاشتراط العجز في محلّه ، وإن كانت كلّها مخيّرة وفعل الثلاث خصال كما ذكر برىء من الثلاث وإن لم يكن حال فعل الصوم والإطعام عاجزاً عن السابق ، لكن فائدة القيد شمول الأقسام ، ولا

---

(١) من «د» والحجريّتين ، وفي «م» : عمّا .

الثالث : لو كان عليه كفّارة ، ولم يدر أهي عن قتل أو ظهار ؟ فأعتق ونوى القربة والتكفير أجزأه .

الرابع : لو شك بين نذر وظهار فنوى التكفير لم يجز ، لأن النذر لا يجزي فيه نيّة التكفير . ولو نوى إبراء ذمّته من أيّهما كان جاز . ولو نوى العتق مطلقاً لم يجز ، لأن احتمال إرادة التطوّع أظهر عند الإطلاق . وكذا لو نوى الوجوب ، لأنه قد يكون لا عن كفّارة .

يضرّ هنا أيضاً ، لأن العجز لا يغيّر الحكم وإن لم يكن معتبراً .

وبقي من الأقسام ما لو اجتمع عليه ثلاث كفّارات جمع ، فأعتق ونوى الكفّارة مطلقاً ، فإنه يبرأ من عتق واحدة غير معيّنة ، فإذا صام كذلك برىء من صوم واحدة كذلك ، فإذا أطعم فكذلك . ثم إن لم يصرفه إلى واحدة معيّنة ، وإلّا افتقر في بقيّة الخصال إلى الإطلاق .

قوله : «لو كان عليه...الخ» .

لا إشكال في الإجزاء تفريعاً على القول بعدم وجوب التعيين كما فرضه المصنّف ، لأن هذه النيّة مجزية على هذا القول وإن علم بنوع الكفّارة فمع الجهل أولى . ولو اشترطنا التعيين مع العلم احتمل سقوطه مع الجهل كما في هذه الصورة ، ووجوب الترديد بين الأمرين ، كالصلاة المشتبهة حيث وجب تعيينها ابتداءً فكذا مع الجهل ، فتردّد النيّة بين الأقسام المشكوك فيها . وهذا[1] أولى .

قوله : «لو شك بين نذر وظهار...الخ» .

المعتبر من النيّة المطلقة حيث لا يجب التعيين نيّة يشترك فيها جميع ما في ذمّته من الأُمور المتعدّدة من كفّارات أو غيرها . فإذا علم أن في ذمّته عتق رقبة

---

(١) في «د» والحجريّتين : وهو .

الخامس : لو كان عليه كفّارتان وله عبدان فأعتقهما ، ونوى نصف كلّ واحد منهما عن كفّارة صحّ ، لأن كلّ نصف تحرّر عن الكفّارة المرادة به وتحرّر الباقي عنها بالسراية . وكذا لو أعتق نصف عبده عن كفّارة معيّنة صحّ ، لأنه ينعتق كلّه دفعة .

وشك بين كونها بسبب نذر ـ بأن نذر عتق رقبة ـ أو كفّارة ظهار ، فالأمر الجامع بين الأمرين في النيّة أن ينوي أمراً يشترك فيه النذر والكفّارة ، وهو أن ينوي العتق عمّا في ذمّته من النذر أو الكفّارة ، ولو نوى به التكفير لم يجز ، لاحتمال كون ما في ذمّته من العتق منذوراً والنذر لا يجزي فيه نيّة التكفير ، وبالعكس ، بخلاف ما لو علم أنه عن كفّارة واشتبهت بين ظهار ـ مثلاً ـ ويمين وقتل وغير ذلك ، فإنه إذا نوى التكفير أجزأ ، لاشتراك الجميع فيه . وكذا لا يجزي لو نوى العتق مطلقاً وإن كان مشتركاً بين الأمرين ، لأنه ظاهر في إرادة التطوّع به ، فلا بدّ من ضميمة تدلّ على صرفه إلى ما في ذمّته كنيّة العتق الواجب عليه ونحوه.

ولو نوى به الوجوب مطلقاً فقد قال المصنّف إنه لا يجزي ، معلّلاً بأن الوجوب قد يكون لا عن كفّارة فلا يجزي عنها ، لأن المعتبر نيّتها في الجملة وهي لا تتأدّى بالأعمّ ، كما لو نوى العتق الواجب وفي ذمّته كفّارة محقّقة ، فإنه لا يجزي بل لا بدّ من ضميمة كونه عن كفّارة . وقال في القواعد : «لو نوى العتق الواجب أجزأ»[1] مع أنه وافق على عدم إجزاء نيّة الوجوب . والفرق غير واضح .

قوله : «لو كان عليه كفّارتان....الخ» .

إذا كان عليه كفّارتان وله عبدان ، فأعتق نصف أحدهما عن كفّارة ونصف الآخر عن الأُخرى ، صحّ وسرى العتق إليهما ، وانعتق كلّ واحد عن الكفّارة التي

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٦ .

. . . . . .

نوى بها عتق نصفه مباشرة . هذا إذا نوى بعتق النصف ذلك ، لأنه في قوّة نيّة عتق الجميع عن الكفّارة .أما لو نوى اختصاص النصف [المعيّن][1] المعتق مباشرة بالكفّارة دون ما يحصل بالسراية لم يصحّ العتق عن الكفّارة مطلقاً ، أما النصف الواقع مباشرة فلعدم الاكتفاء به ، وعدم إجزاء ضميمة الباقي من رقبة أُخرى ، لعدم صدق الرقبة على النصفين ، وأما المعتق بالسراية فلعدم نيّة الكفّارة به بل نيّة عدمها . ومثله ما لو لم يكن عليه إلّا كفّارة واحدة فأعتق نصف عبده عنها . وقد تقدّم[2] البحث في ذلك ، وأن ابن الجنيد منع من صحّة العتق عن الكفّارة على هذا الوجه . وهو قول وجيه .

واعلم أن قول المصنّف : «فأعتقهما ونوى نصف كلّ واحد منهما عن كفّارة» يتبادر منه أو يشمل ما لو أعتقهما جميعاً ونوى في كلّ واحد منهما بنصفه الواحد عن إحدى الكفّارتين والنصف الآخر عن الأُخرى . وفي الحكم بالصحّة على هذا التقدير إشكال ، لأن العتق مباشرة على هذا الوجه لا يقع عن الكفّارة ، والسراية مشروطة بصحّة العتق في البعض ، وليس أحد النصفين أولى بالصحّة من الآخر ، وقد نوى في كلّ واحد من العبدين العتق عن كلّ واحد من الكفّارتين ، فترجيح وقوع أحد النصفين عن واحدة دون الآخر ترجيح من غير مرجّح ، وإذا لم يقع ذلك مباشرة فأولى أن لا يقع سراية ، لأنها فرعه .

والأولى تنزيل العبارة على ما ذكرناه سابقاً من نيّة العتق عن إحداهما بنصف أحدهما خاصّة ونصف الآخر عن الأُخرى من غير تعرّض لوقوع النصف

---

(١) من «ط ، م» والحجريّتين .

(٢) في ص : ٥٣ .

أما لو اشترى أباه أو غيره ممّن ينعتق عليه ونوى به التكفير ، قال في المبسوط : يجزي ، وفي الخلاف : لا يجزي . وهو أشبه ، لأن نيّة العتق تؤثّر في ملك المعتق لا في ملك غيره ، فالسراية سابقة على النيّة ، فلا يصادف حصولها ملكاً.

الآخر من كلّ واحد عن الأُخرى ، لتحقّق السراية تبعاً للعتق مباشرة .

وعبارة القواعد في هذه المسألة أجود من عبارة المصنّف حيث قال: «لو كان عليه كفّارتان فأعتق نصف عبد عن إحداهما ونصف الآخر عن الأُخرى صحّ ، وسرى العتق إليهما»[١].

قوله: «أما لو اشترى ....الخ».

هذه المسألة تشبه السابقة من حيث إن العتق يقع إجباريّاً ، والنيّة عند سببه. وقد اختلف فيها كلام الشيخ ، فالموجود في المبسوط[٢] في باب الكفّارات عدم الإجزاء ، وهو الذي صرّح به في الخلاف[٣] أيضاً ، لقوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة﴾[٤] والمفهوم منه فعل الحرّية بالاختيار وهنا الحرّية إجباريّة . ولأن النيّة معتبرة وهي هنا متعذّرة ، لأنها ليست قبل الملك ، لاستحالة إيقاعها على ملك الغير ، ولا بعده ، لحصول العتق ، ولا في حاله ، إذ لا استقرار له . وبهذا يحصل الفرق بينها وبين ما سبق[٥] من عتق المملوك المشترك ، لأن النيّة في تلك صادفت ملكاً للبعض فأثّرت فيه وتبعه الباقي ، بخلاف هذه ، فإن الملك حال الشراء ـ

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٦.

(٢) المبسوط ٥ : ١٦٢.

(٣) الخلاف ٤ : ٥٤٧ مسألة (٣٥).

(٤) المجادلة : ٣.

(٥) في ص : ٥١.

الذي هو محلّ النيّة ـ منتفٍ عن المعتَق ، وبعده يحصل العتق .

ونقل المصنّف عن المبسوط[١] الإجزاء ، واستدلّوا له بأن الملك سابق على السراية قطعاً كسبق العلّة على المعلول ، لأن العتق مشروط بالملك ، والسبب سابق على الملك، ضرورة سبق السبب على مسبّبه ، والنيّة مقارنة للسبب ، فالسراية لم تصادف إلّا عبداً معتقاً عن كفّارة، فلا سراية [فيه][٢] . وحينئذٍ نمنع حصول العتق هنا إلّا عن الكفّارة ، لأنه إنما ينعتق بالقرابة لو لم يوجد سبب أسبق وقد وجد نيّة الكفّارة .

وهذا متّجه لكن يشترط استصحاب النيّة فعلاً إلى عقد البيع لتصادف الملك وتصدق مقارنتها للسبب إلى حين الملك .

وما ذكروه من الفرق بين هذه وعتق المشترك أن النيّة إنما أثّرت في المملوك ، أما ما سرى إليه العتق من ملك الغير فلم يكن مملوكاً حال النيّة ، وإنما ترتّبت السراية على عتق البعض وحكم بملك المعتق له ضمناً قبل السراية ، والأمر هنا كذلك ، بل الملك هنا حقيقي لا ضمني ، لأن الانعتاق مسبّب عن ملك القريب له ، فإذا قارنته النيّة فقد قارنت العتق واشتركا في مقارنتها للسبب .

وربما فرّق بين الأمرين بأن العتق بالنسبة إلى السراية إلى حصّة الشريك سبب فاعلي له ، والشراء بالنسبة إلى عتق القريب سبب معدٌّ لا فاعلي[٣] ، لأنه

---

(١) لم نجد التصريح بذلك فيه ، ولعلّه تخريج على قوله في مسألة شراء الأب : بأن العتق بعد الملك ، راجع المبسوط ٦ : ٥٥ .

(٢) من «د» والحجريّتين .

(٣) في «ق ،ط» : فاعل .

الشرط الثاني : تجريده عن العوض .

فلو قال لعبده : أنت حرّ وعليك كذا ، لم يجز عن الكفّارة ، لأنه قصد العوض .

ولو قال له قائل : أعتق مملوكك عن كفّارتك ولك عليّ كذا، فأعتقه لم يجز عن الكفّارة [لأنه قصد العوض] . وفي وقوع العتق تردّد . ولو قيل بوقوعه هل يلزم العوض ؟ قال الشيخ : نعم . وهو حسن . ولو ردّ المالك العوض بعد قبضه لم يجز عن الكفّارة ، لأنه لم يجز حال الإعتاق فلم يجز فيما بعده .

يجعل المحلّ قابلاً لتأثير السبب[١] في العتق ، والسبب الفاعلي فيه هو النسب ، وفاعل قبول المحلّ لأثر يفعله غيره غير فاعل لذلك الأثر ، والمعتبر في العتق المطلوب في الكفّارة كون المعتق فاعلاً له كما مرّ .

وفيه نظر ، لاشتراك الأمرين في أصل السببيّة التي لها مدخل في التأثير في العتق ، والفاعل له حقيقة هو الله تعالى ، وإنما هذه اعتبارات نصبها الله تعالى علامة لحكمه لا فاعلة في الحكم ، فإما أن يصحّ العتق عن الكفّارة فيهما نظراً إلى السببيّة ، أو لا فيهما لعدم مباشرته للصيغة التي جعلها الشارع موجبة للعتق بذاتها.

قوله : «فلو قال لعبده....الخ» .

من شرائط صحّة العتق عن الكفّارة تمحّضه للقربة ، وهو يستلزم تجريده عن اشتراط عوض على المملوك أو على غيره أو عليهما ، لأن عتقه على العوض ينافي تمحّض الإخلاص في عتقه ، سواء ابتدأ المالك بذلك فقال : أعتقتك وعليك

---

(١) في «و» وإحدى الحجريّتين : النسب .

كذا ، أو : وعلى فلان ، أم جعله جواباً للسؤال كقوله : أعتقني ولك عليّ كذا ، أو : أعتق مملوكك عن كفّارتك ولك عليّ كذا ، لاشتراك الجميع في المقتضي ، فلا يقع عن الكفّارة إجماعاً لما ذكر .

وهل يقع العتق مجرّداً عنها ؟ وجهان : من أنه عتق صدر من أهله في محلّه ، ولأن[١] قصده للعتق عن الكفّارة يستلزم قصد مطلق العتق ، لأن المطلق موجود في ضمن المقيّد ، وقد تعذّر العتق عن الكفّارة لمانع العوض فيقع المطلق ، لأن العوض لا ينافيه ، لجواز اشتراطه على المملوك ابتداءً وجعل الأجنبي عليه. وهو قول الشيخ في المبسوط[٢] . ومن أنه لم ينو العتق مطلقاً وإنما نواه عن الكفّارة ، فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نيّة ، وقد قال النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : «إنما الأعمال بالنيّات»[٣].

ويتفرّع على ذلك لزوم العوض للآمر أو للعبد ، فحكم الشيخ بلزوم العوض تفريعاً على القول بصحّة العتق المطلق ، لأنه فعل ما أمره به فاستحقّ العوض كغيره من الأعمال . واستحسنه المصنّف .

وأورد عليه في المختلف[٤] أن الحكم بلزوم العوض وعدم الإجزاء عن الكفّارة ممّا لا يجتمعان ، والثاني ثابت إجماعاً ، فينتفي الأول . وبيانه : أن الجعل إنما هو عن العتق في الكفّارة لا عن مطلق العتق ، ولم يقع

---

(١) في «و ، م» والحجريّتين : وأن .

(٢) المبسوط ٥ : ١٦٣ .

(٣) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٥٧ ، هامش (٢) .

(٤) المختلف : ٦٧١ .

فلا عوض.

وأجاب السيّد عميد الدين[١] بأنّالا نسلّم عدم اجتماعهما، لأنه جعل له العتق[٢] عن الكفّارة وقد فعل، ولم يجعل له عن الإجزاء عن الكفّارة، لأن الإجزاء حكم شرعي ليس فعلاً للمكلّف فيصحَّ الجعل عليه.

وأورد عليه شيخنا الشهيد[٣] ـ رحمه الله ـ بأن الجاعل على فعل شرعي جعالة كالحج مثلاً إنما طلب الصحيح الذي له صلاحيّة الإجزاء بخروج المكلّف عن العهدة، لدلالة اللفظ حقيقة عليه، ولم يطلب صورته التي هي أعمّ من الصحيح والفاسد، فكذلك الجاعل عن الكفّارة إنما جعل على عتق مجزٍ عن الكفّارة، حملاً للفظ على حقيقته، وصرفاً له عن المجاز أعني: الحمل على الصورة، وحيث لم يوجد ما طلبه لا يستحقّ شيئاً.

وأجاب السيّد[٤] بأن الحقيقة وإن كانت مطلوبة إلّا أن هذا الموضع يمتنع فيه الحقيقة، لأن وقوع العتق عن الكفّارة محال، فكان طالباً للمحال، فحينئذٍ حمل لفظه على الصورة بتلك القرينة، والمجاز يصار إليه بقرينة.

وردّه الشهيد[٥] بأن المقتضي للمجاز هنا تحصيل حكم شرعي لئلّا تخرج أفعال المكلّف عن الشرع، والبطلان وعدم صحّة الجعالة حكم شرعي فلم لا يحمل عليه؟

---

(١) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد: ٢٦٥.

(٢) في هامش «ق»: العوض بعنوان (ظاهراً) وفي المصدر: عن العتق عن الكفّارة.

(٣ ـ ٥) المصدر السابق.

والحقّ أن الجعالة على شيء لا يستحقّ بها الجعل إلّا بفعل مقتضى الجعالة بجميع أوصافها ، فخروج هذا الفرد عن القاعدة لا وجه له . ولا فرق بين عجز المجعول له عن فعل مقتضى الجعالة وقدرته عليه . فإذا لم نقل بصحّته عن الكفّارة لا يستحقّ عليه جعلاً .

نعم ، لو علم بالقرائن أن غرضه من ذلك إنما هو تخليص المملوك من الرقّ ، وتقييده بالكفّارة ليكون وسيلة إلى إجابة المالك إلى ملتمسه ، اتّجه استحقاق الجعل عليه وإن لم يقع عن الكفّارة ، لأنها ليست مقصودة بالذات حينئذٍ ، وإنما المقصود العتق المقتضي للخلوص من الرقّ كيف اتّفق وقد حصل .

وقوله : إنه على تقدير عدم وقوعه عن الكفّارة طالب للمحال فيحمل على الصورة ، إنّما يتوجّه مع علمه بالحكم وهو عدم وقوعه عن الكفّارة ، أما مع جهله به فلا يكون طلبه لوقوعه عنها طلباً للمحال في زعمه وإن كان في نفس الأمر كذلك ، فصرفه إلى الصورة غير جيّد ، لعدم القرينة الموجبة لحمله على المجاز على هذا التقدير .

إذا تقرّر ذلك ، فلو قال المعتق بعد ظهور الحال له أو مطلقاً: أنا أردّ العوض ليكون العتق مجزياً عن كفّارتي ، أو ردّه بالفعل ، لم ينقلب مجزياً ، لأنه إذا لم يجز حال الإعتاق لم يجز بعده . نعم ، لو قال في الابتداء عقيب الالتماس : أعتقته عن كفّارتي لا على الألف ، كان ردّاً لكلامه وأجزأه عن الكفّارة .

الشرط الثالث : أن لا يكون السبب محرّماً.

فلو نكّل بعبده ، بأن قلع عينيه أو قطع رجليه ، ونوى التكفير انعتق ولم يجز عن الكفّارة .

واعلم أن لبعض الشافعيّة[١] هنا وجهاً بصحّة العتق وإجزائه عن الكفّارة وسقوط العوض ، لأن العتق حاصل كما تقرّر ، والعوض ساقط ، فأشبه ما إذا قال: صلّ الظهر لنفسك ولك عليّ كذا ، فصلّى ، تجزيه صلاته ولا يستحقّ العوض.

قوله : «أن لا يكون السبب....الخ» .

لمّا كانت الكفّارة عبادة وطاعة مشروطة بنيّة القربة كان التسبّب إلى العتق عنها بسبب محرّم غير مجزٍ عنها لا محالة . فلو نكّل بعبده ناوياً به العتق عن الكفّارة عتق عليه قهراً كما سيأتي[٢] إن شاء الله ، ولا يقع عن الكفّارة، للنهي[٣] عن السبب المنافي لقصد الطاعة به . وبهذا يفرّق بينه وبين شراء القريب الذي يعتق بملكه بنيّة الكفّارة ، لأن السبب مباح إن لم يكن راجحاً ، وبين عتق بعض المملوك بنيّتها ليسري عليه العتق ، بل المذكور بهذا النوع أشبه ، لاشتراكهما في وقوع النيّة حال الملك ، بخلاف شراء القريب ، وإنما افترقا بجواز السبب وتحريمه .

---

(١) روضة الطالبين ٦ : ٢٦٦ .

(٢) في ص : ٣٥٨.

(٣) يستفاد النهي من تعزير المنكّل بعبده ، انظر الجعفريّات (المطبوعة مع قرب الاسناد) : ١٢٣ ، دعائم الاسلام ٢ : ٤٠٩ ح ١٤٢٧ ، مستدرك الوسائل ١٥ : ٤٦٣ ب «١٩» من أبواب العتق .

القول في الصيام

ويتعيّن الصوم في المرتّبة مع العجز عن العتق .

ويتحقّق العجز إما بعدم الرقبة وعدم ثمنها ، وإما بعدم التمكّن من شرائها وإن وجد الثمن .

وقيل : حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة .

ولو وجد الرقبة ، وكان مضطرّاً إلى خدمتها أو ثمنها ، لنفقته أو كسوته ، لم يجب العتق .

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

ولا يباع الخادم على المرتفع عن مباشرة الخدمة . ويباع على من جرت عادته بخدمة نفسه ، إلّا مع المرض المحوج إلى الخدمة .

قوله : «ويتحقّق العجز...الخ».

الكفّارة المرتّبة ككفّارة الظهار يتوقّف فرض الصوم فيها على عدم وجدان تحرير الرقبة ، كما نبّه عليه تعالى بقوله : ﴿**فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا...فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين**﴾[1] . فإن كان في ملكه عبد فاضل عن حاجته فواجبه الإعتاق . وإن احتاج إلى خدمته لمرضه أو كبره أو زمانته أو ضخامته المانعة له من خدمة نفسه عادة فهو كالمعدوم ، كما أنّ الماء المحتاج إليه للعطش كالمعدوم في جواز التيمّم . وكذا لو كان من أهل المروّات ، ومنصبه يأبى من أن

---

(١) المجادلة : ٣ ـ ٤ .

. . . . . .

يخدم نفسه ويباشر الأعمال التي تستخدم فيها المماليك ، فلا يكلّف صرفه إلى الكفّارة . والمعتبر في ذلك العادة الغالبة .

ولو لم يملك عين الرقبة وملك ثمنها وقدر على شرائها فهو واجد . ويشترط أن يكون فاضلاً عن حاجة دينهِ ولو لم يطالب به ، ومسكنهِ وثياب بدنه اللائقة به عادة ، ودابّةِ ركوبه المحتاج إليها لعادة أو عجز ، ونفقتهِ وكسوته اللائقة بحاله ، ونفقةِ عياله الواجبي النفقة ، ومنه كسوتهم وما لا بدّ منه من الأثاث .

ولم يقدّر الأكثر هنا للنفقة والكسوة مدّة ، فيمكن أن يكون المعتبر كفاية العمر، ويتحقّق ذلك بملك ما يحصل من نمائه إدرار النفقة في كلّ سنة بما يقوم بكفايته ، ونحو ذلك . ويمكن أن يريدوا به مؤونة السنة ، لأن المؤونات تتكرّر فيها ويتجدّد الإعداد لها. وأن يريدوا به قوت يوم وليلة زيادة على المحتاج إليه في الوقت الحاضر من الكسوة والأمتعة .

ولعدم ورود التقدير فى كلامهم هنا وفي النصوص عدل المصنّف إلى قوله : «وقيل : حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة» . ولم يذكر للعجز عن الرقبة لما ذكرناه .

ويظهر من المبسوط ترجيح المعنى الأول ، لأنه قال : «إما أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفاية، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام ، لأنه واجد ، وإن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد عليه شيئاً فإن فرضه الصيام»[1] .

---

(١) المبسوط ٦: ٢١١.

. . . . . .

وفي الدروس[١] قطع بالمعنى الثالث ، وهو اعتبار قوت يوم وليلة . وهذا أقوى ، لأن الكفّارة بمنزلة الدَّين فيستثنى فيها ما يستثنى فيه . وأما الكسوة المحتاج إليها في الوقت فمستثناة وإن بقيت بعد ذلك مدّة طويلة بغير خلاف . وكذلك المسكن والخادم .

وحيث كان المعتبر قوت اليوم والليلة ، فلو كانت مؤونته تستدرّ من ضيعة أو تجارة ، ويحصل منهما كفايته بلا مزيد ، ولو باعهما لتحصيل عبد لارتدّ إلى حدّ المساكين ، كلّف ذلك واستثني من ثمنه ما ذكروا . ولو اعتبرنا قوت السنة أو الدوام لم يقع .

واختلف كلام العلّامة ، ففي التحرير[٢] أوجب بيعهما ، وفي القواعد[٣] قطع بعدم الوجوب ، مع أنه لم يبيّن المراد من النفقة المستثناة له ، ولكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت اليوم والليلة .

ولا فرق مع وجدان الثمن والرقبة بين بذل مالكها له بثمن المثل فما دون وأزيد منه على الأقوى ، لتحقّق القدرة ، إلّا مع الإجحاف المفرط المؤدّي إلى الضرر .

ولو لم يملك الرقبة ولا ثمنها ، وبذل له أحدهما هبة، فالأقوى عدم وجوب القبول، دفعاً للمنّة . وفي استحباب القبول وجهان . أما الجواز فلا ريب فيه ، كما يجزي لو تكلّف العاجز أصلاً بالاستدانة ، وبالموجود مع الدَّين غير المطالب به ، وبالنفقة المستثناة حيث يستثنى له ما يحتمل ذلك .

---

(١) الدروس الشرعيّة ٢ : ١٨٠ .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١١٣ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٧ .

ولو كان الخادم غالياً بحيث يتمكّن من الاستبدال منه ببعض ثمنه ، قيل : يلزم بيعه ، لإمكان الغنى عنه . وكذا قيل في المسكن إذا كان غالياً وأمكن تحصيل البدل ببعض الثمن . والأشبه أنه لا يباع ، تمسّكاً بعموم النهي عن بيع المسكن.

ومع تحقّق العجز عن العتق يلزم في الظهار والقتل خطأً صوم شهرين متتابعين . وعلى المملوك صوم شهر . فإن أفطر في الشهر الأول من غير عذر استأنف . وإن كان لعذر بنى . وإن صام من الثاني ولو يوماً أتمّ . وهل يأثم مع الإفطار ؟ فيه تردّد ، أشبهه عدم الإثم [فيه] .

قوله : «ولو كان الخادم...الخ» .

الخادم المستثنى له والمسكن إن كانا معدومين استثني له ثمن ما يليق به منهما عادة ، كيفيّة وكمّية ، ولا يستثنى له النفيس الزائد عن المعتاد . وإن كان موجوداً له بالفعل وهو بقدر الحاجة واللائق بحاله فلا كلام . وإن كان زائداً في النفاسة بحيث يمكن الاعتياض بثمنه ما يكفيه ويفضل منه ثمن رقبة مع كونه غير زائد عن حاله عادة ، ففي وجوب بيعه والاعتياض عنه بما دونه وجهان، من تحقّق القدرة على الرقبة مع مراعاة المستثنى ، فإن المعتبر منه النوع لا الشخص ، فيجب البيع لتوقّف الواجب عليه ، ومن أنه عين المستثنى، مع عموم النهي[1] عن بيع الخادم والمسكن . وهذا هو الأقوى ، خصوصاً إذا كان مألوفاً ، فإن فراق المألوف إضرار بالمكلّف ، وقد روعي في حاله ما هو نظير ذلك أو دونه.

قوله : «ومع تحقّق العجز...الخ» .

إذا انتقل فرضه في المرتّبة إلى الصوم فالواجب منه صوم شهرين متتابعين

---

(١) لاحظ الوسائل ١٣ : ٩٤ ب «١١» من أبواب الدَّين .

. . . . . .

إن كان حرّاً إجماعاً . وإن كان عبداً فالمشهور أنه على النصف مطلقاً . وذهب جماعة من الأصحاب ـ منهم أبو الصلاح[١] وابن إدريس[٢] وابن زهرة[٣] ـ إلى أنه في الظهار كالحرّ ، استناداً إلى عموم الآية[٤] . والأقوى المشهور، لصحيحة محمد بن حمران عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن المملوك أعليه ظهار ؟ فقال: نصف ما على الحرّ صوم شهر ، وليس عليه كفّارة من صدقة ولا عتق»[٥] . والآية مخصوصة بهذا الخبر بناءً على جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد ، مع أن ظاهر الآية أن الأمر فيها متوجّه إلى الحرّ بقرينة الأمر بتحرير الرقبة والإطعام ، فتكون مخصوصة ابتداءً .

ويتحقّق التتابع في الشهرين بصوم شهر متتابع ومن الثاني شيئاً ولو يوماً ، فإذا فرّق بعد ذلك لم يقدح في التتابع إجماعاً منّا ، ولكن هل يأثم ؟ قيل : نعم ، لأن تتابع الشهرين إنما يتحقّق لغة وعرفاً بإكمالهما، فإذا لم يحصل فلا أقلّ من الإثم ، ولا استبعاد في الإجزاء معه للنصّ . وذهب الأكثر إلى عدم الإثم بذلك ، للأصل ، ولأن التتابع إن صدق بذلك فلا وجه للإثم ، لتحقّق الامتثال ، وإلا لم يجز ، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال : «والتتابع أن يصوم شهراً ومن الآخر أيّاماً أو شيئاً منه»[٦] الحديث . ووجّه مع الخبر : أن التتابع وقع

---

(١) الكافي في الفقه : ٣٠٤.

(٢) السرائر ٢ : ٧١٣.

(٣) الغنية (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٤٧.

(٤) المجادلة : ٣ ـ ٤.

(٥) الكافي ٦ : ١٥٦ ح ١٣ ، الفقيه ٣ : ٣٤٦ ح ١٦٦١ ، التهذيب ٨ : ٢٤ ح ٧٩ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٢ ب «١٢» من أبواب الظهار ح ١.

(٦) الكافي ٤ : ١٣٨ ح ٢ ، التهذيب ٤ : ٢٨٣ ح ٨٥٦ ، الوسائل ٧ : ٢٧٣ ب «٣» من أبواب =

. . . . . .

صفة للشهرين لا للأيّام ، وتتابع الشهرين يحصل بالشروع في الثاني متابعاً للأول. وفيه نظر . والأولى الاعتماد على النصّ .

ولو كان المكفّر بالصوم عبداً فالمشهور تحقّق المتابعة بخمسة عشر يوماً ، فيجوز تفريق الباقي . وكذا لو وجب على الحرّ صوم متتابع بنذر وشبهه ، لرواية الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل جعل على نفسه صوم شهرفصام خمسة عشريوماً ثم عرض له أمر ، فقال : «جائز له أن يقضي ما بقي عليه ، وإن كان أقلّ من خمسة عشر يوماً لم يجز له حتى يصوم شهراً تامّاً»[١]. ومثله روى موسى بن بكر[٢] عن الصادق عليه السلام . وفي طريق الروايتين ضعف بموسى بن بكر ، لكن العمل بمضمونهما مشتهر بين الأصحاب أو متّفق عليه. ومع ذلك فهما ظاهرتان في الشهر المنذور ، أما ما يجب كفّارة على العبد فلا ، لكن ألحقه الشيخ[٣] وأتباعه[٤]، والمصنّف تردّد فيه في الصوم[٥] وجزم به هنا .

واعلم أنه مع الإخلال بالمتابعة حيث تعتبر يفسد صوم الماضي ويجب الاستئناف، وهل يأثم بذلك ؟ قيل : نعم ، لأنه إبطال للعمل وهو منهيّ[٦] عنه . ويحتمل عدم الإثم ، لأن العبادة لم تبطل في نفسها ، إذ صوم كلّ يوم منفك عن

= بقيّة الصوم الواجب ح ٩.

(١ و ٢) الكافي ٤ : ١٣٩ ح ٦، الفقيه ٢ : ٩٧ ح ٤٣٦، التهذيب ٤ : ٢٨٥ ح ٨٦٣ و ٨٦٤، الوسائل ٧ : ٢٧٦ ب «٥» من أبواب بقيّة الصوم الواجب .

(٣) المبسوط ١ : ٢٨٠ .

(٤) راجع الوسيلة : ١٤٦، إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٦ : ٢٥٣ .

(٥) في ج ١ : ٢٣٧ .

(٦) في الآية ٣٣ من سورة محمد .

والعذر الذي يصحّ معه البناء : الحيض ، والنفاس ، والمرض ، والإغماء ، والجنون . أما السفر ، فإن اضطرّ إليه كان عذراً ، وإلّا كان قاطعاً للتتابع .

ولو أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما لم ينقطع التتابع . ولو أفطرتا خوفاً على الولد قال في المبسوط[١] : ينقطع ، وفي الخلاف[٢] : لا ينقطع ، وهو أشبه .

ولو أكره على الإفطار لم ينقطع التتابع ، سواء كان إجباراً كمن وجر الماء في حلقه ، أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل . وهو اختيار الشيخ في الخلاف[٣] ، وفي المبسوط[٤] قال بالفرق .

الآخر ، فإذا مضى النهار وحكم بانعقاده لا يلحقه البطلان بعد ذلك . نعم ، اللازم من الإخلال بالمتابعة عدم الإجزاء عن الكفّارة لا بطلان ما مضى رأساً . وتظهر الفائدة في حصول الثواب على ما مضى صحيحاً في الجملة على الثاني دون الأول . ويظهر من الشيخ فخر الدين[٥] الإجماع على الإثم بالإخلال بالمتابعة . وفيه نظر .

قوله : «والعذر الذي يصحّ....الخ».

لمّا بيّن اشتراط التتابع في صوم الشهرين نبّه على مواضع يمنع الصوم ولا يقطع التتابع ، ومواضع مختلف فيها :

فمنها: عروض الحيض والنفاس. وهما غير قاطعين للتتابع إجماعاً، لأنهما طبيعيّان لا اختيار فيهما للمكلّف ، فلو قطعا التتابع لزم عدم إمكان الصوم عن

(١ و ٤) المبسوط ٥ : ١٧٢ .

(٢ و ٣) الخلاف ٤ : ٥٥٥ مسألة (٥٠ و ٥١) .

(٥) إيضاح الفوائد ٤ : ١٠٠ .

. . . . . .

الكفّارة لذات الحيض غالباً وهو حرج ، والتأخير إلى بلوغ[١] سنّ اليأس تغرير بالواجب وغير موثوق بالبقاء إليه . وفي معناهما : المرض المانع من الصوم والإغماء ، لاشتراك الجميع في المقتضي وهو عدم اختيار المكلّف في الإفطار ، خلافاً لبعض العامّة[٢] حيث حكم بقطع المرض فارقاً بينه وبين الحيض بأن المرض لا ينافي الصوم بذاته ، وإنما خرج عنه بفعله ، بخلاف الحيض . وجوابه منع عدم المنافاة، فإن المرض الذي يتضرّر معه بالصوم مانع منه وإن لم يفطر بنفسه ، فكان كالحيض .

ويدلّ على حكم الأمرين صحيحة رفاعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهراً ومرض ، قال : يبني عليه ، الله حبسه ، قلت : امرأة كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت وأفطرت أيّام حيضها ، قال : تقضيها ، قلت : فإن قضتها ثم يئست من الحيض ، قال : لا تعيدها أجزأها ذلك»[٣] . ومثله صحيحة محمد بن مسلم[٤] عن أبي جعفر عليه السلام .

ومنها : السفر . فإن عرض في الأثناء ولم يكن ضروريّاً قطع التتابع اتّفاقاً ، لأن القطع جاء من قبل المكلّف ، فكان كالإفطار بغيره . وإن كان ضروريّاً ـ وهو الذي يخاف بتركه على نفسه أو ماله وما في معناه ـ جاز الإفطار ولم يقطع التتابع ، لأنه بالاضطرار إليه كالمضطرّ إلى الإفطار بالمرض ونحوه . ويجب تقييده

---

(١) في «ق» وهامش «ط» : إلى صريح .

(٢) انظر الحاوي الكبير ١٠ : ٥٠٠ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥٩٦، روضة الطالبين ٦ : ٢٧٧ .

(٣ و ٤) التهذيب ٤ : ٢٨٤ ح ٨٥٩ و ٨٦٠ ، الاستبصار ٢ : ١٢٤ ح ٤٠٢ و ٤٠٣ ، الوسائل ٧ : ٢٧٤ ب «٣» من أبواب بقيّة الصوم الواجب ح ١٠ و ١١ .

بما إذا لم يعلم قبل الشروع فيه بعروض السفر في أثنائه ، وإلّا كان الشروع فيه مع العلم بعروضه كالشروع فيه في زمان لا يسلم له صوم ما يحصل به التتابع .

ومنها : لو أفطرت الحامل أو المرضع . فإن كان للخوف على أنفسهما لم ينقطع التتابع ، لأن ذلك بمنزلة المرض . ولو أفطرتا خوفاً على الولد فللشيخ قولان :

أحدهما[١] : أنه كذلك ، لاشتراكهما في الضرورة المسوّغة للإفطار ، فكان عذراً . وهو الأقوى .

والثاني[٢] : أنه يقطع التتابع ، لأنهما يفطران لغيرهما ، بخلاف المريض ، ولهذا فارقتا المريض في لزوم الفدية في رمضان . وفي حكم إفطارهما لضرورة الولد إفطار منقذ الغير من الهلاك .

ومنها : المكرَه على الإفطار لا ينقطع تتابعه ، سواء رفع اختياره أصلاً كما لو وُجر في جوفه ما يفطر به ، أم لا كما إذا توعّده بالضرب حتى أفطر ، لاشتراكهما في الإكراه المسوّغ للإفطار ، فكان عذراً ، خلافاً للشيخ[٣] حيث فرّق بينهما، فجعل الثاني قاطعاً للتتابع ، لأنه فعل المفطر باختياره ، بخلاف الأول . وهو ممنوع، لاشتراك الأمرين في الإكراه عرفاً ، فيدخل تحت عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «رفع عن أُمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٤].

ومن المواضع المختلف في قطعه بها ولم يذكره المصنّف ما لو نسي النيّة

(١ و ٢) انظر الهامش (٢ و ١) في ص : ٨٦.

(٣) انظر الهامش (٤) في ص : ٨٦.

(٤) المصنّف لابن أبي شيبة ٥ : ٤٩ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥٩ ح ٢٠٤٥ ، علل الحديث ١ : ٤٣١ ح ١٢٩٦.

ولو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصحّ صومه عن الكفّارة ـ كشهر رمضان والأضحى ـ بطل التتابع .

في بعض أيّام الشهر الأول ولم يذكر إلّا بعد الزوال ، فإن الصوم يفسد ، ولكن هل يقطع التتابع وجهان ؟ من ارتفاع حكم النسيان بالخبر ، وانقطاع التتابع حكم من أحكامه فيكون مرتفعاً ، ومن أن المعتبر وجوب شهرين متتابعين وببطلان يوم منها لا تتحقّق المتابعة ، وترك النيّة بإهماله ، إذ هو مخاطب بإيقاعها كلّ ليلة ، فالتفريط منسوب إليه ، إذ كان يجب عليه الاستعداد لها .

وفي الدليل من الجانبين نظر ، لأن ظاهر الحديث ارتفاع المؤاخذة عليه لا جميع الأحكام ، والقدرة على دفع النسيان مطلقاً بديهيّ البطلان . والأقوى أنه عذر حيث لا تقصير .

قوله : «ولو عرض ....الخ».

حيث كان التتابع واجباً وجب تحرّي زمان يسلم فيه القدر المعتبر منه من باب مقدّمة الواجب . فلو شرع فيه في زمان لا يسلم فيه شهر ويوم ، كما لو شرع فيه في أول شعبان أو بعد العشر الأول من ذي القعدة ونحو ذلك ، لم يصحّ . وفي صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في رجل صام في ظهارٍ شعبان ثم أدركه شهر رمضان قال: «يصوم شهر رمضان ويستأنف الصوم ، فإن صام في الظهار فزاد في النصف يوماً قضى بقيّته»[1].

ثم إن علم ابتداءً بعدم السلامة لم ينعقد الصوم أصلاً ، لعدم اجتماع الشرائط المعتبرة فيه حينئذٍ . وإن لم يعلم بذلك حتى شرع ، كما لو ابتدأ به تاسع ذي القعدة فاتّفق نقصان الشهر ، انقطع التتابع حينئذٍ ، لتبيّن عدم الشرط .

---

(١) الكافي ٤ : ١٣٩ ح ٥ ، الفقيه ٢ : ٩٧ ح ٤٣٧ ، التهذيب ٤ : ٢٨٣ ح ٨٥٧ ، الوسائل ٧ : ٢٧٥ ب « ٤» من أبواب بقيّة الصوم الواجب ح ١ .

. . . . . .

ويحتمل عدم جواز الشروع فيه على هذا الوجه ، لعدم الوثوق بإكمال العدد . ويضعّف بأن الوثوق غير شرط[١]، والأصل عدم نقصان الشهر . ويحتمل على هذا أن يعذر في انقطاع التتابع ، لأن النقصان وقع بغير اختياره بعد أن حكم بصحّته .

وعلى كلّ حال ، فقول المصنّف : «لو عرض في أثناء الشهر الأول ـ إلى قوله ـ بطل التتابع» ليس بجيّد، لأن بطلان التتابع فرع صحّة الصوم ، ومتى عرض ذلك في أثناء الشهر الأول كما مثّل فالشرط معلوم فقده ابتداءً فلا ينعقد الصوم ، ولا ينسب الحكم إلى بطلان التتابع ، إلّا أن يحمل على ما لو احتمل السلامة فعرض المانع كما صوّرناه . وكذا قوله : «عرض في أثناء الشهر الأول» فإن الحكم غير مقصور عليه . والأولى التعبير[٢] بعروض المانع من الصوم في أثناء العدد المعتبر في التتابع ، ليشمل ذلك اليوم الذي بعد الشهر الأول .

هذا كلّه في حقّ العالم بالأهلّة . أما المحبوس الذي يصوم بالظنّ لو توخّى شهرين فعرض المانع من الصوم قبل أن يكمل شهراً ويوماً ، فالأقوى عدم انقطاع التتابع ، لأن ذلك عذر في حقّه كالمرض والحيض وغيرهما .

---

(١) في «ق ، ط ، م» والحجريّتين : مشترط .

(٢) كذا في الحجريّتين ، وفي «ق ، ط ، م» : التعيين لعروض ، وفي «د ، و» : التعيين بعروض .

القول في : الإطعام

ويتعيّن الإطعام في المرتّبة مع العجز عن الصيام .

ويجب إطعام العدد [المعتبر] لكلّ واحد مدّ ، وقيل : مدّان ومع العجز مدّ ، والأول أشبه . ولا يجزي إعطاء ما دون العدد المعتبر وإن كان بقدر إطعام العدد .

ولا يجوز التكرار عليهم من الكفّارة الواحدة مع التمكّن من العدد . ويجوز مع التعذّر .

ويجب أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله . ولو أعطى ممّا يغلب على قوت البلد جاز . ويستحبّ أن يضمّ إليه إداماً أعلاه : اللحم ، وأوسطه : الخلّ ، وأدونه : الملح .

قوله : «ويتعيّن الإطعام في المرتّبة....الخ» .

إذا عجز في المرتّبة عن صوم الشهرين انتقل فرضه إلى الإطعام ، قال تعالى : ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً﴾[1] . ويتحقّق العجز عنه بالمرض المانع منه ، أو ما يحصل به مشقّة شديدة وإن رجي برؤه ، أو بالخوف من زيادته ، أو بالهرم ونحوه . ولا يلحق به السفر وإن منع حالته ، لأنه مستطيع للصوم بالإقامة غالباً . نعم ، لو تعذّرت أمكن الجواز .

ثم الكلام في هذه الجملة يقع في مواضع :

أحدها : في قدر الطعام . والمشهور خصوصاً بين المتأخّرين أنه قدر مدّ لكلّ مسكين . وقد تقدّم[2] في حديث الأعرابي أن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم

---

(١) المجادلة : ٤ .

(٢) في ص : ١٤ ، هامش (٦) ، وانظر ج ٩ : ٤٨٤ ، هامش (١) .

أُتي بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعاً فقال : «خذ هذا فأطعم عنك ستّين مسكيناً» وهذا المبلغ إذا قسّم على ستّين كان لكلّ واحد منهم مدّ ، لأن الصاع أربعة أمداد . وروى عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام : «إذا قتل خطأ أدّى ديته ثم أعتق رقبة ، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع أطعم ستّين مسكيناً مدّاً مدّاً»[١] ولقوله تعالى : ﴿فإطعام ستّين مسكيناً﴾ الشامل للمدّ وما فوقه وما دونه لكن خرج ما دونه بالإجماع فيبقى الباقي مجزياً .

وقال الشيخ في كتبه[٢] الثلاثة الفروعيّة : أقلّه مدّان ، محتجّاً بإجماع الفرقة وطريقة الاحتياط . وجوابه : منع الاجماع ، والاحتياط قد يكون في الأقلّ كما إذا أوصى بالكفّارة ولم يبيّن القدر وله أطفال ونحو ذلك .

والمعتبر من المدّ الوزن لا الكيل عندنا ، لأن المدّ الشرعي مركّب من الرطل ، والرطل مركّب من الدرهم ، والدرهم مركّب من وزن الحبّات ، ويسمّى درهم الكيل . ويتركّب من المدّ الصاع ، ومن الصاع الوسق . فالوزن أصل الجميع ، وإنما عدل إلى الكيل في بعض المواضع تخفيفاً.[٣] وتظهر الفائدة في اعتبار الشعير بالكيل والوزن ، فإنهما مختلفان جدّاً بالنسبة إلى مقدار البرّ بالكيل.

وثانيها : المصروف إليه وهو ستّون مسكيناً . ولا يجزي الصرف إلى ما دون الستّين وإن راعى العدد في الدفع ، بأن دفع إلى مسكين واحد في ستّين يوماً ، خلافاً لأبي حنيفة[٤] حيث اجتزأ بالصرف إلى واحد في ستّين يوماً . ولا

---

(١) التهذيب ٨ : ٣٢٢ ح ١١٩٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٩ ب «١٠» من أبواب الكفّارات .

(٢) النهاية : ٥٦٩ ، المبسوط ٥ : ١٧٧ ، الخلاف ٤ : ٥٦٠ مسألة (٦٢) .

(٣) في «د ، م» : تحقيقاً .

(٤) المبسوط للسرخسي ٧ : ١٧ ، الهداية للمرغيناني (بهامش شرح فتح القدير) ٤ : ١٠٦ ، =

. . . . . .

يجزي الصرف إليه دفعة إجماعاً .

لنا : أن إطعام الستّين مسكيناً يشتمل على وصف وهو المسكنة ، وعلى عدد وهو الستّون ، فكما لا يجوز الإخلال بالوصف لا يجوز الإخلال بالعدد ، كما أن قوله تعالى : ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾[١] فيه تعرّض لوصف وعدد ، وكما لم يجز الإخلال بالوصف لم يجز الإخلال بالعدد ، حتى لا[٢] يكون شهادة واحد مرّتين كشهادة اثنين . ولا فرق بين كون العدد مجتمعين في بلد واحد أو بلدان كثيرة مع إمكان التوصّل إليهم ، فيجب السعي على إطعام العدد ، لتوقّف الواجب عليه . فإن تعذّر الوصول إلى العدد جاز حينئذٍ الاقتصار على الممكن ، وفرّق العدد عليهم بحسب الأيّام ، حتى لو لم يجد سوى واحد فرّق عليه في ستّين يوماً .

هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ومستنده لا يخلو من ضعف . والآية ظاهرة في عدم إجزاء ما دون العدد مطلقاً ، فيبقى في الذمّة إلى أن يوجد . مع أنه روى إسحاق بن عمّار في الموثّق قال : «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن إطعام عشرة مساكين أو إطعام ستّين مسكيناً ، أيجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه ؟ فقال : لا ولكن يعطي إنساناً إنساناً كما قال الله تعالى»[٣] . والشيخ[٤] والجماعة[٥] حملوا

= حلية العلماء ٧ : ٢٠٠ .

(١) الطلاق : ٢ .

(٢) في «ق ، ط» : حتى يكون .

(٣) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى : ٥٩ ح ١١٧ ، تفسير العيّاشي ١ : ٣٣٦ ح ١٦٦ ، التهذيب ٨ : ٢٩٨ ح ١١٠٣ ، الاستبصار ٤ : ٥٣ ح ١٨٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٦٩ ب «١٦» من أبواب الكفّارات ح ٢ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٩٨ ذيل ح ١١٠٣ ، الاستبصار ٤ : ٥٤ ذيل ح ١٨٥ .

(٥) في «د» والحجريّتين : وجماعة . لاحظ كشف الرموز ٢ : ٢٦٥ .

ذلك على حالة الاختيار ووجود العدد ، اما مع تعذّره فيجزي ، لرواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن لم يجد في الكفّارة إلّا الرجل والرجلين فليكرّر عليهم حتى يستكمل العشرة ، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غداً»[١] . ولا يخفى عليك ضعف سند هذه الرواية ، لكن الحكم مشهور لا رادّ له .

وثالثها : جنس الطعام . والمعتبر منه القوت الغالب من الحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما . وأما قوله تعالى في كفّارة اليمين : ﴿**من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾[٢] فإما كناية عن الغالب ، أو محمول على الفضل . ويجزي التمر والزبيب .

ويستحبّ أن يضمّ إليه الأدم ، وهو ما جرت العادة بأكله مع الخبز ، مائعاً كان كالزيت والدبس ، أو جامداً كالجبن واللحم .

وقال المفيد[٣]: يجب ضمّه إليه ، وتبعه تلميذه سلّار[٤] ، لرواية أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام وقد سأله عن ﴿**أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾ فقال : «ما تقوّتون به عيالكم من أوسط ذلك ، قلت : وما أوسط ذلك ؟ قال : الخلّ والزيت والتمر والخبز ، يشبعهم به مرّة واحدة»[٥] ورواية أبي جميلة عن أبي

---

(١) الكافي ٧ : ٤٥٣ ح ١٠ ، التهذيب ٨ : ٢٩٨ ح ١١٠٢ ، الاستبصار ٤ : ٥٣ ح ١٨٤ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ١ .

(٢) المائدة : ٨٩ .

(٣) المقنعة : ٥٦٨ .

(٤) المراسم : ١٨٦ .

(٥) الكافي ٧ : ٤٥٤ ح ١٤ ، التهذيب ٨ : ٢٩٦ ح ١٠٩٥ ، الاستبصار ٤ : ٥٢ ح ١٧٨ وفيه : ما تعولون ، الوسائل ١٥ : ٥٦٦ ب « ١٤ » من أبواب الكفّارات ح ٥ .

ويجوز أن يعطي العدد متفرّقين ، ومجتمعين ، إطعاماً وتسليماً .

ويجزي إخراج الحنطة [والشعير] والدقيق والخبز .

ولا يجزي إطعام الصغار منفردين ، ويجوز منضمّين . ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد .

عبدالله عليه السلام قال :« كفّارة اليمين عتق رقبة ، وإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، أو كسوتهم ، والوسط : الخلّ والزيت ، وأرفعه : الخبز واللّحم»[1]. وحملتا على الاستحباب ، لصدق الطعام بدونه . ولحسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ : ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ قال : «هو ما يكون ـ إلى أن قال ـ : وإن شئت جعلت لهم إداماً ، والإدام أدناه : ملح ، وأوسطه : الزيت والخلّ ، وأرفعه : اللحم»[2].

قوله : «ويجوز أن يعطي العدد....الخ».

ما تقدّم[3] من تقدير الإطعام بالمدّ والمدّين إنما هو مع تسليمه إلى المستحقّ، وذلك غير لازم، بل يتخيّر بينه وبين أن يطعمه إلى أن يشبع ، لصدق الإطعام بذلك ، بل ربما كان أدخل في معناه . وحينئذٍ فلا يتقدّر بقدر . وكما يجوز إطعام العدد وتسليمهم مجتمعين ، يجوز متفرّقين ، لصدق الإطعام على التقديرين.

ثم إن سلّم المدّ فلا فرق بين الكبير والصغير . وإن اقتصر على الإطعام اشترط كونهم كباراً أو مختلطين من الصغار والكبار ، فلو انفرد الصغار بالأكل

(١ و ٢) الكافي ٧: ٤٥٢ ح ٥ و ٧، التهذيب ٨: ٢٩٦ ح ١٠٩٧ و ١٠٩٨، الاستبصار ٤: ٥٢ ح ١٧٩ و ١٨٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ و ٣، وفيما عدا التهذيب : أو إطعام.

(٣) في ص : ٩١ ـ ٩٢.

احتسب الاثنان منهم بواحد . أما جواز احتساب المختلطين فلصدق إطعام العدد ، وفي حسنة الحلبي السابقة[١] أنه يكون في البيت من يأكل أكثر من المدّ ، ومنهم من يأكل أقلّ من المدّ ، فبيّن ذلك بقوله تعالى : ﴿**من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾ . وظاهر النصّ والفتوى عدم الفرق بين كون الكبار بقدر الصغار وأقلّ . ويدلّ على عدم إجزاء الصغار منفردين رواية غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يجزي إطعام الصغير في كفّارة اليمين ، ولكن صغيرين بكبير»[٢].

والرواية ضعيفة السند ، لكن ضعفها منجبر بالشهرة عندهم . وظاهرها وإن كان يقتضي عدم إجزاء الصغير مطلقاً إلّا أنها محمولة على حالة انفراد الصغار ، جمعاً بينها وبين رواية أبي بصير السابقة ورواية يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال : «سألته عن رجل عليه كفّارة إطعام مساكين ، أيعطي الصغار والكبار سواء والرجال والنساء ، أو يفضّل الكبار على الصغار ، والرجال على النساء ؟ فقال : كلّهم سواء»[٣].

ويمكن أن يقال في هذه الرواية : إنها تدلّ على حكم التسليم ، ولا نزاع في استواء الصغير والكبير فيه ، إنما الكلام في الإطعام وهي لا تدلّ عليه . ورواية أبي بصير[٤] المتضمّنة لاختلاف الآكلين في البيت لا تدلّ على التسوية أيضاً بين

---

(١) في الصفحة السابقة ، هامش (٢) .

(٢) الكافي ٧ : ٤٥٤ ح ١٢ ، التهذيب ٨ : ٢٩٧ ح ١١٠٠ ، الاستبصار ٤ : ٥٣ ح ١٨٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٧٠ ب «١٧» من أبواب الكفّارات ح ١ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٩٧ ح ١١٠١ ، الاستبصار ٤ : ٥٣ ح ١٨١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

(٤) هذا سهو من قلمه الشريف «قده» واختلاف الآكلين إنّما ورد في حديث الحلبي المذكور في الصفحة السابقة هامش (١) ، لا في رواية أبي بصير المذكورة في ص : ٩٤ ، هامش (١٠) .

. . . . . .

الصغير والكبير ، لأن الاختلاف في الأكل يتحقّق في الكبار أيضاً . وتبقى رواية غياث لا معارض لها إن اعتبرت، لكن عموم الآية[١] يقتضي الاكتفاء بالصغير في الإطعام كالكبير مطلقاً . وحينئذٍ فيمكن أن يقال : خرج منه ما إذا انفرد الصغار بالاتّفاق عليه فيبقى الباقي ، ولا التفات حينئذٍ إلى دلالة الروايات وإن كانت هي أصل الوفاق على حكم الصغار .

إذا تقرّر ذلك فتمام البحث يتوقّف على أُمور :

الأول : الواجب على تقدير الإطعام إشباعه مرّة واحدة على المشهور، لصدق الإطعام المأمور به في الآية[٢] بها ، ولرواية أبي بصير السابقة[٣] وقال فيها : «يشبعهم به مرّة واحدة» . وقال المفيد[٤] وجماعة[٥] : يشبعه في يومه . وقال ابن الجنيد[٦]: يشبعه في الغداء والعشاء . والأصحّ الأول .

الثاني : لا يتقدّر الإشباع بقدر بل ما يحصل به عادة ، سواء زاد عن المدّ أم نقص . فلو لم يكفه المدّ زاده حتى يشبع ، كما أنه لو شبع بدونه كفى .

الثالث : يجزي إخراج المدّ من الحنطة والدقيق والخبز ، وإن توقّف الأوّلان على عمل زائد إلى أن يصير مأكولاً بالفعل، للعموم[٧] . وقال ابن الجنيد[٨]: تجب مؤونة طحنه وخبزه وأدمه . وفي حسنة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه

(١ و ٢) المجادلة : ٤ .

(٣) في ص : ٩٤ ، هامش (١٠) .

(٤) المقنعة : ٥٦٨ .

(٥) انظر الكافي في الفقه : ٢٢٧ ، المراسم : ١٨٦ ، المهذّب ٢ : ٤١٥ .

(٦ و ٨) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٦٦ .

(٧) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٥٩ ب «١٠» و «١٢» من أبواب الكفّارات تجد الأحاديث عامّة في ذلك .

. . . . . .

السلام : «في كفّارة اليمين مدّ من حنطة وحفنة ، لتكون الحفنة في طحنه وحطبه»[١]. وهو محمول على الأفضليّة جمعاً .

الرابع : المعتبر إخراج عين الطعام ، فلا تجزي القيمة . نعم ، لو أراد الاقتصار على بعض الواجب جاز شراؤه من المستحقّ بعد احتسابه عليه ثم احتسابه على غيره على كراهة ، فيتأدّى الواجب بمدّ واحد .

الخامس : لا يجوز نقصان المستحقّ عن المدّ على تقدير التسليم وإن كثر المستحقّون وضاق العدد ، بل يتخيّر منهم بعدد الواجب . فلو دفع الستّين إلى مائة وعشرين أجزأ عنه نصف المخرج ، ووجب أن يكمل لستّين منهم ثلاثين مدّاً كلّ واحد نصف مدّ . ثم إن علم الباقون بالحال جاز الرجوع عليهم بما زاد ، وإلّا فمع بقاء العين خاصّة. وكذا لو دفع إلى الواحد أزيد من مدّ .

السادس : لا تقدير في الكبر والصغر[٢] شرعاً ، فيرجع فيهما إلى العرف . ولا يختصّ الكبير بالبالغ ، بل العبرة بكثرة الأكل وقلّته بحيث يقارب الأكل المتوسّط من الكبار ، ولعلّ بلوغ عشر سنين يقارب ذلك غالباً .

السابع : لو أخرج الحنطة أو الزبيب ونحوهما اشترط كونه سليماً من العيب وممازجة غيره كالزّؤان والتراب . ويعفى عن المعتاد منهما ومن نحوهما .

---

(١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى : ٦١ ح ١٢٢ ، الكافي ٧ : ٤٥٣ ح ٩ ، التهذيب ٨ : ٢٩٧ ح ١٠٩٩ ، الوسائل ١٥ : ٥٦٥ ب « ١٤ » من أبواب الكفّارات ح ٤ .

(٢) فيما عدا « و » : الكبير والصغير .

ويستحبّ الاقتصار على إطعام المؤمنين، ومن هو بحكمهم، كالأطفال . وفي المبسوط : يصرف إلى من تصرف إليه زكاة الفطرة ، ومن لا يجوز هناك لا يجوز هنا.

والوجه جواز إطعام المسلم الفاسق . ولا يجوز إطعام الكافر ، وكذا الناصب .

قوله : «ويستحبّ الاقتصار....الخ» .

للأصحاب في اشتراط الإيمان في المستحقّ للكفّارة أقوال :

أحدها : أنه ليس بشرط ، بل يكفي الاسلام حيث لا يكون محكوماً بكفره من فرقهم كالناصب . وهو مختار المصنّف ، لعموم قوله تعالى : ﴿فإطعام ستّين مسكيناً﴾[١] و : ﴿إطعام عشرة مساكين﴾[٢] وخصوص صحيحة يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال : «سألته عن رجل عليه كفّارة إطعام مساكين ، أيعطي الصغار والكبار سواء ، والرجال والنساء ، أو يفضّل الكبار على الصغار ، والرجال على النساء ؟ فقال : كلّهم سواء ، ويتمّم إذا لم يقدر من المسلمين وعيالاتهم تمام العدّة التي تلزمه أهل الضعف ممّن لا ينصب»[٣] . وموثّقة إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام وقد سأله عن الكفّارة وقال : «قلت : فيعطيه ضعفاء من غير أهل الولاية ؟ قال : نعم وأهل الولاية أحبّ إليّ»[٤].

---

(١) المجادلة : ٤ .

(٢) المائدة : ٨٩.

(٣) التهذيب ٨ : ٢٩٧ ح ١١٠١ ، الاستبصار ٤ : ٥٣ ح ١٨١ ، الوسائل ١٥ : ٥٧٠ ب «١٧» من أبواب الكفّارات ح ٣ ، وذيله في ص : ٥٧١ ب «١٨» ح ١ .

(٤) تفسير العيّاشي ١ : ٣٣٦ ح ١٦٦ ، التهذيب ٨ : ٢٩٨ ح ١١٠٣ ، الاستبصار ٤ : ٥٣ ح ١٨٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٧١ ب «١٨» من أبواب الكفّارات ح ٢ .

وثانيها : اشتراطه مع الإمكان ، فإن لم يجد تمام العدّة كذلك جاز إعطاء المستضعف من المخالفين . وهو قول الشيخ في النهاية[١] ، وقوّاه في المختلف[٢] . وليس عليه نصّ بخصوصه ، لكنّه حمله على الزكاة ، فقد اختلفت الأخبار في اعتبار الإيمان فيها، فجمع الشيخ بينها بحمل أخبار الجواز على المستضعف .

وثالثها : اشتراط كونه مؤمناً أو مستضعفاً . وهو قول الشيخ في المبسوط[٣] والعلّامة في الارشاد[٤]. أمّا [في][٥] المبسوط فإنه جعل مصرفها مصرف زكاة الفطرة ، وقد جوّز صرف زكاة الفطرة إلى المستضعف ، وحمل الروايات الدالّة على جواز صرفها إلى غير أهل الولاية على المستضعف منهم . وأما في الارشاد فإنه منع من إعطائها المخالف ، واستحبّ فيه أن يكون من المؤمنين وأولادهم ، فبقي المستضعف خارجاً عن القسمين ويقتضي جواز إطعامه منها .

ورابعها : اشتراط الإيمان حتى لو لم يجد أخّرها إلى أن يتمكّن . وهو قول ابن الجنيد[٦] وابن البرّاج[٧] وابن إدريس[٨] والعلّامة في القواعد[٩]

---

(١) النهاية : ٥٦٩ ـ ٥٧٠ .

(٢) المختلف : ٦٦٨ .

(٣) المبسوط ٦ : ٢٠٨ ، وج ١ : ٢٤٢ .

(٤) إرشاد الأذهان ٢ : ١٠٠ .

(٥) من هامش «و» بعنوان ظاهراً .

(٦) لم نعثر عليه .

(٧) المهذّب ٢ : ٤١٥ .

(٨) السرائر ٣ : ٧٤ ، و لكن احتجّ على اشتراط الإيمان بأن مصرفها مصرف الزكاة، فيرجع قوله هذا والمذكور له في القول الخامس ـ في الصفحة التالية ـ إلى قول واحد .

(٩) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٨ .

. . . . . .

والتحرير[١].

وخامسها : اشتراط الإيمان كذلك والعدالة . وهو قول ابن إدريس[٢] ، لأنه جعل مصرفها مصرف الزكاة ، واشترط في مستحقّ الزكاة العدالة .

ودليل هذه الأقوال كلّها راجع إلى دليلهم في الزكاة ، والملازمة ممنوعة . وقول المصنّف هنا هو الأقوى .

واعلم أنّ المصنّف لم يبيّن في الكتاب ما يعتبر في المستحقّ زيادة على الاسلام ، ولا ريب في اعتبار المسكنة ، لأنها منصوص الآية[٣] ، ولا يتعدّى إلى غيره من أصناف مستحقّي الزكاة غير الفقير حتى الغارم ، وإن استغرق دينه ماله إذا ملك مؤنة السنة . وكذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاة أو الاستدانة ، وإلّا ففي جواز أخذه نظر ، من حيث إنه حينئذٍ في معنى المسكين ، ومن أنه قسيم له مطلقاً . ويظهر من الدروس[٤] جواز أخذه لها حينئذٍ . واختلف في الفقير ، والأقوى جواز دفعها إليه ، إما لكونه أسوء حالاً كما ذهب إليه بعضهم[٥]، أو لأن كلّ واحد من المسكين والفقير يدخل في الآخر حيث ينفرد بالذكر ، وإنما يبحث عن الأسوء حالاً منهما على تقدير الاجتماع كآية[٦] الزكاة .

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١١٢ .

(٢) انظر السرائر ٣ : ٧٠ ، وج ١ : ٤٥٧ ـ ٤٥٨ .

(٣) المجادلة : ٤ .

(٤) الدروس الشرعيّة ٢ : ١٨٩ .

(٥) انظر الخلاف ٤ : ٢٢٩ مسألة (١٠) ، الوسيلة : ١٢٨ ، السرائر ١ : ٤٥٦ .

(٦) التوبة : ٦٠ .

مسائل أربع :

الأُولى : كفّارة اليمين مخيّرة بين العتق والإطعام والكسوة . فإذا كسا الفقير وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة ، ومع العجز ثوباً واحداً . وقيل : يجزي الثوب الواحد مع الاختيار . وهو أشبه .

قوله : «كفّارة اليمين ....الخ» .

الكسوة ورد الأمر بها مطلقاً في كفّارة اليمين ، فيجب لمن أرادها ما يحصل بها مسمّاها عرفاً . وقد اختلف الأصحاب في تقديرها لذلك ، فمنهم من حملها على عرف الشرع في الصلاة ، ففرّق بين الرجل والمرأة ، وهو ابن الجنيد[١]، فاعتبر للمرأة درعاً وخماراً[٢] ، واكتفى للرجل بثوب يجزيه في مثله الصلاة . ومنهم من أطلق الثوبين ، كالمفيد[٣] وسلّار[٤] . ومنهم من أطلق الثوب ، كالشيخ في المبسوط[٥]، وابن إدريس[٦]، والمصنّف ، والعلّامة في المختلف[٧] والتحرير[٨] والارشاد[٩] . ومنهم من فصّل ، فاعتبر الثوبين مع القدرة ، واكتفى بالثوب مع العجز ، كالشيخ في النهاية[١٠]، وابن البرّاج[١١]،

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٦٦ .

(٢) فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين : درع وخمار ، والصحيح ما أثبتناه .

(٣) المقنعة : ٥٦٨ .

(٤) المراسم : ١٨٦ .

(٥) المبسوط ٦ : ٢١١ .

(٦) السرائر ٣ : ٧٠ .

(٧) المختلف : ٦٦٦ .

(٨) تحرير الأحكام ٢ : ١١٢ .

(٩) إرشاد الأذهان ٢ : ١٠٠ .

(١٠) النهاية : ٥٧٠ .

(١١) المهذّب ٢ : ٤١٥ .

. . . . . .

وأبي الصلاح[١]، والعلّامة في القواعد[٢]، وولده[٣].

ومنشأ الاختلاف اختلاف الأخبار ، فروى الحلبي في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام : «في كفّارة اليمين يطعم عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ من حنطة أو من دقيق وحفنة، أو كسوتهم لكلّ إنسان ثوبان»[٤] الحديث . ومثله روى علي بن أبي حمزة[٥] عنه عليه السلام . وروى أبو بصير في الصحيح قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام ـ إلى قوله ـ قلت : كسوتهم ، قال : ثوب واحد»[٦] . وروى الحسين بن سعيد عن رجاله عن الصادق عليه السلام قال : «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم : وفي كفّارة اليمين ثوب يواري عورته ، وقال : ثوبان»[٧] . وروى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام إلى قوله : «قلنا : فمن وجد الكسوة ، قال : ثوب يواري عورته»[٨]. وروى معمر بن عثمان قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عمّن وجبت عليه الكسوة في كفّارة اليمين ، قال : ثوب يواري عورته»[٩].

---

(١) الكافي في الفقه : ٢٢٧ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٨ .

(٣) إيضاح الفوائد ٤ : ١٠٧ .

(٤ و ٥) الكافي ٧ : ٤٥١ ح ١ و ٣، التهذيب ٨ : ٢٩٥ ح ١٠٩١ و ١٠٩٢، الاستبصار ٤ : ٥١ ح ١٧٤ و ١٧٥، الوسائل ١٥ : ٥٦٠ ب «١٢» من أبواب الكفّارات ح ١ و ٢ .

(٦) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٩٤، هامش (١٠) .

(٧) التهذيب ٨ : ٣٢٠ ح ١١٨٧، الوسائل ١٥ : ٥٦٨ ب «١٥» من أبواب الكفّارات ح ٣ .

(٨) الكافي ٧ : ٤٥٢ ح ٤، التهذيب ٨ : ٢٩٥ ح ١٠٩٣، الاستبصار ٤ : ٥١ ح ١٧٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ١ .

(٩) الكافي ٧ : ٤٥٣ ح ٦، التهذيب ٨ : ٢٩٥ ح ١٠٩٤، الاستبصار ٤ : ٥١ ح ١٧٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ ، وفيه وفي الكافي : عن معمر بن عمر .

والشيخ[١] جمع بين هذه الأخبار بحمل وجوب الثوبين على من يقدر عليهما، ووجوب الواحد على من لا يقدر إلّا عليه . وهو حمل بعيد ليس في الأخبار إشعار به . ولو جمع بينها[٢] بحمل الثوبين على الأفضليّة والثوب على الإجزاء كان أجود . ويمكن ترجيح الثوبين مطلقاً بأن خبرهما الصحيح أصحّ من خبر أبي بصير الصحيح ، لاشتراك أبي بصير ، وصحّته إضافيّة كما بيّناه[٣] مراراً ، بخلاف صحيح الحلبي ، وباقي الأخبار شواهد ، لأنها ضعيفة الاسناد أو مرسلة ، فإن محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة وغيره ، وخبر حسين بن سعيد مرسل ، ومعمر بن عثمان مجهول ، لكن يعضده إطلاق الكسوة في الآية[٤] ، فإنها صادقة بالثوب الواحد .

واعلم أن المعتبر في الثوب أو الثوبين ما يتحقّق به الكسوة عرفاً ، كالجبّة والقميص والإزار والسراويل والمقنعة للأُنثى ، دون المنطقة والخفّ والقلنسوة . وأقلّه ما يستر العورتين ، كالمئزر إن اعتيد لبسه وإلّا فلا . ولو صلح كسوة للصغير دون الكبير كفى إن دفعه بنيّة الصغير دون الكبير . والمعتبر في جنسه ما يعدّ معه كسوة عرفاً ، كالقطن والكتّان والصوف ، والحرير للنساء ، والفرو والجلد المعتادين ، وكذا القنّب والشعر إن اعتيدا[٥]، وإلّا فلا . وتجزي كسوة الصغار وإن

---

(١) التهذيب ٨: ٢٩٦ ذيل ح ١٠٩٥، الاستبصار ٤: ٥٢ ذيل ح ١٧٨.

(٢) في «د، و، م»: بينهما.

(٣) انظر ج ٨: ٥٠، وج ٩: ١٤٣ و ٥٣٤.

(٤) المائدة: ٨٩.

(٥) كذا في «د» وفي سائر النسخ: اعتاداه.

الثانية : الإطعام في كفّارة اليمين مدّ لكلّ مسكين ، ولو كان قادراً على المدّين . ومن فقهائنا من خصّ المدّ بحال الضرورة . والأول أشبه .

الثالثة : كفّارة الإيلاء مثل كفّارة اليمين .

الرابعة : من ضرب مملوكه فوق الحدّ أُستحبّ له التكفير بعتقه .

انفردوا، للعموم[١]. ويستحبّ الجديد ، ويجزي غيره ، إلّا أن ينسحق أو يتخرّق .

قوله : «الإطعام في كفّارة اليمين....الخ» .

قد تقدّم[٢] في صحيحة الحلبي ما يدلّ على إجزاء المدّ مطلقاً . والقول بالتفصيل للشيخ[٣] . وقد تقدّم[٤] الخلاف في الكفّارة المرتّبة ، والمختار فيهما واحد .

قوله : «كفّارة الإيلاء...الخ».

لأن الإيلاء يمين خاصّة ، وهو الحلف على ترك وطء الزوجة على ما سيأتي[٥] تفصيله ، وإنما يتميّز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصة ، أما الكفّارة فواحدة .

قوله : «من ضرب مملوكه...الخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ[٦] وأتباعه[٧]. والمستند صحيحة أبي بصير عن أبي

---

(١) لاحظ ص : ١٠٣ تجد الأحاديث عامّة في ذلك .

(٢) في ص : ١٠٣ ، هامش (٣) .

(٣) النهاية : ٥٦٩ .

(٤) في ص : ٩١ .

(٥) في ص : ١٢٥ وبعدها .

(٦) النهاية : ٥٧٣ .

(٧) راجع المهذّب ٢ : ٤٢٤ .

. . . . . .

جعفر عليه السلام قال : «من ضرب مملوكاً حدّاً من الحدود من غير حدّ أوجبه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفّارة إلّا عتقه»[١]. وظاهرهم أنه على سبيل الوجوب . وأنكره ابن إدريس[٢] ، لعدم دليل يدلّ عليه . واختار المصنّف والعلّامة[٣] وأكثر المتأخّرين[٤] الاستحباب . واحتجّ له في المختلف[٥] بأنه فعل محرّم ، والعتق مسقط لذنب القتل وهو أعظم من الضرب ، فاستحبّ العتق . ولو استند إلى الرواية كان أجود .

والمتبادر من الحدّ المتجاوز هو المقدار من العقوبة المستحقّة على ذلك الفاعل ، مع إطلاق الحدّ عليه شرعاً ، فلا يدخل التعزير . ويعتبر فيه حدّ العبيد لا الأحرار . وقيل[٦]: يعتبر حدّ الأحرار ، لأنه المتيقّن ، ولأصالة بقاء الملك سليماً عن تعلّق حق العتق على مالكه . وهذا يتأتّى على القول بالوجوب ، أما على الاستحباب فلا ، لأن المعلّق على مفهوم كلّي يتحقّق بوجوده في ضمن أيّ فرد فرض من أفراده ، وحمله على حدّ لا يتعلّق بالمحدود بعيد جدّاً . [مع أن ظاهر الرواية ما ذكرناه من اعتبار حدّ العبد حدّاً][٧] . ولا فرق في المملوك بين الذكر والأُنثى ، لتناوله لهما .

---

(١) الكافي ٧ : ٢٦٣ ح ١٧ ، التهذيب ١٠ : ٢٧ ح ٨٥ ، الوسائل ١٨ : ٣٣٧ ب «٢٧» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١ .

(٢) السرائر ٣ : ٧٨ ـ ٧٩ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ١٤٤ .

(٤) اللمعة الدمشقيّة : ٤٧ .

(٥) المختلف : ٦٦٥ .

(٦) انظر إيضاح الفوائد ٤ : ٨٤ .

(٧) من «د» والحجريّتين ، ولكن في «د» : من أن ظاهر .... جداً .

المقصد الرابع : في الأحكام المتعلّقة بهذا الباب .

وهي مسائل :

الأُولى : من وجب عليه شهران [متتابعان] فإن صام هلالين فقد أجزأه ولو كانا ناقصين . وإن صام بعض الشهر ، وأكمل الثاني ، اجتزأ به وإن كان ناقصاً ، ويكمل الأول ثلاثين . وقيل : يتمّ ما فات من الأول . والأول أشبه .

قوله : «من وجب عليه شهران....الخ».

إذا أراد صوم الشهرين ، فإن ابتدأ من أول الهلال اعتبر الشهر الهلالي ، لأنه المراد عند الإطلاق شرعاً ، إلّا أن يمنع من حمله عليه مانع ، وهو منتفٍ هنا . فإن جاء ناقصاً كفى ، وإن أكمل الشهرين كذلك اقتصر على الهلالين وإن كانا ناقصين .

وإن شرع فيه في أثناء الشهر ـ ويتحقّق ذلك بمضيّ يوم منه فصاعداً ـ اعتبر ذلك الشهر الذي ابتدأ فيه بالعدد وهو ثلاثون يوماً ، لعدم إمكان حمله على الهلالي هنا . ثم إن استمرّ بعد دخول الشهر الثاني إلى آخره فالأقوى احتساب الثاني بالهلال ، وإكمال الأول ثلاثين من الثالث . أما الأول فلصدق اسم الشهر عليه ، فلا مانع من حمله على الهلالي . وأما الثاني فلبنائه من حين الشروع فيه على أنه عددي ، فيلزم إكماله ثلاثين . ولا يتعيّن إكماله من الشهر الذي يليه ، لأن الغرض من الإكمال يحصل سواء أكمل من الذي يليه أم من غيره ، لكن إكماله منه يلزم منه اختلال الشهر الثاني وجعله عدديّاً مع إمكان جعله هلاليّاً على أصل وضعه ، بخلاف إكماله من الثالث ، فكان أولى .

والقول الآخر ـ الذي نقله المصنّف ـ أنه يكفي إكمال الأول من الثالث بقدر ما فات من الشهر الأول خاصّة . فلو فرض كونه ناقصاً وقد مضى منه عشرة أيّام

الثانية : المعتبر في المرتّبة حال الأداء لا حال الوجوب . فلو كان قادراً على العتق فعجز صام ، ولا يستقرّ العتق في ذمّته .

مثلاً ، فصام الباقي منه وهو تسعة عشر ، كفى إكماله من الشهر الثالث عشرة أيّام خاصّة .

ووجه هذا القول ما أشرنا إليه من أن المعتبر شرعاً هو الهلالي ، فإذا فات منه شيء اعتبر استدراكه ، فيتحقّق كماله . وعلى الأول يصوم من الثالث أحد عشر . وهو الأقوى .

وفي المسألة قول ثالث أنه مع انكسار الأول ينكسر الجميع ويبطل اعتبار الأهلّة ، لأن الشهر الثاني لا يدخل حتى يكمل الأول ، وتمامه بعدد من الثاني ، فينكسر الثاني أيضاً . وقد أشرنا إلى جواب الثالث . وقد تقدّم[1] البحث في هذه المسألة مراراً .

قوله : «المعتبر في المرتّبة...الخ».

مذهب الأصحاب أن الاعتبار في مراتب الكفّارة بحال أدائها لا بحال وجوبها ، لأن خصال الكفّارة عبادات فيراعى فيها حالة الأداء كنظائرها من العبادات ، فإن النظر في القدرة على استعمال الماء مثلاً والعجز عنه إلى حالة الأداء ، وكذلك في الصلاة النظر في القدرة على القيام والعجز عنه إلى حالة الأداء ، حتى لو عجز عن القيام عند الوجوب وقدر عند الأداء يصلّي صلاة القادر ، ولو انعكس الحال انعكس الحكم .

وخالف في ذلك بعض العامّة[2] هنا فجعلوا الاعتبار بحالة الوجوب ، نظراً

---

(١) في ج ٣ : ٤١٩ ، و ج ٩ : ٢٥١ ـ ٢٥٢ .

(٢) الوجيز ٢ : ٨٣ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٦١٨ .

. . . . . .

إلى أن الكفّارة نوع تطهير يختلف حاله باختلاف الوقت ، كما في الحدّ مثلاً ، فإنه لو زنى وهو رقيق ثم أُعتق أو بكر ثم صار محصناً يقام عليه حدّ الأرقّاء والأبكار.

ويتفرّع على ذلك ما لو كان قادراً على العتق وقت الوجوب فلم يعتق ثم أعسر ، فينتقل إلى الصيام على الأول . ولو كان عاجزاً عن العتق قادراً على الصوم ، ثم تجدّد عجزه عنه ، وجب عليه الإطعام مع تمكّنه منه ، وعلى الثاني يبقى الواجب وقت الوجوب في ذمّته ، ولا ينتقل عنه . ولو انعكس فكان معسراً وقت الوجوب ثم أيسر وجب العتق ، أو كان عاجزاً عنه وعن الصوم ثم قدر على الصوم وجب على الأول دون الثاني ، لكن لو تبرّع به أجزأ كما لو تكلّف الفقير العتق ولو بالاقتراض ، مع احتمال العدم ، لأنه ليس من أهله .

وممّا يتفرّع عليه ما لو كان المكفّر عبداً حالة الوجوب فأُعتق قبل أن يشرع في الصوم وأيسر ، فإنه يجب عليه العتق ، لقدرته عليه بناءً على اعتبار حالة الأداء ، ولو اعتبرنا حالة الوجوب لم يجب العتق . وربما قيل بعدم وجوبه عليه على القولين ، لأن كفّارة العبد لا تكون بالعتق ، ويفرّق بينه وبين العاجز الحرّ إذا تجدّدت قدرته : بأن الرقّية مانع السبب ، والعجز مانع الحكم ، فإذا قدر عمل السبب عمله ، بخلاف ما إذا أُعتق ، لفقد سبب الحكم بالعتق حين وجوب الكفّارة، وعدم كونه من أهل الاعتاق حينئذٍ .

واعلم أنه على تقدير اعتبار حالة الأداء لا يخلو تعيين الواجب قبله من غموض ، لأن المحكوم بوجوبه حال المخاطبة بها من الخصال ليس هو المراد عند الأداء ، لعدم اجتماع شرائطه حينئذٍ ، بل إما أن يقال : الواجب أصل الكفّارة

الثالثة : إذا كان له مال يصل إليه بعد مدّة غالباً لم ينتقل فرضه ، بل يجب الصبر ، ولو كان ممّا يتضمّن المشقّة بالتأخير كالظهار . وفي الظهار تردّد .

ولا يوصف خصلة على التعيين بالوجوب ، أو يقال : يجب ما يقتضيه حال الوجوب ثم إذا تبدّل الحال تبدّل الواجب ، كما أنه يجب على القادر صلاة القادرين ثم إذا عجز تبدّلت صفة الصلاة . ولعلّ هذا أشبه .

قوله : «إذا كان له مال ....الخ ».

إذا كان ماله غائباً أو حاضراً ولا يجد الرقبة في الحال وهي ممّا يتوقّع وجودها غالباً لم ينتقل فرضه في المرتّبة إلى الصيام ، بل يجب الصبر إلى أن يتمكّن ، لأن الكفّارة على التراخي ، والوجدان متحقّق في الجملة ، وبتقدير أن يموت لا يفوت بل تؤدّى من تركته . هذا في غير الظهار . أما فيه فإن لم يتضرّر بترك الجماع فكذلك ، وإلّا فوجهان ، ممّا ذكر ، ومن لزوم الضرر أو المشقّة المنفيّين[1] شرعاً ، فكان بسبب ذلك بمنزلة الفاقد . وفي الانتقال إلى الصوم قوّة .

والفرق بينه وبين المريض المتضرّر بالصوم حيث جاز له الانتقال إلى الإطعام وإن رجا البرء : أن الله تعالى قال : ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين**﴾[2] ، ولا يقال لمن يملك مالاً جمّاً غائباً عنه : إنه غير واجد للرقبة ، وقال في الصيام : ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً**﴾[3] ويقال للعاجز بالمرض الناجز : إنه غير مستطيع للصوم . وأيضاً فوصول المال يتعلّق باختياره

---

(١) الحجّ : ٧٨ ، ولاحظ الوسائل ١٧ : ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣.

(٢ و ٣) المجادلة : ٤.

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

غالباً ، والاختيار في مقدّمات الشيء والتسبيب[١] إليه كالاختيار في نفسه ، وزوال المرض لا يتعلّق بالاختيار.

ولو وجد من يبيعه نسيئة إلى أن يحضر ماله الغائب ، ففي وجوب الشراء وجهان : من تحقّق الوجدان حينئذٍ ، والعوض موجود في نفسه ، ومن احتمال تلف المال قبل وصوله فيتضرّر بالدَّين . وأطلق[٢] كثير وجوب الاستدانة حينئذٍ . وينبغي تقييده بالوثوق بسلامته غالباً ، وإلّا فعدمه أوجه .

قوله : «إذا عجز عن العتق...الخ».

وجه عدم لزوم العتق حينئذٍ مع صدق الوجدان الموجب لعدم إجزاء الصوم: أنه عند الشروع كان فاقداً ومن ثَمّ شرع [في][٣] البدل ، فلو لم يسقط التعبّد بالعتق لم يكن الصوم بدلاً ، ومتى ثبت السقوط استصحب ، والخطاب تعلّق بالعتق قبل الشروع في الصوم لا بعده . ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «سئل عمّن ظاهر في شعبان ولم يجد ما يعتق ، قال : ينتظر حتى يصوم شهرين متتابعين ، فإن ظاهر وهو مسافر انتظر حتى يقدم ، وإن صام وأصاب مالاً فليمض الذي ابتدأ فيه»[٤].

---

(١) في «ق ، ط» : والتسبّب .

(٢) راجع قواعد الأحكام ٢ : ١٤٧ .

(٣) من الحجريّتين .

(٤) الكافي ٦ : ١٥٦ ح ١٢ ، الفقيه ٣ : ٣٤٣ ح ١٦٤٨ ، التهذيب ٨ : ١٧ ح ٥٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٧ ح ٩٥٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٢ ب «٤» و ٥٥٣ ب «٥» من أبواب الكفّارات ح ١ ، =

وقال ابن الجنيد[١]: لو أيسر قبل صوم أكثر من شهر وجب العتق، لصحيحة محمد بن مسلم أيضاً عن أحدهما عليهما السلام في رجل صام شهراً من كفّارة الظهار ثم وجد نسمة، قال: «يعتقها ولا يعتدّ بالصوم»[٢]. وهي محمولة على الأفضل، جمعاً بينها وبين صحيحته الأُخرى.

وكذا البحث فيما لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثم قدر على الصوم، فإنه لا يجب العود إليه، لما ذكر من التعليل. ويزيد هنا أنه لا معارض من جهة النصّ. ويتحقّق الشروع في الصوم بدخول جزءٍ من اليوم ولو لحظة، وفي الإطعام بشروع المسكين في الأكل إن كفّر به، وتسليم مدّ إليه إن كفّر بالتسليم.

واعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع في الصوم يصير مراعىً بإكمال الصوم على الوجه المأمور به، فلو عرض في أثنائه ما يقطع التتابع ووجدت القدرة على العتق حينئذٍ ـ إما باستمرار السابق أو بأمر متجدّد ـ وجب العتق، لوجود المقتضي له وهو القدرة عليه قبل أن يشرع في الصوم، لأنه ببطلان السابق ينزّل منزلة من لم يصم أصلاً بالنسبة إلى الكفّارة، وإن لم يحكم ببطلان صوم الأيّام السابقة في نفسها بالنسبة إلى الثواب عليها.

ولو فقدت القدرة على الإعتاق قبل أن يجب استئناف الصوم بقي حكم الصوم بحاله. ومثل هذا ما لو وجد المتيمّم الماء بعد الشروع في الصلاة إذا لم نقل بالقطع، فإنه لا يفسد التيمّم، إلّا أن يستمرّ وجدان الماء إلى أن

= وفي المصادر: حتى يصوم شهر رمضان ثم يصوم شهرين...

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٦٠٤.

(٢) التهذيب ٨: ١٧ ح ٥٤، الاستبصار ٣: ٢٦٨ ح ٩٥٨، الوسائل ١٥: ٥٥٣ ب «٥» من أبواب الكفّارات ح ٢.

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

فرغ من الصلاةوتمكّن من استعماله ، فإن فقد قبل ذلك بقي التيمّم بحاله . ولو فرض قطعه الصلاة ولو بسبب محرّم قبل فقدان الماء بطل التيمّم حينئذٍ وكلّف بالطهارة المائيّة .

قوله : «لو ظاهر ولم...الخ».

لا خلاف في أن كفّارة الظهار لا تجب إلّا إذا ظاهر وعاد ، لكن سببها هل هو الظهار والعود شرط ، أو العود خاصّة ، أو السبب مركّب منهما ؟ أوجه أظهرها الوسط . ويتفرّع على ذلك ما لو كفّر قبل العود وبعد الظهار ، فإن جعلنا السبب هو العود لم تجز ، لأن الأصل في الواجب أن لا يقدّم على وقته ، ولأنها قبل العود لم تكن واجبة فلا تقع مجزية عن الواجب . وهذا هو الذي نقله المصنّف عن الشيخ[١] واستحسنه ، ولا نعلم للأصحاب قولاً بخلافه .

نعم ، لو جعلنا السبب هو الظهار والعود شرطاً أو جعلنا العود جزء السبب احتمل جواز تقديمها، كما يجوز تقديم الزكاة على الحول مع وجود بعض سببها ـ وهو ملك النصاب ـ وعدم تمامه بالحول . وهو قول لبعض الشافعيّة[٢]. والشيخ[٣] وافقهم على تعجيل الزكاة [على الحول][٤] ووافق هنا على عدم إجزاء الكفّارة . وكلاهما عندنا ممنوع .

(١ و ٣) الخلاف ٤ : ٥٥٩ مسألة (٥٨)، وج ٢ : ٤٣ مسألة (٤٦).

(٢) الحاوي الكبير ١٠ : ٤٥١.

(٤) من «م» والحجريّتين .

السادسة : لا تدفع الكفّارة إلى الطفل ، لأنه لا أهليّة له ، وتدفع إلى وليّه .

قوله : «لا تدفع الكفّارة....الخ» .

إذا أُعطي الطفل من الكفّارة ، فإن كانت العطيّة بتسليم المدّ اعتبر تسليمه لوليّه ، لأن الطفل محجور عليه في أمواله وقبضها إلّا بإذن الوليّ . وقال الشيخ في الخلاف[١] : يجوز دفعه إلى الطفل ، محتجّاً بالاجماع وعموم قوله تعالى : ﴿فإطعام ستّين مسكيناً﴾[٢] . مع أنه في المبسوط قال : «لا تدفع الكفّارة إلى الصغير ، لأنه لا يصحّ منه القبض ، لكن تدفع إلى وليّه ليصرفها في مصالحه ، مثل ما لو كان له دين لم يصحّ قبضه»[٣].

وإن كانت بالإطعام فالأقوى جوازه بدون إذن الولي ، إذ ليس فيه تسليط للطفل على ماله ، لأن الطعام ملك للدافع لا ينتقل إلى ملك الآكل إلّا بالازدراد، فلا يصادف ذلك تصرّفه في ماله، فكان سائغاً . ولأن الغرض من فعل الوليّ إطعامه ، وهو حاصل ، والدافع محسن محض فينتفي عنه السبيل[٤] . ولعموم قوله تعالى : ﴿فإطعام ستّين مسكيناً﴾. ويحتمل المنع بدون إذن الولي كالتسليم ، لأن مقتضى عموم ولايته توقّف التصرّف في مصالح الطفل على أمره .

والكسوة في معنى التسليم ، لاقتضائها[٥] التمليك ، بخلاف الإطعام . وربما احتمل في الكسوة عدم توقّفها على إذن الوليّ ، لأنها من ضرورات الطفل ، ولا

---

(١) الخلاف ٤ : ٥٦٤ مسألة (٦٨) .

(٢) المجادلة : ٤ .

(٣) المبسوط ٥ : ١٧٨ .

(٤) التوبة : ٩١ .

(٥) كذا في «م» ، وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين : لاقتضائهما .

السابعة : لا تصرف الكفّارة إلى من تجب نفقته على الدافع ، كالأب والأُم والأولاد والزوجة والمملوك ، لأنهم أغنياء بالدافع ، وتدفع إلى من سواهم وإن كانوا أقارب .

يمكن الولي ملازمتها وهي ملبوسة له ، فتكون في معنى الإطعام . والأصحّ الأول.

قوله : «لا تصرف الكفّارة....الخ» .

لمّا كانت المسكنة ـ المتحقّقة هنا بعدم القدرة على مؤونة السنة ـ شرطاً في المستحقّ، وكانت نفقة العمودين والزوجة والمملوك واجبة على الأب والابن والزوج والمولى ، كان المنفق عليه غنيّاً بذلك، فلا يجوز أن يعطى من الكفّارة ، لفقد شرط الاستحقاق . وعلى هذا فلا فرق في عدم جواز الصرف إليهم بين كون الدافع هو من تجب عليه النفقة وغيره . وإنما خصّ المصنّف الحكم بمن تجب عليه النفقة لفائدة هي أن عدم جواز دفعه إليهم منها غير مقيّد ببذله النفقة لهم وعدمه ، لأنه بقدرته على الإنفاق عليهم يصيرون بالنسبة إليه بمنزلة الغني ، فلا يجوز له صرفها إليهم ، حتى لو منعهم من النفقة وصاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبة إليه ، لأن الشرط مقدور عليه من جهته والتقصير واقع منه، فلم يفترق الحال بين بذله النفقة وعدمه ، بخلاف الأجنبي ، فإن تحريم دفعه الكفّارة إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقة ليصيروا أغنياء ، فلو لم يكن باذلاً لهم وصاروا محتاجين جاز لغيره أن يعطيهم منها ، لتحقّق الوصف فيهم ، وعدم قدرة ذلك الدافع على تحصيل الشرط ، لأنه متعلّق بفعل غيره ، أللهم إلّا أن يكون الدافع حاكماً شرعيّاً ويمكنه إجبار المنفق عليها ، فيكونون حينئذٍ كالأغنياء بالقوّة بالنسبة إليه أيضاً .

واعلم أنه لا يحتاج إلى تقييد واجب النفقة بكون المنفق غنيّاً، لأنه إذا لم

الثامنة : إذا وجبت الكفّارة في الظهار وجب تقديمها على المسيس ، سواء كفّر بالإعتاق أو بالصيام أو بالإطعام .

التاسعة : إذا وجب عليه كفّارة مخيّرة كفّر بجنس واحد ، ولا يجوز أن يكفّر بنصفين من جنسين .

يقدر على الإنفاق لا يحكم عليه بوجوب النفقة عليه ، والأمر في العبارة مفروض في ذلك . وأنه لا فرق في الزوجة بين الناشز والمطيعة ، وإن كانت الناشز لا تجب نفقتها وهي فقيرة بذلك ، لقدرتها على تحصيل الغنى بالطاعة ، فكانت غنيّة بالقوّة كالمكتسب لقوت سنته إذا ترك التكسّب مختاراً .

والحكم في الأب ونحوه من الأقارب مخصوص بنفقة نفسه ، فلو كان له زوجة لم يجب على الولد الإنفاق عليها . وهل يجوز للولد إعطاء الأب لأجل الإنفاق عليها ؟ ظاهر العبارة وغيرها العدم . ويؤيّده أن المعطى غنيّ بالنظر إلى نفقة نفسه فلا يستحقّها ، وفقير بالنظر إلى نفقة الزوجة فلا يجب عليه الإنفاق عليها، لأنه المفروض، فلا يجوز. نعم، لو كانت فقيرة جاز الدفع إليها كغيرها. وكذا القول في أولاد الأب ، لأنهم إخوة ، وفي زوجة الابن ، أما أولاده فإنهم أولاد .

قوله : «إذا وجبت الكفّارة...الخ».

هذه المسألة تقدّمت[1] في باب الظهار ، وبيّنّا الوجه في ذلك ، وفائدة التسوية بين الأُمور الثلاثة ، وأن ابن الجنيد فرّق بينهما فأوجب الكفّارة للوطء قبل العتق والصيام دون الإطعام ، فلا وجه لإعادته ، كما لا وجه لإعادتها .

قوله : «إذا وجب عليه كفّارة....الخ».

وذلك بأن يعتق نصف رقبة مثلاً ويصوم شهراً ، أو يصوم شهراً ويطعم

---

(١) في ج ٩: ٥٢٧.

العاشرة : لا يجزي دفع القيمة في الكفّارة ، لاشتغال الذمّة بالخصال لا بقيمتها .

ثلاثين مسكيناً ، أو يطعم خمسة ويكسى خمسة في كفّارة اليمين . وإنما لم يجز ذلك لأن الله تعالى أوجب الخصال المخصوصة مفصّلة على ذلك الوجه المرتّب أو المخيّر ، والتفصيل يقطع الاشتراك . ولأن من أعتق نصف رقبة وصام شهراً مثلاً لا يصدق عليه أنه حرّر رقبة ولا صام شهرين متتابعين ، فلا يكون قد أتى بالمأمور به ، فيبقى في العهدة .

نعم ، يجوز له في الخصلة الواحدة التفريق في أصنافها ، بأن يطعم بعض المستحقّين ويسلّم إلى بعضهم ، أو يطعم البعض نوعاً من القوت الغالب والبعض الآخر غيره ، أو يكسو بعضهم نوعاً من الثياب والبعض الآخر غيره ، ونحو ذلك ، لصدق اسم الإطعام والكسوة على هذا الوجه .

قوله : «لا يجزي دفع القيمة...الخ».

إذ لا يصدق على من دفع قيمة الطعام أنه أطعم ، ولا من دفع قيمة الكسوة أنه كسى ، والأمر متعلّق بعين الخصال . وهو إجماع ، وإنما خالف فيه بعض العامّة[1] من حيث اشتراكهما في المقتضي ، وهو منفعة المسكين . ويضعّف بأن مطلق المنفعة غير مقصودة ، بل المنفعة على الوجه المأمور به ، وهو منتفٍ في القيمة .

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ١١ : ٢٥٧ .

الحادية عشرة : قال الشيخ : من قتل في الأشهر الحرم وجب عليه صوم شهرين متتابعين من الأشهر الحرم وإن دخل فيهما العيد وأيّام التشريق . وهي رواية زرارة . والمشهور عموم المنع .

قوله : «قال الشيخ ....الخ» .

قد عرفت أنه يشترط تتابع الشهرين المتحقّق بتتابع شهر ويوم ، وأنه لو شرع فيه على وجه لا يتمّ فيه ذلك ـ بأن يتخلّله مانع من الصوم كالعيد ورمضان ـ لا يقع الصوم صحيحاً ، ولا يجوز صوم العيد لأجل ذلك . وهو إجماع ، لكن استثنى الشيخ[١] من ذلك صورةواحدة ، وهو[٢] ما لو كانت الكفّارة قد وجبت بسبب القتل في أشهر الحرم ، فإنه يجب عليه صوم شهرين [متتابعين][٣] منها وإن دخل فيهما العيد وأيّام التشريق ، فيصومها معها[٤]ويحتسبها من العدّة .

والمستند رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن رجل قتل رجلاً خطأً في الشهر الحرام ، قال : تغلّظ عليه الدية ، وعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين من أشهر الحرم . قلت : فإنه يدخل في هذا شيء ، قال : وما هو ؟ قلت : يوم العيد وأيّام التشريق ، قال : يصوم ، فإنّه حقّ لزمه»[٥].

وهذه الرواية شاذّة ، وفي طريقها سهل بن زياد ، ومخالفة لغيرها من الأخبار[٦] الصحيحة والإجماع الدالّ على تحريم صوم العيد مطلقاً ، فالإعراض

---

(١) الخلاف ٤ : ٥٥٥ مسألة (٥٢) .

(٢) في «و» ونسخة بدل «ق» : وهي .

(٣) من «ط» وهامش «ق» .

(٤) في «م» : معهما .

(٥) الكافي ٤ : ١٣٩ ح ٨ و ٩ ، التهذيب ٤ : ٢٩٧ ح ٨٩٦ ، الاستبصار ٢ : ١٣١ ح ٤٢٨ ، الوسائل ٧ : ٢٧٨ ب «٨» من أبواب بقيّة الصوم الواجب ح ١ .

(٦) لاحظ الوسائل ٧ : ٣٨٢ ب «٨» من أبواب الصوم المحرّم والمكروه .

الثانية عشرة : كلّ من وجب عليه صوم شهرين [متتابعين] فعجز صام ثمانية عشر يوماً، فإن لم يقدر تصدّق عن كلّ يوم بمدّ من طعام ، فإن لم يستطع استغفر الله سبحانه ، ولا شيء عليه .

عنها متعيّن . وتضمّنت القتل خطأً فيمكن إلحاق العمد بطريق أولى ، لأن ظاهرها أن ذلك على وجه التغليظ عليه فيكون في العمد أولى . وظاهرها أن ذلك على وجه الوجوب كما ذكره المصنّف ، لكنّه غير صريح فيه .

واعلم أن هذه المسألة تقدّمت[١] في كتاب الصوم ، وبواسطة ذلك اختلفت نسخ الكتاب بذكرها هنا وعدمه ، فكأنّ المصنّف ألحقها في بعض النسخ لمناسبة الباب ، وأزالها من بعض حذراً من التكرار .

قوله : «كلّ من وجب عليه...الخ».

إطلاق وجوب الشهرين يشمل ما لو وجبا بسبب كفّارة أو نذر وما في معناه ، وما لو وجبا في الكفّارة تعييناً أو تخييراً ، لأن الواجب المخيّر بعض أفراد الواجب بقول مطلق . وفي الحكم بذلك على إطلاقه إشكال ، وفي مستنده قصور، لكن العمل بذلك مشهور بين الأصحاب . وقد تقدّم[٢] في الظهار رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام المتضمّنة لوجوب صوم ثمانية عشر يوماً لمن عجز عن الخصال الثلاث . وروى عبدالله بن سنان في الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وقع على أهله في شهر رمضان فلم يجدما يتصدّق به على ستّين مسكيناً، قال : «يتصدّق ما يطيق»[٣] . وجمع الشهيد في

---

(١) في ج ٢ : ٧٣.

(٢) في ج ٩ : ٥٣٤ ، هامش (٣) .

(٣) الكافي ٤ : ١٠٢ ح ٣ ، التهذيب ٤ : ٢٠٦ ح ٥٩٦ ، الاستبصار ٢ : ٩٦ ح ٣١٣ ، الوسائل ٧ : ٢٩ ب «٨» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ٣.

الدروس[١] بين الخبرين بالتخيير بين الأمرين .

وفي اشتراط التتابع في الثمانية عشر وجهان ، من أصالة البراءة ، وكون التتابع واجباً في الأصل فكذا في البدل . والملازمة ممنوعة .

وخرّج العلّامة[٢] وجوب الإتيان بالممكن من الصوم والصدقة وإن تجاوز الثمانية عشر ، عملاً بعموم : «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[٣] حتى لو أمكن الشهران متفرّقين وجب مقدّماً على الثمانية عشر .

وفي الجمع بين ذلك والحكم بالثمانية عشر بخصوصه نظر . وقطع النظر عن هذا البدل والرجوع إلى العموم[٤] أولى من تكلّف هذا الجمع . وعلى تقدير ثبوته لا وجه لوجوب الزائد عنه وإن قدر عليه ، لأن قصد[٥] البدليّة يوجب ذلك .

وفهم بعضهم أن الصدقة بعد العجز عن صوم الثمانية عشر عن كلّ يوم من أيّام الستّين لا الثمانية عشر . وهو لا يتمّ على إطلاقه ، لأن من جملة موجب الشهرين الكفّارة المخيّرة كما قرّرناه ، والانتقال فيها إلى صوم الثمانية عشر مشروط بالعجز عن الستّين ، فكيف يرجع إليها بعد الخروج منها ؟ ثم على تقدير إرادة ما يعمّ المخيّرة لا وجه للتقييد بالعجز عن الشهرين في الانتقال إلى الثمانية

---

(١) الدروس الشرعيّة ١ : ٢٧٧ .

(٢) التحرير ١ : ٨٠ .

(٣) عوالي اللئالي ٤ : ٥٨ ح ٢٠٦ ، وانظر مسند أحمد ٢ : ٥٠٨ ، صحيح البخاري ٩ : ١١٧ ، سنن الدارقطني ٢ : ٢٨١ ح ٢٠٤ .

(٤) كإطلاق الآية ٤ من سورة المجادلة ، وعموم الأحاديث في وجوب الكفّارة المرتّبة ، لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٤٨ ب «١» من أبواب الكفّارات .

(٥) في «ق ، ط» والحجريّتين : قضيّة .

. . . . . .

عشر، لأنها مشروطة[١] بالعجز عن الإطعام أيضاً .

وبالجملة ليس لهذا الحكم مرجع يعتدّ به حتى يلحظ ويرتّب[٢] عليه ما يناسبه من الأحكام .

وأما الاستغفار بعد العجز عن جميع ذلك فهو بدل مشهور بين الأصحاب ومختصّ بهم ، ولا يختصّ عندهم بكفّارة ، بل يجزي[٣] في جميع الكفّارات عند العجز عن خصالها ، إلّا الظهار فقد تقدّم[٤] فيه الخلاف . وقد تقدّم في رواية[٥] أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : «كلّ من عجز عن الكفّارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا تجب على صاحبه فيه الكفّارة فالاستغفار له كفّارة ما خلا يمين الظهار» الحديث . وفي الطريق ضعف . وروى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن شيء من كفّارة اليمين إلى أن قال : قلت : فإنه عجز عن ذلك ، قال : فليستغفر الله عزّ وجلّ ولا يعود »[٦] . وفي طريقها ابن بكير وابن فضّال . مع أنه لم ينقل جعله بدلاً في الكفّارات التي سئل عنها النبي[٧] صلّى الله عليه وآله وسلّم

---

(١) في «د» : لأنه مشروط .

(٢) كذا في «م» ، وفي سائر النسخ : ويترتّب .

(٣) في «و» : يجري .

(٤) في ج ٩ : ٥٣١ ـ ٥٣٤ .

(٥) تقدّم ذكر مصادرها في ج ٩ : ٥٣٣ ، هامش (١) .

(٦) الكافي ٧ : ٤٥٣ ح ١١ ، التهذيب ٨ : ٢٩٨ ح ١١٠٤ ، الاستبصار ٤ : ٥٢ ح ١٨٠ ، الوسائل ١٥ : ٥٦٢ ب «١٢» من أبواب الكفّارات ح ٦ .

(٧) لاحظ الوسائل ٧ : ٣٠ ب «٨» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ٥ ، وج ١٥ : ٥٠٨ ب «١» ح ٤ ، وص : ٥٥٠ ب «٢» من أبواب الكفّارات ح ١ .

. . . . . .

في رمضان والظهار وغيرهما ، وقد تقدّم[١] بعضه ، مع اعتراف السائل بالعجز عن الخصال .

ويظهر من الأصحاب الاتّفاق على جعل الاستغفار بدلاً في غير الظهار . والمعتبر منه مرّة واحدة بالنيّة عن الكفّارة ضامّاً إلى اللفظ الندم على ما فعل والعزم على عدم العود إن كانت عن ذنب ، وإلّا كفى مجرّد الاستغفار وكان وجوبه تعبّداً أو عن ذنبٍ غيره على تقديره .

ولو تجدّدت القدرة على الكفّارة بعده ففي وجوبها وجهان . وفي رواية[٢] إسحاق بن عمّار في المظاهر : يستغفر ويطأ ، فإذا وجد الكفّارة كفّر . وقد تقدّم[٣] البحث في ذلك كلّه .

---

(١) في ج ٩ : ٤٨٢ ـ ٤٨٣ .

(٢) الكافي ٧ : ٤٦١ ح ٦ ، التهذيب ٨ : ٣٢٠ ح ١١٩٠ ، الاستبصار ٤ : ٥٦ ح ١٩٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٥ ب «٦» من أبواب الكفّارات ح ٤ .

(٣) في ج ٩ : ٥٣١ ـ ٥٣٤ .

كتاب الإيلاء

كتاب الإيلاء

والنظر في أُمور أربعة :

الأول : في الصيغة

كتاب الإيلاء

هو لغة الحلف ، يقال : آلى يؤلي إيلاءً وألِيّة ، والجمع ألايا ، مثل عطيّة وعطايا . ويقال : ائتلى يأتلي ائتلاء ، ومنه قوله تعالى : ﴿**ولا يأتل أُولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أُولي القربى**﴾[1].

وشرعاً : حلف الزوج الدائم على ترك وطء زوجته المدخول بها قبلاً ، مطلقاً أو زيادة عن أربعة أشهر ، للإضرار بها . وهو من باب تسمية الجزئي باسم الكلّي . والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **للّذين يؤلون من نسائهم**﴾[2] الآية. وقد كان طلاقاً في الجاهليّة كالظهار فغيّر الشرع حكمه ، وجعل له أحكاماً خاصّة إن جمع شرائطه ، وإلّا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين ويلحقه حكمه .

---

(١) النور : ٢٢ .

(٢) البقرة : ٢٢٦ .

ولا ينعقد الإيلاء إلّا بأسماء الله سبحانه ، مع التلفّظ . ويقع بكلّ لسان مع القصد إليه .

واللفظ الصريح: والله لا أدخلت فرجي في فرجك ، أو يأتي باللفظة المختصّة بهذا الفعل ، أو ما يدلّ عليها صريحاً .

والمحتمل كقوله : لا جامعتك أو لا وطئتك . فإن قصد الإيلاء صحّ ، ولا يقع مع تجرّده عن النيّة . أما لو قال : لا جمع رأسي ورأسك بيت أو مخدّة ، أو لا ساقفتك، قال [الشيخ] في الخلاف : لا يقع به إيلاء ، وقال في المبسوط : يقع مع القصد . وهو حسن .

قوله : «ولا ينعقد الإيلاء....الخ».

لمّا كان الإيلاء ضرباً من مطلق اليمين لم ينعقد إلّا بالله تعالى أو أسمائه الخاصّة ، على ما[١] سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في اليمين[٢]، وقد قال صلّى الله عليه وآله وسلّم : «من كان حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت»[٣]. ولا تكفي نيّته، بل يعتبر التلفّظ به بأيّ لغة اتّفق ، لاشتراك اللغات في إفادة المعنى المقصود .

ثم متعلّق الإيلاء إن كان صريحاً في المراد منه لغة وعرفاً كإيلاج الفرج في الفرج ، أو عرفاً كاللفظة المشهورة في ذلك ، فلا شبهة في وقوعه . وإن وقع بغير الصريح فيه كالجماع والوطء الموضوعين لغة لغيره ، وعبّر بهما عنه عرفاً عدولاً عمّا يستهجن التصريح به إلى بعض لوازمه ، فإن قصد به الإيلاء وقع أيضاً بغير

---

(١) في «د» والحجريّتين : كما .

(٢) في الأمر الأول من كتاب الأيمان .

(٣) مسند الحميدي ٢ : ٣٠١ ح ٦٨٦ ، مسند أحمد ٢ : ١١ ، سنن الدارمي ٢ : ١٨٥ ، صحيح البخاري ٣ : ٢٣٥ .

. . . . . .

خلاف ، كما لا إشكال في عدم وقوعه لو قصد بهما غيره . أما لو أطلق ففي وقوعه نظراً إلى صراحتهما عرفاً ، أو عدمه نظراً إلى احتمالهما غيره من حيث عمومهما لغة ، قولان أصحّهما الوقوع كالصريح . وفي الأخبار تصريح بالاكتفاء بلفظ الجماع ، وفي صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن الإيلاء ما هو ؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته : والله لا أُجامعك»[١] الحديث ، ولم يقيّد بالقصد الزائد على اللفظ الصريح ، فإنه معتبر في جميع الصيغ ، وأجاب به في لفظ «ما هو» المطلوب به نفس الماهيّة فيكون حقيقة فيه ، ولا ينافيه دخول غيره فيها بدليل خارج أو بطريق أولى .

وأما قوله : لا جمع رأسي ورأسك مخدّة ـ بكسر الميم وفتح الخاء ، سمّيت بذلك لأنها موضع الخدّ عند النوم ـ وقوله : لا ساقفتك ـ أي : لا اجتمعت أنا وأنت تحت سقف ـ ففي وقوع الإيلاء بهما مع قصده قولان :

أحدهما : عدم الوقوع . وهو قول الشيخ في الخلاف[٢] وابن إدريس[٣] والعلّامة[٤]، لاحتمال هذه الألفاظ لغيره احتمالاً ظاهراً ، فلا يزول بها الحلّ المتحقّق ، ولا يرتفع بها أصالته ، كما لا يقع الطلاق بالكنايات وإن قصده بها .

والثاني ـ واختاره في المبسوط[٥]، واستحسنه المصنّف والعلّامة في

(١) الكافي ٦ : ١٣٢ ح ٩ ، التهذيب ٨ : ٣ ح ٤ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٣ ح ٩٠٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٤١ ب «٩» من أبواب الإيلاء ح ١ .

(٢) الخلاف ٤ : ٥١٥ مسألة (٧) .

(٣) السرائر ٢ : ٧٢٢ .

(٤) إرشاد الأذهان ٢ : ٥٧ .

(٥) المبسوط ٥ : ١١٦ ـ ١١٧ .

المختلف[١] ـ: الوقوع ، لحسنة بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام أنه قال : «إذا آلى أن لا يقرب امرأته ولا يمسّها ولا يجتمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر»[٢] . ولأنه لفظ استعمل عرفاً فيما نواه، فيحمل عليه كغيره من الألفاظ .

وفيه نظر ، لأن الرواية ليست صريحة ، لاحتمال كون «الواو» للجمع ، فيتعلّق الإيلاء بالجميع ، فلا يلزم تعلّقه بكلّ واحد . وتوقّفه على النيّة يدلّ على كونه كناية ، والكنايات لا تكفي عندنا . وخروج هذين من بين الكنايات يحتاج إلى دليل صالح ، وهو منتفٍ . والفرق بين هذه الألفاظ وغيرها من الصريح حيث افتقرت إلى النيّة ـ على القول بالوقوع بها ـ مع توقّف الصريح على القصد أيضاً: أن هذه النيّة أمر زائد على القصد المعتبر في كلّ لفظ ، بمعنى أنه لا يحكم عليه بما يوقعه بالكناية إلّا أن يصرّح بكونه نوى به الإيلاء ونحوه ، بخلاف الصريح ، فإنه يحكم عليه بالوقوع ظاهراً وإن لم يظهر قصده ، حملاً للفظ العقلاء على مدلوله الظاهر وقصده إليه ، حتى لو فرض دعواه عدم قصده إلى الصريح لا يسمع ظاهراً ، ويحكم عليه بالوقوع ، وإن كان فيما بينه وبين الله تعالى غير واقع عليه .

واعلم أنه حيث لا يقع الإيلاء بهذه الألفاظ ونحوها يقع اليمين على طبق ما قصده منها وإن لم يوافق الظاهر منها ، لأن اليمين تتعيّن بالنيّة حيث تقع الألفاظ محتملة ، وتتخصّص وتتقيّد حيث تكون عامّة أو مطلقة ، فإن قصد بقوله : «لا جمع رأسي ورأسك مخدّة» ونحوه الجماع وقع يميناً وإن لم يقع إيلاءً، فيلحقه

---

(١) المختلف : ٦٠٤ ـ ٦٠٥ .

(٢) الكافي ٦ : ١٣٠ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٣ ح ٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٥ ح ٩١٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٣ ب «١٠» من أبواب الإيلاء ح ١ .

ولو قال : لا جامعتك في دبرك ، لم يكن مؤلياً .

وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟ للشيخ [فيه] قولان أظهرهما اشتراطه ، فلو علّقه بشرط أو زمان متوقّع كان لاغياً.

حكم اليمين ، وإن قصد به كونهما مجتمعين على مخدّة واحدة انعقد كذلك . وكذا القول في غيره من الألفاظ حيث لا يقع إيلاءً . فيعتبر حينئذٍ في اليمين الأولويّة أو تساوي الطرفين ، كما سيأتي[١] تفصيله إن شاء الله تعالى .

قوله : «ولو قال : لا جامعتك في دبرك ، لم يكن مؤلياً».

لأن الجماع على هذا الوجه لا حقّ للزوجة فيه ، ولا ينصرف إليه الإطلاق ، بل هو إحسان إليها لا إضرار ، فلا يقع به الإيلاء ، بل يقع يميناً مطلقاً[٢]، فيلحقه حكمه .

قوله : «وهل يشترط تجريد....الخ».

القول باشتراط تجريده عن الشرط والصفة للشيخ في الخلاف[٣] وأتباعه[٤] وابن إدريس[٥] والمصنّف وأحد قولي العلّامة[٦]، لأصالة عدم وقوعه في محلّ الخلاف . واحتجّ في الخلاف عليه بإجماع الفرقة ، مع أنه قال في المبسوط[٧] بوقوعه معلّقاً بالشرط والصفة ، وقوّاه في المختلف[٨]، لعموم

---

(١) في المطلب الأول من الأمر الثالث من كتاب الأيمان .

(٢) في «د» والحجريّتين : مطلقة .

(٣) الخلاف ٤ : ٥١٧ مسألة (١٢) .

(٤) راجع الوسيلة : ٣٣٥ ، الغنية (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٤٣ .

(٥) السرائر ٢ : ٧٢٢ .

(٦) إرشاد الأذهان ٢ : ٥٧ ، تحرير الأحكام ٢ : ٦٣ .

(٧) المبسوط ٥ : ١١٧ .

(٨) المختلف : ٦٠٥ .

ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها أو بالصدقة أو [بـ] التحريم لم يقع ولو قصد الإيلاء . ولو قال : إن أصبتك فعليّ كذا ، لم يكن إيلاءً.

القرآن[١] السالم عن المعارض ، وهو قاطع للأصل الذي ادّعوه على عدمه . ولا ريب في قوّة هذا القول ، وقد تقدّم مثله في الظهار[٢]، إلّا أنه هناك منصوص الوقوع فلذا حكموا به . والعجب من إطباقهم على عدم وقوع الطلاق معلّقاً مع أن هذا الدليل[٣] العام السالم عن المعارض وارد فيه حرفاً بحرف . والظاهر أن الحامل للمتأخّرين على عدم القول به ما فهموه من أنه إجماع ، وهو حجّة برأسه ، بخلاف ما هنا ، فإن الشيخ وإن ادّعى الإجماع إلّا أن فساد هذه الدعوى واضح ، فسهل القول بوقوعه ، نظراً إلى الدليل . والشيخ في المبسوط[٤] صرّح بأن المانع له من القول بوقوع الطلاق معلّقاً على الشرط إنما هو إجماع الفرقة ، وإلّا كان الدليل يدلّ عليه كما يدلّ على وقوع الإيلاء والظهار .

قوله : «ولو حلف بالعتاق....الخ».

مذهب الأصحاب أن الإيلاء يختصّ باليمين بالله تعالى ، لما ذكرناه من أنه يمين خاصّ ، ولا يمين إلّا بالله . ووافقنا على ذلك كثير[٥] من العامّة . وقال بعضهم[٦] لا يختصّ به ، بل إذا قال : «إن وطئتك فعبدي حرّ ، أو مالي صدقة ، أو حلائلي محرّمات» كان مؤلياً ، فيلزمه مع الوطء كفّارة الإيلاء أو الوفاء بالملتزم .

---

(١) البقرة : ٢٢٦ .

(٢) في ج ٩ : ٤٧٦ و ٤٧٨ .

(٣) أي : عموم آيات الطلاق ، كالآية ٢٢٩ من سورة البقرة ، والآية ١ من سورة الطلاق وغيرهما .

(٤) المبسوط ٥ : ١١٧ .

(٥ و ٦) الحاوي الكبير ١٠ : ٣٤٣ ـ ٣٤٤ ، الوجيز ٢ : ٧٣ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥٠٤ ، روضة الطالبين ٦ : ٢٠٦ .

ولو آلى من زوجة وقال للأُخرى : شرّكتك معها ، لم يقع بالثانية ولو نواه، إذ لا إيلاء إلّا مع النطق باسم الله .

ولا يقع إلّا في إضرار ، فلو حلف لصلاح اللبن أو لتدبير في مرض لم يكن له حكم الإيلاء ، وكان كالأيمان .

الثاني : في المؤلي

ويعتبر فيه البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد .

ومثله ما لو قال : «إن أصبتك فعليّ كذا» بل أولى بعدم الوقوع ، لأنه كناية لا يقع به عندنا وإن ذكر اسم الله تعالى .

قوله : «ولو آلى من زوجته...الخ».

إذا آلى من زوجته بأن قال : والله لا أجامعك مثلاً ، ثم قال لامرأة له أُخرى: أشركتك معها ، أو أنت شريكتها، أو مثلها ، ونوى بذلك الإيلاء عنها لم يصر مؤلياً من الثانية ، لأن عماد الإيلاء ذكر اسم الله تعالى ، فلا ينعقد بالكناية في المحلوف به وإن قلنا بوقوعه بالكناية في المحلوف عليه . وهذا هو الموجب لذكر المسألة للتنبيه على الفرق بين الأمرين ، فإن الكنايات عن الوطء ممّا يحسن فتوسّع فيه على الخلاف السابق[1]، بخلاف الكناية عن اسم الله تعالى ، فإن التصريح باسمه عماد اليمين ، حتى لو قال : به لأفعلنّ كذا ، ثم قال : أردت بالله ، لم تنعقد يمينه . وهذا ما اتّفق عليه الكلّ وإن اختلفوا في مثل قوله : أنت طالق ، ثم قال لأُخرى : شرّكتك معها ، فقد قال جمع بوقوعه ، لأن الكناية فيه عن الطلاق، وهو ممّا قد قيل بوقوعه أيضاً ككناية المحلوف عليه هنا .

قوله : «ولا يقع إلّا في إضرار....الخ» .

اشتراط وقوع الإيلاء بقصد الإضرار بالزوجة بالامتناع من وطئها هو

---

(١) لاحظ ص : ١٢٦.

ويصحّ من المملوك ، حرّة كانت زوجته أو أمة ، ومن الذمّي ، ومن الخصيّ .

المشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف يعتدّ به . فلو قصد بذلك مصلحتها ـ بأن كانت مريضة ، أو مرضعاً لصلاحها أو صلاح ولدها ـ لم يقع إيلاءً ، بل يقع يميناً يعتبر فيه ما يعتبر فيه .

ومستند هذا الشرط من الأخبار ضعيف ، وعموم الآية[١] يقتضي عدمه، فإن تمّ الإجماع فهو الحجّة وإلّا فلا . وعلى القاعدة المشهورة فضعف المستند منجبر بالشهرة ، وهو رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال : يا أمير المؤمنين إن امرأتي أرضعت غلاماً وإنّي قلت : والله لا أقربك حتى تفطميه ، قال : ليس في الإصلاح إيلاء»[٢].

قوله: «ويصحّ من المملوك ، حرّة كانت زوجته أو أمة » .

أما إذا كانت حرّة فظاهر ، إذ لا حقّ للمولى في وطئه ، وعموم الآية[٣] يتناوله . وأما إذا كانت أمة للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقّية الولد فقد ينقدح عدم وقوع الإيلاء منه ، لأن الحقّ فيه لمولاه ، فيتوقّف على إذنه . ووجه الوقوع : عموم الآية[٤] ، وأن المولى ليس له إجباره على الوطء مطلقاً.

قوله: «ومن الذمّي ....الخ» .

لأنه مقرّ بالله تعالى فيصحّ حلفه . وامتناع صحّة الكفّارة منه ما دام كافراً لا

(١ و ٣ و ٤) البقرة: ٢٢٦.

(٢) الكافي ٦: ١٣٢ ح ٦، التهذيب ٨: ٧ ح ١٨، الوسائل ١٥: ٥٣٧ ب «٤» من أبواب الإيلاء ح ١.

وفي صحّته من المجبوب تردّد ، أشبهه الجواز ، وتكون فئته كفئة العاجز .

يقدح في صحّته ، لأن الشرط مقدور عليه بتقديمه الاسلام . والشيخ[١] وافق هنا على صحّته من الذمّي وإن خالف في الظهار ، مع أن المقتضي واحد . والتقييد بالذمّي من حيث اعترافه بالله تعالى ، وينبغي أن لا يكون على وجه الحصر فيه ، بل الضابط وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى ليتوجّه حلفه به .

قوله : «وفي صحّته من المجبوب...الخ».

لمّا كان متعلّق الإيلاء وطء الزوجة وشرطه الإضرار بها اعتبر إمكان ذلك في حقّه ، بأن يكون صحيح الذكر ليمكنه الجماع وإن كان خصيّاً ، لبقاء آلة الجماع . أما المجبوب ، فإن بقي له بقيّة يمكنه الجماع بها فلا إشكال في صحّة إيلائه ، وإلّا ففي صحّته قولان :

أحدهما : المنع ، لما ذكرناه من فقد شرط الصحّة وهو الاضرار بها ، وعدم إمكان متعلّق الحلف كما لو حلف [أن][٢] لا يصعد إلى السماء . وهذا هو الأصحّ .

والثاني ـ وهو مذهب الشيخ في المبسوط[٣] ـ : الوقوع ، وقوّاه المصنّف ، لعموم الآية[٤] . ولا يقدح عجزه كما يصحّ إيلاء المريض العاجز ، ويطالب بفئة العاجز بأن يقول باللسان : إنّي لو قدرت لفعلت كالمريض ، إلّا أن المريض يقول : إذا قدرت فعلت ، لأن قدرته متوقّعة .

---

(١) الخلاف ٤ : ٥٢١ ، مسألة (٢٠) .

(٢) من «د ، م» والحجريّتين .

(٣) المبسوط ٥ : ١٤٢ ـ ١٤٣ .

(٤) البقرة : ٢٢٦ .

الثالث : في المؤلى منها

ويشترط : أن تكون منكوحة بالعقد لا بالملك ، وأن تكون مدخولاً بها .

وفيه : أن شرط الصحّة مفقود ، وهو مخصّص لعموم الآية[١]. والفرق بينه وبين المريض واضح ، لتوقّع زوال عذره دونه . ومرافعته وضرب المدّة له ليقول باللسان ذلك في حكم العبث الذي لا يليق بمحاسن الشرع . والأشلّ ومن بقي من ذكره بعد الجبّ ما دون قدر الحشفة كالمجبوب جميعه .

ولو عرض الجبّ بعد الإيلاء فوجهان ، وأولى بالوقوع هنا ، لوجود الشرط حالة الإيلاء ، والعجز في الدوام ، فكان قصد الإضرار والإيذاء صحيحاً منه في الابتداء . والأقوى بطلان اليمين ، لاستحالة بقائها مع استحالة الحنث ، ومجرّد المطالبة باللسان وضرب المدّة لذلك قبيح كالمجبوب ابتداءً .

قوله : «في المؤلى منها....الخ».

من شرط المؤلى منها أن تكون زوجة ، لقوله تعالى : ﴿**للّذين يؤلون من نسائهم**﴾[٢] فلا يقع بالمنكوحة بملك اليمين ، بل يقع يميناً مطلقاً .

واشترط الأصحاب كونها مدخولاً بها ، لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال في غير المدخول بها : «لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار»[٣] . ورواية أبي الصبّاح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يقع الإيلاء إلّا على امرأة قد دخل بها زوجها»[٤] . وفي رواية أُخرى عنه عليه

(١ و ٢) البقرة : ٢٢٦ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢١ ح ٦٥ ، الوسائل ١٥ : ٥١٦ ب «٨» من أبواب الظهار ح ٢ .

(٤) الكافي ٦ : ١٣٣ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٧ ح ١٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٣٨ ب «٦» من أبواب الإيلاء ح ٢ .

وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد ، أظهره المنع .

السلام قال : «سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل آلى من امرأته ولم يدخل بها ، قال : لا إيلاء حتى يدخل بها ، قال : أرأيت لو أن رجلاً حلف أن لا يبني بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أكان يكون إيلاء؟»[١] .

وقد تقدّم في الظهار[٢] خلاف في ذلك ، مع اشتراكهما في الأخبار الصحيحة الدالّة على اشتراط الدخول ، وأن المانع من اشتراطه استند إلى عموم الآية[٣] ، وهو وارد هنا ، ولكن لم ينقلوا فيه خلافاً . والمناسب اشتراكهما في الخلاف ، وربما قيل به هنا أيضاً ، لكنّه نادر .

قوله : «وفي وقوعه بالمستمتع....الخ».

المشهور بين الأصحاب اشتراط الدوام في المؤلى منها ، إما لأن المتبادر من «النساء» الدائمات ، أو لتخصيصها في قوله تعالى : ﴿**وإن عزموا الطلاق**﴾[٤] بعد قوله : ﴿**للّذين يؤلون من نسائهم**﴾ الدالّ على قبول المؤلى منها له ، وهو منتفٍ عن المتمتَّع بها . ولأن لازم صحّته جواز مطالبتها بالوطء ، وهو غير مستحقّ للمتمتَّع بها . ولأصالة بقاء الحلّ في موضع النزاع .

وذهب المرتضى[٥] ـ رضي الله عنه ـ إلى وقوعه بها ، لعموم الآية ، فإنها من جملة النساء . وعود الضمير إلى بعض المذكور سابقاً لا يقتضي تخصيصه عند

---

(١) الكافي ٦ : ١٣٤ ح ٤ ، التهذيب ٨ : ٧ ح ١٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٣٨ ب «٦» من أبواب الإيلاء ح ٣ .

(٢) في ج ٩ : ٤٩٤ .

(٣) المجادلة : ٢ .

(٤) البقرة : ٢٢٧ .

(٥) نسبه إليه في إيضاح الفوائد ٣ : ١٣١ ، وراجع الانتصار : ١١٥ ـ ١١٦ فقد نفاه هناك .

ويقع بالحرّة والمملوكة .

والمرافعة إلى المرأة لضرب المدّة ، وإليها بعد انقضائها المطالبة بالفئة ولو كانت أمة ، ولا اعتراض للمولى .

ويقع الإيلاء بالذمّية كما يقع بالمسلمة .

جماعة[١] من الأُصوليّين . ومطالبتها مشروطة بالدوام نظراً إلى الغاية ، وهو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبة ، كما يقع وإن لم يطالب . والأصالة انقطعت بالإيلاء الثابت بالآية . وقد تقدّم البحث في هذه المسألة في النكاح[٢].

قوله : «ويقع بالحرّة....الخ».

كما لا فرق في المؤلي بين الحرّ والرقيق والمسلم والكافر ، فكذا لا فرق في المؤلى منها بين الحرّة والأمة ولا بين المسلمة والذمّية ، لدخول الجميع في عموم قوله تعالى : ﴿**للّذين يؤلون من نسائهم**﴾ . وحيث كانت الزوجة أمة فحقّ المطالبة بضرب المدّة وبالفئة إليها ، لأن حقّ الاستمتاع لها لا للمولى . وقيّد الكافرة بالذمّية نظراً إلى تحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداءً واستدامة ، مع أنه يمكن فرضه في غير الكتابيّة إذا آلى منها بعد أن أسلم قبلها وهي في العدّة ، فإنه يقع كما سبق في بابه[٣] .

---

(١) راجع الإحكام للآمدي ٢ : ٥٣٥ ، معارج الأُصول للمحقّق الحلّي «قدّس سرّه» : ١٠٠ .

(٢) في ج ٧ : ٤٦١ .

(٣) في ج ٧ : ٣٦٧ .

الرابع : في أحكامه

وهي مسائل :

الأُولى : لا ينعقد الإيلاء حتى يكون التحريم مطلقاً ، أو مقيّداً بالدوام ، أو مقروناً بمدّة تزيد عن أربعة أشهر ، أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلّا بعد انقضاء مدّة التربّص يقيناً أو غالباً ، كقوله [وهو] بالعراق : حتى أمضي إلى بلاد الترك وأعود ، أو يقول : ما بقيت .

ولا يقع لأربعة أشهر فما دون ، ولا معلّقاً بفعل ينقضي قبل هذه المدّة يقيناً أو غالباً أو محتملاً على السواء .

قوله : «لا ينعقد الإيلاء....الخ».

الحالف على الامتناع من وطء زوجته إما أن يطلق الامتناع فيحمل على التأبيد ، فبه[1] يحصل الانتفاء المطلق ويكون مؤلياً . وإما أن يقيّده بالتأبيد ، فهو ضرب من التأكيد . وإما أن يقيّده بالتّأقيت إما بزمان مقدّر ، أو بالتعليق بأمر مستقبل لا يتعيّن وقته . فهنا قسمان :

الأول : أن يقدّره بزمان ، نظر فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤلياً ، والذي جرى يمين ، وتنحلّ بعد المدّة ، وليس لها المطالبة كما إذا امتنع من غير يمين . قيل : والحكمة في تقدير المهلة بهذه المدّة ، ولم تتوجّه المطالبة إذا حلف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها: أن المرأة تصبر عن الزوج مدّة أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو يشقّ عليها الصبر .

ويكفي في الزيادة عن الأربعة مسمّاها ولو لحظة . ولا يشترط كون الزيادة بحيث تتأتّى المطالبة في مثلها ، لكن إذا قصرت كذلك لم تتأتّ المطالبة ، لأنها

---

(١) في «د» وإحدى الحجريّتين : فيه فيحصل .

إذا مضت تنحلّ اليمين ولا مطالبة بعد انحلالها . وأثر كونه مؤلياً في هذه الصورة أنه يأثم بإيذائها والإضرار بها بقطع طمعها بالحلف عن الوطء في المدّة المذكورة .

ولو فرض كونه تاركاً وطأها مدّة قبل الإيلاء يفعل حراماً بالنسبة إلى ما زاد عن أربعة أشهر من حين الوطء ، لأنه لا يجوز ترك وطء الزوجة أزيد من ذلك ، ولا تنحلّ بذلك اليمين ، لأن الإيلاء لا ينحلّ بذلك .

الثاني : أن يقيّد الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا يتعيّن وقته ، فينظر إن كان المعلّق به أمراً يعلم تأخّره عن أربعة أشهر ـ كما لو قال : حتى يقدم فلان ، أو حتى آتي مكّة ، والمسافة بعيدة لا تقطع في أربعة أشهر ـ أو يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر وإن كان محتملاً ـ كما لو قال : حتى يخرج الدجّال أو يأجوج ومأجوج ، أو تطلع الشمس من المغرب ـ فهو مؤلٍ ، نظراً إلى اليقين بحصول الشرط ـ وهو مضيّ أربعة أشهر قبل مجيء الغاية ـ في الأول ، وغلبة الظنّ بوجوده في الثاني وإن كان محتملاً في نفسه .

ومثله قوله : ما بقيت ، فإنه وإن كان محتملاً لموته في كلّ وقت ولا ظنّ يقتضي بقاءه أربعة أشهر ، إلّا أن ذلك موجب لحصول اليأس مدّة العمر ، فهو كما لو قال : لا أجامعك أبداً ، فإن أبد كلّ إنسان عمره .

ولو قال : ما بقي فلان ، فوجهان :

أحدهما : أنه كذلك ، لأن الموت المعجّل كالمستبعد في الاعتقادات ، فيلحق بالتعليق بخروج الدجّال ونحوه .

والثاني : عدمه ، لأنه كالتعليق بالمرض ودخول الدار ، وهو ممكن على

. . . . . .

السواء في كلّ وقت . وينبغي الفرق بين من يغلب على الظنّ بقاؤه أو موته في المدّة فما دون ، أو يتساوى الاحتمالان بحسب القرائن الحاليّة .

وإن كان المعلّق به ممّا يتحقّق وجوده قبل أربعة أشهر ـ كذبول البقل ، وجفاف الثوب ، وتمام الشهر ـ أو يغلب على الظنّ وجوده ـ كمجيء المطر في وقت غلبة الأمطار ، ومجيء زيد من القرية وعادته الحضور في الجمعات ، أو قدوم القافلة والغالب تردّدها في كلّ شهر ـ لم يقع الإيلاء ، لكن ينعقد يميناً بشرطه .

ولو كان المعلّق به ممّا لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر ولا يتحقّق ولا يظنّ حصوله ـ كما لو قال : حتى أدخل الدار ، أو أخرج من البلد ، أو أمرض ، أو يمرض فلان ، أو يقدم وهو على مسافة قريبة قد يقدم وقد لا يقدم ـ لم يحكم بكونه مؤلياً وإن اتّفق مضيّ أربعة أشهر ولم يوجد المعلّق به ، بل يكون يميناً ، لأنه لم يتحقّق قصد المضارّة في الابتداء ، وأحكام الإيلاء منوطة به لا بمجرّد اتّفاق الضرر بالامتناع من الوطء ، كما لو امتنع من غير يمين . وحينئذٍ فترتفع اليمين لو وجد المعلّق به قبل الوطء ، وتجب الكفّارة لو وطىء قبل وجوده حيث تنعقد اليمين . وفي وجه أن التعليق بخروج الدجّال ونحوه يلحق بالأُمور المحتملة للأمرين ، فلا يقع به إيلاء . والأظهر الأول ، عملاً بالظنّ الغالب المستند إلى الاعتقادات وقرائن الأحوال والعادات[1].

---

(١) في هامش «و ، ق» : «فرع : لو قال : والله لا أجامعك ثم قال : أردت شهراً أو شهرين ـ مثلاً ـ لم يقبل ظاهراً، لأن المفهوم منه التأبيد ، بخلاف ما لو كان يميناً محضاً ، فإنه يقبل منه نيّة التقييد والتخصيص ، مع احتمال القبول هنا أيضاً ، نظراً إلى أنه يمين في الجملة . منه قدّس سرّه» .

ولو قال : والله لا وطئتك حتى أدخل هذه الدار ، لم يكن إيـلاءً ، لأنه يمكنه التخلّص من التكفير مع الوطء بالدخول ، وهو منافٍ للإيلاء .

الثانية : مدّة التربّص في الحرّة والأمة أربعة أشهـر ، سـواء كـان الزوج حرّاً أو مملوكاً . والمدّة حقّ للزوج ، وليس للزوجة مطالبته فيها بالفئة ، فإذا انقضت لم تطلّق بانقضاء المدّة ، ولم يكن للحاكم طـلاقها . وإن واقفته فهو مخيّر بين الطلاق والفئة ، فإن طلّق فقد خرج من حقّها ، وتقع الطلقة رجعيّة على الأشهر . وكذا إن فاء . وإن امتنع من الأمـرين حبس وضيّق عليه حتى يفيء أو يطلّق ، ولا يجبره الحاكم على أحدهما تعييناً.

قوله : «ولو قال : والله لا وطئتك....الخ» .

لمّا كان الإيلاء موجباً للتحريم إلى أن يكفّر ، والإضرار بالمرأة لم يتحقّق حيث يعلّق على شرط يمكنه فعله ورفعه كقوله : لا وطئتك حتى أدخـل الدار، فإنه يمكنه في كلّ وقت دخول الدار ، فيتخلّص من اليمين ولا يحصل لها الإضرار بذلك بتحريم الوطء أربعة أشهر فصاعداً . نعم ، لو كان دخوله الدار ممتنعاً عادة لعارض لا يزول قبل أربعة أشهر ولو ظنّاً وقع الإيلاء كما سبق . وإنـما أطـلق المصنّف الحكم بناءً على الغالب من عدم المانع من دخول الدار ، أو اتّكالاً على ما أسلفه[1] من القاعدة .

قوله : «مدّة التربّص....الخ» .

للزوج مهلة بعد انعقاد الإيلاء لا يطالب فيها بشيء، فإن واقع لزمته كفّارة

---

(١) في ص : ١٣٧ .

اليمين وانحلّ الإيلاء ، وإن أصرّ فللمرأة مطالبته ورفعه إلى القاضي ليفيء أو يطلّق، حتى لو رفعته أمهله القاضي إلى انقضاء المدّة وهي أربعة أشهر على ما نصّ عليه في القرآن[١] . وهذه المدّة حقّ للزوج كالأجل في الدَّين المؤجّل حقّ للمديون . ولا فرق فيها بين كون الزوجين حرّين أو رقيقين أو بالتفريق ، لعموم الآية ، ولأنّها شرعت لأمر جبلّي وهو قلّة الصبر عن الزوج ، وما يتعلّق بالجبلّة والطبع لا يختلف بالحرّية والرقّ ، كمدّة العنّة[٢] والرضاع والحيض . وعند بعض العامّة أنها تنتصف بالرقّ . ثم منهم من ينصّفها برقّ الزوجة ، ومنهم من ينصّفها برقّ الزوج[٣]. وإلى خلافهما أشار المصنّف بقوله : «في الحرّة والأمة....سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً» .

ثم إذا انقضت المدّة لم يطلّق[٤] بانقضائها ، لأصالة بقاء الزوجيّة ، ولأن الله تعالى قال بعد التربّص أربعة أشهر : ﴿**فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**﴾[٥] فدلّ ذلك على بقاء تخييره فيهما بعد المدّة ، وهو ينافي وقوع الطلاق بالفعل ، خلافاً لبعض العامّة[٦] حيث حكم بوقوعه .

---

(١) البقرة : ٢٢٦ .

(٢) في «د ، ط ، م» والحجريّتين : الفئة .

(٣) في هامش «ق ، و» : «أبو حنيفة ينصّفها برقّ الزوجة ، ومالك ينصّفها برقّ الزوج ، وعن أحمد روايتان : إحداهما كمذهبنا ، والأُخرى كمذهب أبي حنيفة . منه قدّس سرّه» .
انظر الكافي لابن عبد البرّ ٢ : ٥٩٨ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥٢٨ ، شرح فتح القدير ٤ : ٥٣ ، اللباب في شرح الكتاب ٣ : ٦٢ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢ : ١٠٣ ، ولكن الرواية الثانية عن أحمد كمذهب مالك لا كمذهب أبي حنيفة .

(٤) في إحدى الحجريّتين : تطلّق .

(٥) البقرة : ٢٢٦ ـ ٢٢٧ .

(٦) انظر الإشراف على مذاهب العلماء ٤ : ٢٣٠ ، المبسوط للسرخسي ٧ : ٢٠ ، رحمة =

ثم إن فاء ورجع إلى زوجته كفّر وسقط عنه حكم الإيلاء ، وإن طلّق خرج من حقّها . وهل يقع الطلاق رجعيّاً حيث لا يكون لبينونته سبب آخر ؟ المشهور بين الأصحاب ذلك ، لوجود المقتضي له وهو وقوعه بشرائط الرجعي ، وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا كونه طلاق مؤلٍ مأموراً به تخييراً ، وهو لا يقتضي البينونة ، لأن الطلاق الرجعي يحصل [به][1] الغرض أيضاً ، لاختلال النكاح به وصيرورتها إلى حال البينونة . ولحسنة بريد بن معاوية قال : «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول في الإيلاء : إذا آلى الرجل لا يقرب امرأته ولا يمسّها ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر ، فإذا مضت الأربعة أشهر ووقف فإما أن يفيء فيمسّها ، وإما أن يعزم على الطلاق فيخلّي عنها حتى إذا حاضت وتطهّرت من محيضها طلّقها تطليقة قبل أن يجامعها بشهادة عدلين ، ثم هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة الأقراء»[2].

وربما قيل بوقوع الطلقة بائنة ، لصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «المؤلي إذا وقف فلم يفيء طلّق تطليقة بائنة»[3]. وحملت هذه الرواية ـ مع شذوذها ـ على من اختار الطلاق البائن ، إذ هو مخيّر بين أن يطلّق بائناً ورجعيّاً . وحملها الشيخ[4] على من كانت عنده تطليقة

= الأُمة : ٢٣٥ ، بداية المجتهد ٢ : ١٠٠ ، بدائع الصنايع ٣ : ١٧٧ .

(١) من «د» فقط .

(٢) الكافي ٦ : ١٣٠ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٣ ح ٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٥ ح ٩١٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٣ ب «١٠» من أبواب الإيلاء ح ١ .

(٣) التهذيب ٨ : ٤ ح ٦ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٦ ح ٩١٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٤ ب «١٠» من أبواب الإيلاء ح ٥ .

(٤) التهذيب ٨ : ٤ ذيل ح ٥ .

. . . . . .

واحدة، فإن طلاقه بعد ذلك يقع بائناً . وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلّا أن فيه جمعاً بين الأخبار .

ثم على تقدير طلاقه رجعيّاً إن استمرّ عليه فذاك ، وإن رجع عاد الإيلاء . وسيأتي[١] تتمّة حكمه .

وإن امتنع من الأمرين لم يطلّق عنه الحاكم ، لأن «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٢] بل يحبسه ويعزّره ويضيّق عليه في المطعم والمشرب ، بأن يطعمه في الحبس ويسقيه ما لا يصبر عليه مثله عادة إلى أن يختار أحدهما . وفي رواية حمّاد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلي أن يطلّق جعل له حظيرة من قصب ويحبسه فيها، ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلّق»[٣] . وفي رواية أُخرى عنه عليه السلام : «أنه كان يحبسه في الحظيرة ويعطيه ربع قوته حتى يطلّق»[٤].

واعلم أن إجباره على أحد الأمرين لا ينافي صحّة الطلاق ، لأنه إجبار بحقّ ، والمنافي غيره . وأيضاً فإنه لم يجبره عليه عيناً بل على أحد الأمرين ، وفي تحقّق الإجبار على هذا الوجه بحث سبق في الطلاق[٥].

---

(١) في ص : ١٦٦ .

(٢) سنن ابن ماجة ١ : ٦٧٢ ح ٢٠٨١ ، المعجم الكبير للطبراني ١١ : ٣٠٠ ح ١١٨٠٠ ، سنن الدارقطني ٤ : ٣٧ ح ١٠٢ .

(٣ و ٤) الكافي ٦ : ١٣٣ ح ١٠ و ١٣ ، التهذيب ٨ : ٦ ح ١٣ و ١٥ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٧ ح ٩٢٠ و ٩٢١ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٥ ب «١١» من أبواب الإيلاء ح ١ و ٣ .

(٥) لم نجده في كتاب الطلاق . نعم ، في باب الظهار جزم بتحقّق الإجبار في الجملة ، لاحظ ج ٩ : ٥٣٦ .

ولو آلى مدّة معيّنة ، ودافع بعد المواقفة حتى انقضت المدّة ، سقط حكم الإيلاء ، ولم تلزمه الكفّارة مع الوطء .

ولو أسقطت حقّها من المطالبة لم تسقط المطالبة ، لأنه حقّ يتجدّد ، فيسقط بالعفو ما كان [لازماً] لا ما يتجدّد .

قوله : «ولو آلى مدّة معيّنة ـ إلى قوله ـ مع الوطء».

لأن الكفّارة إنما تجب مع الحنث في اليمين ، ولا يتحقّق إلّا مع الوطء في المدّة المعيّنة ، وأما إذا انقضت سقط حكم اليمين ، سواء رافعته وألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا ، لاشتراكهما في المقتضي وإن أثم بالمدافعة على تقدير المرافعة .

قوله : «ولو أسقطت ....الخ» .

إسقاط الحقّ والعفو عنه والإبراء منه بمعنى واحد . وشرط صحّته ثبوت متعلّقه في الذمّة ، فلا يصحّ إسقاط ما يتجدّد فيها وإن وجد سببه . ولمّا كان حقّها في المطالبة يثبت في كلّ وقت ما دام الإيلاء باقياً فهو ممّا يتجدّد بتجدّد الوقت ، فإذا أسقطت حقّها منها لم يسقط إلّا ما كان منها ثابتاً وقت الإسقاط ، وذلك في قوّة عدم إسقاط شيء ، لأن الآن الواقع بعد ذلك بلا فصل يتجدّد فيه حقّ المطالبة ولم يسقط بالإسقاط ، فلها المطالبة متى شاءت .

وكذا القول في نظائره من الحقوق المتجدّدة بحسب الوقت ، كحقّ القسمة للزوجة ، وحقّ الإسكان في موضع معيّن حيث نقول بصحّته ، ونحو ذلك . ومن هذا الباب ما لو علمت بإعسار الزوج فرضيت ثم أرادت الفسخ على قول من يجوّزه به ، فلها ذلك ، لتجدّد الضرر بفوات النفقة يوماً فيوماً . ويخالف ما إذا

فروع

الأول : لو اختلفا في انقضاء المدّة فالقول قول من يدّعي بقاءها . وكذا لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء ، فالقول قول من يدّعي تأخّره .

الثاني : لو انقضت مدّة التربّص وهناك ما يمنع من الوطء ، كالحيض والمرض ، لم يكن لها المطالبة ، لظهور عذره في التخلّف . ولو قيل : لها المطالبة بفئة العاجز عن الوطء ، كان حسناً .

رضيت بعنّة الزوج ثم أرادت الفسخ ـ حيث لا يبطل خيارها لفوات الفوريّة ، بأن جهلت الفوريّة أو نحو ذلك ممّا سبق[1] ـ فإنها لا تمكّن منه . وفرّق بأن العنّة عجز حاضر وخصلة ناجزة لا تبسط على الأيام ، وحقّ الاستمتاع والنفقة يبسطان عليها ، وبأن العنّة عيب والرضا بالعيب يسقط حقّ الفسخ .

قوله : «لو اختلفا....الخ» .

إذا اختلفا في انقضاء المدّة المضروبة للتربّص به وهي أربعة أشهر ، بأن ادّعت انقضاءها ليلزم بالفئة أو الطلاق ، وادّعى هو بقاءها ، فالقول قوله ، لأصالة عدم انقضائها ، لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدّم زمان الإيلاء إن جعلنا المدّة من حينه ، أو زمان المرافعة إن جعلناها منها، والأصل عدم تقدّم كلّ منهما . ومثله ما لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء ، فالقول قول مدّعي تأخّره ، لأصالة عدم التقدّم . وفائدته تظهر حيث يجعل المدّة من حينه ، أو يكون الإيلاء مقدّراً بمدّة ، فمدّعي تقدّمه يحاول انحلال اليمين .

قوله : «لو انقضت مدّة....الخ».

إذا وجد مانع من الجماع بعد مضيّ المدّة المحسوبة نظر أهو فيها أم في

---

(١) راجع ج ٨: ١٣٨.

ولو تجدّدت أعذارها في أثناء المدّة ، قال في المبسوط : تنقطع الاستدامة عدا الحيض . وفيه تردّد . ولا تنقطع المدّة بأعذار الرجل ابتداءً ولا اعتراضاً ، ولا تمنع من المواقفة انتهاءً .

الزوج ؟ فإن كان فيه فسيأتي[١] حكمه . وإن كان فيها ، بأن كانت مريضة بحيث لا يمكن وطؤها ، أو محبوسة لا يمكنه الوصول إليها ، لم تثبت المطالبة بالفئة فعلاً إجماعاً ، لأنه معذور والحال هذه ولا مضارّة . وكذا لو كانت محرمة أو حائضاً أو نفساء أو صائمة أو معتكفة فرضاً[٢].

وهل يؤمر بالفئة قولاً كالعاجز ؟ منعه الشيخ[٣] ، لأن الامتناع من جهتها . وقال المصنّف وجماعة المتأخّرين تجب عليه فئة العاجز ، لظهور العجز في الجملة ، ولأنه لا مانع منها ، بل هي ممكّنة ، وإنما المانع من الله تعالى . وهذا حسن.

قوله : «ولو تجدّدت...الخ».

المراد بقطع أعذارها المتجدّدة للاستدامة عدم احتسابها من المدّة ، فإذا زال العذر ثبت على ما مضى من المدّة قبل العذر .

ووجه ما اختاره الشيخ[٤] من قطعها للاستدامة أن الحقّ لها ، والعذر من قبلها ، ومدّة التربّص حقّ له ، فلا يحتسب عليه منها ما لا قدرة له على الفئة فيه . واستثني من ذلك الحيض ، فإنه لا يقطعها إجماعاً ، لأنه لو قطع لم تسلم مدّة

---

(١) في الصفحة التالية .

(٢) في «ق ، ط» : برضاه .

(٣) راجع المبسوط ٥ : ١٣٥ ، فقد أطلق عدم توجّه المطالبة عليه .

(٤) المبسوط ٥ : ١٣٦ .

الثالث : إذا جنّ بعد ضرب المدّة احتسبت المدّة عليه وإن كان مجنوناً ، فإن انقضت المدّة والجنون باقٍ تربّص به حتى يفيق .

التربّص أربعة أشهر ، لتكرّره في كلّ شهر غالباً .

والأكثر على عدم الفرق بينه وبين غيره في عدم قطع الاستدامة ، لقيام فئة العاجز مقام الوطء من القادر ، وهو في حكم العاجز . وهذا قويّ[١].

أما أعذار الرجل فلا تقطع المدّة ابتداءً ولا استدامةً إجماعاً ، لأن حقّ المهلة له ، والعذر منه . وكذا لا تمنع المواقفة[٢] لو اتّفقت على رأس المدّة ، فيؤمر بفئة العاجز أو الطلاق ، كما سيأتي[٣] .

قوله : «إذا جنّ.....الخ».

الأعذار الحاصلة بالزوج لا تمنع من احتساب المدّة ابتداءً ولا استدامة ، لأن التمكّن حاصل من جهتها ، والمانع من قبله ، وهو المقصّر بالإيلاء وقصد المضارّة. ويستوي في ذلك الموانع الشرعيّة كالصوم والإحرام والاعتكاف ، والحسّية كالمرض والحبس والجنون . فإذا فرض جنونه في أثناء المدّة لم يقطع استدامتها ، فإذا انقضت المدّة والجنون باقٍ لم يرافع[٤] ولم يكلّف بأحد الأمرين ، لارتفاع القلم عنه ، بل يتربّص به حتى يفيق ثم يحكم عليه بذلك ، بخلاف ما لو انقضت المدّة وبه عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض ، فإنه يؤمر بفئة العاجز .

---

(١) في «ط ، م» والحجريّتين : أقوى .

(٢) كذا في «ط» ، وفي «د ، م» : المرافعة ، وفي «ق ، و» : المواقعة .

(٣) في الصفحة التالية .

(٤) في «ق ، د» النسختان : لم ، ترافع .

الرابع : إذا انقضت المدّة وهو محرم أُلزم بفئة المعذور . وكذا لو اتّفق صائماً . ولو واقع أتى بالفئة وإن أثم . وكذا في كلّ وطء محرّم ، كالوطء في الحيض والصوم الواجب .

الخامس : إذا ظاهر ثم آلى صحّ الأمران ، ويوقف بعد انقضاء مدّة الظهار ، فإن طلّق فقد وفى الحقّ ، وإن أبى أُلزم التكفير والوطء ، لأنه أسقط حقّه من التربّص بالظهار ، وكان عليه كفّارة الإيلاء .

قوله : «إذا انقضت المدّة.....الخ».

إذا انقضت المدّة أُلزم بأحد الأمرين الفئة أو الطلاق كما مرّ ، فإن اختار الفئة ولم يكن له مانع من الوطء ففئته الوطء، وإن كان معذوراً عذراً حسّياً ـ كالمرض والحبس ـ أو شرعيّاً ـ كالإحرام والصيام ـ أُلزم بفئة المعذور ، كما يلزمه ذلك في أعذارها بطريق أولى . وسيأتي[1] تحقيق الفئة بالأمرين . ولا يلزم بالوطء المحرّم لكن لو فعل أثم وحصلت الفئة ، لحصول الغرض ، سواء وافقته على ذلك أم أكرهها . وهل يجوز لها موافقته[2]؟ يحتمله ، لأنه ليس محرّماً من طرفها . والأقوى التحريم ، لأنه معاونة على العدوان المنهيّ[3] عنه . ومثله تمكين المسافرة ومن طهرت من حيضها في أثناء النهار للصائم ، وبيع من لم يخاطب بالجمعة بعد النداء ممّن خوطب بها.

قوله : «إذا ظاهر.....الخ».

إذا جمع بين الظهار والإيلاء لزمه حكمهما ، سواء قدّم الظهار على الإيلاء ـ

---

(١) في ص : ١٥٨ .

(٢) في «د ، و» : مواقفته .

(٣) المائدة : ٢ .

. . . . . .

كما فرضه المصنّف ـ أم أخّره ، لبقاء الزوجيّة الصالحة لإيقاع كلّ منهما عليها وإن كانت قد حرمت بالسبب الآخر، فتحرم من الجهتين ولا تستباح بدون الكفّارتين . لكن قد عرفت اختلاف المدّة في إمهاله لهما، فإن مهلة الظهار ثلاثة أشهر ومهلة الإيلاء أربعة ، فإذا انقضت مدّة الظهار فرافعته أُلزم بحكم الظهار خاصّة ، فإن اختار الطلاق فقد خرج من الأمرين ، وإن اختار العود وعزم على الوطء لزمته كفّارة الظهار ، فإذا كفّر ووطىء لزمته كفّارة الإيلاء أيضاً ، لحنثه في يمينه .

وإن توقّفت كفّارة الظهار على مدّة تزيد على مدّة الإيلاء ، كما لو كان فرضه التكفير بالصوم ، أو لم يتّفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدّة الإيلاء ، أو كان الظهار متأخّراً عنه بحيث انقضت مدّته قبل التخلّص منه ، طولب بالأمرين معاً ، ولزمه حكمهما . لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدّة الإيلاء ولمّا يكمل كفّارة الظهار ، فإن حكم الإيلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بالفئة وتعجيل الوطء ، وحكم الظهار تحريمه إلى أن يكفّر . وطريق الجمع إلزامه حينئذٍ للإيلاء بفئة العاجز ، لأن الظهار مانع شرعي من الوطء قبل التكفير ، فتجتمع الكفّارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئة والأُخرى للعزم عليه . ولو أراد الوطء في هذه الحالة قبل التكفير للظهار حرم عليها تمكينه منه كما سبق ، وإن أُبيح لها من حيث الإيلاء . ولو فعل حراماً ووطىء حصلت الفئة ، ولزمته كفّارتا[1] الظهار وكفّارة الإيلاء .

---

(١) كذا في «ط ، و» ، وفي «ق ، د» والحجريّتين : كفّارة الظهار وكفّارة الإيلاء ، وفي «م» وهامش «و» : كفّارتان كفّارة الظهار وكفّارة الإيلاء .

السادس : إذا آلى ثم ارتدّ ، قال الشيخ : لا تحتسب عليه مدّة الردّة ، لأن المنع بسبب الارتداد لا بسبب الإيلاء . والوجه الاحتساب ، لتمكّنه من الوطء بإزالة المانع .

المسألة الثالثة : إذا وطىء في مدّة التربّص لزمته الكفّارة إجماعاً . ولو وطىء بعد المدّة ، قال في المبسوط : لا كفّارة ، وفي الخلاف : تلزمه ، وهو الأشبه .

قوله : «إذا آلى ثم ارتدّ....الخ».

المراد بالردّة هنا ما كانت عن غير فطرة ، إذ لو ارتدّ عن فطرة كان كالميّت يبطل معها التربّص .

ووجه ما قاله الشيخ[1] من عدم احتساب مدّة الردّة ما أشار إليه المصنّف من التعليل بأن المنع حينئذٍ بسبب الارتداد الموجب لرفع النكاح وجريان عدّته إلى البينونة ، فلا يحتسب مدّته من مدّة الإيلاء المقتضية لاستحقاق المطالبة بعدها بالوطء ، لتضادّ المؤثّرين المقتضي لتضادّ الأثرين ، كما لا يحتسب زمان العدّة .

وذهب الأكثر ومنهم المصنّف إلى احتساب مدّته منها ، لتمكّنه معها من الوطء بالرجوع ، فلا يكون عذراً . ويفارق العدّة بأن المرتدّ إذا عاد إلى الاسلام تبيّن أن النكاح لم ينخرم[2]، والطلاق الماضي مع لحوق الرجعة لم ينهدم ، ومن ثَمّ ظهر أثره بتحريمها بالثلاث وإن رجع في الأوّلين .

قوله : «إذا وطىء....الخ».

متى وطىء المؤلي في المدّة التي يتناولها اليمين فقد حنث في يمينه

---

(١) المبسوط ٥ : ١٣٨ .

(٢) كذا في «ط» والحجريّتين ، وفي سائر النسخ : لم يتحرّم .

ووجبت الكفّارة ، سواء كان وطؤه في مدّة التربّص أم بعدها . أما الأول فموضع وفاق . وأما الثاني فلمشاركته له في المقتضي لها ، وهو مخالفته لمقتضى اليمين ، ولعموم قوله تعالى : ﴿ذلك كفّارة أيمانكم إذا حلفتم﴾[١]. وهذا مذهب الأكثر حتى الشيخ في الخلاف[٢] مدّعياً عليه الإجماع أيضاً .

وقال في المبسوط : «إذا آلى منها ثم وطئها عندنا عليه الكفّارة ، سواء كان في المدّة أم بعدها ، وقال قوم : إن وطئها قبل المدّة فعليه الكفّارة ، وإن وطئها بعدها فلا كفّارة عليه ، وهو الأقوى»[٣]. وهذا يدلّ على اختياره العدم ورجوعه عن الأول ، ولم يذكر عليه دليلاً .

ويمكن أن يستدلّ له بأن كفّارة اليمين عندنا لا تجب مع الحنث إلّا إذا تساوى فعل المحلوف عليه وتركه في الدين والدنيا أو كان فعله أرجح ، فلو كان تركه أرجح جازت المخالفة ولا كفّارة ، وهنا بعد المدّة قد صار مأموراً بالوطء ولو تخييراً ، وهو يدلّ على رجحان فعله في الجملة ، فلا تجب به كفّارة .

وجوابه : أن يمين الإيلاء تخالف مطلق اليمين في هذا المعنى ، ومن ثَمّ انعقد ابتداءً وإن كان تركه أرجح بل واجباً ، كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطء، والأصل استصحاب هذا الحكم ، والدليل الدالّ على وجوب الكفّارة له مع الحنث يشمله ، فلا وجه لتخصيص هذا الفرد من بين أفراد الإيلاء بنفي الكفّارة مع رجحان المخالفة . وفي رواية منصور عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن رجل آلى من امرأته فمرّت به أربعة أشهر ، قال : يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه

---

(١) المائدة : ٨٩.

(٢) الخلاف ٤ : ٥٢٠ مسألة (١٨).

(٣) المبسوط ٥ : ١٣٥.

وعليها عدّة المطلّقة ، وإلّا كفّر يمينه وأمسكها»[١]. وهي نصّ في الباب .

واعلم أن مذهب الشيخ في المبسوط وإن كان شاذّاً إلّا أنه موافق لأُصول أصحابنا في اليمين المطلق . وله أن يجيب عن حجّتهم بأن وجوب الكفّارة في الإيلاء مع أولويّة الخلاف خلاف الأصل ، فيقتصر فيها على موضع الوفاق . ولا حجّة لهم في الآية ، لأنها وردت في مطلق اليمين لا في الإيلاء ، وهم لا يقولون بعمومها في ذلك ، بل يخصّونها بما ذكرناه ، فكيف يحتجّون بعمومها على الإيلاء المخالف لمطلق اليمين في الأحكام ويطرحون عمومها في بابها ؟ ! وبهذا يظهر منع مشاركة ما بعد المدّة لما قبلها في المقتضي .

وأما الرواية فهي وإن كانت نصّاً في الباب إلّا أنها ضعيفة السند ، لأن في طريقها القاسم مطلقاً ، وهو مشترك بين جماعة منهم الثقة والضعيف ، وأبان والظاهر أنه ابن عثمان وكان ناووسيّاً وإن كان ثقة ، ومنصور الراوي عن الامام مطلق أيضاً ، وهو مشترك بين الثقة وغيره ، وإن كان الظاهر أنه ابن حازم .

واستدلّ في المختلف[٢] للمشهور بقول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم : «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً فليأت الذي هو خير ، وليكفّر عن يمينه»[٣] ولم يفصّل .

وهذا الاستدلال عجيب منه ـ رحمه الله ـ لأن الرواية عامّية قد وردت في

---

(١) الفقيه ٣ : ٣٤٠ ح ١٦٣٧ ، التهذيب ٨ : ٨ ح ٢١ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٤ ح ٩١٠ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٧ ب «١٢» من أبواب الإيلاء ح ٣ .

(٢) المختلف : ٦٠٥ .

(٣) مسند الطيالسي : ١٣٨ ح ١٠٢٩ ، المصنّف للصنعاني ٨ : ٤٩٥ ح ١٦٠٣٤ ، مسند أحمد ٢ : ٢٠٤ ، صحيح مسلم ٣ : ١٢٧٢ ح ١٣ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٨١ ح ٢١٠٨ .

الرابعة : إذا وطىء المؤلي ساهياً ، أو مجنوناً ، أو اشتبهت بغيرها من حلائله ، قال الشيخ : بطل حكم الإيلاء ، لتحقّق الإصابة ، ولم تجب الكفّارة ، لعدم الحنث .

مطلق اليمين ، وأنتم لا تقولون بمضمونها كذلك ، بل تقولون إنه متى رأى غيرها خيراً فليأت التي هي خير ولا يكفّر . والعامّة[١] يعملون بمضمونها ، ويوجبون كفّارة اليمين مطلقاً ، عملاً بالآية[٢] والرواية . فالاستدلال بها للإيلاء دون غيره ليس بسديد . ومع ذلك فاعتمادنا على المذهب المشهور من وجوب الكفّارة على المؤلي مطلقاً .

قوله : «إذا وطىء المؤلي ....الخ» .

لا إشكال في عدم وجوب الكفّارة بالوطء ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهة بغيرها ، لأنه لا تقصير منه ، ولعموم : «رفع عن أُمّتي الخطأ والنسيان»[٣]. وإنما الكلام في انحلال اليمين ، فالشيخ[٤] حكم بانحلالها وبطلان الإيلاء ، وتبعه عليه جماعة منهم العلّامة[٥] جازماً به من غير نقل خلاف . ووجهه : أنه قد وجد المحلوف عليه في الحقيقة وتحقّقت الإصابة ، إلّا أنه لم يؤاخذ من حيث عدم التقصير ، فكان كما لو خالف عمداً ، وإن اختلفا في وجوب الكفّارة وعدمها من حيث تقصير العامد .

---

(١) انظر الحاوي الكبير ١٥ : ٢٩١ ـ ٢٩٢ ، المغني لابن قدامة ١١ : ٢٢٣ ـ ٢٢٤ .

(٢) المائدة : ٨٩ .

(٣) الكافي ٢ : ٤٦٣ ح ٢ ، التوحيد : ٣٥٣ ح ٢٤ ، الخصال ٢ : ٤١٧ ح ٩ ، الفقيه ١ : ٣٦ ح ١٣٢ ، الوسائل ١١ : ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس ح ١ .

(٤) المبسوط ٥ : ١٤٠ .

(٥) قواعد الأحكام ٢ : ٨٨ ، ٨٩ ، تحرير الأحكام ٢ : ٦٣ .

الخامسة : إذا ادّعى الإصابة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه ، لتعذّر البيّنة .

والمصنّف نسب القول إلى الشيخ مشعراً بضعفه أو توقّفه فيه . وله وجه، لاختلال الفعل الصادر عن الإكراه والنسيان ، ولذلك لم يحكم[1] بوجوب الكفّارة. والحلف على النفي يقتضي الدوام ، والنسيان وما في معناه لم يدخل تحت مقتضاها ، لأن الغرض من البعث والزجر في اليمين إنما يكون عند ذكرها وذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه لأجل اليمين . والبحث آتٍ في مطلق اليمين إذا خولف مقتضاها جهلاً أو نسياناً .

ثم إن حكمنا بانحلال اليمين حصلت الفئة وارتفع الإيلاء . وإن لم نحكم به فوجهان :

أحدهما : أنه لا تحصل الفئة ، وتبقى المطالبة ، لأن اليمين باقية .

والثاني : تحصل ، لوصولها إلى حقّها ، واندفاع الضرر . ولا فرق في إيفاء الحقّ بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون والعقل ، كما لو ردّ المجنون وديعة إلى صاحبها . ولأن وطء المجنون كوطء العاقل في التحليل وتقرير المهر وتحريم الربيبة وسائر الأحكام ، فكذلك هنا . ولا يلزم من عدم وجوب الكفّارة ثبوت الفئة ، لأنها حقّ لله والفئة حقّ المرأة ، ويعتبر في حقّ الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يعتبر في حقّ الآدمي . والأصحّ الأول .

قوله : «إذا ادّعى الإصابة .....الخ» .

هذا الحكم ممّا خالف القواعد المقرّرة من تقديم قول النافي ، وإنما أخرجوه منها لما أشار إليه المصنّف من تعذّر إقامة البيّنة على ذلك أو تعسّرها ،

---

(١) في «ط ، و» : نحكم .

. . . . . .

فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه لزم الحرج . ولأن الأصل بقاء النكاح وعدم تسلّط الزوجة على نقضه بوجه من الوجوه . ويؤيّد ذلك رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام : «أن عليّاً عليه السلام سئل عن المرأة تزعم أن زوجها لا يمسّها ، ويزعم أنه يمسّها ، قال : يحلّف ويترك»[١]. ومثله في تقديم قوله في الإصابة المخالف للأصل ما لو ادّعى العنّين إصابتها في المدّة أو بعدها .

ثم إذا حلف على الإصابة وطلّق وأراد الرجعة بدعوى الوطء الذي حلف عليه قال في التحرير : «الأقرب أنه لا يمكّن ، وكان القول قولها في نفي العدّة والوطء على قياس الخصومات»[٢] من أن البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر ، وإنما خالفناه في دعوى الإصابة لما ذكر من العلّة ، وهي منتفية هنا ، كما لو اختلفا في الرجعة ابتداءً .

وهذا التفريع لابن الحدّاد[٣] من الشافعيّة ، ووافقه الأكثر ، واستقربه العلّامة في التحرير . وهو ـ مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين ـ لا يتمّ على أُصولنا من اشتراط الدخول في صحّة الإيلاء . قال الشهيد رحمه الله : «ما سمعنا فيه خلافاً ، وإنما فرّعوه على أصلهم من عدم اشتراطه ، ومع ذلك فلهم وجه آخر بأنه يمكّن من الرجعة ، ويصدّق في الإصابة للرجعة كما يصدّق فيها ، لدفع التفريق ، لأن في الرجعة استيفاء ذلك النكاح أيضاً» . وهذا أوجه .

---

(١) التهذيب ٨ : ٨ ح ٢٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٧ ب «١٣» من أبواب الإيلاء .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٦٣ .

(٣) انظر روضة الطالبين ٦ : ٢٣١ ، ٢٣٢ .

السادسة : قال في المبسوط[١] : المدّة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء . وفيه تردّد .

قوله : «قال في المبسوط ...الخ».

المشهور بين الأصحاب أن مدّة التربّص تحتسب من حين المرافعة لا من حين الإيلاء ، ذهب إلى ذلك الشيخان[٢] والأتباع[٣] وابن إدريس[٤] والعلّامة[٥] في غير المختلف والشهيد[٦] وغيرهم[٧] .

وقال ابن أبي عقيل[٨] وابن الجنيد[٩] : إنها من حين الإيلاء . واختاره في المختلف[١٠] وولده في الشرح[١١]، وإليه يميل المصنّف في تردّده هنا . وهو الأقوى .

لنا : قوله تعالى : ﴿**للّذين يؤلون من نسائهم تربّص أربعة أشهر**﴾[١٢] رتّب التربّص على الإيلاء ، فلا يشترط بغيره . وحسنة بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام قال : «لا يكون إيلاء إلّا إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسّها ولا يجمع رأسه ورأسها ، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر ، فإذا

---

(١) المبسوط ٥ : ١٣٧ .

(٢) المقنعة : ٥٢٢ ، النهاية : ٥٢٧ .

(٣) راجع الكافي في الفقه : ٣٠٢ ، المهذب ٢ : ٣٠٢ ، الوسيلة : ٣٣٦ .

(٤) السرائر ٢ : ٧٢٠ .

(٥) إرشاد الأذهان ٢ : ٥٨ ، تبصرة المتعلّمين : ١٤٩ .

(٦) غاية المراد : ٢٢٨ ـ ٢٢٩ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٢٩ .

(٧) انظر الجامع للشرائع : ٤٨٧ ، المقتصر : ٢٩٤ .

(٨ و ٩) حكاه عنهما العلّامة في المختلف : ٦٠٥ .

(١٠) المختلف : ٦٠٥ .

(١١) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٣٢ .

(١٢) البقرة : ٢٢٦ .

السابعة : الذمّيان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار بين الحكم بينهما ، وبين ردّهما إلى أهل نحلتهما .

مضت أربعة أشهر وقف فإما أن يفيء وإما أن يعزم على الطلاق »[١]. ونحوه روى الحلبي[٢] في الحسن ، وأبو بصير[٣] عنه عليه السلام .

احتجّ الأولون بأن ضرب المدّة حكم شرعي باقٍ على العدم الأصلي ، فيتوقّف ثبوته على حكم الحاكم . ولأصالة عدم التسلّط على الزوج بحبس أو غيره لأجل الفئة أو الطلاق إلّا مع تحقّق سببه .

وجوابه : منع احتياج المدّة إلى الضرب ، بل مقتضى الحكم الشرعي الثابت بالآية[٤] والرواية[٥] ترتّبه على مضيّ المدّة المذكورة من حين الإيلاء . وإثبات توقّفها على المرافعة يحتاج إلى الدليل ، وهو منفيّ . وهذا الدليل أخرجه عن حكم العدم الأصلي . وأصالة عدم التسلّط قد انقطعت بالإيلاء المقتضي له بالآية[٦] والرواية[٧] والاجماع ، فتوقّفه على أمر آخر صار خلاف الأصل .

قوله : «الذمّيان....الخ».

أما حكمه بينهم بمقتضى شرعنا فواضح ، لعموم قوله تعالى : ﴿**للّذين يؤلون من نسائهم**﴾ الشامل للمسلم والكافر، ولأنهم مكلّفون بفروع الاسلام ،

---

(١) الكافي ٦ : ١٣٠ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٣ ح ٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٥ ح ٩١٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٤٣ ب « ١٠ » من أبواب الإيلاء ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٣٠ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٣٣٩ ح ١٦٣٤ ، التهذيب ٨ : ٢ ح ١ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٢ ح ٩٠٤ ، الوسائل ١٥ : ٥٣٩ ب « ٨ » من أبواب الإيلاء ح ١ .

(٣) الكافي ٦ : ١٣١ ح ٣ و ٩ ، التهذيب ٨ : ٢ ح ٢ و ٤ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٣ ح ٩٠٥ و ٩٠٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٤١ ب « ٩ » من أبواب الإيلاء ح ١ و ٢ .

(٤ و ٦) البقرة : ٢٢٦ .

(٥ و ٧) لاحظ الهامش (١) هنا .

الثامنة : فئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل، وفئة العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدرة .

ولو طلب الإمهال مع القدرة أُمهل ما جرت العادة به ، كتوقّع خفّة المأكول ، أو الأكل إن كان جائعاً ، أو الراحة إن كان متعباً.

وقد قال تعالى : ﴿**لتحكم بين الناس بما أراك الله**﴾[١].

وأما جواز ردّهم إلى أهل نحلتهم فلإقرارهم عليها المقتضي لجواز الإعراض عنهم في ذلك ، وقد قال تعالى : ﴿**فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم**﴾[٢] والمراد بالإعراض عنهم ردّهم إلى أحكامهم . وقال بعض[٣] العلماء : إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿**وأن احكم بينهم بما أنزل الله**﴾[٤] . وفيه نظر ، لعدم المنافاة بينهما ، فإن الإعراض عن الحكم بينهم ممّا أنزله الله أيضاً . والنسخ على خلاف الأصل ، فلا يثبت بمثل هذا الاحتمال . وهذا الحكم غير مختصّ بالإيلاء ، بل هو مشترك بين سائر الأحكام .

قوله : «فئة القادر غيبوبة الحشفة....الخ».

قد تكرّر أن المؤلي بعد المدّة يطالب بالفئة أو الطلاق ، والمقصود الآن الكلام في أن الفئة بم تحصل ؟ وبيانه : أن المؤلي إن كان قادراً على الوطء ـ بأن لا يكون له عنه مانع شرعي ولا عقلي ولا حسّي ـ فأقلّ فئته في الثيّب أن يغيّب الحشفة ، وفي البكر إذهاب العذرة بالوطء ، وهو راجع إلى الأول ، لأن تغييب

---

(١) النساء : ١٠٥.

(٢ و ٤) المائدة : ٤٢ و ٤٩.

(٣) انظر التبيان ٣ : ٥٢٤ ، مجمع البيان ٢ : ١٩٦ ، تفسير القرآن للصنعاني ١ : ١٩٠ ، جامع البيان للطبري ٦ : ١٥٨ ـ ١٥٩ ، النكت والعيون للماوردي ٢ : ٤١ ، الكشّاف ١ : ٦٣٥ ، الدرّ المنثور ٣ : ٨٢.

التاسعة : إذا آلى من الأمة ثم اشتراها وأعتقها وتزوّجها ، لم يعد الإيلاء . وكذا لو آلى [العبد] من الحرّة ثم اشترته وأعتقته وتزوّج بها .

الحشفة يزيل العذرة ، فتغييب الحشفة يفيد الغرض فيهما ، فلذا أطلقه المصنّف . ولا تحصل الفئة له بما دون الفرج كالدبر وغيره .

وإن كان عاجزاً عن ذلك ففئته باللسان ، وهو أن يرجع عن الإيذاء والإضرار ، فيقول : إذا قدرت فئت . ولو استمهل الفئة باللسان لم يجب بحال ، فإن الوعد به أمر متيسّر . ثم إذا زال المانع طولب بفئة القادر أو الطلاق من غير استئناف مدّة .

وأما فئة القادر فيمهل فيها بما جرت العادة إمهاله فيه بقدر ما يتهيّأ له ذلك عادة ، فيمهل الصائم إلى أن يفطر ، والشبعان إلى أن يخفّ عنه ثقل الطعام ، فإنه مانع من الغرض ، والجائع إلى أن يأكل ما يتهيّأ به لذلك ، ولا يمكّن من أن يشبع فيفضي إلى مهلة أُخرى ، وإن كان يغلبه النعاس فحتى يزول ما به . وبالجملة ما به يحصل التهيّأ والاستعداد لذلك . ولا يتقدّر بيوم أو بثلاثة أيّام عندنا ، بل بما يزول معه المانع عرفاً .

قوله : «إذا آلى من الأمة ....الخ» .

لمّا كان الإيلاء متعلّقه الزوجة فالتحريم المستند إليه هو تحريم ما حلّ بالزوجيّة ، فيكون دائراً معها وجوداً وعدماً ، فإذا زالت بطلاق أو شراء أو عتق زال التحريم ، لزوال متعلّقه ، وإن عاد الحلّ بأمر جديد بأن تزوّجها أو حلّت له بالشراء ونحو ذلك . لكن يشترط في الطلاق أن يكون بائناً وإلّا توقّف زوال التحريم على انقضاء العدّة ، فلو راجع فيها بقي التحريم .

وما فرضه المصنّف ـ كغيره ـ من زوال التحريم بشراء الأمة ثم عتقها

العاشرة : إذا قال لأربع : والله لا وطئتكنّ ، لم يكن مؤلياً في الحال، وجاز له وطء ثلاث منهنّ ، ويتعيّن التحريم في الرابعة ، ويثبت الإيلاء . ولها المرافعة ، ويضرب لها المدّة ، ثم تقفه بعد المدّة .

ولو ماتت واحدة قبل الوطء انحلّت اليمين ، لأن الحنث لا يتحقّق إلّا مع وطء الجميع ، وقد تعذّر في حقّ الميّتة ، إذ لا حكم لوطئها .

وليس كذلك لو طلّق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، لأن حكم اليمين هنا باقٍ فيمن بقي ، لإمكان الوطء في المطلّقات ولو بالشبهة .

وتزويجها ليس على وجه الانحصار فيه ، بل يزول التحريم بمجرّد شرائها ، لبطلان العقد بذلك ، وإنما يستبيحها بالملك وهو حكم جديد غير الأول ، كاستباحتها بعقد آخر . وقد تقدّم ذلك في الظهار[1] .

وأما على تقدير كون المؤلي عبداً فاشترته الحرّة فتوقّف حلّها حينئذٍ على العتق واضح ، لأنها لا تباح له بالعقد وهو مملوك لها وإن كان التحريم قد زال بالشراء، لزوال العقد كما زال بالطلاق البائن وإن لم يفرض تزويجه لها . وتظهر الفائدة فيما لو وطئها قبل العقد بشبهة أو حراماً ، فإنه لا كفّارة ، لزوال حكم الإيلاء بزوال الزوجيّة .

قوله : «إذا قال لأربع ....الخ».

هذه مسألة شريفة كثر اعتناء الفضلاء ببحثها والخلاف فيها وفي أقسامها . وهي مبنيّة على أصل هو أن المؤلي من علّق بالوطء مانعاً منه بيمين كما مرّ ، فإذا كان الوطء بهذه المثابة كان مؤلياً ، أما إذا لم يتعلّق المانع بالوطء لكن كان الوطء مقرّباً من الحنث فهو محذور لكنّه لا يحرم ، فلا يكون مؤلياً به عندنا، لأنه لا

---

(١) في ج ٩ : ٥١١.

. . . . . .

يتعلّق به لزوم شيء ، ولا يلحقه به ضرر .

إذا تقرّر ذلك ، فإذا كان تحته أربع نسوة فقال : والله لا وطئتكنّ ، فالكلام فيه يتعلّق باليمين والحنث ثم الإيلاء .

أما الأول فمتعلّق اليمين جماعهنّ جميعاً ، لأن اليمين معقودة على الكلّ من حيث هو كلّ ، ومحصّل حلفه أن لا يجمعهنّ على[١] الوطء ، فإذا وطئهنّ لم يلزمه إلّا كفّارة واحدة ، لأن اليمين واحدة ، ومعناها سلب العموم في وطئهنّ لا عموم السلب .

وعلى هذا فلو مات بعضهنّ قبل الوطء انحلّت اليمين ، لأنه تحقّق امتناع الحنث ، ولا نظر إلى تصوّر الإيلاج بعد الموت ، فإن اسم الوطء يطلق على ما يقع في الحياة . وفيه وجه أن الحنث يتعلّق بوطء الميّتة أيضاً ، ومن ثم تثبت العقوبة على وطء الميّتة . والحقّ أنه مجاز ، لعدم تبادر الذهن إليه عند الإطلاق . والعقوبة عليه لا تدلّ على الحقيقة ، بل هي على الفعل المحرّم كيف كان .

ولو طلّقهنّ أو بعضهنّ قبل الوطء لم تنحلّ اليمين ، بل تجب الكفّارة بالوطء بعد البينونة وإن كان زنا ، لأن الاسم يشمل الحلال والحرام . ويمكن فرض الحلال بالشبهة . والمراد بثبوت الكفّارة في هذه الحالة على تقدير وطء الباقية في النكاح مع وطئهنّ ، لتحقّق الحنث في الحلف على وطء الزوجة، فوطء المطلّقات شرط لحصول الحنث في وطء الزوجة ، لا أن الإيلاء يبقى متعلّقاً بهنّ ، لما تقدّم[٢] من أن الطلاق البائن يبطل اليمين .

---

(١) في «د ، م» والحجريّتين : في .

(٢) في ص : ١٥٩ .

ولو قال : لا وطئت واحدة منكنّ ، تعلّق الإيلاء بالجميع ، وضربت المدّة لهنّ عاجلاً . نعم ، لو وطىء واحدة حنث ، وانحلّت اليمين في البواقي .

ولو طلّق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً كان الإيلاء ثابتاً فيمن بقي .

ولو قال في هذه : أردت واحدة معيّنة ، قبل قوله ، لأنه أبصر بنيّته .

وأما الثاني وهو الإيلاء فقد حكم المصنّف بأنه لا يحصل إيلاء في الحال ، بل يجوز له وطء ثلاث منهنّ ، فإذا وطئهنّ صار مؤلياً من الرابعة . وتقريب الوطء للواحدة والاثنتين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء كما مرّ[1].

وفي المسألة وجه ضعيف أنه يكون مؤلياً منهنّ كلّهنّ ، من حيث إن وطء كلّ واحدة مقرّب للحنث ، وقد منع نفسه من وطئهنّ باليمين بالله تعالى ، فكان مؤلياً كما لو قال : لا أطأ واحدة منكنّ .

وفيه : أن تمكّنه من وطء كلّ واحدة منهنّ بغير حنث يدلّ على عدم تأثير يمينه قبل وطء الثلاث ، وهو معنى قولنا : إنه غير مؤلٍ في الحال .

ولهذه المسألة صور ثلاث أحدها هذه والباقيتان تأتيان إن شاء الله تعالى .

قوله : «ولو قال : لا وطئت....الخ» .

هذه هي الصورة الثانية من صور المسألة ، وهي ما إذا قال للأربع : والله لا وطئت واحدة منكنّ . ولها أحوال أربعة[2]:

إحداها : أن يريد الامتناع عن كلّ واحدة منهنّ ، فيكون مؤلياً منهنّ جميعاً . وليس التعميم هنا كالتعميم في قوله : والله لا أجامعكنّ ، لأن اللفظ هناك تناول كلّهنّ ، ولا يحصل الحنث بجماع بعضهنّ ، وها هنا اليمين تتعلّق بآحادهنّ،

---

(١) في ص : ١٦٠ ـ ١٦١ .

(٢) كذا في «م» ، وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين : ثلاثة .

وتنزّل على كلّ واحدة منهنّ على البدل ، فيكون مـؤلياً مـنهنّ جـميعاً ، لتـعلّق الكفّارة بوطء أيّة واحدة منهنّ وطئها ، لأن قوله : «لا وطئت واحدة» نقيض قوله «وطئت واحدة» التي هي موجبة جزئيّة أو في قوّتها ، فيكون نقيضها سالبة كلّية ، فتفيد عموم السلب لا سلب العموم، عكس السابقة . ولهنّ المطالبة بعد المدّة ، فإن طلّق بعضهنّ بقي الإيلاء في حقّ الباقيات ، وإن وطىء بعضهنّ حصل الحنث ، لأنه خالف قوله : لا أجامع واحدة منكنّ ، فتنحلّ اليمين ، ويرتفع الإيلاء في حقّ الباقيات .

الثانية : أن يريد الامتناع عن واحدة منهنّ لا غير ، فيقبل قوله ، لاحتمال اللفظ . ويحتمل عدم القبول ، لأن اللفظ يقع على كلّ واحدة على البدل ، وهـو متّهم في إخراج بعضهنّ عن موجب اللفظ . ويضعّف بأنه أعرف بنيّته ، مع احتمال اللفظ لما ادّعاه .

ثم لا يخلو : إما أن يريد واحدة بعينها ، أو واحدة غير معيّنة . فـإن أراد الأول فهو مؤلٍ عنها ، ويؤمر بالبيان كما في الطلاق . وإذا بيّن[1] واحـدة ، فـإن صدّقه الباقيات فذاك ، وإن ادّعت غيرها أنه عناها وأنكر فهو المصدَّق بـيمينه ، فإن نكل حلفت المدّعية وحكم بكونه مؤلياً عنها أيضاً . فإن أقرّ في جواب الثانية أنه عناها أخذناه[2] بموجب إقراره ، وطالبناه بالفئة أو الطلاق ، ولا يقبل رجوعه عن الأول . وإذا وطئهما في صورة إقراره تعدّدت الكفّارة ، وإن وطئهما في صورة نكوله ويمين المدّعية لم يتعدّد ، لأن يمينها لا تصلح لإلزام الكفّارة عـليه . ولو

---

(١) في الحجريّتين : عيّن .

(٢) فيما لدينا من النسخ الخـطّية والحـجريّتين : وأخـذناه ، والصـحيح مـا أثـبتناه ، كـما اسـتظهره في هامش «و» .

. . . . . .

ادّعت واحدة أولاً أنّك عنيتني فقال : ما عنيتك ، أو ما آليت منك ، وبمثله أجاب ثانية وثالثة تعيّنت الرابعة للإيلاء .

وإن أراد واحدة غير معيّنة ففي كونه مؤلياً وجهان ، مثلهما [في][1] طلاق المبهمة . فإن قلنا به أمر بالتعيين ، ويكون مؤلياً من إحداهنّ لا على التعيين . وإذا عيّن واحدة لم يكن لغيرها المنازعة . وفي كون المدّة من وقت التعيين أو وقت اليمين ـ إذا جعلنا مدّة الإيلاء من حينه ـ وجهان مبنيّان على أن الطلاق المبهم إذا عيّنه يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ . فإن لم يعيّن ومضت أربعة أشهر ، فإن أوقعنا الإيلاء من حينه وطالبن أمر بالتعيين ثم الفئة أو الطلاق . ولو فاء إلى واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو طلّق لم يخرج عن موجب الإيلاء ، لاحتمال أن المؤلى عنها الرابعة . وإن قال : طلّقت التي آليت عنها ، خرج عن موجب الإيلاء ، لكن المطلّقة مبهمة ، فعليه التعيين .

الثالثة : أن يريد تحريم كلّ واحدة واحدة ، فيقبل قوله أيضاً ، لاحتمال اللفظ له ، لأن السلب داخل على نكرة فيفيد العموم كما مرّ ، فيقع الإيلاء على كلّ واحدة واحدة لا على سبيل البدل ، وتتعدّد اليمين كما سيأتي في القسم الثالث .

الرابعة : أن يطلق اللفظ ، فلم ينو التعميم ولا التخصيص بواحدة . وفيه وجهان : أحدهما : أنه يحمل على التخصيص بواحدة ، لأن اللفظ محتمل له ، وهو أقلّ المحملين . وعلى هذا فيكون الحكم كما لو أراد واحدة لا بعينها . وأشبههما الحمل على التعميم ، لأنه المعنى المشهور عند الإطلاق والاستعمال ، ولذلك يقال: النكرة عند النفي تعمّ ، وأصالة الإباحة ، وحدوث التحريم بسبب

---

(١) من الحجريّتين ، راجع ج ٩ : ٤٨ .

ولو قال : لا وطئت كلّ واحدة منكنّ ، كان مؤلياً من كلّ واحدة ، كما لو آلى من كلّ واحدة منفردة . وكلّ من طلّقها فقد وفّاها حقّها ، ولم تنحلّ اليمين في البواقي . وكذا لو وطئها قبل الطلاق لزمته الكفّارة ، وكان الإيلاء [حينئذٍ] في البواقي باقياً.

الإيلاء الذي لا يعلم وجوده قد انتفى بوجود اللفظ الظاهر في معناه العام .

قوله : «ولو قال : لا وطئت ....الخ» .

هذه هي الصورة الثالثة ، وهي أن يقول للنسوة الأربع : لا وطئت كلّ واحدة منكنّ ، فقد ذكر المصنّف وغيره[1] أنه يكون مؤلياً منهنّ جميعاً ، لتعلّق المحذور بوطء كلّ واحدة منهنّ وهو الحنث ولزوم الكفّارة . وتضرب المدّة في الحال ، فإذا مضت فلكلّ واحدة منهنّ مطالبته بالفئة أو الطلاق . فإن طلّقهنّ سقطت المطالبة ، وإن طلّق بعضهنّ فالباقيات على مطالبتهنّ . وإن وطىء واحدة فالمشهور أن اليمين لا تنحلّ ، لأن هذه الصيغة في قوّة اليمين المتعدّدة ، فإن قوله : «لا أجامع كلّ واحدة» يتضمّن تخصيص كلّ واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلّق بصواحباتها حتى أفرد كلّ واحدة بيمين كأنّه قدّره قائلاً : والله لا أجامع هذه ووالله لا أجامع هذه إلى آخرهنّ . ولو قيل بانحلال اليمين ـ لأنها يمين واحدة كما لو قال : والله لا أجامع واحدة منكنّ ـ كان وجهاً ، لاشتراكهما في العموم وإن كانت هذه آكد عموماً . ويجري الكلام فيما لو قال : والله لا كلّمت كلّ واحد من هذين الرجلين ، ونظائره . هذا جملة ما أوردوه في هذه الصورة .

ويمكن أن يقال هنا كما قيل في السابقة : من أنه إن قصد بقوله : «لا أجامع

---

(١) انظر المبسوط ٥ : ١٣٢ ، السرائر ٢ : ٧٢٢ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٥٩ ، قواعد الأحكام ٢ : ٨٧ ، تحرير الأحكام ٢ : ٦٣ .

الحادية عشرة : إذا آلى من الرجعيّة صحّ ، ويحتسب زمان العدّة من المدّة . وكذا لو طلّقها رجعيّاً بعد الإيلاء وراجع .

كلّ واحدة» المعنى الذي قرّروه اتّجه بقاء الإيلاء في حقّ الباقيات ، وإلّا كان الحكم فيها كالحكم فيما إذا قال : «والله لا أجامعكنّ» فلا يحصل الحنث ولا تلزم الكفّارة إلّا بوطء الجميع . ولا يكون مؤلياً في الحال على ما قرّر هناك لوجهين :

أحدهما : أنه إذا وطىء بعضهنّ ـ كالواحدة مثلاً ـ صدق أن يقال : إنه لم يطأ كلّ واحدة منهنّ وإنما وطىء واحدة منهنّ ، كما يصدق أنه لم يطأهنّ وإنما وطىء إحداهنّ ، وذلك يدلّ على أن مفهوم اللفظين واحد .

والثاني : أن قول القائل : طلّقت نسائي ، وقوله : طلّقت كلّ واحدة من نسائي يؤدّيان معنىً واحداً ، وإذا اتّحد معناهما في طرف الإثبات فكذلك في طرف النفي . فيكون معنى قوله : لا أجامع كلّ واحدة منكنّ ، معنى قوله : لا أجامعكنّ ، خصوصاً على ما ذكره الشيخ عبد القاهر[1] ومن تبعه من أن كلمة «كلّ» في النفي إذا دخلت في حيّزه ـ بأن قدّم عليها لفظاً ، كقوله : ما كلّ ما يتمنّى المرء يدركه ، وقولنا : ما جاء القوم كلّهم ، و : ما جاء كلّ القوم ، أو تقديراً بأن قدّمت على الفعل المنفي وأعمل فيها ، لأن العامل رتبته التقدّم على المعمول ، كقولك : كلّ الدراهم لم آخذ ـ توجّه النفي إلى الشمول خاصّة دون أصل الفعل ، وأفاد الكلام ثبوته لبعض أو تعلّقه ببعض . وفي هذا المقام بحث ، وله جواب لا يليق بهذا المحلّ .

قوله : «إذا آلى....الخ» .

قد تكرّر أن المطلّقة رجعيّاً بمنزلة الزوجة ، فيقع بها الإيلاء كما يقع

---

(١) دلائل الإعجاز : ٢٨٤ ـ ٢٨٥ .

بالزوجة . ثم إن قلنا بأن المدّة تضرب من حين الإيلاء وإن لم ترافعه الزوجة احتسب زمان العدّة من المدّة . وإن قلنا إنها من حين المرافعة فليس للمطلّقة المرافعة ، لأنها لا تستحقّ عليه الاستمتاع ، فلا يحتسب منها شيء من العدّة ، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المدّة حينئذٍ .

ولو طلّقها بعد الإيلاء طلاقاً رجعيّاً فمقتضى كلام المصنّف أن المدّة لا تنقطع ، بل يحتسب زمان العدّة من المدّة ، فإن راجع طولب بأحد الأمرين مع انقضائها . ووجهه : أنه وإن كانت الزوجيّة قد اختلّت إلّا أنه متمكّن من الوطء بالرجعة ، فلا يكون الطلاق عذراً كالردّة ، وإن افترقا بأن النكاح معها لا ينخرم ، والطلاق بالرجعة لا ينهدم ، لأن هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم هنا ، لاشتراكهما في التمكّن من الوطء بإزالة المانع من قبل الزوج .

والشيخ[1] منع من احتساب المدّة فيهما ، محتجّاً بأن الطلاق رفع النكاح وأجراها إلى البينونة ، بمعنى أنها في العدّة في زمان يقتضي مضيّه البينونة، فلا يجوز احتساب هذه المدّة من مدّة يقتضي مضيّها المطالبة بالوطء وهو زمان التربّص ، لتضادّ الأثرين المقتضي لتضادّ المؤثّرين . وكذا الردّة .

ووافقه في التحرير[2] على انهدامها ، وأنه إن راجع ضربت له مدّة أُخرى ووقف عند انقضائها ، فإن فاء أو طلّق وفّى ، فإن راجع ضربت له مدّة أُخرى ووقف بعد انقضائها ، وهكذا . وقول المصنّف لا يخلو من قوّة .

---

(١) المبسوط ٥ : ١٣٦ و ١٣٨ .

(٢) التحرير ٢ : ٦٤ .

الثانية عشرة : لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين ، سواء قصد التأكيد أو لم يقصد ، أو قصد بالثانية غير ما قصد بالأُولى ، إذا كان الزمان واحداً .

نعم ، لو قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتك سنة ، فهما إيلاءان ، ولها المرافعة لضرب مدّة التربّص عقيب اليمين . ولو واقفته فماطل حتى انقضت خمسة أشهر فقد انحلّت اليمين . قال الشيخ : ويدخل وقت الإيلاء الثاني . وفيه وجه ببطلان الثاني ، لتعليقه على الصفة على ما قرّر[ه الشيخ].

قوله : «لا تتكرّر الكفّارة .....الخ» .

لا إشكال في عدم تكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين إذا قصد التأكيد بما عدا الأول . أما إذا أطلق أو قصد التأسيس فظاهر الأصحاب أنه كذلك ، لصدق الإيلاء مع تعدّد اليمين ، فتكفيه[1] كفّارة واحدة . ولا يخلو من إشكال ، خصوصاً مع قصد التأسيس ، فإن كلّ واحد سبب مستقلّ في إيجاب الكفّارة ، والأصل عدم التداخل . والبحث آتٍ في مطلق اليمين ، لاشتراكهما في المقتضي .

هذا إذا اتّحد زمان المحلوف عليه إما مطلقاً أو مقيّداً ، كأن قال : والله لا وطئتك والله لا وطئتك ، أو قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر والله لا وطئتك خمسة أشهر مثلاً .

أما إذا اختلف زمان اليمينين كما لو قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتك سنة ، فقد أتى بيمينين كلّ واحدة منهما تشتمل على مدّة

---

(١) في «ق ، ط ، و» : فيكون .

. . . . . .

الإيلاء ، لكن الأُولى منجّزة والثانية معلّقة على صفة ، فإن لم نقل بصحّة المعلّق اختصّ البحث بالأول . وإن جوّزناه فلها المطالبة بعد مضيّ أربعة أشهر بموجب اليمين الأول إن قلنا إن المدّة من حين الإيلاء ، وإلّا فلها المرافعة لضرب المدّة ، فإن بقي منها بعد ضربها ما يزيد عن أربعة أشهر أُلزم بأحد الأمرين بعدها للأول . وإن أخّرت المطالبة حتى مضيّ الشهر الخامس فلا مطالبة بموجب تلك اليمين ، لانحلالها . وإن طالبته في الخامس أو ضربت المدّة من الأول ، فإن فاء إليها في الخامس خرج عن موجب الإيلاء الأول ، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحت مدّة الإيلاء الثاني . فإن طلّق سقطت عنه المطالبة في الحال . ثم إن راجعها في الشهر الخامس بني على أن الطلاق الرجعي هل يقطع المدّة أم لا ؟ فإن لم نقل بقطعها فالحكم كما سبق ، وإلّا ضربت المدّة للإيلاء الثاني عند دخوله . ولو وطئها بعد الرجعة في باقي الشهر انحلّت اليمين الأُولى وبقيت الثانية . وكـذا لو طـلّق بائناً، لأن الطلاق البائن إنما يحلّ الإيلاء الحاصل لا المتوقَّع .

ولو عقد اليمينين[1] على مدّتين تدخل إحداهما في الأُخرى ، كما إذا قال : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، ثم قال : والله لا أجامعك سنة ، فإذا مضت أربعة أشهر فلها مطالبته ، فإن فاء انحلّت اليمينان . وإذا أوجبنا الكفّارة فالواجب كفّارة واحدة أو كفّارتان على ما سبق[2] . وإن طلّقها ثم راجعها ، أو جدّد نكاحها ، فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقلّ لم يعد الإيلاء ، وتبقى اليمين . وإن بقي أكثر من أربعة أشهر ، أو لم نقل ببطلان المدّة ، عاد الإيلاء بالرجعة . وفي تجديده ما سبق .

---

(١) في «د ، ق» : اليمين .

(٢) في الصفحة السابقة .

الثالثة عشرة : إذا قال : والله لا أصبتك سنة إلّا مرّة ، لم يكن مؤلياً في الحال ، لأن له الوطء من غير تكفير . ولو وطىء وقع الإيلاء . ثم ينظر فإن تخلّف من المدّة قدر التربّص فصاعداً صحّ ، وكان لها المواقفة . وإن كان دون ذلك بطل حكم الإيلاء .

ولو قال : فإذا مضت الخمسة فوالله لا أجامعك ، كان مؤلياً بعد الخمسة دائماً ، وأتى فيه ما ذكر[١].

قوله : «إذا قال : والله ....الخ » .

إذا قال : لا أجامعك سنة إلّا مرّة ، لم يكن مؤلياً في الحال عندنا ، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء ، لاستثنائه الوطء مرّة . فإذا وطئها نظر إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فهو مؤلٍ من يومئذٍ ، لحصول الحنث ولزوم الكفّارة لو وطىء . وإن بقي أربعة أشهر فما دونها فهو حالف وليس بمؤلٍ . وعند بعض العامّة[٢] يكون مؤلياً في الحال ، لأن الوطأة الأُولى وإن لم يحصل بها الحنث فهي مقرِّبة منه ، كما سبق[٣] مثله في حلفه على وطء الأربع .

وعلى هذا القياس لو قال : لا أجامعك إلّا عشر مرّات أو عدداً آخر . فعلى ما اخترناه لا يكون مؤلياً إلى أن يستوفي ذلك العدد ، ويبقى من السنة مدّة الإيلاء.

ولو قال : إن أصبتك في هذه السنة فوالله لا أصبتك فيها ، أو أطلق ، لم يكن

---

(١) في هامش «ق ،و» : «من أنه إن كان الطلاق بائناً لا يعود ، وإن كان رجعيّاً يعود . منه قدّس سرّه» .

(٢) الحاوي الكبير ١٠ : ٣٦٦ ، حلية العلماء ٧ : ١٤٣ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥١٦ ، روضة الطالبين ٦ : ٢١٦ .

(٣) في ص : ١٦٠ .

. . . . . .

مؤلياً في الحال أيضاً . وبني وقوعه بعد الإصابة على جواز المعلَّق على الشرط ، بخلاف الأُولى . والفرق بينهما أنه في الصورة الأُولى عقد اليمين في الحال واستثنى وطأة واحدة ، وهاهنا اليمين غير معقودة في الحال ، وإنما تنعقد إذا أصابها ، فلا يثبت الإيلاء قبل انعقاد اليمين . ولو قال : لا أجامعك سنة إلّا يوماً ، فهو كما لو قال : إلّا مرّة .

فرع على المسألة السابقة : لو لم يطأها في السنة أصلاً ، هل تلزمه الكفّارة؟ وجهان : نعم ، لأن اللفظ يقتضي أن يفعل مرّة ، لأن الاستثناء من النفي إثبات ، و : لا ، لأن المقصود باليمين أن لا يزيد على واحدة . ولو وطىء في هذه الصورة ونزع ثم أولج ثانياً لزمته الكفّارة بالإيلاج الثاني ، لأنه وطء مجدّد . مع احتمال العدم ، مصيراً إلى العرف ، والإيلاجات المتتابعة في العرف تعدّ وطأة واحدة ، كما أن اسم الأكلة يقع على ما يحويه جلسة على الاعتياد .

كتاب اللعان

كتاب اللعان

كتاب اللعان

هو ـ لغةً ـ مصدر لاعن يلاعن ، وقد يستعمل جمعاً لـ «اللّعن» وهو الطّرد والإبعاد . وشرعاً : كلمات معلومة جعلت حجّة للمضطرّ إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به ، أو إلى نفي ولد . وسمّيت لعاناً لاشتمالها على كلمة اللّعن . وخصّت بهذه التسمية لأن اللّعن كلمة غريبة في مقام الحجج من الشهادات والأيمان ، والشيء يشتهر بما يقع فيه من الغريب ، وعلى ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن . ولم يسمّ بما يشتقّ من الغضب لأن لفظ الغضب يقع في جانب المرأة ، وجانب الرجل أقوى . وأيضاً فلعانه يسبق لعانها ، وقد ينفكّ عن لعانها . أو لأن كلّاً من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها ، إذ يحرم النكاح بينهما أبداً .

والأصل فيه قوله تعالى : ﴿والّذين يرمون أزواجهم....﴾ الآيات[1] . وسبب نزولها ما روي عن ابن عبّاس[2] ـ رضي الله عنه ـ أن هلال بن أُميّة قذف امرأته عند النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم بشريك بن سحماء ، فقال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم : البيّنة أو حدّ في ظهرك . فقال : يا رسول الله

---

(١) النور : ٦ ـ ٩ .

(٢) صحيح البخاري ٦ : ١٢٦ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٨ ح ٢٠٦٧ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٦ ، جامع البيان للطبري ١٨ : ٦٦ ، النكت والعيون للماوردي ٤ : ٧٦ ، تفسير القرطبي ١٢ : ١٨٣ .

إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البيّنة ؟ فجعل النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم يقول : البيّنة وإلّا حدّ في ظهرك . فقال هلال : والّذي بعثك بالحقّ نبيّاً إنّي لصادق، ولينزلنّ الله تعالى ما يبرىء ظهري من الحدّ . فنزل جبرئيل عليه [السلام][1] وأنزل قوله تعالى : ﴿والّذين يرمون أزواجهم ....﴾ الآيات .

وروى سهل[2] بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني قال : يا رسول‌الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتله ، فيقتلونه ؟ أم كيف يفعل ؟ فقال رسول‌الله صلّى الله عليه وآله وسلّم : قد أنزل فيك وفي صاحبتك قرآناً ، فاذهب فأت بها ، فأتى بها ، قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم .

وذكروا[3] أن الآيات وردت في قصّة هلال ، وقوله في القصّة الثانية : «أنزل فيك وفي صاحبتك» حمل على أن المراد أنه بيّن حكم الواقعة بما أُنزل في حقّ هلال ، والحكم على الواحد حكم على الجماعة .

---

(١) من نسخة بدل «ق» .

(٢) صحيح البخاري ٦ : ١٢٥ و ٧ : ٦٩ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٢٩ ح ١٤٩٢ ، سنن الدارمي ٢ : ١٥٠ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٧ ح ٢٠٦٦ ، سنن النسائي ٦ : ١٧٠ ، جامع البيان للطبري ١٨ : ٦٧ ، النكت والعيون للماوردي ٤ : ٧٦ .

(٣) أسباب النزول للواحدي : ٢١٢ ، تفسير القرطبي ١٢ : ١٨٣ .

والنظر في أركانه وأحكامه .

وأركانه أربعة :

الأول : في السبب ، وهو شيئان :

الأول : القذف .

ولا يترتّب اللعان به إلّا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها بالزّنا ، قبلاً أو دبراً ، مع دعوى المشاهدة ، وعدم البيّنة .

فلو رمى الأجنبيّة تعيّن الحدّ ، ولا لعان . وكذا لو قذف الزوجة ولم يدّع المشاهدة .

ولو كان له بيّنة فلا لعان ولا حدّ . وكذا لو كانت المقذوفة مشهورة بالزّنا .

ويتفرّع على اشتراط المشاهدة سقوط اللعان في حقّ الأعمى بالقذف ، لتعذّر المشاهدة . ويثبت في حقّه بنفي الولد .

قوله : «ولا يترتّب اللعان.....الخ» .

قد ذكرنا أن اللعان حجّة شرعت للزوج من حيث إنه قد يضطرّ إلى القذف ولا تساعده البيّنة ، فيحتاج إلى دفع الحدّ عن نفسه وإلى الانتقام منها . وهذا المعنى يقتضي اختصاصه بالنكاح ، فلا لعان للأجنبي ، لأنه لا ضرورة له في القذف . والأصل فيه مع ذلك أن الله تعالى خصّ الحكم بالزوجة بقوله : ﴿**والّذين يرمون أزواجهم**﴾[1].

والمحصنة بفتح الصاد وكسرها . والمراد بها هنا العفيفة عن وطء محرّم لا

---

(١) النور : ٦ .

يصادف ملكاً وإن اشتمل على عقد ، لا ما صادفه وإن حرم كوقت الحيض والإحرام والظهار ، فلا تخرج به عن الإحصان . وكذا وطء الشبهة ومقدّمات الوطء مطلقاً . وقيّدها بالدخول بها ـ مع ما سيأتي[١] من الخلاف في هذا الشرط ـ للتنبيه على موضع الوفاق ، أو على ما يختاره .

واشتراطه بدعوى المشاهدة يخرج ما إذا أطلق أو صرّح بعدمها . وهذا الشرط مذهب الأصحاب وبعض[٢] العامّة . ووجهه ـ مع إطلاق الآية ـ : أنه شهادة به ، وهي مشروطة بالمشاهدة . وبه أخبار كثيرة منها : صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول : رأيت بين رجليها رجلاً يزني بها»[٣] . ومثله حسنة محمد بن مسلم[٤] .

ويلزم من هذا الشرط أن الأعمى لو قذف زوجته حدّ ، لعدم إمكان اللعان في حقّه من حيث عدم المشاهدة ، وإنما يتوجّه لعانه بسبب نفي الولد .

ويشكل بإمكان علمه بدون المشاهدة . واشتراط المشاهدة لو سلِّم يمكن حمله على من يمكن في حقّه ، أو على جعله كناية عن العلم بذلك ، وأنه لا يكفي الظنّ المستند إلى القرائن أو الشياع منفرداً . وينبّه عليه سقوط

---

(١) في ص : ٢١٢ .

(٢) المدوّنة الكبرى ٣ : ١١٤ ، الكافي لابن عبد البرّ ٢ : ٦١٠ .

(٣) الكافي ٦ : ١٦٣ ح ٦ ، التهذيب ٨ : ١٨٧ ح ٦٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٢ ح ١٣٢٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٤ ب «٤» من أبواب اللعان ح ٤ .

(٤) الكافي ٦ : ١٦٦ ح ١٥ ، التهذيب ٨ : ١٨٦ ح ٦٤٨ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٢ ح ١٣٢٦ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

. . . . . .

اللعان بقذف المشهورة بالزنا . ويؤيّده عموم قوله تعالى : ﴿والّذين يرمون أزواجهم﴾.

ويمكن الفرق بين الشياع المجرّد وبين المنضمّ إلى القرائن المفيدة للعلم عادة ، فإنه قد يذكره غير[١] ثقة فينتشر ، أو يشيعه عدوّ لها أوله ، أو من طمع فيها فخاب . كما لا يصحّ القذف بمجرّد القرينة ، بأن يراها معه في خلوة ، أو يراه يخرج من عندها ، لأنه ربما دخل لخوف أو سرقة أو طمع ، بخلاف ما إذا اجتمع الأمران ، أو انضمّ إليهما أو إلى الشياع قرائن أفادت العلم . إلّا أن الأصحاب أطلقوا اشتراط المعاينة نظراً إلى ظاهر النصوص[٢].

وأيضاً فيمكن استناده إلى البيّنة أو إقرارها ، وذلك يسقط الحدّ عن الأجنبيّ ، لسقوط الإحصان ، وإن وجب التعزير ، للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة . ومقتضى العبارة أن الزوج ليس له إسقاطه باللعان ، لفقد شرطه . وبه صرّح الشيخ[٣] ـ رحمه الله ـ وتوقّف العلّامة في التحرير[٤]، مقتصراً على نسبته إلى الشيخ .

وأما اشتراط عدم البيّنة فلظاهر قوله تعالى : ﴿ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم﴾[٥] فإن مفهومه أنه لو كان له بيّنة لا يلاعن ، لإمكان نفي الحدّ بإقامتها.

---

(١) في «ق ،م» والحجريّتين : عن ثقة .

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٩٣ ب « ٤» من أبواب اللعان .

(٣) المبسوط ٥ : ١٩٢ .

(٤) تحرير الأحكام ٢ : ٦٦ .

(٥) النور : ٦ .

ولو كان للقاذف بيّنة فعدل عنها إلى اللعان ، قال في الخلاف : يصحّ، ومنع في المبسوط ، التفاتاً إلى اشتراط عدم البيّنة في الآية . وهو الأشبه .

قوله : «ولو كان للقاذف....الخ» .

اختلف الأصحاب في أن اللعان هل هو مشروط بعدم البيّنة من قبل الزوج على الزنا أم لا ؟ فذهب في الخلاف[١] والمختلف[٢] إلى عدم اشتراطه ، للأصل ، ولأن النبيّ[٣] صلّى الله عليه وآله وسلّم لاعن بين عويمر العجلاني وزوجته ولم يسألهما عن البيّنة ، فلو كان عدمها شرطاً لسأل .

وقوّى في المبسوط[٤] الاشتراط ، واختاره المصنّف والأكثر ، لاشتراط عدم الشهود في الآية[٥]. ولأن ابن عبّاس ـ رضي الله عنه ـ روى[٦] في حديث هلال أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم قال له : «البيّنة وإلّا حدّ في ظهرك» ثم نزلت الآية[٧] فلاعن بينهما . ولأنه إذا نكل عن اللعان يحدّ ، فيلزم حينئذٍ حدّه مع وجود البيّنة . ولأن اللعان حجّة ضعيفة ، لأنه إما شهادة لنفسه أو يمين ، فلا يعمل به مع الحجّة القويّة وهي البيّنة .

وأجابوا عن الأول بأن هذه الأدلّة رفعت الأصل . وجاز علم النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم بالحال فلم يسأل عن البيّنة ، فإن وقائع الأحوال إذا تطرّق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال ، وسقط بها الاستدلال .

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٧٩ مسألة (٣) .

(٢) المختلف : ٦٠٨ .

(٣) راجع ص : ١٧٦ ، هامش (٢) ، وانظر تفسير القمّي ٢ : ٩٨ ، المحكم والمتشابه : ٩٠ .

(٤) المبسوط ٥ : ١٨٣ .

(٥ و ٧) النور : ٦ .

(٦) تقدّم ذكر مصادره في ص : ١٧٥ ، هامش (٢) .

ولو قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ .

وهل له إسقاطه باللعان ؟ قال في الخلاف : ليس له اللعان ، اعتباراً بحالة الزّنا . وقال في المبسوط : له ذلك ،اعتباراً بحالة القذف . وهو أشبه .

وفي حجّة الثاني أيضاً نظر :

لأن عدم الشهداء في الآية خرج مخرج الوصف ، ومفهومه ضعيف . وجاز بناؤه على الأغلب ، أو على الواقع في الواقعة ، كقوله تعالى : ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾[1].

وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم لهلال وقع لدفع حدّ القذف ، ولا خلاف في أنه لا يندفع بدون البيّنة إذا لم يلاعن . ولأنها أيضاً واقعة مخصوصة لا تفيد انحصار الحكم في مضمونها . وليس فيها تصريح بعدم وجود البيّنة ، لكن ظاهرها ذلك .

وإنّما يحدّ إذا نكل عن اللعان إذا لم يمكنه دفع الحدّ بالبيّنة ، كما لو أقامها ابتداءً بعد القذف .

ولا نسلّم أن اللعان حجّة ضعيفة وإن كانت شهادة لنفسه ، لثبوتها بالنصّ[2]، كما يثبت حكم البيّنة التي يجوز كذبها . وعلى كلّ حال فالأقوى اشتراط عدم البيّنة .

قوله : «ولو قذفها بزنا...الخ».

إذا قذف زوجته بزنا ، فإما أن يضيفه إلى زمان الزوجيّة ، أو إلى ما سبق عليها ، أو يطلق . وفي الأول والأخير لا إشكال في ثبوت اللعان . أما الوسط ففيه قولان منشؤهما : عموم قوله تعالى : ﴿والّذين يرمون أزواجهم﴾ الشامل لجميع

---

(١) الإسراء : ٣١.

(٢) النور : ٦ ـ ٩ . ولاحظ الوسائل ١٥ : ٥٨٦ ب «١» من أبواب اللعان .

ولا يجوز قذفها مع الشبهة ، ولا مع غلبة الظنّ وإن أخبره الثقة ، أو شاع أن فلاناً زنى بها .

الأقسام ، وخصوص الواقعة التي هي سبب الشرعيّة . ويضعّف بأن خصوص السبب لا يخصّص العامّ . فما اختاره المصنّف من ثبوته مطلقاً أقوى . وأما التعليل باعتبار حال القذف أو الزّنا فهو تعيين لمحلّ النزاع لا علّة برأسه .

قوله : «ولا يجوز قذفها....الخ».

الزوج كالأجنبي في تحريم قذف الزوجة وفي أنه يلزمه الحدّ ، إلّا أن الزوج مختصّ بأنه قد يباح له القذف وقد يجب ، وبأن الأجنبيّ لا يتخلّص عن الحدّ إلّا ببيّنة تقوم على زنا المقذوف ، أو بإقرار المقذوف ، وللزوج طريق ثالث إلى الخلاص ، وهو اللعان . والسبب في اختصاص الزوج[١] [به][٢] أنها إذا لطخت فراشه اشتدّ غيظه عليها وعظمت عداوته ، واحتاج إلى الانتقام والتبرّد منها ، ولا يكاد تساعده البيّنة والإقرار ، فأُبيح له القذف ، وشرّع له طريق الخلاص ، وله دفع العقوبة عن نفسه باللعان .

ثم جواز قذفه لها على هذا الوجه مشروط بتيقّن زناها ، بأن رآها بعينه تزني ، لا بمجرّد الشبهة ، ولا بالظنّ ، ولا بالسماع من ثقة ، سواء كان من أهل الشهادة أم لم يكن ، ولا بالشياع بين الناس بزناها بمعيّن أو غير معيّن ، لجواز عدم مطابقة الخبر في ذلك ، وعرض المؤمن كدمه ، خلافاً لبعض العامّة[٣] حيث جوّز قذفها بجميع ذلك .

ثم ما لم يكن هناك ولد فلا يجب على الزوج القذف ، بل يجوز أن يستر

---

(١) في «د ، م» والحجريّتين : الزوجة .

(٢) من «ق ، ط ، و» .

(٣) روضة الطالبين ٦ : ٣٠٣ .

وإذا قذف في العدّة الرجعيّة كان له اللعان . وليس له ذلك في البائن، بل يثبت بالقذف الحدّ ، ولو أضافه إلى زمان الزوجيّة .

عليها ويفارقها بغير طريق اللعان . ولو أمسكها لم يحرم ، لما روي أن رجلاً أتى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال له : «إن له امرأة لا تردّ يد لامس ، فقال صلّى الله عليه وآله وسلّم : طلّقها ، قال : إنّي أحبّها ، قال : فأمسكها»[١].

وإذا كان هناك ولد يتيقّن أنه ليس منه وجب عليه نفيه ، لأن ترك النفي يتضمّن الاستلحاق ، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه ، كما لا يجوز نفي من هو منه ، وقد روي أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم قال : «أيُّما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء»[٢]. فنصّ على المرأة ، ومعلوم أن الرجل في معناها .

قوله : «وإذا قذف في العدّة.....الخ».

إذا قذف زوجته المطلّقة ، فإن كانت الطلقة رجعيّة وقذفها في العدّة ، أو قذفها ثم طلّقها كذلك ، فله أن يلاعنها ، كما يجوز أن يطلّقها ويؤلي عنها ويظاهر ، لأنها بمنزلة الزوجة . ويصحّ لعانه في الحال ، ويترتّب عليه أحكامه من غير توقّف على الرجعة ، بخلاف ما إذا ظاهر عنها أو آلى ، حيث يتوقّف أمرهما على الرجعة ، لأن حكم الإيلاء منوط بالمضارّة ، ولا مضارّة مع طلاقها ، والكفّارة في الظهار تتعلّق بالعود ، وإنما يحصل العود بالرجعة . وأما اللعان فمداره على الفراش ولحوق النسب ، والرجعيّة في ذلك كالمنكوحة ، وفي التأخير خطر

---

(١) النوادر للأشعري : ١٣٣ ح ٣٤٤ ، التهذيب ١٠ : ٥٩ ح ٢١٦ ، الوسائل ١٨ : ٤١٢ ب «٤٣» من أبواب حدّ الزنا ح ١ .

(٢) مسند الشافعي : ٢٥٨ . سنن الدارمي ٢ : ١٥٣ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٩ ح ٢٢٦٣ ، المستدرك على الصحيحين ٢ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣ .

ولو قذفها بالسَّحق لم يثبت اللعان ولو ادّعى المشاهدة ، ويثبت الحدّ.

بالموت ، فلم يتوقّف أمره على الرجعة .

وإن كان الطلاق بائناً ، أو قذفها بعد العدّة الرجعيّة وإن أضافه إلى زمن الزوجيّة ، فلا لعان ، بل يثبت الحدّ ، لأنها ليست زوجة حينئذٍ ، والحكم مرتّب على رمي الزوجة . ولأنها حينئذٍ أجنبيّة ، فلا ضرورة إلى قذفها . نعم ، لو كان هناك ولد يلحق به فله اللعان لنفيه ، لمكان الحاجة إلى نفيه ، كما في صلب النكاح ، وسيأتي[١].

قوله : «ولو قذفها بالسَّحق ....الخ» .

لا إشكال في عدم ثبوت اللعان بذلك ، لأنه مشروط بالرمي بالزنا أو نفي الولد . وأما ثبوت الحدّ به فلأنه قذف بفاحشة يوجب الحدّ كالزنا واللواط . وفي باب الحدود[٢]حصر موجب الحدّ من القذف في الرمي بالزنا أو اللواط ، وهو يقتضي عدم ثبوت الحدّ بالرمي بالسّحق ، بل التعزير خاصّة . وبه صرّح أبو الصلاح[٣] ، وقرّبه في المختلف[٤]، لأصالة البراءة من وجوب الحدّ ، كما لو قذفه بإتيان البهائم . وهو متّجه ، لأن النصّ[٥] لم يرد بالحدّ إلّا على الرمي بالزنا واللواط ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه[٦] .

---

(١) في ص : ١٩٩ .

(٢) في الأمر الأول من الباب الثالث في حدّ القذف .

(٣) الكافي في الفقه : ٤١٨ .

(٤) المختلف : ٧٨٣ .

(٥) لاحظ الوسائل ١٨ : ٤٣٢ ب «٢» و «٣» من أبواب حدّ القذف .

(٦) في الأمر الأول من الباب الثالث من كتاب الحدود .

ولو قذف زوجته المجنونة ثبت الحدّ ، ولا يقام عليه [الحدّ] إلّا بعد المطالبة ، فإن أفاقت صحّ اللعان . وليس لوليّها المطالبة بالحدّ ما دامت حيّة .

قوله : «ولو قذف زوجته المجنونة....الخ».

إذا قذف المجنونة بالزنا ، فإن أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها وجب عليه الحدّ ، لتحقّق القذف بالفاحشة المحرّمة[١] . وإن نسبه إلى حال جنونها فلا حدّ، لانتفاء قذفها بالزنا المحرّم منها حينئذٍ .

ولو كانت المقذوفة عاقلة حال القذف ولكن أضافه إلى حالة جنونها ، فإن علم أن لها حالة جنون أو احتمل فلا حدّ ، لانتفاء الزنا المحرّم منها حينئذٍ ، لكن يعزّر للإيذاء . وإن علم استقامة عقلها فمقتضى العبارة ـ كالأكثر ـ أنه كذلك[٢]، لتحقّق القذف الصريح ، فتلغى الإضافة إلى تلك الحالة . ويحتمل العدم، لأنه نسبها إلى الزنا في تلك الحالة ، وإذا علم انتفاؤها لم تكن زانية، فيكون ما أتى به لغواً من الكلام ومحالاً ، فأشبه ما إذا قال : زنيت وأنت رتقاء. والأصحّ الأول .

ثم الحدّ والتعزير يترتّبان على مطالبتها في حال الصحّة ، فإن أفاقت وطالبت بالحدّ أو التعزير كان له أن يلاعن لإسقاطهما . وليس لوليّها المطالبة بهما ما دامت حيّة ، لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنة ، وهي لا تصحّ من الوليّ .

---

(١) في «و» : المحرّم .

(٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين ، ولعلّ الصحيح : ....أنه يحدّ لتحقّق....

وكذا ليس للمولى[١] مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها . فإن ماتت قال الشيخ : له المطالبة . وهو حسن .

قوله : «وكذا ليس للمولى مطالبة....الخ».

لا فرق في عدم استحقاق المولى حقّ التعزير الثابت بقذف أمته بين كون القاذف زوجها وغيره ، وإنما خصّ الزوج لأنه محلّ البحث هنا .

هذا إذا كانت حيّة . أما إذا ماتت فهل ينتقل حقّه[٢] إلى المولى ؟ قال الشيخ[٣] : نعم ، واستحسنه المصنّف ، لأن المولى بالنسبة إلى المملوك بمنزلة الوارث ، وحقّ الحدّ والتعزير يورث كالمال .

وربما استشكل ذلك من حيث إن انتقاله إلى المولى إن كان بحقّ الملك اقتضى ثبوته له في حال الحياة ، وليس كذلك . وإن كان بحقّ الارث فالمملوك لا يورث .

وردّ بأنه حقّ ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه . ويكون السيّد أحقّ به لا على جهة الميراث بل لأنه أولى من غيره . وبأنه إنما لا يورث عنه المال ، أما غيره من الحقوق المختصّة به فإنه يورث عنه . وفي هذا الجواب نظر لا يخفى .

---

(١) كذا في الشرائع الطبعة الحجريّة ومتن الجواهر، وفي النسخة المعتمدة : له بدل : للمولى .

(٢) في «م» والحجريّتين : حقّها .

(٣) المبسوط ٥ : ١٩٠ ـ ١٩١ .

السبب الثاني : إنكار الولد

ولا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه لستّة أشهر فصاعداً من حين وطئها ، ما لم يتجاوز حملها أقصى مدّة الحمل، وتكون موطوءة بالعقد الدائم . ولو ولدته تامّاً لأقلّ من ستّة أشهر لم يلحق به ، وانتفى [عنه] بغير لعان .

قوله : «السبب الثاني ....الخ» .

إذا ولدت الزوجة الدائمة ولداً ، فإن أمكن كونه منه وجب عليه إلحاقه به ، وحرم عليه نفيه ، لأن الولد لاحق شرعاً بالفراش . ولا فرق بين أن يجد ريبة تخيّل إليه فساداً[١] أو عدمه ، ولا بين أن يشابه لونه وخلقه لون الأب وخلقه أو لون من يتّهمها به وخلقه وعدمه . وقد روي أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم قال : «أيُّما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه ، وفضحه على رؤوس الأوّلين والآخرين»[٢]. وإن علم انتفاءه عنه وجب عليه نفيه ، حذراً من لحوق من ليس منه بسكوته .

ثم على تقدير علمه بانتفائه عنه ، إما أن يُعلم ذلك ظاهراً كما يعلمه الزوج ، بأن تلده لأقلّ من ستّة أشهر من وقت العقد ، أو بطول المسافة بينهما ، بأن يتزوّج المشرقيّ مغربيّة فأتت بولد في وقت لا يمكن نسبته إلى الزوج ، فينتفي بغير لعان، أو يحتمل كونه منه مع علمه بعدمه ، بأن ولدته على فراشه بعد مضيّ أقلّ مدّة الحمل من حين التزويج ، ولكن كان لوطئه لها أزيد من أقصى [مدّة][٣]

---

(١) في «م» والحجريّتين : بفساد .

(٢) مسند الشافعي : ٢٥٨ ، سنن الدارمي ٢ : ١٥٣ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٩ ح ٢٢٦٣ ، سنن النسائي ٦ : ١٧٩ ـ ١٨٠ .

(٣) من «ق» والحجريّتين .

أمّا لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا .

الحمل ، فهو لاحق به ظاهراً ، لكونها فراشاً بحيث يمكن إلحاقه به ، وهو يعلم انتفاءه عنه فيجب عليه حينئذٍ نفيه باللعان .

وبهذا يحصل الفرق بين ولادتها له لدون أقلّ الحمل ولأزيد من أقصاه ، حيث حكم بانتفائه في الأول بغير لعان وسكت عن الآخر ، لأنه لا يعلم انتفاءه مطلقاً ، بل قد يعلم كما لو غاب عنها مدّة تزيد على ذلك بحيث لا يمكن وصوله إليها عادة ، وقد لا يعلم إذا أمكن وطؤه لها .

وفي عباراتهم في تأدية الحكم في هذه الصورة قصور . ففي القواعد[١] أطلق انتفاء اللعان في الصورتين . وفي التحرير[٢] حكم بانتفائه في الأُولى كما هنا ، وبثبوته في الثانية ، وأطلق . وليس كذلك ، بل الحقّ التفصيل كما ذكرناه.

وفي هذا الكتاب سكت عن هذه الصورة في النشر ، ويظهر منه في أوّلها عدم اللعان مطلقاً .

واعلم أن اشتراط عدم نقصانه عن ستّة أشهر مختصّ بالولد التامّ ، فلو وضعته لدونها غير تامّ اعتبر إمكان إلحاقه به عادة ، ويختلف ذلك باختلاف حالاته. وتظهر الفائدة في انقضاء عدّتها بوضعه لو كان قد طلّقها ثم أتت به في العدّة ولم يلاعن فيها ، فإنه يثبت نسبه مع إمكانه وتبين بوضعه . وقد تقدّم في الطلاق[٣] ما يدلّ على وقت الإمكان .

قوله : «أمّا لو اختلفا...الخ».

إذا اختلفا في مدّة الحمل بعد الوطء ، فقال الزوج : إنها من حين الدخول

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٩٠.

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٦٧.

(٣) في ج ٩ : ٢٥٤ ـ ٢٥٦.

ولا يلحق الولد حتى يكون الوطء ممكناً ، والزوج قادراً . فلو دخل الصبيّ لدون تسع فولدت لم يلحق به .

ولو كان له عشر فما زاد لحق به ، لإمكان البلوغ في حقّه ولو [كان] نادراً .

ولو أنكر الولد لم يلاعن ، إذ لا حكم للعانه ، ويؤخّر اللعان حتى يبلغ ويرشد [وينكره] .

ولو مات قبل البلوغ ، أو بعده ولم ينكره ، أُلحق به ، وورثته الزوجة والولد .

أقلّ من ستّة أشهر أو أكثر من أقصى الحمل فلا يمكن لحوقه به ، وادّعت كونها بين الطرفين وأنه لاحق به ، واشتبه حال الصادق منهما ، كان انتسابه إليه ممكناً ، وقد ولد على فراشه فلا ينتفي إلّا باللعان .

قوله : «ولا يلحق الولد....الخ».

قد عرفت أن شرط اللعان إمكان لحوق الولد به لولا اللعان ، أما إذا لم يمكن فهو منفيّ بلا لعان . ولعدم الإمكان صور قد تقدّم[١] بعضها . ومنها : أن لا يكون الزوج صالحاً للتولّد وإن قدر على الإيلاج ، كابن التسع فما دونها . ويظهر من المصنّف والعلّامة[٢] وقبلهما الشيخ[٣] أن الإمكان يحصل باستكمال عشر سنين . وربما قيل بالاكتفاء بالطّعن فيها ولو ساعة واحدة . ولا قاطع على شيءٍ منهما .

---

(١) في ص : ١٨٧ ـ ١٨٨ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٩٠ .

(٣) المبسوط ٥ : ١٨٥ .

ولو وطىء الزوج دبراً فحملت لحق به ، لإمكان استرسال المنيّ في الفرج ، وإن كان الوطء في غيره .

ثم إذا حكمنا بثبوت النسب لحصول الإمكان لا نحكم بسبب ذلك بالبلوغ، لأن النسب يثبت بالاحتمال ، والبلوغ لا يكفي فيه الاحتمال . لكن لو قال : أنا بالغ بالاحتلام فله اللعان ، لأن ذلك ممّا يرجع إليه فيه ، ولا يعلم إلّا من قبله غالباً .

ثم إن مات قبل البلوغ شرعاً لحقه الولد ، وإن كان قد أنكره صغيراً . وإن بلغ ، فإن اعترف به أو لم ينكره ثبت نسبه ، وإن أنكره عقيب البلوغ ولاعن انتفى عنه كغيره .

ويفهم من قوله : «أو بعده ولم ينكره» أنه لو أنكره لم يلحق به بمجرّد إنكاره . وليس ذلك بمراد ، لأن دلالة المفهوم ضعيفة ، بل المراد من العبارة ما دلّت عليه بمنطوقها ، وهو أنه إذا لم ينكره بعد البلوغ يلحق به ، وأما حكم ما لو أنكره فمسكوت عنه ، واللازم فيه أن يرجع إلى القواعد المقرّرة سابقاً من أنه متى أمكن إلحاقه به لا ينتفي عنه بدون اللعان ، فإنكاره بعد البلوغ أحد جزئي السبب الموجب لنفيه ، لاتمامه كما يُفهمه مفهوم العبارة . وفائدة قوله : «ولم ينكره» أنه لا عبرة لإنكاره قبل البلوغ أصلاً ، ولا يترتّب عليه لعان ، وإنما يترتّب على إنكاره بعده ، فمتى لم ينكره بعده فالأمر على حاله ، وإن أنكره ترتّب عليه باقي الأحكام .

قوله : «ولو وطىء الزوج دبراً...الخ».

قد تقدّم[1] أن الوطء في الدبر بمنزلة الوطء في القبل بالنسبة إلى كثير من

---

(١) راجع ج ٨: ٢٢٥، و ج ٩: ٢١٥.

ولا يلحق ولد الخصيّ المجبوب على تردّد .

ويلحق ولد الخصيّ أو المجبوب . ولا ينتفي ولد أحدهما إلّا باللعان ، تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد .

أحكام الوطء ، ومنها إلحاق الولد ، فإنه وإن لم يكن مجرى المنيّ الطبيعي إلى الرحم ، لكن لقربه منه يمكن استرسال المنيّ في الفرج من غير شعور ، وإن كان نادراً . وظاهرهم الاتّفاق على هذا الحكم ، وإلّا فهو محلّ النظر .

وتحرير موضع الحكم فيه لا يخلو من خفاء ، لأن ظاهر التعليل ما إذا وطىء دبراً وأنزل ثم حملت على وجه يمكن تولّده من ذلك الوطء ، فإنه لا ينتفي عنه إلّا باللعان ، بل لا يجوز له نفيه أيضاً بمجرّد ذلك ، لإمكان استرسال المنيّ إلى الفرج . وعلى هذا فلو وطىء دبراً ولم ينزل لم يلحق به فيما بينه وبين الله تعالى ، ووجب عليه نفيه كما لو لم يطأ أصلاً .

ولكن يبقى فيه أنهم حكموا بأنه لو وطىء في الفرج ولم ينزل ثم أتت بولد يمكن تولّده من ذلك الوطء لحق به . وعلّلوه بإمكان أن يسبقه منيّ ولا يشعر به . ومثل هذا يأتي مع الوطء في الدبر ، إلّا أنه على بعد ، لأن الماء المسترسل من غير شعور المنزل يكون قليلاً جدّاً ، لا يمكن عادة استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولّد منه ، إلّا أن إلحاق الوطء في الدبر بالوطء في القبل يقتضي ذلك . والتعليل المذكور مجرّد توجيه للإمكان ، وليس هو مستند الحكم . وبالجملة فالاستبعاد في الجميع قائم ، والإمكان مشترك ، وإن كانت مراتبه متفاوتة .

قوله : «ولا يلحق ولد....الخ».

من لم يسلم ذكره وأُنثياه ، فإما أن يفقدهما جميعاً ، أو يفقد الذكر دون

. . . . . .

الأُنثيين ، أو بالعكس :

فـفي الأول : لا يـلحقه الولد فـي ظـاهر المـذهب . ولا يـحتاج إلى اللـعان، لأنـه لا يـنزل ، ولم تـجر العـادة بأن يـخلق لمـثله ولد . وربـما قـيل بإلحاقه به، لأن معدن المـاء الصُّلب ، وأنه ينفذ في ثـقبة إلى الظـاهـر ، وهـما باقيان .

وفي الثاني : يلحق به قطعاً ، لوجود أوعية المـنيّ ومـا فـيها مـن القـوّة المحيلة للدم ، والذكر آلة تـوصل المـاء إلى الرحـم بـواسـطة الإيـلاج ، وقـد يفرض وصول الماء بغير إيلاج ، كالمساحقة مع عدم وصـول الهـواء إلى المـاء أو مطلقاً .

وفي الثالث : يلحقه أيضاً على ما اختاره الشيخ[1] والمـصنّف مـن غـير تردّد، لأن آلة الجماع باقية ، وقد يبالغ في الإيلاج فـيلتذّ ويـنزل مـاءً رقـيقاً . وإدارة الحكم على الوطء وهو السبب الظاهر أولى مـن إدارتـه عـلى الإنـزال الخفيّ ، ولأنـه سـبب الفـراش . وقـيل : لا يـلحق هـنا ، لأن التـولّد مـوقوف على تولّد المنيّ ، ومحلّه الخصيتان . وهـذا هـو الغـالب ، لكـن لا يـنفي الولد وإن بعد .

وقول المصنّف : «تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد» تعليل لهذا القسم ، لأنه هو الفرض البعيد المختلف فيه ، دون الخصيّ خاصّة ، وإن كان بحثه فيهما معاً ، لأن ذلك لا إشكال فيه .

---

(١) المبسوط ٥ : ١٨٦ .

وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ، ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار ، لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، إلّا أن يؤخّر[ه] بما جرت العادة به ، كالسعي إلى الحاكم . ولو قيل : له إنكاره [بعد ذلك] ما لم يعترف بـه ، كان حسناً .

ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين ، لاحتمال أن يكون التوقّف لتردّده بين أن يكون حملاً أو ريحاً .

قوله : «وإذا كان الزوج....الخ».

إذا أتت امرأته بولد ، فإن أقرّ بنسبه لم يكن له النفي بعد ذلك ، لأن للمولود حقّاً في النسب ، فإذا أقرّ [به][1] فقد التزم تلك الحقوق ، ومن أقرّ بما يوجب عليه حقّاً من حقوق الآدميّين لم يتمكّن من الرجوع عنه .

وإن لم يقرّ بنسبه وأراد نفيه ففي كونه على الفور أو التراخي قولان :

أحدهما ـ وهو المشهور ـ : أن حقّ النفي على الفور ، لأنه خيار يثبت لدفع ضرر متحقّق فيكون على الفور ، كالردّ بالعيب . ولأن الولد إذا كان منفيّاً عنه وجب إظهار نفيه ، حذراً من استلحاق من ليس منه كما مرّ ، وقد تعرض بالتأخير عوارض مانعة منه كالموت فجأة ، فيفوت التدارك ، وتختلط الأنساب ، وذلك ضرر يجب التحرّز منه على الفور . ولأنه لولا اعتبار الفور أدّى إلى عدم استقرار الأنساب .

والثاني ـ وهو الذي اختاره المصنّف ـ : أنه لا يشترط وقوعه على الفور ، لأصالة عدم الاشتراط . ولوجود المقتضي للّعان ، وهو نفي الولد ، وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا السكوت ، وهو أعمّ من كونه إقراراً ، فلا يدلّ عليه . ولأن أمر النسب

---

(١) من «ق» فقط .

. . . . . .

خطير، وقد ورد[١] الوعيد في نفي من هو منه وفي استلحاق من ليس منه ، وقد يحتاج إلى نظر وتأمّل ، فوجب أن يكون له مهلة فيه . وهذا أقوى[٢]. وظاهر المصنّف عدم التحديد بمدّة . وعليه ، فلا يسقط إلّا بالاعتراف به أو بالإسقاط .

وإذا قلنا بأنه على الفور ، فلو أخّره بلا عذر سقط حقّه ولزمه الولد . وإن كان معذوراً ، بأن لم يجد الحاكم ، أو تعذّر الوصول إليه ، أو بلغه الخبر ليلاً فأخّر حتى يصبح ، أو حضرته الصلاة فقدّمها ، أو أحرز ماله أولاً ، أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس أولاً ، أو كان محبوساً ، أو مريضاً ، أو ممرّضاً ، لم يبطل حقّه. وهل يجب عليه الإشهاد على النفي ؟ وجهان . وقد سبق له نظائر كثيرة .

ولو أمكن المريض والممرّض أن يرسل إلى الحاكم ويعلمه بالحال ، أو يستدعي منه أن يبعث إليه نائباً من عنده ، فلم يفعل بطل حقّه ، لأن مثل هذا متيسّر له . ومثله ملازم غريمه ، ومن يلازمه غريمه .

وأما الغائب ، فإن كان في الموضع الذي غاب إليه قاضٍ ونفى الولد عند وصول خبره إليه عنده فذاك . وإن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففي جوازه وجهان : من منافاة الفوريّة اختياراً ، ومن أن للتأخير غرضاً ظاهراً ، وهو الانتقام منها بإشهار[٣] خبرها في بلدها وقومها . وحينئذٍ فإن لم يمكنه المسير في الحال ـ لخوف الطريق ونحوه ـ فينبغي أن يشهد ، وإن أمكنه فليأخذ في السير ، فإن أخّر

---

(١) مرّ بعضه في ص : ١٨٧ ، هامش (٢) ولاحظ الوسائل ١٥ : ٢٢١ ب «١٠٧» من أبواب أحكام الأولاد ح ١ و ٢ ، وسنن ابن ماجة ٢ : ٩١٦ ح ٢٧٤٣ ، ٢٧٤٤ .

(٢) في «د ، م» وإحدى الحجريّتين : قويّ .

(٣) في «و ، م» : باشتهار .

. . . . . .

بطل حقّه . وإن لم يكن هناك قاضٍ فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوّزناه .

ومن الأعذار المسوّغة للتأخير على القول بالفوريّة ما لو ظهر حمل ، فإنه يجوز له أن يؤخّر نفيه إلى الوضع ، فإن المتوهَّم حملاً قد يكون ريحاً فتنفش . فلو صبر إلى أن انفصل الولد فقال : أخّرت إلى أن أتحقّق[١] الحال ، فله النفي . وإن قال : عرفت أنه ولد ولكن أخّرت طمعاً في أن تجهض فلا أحتاج إلى كشف الأمر ورفع الستر ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يبطل حقّه ، لتأخير النفي مع القدرة عليه ومعرفة الولد ، فصار كما لو سكت عن نفيه بعد انفصاله طمعاً في أن يموت .

والثاني : أن له النفي ، لأن مثل هذا عذر واضح في العرف . ولأن الحمل لا يُتيقَّن صرفاً ، فلا أثر لقوله : عرفت أنه ولد . وهذا لا يخلو من قوّة .

ومن الأعذار ما لو أخّر وقال : إني لم أعلم أنها ولدت ، وكان غائباً ، أو حاضراً بحيث يمكن ذلك في حقّه ، ويختلف ذلك بكونه في محلّة أُخرى ، أو في محلّتها ، أو في دارها ، أو في دارين .

ولو قال : أُخبرت بالولادة ولكن لم أصدّق المخبر ، نظر إن أخبره فاسق أو صبيّ صدّق بيمينه وعذر . وإن أخبره عدلان لم يعذر ، لأنهما[٢] مصدَّقان شرعاً . وإن أخبره عدل ، حرّ أو عبد ، ذكر أو أُنثى ، ففيه وجهان : أحدهما : أنه يصدَّق ويعذر ، لأنه أخبره من لا يثبت بشهادته الحقّ . والثاني : أنه لا يصدَّق

---

(١) في «م» وإحدى الحجريّتين : يتحقّق .

(٢) في «ط ، و» : فإنّهما .

ومتى أقرّ بالولد صريحاً أو فحوىً لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، مثل أن يبشَّر به فيجيب بما يتضمّن 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 إليك ، لم يكن إقراراً .

ويسقط حقّه ، لأن روايته مقبولة ، وهذا سبيله سبيل الاخبار .

ولو قال : عرفت الولادة ولم أكن أعلم أن لي حقّ النفي ، فإن كان ممّن لا يخفى عليه ذلك عادة لم يقبل . وإن أمكن ، بأن كان حديث العهد بالاسلام ، أو ناشئاً في بادية بعيدة عن أهل الشرع ، قبل . وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الاسلام فوجهان ، أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه .

قوله : «ومتى أقرّ بالولد....الخ».

قد عرفت أن الإقرار بالولد يوجب الالتزام به ، ولا يجوز إنكاره بعده ، لأنه حقّ آدميّ . ثم الإقرار قد يكون صريحاً ، وهو ظاهر . وقد يكون فحوىً ، مثل أن يُهنَّأ به وقيل له : بارك الله لك في مولودك ، أو : متّعك الله به ، أو : بالولد الذي رزقك الله ، أو : جعله لك ولداً صالحاً ، أو : هنِّئت به فارساً ، فقال : آمين ، أو : استجاب الله دعاك . ولو أجاب بما لا يتضمّن الإقرار ، كقوله : بارك الله فيك ، أو : أحسن الله إليك ، أو : جزاك الله خيراً ، أو : بشّرك الله بالخير ، أو : أسمعك ما يسرّك ، أو : رزقك مثله ، لم يبطل حقّه من النفي ، لأنه لا يتضمّن الإقرار ، بل الظاهر أنه قصد مكافاة الدعاء بالدعاء ، خصوصاً الجواب الأخير . وقال بعض العامّة[1]: هو إقرار كالسابق . وضعفه ظاهر .

---

(١) في هامش «ق ، و» : «هو أبو حنيفة . بخطّه قدّس سرّه» . انظر شرح فتح القدير ٤ : ١٢٦ ، الحاوي الكبير ١١ : ١٥٣ ، حلية العلماء ٧ : ٢٣٦ ، المغني لابن قدامة ٩ : ٥١ .

وإذا طلّق الرجل وأنكر الدخول ، فادّعته وادّعت أنها حامل منه ، فإن أقامت بيّنة أنه أرخى ستراً لاعنها ، وحرمت عليه ، وكان عليه المهر. وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر ، ولا لعان ، وعليها [الحدّ] مائة سوط .

وقيل : لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول ، وهو الوطء ، ولا يكفي إرخاء الستر ، ولا يتوجّه عليه الحدّ ، لأنه لم يقذف ، ولا أنكر ولداً يلزمه الإقرار به . ولعلّ هذا أشبه .

قوله : «وإذا طلّق...الخ».

القول الأول للشيخ في النهاية[١] . ومستنده صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام قال : «سألته عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنها حامل ، قال : إن أقامت البيّنة على أنه أرخى ستراً ثم أنكر الولد لاعنها ثم بانت منه ، وعليه المهر كملاً»[٢] . فقد دلّت هذه الرواية على أنه بتقدير إقامة البيّنة بإرخاء الستر يلزم[٣] ثلاثة أشياء : اللعان ، والتحريم ، ووجوب المهر ، عملاً بظاهر حال الصحيح عند الخلوة بالحليلة وعدم المانع من الوطء ، فيثبت المهر واللعان ، ويترتّب عليه التحريم .

وعلى تقدير عدم إرخاء الستر أثبت الشيخ ثلاثة أحكام : وجوب نصف المهر ، ونفي اللعان ، وهما لازمان لعدم الدخول ، ووجوب الحدّ عليها كملاً .

---

(١) النهاية : ٥٢٣ .

(٢) الكافي ٦ : ١٦٥ ذيل ح ١٢ ، التهذيب ٨ : ١٩٣ ح ٦٧٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٠ ب «٢» من أبواب اللعان ح ١ .

(٣) في «د ، م» : يلزمه .

ولو قذف امرأته ، ونفى الولد ، وأقام بيّنة ، سقط الحدّ ، ولم ينتف الولد إلّا باللعان .

وهذا لا يظهر من الرواية . قال المصنّف[١] : ولم نظفر بمستنده . ولو علّل باعترافها بالوطء والحمل ، وعدم ثبوت السبب المحلِّل الذي ادّعته ، فهذا لا يستلزم كونه عن زنا ، لأنه أعمّ ، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاصّ المحلِّل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدّعه .

والقول الثاني لابن إدريس[٢] ، واختاره المصنّف والعلّامة[٣] . ووجهه : أن فائدة اللعان من الزوج إما نفي ولد يحكم بلحوقه شرعاً ، وهو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشاً ، ولم يحصل ، وإما لنفي حدّ القذف عنه ولم يقذف ، وإما لإثبات حدّ على المرأة ، وهو هنا منتفٍ بالشبهة . ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصّة ، لما تقدّم[٤] من أن الخلوة لا توجب المهر كملاً . وهذا متوجّه ، إلّا أن الرواية صحيحة ، فردّها مطلقاً مشكل .

قوله : «ولو قذف امرأته....الخ».

إذا قذف امرأته بالزنا ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين للّعان ، فيثبت عليه الحدّ للقذف ، وله إسقاطه باللعان ، وأما الولد فلا ينتفي بدونه ، لأن زنا الزوجة لا ينفي الولد عن الفراش . فإن لاعن لهما سقط الحدّ وانتفى الولد . وإن لاعن لأحدهما خاصّة ترتّب عليه حكمه وبقي الآخر . فإن أقام بيّنة بزناها سقط عنه حدّ القذف ، لسقوط إحصانها ، ويعزّر للايذاء بتجديد ذكر الفاحشة .

---

(١) النهاية ونكتها ٢ : ٤٥٦ .

(٢) السرائر ٢ : ٧٠٢ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٩١ .

(٤) في ج ٨ : ٢٢٥ .

ولو طلّقها بائناً ، فأتت بولد يلحق بـه في الظـاهر ، لم يـنتف إلّا باللعان .

ولو تزوّجت [المطلّقة] وأتت بولد لدون ستّة أشهـر مـن دخـول الثاني ، ولتسعة أشهر فما دون من فراق الأوّل ، لم ينتف عنه إلّا باللعان .

وهل له إسقاطه باللعان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يلاعن دفعاً للعقوبة ، ولقطع النكاح ، ودفع العار .

والثاني : المنع . وهو الذي اختاره الشـيخ فـي المـبسوط[١]، لأن اللـعان لإظهار الصدق وإثبات الزنا ، والصدق ظاهر ، والزنا ثابت ، فلا مـعنى للّـعان . وأيضاً فإن التعزير هنا للسبّ والإيذاء ، فأشبه قذف الصغيرة التي لا توطأ مثلها . ومثله ما لو ثبت زناها باعترافها . والأجود هنا عدم اللعان،فيعزّر ويلاعن لنـفي الولد .

قوله : «ولو طلّقها بائناً...الخ».

قد تقدّم في أحكام[٢] الأولاد أن ولد المطلَّقة يلحق بالمطلِّق متى أمكـن كونه منه ، لكونها فراشاً له وإن زال ، إلّا أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه به . فإذا ولدته لأقصى الحمل فما دون من وطء المـطلِّق ، ولم يكـن تـزوّجت ، أو تزوّجت ولم يمض لها أقلّ الحمل من وطء الثاني ، أُلحق بالأول ، ولم ينتف عنه إلّا باللّعان ، كما لو نفاه في صلب النكاح . ولا يقدح فيه زوال الزوجـيّة ، إذ لا طريق إلى نفي الولد اللاحق به ظاهراً بدونه ، بخلاف ما لو قذفها بعد البينونة ، فإنه يحدّ ولا لعان ، عملاً بظاهر قوله تعالى : ﴿والّذين يـرمون أزواجـهم﴾[٣]

---

(١) المبسوط ٥ : ١٩٢ .

(٢) في ج ٨ : ٣٨١ .

(٣) النور : ٦ .

الركن الثاني : في الملاعن

ويعتبر كونه : بالغاً ، عاقلاً .

وفي لعان الكافر روايتان ، أشهرهما أنه يصحّ . وكذا القول في المملوك .

وهي الآن ليست زوجة . ولبعض العامّة[١] قول بنفي اللعان في الحالين ، لانتفاء الزوجيّة التي هي مناط اللّعان . وله وجه .

قوله : «في الملاعن....الخ» .

لا إشكال في اعتبار بلوغ الملاعن وعقله ، لأن عبارة الطفل والمجنون مسلوبة الاعتبار شرعاً، لرفع القلم عنهما . ولأن اللعان إما شهادات أو أيمان ، والطفل والمجنون ليسا من أهل الشهادة ولا اليمين ، ولا يقتضي قذفهما اللعان بعد البلوغ والإفاقة . نعم ، يعزَّر المميّز على القذف .

وأما اشتراط الاسلام فنفاه الأكثر ، وجوّزوا لعان الكافر ، لعموم آيات[٢] اللعان ، وأصالة عدم الاشتراط . وخالف في ذلك ابن الجنيد[٣] ، فشرط إسلام المتلاعنين معاً ، نظراً إلى أنه شهادات ، والكافر ليس من أهلها . ويضعّف بمنع كونه شهادات محضة ، بل هو إلى الأيمان أقرب . وسيأتي[٤] تحقيقه .

وأما قول المصنّف : إن في لعان الكافر روايتين بالجواز والمنع ، فلم نقف عليهما بالخصوص . وربما حمله بعضهم على أن الروايتين في لعان الكافر مطلقاً

---

(١) في هامش «ق ، و» : «هو أبو حنيفة . بخطّه رحمه الله» . أنظر الحاوي الكبير ١١ : ٣٥ .

(٢) النور : ٦ ـ ٩ .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٥ .

(٤) في ص : ٢٣٨ .

الشامل للرجل والمرأة ، فإن الروايات[١] المختلفة إنما وردت في لعان الكافرة . وفيه : أن البحث هنا في الملاعن دون الملاعنة ، وسيأتي[٢] البحث فيها بخصوصها وفي شرائطها . ويمكن أن تجعل الأخبار الدالّة على صحّة لعان الكافرة وعدمه دالّاً على مثله في الزوج الكافر ، من حيث إن وجه المنع كونه شهادة وهي مشتركة بينهما . ويتصوّر لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذمّيين فترافعا إلينا . ويمكن فرض الزوجة مسلمة والزوج كافراً فيما إذا أسلمت وأتت بولد يلحقه شرعاً ، فأنكره .

وقوله : «وكذا المملوك» يظهر منه أن في لعانه روايتين ، وأن الأشهر الصحّة . وليس كذلك ، بل فيه روايات بالصحّة ، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : «أنه سئل عن عبد قذف امرأته ، قال : يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار»[٣] . وحسنة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن الحرّ بينه وبين المملوكة لعان ، فقال : نعم ، وبين المملوك والحرّة ، وبين العبد وبين الأمة ، وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة»[٤]. وليس فيه رواية بالمنع ، ولا به قائل معلوم ، وابن الجنيد[٥] المانع من لعان الكافر صرّح بعدم اشتراط الحرّية فيهما . والأولى أن يريد بقوله : «وكذا القول في المملوك» مجرّد

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٩٦ ب «٥» من أبواب اللعان ح ٢ ، ٤ ، ٦ ، ١١ ـ ١٥ .

(٢) في ص : ٢٠٨ و ٢١٦ .

(٣) الكافي ٦ : ١٦٥ ح ١٤ ، التهذيب ٨ : ١٨٨ ح ٦٥١ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٣ ح ١٣٣٠ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٦ ب «٥» من أبواب اللعان ح ٣ .

(٤) الكافي ٦ : ١٦٤ ح ٧ ، التهذيب ٨ : ١٨٨ ح ٦٥٢ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٣ ح ١٣٣١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٥ .

ويصحّ لعان الأخرس إذا كان له إشارة معقولة ، كما يصحّ طلاقه وإقراره . وربما توقّف شاذّ منّا ، نظراً إلى تعذّر العلم بالإشارة . وهو ضعيف ، إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل .

ولا يصحّ اللعان مع عدم النطق وعدم الإشارة المعقولة .

تشبيه الحكم بالصحّة من دون أن يشير إلى الخلاف .

قوله : «ويصحّ لعان الأخرس....الخ».

الأخرس إن لم يكن له إشارة مفهومة ولا كتابة لم يصحّ قذفه ولا لعانه ولا سائر تصرّفاته اتّفاقاً ، لتعذّر الوقوف على ما يريده .

وإن كان له إشارة فالمشهور صحّة قذفه ولعانه ، كما يصحّ بيعه ونكاحه وطلاقه وغيرها ، بل أولى ، لأن اللعان ممّا تدعو إليه الضرورة ، وليس كالشهادات حيث لا تقبل من الأخرس عند بعضهم[1]، لأن المغلَّب في اللعان معنى الأيمان دون الشهادات . وأيضاً فإن الشهادة يقوم بها الناطقون فلا ضرورة إلى أن يتحمّلها الأخرس ، واللعان مختصّ بالأزواج ، فإذا كان الزوج أخرس لم يكن بدّ من تصحيحه منه ليتأدّى به هذا الغرض المطلوب ، بل الواجب على بعض الوجوه . وعلى ما سيأتي[2] من مذهب أصحابنا من قبول شهادة الأخرس فلا إشكال . واستدلّ عليه الشيخ[3] بعموم الآية وإجماع الفرقة وأخبارهم .

وخالف في ذلك ابن إدريس فقال : «لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصحّ لعانه ، لأن أحداً من أصحابنا غير من ذكرنا ـ وعنى به الشيخ في

---

(١) الحاوي الكبير ١٧ : ٤٣ ـ ٤٤ ، حلية العلماء ٨ : ٢٤٦ ، روضة الطالبين ٨ : ٢١٩ .

(٢) في المسألة الثالثة من الطرف الثاني من كتاب الشهادات .

(٣) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٨١ ، مسألة (٨) .

المبسوط[١] والخلاف[٢] حيث أجازه ـ لم يوردها في كتابه، ولا وقفت على خبر بذلك ، ولا إجماع عليه ، والقائل بهذا غير معلوم ، والتمسّك بالآية بعيد ، لأنه لا خلاف أنه غير قاذف ولا رامٍ على الحقيقة ، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذّر ، والأصل براءة الذمّة ، واللعان حكم شرعيّ يحتاج في إثباته إلى دليل شرعيّ . وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوّزه له وجب عليه الحدّ ، والرسول عليه السلام قال : «ادرؤا الحدود بالشبهات»[٣] ومن المعلوم أن في إيمائه وإشارته بالقذف شبهة هل أراد به القذف أو غيره ؟ وهو غير معلوم يقيناً بلا خلاف» . ثم قال : «فإن قلنا يصحّ منه اللعان كان قويّاً معتمداً ، لأنه يصحّ منه الإقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام»[٤].

وهذا الكلام يدلّ على اضطرابه في الفتوى وتردّده فيها ، ومن ثَمّ قال المصنّف ـ رحمه الله ـ : «وربما توقّف فيه شاذّ منّا ..الخ» . وأشار المصنّف إلى جوابه بأن إشارته مقبولة فيما هو أقوى من اللعان ـ كالإقرار بالقتل وغيره ـ إجماعاً ، فليكن في اللعان كذلك . والمفروض أن إشارته مفهمة للمطلوب ، وإلّا لسلّمنا عدم صحّته . وحينئذٍ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته في القذف والشهادة خلاف الفرض . ودعوى الاتّفاق على أنه غير قاذف ولا رامٍ فاسدة ، إذ القذف مرجعه إلى الرمي ، فإن معناه لغة الرمي ، وهو غير مختصّ بلفظ ، بل بما دلّ على الرمي بالزنا في معرض التعبير .

---

(١) المبسوط ٥ : ١٨٧ .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٨١ ، مسألة (٨) .

(٣) الفقيه ٤ : ٥٣ ح ١٩٠ ، الوسائل ١٨ : ٣٣٦ ب « ٢٤» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٤ .

(٤) السرائر ٢ : ٧٠١ ـ ٧٠٢ .

. . . . . .

نعم ، يمكن أن يفرّق بين الإقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس وبين اللعان ، من حيث إنه يتعيّن فيه تأدّيه بلفظ الشهادة واللعن والغضب ، والإشارات لا ترشد إلى تفصيل الصيغ وإن أدّت معناها ، وإنما يتوجّه أن يصحّ منه ما لا يختصّ بصيغة ، فلا يمنع[1] إقامة الإشارة منه مقام العبارة المؤدّية له ، دون ما يختصّ . وما يظهر من اختصاص النكاح والبيع ونحوهما من العقود اللازمة بصيغ خاصّة فليس المقصود منها إلّا ما دلّ على المطلوب صريحاً ، إذ لا نصّ على الاختصاص ، فإذا أفادت إشارة الأخرس ذلك كفت .

ويمكن الجواب بأنه قد علم من الشارع[2] الاكتفاء بإشارته فيما علم منه إرادة صيغة خاصّة ، كتكبيرة الإحرام في الصلاة وقراءة الفاتحة ونحوهما من الأذكار المتعيّنة ، فليكن هنا كذلك . إلّا أن الفرق بين الأمرين لائح . وبالجملة ، فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب ، وإن كان الشكّ فيه منقدحاً .

واعلم أنه كما يمكن وقوع القذف واللعان معاً من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحاً ثم يعرض له الخرس قبل اللعان ، ومعه يزول الاشكال الذي عرض لابن إدريس من عدم تحقّق القذف والرمي منه ، ويبقى الكلام في اللعان خاصّة ، وهو منحصر في الشهادة أو اليمين ، وكلاهما يقع من الأخرس .

ولو كان يحسن الكتابة فهي من جملة إشاراته ، بل ربما كانت أوضح ، فإذا لاعن بالكتابة وأشار بما يدلّ على قصدها[3] كان أكمل . وليكتب حينئذٍ كلمة

---

(١) في «ق ، ط» : يمتنع .

(٢) راجع الكافي ٣ : ٣١٥ ح ١٧ ، التهذيب ٥ : ٩٣ ح ٣٠٥ ، الوسائل ٤ : ٨٠١ ب «٥٩» من أبواب القراءة في الصلاة .

(٣) في «م» : قصده .

ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف إلّا باللّعان . ولو أفاقت فلاعنت صحّ ، وإلّا كان النسب ثابتاً والزوجيّة [باقية] .

ولو أنكر ولد الشبهة انتفى عنه ، ولم يثبت اللّعان .

الشهادة وكلمة اللعن والغضب ، ويشير إليها أربع مرّات ، ولا يكلّف أن يكتب أربع مرّات . ولو قذف ولاعن بالإشارة ثم عاد نطقه وقال : لم أرد اللعان بإشارتي ، قبل قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب ويلزمه الحدّ ، ولا يقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة ولا التحريم المؤبّد . وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحدّ ولنفي النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حدّ[1] النفي . ولو قال : لم أرد القذف أصلاً ، لم يقبل قوله ، لأن إشارته أثبتت حقّاً لغيره .

قوله : «ولو نفى ولد المجنونة...الخ».

لمّا كان حكم الولد أن يلحق بالفراش بالنصّ[2] والاجماع إلى أن يدلّ دليل على انتفائه عنه ، لم يفرّق في ذلك بين ولد العاقلة والمجنونة ، لاشتراكهما في المقتضي للإلحاق . ولمّا كان اللّعان مشروطاً بكمال الملاعن انتظر زوال المانع من جهتها ، فإن أفاقت لاعنته ، وإلّا فلا سبيل إلى نفيه . وكذا لو عرض له الجنون بعد نفيه وقبل اللّعان .

قوله : «ولو أنكر ...الخ».

الموطوءة بالشبهة لا تصير فراشاً للواطىء بحيث يلحق به الولد بمجرّده ، بل يتوقّف لحوقه على اعترافه به ، أو اعترافه بأنه لم يطأها ـ في ذلك الوقت الذي

---

(١) في إحدى الحجريّتين ونسخة بدل الثانية : حقّ .

(٢) لاحظ الوسائل ١٤ : ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد والإماء ، و ج ١٥ : ٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان ح ٣ .

وإذا عرف انتفاء الحمل ، لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها ، وجب إنكار الولد واللّعان لئلّا يلتحق بنسبه من ليس منه .

ولا يجوز إنكار الولد للشبهة ، ولا للظنّ ، ولا لمخالفة صفات الولد صفات الواطىء .

يمكن إلحاق الولد به فيه ـ غيرُه ، لأن ذلك يستلزم كونه منه أيضاً ، وهو في قوّة الاعتراف به فيلحق به ، وإلّا فلا .

قوله : «وإذا عرف....الخ» .

اختلال شروط إلحاق الولد قد يظهر للزوج وغيره ، بأن ولدته بعد تزويجه بها كاملاً لأقلّ من ستّة أشهر ، فينتفي عنه حينئذٍ وإن لم ينفه ، ولا يفتقر إلى اللّعان .

وقد يظهر للزوج خاصّة ، كما لو ولدته لستّة أشهر فصاعداً من حين التزويج وخلوته بها ، ولكنّه لم يدخل بها فيما بينه وبين الله تعالى في وقت يمكن إلحاقه به . وفي هذا القسم يحكم بلحوقه به ظاهراً ، ولا ينتفي عنه إلّا باللّعان ، لأنها فراش والولد لاحق بالفراش . ويجب عليه في هذا القسم نفيه ، ولعانها لأجل ذلك ، حذراً من أن يلحق بنسبه من ليس منه ، ويترتّب عليه حكم الولد في الميراث والنكاح ونظر محارمه وغير ذلك من المحذورات التي لا ترتفع إلّا بنفيه .

وربما قيل[1] بعدم وجوب نفيه ، وإنما يحرم التصريح باستلحاقه كذباً دون السكوت عن النفي ، وذلك لأن في اقتحام اللّعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها

---

(١) في هامش «ق» : «هذا القول رأيته منسوباً إلى الشيخ ولم يحضرني ما استند إليه . نعم ، هو قول لبعض الشافعيّة . حاشية بخطّه» . ولكن لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ ، وانظر روضة الطالبين ٦ : ٣٠٤ ، كفاية الأخيار ٢ : ٧٥ .

. . . . . .

على ذوي المروءات ، فيبعد إيجابه .

ولا فرق بين أن يتيقّن مع ذلك أنها زنت وعدمه ، بأن جوّز كونه من زوج آخر قبله أو وطءِ شبهة ، وإن حرم قذفها في الثاني ، لأن الغرض نفي الولد ورفع استلحاقه به ، سواء كان لاحقاً بغيره في نفس الأمر أم لا .

ولو اجتمعت شروط الإلحاق ، بأن ولدته في المدّة التي بين أقلّ الحمل وأكثره من حين وطئه ، لحق به ظاهراً ، وحرم عليه نفيه وإن استراب به ، بل وإن حقّق زناها ، أو جاء الولد مخالفاً له في الخَلْق والخُلُق ، بل مشابهاً لمن اتّهمها به ، أو حقّق زناه بها ، لأن الولد شرعاً لاحق بالفراش ، والعرق نزّاع ، وقد روي أن رجلاً قال للنبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم : «إن امرأتي ولدت غلاماً أسود ، فقال: هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما لونها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها أورق[1] ؟ قال : نعم ، قال : أنّى ترى ذلك ؟ قال : نزعة عرق ، قال : فلعلّ هذا نزعة عرق»[2].

وروى عبدالله بن سنان ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «أتى رجل من الأنصار رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال : هذه ابنة عمّي وامرأتي لا أعلم إلّا خيراً ، وقد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد قطط أفطس الأنف ، لا أعرف شبهه في أخوالي ولا في أجدادي ، فقال لامرأته : ما تقولين ؟ قالت : لا والّذي بعثك بالحقّ نبيّاً ما أقعدت مقعده منّي منذ ملكني أحداً غيره ، قال : فنكس رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم رأسه مليّاً ثم رفع بصره إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال : يا هذا إنه ليس من أحد إلّا بينه وبين آدم تسعة وتسعون عرقاً تضرب في النسب ، فإذا وقعت النطفة

---

(١) الأورق من الإبل : الّذي في لونه بياض إلى سواد . الصحاح ٤ : ١٥٦٥ .

(٢) صحيح البخاري ٧ : ٦٨ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٣٧ ح ٢٠ ، سنن النسائي ٦ : ١٧٨ .

الركن الثالث : في الملاعنة

ويعتبر فيها : البلوغ ، وكمال العقل ، والسلامة من الصمم والخرس .

اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه بها ، فهذا من تلك العروق التي لم تدركها أجدادك ، خذي إليك ابنك ، فقالت المرأة : فرّجت عنّي يا رسول الله»[١].

قوله : «في الملاعنة ....الخ» .

مقتضى العبارة أن السلامة منهما معاً شرط في صحّة لعانها مطلقاً ، فلو كانت متّصفة بأحدهما خاصّة صحّ لعانها ، لأن الشرط ـ وهو السلامة منهما ـ حاصل . وقد تقدّم[٢] في باب التحريم من النكاح أن أحدهما كافٍ في تحريمها مع القذف ، ففي الفتوى اختلاف في الموضعين ، مع إمكان تكلّف الجمع بينهما بحمل هذه على تلك . وقد تقدّم[٣] المختار في ذلك ثَمّ .

ومقتضى هذه العبارة أيضاً أنه لا يصحّ لعانها للقذف ولا لنفي الولد ، لأنه جعل السلامة منهما معاً شرطاً في صحّة لعانها مطلقاً الشامل لذلك ، وفيما تقدّم[٤] جعل قذفها موجباً لتحريمها بغير لعان ، فنفي الولد غير داخل فيه ، لأن للّعان سببين ـ كما تقدّم[٥] ـ : القذف ونفي الولد ، وأحدهما غير الآخر ، وقد يجتمعان كما لو قذفها بالزنا ونفي ولدها ، وقد ينفرد كلّ منهما عن الآخر ، بأن يقذفها بالزنا ويعترف بولدها ، أو ينفي ولدها ويبرئها من الزنا ، بأن جعله ولد شبهة أو نكاح صحيح سابق حيث يمكن .

---

(١) الكافي ٥ : ٥٦١ ح ٢٣ ، الوسائل ١٥ : ٢١٨ ب «١٠٥» من أبواب أحكام الأولاد ح ١ ، وفيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين : وتسعين ، والتصحيح على المصدرين .

(٢ ـ ٤) في ج ٧ : ٣٥٦ .

(٥) في ص : ١٧٧ و ١٨٧ .

. . . . . .

والموجود في النصوص تحريمها بالقذف بدون اللّعان ، وأنه يحدّ للقذف ، ففي صحيحة أبي بصير قال : «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء أو صمّاء لا تسمع ، فقال : إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلده الحدّ ، وفرّق بينهما ، ثم لا تحلّ له أبداً ، وإن لم يكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها منه»[١].

والوجه اختصاص الحكم بالقذف ، وقوفاً فيما خالف الأصل على محلّ الوفاق ، ولعموم الآية[٢] الشامل للزوجة مطلقاً ، خرج منه المقذوفة فيبقى الباقي . ولأنه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه ، لو نفاه فحرمت عليه بدون لعان ، إن انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجة الملحق به ظاهراً بمجرّد النفي ، وهو باطل إجماعاً ، وإن لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق إليه لزم الحرج[٣] والضرر به المنفيّان[٤] شرعاً.

نعم ، في رواية إسماعيل بن أبي زياد السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام أن عليّاً عليه السلام قال : «ليس بين خمس من النساء وأزواجهنّ ملاعنة ، وعدّ منها الخرساء» وقال : «إنما اللّعان باللّسان»[٥]. وهي تقتضي نفي اللّعان للأمرين .

---

(١) الكافي ٦ : ١٦٦ ح ١٨ ، الفقيه ٤ : ٣٦ ح ١١٢ ، التهذيب ٧ : ٣١٠ ح ١٢٨٨ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٣ ب «٨» من أبواب اللّعان ح ٢ ، وفيما عدا التهذيب : خرساء صمّاء .

(٢) النور : ٦ .

(٣) الحجّ : ٧٨ ، وانظر الكافي ٥ : ٢٩٢ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ١٤٧ ح ٦٤٨ ، التهذيب ٧ : ١٤٦ ح ٦٥١ ، الوسائل ١٧ : ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣ .

(٤) فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين : المنفيّين ، والصحيح ما أثبتناه .

(٥) التهذيب ٨ : ١٩٧ ح ٦٩٣ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٥ ح ١٣٣٨ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٨ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١٢ .

لكنّها قاصرة عن إفادة المطلوب ، لضعف سندها ، فلا تقاوم ما ثبت بعموم الآية[١] والرواية[٢] بل الاجماع ، وإنما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محلّ الوفاق . وأيضاً فإنه أومأ إلى العلّة بكون اللّعان إنما يكون باللسان المقتضية لنفي لعان الأخرس بالإشارة ، وقد تقدّم[٣] ما يدلّ على خلافه .

وحينئذٍ فيلاعنها لنفيه بالإشارة كما مرّ . ويحدّ للقذف إن لم يقم عليها البيّنة، وتحرم بغير لعان . وإن أقام بيّنة سقط الحدّ ، وحرمت أيضاً ، كما دلّت عليه الرواية[٤] السابقة . وربما قيل بأنها لا تحرم حينئذٍ ، لعدم قذفها بما يوجب اللّعان ، ويثبت عليها الحدّ بالبيّنة ، ولا ينتفي عنها بلعانها . والرواية تنافي ذلك ، وهي معتبرة الاسناد ، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر . وعبارة الأصحاب في باب[٥] التحريم مصرّحة باشتراط قذفها بما يوجب اللّعان لولا الآفة المذكورة ، فيخرج منها ما لو أقام البيّنة وما لو لم يدّع المشاهدة ، وإطلاق هذه الرواية وغيرها[٦] يتناول الجميع . والأولى الرجوع في كلّ موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العامّ .

---

(١) النور : ٦ .

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان .

(٣) في ص : ٢٠٢ .

(٤) في الصفحة السابقة ، هامش (١) .

(٥) انظر المهذّب ٢ : ٣٠٨ ، الجامع للشرائع : ٤٢٨ ، قواعد الأحكام ٢ : ١٥ ، اللمعة الدمشقيّة : ١١٣ .

(٦) لاحظ الوسائل ١٥ : ٦٠٢ ب «٨» من أبواب اللعان .

وأن تكون منكوحة بالعقد الدائم .

قوله : «وأن تكون منكوحة....الخ».

اشتراط دوام العقد في صحّة اللّعان بالنسبة إلى نفي الولد موضع وفاق ، ولأن ولد المتمتَّع بها ينتفي بغير لعان اتّفاقاً .

وأما اشتراطه مع القذف فهو المشهور بين الأصحاب ، ذهب إليه أكثر المتقدّمين وجميع المتأخّرين ، حتى لم ينقل المصنّف هنا فيه خلافاً ، وكذلك العلّامة ، وقد سبق[١] نقله الخلاف في النكاح المنقطع .

وحجّة المشهور صحيحة عبدالله بن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتّع بها»[٢]. وصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال : «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّية ولا التي يتمتّع بها»[٣]. ومثله رواية[٤] عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام .

وقال المفيد[٥] والمرتضى[٦]: يقع بها ، لعموم الآية[٧] . ولا ينافيه ورودها في الدائم ، لأن خصوص السبب لا يخصّص العامّ .

---

(١) في ج ٧: ٤٦٢ ـ ٤٦٣ .

(٢) الكافي ٦ : ١٦٦ ح ١٧ ، التهذيب ٨ : ١٨٩ ح ٦٥٩ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٥ ب «١٠» من أبواب اللعان ح ١ .

(٣) الفقيه ٣ : ٣٤٧ ح ١٦٦٧ ، التهذيب ٨ : ١٨٨ ح ٦٥٣ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٣ ح ١٣٣٢ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٤) التهذيب ٧: ٤٧٦ ح ١٩١٢ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٤ ح ١٣٣٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٨ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١١ ، ويلاحظ أن موردها اليهوديّة والنصرانيّة والأمة .

(٥) حكاه عن غريّة المفيد في جامع المقاصد ١٣ : ٣٥ ، وراجع أيضاً خلاصة الإيجاز : ٣٧ ضمن مصنّفات الشيخ المفيد المجلّد السادس .

(٦) الانتصار : ١١٥ .

(٧) النور : ٦ .

وفي اعتبار الدخول بها خلاف ، المرويّ أنه لا لعان [قبله] . وفيه قول بالجواز . وقال ثالث بثبوته بالقذف دون نفي الولد .

وأُجيب بأن عمومها مخصوص بالرواية الصحيحة ، بناءً على أن خبر الواحد يخصّص الكتاب . وتحقيق المقدّمات في الأُصول . وقد تقدّم[١] البحث في هذه المسألة في النكاح[٢].

قوله : «وفي اعتبار الدخول.....الخ».

الكلام في هذا الشرط كالذي قبله ، فإن الولد قبل الدخول لا يتوقّف نفيه على اللّعان إجماعاً ، بل هو منتفٍ عنه ، لعدم وجود شرائط الإلحاق ، فلا إشكال في انتفاء لعانها بهذا السبب .

وأما لعانها بالقذف فقد اختلفوا في اشتراط الدخول فيه وعدمه ، فذهب الشيخ[٣] وأتباعه[٤] وابن الجنيد[٥] إلى اشتراط الدخول ، لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : «لا يقع اللّعان حتى يدخل الرجل بامرأته ، ولا يكون لعان إلّا بنفي الولد»[٦]. ولرواية أُخرى عنه عليه السلام «لا يقع اللّعان حتى يدخل

---

(١) في ج ٧ : ٤٦٢ ـ ٤٦٣ .

(٢) في هامش «ق ، و» : «أجمل البحث في هذه المسألة في المختلف في باب النكاح ، ووعد ببحثها هنا ثم لم يذكرها . وكذلك صنع ولده فخر الدين في شرحه . حاشية بخطّه» . لاحظ المختلف : ٥٦٢ و ٦٠٥ ـ ٦٠٦ ، وإيضاح الفوائد ٣ : ١٣١ و ٤٤٥ .

(٣) النهاية : ٥٢٢ .

(٤) راجع المهذب ٢ : ٣٠٩ ، الوسيلة : ٣٣٦ ، الغنية (ضمن سلسلة الينابيع الفقهية) ٢٠ : ٢٥٣ .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٦ .

(٦) الفقيه ٣ : ٣٤٦ ح ١٦٦٣ ، التهذيب ٨ : ١٨٥ ح ٦٤٦ ، الاستبصار ٣ : ٣٧١ ح ١٣٢٤ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان ح ٢ .

. . . . . .

الرجل بأهله»[١]. ورواية محمد بن مصادف قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال : لا يكون ملاعناً حتى يدخل بها ، يضرب حدّاً وهي امرأته ، ويكون قاذفاً»[٢]. وفي طريق الروايتين ضعف .

وذهب ابن إدريس[٣] إلى عدم اشتراطه ، لعموم الآية[٤]. وهو حسن ، إلّا أنه جعل التفصيل باشتراطه بالدخول لنفي الولد وعدمه للقذف جامعاً بين الأدلّة والأقوال ، بمعنى حمل ما دلّ على اشتراط الدخول على ما إذا كان لنفي الولد والآخر على القذف . وليس كذلك ، لأن الروايات التي استدلّ بها مشترط الدخول بعضها صريح في أنه بسبب القذف لا نفي الولد ، والأقوال تابعة للأدلّة .

ويظهر من المصنّف وغيره أن من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول في اللّعان بالسببين ، لأنه جعل التفصيل قولاً ثالثاً . وقائله غير معروف[٥] ، وهو غير موجّه ، لما عرفت من أن الدخول شرط لحوق الولد ، فلا يتوقّف انتفاؤه على اللّعان على تقدير عدمه . والحقّ رجوع الخلاف إلى قولين : الاشتراط

---

(١) الكافي ٦ : ١٦٢ ح ١ ، التهذيب ٨ : ١٩٢ ح ٦٧١ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٠ ب «٢» من أبواب اللعان ح ٢ .

(٢) التهذيب ٨ : ١٩٧ ح ٦٩٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٢ ب «٢» من أبواب اللعان ح ٨ ، وفيهما : محمد بن مضارب .

(٣) السرائر ٢ : ٦٩٨ .

(٤) النور : ٦ .

(٥) في «م» والحجريّتين : معلوم .

ويثبت اللّعان بين الحرّ والمملوكة . وفيه رواية بالمنع . وقال ثالث : بثبوته بنفي الولد دون القذف .

فيهما ، والتفصيل [كما مرّ][١].

قوله : «ويثبت اللّعان....الخ».

الزوجان إما أن يكونا حرّين ، أو مملوكين ، أو الزوجة حرّة والزوج عبداً ، أو بالعكس . والثلاثة الأول لا خلاف في ثبوت اللّعان بينهما فيها . وإنما الخلاف في الرابع ، فجوّزه الأكثر ، كالشيخ[٢] وأتباعه[٣] والمصنّف وتلميذه العلّامة[٤] والمتأخّرين[٥] ، ومنعه المفيد[٦] وسلّار[٧] ، والتفصيل بصحّته في نفي الولد دون القذف لابن إدريس[٨] .

حجّة الأولين : عموم الآية[٩] ، وخصوص الرواية ، كحسنة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام أنه سأل هل يكون بين الحرّ والمملوكة لعان ؟ فقال : «نعم ، وبين المملوك والحرّة ، وبين العبد والأمة ، وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة»[١٠].

---

(١) من «د ، م» والحجريّتين .

(٢) الخلاف ٢ (طبعة كوشانپور) : ٢٧٨ مسألة (٢) ، المبسوط ٥ : ١٨٢ ، النهاية : ٥٢٣ .

(٣) راجع الكافي في الفقه : ٣٠٩ .

(٤) المختلف : ٦٠٥ ـ ٦٠٦ .

(٥) راجع الجامع للشرائع : ٤٧٩ ، غاية المراد : ٢٣٠ ـ ٢٣١ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣١ .

(٦) المقنعة : ٥٤٢ .

(٧) المراسم : ١٦٤ .

(٨) السرائر ٢ : ٦٩٧ .

(٩) النور : ٦ .

(١٠) الكافي ٦ : ١٦٤ ح ٧ ، التهذيب ٨ : ١٨٨ ح ٦٥٢ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٣ ح ١٣٣١ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٦ ب «٥» من أبواب اللعان ح ٢ .

. . . . . .

وحجّة المانع عموم قوله تعالى : ﴿ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات﴾[١] والمملوكة ليست من أهل الشهادة . وخصوص صحيحة ابن سنان أن الصادق عليه السلام قال : «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّية»[٢].

وجوابه : منع كونه شهادة ، بل هو يمين كما سيأتي[٣]. ولو سلّم لزم اشتراط حرّيتهما معاً ولا قائل به ، وإنما الخلاف في المملوكة إذا كان زوجها حرّاً . وقد تقدّم[٤] البحث في ذلك .

ونمنع من صحّة الرواية ، فإن ابن سنان مشترك بين عبدالله ومحمد ، والأول ثقة والثاني ضعيف ، وليس في الرواية ما يدلّ على أنه الثقة . وإطلاق جماعة[٥] الحكم بصحّتها نظراً إلى ثقة من عدا ابن سنان فهي صحّة إضافيّة كما قرّرناه مراراً ، وقد يغفل عنه من لا يتفطّن للأُصول فتزلّ قدمه .

والصدوق حملها على الأمة الموطوءة بملك اليمين . قال : «لأن محمد بن مسلم روى عن أبي جعفر عليه السلام أنه سأله عن الحرّ يلاعن المملوكة ؟ قال: نعم ، إذا كان مولاها زوّجه إيّاها ، والحديث المفسّر يحكَّم على المطلق»[٦]. وحملها العلّامة[٧] على ما إذا لم يكن زوّجه إيّاها مولاها ، لمفهوم

---

(١) النور : ٦ .

(٢) تقدّم ذكر مصادرها في ص : ٢١١ ، هامش (٣) .

(٣) في ص : ٢٣٨ .

(٤) في الصفحة السابقة .

(٥) انظر إيضاح الفوائد ٣ : ٤٤٥ ، غاية المراد : ١٩١ ، جامع المقاصد ١٣ : ٣٥ .

(٦) الفقيه ٣ : ٣٤٧ ـ ٣٤٨ ، ذيل ح ١٦٦٦ و ١٦٦٧ .

(٧) المختلف : ٦٠٦ .

. . . . . .

الرواية.

واحتجّ ابن إدريس[١] بأن قذف المملوكة لا يوجب الحدّ، فلا يتوقّف نفيه على اللّعان، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجة. وبأن اللّعان حكم شرعي فيقتصر فيه على المتيقّن، والباقي باقٍ على الأصل.

وجوابه: أن عموم: ﴿والّذين يرمون أزواجهم﴾[٢] أخرجه عن حكم الأصل، مضافاً إلى النصوص[٣]. وكما جاز اللّعان لنفي الحدّ جاز لنفي التعزير، إذ ليس في الآية اشتراط كونه للحدّ وإن كان السبب موجباً له، لأن العبرة بعموم اللفظ كما مرّ[٤]. وقد ظهر أن مختار المصنّف والأكثر أظهر.

واعلم أن من جملة الشروط المختلف فيها بالنسبة إلى الملاعنة كونها مسلمة، فقد ذهب جماعة ـ منهم ابن الجنيد[٥] ـ إلى اشتراط إسلامها، فلا يلاعن المسلم الكافرة. وحجّتهم تظهر من حجّة مشترط الحريّة فيها. ولم يشترط[٦] الأكثر. وابن إدريس[٧] على تفصيله. وحجّة الجميع تظهر من حجّة اشتراط الحرّية وعدمه. والمصنّف نبّه على الخلاف في الملاعن[٨] الكافر، وأهمل ذكره

---

(١) السرائر ٢: ٦٩٧ ـ ٦٩٨.

(٢) النور: ٦.

(٣) ذكر بعضها في ص: ٢١٤، ولاحظ الوسائل ١٥: ٥٩٥ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١، ٦، ٨، ١٠.

(٤) في ص: ١٨١ ـ ١٨٢.

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٦٠٥.

(٦) في «ط، و»: يشترطه.

(٧) السرائر ٢: ٦٩٧.

(٨) في ص: ٢٠٠.

ويصحّ لعان الحامل ، لكن لا يقام عليها الحدّ إلّا بعد الوضع .

في الملاعنة ، وكان العكس أولى ، لظهور الخلاف فيها واختلاف الروايات ، وقد أشرنا[١] إليه في رواية جميل وابن سنان . وظهر ممّا قرّرناه قوّة القول بعدم اشتراط إسلامها بتقريب الدليل .

قوله : «ويصحّ لعان الحامل...الخ».

اختلف العلماء في جواز لعان الحامل إذا قذفها أو نفى ولدها قبل الوضع ، فذهب الأكثر إلى جوازه ، لعموم الآية[٢]، ووجود المقتضي وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا كونها حاملاً وهو لا يصلح للمانعيّة ، لأن شهادة الحامل ويمينها حال الحمل غير منافٍ له ، والحمل غير مسوّغ لتأخير ما يتوجّه عليها منها[٣] في غيره . ولأن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم لاعن بين هلال بن اُميّة وزوجته وكانت حاملاً ونفى هلال الحمل ، ولمّا ولدته جاء على صفات من قذفها به ، فقال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[٤]. وروى الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل لاعن امرأتهوهي حبلى ، ثم ادّعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه ، قال : «يردّ إليه الولد ولا يجلد ، لأنه قد مضى التلاعن»[٥].

ثم إن تمّ اللّعان منهما فلا كلام . وإن نكلت عنه ، أو اعترفت فتوجّه عليها

---

(١) في ص : ٢١٤ ـ ٢١٥.

(٢) النور : ٦.

(٣) في «د ، م» والحجريّتين : منهما .

(٤) مسند أحمد ١ : ٢٣٩ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٨ ح ٢٢٥٦ ، تفسير القرطبي ١٢ : ١٨٧ .

(٥) الكافي ٦ : ١٦٤ ح ٨ ، الفقيه ٤ : ٢٣٧ ح ٧٥٥ ، التهذيب ٨ : ١٩٠ ح ٦٦٠ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٥ ح ١٣٣٩ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٧ ب «١٣» من أبواب اللعان ح ١ .

ولا تصير الأمة فراشاً بالملك . وهل تصير فراشاً بالوطء ؟ فيه روايتان ، أظهرهما أنها ليست فراشاً . ولا يلحق ولدها إلّا بإقراره ولو اعترف بوطئها . ولو نفاه لم يفتقر إلى لعان .

الحدّ ، لم تحدّ إلى أن تضع كغيرها ممّن يثبت عليها الحدّ حاملاً .

وقال المفيد[١] وسلّار[٢] وأبو الصلاح[٣] : لا تلاعن الحامل حتى تضع حملها ، لرواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قال أمير المؤمنين عليه السلام : تلاعن على كلّ حال إلّا أن تكون حاملاً»[٤]. وفيه ضعف السند . وحمل على نفي ما يجب باللّعان من الحدّ على تقدير نكولها ، أو على أن الحمل لا ينتفي ، واللّعان حجّة ضروريّة فيشترط فيه نفي[٥] الولد . والأصحّ الجواز .

قوله : «ولا تصير الأمة....الخ».

الأمة لا تصير فراشاً بالملك حتى يلحقه الولد الذي تأتي به ، وإن حلّت[٦] له وخلا بها وأمكن أن يكون منه إجماعاً ، بخلاف النكاح حيث يلحق الولد بمجرّد الإمكان ، لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع والولد ، وملك اليمين قد يقصد به ذلك وقد يقصد به التجارة والاستخدام ، ولهذا لا يتزوّج من لا تحلّ له ويملك

---

(١) المقنعة : ٥٤٢ .

(٢) المراسم : ١٦٤ .

(٣) الكافي في الفقه : ٣١٠ .

(٤) التهذيب ٨ : ١٩٠ ح ٦٦١ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٥ ح ١٣٤٠ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٧ ب «١٣» من أبواب اللعان ح ٣ .

(٥) في «ق ، ط» : يقين .

(٦) في «ق ، و» : خلت له ، وفي الحجريّتين : خلت به .

. . . . . .

بملك اليمين من لا تحلّ له ، وإذا كان المقصود في النكاح ذلك اكتفي فيه بمجرّد الإمكان .

وهل تصير الأمة فراشاً بالوطء ؟ فيه قولان منشؤهما اختلاف الروايات ، فذهب الشيخ في المبسوط[١] والمصنّف والعلّامة[٢] وسائر المتأخّرين[٣] إلى أن الأمة لا تصير فراشاً مطلقاً . واستندوا في ذلك إلى صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام : «أن رجلاً من الأنصار أتى أبا عبدالله عليه السلام فقال له : إنّي ابتليت بأمر عظيم ، إن لي جارية كنت أطؤها فوطيتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعدما اغتسلت منها ، ونسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لآخذها ، فوجدت غلاماً لي على بطنها ، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر فولدت جارية ، قال : فقال لي عليه السلام : لا ينبغي لك أن تقربها ولا تبيعها ، ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيّاً ، ثم أوص لها عند موتك من مالك حتى يجعل الله عزّ وجلّ لها مخرجاً»[٤]. وفي معناها أخبار[٥] أُخر لا تساويها في صحّة السند.

وأما صيرورتها فراشاً بالوطء فيدلّ عليه ما روي عن النبيّ صلّى الله

---

(١) المبسوط ٥ : ٢٣١ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٩٢ .

(٣) راجع إيضاح الفوائد ٣ : ٤٤٦ ـ ٤٤٨ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣١ ، حاشية المحقّق الكركي على الشرائع : ٤١٩ (مخطوط) .

(٤) الكافي ٥ : ٤٨٨ ح ١ ، الفقيه ٤ : ٢٣٠ ح ٧٣٤ وفيهما : أتى أبي عليه السلام ، التهذيب ٨ : ١٧٩ ح ٦٢٨ وفيه : أتى أبا جعفر عليه السلام ، الاستبصار ٣ : ٣٦٤ ح ١٣٠٧ ، الوسائل ١٤ : ٥٦٣ ب «٥٥» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ .

(٥) لاحظ الوسائل ١٤ : ٥٦٣ «٥٥» من أبواب نكاح العبيد والإماء .

. . . . . .

عليه وآله وسلّم لمّا تنازع إليه سعد وعبد بن زمعة عام الفتح في ولد وليدة زمعة وكان زمعة قد مات ، فقال سعد : يا رسول الله إن أخي كان قد عهد إليّ فيه وذكر لي أنّه ألمّ بها في الجاهليّة ، وقال عبد : هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله : «يا عبد بن زمعة هو لك ، الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1]. ووجه الاستدلال أنه أثبت الفراش لزمعة وألحق الولد به من غير أن يستلحقه .

ومن طريق الخاصّة رواية سعيد بن يسار[2] قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجيء ولقد عزل عنها ما تقول في

---

(١) السنن المأثورة للطحاوي : ٣٨٠ ح ٥١٩ ، سنن الدارمي ٢ : ١٥٢ ، صحيح البخاري ٤ : ٤ ، صحيح مسلم ٢ : ١٠٨٠ ح ١٤٥٧ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٨٢ ح ٢٢٧٣ .

(٢) في هامش «ق ، و» : «اعلم أنه اتّفق لشارحَي القواعد هنا سهو فاحش في الاستدلال ، وهو أنهما عقيب رواية سعيد بن يسار المذكورة استشهدا برواية الشيخ في التهذيب عن محمد بن الحسن الصفّار ، عن يعقوب بن يزيد قال : «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام : في هذا العصر رجل وقع على جاريته ثم شكّ في ولده ، فكتب : إن كان فيه مشابهة فهو ولده ، ومتى اتّهم الرجل جارية له بالفجور ثم جاءت بالولد لم يكن له نفيه ، ولزمه الإقرار به» . فتوهّم الشارحان أن هذا المذكور كلّه من لفظ الرواية فذكراه . والدلالة على مطلوبهما لا تتمّ إلّا في قوله : «ومتى اتّهم الرجل...الخ» والحال أن هذا الكلام إلى آخره من كلام الشيخ ذكره على عادته من الفتوى ، ثم عقّبه بالاستشهاد عليه من الأخبار ، وذكر عقيبه ـ دليلاً عليه ـ رواية سعيد بن يسار التي ذكرناها نحن عقيب روايته الأُخرى . وإذا خرج قوله : «ومتى اتّهم الرجل ....الخ» من رواية الصفّار سقطت دلالتها على المطلوب ، لأنه شرط في كونه له المشابهة ، فلذلك تركناها نحن في الدلالة وذكرنا باقي الروايات الصحيحة الواضحة الدلالة ، ولم نذكرها دليلاً على المطلوب فتأمّل . منه قدّس سرّه» . لاحظ إيضاح الفوائد ٣ : ٤٤٧ ـ ٤٤٨ ، التهذيب ٨ : ١٨١ ذيل ح ٦٣٢ ، وشرح السيّد عميد الدين لم يطبع إلى الآن .

. . . . . .

الولد ؟ قال : أرى أن لا يباع هذا الولد يا سعيد» . قال : «وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال : أتتّهمها ؟ فقلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، فقال : فيتّهمها أهلك ؟ فقلت : أما شيء ظاهر فلا ، فقال : وكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد ؟»[١].

وروى سعيد بن يسار في الصحيح قال : «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق ، قال : يتّهمها الرجل أو يتّهمها أهله ؟ قلت : أما ظاهرة فلا ، قال : إذاً لزمه الولد»[٢]. وروى سعيد الأعرج في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد ؟ قال : للذي عنده ، لقول رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم : الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٣].

وفي معناها رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام ، والطريق إلى الحسن صحيح ، وفيها : «الولد للّذي عنده الجارية وليصبر ، لقول رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم : الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٤].

وهذه الأخبار صريحة في أن الأمة تصير فراشاً للمولى بالوطء . وفي معناها[٥] غيرها . وظاهر الحال أنها مرجَّحة على السابق ، لصحّة السند

---

(١) الكافي ٥ : ٤٨٩ ح ٤ ، التهذيب ٨ : ١٨١ ح ٦٣٤ ، الاستبصار ٣ : ٣٦٦ ح ١٣١٢ ، الوسائل ١٤ : ٥٦٦ ب «٥٦» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ .

(٢) الكافي ٥ : ٤٨٩ ح ١ ، التهذيب ٨ : ١٨١ ح ٦٣٣ ، الاستبصار ٣ : ٣٦٦ ح ١٣١١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٣) الكافي ٥ : ٤٩١ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ١٦٩ ح ٥٨٩ ، الاستبصار ٣ : ٣٦٨ ح ١٣١٧ ، الوسائل ١٤ : ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ .

(٤) التهذيب ٨ : ١٦٩ ح ٥٨٨ ، الاستبصار ٣ : ٣٦٨ ح ١٣١٦ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣ .

(٥) لاحظ الوسائل ١٤ : ٥٦٤ ب «٥٦» وص ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد والإماء.

. . . . . .

والكثرة .

إذا تقرّر ذلك ، فنقول : ممّا يترتّب على كون الموطوءة فراشاً أن ولدها الذي يمكن تولّده من الواطىء ـ بأن تلده لستّة أشهر فما زاد من حين وطيه إلى أقصى مدّة الحمل ـ يلحق به ، ولا يتوقّف على اعترافه به ، بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ظنّ أنه ليس منه لتهمة أُمّه بالفجور ، لأن الله تعالى جعل الولد للفراش ، فإذا كان الفراش زوجة دائمة تحقّق فراشها من حين العقد وإمكان وصوله إليها .

ثم لها بالنسبة إلى الولد حكمان :

أحدهما : في ظاهر الأمر ، وهو أنه يحكم بإلحاق الولد الذي تلده بعد العقد وإمكان الوصول إليها فيما بين أقلّ الحمل وأكثره بالزوج وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها ، وسواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل ، أم لا كالمجنون والصبيّ الذي يمكن تولّده منه كابن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق[1] . ولو علمنا انتفاءه عنه ـ بأن كان غائباً عنها غيبة لا يمكن وصوله إليها سرّاً ولا جهراً في المدّة التي يمكن تولّده منه ـ حكمنا بانتفائه عنه وإن لم ينفه .

والثاني : فيما بينه وبين الله تعالى ، فإذا وطئها وطياً يمكن تولّده منه ، ثم ولدته في وقت إمكان كونه منه، وجب عليه إلحاقه به وإن احتمل أو ظنّ خلاف ذلك كما قلناه . وإن علم انتفاءه عنه ـ بأن ولدته لدون ستّة أشهر من حين وطيه ، أو لأكثر من أقصى الحمل ـ وجب عليه نفيه كما قدّمناه سابقاً . وإن كان في ظاهر

---

(١) في ص : ١٨٩ .

. . . . . .

الحال محكوماً بإلحاقه به ـ بأن كان قريباً منها يمكنه إصابتها ، فإذا توقّف نفيه على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدّمة الواجب . وإن أمكن إقامة البيّنة على ما يوجب انتفاءه عنه حكم بموجبها من غير لعان إذا شهدت بذلك على وجه منضبط ، بأن لازمته ليلاً ونهاراً بحيث علمت انتفاء مجامعته لها قطعاً . وأما الأمة فقد عرفت أنها لا تكون فراشاً بمجرّد الملك قطعاً .

ثم إن وطئها وحكمنا بكونها تصير فراشاً به فحكمه في لحوق ولدها في الحالين كما سبق ، لكنّه يفارق ولد الزوجة في أمرين :

أحدهما : أنه لا يحكم بلحوقه به إلّا مع ثبوت وطئه لها ، إما بإقراره به أو بالبيّنة ، بخلاف ولد الزوجة ، فإنه يكفي إمكان الوطء . والوجه فيه أن المعتبر فيهما ثبوت الفراش ، ولمّا كان في الزوجة متحقّقاً بالعقد وإمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك ، ولمّا كانت فراشيّة الأمة لا تتحقّق إلّا بالوطء اعتبر ثبوته . فمرجع الأمر فيهما إلى شيء واحد وهو ثبوت الفراش ، إلّا أنّه في الزوجة يظهر غالباً لغير الزوج بحضور العقد والعلم بإمكان وصوله إليها ، وفي الأمة لا يظهر غالباً إلّا منه ، لأن الوطي من الأُمور الخفيّة فاعتبر إقراره به إن لم يتّفق الاطّلاع عليه بالبيّنة نادراً .

والثاني : أن ولد الزوجة إذا كان محكوماً به للزوج ظاهراً لا ينتفي عنه [بنفيه][1] إلّا باللّعان ، وولد الأمة ينتفي بغير لعان . والسرّ فيه أن الولد الذي يظهر للزوج كونه منفيّاً عنه يليق بالحكمة أن يجعل له الشارع طريقاً إلى نفيه ليخرج

---

(١) من «ق ، ط ، و» .

. . . . . .

عنه من ليس منه ،ولمّا نصب لولد الزوجة طريقاً إلى النفي باللعان وخصّه بالزوجين بقوله : ﴿والّذين يرمون أزواجهم﴾[١] فلا بدّ من طريق آخر لنفي ولد الأمة حيث يقتضي الحال نفيه ، فإذا لم يمكن باللعان وبقي على أصل الإلحاق ـ كما لو تعذّر اللعان حيث يشرع ـ لزم أن يكون ولد الأمة أقوى اتّصالاً وأحسن حالاً من ولد الزوجة الدائمة ، فشرّع لذلك انتفاؤه بمجرّد النفي بغير لعان ، إذ ليس هناك طريق آخر .

والعامّة[٢] لمّا وافقوا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفي باللعان اختلفوا في طريق نفيه إن علم انتفاؤه ، فمنهم من سدّ الطريق عن نفيه نظراً إلى أن الولد للفراش وليس هناك طريق إلى النفي ، ومنهم من جوّز نفيه باللعان للضرورة حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجة ، ومنهم من نفاه بيمينه .

ثم على تقدير صيرورتها فراشاً بالوطء هل يستمرّ كذلك ما دامت على ملكه ، أم يختصّ الحكم بالولد الذي يمكن تولّده من ذلك الوطء خاصّة ، حتى لو أتت بولد بعد أقصى الحمل من الوطء الذي ثبت بإقراره أو البيّنة لا يلحق به بدون الاعتراف[٣] به ؟ وجهان ، من حصول شرط الفراش وهو الوطء ، فنزّل منزلة العقد الدائم على الحرّة ، لأن وطء الأمة إما تمام السبب للفراشيّة أو شرط فيها ، وعلى التقديرين حصل الفراش به كالعقد ، فيستمرّ الحكم حينئذٍ كما استمرّ

---

(١) النور : ٦ .

(٢) راجع الوجيز للغزالي ٢ : ٨٩ ، حلية العلماء ٧ : ٢٢٥ ، بدائع الصنائع ٤ : ١٣١ و ج٦ : ٢٥٥ ، المغني لابن قدامة ٩ : ١٣ ـ ١٥ ، الكافي لابن قدامة ٣ : ٢٠٥ ، تفسير القرطبي ١٢ : ١٨٦ ، روضة الطالبين ٦ : ٤١٥ .

(٣) في «د ، م» : الإقرار .

. . . . . .

حكم الفراش بالعقد ، ولم يشترط بعد ذلك ظهور وطء يلحق به الولد ، ومن ضعف فراشيّة الأمة ، ودلالة تلك النصوص[١] الموجبة لإلحاق الولد به على [تقدير][٢] كونه مولوداً في وقت يمكن تخلّقه من ذلك الوطء ، فيبقى غيره على الأصل . ولا إشكال في انتفائه عنه بنفيه ، إنما تظهر الفائدة لو لم ينفه فهل يلحق به ظاهراً بمجرّد الوطء السابق ، أم يتوقّف على الإقرار به ؟ يبنى على الوجهين ، والأظهر الثاني .

وإن لم يحكم بكونها فراشاً فمقتضى كلام المصنّف والشيخ[٣] والعلّامة[٤] وغيرهم[٥] أنه لا يلحق ولدها به إلّا بإقراره به وإن أقرّ بوطئها أو ثبت بغير الإقرار. وهذا هو الذي يناسب الحكم بعدم الفراش ، لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار .

وقال فخر الدين في شرحه : «إن معنى كونها ليست فراشاً أنه لا يلحق ولدها به إلّا بإقراره به أو بوطئها وإمكان لحوقه به»[٦]. وكأنه حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشاً مطلقاً وبين حكمهم في باب إلحاق الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطىء ، وأنه يلزمه الإقرار به حيث يمكن كونه منه ، وأنه لو وطئها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد بإقراره به . فجعل

---

(١) راجع الوسائل ١٤ : ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد والإماء .

(٢) من «د ، و» .

(٣) المبسوط ٥ : ٢٣١ ، الخلاف ٢ : ٢٩٨ مسألة (٦٧) .

(٤) قواعد الأحكام : ٩٢ ، تحرير الأحكام : ٦٦ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٦١ .

(٥) اللمعة الدمشقيّة : ١٣١ .

(٦) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٤٦ .

. . . . . .

مستند ذلك الوطء الواقع من المولى وأقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم بكونه واطياً .

ويضعّف بأن إلحاقه به مع وطيه لها من لوازم الفراش كما سبق[١]، فلو جعل مترتّباً على عدمه لم يبق فرق بين الفراش وغيره . اللهم إلّا أن يجعل الوطء الموجب للفراش كافياً في إلحاق الولد بعد ذلك وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصي الثابت ، كما هو أحد الاحتمالين في المسألة ، ويجعل هذا الوطء القائم مقام الإقرار هو الوطء الذي يمكن استناد الولد إليه . ومع ذلك ففيه مخالفة لما ذكره الجميع في معنى الفراش ، فإنهم أطبقوا على أن فائدته لحوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به ، وعدم لحوقه بمن ليست فراشاً إلّا بإقراره .

والوجه أن الاكتفاء بالوطء في هذا القسم ليس في محلّه ، وإنما محلّه على تقدير كونها فراشاً ، لأن الوطء حينئذٍ لا بدّ من العلم به ليتحقّق به كون الأمة فراشاً كما قد تحقّق . وأما ما ذكروه في باب إلحاق الأولاد فهو منزّل على أن ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى ، بمعنى أنه إذا وطىء الأمة وطياً يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه ، ولا يجوز له نفيه عنه بتهمة أُمّه إلّا على تلك الرواية[٢] الشاذّة ، وأما بالنسبة إلينا فلا نحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا[٣] نجعلها فراشاً . وهكذا القول فيما لو وطئها المولى وغيره ،

---

(١) في ص : ٢٢٢ .

(٢) راجع ص : ٢١٦ هامش (٢)، والوسائل ١٤ : ٥٦٣ ب «٥٥» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ .

(٣) سقطت «لا» من «د ، م» .

. . . . . .

فإنه يحكم به للمولى دون الغير إذا كان وطؤه فجوراً ، ولكن بالنسبة إلينا لا نحكم به له إلّا باعترافه به . وكذا القول في ولد المتعة ، فإنهم حكموا بكونها ليست فراشاً مع حكمهم أيضاً بلحوق الولد به وورود النصوص بذلك ، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قلت له : أرأيت إن حملت ، قال : هو ولده»[١] وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : «سأل رجل الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن الرجل يتزوّج المرأة متعة ويشترط عليها ألّا يطلب ولدها ، فتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد ، فشدّد في ذلك وقال : يجحد ! وكيف يجحد ؟ إعظاماً لذلك ، قال الرجل : فإن اتّهمها ، قال : لا ينبغي لك أن تتزوّج إلّا مأمونة إن الله يقول : ﴿الزاني لا ينكح إلّا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلّا زانٍ أو مشرك وحرّم ذلك على المؤمنين﴾ »[٢].

ولا فرق في الحكم بلحوق الولد به على التقديرين بين كونه قد عزل عنها وعدمه . وقد تقدّم[٣] البحث فيه . وفي حسنة ابن أبي عمير وغيره قال : «الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلّا أنه إن جاء بولد لم ينكره، وشدّد في إنكار الولد»[٤].

---

(١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى : ٨٢ ح ١٨٤ ، التهذيب ٧ : ٢٦٤ ح ١١٤١ و ٢٦٩ ح ١١٥٤ ، الاستبصار ٣ : ١٤٩ ح ٥٤٧ و ١٥٢ ح ٥٥٧ ، الوسائل ١٤ : ٤٨٨ ب «٣٣» من أبواب المتعة ح ١ .

(٢) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى : ٨٧ ح ٢٠١ ، الكافي ٥ : ٤٥٤ ح ٣ ، الفقيه ٣ : ٢٩٢ ح ١٣٨٨ ، التهذيب ٧ : ٢٦٩ ح ١١٥٧ ، الاستبصار ٣ : ١٥٣ ح ٥٦٠ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ وذيله في ص : ٤٥١ ب «٦» ح ٣ ، والآية في سورة النور : ٣ .

(٣) في ج ٨ : ٣٩٠ .

(٤) الكافي ٥ : ٤٦٤ ح ٢ ، التهذيب ٧ : ٢٦٩ ح ١١٥٥ ، الاستبصار ٣ : ١٥٢ ح ٥٥٨ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥ .

الركن الرابع : في كيفيّة اللعان

ولا يصحّ إلّا عند الحاكم ، أو من ينصبه لذلك .

ولو تراضيا برجل من العامّة فلاعن بينهما جاز.

ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم. وقيل: يعتبر رضاهما بعد الحكم.

قوله : «ولا يصحّ إلّا عند.....الخ».

المراد بالحاكم هو الامام ، وبمنصوبه من نصبه للحكم عموماً أو للّعان خصوصاً . ويشترط في منصوبه ما يشترط في غيره ممّن ينصبه الامام للحكم بين الناس ، لأن اللعان ضرب من الحكم ، بل هو من أقوى أفراده ، لافتقاره إلى سماع الشهادة أو اليمين ، والحكم بالحدّ ، ودفعه بالشهادة بعد ذلك أو اليمين ، وحكمه بنفي الولد ، وغير ذلك . وبهذا يفرّق بينه وبين الفرقة بغيره ، كالطلاق حيث لا يتوقّف على الحاكم .

والمراد بالرجل العامي الذي يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الإمام لكنّه غير منصوب من قبله . وسمّاه عاميّاً بالإضافة إلى المنصوب ، فإنه خاصّ بالنسبة إليه . وقد اختلف في جواز اللعان به نظراً إلى أن حكمه يتوقّف على التراضي ، والحكم هنا لا يختصّ بالزوجين المتراضيين بل يتعلّق بالولد أيضاً ، فلا يؤثّر رضاهما في حقّه إلّا أن يكون بالغاً ويرضى بحكمه خصوصاً لو اعتبرنا تراضيهما بعد الحكم ، لأن اللعان لا يقع موقوفاً على التراضي، لأنه لازم بتمامه لزوماً شرعيّاً . والأظهر الصحّة ولزوم حكمه من غير أن يعتبر رضاهما بعده . والقولان للشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]. وسيأتي

---

(١) راجع المبسوط ٥ : ٢٢٣ و ٨ : ١٦٤ ـ ١٦٥ .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٠٢ مسألة (٤٠) .

وصورة اللعان : أن يشهد الرجل بالله ـ أربع مرّات ـ إنه لمن الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول : [إن] عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين. ثم تشهد المرأة بالله ـ أربعاً ـ إنه لمن الكاذبين فيما رماها به ، ثم تقول : إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

تحقيقه في كتاب القضاء[1] إن شاء الله تعالى .

هذا كلّه في حال حضور الإمام كما ذكرناه . أما في حال الغيبة فينفذ فيه حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى ، لأنه منصوب من قبل الامام على العموم كما يتولّى غيره من الأحكام ، ولا يتوقّف على تراضيهما بعده ، لأن ذلك مختصّ بقضاء التحكيم .

قوله : «وصورة اللعان....الخ».

كلمات اللعان خمس . وهي أن يقول الزوج أربع مرّات : أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنا ، ويميّزها ، ثم يقول في الخامسة : إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، ويعرّفها كالسابق . وإذا كان هناك ولد ينفيه يتعرّض إليه في الكلمات الخمس ، فيقول : إن الولد الذي ولدته أو هذا الولد ـ إن كان حاضراً ـ من الزنا أو ما هو منّي . ولو جمع بينهما كان أولى ،لرفع احتمال الإرادة بكونه ليس منه المشابهة في الخلق والخلق . وتقول المرأة أربع مرّات : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وفي الخامسة : [إن][2] غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا . ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد ، لأن لعانها لا يؤثّر فيه . ولو تعرّضت له لم يضرّ ،

---

(١) في المسألة الأُولى من النظر الأول من كتاب القضاء .

(٢) من «م» والحجريّتين .

ويشتمل اللعان على واجب وندب .

فالواجب :

التلفّظ بالشهادة على الوجه المذكور....وأن يكون الرجل قائماً عند التلفّظ ، وكذا المرأة ، وقيل : يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم...وأن يبدأ الرجل أولاً بالتلفّظ على الترتيب المذكور ، وبعده المرأة....وأن يعيّنها بما يزيل الاحتمال ، كذكر اسمها واسم أبيها أو صفاتها المميّزة لها عن غيرها....وأن يكون النطق بالعربيّة مع القدرة.

ويجوز بغيرها مع التعذّر . وإذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغة ، افتقر إلى حضور مترجمين ، ولا يكفي الواحد .

وتجب البداءة بالشهادات ثم باللعن ، وفي المرأة تبدأ بالشهادات ثم بقولها : إن غضب الله عليها .

ولو قال أحدهما عوض أشهد بالله : أحلف ، أو أقسم ، أو ما شاكله ، لم يجز .

فتقول : وهذا الولد ولده ، ليستوي اللعانان ويتقابلا .

قوله : «فالواجب : التلفّظ بالشهادة....الخ».

يعتبر في اللعان أُمور :

ألف : التلفّظ بالشهادة على الوجه الذي ذكرناه ، فلو أبدل صيغة الشهادة بغيرها ، كقوله : شهدت بالله أو أنا شاهد أو أحلف بالله أو أقسم أو أُولي ، أو أبدل لفظ الجلالة كقوله : أشهد بالرحمن أو بالخالق ونحوه ، لم يقع ، لأنه خلاف المنقول شرعاً . وكذا لو أبدل كلمة الصدق والكذب بغيرها وإن كان بمعناها ،

. . . . . .

كقوله : إني لصادق ، أو من الصادقين بغير لام التوكيد ، أو لبعض الصادقين ، أو أنها زنت ، أو قالت المرأة : إنه كاذب ، أو لكاذب ، أو أبدل اللعن بالإبعاد أو الطرد، أو لفظ الغضب بالسخط ، أو أحدهما بالآخر ، وإن كان الغضب أشدّ من اللعن ، ولذلك خصّ بجانب المرأة ، لأن جريمة الزنا منها أقبح من جناية القذف منه ، ولأن كلّ مغضوب عليه ملعون ولا ينعكس . والوجه في الجميع اتّباع المنصوص[١].

ب : قيام كلّ منهما عند لفظه ، على ما اختاره المصنّف وقبله الصدوق[٢] والشيخ في المبسوط[٣]، ورواه الصدوق قال : «سأل البزنطي أبا الحسن الرضا عليه السلام فقال له : أصلحك الله كيف الملاعنة ؟ قال : يقعد الامام ويجعل ظهره إلى القبلة ، ويجعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبيّ عن يساره»[٤]. قال : وفي خبر آخر : «ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرّات ـ إلى أن قال ـ ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرّات»[٥].

وذهب الأكثر ـ ومنهم الشيخ في النهاية[٦] والمفيد[٧] وأتباعهما[٨] وأكثر المتأخّرين ـ إلى أنهما يكونان قائمين عند تلفّظ كلّ منهما ، لصحيحة عبد الرحمن

---

(١) النور : ٦ ـ ٩ ، ولاحظ الوسائل ١٥ : ٥٨٦ ب «١» من كتاب اللعان .

(٢) المقنع : ١٢٠ .

(٣) المبسوط ٥ : ١٩٨ .

(٤ و ٥) الفقيه ٣ : ٣٤٦ ح ١٦٦٤ و ١٦٦٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٨٧ ب (١) من كتاب اللعان ح ٢ و ٣.

(٦) النهاية : ٥٢٠ .

(٧) المقنعة : ٥٤٠ .

(٨) راجع الكافي في الفقه : ٣٠٩ ، المراسم : ١٦٣ ، المهذّب ٢ : ٣٠٦ ، الوسيلة : ٣٣٨ ، إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٩١ .

. . . . . .

بن الحجّاج قال : «إن عبّاد البصري سأل أبا عبدالله عليه السلام وأنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة فقال أبو عبدالله عليه السلام ـ وحكى قصّة الرجل الذي جاء إلى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم وأخبره عن أهله إلى أن قال ـ فأوقفهما رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم ثم قال للزوج : إشهد أربع شهادات»[١]. الحديث . وحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : «سألته عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان ؟ قال : يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلاً بحذائه ، ويبدأ بالرجل ثم بالمرأة»[٢]. وهذا أصحّ .

ج : أن يبدأ الرجل أولاً بالشهادة ثم باللعن على الترتيب المذكور ، ثم المرأة مقدّمة للشهادة ثم الغضب ، للاتّباع . فلو بدأت المرأة باللعان لغا ، ولأن لعانها لإسقاط الحدّ، وإنما يجب الحدّ عليها بلعان الزوج ، فلا حاجة بها إلى أن تلاعن قبله ، خلافاً لبعض العامّة[٣] حيث جوّز تقدّم كلّ منهما . وكذا لو قدّم اللعن على الشهادة أو قدّمت الغضب عليها ، لما ذكر ، ولأن المعنى : إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع ، فاعتبر تقدّمها ، خلافاً لبعض العامّة[٤] استناداً إلى

---

(١) الكافي ٦ : ١٦٣ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ٣٤٩ ح ١٦٧١ ، التهذيب ٨ : ١٨٤ ح ٦٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٠ ح ١٣٢٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٨٦ ب «١» من كتاب اللعان ح ١ ، وفيما عدا الكافي : فأوقفها ، أو : فوقفها .

(٢) في هامش «ق ، و» : «الرواية الثانية ذكرها الكليني ولم يذكرها الشيخ . منه قدّس سرّه». لاحظ الكافي ٦ : ١٦٥ ح ١٠ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤ .

(٣) في هامش «ق ، و ، ط» : «هو أبو حنيفة ومالك . منه رحمه الله» . راجع الحاوي الكبير ١١ : ٤٥ و ٥٧ ، المبسوط للسرخسي ٧ : ٤٨ ، المغني لابن قدامة ٩ : ٣٨ ، شرح فتح القدير ٤ : ١١٧ ، جواهر العقود ٢ : ١٧٩ .

(٤) راجع التنبيه للشيرازي : ١٩٠ ، الحاوي الكبير ١١ : ٦١ ، حلية العلماء ٧ : ٢٣١ .

. . . . . .

عدم اختلاف المعنى ، وهو ممنوع .

د : أن يعيّنها بما يزيل الاحتمال باسمها ، رافعاً نسبها قدر ما يحصل بـه التميّز ، إن كان له زوجتان فصاعداً ، وإلّا اكتفى بـقوله : زوجـتي . ولو كـانت حاضرة تخيّر بين ذلك وبين الإشارة إليها . ولو جمع بين الإشارة والتسمية كان أولى ، لأن اللعان مبنيّ على التغليظ والاحتياط ، فتؤكّد الإشارة بالتسمية . والقول في تعريفها له غائباً وشاهداً كالعكس .

هـ : أن يكون النطق في جميع ذلك باللفظ العربي بالعربيّة مع القدرة ، لأن الشرع ورد بها فلا عدول عنها عند القدرة ، وبدونها يأتي بالممكن منهما . فـإن تعذّر جميع ذلك لاعن بأيّ لسان شاء ، لحصول الغرض من الشهادة واليمين.

ثم إن كان الحاكم يحسن تلك اللغة فلا حاجة إلى المترجم ، وإلا افتقر إلى مترجمين . ولا يكفي الواحد ، لأنها شهادة . ولا يفتقر إلى الزائد ، أما في جانب المرأة فلأنها تلاعن لنفي الزنا لا لإثباته ، وأما في جانب الرجل فـلأنهما ليسـا شاهدين بالزنا وإنما يشهدان على لفظه .

و[١] : أن يبتدىء بالشهادات ثم يعقّبها[٢] باللعن،ثـم تـبتدىء [المـرأة][٣] بالشهادات ثم بالغضب ، للاتّباع .

---

(١) سقط الأمر السادس من «ق ، د ، م» .

(٢) في الحجريّتين : يتبعها .

(٣) من «ط ، و» .

والندب :

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

واعلم أن قوله : «وتجب البداءة بالشهادات....الخ» مستدرك ، للاستغناء عنه بقوله : «فالواجب التلفّظ بالشهادة على الوجه المذكور» وقوله : «وأن يبدأ الرجل بالتلفّظ على الترتيب المذكور وبعده المرأة». وكذا لا وجه لإعادة قوله : «ولو قال أحدهما عوض أشهد بالله : أحلف ....الخ» لدخوله في السابق . ولو أنه عطفه بالفاء لجاز كونه تفصيلاً بعد الإجمال ، أما مع عطفه بالواو فلا وجه لإعادته .

قوله : «والندب.....الخ».

هذه جملة من سنن اللعان وهي أُمور :

الأول : أن يجلس الحاكم مستدبراً للقبلة ليكون وجههما إليها ، كجلوسه لغيره من مواضع الحكم .

الثاني : أن يقف الرجل مقابل وجهه عن يمينه ، وتقف المرأة عن يمين الرجل إن اعتبرنا وقوفهما ، وإلا كانت على يمينه إلى أن يفرغ ثم يقوم . وقد دلّ على هذين رواية أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام قال : «قلت : أصلحك الله كيف الملاعنة ؟ قال : يقعد الإمام ، ويجعل ظهره إلى القبلة ، ويجعل الرجل عن يمينه ، والمرأة عن يساره»[1] . وليس في الرواية أن الزوجين

---

(١) الكافي ٦ : ١٦٥ ح ١١ ، التهذيب ٨ : ١٩١ ح ٦٦٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٨٨ ب «١» من كتاب اللعان ح ٥ .

. . . . . .

يستقبلان ، وكذلك[١] أطلق المصنّف وجماعة[٢].

الثالث : أن يحضر جماعة من أعيان البلد وصلحائه ، فإن ذلك أعظم للأمر ، وللاتّباع ، فقد حضر اللعان على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم جماعة من الصحابة منهم ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد[٣] ، وهم من أحداث الصحابة ، فاستدلّ به على أنه حضر جمع كثير ، فإن العادة أن الصغار لا يحضرون وحدهم . وأقلّ ما تتأدّى به الوظيفة أربعة نفر ، فإن الزنا يثبت بهذا العدد ، فيحضرون لإثباته .

الرابع : أن يعظه الحاكم بعد الشهادات ويخوّفه بالله تعالى ، ويخبره أن عذاب الآخرة أشدّ من عذاب الدنيا ، ويقرأ عليهم : ﴿**الّذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً....**﴾[٤] . ويروى أنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال للمتلاعنين : «حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب ؟»[٥] . وعن الصادق عليه السلام أنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال للرجل لمّا شهد : «اتّق الله فإن لعنة الله شديدة ، ثم قال له : اشهد الخامسة»[٦]. وكذا يفعل بالمرأة قبل ذكر الغضب . وفي

---

(١) في «د ، ط» والحجريّتين : ولذلك.

(٢) راجع إرشاد الأذهان ٢ : ٦٢ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٢ .

(٣) صحيح البخاري ٧ : ٦٩ و ٧٠ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٢٩ ح ١٤٩٢ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٤ ـ ٢٧٦ ح ٢٢٥٠ و ٢٢٥٤ ، سنن البيهقي ٧ : ٤٠٣ ـ ٤٠٤ . ولاحظ مختصر المزني : ٢١٠ ، الحاوي الكبير ١١ : ٤٥ ، المغني لابن قدامة ٩ : ٦١ .

(٤) آل عمران : ٧٧ . ونصّ الآية : ﴿إنّ الذين ....﴾ .

(٥) راجع صحيح البخاري ٧ : ٧١ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٣٢ ح ٥ و ٦ ، سنن البيهقي ٧ : ٤٠١ و ٣٩٤.

(٦) الكافي ٦ : ١٦٣ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ٣٤٩ ح ١٦٧١ ، التهذيب ٨ : ١٨٤ ح ٦٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٠ ح ١٣٢٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٨٦ ب «١» من كتاب اللعان ح ١ .

وقد يغلّظ اللعان : بالقول ، والمكان ، والزمان .

ويجوز اللعان في المساجد والجوامع ، إذا لم يكن هناك مانع من الكون في المسجد .

فإن اتّفقت المرأة حائضاً، أنفذ الحاكم إليها من يستوفي الشهادات. وكذا لو كانت غير برزة ، لم يكلّفها الخروج عن منزلها ، وجاز استيفاء الشهادات عليها فيه .

الرواية أنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال لها : «اتّقي الله فإن غضب الله شديد ، ثم قال لها : اشهدي الخامسة»[١].

قوله : «وقد يغلّظ ... الخ».

تغليظ اللعان بهذه الأُمور مشروع في الجملة ، أعمّ من كونه واجباً أو مندوباً أو جائزاً بالمعنى الأخصّ ، وليس في عبارة المصنّف ما يدلّ على واحد منها بعينه ، وصرّح غيره[٢] بالاستحباب ، وأطلق كثير[٣] كما ذكر . والأظهر أن التغليظ بالمكان والزمان مستحبّ . وأما التغليظ بالقول ، فإن فسّر بأنه تكرار الشهادات أربع مرّات ـ كما فسّره به في التحرير[٤] ـ فلا ريب في وجوبه ، بل هو ركن فيه . وإن فسّر بذكر ما يناسب من أسماء الله تعالى المؤذنة بالانتقام ـ كما سيأتي في يمين[٥] الدعاوي ـ فهو مستحبّ ، ولا يخلّ بالموالاة ، لأنه من

---

(١) انظر الهامش (٦) في الصفحة السابقة .

(٢) لاحظ الجامع للشرائع : ٤٨١ ، قواعد الأحكام : ٢ : ٩٣ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٢ .

(٣) المبسوط ٥ : ١٩٧ .

(٤) تحرير الأحكام ٢ : ٦٦ .

(٥) في المقصد الرابع من النظر الثالث من كتاب القضاء .

. . . . . .

متعلّقاته.

والمراد بالتغليظ بالمكان أن يجري اللعان في أشرف المواضع من البلد، كـ: بين الركن والمقام إن كان بمكّة، وهو المسمّى بالحطيم، وفي الروضة وهي ما بين قبر النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم ومنبره إن كان بالمدينة، وفي المسجد الأقصى عند الصخرة إن كان ببيت المقدس، وفي سائر البلاد في المسجد الجامع عند المنبر أو المشاهد المشرّفة إن اتّفق عندها.

ويلاعن بين أهل الذمّة إذا ترافعوا إلينا في الموضع الذي يعظّمونه، كالكنيسة لليهود والبيعة للنصارى. وهل يلاعن بين المجوس في بيت النار؟ وجهان، من أنه ليس له حرمة وشرف، بخلاف البيعة والكنيسة، ومن أن المقصود تعظيم الواقعة وزجر الكاذب عن القذف، واليمين في الموضع الذي يعظّمه الحالف أغلظ. ويجوز أن يراعى اعتقادهم بشبهة الكتاب، كما روعي في قبول الجزية. أما بيت الأصنام فلا عبرة به في لعان الوثنيّين مطلقاً، لأنه لا أصل له في الحرمة عند الله تعالى، بخلاف السابق، واعتقادهم غير مرعيّ بمجرّده، فيلاعن بينهم في مجلس الحكم. ولو كان الزوج مسلماً والمرأة ذمّيّة لاعن كلّ واحد منهما في الموضع الذي يعظّمه.

والتغليظ بالزمان إيقاعه في وقت شريف، كيوم الجمعة وبعد العصر، فإن اليمين الآثمة حينئذٍ أغلظ عقوبة. وفسّر قوله تعالى: «تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان باللّه»[1] بعد صلاة العصر. وعن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم أنه

(١) المائدة: ١٠٦، انظر تفسير التبيان ٤: ٤٥، مجمع البيان ٢: ٢٥٧، الكشّاف ١: ٦٨٧، التفسير الكبير للرازي ١٢: ١١٧.

وقال الشيخ ـ رحمه الله ـ : اللعان أيمان وليست شهادات . ولعلّه نظر إلى اللفظ ، فإنه بصورة اليمين .

قال: «ثلاثة لا يكلّمهم الله ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم : رجل حلف يميناً على مال مسلم فاقتطعه ، ورجل حلف على يمين بعد صلاة العصر فقد أعطى سلعة أكثر ممّا أُعطي وهو كاذب ، ورجل منع فضل الماء»[١].

وإنما يغلّظ في المساجد حيث لا يكون هناك مانع يمنع منها ، كما لو كانت المرأة حائضاً أو مريضة أو غير برزة ، فيبعث إليها نائباً ليستوفي منها الشهادات . ولا يشترط فيه الاجتهاد ، كما لا يشترط فيمن يرسله لتحليفها في الدعاوي . ولو أحضر الحائض إلى باب المسجد ولاعنها كان أقرب إلى التغليظ . والمراد بغير البرزة من لا تعتاد الخروج إلى مجامع الرجال .

قوله : «وقال الشيخ ... الخ» .

اختلف العلماء في اللعان هل هو شهادات أو أيمان ؟ فذهب ابن الجنيد[٢] إلى الأول . وهو الظاهر من مذهب المصنّف ، لكثرة إطلاقه[٣] عليه الشهادة ، ونسبة[٤] القول بكونه يميناً إلى الشيخ . وهو اختيار العلّامة في القواعد[٥] . وذهب

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ العسقلاني في تلخيص الحبير ٣ : ٢٢٨ ح ١٦٢٨ ، وقريب منه في صحيح البخاري ٣ : ١٤٨ ، السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ١٥٢ .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٦ .

(٣) كما في ص : ٢٣٠ و ٢٣٤ و ٢٣٦ وغيرها .

(٤) في «ق» : ونسبته .

(٥) مذهب العلّامة «قده» في القواعد والمختلف أنه أيمان ، راجع قواعد الأحكام ٢ : ٩٥ والمختلف : ٦٠٦ ، وعبارة الشارح «قده» مشوّشة ويظهر منها أن له مذهبين فيهما ، ولم نتحقّقه بعد الفحص عنه في أبواب الأيمان والشهادات والحدود من المختلف والقواعد ، وفي الجواهر (٣٤ : ٦٣) أيضاً نسب إلى مختلفه فقط .

. . . . . .

الشيخ[١] والعلّامة في المختلف[٢] وجماعة[٣] أُخرى إلى أنه أيمان .

واستدلّ للأول بقوله تعالى : ﴿ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات....﴾[٤] الآيات ، فقد أطلق عليه لفظ الشهادة في خمسة مواضع وكنّى عنها في موضعين ، وقول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم للرجل الذي لاعن بينه وبين زوجته : «اشهد أربع شهادات باللّه إنك لمن الصادقين ، إلى أن قال للمرأة : اشهدي أربع شهادات باللّه إن زوجك لمن الكاذبين»[٥] وقول الصادق عليه السلام : «إنّ عليّاً عليه السلام قال : ليس بين خمس نساء وأزواجهنّ ملاعنة ـ إلى أن قال ـ والمجلود في الفرية ، لأن الله تعالى يقول : ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً»[٦] . وبأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهادة . وبأنه يدرأ به الحدّ عنه ويثبت به عليها كالبيّنة ، بخلاف اليمين ، فإنها لا تدخل في الحدود . وبأنه إذا امتنع من اللعان ثم رغب فيه يمكّن منه ، كمن يمتنع من إقامة البيّنة ثم أراد إقامتها ، والناكل عن اليمين لا يعود إليها .

واستدلّ للثاني بقوله تعالى : ﴿.... باللّه إنه لمن الصادقين.... و .... باللّه إنه لمن الكاذبين﴾[٧] بباء القسم وذكر «اللّه» المقسم به ، ولفظ الشهادة لا يتوقّف

---

(١) المبسوط ٥ : ٢١٩ ، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٧٩ ، مسألة (٢) .

(٢) انظر الهامش (٥) في الصفحة السابقة .

(٣) راجع المهذّب ٢ : ٣١٣ ، السرائر ٢ : ٧٠٥ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٤٤٥ ، حاشية المحقّق الكركي على الشرائع : ٤١٩ (مخطوط) .

(٤) النور : ٦ .

(٥) تقدم ذكر مصادره في ص : ٢٣٥ ، هامش (٦) .

(٦) الخصال : ٣٠٤ ح ٨٣ ، التهذيب ٨ : ١٩٧ ح ٦٩٣ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٥ ح ١٣٣ ، الوسائل ١٥ : ب «٥» من كتاب اللعان ح ١٢ . والآية في سورة النور : ٤ .

(٧) النور : ٦ و ٨ .

. . . . . .

على جعلها باللّه ، وبقول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم لهلال بن أُميّة : «احلف باللّه الذي لا إله إلّا هو إنك لصادق»[١] وأنه لمّا أتت المرأة بالولد على النعت المكروه قال صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[٢] . وبأنه يصحّ من الفاسق والكافر ، وشهادتهما غير مقبولة . ويستوي فيه الذكر والأُنثى ، وليسا في الشهادة مستويين . وبأن اللعان يؤتى به في معرض الخصومة ، ويلاعن الملاعن لنفسه ، وشهادة الانسان لنفسه غير مقبولة .

وأجاب في المختلف[٣] عن تسميته شهادة بأن الله تعالى قد سمّى اليمين شهادة كما في قوله تعالى : «قالوا نشهد إنك لرسول الله»[٤] .

وفيه نظر ، لأن الواقع من المنافقين شهادة مؤكّدة باليمين ، بقرينة اللام الموطّئة للقسم ، وذلك لا يخرجها عن الشهادة . والأصل في الاستعمال الحقيقة .

والأولى أن يقال : إنه يمين فيه شائبة الشهادة ، بدليل ما ذكرناه من الخواصّ المنافية لكونه شهادة محضة مع تسميته شهادة . وبهذا يجمع بين الأدلّة .

ويتفرّع على القولين لعان الكافر والمملوك على الوجه الذي لا يقبل فيه شهادته . أما المرأة فلعانها مقبول وإن كانت شهادتها في مثل ذلك غير مقبولة . وإن جعلناه أيماناً فلا إشكال ، وإلّا كان خارجاً بالنصّ، كما قبلت شهادتها في الوصيّة بالمال ونظائرها به .

---

(١) المستدرك للحاكم ٢ : ٢٠٢ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٩٥ ، تلخيص المستدرك للذهبي ٢ : ٢٠٢ ، تلخيص الحبير ٣ : ٢٢٦ ح ١٦٢٣ .

(٢) مسند أحمد ١ : ٢٣٩ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٨ ذيل ح ٢٢٥٦ ، تفسير ابن كثير ٦ : ٢٧٧ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٩٥ ، تلخيص الحبير ٣ : ٢٢٧ ح ١٦٢٤ .

(٣) المختلف : ٦٠٦ .

(٤) المنافقون : ١ .

النظر الثاني
في الأحكام

وأما أحكامه ، فتشتمل على مسائل :

الأُولى : يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل ، وبلعانه سقوط الحدّ في حقّه ووجوب الحدّ في حقّ المرأة .

ومع لعانهما ثبوت أحكام أربعة : سقوط الحدّين ، وانتفاء الولد عن الرجل دون المرأة ، وزوال الفراش ، والتحريم المؤبّد .

قوله : «يتعلّق بالقذف ...الخ» .

الذي يفتتح به أحكام اللعان أن الزوج غير محمول على اللعان بعد القذف ، بل إذا امتنع حدّ كالأجنبي إذا قذف ولم يقم البيّنة ، لكنّه يمكّن من اللعان ، للضرورة الداعية إليه . وكذا المرأة غير محمولة على اللعان بعد لعان الرجل ، فإن تركته حدّت، لقيام شهاداته الأربع مقام أربعة شهود عليها بالزنا ، وإن لاعنته سقط عنها الحدّ .

وعند بعض[1] العامّة أن قذف الزوج لا يوجب الحدّ عليه ، لكنّه يوجب اللعان ، فإن امتنع حبس حتى يلاعن ، واللعان عقوبة القذف دون الحدّ . وكذلك قال : إذا لاعن الرجل لا تحدّ المرأة ، بل تحبس إلى أن تلاعن .

---

(١) في هامش «ق ، ط» : «هو أبو حنيفة واحمد . حاشية بخطّه» .

انظر الإشراف على مذاهب العلماء ٤ : ٢٦٧ ، الحاوي الكبير ١١ : ٧ و ٨٢ ، بدائع الصنائع ٣ : ٢٣٨ ، المغني لابن قدامة ٩ : ٢٢ و ٧٣ ـ ٧٤ ، تفسير القرطبي ١٢ : ١٩١ ، جواهر العقود ٢ : ١٧٧ ، ويلاحظ أن المنقول عن أحمد هو القول المذكور بالنسبة إلى المرأة فقط .

. . . . . .

لنا : دخوله في عموم قوله تعالى : ﴿والّذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[١] وقوله تعالى : ﴿ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللّه﴾[٢] . ولا عذاب عليها بدون الشهادة سوى الحدّ ، والحبس لا يسمّى عذاباً ، بل لا دليل عليه ، بخلاف الحدّ ، فإن شهادته عليها بمنزلة إقامة الشهود على الزنا ، ومن ثم اندفع به عنه الحدّ ، فكان قرينة لكون العذاب هو الحدّ. وقول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم لهلال بن اُميّة لمّا قذف زوجته : «البيّنة أو حدّ في ظهرك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحقّ إنّي لصادق ، ولينزلنّ الله ما يبرىء ظهري من الحدّ، فنزلت الآيات ، فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم يقول : إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ؟ ثم قامت فشهدت فلمّا كان عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة فتلكّأت ونكصت حتى ظننّا أنها ترجع ، ثم قالت : لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت»[٣] الحديث . وفي آخره : «فقال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم : لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[٤] .

ثم يتعلّق بلعانهما معاً أربعة أحكام :

أحدها : سقوط الحدّين كما عرفت .

والثاني : انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة إن كان اللعان لنفيه . وفي

(١ و ٢) النور : ٤ و ٨.

(٣ و ٤) مسند أحمد ١ : ٢٣٩ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٧٦ ح ٢٢٥٤ ، وذيل ح ٢٢٥٦ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٨ ح ٢٠٦٧ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٩٣ ـ ٣٩٥.

. . . . . .

حديث ابن عباس[١] : أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم لمّا لاعن بين هلال وامرأته فرّق بينهما ، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ، ولا يرمى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحدّ . قيل : وكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب .

والثالث : زوال الفراش .

والرابع : التحريم المؤبّد .

ويدلّ عليهما قول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم في ذلك الحديث : «ففرّق رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بينهما وقال : لا يجتمعان أبداً»[٢] وبعض[٣] العامّة نفى تأبّد التحريم وقال : لو أكذب نفسه كان له أن يجدّد نكاحها . والحديث الصحيح حجّة عليه .

ولك أن تردّ هذه الأحكام إلى ثلاثة ، لأن زوال الفراش يدخل في التحريم المؤبّد ، وإنما جمع بينهما لأن التحريم المؤبّد قد يجامع الفراش كالمفضاة . وهذه الفرقة تحصل ظاهراً وباطناً ، سواء كان الزوج صادقاً أم هي صادقة ، خلافاً لبعض[٤] العامّة حيث حكم بأنه مع صدقها لا يحصل باطناً .

---

(١) مسند أحمد ١ : ٢٣٩ .

(٢) سنن البيهقي ٧ : ٤٠٠ .

(٣) في هامش «ق ، و» : «هو أبوحنيفة وأحمد . منه» راجع الحاوي الكبير ١١ : ٧٥، روضة القضاة ٣ : ١٠٣٥ ، المغني لابن قدامة ٩ : ٣٤، جواهر العقود ٢ : ١٧٨ .

(٤) راجع روضة الطالبين ٦ : ٣٣٠ .

ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان ، أو نكل ، ثبت عليه الحدّ ، ولم تثبت عليه الأحكام الباقية .

ولو نكلت هي أو أقرّت رجمت ، وسقط الحدّ عنه ، ولم يزل الفراش، ولا يثبت التحريم .

قوله : «ولو أكذب نفسه ... الخ » .

لمّا كان ثبوت هذه الأحكام مترتّباً على اللعان الذي لا يتحقّق إلّا بإكماله فبدونه لا يثبت شيئاً منها ، عملاً بالاستصحاب . فإذا أكذب نفسه أو نكل قبل إكماله ولو بكلمة واحدة ثبت عليه حدّ القذف ، وبقيت الزوجيّة والولد . وإن أقرّت هي أو نكلت فكذلك . وحدّها الرجم ، لأنها محصنة ، لكن بشرط أن يكون اللعان لقذفها بالزنا ، فلو نفى الولد ولم يقذفها بل جوّز كونه لشبهة لم يلزمها الحدّ إلّا أن تقرّ بموجبه . ويؤيّد ما ذكر من الحكم حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها : «فإن أقرّ على نفسه قبل الملاعنة جلد حدّاً ، وهي امرأته»[1] . وفي رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات ثم نكل عن الخامسة ، فقال : إن نكل عن الخامسة فهي امرأته ، ويجلد ، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك»[2] .

واعلم أنه يكفي في ثبوت الحدّ عليه نكوله أو إقراره ولو مرّة واحدة قبل إكمال اللعان ، لأن موجب الحدّ ـ وهو القذف ـ متحقّق . أما نكولها أو إقرارها ،

---

(١) الكافي ٦ : ١٦٣ ح ٦ ، التهذيب ٨ : ١٨٧ ح ٦٥٠ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٢ ب «٣» من أبواب اللعان ح ٢ .

(٢) مسائل علي بن جعفر : ٢٨٠ ح ٧٠١ ، قرب الإسناد : ٢٥٦ ح ١٠١٢ ، الكافي ٦ : ١٦٥ ح ١٢ ، التهذيب ٨ : ١٩١ ح ٦٦٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٩٢ ب «٣» من أبواب اللعان ح ٣ .

ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد ، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ، ولا من يتقرّب به ، وترثه الأُم ومن يتقرّب بها ، ولم يعد الفراش ، ولم يزل التحريم . وهل عليه الحدّ ؟ فيه روايتان ، أظهرهما أنه لا حدّ .

فإن كان بعد لعانه كفى فيه المرّة أيضاً ، لأن لعانه كإقامة البيّنة عليها ، فلا يحتاج إلى مجامعة إقرارها ، وإنما لعانها يسقط الحدّ عنها ، فبدونه يبقى بحاله . أما لو أقرّت قبل لعانه اعتبر كونه أربع مرّات كغيره من الأقارير بالزنا إذا لم يثبت عليها بعد بالشهادة . وسيأتي[1] .

قوله : «ولو أكذب نفسه بعد اللعان .... الخ» .

إذا تلاعنا وأكذب نفسه بعد اللعان لم يتغيّر الحكم المترتّب على اللعان من التحريم المؤبّد وانتفاء الارث ، إلّا أنه بمقتضى إقراره يرثه الولد من غير عكس ، ولا يرث أقرباء الأب ولا يرثونه إلّا مع تصديقهم في قول ، لأن الإقرار لا يتعدّى المقرّ .

واختلف في الحدّ هل يثبت عليه بذلك أم لا ؟ بسبب اختلاف الرواية ، فروى الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ثم ادّعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه ، فقال : «يردّ إليه الولد ولا تحلّ له ، لأنه قد مضى التلاعن»[2] فلو كان الحدّ باقياً لذكره وإلّا لتأخّر البيان عن وقت الخطاب . وعليها عمل الشيخ[3] والمصنّف والعلّامة[4] في أحد قوليه ، ويؤيّدها أن

---

(١) في ص : ٢٥٠ .

(٢) الكافي ٦ : ١٦٤ ح ٨ ، الفقيه ٣ : ٣٤٨ ح ١٦٦٨ ، التهذيب ٨ : ١٩٤ ح ٦٨٢ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٠ ب «٦» من أبواب اللعان ح ٢ ، وفيما عدا التهذيب : ولا يجلد ، بدل : ولا تحلّ له .

(٣) النهاية : ٥٢١ .

(٤) المختلف : ٧٤٤ ، تحرير الأحكام ٢ : ٦٧ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٦٢ .

ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحدّ ، إلّا أن تقرّ أربع مرّات . وفي وجوبه معها تردّد .

الحدّ سقط باللعان بحكم الشارع، ولم يتجدّد قذف ، فلا وجه لوجوبه . وروى محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام أنه سأل عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولدها ؟ قال : «إذا أكذب نفسه جلد الحدّ ، وردّ عليه ابنه ، ولا ترجع إليه امرأته أبداً»[١] . وبها أخذ المفيد[٢] والعلّامة في القواعد[٣] . وهو الأقوى ، لأنه أكّد باللعان القذف ، لتكراره إيّاه فيه . والسقوط إنما يكون مع علم صدقه أو اشتباه الحال ، أما مع اعترافه بكونه كاذباً فهو قذف محض ، فلا تكون زيادته مسقطة للحدّ . والرواية بثبوته ناصّة عليه ، والأُخرى لا تنافيه . مع أن في طريق الروايتين من هو مشترك بين الثقة والضعيف ، وإنما نجعلها شاهداً على ما اخترناه بالوجه العامّ .

واعلم أن الشيخ في التهذيب[٤] حمل الرواية الأخيرة على إكذاب نفسه قبل إتمام اللعان . ولا يخفى ما فيه ، لأنه لو كان كذلك لم يزل الفراش ولم يثبت التحريم المؤبّد ، وقد حكم في الرواية بأنها لا ترجع إليه أبداً .

قوله : «ولو اعترفت ... الخ» .

إذا اعترفت بعد اللعان بالزنا لم يجب عليها الحدّ بمجرّد الإقرار إجماعاً ، لما سيأتي[٥] إن شاء الله تعالى من أن حدّ الزنا لا يثبت على المقرّ إلّا أن يقرّ به

---

(١) التهذيب ٨ : ١٩٤ ح ٦٨١ ، الاستبصار ٣ : ٣٧٦ ح ١٣٤٢ ، الوسائل ١٥ : ٦٠١ ب «٦» من أبواب اللعان ح ٦ .

(٢) المقنعة : ٥٤٢ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٩٤ .

(٤) التهذيب ٨ : ١٩٤ ذيل ح ٦٨١ .

(٥) في الباب الأول من كتاب الحدود .

الثانية : إذا انقطع كلامه بعد القذف ، وقبل اللعان ، صار كالأخرس [ويكون] لعانه بالإشارة ، وإن لم يحصل اليأس منه .

أربع مرّات . وعلى تقدير إقرارها به أربعاً ففي وجوب الحدّ عليها قولان أشهرهما وجوبه ، ذهب إليه الشيخ في النهاية[١] وأتباعه[٢] وابـن إدريس[٣] والعـلّامة[٤]، لعموم ما دلّ على وجوب الحدّ على من أقرّ أربعاً مكلّفاً حرّاً مختاراً . والمصنّف تردد في ذلك نظراً إلى أنها أقرّت بزنا سقط حدّه باللعان ، لقوله تعالى : «ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله»[٥] فلا يعود . والأول أقوى ، لما ذكر في السابق .

قوله : «إذا انقطع ... الخ» .

إذا قذف الناطق ثم اعتقل لسانه وعجز عن الكلام لمرض وغيره ، نظر إن كان لا يرجى زوال ما به فهو كالأخرس . وقد تقدّم[٦] القول فيه . وإن كان يرجى ففي انتظار زواله وجهان :

أحدهما ـ وهو الذي قطع به المصنّف ـ : لا ، ويلاعن بالإشارة ، لحصول العجز في الحال ، وحدّ القذف مضيّق ، وربما يموت فيلحق به نسب ليس منه ، وذلك ضرر.

والثاني : أنه ينتظر زواله ، ولا يغيّر الحكم بالعوارض التي تطرأ وتـزول ،

---

(١) النهاية : ٥٢١ ، ٥٢٢ .

(٢) راجع المهذّب ٢ : ٣٠٨ ، إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٩٢ .

(٣) السرائر ٢ : ٧٠١ .

(٤) إرشاد الأذهان ٢ : ٦٢ .

(٥) النور : ٨ .

(٦) في ص : ٢٠٢ .

الثالثة : إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر ، فأقامت بيّنة ، لم يثبت اللعان وتعيّن الحدّ ، لأنه يكذّب نفسه .

لتمكّن الإتيان بصريح الكلمات المعتبرة في الشهادات واللعن والغضب . والمذهب هو الأول.

قوله : «إذا ادّعت ... الخ» .

إذا ادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها فله في الجواب أحوال :

أحدها : أن يسكت فتقيم عليه البيّنة ، فله أن يلاعن . وليس السكوت إنكاراً للقذف ولا تكذيباً للبيّنة في الحقيقة ، ولكنّه جعل كالإنكار في قبول البيّنة. وإذا لاعن قال : أشهد باللّه إني لمن الصادقين فيما أُثبت عليّ من رميي إيّاها بالزنا.

وثانيها : أن يقول في الجواب : لا يلزمني الحدّ ، فأقامت البيّنة على القذف، فله اللعان أيضاً . ويجوز أن يريد بقوله : لا يلزمني الحدّ ، أنّي صدقت فيما قلت وسأحقّقه باللعان فلا يكون عليّ حدّ .

وثالثها : أن ينكر القذف فتقيم الشاهدين عليه . وقد أطلق المصنّف ـ رحمه الله ـ فيه أنه لا يجاب إلى اللعان لو أراده وتعيّن الحدّ ، لأنه بلعانه يكذّب نفسه في إنكاره القذف ، لأنه ينكر نسبتها إلى الزنا فكيف يشهد باللّه إنه لمن الصادقين فيما نسبها إليه ؟ ! ويحتمل جواز اللعان ، لأنه لم ينكر زناها وإنما أنكر القذف والقذف يستعمل في القول الباطل ، فيجوز أن يريد أن قولي صادق وليس بقذف باطل وإن لم يتلفّظ بالتأويل ، ولأن قوله مردود عليه بالبيّنة ، فصار كأنّه لم ينكر .

والوجه أنه إن أظهر لإنكاره هذا التأويل ونحوه من التأويلات المحتملة قبل وإلّا فلا ، لأنه خلاف مدلول اللفظ فلا يكفي في نفيه مجرّد الاحتمال .

الرابعة : إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنا كان عليه حدّان ، وله إسقاط حدّ الزوجة باللعان . ولو كان له بيّنة سقط الحدّان .

وعلى تقدير عدم القبول أو عدم التأويل لو أنشأ قذفاً في الحال فله أن يلاعن لأجله ويسقط به الحدّ وإن كانت هي صادقة في دعواها ، لأن من كرّر قذف امرأته كفاه لعان واحد .

ورابعها : أن لا يقتصر في الجواب على إنكار القذف بل قال : ما قذفتُ وما زنيتِ ، فيحدّ . ولا لعان هنا قطعاً ، لأنه شهد بعفّتها وبراءتها فكيف تحقّق[1] زناها باللعان وقوله الأول يكذّبه ؟! وليس له أن يقيم البيّنة والحال هذه ، لأنه كذّب الشهود بقوله: ما زنيتِ . وفي هذه الحالة لو أنشأ قذفاً ففي جواز لعانه وجهان ، من إطلاق الحكم بثبوته بالقذف ، ومن أن إقراره ببراءتها ينافي اللعان . والوجه تقييد جواز اللعان بمضيّ مدّة بعد الدعوى يمكن فيها الزنا . وعلى تقدير جواز اللعان ففي سقوط حدّ القذف الذي قامت البيّنة عليه وجهان ، من أن قوله : «مازنيتِ» يمنع من صرفه إلى الأول ، ومن إطلاق سقوط الحدّ باللعان الواحد للقذف المتعدّد . والأقوى الأول .

قوله : «إذا قذف زوجته .... الخ» .

إذا قذف زوجته بالزنا برجل معيّن ، بأن قال : زنيت بفلان ، فهو قذف لهما بلفظ واحد ، فيثبت الحدّ لهما ، لكن سيأتي إن شاء الله تعالى في الحدود[2] أنه مع قذف متعدّد بلفظ واحد لهم حدّ واحد إن جاؤا به مجتمعين ، وإن تفرّقوا فلكلّ واحد حدّ ، وهذه من أفراد تلك .

وحينئذٍ نقول : إن جاءا به متفرّقين فلا إشكال في تعدّد الحدّ ، وأن له

---

(١) في «ق ، م » وإحدى الحجريّتين : يحقّق .

(٢) في المسألة الأولى من الباب الثالث من كتاب الحدود .

الخامسة : إذا قذفها فأقرّت قبل اللعان ، قال الشيخ : لزمها الحدّ إن أقرّت أربعاً ، وسقط عن الزوج ، ولو أقرّت مرّة . وإن كان هناك نسب لم ينتف إلّا باللعان ، وكان للزوج أن يلاعن لنفيه ، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي النسب ، إذ هو ثابت بالفراش . وفي اللعان تردّد .

إسقاط حدّها باللعان دون حدّه كما ذكره المصنّف . وإن جاءا به مجتمعين ، فإن لاعن الزوجة سقط حدّها وحدّ الرجل كما لو جاءا متفرّقين ، لأن الحدّ لهما يتداخل ويجتزى منه بواحد ، ولم يحصل هنا حدّ فكان كما لو لم يطلبه . وإن لم يلاعن وحدّ لها تداخل الحدّان بناءً على القاعدة المقرّرة ، وإن كان إطلاقه وجوب الحدّين هنا لا يخلو من منافرة للقاعدة ، لكن طريق الجمع ما قرّرناه .

ولا فرق في عدم سقوط حدّه للرجل بين أن يذكره في لعانها ، بأن يقول : أشهد باللّه إنّي لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان ، وعدمه عندنا ، لأن اللعان بالنسبة إلى إسقاط حدّ القذف مختصّ بالزوجة ، خلافاً لبعض العامّة[1] حيث أسقط حدّه[2] مع ذكره في لعانها ، نظراً إلى أن اللعان حجّة في ذلك الزنا في طرف المرأة فكذا في طرف الرجل ، لأن الواقعة واحدة ، وقد قامت فيها حجّة مصدّقة . وجوابه أن اللعان إنما يثبت حجّة على قذف الزوجة كما تضمّنته الآية[3] لا على قذف غيرها ، فيبقى حكم قذفه على الأصل . ولو فرض تعدّد صيغة القذف بالنسبة إليهما تعدّد الحدّ مطلقاً كما ذكر .

قوله : «إذا قذفها .... الخ» .

إذا قذفها بالزنا وصادقته عليه قبل اللعان سقط الحدّ عنه ، لاعترافها بعدم

---

(١) الحاوي الكبير ١١ : ٦٢ ، الوجيز للغزالي ٢ : ٩٠ ، روضة الطالبين ٦ : ٣١٨ .

(٢) في «و» : حقّه .

(٣) النور : ٦ .

السادسة : إذا قذفها فاعترفت [ثم أنكرت] فأقام شاهدين باعترافها ، قال الشيخ : لا يقبل إلّا أربعة ، ويجب الحدّ .

وفيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهادة بالإقرار لا بالزنا .

الإحصان ، ولم يجب عليها[١] ، لعدم حصول موجبه ، إلّا أن تقرّ[٢] أربعاً . فإن ولدت من الوطء الذي تصادقا عليه أنه زنا فهو لاحق بهما شرعاً ، لأنها فراش والولد للفراش ، وقولهما في نفيه غير مقبول ، لأنه إقرار في حقّ الغير ، فإن تلاعنا انتفى عنه حينئذٍ . ذكر جميع ذلك الشيخ في المبسوط[٣] . وكلّه جيّد في محلّه إلّا قوله بصحّة اللعان لنفيه ، فقد تردّد فيه المصنّف . ووجهه من ثبوت نسب الولد ظاهراً على ما قرّرناه ، فإذا نفاه الرجل مع عدم سبق إقراره به دخل تحت عموم[٤] اللعان لنفي الولد الملحق به ظاهراً ، ومن أن اللعان هنا غير متصوّر ، لأن الزوجة لا يمكنها أن تقول : أشهد باللّه إنه لمن الكاذبين في نفي الولد عنه مع تصديقها إيّاه على الزنا وعلى تولّد الولد من الزنا ، فإن ذلك فرض المسألة . وإنما يتّجه اللعان مع تصديقها له على الزنا دون تولّد الولد منه ، أما مع دعواها كونه من الزوج أو إطلاقها[٥] فلا . والأقوى ثبوته هنا ، وانتفاؤه في الأول .

قوله : «إذا قذفها فاعترفت ....الخ» .

إذا قذفها وادّعى اعترافها بالزنا فأنكرت فهل يثبت الزنا بإقرارها

---

(١) كذا في «د» وفي سائر النسخ والحجريّتين : عليه .

(٢) كذا في «م» وفي سائر النسخ والحجريّتين : يقرّ .

(٣) المبسوط ٥ : ٢٠٢ .

(٤) لاحظ الوسائل ١٥ : ٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان .

(٥) في «و» : وإطلاقها .

. . . . . .

بشاهدين، أم لابدّ من أربع ؟ قولان منشؤهما كون الغرض من الإقرار إثبات الزنا الموجب لإقامة الحدّ وهتك العرض ، فكان كالشهادة على نفس الزنا فلابدّ من الأربعة ، وهو من باب اتّحاد طريق المسألتين لا القياس . وهو اختيار الشيخ[١] في هذا الباب ، وقوّاه في المختلف[٢]. ومن أن المشهود عليه إقرار فأشبه سائر الأقارير . وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤] في باب الشهادات وابن إدريس[٥] ، ويظهر من المصنّف الميل إليه هنا .

ثم على تقدير توقّف ثبوت الزنا على الأربعة هل يكفي الاثنان في سقوط الحدّ عن القاذف ، أم لابدّ من الأربعة كالسابق ؟ قال الشيخ في المبسوط[٦] بالثاني، لأنها شهادة على الزنا فلا يقبل أقلّ من أربعة . وقيل : يكفي هنا اثنان ، لأنها شهادة على الإقرار بالزنا لا عليه نفسه ، وهو لا يستلزم ثبوت الزنا بمجرّده ، لأن الحدّ يسقط عنه بإقرارها مرّة واحدة ولا يثبت عليها الزنا إلّا بإقرارها أربعاً ، فيثبت الإقرار بشاهدين بالنسبة إلى إسقاط الحدّ كما يثبت بهما المال وموجب القصاص ، بل هنا أولى ، لأن الحدود مبنيّة على التخفيف . وهذا أقوى .

(١ و ٦) المبسوط ٥ : ٢٢٤ .

(٢) المختلف : ٧٢٧ .

(٣) المبسوط ٨ : ١٧٢ .

(٤) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٠٦ مسألة (٣) .

(٥) السرائر ٢ : ١١٥ ـ ١١٦ .

السابعة : إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان ، وورثها الزوج ، وعليه الحدّ للوارث . ولو أراد دفع الحدّ باللعان جاز . وفي رواية أبي بصير : «إن قام رجل من اهلها فلاعنه فلا ميراث له ، وإلّا أخذ الميراث» . وإليه ذهب [الشيخ] في الخلاف . والأصل أن الميراث يثبت بالموت ، فلا يسقط باللعان المتعقّب .

قوله : «إذا قذفها فماتت ... الخ» .

قد عرفت ممّا سبق[1] أن من أحكام اللعان ما يترتّب على لعانه خاصّة من غير أن يتوقّف على لعانها ، وهو سقوط الحدّ عنه وثبوته عليها ، وأن منه ما يترتّب على لعانهما معاً ، كالفرقة المؤبّدة الموجبة لنفي التوارث وانتفاء نسب الولد عن الأب . فإذا فرض موتها قبل اللعان لم يسقط حكم ما يترتّب على لعانه خاصّة ، لعدم المانع منه ، فله أن يلاعن بعد موتها لنفي الحدّ عنه من غير احتياج إلى لعان الوارث ، ولكنّه لا ينفي الميراث ولا النسب ، لترتّبهما على التلاعن من الجانبين وقد فات بموتها ، والأصل أن لا يقوم غيرها مقامها فيه .

وقال الشيخ في النهاية[2] : إن قام رجل من أهلها فلاعنه سقط الحدّ عنه ، وسقط إرثه . وتبعه عليه القاضي[3] وجماعة[4] .

والمستند رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : «إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له ، وإن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث

---

(١) في ص : ٢٤١ .

(٢) النهاية : ٥٢٣ .

(٣) المهذّب ٢ : ٣١٠ .

(٤) راجع الوسيلة : ٣٣٧ ـ ٣٣٨ .

زوجها»[١] . ورواية عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام في رجل قذف امرأته فخرج فجاء وقد توفّيت قال : «يخيّر واحدة من ثنتين ، يقال له : إن شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام فيك الحدّ وتعطى الميراث ، وإن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها ولا ميراث لك»[٢] .

والروايتان ضعيفتان ، الأولى بالإرسال ، والثانية برجال الزيديّة . والأصل أن لا يقوم غير الزوجة مقامها في اللعان ، وأن لا يزول الإرث الذي قد ثبت بالموت .

وأما ما قيل في ردّه من أن الوارث لا يمكنه القطع بنفي فعل غيره ، ولا يكفي يمينه على نفي العلم ، وأن الاجتزاء بأيّ وارث كان مع التعدّد ترجيح من غير مرجّح ، فلا يصلح للمنع ، لإمكان اطّلاع الوارث وعلمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصوراً ، بأن يدّعي عليها أنها زنت في ساعة كذا بفلان أو مطلقاً وقد كان الوارث ملازماً لها أو للمنسوب إليه في تلك الساعة على وجه يعلم انتفاء الفعل ، كما في نظائره من الشهادات على النفي المحصور . ولمّا كان المعتبرَ لعان واحد من طرف الزوجة أُكتفي بلعان وارث واحد ، لقيامه مقام لعانها ، ومع التعدّد يتخيّر الوارث إن بذل الجميع أو يقرع بينهم مع التشاحّ . فمثل ذلك لا يصلح لإبطال الحكم لو ثبت بنصّ يعتمد عليه ، وإنما الوجه في ردّه ضعف مستنده .

---

(١) التهذيب ٨ : ١٩٠ ح ٦٦٤ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٨ ب «١٥» من أبواب اللعان .

(٢) الفقيه ٣ : ٣٤٨ ح ١٦٦٩ ، التهذيب ٨ : ١٩٤ ح ٦٧٩ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

الثامنة : إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ، ثم قذفها به ، قيل : لا حدّ ، وقيل : يحدّ ، تمسّكاً بحصول الموجب . وهو أشبه . وكذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثم قذفها به ، وهنا سقوط الحدّ أظهر .

ولو قذفها به الأجنبي حدّ . ولو قذفها فأقرّت ، ثم قذفها الزوج أو الأجنبي ، فلا حدّ .

ولو قذفها ولاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبي قال الشيخ : لاحدّ كما لو أقام بيّنة . ولو قيل : يحدّ كان حسناً .

قوله : «إذا قذفها ولم يلاعن ..... الخ» .

هنا مسائل خمس :

الأولى : تكرار القذف قبل اللعان من غير أن يتخلّله الحدّ لا يوجب زيادة عن حدّ واحد ولا لعان واحد إجماعاً . وإن تخلّل الحدّ ثم قذف فهل يجب الحدّ ثانياً ؟ اختلف كلام الشيخ فيه ، فأثبته في الخلاف[١] ونفاه في المبسوط[٢] . ومبنى القولين على أن كلّ واحد من القذف المتعدّد سبب تامّ في إيجاب الحدّ ، والأصل مع تعدّد الأسباب أن يتعدّد المسبّب ، خرج منه ما إذا لم يتخلّل الحدّ فيبقى الباقي ، وأن الحدّ في القذف إنما يثبت مع اشتباه صدق القاذف وكذبه لا مع الحكم بأحدهما ، وكذبه هنا معلوم بقوله تعالى : «وأُولئك عند الله هم الكاذبون»[٣] . ويضعّف الثاني بأن المعتبر في سقوط الحدّ ظهور كذبه لا وصفه به بمجرّد الذمّ مع تجويز صدقه في نفس الأمر ، فلا يزول بذلك ما دلّ على ايجاب

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٩٥ مسألة (٥٣) .

(٢) المبسوط ٥ : ٢٢٠ .

(٣) النور : ١٣ . ونصّ الآية : «فأُولئك ....» .

. . . . . .

الحدّ مع [١] القذف المعلوم الموجب لزيادة الهتك الموهم لدعوى الصدق في السابق . فما اختاره المصنّف من ثبوت الحدّ ثانياً أقوى . هذا إذا كان القذف الثاني بمتعلّق الأول ، كما نبّه عليه المصنّف بقوله : «ثم قذفها به» . أما لو قذفها بزنية أخرى فلا إشكال في ثبوت الحدّ عليه ثانياً .

الثانية : أن يتخلّل اللعان بين القذفين . وقد اتّفق قولا الشيخ[٢] هنا على سقوط الحدّ ، لأن اللعان مساوٍ للبيّنة والإقرار من المرأة في سقوط الحدّ ثانياً . وقيل : يحدّ هنا أيضاً ، لأن اللعان إنما أسقط الحدّ الذي وجب عليها[٣] بلعانه ولم يثبت زناها به ولا أقرّت ولا نكلت ، فمع القذف الثاني وجد موجب الحدّ ، لعموم الآية[٤] ، واللعان المتقدّم لا يصلح لإسقاطه ، لاستحالة تقدّم المسبّب على السبب . والأول أقوى .

الثالثة : أن يقذفها به الأجنبي فيجب عليه الحدّ ، سواء كان قبل تلاعنهما أم بعده ، لوجود المقتضي له وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا تلاعن الزوجين وهو مفقود في طرف الأجنبي ، لأنه قاذف محض ولم يوجد له مسقط . وربما احتمل سقوطه عنه أيضاً ، نظراً إلى أن لعان الزوج كإقامة البيّنة عليها بالزنا ، وهي مسقطة لإحصانها المقتضي لسقوط الحدّ عن قاذفها . وقيام اللعان مقام البيّنة مطلقاً ممنوع ، وإنما قام مقامها في سقوط الحدّ عن الزوج لا مطلقاً .

الرابعة : لو قذفها فأقرّت ثم قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حدّ ، لسقوط

---

(١) كذا في «م» وفي سائر النسخ : من .

(٢) انظر الهامش (١ و ٢) في الصفحة السابقة .

(٣) في هامش «د» : عليه ظ «أي : ظاهراً» .

(٤) النور : ٤ .

. . . . . .

إحصانها بإقرارها به كما يسقط بالبيّنة . ويكفي في سقوط الحدّ إقرارها به مرّة واحدة وإن لم يثبت عليها الحدّ بدون الأربع ، لعموم : «إقرارالعقلاء على أنفسهم جائز»[١] واختصاص حكم المتعدّد بثبوت الزنا والإحصان غيره . ولا فرق في هذه الحالة بين قذفها بالزنية الأولى وبغيرها ، لاشتراكهما في المقتضي وهو سقوط إحصانها بالإقرار .

الخامسة : لو قذفها الزوج ولاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبي فهل يجب عليه الحدّ ؟ قولان :

أحدهما ـ للشيخ في كتابي[٢] الفروع ـ : لا حدّ عليه ، لأن النكول كالبيّنة وهي مسقطة للحدّ ، لأنها مزيلة للإحصان .

والثاني ـ للأكثر ومنهم المصنّف ـ : ثبوت الحدّ ، لعموم : ﴿والّذين يرمون المحصنات﴾[٣] . ويمنع زوال الإحصان بنكولها وقيامه مقام البيّنة مطلقاً وإن لزم به ما نكل عن الحلف عليه ظاهراً ، لأن ذلك لعدم تخلّصها عن الدعوى باليمين لا لكونها أقرّت ، ولأن اليمين محذورة فبالنكول[٤] عنها كما يحتمل حقّيّة المدّعي يحتمل قصد السلامة من محذور اليمين ، والمزيل للإحصان الأول دون الثاني . وهذا أقوى .

---

(١) عوالي اللئالي ١ : ٢٢٣ ح ١٠٤ ، الوسائل ١٦ : ١١١ ب «٣» من كتاب الاقرار ح ٢ ، المستدرك ١٦ : ٣١ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ١ ، وراجع المختلف : ٤٤٣ ، التذكرة ٢ : ٧٩ ، إيضاح الفوائد ٢ : ٤٢٨ ، وجامع المقاصد ٥ : ٢٣٣ ، فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٩٥ مسألة (٥٤) ، المبسوط ٥ : ٢٢٠ ـ ٢٢١ .

(٣) النور : ٤ .

(٤) في «ق ، ط ، و» : فالنكول .

التاسعة : لو شهد أربعة والزوج أحدهم فيه روايتان ، إحداهما ترجم المرأة ، والأُخرى تحدّ الشهود ويلاعن الزوج .

ومن فقهائنا من نزّل ردّ الشهادة على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف . وهو حسن .

قوله : «لو شهد أربعة ... الخ» .

إذا شهد على المرأة بالزنا أربعة رجال أحدهم الزوج ففي ثبوته عليها بشهادتهم قولان ، منشؤهما اختلاف الروايتين ، فذهب الأكثر ـ ومنهم الشيخ[١] وابن إدريس[٢] والمصنّف وأكثر المتأخّرين[٣] ـ إلى قبول شهادة الزوج وثبوت الحدّ على المرأة ، لوجود المقتضي لثبوت الزنا وهو شهادة أربعة عدول ، وانتفاء المانع ، لأن شهادة الزوج مقبولة لزوجته وعليها ، ورواية إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها قال : «تجوز شهادتهم»[٤] ومعنى الجواز الصحّة ، والصحيح ما يترتّب أثره عليه وهو ثبوت الحدّ على المشهود عليه .

وذهب الصدوق[٥] والقاضي ابن البرّاج[٦] مع آخرين[٧] إلى الثاني ، لرواية

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٢٩٦ مسألة (٥٩) ، النهاية : ٦٩٠ ، الاستبصار ٣ : ٣٦ ذيل ح ١١٩ .

(٢) السرائر ٣ : ٤٣٠ .

(٣) راجع الجامع للشرائع : ٤٨٠ ، قواعد الأحكام ٢ : ٢٥٦ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٢ ، التنقيح الرائع ٤ : ٣٤٧ ، المقتصر : ٤٠٦ ـ ٤٠٧ .

(٤) التهذيب ٦ : ٢٨٢ ح ٧٧٦ ، الاستبصار ٣ : ٣٥ ح ١١٨ ، الوسائل ١٥ : ٦٠٦ ب «١٢» من أبواب اللعان ح ١ .

(٥) المقنع : ١٤٨ .

(٦) المهذب ٢ : ٥٢٥ .

(٧) راجع الكافي في الفقه : ٤١٥ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٤٥٧ ـ ٤٥٨ ، تحرير الأحكام ٢ : ٦٩ وفي ص : ٢٢٢ حسّن قول الشيخ (قده) .

. . . . . .

زرارة عن أحدهما عليهما السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها قال : «يلاعن ، ويجلد الآخرون»[١] . ويؤيّدها قوله تعالى : ﴿لو لا جاؤا عليه بأربعة شهداء﴾[٢] إن جعل الضمير في «جاؤا» راجعاً إلى القاذفين ومنهم الزوج ، فإنه لا يقال : جاء الانسان بنفسه بمعنى أتى بها .

والأصحّ الأول . والرواية الثانية ضعيفة السند[٣] بمحمد بن عيسى وإسماعيل بن خراش ، فإنه مجهول . والأولى موافقة للأصول ، معتضدة بقوله تعالى : ﴿ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم﴾[٤] فإن ظاهرها أنه إذا كان غيره فلا لعان ، وبقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم﴾[٥] قيل الخطاب للحكّام وهم أعمّ من أن يكونوا غير الزوج أو معه . والشيخ[٦] حمل الرواية الثانية على اختلال بعض شرائط القبول ، وابن إدريس[٧] على سبق قذف الزوج، وهو من جملة اختلال الشرائط . ولا بأس بالحمل ، لأنه طريق الجمع حيث لا تطرح الرواية لضعفها .

ولابن الجنيد[٨] قول ثالث بأن الزوجة إن كانت مدخولاً بها ردّت الشهادة

---

(١) التهذيب ٨: ١٨٤ ح ٦٤٣، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١١٩، الوسائل ١٥: الباب المتقدّم ح ٢.

(٢) النور: ١٣.

(٣) في هامش «ط ، و»: «وفي التهذيب رواها موقوفة على زرارة ، وهو ضعف آخر . منه رحمه الله» . وهذا سهو من قلمه الشريف (قدّس سرّه) فإن الشيخ رواها مسندة إلى أحدهما عليهما السلام ـ أي: مضمرة لا موقوفة ـ انظر الهامش (١) هنا وكذا التهذيب ٦: ٢٨٢ ح ٧٧٧.

(٤) النور: ٦.

(٥) النساء: ١٥.

(٦) النهاية: ٦٩٠.

(٧) السرائر ٣: ٤٣١.

(٨) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٧٥٤.

العاشرة : إذا أخلّ [أحدهما] بشيء من ألفاظ اللعان الواجبة لم يصحّ . ولو حكم به حاكم لم ينفذ .

الحادية عشرة : فرقة اللعان فسخ ، وليست طلاقاً .

وحدّوا ولاعن الزوج ، وإلّا حدّت هي . وكأنه قصد الجمع بذلك أيضاً ، وخصّ الردّ بحالة الدخول ، لاشتمال روايته على لعان الزوج وهو مشروط بالدخول ، فتعيّن حمل الأُخرى على غيره . ولا وجه لهذا بعد ضعف الرواية عن مقاومة أدلّة القبول .

قوله : «إذا أخلّ أحدهما .... الخ » .

نبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة[١] حيث ذهب إلى أن الحاكم إذا حكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان نفذ ، وقام الأكثر مقام الجميع ، وإن كان الحاكم مخطئاً في الحكم . وضعفه ظاهر ، فإن الحكم حينئذٍ خطأ بالاجماع فلا ينفذ ، كسائر الأحكام الباطلة باختلال بعض شروطها وأركانها .

قوله : «فرقة اللعان ... الخ » .

خالف في ذلك أبو حنيفة[٢] أيضاً ، فجعلها فرقة طلاق . لنا : أنها تحصل بغير لفظ فضلاً عن لفظ الطلاق ، فكانت كفرقة الرضاع والردّة . وتظهر الفائدة في عدم اشتراط جمعها لشرائط الطلاق ، من كون الزوجة طاهراً من الحيض طهراً لم يقربها فيه ، إلى غير ذلك من شرائطه ، وفيما لو علّق ظهار امرأة أُخرى بطلاق هذه فلاعنها.

---

(١) انظر المبسوط للسرخسي ٧ : ٤٧ ـ ٤٨ ، حلية العلماء ٧ : ٢٢٩ .

(٢) راجع المبسوط للسرخسي ٧ : ٤٣ ـ ٤٤ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣ : ٧٧ ، روضة القضاة ٣ : ١٠٣٤ ، شرح فتح القدير ٤ : ١١٩ ، بدائع الصنائع ٣ : ٢٤٥ .

. . . . . .

وفي تنصّف المهر لو كان قبل الدخول ـ حيث نجوّزه قبله ـ من حيث كونه فسخاً من جهتها ، إذ لم تحصل الفرقة إلّا بلعانها ، أولا نظراً إلى اشتراكهما في السبب الموجب، إذ هو اللعان من الجانبين ، نظر . وعلى الثاني يثبت الجميع ، لأن تنصّفه قبل الدخول مشروط بالطلاق أو بدليل خاصّ .

تمّ الجزء الرابع من كتاب مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام ، وفرغ من تسويده مصنّفه الفقير إلى الله تعالى زين الدين بن علي بن أحمد أواخر شهر جمادى الآخرة سنة ثلاث وستّين وتسعمائة حامداً مصلّياً مسلّماً .

كتاب العتق

كتاب العتق

وفضله متّفق عليه حتى روي : «من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلّ عضو منه عضواً له من النار» .

بسم الله الرحمن الرحيم

قوله : «كتاب العتق» .

هو لغة الخلوص ، ومنه سمّي البيت الشريف عتيقاً ، والخيل الجياد عتاقاً. وشرعاً خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرقّ بالنسبة إلى مطلق العتق ، وبالنسبة إلى المباشرة التي هي مقصود الكتاب الذاتي تخلّص الآدمي أو بعضه من الرقّ منجّزاً بصيغة مخصوصة .

قوله : «وفضله متّفق عليه ... الخ» .

اتّفق أهل الاسلام على فضيلة العتق . والرواية التي أشار إليها رواها الخاصّة والعامّة عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم لكن بعبارات مختلفة ، فروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال : «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم : من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبّار بكلّ عضو منه عضواً من النار»[1] . وروى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبي البلاد ، عن أبيه مرسلاً ، عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم أنه قال : «من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو له عضواً منه من النار ، فإن كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبّار بكلّ عضوين منها

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٠ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٢١٦ ح ٧٦٩ ، الوسائل ١٦ : ٢ ب «١» من أبواب العتق ح ٢ .

. . . . . .

عضواً من النار ، لأن المرأة نصف الرجل»[١] . وفي الصحيح عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله جعفر بن محمد عليهما السلام أنه قال في الرجل يعتق المملوك قال : «يعتق بكلّ عضو منه عضو من النار»[٢] .

فهذه جملة ألفاظ الرواية على اختلافها من طرق الأصحاب ، وليس فيها اللفظ الذي نقله المصنّف ، فكأنّه نقلها بالمعنى .

وخصّ المؤمن إما لأن المراد به المسلم كما في الرواية الصحيحة ، أو حمل المطلق على المقيّد كما يحمل لفظ المملوك في الرواية الأخرى على المسلم أو المؤمن . ويجوز إبقاء كلّ واحد من الثلاثة على أصله ، وحصول الثواب المذكور على عتق كلّ مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقاً ، ذكراً أو أُنثى . وأن يخصّ ذلك بالذكر بقرينة تذكير لفظه ، وتقييده بما في الرواية الأُخرى ، إلّا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو عن نظر .

وروى العامّة في الصحيحين أنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال : «أيّما رجل أعتق امرءاً مسلماً استنقذ الله تعالى بكلّ عضو منه عضواً منه من النار حتى الفرج بالفرج»[٣] . وفي هذه الرواية التقييد بالاسلام وكون المعتق رجلاً ، لأن الامرأ مذكّر الامرأة فلا يتناول الأُنثى . وفي بعض ألفاظ رواياتهم عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم : «من أعتق رقبة أعتق الله بكلّ عضو منها عضواً منه من النار

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٠ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢١٦ ح ٧٧٠ ، الوسائل ١٦ : ٥ ب «٣» من أبواب العتق ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٠ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٢١٦ ح ٧٦٨ ، الوسائل ١٦ : ٢ ب «١» من أبواب العتق ح ١ ، مع اختلاف يسير .

(٣) صحيح البخاري ٣ : ١٨٨ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٤٨ ح ٢٤ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٧١ .

ويختصّ الرقّ بأهل الحرب دون اليهود والنصارى والمجوس القائمين بشرائط الذمّة . ولو أخلّوا دخلوا في قسم أهل الحرب .

حتى فرجها بفرجه»[١] . وهذه شاملة للذكر والأُنثى ، المسلم وغيره .

واعلم أن ممّا يدلّ على فضيلة العتق جعل الله تعالى إيّاه كفّارة لقتل المؤمن، والوطء في رمضان ، وللآثم[٢] في مخالفة الله تعالى فيما عاهده عليه ونذره وحلف عليه . وقد جعله النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم موجباً للعتق من النار فقال صلّى الله عليه وآله وسلّم : «أيّما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاكه من النار»[٣] . ولأنه يخلّص الآدمي المعصوم الدم من ضرر الرّق ، ويملّكه منافعه ، ويكمل أحكامه .

قوله : «ويختصّ الرقّ ... الخ » .

المراد بأهل الحرب من يجوز قتالهم ومحاربتهم إلى أن يسلموا ، سواء انحصرت الغاية في إسلامهم كمن عدا اليهود والنصارى والمجوس من فرق الكفّار ، أم كان الاسلام أحد الغايتين كالفرق الثلاث ، فإنهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمّة من الجزية وغيرها . وإلى شمول أهل الحرب لمن ذكر أشار المصنّف بقوله : «ولو أخلّوا دخلوا في قسم أهل الحرب» .

وربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم الأول خاصّة وإن جاز قتال القسم الثاني في الجملة . والوجه على هذا في التسمية أنهم ليس لهم ما داموا على الكفر إلا الحرب لا تقبل منهم فدية إلى أن يسلموا ، بخلاف الفرق

---

(١) صحيح مسلم ٢ : ١١٤٧ ح ٢٢ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٧٢ .

(٢) في «خ ، و ، م» : والاثم .

(٣) سنن أبي داود ٤ : ٣٠ ح ٣٩٦٧ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٧٢ .

وكلّ من أقرّ على نفسه بالرقّ مع جهالة حرّيته حكم برقّه .

الثلاث ، فإنهم قد يحرم حربهم إذا التزموا [بشرائط][1] الذمّة ، فلم يكونوا أهل حرب من حيث هم كفّار من إحدى الفرق الثلاث ، بل من جهة عدم التزامهم بأحد الأمرين .

وعلى الاعتبارين فالمراد بأهل الحرب بالنسبة إلى هذا الحكم ـ وهو جواز استرقاقهم ـ معناه الأعمّ ، للاتّفاق على جواز استرقاق من عدا الفرق الثلاث الملتزمين بشرائط الذمّة . ولا فرق في جواز استرقاقهم بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين ويشتغلوا[2] بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الاسلام وقهره كمن بين المسلمين من عبدة الأوثان والنيران والغلاة وغيرهم ، إلّا أن يكونوا مهادنين للمسلمين بشرائطها المقرّرة في كتاب الجهاد ، فيجب حينئذٍ الكفّ عنهم إلى انقضاء المدّة المقرّرة .

قوله : «وكلّ من أقرّ .... الخ » .

يعتبر في نفوذ إقراره كونه بالغاً عاقلاً كما هو المعتبر في قبول الاقرار مطلقاً ، وإنما أهمل اشتراطه استسلافاً لذكره في كتاب البيع[3] ، ولكونه قاعدة معلومة .

وهل يعتبر مع ذلك رشده ؟ الأكثر ومنهم المصنّف على عدم اعتباره ، لأن السفه إنما يمنع من التصرّف المالي والإقرار بالرقّية ليس إقراراً بمال ، لأنه قبل الإقرار محكوم بحرّيته ظاهراً فيكون إقراره مسموعاً ، ولعموم صحيحة عبدالله بن سنان قال : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كان عليّ عليه السلام يقول :

---

(١) من «خ» والحجريّتين .

(٢) في «خ ، و ، م» : ويستقلّوا .

(٣) في ج ٣ : ٣٧٧ .

. . . . . .

الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبوديّة وهو مدرك من عبد أو أمة»[١] فاعتبر البلوغ ولم يعتبر الرشد .

وقيل : يعتبر الرشد ، لأن إقراره وإن لم يتعلّق بمال ابتداءً لكنّه كشف عن كونه مالاً قبل الإقرار ، فإنه إخبار عن حقّ سابق عليه لا إنشاء من حينه ، لإمكان أن يكون بيده مال ، فإن إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون إقراراً بمال محض ولو بالتبعيّة .

ويضعّف الأول بأن ذلك لو منع قبول الاقرار لأدّى إلى قبوله ، لأنه إذا لم يقبل بقي على أصل الحرّية فينفذ إقراره ، فيصير مالاً فيردّ ، فيصير حرّاً ، وذلك دور . والمال جاز دخوله تبعاً وإن لم يقبل الإقرار به مستقلّاً ، كما لو استلحق واجب النفقة فقد قيل إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعاً لا أصلاً ، أو يقال : يصحّ في الرقّيّة دون المال ، لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الإقرار بالزوجة[٢] دون المهر .

وحيث يقبل إقراره لا يقبل رجوعه بعد ذلك ، لاشتماله على تكذيب كلامه السابق ورفع ما ثبت عليه بغير موجب . ولو أقام بيّنة لم تسمع ، لأنه قد كذّبها بإقراره السابق ، إلّا أن يظهر لإقراره تأويلاً يدفع التناقض فيقوى القبول ، كما لو قال: لم أعلم بأنّي تولّدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرقّ ثم ظهر لي سبق العتق على الإقرار[٣] بالبيّنة أو الشياع المفيد لذلك .

---

(١) الكافي ٦ : ١٩٥ ح ٥ ، الفقيه ٣ : ٨٤ ح ٣٠٢ ، التهذيب ٨ : ٢٣٥ ح ٨٤٥ ، الوسائل ١٦ : ٣٣ ب «٢٩» من أبواب العتق ح ١ .

(٢) في «خ ، م» والحجريّتين : بالزوجيّة .

(٣) في هامش «و» : التولّد ظ «أي : ظاهراً» .

وكذا الملتقط في دار الحرب .

ولو اشترى إنسان من حربيّ ولده أو زوجته أو إحدى ذوي أرحامه كان جائزاً وملكه ، إذ هم فيء في الحقيقة .

ولو أنكر المقرّ له رقّيّته بقي على الرقّية المجهولة . ويتّجه حينئذٍ جواز رجوعه ، لأنه مال لا يدّعيه أحد ، وإقراره السابق قد سقط اعتباره بردّ المقرّ له ، فإذا لم يصر حرّاً بذلك لا أقلّ من سماع دعواه الحرّية بعد ذلك .

ووجه عدم قبول الإقرار الثاني مطلقاً استلزام اقراره الأول كونه رقّاً، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز . وتكذيب المقرّ له لا يرفع صحّة الإقرار في نفس الأمر، وإنما ينتفي عنه ظاهراً . ومتى صار رقّاً بإقراره لا ينفذ إقراره بعد ذلك ، لأنه [حينئذٍ][1] ممنوع من التصرّف المترتّب على الحرّية . ولو لم يكن قد عيّن المقرّ له ابتداءً ثم رجع وأظهر تأويلاً محتملاً فأولى بالقبول .

قوله : «وكذا الملتقط ... الخ» .

أي: يجوز استرقاقه كما يجوز استرقاق أهل الحرب تبعاً للدار ، لا أنه يحكم بكونه رقّاً بمجرّد وجوده في دار الحرب ، لأنه لا يقصر عن كونه من جملة ذراريهم وهم لا يملكون إلّا بالتملّك . وإنما يجوز استرقاق اللقيط في دار الحرب إذا لم يكن فيها مسلم يمكن تولّده منه عادة ، ذكراً كان المسلم أم أُنثى ، وإلّا حكم بإسلامه وحرّيته .

قوله : «ولو اشترى .... الخ» .

لمّا كان تملّك أهل الحرب جائزاً للمسلم مطلقاً جاز التوصّل إليه بكلّ سبب ومنه شراؤه ممّن يعينه[2] على الاستقلال به ، سواء كان البائع أباً أم زوجاً أم

---

(١) من «ق ، ط ، و» فقط .

(٢) في هامش «و» : يبيعه ظ «أي : ظاهراً» .

ويستوي سبي المؤمنين والضلّال في استباحة الرقّ .

غيرهما من الأرحام . وليس هدا في الحقيقة بيعاً حقيقيّاً وإنما هو وسيلة إلى وصول المسلم إلى حقّه ، فلا تلحقه أحكام البيع ، ولا يشترط فيه شرائطه ، وإنما السبب المملّك له القهر والاستيلاء .

وفي الدروس[1] جوّز للمسلم الردّ بالعيب وأخذ الأرش ، نظراً إلى أنه وإن لم يكن بيعاً حقيقيّاً لكنّه إنما بذل العوض في مقابلته سليماً .

ويشكل بأن الأرش عوض الجزء الفائت في المبيع ولا مبيع هنا . وبأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرّد الردّ ؟ وليس من الأسباب الناقلة للملك شرعاً في غير المبيع الحقيقي .

ويمكن دفع الإشكال بأن قدوم الحربي على البيع التزام بأحكام البيع التي من جملتها الردّ بالعيب أو أخذ أرشه ، فردّه عليه ينزّل منزلة الإعراض عن المال والثمن ، غايته أن يكون قد صار ملكاً للحربي والتوصّل إلى أخذه جائز بكلّ سبب وهذا منه ، بل أولى ، لأنه مقتضى حكم البيع . وهذا كلّه يتمّ إذا لم يكن مال الحربي معصوماً ، بأن دخل إلى دار الإسلام بأمان ، فلا يجوز أخذ ماله بغير سبب مبيح له شرعاً . وحينئذٍ يتّجه صحّة البيع ولزوم أحكامه التي من جملتها جواز ردّه معيباً وأخذ أرشه .

قوله : «ويستوي سبي ... الخ» .

أراد بالضلّال ما يشمل المسلمين منهم والكافرين . فلو سبى كافر مثله ملكه وجاز شراؤه منه ، وكان الكلام في شرائه منه كالكلام في شراء ولده وزوجته منه . ولو كان الكافر ذمّيّاً أو مسلماً مبدعاً فلا إشكال في تملّكه ، وقد

---

(١) الدروس الشرعيّة ٢ : ١٩٥ .

وإزالة الرقّ تكون بأسباب أربعة : المباشرة ، والسراية ، والملك ، والعوارض .

أما المباشرة : فالعتق ، والكتابة ، والتدبير .

أما العتق :

فعبارته الصريحة : التحرير . وفي الإعتاق تردّد . ولا يصحّ بما عدا التحرير ، صريحاً كان أو كناية ، ولو قصد به العتق ، كقوله : فككت رقبتك ، أو أنت سائبة .

أباح الأئمّة[1] عليهم السلام شراء ذلك منهم وغيره من ضروب التملّكات وإن كان للامام [كلّه][2] أو بعضه من غير اشتراط إخراج الحصّة المذكورة .

قوله : «وإزالة الرقّ .... الخ» .

أراد بالسبب المزيل للرقّ هنا ما يشمل التامّ والناقص ، فإن من هذه الأسباب ما يكفي في إزالة الرقّ ، كالإعتاق بالصيغة ، وشراء القريب ، والتنكيل والجذام والإقعاد . ومنها ما يتوقّف على أمر آخر ، كالكتابة لتوقّفها على أداء المال ، والتدبير لتوقّفه على موت من علّق عتقه على موته ، والاستيلاد لتوقّفه على موت المولى أيضاً ، وموت المورّث لتوقّفه على دفع القيمة إلى مالكه ، وغير ذلك ممّا يفصّل في محلّه .

قوله : «أما العتق ... الخ » .

لابدّ لوقوع العتق من صيغة تدلّ عليه كغيره من الأحكام المتوقّف وقوعها

---

(١) راجع الكافي ٥ : ٢١ ، التهذيب ٧ : ٧٧ و ج ٨ : ٢٠٠ ، الاستبصار ٣ : ٨٣ ب «٥٥» ، الوسائل ١٣ : ٢٧ ب «٢» و «٣» من أبواب بيع الحيوان .

(٢) من «د ، و » فقط .

. . . . . .

على الصيغ الخاصّة . وقد اتّفق الأصحاب على وقوعه بالتحرير ، كأن يقول : حرّرتك أو أنت حرّ . وقد استعملت هذه اللفظة فيه في قوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة﴾[١] . واتّفقوا أيضاً على عدم وقوعه بالكنايات المحتملة له ولغيره وإن قصده بها ، كقوله : فككت رقبتك أو أنت سائبة أو لا سبيل لي عليك ونحو ذلك . واختلفوا في لفظ الإعتاق كـ: أعتقتك أو أنت معتق أو عتيق ، من الشك في كونه صريحاً فيه أو كناية . والأصحّ القطع بوقوعه به ، لدلالته عليه لغة وعرفاً وشرعاً ، بل استعماله فيه أكثر من التحرير كما لا يخفى على من اطّلع على عبارات الفقهاء وكلام النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم والأئمّة عليهم السلام وصيغهم ومحاوراتهم. وقد تقدّم[٢] منه ما لو قال لأمته : أعتقتك وتزوّجتك ، وقوله عليه السلام : «لا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله تعالى»[٣] وغير ذلك مما لا يحتاج إلى تعداد لكثرته .

وقول المصنّف بعد تردّده في وقوعه بالإعتاق: «ولا يصحّ بما عدا التحرير...إلخ» إما رجوع عن التردّد إلى الجزم بعدم وقوعه بلفظ العتق ، أو متجوّز[٤] في ارادة ما عدا الصيغتين المذكورتين . وقوله : «صريحاً كان أو كناية» يدلّ على وجود صيغة أُخرى صريحة فيه ولا يقع بها . وفسّرها العلّامة[٥] بـ«فك

---

(١) النساء : ٩٢.

(٢) في ج ٨ : ٣٩.

(٣) الكافي ٦ : ١٧٨ ح ١ ، الفقيه ٣ : ٦٨ ح ٢٢٨ ، التهذيب ٨ : ٢١٧ ح ٧٧٢ ، الوسائل ١٦ : ٦ ب «٤» من أبواب العتق ح ١.

(٤) في «خ ، د» : يتجوّز .

(٥) قواعد الأحكام ٢ : ٩٧.

ولو قال لأمته : يا حرّة ، وقصد العتق ، ففي تحريرها تردّد ، والأشبه عدم التحرير ، لبعده عن شبه الإنشاء .

الرقبة ، وإزالة قيد الملك» . وفي صراحتهما نظر ، وإن استعملت الأولى فيه في قوله تعالى ﴿فك رقبة﴾[١] فإن الاستعمال أعمّ من الصريح بل من الحقيقة ، كما استعمل الطلاق بلفظ التسريح والفراق بقوله تعالى : ﴿أو تسريح بإحسان﴾[٢] ﴿أو فارقوهنّ بمعروف﴾[٣] ولم يجعلوهما صريحين فيه . ولو سلّمنا كونهما صريحين [فيه][٤] لالتزمنا بوقوعه بهما ، لعدم المانع منه شرعاً .

والمراد بالسائبة المعتق ، يطلق كذلك على الذكر والأنثى .قال ابن الأثير في النهاية : « قد تكرّر في الحديث ذكر السائبة والسوائب ، كان الرجل إذا أعتق عبداً فقال : هو سائبة ، فلا عقل بينهما ولا ميراث»[٥] .

قوله : «ولو قال لأمته.....الخ» .

إذا قال لأمته : يا حرّة ، أو قال لعبده : يا حرّ أو يا معتَق ، فإن قصد النداء باسمه الموضوع قبل ذلك ، أو أحدث له ذلك الاسم وناداه به ، لم يعتق قطعاً ، لعدم المقتضي ، إذ اللفظ غير صريح ، والقصد غير حاصل . وإن قصد به العتق ففي وقوعه وجهان أو قولان ، منشؤهما أن حرف[٦] الاشارة إلى المملوك غير معتبر بخصوصه وإنما الغرض به تمييزه[٧] وهو حاصل بالنداء ، وصيغة التحرير حاصلة

---

(١) البلد : ١٣ .

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) الطلاق : ٢ .

(٤) من «خ» والحجريّتين .

(٥) النهاية ٢ : ٤٣١ .

(٦) في إحدى الحجريّتين : صرف .

(٧) في « خ ، ط ، ق » : تميّزه .

ولو كان اسمها حرّة فقال : أنت حرّة ، فإن قصد الإخبار لم تنعتق ، وإن قصد الإنشاء صحّ .

ولو جهل منه الأمران ولم يمكن الاستعلام لم يحكم بالحريّة ، لعدم اليقين بالقصد .

وفيه تردّد ، منشؤه التوقّف بين العمل بحقيقة اللفظ ، والتمسّك بالاحتمال .

بقوله : حرّ أو ما في معناه[1] ، ومن بعد النداء عن شبه الإنشاء ، لأن الأصل فيه عرفاً صيغة الإخبار باللفظ الماضي أو الجملة الاسميّة في بعض الموارد ك: «أنت حرّ» وغاية استعمال النداء فيه أن يكون كناية والعتق لا يقع بها عندنا . وهذا أشبه . ومن أوقعه بالكناية من العامّة[2] قطع بوقوعه بالنداء بقصد الإعتاق قطعاً ، ومع الإطلاق أو قصد النداء بالاسم على خلاف ، بمعنى أنه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهراً على أحد الوجهين .

قوله : « ولو كان اسمها ... الخ » .

إذا كان اسمها حرّة أو اسمه حرّاً أو عتيقاً ، فقال : أنت حرّة أو أنت حرّ أو عتيق، فإن قصد الإنشاء فلا شبهة في وقوعه ، لأنه لفظ صريح فيه وقد انضمّ إليه القصد فكان آكد . وإن قصد الإخبار باسمه دون الإنشاء لم يقع العتق باطناً قطعاً ، ويقبل قوله في عدم قصد العتق ظاهراً ، لأن اللفظ مشترك بين المعنيين فيرجع إليه في صرفه إلى أحدهما كما في كلّ مشترك . ومثله ما لو كان اسمَها طالق فقال : أنت طالق . وإن لم يعلم قصده رجع إليه فيه وقبل تفسيره . فإن اشتبه الحال بموته

---

(١) كذا في «خ» والحجريّتين ، وفي سائر النسخ : معناها .

(٢) روضة الطالبين ٨: ٣٨١.

ولابدّ من التلفّظ بالصريح .

ولا تكفي الإشارة مع القدرة على النطق ، ولا الكتابة .

أو غيره ففي الحكم بعتقه وجهان ، من أن اللفظ صريح فيه ، والصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن قصده كما قد علم ، ومن خروجه عن الصراحة باحتمال إرادة الإخبار عن الاسم ، ومع قيام الاحتمال يستصحب حكم بقاء[1] الرقّ . وهذا أولى إن لم تحصل قرينة خارجيّة ترجّح جانب الإنشاء ، فإن ترجيحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر فإن انضمّ إليه قرينة أُخرى زاده قوّة ، وكان العمل به أقوى.

ولو لم يكن اسمها حرّة فقال : أنت حرّة ، ثم قال : أردت أنها عفيفة ، أو بقوله : «أنت حرّ» العفيف أو كريم الأخلاق ، ففي قبوله منه وجهان ، من احتمال الأمرين فلا يعلم ذلك إلّا من جهته فيقبل قوله في إرادته ، وبه قطع في القواعد[2] ، ومن أنه خلاف الظاهر . ولا إشكال هنا في الحكم بالعتق لو لم يدّع إرادة خلافه ، بخلاف مالو كان اسم المملوك ذلك ، فإنه لا يحكم بالعتق إلّا مع اعترافه بقصده . والفرق ظهور اللفظ في العتق هنا ، واحتماله للأمرين على السواء هناك على ما تقرّر . ولو ادّعى المملوك في هذه الصورة إرادة العتق فله إحلاف المولى على عدم قصده .

قوله : «ولا تكفي الإشارة ... الخ» .

لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعاً ، ولم يرد من الشارع هنا وقوع العتق بذلك . هذا مع القدرة . أما مع العجز فتكفي الإشارة المفهمة كغيره من العقود اللازمة والإيقاعات، ولصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن

---

(١) في الحجريّتين : بقاء حكم .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ .

ولابدّ من تجريده عن الشرط ، فلو علّقه على شرط مترقّب أو صفة لم يصحّ .

أباه حدّثه أن امامة بنت أبي العاص وأمها زينب بنت رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم ، فتزوّجها بعد عليّ عليه السلام المغيرة بن نوفل ، أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها ، فأتاها الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام ، فجعلا يقولان ـ والمغيرة كاره لما يقولان ـ : أعتقت فلاناً وأهله ، فتشير برأسها : أن نعم ، وكذا وكذا ، فتشير برأسها : نعم أم لا . قلت : فأجازا ذلك لها ؟ قال : نعم»[1] . والكتابة من جملة الاشارة ، بل هي من أقواها .

وكذا يعتبر النطق بالعربيّة مع الإمكان ، ومع العجز يقع بأيّ لغة اتّفق مع صراحتها فيه في تلك اللغة .

قوله : « ولابدّ من تجريده ... الخ» .

هذا هو المشهور بين الأصحاب ، والكلام في دليله كنظائره فيما سبق[2] . وجوّزه القاضي ابن البرّاج[3] وابن الجنيد[4] من أصحابنا معلّقاً على الشرط والصفة ، وجوّزا[5] الرجوع فيه قبل حصولهما كالتدبير . وهو مذهب العامّة[6] ،

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٥٨ ح ٩٣٦ ، الوسائل ١٦ : ٥٠ ب « ٤٤» من أبواب العتق ح ١ .

(٢) انظر ج ٥ : ٣٥٧ ، و ج ٩ : ٩٠ و ٤١٣ و ٤٧٦ .

(٣) المهذّب ٢ : ٣٦٨ .

(٤) لم نعثر عليه ، وحكى عنه العلّامة في المختلف (٦٦٣) مسألة تعليق نذر عتق العبد على شرط ، وانظر ص : ٦٣٧ منه أيضاً .

(٥) كذا في «و» ، وفي «ق ، د ، ط ، م» : وجوّز ، وفي «خ» والحجريّتين : وجواز .

(٦) العدّة شرح العمدة : ٣٤٨ ، الكافي في فقه الامام أحمد ٢ : ٤١٤ ، التنبيه للشيرازي : ١٤٤ ، الكافي لابن عبد البرّ ٢ : ٩٦٩ ، اللباب في شرح الكتاب ٣ : ١١٨ ، روضة الطالبين ٨ : ٣٨٢ .

وكذا لو قال : يدك حرّة ، أو رجلك ، أو وجهك ، أو رأسك .

أما لو قال : بدنك أو جسدك ، فالأشبه وقوع العتق ، لأنه هو المعنيّ بقوله : أنت حرّ .

واستشهدوا عليه بالتدبير ، فإنه عتق معلّق ، وباقي الأصحاب خصّوه بمورده . وربما منع من كونه عتقاً معلّقاً ، بل هو وصيّة بالعتق ، كما سيأتي[١] تحقيقه إن شاء الله تعالى . وفي المختلف[٢] ادّعى الاجماع على بطلان العتق المعلّق على الشرط . وليس بجيّد ، بل الخلاف متحقّق ، ومعلوميّة نسب المخالف على هذا الوجه غير قادحة . وقد تقدّم[٣] الفرق بين الشرط والصفة ، وأن المراد بالشرط ما جاز وقوعه في الحال وعدمه كمجيء زيد ، والصفة ما لا يحتمل وقوعها في الحال وتعيّن وقوعها عادة كطلوع الشمس .

قوله : «وكذا لو قال ... الخ » .

المعهود شرعاً تعلّق العتق بذات الانسان المشار إليه بقوله : أنت أو هذا أو عبدي أو زيد ، سواء جعلنا الانسان جسماً أم جسمانيّاً . أما إذا قال : بدنك أو جسدك حرّ ، ففي وقوعه وجهان ، من أنه خلاف الذات الانسانيّة عند المحقّقين ، ومن دلالته عليه عرفاً عامّاً وهو مقدّم على العرف الخاصّ الذي لا يعرفه إلّا الآحاد ، مع وقوع الخلاف فيه ، وهو المراد من قول المصنّف : «لأنه هو المعنيّ بقوله : أنت» بمعنى أنهما في العرف بمعنى واحد وإن كانا مختلفين في التحقيق ، ولأن المملوكيّة والمالكيّة ضدّان يتواردان على الموضوع الواحد ، والمملوكيّة

---

(١) في ص : ٣٨٧.

(٢) المختلف : ٦٣٨.

(٣) في ج ٩ : ٤٧٩.

وهل يشترط تعيين المعتَق ؟ الظاهر لا . فلو قال : أحد عبيدي حرّ، صحّ ، ويرجع إلى تعيينه . فلو عيّن ثم عدل لم يقبل .

تتعلّق بالهيكل المحسوس قطعاً وكذا المالكيّة المترتّبة على الحرّية . والأقوى الوقوع بذلك إلّا أن يكون القائل معتقداً أن الانسان خلاف ذلك وادّعى قصد شيء فيرجع إليه فيه. وعلى القولين لا يقع لو علّقه ببعض الأعضاء ، كاليد والرجل والوجه والرأس ، وإن كان الوجه والرأس قد يطلق على الذات عرفاً ، لأنه خلاف المتبادر ، ولعدم نقل مثل ذلك شرعاً .

واعلم أنه قد تقدّم[1] وقوع الكفالة المتعلّقة بالوجه والرأس معلّلاً بأنه قد يعبّر بهما عن الجملة عرفاً . والفرق بين الكفالة والعتق أن القصد الذاتي منها إحضار البدن والذات تابعة عرفاً ، وهنا بالعكس ، فإن الحرّية المقصودة من العتق متعلّقها الذات والبدن تابع إذا جعلناه غيره . وأما الفرق بينهما بأن المعتبر في الكفالة العرف وفي العتق الشرع ، فلا يخلو من تحكّم وإن كان العرف منصرفاً[2] في الفرق الأول أيضاً .

قوله: «وهل يشترط ... الخ » .

القول بعدم اشتراط التعيين للشيخ[3] ـ رحمه الله ـ والأكثر ، لأصالة عدم الاشتراط ، ووجود المقتضي للصحّة وهو صيغة العتق الصادرة من أهلها ، وعدم ظهور المانع ، إذ ليس إلا كونه مبهماً وهو لا يصلح للمانعيّة ، لأن الإبهام واقع في الشرع كثيراً .

---

(١) في ج ٤: ٢٥٣.

(٢) في «و»: متصرّفاً.

(٣) المبسوط ٦: ٦٧.

وقيل : يشترط التعيين ، لأن الحكم المعيّن لابدّ له من محلّ معيّن . وهو ممنوع. وقد تقدّم[١] البحث فيه في الطلاق . والوجه فيهما واحد ، غير أن عدم اشتراط التعيين هنا أشهر وهناك بالعكس ، ولا وجه له إلّا مراعاة الاحتياط في الفروج وبناء العتق على التغليب .

وحيث قلنا بصحّته مبهماً فالمرجع إليه في التعيين . وقيل : يرجع إلى القرعة ، لأنها لكلّ أمر مشكل . وهو ضعيف ، إذ لا معيّن هنا في نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعة .

وهل يقع العتق بالصيغة ، أو هو التزام عتق في الذمّة منحصر في عبيده الذين أطلقه فيهم ؟ وجهان تقدّم[٢] مثلهما في الطلاق . ويتخرّج[٣] عليهما ما لو مات أحدهم فعيّنه [٤] هل يصحّ ؟ إن قلنا بحصول العتق عند التعيين لم يصحّ ، لأن الميّت لا يقبل العتق . وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبدين ، وقلنا ببطلان التعيين في الميّت ، تعيّن الآخر ولا حاجة إلى لفظة . وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام صحّ تعيينه .

وحيث يعيّن لا يصحّ له العدول عن المعيّن . فلو قال : عيّنت[٥] هذا بل هذا، عتق الأول ولغا الثاني ، لأن التعيين حصل بالأول فلم يبق للعتق محلّ ، بخلاف قوله: عتقت[٦] هذا بل هذا . وفي وجوب الإنفاق على الجميع قبل التعيين والمنع

---

(١) في ج ٩ : ٤٨ ـ ٤٩ .

(٢) في ج ٩ : ٥٠ ـ ٥١ .

(٣) في «د» وهامش «ق» : ويتفرّع .

(٤) كذا في « ق ، و ، م » ، وفي « خ ، د ، ط » والحجريّتين : بعينه .

(٥) في « خ ، ص » : عنيت ، وفي « ق ، ط » : عتقت .

(٦) في « خ ، م » : عنيت ، وفي « و » : عيّنت .

ولو مات قبل التعيين قيل : يعيّن الوارث ، وقيل : يقرع ، وهو أشبه، لعدم اطّلاع الوارث على قصده .

من استخدامهم وجهان أجودهما ذلك . ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء حرم الوطء ، فإن فعل ففي كونه تعييناً لغير الموطوءة وجهان سبق مثلهما في الطلاق[١]. فإن لم نجعله تعييناً وعيّن العتق في الموطوءة فلا حدّ عليه . وفي وجوب المهر وجهان مبنيّان على وقوع العتق بالتعيين أو بالصيغة ، فعلى الثاني يجب دون الأول .

قوله : «ولو مات ... الخ » .

وجه تعيين الوارث أنه خيار يتعلّق بالمال فيخلف الوارث المورّث فيه كما يخلفه في خيار البيع والشفعة .

والقول بالقرعة للشيخ[٢] ، لما أشار إليه المصنّف من التعليل بأن الوارث لا يطّلع على قصد المورّث ، فلا يمكنه التعيين .

وفيه : أن معرفة قصده غير شرط ، لأن تعيين المورّث مجرّد تشهٍّ لا يفتقر إلى شيء آخر ، والوارث قائم مقامه . وليس هناك معتَق معيّن في نفس الأمر حتى يشتبه على الوارث تعيينه ومقصود المورّث .

ويمكن الجواب بأن التعيين وإن كان راجعاً إلى الاختيار إلّا أنه مختصّ باختيار المبهم وقد فات . ولأنه في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفّظ . ولا ريب أن القرعة أولى .

---

(١) في ج ٩ : ٥٢ .

(٢) المبسوط ٦ : ٦٧ ـ ٦٨ .

أما لو أعتق معيّناً ثم اشتبه أُرجيء حتى يذكر . فإن ذكر عمل بقوله . ولو عدل بعد ذلك لم يقبل . فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيّاً ، لاحتمال التذكّر .

فإن مات وادّعى الوارث العلم رجع إليه . وإن جهل يقرع بين عبيده ، لتحقّق الاشكال واليأس من زواله .

ولو ادّعى أحد مماليكه أنّه هو المراد بالعتق ، فالقول قوله مع يمينه . وكذا حكم الوارث .ولو نكل قضي عليه .

قوله : «أما لو أعتق .... الخ» .

إذا أعتق معيّناً في نفسه أو سمّاه ثم نسيه ، أُخّر الأمر رجاء أن يتذكّر ، لأن المعتَق هنا معيّن في نفس الأمر ، بخلاف السابق . فإن ادّعى أنه ذكر عمل بقوله ، لأن ذلك ممّا لا يعلم إلّا من قبله ، وتعيّن من عيّنه المعتِق . فإن عدل عنه إلى غيره لم يقبل في حقّ الأول ، وعتق الثاني أيضاً مؤاخذة له بإقراره ، كما لو أقرّ لزيد بمال ثم قال : بل لعمرو ، بخلاف السابق ، فإن التعيين حصل بالأول فلم يبق له محلّ .

وإن استمرّ الاشتباه انتظر التذكّر ما دام حيّاً ، ومنع من الوطء والاستخدام ، لتحريم ذلك من الحرّ ، واشتباهه بمحصور . وعليه الإنفاق على الجميع من باب مقدّمة الواجب ، لوجوب الإنفاق على المملوك ، ولا يتمّ إلّا بالإنفاق على الجميع .

فإن مات قبل التذكّر قام الوارث مقامه إن ادّعى اطّلاعه على المعتَق ، لأنه خليفته ، وربما ذكر له ذلك وأطلعه عليه . وإن لم يدّع العلم فالوجه القرعة ، لأن المعتَق هنا معيّن عند الله تعالى ومجهول عندنا فيستخرج بالقرعة . والقول

ويعتبر في المعتِق : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد إلى العتق ، والتقرّب إلى الله تعالى ، وكونه غير محجور عليه .

وفي عتق الصبيّ ـ إذا بلغ عشراً ـ وصدقته تردّد . ومستند الجواز رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام .

ولا يصحّ عتق السكران .

بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد ، لأن التعيين هنا ليس إنشاءً بل إخباراً عمّا وقع من المورّث ، فلا مدخل لتعيين الوارث حيث لا يدّعي العلم .

ثم على تقدير تعيين المعتِق أو الوارث لو ادّعى بعض المماليك الذين لم يعيّنهم أنّه المراد فالقول قول المالك مع يمينه ، لأن ذلك لا يعلم إلّا من قبله . وإنما توجّهت عليه اليمين لإمكان اطّلاع المملوك على الحال من قبله ، فتسمع دعواه بحيث يتوجّه بها اليمين . فإن نكل عن اليمين قضي عليه بعتق المدّعي مضافاً إلى ما عيّنه إن قضينا بالنكول ، وإلاّ أحلف المملوك وعتق .

قوله : «ويعتبر في المعتِق .....الخ» .

اشتراط كونه غير محجور عليه بعد اشتراط بلوغه وعقله تعميم بعد التخصيص ، فإن غير المحجور يقتضي البلوغ وكمال العقل .

والقول بجواز عتق من بلغ عشراً في المعروف للشيخ[1] ، استناداً إلى رواية زرارة[2] عن الباقر عليه السلام . وفي طريق الرواية ضعف بموسى بن بكر ، فإنه واقفيّ غير ثقة ، وابن فضّال ، فإنه فطحيّ وإن كان ثقة . مع أنّه في باب الوصايا

---

(١) النهاية : ٥٤٦ .

(٢) الكافي ٧ : ٢٨ ح ١ ، الفقيه ٤ : ١٤٥ ح ٥٠٢ ، التهذيب ٨ : ٢٤٨ ح ٨٩٨ ، الوسائل ١٦ : ٥٧ ب «٥٦» من أبواب العتق ح ١ .

من التهذيب[١] أوقفها على زرارة في موضع ، وأسندها إلى الباقر عليه السلام في آخر[٢] . فكيف مع هذه القوادح تصلح لإثبات حكم مخالف لأصول المذهب ، بل لإجماع المسلمين ؟ ! وفي هذا الكتاب وصلها إلى الباقر عليه السلام ، وفي نكت النهاية : «إنها موقوفة على زرارة»[٣] ، وفي النافع[٤] جعلها حسنة . ولعلّه أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث ، وهو أن يكون رواتها إماميّة وفيهم من الممدوح غير المعدّل ، فإن أمرها ليس كذلك ، لما عرفت من حال رواتها ، فهي ضعيفة [السند][٥] لا حسنة . وأما حالها في الوصل والوقف ، فإن الراوي أوصلها تارة وقطعها أخرى ، وهو علّة من علل الحديث يقدح في اعتباره . وعلى كلّ حال فاطّراحها متعيّن . ويمكن حملها وحمل ما ورد في معناها من جواز وقفه وصدقته ووصيّته على أن ابن العشر محلّ إمكان البلوغ ، كما تقدّم[٦] من أن الولد يلحق به في هذه السن ، لإمكان بلوغه بالمنيّ ، فبسبب[٧] أنّه في وقت إمكان البلوغ وجواز[٨] التصرّف أطلقوا جواز تصرّفه . والمراد به إذا انضمّ إليه ما يدلّ على البلوغ ، بمعنى أنه من حيث السنّ لا مانع من جهته وإن توقّف على أمر آخر . وهذا خير من اطّراح الروايات الكثيرة .

(١ و ٢) التهذيب ٩ : ١٨١ ح ٧٢٩ ، و ج ٨ : ٢٤٨ ح ٨٩٨ .

(٣) نكت النهاية ٣ : ٢٣ .

(٤) المختصر النافع ٢ : ٢٣٧ .

(٥) من «د ، و» فقط .

(٦) راجع ج ٤ : ١٤٣ .

(٧) كذا في «ق ، و» ، وفي «ط ، ص» : بسبب ، وفي «خ ، د» : فيثبت ، وفي «م» : فثبت .

(٨) في «ق ، ط ، ص» : أو جواز .

ويبطل باشتراط نيّة القربة عتق الكافر ، لتعذّرها في حقّه[١] . وقال الشيخ في الخلاف : يصحّ .

واعلم أن المعتبر من التقرّب في العتق أن يقصد به وجه الله تعالى وثوابه[٢] على حدّ ما يعتبر في غيره من العبادات وإن لم يتلفّظ به ، بخلاف صيغة الإعتاق ، فإن اللفظ معتبر فيها . وحينئذٍ فيكفي قوله «أنت حرّ» وما في معناه قاصداً به القربة.

قوله : «ويبطل باشتراط .... الخ» .

للأصحاب في اشتراط إسلام المعتِق وعدمه أقوال :

أحدها : اشتراطه . ذهب إليه ابن إدريس[٣] والمصنّف والعلّامة[٤] في أكثر كتبه وجماعة ، محتجّين باشتراط نيّة القربة وهي متعذّرة من الكافر ، ومن ثمّ أجمعوا على بطلان عباداته المشروطة بالنيّة . ولأن العبادة ملزومة للثواب حيث تقع صحيحة ، وهو مشروط بدخول الجنّة ليثاب بها فيها[٥] ، وذلك ممتنع في حقّ الكافر . ويدلّ على كونه عبادة مشروطة بنيّة القربة الروايات المتظافرة عنهم عليهم السلام من قولهم : «لا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله تعالى»[٦] والمراد نفي الصحّة ، لأنه[٧] أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة حيث كانت الحقيقة غير مرادة .

---

(١) في النسخة الخطّية المعتمدة : جنبه .

(٢) في «خ ، د ، م» والحجريّتين : أو ثوابه .

(٣) السرائر ٣ : ٢٠ ، ٤ .

(٤) قواعد الأحكام ٢ : ٩٦ ، تحرير الأحكام ٢ : ٧٧ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٦٧ .

(٥) في «ق ، ص ، ط» : وفيها .

(٦) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٢٧٣ ، هامش (٣) .

(٧) في «خ» والحجريّتين : لأنها .

. . . . . .

وثانيها : عدم الاشتراط مطلقاً . وهو قول الشيخ في كتابي[١] الفروع ، محتجّاً بأن العتق فكّ ملك وتصرّف مالي ونفع للغير ، والكافر أهل لذلك ، بل ملكه أضعف من ملك المسلم ففكّه أسهل . ولبناء العتق على التغليب . وجاز حمل الخبر على نفي الكمال ، كقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لا صلاة لجار المسجد إلّا فيه»[٢] ومن ثم وقع الاتّفاق على بطلان عبادة الكافر المحضة دون عتقه ونحوه من تصرّفاته الماليّة المشتملة على العبادة كالوقف والصدقة ، ترجيحاً لجانب الماليّة على العبادة .

وثالثها : التفصيل ، فإن كان كفره بجحد الالهيّة أصلاً لم يصحّ ، لتعذّر قصد القربة ووجه الله تعالى منه حينئذٍ . وإن كان بجحد رسول[٣] أو فريضة مع إقراره بالله تعالى ـ كالكتابي ـ صحّ ، لأن قوله عليه السلام : «لا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله تعالى» يقتضي اشتراط إرادة التقرّب المتوقّفة على الإقرار بالمتقرَّب إليه . وحمله على نفي الصحّة أولى ، لأنها أقرب إلى المراد من نفي الكماليّة كما ذكرناه. ثم لا يلزم من اشتراطه بالإرادة المذكورة حصول المراد ، لأن ذلك أمر آخر لا يدلّ عليه الخبر . وكونه عبادة مطلقاً ممنوع ، بل من هذا الوجه ، وهو لا يمنع وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى ، وبهذا فارق غيره من العبادات المحضة . وهذا أقوى .

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٥٢ مسألة (١٢) ، المبسوط ٦ : ٧٠ ـ ٧١ .

(٢) التهذيب ١ : ٩٢ ح ٢٤٤ و ج ٣ : ٦ ، وانظر الكتاب المصنّف لابن أبي شيبة ١ : ٣٤٥ ، سنن الدارقطني ١ : ٤٢٠ ح ١ و ٢ ، مستدرك الحاكم ١ : ٢٤٦ .

(٣) في الحجريّتين : الرسول ، وفي «ص» : رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم .

ويعتبر في المعتَق : الاسلام ، والملك . فلو كان المملوك كافراً لم يصحّ عتقه . وقيل : يصحّ مطلقاً . وقيل : يصحّ مع النذر .

قوله : «ويعتبر في المعتَق الاسلام ... الخ» .

القول باشتراط إسلام المملوك المعتَق للأكثر ، ومنهم الشيخ في التهذيب[١] والمفيد[٢] والمرتضى[٣] والأتباع[٤] وابن إدريس[٥] والمصنّف والعلّامة[٦] ، لقوله تعالى : ﴿ولا تيمّموا الخبيث منه تنفقون﴾[٧] نهى عن قصد الخبيث بالإنفاق ، والأصل فيه التّحريم المقتضي لفساد العبادة . وقولهم عليهم السلام : «لا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله تعالى»[٨] . ورواية سيف بن عميرة قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً ؟ قال : لا »[٩] .

وفيه نظر ، أما الآية فإنما دلّت على النهي عن إنفاق الخبيث ، وهو الرديء من المال يعطاه الفقير ، على ما ذكره المفسّرون[١٠] ، ولا يلزم منه تحريم عتق الكافر ، لأن الإنفاق لماليّته لا لاعتقاده الخبيث ، وربما كانت ماليّته خيراً من

---

(١) التهذيب ٨ : ٢١٩ ذيل ح ٧٨٣ .

(٢) المقنعة : ٥٤٨ .

(٣) الانتصار : ١٦٩ .

(٤) راجع الكافي في الفقه : ٣١٨ ، المراسم : ١٩١ ، الوسيلة : ٣٤١ .

(٥) السرائر ٣ : ٤ .

(٦) قواعد الأحكام ٢ : ٩٦ .

(٧) البقرة : ٢٦٧ .

(٨) تقدّم ذكر مصادره في : ص : ٢٧٣ ، هامش (٣) .

(٩) الفقيه ٣ : ٨٥ ح ٣١٠ ، التهذيب ٨ : ٢١٨ ح ٧٨٢ ، الاستبصار ٤ : ٢ ح ١ ، الوسائل ١٦ : ٢٠ ب «١٧» من كتاب العتق ح ٥ .

(١٠) التبيان ٢ : ٣٤٤ ـ ٣٤٥ ، مجمع البيان ١ : ٣٨١ ، وانظر النكت والعيون للماوردي ١ : ٣٤٣ ، الكشّاف ١ : ٣١٤ .

. . . . . .

ماليّة العبد المسلم ، فهو من هذه الجهة ليس بخبيث . ولو سلّم تناوله للكافر منعنا من عموم النهي عن إنفاق الرديء مطلقاً بل في الصدقة الواجبة ، للإجماع على جواز الصدقه بالرديء من المال والجيّد ، والأمر[١] بالصدقة بشقّ تمرة . وأمّا الخبر الأول فقد تقدّم أن المعتبر فيه إرادة وجه الله تعالى ، وهي ممكنة في حقّ المعتِق الكافر المقرّ بالله تعالى لمثله ومن المسلم إذا رجا بعتقه الخير واستجلابه إلى الإسلام ، ونحو ذلك من المقاصد الجميلة التي يمكن معها إرادة وجه الله تعالى. ويؤيّده ما روي[٢] أن عليّاً عليه السلام أعتق عبداً نصرانيّاً فأسلم حين أعتقه . ورواية سيف ـ مع ضعف سندها بابن أبي حمزة ـ أخصّ من المدّعى ، فلا يدلّ عليه .

والقول بصحّة عتقه مطلقاً للشيخ في كتابي[٣] الفروع ، وقوّاه الشهيد في الشرح[٤] ، للأصل ، وما روي من فعل عليّ عليه السلام ، وضعف دليل المشترط . وهذا أقوى[٥] مع تحقّق قصد القربة ، وهو غير منافٍ للقول بصحّة عتقه مطلقاً ، لأن عدم القربة ينافي عتق المسلم فضلاً عن الكافر .

والقول بالصحّة مع النذر وبطلانه مع التبرّع للشيخ في النهاية[٦]

---

(١) الكافي ٤ : ٤ ح ١١ ، أمالي الطوسي ٢ : ٧٣ ، الوسائل ٦ : ٢٦٤ ب «٧» من أبواب الصدقة ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٢ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٢١٩ ح ٧٨٣ ، الاستبصار ٤ : ٢ ح ٢ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٣) المبسوط ٦ : ٧٠ ، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٥٢ مسألة (١١) .

(٤) غاية المراد : ٢٣٥ ـ ٢٣٦ .

(٥) في «ق ، ط ، م» قويّ ، وفي «د ، و» : هو الأقوى .

(٦) النهاية : ٥٤٤ .

ويصحّ عتق ولد الزنا . وقيل : لا يصحّ ، بناءً على كفره . ولم يثبت .

والاستبصار[١] ، جمعاً بين الخبرين السالفين ، بحمل فعل عليّ عليه السلام على أنّه كان قد نذر عتقه لئلّا ينافي النّهي عن عتقه مطلقاً في خبر سيف . وهو جمع بعيد لا إشعار به من الخبر أصلاً ، مع ضعف سند الخبرين وقصورهما عن الدلالة على إثبات الحكم ، وإنما يصلحان شاهداً كما ذكرناه .

قوله : «ويصحّ عتق ولد الزنا ... الخ» .

القول بعدم صحّة عتق ولد الزنا للمرتضى[٢] وابن إدريس[٣] بناءً على كفره . وهو ممنوع .

والحقّ جواز عتقه مطلقاً . أما بعد بلوغه وإسلامه فواضح ، إذ لو لم يقبل منه لزم تكليف مالا يطاق . وأمّا قبله فلأنه وإن لم يحكم بإسلامه من حيث عدم تبعيّته للمسلم ، لكن لا يحكم بكفره لعدم تبعيّته للكافر ، فيلزم من صحّة عتق الكافر صحّة عتقه بطريق أولى . وحديث[٤] أن ولد الزنا لا ينجب ـ مع تسليم سنده ـ لا يدلّ على كفره ، لأن النجابة المنفيّة مغايرة للإسلام لغة وعرفاً . وروي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لا بأس بأن يعتق ولد الزّنا»[٥] .

---

(١) الاستبصار ٤ : ٢ ذيل ح ٢ .

(٢) الانتصار : ١٦٦ .

(٣) السرائر ٣ : ١٠ .

(٤) لم نظفر عليه بهذا اللفظ في الجوامع الحديثيّة . نعم ، ورد ما يقرب منه ، راجع المحاسن : ١٠٨ ـ ١٠٩ ح ١٠٠ ، عقاب الأعمال : ٣١٣ ح ١٠ ، الوسائل ١٤ : ٣٣٩ ب «١٤» من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٩ .

(٥) الكافي ٦ : ١٨٢ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٨٦ ح ٣١٥ ، التهذيب ٨ : ٢١٨ ح ٧٨٠ ، الوسائل ١٦ : ١٩ ب «١٦» من أبواب العتق ح ١ .

ولو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه ، ولو أجازه المالك .

ولو قال : إن ملكتك فأنت حرّ ، لم ينعتق مع الملك ، إلّا أن يجعله نذراً .

قوله : «ولو أعتق .....الخ» .

المشهور بين الأصحاب أن عتق غير المالك لا يقع صحيحاً وإن أجازه المالك ، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لا عتق إلّا بعد ملك»[١] الدالّ على نفي الصحّة ، لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة . وروى ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز»[٢] . ولأنه عبادة أو فيه شائبة العبادة ، وهي لا تقبل الفضول . ولبعض[٣] العامّة قول شاذّ بوقوعه عن المعتق الموسر[٤] ويقوّم عليه .

قوله : «ولو قال ....الخ» .

إذا علّق عتقه على ملكه له ففساد العتق من وجهين : وقوعه من غير المالك ، وتعليقه على الشرط . ويستثنى من ذلك ما لو جعله نذراً أو ما في معناه ، كـ : لله عليّ إعتاقه إن ملكته ، فيجب عتقه عند حصول الشرط ، لعموم الأمر بالوفاء بالنّذر . ولا ينعتق بنفسه عند حصول الشرط ، لأن العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه ولو آناً ، فلو عتق بمجرّد ملكه لزم العتق في غير ملك . كذا استدلّ عليه

---

(١) الكافي ٦ : ١٧٩ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٢١٧ ح ٧٧٤ ، الاستبصار ٤ : ٥ ح ١٥ ، الوسائل ١٦ : ٧ ب «٥» من أبواب العتق ح ٢ .

(٢) التهذيب ٨ : ٢٤٩ ح ٩٠٢ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤ .

(٣) روضة القضاة ٣ : ١٠٨٥ ، وراجع الكافي لابن عبد البرّ ٢ : ٩٦٢ ، المغني لابن قدامة ١٢ : ٢٣٩ ، ففيهما الحكم بصحّة عتق الأب عبد ولده الصغير فقط .

(٤) في «ق ، ص ، ط» : المباشر .

ولو جعل العتق يميناً لم يقع ، كما لو قال : أنت حرّ إن فعلتُ ، أو إن فعلتَ .

ولو أعتق مملوك ولدِه الصغير ـ بعد التقويم ـ صحّ . ولو أعتقه ولم يقوّمه على نفسه ، أو كان الولد بالغاً رشيداً ، لم يصحّ .

المصنّف . وأجيب بجواز الاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب آناً ثم يعتق . هذا إذا كانت الصيغة : لله عليّ أنّه حرّ إن ملكته ، ونحوه ، أما لو كانت : لله عليّ إعتاقه ، فلا إشكال في افتقاره إلى الصيغة .

قوله : «ولو جعل ..... الخ» .

لا فرق بين تعليقه على الشرط وجعله يميناً من حيث الصيغة . وإنما يفترقان بالنيّة ، فإن كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعة ، أو الزجر عنه إن كان معصية ، كقوله : إن حججت فأنت حرّ ،أو إن زنيت ، قصداً للبعث في الأول والزجر في الثاني ، فهو يمين ، وإن كان الغرض مجرّد التعليق ، ك: إن قدم زيد أو دخلت الدار أو طلعت الشمس ، فهو شرط أو صفة . والعتق لا يقع معلّقاً[1] في الجميع . وقد تقدّمت[2] الإشارة إلى الفرق فيما سلف .

قوله : «ولو أعتق ... الخ» .

لا فرق في اشتراط كونه مملوكاً للمعتِق في صحّة العتق بين كونه ملكاً لأجنبيّ أو لولده الصغير والكبير . نعم ، لو كان صغيراً فقوّم مملوكه على نفسه بالبيع مع المصلحة ثم أعتقه صحّ ، لوجود المقتضي للصحّة حينئذٍ وهو كونه مملوكاً للمعتِق .

---

(١) في «خ ، د ، م» والحجريّتين : مطلقاً .

(٢) في ج ٩ : ٤٧٩ .

ولو شرط على المعتَق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء بـه . ولو شرط إعادته في الرقّ إن خالف ، أُعيد مع المخالفة عملاً بالشرط . وقيل : يبطل العتق ، لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حرّيّته .

ولو كان الولد كبيراً لم يصحّ عتق الأب لمملوكه مطلقاً على الأصحّ ، للعموم[١] ، خلافاً للشيخ في النهاية[٢] حيث صحّحه استناداً إلى رواية الحسين بن علوان عن زيد بن عليّ ، عن آبائه ، عن علي عليه السلام قال : «أتى النبيّ صلّى الله عليه وآله رجل فقال : يارسول الله إن أبي عمد إلى مملوك لي فأعتقه كهيئة المضرّة لي ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله : أنت ومالك من هبة الله لأبيك ، أنت سهم من كنانته ، يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، ويجعل من يشاء عقيماً ، جازت عتاقة أبيك ، يتناول والدك من مالك وبدنك ، وليس لك أن تتناول من ماله ولا من بدنه شيئاً إلّا بإذنه»[٣] . وهذه الرواية ضعيفة [السند][٤] برجال الزيديّة. والأولى حملها على استحباب إجازة الولد لأبيه ما يفعله في ماله.

قوله: «ولو شرط ... الخ» .

إذا شرط على العبد أمراً سائغاً في نفس صيغة الإعتاق صحّ الشرط والعتق، لعموم : «المؤمنون عند شروطهم»[٥] سواء كان الشرط خدمة مدّة معيّنة

---

(١) المذكور في ص : ٢٩٠ ، هامش (١ و ٢) .

(٢) النهاية : ٥٤٥ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٣٥ ح ٨٤٩ ، الوسائل ١٦ : ٦٦ ب «٦٧» من أبواب العتق ح ١ .

(٤) من «د» والحجريّتين فقط .

(٥) التهذيب ٧ : ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ ح ٨٣٥ ، الوسائل ١٥ : ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤ .

. . . . . .

أم مالاً معيّناً أم غيرهما ، ويكون ذلك عتقاً وشرطاً لا عتقاً معلّقاً على شرط .

وظاهر العبارة أنّه لا يشترط قبول المملوك ، لأنه حكم بلزوم الوفاء بـه بمجرّد الشرط . وهو أحد الأقوال في المسألة. ووجهه: أنّـه مـالك له مستحقّ لمنافعه وكسبه ، وله الضريبة المقدورة له عليه ، فهي إيجاب مال من كسبه . فإذا شرط عليه خدمة أو مالاً فقد[١] فكّ ملكه عنه وعن منافعه واستثنى بعضها ، فله ذلك، لعموم الخبر[٢] ، وأصالة الصحّة .

وقيل : يشترط قبوله مطلقاً كالكتابة ، لاقتضاء التحرير تبعيّة المنافع ، فلا يصحّ شرطه شيئاً منها إلّا بقبول المملوك .

وفصّل ثالث[٣] فشرط رضاه إن كـان المشـروط عـليه مـالاً ، ونـفاه إن كان خدمة . والفرق أن الخدمة مستحقّة للمولى بالأصالة ، فشـرطها كـاستثناء بعض المملوك عن النقل ، بخلاف شرط المال ، فإنه غير مملوك للمولى عليه ، ولا يجب على المملوك تحصيله بل بذل العمل ، سـواء تـرتّب عـليه المـال أم لا . ونمنع من جواز إلزامه بالضريبة . وقد تقدّم[٤] الكلام فيه . وهذا أقوى[٥].

إذا تقرّر ذلك ، فإن أطلق عليه الشرط لزمه الوفاء به ، ومع الإخلال يستقرّ في ذمّته ـ مالاً كان أو خدمة ـ كالدَّين . وإن شرط عليه مع ذلك إعادته في الرقّ إن خالف ففي صحّة العتق والشرط ، أو بطلانهما ، أو صحّة العتق خاصّة ، أقوال

---

(١) في «ق ، ط» والحجريّتين : بعد فكّ .

(٢) انظر الهامش (٥) في الصفحة السابقة .

(٣) راجع قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٤٧٨ .

(٤) في ج ٨ : ٥٠١ .

(٥) في «ق» : قويّ .

. . . . . .

اختار أوّلها الشيخ في النهاية[١] وأتباعه[٢] ، لعموم : «المؤمنون عند شروطهم»[٣] وخصوص رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوّجه ابنته ويشترط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرقّ ، قال : له شرطه»[٤] .

وأجاب المصنّف في النكت[٥] بشذوذ الرواية ، وضعف سندها ، ومنافاتها لأصول المذهب ، فيجب اطّراحها . واختار بطلانهما معاً ، لتضمّنه عود من ثبتت حرّيته رقّاً وهو غير جائز ولا معهود . ولا يرد مثله في المكاتب المشروط ، لأنه لم يخرج عن الرقّية وإن تشبّث بالحرّية ، فلم يعد إليها إذ[٦] لم يخرج عنها . ومعنى قول السيّد له : فإن عجزت فأنت ردّ في الرقّ المحض الذي ليس بكتابة لا مطلق الرقّ . والردّ وإن كان مسبوقاً بالمفارقة إلّا أنّها تصدق بالخروج عن محض الرقّية ، وهي أعمّ من مطلقها ، فلا يلزم من انتفائها انتفاؤها ، لأن عدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ ، أو أراد المفارقة مجازاً تسمية للشيء باسم ما يؤل إليه ، أو إقامة للسبب مقام المسبّب .

واختار ابن إدريس[٧] صحّة العتق وبطلان الشرط، لأنهما شيئان فلايلزم من فساد أحدهما ـ لعارض مخالفته للمشروع ـ بطلان الآخر . وقوّاه فخر الدين في

---

(١) النهاية : ٥٤٢ .

(٢) المهذّب ٢ : ٣٥٩ ، الوسيلة : ٣٤١ ، إصباح الشيعة : ٤٧٢ .

(٣) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٢٩٢ هامش (٥) .

(٤) الكافي ٦ : ١٧٩ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢٢٢ ح ٧٩٥ .

(٥) نكت النهاية ٣ : ١٠ .

(٦) في «د ، خ ، ق ، ص» : إذا .

(٧) انظر السرائر ٣ : ١١ ، ولكن لم يصرّح بصحّة العتق ، بل ظاهر كلامه ذلك .

ولو شرط خدمة زمان معيّن صحّ . ولو قضى المدّة آبقاً ، لم يعد في الرقّ . وهل للورثة مطالبته بأجرة مثل الخدمة ؟ قيل : لا ، والوجه اللزوم .

شرحه[١] ، محتجّاً ببناء العتق على التغليب .

والأصحّ بطلانهما معاً ، لأن العتق مجرّداً عن الشرط غير مقصود ، وبناء العتق على التغليب لا يدلّ على صحّته من دون القصد .

قوله : «ولو شرط خدمة زمان ... الخ» .

اشتراط خدمة زمان معيّن من جملة الشروط السائغة التي يصحّ اشتراطها على المملوك ، بل هي أوضح ما يشترط عليه كما عرفته .

ثم إن وفى بالمدّة فلا كلام . وإن أخلّ بها فليس للمالك ولا لورثته إلزامه بالخدمة في مثلها من المدّة قطعاً ، لأن الزمان المعيّن للخدمة قد فات ، وهي ليست مثليّة . وكذا لا يعاد في الرقّ بالإخلال ، لما تقدّم[٢] . فهل يثبت عليه أجرة مثل الخدمة المشروطة للمالك أو ورثته ؟ قال الشيخ في النهاية[٣] وأتباعه[٤] وابن الجنيد[٥] : لا ، لصحيحة يعقوب بن شعيب قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدمه خمسين سنة فأبقت ، ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها ؟ قال : لا»[٦] .

---

(١) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٧٩ .

(٢) في الصفحة السابقة .

(٣) النهاية : ٥٤٢ .

(٤) المهذّب ٢ : ٣٥٩ ، الوسيلة : ٣٤١ ، إصباح الشيعة : ٤٧٢ .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٢٥ .

(٦) الكافي ٦ : ١٧٩ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٦٩ ح ٢٣٥ ، التهذيب ٨ : ٢٢٢ ح ٧٩٧ ، الوسائل ١٦ : ١٤ ب «١١» من أبواب العتق . وفي المصادر : خمس سنين .

ومن وجب عليه عتق في كفّارة لم يجزه التدبير .
وإذا أتى على المؤمن سبع سنين اُستحبّ عتقه .

والمصنّف وقبله ابن إدريس[١] والمتأخّرون[٢] ذهبوا إلى لزوم الأجرة ، لأنها حقّ متقوّم بالمال فيثبت في الذمّة بقيمته وهي أجرة المثل . والرواية الصحيحة غير منافية لذلك ، لأنه إنما نفى استخدامها ونحن نقول به ، لأن مدّة الخدمة المعيّنة قد فاتت ، وهي ليست مثليّة حتى تلزمه الخدمة في مثلها ، وإنما عليه أجرة مثلها ، لأنها مستحقّة عليه وقد فوّتها عليهم ، ونفي الاستخدام لا يقتضي نفي الأجرة الثابتة لهم عوضاً عمّا فوّت عليهم من الحقّ . وهذا حسن[٣].

قوله : «ومن وجب ... الخ» .

المعتبر في العتق عن الكفّارة كونه منجّزاً ، فلا يجزي عنه التدبير وإن نوى به التكفير ، ولرواية إبراهيم الكرخي قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن هشام بن أذينة سألني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث لسيّده حدث ، فمات السيّد وعليه تحرير رقبة واجبة في كفّارة ، أيجزي عن الميّت عتق العبد الذي كان السيّد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبة التي كانت على الميّت ؟ فقال : لا»[٤] .

قوله : «وإذا أتى ... الخ» .

مستند الحكم رواية محمد بن عبد الله بن زرارة عن بعض آل أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه

---

(١) السرائر ٣ : ١١ .

(٢) كشف الرموز ٢ : ٢٨٩ ، تحرير الأحكام ٢ : ٧٩ .

(٣) في «ق ، ص» : أحسن .

(٤) الكافي ٦ : ١٩٤ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢٣١ ح ٨٣٧ ، الوسائل ١٥ : ٥٥٨ ب «٩» من أبواب الكفّارات ح ١ .

ويستحبّ عتق المؤمن مطلقاً . ويكره عتق المسلم المخالف ، وعتق من لا يقدر على الاكتساب . ولا بأس بعتق المستضعف .

ومن أعتق من يعجز عن الاكتساب استحبّ إعانته .

أم لم يعتقه ، ولا تحلّ خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين»[١] . وهي محمولة على استحباب عتقه بعد المدّة ، للإجماع على أنّه لا يعتق بنفسه . والرواية وإن كانت مرسلة إلّا أن دليل السنن يتأدّى بمثلها .

قوله : «ويستحبّ .... الخ» .

لا إشكال في استحباب عتق المؤمن مطلقاً ، لما فيه من الإحسان إليه وتخليصه من نقص الرقّ . وقد تقدّم في صدر الكتاب[٢] ما يدلّ على تأكّد الاستحباب .

ويكره عتق المخالف ، لقول الصادق عليه السلام : «ما أغنى الله عن عتق أحدكم ، تعتقون اليوم ويكون علينا غداً ! لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً»[٣]. وهو محمول على الكراهة كما سلف[٤] .

وكذا يكره عتق العاجز عن القيام بكفايته ، إلّا أن يعينه بالإنفاق . قال الرضا عليه السلام : «من أعتق مملوكاً لاحيلة له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه ، وكذلك كان عليّ عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له»[٥].

---

(١) الكافي ٦ : ١٩٦ ح ١٢ ، التهذيب ٨ : ٢٣٠ ح ٨٣١ ، الوسائل ١٦ : ٣٦ ب «٣٣» من أبواب العتق ح ١ .

(٢) في ص : ٢٦٥ .

(٣) الكافي ٦ : ١٩٦ ح ٩ ، الوسائل ١٦ : ١٩ ب «١٧» من أبواب العتق ح ٣ .

(٤) لم نجده فيما سلف ، وانظر ص : ٢٦٦ .

(٥) الكافي ٦ : ١٨١ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٢١٨ ح ٧٧٨ ، الوسائل ١٦ : ١٧ ب «١٤» من أبواب العتق ح ١ .

ويلحق بهذا الفصل مسائل :

الأولى : لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة ، قيل : يعتق أحدهم بالقرعة ، وقيل : يتخيّر ويعتق ، وقيل : لا يعتق شيئاً ، لأنه لم يتحقّق شرط النذر . والأول مرويّ .

وروى هشام بن سالم في الصحيح قال : «سألته عن النسمة ، فقال : أعتق من أغنى نفسه»[١] . وروى الحلبي في الصحيح قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرقبة تعتق من المستضعفين ؟ قال : نعم»[٢] . وقد تقدّم البحث عن حقيقة المستضعف في تضاعيف الكتاب[٣] مراراً .

قوله : «لو نذر .....الخ» .

إذا نذر عتق أول مملوك يملكه صحّ النذر وإن كان المنذور مبهماً كما يجوز نذر المعيّن ، للأصل والنصّ[٤] .

ثم إن اتّفق ملك واحد ببيع أو هبة أو ميراث أو غيرها عتق . وهل يشترط لعتقه أن يملك آخر بعده ؟ وجهان ، من أن الأوليّة تقتضي أمرين : أحدهما ثبوتي وهو سبقه لغيره ، والآخر عدمي وهو عدم سبق غيره له ، ومن الشك في اقتضائه الأمر الأول عرفاً . والأظهر عدم الاشتراط .

وإن ملك جماعة دفعة ففيه أقوال :

---

(١) الكافي ٦ : ١٨١ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢١٨ ح ٧٧٩ ، الوسائل ١٦ : ١٨ ب «١٥» من أبواب العتق ح ٣ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٢ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢١٨ ح ٧٨١ ، الوسائل ١٦ : ١٩ ب «١٧» من أبواب العتق ح ١ .

(٣) راجع ج ١ : ٤٢١ ، وج ٧ : ٤١٢ .

(٤) لاحظ الوسائل ١٦ : ٥٨ ب «٥٧» من أبواب العتق .

. . . . . .

أحدها : لزوم عتق واحد منهم ، ويخرج بالقرعة . أما لزوم العتق فلوجود شرط النذر فوجب الوفاء به ، لأن الأوليّة موجودة في كلّ واحد منهم ، لأنه بملك الجماعة صدق أنّه ملك واحداً ، لأنه من جملة الجماعة . وأمّا إخراجه بالقرعة فلانتفاء الأولويّة عن أحدهم ، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حرّ ، فورث سبعة جميعاً ، قال : «يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج سهمه»[١] . وهذا قول الشيخ في النهاية[٢] والصدوق[٣] وجماعة[٤].

وثانيها : أنّه يصحّ ، ويتخيّر الناذر مع بقائه وقدرته عليه ، وإلّا فالقرعة . وهو قول ابن الجنيد[٥] ، والشيخ في التهذيب[٦] ، والمصنّف في النكت[٧] ، والشهيد في الشرح[٨] ، لرواية الحسن الصيقل أنّه سأل الصادق عليه السلام عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حرّ ، فأصاب ستّة ، قال : «إنما كانت نيّته على واحد ، فليختر أيّهم شاء فليعتقه»[٩] . وحمل القائلون بهذه الرواية رواية القرعة

---

(١) الفقيه ٣ : ٥٣ ح ١٧٩ ، التهذيب ٨ : ٢٢٥ ح ٨١١ ، الوسائل ١٨ : ١٩٠ ب «١٣» من أبواب كيفيّة الحكم ح ١٥ .

(٢) النهاية : ٥٤٣ .

(٣) المقنع : ١٥٧ .

(٤) المهذّب ٢ : ٣٦٠ ، إصباح الشيعة : ٤٧٣ ، المختلف : ٦٢٥ ـ ٦٢٦ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٤٨٠ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٤ ، المقتصر : ٣٠٦ .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٢٥ .

(٦) التهذيب ٨ : ٢٢٦ ، ذيل ح ٨١٢ .

(٧) نكت النهاية ٣ : ١٤ .

(٨) غاية المراد : ٢٣٧ .

(٩) التهذيب ٨ : ٢٢٦ ح ٨١٢ ، الاستبصار ٤ : ٥ ح ١٧ ، الوسائل ١٦ : ٥٩ ب «٥٧» ح ٣ .

الثانية : لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين.

على الاستحباب جمعاً بين الأخبار . وفيه نظر ، لأن رواية القرعة صحيحة [السند][1] وهذه ضعيفة السند ، فإن في طريقها إسماعيل بن يسار وهو ضعيف ، والحسن الصيقل [وهو][2] مجهول الحال ، فالعمل بالأخرى متعيّن ، لعدم المعارض .

وثالثها : بطلان النذر ، لفقد صفته المعتبرة فيه وهي وحدة المملوك ، ولا أول للمملوكين دفعة إلّا الجملة وعتقها غير مقصود ، ولأصالة البراءة . وأجيب بظهور الأول بما ذكر ، وبالنصّ وهو مخرج بحكم الأصل عنه .

قوله : «لو نذر تحرير .....الخ» .

التوأمان هما الولدان في بطن [واحد][3] وإنما عتقا معاً دون المملوك المتعدّد في السابقة لأن المنذور هنا ـ وهو متعلّق «ما» ـ عامّ فيشمل الجميع ، بخلاف المملوك ، فإنه نكرة في سياق الإثبات فلا تكون عامّة . ولو أن المنذور في الأول كان أول ما يملكه ، والثاني أول ولد تلده ، لانعكس الحكم . وهذا الفرق يتمّ مع إرادته بـ «ما» كونها موصولة لتعمّ ، فلو قصدها مصدريّة كانت بمعنى مملوك[4] . ولو أطلق ففي حمله على أيّهما وجهان ، من اشتراكها[5] المانع من حملها على أحدهما بغير قرينة والمتيقّن[6] منه هو الواحد ، ومن احتمال ظهورها في العامّ كما

(١ ـ ٣) من «د» والحجريّتين .

(٤) في «خ» : مولود فيساوي مملوك .

(٥) كذا في «ط» وفي سائر النسخ والحجريّتين : اشتراكهما .

(٦) في «خ ، م» : والمعتق منه .

الثالثة : لو كان له مماليك فأعتق بعضهم ، ثم قيل له : هل أعتقت مماليكك ؟ فقال : نعم ، انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصّة .

هو ظاهر حكم الأصحاب ، والرواية[١] مؤيّدة وإن لم تصلح لتأسيس الحكم . ولو قصد بـ «مملوك» الجنس احتمل مساواته لـ «ما» لصلاحيّته للجميع كما يصلح للواحد . والوجه الفرق ، فإن صلاحيّة الجنس للواحد والمتعدّد يمنع من حمله على المتعدّد بغير قرينة ، والمتيقّن منه هو الواحد .

ويشترط في الحكم بعتقهما معاً على تقديره ولادتهما دفعة وإن كان نادراً ، إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأول . وأطلق الأكثر الحكم من غير تقييد بالدفعة تبعاً لإطلاق الرواية . وهو حسن لو صلحت[٢] لإثبات الحكم .

هذا إذا ولدت الأول حيّاً وإلا عتق الثاني ، لأن الميّت لا يصلح للعتق ، ونذره صحيحاً يدلّ على حياته التزاماً . وقيل : يبطل هنا ، لفوات متعلّقه . ولو ولدته مستحقّاً للعتق كالمقعد فالوجهان . وأولى بعدم عتق الثاني هنا ، لصلاحيّة الأول للعتق غايته اجتماع سببين لعتقه .

قوله : «لو كان له مماليك .... الخ» .

هذه المسألة ذكرها الشيخ[٣] والجماعة[٤] بهذا الإطلاق . والأصل فيها

---

(١) الكافي ٦ : ١٩٥ ح ٧ ، التهذيب ٨ : ٢٣١ ح ٨٣٤ ، الوسائل ١٦ : ٣٥ ب «٣١» من أبواب العتق .

(٢) في هامش «و» : «قصورها من حيث السند ، فإنها مرسلة ، وفي متنها بحث . منه رحمه الله» .

(٣) النهاية : ٥٤٤ .

(٤) المهذّب ٢ : ٣٦٠ ، السرائر ٣ : ١٢ ، قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ .

. . . . . .

رواية سماعة قال : «سألته عن رجل قال لثلاثة مماليك له : أنتم أحرار ، وكان له أربعة ، فقال له رجل من الناس : أعتقت مماليكك ؟ قال : نعم ، أيجب العتق لأربعة حين أجملهم ، أو هو للثلاثة الذين أعتق ؟ فقال : إنما يجب العتق لمن أعتق»[١] .

وفي هذا الحكم بحث ، وفيه على إطلاقه إشكال ، لأن الحكم إن كان جارياً على ما في نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقراراً بالعتق ظاهراً فالحكم كذلك . ولا فرق عليه بين كون من أعتقهم بالغين حدّ الكثرة وعدمه . فلو كان قد أعتق واحداً منهم وعبّر بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه ، لأن الإقرار ليس من الأسباب الموجبة لإنشاء العتق في الحال ، وإنما هو إخبار عمّا سبق ، فلا يصحّ إذا لم يكن مطابقاً لخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضاه . فما كان قد وقع عليه العتق انصرف إليه ، وغيره يبقى على أصل الرقّ قليلاً كان أم كثيراً .

وإن كان جارياً على ظاهر الإقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع مماليكه ، لأن «مماليك» جمع مضاف وهو يفيد العموم ، و «نعم» يقتضي تقرير السؤال وإعادته ، فيكون إقراراً بعتق الجميع . والرواية قاصرة [الدلالة][٢] عن إفادة قصر الحكم على ما في نفس الأمر واطّراح الإقرار ظاهراً ، من حيث إنها مقطوعة ضعيفة السند ، إلّا أن الشيخ لا يراعي في عمله تصحيح الرّواية خصوصاً في النهاية ، وتبعه الجماعة زاعمين انجبار الضعف بالشهرة ، فلذلك رتّبوا الحكم على ما في نفس الأمر .

---

(١) الفقيه ٣ : ٦٨ ح ٢٣٠ ، التهذيب ٨ : ٢٢٦ ح ٨١٣ ، الوسائل ١٦ : ٥٩ ب «٥٨» من أبواب العتق ح ١ .

(٢) من «د» والحجريّتين .

. . . . . .

ثم إنه يشكل بما لو كان المعتَق دون العدد الكثير وقد أجاب به بل بصيغة جمع الكثرة ، فكيف ينصرف الإقرار إلى ما أعتقه خاصّة وتحصل المطابقة بين عتقه لواحد وبين قوله : أعتقت مماليكي ؟ ولأجل ذلك استقرب العلّامة في القواعد[١] اشتراط الكثرة في المعتَق لتطابق لفظ الإقرار . والإشكال فيه أقوى من الإطلاق ، لأنه لا يجري على الظاهر ولا على ما في نفس الأمر . أمّا الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الإقرار عتق الجميع من حيث إن «مماليكك» جمع مضاف مفيد للعموم وقد أقرّه في الإقرار[٢] به . وأمّا في نفس الأمر فلأن العتق لم يقع فيه إلّا على من باشر عتقه خاصّة ، وصيغة الإقرار ليست من الأسباب المنشئة[٣] لعتق باقي العدد المعتبر في الكثرة تتمّة لما وقع عليه العتق .

واعتذر له ولده فخر الدين ـ رحمه الله ـ بأنه إذا أعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله : هؤلاء مماليكي حقيقة ، فإذا قيل له : أعتقت مماليكك ؟ فقال : نعم ، وهي تقتضي إعادة السؤال وتقريره ، فيكون إقراراً بعتق المماليك الّذين انعتقوا ، فلا يلزم بغيرهم ، لأصالة البراءة ، ولأن الإقرار إنما نحمله على التحقيق والمتيقّن لا على ما فيه احتمال .

ثم قال : «وهل يشترط في الاقتصار عليه كثرة بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة أم لا ؟ قولان.ومنشأ القولين أن اللفظ إنما يحمل على الإقرار على أصل الحقيقة ، ومن حيث أصل البراءة ، ومن جواز التجوّز به . فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد ، وعلى عدمه لا يكتفى بالواحد ، ويلزم بعتق ما يصدق عليه

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ .

(٢) في «ص ، و ، ط» : بالإقرار .

(٣) في «د ، م» : الموجبة ، وفي «و» : المثبتة .

. . . . . .

الجمع، ويكون في الباقي كالمشتبه»[١] . ثم جعل هذا البحث مبنيّاً على الحكم بمجرّد الإقرار ظاهراً ، أما البحث عمّا في نفس الأمر فلا ينعتق إلّا ما أوقع عليه العتق .

وفي هذا الكلام نظر من وجوه :

الأول : ظهور الفرق بين المتنازع وهو قوله: «أعتقت مماليكي» الذي هو مقتضى قوله: «نعم» جواباً لمن قال: «أعتقت مماليكك» ، وبين قوله عن ثلاثة من مماليكه : «هؤلاء مماليكي» وإن اشتركا في صيغة العموم ، لأن لفظ العموم يستغرق ما يصلح له ويدخل فيه دون غيره . فقوله: «أعتقت مماليكي» يصلح لجميع من هو داخل في ملكه وإن بلغوا ألفاً ، فيتناولهم العموم ، وقوله: «هؤلاء مماليكي» إنما يتناول المشار إليهم دون غيرهم ، فلا يلزم من صدق قوله عن الثلاثة : «هؤلاء مماليكي» اختصاص الحكم بعتق ثلاثة إذا قال : «أعتقت مماليكي» الدالّ بلفظه على الجميع .

الثاني : قوله : «فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم» لا يتمّ إلّا بحسب نفس الأمر ، أما بحسب الظاهر فقد وجد الإقرار بالعتق الدالّ بالوضع على الجميع فلا يختصّ بالبعض . وبهذا ينقطع أصل البراءة . وقد اعترف بأن الحكم مبنيّ على الظاهر لا على نفس الأمر .

الثالث : قوله : «إن الإقرار إنما نحمله على التحقيق والمتيقّن لا على ما فيه احتمال» إن أراد به المتيقّن بحسب مدلول اللفظ فمسلّم لكن لا ينفعه في الاقتصار على الثلاثة ، لأن مدلول اللفظ والمتيقّن منه متناول لجميع مماليكه

---

(١) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٨١ .

. . . . . .

بالنظر إلى عموم لفظ الإقرار . وإن أراد المتيقّن في نفس الأمر ونفي المحتمل خروجه وإن دلّ عليه لفظ الإقرار فظاهر فساده ، لأن الانسان مؤاخذ بما يدلّ عليه لفظه وإن احتمل في نفس الأمر خلافه ، كما لو قال : لفلان عليّ ألف ، فإنه يحكم عليه بها ، لدلالة لفظه على كونها مستحقّة عليه وإن كان من المحتمل في نفس الأمر براءته منها . وكذا لو قال : أعتقت عبيدي ، ولم يكن قد أعتق أحداً منهم ، فإنه يؤخذ بإقراره ويحكم عليه بعتق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم .

الرابع : ترتيب الخلاف في الحكم بعتق واحد خاصّة أو أقلّ الجمع على الظاهر مع وجود اللفظ الدالّ على الجمع والعموم غير مطابق ، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعتق الجميع أو الجمع ، أما الاقتصار على الواحد فلا يقتضيه اللفظ بوجه . ولا يقول أحد بأن من أقرّ بشيء بصيغة الجمع فضلاً عن العموم يلزمه واحد خاصّة ، وإنما الخلاف في حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثة فصاعداً ، أما الواحد فليس محلّ نظر أصلاً .

والحقّ في هذه المسألة العمل بالظاهر والحكم عليه بعتق الجميع ، نظراً إلى مدلول لفظه ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحكم عليه إلّا بعتق من أعتقه خاصّة ، ولا يزيد عنه إلى أقلّ الجمع لو كان أقلّ منه قطعاً . نعم ، لو دلّت القرائن على أنّه لا يريد باللفظ مدلوله ، كما لو مرّ على عاشر فأراد أن يأخذ عليهم مظلمة فأقرّ بذلك ، مع ظهور إرادته بخلاف مدلول لفظه ، اتّجه عدم الحكم عليه به ظاهراً كما لا يحكم به باطناً . وعليه دلّت رواية الوليد بن هشام قال : «قدمت من مصر ومعي رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت : هم أحرار كلّهم ، فقدمت المدينة

الرابعة : لو نذر عتق أمته إن وطئها صحّ . فإن أخرجها من ملكه انحلّت اليمين ، ولو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين .

فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر فقال : ليس عليك شيء»[١] . فلم يحكم عليه السلام عليه بظاهر إقراره وأقرّه على ما في نفس الأمر . وكذلك الرواية السابقة[٢] ظاهرة في إرادة ما في نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه السلام : «إنما يجب العتق لمن أعتق» .

قوله : «لو نذر عتق أمته ..... الخ» .

مستند هذا الحكم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول : يوم يأتيها فهي حرّة ، ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك ، قال : لا بأس أن يأتيها قد خرجت عن ملكه»[٣] . وما وقفت على رادّلها إلّا ما يظهر من ابن إدريس[٤] .

وظاهرها يدلّ على صحّة تعليق العتق على شرط مطلقاً ، لكن الأصحاب[٥] لمّا لم يقولوا به حملوها على النذر . وفي تعدّي حكمها إلى غير الأمة وإلى التعليق بغير الوطء وجهان ، من مخالفتها للأصل حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر ، لأن غايته أن تصير أجنبيّة منه والنذر

---

(١) الفقيه ٣ : ٨٤ ح ٣٠١ ، التهذيب ٨ : ٢٢٧ ح ٨١٥ ، الوسائل ١٦ : ٦٠ ب «٦٠» من أبواب العتق .

(٢) في ص : ٣٠٢ ، هامش (١) .

(٣) الفقيه ٣ : ٦٨ ح ٢٢٩ ، التهذيب ٨ : ٢٢٦ ح ٨١٤ ، الوسائل ١٦ : ٦٠ ب «٥٩» من أبواب العتق .

(٤) السرائر ٣ : ١٢ ـ ١٣ .

(٥) انظر إصباح الشيعة : ٤٧٣ ، السرائر ٣ : ١٢ ـ ١٣ ، الجامع للشرائع : ٤٠٣ ، قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٤ .

الخامسة : لو نذر عتق كلّ عبد قديم ، انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستّة أشهر فصاعداً .

يصحّ تعلّقه[١] بالأجنبيّة ، كنذر عتقها إن ملكها وهي في ملك غيره ابتداءً كما تقدّم[٢] في نظائره ، ومن الإيماء في الرواية إلى العلّة بقوله : «قد خرجت عن ملكه» وذلك يوجب التعدّي إلى ما توجد فيه العلّة المنصوصة . وفي الرواية أيضاً على تقدير حملهاعلى النذر دلالة على جواز التصرّف في المنذور المعلّق على شرط قبل حصول الشرط ، وفيه خلاف مشهور . وموضع الحكم بانحلال النذر ما إذا لم يعمّم نذره ولو بالنيّة بما يشمل الملك العائد ، وإلّا فلا إشكال في بقاء الحكم.

قوله : «لو نذر عتق كلّ عبد ..... الخ» .

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية[٣] ، وتبعه عليها جماعة[٤] [من][٥] المتأخّرين حتى ابن إدريس[٦] . والأصل فيها رواية داود النهدي عن بعض أصحابنا قال : «دخل أبو سعيد المكاري على أبي الحسن الرضا عليه السلام فقال له : أسألك عن مسألة رجل قال عند موته : كلّ مملوك لي قديم فهو حرّ لوجه الله ، قال : إن الله عزّ وجلّ يقول في كتابه : ﴿حتى عاد كالعرجون القديم﴾ فما كان من مماليكه أتى له ستّة أشهر فهو قديم حرّ»[٧] .

---

(١) في «خ ، د ، م» والحجريّتين : تعليقه .

(٢) في ص : ٢٩٨ .

(٣) النهاية : ٥٤٤ .

(٤) الجامع للشرائع : ٤٠١ ، قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ ، الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٠٥ .

(٥) من «خ ، د» والحجريّتين .

(٦) السرائر ٣ : ١٣ .

(٧) تفسير القمي ٢ : ٢١٥ ، الكافي ٦ : ١٩٥ ح ٦ ، الفقيه ٣ : ٩٣ ح ٣٥١ ، التهذيب ٨ : ٢٣١ =

. . . . . .

والرواية كما ترى اشتملت على لفظ المملوك الشامل للذكر والأنثى ، ولكن الشيخ عبّر بلفظ العبد وتبعه المصنّف والجماعة ، وتمادى الأمر إلى أن توقّف العلّامة[١] في تعدّي الحكم إلى الأمة من حيث إن هذا الحكم على خلاف الأصل لا[٢] دليل عليه من جهة العرف ولا اللغة ، وإنما مستنده الشرع ، مع أن الرواية ضعيفة السند مرسلة . واعتذر فخر الدين[٣] ـ رحمه الله ـ عن ذلك بأن المسألة إجماعيّة ، وأن الإجماع لم يقع إلّا على العبد ، فلذلك استشكل والده حكم الأمة . والإجماع على وجه يكون حجّة ممنوع ، بل كثير من العلماء كابن الجنيد وسلّار والصّدوق لم يتعرّضوا لها ، وإنما الأصل فيها الشيخ وطريقته في النهاية الاستناد إلى الروايات من غير مراعاة طريقها كما هو المعلوم من عادته ، ولكن اتّباع ابن إدريس له حملهم على شبهة الإجماع ، حيث إنه لا يعتمد أخبار الآحاد مطلقاً ، فعمله بمضمونها يدلّ على فهمه أنه إجماع .

واعلم أن المتأخّرين اختلفوا في تعدّي الحكم إلى نذر الصدقة بالمال القديم والإقرار به وإبراء كلّ غريم قديم ونحو ذلك ، بشبهة أن القديم قد صار حقيقة شرعيّة في ذلك القدر فيتعدّى ، معتضداً بتعليل الرواية بقوله : «حتى عاد كالعرجون القديم» فإنه يقتضي ثبوت القدم بالمدّة المذكورة مطلقاً ، ومن معارضة اللغة والعرف ، ومنع تحقّقه شرعاً لضعف المستند ، وقصر الإجماع المدّعى على

= ح ٨٣٥، الوسائل ١٦ : ٣٤ ب «٣٠» من أبواب العتق ح ١ . والآية في سورة يس : ٣٩ ، وفيما عدا تفسير القمي : ابن أبي سعيد .

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٩٨ .

(٢) في «م» : ولا .

(٣) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٨٣ .

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

مورده .

ولو قصر الجميع عن ستّة أشهر ، ففي عتق أولهم تملّكاً اتّحد أم تعدّد ، أو بطلان النذر وجهان . وعلى الصحّة لو اتّفق ملك الجميع دفعة ، ففي انعتاق الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان . والأقوى الرجوع في غير موضع الوفاق إلى العرف ، فإن لم يدلّ على اتّصاف شيء من متعلَّق النذر بالقدم بطل .

قوله : «من أعتق عبده وله مال ..... الخ» .

هذه المسألة مبنيّة على أن المملوك هل يصلح لأن يملك شيئاً حال كونه مملوكاً أم لا ؟ فالأكثر على العدم ، عملاً بظاهر الآية[١] . وقيل : يصحّ أن يملك ، عملاً بروايات[٢] كثيرة دالّة عليه ، ومنها الصحيح . والأولى حملها على إباحة تصرّفه فيما يأذن له فيه من فاضل الضريبة وغيره . فإن أحلنا ملكه وكان بيده مال فهو للمولى ، سواء أعتق أم بقي على الرقّية ، ما لم يعلم أن أصله من جهة خارجة عن المولى . وإن جوّزنا ملكه فأعتقه وبيده مال فهو له إن علم به المولى ولم يستثنه ، وإلّا فهو للمولى ، لصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال : «سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال لمن المال ؟ فقال : إن كان يعلم أن له مالاً تبعه ماله ، وإلّا فهو له»[٣] . وفي رواية أخرى عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام

---

(١) النحل : ٧٥.

(٢) لاحظ الوسائل ١٦ : ٢٨ ب « ٢٤» من أبواب العتق .

(٣) الكافي ٦ : ١٩٠ ح ٤ ، التهذيب ٨ : ٢٢٣ ح ٨٠٣ ، الاستبصار ٤ : ١٠ ح ٣٠ ، الوسائل ١٦ : ٢٩ ب « ٢٤» من أبواب العتق ح ٤ .

. . . . . .

قال : «إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه وهو يعلم أن له مالاً ، ولم يكن استثنى السيّد المال حين أعتقه ، فهو للعبد»[١] . وتوقّف العلّامة في المختلف[٢] مع حكمه بعدم ملك العبد ، نظراً إلى صحّة الرواية .

وفي الاستدلال بها نظر ، لأن الأُولى وإن كانت صحيحة إلّا أنه ليس فيها أنه مع استثناء المولى يكون له ، بل أطلق فيها أنه مع علمه بالمال يكون للعبد . والثانية وإن دلّت على الحكم المدّعى في القول إلّا أن في طريقها ابن بكير وحاله مشهور ، لكن نقل الكشّي[٣] إجماع العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه وإن كان فطحيّاً . فعلى هذا يمكن الاستناد إلى روايته ، وتحمل الأُولى على ما لو لم يستثنه حملاً للمطلق على المقيّد .

ثم على تقدير توقّف ملك المولى على استثناء المال لا فرق بين أن يقدّم[٤] العتق على الاستثناء ويؤخّره مع الاتّصال ، لأن الكلام جملة واحدة لا يتمّ إلّا بآخره .

واشترط الشيخ[٥] تقديم الاستثناء على التحرير ، لرواية أبي جرير قال : «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه : أنت حرّ ولي

---

(١) الكافي ٦ : ١٩٠ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٦٩ ح ٢٣٧ ، التهذيب ٨ : ٢٢٣ ح ٨٠٤ ، الاستبصار ٤ : ١٠ ح ٣١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ١ ، وفيه : عن أبي جعفر عليه السلام .

(٢) المختلف : ٦٢٤ .

(٣) اختيار معرفة الرجال : ٣٧٥ رقم (٧٠٥) .

(٤) في «و» : يقدّمه المعتق .

(٥) النهاية : ٥٤٣ .

. . . . . .

مالك، قال : لا يبدأ بالحرّية قبل العتق يقول : لي مالك وأنت حرّ برضا المملوك»[١] . ولأنه إذا قدّم التحرير انعتق بقوله : أنت حرّ ، فلا يقع الاستثناء موقعه.

وفيه نظر ، لأن الرواية تضمّنت اعتبار رضا المملوك ولا يقولون به . ونمنع حصول التحرير قبل تمام الكلام ، لأن الشرط من جملة الصيغة .

واعلم أن العلّامة في المختلف[٢] أسند الرواية إلى حريز وجعلها صحيحة، وتبعه ولده[٣] والشهيد في الدروس[٤] وجماعة[٥] . والموجود في الكافي والتهذيب والاستبصار أبو جرير بالجيم ، وهو الصواب ، لأن حريزاً لم يرو عن الكاظم عليه السلام ، بخلاف أبي جرير ـ وهو زكريّا بن إدريس الأشعري ـ فقد روى عن الصادق والكاظم والرضا عليهم السلام ، وهو ممدوح غير موثّق ، فيكون من الحسن لا من الصحيح . ففيما نقلوه خللان[٦] لفظيّ ومعنويّ .

---

(١) الكافي ٦ : ١٩١ ح ٥ ، الفقيه ٣ : ٩٢ ح ٣٤٤ ، التهذيب ٨ : ٢٢٤ ح ٨٠٦ ، الاستبصار ٤ : ١١ ح ٣٣ ، الوسائل ١٦ : ٢٩ ب «٢٤» من أبواب العتق ح ٥ ، وفيما عدا الفقيه : لا يبدأ بالحرّية قبل المال ، وفي الفقيه : يبدأ بالمال قبل العتق .

(٢) المختلف : ٦٢٤ .

(٣) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٧٨ .

(٤) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٠٦ .

(٥) في هامش «ق ، و» : «وتبعهم على وصفها بالصحّة وكونه حريزاً ابن فهد والمقداد في المهذّب والتنقيح . منه» لاحظ التنقيح الرائع ٣ : ٤٤٦ ، المهذّب البارع ٤ : ٥٧ ، ولكن نقلا الرواية عن أبي جرير .

(٦) في «ص ، ق ، ط ، خ ، م» : خلاف .

السابعة : إذا أعتق ثلث عبيده ـ وهم ستّة ـ أُستخرج الثلث بالقرعة . وصورتها : أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كلّ رقعة ، ثم يخرج على الحرّيّة أو الرقّيّة . فإن أخرج على الحرّيّة كفت الواحدة ، وإن أخرج على الرقّيّة افتقر إلى إخراج اثنين .

وإذا تساووا عدداً وقيمة ، أو اختلفت القيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً ، فلا بحث .

وإن اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد . وفيه تردّد .

وإن تعذّر التعديل عدداً وقيمة أخرجنا على الحرّيّة حتى يستوفى الثلث قيمة . ولو قصرت قيمة المخرج أكملنا الثلث ولو بجزء من آخر .

قوله : «إذا أعتق ....الخ» .

إذا أعتق جزءً من عبيده مشاعاً كالثلث ، أو أعتق المريض الجميع فلم ينفذ إلّا في الثلث ، واحتيج إلى إخراج الجزء المذكور أُستخرج بالقرعة .

وفي كيفيّتها طرق :

أحدها : أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ثم يخرج على الرقّ أو الحرّيّة .

والثاني : أن يكتب في الرقاع الرقّ والحرّيّة ويخرج على أسماء العبيد .

والمرويّ[1] عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم في ذلك جمع كلّ ثلث في رقعة ، وقد كانوا ستّة فجزّأهم ثلاثة أجزاء اثنين اثنين . وهو الذي فرضه

---

(١) انظر سنن سعيد بن منصور ١ : ١٢٢ ح ٤٠٨ ، مسند أحمد ٤ : ٤٢٦ ، صحيح مسلم ٣ : ١٢٨٨ ح ٥٦ ، سنن أبي داود ٤ : ٢٨ ح ٣٩٥٨ ، سنن الترمذي ٣ : ٦٤٥ ح ١٣٦٤ ، سنن النسائي ٤ : ٦٤ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٨٥ ، ولم تذكر المصادر أنه صلّى الله عليه وآله جمع كلّ ثلث في رقعة .

. . . . . .

المصنّف . وهو يتمّ مع تساويهم قيمة وقبول العدد للتجزئة أثلاثاً كالستّة . وعلى هذا فله كتبة اسم كلّ اثنين في رقعة من غير أن يتعرّض في الكتابة للحرّيّة والرقّيّة ، ثم تستر وتخرج . فإن أخرج على الحرّية عتق الاثنان الخارجان أوّل مرّة ، وصار الأربعة المتخلّفة أرقّاء . وإن أخرج على الرقّية استرقّ الخارجان واحتيج إلى إخراج أخرى ، ويتخيّر حينئذٍ بين الإخراج على الحرّية والرقّية ، وعلى أيّهما أخرج حكم للخارج به ، وبقي من في الرقعة الأخرى للآخر . وإن كتب في الرقاع الحرّية والرقّية من غير أن يكتب أسماء العبيد بالطريق الثاني ، فليكتب في رقعة : حرّية ، وفي رقعتين : رقّية ، على نسبة المطلوب في القلّة والكثرة ، ثم يخرج باسم أحد الأجزاء الثلاثة الذين ترتّبوا سابقاً . فإن خرجت رقعة الحرّية انفصل الأمر ، وإن خرجت رقعة الرقّ استرقّ المخصوصون بها وأُخرجت أخرى كما مرّ .

والطريق الثالث أن يكتب ستّ رقاع في الفرض المذكور ، إما بأسماء الستّة اسم كلّ واحد في رقعة ، ثم يخرج على الحرّية أو الرقّية كما مرّ إلى أن يستوفي المطلوب . أو يكتب في اثنتين : حرّية ، وفي أربع : رقّية ، ثم يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه .

وهذه الطريق أعدل ، لأن جمع اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما في الرقّية والحرّية ، ومن الممكن خروج أحدهما حرّاً والآخر رقّاً ، لكن المشهور بين الفقهاء هو الأول ، لوروده في الرواية . والأقوى جواز العمل على الجميع .

هذا كلّه إذا أمكن تجزئتهم أثلاثاً بالعدد والقيمة ، كستّة قيمة كلّ واحد

. . . . . .

[منهم][1] مائة . وكذا لو اختلفت القيمة مع إمكان تعديلهم أثلاثاً بالعدد ، كستّة قيمة ثلاثة منهم ستّمائة كلّ واحد مائتان ، وثلاثة ثلاثمائة كلّ واحد مائة ، فيضمّ كلّ خسيس إلى نفيس ويجعلان ثلثاً .

ولو اختلفت القيمة وأمكن التعديل بها دون العدد ، كما لو كان قيمة واحد من الستّة مائتين ، وقيمة اثنين مائتين ، وقيمة ثلاثة مائتين ، ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان أظهرهما اعتبار القيمة ، فيجعل الواحد ثلثاً والاثنين ثلثاً والثلاثة ثلثاً ، لأن المقصود الذاتي من العبيد الماليّة دون الأشخاص . ووجه اعتبار العدد موافقة المرويّ من فعل النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم ، مع استبعاد تساوي الستّة قيمة بكلّ وجه . وفي بعض الأخبار[2] أنهم كانوا متساوين قيمة .

ولو أمكن التعديل عدداً خاصّة ، كستّة قيمة اثنين مائة ، واثنين مائة وخمسون ، واثنين ثلاثمائة ، قسّموا ثلاثة بالعدد . فإن أُخرج على الحرّية فخرج اثنان يساويان الثلث قيمة فلا كلام . وإن خرجا ناقصين عتقا وأكمل الثلث من الباقين بالقرعة . وإن خرجا زايدين أُعيدت القرعة بينهما وعتق من تخرجه للحرّية ، ومن الآخر تتمّة الثلث .

وإن لم يمكن التعديل عدداً ولا قيمة ، كخمسة قيمة واحد مائة ، واثنين مائة ، واثنين ثلاثمائة ، ففي تجزئتهم وجهان :

أحدهما : تجزئتهم ثلاثة بالعدد مراعاةً لتقريب القيمة إلى التسوية ما

---

(١) من «ص ، د» والحجريّتين .

(٢) لم نعثر عليه فيما لدينا من مصادر الحديث ، راجع المغني لابن قدامة ٦ : ٦١٣ ، والكافي في فقه الامام أحمد له أيضاً ٢ : ٤١١ .

. . . . . .

أمكن. وإنما فعل ذلك تقريباً إلى المرويّ[١] وإن لم يكن مثله.

والثاني ـ وهو الأصحّ ـ: الاعتبار بالطريق الثالث خاصّة، فيكتب خمس رقاع ويخرج كما فصّل إلى أن يستوفى الثلث ولو بجزء من واحد. وهذا هو الذي اختاره المصنّف، ولم يذكر غيره.

ولو كانت قيمة الخمسة متساوية فعلى الأول يجزّئهم اثنين واثنين وواحداً. وعلى الثاني يكتب خمس رقاع بأسمائهم ويخرج على الحرّية أوالرقّية إلى أن يستوفى الثلث قيمة. والوجه جواز استعمال هذه في جميع الفروض، خصوصاً مع تعذّر التعديل كما ذكر.

واعلم أن اعتبار القرعة بكتبة الرقاع هو المعروف بين الفقهاء، لأنه موافق للرواية[٢] عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم، وأبعد عن التهمة. وينبغي أن تكون متساوية، وأن تدرج في بنادق وتجعل في حِجْر من لم يحضر عملها، وأن تغطّى بثوب ويدخل من يخرجها يده من تحت الثوب، كلّ ذلك ليكون أبعد عن التهمة. وفي تعيّن العمل بالرقاع نظر، لعدم دليل مخصّص، وكما روي من فعل النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم بالرقاع، كذلك روي[٣] أنّه أقرع في بعض الغنائم بالبعر، وأنّه أقرع مرّة أخرى بالنوى. فلو قيل بجواز القرعة بذلك كلّه وأشباهه كان وجهاً، لحصول الغرض، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى. وهذا البحث آتٍ في جميع أفراد القرعة الواقعة في القسمة وغيرها.

(١ و ٢) لاحظ ص: ٣١٢.

(٣) لم نعثر عليه في مصادر الحديث، وذكر في روضة الطالبين (٨: ٤١٣) جواز القرعة بالبعر والنوى ولم يسنده إلى الحديث.

الثامنة : من اشترى أمة نسيئة ولم ينقد ثمنها ، فأعتقها وتـزوّجها ومات ولم يخلّف سواها ، بطل عتقه ونكاحه ، وردّت على البائع رقّاً . ولو حملت كان ولدها رقّاً . وهي رواية هشام بن سـالم . وقـيل : لا يـبطل العتق ، ولا يرقّ الولد . وهو أشبه .

التاسعة : إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه ، فإن امتنع أعتقه الحاكم . ويحكم بحرّيته حين الإعتاق لا حين الوفاة . وما اكتسبه قبل الإعتاق وبعد الوفاة يكون له ، لاستقرار سبب العتق بالوفاة . ولو قيل : يكون للوارث ، لتحقّق الرقّ عند الاكتساب ، كان حسناً .

قوله : «من اشترى أمة .....الخ» .

قد تقدّم البحث في هذه المسألة والكلام على الرواية مستوفىً في كتاب النكاح[١] . ومحصّله : أنها ضعيفة الأسناد مضطربة وإن كان قد وصفها بـالصحّة جماعة[٢] ، ومخالفة لأصول المذهب الدالّة على صحّة البيع والعتق ـ لمصادفتهما ملكاً صحيحاً ـ وانعقاد الولد حرّاً ، فلا مقتضى لبطلان ذلك ورجـوع الولد إلى الرقّية . وتكلّف بحملها على ما يوافق الأصول متكلّفون بغير ثـمرة ، فـيراجـع تحقيق ذلك ثمّة[٣] . وما اختاره المصنّف وجعله أشبه هو المذهب .

قوله : «إذا أوصى .....الخ» .

القول بكون كسبه بين المـوت والإعـتاق له للشـيخ فـي المـبسوط[٤] ،

---

(١) في ج ٨ : ٤٧ ـ ٥١ .

(٢) انـظر المـختلف : ٥٧٤ ، كشـف الرمـوز ٢ : ١٦٩ ، إيـضاح الفـوائـد ٣ : ١٥٩ ، غـاية المـراد : ١٩٤ ، التنقيح الرائع ٣ : ١٥٧ ، جامع المقاصد ١٣ : ١٣٦ .

(٣) انظر ج ٨ : ٤٨ ـ ٥٠ .

(٤) المبسوط ٦ : ٦٢ ـ ٦٣ .

. . . . . .

مستدلاًّ بما أشار إليه المصنّف من استقرار سبب العتق بالوفاة . وتنقيحه : أن السبب المقتضي لانتقال مال الموصي عن ملك الوارث وانصرافه إلى الوصيّة مستند إلى الوصيّة والموت ، فكلّ منهما جزء السبب وبالموت يتمّ السبب ، فيكون العبد الموصى بعتقه بعد الموت بمنزلة الحرّ وإن توقّفت حرّيته على الإعتاق ، فيتبعه الكسب لكن لا يملكه إلّا بعد العتق ، لأنه قبله رقيق لا يملك وإنما كان أحقّ به .

وردّه المصنّف بمنع استقرار السبب بالموت ، بل هو مركّب من ثلاثة أشياء: الوصيّة والموت وإيقاع صيغة العتق ، كما يتوقّف ملك الوصيّة إن كانت لمعيّن على قبوله مضافاً إلى الوصيّة وموت الموصي ، فقبل القبول لا يملك وإن حصل[1] الأمران الآخران . ولو كان سبب العتق قد تمّ واستقرّ لزم أن يثبت معلوله وهو العتق ، وهو لم يقل به حيث حكم برقّه ، وإنما يتحرّر بالإعتاق . ومتى لم يكن تامّاً لم يثبت معلوله ، والملك متوقّف عليه . ولمّا امتنع خلوّ الملك من مالك ، ولم يكن العبد مالكاً لنفسه قبل العتق ، فهو للوارث ، إذ لا ثالث .

ويشكل بأن الله تعالى جعل[2] الإرث بعد الوصيّة النافذة ، والفرض هنا كذلك، وذلك يمنع من ملك الوارث ، غايته أن يكون الملك مراعىً بالإعتاق فيتبعه الكسب ويكشف عن سبق ملكه ، كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصيّة من حين الموت . وفي حكمه ما لو أوصى بعين توقف في بعض الجهات. أما الموصى على وجه لا يتوقّف على صيغة كقوله :

---

(١) في «ص ، ق ، د ، ط» : جهل .

(٢) النساء : ١١ ـ ١٢ .

العاشرة : إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الآمر ، وينتقل إلى الآمر عند الأمر بالعتق ، ليتحقّق العتق في الملك . وفي الانتقال تردّد .

أخرجوا عنّي العين الفلانيّة في حجّة ونحوها ، فنماؤها بعد الموت وقبل الإخراج في الجهة تابع لها قطعاً ، لتعيّنها لتلك الجهة وخروجها عن ملك الوارث بالموت .

قوله : «إذا أعتق مملوكه عن غيره .....الخ» .

إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب وغيرهم صحّة العتق ووقوعه عن الآمر ، خلافاً لابن إدريس[١] حيث حكم بوقوعه عن المعتِق ، نظراً إلى أن وقوع العتق عن الشخص مترتّب على ملكه له ، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لا عتق إلّا في ملك»[٢] وهو منتفٍ عن الآمر وموجود في المعتِق ، فيقع عنه لا عنه .

والتزم القائلون بوقوعه عن الآمر بانتقال الملك إليه ليتحقّق شرط صحّة العتق [عنه][٣] . واستدلّوا على الأمرين بصحيحة بريد بن معاوية العجلي عن الباقر عليه السلام قال : «سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق ، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه ، وأن المعتق أصاب بعد ذلك مالاً ثم مات وتركه ، لمن تكون تركته ؟ قال : فقال : إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو واجب عليه فإن المعتَق سائبة لا سبيل لأحد

---

(١) السرائر ٣ : ٢٠ ، ٢١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٧٩ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٢١٧ ح ٧٧٤ ، الاستبصار ٤ : ٥ ح ١٥ ، عوالي اللئالي ٢ : ٢٩٩ ، الوسائل ١٦ : ٧ ب «٥» من أبواب العتق ح ٢ .

(٣) من «د ، خ ، م» والحجريّتين .

. . . . . .

عليه ـ إلى قوله ـ وإن كانت الرقبة على أبيه تطوّعاً وقد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتَق ميراث لجميع ولد الميّت من الرجال ، قال : وإن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوّعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإن ولاءه وميراثه للذي اشتراه من ماله وأعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتَق وارث من قرابته»[١] .

ووجه الدلالة : أن ثبوت الولاء للآمر فرع انتقال الملك إليه ووقوع عتقه عنه ، وقد أثبته له فيثبت الملزوم .

وفيه نظر ، لأنه قبل الموت لا يمكن تصوّر الملك ، لأن المفروض أن الولد إنما اشترى النسمة بعد موته فكيف يحكم بملكه لها قبل الشراء ؟ ! وبعد الموت لا يعقل ملك الميّت لما قد تجدّد سببه . والولاء حكم شرعي إذا[٢] جعله الشارع حقّاً لمن أعتق عنه وإن لم يكن مالكاً صحّ ، وهو هنا كذلك ، ولا يقتضي[٣] التزام ملك الميّت بعد موته لمال الغير .

ويمكن الجواب بأن الميّت يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان قد أحدث سبباً له وإن لم يتمّ ، كما لو نصب شبكة حيّاً ثم وقع فيها صيد بعد وفاته ، وهنا كذلك ، لأن أمره بالعتق جزء لسبب الملك أو تمام السبب والعتق شرط ، فصحّ أن ينكشف به ملكه قبل موته ، والرواية الصحيحة مؤيّدة لذلك .

وقد اختلف العلماء في وقت انتقال الملك إلى الآمر على أقوال كثيرة تقدّم

---

(١) الكافي ٧ : ١٧١ ح ٧ ، الفقيه ٣ : ٨١ ح ٢٩٣ ، التهذيب ٨ : ٢٥٤ ح ٩٢٥ ، الاستبصار ٤ : ٢٣ ح ٧٦ ، الوسائل ١٦ : ٤٥ ب « ٤٠ » من أبواب العتق ح ٢ .

(٢) في « خ » : فإذا .

(٣) في « ص ، ق ، ط » : ولا ينبغي .

الحادية عشرة: العتق في مرض الموت يمضي من الثلث. وقيل: من الأصل. والأول مرويّ.

البحث فيها في باب الكفّارات[١] فلتراجع منه. والمصنّف هنا تردّد في وقت الانتقال، من حيث إن اشتراط وقوع العتق في الملك يقتضي سبق الملك عليه فيحصل بالأمر، ومن أنّه لو لم يعتق عنه لم يملك إجماعاً وإن كان قد أمره، فدلّ على أن الأمر بمجرّده لا يكفي في الملك، بل العتق موجب لملك الآمر أو شرط فيه، فلا يكون المشروط والمسبَّب متقدّماً، ومن أن عدم تقدّمه على العتق يفوّت المطلوب منه وهو وقوع العتق في ملك. وقد قال المصنّف فيما تقدّم[٢]: «الوجه الاقتصار على الثمرة وهو صحّة العتق وبراءة ذمّة الآمر، وما عداه تخمين». وهذا وجه حسن.

قوله: «العتق في مرض الموت ..... الخ».

هذه المسألة جزئيّ من جزئيّات منجّزات المريض المتبرّع بها، وقد تقدّم[٣] الخلاف في كونها من الأصل أو من الثلث. وتحقيق القولين في الوصايا. وفي نسبة القول الأول إلى الرواية مطلقاً ضرب من التردّد، لأن مجرّد الرواية [به][٤] لا تدلّ على ترجيحه، لجواز كون الرواية مردودة بوجه من الوجوه، وهو هنا كذلك، فإنها ضعيفة السند كما بيّناه سابقاً[٥]. والمصنّف في تلك المسألة أيضاً لم يرجّح أحد القولين، وعذره واضح، وإن كان القول الأول هو الأشهر.

(١ و ٢) في ص: ٥٧.

(٣) في ج ٦: ٣٠٤.

(٤) من «ق، ط، و» فقط.

(٥) انظر ج ٦: ٣٠٦ هامش (٤ و ٥) وص: ٣٠٨ ـ ٣٠٩.

تفريعان

الأول : إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ولا مال له سواهنّ أُخرجت واحدة منهنّ بالقرعة . فإن كان بها حمل تجدّد بعد الإعتاق فهو حرّ إجماعاً . وإن كان سابقاً على الإعتاق قيل : هو حرّ أيضاً . وفيه تردّد.

قوله : «إذا أعتق .....الخ» .

القول بتبعيّة الحمل لأمّه في العتق وغيره للشيخ[١] ـ رحمه الله ـ وابن الجنيد[٢] ، لأنه كالجزء منها . والأكثر على أنه في حكم المنفصل ، فلا يتبعها في العتق ولا في البيع ولا غيرهما مالم يصرّح بإدخاله . وفي قول المصنّف : «أُخرجت واحدة بالقرعة» تنبيه على أن كلّ واحدة منهنّ ثلث التركة ، فلو كنّ مختلفات في القيمة أُخرج الثلث خاصّة ولو من جزء منها أو بجزء من غيرها فما زاد . وعلى تقدير دخوله معها في العتق يعتبر من الثلث كأمّه ، بمعنى تقويمها به واعتبار قيمتها[٣] . وعلى تقدير عدم دخوله لابدّ من تقويمه أيضاً ليحتسب على الورثة .

ثم إن ولد قبل موت المعتق قوّم منفصلاً حين الوفاة على ما تقرّر في الوصيّة . وإن بقي حملاً إلى أن مات قوّم حملاً وإن انفصل بعد ذلك ، لأن الزيادة بالوضع حصلت في ملك الوارث إن اتّفقت .

---

(١) النهاية : ٥٤٥ .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٢٧ .

(٣) في «ط ، د» وإحدى الحجريّتين : قيمتهما .

الثاني : إذا أعتق ثلاثة في مرض الموت لا يملك غيرهم ثم مات أحدهم ، أُقرع بين الميّت والأحياء . ولو خرجت الحرّية لمن مات حكم له بالحرّية . ولو خرجت على أحد الحيّين حكم على الميّت بكونه مات رقّاً ، لكن لا يحتسب من التركة . ويقرع بين الحيّين ، ويحرّر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية . ولو عجز أحدهما عن الثلث أُكمل الثلث من الآخر . ولو فضل منه كان فاضله رقّاً .

قوله : «إذا أعتق ثلاثة .....الخ» .

إذا أعتق ثلاثة أعبد في مرض الموت وهو لا يملك غيرهم فمات أحدهم قبل موت السيّد أو بعده قبل قبض الوارث ، أُقرع بين الميّت والحيّين ، ولا ينزّل الميّت كالمعدوم وإن أبقينا للوارث مثلي ما فات ، لأن الميّت إنما مات بعد العتق ، فهو صالح للحرّية والرقّية . فإذا أُقرع بينهم وخرج له سهم العتق بان أنه مات حرّاً موروثاً عنه ، ورُقّ الآخران على تقدير تساويهم قيمة. فمؤونة تجهيزه لو فرضت بعد القرعة على وارثه أو بيت المال ، وإن خرج له سهم الرقّ لم يحتسب على الورثة ، لأنهم يبغون المال ومنفعته ، ويحتسب به عن[1] المعتِق ، لأن المعتِق يبغي الثواب . وتعاد القرعة بين العبدين كما لو لم يكن إلّا عبدان فأعتقهما ، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه ورقّ ثلثه والعبد الآخر . ولو خرج سهم العتق ابتداءً على أحد الحيّين فكذلك يعتق ثلثاه وتبيّن[2] موت الآخر رقّاً .

ولو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه وجهان أصحّهما نعم ،

---

(١) في «د ، ص ، ط» : على .

(٢) كذا في «خ ، م» وهامش «د ، و» ، وفي الحجريّتين : ويبين ، وفي سائر النسخ الخطّية : ويبقى .

حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيّين عتق كلّه ، وذلك لأن الميّت دخل في أيديهم وضمانهم . ووجه العدم : أنهم لا يتسلّطون على التصرّف وإن ثبتت أيديهم الحسّية[1]، فيكون كما لو مات قبل ثبوت أيديهم ، وإطلاق المصنّف عدم احتسابه على الورثة يقتضي ذلك .

ولو كانت الصورة بحالها ومات اثنان أُقرع بينهم أيضاً ، فإن خرج سهم العتق على أحد الميّتين عتق نصفه خاصّة ، وحصل للورثة مثلاه وهو العبد الحيّ . وإن خرج سهم الرقّ عليه أقرعنا بين الميّت الآخر وبين الحيّ ، فإن خرج سهم الحرّية على الميّت الآخر أعتقنا نصفه الآخر ، وإن خرج سهم الرقّ عليه لم يحتسب على الورثة ، وأعتقنا ثلث العبد الحيّ .

ولو كان موت الميّت منهم بالقتل الموجب للقيمة دخل القتيل في القرعة مطلقاً ، لأن قيمته تقوم مقامه على تقدير رقّيته فلا يفوت الوارث المال .

ثم إن خرج سهم العتق لأحد الحيّين عتق كلّه ، وللورثة الآخرُ وقيمةُ القتيل . وإن خرج للقتيل بان أنه قتل حرّاً وعلى قاتله الدية لورثته .

هذا كلّه مع تساويهم قيمة كما فرضناه . ولو اختلفت القيمة أُعتق ثلث الجميع بالقيمة ، فإذا خرجت لأحد وكان بقدر الثلث فذاك ، وإن نقص أُكمل من الآخر ، وإن زاد كان فاضله رقّاً .

---

(١) كذا في «خ ، و» ، وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين : الحسبة .

وأما السراية :

فمن أعتق شقصاً من عبده سرى العتق فيه كلّه ، إذا كان المعتِق صحيحاً جائز التصرّف .

وإن كان له فيه شريك قوّم عليه إن كان موسراً ، وسعى العبد في فكّ ما بقي منه إن كان المعتِق معسراً .

وقيل : إن قصد الإضرار فكّه إن كان موسراً ، وبطل عتقه إن كان معسراً . وإن قصد القربة عتقت حصّته ، وسعى العبد في حصّة الشريك ، ولم يجب على المعتِق فكّه .

فإن عجز العبد ، أو امتنع من السعي ، كان له من نفسه ما أُعتق ، وللشريك ما بقي ، وكان كسبه بينه وبين الشريك ، ونفقته وفطرته عليهما .

قوله : «وأما السراية ..... الخ» .

المشهور بين الأصحاب حصول العتق في باقي المملوك بالسراية إليه من الجزء الذي أُعتق في الجملة . والأصل فيه قول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : «من أعتق شركاً له من عبد وله مال قوّم عليه الباقي»[1] . ومن طريق الخاصّة رواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال عليّ عليه السلام : «هو حرّ ليس لله شريك»[2] . ورواية طلحة بن زيد عنه عليه

---

(١) عوالي اللئالي ٣ : ٤٢٧ ح ٢٤ ، وانظر مسند أحمد ١ : ٥٦ ـ ٥٧ ، صحيح البخاري ٣ : ١٨٩ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٣٩ ح ١ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٤٤ ح ٢٥٢٨ ، سنن أبي داود ٤ : ٢٤ ـ ٢٥ ، سنن النسائي ٧ : ٣١٩ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٧٤ ، مع اختلاف في بعض اللفظ .

(٢) التهذيب ٨ : ٢٢٨ ح ٨٢٤ ، الاستبصار ٤ : ٦ ح ١٨ ، الوسائل ١٦ : ٦٣ ب « ٦٤ » من أبواب العتق ح =

. . . . . .

السلام أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال : «هو حرّ كلّه ليس لله شريك»[١] . وهي[٢] أعمّ من كون العبد المعتق بعضه مشتركاً بينه وبين غيره ومختصّاً به . وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه قال : «إن كان موسراً كلّف أن يضمن ، وإن كان معسراً أخدمت بالحصص»[٣] .

ويظهر من السيّد المحقّق جمال الدين أحمد بن طاووس في كتابه ملاذ علماء الاماميّة[٤] الميل إلى عدم السراية على معتق بعض مملوكه إلى الباقي ، نظراً إلى ضعف المستند مع معارضته بروايات تدلّ على عدمه، كرواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام ، قال : «سألته عن الرجل أعتق بعض جاريته ثم قذفها ـ إلى قوله ـ ولا تتزوّج حتى تؤدّي ما عليها ، ويعتق النصف الآخر»[٥] . وصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاؤوا وإن أبوا ؟ قال : «لا ، ولكن لها من نفسها ثلثها ، وللوارث ثلثاها يستخدمها بحساب الذي له منها ، ويكون لها

= ١ . وفي مصادر الحديث : عن جعفر عن أبيه عليهما السلام .

(١) الفقيه ٣ : ٨٥ ح ٣٠٨ ، التهذيب ٨ : ٢٢٨ ح ٨٢٥ ، الاستبصار ٤ : ٦ ح ١٩ ،الوسائل ١٦ : ٦٣ ب «٦٤» من أبواب كتاب العتق ح ٢ .

(٢) في «د ، ق ، ط ، م» : وهو .

(٣) الفقيه ٣ : ٦٧ ح ٢٢٢ ، التهذيب ٨ : ٢١٩ ح ٧٨٥ ، الاستبصار ٤ : ٣ ح ٧ ،الوسائل ١٦ : ٢٢ ب «١٨» من أبواب كتاب العتق ح ٧ .

(٤) كتابه هذا مفقود ، وحكاه عنه الشهيد «قده» في الدروس الشرعيّة ٢ : ٢١٠ .

(٥) التهذيب ٨ : ٢٢٨ ح ٨٢٦ ، الاستبصار ٤ : ٦ ح ٢٠ ،الوسائل ١٦ : ٦٣ ب «٦٤» من أبواب كتاب العتق ح ٣ . وفي المصادر : عن أحدهما عليهما السلام .

من نفسها بحساب ما أُعتق منها»[١] . ورواية مالك بن عطيّة عن أبي بصير قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ، ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك ، قال : فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها تردّ في الرقّ في نصف رقبتها»[٢] .

وعذر السيّد في ضعف سند السراية[٣] على تقدير ملكه للباقي واضح ، وما استدلّ به من الروايات على عدمه أوضح سنداً ، لكن السراية على الشريك قد ثبتت بالصحيح وهو يقتضي السراية على ملكه بطريق أولى ، لاشتراكهما في الدلالة على تشوّق الشرع لتكميل العتق ، وإذا أُكمل والباقي لغيره واحتيج إلى أداء المال إليه فلأن يكمل والباقي له أولى ، وتبقى الروايات مؤيّدة وإن ضعف سندها . وصحيحة ابن سنان يمكن حملها على ما إذا لم تملك غيرها ، فيحجر عليها فيما زاد عن الثلث . والشيخ[٤] حمل رواية حمزة على أنّه لا يملك نصفها الآخر .

إذا تقرّر ذلك ، فسراية العتق إلى نصيب الشريك مشروطة بيسار المعتِق ، كما ينبّه عليه قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «وله مال» وقول الصادق عليه السلام : «إن كان موسراً كلّف أن يضمن» .

والقول باختصاص السراية بقصد الإضرار بالشريك مع اليسار وأنه مع

---

(١) الفقيه ٣ : ٧٢ ح ٢٥١ ، التهذيب ٩ : ٢٢٥ ح ٨٨٢ ، الوسائل ١٦ : ٦٤ ب «٦٤» من أبواب كتاب العتق ح ٧ وص : ١٠١ ب «٢٠» من أبواب كتاب المكاتبة ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٨ ح ١٤ ، التهذيب ٨ : ٢٦٩ ح ٩٨٠ ، الوسائل ١٦ : ٩٥ ب «١٢» من أبواب كتاب المكاتبة ح ١ .

(٣) في «م» والحجريّتين : الرواية .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٢٩ ذيل ح ٨٢٦ ، الاستبصار ٤ : ٦ ذيل ح ٢٠ .

. . . . . .

قصد القربة لا يقوّم عليه مطلقاً للشيخ[١] ـ رحمه الله ـ استناداً إلى حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه فقال : «إن كان مضارّاً كلّف أن يعتقه كلّه ، وإلّا استسعي العبد في النصف الآخر»[٢].

وردّه ابن إدريس[٣] بأن قصد القربة شرط في صحّة العتق ، وقصد المضارّة ينافيها .

وأُجيب[٤] بأن المراد بالإضرار تقويمه على الشريك قهراً وإعتاق نصيبه لله تعالى ، ومثل هذا لا ينافي القربة ، وإنما ينافيها تمحّض القصد للإضرار .

والأشهر التقويم على الموسر مطلقاً ، عملاً بصحيحة الحلبي[٥] وغيرها من الأخبار[٦] ، ومع الإعسار يسعى العبد في فكّ باقيه بجميع كسبه لا بحصّته من الحرّية على الأظهر . وهو كالكتابة في كونه فكّاً للرقبة من الرقّية بجملة الكسب ، واستقرار الملك بعجز المملوك ، وعتق ما قابل المدفوع منه كما في المطلّقة . ويفترقان في اشتراطه بسبق عتق شيءٍ منه دونها ، وعدم اشتراطه بعقد ، ولا تقدير للعوض ، ولا للأجل ، بل بقيمة المثل دونها .

---

(١) النهاية : ٥٤٢ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٢ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٦٧ ح ٢٢٦ ، التهذيب ٨ : ٢٢٠ ح ٧٨٨ ، الاستبصار ٤ : ٤ ح ١٠ ، الوسائل ١٦ : ٢١ ب «١٨» من أبواب كتاب العتق ح ٢ .

(٣) السرائر ٣ : ١٠ .

(٤) راجع النهاية ونكتها ٣ : ٨ .

(٥) تقدّم ذكر مصادرها في ص : ٣٢٥ ، هامش (٣) .

(٦) لاحظ الكافي ٦ : ١٨٣ ح ٣ ، الفقيه ٣ : ٦٧ ح ٢٢٥ ، التهذيب ٨ : ٢٢١ ح ٧٩١ و ٧٩٣ ، الاستبصار ٤ : ٣ ح ٩ و ١٣ ، الوسائل ١٦ : ٢١ ب «١٨» من أبواب كتاب العتق ح ٣ و ١١ و ١٤ .

ولو هايا[١] شريكه في نفسه صحّ ، وتناولت المهاياة المعتاد والنادر ، كالصيد والالتقاط .

ولو كان المملوك بين ثلاثة ، فأعتق اثنان ، قوّمت حصّة الثالث عليهما بالسويّة ، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت .

قوله : «ولو هايا .....الخ» .

المهاياة على تقدير عجزه على وجه الاختيار لا الإجبار ، بخلاف السعي . والقول بتناولها للكسب مطلقاً وإن كان نادراً هو المذهب ، لعموم الأدلّة[٢] . وقال بعضهم[٣] : لا يتناول النادر ، استناداً إلى أنها معاوضة فلو تناولته لجهلت . وهو ضعيف ، لأن المنفعة في المدّة المعلومة مضبوطة على وجه يرفع الجهالة ، وخصوصيّات الكسب غير مقصودة ، ولو اعتبرت لزم الجهل بها مطلقاً .

قوله : «ولو كان المملوك ..... الخ» .

إذا كان المملوك بين ثلاثة ـ مثلاً ـ وأعتق اثنان منهم نصيبهما ، فإن كان مترتّباً قوّم على السابق نصيب الآخرين ، ولغا المتأخّر إن جعلنا السراية تحصل بالإعتاق . وسيأتي[٤] البحث فيه .

وإن أعتقا نصيبهما معاً ، إما بأن نطقا به دفعة ، أو وكّلا رجلاً بالإعتاق عنهما فأعتق نصيبهما معاً ، أو وكّل أحدهما الآخر ، أو علّقاه على شرط واحد ـ

---

(١) كذا في النسخة المعتمدة المطبوعة حديثاً ، وفي نسخ المسالك الخطّية ومتن الجواهر : هاياه .

(٢) انظر التهذيب ٨ : ٢٢١ ح ٧٩٢ ، وكذا إطلاق الأحاديث فيما إذا أُجبر على المهاياة ، راجع التهذيب ٨ : ٢٢١ ح ٧٩٣ و ٧٩٤ ، الاستبصار ٤ : ٣ و ح ٩ و ١٢ ، الوسائل ١٦ : ٢٣ ب «١٨» من أبواب العتق ح ١١ و ١٢ .

(٣) الحاوي الكبير ١٨ : ٢٣ .

(٤) في ص : ٣٣٠ .

وتعتبر القيمة وقت العتق ، لأنه وقت الحيلولة .

وإن كان التعليق مترتّباً ـ فوجد الشرط ، فإن كان أحدهما موسراً قوّم عليه نصيب الثالث . وإن كانا موسرين قوّم نصيب الثالث عليهما بالسويّة لا على قدر الملكين، لأن القيمة الواجبة هنا سبيلها سبيل ضمان المتلَفات ، ولا يفترق الحال فيها بين قلّة الأسباب وكثرتها ، ألا ترى أنه لو جرح واحد جراحة والآخر جراحات وسرى فمات المجروح منهما[١] تكون الدية عليهما بالسويّة .

ولبعض العامّة[٢] وجه أن القيمة عليهما على عدد الأنصباء كالشفعة ، فإذا أعتق صاحب النصف وصاحب السدس غرم صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث ، وصاحب السدس ربعها .

ويضعّف بثبوت الفرق ، فإن الأخذ بالشفعة من فوائد الملك ومرافقه فيكون على قدر الملك كالثمرة والنتاج ، بخلاف القيمة الواجبة هنا كما بيّنّاه من الوجه . ومع هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل[٣] إن الشفعة على الرؤوس .

قوله : «وتعتبر القيمة ..... الخ» .

ظاهره ثبوت الحكم كذلك سواء قلنا بانعتاقه بالعتق أم بالأداء . والأمر على الأول ظاهر . وأمّا على الثاني فإنه وإن لم ينعتق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلّق به حقّ العتق ، واستحقّ الشريك المطالبة بالقيمة ، وذلك فرع ثبوتها وإن توقّف العتق بالفعل على أمر آخر . ومعنى كونه وقت الحيلولة أنه يحجر على الشريك في حصّته وإن لم ينتقل عن ملكه . والعلّامة في كتبه[٤] وافق المصنّف

---

(١) في «خ ، م» : منها .

(٢) انظر الكافي في فقه أهل المدينة ٢ : ٩٦٥ ، الحاوي الكبير ١٨ : ٢٦ ، المغني لابن قدامة ١٢ : ٢٦٣ .

(٣) راجع شرائع الاسلام ٣ : ٢٣٢ ، المغني لابن قدامة ٥ : ٥٢٣ .

(٤) قواعد الأحكام ٢ : ١٠٠ ، تحرير الأحكام ٢ : ٧٨ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٧٠ .

وتنعتق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق . وقال الشيخ : هو مراعى .

على إطلاق اعتبار يوم العتق .

والأقوى ترتّب القيمة على وقت العتق بالفعل ، فإن جعلناه بالإعتاق اعتبرت حينئذٍ . وكذا على القول بالمراعاة . وعلى القول باشتراطه بالأداء يعتبر القيمة عنده . وهذا هو الظاهر من كلام المبسوط[١] ، فإنه نقل القول بانعتاقه بالعتق وفرّع عليه فروعاً منها اعتبار القيمة وقت العتق ، ثم نقل القول الآخر . وفي الدروس[٢] أطلق اعتبار القيمة وقت الأداء بعد أن اختار انعتاقه بالأداء ، ولم يذكر اعتبارها يوم العتق . وهو موافق لما ذكرناه .

قوله : «وتنعتق .....الخ» .

اختلف في وقت انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية ، فقال الشيخ في الخلاف[٣] وقبله المفيد[٤] والمصنّف والعلّامة[٥] والشهيد[٦] : عند أداء القيمة ، لأن للأداء مدخلاً في العلّية ، ولهذا لا ينعتق مع الإعسار . ولأنه لو أُعتق بالإعتاق لزم الإضرار بالشريك بتقدير هرب المعتِق أو تلف ماله . ولصحيحة محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : «من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصّته وله سعة فليشتر من صاحبه فيعتق كلّه»[٧] . والمراد بشرائه

---

(١) المبسوط ٦ : ٥١ و ٥٢ .

(٢ و ٦) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢١٢ .

(٣) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٤٩ مسألة (١) .

(٤) المقنعة : ٥٥٠ .

(٥) تحرير الأحكام ٢ : ٧٨ .

(٧) الكافي ٦ : ١٨٣ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢٢١ ح ٧٩١ ، الاستبصار ٤ : ٤ ح ١٣ ، الوسائل ١٦ : ٢١ ب «١٨» من أبواب العتق ح ٣ .

منه أداؤه قيمة نصيبه ، لعدم اعتبار الشراء الحقيقي إجماعاً .

وقال الشيخ في المبسوط[١] : هو مراعى بالأداء ، فإن أدّى تبيّن العتق من حينه وإلّا تبيّن الرقّ . وفيه جمع بين الأدلّة ، وتحرّز من الإضرار المدّعى .

وقال ابن إدريس[٢] : ينعتق بالإعتاق أي : باللفظ المقتضي لعتق نصيبه ، لأن ذلك هو مقتضى السراية ومدلول الأخبار الدالّة عليها ، كقول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كلّه»[٣] ويروى : «فهو حرّ كلّه»[٤] ويروى : «فهو عتيق»[٥] . وقول عليّ عليه السلام : «هو حرّ ليس لله شريك»[٦] . وقول الصادق عليه السلام في رواية سليمان بن خالد[٧] وغيره[٨] أنه قال : «قد أفسد على صاحبه» والإفساد إنما حصل بالعتق .

وتوقّف العلّامة[٩] في كثير من كتبه ، وولده[١٠] ، والشهيد[١١] في الشرح ، مع

---

(١) المبسوط ٦ : ٥٢ .

(٢) السرائر ٣ : ١٥ ـ ١٦ .

(٣ ـ ٥) لم نجده بهذا اللفظ في مصادر الحديث ، وأخرج قريباً منه البيهقي في سننه ١٠ : ٢٧٦ ـ ٢٧٧ ، وراجع الحاوي الكبير ١٨ : ٩ ، تلخيص الحبير للعسقلاني ٤ : ٢١٢ ح ٢١٤٨ .

(٦) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٣٢٤ ، هامش (٢) .

(٧) التهذيب ٨ : ٢٢٠ ح ٧٩٠ ، الاستبصار ٤ : ٤ ح ١١ ، الوسائل ١٦ : ٢٣ ب «١٨» من أبواب العتق ح ٩ .

(٨) التهذيب ٨ : ٢٢١ ح ٧٩٣ ، الاستبصار ٤ : ٣ ح ٩ ، الوسائل ١٦ : ٢٣ ب «١٨» من أبواب العتق ح ١١ .

(٩) قواعد الأحكام ٢ : ١٠٠ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٧٠ .

(١٠) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٩٨ ـ ٤٩٩ .

(١١) غاية المراد : ٢٣٩ .

أنّه رجّح في الدروس[١] اعتبار الأداء لصحيحة ابن قيس .

وفيه نظر ، لأن ابن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة وغيره ، فلا تكون الرواية صحيحة مطلقاً ، وإنما صحّتها إضافيّة بالنسبة إلى غيره ، وذلك غير كافٍ في الحكم بها حيث يعتبر الصحيح أو يعارض غيره .

والحقّ أن الأخبار من الجانبين ليست من الصحيح ، والأخبار الدالّة على اعتبار وقت العتق أكثر .

إذا تقرّر ذلك ، فيتفرّع على الأقوال فروع :

منها : ما تقدّم[٢] من عتق اثنين من الشركاء الثلاثة مترتّبين ، فإن قلنا ينعتق بالإعتاق قوّم على المعتِق أولاً . وإن قلنا بالأداء ولم يكن الأول أدّى قوّم عليهما . وإن قلنا بالمراعاة احتمل تقويمُه عليهما أيضاً ، لأن عتق الثاني صادف ملكاً فوقع صحيحاً فاستويا في الحصّة الأخرى ، وتقديمُ الأول ، لأنه بالأداء تبيّن انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق فوقع عتقه لغواً . وفي الأول قوّة .

ومنها : اعتبار القيمة ، فإن قلنا يعتق بالإعتاق اعتبرت من حينه قطعاً . وكذا إذا قلنا بالمراعاة والكشف . وإن قلنا بالأداء فوجهان ، من أن التلف يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله ، ومن أن الحجر على المالك يحصل يوم العتق . وهو الذي اختاره المصنّف فيما تقدّم[٣] ، وعلّله بالحيلولة .

وفي المسألة وجه ثالث باعتبار أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء ، لأن الإعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف ، فيكون بمثابة جراحة العبد ثم

---

(١) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢١٢ .

(٢) في ص : ٣٢٨ .

(٣) في ص : ٣٢٩ .

. . . . . .

يموت بعد مدّة ، فإنه يعتبر أقصى قيمه من حين جرحه إلى موته . وقد تقدّم[١] أن هذا الضمان بمنزلة ضمان الإتلاف .

ومنها : إذا أعسر المعتِق بعد الإعتاق وقبل أداء القيمة ، فإن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق فالقيمة في ذمّته ، وإن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك . أمّا موته فلا يؤثّر على الأقوال . أما على التعجيل فظاهر . وأمّا على التوقّف فلأن القيمة تؤخذ من تركته كالدَّين ، والإعتاق صار مستحقّاً عليه في حال الحياة ، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة ويتأخّر الوجوب عنها ، كمن حفر بئراً في محلّ عدواناً فتردّى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته .

ومنها : إذا مات العبد قبل أداء القيمة ، فإن قلنا يحصل بالإعتاق مات حرّاً موروثاً منه ، ويؤخذ قيمة نصيب الشريك . وإن قلنا بالتبيّن[٢] وقف إلى[٣] أداء القيمة ، فإذا أُدّيت بان أنّ الأمر كذلك . وإن قلنا بتأخّر السراية إلى وقت الأداء فوجهان ، أظهرهما أنها تسقط ، لأن وجوب القيمة لتحصيل العتق والميّت لا يعتق . والثاني المنع ، لأنه مال استحقّ في الحياة فلا يسقط بالموت . وعلى هذا فتبيّن بالأداء أن العتق حصل قبيل[٤] موته ، وبهذا يظهر ضعفه .

ومنها : إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال . وإن أخّرناها إلى أداء القيمة فوجهان ، أحدهما أنه لا ينفذ أيضاً ، لأن المعتِق استحقّ أن يتملّكه بالقيمة ليعتَق عليه ويكون ولاؤه له ، ولا يجوز صرف

---

(١) في ص : ٣٢٨ ـ ٣٢٩ .

(٢) في «م» ونسخة بدل الحجريّتين : بالسراية .

(٣) في «د ، خ ، م» والحجريّتين : على .

(٤) كذا في «ط ، و» وفي سائر النسخ : قبل .

ولو هرب المعتِق صُبر عليه حتى يعود . وإن أعسر أُنظر إلى الإيسار .

العتق عن المستحقّ إلى غيره . والثاني : أنّه ينفذ ، لمصادفته الملك ، ولأن المقصود تكميل العتق وقد حصل وأغنى عن التكليف بأداء القيمة . وهذا أقوى . ثم إن قلنا بنفوذ الإعتاق ففي نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان ، من أنه مالك ، ومن الحجر عليه في مثل هذه التصرّفات ، وإنما أجزنا العتق لموافقته لمطلوب الشارع منه . وهذا أقوى .

ومنها : لو وطىء الشريك الجارية قبل أداء القيمة . فعلى القول بتعجيل السراية يكون كوطء الحرّة ، فيلزمه[1] حكمه في حالتي الاختيار والإجبار . وإن قلنا بتوقّفه على الأداء وجب نصف المهر بنصفها الحرّ مع الإكراه . وعلى القول بالمراعاة يحتمل ذلك أيضاً ، لكونها حال الوطء مملوكة له ، وثبوت جميعه لها بعد الأداء لانكشاف كونها حرّة حينئذٍ . ولا حدّ من جهة الحصّة ، لحصول الشبهة بالاختلاف في ملكه . وفروع الباب كثيرة تتنبّه[2] ممّا ذكرناه على غيره .

قوله : «ولو هرب المعتِق ... الخ» .

الحكم في ذلك متفرّع على الخلاف السابق ، فإن قلنا بعتقه معجّلاً بالإعتاق كانت القيمة ديناً عليه ، فإن أدّاها برىء ، وإن هرب أو أعسر انتظر وقت الإمكان . وهو واضح .

وإن قلنا بتوقّفه على الأداء ـ كما اختاره المصنّف ـ فمقتضى تفريعه أن

---

(١) في «خ ، م» والحجريّتين : فيلزم .

(٢) كذا في «و» ، وفي «م» يتنبّه ، وفي سائر النسخ : مبنيّة .

ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المعتِق . وقيل : القول قول الشريك ، لأنه ينتزع نصيبه من يده .

الحكم كذلك ، بمعنى أن حقّ المعتَق[١] لا يبطل بذلك بل يستمرّ إلى أن يمكن الأداء، لوجود السبب الموجب له وهو الإعتاق ، وإن توقّف على شرط آخر أو على تمام السبب ، فلا يكون كالحقّ الفوري يبطل بالتأخير . وحينئذٍ فيبقى بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدّي إليه القيمة . وهل يرتفع الحجر عنه بذلك ؟ يحتمله حذراً من تعطيل ملكه عليه بغير بدل ، ومن أن[٢] علّية العتق قد ثبتت فيلزم. والفائدة في المنع من نقله عن الملك ببيع ونحوه لا في استخدامه .

قوله : «ولو اختلفا .... الخ» .

إذا اختلفا في قيمة الشقص فقال المعتِق : قيمته مائة ، وقال الشريك : بل مائتان ، فإن كان المملوك حاضراً والعهد قريب ، أو قلنا إن المعتبر قيمته وقت الأداء ، فصل الأمر بمراجعة المقوّمين . وإن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد واعتبرنا قيمته يوم العتق ففي المصدَّق منهما باليمين قولان :

أحدهما ـ وهو الذي اختاره المصنّف ـ : أنّه المعتِق ، لأنه الغارم ، كما إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب بعد تلفه ، فإن الغاصب مصدَّق . ولأصالة البراءة من الزائد .

والثاني : أن المصدَّق الشريك ، لأن المعتِق يتملّك عليه قهراً فيصدَّق المتملَّك عليه ولا ينتزع من يده إلّا بما يرضيه ، كما إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن المأخوذ به فإن المصدَّق المشتري .

---

(١) في «ص ، ق ، و» : العتق .

(٢) في الحجريّتين : ومن أنه علّقه بالعتق وقد ثبت ....

ولو ادّعى المعتِق فيه عيباً فالقول قول الشريك .

واليسار المعتبر : هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك ، فاضلاً عن قوت يومه وليلته .

وربما بني القولان على الخلاف السابق ، فإن قلنا إن السراية تتعجّل بالعتق فالمصدَّق المعتِق ، لأنه غارم . وإن قلنا تتأخّر فالمصدَّق الشريك ، لأن ملكه باقٍ فلا ينتزع إلّا بما يقوله ، كما في المشتري مع الشفيع .

والمصنّف مع حكمه بتأخّر العتق إلى الأداء قدّم قول المعتِق خلاف البناء المذكور . ووجهه : أنه المنكر حقيقة ، حيث إن الأصل عدم الزيادة على التقديرين . وهو حسن .

قوله : «ولو ادّعى المعتِق ... الخ» .

إنما يقدّم قول الشريك مع أن العيب يوجب نقص القيمة وقد يقدّم قول الغارم فيها لأن الأصل عدم العيب وكون المملوك على الخلقة الأصليّة .

ولا فرق بين دعواه العيب في أصل الخلقة بأن قال : كان أكمه أو أخرس ، فقال الشريك : بل كان بصيراً ناطقاً ، وبين دعواه حدوث العيب بعد السلامة ، بأن زعم ذهاب بصره أو كونه آبقاً أو سارقاً ، بل الحكم في الثاني أولى ، لأصالة عدم حدوث العيب مع اتّفاقهما على عدمه في الابتداء .

قوله : «واليسار ... الخ» .

ليس المراد من الموسر في هذا الباب الذي يعدّ من الأغنياء عرفاً ، بل المراد به من يملك من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه وإن لم يملك غيره ، لظاهر الخبر الذي تقدّم[1] من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «وله مال قوّم عليه

---

(١) في ص : ٣٢٤ ، هامش (١) .

. . . . . .

الباقي» . فيصرف في هذه الجهة كلّ ما يباع ويصرف في الديون ممّا زاد عن قوت يومه له ولعياله الواجبي النفقة ودست ثوب . وظاهر العبارة أنّه لا يستثنى له المسكن والخادم . والأقوى استثناؤهما كما يستثنيان في الدَّين ، لأن هذا من جملته .

وإطلاق العبارة أيضاً يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه وأكثر ، فلا يمنع الدَّين السراية . وهو أحد القولين في المسألة ، لأنه مالك لما في يده نافذ التصرّف فيه ، حتى لو اشترى به عبداً فأعتقه نفذ ، فكذلك يجوز أن يقوّم عليه ، وعموم الخبر السابق يشمله ، والشريك حينئذٍ أسوة الغرماء . ولأنه لو طالبه صاحب الدَّين وجب عليه إيفاؤه وإن كان للباقين ما يستغرق ماله ، فلو كان وجود الدَّين المستغرق يجعله معسراً لحرمت مطالبته على كلّ واحد منهم كما تحرم مطالبة المعسر ، والعتق أولى ، لأنه مبنيّ على التغليب .

ووجه القول بكونه معسراً التحاقه بالفقراء ، ولذلك تحلّ له الزكاة . وفيه : منع الملازمة ، فإن استحقاق الزكاة لا يستلزم الإعسار بل هو أعمّ ، والملك متحقّق.

ويفهم من قوله : «أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك» أنه لو ملك البعض لانفكّ . وهو أحد القولين في المسألة . وأجودهما عتق الميسور منه وإن قلّ ، لعموم : «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1] وخصوص قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «وله مال قوّم عليه الباقي» .

---

(١) عوالي اللئالي ٤ : ٥٨ ح ٢٠٦ ، وانظر صحيح البخاري ٩ : ١١٧ ، صحيح مسلم ٤ : ١٨٣٠ ح ١٣٠ ، سنن ابن ماجة ١ : ٣ ح ٢ ، سنن النسائي ٥ : ١١٠ ـ ١١١ .

ولو ورث شقصاً ممّن ينعتق عليه ، قال في الخلاف : يقوّم [عليه] . وهو بعيد .

قوله : «ولو ورث شقصاً ... الخ» .

المشهور بين الأصحاب أن من شرط السراية وقوع العتق بالاختيار ، لأن قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم «من أعتق»[١] ونحوه يعطي مباشرة العتق ، وهو المعنيّ بالاختيار . ولأن الأصل عدم وجوب التقويم إلّا ما أخرجه الدليل ، ولم يدلّ إلّا على المباشرة ، فلا يردأن دلالته على نفي السراية فيما عداه من باب مفهوم الخطاب . ولما تقدّم[٢] من أن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات ، ولم يوجد منه في غير الاختياري صيغ[٣] ولا قصد إتلاف ، بخلاف ما لو اشترى ونحو ذلك من الأسباب الصادرة بالاختيار ، فإن فعل السبب كفعل المسبّب .

وقال الشيخ في الخلاف[٤] : يسري وإن ملكه بغير اختياره كالارث ، محتجّاً بالاجماع والأخبار ، مع أنه في المبسوط[٥] ذهب إلى القول الأول . وهو المعتمد .

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٣٢٤ ، هامش (١) .

(٢) في ص : ٣٢٨ ـ ٣٢٩ .

(٣) في «د» وإحدى الحجريّتين : صنع ، وفي «خ ، م» : الاختيار منع .

(٤) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٥١ مسألة (٧) .

(٥) المبسوط ٦ : ٦٨ .

ولو أوصى بعتق بعض عبده ، أو بعتقه ، وليس له غيره ، لم يقوّم على الورثة باقيه . وكذا لو أعتقه عند موته ، أُعتق من الثلث ، ولم يقوّم عليه .

قوله : «ولو أوصى بعتق ... الخ» .

أما عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت المورّث فلأنه لم يعتقه عن نفسه وإنما أعتقه عن المورّث فلا وجه للسراية عليه ، ولا على الميّت وإن كان وقت الوصيّة موسراً ، لانتقال التركة إلى الوارث بالموت فصار عند الإعتاق معسراً ، فلا يقوّم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق ، كما لو وكّل في عتق الشقص وهو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر .

وللشيخ[١] قول بالسراية عليه إن وسعه الثلث ، لرواية أحمد بن زياد[٢] عن أبي الحسن عليه السلام . ومال إليه في الدروس[٣] محتجّاً بسبق السبب على الموت. وفي طريق الرواية ضعف .

وأما إذا أعتقه المريض فلأنه محجور عليه فيما زاد على الثلث ، فكان في غير الثلث معسراً فلا يسري عليه وإن باشر العتق . ولو كان له فيه شريك فأعتق المريض نصيبه نظر إن خرج جميع العبد من الثلث قوّم عليه نصيب الشريك وعتق، لأن تصرّف المريض في ثلث ماله كتصرّف الصحيح . وإن لم يخرج إلّا نصيبه عتق نصيبه ولا تقويم . وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك قوّم عليه

---

(١) النهاية : ٦١٦ ـ ٦١٧ .

(٢) في هامش «و» : «أحمد بن زياد مشترك بين الثقة وغيره . منه» . انظر الكافي ٧ : ٢٠ ح ١٧ ، الفقيه ٤ : ١٥٨ ح ٥٤٩ ، التهذيب ٩ : ٢٢٢ ح ٨٧٢ ، الوسائل ١٣ : ٤٦٣ ب «٧٤» من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ .

(٣) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢١٠ .

والاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة ، وبالمنجّز عند الإعتاق .

والاعتبار في قيمة التركة بأقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض ، لأن التالف بعد الوفاة غير معتبر ، والزيادة مملوكة للوارث .

ذلك القدر على الخلاف . وبالجملة ، فالمريض بالنسبة إلى الثلث كالصحيح في الكلّ ، وفيما زاد على الثلث معسر .

قوله : «والاعتبار .... الخ» .

لمّا كان المريض والميّت محجورين عمّا زاد عن الثلث اعتبر يساره عند نفوذ عتق الشقص في ثبوت السراية . فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاة ، لأن ذلك هو وقت خروجه عن الوارث وانتقال التركة إليه ، فيعتبر وصوّل مثليه إليه .

وإن كان قد نجّز عتقه في المرض فالعبرة بقيمته عند الإعتاق ، لأنه وقت خروجه عن ملكه المعتبرُ في نفوذه بقاءُ مقدار ضعفه للوارث . ثم لا يعتبر وجود الضعف حينئذٍ ، لاحتمال أن يتلف قبل موت المريض ، بل المعتبر قيمته عند قبضه إيّاه . فلو فرض أن لم يكن له مال عند العتق ولكن تجدّد قبل موته مقدار ذلك نفذ العتق . ولو انعكس فتلف المال قبل الموت ، أو بعده قبل قبض الوارث له ، لم يحتسب عليه . ولو كان عند الموت بقدر ضعفه ثم تجدّد له زيادة نماء بحيث يقابل حصّة الشريك وضعفها لم يسر ، لأن الزيادة ملك الوارث ، لانتقال التركة إليه بالموت . وبهذا ظهر أن المعتبر في التركة أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث .

وللعلّامة[١] قول بأن العتق المنجّز والمؤخّر سواء في اعتبار القيمة عند الموت إن نقصت قيمة المنجّز ، لأنه لو بقي عبداً لم يتحفّظ على الورثة سوى قيمته الناقصة ، فلم يتلف عليهم أكثر منها . وأما إن زادت القيمة كانت بمنزلة الكسب ، للعلم بعتق شيء منه وقت الإعتاق ، فإذا زادت قيمة المعتَق لم يحسب من التركة ولا عليه ، وأما الرقّ فتحسب زيادته منها . فإن خلّف ضعف قيمته الأُولى من غيره فصاعداً عتق كلّه . وإن خلّف أقلّ أو لم يخلّف شيئاً حسب نصيب الرقّية من التركة ، فتكثر التركة فيكثر العتق ، فيقلّ الرقّ فتنقص التركة ، فيقلّ العتق ، وذلك دور .

فلو كانت قيمته وقت العتق مائة فصارت عند الوفاة إلى مائتين ولم يخلّف سواه ، قلنا : عتق منه شيء ، وله من زيادة القيمة شيء ، وللورثة شيئان بإزاء العتق . فهو في تقدير أربعة أشياء ، فيعتق منه نصفه الذي هو الآن يساوي مائة وقد كان يساوي خمسين ، وللورثة نصفه الذي يساوي مائة وهو ضعف ما عتق منه .

ولو بلغت قيمته ثلاثمائة قلنا : عتق منه شيء ، وله من زيادة القيمة شيئان ، وللورثة شيئان ضعف ما عتق منه . فيصير في تقدير خمسة أشياء : ثلاثة له واثنان للورثة ، فيعتق منه مائة وثمانون ، وللورثة مائة وعشرون .

ولو صارت قيمته مائتين ، وخلّف السيّد مائة غيره ، قلنا : عتق منه شيء ، وله من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيء آخر ، وللمولى منه ومن المائة شيئان

---

(١) المختلف : ٦٢٩ .

. . . . . .

ضعف ما انعتق منه . فالمجموع في تقدير أربعة أشياء : شيئان للعبد من نفسه ، وشيئان للورثة منه ومن المائة . فالشيء خمسة وسبعون ، فينعتق منه ثلاثة أرباعه ، وتسلم المائة والربع الآخر للورثة . وعلى هذا .

ولو[١] فرض نقصان قيمة المنجّز عند الوفاة عنها عند الإعتاق ، فعلى قول العلّامة لا يتغيّر الحكم لو لم يكن غيره ، واعتبرت القيمة عند الوفاة ، وإن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن . وعلى ما ذكره المصنّف يلزم الدور ، لأن التركة معتبرة بالوفاة ، فلا يحصل للوارث ضعف ما عتق ، لأن المعتق منه ثلثه . فلو كانت قيمته عند الإعتاق مائة فرجعت إلى خمسين ، فثلثه يساوي عند الإعتاق ثلاثة وثلاثين وثلثاً ، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاة ، وهو متعذّر ، لأن الباقي منه نصف[٢] ما عتق ، فينقص العتق عن الثلث ، وكلّما فرض عتق كان للوارث ضعفه ، فيكثر نصيب الوارث بقلّة العتق ، ويكثر العتق بكثرة النصيب ، فيقلّ النصيب . وهكذا .

فنقول : عتق منه شيء ثم عاد إلى نصف شيء ، فبقي العبد في تقدير خمسين إلّا نصف شيء يعدل ضعف ما عتق ، فيكون الخمسون إلّا نصف شيء تعدل شيئين ، فإذا جبرت وقابلت صارت خمسين كاملة تعدل شيئين ونصفاً ، فالشيء عشرون . ولمّا حكمنا برجوع الشيء إلى نصف شيء تبيّنّا أن المعتق خمسه ، لأن نصف شيء هو خمس شيئين ونصف ، وكان قيمة النصف ـ وهو خمس العبد ـ عشرين يوم الإعتاق وعاد إلى عشرة ، وبقي للورثة أربعة

(١) في «خ» والحجريّتين : وعلى هذا لو فرض ، وفي «ص ، م» : فلو ...

(٢) كذا فيما استظهره في هامش «د ، ق ، و» ، وفي متنها وسائر النسخ والحجريّتين : قدر .

ولو أعتق الحامل تحرّر الحمل وإن استثنى رقّه ، على رواية السكوني عن [أبي] جعفر عليه السلام . وفيه إشكال منشؤه عدم القصد إلى عتقه .

أخماسه، وقيمته يوم الموت أربعون وهو ضعف قيمة الجزء المعتق منه يوم الإعتاق .

قوله : «ولو أعتق الحامل ..... الخ» .

المشهور بين الأصحاب أن عتق الحامل لا يسري إلى الحمل وبالعكس ، لأن السراية في الأشقاص لا في الأشخاص .

وذهب الشيخ في النهاية[١] وجماعة[٢] إلى تبعيّة الحمل لها في العتق وإن استثناه، استناداً إلى رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عليهما السلام في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها قال : «الأمة حرّة وما في بطنها حرّ ، لأن ما في بطنها منها»[٣] .

وضعف الرواية وموافقتها لمذهب العامّة[٤] يمنع من العمل بمضمونها . فالعمل على المشهور ، لانفصاله عنها فلا ينعتق إلّا مع القصد إلى عتقه كما لو كان منفصلاً .

---

(١) النهاية : ٥٤٥ .

(٢) راجع الوسيلة : ٣٤٢، المهذّب ٢ : ٣٦١، إصباح الشيعة : ٤٧٤، وفيهما : حبلى من غيره .

(٣) الفقيه ٣ : ٨٥ ح ٣٠٩، التهذيب ٨ : ٢٣٦ ح ٨٥١، الوسائل ١٦ : ٦٧ ب «٦٩» من أبواب العتق ح ١.

(٤) انظر الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢ : ٢٨٣ ـ ٢٨٤ ، اللباب في شرح الكتاب ٣ : ١١٨ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٢ : ٩٧٤ ، بدائع الصنائع ٤ : ٧٣ ، بداية المجتهد ٢ : ٣٧٢ ، روضة الطالبين ٨ : ٣٨٤ ـ ٣٨٥ .

تفريع

إذا ادّعى كلّ واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه ، كان على كلّ واحد منهما اليمين لصاحبه ، ثم يستقرّ رقّ نصيبهما .

قوله : «إذا ادّعى ..... الخ» .

إذا ادّعى كلّ واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنّك أعتقت نصيبك وطالبه بالقيمة وأنكر صاحبه ، فكلّ واحد منهما مصدَّق بيمينه فيما أنكره. وإذا حلفا فلا مطالبة بالقيمة .

ثم إن أوقفنا العتق على الأداء ـ كما اختاره المصنّف ـ أوقلنا بالتوقّف والتبيّن فالعبد رقيق كما كان . وهذا هو الذي جزم به المصنّف تفريعاً على مذهبه . وإن قلنا بتعجيل السراية عتق جميع العبد ، لاعتراف كلّ منهما بسراية العتق إلى نصيبه .

ولو كان المدّعي أحدهما خاصّة على الآخر فأنكر ولا بيّنة فالمصدَّق المنكر أيضاً مع يمينه . فإن حلف رقّ نصيبه ، وإن نكل حلف المدّعي اليمين المردودة واستحقّ القيمة . وهل يحكم بعتق نصيب المدّعى عليه حينئذٍ ؟ وجهان، من أن اليمين المردودة إما كالبيّنة على المدّعى عليه أو كإقراره وكلاهما يوجب العتق ، ومن أن الدعوى إنما توجّهت عليه بسبب القيمة وإلّا فلامعنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده وإنما ذلك من وظيفة العبد ، وهذا أقوى .

ثم لو شهد هذا المدّعي مع آخر ثبت العتق بشهادة الحسبة . وأما نصيب المدّعي فيبنى عتقه على أن السراية هل تعجّل ، أو تتوقّف على الأداء ؟ فعلى

. . . . . .

الأول يعتق[١] ، لاعترافه بسراية إعتاق المدّعى عليه إلى نصيبه ، سواء حلف المدّعى عليه أم نكل . وإن قلنا بالتوقّف بقي إلى أن يأخذ القيمة . وإذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر وإن كان المدّعي موسراً ، لأنه لم ينشىء العتق ، فأشبه ما إذا ادّعى أحد الشريكين على رجل أنّك اشتريت نصيبي وأعتقته وأنكر المدّعى عليه ، فإنه يعتق نصيب المدّعي ولا يسري . ولأن نصيبه عتق لا باختياره بل قضيّة لقوله : أعتقت نصيبك ، فكان كما لو ورث بعض من يعتق عليه . ولو كان المدّعى عليه معسراً وأنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد . فإن اشترى المدّعي نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه ، لإقراره بأنه أعتقه ، ولا يسري إلى الباقي.

ولو كان المتداعيان في الصورة الأُولى معسرين لم يعتق أيضاً ، إلّا أن يشتري أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعتق ما اشتراه ، لاعترافه بأن شريكه أعتقه ، ولا يسري ، لأنه لم ينشىء إعتاقاً . لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما ويستسعى في قيمته لهما ، لاعتراف كلّ منهما بأن نصيبه محلّ لاستسعاء العبد في فكّه بسبب ادّعائه عتق الآخر وعدم السراية ، بخلاف ما إذا كانا موسرين ، فإنه يدّعي استحقاق القيمة في ذمّة شريكه فلا يأخذها من المملوك ، ويحتمله تنزيلاً لتعذّر الأداء منزلة الإعسار .

ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر خاصّة إن قلنا بتعجيل السراية ، لاتّفاقهما عليه ، أما من الموسر فبدعوى المباشرة ، وأما من المعسر فبدعوى السراية . ولو شرطنا الأداء أو جعلناه كاشفاً لم يعتق نصيب

---

(١) في هامش «ق ، و» : «أي : حكم بعتقه بناءً على عتقه بالإعتاق لا بالأداء . بخطّه قدّس سرّه» .

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

المعسر . أما نصيب الموسر فلا يعتق مطلقاً ، لإنكاره المباشرة . ودعواه عتق المعسر لا يقتضي السراية ، لفقد شرطها . ولا تقبل شهادة المعسر عليه ، لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً ، لكنّه يحلف ويبرأ من القيمة والعتق .

قوله: «وإذا دفع ..... الخ» .

هذا أيضاً من فروع الخلاف في تعجيل السراية وتوقّفها ، فإن قلنا بتعجيلها ترتّبت على العتق بغير فصل . وكذا إن قلنا بالمراعاة مع كون الأداء كاشفاً عن سبقه . أما على ما اختاره المصنّف من اشتراطه بالأداء ففي وقت الحكم بالسراية قولان :

أحدهما ـ وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط[1] ـ : أنّها تقع بعد أداء القيمة ليقع العتق عن ملك ، لعموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لا عتق إلّا في ملك»[2] أو «بعد ملك»[3]. ولأن الولاء يثبت له وهو يقتضي وقوعه في ملك .

والثاني ـ وهو الذي مال إليه المصنّف ـ : أنهما يقعان معاً ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمنيّاً كما في عتق المأمور . وهذا حسن . ويجيء على القول بتعجيل السراية توجّه الحكم بعتقهما معاً أيضاً من غير تأخّر السراية عنه ، لما ذكر ،

---

(١) المبسوط ٦: ٥٥ .

(٢) رواه بهذا اللفظ ابن فهد الحلّي «قدّس سرّه» في المهذّب البارع ٤: ٣٩ و ٥٥ ، وابن أبي جمهور الأحسائي في عوالي اللئالي ٣: ٤٢١ ح ٣.

(٣) الكافي ٦: ١٧٩ ح ٢ ، التهذيب ٨: ٢١٧ ح ٧٧٤ ، الاستبصار ٤: ٥ ح ١٥ ، الوسائل ١٦: ٧ ب «٥» من أبواب العتق ح ٢ .

وإذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه . فإن شهد آخر وكانا مرضيّين نفذ العتق فيه كلّه ، وإلّا مضى في نصيبهما ، ولا يكلّف أحدهما شراء الباقي .

ولظاهر قوله[١] عليه السلام : «هو حرّ كلّه ليس لله شريك» .

قوله : «وإذا شهد .....الخ» .

المراد أنه شهد بعتق المورّث له ، ولذلك لم يسر عليه ، لأنه لم يعترف بالمباشرة التي هي شرط السراية عليه . وإنما قبل في نصيبه لأنه يستلزم الإقرار به وإن كان بصورة الشهادة ، لأن الإقرار لا يختصّ بلفظ بل ما دلّ عليه وهو حاصل بالشهادة .

ولو شهد على هذا الوجه شاهدان من الورثة عدلان ثبت العتق في حقّهما وحقّ باقي الورثة ، لوجود المقتضي لقبول الشهادة وانتفاء المانع . ولو لم يكونا مرضيّين ـ أعني مقبولي الشهادة ـ نفذ الإقرار في نصيبهما خاصّة . وكذا لو كانا أزيد من اثنين . وليس للعبد أن يحلف مع الواحد منهما بناءً على أن العتق لا يثبت بالشاهد واليمين على المشهور . وكذا في المسائل السابقة . وفي القواعد[٢] حكم بثبوته بحلف العبد مع الشاهد في هذه المسائل ، ووافق على عدم الصحّة في باب الشهادات[٣] .

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٣٢٥ ، هامش (١) .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ١٠١ .

(٣) انظر قواعد الأحكام ٢ : ٢٣٩ ، فقد استشكل قبول دعوى قبض النجم الأخير ـ من حيث إنه يتضمّن العتق ـ بشاهد ويمين .

وأما الملك :

فإذا ملك الرجل أوالمرأة أحد الأبوين وإن علوا ، أو أحد الأولاد ـ ذكراناً أو إناثاً ـ وإن نزلوا ، انعتق في الحال . وكذا لو ملك الرجل إحدى المحرّمات عليه نسباً . ولا ينعتق على المرأة سوى العمودين .

قوله : «فإذا ملك ..... الخ» .

من ملك أحد أُصوله أو أحد أولاده وإن نزلوا ـ ذكوراً وإناثاً ـ عتقوا عليه . ويزيد الرجل أنه يعتق عليه محارمه من النساء . والأصل فيه قول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لا يجزي ولد والده إلّا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[١] . يعني بالشراء .

قيل : وفهم من قوله تعالى : ﴿**وما ينبغي للرحمن أن يتّخذ ولداً**﴾ إلى قوله : ﴿**إلّا آتي الرحمن عبداً**﴾[٢] ومن قوله تعالى : ﴿**وقالوا اتّخذ الرحمن ولداً سبحانه بل عباد مكرمون**﴾[٣] أن الولادة والعبوديّة لا يجتمعان .

وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لايملك الرجل والديه ولا ولده ولا عمّته ولا خالته ، ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال»[٤] . وروي عن أبي حمزة الثمالي قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها ؟ قال : كلّ أحد إلّا خمسة : أبوها

---

(١) مسند أحمد ٢ : ٢٣٠ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٤٨ ح ٢٥ ، سنن ابن ماجة ٢ : ١٢٠٧ ح ٣٦٥٩ ، سنن أبي داود ٤ : ٣٣٥ ح ٥١٣٧ ، سنن الترمذي ٤ : ٢٧٨ ح ١٩٠٦ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٨٩ .

(٢) مريم : ٩٢ و ٩٣ .

(٣) الأنبياء : ٢٦ .

(٤) الكافي ٦ : ١٧٧ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٢٤٠ ح ٨٦٨ ، الاستبصار ٤ : ١٥ ح ٤٤ ، الوسائل ١٦ : ٩ ب «٧» من أبواب العتق ح ٢ .

ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعتق عليه بالنسب ، هل ينعتق عليه ؟ فيه روايتان أشهرهما العتق .

وأُمّها وابنها وابنتها وزوجها»[١] . وغير ذلك من الأخبار[٢] . والمراد بالملك المنفي عن المذكورين الملك المستقرّ ، وإلّا فأصل الملك متحقّق في الجميع ، ومن ثم ترتّب عليه العتق المشروط بالملك .

ولا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه قهراً كالارث ، واختياراً بعقد معاوضة كالشراء ، وبغيره كالهبة والوصيّة . وفرّق بين عتق القريب والسراية ـ حيث لم تثبت السراية إلّا عند الاختيار ـ : بأن العتق صلة وإكرام للقريب فلا يستدعي الاختيار ، والسراية توجب التغريم والمؤاخذة وإنما يليق ذلك بحالة الاختيار .

قوله : «ولو ملك ..... الخ» .

اختلف الأصحاب تبعاً لاختلاف الروايات في أن من ملك من الرضاع من ينعتق عليه لو كان بالنسب هل ينعتق أم لا ؟ فذهب الشيخ[٣] وأتباعه[٤] وأكثر المتأخّرين[٥] ـ غير ابن إدريس ـ إلى الانعتاق ، لصحيحة عبد الله بن سنان :

---

(١) الكافي ٦ : ١٧٧ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢٤٢ ح ٨٧٣ ، الاستبصار ٤ : ١٦ ح ٤٩ ، الوسائل ١٦ : ١٣ ب «٩» من أبواب العتق ح ١ . وفي الكافي والاستبصار : أباها .

(٢) لاحظ الوسائل ١٦ : ٩ ب «٧» من أبواب العتق .

(٣) في هامش «ق ، و» : «هذا القول مذهب الشيخ في كتبه الثلاثة الفروعيّة . ونقله الشهيد في شرح الارشاد عن النهاية والخلاف خاصّة . ولا وجه له ، لأنه قطع به في المبسوط من غير نقل خلاف . منه رحمه الله» . راجع المبسوط ٦ : ٦٨ ، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٥١ مسألة (٥) ، النهاية : ٥٤٠ ، غاية المراد : ٩٠ .

(٤) راجع الوسيلة : ٣٤٠ ، المهذّب ٢ : ٣٥٦ ، إصباح الشيعة : ٤٧١ ـ ٤٧٢ ، فقه القرآن ٢ : ٢١١ .

(٥) في «ق ، و» : والمتأخّرون ، انظر قواعد الأحكام ٢ : ١٠٢ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٥٠٥ ، الجامع =

قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى فطمته هل يحلّ لها بيعه ؟ قال : لا حرم عليها ثمنه ، أليس قد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ؟ أليس قد صار ابنها ؟»[١]. وصحيحة الحلبي عنه عليه السلام : «في امرأة أرضعت ابن جاريتها ، قال : تعتقه»[٢]. ورواية أبي بصير عنه عليه السلام : «لا يملك أُمه من الرضاعة، ولا أخته ولا عمّته ولا خالته من الرضاعة ، إذا ملكهم عتقوا ، وقال : يملك الذكور ما عدا الولد والوالدين ، ولا يملك من النساء ذات محرم ، قلت ، وكذلك يجري في الرضاع ؟ قال : نعم»[٣] ، وقال : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٤] . وغير ذلك من الأخبار[٥] الكثيرة .

وذهب المفيد[٦] وابن أبي عقيل[٧] وسلّار[٨] وابن إدريس[٩] إلى عدم الانعتاق ، لرواية أبي جميلة عن أبي عتيبة قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام :

= للشرائع : ٤٠٠ ، كشف الرموز ٢ : ٢٨٣ ـ ٢٨٤ ، الدروس الشرعيّة ٢ : ١٩٥ ، المقتصر : ٣٠٤ .

(١) التهذيب ٨ : ٢٤٤ ح ٨٨٠، الاستبصار ٤ : ١٨ ح ٥٦، الوسائل ١٦ : ١٢ ب «٨» من أبواب العتق ح ٣.

(٢) الكافي ٦ : ١٧٨ ح ٥ ، الوسائل ١٦ : ١١ الباب المتقدّم ح ١ .

(٣) الفقيه ٣ : ٦٦ ح ٢٢١ ، الاستبصار ٤ : ١٧ ح ٥٣ ، التهذيب ٨ : ٢٤٣ ح ٨٧٧، الوسائل ١٣ : ٢٩ ب « ٤» من أبواب بيع الحيوان ح ١ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٤٣ ذيل ح ٨٧٩، الوسائل ١٣ : ٢٩ الباب المتقدّم ح ٢ .

(٥) لاحظ الوسائل ١٦ : ١١ ب «٨» من أبواب العتق .

(٦) المقنعة : ٥٩٩ .

(٧) المختلف : ٣٧٨ ـ ٣٧٩ .

(٨) المراسم : ١٧٦ .

(٩) السرائر ٣ : ٨ .

. . . . . .

غلام بيني وبينه رضاع يحلّ لي بيعه ؟ قال : إنما هو مملوك إن شئت بعه وإن شئت أمسكته ، ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حرّان»[١] . ورواية إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام قال : «سألته عن رجل كانت له خادم فولدت جارية ، فأرضعت خادمه ابناً له ، وأرضعت أم ولده ابنة خادمه ، فصار الرجل أبا بنت الخادم من الرضاع يبيعها ؟ قال : نعم ، إن شاء باعها فانتفع بثمنها»[٢] الحديث . ورواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ إلّا ما كان من قبل الرضاع»[٣] . ورواية الحلبي عنه عليه السلام في بيع الأم من الرضاعة قال : «لا بأس بذلك إذا احتاج»[٤] .

والجواب : أن الأخبار جميعها مشتركة في ضعف[٥] السند فلا تعارض الصحيح . ومع ذلك فالأُولى لا تدلّ على المطلوب ، لأنها ظاهرة في أن المراد من الغلام الأخ وليس محلّ النزاع .

والشيخ[٦] حمل قوله في الرواية الثانية : «إن شاء باعها» على المرضعة الخادم دون ابنتها ، بقرينة قوله في آخرها : «فيبيع الخادم وقد أرضعت ابناً له ؟ ـ

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٤٤ ح ٨٨١ ، الوسائل ١٣ : ٢٩ الباب المتقدّم ح ٤ . وفيه : عن أبي عيينة .

(٢) التهذيب ٨ : ٢٤٤ ح ٨٨٤ ، الاستبصار ٤ : ١٨ ح ٦٠ ، الوسائل ١٦ : ١٢ باب «٨» من أبواب العتق ح ٤ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٤٥ ح ٨٨٥ ، الاستبصار ٤ : ١٩ ح ٦١ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٤٥ ح ٨٨٦ ، الاستبصار ٤ : ١٩ ح ٦٢ .

(٥) في هامش «ق ، و» : «في طريق الأُولى والثانية والثالثة الحسن بن سماعة ، وفي الرابعة ابن فضّال . منه رحمه الله» .

(٦) التهذيب ٨ : ٢٤٤ ذيل ح ٨٨٤ ، الاستبصار ٤ : ١٨ ، ذيل ح ٦٠ .

ويثبت العتق حين يتحقّق الملك .

متعجّباً من ذلك ـ فقال : نعم ، وما أحبّ له أن يبيعها» . وحمل الثالثة[١] على أن «إلّا» فيها بمعنى الواو العاطفة ، وذلك معروف في اللغة ، وقد قيل منه قوله تعالى : ﴿خالدين فيها ما دامت السموات والأرض إلّا ما شاء ربّك﴾[٢] . فكأنّه قال : إذا ملك الرجل أباه فهو حرّ وما كان من جهة الرضاع . وحمل الرابعة[٣] على أن يكون إنما أجاز بيع الأم من الرضاع لأبي الغلام .

ولا يخفى ما في هذه المحامل من التكلّف . والأصحّ الأول ، لصحّة رواياته وكثرتها .

قوله : «ويثبت العتق ..... الخ» .

الكلام في تحقّق العتق بعد الملك أو معه كالكلام في عتق السراية وعتق المأمور بعتقه ، فقيل ينعتق بعده ليقع في ملك ، وليتحقّق قولهم : من ملك أحد هؤلاء عتق عليه ، ولأن العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع من غير أن يثبت للمشتري لَما قوّم عليه لو اشترى بعضه ، ولَما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش وغيره . وهذا هو الظاهر من مذهب المصنّف وصريح العلّامة[٤] وجماعة[٥] .

وقيل : ينعتق مع تمام البيع لا يتأخّر عنه أصلاً . وهو اختيار ابن إدريس[٦] ،

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٤٦ ذيل ح ٨٨٦ ، الاستبصار ٤ : ١٩ ذيل ح ٦٢ .

(٢) هود : ١٠٧ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٤٦ ذيل ح ٨٨٦ ، الاستبصار ٤ : ٢٠ ذيل ح ٦٢ .

(٤) المختلف : ٦٢٤ ـ ٦٢٥ .

(٥) انظر المبسوط ٦ : ٥٥ ، المختلف : ٦٢٤ ـ ٦٢٥ حكاه عن ابن الجنيد ، الدروس الشرعيّة ٢ : ١٩٥ ، التنقيح الرائع ٣ : ٤٣١ .

(٦) السرائر ٣ : ٧ .

ومن ينعتق كلّه بالملك ينعتق بعضه بملك ذلك البعض .

وإذا ملك شقصاً ممّن ينعتق عليه لم يقوّم عليه إن كان معسراً . وكذا لو ملكه بغير اختياره . ولو ملكه اختياراً وكان موسراً قال الشيخ : يقوّم عليه . وفيه تردّد .

محتجّاً بأن الانسان لا يملك من ذكر . وقد تقدّم[١] في الروايات ما يدلّ عليه .

وجوابه : أن المراد بالملك المنفي الملك المستقرّ لا مطلق الملك جمعاً بين الأدلّة .

قوله : «ومن ينعتق ..... الخ» .

لا فرق في انعتاق القريب بملكه بين ملك جميعه وبعضه ، لاشتراكهما في المعنى المقتضي للعتق .

ثم إن ملك البعض بغير اختياره كالارث فقد تقدّم[٢] الخلاف في السراية على الباقي . وإن ملكه باختياره ـ بأن اشتراه أو اتّهبه ـ فهل يسري عليه ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ، ذهب إليه الشيخ في المبسوط[٣] وجماعة[٤] ، لأن ملكه مع العلم بأنه ينعتق عليه بمنزلة مباشرته للعتق ، لتساويهما في السببيّة ، فيتناوله عموم[٥] : «من أعتق شقصاً» لأن فاعل السبب اختياراً كفاعل المسبّب .

والمصنّف تردّد في ذلك من حيث إنه إنما اختار الملك لا العتق فلا يصدق

---

(١) في ص : ٣٤٨.

(٢) في ص : ٣٣٨.

(٣) المبسوط ٦ : ٦٨.

(٤) انظر المهذّب ٢ : ٣٦٣ ، قواعد الأحكام ٢ : ١٠٢ ، الدروس الشرعيّة ٢ : ١٩٥.

(٥) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٣٢٤ ، هامش (١).

فرعان

الأول : إذا أُوصي لصبيّ أو مجنون بمن ينعتق عليه فللوليّ أن يقبل ، إن لم يتوجّه به ضرر على المولّى عليه . فإن كان فيه ضرر لم يجز القبول ، لأنه لا غبطة ، كالوصيّة بالمريض الفقير ، تفصّياً من وجوب نفقته .

عليه أنه أعتق حقيقة . ونمنع[١] أن اختيار السبب يوجب اختيار المسبّب مطلقاً أو فعله يقتضي فعله ، لأن المسبّب يترتّب على السبب على وجه الايجاب لا الاختيار .

ولو قيل بالفرق بين العالم بالحكم والنسب فيسري عليه ، والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسري ، كان حسناً ، إذ لا يتّجه اختيار المسبّب لمختار السبب بدون ذلك .

قوله : «إذا أُوصي ..... الخ» .

ليس للولي أن يشتري قريب الطفل الذي يعتق عليه له ، فإن فعل فالشراء باطل ، لأنه إتلاف محض .

أما لو وهب الصبي أو المجنون قريبه أو أُوصي له به ، نظر إن كان الصبي معسراً جاز له قبوله ، فإذا قبله عتق عليه ، لأنه لا ضرر فيه على الصبي بل هو جمال[٢] ، وربما كان له فيه منفعة ، وقد يوسر فينفق على الصبي ، ولا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب النفقة عليه وإنما يعتبر الحال . وهل يجب على الولي القبول[٣] ؟ وجهان من ظهور المصلحة للمولّى عليه بتخليص قريبه من الرقّ مع

---

(١) في «ص ، د ، و» : ويمنع .

(٢) في «خ» والحجريّتين : كمال .

(٣) في هامش «ق ، و» : «القولان للشيخ في المبسوط ، لأنه قال : إذا ملك بعض من ينعتق عليه باختيار كالهبة والوصيّة قوّم عليه ، ثم قال : ولو أوصى للصبي أو المجنون ببعض من ينعتق عليه بني على =

الثاني : لو أُوصي له ببعض من ينعتق عليه ، وكان معسراً ، جاز القبول . ولو كان المولّى عليه موسراً قيل : لا يقبل ، لأنه يلزمه افتكاكه . والوجه القبول ، إذ الأشبه أنه لا يقوّم عليه .

انتفاء الضرر فكان أبلغ من حفظ ماله اليسير والتكسّب به على بعض الوجوه ، وهو اختيار الشيخ[١] في المبسوط ، ومن أصالة العدم ، وهو ظاهر المصنّف ، لاقتصاره على مجرّد الجواز ، مع أنه لا ينافي الوجوب .

وإن كان المولّى عليه موسراً ، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال ـ بأن يكون زمناً أو غير كسوب ـ لم يجز للولي القبول كيلا[٢] يتضرّر الصبي بالإنفاق عليه من ماله . وإن كان لا تجب نفقته فعلى ما تقرّر في المعسر .

وقول المصنّف : «كالمريض الفقير» إما مبني على أن العبد يملك أو يريد بالفقير غير الكسوب ، لكن عطفه على المريض لا يخلو حينئذٍ من منافرة[٣] . وقد أحسن الشيخ في المبسوط حيث قال : «وإن كان صحيحاً ولا يكون أبداً إلّا فقيراً فإنه مملوك نظرت إن كان مكتسباً لم تجب نفقته على ولده فعلى وليّه أن يقبله .... الخ»[٤] .

قوله : «لو أُوصي ..... الخ» .

ما تقدّم في المسألة السابقة حكم ما إذا ملك الجميع ، أما إذا أُوصي له

= قولين هل يقوّم عليه نصيب شريكه أم لا ؟ فإن قلنا يقوّم لم يقبله ، ولو قلنا لا يقوّم فعليه قبوله ، لأنه لا ضرر عليه ، وهو أقوى عندي . هذا كلامه وهو خلاف الأول . منه رحمه الله» . لاحظ المبسوط ٦ : ٦٨ و ٦٩ .

(١ و ٤) المبسوط ٦ : ٦٩ .

(٢) في الحجريّتين : لئلّا .

(٣) في الحجريّتين : مناقشة .

وأما العوارض : فهي العمى .... والجذام .... والإقعاد .... وإسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه .... ودفع قيمة الوارث .

بالبعض أو وهبه فإن كان المولّى عليه معسراً قبله الولي ، لما تقدّم من عدم الضرر ، بل فيه الجمال[١] والمنفعة بلا مؤونة ولا تقويم عليه . وإن كان موسراً زاد النظر في غرامة السراية وإن لم تجب النفقة ، وفيه حينئذٍ قولان :

أحدهما : أنه لا يقبل ، لأنه لو قبل انعتق على الصبي و إذا اعتق سرى ولزمه قيمة الشريك وفيه إضرار بالصبي .

والثاني : يقبل ويعتق عليه ولا يسري كيلا يتضرّر الصبي . ووجّه أيضاً بأنه لا اختيار له في حصول الملك . ولا يخلو من نظر ، لأن اختيار الولي كاختياره .

وكيف كان ، فالوجه ما اختاره المصنّف والأكثر من عدم السراية ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٢] .

قوله : «وأما العوارض ..... الخ» .

انعتاق العبد بهذه العوارض مذهب الأصحاب . ومستنده[٣] رواياتهم به عن أهل البيت عليهم السلام ، فأما العمى والجذام فرووهما بطريق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: إذا عمي المملوك فلا رقّ عليه ، وإذا جذم فلا رقّ عليه »[٤] وروى حمّاد في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «إذا عمي المملوك فقد

---

(١) في الحجريّتين : الكمال .

(٢) المبسوط ٦ : ٦٩ .

(٣) في «ق ، م» : ومستندهم .

(٤) الكافي ٦ : ١٨٩ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ٨٤ ح ٣٠٤ ، التهذيب ٨ : ٢٢٢ ح ٧٩٨ ، الوسائل ١٦ : ٢٧ ب «٢٣» من أبواب العتق ح ٢ .

. . . . . .

أُعتق»[١]. وفي حديث آخر ـ في طريقه معلّى بن محمد وهو ضعيف ـ عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إذا عمي المملوك أعتقه صاحبه ، ولم يكن له أن يمسكه»[٢].

وألحق ابن حمزة[٣] بالجذام البرص . ونحن في عويل من إثبات حكم الجذام لضعف المستند إن لم يكن إجماع فكيف يلحق به البرص ؟ !

وأما الإقعاد فلم نقف له على شاهد ، والمصنّف في النافع[٤] نسبه إلى الأصحاب مؤذناً بعدم وقوفه على دليله ، ولكن لا يظهر فيه مخالف حتى ابن إدريس[٥] وافق عليه بشبهة أنه إجماع . وفي الحقيقة الحكمة في انعتاق المملوك بهذه العوارض غير واضحة ، لأن عجزه عن الاكتساب بناسبه استصحاب الرقّ لتجب نفقته على المولى فليقتصر منه على محلّ الوفاق أو النصّ الصالح لإثبات الحكم .

وأما إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه فالمروي[٦] أنه من أسباب العتق. واشترط الشيخ[٧] خروجه إلينا قبله أيضاً ، لقوله عليه السلام :

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٩ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ٨٤ ح ٣٠٥ ، التهذيب ٨ : ٢٢٢ ح ٧٩٩ ، الوسائل ١٦ : ٢٧ الباب المتقدّم ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٩ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢٢٢ ح ٨٠٠ ، الوسائل ١٦ : ٢٨ الباب المتقدّم ح ٦ .

(٣) الوسيلة : ٣٤٠ .

(٤) المختصر النافع : ٢٣٨ .

(٥) السرائر ٣ : ٨ .

(٦) راجع سنن البيهقي ٩ : ٢٣٠ ، والموجود في مصادر الخاصّة خروج العبد قبل مولاه لا إسلامه قبله ، انظر الهامش (١) في الصفحة التالية .

(٧) النهاية : ٢٩٥ .

وفي عتق من مثّل به مولاه تردّد ، والمرويّ أنّه ينعتق .

«أيّما عبد خرج قبل مولاه فهو حرّ»[١] . وهو حسن . وظاهر المصنّف عدم اشتراط خروجه قبله ، وبه صرّح ابن إدريس[٢] ، لحصول الاسلام المانع من ملك الكافر . وهو ممنوع ، لأن الاسلام إنما يمنع من دوام الملك لا مطلقاً . والمصنّف في الجهاد[٣] اشترط خروجه قبله ، ولعلّه أجمل الحكم هنا اتّكالاً على ما سلف .

وأما دفع قيمة الوارث فظاهره أنه يوجب العتق بمجرّده ، ولكن سيأتي إن شاء الله تعالى في الميراث[٤] أنه يشترى ويعتق ، ولعلّه أطلق على دفع القيمة السببيّة للعتق من حيث إنه جزء السبب وإن توقّف على أمر آخر كسببيّة التدبير والكتابة .

قوله : «وفي عتق ..... الخ» .

جعل التنكيل من أسباب الانعتاق هو المشهور بين الأصحاب لم يخالف فيه إلّا ابن إدريس[٥] ، فإنه نسبه إلى رواية الشيخ . ولا وجه لإخراجه عن العوارض السابقة ، لأن مستند غير العمى أضعف منه ، وفتوى الأصحاب مشتركة.

ومستند الحكم في التنكيل رواية جعفر بن محبوب عمّن ذكره عن أبي

---

(١) التهذيب ٦ : ١٥٢ ح ٢٦٤ ، الوسائل ١١ : ٨٩ ب « ٤٤» من أبواب جهاد العدوّ ح ١ ، سنن البيهقي ٩ : ٢٢٩ .

(٢) صرّح في السرائر باشتراط خروجه قبله ، راجع السرائر ٢ : ١٠ ـ ١١. نعم ، نسب إليه عدم الاشتراط الفاضل المقداد «قده» في التنقيح الرائع ٣ : ٤٥٦ .

(٣) في ج ١ : ٣٦٣ ـ ٣٦٤ .

(٤) في المقدّمة الثانية من كتاب الفرائض .

(٥) السرائر ٣ : ٨ ـ ٩ .

. . . . . .

عبدالله عليه السلام قال : «كلّ عبد مثّل به فهو حرّ»[١] . ورواية عبد الحميد عن هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكّل بمملوكه أنه حرّ لا سبيل له عليه سائبة يذهب فيتولّى من أحبّ»[٢] .

والرواية الأولى في طريقها جهالة ، وهي مع ذلك مرسلة . وعبد الحميد في الثانية مشترك بين الثقة والضعيف ، بل الظاهر أنه خارج عن القسمين ، لأن طبقتهما أعلى من طبقته فيكون مجهولاً ، وعلى التقديرين يضعف الطريق . وأبو بصير قد عرفت[٣] مراراً أنه مشترك فتكون ضعيفة ، ومع هذا فقد وصفها في المختلف[٤] بالصحّة ، وليس كذلك .

ومن طريق العامّة روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن زنباعاً أبا روح وجد غلاماً مع جارية له فجدع أنفه وجبّه فأتى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم فقال : «من فعل هذا بك ؟ قال : زنباع ، فدعاه النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم فقال : ما حملك على هذا ؟ فقال : كان من أمره كذا وكذا ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : اذهب فأنت حرّ»[٥] . وبالاسناد قال : «جاء رجل إلى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم صارخاً فقال له: مالك؟ قال : سيّدي رآني أُقبّل جاريةله

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٩ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٢٢٣ ح ٨٠١ ، الوسائل ١٦ : ٢٦ ب «٢٢» من أبواب العتق ح ١ .

(٢) الكافي ٧ : ١٧٢ ح ٩ ، الفقيه ٣ : ٨٥ ح ٣٠٦ ، التهذيب ٨ : ٢٢٣ ح ٨٠٢ ، الوسائل ١٦ : الباب المتقدّم ح ٢ .

(٣) انظر ج ٨ : ٥٠ ، و ج ٩ : ١٤٣ و ٥٣٤ .

(٤) المختلف : ٦٢٥ .

(٥) مسند أحمد ٢ : ١٨٢ .

وقد يكون الاستيلاد سبباً للعتق ، فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد ، لأن ثمرتها إزالة الرقّ .

فجبّ مذاكيري، فقال له النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : اذهب فأنت حرّ»[1] .

والمصنّف تردّد في الحكم من ضعف المستند ، واشتهاره بين الأصحاب، وآنسه[2] بالتردّد مخالفة ابن إدريس ، وإلّا فقد عرفت أن حكم ما تقدّم أولى بذلك.

إذا تقرّر ذلك فالتنكيل لغة فعل الأمر الفظيع بالغير ، يقال : نكّل به تنكيلاً إذا جعله نكالاً وعبرة لغيره ، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أُذنيه أو شفتيه ونحو ذلك. وليس في كلام الأصحاب ما يدلّ على المراد ، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرّد الاسم تبعاً لإطلاق النصّ . وفي الرواية الأخيرة أن الجبّ تنكيل . وليس ببعيد . ويترتّب على هذا أن المماليك الخصيان ينعتقون على مواليهم إذا فعلوا بهم ذلك ، فلا يصحّ شراؤهم لمن علم ذلك . ومع اشتباه كون الفعل من مولاه يبنى على أصالة بقاء الملك . وقد يحصل الاشتباه في بعض العقوبات ، كقلع العين الواحدة والأذن الواحدة ونحو ذلك ، والواجب الرجوع في موضع الاشتباه إلى حكم الأصل وهو استصحاب حكم الرقّ إلى أن يثبت المزيل .

قوله : «وقد يكون الاستيلاد .....الخ» .

أتى بـ«قد» الدالّة على التقليل في هذا المقام لأن الاستيلاد لا يستلزم العتق بذاته حينئذٍ بل يتوقّف على أمور كثيرة منها : بقاء الولد إلى أن يموت المولى ، ومنها: موت المولى ، فلو مات الولد في حياة المولى سقط حكم الاستيلاد . ومع

---

(١) سنن ابن ماجة ٢ : ٨٩٤ ح ٢٦٨٠ ، سنن أبي داود ٤ : ١٧٦ ح ٤٥١٩ .

(٢) في «د» والحجريّتين : وأنسبه .

. . . . . .

ذلك فسببيّة الاستيلاد ناقصة ، لما عرفت من أن موت المولى تمام السبب . ويمكن أن لا يجعل الاستيلاد من الأسباب أصلاً ، لأن موت المولى مع بقاء الولد يوجب انتقال أم الولد إلى ملكه أو بعضها فينعتق عليه بالملك لا بالاستيلاد . ويمكن أن يشير بـ «قد» إلى هذا المعنى أيضاً . وكون موت المولى من فعل الله تعالى دون الاستيلاد لا يقتضي رفع سببيّته ، كما أن عمى العبد وإقعاده من أسباب العتق وإن كان من قبل الله تعالى . واشتراط المباشرة في السبب تحكّم . وفي الحقيقة هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق سواء كانت بفعل الله تعالى أو فعل المكلّف .

كتاب
التدبير والمكاتبة والاستيلاد

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى . وفي صحّة تدبيره بعد وفاة غيره ، كزوج المملوكة ، ووفاة من يجعل له خدمته ، تردّد أظهره الجواز ، ومستنده النقل .

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

التدبير تفعيل[١] من الدبر ، والمراد به تعليق العتق بدبر الحياة . وقيل : سمّي تدبيراً لأنه دبّر أمر دنياه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته بإعتاقه . وهذا راجع إلى الأول ، لأن التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً ، لأنه نظر في عواقب الأمور وأدباره .

قوله : «التدبير ..... الخ» .

لا خلاف بين علماء الاسلام في صحّة تعليق عتق المملوك على وفاة مولاه . واقتصر المصنّف على تعريفه بذلك إيثاراً لتعريف الفرد المتّفق عليه لا للحصر ، وإن كانت الصيغة تقتضيه من جهة أن المبتدأ منحصر في الخبر ، فالحصر حينئذٍ إضافي لا مطلق .

واختلف الأصحاب في صحّته معلّقاً على وفاة غير المولى في الجملة ، فذهب جماعة منهم المصنّف والعلّامة[٢] وقبله الشيخ[٣] وأتباعه[٤] إلى الصحّة ،

---

(١) في «ص ، ق ، ط» : كتفعيل .

(٢) المختلف : ٦٣٦ .

(٣) النهاية : ٥٥٣ ـ ٥٥٤ .

(٤) راجع المهذّب ٢ : ٣٧٣ ، الوسيلة : ٣٤٥ ، إصباح الشيعة : ٤٧٩ .

لصحيحة يعقوب بن شعيب أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال : هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّة ، فتأبق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ سنين ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت ؟ فقال : «لا ، إذا مات الرجل فقد عتقت»[١] . وللأصل[٢] ، وقبول العتق التأخير كقبوله للتنجيز ، ولا تفاوت بين الأشخاص ، وقد جاز تعليقه بوفاة المالك فيجوز بوفاة غيره .

وفيه نظر ، لأن الرواية دلّت على جواز تعليقه بوفاة المخدوم فتعديته إلى غيره من الزوج وغيره قياس لا يقولون[٣] به ، بل مورد النصّ الأمة إلّا أن خصوصيّة الذكوريّة والأُنوثيّة قد يدّعى أنها ملغاة . والأصل مدفوع بأن التدبير إن كان عتقاً معلّقاً فلا يقولون[٤] بجوازه مطلقاً بل في مورد النصّ أو الوفاق ، وإن كان وصيّة فلا يجوز تعليقها بوفاة غير المولى إجماعاً . وبهذا يحصل الفرق بين تعليقه بوفاة المولى وغيره ، فلا يلزم من جوازه معلّقاً على بعض الوجوه جوازه مطلقاً .

وذهب ابن إدريس[٥] إلى المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً ، تمسّكاً بموضع الوفاق ، وردّاً لخبر الواحد وإن صحّ ، ودعوى أن التدبير شرعاً تعليق العتق بوفاة المولى فلا يتعدّى إلى غيره . وردّ بأنه مصادرة ، وبأنه لو صحّ معلّقاً

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٦٤ ح ٩٦٥ ، الاستبصار ٤ : ٣٢ ح ١١١ ، الوسائل ١٦ : ٨١ ب «١١» من أبواب التدبير ح ١ .

(٢) في «خ ، م» : والأصل قبول .

(٣ و ٤) في «و» : تقولون .

(٥) السرائر ٣ : ٣٣ ـ ٣٤ .

. . . . . .

على وفاة غيره لبطل بالإباق كالمعلق بموت السيّد . وردّ بمنع الملازمة ، والفرق مقابلة نعمة السيّد بالكفر فقوبل بنقيض ذلك كقاتل العمد في حرمانه الارث ، بخلاف الأجنبي .

ثم عد إلى عبارة المصنّف وتنبّه لأمور :

الأول : ضمير «ومستنده النقل» يرجع إلى الجواز المحكوم به في تعليقه بوفاة الزوج ومن جعل له الخدمة ، ومقتضاه وجود النقل على صحّة ذلك، وليس كذلك ، وإنما الموجود من النقل ما حكيناه من الرواية ، وهي مختصّة بتعليقه على وفاة المخدوم ، فتعديته إلى غيره غير مستند إلى النقل . فإن روعيت الملابسة ـ وهي لا تخرج عن ربقة القياس ـ فلا وجه لاختصاصه بهذين ، لأن وجوه الملابسة لا تنحصر . ويجيء على هذا جواز تعليقه بوفاة مطلق الملابس بل مطلق الناس ، لفقد ما يدلّ على غير المخدوم . وهو قول[١] في المسألة . وربما قيل[٢] بجواز تعليقه بموت غير الآدمي ، لاشتراك الجميع في معنى التدبير لغة ، وهو تعليق العتق على الوفاة . وأكثر الأصحاب لم يتعرّضوا لغير المروي ، وهو الأنسب، لكن يبقى فيه أن المنصوص وارد في الأمة فتعديته إلى العبد لا يخلو من نظر . وما اشتهر من أن خصوصيّة الذكوريّة والأنوثيّة ملغاة وأن الطريق متّحد لا يقطع الشبهة وإن كان متّجهاً .

الثاني : يظهر من قوله : «هو عتق العبد ..... الخ» أن التدبير عتق بشرط لا وصيّة ، وهو أحد القولين في المسألة ، وهما أصل كبير[٣] في تفريع مسائل الباب.

(١ و ٢) حكاهما الشهيد «قده» في الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٢٩ .

(٣) في «ص ، د ، ط ، م» وإحدى الحجريّتين : كثير .

ووجه كونه عتقاً أنه لا يحتاج إلى إحداث صيغة بعد الموت ، بخلاف الوصيّة . والأشهر أنّه وصيّة بعتق ، لأنه تبرّع بعد الموت معتبر من الثلث ، ويجوز الرجوع فيه حال الحياة ، وهي من خواصّ الوصيّة . وسيأتي[١] في الأخبار ما يرجّح هذا القول . وبه قطع المصنّف في النافع[٢] .

ويتفرّع على القولين مسائل كثيرة يأتي[٣] بعضها ، ومنها هذه المسألة ، فإن جعله وصيّة يقتضي عدم جواز تعليقه بوفاة غير المولى كغيره من الوصايا ، وإن ضويقنا جوّزناه في صورة النصّ لا غير . وإن جعلناه عتقاً معلّقاً أمكن القول بجوازه مطلقاً ، نظراً إلى اشتراك الجميع في التعليق ، ولا[٤] يقاس بجوازه في موضع الوفاق ، مع عدم دليل صالح على منعه يرفع أصالة الجواز ووجوب وفاء المؤمنين بشروطهم[٥] ، والمنع من غير موضع النصّ التفاتاً إلى ما سبق[٦] من ظهور اتّفاق الأصحاب على عدم جواز تعليق العتق على الشرط والصفة ، فيقتصر بالجواز على مورده .

والعامّة[٧] لمّا جوّزوا تعليق العتق وقصّروا التدبير على تعليقه بوفاة

---

(١) في ص : ٣٨٧ ـ ٣٨٨ .

(٢) المختصر النافع : ٢٣٨ .

(٣) في ص : ٣٧٥ و ٣٨٣ و ٣٨٧ .

(٤) كذا في «خ ، م» ، وفي سائر النسخ والحجريّتين : والّا ، ولعلّها مفصولة أي : وإن لا ، أو : وأن لا .

(٥) التهذيب ٧ : ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ ح ٨٣٥ ، الوسائل ١٥ : ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤ .

(٦) في ص : ٢٧٧ .

(٧) انظر الكافي في فقه أهل المدينة ٢ : ٩٦٩ و ٩٨٢ ، روضة الطالبين ٨ : ٣٨٢ و ٤٤٤ ، اللباب في شرح الكتاب ٣ : ١١٨ و ١٢٠ ، روضة القضاة ٣ : ١٠٩٨ .

والعلم به يستدعي ثلاثة مقاصد :

الأول

في العبارة وما يحصل به التدبير

والصريح : أنت حرّ بعد وفاتي ، أو إذا متّ فأنت حرّ أو عتيق أو معتق .

ولا عبرة باختلاف أدوات الشرط . وكذا لا عبرة باختلاف الألفاظ التي يعبّر بها عن المدبّر ، كقوله : هذا أو هذه أو أنت أو فلان . وكذا لو قال : متى متّ ، أو أيّ وقت ، أو أيّ حين .

المولى ـ كقول ابن إدريس[1] ـ جعلوا تعليقه بوفاة غيره عتقاً معلّقاً لا تدبيراً وإن شاركه في بعض الأحكام . ولو قيل بأن التدبير إيقاع برأسه وإن شابه العتق المعلّق والوصيّة بوجه كان حسناً ، وفيه جمع بين الأدلّة وسلامة من تناقض الأحكام المترتّبة غالباً .

الثالث : تقييده بالعبد في قوله : «وهو عتق العبد بعد وفاة المولى» لا وجه له خصوصاً في مقام التعريف الموجب لانتقاضه في طرده ، وكان[2] المناسب إبداله بالمملوك أو الاقتصار على العتق كما ذكرناه .

قوله : «والصريح أنت حرّ ..... الخ» .

المعتبر في هذا الإيقاع التلفّظ به بلفظ صريح في معناه كغيره ، فلا يقع بالكناية عندنا وإن قصده . وحيث تتعدّد الألفاظ الدالّة عليه صريحاً يتخيّر في تأديتها بأيّها شاء كأدوات الشرط وأسماء الإشارة وما قام مقامها ، لاشتراك الجميع في إفادة المعنى صريحاً ، وعدم ورود ما يدلّ على اختصاص أحدها

---

(١) انظر ص : ٣٦٦ ، هامش (٥) .

(٢) في الحجريّتين : فكان .

وهو ينقسم : إلى مطلق ، كقوله : إذا متّ . وإلى مقيّد ، كقوله : إذا متّ في سفري هذا ، أو من مرضي هذا ، أو في سنتي هذه ، أو في شهري ، أو في شهر كذا.

ولو قال : أنت مدبّر ، واقتصر لم ينعقد . أما لو قال : فإذا متّ فأنت حرّ ، صحّ ، وكان الاعتبار بالصيغة لا بما تقدّمها .

شرعاً . ويستفاد من قوله : «والصريح : أنت حرّ ..... الخ» حصر الصريح في هذه الألفاظ بمقتضى انحصار المبتدأ في خبره . والأظهر عدم الانحصار ، فلو قال : أعتقتك بعد موتي أو حرّرتك ، كان صريحاً كما لو أوقع بهما العتق المطلق .

قوله : «وهو ينقسم ..... الخ» .

كما يصحّ التدبير مطلقاً وهو أن يعلّق العتق بالموت بلا شرط ، يصحّ مقيّداً بشرط مثل أن يقول : إن قتلت أو متّ حتف أنفي أو متّ في مرضي هذا أو في سفري هذا أو في هذا الشهر أو السنة أو البلد أو في الليل أو النهار فأنت حرّ ، فإن مات على الصفة المذكورة عتق وإلّا فلا . وكذا يصحّ تقييده بقيود متعدّدة ك : إن متّ في سنة كذا في مكّة حتف أنفي ، ونحو ذلك ، فيعتبر في عتقه اجتماع الشروط كلّها . وألحق الشيخ في المبسوط[1] التدبير المقيّد بالمعلّق على الشرط ، فحكم ببطلانهما نظراً إلى اشتراكهما في التعليق . وهو ممنوع .

قوله : «ولو قال : أنت مدبّر ..... الخ» .

اختلف الأصحاب في أن قوله : أنت مدبّر أو دبّرتك ، مقتصراً عليه هل هو صريح فيقع به التدبير وإن لم يقصده ، أو كناية فيقع مع القصد ، أو لا يقع

---

(١) انظر المبسوط ٦ : ١٧٧ .

. . . . . .

به مطلقاً؟ على أقوال جزم المصنّف منها بالأخير ، وهو قول الشيخ في الخلاف[١] ، لخلوّه عن لفظ العتق والحرّية ، ولا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلّا مع التعرّض للحريّة . ولأنه إما عتق بصفة أو وصيّة به ، وكلاهما يفتقر إلى ذكر العتق . أما الأول فظاهر . وأما الثاني فلأن الوصيّة لا بدّ لها من ذكر متعلّقها .

والثاني : أنّه يقع بذلك ، لأنه صريح فيه ، لأن التدبير ظاهر في معناه مشهور عند كلّ أحد كما أن البيع وغيره ظاهر في معناه ، حتى إن التدبير كان معروفاً في الجاهليّة وقرّره الشرع ولم يستعمل في معنى آخر حتى يكون كناية . وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٢] والعلّامة[٣] .

والثالث : أنه كناية يصحّ مع النيّة لا بدونها أي : مع إرادة اللافظ به استعماله في العتق بعد الوفاة . وهو اختيار ابن الجنيد[٤] وابن البرّاج[٥] ، لأن فيه جمعاً بين الدليلين ، ولأصالة بقاء الرقّية إلى أن يثبت المزيل .

وفيه : أنه لا يقع بالكنايات عندنا كنظائره، والأدلّة متعارضة لا يجتمع بذلك، والأصالة عند مجوّزه انقطعت بالصيغة المخرجة عنه . والوسط أوسط .

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦٧ مسألة (٢) .

(٢) المبسوط ٦ : ١٦٧ .

(٣) المختلف : ٦٣٤ .

(٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٣٤ .

(٥) المهذّب ٢ : ٣٦٥ ـ ٣٦٦ .

ولو كان المملوك لشريكين فقالا : إذا متنا فأنت حرّ ، انصرف قول كلّ واحد منهما إلى نصيبه ، وصحّ التدبير ، ولم يكن معلّقاً على شرط ، وينعتق بموتهما إن خرج نصيب كلّ واحد منهما من ثلثه . ولو خرج نصيب أحدهما تحرّر ، وبقي نصيب الآخر [أو بعضه] رقّاً . ولو مات أحدهما تحرّر نصيبه من ثلثه ، وبقي نصيب الآخر رقّاً حتى يموت .

قوله : «ولو كان المملوك ..... الخ» .

إذا قال الشريكان للعبد المشترك : إذا متنا فأنت حرّ ، فلا يخلو : إما أن يقصدا بذلك تدبير كلّ منهما نصيبه وتعليق عتقه على موته خاصّة ، أو تعليق كلّ واحد من النصيبين على موتهما معاً ، أو يطلقا اللفظ كذلك ولا يقصدا واحداً معيّناً من الأمرين .

وفي الأول لا إشكال في صحّة التدبير ، ولا يرتبط عتق أحد النصيبين بالآخر، بل يكونان بمنزلة ما لو دبّر أحدهما نصيبه بلفظ مختصّ به ، ويكون قوله «إذا متنا فأنت حرّ» إتياناً بصيغة التدبير في نصيبه وتعليقاً له على موته منضمّاً إلى الإخبار بما يطابق الواقع ، فإنه على تقدير موتهما يعتق جميعه ، لوقوع التدبيرين ، ولا يقدح هذه الضميمة .

ثم إن ماتا معاً انعتق النصيبان دفعة . وإن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميّت بشرطه وبقي نصيب الآخر موقوفاً على موته . والكسب المتخلّل بين الموتين مشترك بين المدبّر والمالك الحيّ بنسبة الملك .

وإن قصدا تعليق عتقه على موتهما معاً بحيث لا يعتق منه شيء

. . . . . .

مع موت أحدهما بنـي الحكـم بالصحّة على أحد أمرين : إما جواز تعليق التدبير على وفاة غير المولى مـع المـلابسة أو مـطلقاً ، أو جـواز تـعليق العـتق عـلى الشرط كما اختاره القاضي[١] وابن الجـنيد[٢] ، فـإن أجـزنا ذلك صـحّ أيـضاً ، وكان التدبير على الأول معلّقاً بموتهما مـعاً ، فـإن مـاتا دفـعة انـعتق لحـصول الشرط ، وإن ماتا على الترتيب بقي رقّاً إلى أن يموت الآخر ، وهو بين الموتين للورثة والحيّ .

وإن لم نجز الأول وأجزنا الثاني كان عتقاً بشرط ، وحكمه كالسابق إلّا أنه ليس تدبيراً بل عتق معلّق على شرط لا يتمّ إلّا بموتهما ، وللورثة بين الموتين التصرّف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة ، وليس لهم بيعه لأنه صار مستحقّ العتق بموت الشريك . وفي جوازه لو جعلناه تدبيراً نـظر ، مـن جـواز الرجوع في التدبير وهذا من أفراده . وفي الارشاد[٣] جزم بعدم جوازه على هذا التقدير .

وإن لم نجوّز التدبير معلّقاً على موت الغير مطلقاً أو المـلابس ، إمـا بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقاً ، أو أجزناه بموت الزوج والمخدوم كما اختاره المصنّف ، كان لفظهما لاغياً .

وإن أطلقا اللفظ فلم يقصدا به أحد الأمرين ففي حمله على أيّهما قولان : أحدهما ـ وهو الـذي اختـاره المصنّف ، وقبلـه الشيخ في المبسوط[٤] ـ :

(١ و ٢) انظر الهامش (٣ و ٤) في ص : ٢٧٧ .

(٣) إرشاد الأذهان ٢ : ٧٣ .

(٤) المبسوط ٦ : ١٧٩ .

. . . . . .

الحمل على الأول ، لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضاً لتعليق نصيب كلّ منهما على وفاة نفسه ، فيحمل على الصحيح صوناً لكلامه عن الهذر ، وترجيحاً لجانب الصحّة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه .

والثاني : حمله على الثاني ، لظهور معناه فيه ، لأن اللفظ إنشاء ولا يتحقّق بالنسبة إلى موت الآخر إلّا بتعليقه عليه ، بخلاف الحمل على السابق ، فإنه يكون إنشاءً بالنسبة إلى تعليق عتق نصيبه على وفاة نفسه ، وإخباراً بالنسبة إلى الحكم بعتقه أجمع على تقدير وفاتهما معاً . وهذا هو الأظهر .

ثم على تقدير حمله عليه يترتّب عليه ما يلزم الأصل من الصحّة والبطلان ، فعلى المشهور يبطل ، وعلى غيره يصحّ ، وهو خيرة العلّامة في الارشاد[١] . وفي التحرير[٢] حكم بالبطلان . واختلف كلامه في القواعد[٣] ، ففي أول المسألة حكم بالصحّة والتنزيل على المعنى الأول الصحيح ، وفي آخرها خصّ الصحّة بما إذا قصد توزيع الأجزاء على الأجزاء . والشهيد في الدروس[٤] اقتصر على بيان حكم المسألة على تقدير القصدين ، ولم يتعرّض للإطلاق الذي هو موضع البحث .

---

(١) إرشاد الأذهان ٢ : ٧٣ .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٨٢ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ١٠٩ .

(٤) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٣٠ .

ويشترط في الصيغة المذكورة شرطان :

الأول : النيّة .

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

وفي اشتراط نيّة القربة تردّد ، والوجه أنه غير مشترط .

الشرط الثاني : تجريدها عن الشرط والصفة ، في قول مشهور للأصحاب . فلو قال : إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي ، أو إذا أهلّ شهر رمضان ـ مثلاً ـ لم ينعقد . وكذا لو قال : بعد وفاتي بسنة أو شهر . وكذا لو قال : إن أدّيت إليّ أو إلى ولدي كذا فأنت حرّ بعد وفاتي ، لم يكن تدبيراً ولا كتابة .

قوله : «وفي اشتراط نيّة القربة ..... الخ» .

مبنى الحكم على أن التدبير هل هو وصيّة أو عتق بشرط ؟ فعلى الأول لا يشترط فيه نيّة القربة كغيره من الوصايا . وعلى الثاني يبنى على أن العتق هل يعتبر فيه نيّة القربة أم لا ؟ وقد تقدّم[1] الخلاف فيه . والأقوى عدم اشتراطها فيه ، لما سيأتي[2] من ترجيح كونه وصيّة بالعتق ، أو[3] لأنه حكم مستقلّ برأسه وإن أشبههما ، ولا دليل على اشتراطها فيه ، والأصل يقتضي العدم وصحّته بدونها .

قوله : «تجريدها ..... الخ» .

نبّه بقوله : «مشهور» على عدم دليل صالح عليه كما تقدّم[4] مراراً في

---

(١) في ص : ٢٨٥ ـ ٢٨٦ .

(٢) في ص : ٣٨٧ .

(٣) في «خ ، م» : ولأنه .

(٤) انظر ج ٥ : ٣٥٧ ، وج ٩ : ٩٠ و ٤١٣ .

والمدبّرة رقّ ، له وطؤها ، والتصرّف فيها ، فإن حملت منه لم يبطل التدبير . ولو مات مولاها عتقت بوفاته من الثلث ، وإن عجز الثلث عتق ما يبقى فيها من نصيب الولد .

نظائره . وقد صرّح بجوازه معلّقاً على الشرط والصفة ابن الجنيد[١] ـ سواء تقدّم على الموت أم تأخّر ـ فقال : «وإذا قال له : أنت حرّ بعد زمان معروف ، أو فعل يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون ، ويتقدّم أو يتأخّر ، كان له في جميع ذلك الرجوع وإبطال التدبير ما لم يكن ذلك الشيء الذي جعله شرطاً أو أجلاً» .

وقال أيضاً : «ولو جعل له العتق بعد وقت من موت سيّده كان ذلك وصيّة بعتقه في معنى التدبير . ولو قال : إذا بنيت الدار أو قدم فلان فأنت حرّ منّي ، كان نذر التدبير لا تدبيراً ، فإذا كان ذلك الشيء صار العبد مدبّراً . ولو قال : إن شئت فأنت حرّ منّي ، كان تدبيراً إن شاء العبد ذلك» . وذكر في كتابه الأحمدي كثيراً من هذه الفروع .

وفي المختلف[٢] أنكر ذلك كلّه وادّعى الاجماع على بطلان العتق المعلّق بالشرط . والاجماع ممنوع ، والدليل مفقود .

قوله : «والمدبّرة رقّ له ..... الخ» .

المدبّر لا يخرج عن ملك مولاه بالتدبير سواء جعلناه وصيّة أم عتقاً معلّقاً ، لعدم حصول شرطه ما دام حيّاً ، فلمولاه التصرّف فيه بالاستخدام وغيره . ولو كان أمة فله وطؤها كما له التصرّف بغيره ، ولجواز وطء المستولدة وحقّ العتق

---

(١) حكى العلّامة القسم الأخير عنه في المختلف : ٦٣٧ ولم نعثر على القسم الأول ، وطبع خطأً : لا تدبير ، والصحيح ما أثبتناه .

(٢) المصدر السابق .

ولو حملت بمملوك ، سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهة ، كان مدبّراً كأُمّه . ولو رجع المولى في تدبيرها لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها . وقيل : له الرجوع . والأول مرويّ .

وكذا المدبّر إذا أتى بولد مملوك فهو مدبّر كأبيه .

فيها آكد لتحريم بيعها في الجملة إجماعاً ، بخلاف المدبّرة . فإن حملت منه اجتمع لها سببان للعتق التدبير والاستيلاد ، والأول أسبق ، والعتق فيهما متوقّف على موت المولى . فإذا مات والولد حيّ عتقت من ثلثه بالسبب السابق ، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر ، فيحتسب من نصيب ولدها وتعتق إن وفى وإلّا استسعت في الباقي .

وقد دلّ على جواز وطئها رواية أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته ؟ قال : نعم ، أيّ ذلك شاء فعل»[1] .

قوله: «ولو حملت بمملوك ..... الخ» .

إذا حملت المدبّرة بعد التدبير بولد يدخل في ملك مولاها تبعها في التدبير ، للأخبار[2] الكثيرة الدالّة على ذلك ، سواء كان الولد من عقد أم شبهة أم زنا . وهو في الأوّلين ظاهر ، لأنه ملحق بها . أما في الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم ، لانتفائه عنها شرعاً ، إلّا أنه لمّا صدق عليه كونه ولدها لغة ، وكان جانب الماليّة والحيوانيّة مغلّباً فيها ـ ومن ثم كان الولد لمولاها دون مولى الزاني ـ أطلق الشيخ[3] والمصنّف تبعيّته لها في التدبير . وفي الأخبار : «فما ولدت فهم

---

(١) الفقيه ٣ : ٧٢ ح ٢٤٩ ، التهذيب ٨ : ٢٦٣ ح ٩٦١ ، الاستبصار ٤ : ٢٩ ح ٩٧ ، الوسائل ١٦ : ٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ١ .

(٢) لاحظ الوسائل ١٦ : ٧٥ ب «٥» من أبواب التدبير .

(٣) النهاية : ٥٥٢ .

. . . . . .

بمنزلتها»[١] . ولا شبهة في أنه يصدق على مولودها من الزنا أنها ولدته وإن لم يلحق بها في باقي الأحكام .

وكذا القول في ولد المدبّر إذا كانوا مملوكين لمولاه ، بأن ولدوا من أمته ـ مدبّرة كانت أم لا ـ أو من غيرها وقد شرط مولاه رقّيتهم ، لصحيحة بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في رجل دبّر مملوكاً له تاجراً موسراً فاشترى المدبّر جارية فمات قبل سيّده فقال : «أرى أن جميع ما ترك المدبّر من مال أو متاع فهو للذي دبّره ، وأرى أن أم ولده للذي دبّره ، وأرى أن ولدها مدبّرون كهيئة أبيهم ، فإذا مات الذي دبّر أباهم فهم أحرار»[٢] .

إذا تقرّر ذلك فنقول : إن استمرّ المولى على تدبير الأم أو الأب فلا إشكال في تبعيّة الأولاد لهما في التدبير . وإن رجع في تدبير الأُم أو الأب جاز أيضاً ، لعموم الأدلّة[٣] الدالّة على جواز الرجوع في التدبير ما دام حيّاً . فإذا رجع فيهما فهل له الرجوع في الأولاد ، أوله الرجوع في الأولاد منفردين ؟ قال الشيخ[٤] وأتباعه[٥] والمصنّف في النافع[٦] وإن كان هنا قد نسبه إلى الرواية : لا يجوز الرجوع فيهم مطلقاً ، لصحيحة أبان بن تغلب قال : «سألت أبا عبد الله عليه

---

(١) قرب الاسناد : ٦٣ ، التهذيب ٨ : ٢٦١ ح ٩٥١ ، الاستبصار ٤ : ٣١ ح ١٠٦ ، الوسائل ١٦ : ٧٦ ب «٥» من أبواب التدبير ح ٤ و ٥ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٥ ح ٨ ، الفقيه ٣ : ٧٣ ح ٢٥٤ ، التهذيب ٨ : ٢٦٠ ح ٩٤٨ ، الوسائل ١٦ : ٧٧ ب «٦» من أبواب التدبير ح ١ .

(٣) لاحظ الوسائل ١٦ : ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير .

(٤) النهاية : ٥٥٣ .

(٥) انظر المهذّب ٢ : ٣٦٦ ـ ٣٦٧ ، الوسيلة : ٣٤٦ ، إصباح الشيعة : ٤٧٩ .

(٦) المختصر النافع : ٢٣٨ .

. . . . . .

السلام عن رجل دبّر مملوكته ثم زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها وترك أولاده منها ، فقال : أولاده منها كهيئتها إذا مات الذي دبّر أُمهم فهم أحرار . قلت له: يجوز للذي دبّر أُمهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج ؟ قال : نعم. قلت : أرأيت إن ماتت أُمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحرّ أيجوز لسيّدها أن يبيع أولادها ويرجع عليهم في التدبير ؟ قال : لا ، إنما كان له أن يرجع في تدبير أُمهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك»[١] . ولأنه إنما يرجع فيما دبّره وتدبير الأولاد حصل بالسراية لا باختياره فلا يملك الرجوع . وادّعى الشيخ في الخلاف[٢] على ذلك إجماع الفرقة .

وقال ابن إدريس[٣] : يجوز الرجوع ، وتبعه العلّامة[٤] وولده[٥] والشهيد[٦] وأكثر المتأخّرين ، لعموم الأدلّة[٧] الدالّة على جواز الرجوع في التدبير ، ولأن تدبير الولد فرع تدبير الأبوين فلا يزيد الفرع على أصله .

ويمكن القدح في العموم المدّعى ، فإن الرواية الصحيحة أخرجت هذا

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٤ ح ٦ ، التهذيب ٨ : ٢٥٩ ح ٩٤١ ، الاستبصار ٤ : ٢٩ ح ١٠١ ، الوسائل ١٦ : ٧٨ ب «٧» من أبواب التدبير .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٧٠ مسألة (١٤) .

(٣) السرائر ٣ : ٣٢ ـ ٣٣ .

(٤) قواعد الأحكام ٢ : ١١٠ ، إرشاد الأذهان ٢ : ٧٤ ، المختلف : ٦٣٥ ـ ٦٣٦ .

(٥) إيضاح الفوائد ٣ : ٥٤٨ .

(٦) لم نجده فيما لدينا من كتب الشهيد «قده» وفي اللمعة الدمشقيّة (١٣٥) والدروس الشرعيّة (٢ : ٢٣٢) صرّح بعدم جواز الرجوع ، وفي القواعد والفوائد (١ : ٣٠٧) نسب فتوى الأصحاب بعدم جواز الرجوع إلى المبالغة في الحكم ، والشارح «قده» نسب عدم الجواز إلى دروسه في الروضة البهيّة ٦ : ٣٢٤ .

(٧) لاحظ الوسائل ١٦ : ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير .

ولو دبّرها ، ثم رجع في تدبيرها ، فأتت بولد لستّة أشهر فصاعداً من حين رجوعه ، لم يكن مدبّراً ، لاحتمال تجدّده . ولو كان لدون ستّة أشهر كان مدبّراً ، لتحقّق الحمل بعد التدبير .

الفرد . وبالفرق بين حكم الفرع والأصل ، فإن تدبير الأصل بفعل المالك فجاز له الرجوع في وصيّته ، بخلاف الولد ، فإن حكم تدبيرهم قسري[١] فلا اختيار له فيه. نعم ، يمكن القدح في الرواية من حيث اشتمالها على كون أبيهم حرّاً وهو يوجب تبعيّتهم له فيها ، وحملها على اشتراط الرقّية قد تقدّم[٢] في النكاح ما يدلّ على ضعفه .

قوله : «ولو دبّرها ثم رجع ..... الخ» .

إذا دبّرها ثم رجع في تدبيرها فأتت بولد لدون ستّة أشهر من حين الرجوع ولم يتجاوز أقصى الحمل من حين التدبير فلا إشكال في بقائه على التدبير ، لتحقّق علوقها به في زمن التدبير ، كما لا إشكال في انتفاء تدبيره لو ولدته لأقصى الحمل فصاعداً من حين الرجوع .

وأما إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المصنّف والجماعة[٣] أنه لا يكون مدبّراً ، لاحتمال تجدّده بعد الرجوع ، ولم يفرّقوا بين ما إذا كانت فراشاً وعدمه. ووجهه : أصالة عدم تقدّمه ، وأصالة بقائه على ملك المالك التامّ وتحت[٤] تصرّفه. وقد تقدّم[٥] الفرق بين الحالتين في مواضع ، وأنه إذا لم يكن لها زوج يمكن

---

(١) في «د ، ق» : قهري .

(٢) في ج ٨ : ١٠ ـ ١٢ .

(٣) راجع المبسوط ٦ : ١٧٦ ، قواعد الأحكام ٢ : ١١٠ .

(٤) كذا في «و» والحجريّتين ، وفي سائر النسخ : ويجب .

(٥) انظر ج ٨ : ٣٨١ .

ولو دبّرها حاملاً ، قيل : إن علم بالحمل فهو مدبّر ، وإلّا فهو رقّ . وهي رواية الوشّاء . وقيل : لا يكون مدبّراً ، لأنه لم يقصد بالتدبير . وهو أشبه .

الثاني
في المباشر

ولا يصحّ التدبير إلّا من بالغ ، عاقل ، قاصد ، مختار ، جائز التصرّف .

تجدّده منه حكم بوجوده إلى أقصى الحمل ، حملاً لحال المسلم على الصحيح . والفرق بين الأمرين غير واضح .

قوله : «ولو دبّرها حاملاً ..... الخ» .

المشهور بين الأصحاب أن الحمل لا يتبع الحامل في شيء من الأحكام ـ كالبيع والعتق وغيرهما ـ إلّا مع التصريح بإدخاله ، حتى إن الشيخ مع حكمه بإلحاقه بها في البيع والعتق وافق في المبسوط[١] والخلاف[٢] على عدم تبعيّته لها هنا ، ولكنّه ذهب في النهاية[٣] إلى أنه مع العلم به يتبعها وإلّا فلا ، استناداً إلى رواية الوشّاء[٤] عن الرضا عليه السلام قال : «سألته عن رجل دبّر جاريته وهي حبلى ، فقال : إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها ، وإن كان لم يعلم

---

(١) انظر المبسوط ٦ : ١٧٦ و ١٧٨ .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٧٠ مسألة (١٥) .

(٣) النهاية : ٥٥٢ .

(٤) في هامش «ق ، و» : «هذه الرواية رواها الشيخ بطريق ضعيف ، ورواها الصدوق بطريق صحيح . منه رحمه الله» . انظر الكافي ٦ : ١٨٤ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ٧١ ح ٢٤٧ ، التهذيب ٨ : ٢٦١ ح ٩٥٢ ، الاستبصار ٤ : ٣١ ح ١٠٨ ، الوسائل ١٦ : ٧٦ ب «٥» من أبواب التدبير ح ٣ .

. . . . . .

فما في بطنها رقّ». وعمل بمضمونها كثير[١] من المتقدّمين والمتأخّرين، ونسبوها إلى الصحّة. والحقّ أنها من الحسن وأن صحّتها إضافيّة كما مرّ، لأن رواية الحسن من الحسن.

وذهب المصنّف والعلّامة[٢] وقبلهما الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤] وابن إدريس[٥] إلى عدم تبعيّته لها مطلقاً، للأصل، وانفصاله عنها حكماً كنظائره، وموثّقة عثمان بن عيسى عن الكاظم عليه السلام قال: «سألته عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة المولودة مدبّرة أو غير مدبّرة؟ فقال لي: متى كان الحمل للمدبّرة أقَبْل أن دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري ولكن أجبني فيهما جميعاً، فقال: إن كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبّرة والولد رقّ، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبّر في تدبير أُمه»[٦].

وفي المسألة قول[٧] آخر بسراية التدبير إلى الولد مطلقاً. والقوّة في الوسط.

---

(١) انظر الوسيلة: ٣٤٦، إصباح الشيعة: ٤٧٩، الجامع للشرائع: ٤٠٨، الدروس الشرعيّة ٢: ٢٣١. ونسب الرواية إلى الصحّة العلّامة في المختلف: ٦٣٦، وولده في إيضاح الفوائد ٣: ٥٤٩.

(٢) المختلف: ٦٣٥ ـ ٦٣٦.

(٣) انظر الهامش (١ و ٢) في الصفحة السابقة.

(٥) السرائر ٣: ٣٢.

(٦) الكافي ٦: ١٨٤ ح ٥، الفقيه ٣: ٧١ ح ٢٤٦، التهذيب ٨: ٢٦٠ ح ٩٤٧، الاستبصار ٤: ٣١ ح ١٠٩، الوسائل ١٦: ٧٥ ب «٥» من أبواب التدبير ح ٢.

(٧) في هامش «ق، و»: «هو قول ابن البرّاج، وله قول آخر بالتفصيل كالشيخ في النهاية. منه رحمه الله». لم نجد القول بالسراية مطلقاً في المهذّب، بل حكم فيه بوقوع التدبير لهما مع عدم العلم بأنها حامل، ومقتضاه أن الولد رقّ مع العلم بالحمل، انظر المهذّب ٢: ٣٦٧، والقول بالتفصيل أيضاً لم نجده فيه، ونسبه إليه العلّامة في المختلف: ٦٣٥.

فلو دبّر الصبيّ لم يقع تدبيره . وروي [أنه] إذا كان مميّزاً له عشر سنين صحّ تدبيره .

ولا يصحّ تدبير المجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الساهي .

وهل يصحّ التدبير من الكافر ؟ الأشبه نعم ، حربيّاً كان أو ذميّاً .

قوله : «فلو دبّر الصبي ... الخ» .

الرواية المذكورة هي التي سبقت[١] في جواز وصيّته وعتقه ، والتدبير منحصر فيهما ، لا أن فيه بخصوصه رواية كذلك . وقد تقدّم[٢] الكلام على ذلك . والأظهر عدم الصحّة فيه كالأصل . والمصنّف[٣] رجّح جواز وصيّته عملاً بالأخبار الكثيرة ، وتردّد في عتقه ، وجزم هنا بعدم صحّة تدبيره ، مع أنه راجع إليهما كما عرفت . وكذلك صنع العلّامة في الارشاد[٤] في الوصيّة والتدبير . ورجوعه إلى الرجوع أولى من تكلّف الفرق بما لا يجدي .

قوله : «وهل يصحّ التدبير .... الخ» .

مبنى الخلاف على أن التدبير وصيّة أو عتق ، فعلى الأول يصحّ من الكافر مطلقاً ، لعدم اشتراط نيّة القربة . وعلى الثاني يبنى على اشتراطها في العتق وعدمه ، وعلى أن المراد بها قصد التقرّب[٥] سواء حصل أم لا . فعلى الأول لا يصحّ تدبير الكافر مطلقاً ، وهو خيرة ابن إدريس[٦] مصرّحاً بأنه عتق . وعلى الثاني يصحّ . وعلى الثالث يصحّ ممّن أقرّ بالله تعالى كالكتابي دون غيره . وأما

(١ و ٢) انظر ج ٥ : ٣٢٣ ، وج ٦ : ١٤٠ ، وهنا في ص : ٢٨٣ .

(٣) شرائع الاسلام ٢ : ٢٨٩ ، وج ٣ : ٩٦ .

(٤) إرشاد الأذهان ١ : ٤٥٧ ، وج ٢ : ٧٣ .

(٥) في «ص ، د ، ق ، ط» : القرب .

(٦) السرائر ٣ : ٣٠ .

ولو دبّر المسلم ، ثم ارتدّ ، لم يبطل تدبيره . ولو مات في حال ردّته عتق المدبّر . هذا إذا كان ارتداده لا عن فطرة . ولو كان عن فطرة لم ينعتق المدبّر بوفاة المولى ، لخروج ملكه عنه . وفيه تردّد .

الفرق بين الحربي والذمّي فلا مدخل له في هذا الحكم إن جعلنا الحربي شاملاً للكتابي الذي لا يلتزم أحكام الذمّة . وقد تقدّم[1] الكلام فيه . والأصحّ صحّة التدبير من الكافر مطلقاً .

قوله : «ولو دبّر المسلم ..... الخ» .

إذا دبّر المسلم ثم ارتدّ ، فإن كان ارتداده عن غير فطرة لم يبطل التدبير ، لبقاء الملك . فإن استمرّ على التدبير إلى أن مات عتق المدبّر ، لوجود المقتضي له وانتفاء المانع . وإن كان عن فطرة ففي بطلان التدبير وجهان ، من زوال ملك المرتدّ عن فطرة ، والمدبّر قابل للخروج عن ملكه وقد وجد سببه وهو الارتداد ، فيزول شرط استمرار الصحّة ، لأن شرطها بقاء الملك إلى الموت ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، ومن سبق حقّ المدبّر على حقّ الوارث فلا ينتقل إليه ، خصوصاً عند من يمنع من بيع المدبّر . فإذا مات السيّد انعتق ثلثه لا غير ، إذ لا مال له سواه . وهل يعجّل للورثة الثلثان ؟ يحتمله ، لعدم فائدة حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته ، وإلّا فالفائدة محتملة بتجدّد مال آخر له على تقدير التوبة .

وفي المبسوط[2] أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد . والأشهر التفصيل ،

---

(١) راجع ج ٣ : ٢٠ ، و ج ٧ : ٣٦٣ .

(٢) المبسوط ٦ : ١٧٣ .

ولو ارتدّ لا عن فطرة ، ثم دبّر ، صحّ على تردّد . ولو كان عن فطرة لم يصحّ . وأطلق الشيخ ـ رحمه الله ـ الجواز . وفيه إشكال ، ينشأ من زوال ملك المرتدّ عن فطرة .

وإن كان ما ذكره الشيخ أيضاً متوجّهاً لأمر نذكره[١] إن شاء الله تعالى في أحكام المرتدّ .

وربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطرة ، تنزيلاً له منزلة الموت . وهو بعيد.

قوله: «ولو ارتدّ لا عن فطرة ..... الخ» .

المرتدّ بالنسبة إلى التدبير وما في معناه بمنزلة الكافر ، فإن اشترطنا نيّة التقرّب بطل تدبيره مطلقاً ، وإلّا صحّ من غير الفطري كالكافر ، وفي الفطري إشكال منشؤه ما هو المشهور من انتقال ماله عنه فلا يتصوّر منه التدبير المشروط بالملك ، مضافاً إلى ما علِّل به الملّي . وإطلاق الشيخ[٢] جوازه يدلّ على منع انتقال المال عنه ، وهو قول ابن الجنيد[٣] ، ولم يفرّق بين الملّي والفطري . واستفادة الفرق بينهما وإثبات الأحكام المشهورة من النصوص مشكل . وسيأتي[٤] البحث فيه إن شاء الله تعالى .

(١ و ٤) في الباب الأول من القسم الثاني من كتاب الحدود ، في تعليقة الشارح على قول المصنّف «قدهما» : في المرتدّ .

(٢) المبسوط ٦ : ١٧٣ ـ ١٧٤ .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف (٧٥١) في كتاب الفرائض حيث حكم بأن ميراث المرتدّ الملّي لقرابته المشركين ، وهو يعطي عدم خروجه عنه بالارتداد .

ولو دبّر الكافر كافراً فأسلم بيع عليه ، سواء رجع في تدبيره أم لم يرجع . ولو مات قبل بيعه ، وقبل الرجوع في التدبير ، تحرّر من ثلثه . ولو عجز الثلث تحرّر ما يحتمله ، وكان الباقي للوارث . فإن كان مسلماً استقرّ ملكه ، وإن كان كافراً بيع عليه .

ويصحّ تدبير الأخرس بالإشارة . وكذا رجوعه . ولو دبّر صحيحاً ثم خرس ، ورجع بالإشارة المعلومة ، صحّ .

قوله : «ولو دبّر الكافر ..... الخ» .

إذا دبّر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد ، نظر إن رجع السيّد عن التدبير بالقول بيع عليه وجوباً قولاً واحداً ، وإلّا ففي بيعه عليه قولان أظهرهما ذلك ، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم ، وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[1] وطاعة المولى علوّ منه ، وفي ملكه له إذلال للمسلم ، ولا يؤمن أن يستخدمه فيذلّه .

وقال ابن البرّاج[2] : يتخيّر بين الرجوع في التدبير فيباع ، وبين الحيلولة بينه وبين كسبه للمولى ، وبين استسعائه ، وحينئذٍ فينفق عليه من كسبه ، فإن فضل منه شيء فهو للمولى .

وعلى القولين ، فإذا مات قبل بيعه ورجوعه عتق من ثلثه ، فإن بقي منه شيء سعى فيه للورثة إن كانوا مسلمين ، وإلّا بيع عليهم ، لبطلان التدبير بالموت .

قوله : «ويصحّ تدبير الأخرس .... الخ» .

كما يصحّ تصرّفات الأخرس ومعاملاته بالإشارة المفهمة ، كذا يصحّ تدبيره

---

(١) الفقيه ٤ : ٢٤٣ ح ٧٧٨ ، الوسائل ١٧ : ٣٧٦ ب « ١ » من أبواب موانع الارث ح ١١ ، عوالي اللئالي ١ : ٢٢٦ ح ١١٨ .

(٢) المهذّب ٢ : ٣٧١ .

الثالث
في الأحكام

وهي مسائل :

الأُولى : التدبير بصفة الوصيّة ، يجوز الرجوع فيه .

ورجوعه عنه ، لأن إشارته قائمة شرعاً مقام اللفظ سواء كان خرسه أصليّاً أم عارضيّاً ، وسواء خرس بعد التدبير فيرجع بالإشارة أم قبله ، لاشتراك الجميع في المقتضي . ويشترط فهم إشارته ولو بعدلين ليثبت به حيث يحصل النزاع . ولو فهم المملوك ذلك منه ترتّب عليه حكم التدبير فيما بينه وبين الله تعالى ، كما لو وقع التدبير من الصحيح بينهما بغير إشهاد ، ولو أنكر بعد ذلك فكإنكار الصحيح .

ونبّه بقوله : «وكذا رجوعه» على خلاف بعض العامّة[1] حيث منع من رجوعه بالإشارة وإن جوّز تدبيره بها ، بناءً على أن الرجوع لا يصحّ عنده بالقول بل بالفعل ، وغاية إشارته أن تقوم مقام القول فلا يزيد الفرع على أصله .

قوله : «التدبير بصفة ..... الخ» .

في جعله بصفة الوصيّة من غير أن يجعله وصيّة محضة تنبيه على أنه لا يختار كونه وصيّة محضة ، وفي تعريفه له في صدر الكتاب[2] ما يدلّ على ذلك كما بيّنّاه ، ولكنّه في النافع[3] قطع بكونه وصيّة . والأخبار مختلفة ، ففي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام : «إنما هو بمنزلة رجل أوصى

---

(١) لم نعثر عليه ، وانظر روضة الطالبين ٨ : ٤٥٤ .

(٢) في ص : ٣٦٥ .

(٣) المختصر النافع : ٢٣٨ .

. . . . . .

بوصيّة ثم بدا له بعد فغيّرها قبل موته ، فإن هو تركها ولم يغيّرها حتى يموت أخذ بها»[١] . وروى معاوية بن عمّار قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبّر ، فقال : هو بمنزلة الوصيّة يرجع فيما يشاء منها»[٢] . وهذا موافق لما في الكتاب . وروى زرارة عنه عليه السلام قال : «سألته عن المدبّر أهو من الثلث ؟ قال : نعم ، وللموصي أن يرجع في وصيّته في صحّة أو مرض»[٣] . وهذه أظهر في الدلالة على كونه وصيّة.

والتحقيق أنه بمنزلة الوصيّة لا عينها كما ذكره هنا ، لأنه لو كان وصيّة محضة لافتقر في عتقه إلى صيغة بعد الموت . ولا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها في جميع الأحكام ، بل المراد أنه بمنزلتها في الأحكام المسؤول عنها في الروايات ، وهو كونه من الثلث ويجوز الرجوع فيه ونحو ذلك . وليس بعتق معلّق أيضاً كما قاله ابن إدريس[٤] وغيره[٥] ، وإلّا لما صحّ الرجوع . فكونه متردّداً بينهما في بعض الأحكام ومستقلّاً بنفسه ـ ومن ثم وقع بصيغته[٦] الخاصّة الخارجة عن الأمرين ـ أظهر .

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٤ ح ٧ ، التهذيب ٨ : ٢٥٩ ح ٩٤٢ ، الاستبصار ٤ : ٣٠ ح ١٠٢ ، الوسائل ١٦ : ٧٩ ب «٨» من أبواب التدبير ح ٣ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٣ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٢٥٨ ح ٩٣٩ ، الاستبصار ٤ : ٣٠ ح ١٠٣ ، الوسائل ١٦ : ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير ح ١ .

(٣) الكافي ٦ : ١٨٤ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٢٥٨ ح ٩٤٠ ، الاستبصار ٤ : ٣٠ ح ١٠٤ ، الوسائل ١٦ : الباب المتقدّم ح ٢ .

(٤) السرائر ٣ : ٣٠ .

(٥) انظر المبسوط ٦ : ١٦٧ ، الجامع للشرائع : ٤٠٧ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٥ .

(٦) في «م» والحجريّتين : بصيغة خاصّة خارجة .

قولاً كقوله : رجعت في هذا التدبير . وفعلاً : كأن يهب أو يعتق أو يقف أو يوصي ، سواء كان مطلقاً أو مقيّداً . وكذا لو باعه بطل تدبيره .

وقيل : إن رجع في تدبيره ثم باع صحّ بيع رقبته . وكذا إن قصد ببيعه الرجوع . وإن لم يقصد مضى البيع في خدمته دون رقبته ، وتحرّر بموت مولاه .

قوله : «قولاً كقوله : رجعت .... الخ» .

قد عرفت ممّا سبق أن التدبير من الأمور الجائزة القابلة للفسخ كالوصيّة . ثم فسخه قد يكون بالقول كقوله : رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعته وما أشبه ذلك ، وقد يكون بالفعل كأن يهب المدبّر لغيره وإن لم يقبضه ، فإنه يبطل لدلالته على الرجوع ، وتصحّ الهبة إذا تمّت شرائطها[١] ، خلافاً لابن حمزة[٢] حيث اشترط في صحّتها تقديم الرجوع فيه بالقول . وأولى بالرجوع ما إذا أعتقه ، لأنه تعجيل لما تشبّث به المدبّر من الحريّة فقد زاده خيراً .

وكذا يبطل بوقفه وإن لم يقبضه ، لدلالته على الرجوع كالهبة ، والخلاف فيه كالخلاف فيها . ومثله الوصيّة به .

وأما بيعه فالأظهر أنه كذلك ، لما ذكر ، ولأن الوصيّة تبطل بإخراج الموصى به عن ملك الموصي ، والبيع ناقل للملك وهو وصيّة أو بمنزلتها كما مرّ[٣] ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سأل عن رجل دبّر مملوكاً ثم احتاج إلى ثمنه ، قال : فقال : «هو مملوكه إن شاء باعه ، وإن شاء

---

(١) في «ق» : بشرائطها .

(٢) الوسيلة : ٣٤٦ .

(٣) في ص : ٣٨٧ ـ ٣٨٨ .

أعتقه ، وإن شاء أمسكه حتى يموت ، فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه»[١] .

وقال الشيخ في النهاية[٢] : لا يجوز بيعه قبل أن ينقض تدبيره ، إلّا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته وأنه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل عليه .

وقال الصدوق[٣] : لا يجوز بيعه إلّا أن يشترط على الذي يبيعه إيّاه أن يعتقه عند موته . وقريب منه قول ابن أبي عقيل[٤] .

وقال المفيد[٥] : متى مات البائع صار حرّاً لا سبيل عليه وإن لم يشترط . وهو قول الشيخ[٦] أيضاً .

ومستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفة ، وقد تقدّم[٧] منها ما يدلّ على جواز الرجوع والبيع ، وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يعتق غلامه وجاريته عن دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه أيبيعه ؟ قال : «لا ، إلّا أن يشترط على الذي يبيعه إيّاه أن يعتقه عند موته»[٨] . وهذه حجّة الصدوق.

وروى القاسم بن محمد عن علي قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٥ ح ٩ ، التهذيب ٨ : ٢٥٩ ح ٩٤٣ ، الاستبصار ٤ : ٢٧ ح ٩٠ ، الوسائل ١٦ : ٧١ ب «١» من أبواب التدبير ح ١ .

(٢) النهاية : ٥٥٢ .

(٣) المقنع : ١٥٧ .

(٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٣٤ .

(٥) المقنعة : ٥٥١ .

(٦) المبسوط ٦ : ١٧٢ . وفيه : وينبغي أن يبيعه بهذا الشرط .

(٧) في ص : ٣٨٧ ـ ٣٨٩ .

(٨) الفقيه ٣ : ٧١ ح ٢٤٥ ، التهذيب ٨ : ٢٦٣ ح ٩٥٩ ، الاستبصار ٤ : ٢٨ ح ٩٥ ، الوسائل ١٦ : ٧٢ ب «١» من أبواب التدبير ح ٦ .

. . . . . .

رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته ، قال : إن أراد بيعها باع خدمتها حياته ، فإذا مات أُعتقت الجارية ، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها»[١] . وهذه حجّة الشيخ .

مضافاً إلى الجمع بين الأخبار التي دلّ بعضها على جواز بيعها مطلقاً ، وبعض على النهي عنه ، وبعض على الإذن في بيع الخدمة مدّة حياته ، بحمل الأول على بيع الخدمة[٢] . وحمل ابن إدريس[٣] بيع الخدمة على الصلح مدّة حياته ، والعلّامة[٤] على الاجارة مدّة فمدّة حتى يموت . والمصنّف[٥] قطع ببطلان بيع الخدمة ، لأنها منفعة مجهولة . وأُجيب بأن الجهالة غير قادحة ، لجواز استثناء هذا ، على أن المقصود بالبيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير للمدّة ، فإذا وردت الأخبار الكثيرة بجوازه لم يبعد القول به . واختاره الشهيد في الدروس[٦] . وعلى هذا فيتّجه جواز بيع الرقبة كما دلّت عليه الأخبار السابقة ، وبيع المنفعة منفردة كما دلّت عليه هذه الأخبار .

وأمّا حمل الشيخ بيع المدبّر على بيع خدمته وحصره[٧] الجواز فيه إذا لم يرجع فيالتدبير فليس بجيّد ، لأن مقصود المشتري هو الرقبة فإذا لم يصحّ بيعها وصرف إلى بيع الخدمة في المدّة المخصوصة كان اللازم بطلان البيع ، كما لو

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٦٤ ح ٩٦٣ ، الاستبصار ٤ : ٢٩ ح ٩٩ ، الوسائل ١٦ : ٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ٣ .

(٢) التهذيب ٨ : ٢٦٣ ذيل ح ٩٥٨ ، الاستبصار ٤ : ٢٩ ذيل ح ١٠٠ .

(٣) انظر السرائر ٣ : ٣١ و ٣٢ ، ولكن حمله على ذلك فيما إذا كان التدبير عن واجب .

(٤) المختلف : ٦٣٥ .

(٥) النهاية ونكتها ٣ : ٣٣ ـ ٣٤ .

(٦) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٣٣ ـ ٢٣٤ .

(٧) في «ص ، د ، ق ، ط» : وخيرة .

ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً .

ولو ادّعى المملوك التدبير ، وأنكر المولى فحلف ، لم يبطل التدبير في نفس الأمر .

اشترى شيئاً على أنه من جنس معيّن فظهر غيره . وأما تنزيله على أن البيع متناول للرقبة مدّة الحياة كمشروط العتق ففاسد ، لتصريح الأخبار والفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة ، ولأن انعتاقه بالموت عن البائع لا عن المشتري ، فدلّ على عدم انتقال الرقبة إلى المشتري وإلّا لكان عتقه عنه إذا[1] لم يشترط عليه عتقه عن البائع بل انعتق[2] بالتدبير السابق . والأصحّ صحّة البيع في رقبته وبطلان التدبير .

قوله : «ولو أنكر المولى ... الخ» .

إنما لم يكن رجوعاً لأنه أعمّ منه فلا يدلّ عليه ، ولإمكان استناد إنكاره إلى نسيان التدبير فلم يقصد به الرجوع . وقيل : يكون رجوعاً ، لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان فكان أبلغ من الرجوع المقتضي لرفعه في الزمن المستقبل خاصّة . والأول أقوى إلّا مع قصد الرجوع به ، وحينئذٍ فيرجع إليه في ذلك فإن لم يعترف بالقصد لم يكن رجوعاً . وكذا القول في سائر الأحكام التي يجوز الرجوع فيها ، كالوكالة والوصيّة وإنكار البيع الجائز عدا الطلاق ، لورود النصّ الصحيح بكونه رجوعاً . وقد تقدّم تحقيقه فيه[3] .

قوله : «ولو ادّعى المملوك ... الخ» .

الحكم هنا كما تقدّم مع زيادة الحلف من المولى ، وهو لا يفيد الرجوع

---

(١) في «ص ، و» : إذ .

(٢) في «ص ، د ، ق» : العتق .

(٣) في ج ٩ : ١٨٦ .

الثانية : المدبّر ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى ، فإن خرج منه وإلّا تحرّر من المدبّر بقدر الثلث . ولو لم يكن [له] سواه عتق ثلثه .

ولو دبّر جماعة ، فإن خرجوا من الثلث وإلّا عتق من يحتمله الثلث، وبدىء بالأول فالأول . ولو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعة .

بذاته وإنما يؤكّد الإنكار وهو لا يدلّ على الرجوع كما علم . ونبّه بقوله : «لم يبطل التدبير في نفس الأمر» على أنه بإنكاره وحلفه مع عدم البيّنة يقضى بارتفاعه ظاهراً ، وأما في نفس الأمر فهو بحاله ما لم يحصل منه ما يدلّ على الرجوع ، فلو مات على هذه الحالة انعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى . وقد تظهر الفائدة ظاهراً لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه ، فإن جعلنا الإنكار رجوعاً لم يعد باعترافه ، وإلاّ بقي بحاله فيثبت ظاهراً أيضاً حيث يعترف به . وقد تظهر فائدتها أيضاً لو كان الحلف لعدم البيّنة ثم وجدت بعد ذلك .

قوله : «المدبّر .... الخ» .

عتق المدبّر معتبر من الثلث ، لأنه وصيّة متبرّع بها أو بمنزلتها فيكون بحكمها . ولو جعلناه عتقاً فالعتق المعلّق على الموت كذلك ، بل المنجّز في مرض الموت على ما تقدّم[1] ، فالمتأخّر عنه أولى . وقد تقدّم[2] من الأخبار ما يدلّ عليه ، كصحيحة محمد بن مسلم : «هو مملوكه ـ إلى قوله ـ فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه»[3] .

هذا إذا كان معلّقاً بموت المولى متبرَّعاً به . فلو علّقه بموت المخدوم

---

(١) في ص : ٣٢١، وراجع ج ٦ : ٣٠٤.

(٢) في ص : ٣٨٨، هامش (٣).

(٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص : ٣٩٠، هامش (١).

ومات في حياة المولى وصحّته لم يعتبر من الثلث ، إذ لا وجه له ، فإنه كتعجيل العتق في حال الحياة . والأخبار[١] المطلقة في كونه من الثلث محمولة على الغالب من كونه معلّقاً بموت المولى ، بل فيها ما يدلّ عليه كقوله : «فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه»[٢] . ولو مات المخدوم في مرض موت المولى[٣] أو بعده فهو من الثلث كالمعلّق على وفاة المولى .

ولو كان واجباً بنذر وشبهه ، فإن كان في مرض الموت لم يتغيّر الحكم . وإن كان في حال الصحّة ، فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضاً ، لأنه لا يصير واجب العتق بذلك بل إنما يجب تدبيره ، فإذا دبّره برىء[٤] من النذر ولحقه حكم التدبير . وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاة فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليّة . ومثله نذر الصدقة ونحوها بمال بعد الوفاة . وفي التحرير[٥] ساوى بين الأمرين في خروجه من الأصل ، ونقله في الدروس[٦] عن ظاهر الأصحاب . والأظهر الأول .

ولو جوّزنا تعليق العتق على الشرط فقال : هو حرّ قبل مرض موتي بيوم مثلاً ، خرج من الأصل . وكذا لو جعلنا المنجّزات من الأصل فعلّقه على آخر جزء من حياته . ولو نذر عتقه أو الصدقة بالمال أو صرفه في بعض الوجوه

---

(١) لاحظ الوسائل ١٦ : ٧٨ ب «٨» من أبواب التدبير .

(٢) انظر الهامش (٣) في الصفحة السابقة .

(٣) كذا في الحجريّتين وفيما نقله عنه في جواهر الكلام (٣٤ : ٢٢٩) ، وهو الصحيح ، وفيما لدينا من النسخ الخطّية : الخادم ، وفي هامش «د» : أي : المالك .

(٤) في الحجريّتين : خرج .

(٥) انظر تحرير الأحكام ٢ : ٨٣ ، فقد أطلق خروجه من صلب المال فيما إذا كان واجباً .

(٦) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٣٢ .

ولو كان على الميّت دين يستوعب التركة بطل التدبير ، وبيع المدبّرون فيه ، وإلّا بيع منهم بقدر الدَّين ، وتحرّر ثلث من بقي ، سواء كان الدَّين سابقاً على التدبير أو لاحقاً ، على الأصحّ . وكما يصحّ الرجوع في المدبّر يصحّ الرجوع في بعضه .

السائغة في آخر يوم من أيام صحّته فكذلك ، أو في آخر يوم من حياته على القول الآخر . ولا فرق في اعتبار التدبير المتبرَّع به من الثلث بين الواقع في مرض الموت وحال الصحّة كالوصيّة .

ولو تعدّد المدبّر ، فإن اتّحدت الصيغة أو تعدّدت وجهل الترتيب عتق الثلث بالقرعة كما سبق[1] في العتق . وإن علم السابق بدىء بالأول فالأول إلى أن يستوفى الثلث كالوصيّة .

قوله : «ولو كان ..... الخ» .

لمّا كان التدبير كالوصيّة اعتبر في نفوذه كونه فاضلاً من الثلث بعد أداء الدَّين وما في معناه من الوصايا الواجبة والعطايا المنجّزة والمتقدّمة عليه لفظاً . ولا فرق في الدَّين بين المتقدّم منه على إيقاع صيغة التدبير والمتأخّر على الأصحّ، للعموم[2] كالوصيّة .

والقول بتقديمه على الدَّين مع تقدّمه عليه للشيخ في النهاية[3] ، استناداً إلى صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل دبّر غلامه وعليه دين فراراً من الدَّين قال : «لاتدبير له ، وإن كان دبّره في صحّة منه وسلامة فلا

---

(١) في ص : ٣٢١.

(٢) لاحظ الوسائل ١٣ : ٤٠٦ ب «٢٨» ، وص : ٤٢٣ ب «٣٩» من أبواب الوصايا ح ٣.

(٣) النهاية : ٥٥٣.

الثالثة : إذا دبّر بعض عبده لم ينعتق عليه الباقي . ولو كان له شريك لم يكلّف شراء حصّته . وكذا لو دبّره بأجمعه ورجع في بعضه .

وكذا لو دبّر الشريكان ، ثم أعتق أحدهما ، لم تقوّم عليه حصّة الآخر . ولو قيل : يقوّم كان وجهاً . ولو دبّر أحدهما ، ثم أعتق ، وجب عليه فكّ حصّة الآخر .

ولو أعتق صاحب الحصّة القنّ لم يجب عليه فكّ الحصّة المدبّرة ، على تردّد .

سبيل للديّان عليه»[١] . وصحيحة الحسين بن علي بن يقطين قال : «سألت أبا الحسن عليه السلام عن [بيع][٢] المدبّر قال : إذا أذن في ذلك فلا بأس ، وإن كان على مولى العبد دين فدبّره فراراً من الدَّين فلا تدبير له ، وإن كان دبّره في صحّة وسلامة فلا سبيل للديّان عليه ويمضي تدبيره»[٣] .

وأُجيب بحمله على التدبير الواجب بنذر وشبهه ، فإنه إذا وقع كذلك مع سلامته من الدَّين فلا سبيل للديّان عليه ، وإن نذره فراراً من الدَّين لم ينعقد نذره ، لأنه لم يقصد به الطاعة . وهو محمل بعيد .

قوله : «إذا دبّر ..... الخ» .

هنا مسائل :

الأولى : إذا دبّر بعض عبده لم يسر على الباقي ، بمعنى أنه [لا][٤] ينعتق

---

(١) الفقيه ٣ : ٧٢ ح ٢٥٣ ، التهذيب ٨ : ٢٦١ ح ٩٤٩ ، الوسائل ١٦ : ٧٩ ب «٩» من أبواب التدبير ح ٢ .

(٢) كذا في مصادر الحديث ، واستظهر وجودها في هامش (و) ، ولم ترد فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٦١ ح ٩٥٠ ، الاستبصار ٤ : ٢٨ ح ٩١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ١ .

(٤) من هامش «و» بعنوان «ظاهراً» وهو الصحيح ، ولم ترد في سائر النسخ الخطّية والحجريّتين .

. . . . . .

معجّلاً ولا بعد عتق الجزء المدبّر ، لأن التدبير ليس بعتق وإنما هو وصيّة بـه ، وعلى تقدير كونه عتقاً معلّقاً لم يقع بعد فلا يدخل في عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلم : «من أعتق شقصاً»[١]، وبعد انعتاقه لا يبقى المعتِق موسراً لانتقال ماله عنه بالموت ، بخلاف ما إذا علّق عتق نصيبه بصفة فوجدت الصفة وهو مـوسر وجوّزناه ، فإنه يعتق النصيب ويسري .

وللمرتضى[٢] ـ رضي الله عنه ـ قول بالسراية هنا، وهو قول بعض العامّة[٣]، كالعتق المنجّز ، لأنه يوجب استحقاق العتق بالموت ، فصار كالاستيلاد الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه .

وردّ بمنع الاستحقاق أولاً ، لجواز الرجوع . ومنع الملازمة عـلى تـقدير الاستحقاق مع عدم تحقّق العتق بالفعل ، لعدم المقتضي . والفـرق بـين التـدبير والاستيلاد أن الاستيلاد كالإتلاف ، حيث إنه يمنع التصرّف بـالبيع ونـحوه ولا سبيل إلى دفعه ، بخلاف التدبير .

الثانية : لو دبّر بعض المملوك المشترك بـينه وبـين آخـر لم يسـر عـلى الشريك، ولم يقوّم عليه نصيب الشريك ، لما تقدّم من الدليل . والمخالف[٤] هنا كالسـابق ، وجوابـه جوابه ، بل هنا أولى بعدم السراية . ولبعض العامّة[٥] هنا قول

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٣٢٤، هامش (١) .

(٢) لم نجده فيما لدينا من كتبه «قده» . نعم ، حكم بـالسرايـة فـي تـدبير المـملوك المشـترك ، انـظر الانتصار : ١٧٣ .

(٣) انظر الحاوي الكبير ١٨ : ١٠٩ ، روضة الطالبين ٨ : ٤٥٢ .

(٤) انظر الهامش (٢) هنا، المغني لابن قدامة ١٢ : ٣١٣ ـ ٣١٤ .

(٥) انظر المبسوط للسرخسي ٧ : ١٨٦ ، بدائع الصنائع ٤ : ١١٦ .

. . . . . .

بتخيير الشريك بين أن يضمّنه القيمة ، وبين أن يستسعي العبد ، وبين أن يدبّر نصيبه أو يعتقه .

الثالثة : لو كان لمالك واحد ودبّره أجمع ثم رجع في بعض التدبير ، فإنه صحيح كما تقدّم[١] ، كما يجوز الرجوع في بعض الوصيّة دون بعض . وحيث يرجع في البعض لا يسري ما بقي فيه التدبير على ما رجع إلى محض الرقّ ، لما تقدّم[٢] من أنه ليس بعتق مطلق . والخلاف والحجّة والجواب فيهما واحد .

الرابعة : لو كان مشتركاً بين اثنين فدبّراه معاً ثم عجّل أحدهما العتق ، فهل يقوّم عليه نصيب الآخر ؟ فيه قولان أحدهما : لا ، ذهب إليه الشيخ في المبسوط[٣] ، محتجّاً بأن له جهة يعتق بها وهو التدبير فلا يحتاج إلى جهة أُخرى . والوجه التقويم ، لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير فيدخل في عموم : «من أعتق شقصاً ... الخ»[٤] .

الخامسة : الصورة بحالها لكن دبّر أحد الشريكين حصّته ثم عجّل عتقها ، سرى عليه إلى نصيب الشريك قطعاً ، للعموم ، وتماميّة الملك ، وعدم المانع منه هنا .

السادسة : الصورة بحالها لكن كان المعتِق هو الشريك الذي لم يدبّر ، فهل يسري إلى نصيب شريكه المدبّر ؟ القولان السابقان ، فعند الشيخ[٥] لا يسري ،

---

(١) في ص : ٣٨٧ .

(٢) في الصفحة السابقة .

(٣) انظر المبسوط ٦ : ١٨٠ ، ولكن نقل قولين بالسراية وعدمها من دون تعليق واختيار أحدهما .

(٤) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٣٢٤ ، هامش (١) .

(٥) المبسوط ٦ : ١٨٠ .

الرابعة : إذا أبق المدبّر بطل تدبيره ، وكان هو ومن يولد له بعد الإباق رقّاً إن ولد له من أمة ، وأولاده قبل الإباق على التدبير .

لأن حصّة التدبير لها جهة عتق . والأكثر ـ وهو الأصحّ ـ على ثبوت السراية ، لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير .

قوله : «إذا أبق المدبّر ..... الخ» .

هذا الحكم ذكره الأصحاب ، وظاهرهم الاجماع عليه ، وفي الخلاف[1] صرّح بدعوى إجماعهم عليه أيضاً .

ومستنده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن جارية مدبّرة أبقت من سيّدها سنيناً ثم جاءت بعدما مات سيّدها بأولاد ومتاع كثير وشهد لها شاهدان أن سيّدها كان دبّرها في حياته من قبل أن تأبق ، قال : فقال أبو جعفر عليه السلام : أرى أنها وجميع ما معها للورثة . قلت : لا تعتق من ثلث سيّدها ؟ قال : لا ، إنها أبقت عاصية لله عزّ وجلّ ولسيّدها ، وأبطل الإباق التدبير»[2] . وفي معناها رواية العلاء بن رزين[3] عن أبي عبد الله عليه السلام . وفي طريق الروايتين ضعف إلّا أنه منجبر بالشهرة أو الاجماع .

وفرّقوا بين الإباق والارتداد ـ حيث لم يكن الارتداد موجباً لبطلان التدبير مع اشتراكهما في معصية المولى ، وكون الثاني أقوى من حيث إن معصية الله تعالى أعظم ـ أن الإباق يقتضي معصية المولى معاً ، والمولى الآدمي محتاج إلى

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦٩ مسألة (٩) .

(٢) الكافي ٦ : ٢٠٠ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ٨٧ ح ٣٢٤ ، التهذيب ٨ : ٢٦٤ ح ٩٦٤ ، الاستبصار ٤ : ٣٢ ح ١١٠ ، الوسائل ١٦ : ٨٠ ب «١٠» من أبواب التدبير ح ١ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٦٥ ح ٩٦٦ ، الاستبصار ٤ : ٣٣ ح ١١٢ ، الوسائل ١٦ : ٨١ الباب المتقدّم ح ٢ .

ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ . فإن التحق بدار الحرب بطل ، لأنه إباق . ولو مات مولاه قبل فراره تحرّر .

خدمته ، فقوبل بنقيض مقصوده حيث فوّتها عليه ، بخلاف معصيته[١] لله تعالى بالارتداد ، فإنه غنيّ عنه ولا تعلّق لذلك بالمولى المحتاج .

وهو تكلّف تعليل مع النصّ الذي هو الأصل في الحكم . وينتقض بإباقه من عند المخدوم الذي علّق تدبيره على موته ، فإنه لا يبطل بإباقه ـ كما سلف[٢] وسيأتي[٣] ـ مع اشتراكهما في الحاجة ، وإنما الفارق النصّ .

قوله : «ولا يبطل تدبير المملوك ..... الخ» .

ارتداد المملوك لا يبطل تدبيره مطلقاً وإن حكم بقتله ، للأصل ، ما لم ينضمّ إليه الإباق ـ بأن يلتحق بدار الحرب ـ فيبطل من حيث الإباق كما تقدّم[٤] ، خلافاً لابن الجنيد[٥] حيث اكتفى في بطلان تدبيره بأحد الأمرين : ارتداده أو التحاقه بدار الحرب وأسر المسلمين له . وكلاهما ممنوع ، إذ لا دليل على البطلان بمجرّد الارتداد . وإلحاقه بالإباق قياس مع وجود الفارق ، كما أشرنا إليه سابقاً من حاجة المولى وغنى الله تعالى . والتحاقه بدار الحرب لا يشترط انضمام الأسر إليه ، لأن الإباق علّة مستقلّة بالبطلان . فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده وقبل فراره إلى دار الحرب أو إباقه بغيره تحرّر ، لوجود المقتضي للعتق . وإن قتل قبل

---

(١) في «ص ، ق ، خ» : معصية الله .

(٢) في ص : ٣٦٥ ـ ٣٦٦ .

(٣) في ص : ٤٠٦ .

(٤) في الصفحة السابقة .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٣٧ .

الخامسة : ما يكتسبه المدبّر لمولاه ، لأنه رقّ .

ولو اختلف المدبّر والوارث فيما في يده بعد موت المولى ، فقال المدبّر : اكتسبته بعد الوفاة ، فالقول قوله مع يمينه . ولو أقام كلّ منهما بيّنة فالبيّنة بيّنة الوارث .

موت مولاه بطل كما لو مات حتف أنفه .

قوله : «ما يكتسبه المدبّر ..... الخ» .

المدبّر في حياة مولاه بمنزلة الرقّ ، فكسبه ومنافعه للمولى ، سواء جعلنا التدبير وصيّة بالعتق أم عتقاً معلّقاً ، لأنه لم يحصل على التقديرين . فإذا مات المولى وعتق من الثلث أو بعضه ، ووجد معه مال فادّعى أنه اكتسبه بعد الموت ، وادّعى الوارث تقدّمه ، فالقول قول المدبّر مع يمينه ، لأصالة عدم التقدّم . ثم لا يلزم من تقديم قوله في تأخّره الحكم بكونه ملكه ، بل قد يكون كذلك كما إذا كان خارجاً من الثلث ، وقد لا يكون كما لو لم يكن خارجاً منه .

فلو فرض أنه لم يخلّف سواه وكانت قيمته ثلاثين والكسب المتنازع ستّين ، فالوارث يدّعي انعتاقه أجمع وأن الكسب له ، لكونه ضعف قيمته ، ودعواه تأخّره يقتضي أنه لم ينعتق منه إلّا ثلثه ، ويتبعه ثلث الكسب وأن الثلثين للورثة ، لكن لا يحكم عليهم بعتق جزءٍ منه إلّا مقدار ما يصل إليهم من التركة ضعفه ، فحيث لم يصادقهم على تقدّم الكسب وقدّم قوله فيه لزم تصادقهما على استحقاق الوارث ثلثي الكسب ، فإذا وصل إليهم ـ وهو في المثال أربعون ـ كان ذلك مع المدبّر مجموع التركة وهو سبعون ، فينعتق منه ثلثها وهو ثلاثة وعشرون وثلث ، وذلك سبعة أتساع المدبّر ، ويلحقه عشرون من كسبه هو الثلث الذي ثبت باعترافه ، فيدفع إلى الوارث منها ستّة وثُلثين هي تمام القيمة ويبقى له الباقي .

لا يقال : يلزم على هذا أن يثبت له زيادة على ما يدّعيه ، لأن دعواه التي قد حلف عليها وقدّم قوله فيها أنه انعتق ثلثه واستحقّ ثلث الكسب وذلك ثلاثون. ولازم دعواه أيضاً شرعاً أن مجموع الكسب للورثة وليس له إلّا رقبته ، لأن ما يحصل له من الكسب يجب عليه دفعه في فكاك باقيه ، وهو بتمامه تمام الباقي ، فكيف يستحقّ الزائد وهو ينفيه ؟

لأنّا نقول : الزيادة حصلت له من قبل الجزء الحرّ ، وهو حقّ لله تعالى يثبت منه ما يقتضيه الشرع ، ولا يلتفت فيه إلى إنكاره ، بخلاف المال ، وذلك لأن مقتضى دعواه في المال لمّا كانت استحقاق عشرين لم نزده عليها . وأما العتق فإن الشرع يحكم بعتق ثلث ما يتحصّل بيد الوارث من التركة ، ولمّا اعترف له من الكسب بأربعين وقيمته تساوي ثلاثين فقد تحصّل بأيديهم سبعون ، فيحكم بعتق مقدار ثلثها منه ، سواء اعترف به أم أنكره ، لأن العتق حقّ لله تعالى فيحصل له منه مقدار ثلاثة وعشرين [وثلث][1] ، فإذا أُضيفت إلى ما حكم له به من الكسب زاد عن القيمة ، فكان الزائد له لأجل ذلك .

وقس على هذا ما إذا قصر الكسب عن ضعفه ، أو خلّف شيئاً آخر معه لا يبلغ الضعف . فلو كان كسبه مقدار قيمته كان له ثلثه بدعواه التي قدّم فيها ، وضمّ ثلثاه ـ وهو عشرون في المثال ـ إلى مجموع المدبّر ـ وقيمته ثلاثون ـ فيعتق ثلث الخمسين وهو ستّة عشر وثلثان ، وهي خمسة أتساعه ، وله ثلث كسبه عشرة ، ويجتمع للورثة عشرون من الكسب وثلاثة عشر وثلث من رقبته ، وذلك ضعف

(١) من «ق» وهامش «و» وهو الصحيح .

السادسة : إذا جُني على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى ، ولا يبطل التدبير . وإن قتل بطل التدبير ، وكانت قيمته للمولى يقوَّم مدبّراً .

ما عتق منه .

قوله : «إذا جني على المدبّر ..... الخ» .

الجناية على المدبّر كهي على القنّ ، فإن جني عليه بما دون النفس فللسيّد القصاص أو الأرش ، ويبقى التدبير بحاله . وإن قتل فللسيّد القصاص أو القيمة . ولا يلزمه أن يشتري بها مملوكاً فيدبّره وإن كان التدبير واجباً ، بخلاف ما إذا وقف متاعاً فأتلف ، فإنّا قد نقول يشترى بقيمته مثله ويوقف . والفرق : أن مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم وهم باقون ، ومقصود التدبير أن ينتفع به العبد ولم يبق .

ثم على تقدير الحاجة إلى تقويمه لتؤخذ القيمة أوالأرش يقوَّم مدبّراً لاقنّاً ، لأن تلك هي صفته التي هو عليها يوم الجناية . ويظهر التفاوت على تقدير القول بالمنع من بيع رقبته ، أو كان لازماً بنذر وشبهه بحيث لا يجوز الرجوع فيه ، فيكون لذلك[1] قيمته أقلّ من قيمة القنّ . أما لو كان التدبير متبرَّعاً به وجوّزنا بيعه مطلقاً كما يجوز الرجوع فيه لم يظهر بين القيمتين تفاوت .

---

(١) في «خ ، م» : كذلك .

السابعة : إذا جنى المدبّر تعلّق أرش الجناية برقبته ، ولسيّده فكّه بأرش الجناية ، وله بيعه فيها . فإن فكّه فهو على تدبيره . وإن باعه وكانت الجناية تستغرقه فالقيمة لمستحقّ 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 صحّ ، 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.

قوله : «إذا جنى المدبّر ..... الخ» .

جناية المدبّر على غيره كجناية القنّ ، فإذا جنى على إنسان تعلّق برقبته . فإن كان موجباً للقصاص فاقتصّ منه فات التدبير . وإن عفي عنه ، أو رضي المولى بالمال ، أو كانت الجناية توجب مالاً ففداه السيّد بأرش الجناية أو بأقلّ الأمرين على الخلاف المقرّر في جناية القنّ ، بقي على التدبير . وله بيعه فيها أو بعضه ، فيبطل فيما بيع منه .

وهل يجوز لمولاه الاقتصار على بيع خدمته منفردة عن الرقبة ؟ قولان ، أحدهما ـ وهو الذي قطع به المصنف هنا ، وهو مذهب الشيخ[١] وجماعة[٢] ـ :

---

(١) المبسوط ٦ : ١٧٢ .

(٢) المهذّب ٢ : ٣٦٦ ، الجامع للشرائع : ٤٠٨ ، الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٣٣ .

. . . . . .

الجواز، لتصريح الروايات[١] الكثيرة به وأن رسول الله[٢] صلّى الله عليه وآله وسلم باع خدمة المدبّر. لكن في طريق الروايات ضعف، فلا تصلح لإثبات هذا الحكم المخالف للأصول من أن البيع إنما يقع على الأعيان لا على المنافع. فالقول بعدم الصحّة أصحّ، وبه قطع المصنف في موضع آخر[٣].

فإن جوّزنا بيع الخدمة منفردة ووقت بالجناية بقي على التدبير. وإن باع الأصل ـ إما بعد نقضه، أو مطلقاً على القول الأصحّ ـ بطل. وهذا هو الموجب لذكر حكم بيعه أو بيع خدمته هنا، لأن هذا الحكم آتٍ على تقدير الجناية وعدمها. والرواية التي أشار إليها المصنف من أن التدبير لا يبطل بالبيع وينصرف إلى الخدمة وينعتق المدبّر بموت المولى قد تقدّم الإشارة إليها والكلام عليها فيما سلف[٤]، وأعادها هنا ليرتّب عليها حكم الجناية، وقد كان يغني عنه ما تقدّم.

إذا تقرّر ذلك، فلو مات مولى المدبّر الجاني قبل افتكاكه وقبل بيعه واسترقاقه فيها اجتمع العتق والجناية، فيقدّم العتق لسبق سببه عليها، وبنائه على التغليب، وتعلّق الأرش برقبته أو ماله لا بتركة المولى ولا على الوارث، لخروجه عن الرقّية قبل أخذ الأرش. وقال الشيخ في المبسوط[٥]: يؤخذ الأرش من تركة المولى، لأنه أعتقه بالتدبير السابق فجرى مجرى إعتاق العبد الجاني إذا قلنا

---

(١) راجع الوسائل ١٦: ٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير.

(٢) التهذيب ٨: ٢٦٠ ح ٩٤٥، الاستبصار ٤: ٢٩ ح ١٠٠، الوسائل ١٦: الباب المتقدّم.

(٣) انظر النهاية ونكتها ٣: ٣٤.

(٤) في ص: ٣٩٠ ـ ٣٩١، هامش (١).

(٥) المبسوط ٦: ١٧٢.

الثامنة : إذا أبق المدبّر بطل التدبير . ولو جعل خدمته لغيره [مدّة] حياة المخدوم ، ثم هو حرّ بعد موت ذلك الغير ، لم يبطل تدبيره بإباقه .

بنفوذه ، فإنه التزام بالفداء ، فيؤخذ منها أرش الجناية أو أقلّ الأمرين على الخلاف ، لتعذّر تسليمه لاستيفاء حقّ الجناية .

ولو قلنا بأنه لا ينعتق حينئذٍ تخيّر الوارث بين أن يفديه فيعتق من الثلث ، وبين أن يسلّمه [للبيع][1] وإن كان في ثلث المال سعة ، فإذا بيع للجناية أو استرقّ بطل التدبير . وقال ابن الجنيد[2] والقاضي[3] : لا يبطل بل يستسعي في قيمته بعد موت المولى . واختاره في الدروس[4] ، لصحيحة أبي بصير[5] . والأظهر البطلان .

قوله : «إذا أبق ..... الخ» .

بطلان التدبير بالإباق على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النصّ[6] الوارد فيه وهو إباقه من المولى المعلّق تدبيره بوفاته . أما لو جعل خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة المخدوم لم يبطل بإباقه ، للأصل ، وصحيحة يعقوب بن شعيب السابقة[7] .

وبقي ما لو علّق تدبيره بوفاة الزوج أو غيره حيث نجوّزه فأبق ، ومقتضى

---

(١) من «د ، ط» والحجريّتين .

(٢ ـ ٥) هذه غفلة من الشارح «قده» ، فإن ابن الجنيد والقاضي والشهيد الأول «قدهم» إنما حكموا بعدم بطلان التدبير في مسألة كتابة المدبّر ، وسيأتي حكمها في ص : ٤١١ ، وحكاه الأخير عن الأوّلين في الدروس الشرعيّة (٢ : ٢٣٥) واحتجّ له برواية أبي بصير ، وهي في كتابة المدبّر . واحتمل في جواهر الكلام (٣٤ : ٢٤٢) وجود سقط في نسخة الشهيد الثاني «قده» من الدروس . انظر المختلف : ٦٣٨ ، المهذّب ٢ : ٣٧٠ ، الفقيه ٣ : ٧٢ ح ٢٥٠ ، التهذيب ٨ : ٢٦٣ ح ٩٦٢ ، الاستبصار ٤ : ٢٩ ح ٩٨ ، الوسائل ١٦ : ٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ٢ .

(٦) انظر الوسائل ١٦ : ٨٠ ب «١٠» من أبواب التدبير .

(٧) تقدّم ذكر مصادرها في ص : ٣٦٦ ، هامش (١) .

فروع أربعة :

الأول : إذا استفاد المدبّر مالاً بعد موت مولاه ، فإن خرج المدبّر من الثلث فالكلّ له ، وإلّا كان له من الكسب بقدر ما تحرّر منه ، والباقي للورثة .

هاتين القاعدتين أن خدمته إن لم تكن مجعولة لغير المولى تبطل بإباقه وإن لم يكن تدبيره معلّقاً بوفاته ، لشمول الروايات[١] الدالّة على بطلان تدبيره بإباقه لذلك .

وإن جعل خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة غير المخدوم ـ كالزوج ـ فأبق ففي بطلان تدبيره بذلك نظر ، إذ كلّ واحدة من الروايات[٢] الواردة من الجانبين لاتتناول هذا الفرد ، والأصل يقتضي عدم البطلان .

ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة المخدوم كان حسناً ، لأن هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل بالنظر[٣] إلى قاعدة الأصحاب في المسألة ، وظهور اتّفاقهم على أن إباق المدبّر مبطل له إلّا ما أخرجه الدليل . ومن أسقط التدبير[٤] المعلّق بوفاة غير المولى والمخدوم نظراً إلى عدم النصّ الدالّ على الصحّة ارتفع الاشكال الواقع هنا عنده .

قوله: «إذا استفاد المدبّر ..... الخ» .

هذا الحكم واضح بعد ما سلف من المقدّمات ، فإن المدبّر مع خروجه من الثلث ينعتق بمجرّد موت المولى فيكون ما يكتسبه بعده واقعاً حال الحريّة . وإن

---

(١) انظر الهامش (٦) في الصفحة السابقة .

(٢) انظر الهامش (٦ و ٧) في الصفحة السابقة .

(٣) في «خ ، م» وإحدى الحجريّتين : فالنظر .

(٤) كذا في «خ ، م» والحجريّتين ، وفي سائر النسخ : النذر .

. . . . . .

لم يخرج من الثلث وعتق منه شيء كان الكسب تابعاً لما فيه الرقّية والحرّية بالنسبة .

هذا إذا كان عتقه معلّقاً على وفاة المولى . أما لو كان معلّقاً على وفاة غيره كالمخدوم وتأخّر موته عن موت المولى ، فإنه باقٍ على الرقّية للورثة إلى أن يموت المخدوم ، فكسبه لهم مطلقاً ، لأنه حينئذٍ باقٍ على التدبير والرقّية إلى أن يحصل المعلّق عليه العتق أو الوصيّة به .

وهل يجوز للوارث الرجوع في تدبيره بين[1] وفاة المولى والمخدوم كما كان ذلك جائزاً للمولى ؟ نظر ، من إطلاق النصوص[2] والفتاوى بجواز الرجوع في التدبير ما لم يحكم بعتقه ، ومن إمكان اختصاص ذلك برجوع المولى المدبّر ، ومن ثم لم يجز له الرجوع في تدبير أولاد المدبّرة المتجدّدين بعد التدبير من حيث إنه لم يدبّرهم ، فكان وارثه بالنسبة إلى تدبير المورّث بمنزلة المولى في تدبير الأولاد .

ويمكن الفرق بأن الوارث قائم مقام المورّث ووارث حقّه المالي وما يتعلّق به من الحقوق كحقّ الخيار والشفعة وهذا منها ، بخلاف تدبير الأولاد ، فإنه مستند إلى الله تعالى لا إلى المولى ، فلذلك لم يكن له الرجوع فيه ، وللنصّ الدالّ عليه[3] وهو مفقود هنا ، مع أصالة بقاء الملك على مالكه وجواز تصرّف المالك في المملوك بأنواع التصرّفات إلى أن يثبت المزيل .

---

(١) في «د ، خ ، م» والحجريّتين : بغير .

(٢) لاحظ الوسائل ١٦ : ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير .

(٣) راجع ص : ٣٧٩ ، هامش (١) .

الثاني : إذا كان له مال غائب [عنه] بقدر قيمته مرّتين تحرّر ثلثه . وكلّما حصل من المال شيء تحرّر من المدبّر بنسبته ، وإن تلف استقرّ العتق في ثلثه .

قوله : «إذا كان له مال ..... الخ» .

إذا دبّر عبداً ومات وباقي ماله غائب عن الورثة أو دين على معسر لم يعتق جميع المدبّر ، لأن عتقه موقوف على أن يصل إلى الورثة من التركة ضعفه .

وهل يعتق ثلثه معجّلاً ؟ فيه وجهان أصحّهما ـ وهو الذي قطع به المصنف والأكثر ، وقوّاه الشيخ في المبسوط[1] ـ : نعم ، لأن الغيبة لا تزيد على العدم ، ولو لم يكن يملك إلّا هذا العبد لعتق ثلثه فكذلك عند الغيبة . وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيّد له ، ويوقف الباقي فإن وصل المال إلى الوارث تبيّن عتقه أجمع وتبعه كسبه .

والثاني : أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة ، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرّع في الثلث قبل تسلّط الورثة على الثلثين ، إذ لا بدّ من التوقّف في الثلثين إلى أن يتبيّن حال الغائب . وقد تقدّم مثله في الوصايا[2] فيما إذا أوصى بعين تخرج من الثلث لكن باقي المال غائب ، فإن في تسلّط الموصى له الوجهين وأصحّهما كما هنا .

ويتفرّع على الوجهين ما إذا كان قيمة المدبّر مائة والغائب مائتين فحضرت مائة ، فعلى المختار يعتق ثلثاه ، لأن ثلثه عتق في الحال فإذا حضرت مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً . وعلى الثاني يعتق نصفه ، لحصول مثليه للورثة . فإن حضرت

---

(١) المبسوط ٦ : ١٧٤ .

(٢) في ج ٦ : ١٧٢ ـ ١٧٣ .

الثالث : إذا كوتب ثم دبّر صحّ . فإن أدّى مال الكتابة عتق بالكتابة، وإن تأخّر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث ، وإلّا عتق منه الثلث ، وسقط من مال الكتابة بنسبته ، وكان الباقي مكاتباً .

أمّا لو دبّره ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير . وفيه إشكال .

أما لو دبّره ثم قاطعه على مال ليعجّل له العتق ، لم يكن إبطالاً للتدبير قطعاً .

مائة وتلفت مائة استقرّ العتق في ثلثيه وتسلّط الورثة على ثلثه وعلى المائة .

وربما يخرّج على الوجه الثاني أن للوارث التصرّف في الثلثين كما يحكم بعتق الثلث مراعاة للحقّين المتلازمين ، فإن حضر الغائب نقض تصرّفه . والأصحّ خلاف ذلك كلّه .

وكما يوقف كسبه في الثلثين قبل وصول المال توقف نفقته ، بمعنى أنه ينفق عليه منه فإن وفى وإلا أكمل الوارث ، فإن حضر المال وعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها عليه .

قوله : «إذا كوتب ..... الخ» .

هنا ثلاث مسائل :

الأُولى : إذا كاتبه ثم دبّره صحّ ، لعدم المنافاة ، فإن الكتابة لازمة لا تبطل بطروّ الجائز ، والكتابة وإن اقتضت تمليك المكاتب نفسه إلّا أنه ليس ملكاً تامّاً فلا ينافي التدبير ، ومن ثم جاز تعجيل عتقه . وحينئذٍ فيجتمع عليه الأمران ، فإن أدّى مال الكتابة في حياة المولى عتق وبطل التدبير ، وإن عجز فعجّزه المولى بطلت الكتابة وبقي التدبير .

. . . . . .

ولو مات المولى قبل الأداء والتعجيز[١] عتق بالتدبير إن احتمله الثلث ، ويتبعه ولده ، لكن يبقى الكلام في كسبه في حال الحياة بعد الكتابة ، فإنه لا يتبع المدبّر ويتبع المكاتب . وفي بطلان الكتابة حينئذٍ وجهان مثلهما ما لو أعتق السيّد مكاتبه قبل الأداء . والوجه أنها لا تبطل ، للأصل ، فإن بقي من الأحكام شيء يتوقّف عليها تأدّى بها . ولو عجز الثلث عن عتقه عتق ما يحتمله وسقط من مال الكتابة بحسبه وبقي الباقي مكاتباً .

الثانية : أن يدبّره ثم يكاتبه . وفي ارتفاع التدبير به قولان مبنيّان على أن التدبير وصيّة أو عتق ، فعلى الأول يبطل كما تبطل الوصيّة بالعبد لانسان ثم يكاتبه ، ولأن العبد يصير بالكتابة مالكاً لنفسه فكأنّ السيّد أزال ملكه عنه ، فيكون الحكم كما لو باعه . وهذا اختيار الشيخ[٢] والأكثر . وعلى الثاني لا يبطل ، لأن مقصود الكتابة العتق أيضاً ، فيكون مدبّراً ومكاتباً ، خصوصاً على القول بأنه لا يبطل بالبيع والأصل فيه اللزوم من الطرفين إجماعاً ، فعدم بطلانه بما وقع الخلاف في لزومه وعدمه أولى . وهذا اختيار ابن الجنيد[٣] وابن البرّاج[٤] .

وعلى هذا يكون مدبّراً مكاتباً[٥] كما لو دبّر عبده المكاتب . فإن أدّى النجوم عتق بالكتابة ، وإن مات السيّد قبل الأداء عتق بالتدبير ، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث وبقيت الكتابة في الباقي ، فإن أدّى قسطه عتق . ويقوى

---

(١) في «خ» وإحدى الحجريّتين : أو التعجيز .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦٩ مسألة (١٢) .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٣٨ .

(٤) المهذّب ٢ : ٣٧٠ .

(٥) في «د» : ومكاتباً .

الرابع : إذا دبّر حملاً صحّ ، ولا يسري إلى أمّه . ولو رجع في تدبيره صحّ . فإن أتت به لأقلّ من ستّة أشهر من حين التدبير صحّ التدبير فيه ، لتحقّقه وقت التدبير . وإن كان لأكثر لم يحكم بتدبيره ، لاحتمال تجدّده ، وتوهّم الحمل .

هذا مع تصريحه بعدم إرادة الرجوع . أما مع الإطلاق أو اشتباه الإرادة فالأول أوجه .

الثالثة : أن يدبّره ثم يقاطعه على مال يكتسبه ليعجّل له العتق . وهذا لا يقتضي إبطال التدبير قطعاً ، لأن غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل ، والمقاطعة غير لازمة لأحدهما ، فلا تكون منافية له . والمال الذي يكتسبه للمقاطعة ملك للمولى ، فلا يتغيّر حكم الرقّ .

قوله : «إذا دبّر حملاً صحّ ..... الخ» .

تدبير الحمل صحيح كما يصحّ عتقه منفرداً ومنضمّاً ، لأنه آدميّ مملوك . ثم لا يسري التدبير إلى أمّه كما لا يسري منها إليه على الأصحّ . ثم يعتبر وقت ولادته ، فإن ولدته لوقت يتحقّق فيه كونه موجوداً حال التدبير فلا إشكال في صحّته ، كما لو ولدته لدون ستّة أشهر من وقت التدبير . وإن ولدته لأزيد من أكثر الحمل تبيّن عدم وجوده قطعاً فيبطل التدبير . وإن ولدته فيما بينهما فقد أطلق المصنف وقبله الشيخ[١] وجماعة[٢] عدم الصحّة ، لإمكان حدوثه بعد التدبير ، والأصل عدم تقدّمه ذلك الوقت . وينبغي الفرق بين ما إذا كانت خالية من فراش وعدمه كما سبق[٣] في نظائره ، لأن الأصل المذكور وإن كان واقعاً في الحالين إلّا

---

(١) المبسوط ٦ : ١٧٨ .

(٢) انظر المهذّب ٢ : ٣٦٧ ، قواعد الأحكام ٢ : ١١٠ .

(٣) انظر ج ٨ : ٣٨١ .

كتاب المكاتبة

وأما المكاتبة : فتستدعي بيان أركانها ، وأحكامها ، ولواحقها .
أما الأركان : فالصيغة ، والموجب ، والمملوك ، والعوض .

أن الظاهر يعارضه وأصالة عدم وطء متجدّد وصيانة حال المسلم على تقديره من الحمل على الزنا.

وكما يصحّ الرجوع في تدبير المدبّر بالمباشرة يصحّ الرجوع في تدبير هذا الحمل قبل وضعه ، لوجود المقتضي له وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا كونه حملاً وهو لا يصلح للمانعيّة ، لدخوله في العموم[١] . وخالف في ذلك بعض العامّة[٢] حيث لم يجز الرجوع في التدبير بالقول مطلقاً بل بالفعل وهو الإخراج عن الملك ، والحمل لا يمكن إخراجه بالبيع منفرداً بل بالتبعيّة لأمّه ، فإذا باعهما كذلك صحّ الرجوع عنده وإلّا فلا . ولمّا كان الرجوع جائزاً عندنا بالقول مطلقاً صحّ في الحمل كغيره، وبالفعل منفرداً في موضع يصحّ إفراده بالنقل[٣] كالهبة والصلح .

قوله : «وأما المكاتبة ..... الخ» .

المكاتبة والكتابة مصدران مزيدان مشتقّان من المجرّد وهو الكتب ، وأصله الضمّ والجمع ، تقول : كتبت البغلة إذا ضممت بين شفريها بحلقة ، وكتبت القربة إذا أوكيت رأسها ، ومنه الكتابة لما فيها من ضمّ بعض الحروف إلى بعض ، والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض . فسمّي هذا العقد كتابة لانضمام النجم فيها

---

(١) لاحظ الوسائل ١٦ : ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير .
(٢) انظر حلية العلماء ٦ : ١٨٧ ـ ١٨٨ ، روضة الطالبين ٨ : ٤٦١ ـ ٤٦٢ .
(٣) كذا في «ق ، ط» والحجريّتين ، وفي سائر النسخ : بالفعل .

والكتابة مستحبّة ابتداءً مع الأمانة والاكتساب ، وتتأكّد بسؤال المملوك . ولو عدم الأمران كانت مباحة . وكذا لو عدم أحدهما .

إلى النجم ، أو لأنها توثق بالكتابة من حيث إنها منجّمة مؤجّلة ، وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة ، ولذلك قال تعالى : ﴿**إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى فاكتبوه**﴾[١] .

واعلم أن عقد الكتابة خارج عن قياس المعاملات من جهة أنها دائرة بين السيّد وعبده ، وأن العوضين للسيّد ، وأن المكاتب على رتبة متوسّطة بين الرقّ والحرّيّة ، وليس له استقلال الأحرار ولا عجز المماليك . وكذلك تكون تصرّفاته متردّدة بين الاستقلال ونقيضه ، لأن الحاجة داعية إليها ، فإن السيّد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجّاناً ، والمملوك لا يتشمّر للكسب تشمّره إذا علّق عتقه بالتحصيل والأداء ، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره ، كما احتمل الجهالة في ربح القراض وعمل الجعالة للحاجة .

والأصل فيه الاجماع ، وقوله تعالى : ﴿**والذين يبتغون الكتاب ممّا ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً**﴾[٢] وما روي أنه صلّى الله عليه وآله وسلم قال : «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظلّه الله يوم لا ظلّ إلّا ظلّه»[٣] وقال صلّى الله عليه وآله وسلم : «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[٤] .

قوله : «والكتابة مستحبّة ... الخ» .

الكتابة غير واجبة مطلقاً ، للأصل ، كما لا يجب التدبير وشراء القريب

---

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) النور : ٣٣ .

(٣) عوالي اللئالي ٣ : ٤٣٤ ح ١٠ ، مسند أحمد ٣ : ٤٨٧ ، سنن البيهقي ١٠ : ٣٢٠ ، مع اختلاف يسير .

(٤) عوالي اللئالي ١ : ٣١١ ح ٢٦ ، سنن أبي داود ٤ : ٢٠ ح ٣٩٢٦ ، سنن البيهقي ١٠ : ٣٢٤ .

. . . . . .

ليعتق ، ولئلّا يبطل أثر الملك ويحتكم[١] المملوك على المالك . ولكنّها مستحبّة مع علم الخير في المملوك ، للأمر بها حينئذٍ بقوله تعالى : ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ والأمر هنا للاستحباب . ولبعض العامّة[٢] قول أنه للوجوب . وقد اختلف في الخير المراد من الآية ، فروى الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أن المراد به الدّين والمال[٣] ، وهما المعبّر عنهما في عبارة المصنف بالأمانة والاكتساب. ووجه اعتبار الأمانة لئلّا يضيع ما يحصّله ويصرفه إلى السيّد فيعتق ، والقدرة على الاكتساب ليتمكّن من تحصيل ما يؤدّيه .

ويتأكّد الاستحباب مع اجتماع الشرطين بسؤال[٤] المملوك الكتابة في المشهور . ومقتضى العبارة أنه لو فقد الأمران أو أحدهما لم يتأكّد الاستحباب وإن طلب . وقال في النافع[٥] : إن الاستحباب يتأكّد بسؤال المملوك وإن كان عاجزاً . ولم نقف على ما يقتضي ترجيح أحد القولين من الأخبار ، وإنما الذي دلّت عليه استحبابها مع الوصفين . وفي رواية أُخرى صحيحة عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ : ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ قال : «كاتبوهم إن علمتم لهم مالاً»[٦] ولم يعتبر الدّين .

---

(١) في «ق» : ويتحكّم .

(٢) راجع الحاوي الكبير ١٨ : ١٤١ ، والمغني لابن قدامة ١٢ : ٣٣٩ .

(٣) الكافي ٦ : ١٨٧ ح ١٠ ، التهذيب ٨ : ٢٧٠ ح ٩٨٤ ، الوسائل ١٦ : ٨٣ ب «١» من أبواب المكاتبة ح ١ .

(٤) في «ص ، ق ، ط» : فسؤال ، وفي «خ» : وسؤال .

(٥) المختصر النافع : ٢٣٩ .

(٦) الكافي ٦ : ١٨٧ ح ٩ ، التهذيب ٨ : ٢٦٨ ح ٩٧٥ ، الوسائل ١٦ : ٨٣ ب «١» من أبواب المكاتبة ح ٣ .

. . . . . .

ورجّحه بعضهم[١] بأن فيه استعمال المشترك في أحد معنييه ، وفي الأول استعماله فيهما ، وهو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينة .

ويضعّف بأن القرينة موجودة ، وهي الرواية الصحيحة ، ولا تعارضها الأُخرى ، لاشتمالها[٢] على إثبات شرط آخر والمثبت مقدّم . نعم ، يمكن إثبات أصل الاستحباب بوجود المال ـ أعني القدرة على كسبه ـ عملاً بالرواية الصحيحة ، ويتأكّد الاستحباب مع وجود الوصفين ، نظراً إلى الخبر الآخر ، إلّا أن قول المصنف : «ولو عدم الأمران كانت مباحة ، وكذا لو عدم أحدهما» ينافي ذلك .

ولو فقد الشرطان معاً لم يستحب ، لعدم المقتضي له حيث إن الأمر مخصوص بالخير المفسَّر بهما أو بالثاني . ولو اتّصف بالأول خاصّة ـ وهو الأمانة ـ لم يستحب ، لعدم المقتضي له .

وربما قيل بالاستحباب أيضاً ، لاستعمال الخير فيه وحده في قوله تعالى : ﴿فمن يعمل مثقال ذرّة خيراً يره﴾[٣] يعني عملاً صالحاً وهو الدّين ، وقوله تعالى : ﴿والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير﴾[٤] أي : ثواب . كما أُريد بالخير المال وحده في قوله تعالى : ﴿وإنه لحبّ الخير لشديد﴾[٥] وقوله تعالى :

---

(١) انظر التنقيح الرائع (٣ : ٤٦٩) فقد تنظّر في استعماله في المعنيين، ولكن يظهر منه ترجيح كونه بمعنى الدّين .

(٢) كذا في «خ ، م» ، وفي سائر النسخ : لأن اشتمالها .

(٣) الزلزلة : ٧ .

(٤) الحج : ٣٦ .

(٥) العاديات : ٨ .

وليست عتقاً بصفة ، ولا بيعاً للعبد من نفسه ، بل هي معاملة مستقلّة بعيدة عن شبه البيع . فلو باعه نفسه بثمن مؤجّل لم يصحّ . ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس .

﴿إن ترك خيراً﴾[1] .

ويضعّف بأن استعمال المشترك في أحد معنييه لا يجوز بدون القرينة كاستعماله في المعنيين ، وهي منتفية في جانب الدّين وحده ، بخلاف المال فقد يترجّح جانبه بالرواية الصحيحة .

والتحقيق أن إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز ، لأنه في الشواهد إنما استعمل في العمل الصالح والثواب ونفس المال ، والمراد هنا الأمانة والقدرة على التكسّب وهما ليستا عملاً صالحاً ولاثواباً ولامالاً حقيقة ، وإنما يكون الكسب سبباً في المال وإطلاق اسم السبب على المسبَّب مجاز ، كما أن إطلاق الأمانة القلبيّة على الأعمال الصالحة المتبادر منها إرادة أعمال الجوارح أو الثواب عليه ـ ولا يعرفه إلّا الله تعالى ـ مجاز أيضاً . وحينئذٍ فإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل ، وهو موجود في إرادتهما وإرادة الثاني منهما دون الأول ، فكان العمل به متعيّناً . وحيث يفقد الشرطان أو الأول تكون مباحة ولا يكره ، للأصل . وقيل : يكره حينئذٍ . وقوّاه في المبسوط[2] .

قوله : «وليست عتقاً بصفة ..... الخ» .

اختلف العلماء في الكتابة هل هي عتق بعوض ، أو بيع للعبد من نفسه ، أو معاملة مستقلّة ؟ ومنشأ الخلاف وجود خواصّ بعض كلّ من الأمرين ، ويشتركان

---

(١) البقرة : ١٨٠ .

(٢) المبسوط ٦ : ٧٣ .

. . . . . .

في حصول العتق بالعوض . وتظهر الفائدة في لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار ، ووقوعها بلفظ البيع ، والعتق بالعوض . والأظهر أنها معاملة بين المولى والمملوك مستقلّة تتبعها أحكام خاصّة ، ولا يلزم من مشاركتها لبعض في حكم أن يلحق به مطلقاً . والقول بكونها بيعاً لأبي الصلاح[١] وابن إدريس[٢] ، والاستقلال مذهب الأكثر .

ووجه بعدها عن شبه البيع : أنه يقتضي المغايرة بين البائع والمشتري والمبيع وهنا المبيع هو المشتري ، ويقتضي قبول المشتري للملك وهو منتفٍ عن المملوك ، وكون العوض ملكاً للمشتري والمعوّض ملكاً للبائع وهنا الأمران للمولى ، إلى غير ذلك من المخالفات .

وأتى المصنف بالفاء في قوله : «فلو باعه نفسه» ليفرّع بطلانه على كونها ليست بيعاً . ووجه التفريع : أن التعبير بالبيع يستتبع أحكامه ، وقد عرفت تخلّفها عن هذا العقد فلا يقع به ، خلافاً للشيخ ، فإنه في المبسوط[٣] مع اختياره أنها ليست بيعاً جوّز إيقاعها بلفظ البيع ، لإفادته المراد منها . والأصحّ ما اختاره المصنف ، لما تقدّم من أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى آخر ، فلابدّ من تحقّق إضافة الملك بين المشتري والمبيع ، لتوقّف الإضافة على تغاير المضافين ، وهنا ليس كذلك . ولأن ملك العبد يتوقّف على حرّيته ، وحرّيته موقوفة على تملّكه ، فيدور . ولأن السيّد لا يبايع عبده ، ومن ثم لا يصحّ بيعه مالاً آخر قولاً واحداً . وعلى القول بصحّة البيع يثبت المال في ذمّته ويعتق في الحال كما لو

---

(١) الكافي في الفقه : ٣١٨.

(٢) السرائر ٣ : ٢٦.

(٣) انظر المبسوط ٦ : ٧٣ و ١٢٠.

. . . . . .

أعتقه على مال .

وقوله : «ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس» متفرّع أيضاً على كونها ليست بيعاً ، فينتفي عنها حكمه ، ومن جعلها بيعاً لزمه لحوق الخيار . وربما فهم بعضهم من كلام الشيخ في المبسوط[١] أن الخيار منتفٍ هنا وإن جعلناها بيعاً ، وجعل ذلك وارداً على من جعلها بيعاً . وليس كذلك ، وإنما فرّع الشيخ ما ذكره من انتفاء الخيار وغيره على مذهبه فقال : «الكتابة تفارق البيع من وجوه : أحدها : أن الكتابة لا بدّ فيها من أجل ، والبيع لا يفتقر إليه . ومنها : أن الكتابة يمتدّ فيها خيار العبد ، والبيع لا يمتدّ فيه خيار الشرط . ومنها : أن البائع يشترط لنفسه الخيار ، والسيّد لا يشترط في عقد الكتابة . ويتّفقان في أن الأجل فيهما لا بدّ أن يكون معلوماً ، ولا يصحّ كلّ واحد منهما إلّا بعوض معلوم» .

والمراد بقوله : «إن الكتابة لا بدّ فيها من أجل ، والبيع لا يفتقر إليه» أن البيع من حيث هو لا يفتقر إلى الأجل ، وإلا فإن السلم منه مفتقر إليه ، فلتكن الكتابة كذلك إن اعتبرنا فيها الأجل ، وبينهما مناسبة في ذلك من حيث إن السلم يقع على ما يتجدّد ولا يكون موجوداً حال العقد فناسبه اشتراط الأجل ، [وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه][٢] والمكاتبة كذلك من حيث إن المملوك عاجز عن الوفاء في الحال بناءً على أنه لا يملك شيئاً فناسبه الأجل ، وذهب بعضهم[٣] إلى عدم

---

(١) المبسوط ٦ : ٧٣ .

(٢) ما بين المعقوفتين وردت في جميع النسخ الخطّية والحجريّتين ، والظاهر أنها زائدة بقرينة سياق العبارة وتكرّرها بعد سطر .

(٣) انظر السرائر ٣ : ٣٠ .

ولا يصحّ من دون الأجل على الأشبه . ويفتقر ثبوت حكمها إلى الايجاب والقبول .

اشتراطه، فالفرق بينها[١] وبين البيع بذلك غير جيّد .

وقوله : «إن الكتابة يمتدّ فيها خيار العبد» مبنيّ على أنها جائزة من قبله ، وسيأتي[٢] الكلام فيه ، والبيع يشاركها في ذلك بالنسبة إلى خيار المجلس حيث يمتدّ المجلس بين المتبايعين من غير تقدير ، وفيما لو شرط الخيار لنفسه مدّة يقطع بعدم بقائه إليها فيمتدّ خيار الشرط .

وأمّا الفرق الثالث فإنه متفرّع على عدم كونها بيعاً ، ومن جعلها بيعاً لا يلزمه ذلك عملاً بعموم ما دلّ[٣] على ثبوت ذلك في البيع .

قوله : «ولا يصحّ ..... الخ» .

اختلف العلماء في اشتراط الأجل في الكتابة ، فاعتبره الأكثر منهم الشيخ في المبسوط[٤] وأتباعه[٥] والمصنف وأكثر[٦] المتأخّرين لوجهين :

أحدهما : اتّباع السلف من عهد النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم وبعد ، فإنهم لا يعقدون الكتابة إلّا على عوض مؤجّل ، فكان إجماعاً .

الثاني : أنه على تقدير الحلول تتوجّه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذٍ ، فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحل ، فلا بدّ من ضرب

---

(١) في «ذ ، خ ، م» : بينهما .

(٢) في ص : ٤٣٢ .

(٣) لاحظ الوسائل ١٢ : ٣٥٢ ب «٦» و «٧» من أبواب الخيار .

(٤) المبسوط ٦ : ٧٣ .

(٥) انظر الوسيلة : ٣٤٤ ، إصباح الشيعة : ٤٧٦ .

(٦) راجع تبصرة المتعلّمين : ١٥٥ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٥٧٥ ـ ٥٧٦ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٦ ، حاشية الكركي على الشرائع : ٤٢٧ ـ ٤٢٨ (مخطوط) .

. . . . . .

أجل له لئلّا تتطرّق الجهالة الداخلة في الغرر[١] المنهيّ عنه .

وفيهما نظر ، لمنع الاجماع على ذلك ، ونقل أفراد خاصّة لا يقتضي كون جميع ما وقع كذلك ، سلّمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره ، فإن الاجماع المعتبر في مثل ذلك اتّفاقهم على بطلان المتنازع لا عدم استعمالهم له . ولا يلزم من عدم ملكه في الحال ـ على تقدير تسليمه ـ عجزه عن الإيفاء مطلقاً ، لإمكان ملكه عاجلاً ولو بالاقتراض كشراء من لا يملك شيئاً من الأحرار ، وقد يوصى له بمال لو قَبِل الكتابة ويموت الموصي قبل عقد الكتابة ، أو يوهب منه عقيب العقد ، أو يتبرّع عنه متبرّع ، فلا يتحقّق العجز . وقد يفرض جريان العقد على قدر من الملح وهما على مملحة فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة ، فلا يلزم بطلان الحال قطعاً .

وأُجيب عنه بأن قبول الوصيّة والهبة لا بدّ وأن يتأخّر عن قبول الكتابة فيكون العوض لازماً قبل القدرة والتمكّن ، وقد لا يتيسّر القبول . والملح لا يملك ما لم يأخذه ، والأخذ متأخّر عن الكتابة وقد يعوق عنه عائق .

والحقّ أن مثل هذا لا يقدح في صحّة العقد ، ومن ثم ذهب الشيخ في الخلاف[٢] وابن إدريس[٣] إلى جوازها حالّة ، للأصل ، وعموم قوله تعالى : ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[٤] خصوصاً على القول بكونها بيعاً أو عتقاً

---

(١) عيون أخبار الرضا ٢ : ٤٥ ح ١٦٨ ، الوسائل ١٢ : ٣٣٠ ب « ٤٠» من أبواب التجارة ح ٣ ، سنن البيهقي ٥ : ٣٣٨ .

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٥٦ مسألة (٥) .

(٣) السرائر ٣ : ٣٠ .

(٤) النور : ٣٣ .

ويكفي في المكاتبة أن يقول : كاتبتك مع تعيين الأجل والعوض .

وهل يفتقر إلى قوله : فإذا أدّيت فأنت حرّ مع نيّة ذلك ؟ قيل : نعم، وقيل : [لا] بل يكتفى بالنيّة مع العقد ، فإذا أدّى عتق ، سواء نطق بالضميمة أو أغفلها . وهو أشبه .

بعوض ، فإنهما لا يتوقّفان على الأجل ، وإنما يجيء القولان على كونها مستقلّة .

ولو ملك شقصاً من عبد باقيه حرّ فكاتب ما يملكه منه حالاً ، ففي صحّتها وجهان يلتفتان[١] على[٢] الوجهين السابقين ، فعلى الأول لا يصحّ اتّباعاً لما جرى عليه الأولون ، وعلى الثاني يجوز ، لأنه قد يملك ببعضه الحرّ ما يؤدّيه ، فلا يتحقّق العجز في الحال . ويصحّ البيع من المعسر ، لأن الحرّية مظنّة القدرة ، وإن لم يملك شيئاً آخر فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع .

وحيث يعتبر الأجل أو أُريد[٣] اشترط ضبطه كأجل النسيئة . ولا يشترط زيادته عن أجل عندنا ، لحصول الغرض منه . ولو قصر الأجل إلى حدّ يتعذّر حصول المال فيه عادة بطل على الثاني دون الأول .

قوله : «ويكفي في المكاتبة ..... الخ» .

لابدّ لهذه المعاملة من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد منه كنظائره من عقود المعاملات . والقدر المتّفق على صحّته أن يقول له : كاتبتك على ألف درهم ـ مثلاً ـ تؤدّيه في نجمين أو أكثر في كلّ نجم كذا فإذا أدّيت فأنت حرّ ، فيقول : قبلت .

---

(١) كذا في «ص ، د ، و» وفي سائر النسخ : يلتقيان .

(٢) في إحدى الحجريّتين : إلى .

(٣) كذا في «د ، و» وفي سائر النسخ : أزيد .

. . . . . .

ولو لم يصرّح بتعليق الحرّية بالأداء ولكن نواه بقلبه ففي صحّته قولان :

أحدهما : نعم ، وهو قول الشيخ في المبسوط[١] والمصنف ، لأن الكتابة دالّة على ذلك والتحرير غايتها فلا يجب ذكرها كغيرها من غايات العقود ، خصوصاً لوجعلنا الكتابة بيعاً للعبد من نفسه ، لأنه مقتضٍ للعتق فلا يفتقر إلى لفظ آخر . وإنما افتقر إلى النيّة لأن لفظ الكتابة مشترك بين المراسلة والمخارجة ، فأشبهت الكتابة المشتركة المعنى ، فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ ، وهذا قصد آخر غير القصد المعتبر في سائر العقود المميّز عن عقد النائم والساهي ، كما تقدّم[٢] تقريره مراراً .

والثاني ـ وإليه ذهب في الخلاف[٣] ، وهو الظاهر من كلام ابن إدريس[٤] ـ : اشتراط التلفّظ بقوله : فإذا أدّيت فأنت حرّ ، لما عرفت من اشتراك لفظ المكاتبة بين الأمرين وبين الشرعيّة ، فلا بدّ من مائز باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح . وفيه نظر ، لأن مفهومها الشرعي معلوم ، والإطلاق منزّل عليه .

ويتخرّج في المسألة قول ثالث ، وهو عدم اشتراط القصد الخاصّ إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحة في معناها ، لأن اعتبار القصد المدّعى في الاكتفاء باللفظ الأول يوجب عدم الاكتفاء به عند من لا يسوّغ الكنايات ويعتبر اللفظ الصريح ، فإن كان صريحاً لم يفتقر إلى القصد المميّز ، وإلّا لم يكف وإن ضمّ إليه .

---

(١) المبسوط ٦ : ٧٤ .

(٢) راجع ج ٣ : ١٥٦ .

(٣) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٥٧ مسألة (٧) .

(٤) السرائر ٣ : ٢٦ .

وقريب من هذا الخلاف ما تقدّم[١] في التدبير من الاكتفاء بقوله : أنت مدبّر.

وتخريج القولين فيهما على أنهما مشتهران في معنييهما اشتهار البيع والهبة وسائر العقود في معانيها ، فيكونان صريحين لا يفتقران إلى ضميمة ولا قصد يخصّصهما[٢] ، ودعوى[٣] خفاء معنييهما عند العامّة ولا يعرفهما إلّا الخواصّ فكانا كناية.

وبعضهم[٤] فرّق بين اللفظين واكتفى في التدبير بلفظه دون الكتابة . وجهة فرقه وجهان :

أحدهما : أن التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كلّ أحد ، والكتابة بمعناها لا يعرفها إلّا الخواصّ .

والثاني : أن التدبير كان معروفاً في الجاهليّة في معناه ، والشرع قرّره ، ولا يستعمل في معنى آخر ، والكتابة تقع على العقد المعلوم وعلى المخارجة ، وهي أن توظّف[٥] على العبد الكسوب كلّ يوم خراجاً ولا يعتق به ، فلا بدّ من التمييز باللفظ أو النيّة .

ومذهب المصنف في الموضعين[٦] راجع إلى هذا الفرق[٧]، إلّا أن فيه ما

---

(١) في ص : ٣٧٠ ـ ٣٧١.

(٢) في «ق ، ص ، د ، ذ» : تخصيصهما .

(٣) في «خ ، م» : أو دعوى .

(٤) انظر إيضاح الفوائد ٣ : ٥٤٣ و ٥٧٦ .

(٥) في الحجريّتين : يقطع .

(٦) انظر ص : ٣٧٠ ، و ص : ٤٢٢ ، ولكن مذهبه في التدبير عدم الانعقاد بدون الضميمة .

(٧) في «ص ، د ، ق ، ط» : الفرد .

والكتابة قسمان : مشروطة ومطلقة .

فالمطلقة : أن يقتصر على العقد وذكر الأجل والعوض والنيّة .

والمشروطة : أن يقول مع ذلك : فإن عجزتَ فأنت ردّ في الرقّ . فمتى عجز كان للمولى ردّه رقّاً ، ولا يعيد عليه ما أخذ .

وحدّ العجز أن يؤخّر نجماً إلى نجم ، أو يعلم من حاله العجز عن فكّ نفسه. وقيل : أن يؤخّر نجماً عن محلّه . وهو مرويّ .

تقدّم[1] من الاجتزاء بما هو في معنى الكتابة منضمّاً إلى ما يعتبر فيها من القصد ، وهو لا يوافق قاعدة الأصحاب ، وإنما اللازم منه عندهم وجوب الضميمة لفظاً ليكون صريحاً .

قوله : «والكتابة ..... الخ» .

مستند الفرق بين القسمين الأخبار الصحيحة الدالّة عليها من طرقنا ، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إن المكاتب إذا أدّى شيئاً أُعتق بقدر ما أدّى ، إلّا أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود فلهم شرطهم»[2] .

وعند العامّة أنها قسم واحد وهو المشروطة عندنا ، فلا يعتق إلّا بأداء جميع المال ، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلم : «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[3] .

قوله : «وحدّ العجز ..... الخ» .

إذا عجز المكاتب عن مال الكتابة أو بعضه جاز للمولى الفسخ في الجملة ،

---

(١) في ص : ٤٢٢ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٦ ح ٦، التهذيب ٨ : ٢٦٦ ح ٩٧٠، الوسائل ١٦ : ٨٥ ب « ٤» من أبواب المكاتبة ح ٢ .

(٣) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٤١٤ ، هامش (٤) .

لكن إن كانت مشروطة رجع رقّاً بالعجز ولو عن درهم من آخر المال . وإن كانت مطلقة وكان عجزه عن النجم الأول فكذلك . وإن كان عن غيره أو عن بعضه بعد أن أدّى شيئاً أفاد الفسخ عود ما بقي منه رقّاً ، واستقرّ عتق مقدار ما أدّى ، فاحتيج إلى معرفة العجز المسوّغ للفسخ في القسمين ، وإن كان مقتضى عبارة المصنف والأكثر أن البحث عن عجز المشروط خاصّة .

وقد اختلف الأصحاب في حدّه ، فذهب الشيخ في النهاية[١] وأتباعه[٢] إلى أن حدّه تأخير نجم إلى نجم آخر ، بمعنى تأخير مال أجل إلى أن يحلّ أجل آخر ويجتمع مالان على الحلول ، سواء كان ذلك التأخير بسبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبة بغير إذن المولى . وإطلاق اسم العجز على هذا الشقّ[٣] مجاز باعتبار قسيمه ، ولمشاركته العجز في المعنى . أو يعلم من حاله العجز بعد حلول النجم عن أدائه وإن لم يؤخّر إلى نجم آخر .

وذهب جماعة منهم المفيد[٤] والشيخ في الاستبصار[٥] وابن إدريس[٦] وكثير من المتأخّرين[٧] إلى أن حدّه تأخير النجم عن محلّه ، سواء بلغ التأخير

---

(١) النهاية : ٥٤٩ .

(٢) انظر المهذّب ٢ : ٣٧٦ ، فقه القرآن ٢ : ٢١٦ ، إصباح الشيعة : ٤٧٧ .

(٣) في هامش «ق ، و» : «الصواب : وإطلاق اسم العجز على هذين الشقّين مجاز باعتبار قسيمهما . وكأنّه ـ رحمه الله ـ جرى على ما في الأصل وسها القلم عن الملحق . بخطّ الشيخ محمد سبط الشارح على نسخة الأصل» .

(٤) المقنعة : ٥٥١ .

(٥) الاستبصار ٤ : ٣٣ ـ ٣٥ .

(٦) السرائر ٣ : ٢٧ .

(٧) انظر الجامع للشرائع : ٤١١ ، كشف الرموز ٢ : ٣٠٥ ، المختلف : ٦٣٩ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٦ ، التنقيح الرائع ٣ : ٤٧١ ، المقتصر : ٣١٢ .

. . . . . .

نجماً آخر أم لا ، وسواء علم من حاله العجز أم لا ، حتى لو كان قادراً على الأداء فمطل به جاز الفسخ إذا أخّره عن وقت حلوله ولو قليلاً .

وفي المسألة أقوال أُخر شاذّة أعرضنا عن ذكرها كما أعرض عنه المصنف.

حجّة الشيخ على القول الأول رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام أن عليّاً عليه السلام كان يقول : «إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبته في الرقّ ولكن ينتظر عاماً أو عامين ، فإن أقام بمكاتبته وإلّا ردّ مملوكاً»[1] . وجه الدلالة : أنه عليه السلام نفى ردّه قبل العام وهو النجم الآخر ، وقوله : «أو عامين» محمول على الندب . ثم نقول : إذا علم من حاله العجز كان التأخير عبثاً ، لأنه لرجاء القدرة فإذا علم عدمها انتفت فائدته .

ولا يخفى ضعف هذه الحجّة دلالة وسنداً . أما السند فظاهر . وأما الدلالة فلأن النجم الثاني لا يلزم أن يكون عاماً ، ولا في الكلام إشعار به ، بل يجوز كونه أكثر منه فيقتضي جواز الفسخ قبل حلول النجم الآخر ، وقد يكون أقلّ منه فلا يجوز بعد حلول الثاني أيضاً . ثم لم يفرّق فيها بين أن يعلم من حاله العجز وعدمه . وما ذكر من عدم الفائدة في الصبر على تقديره ممنوع ، لأن المعتبر في مثل هذا الظنّ الغالب ، لتعذّر العلم الحقيقي ، ويمكن وقوع خلاف الظنّ ببذل أحد له تبرّعاً أو من الزكاة أو نحو ذلك . ويمكن حمل الرواية على الندب بقرينة التخيير بين العام والعامين وكونهما أعمّ من مقدار نجم .

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٦٦ ح ٩٧٢ ، الاستبصار ٤ : ٣٤ ح ١١٥ ، الوسائل ١٦ : ٨٧ باب «٤» من أبواب المكاتبة ح ١٣ .

والمصنّف لم يسند هذا القول إلى الرواية ، ولعلّه لما ذكرناه ، وإنما أسند القول الثاني إليها . والمراد بها صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن حدّ العجز فقال : «إن قضاتنا يقولون : إن عجز المكاتب أن يؤخّر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول . قلت : فما تقول أنت ؟ فقال : لا ولا كرامة ، ليس له أن يؤخّر نجماً عن أجله إذا كان ذلك في شرطه»[١] . وروى معاوية بن وهب أيضاً في الصحيح قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبة أدّت ثلثي مكاتبتها وقد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ ونحن في حلّ ممّا أخذنا منها وقد اجتمع عليها نجمان ، قال : تردّ ويطيب لهم ما أخذوا ، وقال : ليس لها أن تؤخّر النجم بعد حلّه شهراً واحداً إلّا بإذنهم»[٢] .

وهاتان الروايتان ليستا نصّاً في المطلوب بل ظاهرهما ذلك ، لأن قوله في الأولى : «ليس له أن يؤخّر نجماً عن محلّه» وفي الثانية مثله لا يدلّ على جواز الفسخ بذلك ، لكنّه هو الظاهر بقرينة السابق والإنكار على قول من حكى عنه خلافه . وأيضاً فقوله في الأُولى : «إذا كان ذلك من شرطه» يقتضي أنه شرط عليه التعجيز بتأخير النجم عن محلّه ، ولا نزاع في جواز الفسخ مع الشرط إنما الكلام مع الاطلاق .

ويمكن أن يحتجّ للقول الأول بالرواية الثانية حيث دلّت صريحاً على

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٥ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٢٦٥ ح ٩٦٨ ، الاستبصار ٤ : ٣٣ ح ١١٣ ، الوسائل ١٦ : ٨٨ ب «٥» من أبواب المكاتبة ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ١٨٧ ح ٨ ، التهذيب ٨ : ٢٦٦ ح ٩٧١ ، الاستبصار ٤ : ٣٤ ح ١١٤ ، الوسائل ١٦ : ٨٩ ب «٥» من أبواب المكاتبة ح ٢ ، وفي هامش «و» بعنوان ظاهراً : بعد حلّه شهراً ، وكذا في جميع المصادر ، وفي نسخ المسالك الخطّية والحجريّتين : بعد حدّه .

. . . . . .

جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم في قوله : «وقد اجتمع عليها نجمان ، قال : تردّ ويطيب لهم ما أخذوا» ولا دليل صريحاً على جواز الفسخ قبل ذلك ، بل على تحريم تأخير الأداء ، ولا كلام فيه ، لأن ذلك مقتضى الدَّين بعد حلوله . ويبقى حكم ما إذا علم من حاله العجز مستفاداً ممّا اعتبره له سابقاً . وهذا أجود من الاستدلال له برواية إسحاق بن عمّار ، لصحّة هذه وضعف تلك ، وظهور دلالة هذه دونها . ولعلّ نسبة المصنف القول الثاني إلى الرواية وإشعار تصديره الحكم بالقول الأول ناشٍ عمّا ذكرناه ، وإلّا لم يمكن العدول عن الرواية[1] الصحيحة إلى غيرها .

ثم تنبّه في العبارة لأمور :

الأول : أنه قبل حلول النجم لا يصحّ الفسخ ـ سواء علم من حاله العجز أم لا ـ إجماعاً ، فإطلاقه جواز الفسخ مع العلم المذكور وجعله قسيماً لتأخير النجم عن محلّه مقيّد بحلول النجم . وبهذا يظهر أنه يصلح قسيماً للقول بأنه تأخير النجم إلى نجم آخر ، لتحقّق المغايرة بينهما ، ولا يجوز جعله قسيماً للقول الثاني وهو تأخير النجم عن محلّه ، لأنه على هذا القول إذا أخّره عن محلّه ولو لحظة جاز الفسخ لذلك وإن لم يعلم من حاله العجز وقبله لا يجوز كما ذكرناه ، فلذلك جعل قسيماً للأول دون الثاني .

ولكن اتّفق للعلامة في الارشاد[2] جعله قسيماً للثاني ونقله كذلك قولاً فقال : «وحدّه تأخير النجم عن محلّه على رأي أو يعلم من حاله العجز» .

---

(١) في «ذ ، خ ، م» : الروايات .

(٢) إرشاد الأذهان ٢ : ٧٦ .

وهو فاسد الوضع من وجوه :

منها : ما ذكرناه من عدم المغايرة بينهما .

ومنها : أنه ليس قولاً لأحد ، وإنما الترديد بين الأمرين قول الشيخ في النهاية[١] ، وقد جعله فيها قسيماً لتأخير النجم إلى نجم آخر كما حكاه المصنف ، وكذلك نقله العلامة على الصواب في سائر[٢] كتبه غير الارشاد .

ومنها : أنه جعله قسيماً للقول المقرون بالرأي ، وعادته أنه إذا فعل ذلك لا يكون في القسيم خلافاً ، فيقتضي أن يكون الفسخ مع العلم بالعجز جائزاً بغير خلاف . وليس كذلك ، بل لم يقل به إلا أصحاب[٣] القول الأول كما نقلناه .

الثاني : [قوله][٤] : «أو يعلم من حاله العجز عن فكّ نفسه» ليس بمعتبر في الحكم ، بل يكفي العلم بالعجز عن أداء النجم الذي قد حلّ وإن لم يحصل به فكّ نفسه تامّاً ، ولكنّه تبع معنى كلام الشيخ في النهاية ، فإنه عبّر بالعلم بأنه لا يقدر على فكّ رقبته . ووجه التعبير بذلك : أنهم فرضوا الحكم في المشروط ، وبعجزه عن قليل من المال لا ينفكّ شيء من رقبته كما تقرّر ، وإنما يختلف الحكم في المطلق ، فإنه إذا عجز عن نجم يفسخ فيما قابله وإن كان قد فكّ أكثر الرقبة . وقد أحسن ابن الجنيد حيث قال : «إن شرط رقّه إن عجز عن شيء من المال ، استرقّ متى عجز عن أداء نجم أو بعضه في وقته . ولو قال : إن عجز عن نجم من نجومه ، فبقي عليه بعض النجم الأخير ، لم يرجع رقّاً . وكذلك إن تأخّر عن بعض نجم إلى

---

(١) النهاية : ٥٤٩ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ١١٥ ، تحرير الأحكام ٢ : ٩٤ ـ ٩٥ .

(٣) كذا في «م» وإحدى الحجريّتين ، وفي سائر النسخ : الأصحاب القول....

(٤) من «ص ، ط ، و» فقط .

. . . . . .

أن يؤدّيه مع الذي يليه»[١].

الثالث: موضع الخلاف ما إذا لم يشترط عليه التعجيز بشيء بعينه، فلو شرط عند تأخير النجم عن محلّه، أو عند تأخيره إلى نجم آخر، أو إلى نجمين فصاعداً، أو إلى مدّة معيّنة، اتّبع شرطه، وإنما الخلاف مع الإطلاق. وكذا لو شرط غير ذلك من الشروط السائغة[٢].

الرابع: المراد بالحدّ هنا العلامة والسبب[٣] لا الحدّ المصطلح، وإنما ذكره المصنف وغيره تبعاً لوروده في النصوص[٤]. وبالعلم في قوله: «أو يعلم من حاله العجز» الظنّ الغالب المستند إلى قرائن الأحوال. والمعتبر ظنّ الحاكم عند التنازع، وظنّ المولى بالنسبة إلى ما بينه وبين الله تعالى حيث لا يقع النزاع.

الخامس: يطلق النجم غالباً على الأجل، وأصله الوقت، ومنه في الحديث: «هذا إبّان نجومه»[٥] يعني النبيّ صلّى الله عليه وآله، أي: وقت ظهوره. ويقال: كان العرب لا يعرفون الحساب ويبنون أمرهم[٦] على طلوع النجوم والمنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريّا أدّيت حقّك، فسمّيت الأوقات نجوماً، ثم أُطلق على المال المجعول عليه في ذلك الأجل، وهذا هو المراد هنا.

---

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٣٩.

(٢) في «ذ، د، خ، م»: السابقة.

(٣) في «د، و»: أو السبب.

(٤) انظر الهامش (١) في ص: ٤٢٨.

(٥) انظر النهاية لابن الأثير ١: ١٧.

(٦) في «ق»: أمورهم.

ويستحبّ للمولى مع العجز الصبر عليه .

والكتابة عقد لازم ، مطلقة كانت أو مشروطة . وقيل : إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد ، لأن له أن يعجّز نفسه . والأول أشبه .

ولا نسلّم أن للعبد أن يعجّز نفسه ، بل يجب عليه السعي ، ولو امتنع يجبر . وقال الشيخ رحمه الله : لا يجبر .

وفيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابة وجوب السعي ، فكان الأشبه الإجبار . لكن لو عجز كان للمولى الفسخ .

قوله : «ويستحبّ للمولى ..... الخ» .

لما فيه من إعانته على التخلّص من الرقّ ، وإنظار المعسر بالدَّين ، لأنه عليه بمنزلة الدَّين ، ولرواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو ردّ في الرقّ فعجز قبل أن يؤدّي شيئاً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : لا يردّه في الرقّ حتى يمضي له ثلاث سنين»[1] بحمله على الاستحباب . وغيره من الأخبار[2].

قوله : «والكتابة عقد لازم ..... الخ» .

اختلف الأصحاب في لزوم عقد الكتابة وجوازه على أقوال :

أحدها : أنها لازمة مطلقاً ، ذهب إليه المصنف وجملة[3] المتأخّرين ، لأنها

---

(١) الفقيه ٣ : ٧٣ ح ٢٥٧ ، التهذيب ٨ : ٢٦٧ ح ٩٧٣ ، الاستبصار ٤ : ٣٤ ح ١١٦ ، الوسائل ١٦ : ٨٨ ب « ٤» من أبواب المكاتبة ح ١٤ .

(٢) راجع الوسائل ١٦ : الباب المتقدّم ح ٩ و ١٣ ، وب « ٥» ح ٣ و ٤ .

(٣) في « ذ ، خ» : وجماعة ، راجع المختلف : ٦٤١ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٦ ، التنقيح الرائع ٣ : ٤٧٠ .

. . . . . .

عقد والأصل في العقود اللزوم ، لعموم قوله تعالى : ﴿أوفوا بالعقود﴾[١] ولا يتحقّق امتثال الأمر إلّا على تقدير اللزوم ، إذ الجائز لا يجب الوفاء به قطعاً .

وما قيل : من أن الأمر مختصّ بالعقود اللازمة ، للاجماع على أن مثل عقد الوديعة والعارية والوكالة لا يجب الوفاء به ، أو أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم أو جواز ، فلا تصلح الآية للاحتجاج في مواضع النزاع .

فيه : أن المأمور بالوفاء به عامّ ، لأنه جمع محلّى ، فيدلّ على وجوب الوفاء بالجميع ، وخروج الجائزة بدليل من خارج يبقي العامّ حجّة في الباقي ، وذلك لا يوجب القول بأن المراد من الآية ابتداءً العقود اللازمة .

وأما حمله على التزام حكمه من لزوم[٢] وجواز فهو خلاف الظاهر ، وإنما مقتضى الوفاء به الاستمرار عليه والعمل بموجبه ، وذلك يوجب السعي على المكاتب في وفاء مال الكتابة وأدائه إلى المولى حيث يمكن ، فليس له أن يعجّز نفسه اختياراً ، لأنه منافٍ للوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه .

وثانيها : أنها لازمة من طرف السيّد جائزة من طرف العبد مطلقاً . وهو قول الشيخ في الخلاف[٣] . واحتجّ عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه ردّه في الرقّ إذا كانت الكتابة مشروطة . ولا يخفى

---

(١) المائدة : ١ .

(٢) في «د ، ق ، ط» : لزومه وجوازه .

(٣) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦١ مسألة (١٧) .

. . . . . .

فساد الدليل وعدم إفضائه إلى المطلوب . وربما حمل قوله على أن المراد بالكتابة المشروطة بقرينة الدليل . وفي التحرير[١] ادّعى الاجماع على لزوم المطلقة . وهو مبنيّ على تخصيص قول الخلاف .

ويمكن الاحتجاج لجوازها[٢] في القسمين من طرف المكاتب بأن الحظّ في[٣] الكتابة للعبد فلا يتمكّن السيّد من إسقاط ما أثبته من الحقّ والحظّ ، وصاحب الحظّ بالخيار في حقّه . وهذا كما أن الرهن جائز من جهة المرتهن لازم من جهة الراهن . وبأن[٤] الكتابة تتضمّن تعليق العتق بصفة في العبد ، والتعليق يلزم من جهة المعلّق ، والعبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلّق عليها . وهذان الدليلان شاملان للمطلقة والمشروطة .

وثالثها : لزوم المطلقة من الطرفين والمشروطة من طرف المولى . وهو قول الشيخ في المبسوط ، فإنه بعد أن حكى خلاف قوم أنها لازمة من جهة المولى وجائزة من جهة العبد وآخرين أنها لازمة مطلقاً قال : «والذي يقتضيه مذهبنا أن الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين وليس لأحدهما فسخ ، وإن كانت مقيّدة فهي لازمة من جهة السيّد وجائزة من جهة العبد ، فإن عجز لم يجبر على الاكتساب»[٥] . وإلى هذا ذهب ابن إدريس[٦] أيضاً .

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٨٣ .

(٢) كذا في «د» ، وفي سائر النسخ : بجوازها .

(٣) في «ذ ، خ ، م» : من .

(٤) في «ص ، د ، ق ، ط» : ولأنّ .

(٥) المبسوط ٦ : ٩١ .

(٦) السرائر ٣ : ٢٩ .

. . . . . .

ووجهه : ما أشار إليه الشيخ في الخلاف[١] من جواز ردّه في الرقّ مع عجزه ، فدلّ على أن له تعجيز نفسه وإلّا لوجب عليه التكسّب ولم يجز ردّه .

ولا يخفى ضعفه ، فإن جواز ردّه في الرقّ مع عجزه لا يدلّ على جواز تعجيزه نفسه اختياراً ، وإنما يدلّ على أنه مع العجز حقيقة عن أداء ما عليه يجوز فسخها ، وهذا لانزاع فيه .

وبالجملة ، فالقول بلزومها يستلزم عدم جواز تعجيز نفسه ووجوب سعيه في وفاء دينه كغيره ، والقائل بجوازها يجوّزه ، فلا يجوز الاستدلال بالجواز على الجواز ولا باللزوم على اللزوم ، لأنه المتنازع .

ويتفرّع عليه إجباره مع الامتناع من السعي وعدمه ، فإن قلنا باللزوم أُجبر عليه كما يجبر على التكسّب اللائق بحاله في وفاء الدَّين ، وإن قلنا بالجواز لم يجبر . وقول المصنف في تعليل الإجبار : إن عقد الكتابة اقتضى وجوب السعي ، قريب من استدلال الشيخ على الجواز بجواز تعجيزه نفسه ، فإن الشيخ لا يسلّم اقتضاء عقد الكتابة لوجوب السعي ، وإنما يسلّمه من يقول بلزومه من طرف المكاتب ، فالاقتضاء وعدمه متفرّع على اللزوم والجواز ، لجواز التعجيز وعدمه ، وكأنّ المصنف ـ رحمه الله ـ أراد بذلك أن الأمر العامّ بالوفاء بالعقد أوجب السعي ، فأخذ المدلول وجعله دليلاً .

ورابعها : جواز المشروطة من الطرفين والمطلقة من طرف المكاتَب خاصّة . وهو قول ابن حمزة[٢] . وهو قول غريب لا شاهد له في الأخبار ولا

---

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦١ مسألة (١٧) .

(٢) الوسيلة : ٣٤٥ .

. . . . . .

الاعتبار ، ولا يؤثر عن أحد من أصحاب الأقوال ، مع مخالفته للأصل من لزوم العقد خصوصاً من طرف من لاحظّ له في العتق .

واعلم أن المراد بالجواز من طرف المكاتب خاصّة أنه لا يجب عليه السعي في مال الكتابة ولا أداؤه على تقدير وجوده معه ، بل له أن يعجّز نفسه ويمتنع من تحصيل صفة العتق ، فللمولى حينئذٍ أن يفسخ العقد وله أن يصبر . وليس المراد بجوازه ما هو المعهود في غيره من العقود من أن له فسخ العقد .

وللشيخ في المبسوط قول آخر[١] في تفسير الجواز وهو أنه لا يلزمه[٢] التكسّب له وإن قدر عليه ، لكن لو كان معه مال وجب عليه دفعه ، وأُجبر على أدائه مع الامتناع كمن عليه دين وهو موسر .

ومعنى لزومها من الطرفين أنه ليس لواحد منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمة ، ومع ذلك قد يجوز فسخها للمولى على تقدير عجز المكاتب عن الاكتساب أو قدرته وتركه له ، مع عدم إمكان إجباره عليه إلى أن حصل الحدّ المجوّز للفسخ كما مرّ[٣] .

---

(١) المبسوط ٦ : ٩١ .

(٢) في الحجريّتين : لا يلزم العبد .

(٣) في ص : ٤٢٥ ـ ٤٢٦ .

ولو اتّفقا على التقايل صحّ .

وكذا لو أبرأه من مال الكتابة . وينعتق بالإبراء .

ولا تبطل بموت المولى . وللوارث المطالبة بالمال ، وينعتق بالأداء إلى الوارث .

قوله : «ولو اتّفقا .... الخ» .

المراد أن هذا العقد قابل للتقايل ، لأنه عقد معاوضة من الجانبين وإن كان فيه شائبة العبادة بالعتق الذي لا يقبل التقايل ، فإن العتق إنما جاء في ضمن العقد وحصل بطريق المعاوضة كبيع القريب .

قوله : «وكذا لو أبرأه ..... الخ» .

الإبراء من مال الكتابة بمنزلة قبضه يوجب العتق . وعطف حكمه على حكم التقايل ليس بجيّد ، لأن التقايل يوجب انفساخ العقد والإبراء يوجب تماميّته بما هو بمنزلة أداء المال ، لكنّهما لمّا اشتركا في ارتفاع حكم الكتابة عطفه عليه لذلك .

قوله : «ولا تبطل ... الخ» .

من حكم العقد اللازم أن لا يبطل بموت المتعاقدين ، وذلك يتمّ في طرف موت المولى مطلقاً . وحينئذٍ فينتقل حقّ الكتابة من المال والتعجيز وما يترتّب عليه من الفسخ إلى الوارث ، فإن أدّى إليه المال عتق ، وإلّا كان حكمه كالمورّث[1] . وأما موت المكاتب فسيأتي حكمه بخلاف ذلك[2] .

---

(١) في «ذ ، خ ، م» : كالموروث .

(٢) في ص : ٤٥٨ .

ويعتبر في الموجب : البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، وجواز التصرّف .

وهل يعتبر الاسلام ؟ فيه تردّد ، والوجه عدم الاشتراط .

قوله : «ويعتبر في الموجب البلوغ ..... الخ» .

لا شبهة في اعتبار كماليّة المولى ، لأنه تصرّف مالي . وأما إسلامه ففي اعتباره قول مرتّب[1] على أنه عتق بعوض وأن العتق لا يقع من الكافر . والمقدّمتان ممنوعتان . وقد تقدّم[2] البحث فيهما .

ثم إن كان المكاتب كافراً أيضاً فلا كلام ، لأن يده تقرّ عليه بدون الكتابة . وإن كان مسلماً ففي صحّة كتابته له قولان ، من حيث إنه يجبر على نقله عن ملكه ، والكتابة كما عرفت لا توجب الانتقال التامّ عن الملك ، لأنها متردّدة بين الخروج عنه والبقاء وتمام الخروج موقوف على أداء المال ، ومن استلزامها رفع اليد في الجملة وتشبّث المكاتب بالحرّية ورفع الحجر عنه في كثير من الأعمال ، خصوصاً إذا جعلناها بيعاً ولازمة من جهة المولى .

وربما فرّق بين المطلقة والمشروطة ، فاكتفي بالأُولى دون الثانية ، لأنه لا يخرج في المشروطة عن الرقّية إلّا بأداء جميع المال ، وهو معرض للعجز اختياراً أو اضطراراً .

ويتفرّع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه كافراً فأسلم قبل الأداء ، وأولى بالاكتفاء هنا ، لأن الاستدامة أقوى من الابتداء . وعلى المنع من الاكتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك . والأقوى تساويهما حكماً . وعلى تقدير الاكتفاء بها

---

(١) في «ق ، خ ، م» : مترتّب .

(٢) في ص : ٤١٧ و ٢٨٥ .

فلو كاتب الذمّي مملوكه على خمر أو خنزير وتقابضا حكم عليهما بالتزام ذلك . ولو أسلما لم تبطل وإن لم يتقابضا، وكان عليه القيمة .

فعجز احتمل تسلّط المولى على الفسخ ـ فيباع عليه بعده ـ عملاً بمقتضى التعجيز، وعدم تخيّره هنا ، لاستلزامه تملّك المسلم اختياراً .

قوله : «فلو كاتب الذمّي .... الخ» .

إذا كاتب الذمّي عبده على خمر أو خنزير ثم أسلما ، فإن كان ذلك بعد قبض العوض وقع العتق ، ولا رجوع للسيّد على العبد بشيء ، لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به .

وإن ترافعا قبل القبض لم يحكم بفسادها . ولا سبيل إلى الرجوع بالعين ، لتحريمه في شرع الاسلام ، فيرجع إلى القيمة ، لأنها أقرب شيء إليه ، والمحرّم لم يفسد بل صحّ فيما بينهم ، ولهذا لو قبضه لم يجب له غيره ، وإنما تعذّر الحكم به شرعاً فوجب المصير إلى قيمته عند مستحلّيه ، كما جرى العقد على عين وتعذّر تسليمها.

وإن اتّفق ذلك بعد قبض البعض مضى في المقبوض ولزمه قيمة الباقي . وقد سبق[1] الكلام على نظيره في المهر وغيره وأن فيه قولاً بالسقوط ، لأنه رضي بالعوض المحرّم فيدام عليه حكم رضاه ، وقد تعذّر قبضه بالاسلام بالنسبة إلى المستحقّ عليه فسقطت المطالبة ، لكن لم ينقلوه هنا مع أنه وارد .

---

(١) في ج ٧ : ٣٨٧.

ويجوز لوليّ اليتيم أن يكاتب مملوكه ، مع اعتبار الغبطة للمولّى عليه . وفيه قول بالمنع .

ولو ارتدّ ثم كاتب لم يصحّ ، إما لزوال ملكه عنه ، أو لأنه لا يقرّ المسلم في ملكه .

قوله : «ويجوز لوليّ اليتيم....الخ» .

القول بالمنع للشيخ في المبسوط[١] ، استناداً إلى أن الكتابة شبيهة بالتبرّع من حيث إنها معاملة على ماله بماله ، إذ المال المكتسب تابع للمملوك .

والأظهر الصحّة مع الغبطة ، وهو قول الشيخ أيضاً في الخلاف[٢] ، لأن الوليّ موضوع لعمل مصالحه ، وقد لا يحصل المال بدون المكاتبة ، بل هو الغالب. وكسبه بعد العقد ليس مالاً محضاً للمولى ، وقبله ليس بموجود حتى تكون المعاملة عليه . ولصحيحة معاوية بن وهب قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّي كاتبت جارية لأيتام لنا واشترطت عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ وأنا في حلّ ممّا أخذت منك ، قال : فقال : لك شرطك»[٣].

وموضع الجواز ما إذا كان بيعه جائزاً لحاجة اليتيم إليه ونحوه ، وهو المعبّر عنه بالغبطة ، وإلّا لم يجز كما هو قاعدة بيع مال اليتيم .

قوله : «ولو ارتدّ ثم كاتب....الخ».

المرتدّ إن كان عن فطرة انتقل ملكه عنه ، ولم يقبل ملكاً متجدّداً ، فلا يتصوّر كتابته لعبد مسلم ولا كافر . وإليه أشار بالعلّة الأُولى . وإن كان عن ملّة

---

(١) المبسوط ٦ : ٩٥ .

(٢) الخلاف ٢ (طبعة كوشانپور) : ٦٦٣ ، مسألة (٢٢) .

(٣) الكافي ٦ : ١٨٥ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٢٦٥ ح ٩٦٨ ، الاستبصار ٤ : ٣٣ ح ١١٣ ، الوسائل ١٦ : ٨٥ ب «٤» من أبواب المكاتبة ح ١ .

ويعتبر في المملوك : البلوغ ، وكمال العقل ، لأنه ليس لأحدهما أهليّة القبول .

صار بحكم الكافر ، فيباع المسلم عليه قهراً ، ولا تقرّ يده عليه ، وإن بقي غيره من أملاكه . وإليه أشار بالعلّة الثانية . ويفهم من الحكم بعدم صحّة كتابة الملّي للمسلم أنه لا يكفي في نقل المسلم عن ملك الكافر الكتابة وإلّا لصحّت كتابته في موضع البيع . ولو كان المملوك كافراً صحّت كتابته له ، لعدم المانع منه . وفي التعليل بعدم قرار يده[١] على المسلم إيماء إليه .

قوله : «ويعتبر في المملوك....الخ».

قيل على التعليل : إنه لا يلزم من عدم أهليّتهما للقبول عدم صحّة كتابتهما مطلقاً ، لأن للسيّد عليهما ولاية فله القبول عنهما ، خصوصاً مع المصلحة لهما فيها .

وأُجيب : بأن الله تعالى قال : ﴿والّذين يبتغون الكتاب﴾[٢] والصبيّ والمجنون لا ابتغاء لهما . ولأن مقتضى الكتابة وجوب السعي ولا يجب عليهما شيء .

وفيه نظر ، لأن الابتغاء شرط في الأمر بالكتابة فلا يلزم منه المنع منها مع عدم الأمر وعدم الابتغاء . واقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع النزاع ، وقد تقدّم[٣] . سلّمنا ، لكن الوجوب مشروط بالتكليف ، فجاز الحكم بعدم[٤] وجوبه

---

(١) كذا في الحجريّتين ، وفي النسخ الخطّية : يد المسلم عليه .

(٢) النور : ٣٣ .

(٣) انظر ص : ٤٣٥ .

(٤) في «ص ، ط ، د» : لعدم .

وفي كتابة الكافر تردّد أظهره المنع ، لقوله تعالى : ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[١].

على غير المكلّف لذلك ، إذ الدليل على وجوبها[٢] ليس منافياً لذلك . وربما قيل إنه إجماع فيكون هو الحجّة .

قوله : «وفي كتابة الكافر.....الخ».

المسألة مبنيّة على أن الخير المجعول شرطاً في الكتابة هو الدّين ، أو هو والمال ، أو المال خاصّة . فعلى الأوّلين لا تصحّ كتابة الكافر ، لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروط . وعلى الثالث يصحّ ، لوجود الشرط . ويعلم من اختيار المصنف المنع وتعليله بالآية اختيار إرادة أحد [القولين][٣] الأوّلين ، بل الظاهر الثاني ، لوروده في الخبر الصحيح كما سلف[٤].

ولمانع أن يمنع من دلالة الآية على المنع على جميع التقادير ، لأن الشرط المذكور إنما وقع للأمر بها الدالّ على الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن فيها ، ولا يلزم من توقّف الأمر بها على شرط توقّف إباحتها عليه ، والدليل على تسويغ عقد الكتابة غير منحصر في الآية .

وأما الاستدلال بقوله تعالى : ﴿وآتوهم من مال الله الّذي آتاكم﴾[٥] والكافر لا يستحقّ الزكاة ولا الصلة ، لأنها موادّة له منهيّ عنها بقوله تعالى : ﴿لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حادّ الله ورسوله﴾[٦].

---

(١) النور : ٣٣.

(٢) في إحدى الحجريّتين : وجوبه .

(٣) من الحجريّتين فقط .

(٤) في ص : ٤١٥ ، هامش (٣) .

(٥) النور : ٣٣.

(٦) المجادلة : ٢٢ .

وأما الأجل : ففي اشتراطه خلاف ، فمن الأصحاب من أجاز الكتابة حالّة ومؤجّلة .

ومنهم من اشترط الأجل ، وهو أشبه ، لأن ما في يد المملوك لسيّده فلا تصحّ المعاملة عليه ، وما ليس في ملكه يتوقّع حصوله فيتعيّن ضرب الأجل .

ففيه : أن الإيتاء من الواجب مشروط بعجزه المقتضي لاستحقاقه له ، فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه ، فكما يمنع ويخصّ بالمحتاج لدليل جاز أن يخصّ بالمسلم كذلك للدليل الدالّ على عدم جواز دفع الزكاة إلى الكافر . وأما استلزام إعانته الموادّة مطلقاً فممنوع ، وقد حقّقناه في باب الوقف والصدقة[١] ، ومن ثم قيل بجواز كتابته كما يجوز عتقه . ولأنها معاوضة يغلب فيها جانب الماليّة فلا يمنع[٢] بين[٣] المسلم والكافر .

قوله : «وأما الأجل.....الخ».

هذه المسألة تقدّمت[٤] ، وإنما أعادها ليرتّب عليها فروع الأجل التي بعده .

قوله : «ومنهم من اشترط....الخ» .

توجيه الدليل : أن المعاملة إن وقعت على ما في يد العبد من المال فهو للمولى لا تصحّ المعاملة عليه له ، وإن وقعت على غيره فهو متوقّع الحصول فلا بدّ من ضرب أجل له لئلّا تتطرّق الجهالة ويفضي إلى التكليف بغير المقدور .

وفيه نظر ، لأنّا إن قلنا بجواز ملكه أمكن على المعيّن ، وإن لم نقل لم يلزم

---

(١) في ج ٥ : ٣٣٢ .

(٢) في الحجريّتين : تمنع .

(٣) في «خ ، و ، م» : من .

(٤) في ص : ٤٢٠ .

ويكفي أجل واحد . ولا حدّ في الكثرة إذا كانت معلومة .

من العجز عن العوض في الحال بطلان معاملته حالّاً كما في معاملة المعسر كذلك. والجهالة ممنوعة ، لإمكان حصول المال في كلّ وقت يتعقّب العقد ولو بالاقتراض ونحوه . وقد أشرنا إلى ذلك فيما سلف[١] .

قوله : «ويكفي أجل واحد ....».

الاكتفاء بأجل واحد على تقدير اشتراط تأجيلها مذهب الأصحاب وكثير من العامّة[٢] ، للأصل ، وعموم قوله تعالى : ﴿فكاتبوهم﴾[٣] .

وخالف فيه بعضهم[٤] فاشترط كونه نجمين فصاعداً ، لأنه المأثور عن الصحابة فمن بعدهم عملاً وقولاً، حتى نقل عن بعضهم[٥] أنه غضب على مملوك له فقال : لأُعاقبنّك ولأُكاتبنّك على نجمين ، مشعراً بأنه غاية التضييق، ولما تقدّم[٦] من أن الكتابة مأخوذة من ضمّ النجوم بعضها إلى بعض ، وأقلّ ما يحصل به الضمّ نجمان ، والمعنى فيه أن الكتابة عقد إرفاق ومن تتمّته[٧] التنجيم .

وجوابه : أن ذلك كلّه لا يفيد الحصر ، ولا حجّة في العمل بدون الاجماع وهو غير واقع ، بل الواقع الخلاف في المسألة قديماً وحديثاً . واشتقاق الكتابة جاز بناؤه على الغالب أو من الكتابة الخطّية كما تقدّم[٨] في تعريفها . والأصل

---

(١) في ص : ٤٢١ .

(٢) راجع المغني لابن قدامة ١٢ : ٣٤٧ ـ ٣٤٩، الكافي في فقه أحمد ٣ : ٤٢٠ ـ ٤٢١ .

(٣) النور : ٣٣ .

(٤) راجع الحاوي الكبير ١٨ : ١٤٩ .

(٥) انظر تلخيص الحبير ٤ : ٢١٦ ذيل ح ٢١٥٧ .

(٦ و ٨) في ص : ٤١٣ ـ ٤١٤ .

(٧) في «ط ، و» : تتميمه .

ولا بدّ أن يكون وقت الأداء معلوماً ، فلو قال : كاتبتك على أن تؤدّي إليّ كذا في سنة ، بمعنى أنها ظرف الأداء ، لم يصحّ .

وعموم النصّ[١] يدفع ذلك كلّه .

ودخل في تجويز الكثرة[٢] من غير وقوف بها على حدّ ـ بعد أن تكون معلومة ـ ما إذا جعلاه إلى مدّة لا يعيشان إليها غالباً ، فيصحّ ، للأصل ، وينتقل الحكم بعدهما إلى الوارث . وهو يتمّ في جانب المولى ، لأنها لا تبطل بموته ، أما جانب المكاتب فيشكل ببطلانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً ، وفي الباقي بالنسبة في المطلق ، فيكون اشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد . وقد أطلق الشهيد ـ رحمه الله ـ في بعض تحقيقاته جواز التأجيل كذلك مطلقاً ، وحكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت . ولا يخلو في جانب المكاتب من إشكال . وقد اختلفوا في جواز التأجيل في البيع كذلك ، واختار في التذكرة[٣] جوازه . وهو متّجه، لأنه لا مانع من انتقال الحقّ فيه إلى الوارث كما في فرض موت المولى هنا.

قوله : «ولا بدّ أن يكون....الخ» .

وجه البطلان : أن الأجل على هذا التقدير مجهول ، لأن «في» لا يقتضي إلّا الظرفيّة ، ولم يبيّن أنه يؤدّيها في دفعة واحدة أو دفعات ، ولا أنه يؤدّيه في أولها أو وسطها أو آخرها . وقال ابن الجنيد[٤] : يجوز ويتخيّر في دفعه في مجموع ذلك الوقت.

---

(١) انظر الوسائل : ١٦ : ٨٣ ب «١» و «٤» من أبواب المكاتبة .

(٢) في « ط ، ق ، و» : الكثير .

(٣) راجع التذكرة ١ : ٥٤٩ ، فقد أطلق جواز التأجيل بالكثير .

(٤) حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ٣ : ٥٧٨ .

ويجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف . وفي اعتبار اتّصال الأجل بالعقد تردّد .

ولو قال : كاتبتك على خدمة شهر وديناً بعد الشهر ، صحّ إذا كان الدينار معلوم الجنس ، ولا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر.

ولو مرض العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة ، لتعذّر العوض .

قوله : «ويجوز أن تتساوى النجوم....الخ».

منشأ التردّد : من أصالة الصحّة ووجود المقتضي لها من العقد المشتمل على الأجل والمال ، ومن أصالة بقاء الملك وعدم نقل مثله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1] . والأظهر الأول ، وهو اختيار الأكثر . وقد تقدّم[2] الخلاف في نظائره من الاجارة وغيرها.

قوله : «ولو قال : كاتبتك....الخ».

مرجع هذه الصورة إلى الجمع في العوض بين المال والخدمة . ثم إطلاق شهر الخدمة محمول على المتّصل بالعقد كنظائره ، وشرط كون الدينار بعده يقتضي تأجيله إلى نجم واحد . وهو صحيح عندنا ، وإنما يتوجّه عليه المنع عند من يشترط تعدّد النجوم .

قوله : «ولو مرض العبد....الخ».

هذا إذا كانت مشروطة أو جعل خدمة الشهر مجموع العوض ، أما لو كان قد جمع بينه وبين المال ـ كالصورة السابقة ـ وكانت مطلقة لم تبطل ، وروعي أداء

---

(١) المبسوط ٦ : ٧٤ ـ ٧٥.

(٢) لاحظ ج ٥ : ١٩٣ ـ ١٩٤، و ج ٧ : ٤٥٠ ـ ٤٥٢.

ولو قال : على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل : تبطل على القول باشتراط اتّصال المدّة بالعقد . وفيه التردّد .

ولو كاتبه ثم حبسه مدّة ، قيل : يجب أن يؤجّله مثل تلك المدّة ، وقيل : لا يجب بل يلزمه أجرته لمدّة احتباسه ، وهو أشبه .

وأما العوض :

فيعتبر فيه : أن يكون ديناً منجّماً ، معلوم القدر والوصف ، ممّا يصحّ تملّكه للمولى .

المال وعتق منه بنسبته . وإطلاق المصنف البطلان يقتضي أن يكون هذا مقطوعاً عن الفرض السابق وإلّا لم يتمّ الإطلاق .

قوله : «ولو قال : على خدمة.....الخ».

هذا من جملة أفراد المسائل المتفرّعة على اشتراط اتّصال الأجل بالعقد وعدمه فلا وجه لإفراده ، وإنما خصّه حملاً للسابق على المال بأن شرط عليه مائة درهم مثلاً يؤدّيها بعد شهر أوّله بعد هذا الشهر ، فذكر اشتراط الخدمة كذلك . وهكذا[١] صنع الشيخ في المبسوط[٢] وجماعة[٣] .

قوله : «ولو كاتبه....الخ».

القولان للشيخ في المبسوط[٤] . ووجه الأول : أن القدر الواجب من التأجيل الإمهال في تلك المدّة ، ولا قيمة له فيضمنه بمثله . ووجه الثاني : أن

---

(١) في «خ ، م» : وكذا منع .

(٢ و ٣) راجع المبسوط ٦ : ٧٤ ـ ٧٥ ، قواعد الأحكام ٢ : ١١٥ ، وفي الأخير ذكر المسألتين ولكن مع الحكم بالصحّة .

(٤) المبسوط ٦ : ١٣٢ .

فلا تصحّ الكتابة على عين ، ولا مع جهالة العوض ، بل يذكر في وصفه كلّ ما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع الجهالة . فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه في النسيئة ، وإن كان عرضاً وصفه كصفته في السلم .

المكاتب مضمون بالغصب كالقنّ فيضمن منافعه مدّة الحبس بالقيمة . وهذا أقوى .

قوله : «فلا تصحّ الكتابة....الخ».

إنما لم تصحّ الكتابة على العين لأنها إن كانت بيد المملوك فهي للمولى فلا يتحقّق[١] المعاوضة بها ، لأنها معاوضة على ماله بماله . والفرق بينها وبين الدَّين ـ مع اشتراكهما في هذا المعنى ـ : أن عقد الكتابة يخرج المملوك عن محض الرقيّة ويجعله قابلاً للملك ، فالكسب المتجدّد ليس للمولى وإن لم يصر إلى محض الحرّية[٢] ، فإنه واسطة بينهما كما سلف[٣].

وإن كانت العين لمالك خارج قد أذن في المعاوضة عليها لم يصحّ ، من حيث إن العوض شرطه أن يجعل المعوّض في مقابلته بحيث يجعل كلّ منهما[٤] بدلاً عن الآخر ليتحقّق المعاوضة من الجانبين ، ولا تتمّ هذه المقابلة والبدليّة إلّا مع ملك باذل كلّ من العوضين ما وقع بدله ، ولمّا لم ينتقل المكاتب إلى ملك صاحب العين لم تنتقل العين إلى ملك المولى ، لفقد الشرط . ومثله ما لو باعه عيناً بعين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري والثمن من غيره ، أو باعه بثمن

---

(١) في «خ ، م» : تصحّ .

(٢) كذا في هامش «ق ، و» بعنوان «ظاهراً» ، والظاهر أنه الصحيح ، وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين : الرقّية .

(٣) في ص : ٤١٤ .

(٤) في «خ ، م» : من العوضين .

ويجوز أن يكاتبه بأيّ ثمن شاء . ويكره أن يتجاوز قيمته .

وتجوز المكاتبة على منفعة ، كالخدمة والخياطة والبناء ، بعد وصفه بما يرفع الجهالة .

في ذمّة غيره .

وحيث كان العوض موصوفاً في الذمّة اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة في الجنس والوصف الذي يختلف القيمة باختلافه ، على الوجه المعتبر في السلم ونحوه من المعاوضات على ما في الذمّة ، نقداً كان أم عرضاً .

قوله : «ويجوز أن يكاتبه....الخ».

لمّا كانت الأدلّة على جواز الكتابة عامّة أو مطلقة من غير تقييد بقدر من العوض جازت على القليل والكثير ، ولأنها معاوضة ماليّة منوطة بالتراضي فلا يتقدّر بقدر ، وإن كان الأفضل أن لا يتجاوز القيمة بل إما أن يكون بقدرها أو أنقص . والمعتبر القيمة يوم المكاتبة .

قوله : « وتجوز المكاتبة ..... الخ » .

كما يجوز المكاتبة على مال في الذمّة متجدّد يجوز على الخدمة كذلك ، لاشتراكهما في المعنى ، فإن ما يكتسبه المملوك من المال عوض المنفعة التي يبذلها في مقابلته ، فالمقتضي للصحّة فيهما واحد .

وتوهّم الفرق بينهما ، والقدح في جعل الخدمة عوضاً للكتابة ، من حيث إن المنفعة ملك للمولى فلا يعاوض على ماله بماله ، بخلاف المال المتجدّد ، فإنه ليس بموجود ولا داخل تحت قدرته ، بخلاف الخدمة ، فإنها مقدورة له فكانت كالعين الحاضرة ، ومن ثم جاز عتقه منجّزاً بشرط خدمة معيّنة بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه .

وإذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة ، أو غير ذلك من عقود المعاوضات ، في عقد واحد صحّ ، ويكون مكاتبته بحصّة ثمنه من البذل .

مندفع بما أسلفناه من أن عقد الكتابة يخرج المملوك عن ملك المولى محضاً وإن كان انتقالاً متزلزلاً ، ومن ثم سقطت عنه نفقته وفطرته ولم يكن له استخدامه وغير ذلك من توابع الملك ، فكانت منفعته وما يتجدّد من كسبه تابعة له في الانتقال عن ملكه ، ويجوز جعله عوضاً عن فكّ رقبته . ولمّا كان العتق المنجّز يقتضي ملك المعتَق منافع نفسه أيضاً وكسبه اعتبر رضاه في اشتراط المال دون الخدمة ، لأنها تصير كالمستثناة ممّا يخرجه عن ملكه بالتحرير المتبرَّع به ، وهذا لايلزم منه بطلان جعل الخدمة عوضاً في الكتابة الواقعة برضا المكاتب ، مضافاً إلى عموم الأدلّة .

قوله : « وإذا جمع بين كتابة .... الخ » .

قد تقدّم في البيع[١] والنكاح[٢] جواز الجمع بين عقود متعدّدة صفقة واحدة بعوض واحد ، لأن المعتبر العلم بمجموع العوض والمعوّض ولا يعتبر العلم بما يخصّ الأجزاء ، وإن كان ممّا يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه ، كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان أو بطلان بعض الصفقة ، فيكتفى حينئذٍ بمعرفة ما يخصّ كلّ واحد بالحساب ونسبة بعضها إلى بعض ، وهذا من ذلك القبيل .

فإذا قال للعبد : كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائة إلى شهر مثلاً ، أو كاتبتك

---

(١) في ج ٣ : ٢٨٠ .

(٢) في ج ٨ : ٢٧٧ .

وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً ، سواء اتّفقت حصصهما أو اختلفت ، تساوى العوضان أو اختلفا . ولايجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون صاحبه . ولو دفع شيئاً كان لهما . ولو أذن أحدهما لصاحبه جاز .

وآجرتك الدار بكذا ، أو جمع بين الثلاثة ، فقال : قبلت الكتابة والبيع، أو قبلتهما جميعاً ، أو الجميع ، صحّ ، فإذا أدّى المال المعيّن عتق واستقرّ ملكه للمبيع واستيجاره الدار وغير ذلك . فإن احتيج إلى معرفة ما يخصّه من مال الكتابة ـ بأن ظهر المبيع مستحقّاً ولم يجز المالك ـ وزّع العوض على قيمة المملوك حين المكاتبة وعلى قيمة المبيع وأجرة مثل الدار تلك المدّة وسقط من العوض ما قابل الفاسد .

وقد يتطرّق احتمال البطلان في الصفقة المجتمعة كذلك ، من حيث إنها بمنزلة عقود متعدّدة فيعتبر العلم بعوض كلّ واحد منفرداً ، خصوصاً مع اختلاف أحكامها كالبيع والكتابة والاجارة . وتزيد الكتابة شبهة أُخرى وهي : أن المكاتب لايستقلّ بالتصرّف إلى أن يتمّ عقد الكتابة ، فقد وقع البيع والاجارة قبل ملكه للتصرّف ، فوقعا باطلين .

وجوابه : منع كون الصفقة المجتمعة كعقود متعدّدة بل هي عقد واحد ، كما لو باعه ثوبين بثمن واحد ، بل ثوباً واحداً ، فإن احتمال تبعّض الصفقة آتٍ ، وهو غير قادح إجماعاً. واختلاف الأحكام لايقدح في الجمع ، لأنه يلزم كلّ واحد حكمه ، وإنما الفائدة جمع الكلّ في صيغة واحدة . وأما شبهة الاستقلال فمندفعة برضا المولى بذلك ، فإن الحجر إنما كان لحقّه .

قوله : « وكذا يجوز .... الخ » .

إذا كاتبا العبد المشترك معاً ، أو وكّلا رجلاً فكاتب جميعه ، أو وكّل

. . . . . .

أحدهما الآخر فكاتبه ، صحّت الكتابة ، سواء اتّفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً أم لا ، وسواء شرطا حصّة كلّ واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد ، أم شرطا تفاوتاً في النجوم مع التساوي أو بالعكس ، أم أطلقا ، عملاً بالعموم[١] ، وتسلّط كلّ واحد من الشركاء على مكاتبة حصّته بما شاء منفرداً فكذا مع الاجتماع .

وخالف فى ذلك بعضهم[٢] فمنع من اختلافهما في القدر مع تساويهما في الملك ، حذراً من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة ـ مثلاً ـ وإلى الآخر مائتين ثم ارتفعت الكتابة بالعجز ، فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين ، ويكون الثاني قد انتفع بها مدّة بقائها في يده من غير استحقاق .

وجوابه : أن الاستحقاق طارٍ من حين الفسخ وقبله كان ملكاً للقابض متزلزلاً ، فلم يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرّف فيه .

وأما عدم جواز دفعه إلى أحدهما بدون إذن صاحبه وكون ما دفعه لهما ففرع[٣] من فروع الدَّين المشترك ، وقد تقدّم[٤] الكلام فيه في بابه . وقال ابن الجنيد[٥] وابن البرّاج[٦] : يجوز أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر مالم يشترطا عليه أن يكون أداء الكتابة لهما جيمعاً ، لأن لمن عليه الحقّ التخيير في جهة

---

(١) النور : ٣٣ .

(٢) انظر الحاوي الكبير ١٨ : ٢٠٣ ، المغني لابن قدامة ١٢ : ٤٠٩ .

(٣) كذا في « و ، خ » وفي سائر النسخ والحجريّتين : فرع .

(٤) في ج ٤ : ٣٣٤ ـ ٣٣٨ .

(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف : ٦٤٦ .

(٦) المهذّب ٢ : ٣٨٢ .

ولو كاتب ثلاثة في عقد واحد صحّ ، وكان كلّ واحد منهم مكاتَباً بحصّة ثمنه من المسمّى ، وتعتبر القيمة وقت العقد . وأيّهم أدّى حصّته عتق، ولايتوقّف على أداء حصّة غيره . وأيّهم عجز رقّ دون غيره . ولو اشترط كفالة كلّ واحد منهم صاحبه ، وضمان ما عليه ، كان الشرط والكتابة صحيحين .

القضاء وتعيين ما شاء فيه من أمواله ، فإذا دفع إلى أحدهما حقّه فقد اختار دفع ما يستحقّه المدفوع إليه في المدفوع واختار منع الآخر منه فلا شركة فيه ، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله . هذا كلّه إذا اتّحد العقد ، أما لو تعدّد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن الجنيد .

واعلم أن الكتابة تكون بالنسبة إلى المولِيين متعدّدة وإن اتّحد العقد ، فإذا أدّى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعتق ، لكن بدون إذنه لا يتحقّق العتق في أحد النصيبين . ولو عجز فعجّزه أحدهما وصبر الآخر صحّ كما لو تعدّد .

قوله : « ولو كاتب .... الخ » .

إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة فقال : كاتبتكم على ألف إلى نجوم معيّنة فإذا أدّيتم فأنتم أحرار ، فقبلوا ، صحّت الكتابة عندنا ، ووزّع المال على قيمتهم . فلو كانت قيمة أحدهم مائة ، والثاني مائتين ، والثالث ثلاثمائة ، فعلى الأول سدس المسمّى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه . والاعتبار بالقيمة يوم المكاتبة ، لأن سلطنة السيّد تزول يومئذٍ . وقال بعض العامّة[1] : يوزّع على عدد الرؤوس . وقد تقدّم[2] مثله في عوض الخلع والصداق المتعدّد .

---

(١) انظر المغني لابن قدامة ١٢ : ٤٧٧ .

(٢) في ج ٨ : ١٧١ ، وج ٩ : ٤٠٢ .

. . . . . .

ثم كلّ واحد من العبيد يؤدّي ما عليه إما على التفاضل أو على التساوي ، وإذا أدّى ما عليه عتق ولم يتوقّف عتقه على أداء غيره على الأظهر . وإن مات أحدهم أو عجز فهو رقيق ، وغيره يعتق بأداء ما عليه ، ولا ينظر إلى أن السيّد علّق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال : فإذا أدّيتم فأنتم أحرار ، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة ، ولذلك إذا أبرأ السيّد المكاتب عتق وإذا مات لم تبطل الكتابة ، بخلاف العتق المعلّق . وقيل : لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه ، وإنما يعتقون معاً إذا أدّوا جميع المال . ووجهه قد علم ممّا قرّرناه .

وقال ابن البرّاج : « إذا كاتب إنسان عبدين كتابة واحدة فمات أحدهما قيل للثاني : إما أن تختار أن تؤدّي باقي الكتابة عنك وعن صاحبك ، وإما أن تكاتب عن نفسك كتابة جديدة ، فأيّهما اختار كان له ذلك . وإن كان المتروك مالاً فيه وفاء بقسطه من الكتابة أخذه السيّد من الكتابة ، وكان على الثاني ما بقي من قسطه منها . وكذلك إذا ارتدّ أحدهما ولحق بدار الحرب . وإن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابة فإن السيّد يأخذ من ذلك جميع الكتابة ويعتقان معاً ، ويرجع ورثته على الحيّ بحصّته ، وبقيّة ذلك ميراث لهم »[1].

وهذا يدلّ على توقّف عتق كلّ منهما على أداء المال وزيادة أحكام أُخر نادرة . وسيأتي[2] إن شاء اللّه تعالى أن موت المكاتب يبطل الكتابة ، سواء كانت مشروطة أم مطلقة ولم يؤدّ شيئاً من المال . وحينئذٍ فيسقط قدر نصيبه من مال الكتابة ، ولا ينحصر المال في أحدهما ، لأنه عوض بينهما[3]

---

(١) المهذّب ٢ : ٣٨١ ـ ٣٨٢ .

(٢) في ص : ٤٥٨ .

(٣) في « خ » : عنهما ، وفي الحجريّتين : عتقهما .

. . . . . .

معاً فيقسّط عليهما كالبيع ، وإنما يؤدّي الحيّ قدر نصيبه من مال الكتابة ويعتق .

إذا تقرّر ذلك ، فلو شرط عليهم كفالة كلّ منهم لصاحبه في عقد الكتابة صحّ على الأصحّ ، للأصل ، وعموم : «المؤمنون عند شروطهم»[١] . فيلزم كلّاً منهم حكم الكفالة من وجوب إحضار الغريم عند الحلول وأداء ما عليه إلى آخر ما فصّل .

وقيل : لاتصحّ الكفالة بناءً على عدم لزوم مال الكتابة من جهة المكاتب ، والشرط كجزء من العوض فيتبعه في الجواز .

وكذا يجوز أن يضمن كلّ منهم ما في ذمّة الآخر . وحينئذٍ فيعتقون جميعاً ، لأن الضمان يحوّل ما في ذمّة كلّ منهم إلى الآخر فينزّل منزلة الأداء ، ويبقى المال ديناً في ذمّتهم لا على وجه المكاتبة . ولو ضمن أحدهم خاصّة تعلّق المال بذمّته وعتق المضمون . وقال في المختلف : « إذا رضي المولى بضمانهم كلّهم فهو كما لو لم يقع ضمان»[٢]. وهو غريب ، لما عرفت من ظهور الفرق . ولو جعلنا الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة تخيّر في الرجوع بالجميع على من شاء . وفي كلام الشيخ[٣] إشعار به ، وذكر في المسائل الحائريّات[٤] جواز ضمان اثنين مالاً واشتراط رجوعه على من شاء منهما ، وهو دليل على ذلك أيضاً ، وهو مذهب

---

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ ، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ، ح ٤.

(٢) المختلف: ٦٤٢.

(٣) انظر المبسوط ٦: ٨١.

(٤) المسائل الحائريّات (ضمن الرسائل العشر): ٣٠٤.

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

العامّة[١] ، لكن الأصحاب على خلافه .

قوله : « ولو دفع المكاتب ... الخ » .

لأنه دين مؤجّل فلا يجب قبوله قبل الأجل كغيره من الديون ، ويجوز أن يتعلّق بالتأخير غرض صحيح لايتمّ بدونه ، فيجب الوفاء له بشرطه ، للعموم[٢] .

ويؤيّده رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عن أبيه عليهما السلام : « أن مكاتباً أتى عليّاً عليه السلام وقال : إن سيّدي كاتبني وشرط عليّ نجوماً في كلّ سنة ، فجئته بالمال كلّه ضربة فسألته أن يأخذه كلّه ضربة ويجيز عتقي فأبى عليّ ، فدعاه عليّ عليه السلام فقال : صدق ، فقال له : مالك لا تأخذ المال وتمضي عتقه ؟ قال : ما آخذ إلا النجوم التي شرطت وأتعرّض من ذلك إلى ميراثه ، فقال عليّ عليه السلام : أنت أحقّ بشرطك »[٣] .

وأما صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في مكاتب ينقد نصف مكاتبته ويبقى عليه النصف فيدعو مواليه فيقول : خذوا ما بقي ضربة واحدة ، قال : « يأخذون ما بقي ويعتق »[٤] فمحمول على جواز الأخذ مع التراضي ولا دلالة فيه على لزومه ، ولو ظهر منه ذلك لزم تنزيله على ما ذكر

---

(١) انظر المغني لابن قدامة ١٢ : ٤٧٨ ، ولكنّه مذهب بعض العامّة لا جميعهم .

(٢) لاحظ الصفحة السابقة ، هامش (١) .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٧٣ ح ٩٩٨ ، الاستبصار ٤ : ٣٥ ح ١١٩ ، الوسائل ١٦ : ٩٨ ب «١٧» من أبواب المكاتبة ح ٢ .

(٤) الفقيه ٣ : ٧٦ ح ٢٧٢ وفيه : عن أبي الصبّاح ، التهذيب ٨ : ٢٧١ ح ٩٨٩ و ٩٩٠ ، الوسائل ١٦ : ٩٨ ب «١٧» من أبواب المكاتبة ح ١ .

ولو عجز المكاتب المطلق ، كان على الإمام أن يفكّه من سهم الرقاب .

والمكاتبة الفاسدة لايتعلّق بها حكم ، بل تقع لاغية .

حذراً من مخالفة غيره ومخالفة القواعد المقرّرة في نظائره .

وابن الجنيد[١] أوجب على المولى قبوله قبل الأجل في موضع واحد ، وهو ما إذا كان المكاتب مريضاً وأوصى بوصايا وأقرّ بديون وبذل لمولاه المال فليس له الامتناع ، لأن في امتناعه إبطال إقراره ووصيّته .

ولبعض[٢] العامّة قول بإجبار المولى على القبول حيث لاضرر عليه به ، لأن الأجل حقّ مَنْ عليه الدَّين فإذا أسقطه سقط . وهو ممنوع ، بل الحقّ مشترك بينهما .

قوله : « ولو عجز المكاتب المطلق .... الخ » .

جواز الدفع إلى المكاتب من الزكاة مشترك بين القسمين ، لكن وجوب الفكّ مختصّ بالمطلق من سهم الرقاب مع الإمكان ، فإن تعذّر كان كالمشروط يجوز فسخ كتابته واسترقاقه أو ما بقي منه إن كان قد أدّى شيئاً .

قوله : « والمكاتبة الفاسدة ... الخ » .

نبّه بذلك على خلاف بعض العامّة[٣] حيث قسّموا ما لا يصحّ من الكتابة إلى باطلة وفاسدة ، فالباطلة هي التي اختلّ بعض أركانها ، بأن كان السيّد صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة ، أو كان العبد كذلك ، أو لم يجر ذكر عوض ، أو ذكر ما لا يقصد ماليّته كالدم والحشرات ، أو اختلّت الصيغة . والفاسدة هي التي

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٤٥ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة : ٣٥٩ ـ ٣٦٠ ، روضة الطالبين ٨ : ٥٠٠ .

(٣) انظر الوجيز ٢ : ٢٨٥ ـ ٢٨٦ ، روضة الطالبين ٨ : ٤٨٣ .

وأما الأحكام : فتشتمل على مسائل .

الأُولى : إذا مات المكاتب ، وكان مشروطاً ، بطلت الكتابة ، وكان ما تركه لمولاه ، وأولاده رقّاً.

وإن لم يكن مشروطاً ، تحرّر منه بقدر ما أدّاه ، وكان الباقي رقّاً ، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من رقّ،ولورثتـه بقدر ما فيه من حرّية . ويؤدّي الوارث من نصيب الحرّية ما بقي من مال الكتابة . وإن لم يكن له مال ، سعى الأولاد فيما بقي على أبيهم ، ومع الأداء ينعتق الأولاد .

وهل للمولى إجبارهم على الأداء ؟ فيه تردّد . وفيه رواية أُخرى تقتضي أداء ما تخلّف من أصل التركة ، ويتحرّر الأولاد ، وما يبقى فلهم. والأول أشهر .

امتنعت صحّتها بشرط فاسد ، أو بفوات شرط في العوض ، بأن كـان خـمراً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم ينجّمه .

ثم جعلوا الكتابة الباطلة لاغية كما ذكرناه ، والفاسدة تساوي الصحيحة في ثلاثة أمور : أحدها : أنّه يحصل العتق بالأداء . والثاني : أنه يستقلّ بـالكسب ، ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه ، وكذا ولده من جـاريته . والثـالث : أنـه يستقلّ حتى يعامل السيّد ويسقط عنه نفقته . ويفارقها في أنها لاتلزم من جانب السيّد فله فسخها ، وتبطل بموت السيّد .

وبالجملة ، فالعتق عندهم يحصل من جهة التعليق لامن جهة الكتابة . وهذا كلّه عندنا لاغٍ، لأن الفاسد لايترتّب عليه أثر ، والإطلاق الشرعي محمول على الصحيح ، والأحكام مترتّبة عليه .

قوله : « إذا مات المكاتب .... الخ ».

إذا مات المكاتب قبل أداء جميع ما عليه بطلت الكـتابة، لأن مـوضوعها

. . . . . .

الرقّيـة وغايتهـا العتق فإذا مات فات الموضـوع وتعذّرت الغايـة التـي شـرع لها العقد.

ثم إن كان مشـروطاً بطلت مـن رأس وإن بـقـي عـليه شـيء يسـير، فيملك المولى ما قبض ويسترقّ أولاده التابعين له فيها، وعـليه مـؤونة تـجهيزه كالقنّ.

وإن كان مطلقاً ولم يؤدّ شيئاً فكذلك. وإن أدّى البعض تحرّر منه بحسابه وبطل بنسبة الباقي، وتحرّر من أولاده التابعين له بقدر حرّيته . وميراثه لوارثـه ومولاه بالنسبة أيضاً . ويستقرّ ملك وارث لم يتبعه على نصيبه من نصيب الحريّة ، ونصيب من تبعه يتعلّق به ما بقي من مال الكتابة . ولو لم يخلّف مالاً فعليهم أداء ما تخلّف ، ويعتقون بأدائه . وهل يجبرون على السعي فيه ؟ وجهان أصحّهما ذلك، كما يجبر من تحرّر بعضه على فكّ باقيه . ووجه العدم :بطلان المـعاملة وعـدم وقوعها معهم فلا يلزمهم أداؤها .

والرواية التي أشار إليها ـ المتضمّنة لأداء باقي مال الكتابة ممّا تركه مـن غير أن يقسّم بين المولى والوارث ، ويتحرّر الأولاد ، وما فضل منه فلهم ـ رواها جميل بن درّاج في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدّى بعض مكاتبته وله ابن من جارية وترك مالاً فقال : «إن كان اشترط عليه أنه إن عجز فهو رقّ رجع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يشترط عليه صار ابنه حرّاً، وردّ على المولى بقيّة مال الكـتابة، وورث ابـنه مـا بـقي»[1]. ومـثله روى أبـو

(١)الفـقيه ٣ : ٧٦ ح ٢٦٧ ، التـهذيب ٨ : ٢٧٢ ح ٩٩٢ ، الاسـتبصار ٤ : ٣٨ ح ١٢٦، الوسـائل ١٧ : ٤١١ ب «٢٣» مـن أبـواب مـوانـع الارث ح ٦، والمـنقول فـيه وفـي الفـقيه بـعض فِـقَر الرواية .

الصبّاح[١] والحلبي[٢] وابن سنان[٣] وغيرهم جميعاً في الصحيح بألفاظ مختلفة محصّلها هذا الحكم. وبمضمونها عمل ابن الجنيد[٤].

والأشهر بين الأصحاب هو الأول، وتشهد له صحيحة محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفّي وله مال، قال: يقسّم ماله على قدر ما أُعتق منه، وما لم يعتق يحسب منه لأربابه الّذين كاتبوه»[٥].

وصحيحة بريد العجلي عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم، ولم يشترط عليه حين كاتبه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرقّ، والمكاتب أدّى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثم مات المكاتب وترك مالاً وترك ابناً له مدركاً، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب، لأنه مات ونصفه حرّ ونصفه عبد، فإذا أدّى الذي كان كاتب أباه وبقي على أبيه فهو حرّ لاسبيل لأحد عليه من الناس»[٦].

(١ و ٢) الفقيه ٣: ٧٦ ح ٢٧٢، التهذيب ٨: ٢٧١ ح ٩٨٩ و ٩٩٠، الاستبصار ٤: ٣٩ ح ١٢٩ و ١٣٠، الوسائل ١٦: ٩٩ ب «١٩» من أبواب المكاتبة ح ٢.

(٣) الفقيه ٣: ٧٧ ح ٢٧٣، التهذيب ٨: ٢٧٢ ح ٩٩١، الاستبصار ٤: ٣٧ ح ١٢٥، الوسائل ١٦: ١٠٠ «١٩» من أبواب المكاتبة ح ٣.

(٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٦٤٠ ـ ٦٤١.

(٥) التهذيب ٨: ٢٧٤ ح ٩٩٩، الاستبصار ٤: ٣٧ ح ١٢٤، الوسائل ١٦: ٩٩ ب (١٩) من أبواب المكاتبة ح ١، وفي التهذيب والوسائل: عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٦) الكافي ٦: ١٨٦ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٧٦ ح ١٠٠٦، الاستبصار ٤: ٣٧ ح ١٢٣، الوسائل ١٦: ٩١ ب (٧) من أبواب المكاتبة ح ١. وفي المصادر: .... أدّى إلى الّذي .... ما بقي على ....

ولو أُوصي له بوصيّة ، صحّ له منها بقدر ما فيه من حرّية ، وبطل ما زاد .

وطريق الجمع بين هاتين وما تقدّم بحمل أدائه ما بقي من نصيبه لا من أصل المال ، وإرثه لما بقي إن كان في النصيب بقيّة . وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أنه متعيّن ، لمراعاة الجمع بين الأخبار الصحيحة . وفي التحرير[1] توقّف في الحكم . وله وجه ، لأن الأول أكثر ، بل الصحيح من الجانب[2] المشهور مختصّ برواية بريد ، وأما صحّة رواية محمد بن قيس فإضافيّة كما حقّقناه مراراً ، فتتعارض الكثرة والشهرة .

قوله : « ولو أُوصي له بوصيّة .... الخ » .

المشهور بين الأصحاب أن المكاتب المشروط لا تصحّ الوصيّة له مطلقا ، والمطلق يصحّ له منها بنسبة ما فيه من الحريّة .

والمستند رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب تحته حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة ، فقال أهل المرأة : لايجوز وصيّتها له لأنه مكاتب لم يعتق ولايرث ، فقضى أنه يرث بحساب ما أُعتق منه ويجوز له من الوصيّة بحساب ما أُعتق منه . وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأُوصي له بوصيّة فأجاز ربع الوصيّة . وقضى في رجل حرّ أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أُعتق منها . وقضى في وصيّة مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه يجاز من وصيّته بحساب

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٩١ ـ ٩٢ .

(٢) في الحجريّتين : جانب .

ولو وجب عليه حدّ ، أُقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحـرّية ، وبنسبة الرقّية من حدّ العبيد .

ما أُعتق منه»[١] .

وقيل : تصحّ الوصيّة له مطلقاً ، لأن قبولها نوع اكتساب ، وهو غير ممنوع منه . وفيه قوّة. والرواية ضعيفة باشتراك محمد بن قيس الذي يروي عن البـاقر عليه السلام بين الثقة وغيره، فتردّ لذلك .

هذا إذا كان الموصي غير المولى ، أما هو فتصحّ وصـيّته له مـطلقا بـغير إشكال ، ويعتق منه بقدر الوصيّة ، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع ، وإن زادت فالزائد له . ولافرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابة وأقلّ ، لأن الواجب الآن هو المال . ويحتمل اعتبار القيمة لو نقصت ، لأن ذلك حكم القنّ والمكاتب لايقصر عنه . وفيه : أنه خرج عن حكم القنّ بوجه، وصار مال الكتابة في ذمّته ، فكان اعتباره أولى .

قوله: « ولو وجب .... الخ » .

إذا وجب على المكاتب حدّ ، فإن لم يتحرّر منه شيء ـ بأن كان مطلقاً أو مشروطاً لم يؤدّ شيئاً ـ حُدّ حدّ العبيد وإن كان قد خرج منهم من وجه ، لأنه لم يصر حرّاً محضاً ، والحدّ مبنيّ على التخفيف ، فيرجّح فيه جانب الأقلّ . وإن كان قد تحرّر من المطلق شيء حدّ من حدّ الأحرار بنسبة ما فيه من الحريّة ومن حدّ العبيد بنسبة ما فيه من الرقيّة ، فإن انقسمت الأسواط على صحّة وإلا قبض من السوط بنسبة الجزء كما سيأتي[٢] إن شاء الله تعالى . وفي صحيحة الحلبي عن

---

(١) التّهذيب ٨: ٢٧٥ ح ١٠٠٠ ، الوسائل ١٦: ١٠١ ب (٢٠) من أبواب المكاتبة ح ٢ .

(٢) لم يتعرّض له في مسألة حدّ المملوك من كتاب الحدود ، راجع النظر الثاني من الباب =

ولو زنى المولى بمكاتبته ، سقط عنه من الحدّ بقدر ماله فيها من الرقّ ، وحدّ بالباقي .

أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب : «يجلد الحدّ بقدر ما أُعتق منه »[1] . والمراد بالحدّ هنا حدّ الأحرار ، وسكت عن الجزء الآخر لظهوره أو لأنه لايقصر عن الأقلّ فبيّن الأكثر .

ولو كان الذنب موجباً للحدّ على تقدير الحرّية دون الرقّية كالرجم انتفى رأساً وجلد . ومثله ما لو قذفه قاذف ، فإنه يجب عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّية ويسقط ما قابل الرقّية ، إذ لايجب الحدّ على قاذفه بل التعزير ، وهو لاينتصف بل يناط برأي الحاكم فيعزّره عن[2] جزء الرقّية بما يراه.

قوله : «ولو زنى المولى .....الخ» .

هذا إذا كان ممّا يقبل التجزئة كالجلد ، فلو لم يقبلها كالرجم سقط أيضاً ووجب الجلد . ويمكن أن يقال : إن الرجم هنا منتفٍ أصلاً ، لفقد شرطه وهو الإحصان المشروط بزنا الحرّ بالحرّة مع باقي الشرائط ، وكذا القول في السابقة ، فيجب الجلد ابتداءً لا لتعذّر تبعيض الرجم . وهذا أجود .

وخالف بعض العامّة[3] في حدّ المولى الواطىء للمكاتبة ، لمكان ماله فيها من الملك وإن كان ضعيفاً ، وأوجب التعزير .

= الأول في حدّ الزنا ، ولم نجده في غيره .

(١) الفقيه ٣ : ٢٩ ح ٨٦ ، التهذيب ٨ : ٢٧٦ ح ١٠٠٥ ، الوسائل ١٦ : ١٠٢ ب (٢٢) من أبواب المكاتبة ح ١ .

(٢) في «م» : على .

(٣) حلية العلماء ٦ : ٢١١ ، المغني لابن قدامة ١٢ : ٣٨٩ .

الثانية : ليس للمكاتب التصرّف في ماله ، ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض ، إلا بإذن مولاه .

لنا : أنه وطء محرّم بمن قد صارت أجنبيّة فيجب الحدّ ، ولا يجب كملاً لمافيها من الملك الموجب لانتفاء الحدّ وإن كان متزلزلاً فيجب بالنسبة . وروى الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : «سئل عن رجل كاتب أمة له فقالت الأمة : ما أدّيت من مكاتبتي فأنا به حرّة على حساب ذلك ، فقال لها : نعم ، فأدّت بعض مكاتبتها وجامعها مولاها بعد ذلك، فقال : إن كان استكرهها على ذلك ضرب من الحدّ بقدر ما أدّت من مكاتبتها ، ودرىء عنه من الحدّ بقدر ما بقي له من مكاتبتها ، وإن كانت تابعته كانت شريكته في الحدّ ضربت مثل ما يضرب »[1] .

ولو كانت مشروطة أو لم تؤدّ شيئاً فلا حدّ لكن يعزّر ، لتحريم وطيه لها مطلقاً .

قوله : « ليس للمكاتب التصرّف .... الخ » .

المكاتب بقسميه ممنوع من :

التصرّف في ماله بما ينافي الاكتساب وما فيه خطر ، كالبيع بالعين وبالنسيئة مع عدم الرهن والضمين الموسر . وقيل : لايجوز مطلقاً ، لأن الرهن قد يتلف والضمين قد يعسر.

والهبة بغير شرط عوض يزيد عن العين . وفي المساوي وجه بالجواز ، إذ لاضرر فيه ، لكن بشرط قبض العوض قبل تقبيض العين ، لأنه لايجوز له البيع

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٦ ح ٤ ، الفقيه ٤ : ٣٢ ح ٩٥ وفيه : عن الرضا عليه السلام ، التهذيب ٨ : ٢٦٨ ح ٩٧٧ ، الاستبصار ٤ : ٣٦ ح ١٢١ ، الوسائل ١٦ : ٩٣ ب (٨) من أبواب المكاتبة .

. . . . . .

بدون القبض ففي الهبة أولى . ومن أطلق المنع من الهبة نظر إلى أن الهبة لايقتضي العوض وإن شرط إلا مع قبضه فيستلزم الخطر .

والعتق مطلقاً ، لأنه تبرّع محض . ومنه شراء من ينعتق عليه . وله قبول هبته مع عدم الضرر ، بأن يكون مكتسباً قدر مؤونته فصاعداً .

والإقراض مع عدم الغبطة ، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محلّ الأمن ، أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى ونحو ذلك ، فلا منع على الظاهر ، بل المصلحة فيه واضحة ، فهو من ضروب الاكتساب ، ولكن المصنف وغيره[1] أطلقوا المنع من هذه الأشياء ، ولابدّ من تقييدها بما ذكرناه.

وفي معنى تصرّفاته المنافية للاكتساب تبسّطه في الملابس والنفقة ، ولايكلّف التقتير المفرط ، بل يلزم الوسط اللائق بحاله عادة . هذا كلّه مع عدم إذن المولى ، أما لو أذن جاز ، لأن الحقّ لا يعدوهما .

---

(١) انظر إرشاد الأذهان ٢ : ٧٨ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٣٦ .

ولايجوز للمولى التصرّف في مال المكاتب ، إلا بما يتعلّق بالاستيفاء.

ولا يجوز له وطء المكاتبة بالملك ولا بالعقد . ولو طاوعت حدّت. ولايجوز له وطء أمة المكاتب . ولو وطىء لشبهة كان عليه المهر .

وكلّ ما يكتسبه المكاتب قبل الأداء وبعده فهو له ، لأن تسلّط المولى زال عنه بالكتابة .

ولا تتزوّج المكاتبة إلا بإذنه . ولو بادرت كان عقدها موقوفاً ، مشروطة كانت أو مطلقة . وكذلك ليس للمكاتب وطء أمة يبتاعها ، إلا بإذن مولاه ، ولو كانت كتابته مطلقة .

قوله: « ولايجوز .... الخ » .

قد تقدّم[1] أن المكاتب على مرتبة بين العتق والرقّ ، فليس له الاستقلال بالتصرّف مطلقا ، ولايبقى سلطنة المولى عليه وتسلّطه على ما بيده مطلقا . فبالنسبة إلى ماله ينقطع عنه تصرّف المولى ، لأن الغرض منها تحصيله وتحصينه لفكّ رقبته ، فكما أنه ليس للمكاتب صرفه في غير ذلك إلا في القدر الضروري كما مرّ ، كذلك ليس للمولى التصرّف فيه بغير الاستيفاء ، لا بمعنى أن يأخذه من المكاتب قهراً لأجل الاستيفاء ، لأن المكاتب كالمديون في تخيّره في جهة الوفاء، وتعيين الدَّين في أعيان ما بيده موكول إليه ، بل المراد تصرّفه فيه لأجل الاستيفاء في الجملة بحيث يصدر عن إذن المكاتب وتعيينه . وقد يجوز تسلّط

---

(١)في ص: ٤١٤.

. . . . . .

المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطاً وحلّ النجم فلم يؤدّه وكان بيده مال بقدره ، ولو زاد فالتعيين موكول إليه ، فإذا امتنع عيّن الحاكم كما في كلّ ممتنع .

ومن التصرّف الممنوع منه وطء المكاتبة بالعقد والملك ، لعدم صيرورتها حرّة تصلح للعقد، وخروجها بعقد المكاتبة عن محض الرقّ المسوّغ للوطء . فإن وطئها عالماً بالتحريم عزّر إن لم يتحرّر منها شيء ، وحدّ بنسبة الحرّية إن تبعّضت كما مرّ[1] . ولو طاوعته هي حدّت حدّ المملوك إن لم تتبعّض ، وإلا فبالنسبة . وإن أكرهها اختصّ بالحكم ، ولها مهر المثل . وفي تكرّره بتكرّره أوجه ثالثها : اشتراطه بتخلّل أدائه إليها بين الوطيين . ورابعها : تعدّده مع العلم بتعدّد الوطء ، ومع الشبهة المستمرّة مهر واحد . وإذا وجب المهر فلها أخذه في الحال ، فإن حلّ عليها نجم وهما من جنس واحد جاز إمساكه تهاتراً . وإن عجزت قبل أخذه سقط . وإن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبة به[2] . وما يكتسبه المكاتب بعد العقد له وإن حجر عليه فيه على بعض الوجوه ، لأن ذلك هو فائدة الكتابة ، إذ لولاه لتعذّر عليه الوفاء .

وممّا يحجر عليه فيه تزوّجه بغير إذن المولى ذكراً كان أم أنثى ، فإن بادرت بالعقد كان فضولاً[3] ، لأنها لم تملك نفسها على وجه تستقلّ به . وفي رواية أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « المكاتب لايجوز له عتق ولا هبة ولا

---

(١) في ص : ٤٦٣ .

(٢) في « ص ، ط ، م » وإحدى الحجريّتين : ... المطالبة به من نصيب ما يكتسبه ... ولم ترد الزيادة في « خ ، م » وشطب عليها في « ق ، و » ، وفيها : وما يكتسبه .

(٣) في « خ ، م » : فضوليّاً .

. . . . . .

نكاح ولا شهادة ولا حجّ حتى يؤدّي ما عليه »[١] .

وكذا لايجوز له وطء أمة يبتاعها إلا بإذن مولاه ، لأن ذلك تصرّف بغير الاكتساب ، وربما أنقص قيمتها ، ويترتّب عليها خطر الطَّلق ، ولضعف[٢] ملكه على تقدير الأمن من الحبل . ولافرق في ذلك بين المطلق والمشروط . ولو بادر ووطىء بغير إذنه فلا حدّ مع الشبهة ، وإلا عزّر ولا مهر ، لأن مهر جاريته لو ثبت كان له . فإن أولدها فالولد أنسب[٣] لشبهة الملك .

ثم لا يخلو : إما أن تأتي بالولد وهو مكاتب بعد فيكون ملكاً له ، لأنه ولد جاريته ، لكن لايملك بيعه لأنه ولده ، ولايعتق عليه لأن ملكه ليس بتامّ ، بل يتوقّف على عتقه ، فإن عتق عتق وإلا رقّ للسيّد ، وهذا معنى تبعيّة ولده له في الكتابة . وثبوت الاستيلاد للأمة موقوف أيضاً على حريّة الولد ، فإن عتق استقرّ الاستيلاد ، وإن عجز رقّت مع الولد . فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة ، لأن بالعجز تبيّن أنها علقت برقيق وأنه لا استيلاد . ويحتمل أن لا تصير مستولدة مطلقا ، لأن عتق الولد طارٍ على الاستيلاد ، فأشبهت الأمة الموطوءة بالنكاح ، وحقّ الحريّة للولد لم يثبت بالاستيلاد في الحال .

هذا إذا أتتت بالولد وهو مكاتب . أما إذا أتت به بعد العتق ، فإن كان لما دون ستّة أشهر من وقت العتق فكذلك ، لأن العلوق وقع في الرقّ . وإن كان لما

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٦ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٢٦٨ ح ٩٧٦ ، الوسائل ١٦ : ٩٠ ب (٦) من أبواب المكاتبة ح ٢ ، وفيه : عن أبي عبد الله عليه السلام .

(٢) في « خ ، م » والحجريّتين : المضعف .

(٣) كذا في « د » والحجريّتين ، وفي « م ، ط » : سبب ، وفي « خ » : بسبب ، وفي « و » : نسب ، وفي « ق » : تشبّث ، وفي « ص » : نسب .

الثالثة: كلّ ما يشترطه المولى على المكاتب ، في عقد الكتابة ، يكون لازماً ، مالم يكن مخالفاً للكتاب والسنّة .

زاد عن ستّة إلى أقصى الحمل احتمل أن تصير مستولدة له عملاً بالأصل ، وعدمه نظراً إلى الغالب . هذا إذا وطىء بعد الحريّة بحيث يمكن استناده إليه ، ترجيحاً لجانب الحرّية وأصالة عدم التقدّم .

وإن لم يطأها بعد الحرّية فالإشكال أقوى . ووجه الحكم به كونها فراشاً يلحق به الولد في الجملة قبل الحرّية وهو مستدام بعدها ، وإمكان العلوق بعد الحرّية قائم ، فيكتفى به لثبوت الاستيلاد ظاهراً ، وإن انتفى فيما بينه وبين اللّه تعالى . والأقوى ثبوت الاستيلاد في الأول على تقدير حرّيته ، فيسقط عنّا مؤونة هذا الاشكال .

قوله : « كلّ ما يشترطه .... الخ » .

عقد الكتابة قابل للشروط السائغة كنظائره من عقود المعاوضات ، لعموم : «المؤمنون عند شروطهم »[1] فيلزم الوفاء بما يشترطانه مالم يكن مخالفاً للمشروع. فلو شرط عليه عملاً مخصوصاً زمن الكتابة أو بعد العتق بالأداء أو الاكتساب على وجه معيّن أو في مكان معيّن ونحو ذلك صحّ . ولو شرط عليها الوطء وعدم التكسّب أو كون الولد المتجدّد رقّاً ونحو ذلك بطل الشرط . والأقوى تبعيّة العقد له كنظائره من الشروط الفاسدة في العقد الصحيح لولاها .

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص : ٤٥٥ ، هامش (١) .

الرابعة : لايدخل الحمل في كتابة أمّه ، لكن لو حملت بـمملوك بعد الكتابة كان [حكم] أولادها كحكمها ، ينعتق منهم بحسابها . ولو تزوّجت بحرّ ، كان أولادها أحراراً .

ولو حملت من مولاها ، لم تبطل الكتابة . فإن مات وعليها شيء من الكتابة تحرّرت من نصيب ولدها . وإن لم يكن لها ولد ، سعت في مال الكتابة للوارث .

قوله : « لايدخل الحمل ... الخ » .

إذا كانت المكاتبة حاملاً حال الكتابة وتيقّن ذلك ـ بأن ينفصل لما دون ستّة أشهر من يوم الكتابة ـ لم يدخل في كتابة أُمّه ـ كالولد المنفصل ـ وإن قصده ، لأن الصغير لايكاتب ، بخلاف مثله في التدبير ، فإن الصغير يقبل التدبير ، لأنه عتق متبرّع به يشترك فيه الصغير والكبير ، بخلاف المعاملة . ولبعض العامّة[1] قول أنه يدخل في الكتابة على وجه الاستتباع لا على جهة السراية ، كما يتبع الحامل في البيع . وهما ممنوعان .

وإن حدث الولد بعد الكتابة فلا يخلو : إما أن يكون من زنا ، أو من نكاح مملوك ، أو من حرّ ، أو من مولاها . فإن كان من حرّ فولدها أحرار لامدخل لهم في الكتابة . وإن كانوا من مملوك أو من زنا ثبت لهم حكم الكتابة ، بمعنى انعتاقهم بعتق الأم أو بالأداء أو بالإبراء، لأن الولد كسبها فيتوقّف أمره على رقّها وحرّيتها كسائر كسبها . وهذا هو المراد بكونهم بحكمها ، لا أنهم يصيرون مكاتبين إذا لم يجر معهم عقد ، وإنما المراد انعتاقهم بعتقها من جهة الكتابة ، حتى لو فسخت الكتابة ثم عتقت الأم لم ينعتق الولد .

---

(١) روضة الطالبين ٨: ٥٣٠ .

. . . . . .

وهل يثبت حقّ ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى ؟ وجهان ، من أنه تابع للأم وحقّها له ، ومن أنه من جملة كسبها فيكون لها . وتظهر الفائدة فيما لو قتله قاتل ، فعلى الأول تكون القيمة للمولى كما لو قتلت الأم ، وعلى الثاني تكون للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم .

أما كسب الولد وأرش الجناية عليه فيما دون النفس وأرش الوطء بالشبهة لو كان جارية ، فموقوف على عتقها فيكون له ، وإلا فللمولى ككسب الأم .

ولو عجزت الأم وأرادت الاستعانة بكسب ولدها الموقوف ففي إجابتها وجهان مبنيّان على أن الحقّ هل هو للمولى أو لها ؟ فعلى الثاني لا إشكال في جواز استعانتها به . وعلى الأول يحتمله أيضاً ، لأنها إذا رقّت رقّ الولد وأخذ المولى كسبه وإذا عتقت عتق وقد يفضل شيء من الكسب ففي إجابتها حظّ للولد، وعدمه، لأنه لاحقّ لها في كسبه ، لأن الكلام على تقديره .

وتظهر الفائدة أيضاً في نفقة الولد ، والوجه أنها فيكسبه ، وما فضل فهو الذي يوقف . فإن لم يكن له كسب أو لم يفِ بالنفقة ففيه وجهان ، أظهرهما أنها على المولى بناءً على أن حقّ الملك له وإن كان مراعى . والثاني أن ينفق عليه من بيت المال ، لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به . وفيه وجه ثالث أنه على الأم ، لأن كسبه قد تنتفع به فيكون نفقته عليها لتبعيّة النفقة للكسب .

وإن كان الولد من مولاها فالولد حرّ ، لأنها علقت به في ملكه ، وتصير مستولدة له . وهل عليه قيمة الولد ؟ يبنى على ما تقدّم من الوجهين ، فإن قلنا حقّ الملك فيه للسيّد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبة ، وإن قلنا الحقّ لها

الخامسة : المشروط رقّ ، وفطرته على مولاه . ولو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته .

فعليه القيمة ، وتستعين المكاتبة بها . فإن عجزت قبل الأخذ سقطت ، و إن عتقت أخذتها . وإن ولدت بعدما عجزت ورقّت فلا شيء لها . وكذا لو ولدت بعدما عتقت ، لأنه حين تعذّر تقويمه ليس بكسب مكاتبته[١] .

ثم لا ترتفع الكتابة باستيلادها ، بل هي مستولدة ومكاتبة . فإن عجزت ثم مات السيّد عتقت عن الاستيلاد ، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من النكاح أو الزنا يتبعونها ، والحادثون قبل الاستيلاد أرقّاء للسيّد . وإن مات السيّد قبل عجزها عتقت من نصيب ولدها ، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً وسعت في عوضه للوارث . وفي رواية عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام : « أن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قال في رجل وقع على مكاتبته فوطئها : إن عليه مهر مثلها ، فإن ولدت منه فهي على مكاتبتها ، وإن عجزت فردّت في الرقّ فهي من أمهات الأولاد»[٢] .

قوله : « المشروط رقّ .... الخ » .

المكاتب مطلقا قد خرج عن محض الرقّية ولم يصر إلى حالة الحرّية ، وهو مرتبة بينهما كما علم مراراً . ومن سقوط أحكام الرقّية عنه سقوط نفقته عن مولاه وتعلّقها بكسبه ، وقد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضاً ، لأنها تابعة للنفقة ، لكن قد أطلق جماعة[٣] من الأصحاب وجوب فطرة المشروط على

---

(١) في « ق ، خ ، م » : مكاتبه ، وفي « و » : مكاتبة .

(٢) التهذيب ٨ : ٢٧٧ ح ١٠٠٨، الوسائل ١٦ : ٩٦ ب(١٤) من أبواب المكاتبة ح ١.

(٣) النهاية : ٥٥٢ ، السرائر ٣ : ٢٩ ، قواعد الأحكام ٢ : ١٢٧ .

وإذا وجبت عليه كفّارة كفّر بالصوم . ولو كفّر بالعتق لم يجزه . وكذا لو كفّر بالإطعام . ولو كان المولى أذن له قيل : لم يجزه ، لأنه كفّر بما لم يجب عليه .

مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقّية ، مع أن عليّ بن جعفر روى عن أخيه عليه السلام قال : « سألته عن المكاتب هل عليه فطرة رمضان أو على من كاتبه ؟ فقال: الفطرة عليه »[1] ولم يفرّق بين القسمين .

وفي الدروس[2] اقتصر على نقل وجوب فطرة المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب ، ثم احتمل عدمه ، محتجّاً بأنها تابعة للنفقة . وابن البرّاج[3] صرّح بعدم وجوبها على المولى . ولابأس بهذا القول ، وإن كان الأشهر خلافه .

وأما المطلق فلا يجب فطرته على مولاه اتّفاقاً ، ولا على نفسه إلا أن يتحرّر منه شيء فيجب بنسبة الحرّية .

قوله : « وإذا وجبت ... الخ » .

التكفير بالعتق شرطه قبول الملك واليسار ، والثاني منتفٍ عنه ، وفي الأول ما قد عرفت ، لأن ملكه غير تام . والتكفير بالإطعام مشروط بالأمر الثاني .

ولو أذن له المولى في ذلك ففي الإجزاء وجهان ، من أن المنع كان حقّ المولى وقد زال بإذنه ، ومن أن التكفير بالأمرين غير واجب عليه فلا يجزي عن الواجب ، وإذن المولى لايقتضي الوجوب بل غايتها الجواز .

---

(١) مسائل عليّ بن جعفر : ١٣٧ ح ١٤٤ ، قرب الاسناد (الطبعة القديمة) : ١٢٠ ، الفقيه ٢ : ١١٧ ح ٥٠٢ ، التهذيب ٨ : ٢٧٧ ح ١٠٠٧ وأيضاً ٤ : ٣٣٢ ح ١٠٤٠ ، الوسائل ١٦ : ١٠٢ ب (٢٢) من المكاتبة ح ٢ .

(٢) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٥٣ .

(٣) راجع المهذّب ٢ : ٤٠١ ، فإن ظاهره ذلك ، وكلامه مجمل يحتمل وجهين .

السادسة : إذا ملك المملوك نصف نفسه ، كان كسبه بينه وبين مولاه. ولو طلب أحدهما المهاياة ، أُجبر الممتنع ، وقيل : لايجبر ، وهو أشبه .

ويمكن بناؤه على أن التبرّع على المعسر بالكفّارة التي ليست فرضه هل يجزي عنه أم لا ؟ فإن قلنا بإجزائها أجزأ هنا بطريق أولى ، وإلا فلا . وفي المختلف[١] ادّعى الاجماع على أن التبرّع عن المعسر بإذنه مجزىء فيجزي هنا . وهو الوجه . وفي المبسوط[٢] ادّعى الاجماع على عدم الإجزاء ، مع أنه في باب الكفّارة[٣] اختار الإجزاء ، وجعله الأظهر في روايات أصحابنا . ووافقه ابن إدريس[٤] على عدم الإجزاء . وإليه أشار المصنف بقوله : « قيل : لم يجزه » .

قوله : « إذا ملك المملوك .... الخ » .

وجه الإجبار : أن لكلّ منهما الانتفاع بنصيبه ، ولا يمكن الجمع بين الحقّين في وقت واحد ، فكانت المهاياة طريق الجمع بين الحقّين ، ووسيلة إلى قطع التنازع ، ولاضرر فيها . ويدلّ عليه ظاهر رواية عمّار بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام في مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه كيف تصنع الخادم؟ قال : «تخدم الثاني يوماً وتخدم نفسها يوماً»[٥] . ومن أن ذلك قسمة لغير معلوم التساوي فيتوقّف على التراضي . وهذا هو الأصحّ ، بل لايظهر كونها قسمة . والرواية مع قطع النظر عن سندها لاتدلّ على تعيين ذلك . وعلى القول بوجوب

---

(١) المختلف : ٦٧٠ .

(٢ و ٣) المبسوط ٦ : ١٢٣ و ٢١٧ .

(٤) السرائر ٣ : ٢٩ .

(٥) الفقيه ٣ : ٧٤ ح ٢٦٠ ، التهذيب ٨ : ٢٧٥ ح ١٠٠٣ ، الوسائل ١٦ : ١٠٠ ب (١٩) من أبواب المكاتبة ح ٤ .

السابعة :لو كاتب عبده ومات ، فأبرأه أحد الورّاث من نصيبه من مال الكتابة ، أو أعتق نصيبه ، صحّ ولايقوّم عليه الباقي .

الإجابة إلى المهاياة يكفي المهاياة اليوميّة ولايجب الأزيد .

قوله : « لو كاتب عبده ..... الخ » .

إذا كاتب عبداً ومات وخلّف ورثة قاموا مقامه في أنهم إذا أعتقوه أو أبرؤه عن النجوم عتق . وكذا لو استوفوا المال . ولو أبرأ أحدهم أو أعتق عتق نصيبه ، خلافاً لبعض العامّة[1] حيث قال : إنه لايعتق بالإبراء حتى يبرىء الآخر أو يستوفي نصيبه ، كما لو كان المورّث حيّاً وأبرأه عن بعض النجوم . وأُجيب بأنه هناك لم يبرئه عن جميع ماله ، فصار كما لو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم . والوجهان مطّردان في العتق .

ثم على تقدير انعتاقه لايسري عليه نصيب الآخر ، لانعقاد سبب حريّته بالكتابة ولزومها . ومثله مالو كاتب الشريكان العبد ثم أعتقه أحدهما ، أو كاتب أحدهما نصيبه ثم أعتق الآخر ، فإنه لايسري على الجزء المكاتب ، لما ذكر من سبق انعقاد سبب الحريّة للنصيب وقد يؤدّي ويعتق ، ولأن المكاتب قد يتضرّر به من حيث إنه ينقطع عنه الولد والكسب .

ويحتمل السراية في الجميع ، لوجود سبب العتق باختياره ، وكون المكاتب في حكم الرقّ بالنسبة إلى قبول العتق .

وعلى الأول إن أدّى وعتق خلص . وإن عجز فاسترقّ ففي السراية عليه بالعتق السابق وجهان ، من وجود السبب المقتضي له ، ومن سبق الحكم بعدم السراية فيستصحب ، ولأن الواقع بالاختيار هو الكتابة وهي

---

(١) روضة الطالبين ٨: ٤٩٢.

الثامنة : من كاتب عبده وجب [عليه] أن يعينه من زكـاته ، إن وجبت عليه . ولاحدّ له ، قلّة ولاكثرة . ويستحبّ التبرّع بـالعطيّة إن لم تجب .

لاتقتضي العتق بذاتها، ولهذا لو أعتقه بعد ذلك صحّ ، ولو عجز عاد رقّاً ، وإنـما حكم بعتقه بالأداء ولا اختيار للقابض فيه . وعلى هذا يفرّق بين الإبراء والقبض ، لأن الإبراء صدر باختياره وهو سبب العـتق ، فكـان بـاختيار السـبب مـختاراً للمسبَّب .

ويمكن بناء الحكم [فـيه][1] عـلى أن الكـتابة هـل هـي بـيع أو عـتق بـعوض؟ فـعلى الأول لايسـري ، لأن المـولى لم يـعتق ، وإنـما يـملك العـبد نفسه بالشراء وأداء العـوض فـيعتق. وعـلى الثـاني يـحتمل السـرايـة وعـدمها بتقريب ما سبق .

قوله : « من كاتب عبده .... الخ » .

الأصل في هذه المسألة قـوله تـعالى : ﴿**وآتـوهم مـن مـال اللّـه الذي آتيكم**﴾[2]. والمراد بالإيتاء أن يحطّ عنه شيئاً من النجوم ، أو يبذل شيئاً ويأخذه في النجوم . أما الثاني فظاهر، فإن البذل إيتاء وهو المأمور به في الآيـة . وأمـا الحطّ فقد روي عن السلف قولاً وفعلاً . وروى العلاء بن الفضيل عن أبي عبد اللّه عليه السلام في قول اللّه تعالى : ﴿**وآتوهم من مال اللّه الذي آتـيكم**﴾ قـال : « تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه منها ولا تزيد فوق مـا فـي نفسـك، فقلت : كم ؟ قال : وضع أبو جعفر عليه السـلام لمملـوك له ألفاً من سـتّة

---

(١) من « م » فقط .

(٢) النور : ٣٣.

. . . . . .

آلاف »[١]. والوجه في الثاني ـ وإن كان خلاف ظاهر الآية ـ أن المقصود إعانته ليعتق ، والإعانة في الحطّ محقّقة وفي البذل موهومة ، فإنه قد ينفق المال في جهة أُخرى . وبهذا يظهر أن الحطّ أولى من الإعطاء .

وقد اختلف في هذا الأمر هل هو للوجوب أو الندب ؟ وفي أن المراد بـ « مال اللّه » هو الزكاة الواجبة على المولى أم مطلق المال الذي بيده فإنه من عند الله ؟ وفي أن ضمير المأمور هل هو عائد على قوله قبله : « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » أو على المكلّفين مطلقاً ؟ فالشيخ في المبسوط[٢] وجماعة[٣] أوجبوا على السيّد إعانة المكاتب بالحطّ أو الإيتاء وإن لم تجب عليهم الزكاة ، ولا يجب على غيره . وهو مبنيّ على أن الأمر للوجوب ، وأن المال أعمّ من الزكاة ، وأن الخطاب متعلّق بالموالي .

وفي المختلف[٤] ذهب إلى الاستحباب مطلقاً ، وجعل « مال اللّه » أعمّ ، فلم يوجب عليه الإعانة من الزكاة ولا من غيرها .

والمصنف اختار وجوب الإعانة على المولى إن وجبت عليه الزكاة فيها ، والاستحباب إن لم يجب . أما الأول فلأن أداء الزكاة واجب ، ولاشيء من إعانة المديون في وفاء دينه بواجب للأصل ، فيختصّ هذا الأمر بما لو وجبت الزكاة ،

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٩ ح ١٧ ، الفقيه ٣ : ٧٣ ح ٢٥٦ ، التهذيب ٨ : ٢٧٠ ح ٩٨٢ ، الوسائل ١٦ : ٩٣ ب (٩) من أبواب المكاتبة ح ٢ .

(٢) راجع المبسوط ٦ : ٩٣ ـ ٩٤ ، فقد أطلق وجوب الإيتاء .

(٣) لم نظفر على من أوجب الإيتاء مطلقا غير الشيخ ، راجع إيضاح الفوائد ٣ : ٦٠١ ، التنقيح الرائع ٣ : ٤٧٨ .

(٤) انظر المختلف : ٦٤١ ـ ٦٤٢ .

ولأن المكاتب من أصناف المستحقّين ، فيكون الدفع إليه واجباً في الجملة . وأما الثاني فلأصالة عدم الوجوب ، مع ما فيه من التعاون على البرّ ، وإعانة المحتاجين ، وتخليص النفس من ذلّ الرقيّة وحقوقها .

والأقوى وجوب الإيتاء من الزكاة إن وجبت ، أو الحطّ عنه من مال الكتابة إن لم تجب ، واختصاص الحكم بالمولى ، عملاً بظاهر الأمر[١] المطلق المتعلّق بالمأمورين بالكتابة . ويتخيّر في الثاني بين أن يعطيه ، أو يحطّ عنه من النجوم شيئاً يطلق عليه اسم المال . ويجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لامن غيره ، عملاً بظاهر الآية[٢] ، فقد قيل : إن المراد به مال الكتابة . ولو حطّ عنه كان إبراءً لايعتبر فيه القبول على الأقوى . ولو اعتبرناه وجب كالجنس .

ولو عتق قبل الإيتاء ففي سقوط الوجوب قولان ، من فوات محلّه ، وتعلّق الخطاب بالمكاتبين وقد زال الوصف ، ومن كونه كالدَّين . واختاره في الدروس[٣] .

ولو دفع إليه من الزكاة وكان مشروطاً بعجزه ، ففي وجوب إخراج الزكاة لغيره ، أو ردّها إلى دافعها وجهان ، من تبيّن عدم الاستحقاق ، وكونه طارئاً على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلاً له ، وبراءة ذمّة الدافع حينئذٍ ، وعوده إلى المولى إحداث ملك لا إبطال لما سلف ، ومن ثمّ بقيت المعاملة السابقة بحالها وإن لم يرض بها المولى .

ويضعّف بمنع كونه إحداثاً ، بل إعادته في الرقّ يقتضي نقض جميع ما

---

١ و ٢) النور : ٣٣ .

٣) الدروس الشرعيّة ٢ : ٢٤٨ .

التاسعة : لو كان له مكاتبان ، فأدّى أحدهما و اشتبه ، صبر عليه لرجاء التذكّر . فإن مات المولى ، استخرج بالقرعة .

ولو ادّعيا على المولى العلم ، كان القول قوله مع يمينه ، ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب .

سبق، ومن ثمّ عاد كسبه وأولاده ملكاً له . وبقاء المعاملة بسبب الإذن الضمنيّة بها في عقد المكاتبة ، فإنها تستلزم الإذن في التصرّف بالمعاملة ونحوها .

والوجه وجوب صرفه على المستحقّين إن كانت منه ، وإلا أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه . نعم ، لو كان من المندوبة لم تجب الإعادة .

قوله : « لو كان له مكاتبان .... الخ » .

إذا كاتب اثنين في صفقة أو صفقتين ثم أقرّ بأنه استوفى نجوم أحدهما ، أو أنه أبرأ أحدهما عمّا عليه ، أُمر بالبيان ، فإن قال نسيته أُمر بالتذكّر ، ولا يقرع بينهما مادام حيّاً ، لأن الانسان قد يتذكّر ما نسي ويبين له ما اشتبه عليه ، وذلك أقرب إلى الحقّ من القرعة . ولو قيل بالقرعة مع اليأس من التذكّر أو طول الزمان جدّاً كان حسناً ، لتحقّق الاشتباه ، وهي لكلّ أمر مشتبه .

ولو ادّعيا العلم على المولى فالقول قوله في نفيه[1] ، لأن ذلك لا يعلم إلا من قبله . وإن بيّن أحدهما وادّعى التذكّر قبل قوله بغير يمين إن صدّقه الآخر أو سكت ، وإن كذّبه وقال : استوفيت منّي أو أبرأتني ، فله تحليفه أيضاً . ويحلف هنا على البتّ لدعواه التذكّر . فإن حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدّي . وإن نكل المولى حلف المكذّب وعتق أيضاً .

ولو نكل عن اليمين ـ المتوجّهة عليه قبل التذكّر ـ على نفي العلم حلف

---

(١) في « خ » تعيّنه ، وفي « م » : تعيينه ، وفي الحجريّتين : نفسه .

. . . . . .

مدّعي الدفع وعتق . فإن ادّعى كلّ منهما ذلك ففي تحليفهما معاً وعتقهما وجهان ، من أن ذلك هو مقتضى الدعوى ، ومن أن المعتَق أحدهما خاصّة فأحدهما كاذب في يمينه ، لكن هذا حكم على ما في نفس الأمر فلا يقدح فيما يثبت بظاهر الحكم .

ولو مات المولى قبل التذكّر تعيّنت القرعة ، لليأس منه ، ولكن لو ادّعى أحدهما أو هما على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورّث . وليس له أن يستوفي منهما ولا من أحدهما قبل القرعة وإن بذلا المال ، لأن أحدهما بريء فأخذ المالين ظلم . وكذا القول في المورّث. ولو بذلا مالاً آخر بقدر المتخلّف أو الأكثر على تقدير الاختلاف ففي انعتاقهما بذلك وجهان ، من وصول مال الكتابة إليه بأجمعه ، ومن أن شرطه أداء المكاتب وجاز في كلّ منهما أن يكون ما أدّى مال الكتابة . ويمكن أن يجعل بذلهما له ولو عيّن غير المؤدّي طريقاً إلى صحّة الأداء ، كما لو دفع المتبرّع . وهذا أجود .

واعلم أنه يظهر من قول المصنف : « ثم يقرع بينهما » بعد قوله : « ولو ادّعيا على المولى العلم كان القول قوله » أنه يقرع بينهما في حياة المولى ، وهو مخالف لقوله سابقاً : « صبر عليه لرجاء التذكّر » إلا أن يحمل على تصريحه بانتفاء الرجاء ، وهو بعيد ، ولا إشعار للّفظ به . وقد صرّح الشيخ[1] والجماعة[2] بعدم القرعة ما دام حيّاً ، لأن التذكّر مرجوّ . ويمكن أن يحمل المولى في قوله : «ولو ادّعيا على المولى » ما يشمل الوارث ، ويكون قوله : « ثم يقرع » مختصّاً

---

(١) المبسوط ٦ : ٩٦.

(٢) انظر المهذّب ٢ : ٣٧٨ ، قواعد الأحكام ٢ : ١١٨ ، تلخيص الخلاف ٣ : ٤٢٣ ، مسألة (٢٤).

العاشرة : يجوز بيع مال الكتابة ، فإن أدّى المكاتب مال الكتابة انعتق . وإن كان مشروطاً فعجز ، وفسخ المولى ، رجع رقّاً لمولاه .

بما بعد الموت مؤكّداً لقوله : « استخرج بالقرعة » . وعلى التقديرين فالعبارة ليست جيّدة .

قوله : « يجوز بيع مال الكتابة .... الخ » .

المشهور بين الأصحاب جواز بيع مال الكتابة ونقله بغير البيع من سائر وجوه النقل ، للأصل ، خلافاً للشيخ في المبسوط[١] حيث منع منه ، للنهي عن بيع مالم يقبض ، ولأن النجوم لم تستقرّ ، لجواز تعجيز نفسه إما مطلقا أو في المشروط . وهو مذهب جماعة[٢] من العامّة . ويضعّف بأن النهي تعلّق بما انتقل بالبيع لا بمطلق مالم يقبض ، حتى إن العامّة رووا[٣] ذلك عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم ، وإنما قاس من عدّاه منهم على البيع ، ولمّا كان القياس عندنا ممتنعاً اختصّ النهي بمورده . ونمنع جواز تعجيز نفسه مطلقا ، لما تقدّم[٤] من اختيار لزومها .

وإذا صحّ البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشتري ، فإن أدّاه إليه عتق كما

---

(١) المبسوط ٦ : ١٢٦ .

(٢) معالم السنن ٤ : ٦٤ ـ ٦٥ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٢ : ٩٩٧ ، المغني لابن قدامة : ١٢ : ٤٤٨ ، روضة الطالبين ٨ : ٥١٨ .

(٣) انظر صحيح البخاري ٣ : ٨٨ ، صحيح مسلم ٣ : ١١٥٩ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٧٤٩ ح ٢٢٢٦ و ٢٢٢٧ ، سنن الترمذي ٣ : ٥٨٦ ح ١٢٩١ ، سنن الدارقطني ٣ : ٨ ح ٢٥ ، سنن البيهقي ٥ : ٣١٢ .

(٤) في ص : ٤٣٢ .

. . . . . .

لو أدّاه إلى المولى . ولو لم يدفعه أجمع وكان مشروطاً فعجز وفسخ المولى[١] رجع رقّاً لمولاه . وهل يبطل البيع ؟ يحتمله ، لأن الفسخ يوجب رفع أثر الكتابة ، ومن ثمّ رجع ولده رقّاً وتبعه كسبه ، والعدم ، لمصادفة الملك حال البيع فلا يضرّه الفسخ الطارىء .

وعلى القول بعدم الصحّة لايجوز للمكاتب تسليم النجوم إلى المشتري ، ولا للمشتري مطالبته بها ، ويحصل العتق بدفعها إلى السيّد البائع .

وهل يحصل بتسليمها إلى المشتري ؟ قيل : نعم ، لأن السيّد سلّطه على القبض ، فهو كما لو وكّل بالقبض وكيلاً . وأصحّهما ـ وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٢] والأكثر ـ المنع ، لأنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده يضمنه ، بخلاف الوكيل ، فإنه يقبض للموكّل .

وفصّل[٣] ثالث فقال : إن قال بعد البيع : خذها منه ، أو قال للمكاتب : إدفعها إليه ، صار وكيلاً وحصل العتق بقبضه ، وإن اقتصر على البيع فلا ، لأنه فاسد فلا عبرة بما يتضمّنه .

وردّ بأنه وإن صرّح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا أنه يستنيبه .

والقولان الأولان للعلامة في التحرير[٤] في موضعين من الكتابة .

ثم إن قلنا بعدم عتقه فالسيّد يطالب المكاتب والمكاتب يستردّ ما دفع إلى المشتري . فإن سلّمه المشتري إلى البائع لم يصحّ ، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب ،

---

(١) في «خ ، م» : المالك ، وفي الحجريّتين : المال .

(٢) المبسوط ٦ : ١٢٦ .

(٣) أبداه احتمالاً في تحرير الأحكام ٢ : ٩٣ ، وانظر أيضاً الحاوي الكبير ١٨ : ٢٤٥ .

(٤) تحرير الأحكام ٢ : ٨٦ و ٩٣ .

ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ . ولايجوز بيع المطلق .

الحادية عشرة : إذا زوّج بنته من مكاتبه ثم مات ، فملكته ، انفسخ النكاح بينهما .

فأشبه مالو أخذه من ماله بغير إذنه . ويحتمل الصحّة ، نظراً إلى تعيين المكاتب إيّاه لمال الكتابة بالدفع ، وقد تقدّم[1] إطلاق جواز تصرّف المولى في مال المكاتب بما يتعلّق بالاستيفاء فهنا أولى . لكن لمّا كان الحقّ تقييد ذلك المطلق لم يصحّ هنا وإن عيّنه المكاتب ، لأن تعيينه مبنيّ على المعاوضة كتسليمه إلى المشتري .

قوله : «ويجوز بيع المشروط .... الخ» .

لا إشكال في جواز بيع المشروط بعد العجز ، لأن المولى يتسلّط على الفسخ فكان بيعه فسخاً ، كما لو باع ذو الخيار أو باع المدبّر أو الموصى به أو نحو ذلك ممّا اشتمل على العقد الجائز . ولو تقدّم الفسخ البيع فالصحّة أوضح .

وأما المطلق فقد أطلق المصنف والجماعة[2] عدم صحّة بيعه . ويجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدّاً يجوز للمولى فسخ كتابته ، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه ، كما يجوز فسخها حينئذٍ . وقد تقدّم[3] .

قوله : « إذا زوّج بنته ... الخ » .

لا فرق في ذلك بين المكاتب المشروط والمطلق ، لأن الكتابة لم تخرجه

---

(١) في ص : ٤٦٦ .

(٢) راجع الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦٦ مسألة (٣٤) ، الجامع للشرائع : ٤١١ ، تلخيص الخلاف ٣ : ٤٢٦ مسألة (٣٣) .

(٣) في ص : ٤٥٧ .

الثانية عشرة: إذا اختلف السيّد والمكاتب في مال الكتابة ، أو في المدّة ، أو في النجوم، فالقول قول السيّد مع يمينه. ولو قيل : القول قول منكر زيادة المال والمدّة، كان حسناً .

عن أصل الرقّية وإن أخرجته عنها على بعض الوجوه كما عرفته مراراً .

وخالف في ذلك ابن الجنيد فقال : « لو مات السيّد وابنته تحت المكاتب الذي شرط عليه الرقّ عند عجزه منع من الوطي ، وإن أدّى كانا على النكاح ، لأنها لم ترث من رقّيته شيئاً ، وإن عجز بطل النكاح ، فإن كان ممّن يعتق بما أدّى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابة »[١] . هذا كلامه . وما اختاره المصنف مذهب الشيخ[٢] والأكثر ، وهو الأظهر .

واحترز بقوله : « فملكته » عمّا لو لم تكن وارثة ، بأن تكون قاتلة أو كافرة وهو كافر، فإن النكاح بحاله . ولو كان مطلقاً وقد أدّى بعض المال فالحكم بحاله ، لأن ملك الزوجة بعضه يوجب بطلان النكاح .

قوله : « إذا اختلف السيّد .... الخ » .

المراد باختلافهما في المال اختلافهما في قدره ، بأن قال : كاتبتك على ألفين ، فقال : بل على ألف . وبالمدّة : الأجل ، بأن قال : إلى سنة ، فقال المكاتب : بل إلى سنتين . وبالنجوم : أجزاء المدّة التي قسّط المال عليها وجعل لكلّ قسط أجلاً[٣] منها ، بأن قال : جعلنا السنة ـ التي هي الأجل المتّفق عليه ـ ثلاثة نجوم كلّ نجم أربعة أشهر بحيث يحلّ في كل نجم ثلث المال ، فقال المكاتب : بل

---

(١) المختلف : ٦٤٦.

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٦٦٦ مسألة (٣٥).

(٣) في « م » : أجل .

. . . . . .

جعلناها نجمين بحيث يحلّ في كلّ نصف سنة نصف المال ، ونحو ذلك .

أما لو كان اختلافهما في عدد النجوم أو قدرها موجباً للاختلاف في أصل المدّة كان راجعاً إلى النزاع في المدّة ، بأن[1] اتّفقا على أن الأجل نجمان ولكن ادّعى المولى أن كلّ نجم شهر وادّعى المكاتب أن كلّ نجم شهران، أو اتّفقا على أن النجم شهر ولكن اختلفا في قدر النجوم فقال المولى : إنها نجمان وادّعى المكاتب أنها ثلاثة ، فهذا كلّه راجع إلى الاختلاف في المدّة. والحكم في الجميع واحد ، وهو تقديم قول السيّد ، لأصالة عدم الزائد عمّا يعترف به .

وأما وجه تقديم قوله في قدر المال فلأن المكاتب يدّعي العتق بما يدّعيه من المقدار ، والمولى ينكره ، والأصل بقاء الرقّ . وبهذا يحصل الفرق بين الكتابة والبيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثمن ، فإن الكتابة ليست معاوضة حقيقة ، لأنها معاملة على مال المولى بماله ، والأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلا برضاه ، لأنها أشبه بالتبرّع من شبهها بعقود المعاوضات .

والأقوى ما اختاره المصنف والأكثر من تقديم قول من ينكر الزيادة في المال والمدّة ، التفاتاً إلى الأصل الشهير ، ولأن المولى باعترافه بأصل الكتابة واستحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب وعلى ماله. ثم هو يدّعي زيادة في ذمّة المكاتب ، وهو ينكرها ، فيكون قوله مقدّماً في ذلك .

---

(١) في « خ ، م » وإحدى الحجريّتين : فإن .

الثالثة عشرة : إذا دفع مال الكتابة ، وحكم بحرّيته ، فبان العوض معيباً ، فإن رضي المولى فلا كلام ، وإن ردّه بطل العتق المحكوم بـه ، لأنه مشروط بالعوض .

ولو تجدّد في العوض عيب، لم يمنع من الردّ بالعيب الأول، مـع أرش الحادث. وقال الشيخ : يمنع . وهو بعيد .

قوله : « إذا دفع ... الخ » .

قد تقرّر أن العوض في الكتابة لايكون إلا ديناً . ثم مستحقّ الدَّين في ذمّة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة فله ردّه وطلب ما يسـتحقّه ، ولايرتفع العقد . ثم إن كان المقبوض من غير جـنس حـقّه لم يـملكه ، إلا أن يعتاض من حيث يجوز الاعتياض.

وإن اطّلع على عيب ، نظر إن رضي به فهل يملكه بالرضا ، أو بـالقبض وإنما تأكّد الملك بالرضا ؟ فيه وجهان . وإن ردّه فهل نقول : ملكه بالقبض ثـم انتقل الملك بالردّ، أو نقول : إذا ردّ تبيّن أنه لم يملكه ؟ فيه قولان . فهذه قاعدة كلّية حقّقناها في باب الصرف ويبنى عليها مسائل قد سبقت [١] .

منها : أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمّة وجرى التـقابض وتفرّقا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً وردّه ، فإن قلنا إنه ملك بـالقبض صـحّ العقد، وإن قلنا تبيّن أنه لم يملك فالعقد فاسد ، لأنهما تفرّقا قبل التقابض .

ومنها : إذا أسلم في جارية وقبض جاريته فوجد بها عيباً فردّها، فهل على المسلَم إليه استبراؤها ؟ يبنى على هذا الخلاف ، فإن قلنا إنه يملك بالقبض وجب الاسـتبراء ، لأنـها رجـعت إليـه بـملك جـديد ، وإن قـلنا بـعدم المـلك فـلا

---

(١) راجع ج ٣: ٣٤١ ـ ٣٤٣.

. . . . . .

استبراء ، لبقائها على الملك السابق .

إذا تقرّر ذلك ، فإذا وجد السيّد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به ، وبين أن يردّه ويطلب بدله .ولافرق بين العيب اليسير[١] والفاحش عندنا. فإن رضي به فالعتق نافذ لامحالة ، ويجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحقّ . وهل يحصل العتق عند الرضا ، أو حصل من وقت القبض ؟ وجهان أشبههما[٢] الثاني .

وإن أراد الردّ والاستبدال ، فإن قلنا تبيّن بالردّ أن الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل ، فإن أدّى على الصفة المستحقّة بعد ذلك فحينئذٍ حصل العتق. وإن قلنا يحصل الملك في المقبوض وبالردّ يرتفع فوجهان ، أحدهما : أن العتق كان حاصلاً إلا أنه كان بصفة الجواز ، فإذا ردّ العوض ارتدّ . وأصحّهما : أنه تبيّن أن العتق لم يحصل ، إذ العتق ليس من التصرّفات التي يتطرّق النقض إليها ، فلو حصل لما ارتفع ، ولايثبت العتق بصفة اللزوم إجماعاً .

ولو طلب الأرش مع الرضا بالمعيب فله ذلك ، وتبيّن حينئذٍ أنه لم يقبض كمال النجوم، فإذا أدّاه حصل كمال العتق حينئذٍ . وإن عجز عنه وكانت مشروطة فللسيّد استرقاقه ، كما لو عجز عن بعض النجوم .

ولو فرض تجدّد عيب في العوض الذي ظهر معيباً لم يمنع العيب الحادث في يد المولى الردّ بالعيب الأول مع أرش الحادث ، لاستحقاقه الردّ أولاً فيستصحب ، والعيب الحادث يجبر بالأرش ، ولأنها ليست معاوضة حقيقة ، لأنها

---

(١) في هامش « ق ، و » : « خلافاً لأبي حنيفة في اليسير . بخطّه رحمه الله » . لم نجده فيما لدينا من كتب فقه العامّة .

(٢) في « خ ، م » والحجريّتين : أجودهما .

الرابعة عشرة :إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة ، فإن كان ما في يده يقوم بالجميع فلا بحث . وإن عجز وكان مطلقاً تحاصّ فيه الديّان والمولى . وإن كان مشروطاً قدّم الدَّين ، لأن في تقديمه حفظاً للحقّين .

ولو مات وكان مشروطاً بطلت الكتابة ، ودفع ما في يده في الديون خاصّة . ولو قصر قسّم بين الديّان بالحصص . ولا يضمنه المولى ، لأن الدَّين تعلّق بذلك المال فقط .

معاوضة على مال المالك بماله ، فليس لها حكم المعاوضات اللازمة ، ولهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أخذ الكسب بلا عوض .

وقال الشيخ[1]: يمنع العيب الحادث الردّ ، لأنها معاوضة كالبيع . وهو بعيد ، لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضة .

قوله : « إذا اجتمع .... الخ » .

إذا اجتمع على المكاتب ديون غير مال الكتابة ، فإما أن يكون للمولى أو لغيره أو لهما . ثم إما أن يفي ما في يده بها ، أو يقصر . ثم إما أن يكون مطلقاً ، أو مشروطاً . وباختلاف هذه الصور الاثني عشر تختلف الأحكام . فإن كان الدَّين للمولى ، بأن كان له مع النجوم دين معاملة على المكاتب ، أو أرش جناية عليه ، أو على ماله ، فإن وفى ما في يده بها فلا بحث ، وإلا فإن تراضيا على تقديم الدَّين الآخر وتأخير النجوم فذاك ، وإن تراضيا على تقديم النجوم عتق ، ثم لا يسقط الدَّين الآخر ، فللسيّد مطالبته به .

ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم ولم يف بها وبالدَّين الآخر ، فإن أدّاها عن

---

(١) المبسوط ٦ : ٩٧ .

. . . . . .

النجوم برضا السيّد فالحكم ما بيّنّاه . وللسيّد أن يمنعه من تقديم النجوم ، لأنه لايجد مرجعاً للدَّين ، وإذا تقدّمت النجوم عتق ، فيأخذ ما في يده عن الدَّين الآخر ثم يعجّزه . وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه قادر على أداء النجوم ، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز . وأوجههما : نعم ، لأنه يتمكّن من مطالبته بالدَّينين معاً وأخذ ما في يده عنهما ، وحينئذٍ فيعجز عن قسط من النجوم .

ولو دفع المكاتب ما في يده ولم يتعرّضا للجهة ، ثم قال : قصدت النجوم ، وأنكر السيّد فالمصدّق المكاتب ، لأنه أعرف بقصده ، كما لو كان عليه دينان بأحدهما رهن وأدّى أحدهما وادّعى إرادة دين الرهن .

وإن كانت الديون لغير المولى أو لهما ولم يف ما في يده بها ، فإن لم يحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء فله تقديم ما شاء من النجوم وغيرها ، كالحرّ المعسر يقدّم ما شاء من الديون . ولكن الأولى أن يقدّم دين المعاملة ، فإن فضل شيء جعله في الأرش ، فإن فضل شيء جعله في النجوم . وسيظهر وجه هذا الترتيب .

وإن حجر الحاكم عليه تولّى قسمة ما في يده . وفي كيفيّة القسمة وجهان :

أحدهما ـ وهو ظاهر اختيار المصنف ـ : قسمته على أقدار الديون من غير أن يقدّم بعضها على بعض ، لأن جميع الديون متعلّق بما في يده . والأقوى أن ما انفرد منها يقسّمه على أقدار الديون .

وأجودهما : أنه يقدّم دين المعاملة ، لأنه يتعلّق بما في يده لاغير ، ولأرش الجناية متعلّق آخر وهو الرقبة ، وكذلك حقّ السيّد بتقدير العجز يعود إلى الرقّية . ثم يقدّم أرش الجناية على النجوم ، لأن الأرش مستقرّ والنجوم عرضة للسقوط

إما باختيار المكاتب أو مع عجزه ، ولأن حقّ المجنيّ عليه يقدّم على حقّ المالك في القنّ فكذا المكاتب .

هذا إذا كان مطلقاً . ولو كان مشروطاً قدّم الدَّين على النجوم ، لأن في تقديمه جمعاً بين الحقّين .

ولو كان للمولى معهم دين معاملة ففي مساواته[١] لمال الكتابة أو لدين الأجانب وجهان أظهرهما الثاني ، لأنه إذا سقط لم يكن له بدل كديون الغرماء ، بخلاف دين النجوم ، فإنه إذا سقط عاد المولى إلى الرقبة[٢] . ووجه الأول أن ديون السيّد ضعيفة لأنها عرضة للسقوط بالتعجيز . ويبقى في التسوية بين الديون أو تقديم دين المعاملة ما سبق .

ولو مات المكاتب قبل أن يقسّم ما في يده وكان مشروطاً انفسخت الكتابة وسقطت النجوم . وفي سقوط دين أرش الجناية وجهان :

أحدهما ـ وبه قال الشيخ[٣] ـ : يسقط أيضاً ، لأنه يتعلّق بالرقبة وقد تلفت ، وتعلّقها بما في يده بحكم الكتابة فإذا بطلت الكتابة بطل ذلك التعلّق . وعلى هذا يتعيّن صرف ما خلّفه إلى ديون المعاملات .

والثاني : أنه يتعلّق بالمال استصحاباً لحالة الكتابة ، ولفوات المحلّ ، مع كونه أقوى من دين المعاملة . وعلى هذا فإن سوّينا بينهما في صورة التعجيز فهنا أولى ، وإن قلنا بالترتيب احتمل بقاؤه استصحاباً لما كان في حال الحياة . والأظهر التسوية ، لأن الدَّينين متعلّقان بما خلّفه ، وتأخّر الأرش في الحياة كان لتوقّع

---

(١) كذا في « خ ، م » وفي سائر النسخ : مساواتها .

(٢) كذا في « د ، و » وفي سائر النسخ : الرقّية .

(٣) المبسوط ٦ : ١٣٩ .

الخامسة عشرة : يجوز أن يكاتب بعض عبده ، إذا كان الباقي حرّاً أو رقّاً له . ومنعه الشيخ .

ولو كان الباقي رقّاً لغيره فأذن صحّ . وإن لم يأذن بطلت الكتابة ، لأنها تتضمّن ضرر الشريك . ولأن الكتابة ثمرتها الاكتساب ، ومع الشركة لا يتمكّن من التصرّف .

توفيره وقد بطل ذلك التوقّع . وعلى التقديرين ، لايضمن المولى ما فات من الدَّين ، لأن تعلّقه بمال المكاتب .

واعلم أنه على تقدير التحاصّ[1] في ماله حيّاً وبقاء النجوم أو بعضها فللسيّد تعجيزه إن كان مشروطاً أو مطلقاً مع اليأس من الوفاء كما مرّ . وإن بقيت الأروش أو بعضها فلمستحقّ الأرش تعجيزه أيضاً لتباع رقبته في حقّه ، ولكن لايعجّزه بنفسه ، لأنه لم يعقد حتى يفسخ ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم حتى يعجّزه . ولو أراد المولى أن يفديه وتبقى الكتابة ففي وجوب القبول وجهان ، من أنه رقيق المولى في الجملة وله غرض في إتمام انعتاقه وفي استيفائه لنفسه إن لم يتمّ فيمكّن من الفداء ، ومن أن المولى إنما يفدي إذا تعلّق الأرش بالرقبة وهذا لا يتحقّق ما دامت الكتابة باقية . وأما صاحب دين المعاملة فليس لُه التعجيز ، لأن حقّه لا يتعلّق بالرقبة .

قوله : « يجوز أن يكاتب .... الخ » .

إذا كاتب بعض العبد ، فإما أن يكون باقيه حرّاً ، ولا إشكال في صحّة الكتابة ، لأنها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال . وإما أن يكون باقيه أو بعض الباقي رقيقاً ، فالقدر الرقيق إما أن يكون له أو لغيره . فإن كان له فالمصنف

---

(١) في الحجريّتين : التخلّص .

. . . . . .

ـ رحمه الله ـ والأكثر ـ ومنهم الشيخ في الخلاف [١] ـ على الجواز ، للأصل ، وعموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : « الناس مسلّطون على أموالهم» [٢] . ولأن بيع نصيبه وعتقه جائزان ، والكتابة لاتنفكّ عنهما .

وقال الشيخ في المبسوط [٣] : لا تصحّ ، لأن الكتابة يلزمها رفع الحجر عن المكاتب في جهات الاكتساب وما يتوقّف عليه كالسفر ، وينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة ، وهو غير ممكن هنا ، لتوقّف السفر و التكسّب على إذن السيّد ، ويشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة ، لأنه كسبه .

وأُجيب بأن المنع من السفر والاكتساب يرتفع بالمهاياة كارتفاعه عن الشريكين . ويمنع مشاركته في سهم المكاتبين من الزكاة ، لأنه إنما يدفع لجهة الكتابة ، ولأنه لايملك النصيب بل يدفعه في كتابته .

وإن كان الباقي لغيره ، فإن لم يأذن الشريك لم يصحّ ، لعدم الاستقلال ، ولأن نصيب الشريك يتبعّض فيتضرّر .

وإن كان بإذنه ففي الصحّة قولان :

أحدهما ـ وهو الذي جزم به المصنف ـ : الصحّة ، لأنه يستقلّ في البعض المكاتب عليه ، وإذا جاز إفراد البعض بالإعتاق جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق .

والثاني : العدم ، لما تقدّم من أن الشريك يمنعه من التردّد والمسافرة ولا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه .

---

(١) لم نجده فيه ، ونسبه إليه في إيضاح الفوائد ٣ : ٥٩٤ .

(٢) عوالي اللئالي ١ : ٢٢٢ ح ٩٩ .

(٣) المبسوط ٦ : ٩٨ .

وأما اللواحق فتشتمل على مقاصد :

الأول : في لواحق تصرّفاته

وقد بيّنّا : أنه لايجوز أن يتصرّف بما ينافي الاكتساب ـ من هبة أو محاباة أو إقراض أو إعتاق ـ إلا بإذن مولاه . وكما يصحّ أن يهب من الأجنبي بإذن المولى ، فكذا هبته لمولاه .

ونريد أن نلحق هنا مسائل :

الأُولى : المراد من الكتابة تحصيل العتق ، وإنما يتمّ بإطلاق التصرّف في وجوه الاكتساب . فيصحّ أن يبيع من مولاه ومن غيره ، وأن يشتري منه ومن غيره. ويتوخّى ما فيه الغبطة في معاوضاته ، فيبيع بالحالّ لا بالمؤجّل ، إلا أن يسمح المشتري بزيادة عن الثمن ، فيعجّل مقدار الثمن ويؤخّر الزيادة . أما هو فإذا ابتاع بالدَّين جاز . وكذا إن استسلف . وليس له أن يرهن ، لأنه لاحظّ له ، وربما تلف منه . وكذا ليس له أن يدفع قراضاً .

والأقوى الجواز وإن لم يأذن ، بتقريب ما سلف حجّة وجواباً . والقولان للشيخ في الخلاف[1] والمبسوط[2] .

قوله : « المراد من الكتابة ... الخ » .

المكاتب كالحرّ في معظم التصرّفات ، فيبيع ويشتري ويؤجر ويستأجر ، ويأخذ بالشفعة ، ويقبل الهبة والصدقة ، ويصطاد ويحتطب ، ويؤدّب عبيده

---

(١) لم نجده فيه ، والمذكور فيه مسألة ما إذا لم يأذن الشريك ، انظر الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٦٤ مسألة (٢٨) .

(٢) المبسوط ٦ : ١٠٠ .

. . . . . .

إصلاحاً للمال ، كما يفصدهم ويحتقنهم[١] .

ولا يصحّ منه التصرّفات التي فيها تبرّع أو خطر ، لأن المقصود تحصيل العتق فيحتاط له ، ولأن حقّ السيّد غير منقطع عمّا في يده ، فإنه قد يعجز فيعود إلى الرقّ . هذا هو القول الجملي[٢] ، وفي التفصيل صور قد تقدّم[٣] منها حكم بيعه وعتقه وهبته وإقراضه ، وما تقرّر من ذلك .

ولا فرق في البيع والشراء بين وقوعهما مع سيّده وأجنبي ، لاشتراكهما في المقتضي. ولمّا كان الواجب عليه تحرّي ما فيه الغبطة ومظنّة الاكتساب فعليه أن يبيع بالحالّ لا بالمؤجّل ، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرّع ومشتمل على خطر ، سواء باع بمثل قيمته أم أكثر ، وسواء استوثق بالرهن والكفيل أم لا ، لأن الكفيل قد يفلس والرهن قد يتلف . نعم ، يجوز أن يبيع ما يساوي مائة بمائة نقداً وبمائة نسيئة .

ويجوز أن يشتري نسيئة بثمن النقد ولا يرهن به ، فإنه قد يتلف . وإن اشتراه بثمن النسيئة ففي جوازه وجهان ، من اشتماله على التبرّع ، ومن عدم الغبن .

وفرّقوا بين المكاتب وبين الوليّ حيث يبيع مال الطفل نسيئة ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة ، فإن المراعى هناك مصلحة الطفل والوليّ منصوب لينظر له ، وهاهنا المطلوب العتق والمرعيّ[٤] مصلحة السيّد والمكاتب غير

---

(١) في « ص ، و » : ويحقنهم ، وفي « ط » : ويختنهم .

(٢) في « م » : المجمل .

(٣) في ص : ٤٦٤ .

(٤) في « ق ، خ ، م » : والمراعى .

الثانية : إذا كان للمكاتب على مولاه مال ، وحلّ نجم ، فإن كان المالان متساويين جنساً ووصفاً تهاترا . ولو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل . وإن كانا مختلفين لم يحصل التقاصّ إلّا برضاهما . وهكذا حكم كلّ غريمين .

وإذا تراضيا كفى ذلك ولو لم يقبض الذي له ثم يعيده عوضاً ، سواء كان المال أثماناً أو أعراضاً[1]. وفيه قول آخر بالتفصيل .

منصوب لينظر له .

وربما قيل بمساواته للوليّ في مراعاة المصلحة ، خصوصاً مع دعاء الضرورة إلى البيع والرهن ، كما في وقت النهب ، لما فيه من حفظ المال .

ومتى باع أو اشترى لم يسلّم ما في يده حتى يتسلّم العوض ، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر ، ولذلك ليس له السلم ، لأن مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس وانتظار المسلم فيه ، سيّما إذا كان الثمن مؤجّلاً . ومثله دفع المال قراضاً . وله أن يأخذه ، لأنه نوع تكسّب .

قوله : « إذا كان للمكاتب ... الخ » .

المولى في معاملة المكاتب كالأجنبي مع الأجنبي في الأحكام ، فإذا ثبت للمكاتب دين على مولاه عن معاملة ، وكان للمولى عليه النجوم أو دين معاملة ، ففي التقاصّ تفصيل واختلاف لايختصّ بالمولى والمكاتب .

وجملة القول فيه : أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين وللآخر دين على الأول ، فإن اتّحد الجنس والصفة فالمقاصّة قهريّة ، سواء كانا نقدين أو عرضين

---

(١) كذا في الشرائع الطبعة الحجريّة ومتن الجواهر ونسخة « ق » من المسالك الخطّية ، وفي الشرائع المطبوعة حديثاً : أعواضاً .

الثالثة :إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصحّ . وإن أذن له صحّ . وكذا لو أُوصي له به ، ولم يكن في قبوله ضرر ، بأن يكون مكتسباً يستغني بكسبه . وإذا قبله ، فإن أدّى مال الكتابة عتق المكاتب ، وعتق الآخر مع عتقه . وإن عجز ففسخ المولى استرقّهما . وفي استرقاق الأب تردّد .

مثليّين . وإن اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيميّين اعتبر التراضي، ولا يفتقر معه إلى قبضهما ولا إلى قبض أحدهما . وكذا لو كان أحدهما نقداً والآخر عرضاً .

والتفصيل الذي أشار[١] إليه المصنّف ـ رحمه الله ـ للشيخ في المبسوط[٢]. ومحصّله : أن الدَّينين إن كانا نقدين قبض أحدهما ودفعه عن الآخر ، وإن كانا عرضين فلا بدّ من قبضهما ، و إن كان أحدهما نقداً فقبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز ، دون العكس . وكأنّ الشيخ يجعل المقاصّة بيعاً فيلحقها أحكامه من بيع الدَّين بالدَّين وبيع العرض قبل القبض وغيرهما .

قوله : « إذا اشترى .... الخ » .

لمّا كان تصرّف المكاتب مشروطاً بالغبطة وما فيه الاكتساب لم يصحّ أن يشتري من ينعتق عليه من أب وابن وغيرهما بغير إذن المولى ، لما فيه من تفويت المال بالعتق .

وربما قيل بالجواز ، لأنه اشترى مملوكاً لاضرر على المولى في شرائه ، ولهذا كان كسبه له ، وإن عاد المكاتب في الرقّ عاد المملوك المشترى كالأجنبي .

---

(١) في الحجريّتين : ذكره المصنّف .

(٢) المبسوط ٦ : ١٢٥ .

. . . . . .

وهو ضعيف ، لأن صرف المال في ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسّب به غير سائغ له وإن لم يعتق في الحال .

ولو وهب منه أو أُوصي له به ، فإن لم يقدر على التكسّب لصغر أو زمانة وعجز وكان يلزمه نفقته لم يجز له قبوله ، لأن نفقته تلزم المكاتب من حيث هو مملوكه وإن لم تجب عليه نفقة القريب . وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله ، بل ربما استحبّ ، لأنه لاضرر عليه في القبول . ثم لا يعتق عليه ، لأن ملكه ضعيف ، وإنما يعتق بعتقه ويرقّ برقّه. وليس له بيعه . وتكون نفقته في كسبه ، فإن فضل منه فضل كان للمكاتب [أن][1] يستعين به في أداء النجوم ، لأنه بمنزلة المملوك . فإن مرض أو عجز أنفق المكاتب عليه ، لأنه من صلاح ملكه ، وليس هذا كالإنفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه ، لأن ذلك مبنيّ على المواساة .

والمصنّف ـ رحمه الله ـ تردّد في استرقاق القريب إذا استرقّ المكاتب . ووجه التردّد ما ذكرناه ، ومن تشبّثه بالحرّية بجريانه[2] في ملك ولده . وهذا وجه ضعيف . ولم يذكر غيره في المسألة احتمالاً . والوجه القطع بتبعيّته له في الاسترقاق والانعتاق .

---

(١) من الحجريّتين فقط .

(٢) في « د ، خ ، م » : لجريانه .

الرابعة :إذا جنى عبد المكاتب ، لم يكن له أن يفتكّه بالأرش ، إلا أن يكون فيه الغبطة له .

ولو كان المملوك أب المكاتب ، لم يكن له افتكاكه بالأرش ولو قصر عن قيمة الأب ، لأنه يتعجّل بإتلاف مال له التصرّف فيه ، ويستبقي ما لا ينتفع به ، لأنه لا يتصرّف في أبيه . وفي هذا تردّد .

قوله : « إذا جنى عبد ... الخ » .

يتحقّق الغبطة بقصور الأرش عن قيمته ، فيفضل له ما ينتفع به . وكذا لو استغرقت قيمته ولكن كانت عينه تشتمل على منفعة تعود على المكاتب في ماليّته بكسب وغيره . والفرق بين قريبه وعبده حيث جاز فداء العبد دونه : أن الرقبة تبقى له فيصرفها في النجوم، بخلاف القريب ، فإن ما يفكّه به محض إتلاف معجّل للمال في مقابلة مالا ينتفع [به][1] بماليّته ، لأنه لايجوز له التصرّف في رقبته ببيع ولا غيره ، بل أمره موقوف كما مرّ .

والمصنف تردّد في جواز فكّه . ووجه التردّد : ممّا ذكرناه ، ومن إمكان الاستعانة بثمنه كما مرّ[2] على تقدير شرائه . وبالجملة ، فالاشكال هنا يرجع إلى الاشكال في جواز شرائه وعدمه ، فإن أجزناه فداه وإلا فلا .

---

(١) من « ص ، ق ، ط ، د » .

(٢) في ص : ٤٩٦ .

المقصد الثاني : في جناية المكاتب والجناية عليه

وفيه قسمان :

الأول : في مسائل المشروط

وهي سبع :

الأُولى : إذا جنى المكاتب على مولاه عمداً ، فإن كانت نفساً فالقصاص للوارث ، فإن اقتصّ كان كما لو مات . وإن كانت طرفاً فالقصاص للمولى ، فإن اقتصّ فالكتابة بحالها .

وإن كانت الجناية خطأً فهي تتعلّق برقبته ، وله أن يفدي نفسه بالأرش ، لأن ذلك يتعلّق بمصلحته .

فإن كان ما بيده بقدر الحقّين فمع الأداء ينعتق ، وإن قصر دفع أرش الجناية ، فإن ظهر عجزه كان لمولاه فسخ الكتابة .

وإن لم يكن له مال أصلاً وعجز ، فإن فسخ المولى سقط الأرش ، لأنه لايثبت للمولى في ذمّة المملوك مال ، وسقط مال الكتابة بالفسخ .

قوله : « إذا جنى المكاتب .... الخ » .

إذا جنى المكاتب على مولاه ، فإما أن يكون متعلّق الجناية نفساً أو ما دونها . وعلى التقديرين : إما أن يكون عمداً ، أو خطأً . فإن كانت على نفسه عمداً فالقصاص للوارث ، فإن اقتصّ بطلت الكتابة كما لو مات . وإن عفا على مال أو كانت الجناية توجب المال تعلّق الواجب بما في يده ، لأن المولى مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي ، فكذلك في الجناية . وما الذي يلزم المكاتب ؟ الأرش بالغاً ما بلغ ، أو الأقلّ منه ومن قيمته ؟ قولان ، من عموم قولهصلّى الله

. . . . . .

عليه وآله وسلّم : « لايجني الجاني على أكثر من نفسه»[١] فلو طولب بالزيادة لزم جنايته على أكثر من نفسه ، ومن أنه كالحرّ في المطالبة مادامت المكاتبة باقية خصوصاً بالنسبة إلى المولى ، لأن رقّه يمنع استحقاق المولى مطالبته بمال الجناية ، فلو لم يعتبر فيه مناسبة الحرّ لم يمكن الحكم باستحقاق المولى الأرش . وهو ظاهر اختيار المصنف حيث أطلق الأرش . والأقوى الأول .

ثم إن وفى ما في يده بالأرش ومال الكتابة وفى الحقّين وعتق . وإن قصر عنهما أو لم يكن في يده شيء وعجّزه المولى سقط الأرش ، إذ لا يثبت للمولى على مملوكه دين ، بخلاف ما إذا عجّزه الأجنبي ، فإن الأرش يتعلّق برقبته .

ولو أعتق المولى المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه من النجوم ، فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش ، لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلّق الأرش باختياره ولا مال غيرها .

وفيه وجه آخر أنه لا يسقط ، لاستقلال المكاتب ، وثبوت حقّ المولى في ذمّته ، ولأن العتق يولد[٢] إمكان تعلّق دين المولى به ، بخلاف الرقبة ، فإنها تنافيه ، والكتابة المتوسّطة بينهما تصحّح ثبوت دين المولى فالحرّية أولى .

وإن كان في يده مال ففي تعلّق الأرش به وجهان ، أحدهما : المنع ، لأن الأرش كان متعلّقاً بالرقبة وقد تلفت . وأظهرهما : التعلّق . والتوجيه المذكور

---

(١) الحديث بهذا اللفظ رواه عن أبي عبد الله عليه السلام في التهذيب ١٠ : ١٨٢ ح ٧١٢ ، الاستبصار ٤ : ٢٦٧ ح ١٠٠٨ ، الوسائل ١٩ : ٦١ ب «٣٣» من أبواب القصاص ح ١٠ ، وأخرجه بلفظ آخر عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم في مسند أحمد ٣ : ٤٩٩ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٩٠ ح ٢٦٦٩ ، سنن الترمذي ٤ : ٤٠١ ح ٢١٥٩ .

(٢) في « م » : يؤكّد .

الثانية : إذا جنى على أجنبي عمداً ، فإن عفا فالكتابة بحالها . وإن كانت الجناية نفساً ، واقتصّ الوارث ، كان كما لو مات . وإن كان خطأً ، كان له فكّ نفسه بأرش الجناية . ولو لم يكن معه مال ، فللأجنبي بيعه في أرش الجناية ، إلا أن يفديه السيّد ، فإن فداه فالكتابة بحالها .

ممنوع ، بل الأرش متعلّق بالرقبة وبما في يده .

ولو أدّى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً ، كما لو جنى على أجنبيّ وأدّى النجوم وعتق . ولو كانت الجناية على طرف المولى فله القصاص ، كما لو جنى على مملوكه .

قوله : « إذا جنى على أجنبي ... الخ » .

إذا كانت جنايته على أجنبيّ فحكمها إن أوجبت القصاص واستوفاه المستحقّ كالسابق ، لفوات المحلّ . وإن عفا أو أوجبت مالاً أو كانت دون النفس نظر إن كان في يده مال طولب به ممّا في يده . وفي وجوب أرش الجناية أو الأقلّ منها ومن القيمة ما تقدّم[1] ، وأولى بالاكتفاء بالأقلّ هنا ، لأن الأرش يتعلّق برقبته وإن استرقّه المولى ، بخلاف مالو كانت على المولى ، فمراعاة جانب الحريّة ثمّ أقوى ، ومراعاة جانب القنّ هنا أقوى .

وإن لم يكن في يده مال وطلب مستحقّ الأرش تعجيزه عجّزه الحاكم ، ثم يباع كلّه في الجناية إن استغرق الأرش قيمته ، وإلا فيباع منه بقدر الأرش ، وتبقى الكتابة في الباقي ، فإذا أدّى حصّته من النجوم عتق ذلك القدر .

ولو أراد المولى أن يفديه من ماله ويستديم الكتابة فله ذلك ، وعلى مستحقّ الأرش قبوله إن كانت الجناية خطأً ، وإن كانت عمداً فالتخيير للمجنيّ

---

(١) في ص : ٤٩٩ ـ ٥٠٠ .

الثالثة : لو جنى عبد المكاتب خطأً ، كان للمكاتب فكّه بالأرش ، إن كان دون قيمة العبد . وإن كان أكثر لم يكن له ذلك ، كما ليس له أن يبتاع بزيادة عن ثمن المثل .

عليه كالقنّ .

وعلى تقدير اختياره فداءه لايلزمه الاستمرار عليه ، بل له أن يرجع عن اختياره ويسلّمه للبيع ، إلا إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاماً بالفداء ، لأنه فوّت بالإعتاق والبيع والتأخير متعلّق حقّ المجنيّ عليه .

ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجناية ، ولايلزم المولى فداه وإن كان هو القابض للنجوم ، لأنه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى .

قوله : « لو جنى عبد ... الخ » .

إذا جنى عبد المكاتب ، فإما أن يجني على أجنبيّ ، أو على سيّده وهو المكاتب ، أو على سيّد سيّده ، فهنا أقسام :

الأول : أن يجني على أجنبيّ ، فإن كان عمداً وهو مكافىء فله القصاص ، فإن عفا المستحقّ على المال أو كانت الجناية موجبة للمال تعلّق برقبته يباع فيه ، إلا أن يفديه المكاتب . وهل يفديه بالأرش أو بالأقلّ منه ومن قيمته ؟ القولان . فإن قلنا بالأول ـ وهو ظاهر اختيار المصنف ـ فإن كان الأرش قدر قيمته أو أقلّ فللمكاتب الاستقلال به ، وإن كان أكثر لم يستقلّ به كما لا يستقلّ بالتبرّعات .

ثم الاعتبار بقيمة العبد يوم الجناية ، لأنه يوم تعلّق الأرش بالرقبة . وفيه وجه آخر : أنه يعتبر قيمة يوم الاندمال ، بناءً على أنه وقت المطالبة بالمال .

الرابعة :إذا جنى على جماعة ، فإن كان عمداً كان لهم القصاص . وإن كان خطأً كان لهم الأرش متعلّقاً برقبته . فإن كان ما في يده يقوم بالأرش ، فله افتكاك رقبته. وإن لم يكن له مال ، تساووا في قيمته بالحصص .

وثالث : وهو اعتبارها يوم الفداء ، لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه ويستديم[1] الملك فيه يومئذٍ . ورابع : وهو اعتبار أقلّ القيمتين من يوم الجناية ويوم الفداء ، احتياطاً للمكاتب وإيفاءً للمال عليه . والأوجه آتية في قيمة المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته .

هذا في عبد المكاتب الذي لايتكاتب عليه . فأما من يتكاتب عليه ويتبعه فيها ـ كولده من أمته ، وكما لو وهب منه ولده أو والده حيث يجوز له القبول ـ فليس له أن يفديه بغير إذن السيّد ، لأن فداه كشرائه .

الثاني : أن يجني على سيّده ، فله القصاص ، ولا يحتاج إلى إذن السيّد ، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب ، إذ لا يثبت للمولى على عبده مال .

الثالث : أن يجني على سيّد سيّده ، فهو كما لو جنى على أجنبيّ ، فيباع في الأرش إلا أن يفديه المكاتب . وبقي من أحكام جناية عبده أقسام أُخر تأتي[2] .

قوله : « إذا جنى ... الخ » .

هذه من جملة أقسام المسألة الثانية ، وهي جناية المكاتب على أجنبيّ ،

---

(١) في « خ ، م » : وتسليم .

(٢) في الصفحة التالية .

الخامسة : إذا كان للمكاتب أب ، وهو رقّه ، فقتل عبداً له ، لم يكن له القصاص كما لايقتصّ منه في قتل الولد .

ولو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض ، جاز له الاقتصاص ، حسماً لمادّة التوثّب .

فإذا كانت جنايته على جماعة ، فإن كان عمداً وكانت الجناية عليهم دفعة ، بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً ، فلهم القصاص جميعاً ، والأرش في الخطأ وما يوجب مالاً . فإن كان ما في يده يفي بالجميع فله الفكّ ، وإلا تساووا في قيمته بالحصص . هذا إن أوجبنا الأُروش بالغة ما بلغت . وإن أوجبنا الأقلّ من أروش الجنايات كلّها ومن قيمته تحاصّوا فيه بالنسبة . ويستوي الأول والأخير في الأروش . وفي القصاص مع التعاقب قولان أظهرهما مساواته للأرش ، فيشترك الجميع فيه مالم يحكم به لأولياء الأول ، فيكون لمن بعده . وسيأتي[1] تحقيقه في محلّه إن شاء الله .

ولو عفا بعضهم قسّم على الباقين . ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفى وسقط حقّ الباقين ، فلو عفا على مال شارك . ولو أعتقه المولى أو أبرأه من النجوم فعليه أن يفديه كما سبق . وإن أدّى النجوم وعتق فضمان الجناية عليه . وفي الذي يلزمهما من الأرش والأقلّ القولان .

قوله : « إذا كان للمكاتب أب .... الخ » .

هنا مسألتان :

الأولى : إذا كان في جملة عبيده أبوه فقتل عبداً له لم يكن للمكاتب

---

(١) في كتاب القصاص ، المسألة السادسة من الفصل الرابع من قصاص النفس .

. . . . . .

الاقتصاص منه ، لأنه لو قتل ولده لم يكن له قصاص فأولى أن لايثبت للولد قصاص على الوالد في قتل عبده . ولو كان فيهم ابنه فقتل عبداً له فله أن يقتصّ منه .

وهل له أن يبيع أباه وابنه إذا كانا في ملكه وجنيا على عبد آخر له جناية موجبها المال؟ فيه وجهان أظهرهما العدم ، لأنه لايثبت له على عبده مال ، والأصل منع بيع الوالد . ووجه الجواز : أنه يستفيد به حصول أرش الجناية ، ويخالف غير أبيه وابنه من عبيده ، فإن تعلّق الأرش به لايفيده شيئاً ، فإنه كان يملك بيعه قبل الجناية .

الثانية : إذا جنى بعض عبيده على بعض فله أن يقتصّ فيما يوجب القصاص ، لأنه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى إذن السيّد . وفيه وجه ضعيف بتوقّفه على إذنه .

ولو كانت جناية بعض عبيده على بعض خطأً فلا شيء [له][1] لأنه لايثبت له على ماله مال . ويخالف العبد في ذلك حكم المكاتب حيث تقدّم[2] أن له أن يفدي نفسه من سيّده بالأرش لو كان هو الجاني . والفرق أن المكاتب خرج عن محض الرقّية وصار له ذمّة ، بخلاف القنّ المحض ، فإنه لاذمّة له بالنسبة إلى المولى .

---

(١) من الحجريّتين فقط .

(٢) في ص : ٤٩٩ .

السادسة : إذا قُتل المكاتب ، فهو كما لو مات . وإن جُنيَ على طرفه عمداً ، وكان الجاني هو المولى ، فلا قصاص ، وعليه الأرش . وكذا إن كان أجنبيّاً حرّاً . وإن كان مملوكاً ثبت القصاص.

وكلّ موضع يثبت فيه الأرش فهو للمكاتب ، لأنه من كسبه .

قوله : « إذا قتل المكاتب ... الخ » .

الجناية على المكاتب إما أن يكون على نفسه أو على ما دونها . ففي الثاني له القصاص إن كانت توجبه ، وليس للسيّد منعه ، كالمريض يقتصّ ولايعترض عليه الورثة ، والمفلس يقتصّ ولا يعترض عليه الغرماء . وفيه احتمال بالمنع ، لأنه قد يعجّز نفسه فيعود إلى المولى مقطوع اليد ـ مثلاً ـ بلا جابر .

وعلى الأول ، فإن اقتصّ فذاك ، وإن عفا على مال ثبت المال ، لكن لو كان المال دون أرش الجناية أو عفا مجّاناً ففي نفوذه بغير إذن المولى وجهان أصحّهما النفوذ ، بناءً على أن موجب العمد القصاص لا المال . وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يصحّ عفوه بدون إذن المولى . وإن عفا بإذنه ففيه القولان السابقان.

وحيث يثبت المال لما دون النفس فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم ، لأنه يتعلّق بعضو من أعضائه ، فهو كالمهر تستحقّه المكاتبة ، ولأن كسبه له ، وهو عوض ما تعطّل من كسبه بقطع العضو وما في معناه .

. . . . . .

وإن كانت نفساً بطلت الكتابة ويموت رقيقاً . ثم إن كان القاتل المولى فليس عليه إلا الكفّارة . وإن قتله أجنبيّ فللمولى القصاص مع المكافاة أو القيمة . وله كسبه بطريق الملك لا الارث .

ولو كان القتل بسراية الجرح ، فإن كان قبل أن يعتق وقد أدّى أرش الجرح إلى المكاتب أكمل القيمة للمولى ، وإلا دفع إليه تمام القيمة . وإن كان الجاني المولى سقط فيه الضمان وأخذ كسبه .

وإن كانت السراية بعد ما عتق بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبيّاً فعليه تمام الدية ، لأن الاعتبار في الضمان بحالة الاستقرار ، ويكون ذلك لمن يرثه من أقاربه ، فإن لم يكونوا فالمولى بالولاء إن ثبت به .

وإن كان الجاني المولى فعليه تمام الدية أيضاً ، بخلاف مالو جرح عبده القنّ ثم أعتقه ومات قبل السراية حيث لا ضمان ، لأن ابتداء الجناية غير مضمون هنا وهاهنا ابتداؤها مضمون .

ولو حصل العتق بالتقاصّ ، بأن كان قد جنى على طرفه ووافق أرش الجناية مال الكتابة جنساً ووصفاً ، فالحكم كما لو حصل العتق بالأداء . ولايمنع من التقاصّ كون الدية إبلاً ، فإن الواجب في الابتداء نصف القيمة في مثل اليد ، والتقاصّ حينئذٍ يحصل ، ثم إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل. وإذا عفا المكاتب عن المال ولم يصحّح[1] عفوه[2] على ما

---

(١) في « و » : نصحّح ، وفي « ص ، خ ، م » : يصحّ .

(٢) في « ص » : عتقه ، وفي « خ ، م » والحجريّتين : عتق .

السابعة : إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً ، فأراد الاقتصاص، فللمولى منعه . ولو كان خطأً فأراد الأرش لم يملك منعه، لأنه بمنزلة الاكتساب . ولو أراد الإبراء توقّف على رضا السيّد .

فضل[١] ثم عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه ؟ وجهان أصحّهما : نعم ، لأن عفوه كان لاغياً . ووجه العدم : أن المانع كان حقّ غيره وقد زال ، كما لو باع مال غيره فضولاً ثم ملكه ، وأولى بالصحّة هنا ، لأن الأرش ملكه ، فأشبه تصرّف المفلس زمن الحجر . وفي بطلانها أو وقوفها وجهان سبقا .

ولو كان الجاني على طرف المكاتب عبده فله القصاص . ولو كانت الجناية خطأً لم يثبت له على عبده مال .

قوله : « إذا جنى ... الخ » .

منعه من الاقتصاص من عبد المولى قول الشيخ في المبسوط[٢] ، لبقاء الرقّيّة المقتضية للسلطنة ، وكونه تصرّفاً ليس[٣] باكتساب ولا يعين عليه .

ويضعّف بأن ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غير المولى ، لورود الدليل فيه . والأقوى جوازه ، لعموم الآية[٤] ، وانقطاع سلطنة المولى عنه .

---

(١) في « ص ، و » ونسخة بدل « د » والحجريّتين : فصّل .

(٢) المبسوط ٦ : ١٤٧ .

(٣) في « خ ، م » : ليس فيه اكتساب .

(٤) المائدة : ٤٥ .

وأما المطلق : فإذا أدّى من مكاتبته شيئاً ، تحرّر منه بحسابه .

فإن جنى هذا المكاتب ، وقد تحرّر منه شيء ، جناية عمداً على حرّ، اقتصّ منه .

ولو جنى على مملوك لم يقتصّ منه ، لما فيه من الحرّية ، ولزمه من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرّية ، وتعلّق برقبته منها بقدر رقيّته .

ولو جنى على مكاتب مساوٍ له اقتصّ منه . وإن كانت حرّية الجاني أزيد لم يقتصّ ، وإن كانت أقلّ اقتصّ منه .

ولو كانت الجناية خطأً ، تعلّق بالعاقلة بقدر الحرّية ، وبرقبته بقدر الرقّية . وللمولى أن يفدي نصيب الرقّية ، بنصيبها من أرش الجناية ، سواء كانت الجناية على عبد أو حرّ .

ولو جنى عليه حرّ ، فلا قصاص ، وعليه الأرش . وإن كان رقّاً اقتصّ منه .

قوله : « وأما المطلق ... الخ » .

الضابط : أن المبعّض بالنسبة إلى ما فيه من الحرّية كالحرّ في الأحكام ، ومنها عدم قتل المملوك به ومن هو أنقص حرّية ، وثبوت خطئه على عاقلته ، وتعلّق الجناية الموجبة للمال بذمّته ، وغير ذلك . وبالنسبة إلى ما فيه من الرقّية كالعبد ، ويلزمه تعلّق الجناية الموجبة للمال برقبته ، وجواز فكّ المولى له ، وعدم قتل الحرّ ومن هو أزيد حرّية به ، إلى غير ذلك من الأحكام . فيجتمع على المبعّض حكم الجنايتين[1] حيث لا يتنافيان .

---

(١) في « د ، خ ، م » وإحدى الحجريّتين : الجانبين .

المقصد الثالث : في أحكام المكاتب في الوصايا .

وفيه مسائل :

الأُولى : لاتصحّ الوصيّة برقبة المكاتب ، كما لا يصحّ بيعه . نعم ، لو أضاف الوصيّة به إلى عوده في الرقّ جاز ، كما لو قال : إن عجز وفسخت كتابته فقد أوصيت لك به .

وتجوز الوصيّة بمال الكتابة . ولو جمع بين الوصيّتين لواحد أو لاثنين جاز .

قوله : « لاتصحّ الوصيّة ... الخ » .

لمّا كانت الكتابة لازمة من جهة المولى فليس له التصرّف في رقبته ومنفعته ، ولم تصحّ وصيّته به كما لا يصحّ له بيعه ، وكما لاتصحّ الوصيّة بعبد غيره. نعم ، لو قال : إن عجز مكاتبي هذا وعاد إلى الرقّ فقد أوصيت به لفلان ، صحّ ، كما لو أوصى بثمرة نخلته وحمل جاريته المتجدّدين بعد الوصيّة .

ثم إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه ، وإنما يعجّزه بالرفع إلى الحاكم كما في المجنيّ عليه . ويحتمل تقديم الوارث ، لأن الوصيّة له مشروطة بفسخ كتابته ولم يحصل الشرط .

هذا إذا كانت الوصيّة معلّقة على فسخ كتابته مطلقا . أما لو قيّدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحّتها عجزه في حياته. وفي التحرير[1] جعل الإطلاق محمولاً على عجزه في حياته ، وإنما يكتفى بها[2] بعد موته لو صرّح به . وهو غير واضح .

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٩٠.

(٢) في « خ ، م » : بما .

الثانية : لو كاتبه مكاتبة فاسدة ، ثم أوصى به جاز . ولو أوصى بما في ذمّته ، لم يصحّ . ولو قال : فإن قبضت منه فقد أوصيت به لك ، صحّ .

وأما الوصيّة بالنجوم على المكاتب فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرّة ، كما تصحّ الوصيّة بالحمل وإن لم يكن مملوكاً في الحال . فإن أدّاها فهي للموصى له ، وإن عجز فللوارث تعجيزه وفسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له . وهل يملك الموصى له إبراءه من النجوم ؟ وجهان أجودهما ذلك ، لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء . ووجه العدم : أنه ملّكه استيفاء النجوم ولم يملّكه تفويت الرقبة على الورثة .

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم صحّت الوصيّتان . ثم إن أدّى المال أو أبرأه منه بطلت الوصيّة الأُولى ، وإن رقّ بطلت الثانية . لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته . فإن امتنع وأمهله فالوجهان السابقان . واستوجه في التحرير[1] عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث . ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئاً فهو له . ولو اختلف الموصى له بالرقبة وبالمال في الفسخ عند العجز قدّم صاحب الرقبة ، كما يقدّم[2] صاحب الرقبة على الوارث .

قوله : « لو كاتبه مكاتبة ... الخ » .

قد تقدّم أن الكتابة الفاسدة عندنا لا أثر لها ألبتّة ، فإذا أوصى بما في ذمّته لم يصحّ ، لأنه لم يُثبت له بها شيئاً في ذمّته . وإن أوصى برقبته صحّ كما لو أوصى برقبة عبده القنّ . ولو أوصى بما يقبضه منه صحّ ، لأن الذي يقبضه منه ملكه

---

(١) المصدر السابق .

(٢) في « ص ، د ، ط ، م » : تقدّم ، وفي « خ » : قدّم .

الثالثة : إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقي عليه ، فهو وصيّة بالنصف وزيادة ، وللورثة المشيئة في تعيين الزيادة .

ولو قال : ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله ، فهو وصيّة بما عليه ، وبطلت في الزائد .

ولو قال : ضعوا عنه ما شاء ، فإن شاء وأبقى شيئاً صحّ . وإن شاء الجميع قيل : لا يصحّ ، ويبقى منه شيء بقرينة حال اللفظ .

بواسطة أنه كسب مملوكه لامن حيث إنه مال الكتابة ، حتى لو صرّح بالوصيّة بما يقبضه منه من مال الكتابة لم يصحّ ، كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض .

وظاهر إطلاق المصنف والأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط[1] عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد الكتابة والجاهل به ، نظراً إلى حقيقة الحال وموافقة الوصيّة ملك الموصي . ويحتمل الفرق ، لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبة فعنده أن ما يأتي به لغو . وقد تقدّم مثله في مواضع ، ذكر منها في كتاب الهبات من باع ما وهبه مع فساد الهبة ، أو باع مال مورّثه معتقداً بقاءه فظهر موته ، أو أوصى برقبة معتقة فظهر فساد عتقه ، فلينظر بحثه[2] ثَمَّ .

قوله : « إذا أوصى أن يوضع ... الخ » .

الوصيّة بالوضع عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث ، ويتبع فيها مقتضى اللفظ والقرينة كما في نظائره من المحاورات اللفظيّة . وقد ذكر هنا من ألفاظ الوصيّة له ثلاث مسائل :

الأُولى : أن يوصي المولى بأن يوضع عن المكاتب أكثر ما بقي عليه أو

---

١) المبسوط ٦ : ١٦١ .

٢) انظر ج ٦ : ٤٩ و ٥١ و ٥٢ .

. . . . . .

أكثر ما عليه ، فيوضع عنه نصف ما عليه وزيادة يتحقّق بها الأكثريّة . وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث. والأظهر كون الزائد على النصف من جملة الوصيّة لا ابتداء عطيّة ، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العطيّة ، بل في الوصيّة ، وغايته أن يكون تعيين الوصيّة مفوّضاً إلى الوارث .

وهل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متموّلة ، أم يكفي التموّل بانضمامها إلى النصف ؟ وجهان أظهرهما الثاني ، لأن التموّل إنما يعتبر في الوصيّة وغيرها مع الانفراد وأما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع وإلّا لزم عدم صحّة الجميع ، لأن أجزاءه تبلغ حدّاً لا يتموّل ، والوصيّة هنا بمجموع النصف والزيادة لا بالزيادة وحدها.

الثانية لو قال : ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله ، فهو وصيّة بجميع ما عليه وزيادة ، لأن ما يزيد عن النصف هو نصف الوصيّة فيكون مثله زائداً على مجموع المال ، فيصحّ فيه ويلغو في الزائد . ومثله ما لو قال : ضعوا أكثر ممّا عليه ، أو ما عليه وأكثر ، ونحو ذلك .

ولو قال : أكثر ما عليه ونصفه ، وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شيء ، ولا يعتبر فيه أن يتموّل ويقبل التنصيف إلى ما يتموّل إلا على الاحتمال السابق . وأما توهّم اعتبار تموّل الزيادة دون نصفها ، بناءً على أن ما يتموّل يصحّ أن يقال : له نصفٌ معتدّ به وإن لم يتموّل ، بخلاف نصف مالا يتموّل . فهو فاسد ، لما ذكرناه من أن الوصيّة بالمجموع لا بالزيادة منفردة ، سواء نصّفها أم لا .

الثالثة : لو قال : ضعوا عنه ما شاء ، أو : ما شاء من مال الكتابة ، فإن أبقى

. . . . . .

منه شيئاً فلا إشكال في الصحّة . وإن شاء الجميع قال الشيخ[١] في المبسوط : لا يصحّ . أما في الثاني فظاهر ، لأن «من» للتبعيض ، فكأنّه قال : ضعوا عنه بعض مال الكتابة . وأما في الأول فلأن المعنى : ضعوا من كتابته ما شاء ، فـ « من » مقدّرة وإلا لقال : ضعوا عنه النجوم ، وإذا كان هذا مضمراً كان كالصورة الأُخرى .

وفيه نظر ، لأن تقدير ما شاء من مال الكتابة بمعنى التبعيض غير لازم ، بل يجوز أن يكون معناه ما يريده ، وتقدير « من » للتبعيض غير متعيّن ، لأنه كما يحتمل التبعيض يحتمل التبيين ، فيصحّ تعلّقها بالجميع .

نعم ، يمكن أن يقال : إن « من » باشتراكها بين التبيين والتبعيض لا يدلّ على أحدهما بدون القرينة كما في كلّ مشترك ، وحينئذٍ فالبعض معلوم على التقديرين والجميع مشكوك فيه ، لقيام الاحتمال ، فيرجع الأمر إلى معنى التبعيض وإن لم يحمل عليه بخصوصه .

ولو دلّت القرينة على إرادة التبيين أو إرادة الجميع من غير اعتبار « من » عمل بها . ولعلّها موجودة في الصورة الأُولى على إرادة ما يتناول الجميع .

ويظهر من المصنف خلاف ذلك ، وأن ظاهر حال اللفظ يقتضي التبعيض . فيمكن أن يريد بحال اللفظ ما ذكرناه من الافتقار إلى تقدير « من » التي لا يتيقّن من معناها إلا التبعيض ، وأن يريد به حال التركيب كما أشرنا إليه من أنه لو أراد الجميع لقال : ضعوا عنه النجوم .

وفيه نظر ، للفرق بين الإرادتين ، فإنه في الأُولى جعل المشيئة إليه في إرادة البعض والجميع ، وهذا الغرض لا يتأدّى بقوله : ضعوا عنه النجوم ، لأن

---

(١) المبسوط ٦ : ١٦١ .

الرابعة : إذا قال : ضعوا عنه أوسط نجومه ، فإن كان فيها أوسط عدداً أو قدراً انصرف إليه . وإن اجتمع الأمران ، كان الورثة بالخيار في أيّهما شاءوا. وقيل : تستعمل القرعة . وهو حسن .

وإن لم يكن أوسط ، لا قدراً ولا عدداً ، جمع بين نجمين ليتحقّق الأوسط ، فيؤخذ من الأربعة : الثاني والثالث ، ومن الستّة : الثالث والرابع.

مدلوله وضع الجميع خاصّة لاجعل المشيئة إليه في الجميع والبعض ، والأغراض تتفاوت في ذلك ، فلا يلزم من إرادة تعليق التقدير على المشيئة أن يريد بعض متعلّقات المشيئة ـ وهو الجميع ـ كما لايخفى .

قوله : « إذا قال : ضعوا .... الخ » .

الأوسط لفظ متواطىء يراد به الشيء بين الشيئين على السواء . والبينيّة قد تكون بالزمان كوسط النهار المتوسّط بين طرفيه ، وبالمقدار بسبب زيادته ونقصانه كالاثنين المتوسّطين بين الواحد والثلاثة . والمقدار هنا قد يكون في مال النجوم ، وقد يكون في الآجال .

والنجم لفظ مشترك في هذا الباب بين أجل مال الكتابة ونفس المال المفروض في الأجل كما بيّنّاه سابقاً[1] . وقد تقدّم في الوصايا[2] أنه إذا أوصى بلفظ يقع على شيئين فصاعداً ـ سواء كان مشتركاً أو متواطئاً ـ ووجد في مال الموصي منها أفراد متعدّدة يتخيّر الوارث في تعيين أيّها شاء ، وأن فيه قولاً ضعيفاً بالقرعة . وهذه المسألة من جزئيّات تلك .

---

(١) في ص : ٤٣١ .

(٢) في ج ٦ : ٢٠٠ .

والمراد بالأوسط عدداً في النجوم ما كان محفوفاً بمتساويين ، كالثاني في الثلاثة ، والثالث في الخمسة ، والرابع في السبعة . وهو واحد إن كان العدد وتراً كما ذكر ، واثنان إن كان زوجاً ، كالثاني والثالث في الأربعة ، والثالث والرابع في الستّة . وبالأوسط قدراً ما كان في جملتها ما هو أكثر منه مالاً وما هو أقلّ ، كالدينارين بالنسبة إلى الدينار والثلاثة ، سواء تعدّد الوسط والطرفان أم اتّحد . فمتعدّد[١] الوسط كما لو كانت الآجال أربعة منها واحد بدينار وآخر بثلاثة واثنان كلّ واحد بدينارين . ومتعدّد الطرفين أو أحدهما كما لو كان في المثال واحد بدينارين واثنان بدينار واثنان بثلاثة .

وقد تختلف النجوم قدراً بحيث يتعدّد الوسط بهذا المعنى مختلفاً ، كما لو كان أحد الأربعة بدينار والآخر بدينارين والثالث بثلاثة والرابع بأربعة ، فالثاني محفوف بأقلّ منه وهو الأول وأكثر وهو الثالث ، والثالث كذلك بالنسبة إلى الثاني والرابع . فكلّ [واحد][٢] منهما وسط بهذا المعنى ، فيحتمل إلحاقهما بالوسط المتعدّد فيتخيّر الوارث ، لوجود المعنى في كلّ منهما ، والحمل على الأكثر ، لأنه حقيقي والآخر إضافي . وبهذا قطع الشهيد في الشرح[٣] .

والكلام في الأوسط أجلاً كالكلام في الأوسط قدراً ، إلا أن المختلف هنا هو الآجال ، بأن كان بعضها شهراً وبعضها شهرين وبعضها ثلاثة ، إلى آخر ما فصّل[٤] في الأوسط المقداري .

---

(١) في « ط ، و ، خ ، م » والحجريّتين : فتعدّد .

(٢) من الحجريّتين فقط .

(٣) غاية المراد : ٢٤٩ .

(٤) في الحجريّتين : قرّر .

. . . . . .

إذا تقرّر ذلك فنقول : النجوم الموصى بأوسطها إما أن يكون لها وسط بالعدد خاصّة ، أو بالقدر ، أو بالأجل ، أو باثنين منها ، فإما الأجل والقدر ، أو أحدهما مع العدد ، أو تجتمع الثلاثة ، أو لايكون له وسط واحد بواحد منها ، إما لعدمه أصلاً أو لتعدّده[١] . وصور هذه الفروض لايكاد تنحصر ، وأُصولها ترجع إلى ثمان ، وما يتفرّع عليها يستفاد منها ، فلنقتصر عليها .

ألف : أن يكون له أوسط بالعدد خاصّة ، كثلاثة أنجم أو خمسة متساوية المقادير والآجال ، أو متفاوتهما تفاوتاً لايفرض فيه أوسط . فالأوسط في الثلاثة عدداً هو الثاني ، وفي الخمسة الثالث ، لأنه محفوف بمتساويين . وإنما حمل على الواحد المذكور دون مازاد ، كالثلاثة الوسطى من الخمسة ، فإنها أيضاً محفوفة بمتساويين ، لأن الوصيّة بنجم واحد فلا يصار إلى المتعدّد مع إمكان المتّحد المطابق للوصيّة . ولو فرض إرادته ما هو أعمّ من الواحد ، بأن يريد ما صدق عليه الوسط مطلقا ، كان من باب المتعدّد ، فيتخيّر الوارث .

ب : أن يكون لها أوسط بالقدر خاصّة ، كأربعة أنجم متساوية الآجال ، قسط الأول دينار ، والثاني ديناران ، والثالث ثلاثة ، والرابع أربعة . فالثالث أوسط حقيقي بحسب المقدار ، لأنه أكثر ممّا دونه مطلقاً وأقلّ ممّا فوقه مطلقاً . والثاني أوسط أيضاً بالقدر لكن بالإضافة إلى الثالث والأول لا مطلقاً ، فلذلك حملناه على الثالث خاصّة . والأوسط بالأجل هنا منتفٍ ، لتساوي الآجال فيها . وأما الأوسط بالعدد فيوجد[٢] في الثاني والثالث ، لكنّه متعدّد فلا يحمل عليه الوصيّة

(١) في « خ ، م » والحجريّتين : لتعذّره .

(٢) في « خ ، د ، م » : فيؤخذ .

. . . . . .

كما مرَّ . فليس في المثال أوسط على مقتضى الوصيّة إلا الثالث .

ج : أن يكون لها أوسط بالأجل خاصّة ، كأربعة أنجم متساوية المال لكن الأجل الأول منها شهر والثاني شهران والثالث ثلاثة والرابع أربعة . والتقريب فيه ما ذكر في القدر . ولو فرض أن كلّاً من الثالث والرابع ثلاثة أشهر فالثاني هو الوسط لا غير . ولو فرض اثنان منها كلّ واحد شهران والآخر شهر والرابع ثلاثة فكلّ واحد من المتّفقين يصلح للوسطيّة ، فيحتمل فيه تعدّد الوسط وجعله من قسم الواحد المتعدّد . ومثله يأتي في الوسط المقداري .

د : أن يجتمع الأوسط بالعدد والقدر خاصّة ، إما في واحد كثلاثة أنجم متساوية الآجال ، قسط الأول دينار والثاني اثنان والثالث ثلاثة ، فالثاني وسط بهما فيحمل عليه مؤكّداً . أو مفترقين كما لو كان قسط الأول دينارين والثاني ديناراً ، فالأول أوسط بالقدر والثاني بالعدد .

هـ : أن يجتمع العدد والأجل ، كثلاثة متساوية المال مختلفة الآجال . فقد يجتمع الأوسطان في واحد أيضاً ، كما إذا كان أجل الأول شهراً والثاني شهرين والثالث ثلاثة . وقد يفترقان ، كما إذا كان أجل الأول شهرين والثاني شهراً .

و : أن يجتمع القدر والأجل خاصّة مجتمعين ، كأربعة أنجم أجل الأول شهر وقسطه دينار ، والثاني شهران بدينارين ، والثالث ثلاثة بثلاثة ، والرابع أربعة بأربعة ، فالثالث أوسط بهما . وليس هنا وسط بالعدد متّحد ، لأنه به الثاني والثالث وقد تقدّم أنه ملغى حيث يمكن الحمل على المتّحد . ومتفرّقين ، كما لو

. . . . . .

كان الثاني شهرين بثلاثة دنانير ، والثالث ثلاثة أشهر بـدينارين ، والآخـران[١] بحالهما ، فالثالث وسط بالأجل ، والثاني وسط بالقدر .

ز : أن يكون لها وسط بالمفهومات الثلاثة ، إما مجتمعة كثلاثة أنجم أجل الأول شهر بدينار ، والثاني شهران بدينارين ، و الثالث ثلاثة بثلاثة ، فالثاني وسط بالثلاثة . أو مفترقة ، كما لو كان الأول شهرين[٢] بدينار ، والثاني شهراً[٣] بثلاثة دنانير ، والثالث ثلاثة أشهر بدينارين . فالأول وسط بالأجل ، والثاني بـالعدد ، والثالث بالقدر . وقد يجتمع اثنان منها ويفترق عنهما واحد ، وأمثلته تظهر بأدنى تأمّل .

ح : أن لا يكون لها وسط واحد بحسبها ولا بحسب كلّ واحد منها ، كأربعة أنجم متساوية أموالاً وآجالاً ، أو متفاوتة تفاوتاً لايحصل فيه أوسط فرد . فإن حصل فيه أوسط زوج بأحدها أو بأزيد حمل عليه ، لتعذّر الحقيقة . لكن هـل يؤخذ منهما واحد خاصّة يتخيّر الوارث ، أو يؤخذ الاثنان ، لأن مجموعهما هو الأوسط ؟ وجهان ، وظاهر الأصحاب القطع بالثاني .

وفيه نظر ، لأنهم إذا سلّموا أن الإطلاق محمول على الواحد والانتقال إلى المجاز لتعذّر الحقيقة فالمجاز متعدّد باعتبارين ، لأن أحدهما مجاز في الوسط باعتبار أنه بعض أجزائه حقيقة في الواحد ، والاثنان حقيقة في الأوسط مـجاز بعيد في الواحد ، فالحمل عليه ليس أولى من الآخر إن لم يكن المرجّح في ذلك الجانب ، لظهور مجازيّته في الاستعمال .

---

(١) في ما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين : والآخرين ، والصحيح ما أثبتناه .

(٢ و ٣) في ما لدينا من النسخ الخطيّة والحجريّتين : شهران ... شهر ، والصحيح ما أثبتناه .

الخامسة : إذا أعتق مكاتبه في مرضه ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن برىء فقد لزم العتق والإبراء ، وإن مات خرج من ثلثه . وفيه قول آخر : أنه من أصل التركة .

فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته ومال الكتابة عتق . وإن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقلّ . فإن خرج الأقلّ من الثلث ، عتق وأُلغي الأكثر . وإن قصر الثلث عن الأقلّ ، عتق منه ما يحتمله الثلث به ، وبطلت الوصيّة في الزائد ، ويسعى في باقي الكتابة . وإن عجز كان للورثة أن يسترقّوا منه بقدر ما بقي عليه .

واعلم أن فروض هذا القسم كثيرة ، وهي أدقّ وأخفى تصوّراً من السابقة ، فعليك بتأمّلها . وقد لايكون للنجوم وسط أصلاً ، كما لو كانت اثنين خاصّة . وفي بطلان الوصيّة لفقد الموصى به ، أو الحمل على واحد التفاتاً إلى المجاز وبابه المتّسع ، نظر .

قوله : « إذا أعتق مكاتبه ... الخ » .

إذا كاتب عبداً في الصحّة ثم أعتقه أو أبرأه من النجوم في المرض ، فإن برىء من مرضه فلا كلام . وإن مات كان تصرّفه بالعتق والإبراء من جملة التبرّعات المنجّزة ، فإن جعلناها من الأصل فلا كلام أيضاً . وإن قلنا إنها من الثلث ـ كما هو المشهور ـ فإن خرج كلّ واحد من القيمة والنجوم من الثلث ، بمعنى أن الثلث يسع أحدهما مع التساوي أوالأكثر منهما ، عتق كلّه وسقطت عنه النجوم . وإن تفاوتا وخرج أقلّهما من الثلث دون الآخر اعتبر الأقلّ . فإن كان له سوى المكاتب مائتان ، وكانت القيمة مائة وخمسين ، والنجوم مائة ، خرجت النجوم من الثلث ، فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق . ولو كانت القيمة مائة ، والنجوم

. . . . . .

مائة وخمسين ، فالقيمة خارجة من الثلث ، فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق . وإنما كان كذلك لأن ملك السيّد إنما يستقرّ على الأقلّ منهما ، فإن كانت النجوم أقلّ فالكتابة لازمة من جهته ، وقد ضعف ملكه في المكاتب ، فليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً ، وإن كانت القيمة أقلّ فهي التي تخرج عن ملكه ، والعبد معرض لإسقاط النجوم بأن يعجّز نفسه على قول الشيخ[١] أو يعجز .

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث ، بأن كان يملك سوى المكاتب خمسين ، فيضمّ أقلّهما إلى الخمسين وينفذ العتق في ثلثهما[٢] من العبد . فإذا كانت القيمة مائة وخمسين ، والنجوم مائة ، ضممنا النجوم إلى الخمسين ونفّذنا العتق في ثلثهما وهو نصف العبد ، وتبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم ، فإذا أدّاه إلى الورثة عتق ، وإن عجز فلهم ردّه إلى الرقّ . وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صوّرنا عتق ثلثاه ، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة . وإن كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فكذلك يعتق ثلثاه ، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مالها وهو خمسون .

هكذا أطلقه [المصنّف ك][٣] الجماعة[٤] . وهو يتمّ بلا إشكال على القول بجواز الكتابة من جهة المكاتب ، لكون مال الكتابة غير مستقرّ ، أما على القول بلزومها فلا يخلو اعتباره من إشكال ، إلا أن يتحقّق العجز بالفعل . وأيضاً فإنه إذا أدّى الخمسين في المثال زاد مال المولى ، لأنه يثبت هذا المال بعقده ووُرث منه ،

---

(١) المبسوط ٦ : ٩١ .

(٢) في « ق » : ثلثها .

(٣) من « خ ، م » فقط .

(٤) المبسوط ٦ : ١٤٩ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٦٢٣ .

السادسة : إذا أوصى بعتق المكاتب ، فمات وليس له سواه ، ولم يحلّ مال الكتابة ، يعتق ثلثه معجّلاً . ولا ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابة ، لأنه إن أدّى حصل للورثة المال ، وإن عجز استرقّوا ثلثيه ، ويبقى ثلثاه مكاتباً يتحرّر عند أداء ما عليه.

فينبغي أن يزيد ما يعتقه منه ، فيدخلها[١] الدور ، ويستخرج حينئذٍ بالجبر كنظائرها[٢].

قوله : « إذا أوصى بعتق ... الخ » .

هذا الحكم ثابت سواء عجّل عتقه أو أوصى به ، وإنما خصّ الحكم بالوصيّة بالعتق ليكون مجزوماً بكون المعتَق ثلثه ، للخلاف في الأول .

ونبّه بقوله : « ولاينتظر بعتق الثلث حلول الكتابة » على خلاف بعض الشافعيّة[٣] ، حيث اعتبر في عتق الثلث وصول الثلثين إلى الوارث ، لأن نفوذ الوصيّة مشروط بكون ضعفها في يد الوارث ، ولمّا لم يرجع هنا إلى الوارث ثلثا العبد ولا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق في الثلث .

والمصنف ـ رحمه الله ـ أشار إلى جوابه بقوله : « لأنه إن أدّى حصل للورثة المال ... الخ » . ومحصّله : أن الورثة قد حصل لهم ضعفه يقيناً وإنما الموقوف عين الحاصل ، وذلك لأن المكاتب إن أدّى مال الكتابة عن الثلثين حصل للورثة المال وهو ضعف ما عتق ، وإن عجز استرقّوا ثلثيه وهو الضعف أيضاً ، فضعف الوصيّة حاصل على التقديرين وإن لم يكن متعيّناً في أحد

---

(١) في « ط » : فيدخله .

(٢) في « خ ، و ، م » : كنظائره .

(٣) الحاوي الكبير ١٨ : ٢٨٥ .

السابعة : إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث ، لأنه معاملة على ماله بماله ، فجرت المكاتبة مجرى الهبة . وفيه قول آخر أنه من أصل المال ، بناءً على القول بأن المنجّزات من الأصل .

فإن خرج من الثلث نفذت الكتابة فيه أجمع ، وينعتق عند أداء المال . وإن لم يكن سواه صحّت في ثلثه ، وبطلت في الباقي .

الأمرين .

وفي الجواب نظر ، لأن الوارث ممنوع من التصرّف فيما حصل له قبل استقرار الأمر بتعيّن أحد الأمرين ، والوصيّة نافذة بغير مانع ، فالشبهة غير منحسمة . وقد تقدّم الكلام على نظير المسألة فيما سبق [و][1] في الوصايا .

واعلم أن قول المصنف رحمه الله : « ويبقى ثلثاه مكاتباً » معطوف على قوله : « يعتق ثلثه معجّلاً » وما بينهما معترض بين الحكمين .

قوله : « إذا كاتب المريض ... الخ » .

في قوله : « لأنه معاملة على ماله بماله » جواب عن سؤال مقدّر ، تقريره : أن الكتابة معاوضة ماليّة ، لأنها إما بيع العبد نفسه أو عتق بعوض فالعوض حاصل على التقديرين ، وهو واصل إلى الورثة في مقابلة[2] العبد ، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرّع والمحاباة فلأيّ شيء يعتبر من الثلث ؟

وتقرير الجواب : أن الكتابة وإن كانت معاوضة إلا أنها بحسب الصورة لا الحقيقة ، لأن العوض والمعوّض كليهما[3] من مال المولى ، إذ الكسب تابع

---

(١) من « د ، ق ، و ، ط » ، وانظر ج ٦ : ٢١٠ .

(٢) في « ط » : معاملة .

(٣) في ما لدينا من النسخ الخطيّة والحجريّتين : كلاهما ، والصحيح ما أثبتناه .

للمملوك ، فهي معاوضة على ماله بماله ، فكانت في معنى التبرّع المحض ، فلذلك اعتبرت من الثلث مع عدم الإجازة ، بخلاف المعاوضة المشتملة على عوض يدخل في مال المالك من خارج كالبيع بثمن المثل والإجارة ، إذ ليس فيها تفويت مال وإن اشتملت على تبدّل الأعيان ، لأن المعتبر في نظر العقلاء غالباً هو أصل الماليّة دون خصوصيّة العين . وبهذا يخالف ما إذا باع نسيئة في مرض الموت بثمن المثل حيث يصحّ البيع في الجميع ، لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن ، وهاهنا لو لم يكاتب لحصل[1] له كسبه .

إذا تقرّر ذلك ، فإذا كاتب في مرض الموت وقلنا إن منجّزاته من الثلث اعتبرت قيمة العبد من الثلث . فإن لم يملك شيئاً سواه وأدّى النجوم في حياة المولى ، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته عتق كلّه ، لأنه يبقى للورثة مثلاه . وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه، لأنه إذا أخذ مائة وقيمته مائة فالجملة مائتان ، فينفذ التبرّع في ثلث المائتين وهو ثلثا المائة .

ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحّت الكتابة في نصفه . وإن لم يؤدّ حتى مات السيّد نظر إن لم تجز الورثة مازاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإن أدّى حصّته من النجوم عتق . وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدّى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة ؟ فيه وجهان كما في المسألة السابقة[2]. ووجه العدم : أن الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا تعود . وهذا هو الذي جزم به

---

(١) كذا في « د ، و » ، وفي « ط » والحجريّتين : يحصل ، وفي « ص ، ق ، خ ، م » : لم يحصل .

(٢) انظر ص : ٥٢١ ـ ٥٢٢ .

وأما الاستيلاد فيستدعي بيان أمرين :

الأول : في كيفيّة الاستيلاد .

وهو يتحقّق بعلوق أمته منه في ملكه . ولو أولد أمة غيره مملوكاً ثم ملكها لم تصر أم ولده .

ولو أولدها حرّاً ، ثم ملكها ، قال الشيخ : تصير أم ولده ، وفي رواية ابن مارد : لاتصير أم ولد له .

المصنف والجماعة[١] . ووجه الزيادة : زيادة ما صار بيد الوارث ، فكان كما لو ظهر للميّت دفين أو نصب شبكة في الحياة[٢] فيعقل فيها صيد بعد الموت ، فإنه يزاد في الكتابة لذلك .

قوله : « وأما الاستيلاد ... الخ » .

يدخل في العلوق إذا ولدته تامّاً وناقصاً ، بل مضغة وعلقة ، لانطفة في الأصحّ ، لعدم اليقين بكونها مبدأ للنشوء واستعدادها للصورة الانسانيّة ، بخلاف أختيها ، واستصحاباً لحكم الأمة . وفائدة غير الحيّ إبطال التصرّف المخرج عن الملك الواقع زمن الحمل ، وانقضاء العدّة به للحرّة والأمة من الزوج والشبهة .

ويشترط في تحقّق الاستيلاد كون الولد حرّاً حال العلوق على الأظهر ، بل لم ينقل المصنف فيه خلافاً ، لأن الاستيلاد إنما يثبت تبعاً لحرّية الولد ، وإلى ذلك أشار النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم بقوله في جارية : «أعتقها ولدها»[٣] . فلو

---

(١) انظر المبسوط ٦ : ١٥٠ .

(٢) في « خ ، م » : حياته .

(٣) سنن ابن ماجة ٢ : ٨٤١ ح ٢٥١٦ ، سنن الدارقطني ٤ : ١٣١ ، مستدرك الحاكم ٢ : ١٩ ، نصب الراية ٣ : ٢٨٧ .

ولو وطىء المرهونة فحملت ، دخلت في حكم أُمّهات الأولاد .

كان مملوكاً [له][١] إما لكون الواطىء عبداً حالة الوطء والحمل ، أو باشتراط الرقّية في حال كونه حرّاً وجوّزنا الشرط ، لم تصر أم ولد ، خلافاً للشيخ[٢] وابن حمزة[٣] ، نظراً إلى الوضع اللغوي .

وكذا الخلاف فيما إذا أولد أمة غيره ولداً حرّاً ، بأن تزوّجها في حال حرّيته ولم يشترط الرقيّة ثم ملكها ، عملاً بالأصل ، والشك في السبب ، ولأن الاستيلاد لم يثبت في الحال فلا يثبت بعد ، مؤيّداً برواية ابن مارد عن الصادق عليه السلام في رجل يتزوّج الأمة ويولدها ثم يملكها ولم تلد عنده بعد قال : « هي أمته إن شاء باعها مالم يحدث بعد ذلك حمل ، وإن شاء أعتق»[٤] .

قوله : «ولو وطىء المرهونة ... الخ » .

إذا وطىء الراهن أمته المرهونة فحملت صارت أم ولد ، لوجود المقتضي له وهو علوقها في ملكه ، وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا كونها مرهونة والرهن لم يخرجها عن ملكه وإن حظر عليه التصرّف ، فإن الاستيلاد يجامع الوطء المحرّم بعارض حيث يكون الملك متحقّقاً ، كالوطء [في][٥] حالة الحيض والإحرام .

ومقتضى قوله : « دخلت في حكم أمّهات الأولاد » تحريم بيعها على المرتهن ، وذلك في معنى بطلان الرهن . وهو أحد الأقوال في المسألة ، وبه صرّح

---

(١) من الحجريّتين فقط .

(٢) المبسوط ٦ : ١٨٧ ، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٧٤ مسألة (٣) .

(٣) الوسيلة : ٣٤٢ ـ ٣٤٣ .

(٤) التهذيب ٧ : ٤٨٢ ح ١٩٤٠ ، الوسائل ١٦ : ١٠٥ ب « ٤» من أبواب الاستيلاد .

(٥) من الحجريّتين فقط .

وكذا لو وطىء الذمّي أمته ، فحملت منه . ولو أسلمت بيعت عليه. وقيل : يحال بينه وبينها ، وتجعل على يد امرأة ثقة . والأول أشبه.

المصنف في كتاب[١] الرهن ، لعموم[٢] النهي عن بيع أمّهات الأولاد . وفيه قول آخر أنه لايبطل ، ويقدّم حقّ المرتهن لسبقه . وهذا أقوى .

قوله: « وكذا لو وطىء ... الخ » .

الاسلام غير شرط في الاستيلاد ، للعموم[٣] ، فلو أولد الكافر أمته لحقها حكم أُمّهات الأولاد ، لكن لو أسلمت قبله تعارض عموم[٤] تحريم بيع أم الولد وتحريم بقاء المسلم في ملك الكافر الموجب لوجود السبيل له عليه المنفيّ بقوله تعالى : ﴿ولن يجعل اللّه للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٥] فيجب إزالة السبيل عن أم الولد المسلمة .

وقد اختلف كلام الشيخ وغيره في مزيله[٦] ، ففي المبسوط[٧] : تباع ، وهو الذي اختاره المصنف ، لأن السبيل لاينتفي رأساً بدونه ، ويكون بيعها مستثنى من عموم النهي لذلك ، فإنه مخصوص بمواضع كثيرة .

وقال في الخلاف[٨] : تجعل عند امرأة مسلمة تتولّى القيام بها ، جمعاً بين

---

(١) شرائع الاسلام ٢ : ٩٩ .

(٢ و ٤) الكافي ٦ : ١٩٣ ح ٥ ، الفقيه ٣ : ٨٣ ح ٢٩٩ ، التهذيب ٨ : ٢٣٨ ح ٨٦٢ ، الاستبصار ٤ : ١٢ ح ٣٦ ، الوسائل ١٦ : ١٠٤ ب (٢) من أبواب الاستيلاد ح ١ .

(٣) انظر الوسائل ١٦ : ١٠٧ ب « ٦ » من أبواب الاستيلاد .

(٥) النساء : ١٤١ .

(٦) في « خ ، د » والحجريّتين : تنزيله .

(٧) المبسوط ٦ : ١٨٨ .

(٨) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٦٧٤ مسألة (٢) .

الثاني : في الأحكام المتعلّقة بأم الولد

وفيه مسائل :

الأُولى : أم الولد مملوكة ، لاتتحرّر بموت المولى ، بل من نصيب ولدها . لكن لا يجوز للمولى بيعها مادام ولدها حيّاً ، إلا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى، ولا وجه لأدائه إلا منها . ولو مات ولدها رجعت مطلقاً ، وجاز التصرّف فيها ، بالبيع وغيره من التصرّفات .

الحقّين ، لأن الاستيلاد مانع من البيع ولا سبيل إلى بقاء السبيل فيجمع بينهما بذلك .

وللعلامة[١] قول ثالث أنها تستسعى ، لأن العتق والحيلولة إضرار بالملك[٢] والبيع منهيّ عنه ، والسبيل واجب الإزالة ، فوجب الاستسعاء . وهذا يوجب الاكتفاء بالكتابة بطريق أولى ، لأنها تقطع تصرّف المولى بخلاف الاستسعاء .

والأصحّ الأول . والحقّ فيه للّه تعالى لا للمملوك ، فلو رضي ببقائه في ملك الكافر لم يجب إليه[٣] .

قوله : « أم الولد .... الخ » .

لا خلاف في كون أم الولد مملوكة مادام المولى حيّاً ، فيلحقها أحكام المماليك من جواز إجارتها وتزويجها وتحليلها للغير ووجوب نفقتها وغير ذلك من الأحكام ، سوى البيع ونحوه من وجوه النقل عن ملكه ، إلا في مواضع مخصوصة أشهرها في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى ولا وجه له إلى أدائه

---

(١) المختلف : ٦٤٧ .

(٢) في « د » : بالمالك .

(٣) في الحجريّتين : البتّة .

الثانية : إذا مات مولاها ، وولدها حيّ ، جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه . ولو لم يكن سواها ، عتق نصيب ولدها منها ، وسعت في الباقي . وفي رواية : تقوَّم على ولدها إن كان موسراً . وهي مهجورة .

سواها ، سواء كان حيّاً أم ميّتاً على ما يقتضيه إطلاق العبارة ، والأمر فيه كذلك . وقد تقدّم البحث فيه في النكاح[١] والبيع[٢] فلا وجه لإعادته .

قوله : « إذا مات مولاها ... الخ » .

لاشبهة في انعتاق نصيب ولدها منها بمقتضى الملك وعتق القريب به . وأما جعلها بأجمعها في نصيب ولدها مع ترك مولاها مالاً غيرها فمستنده النصّ[٣]، وإلا فهو حكم على خلاف الأصل حيث إن الملك قهري فلا يسري . ولو لم يكن سواها عتق نصيبه منها وسعت في الباقي ، كما في كلّ من أُعتق بعضه ولم يسر الباقي على أحد .

والرواية بتقويمها على ولدها هي موثّقة وهيب بن حفص عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات قال : « إن شاء بيعها باعها ، وإن مات مولاها وعليه دين قوّمت على ابنها ، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها ، فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة »[٤] .

---

(١) انظر ج ٨ : ٤٦ .

(٢) انظر ج ٣ : ١٧٠ .

(٣) لاحظ الوسائل ١٦ : ١٠٧ ب «٦» من أبواب الاستيلاد ، ح ١ و ٢ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٣٩ ح ٨٦٥ ، الاستبصار ٤ : ١٤ ح ٤١ ، الوسائل ١٦ : ١٠٨ ب « ٦ » من أبواب الاستيلاد ذيل ح ٤ .

الثالثة : إذا أوصى لأم ولده ، قيل : تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصيّة . وقيل : تنعتق من الوصيّة ، فإن فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها . وهو أشبه .

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية[١] . وفي سندها ما لا يخفى . وهي مع ذلك مهجورة العمل عند غير الشيخ في النهاية ، وقد رجع عنه في غيرها[٢] . فالمذهب[٣] عدم التقويم .

قوله : « إذا أوصى لأم ولده ... الخ » .

وجه الأول : أن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث وإن منع من التصرّف فيها قبل أداء الدَّين والوصيّة ، فينعتق عليه نصيبه ويحتسب عليه الباقي كما مرّ . وفي صحيحة[٤] أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام ما يدلّ عليه أيضاً .

ووجه الثاني : أن الارث متوقّف على أداء الدَّين والوصيّة ، لقوله تعالى : ﴿من بعد وصيّة يوصي بها أو دين﴾[٥] فلا يحكم لابنها بشيء حتى يحكم لها بالوصيّة ، فيعتق منها إن وفت بقيمتها ، ويكمل من نصيب ولدها إن قصر كما لو لم يكن هناك وصيّة .

والمصنف ـ رحمه الله ـ اختار هنا الثاني ، وفي النكت[٦] اختار الأول . والمسألة لاتخلو من إشكال ، والرواية لا تخلو من اضطراب . وقد تقدّم البحث

---

(١) النهاية : ٥٤٧ .

(٢) انظر المبسوط ٦ : ٦٨ .

(٣) في « م » : والمذهب ، وفي الحجريّتين : فالوجه .

(٤) الكافي ٧ : ٢٩ ح ٤ ، الفقيه ٤ : ١٦٠ ح ٥٥٩ ، التهذيب ٩ : ٢٢٤ ح ٨٨٠ ، الوسائل ١٣ : ٤٧٠ ب « ٨٢ » من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٤ .

(٥) النساء : ١١ .

(٦) النّهاية ونكتها ٣ : ١٥١ .

الرابعة :إذا جنت أم الولد خطأً ، تعلّقت الجناية برقبتها ، وللمولى فكّها . وبكم يفكّها ؟ قيل : بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمتها ، وقيل : بأرش الجناية ، وهو الأشبه. وإن شاء دفعها إلى المجنيّ عليه. وفي رواية مسمع عن أبي عبد اللّه عليه السلام : جنايتها في حقوق الناس على سيّدها .

ولو جنت على جماعة ، فالخيار للمولى أيضاً بين فديتها ، وتسليمها إلى المجنيّ عليهم أو ورثتهم ، على قدر الجنايات .

فيها مستوفى في الوصايا[1] .

قوله : « إذا جنت أم الولد ... الخ » .

وجه تخييره بين فداها ودفعها : أنها مملوكة له والمولى لايعقل عبداً .

ثم إن اختار فداها ففي مقداره قولان للشيخ ، ففي المبسوط[2] يفديها بأقلّ الأمرين من قيمتها وأرش الجناية ، لأن الأقلّ إن كان هو الأرش فظاهر ، وإن كان القيمة فهي بدل العين فيقوم مقامها ، والجاني لايجني على أكثر من نفسه ، والمولى لايعقل مملوكه ، فلا يلزم الزائد .

وفي الخلاف[3] يفديها بأرش الجناية بالغاً ما بلغ إن لم يسلّمها ، لتعلّقه برقبتها ، وربما رغب فيها راغب بالزيادة لو دفعها . وهذا هو الذي اختاره المصنّف. وفي الأول قوّة . وليس الحكم مختصّاً بأم الولد ، بل بكلّ مملوك .

---

(١) انظر ج ٦ : ٢٢٩ .

(٢) المبسوط ٧ : ١٦٠ .

(٣) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢ : ٣٩٨ مسألة (٨٨) .

الخامسة : روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : في وليدة نصرانيّة أسلمت عند رجل ، وولدت منه غلاماً ومات ، فـأُعتقت وتزوّجت نصرانيّاً وتنصّرت وولدت ، فقال عليه السلام : ولدها لابنها من سيّدها ، وتحبس حتى تضع ، فإذا ولدت فاقتلها . وفي النهاية : يفعل بها ما يفعل بالمرتدّة . والرواية شاذّة .

وللشيخ في المبسوط[١] قول ثالث أن أرش جنايتها على سيّدها ، لمنعه بيعها بالاستيلاد ، فأشبه عتق الجاني . وتدلّ عليه رواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنه قال : « أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيّدها ، ومتى كان من حقوق اللّه تعالى في الحدود فإن ذلك على بدنها ، ويقاصّ منها للمماليك»[٢] .

قوله : «روى محمد بن قيس ... الخ » .

هذه الرواية ـ مع ضعف سندها باشتراك محمد بن قيس بين الثقة والضعيف وغيرهما ، وبابن فضّال ـ مخالفة للأصل من استرقاق ولدها الحرّ المتولّد من نصرانيّ محترم ، وقتل المرأة المرتدّة خصوصاً عن ملّة . والمختار ما ذكره في النهاية[٣] من إجراء أحكام المرأة المرتدّة عليها وبقاء ولدها على الحرّية .

تم المجلّد العاشر وللّه الحمد
ويليه المجلّد الحادي عشر بإذنه تعالى

---

(١) المبسوط ٧ : ١٦٠ .

(٢) الكافي ٧ : ٣٠٦ ح ١٧ ، التهذيب ١٠ : ١٩٦ ح ٧٧٩ ، الوسائل ١٩ : ٧٦ ب «٤٣» من أبواب القصاص في النفس .

(٣) النهاية : ٤٩٩ ـ ٥٠٠ .

فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

الكفّارات

«المقصد الأول : في أقسام الكفّارات»

تعريف الكفّارة..... ٧
وجوب الكفّارة أهو على الفور أو التراخي ؟..... ٨
كفّارة الظهار وقتل الخطأ..... ٩
كفّارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان..... ١٠
كفّارة من أفطر في يوم من شهر رمضان..... ١٣
الإفطار يشمل المحرّم من أسباب التكفير والمحلّل..... ١٥
كفّارة خلف النذر..... ١٧
الكفّارة التي يجتمع فيها التخيير والترتيب..... ٢٤
كفّارة الجمع..... ٢٤

«المقصد الثاني : في ما اختلف فيه»

كفّارة الحلف بالبراءة..... ٢٥
كفّارة جزّ المرأة شعرها في المصاب..... ٢٧
كفّارة نتف المرأة شعرها في المصاب..... ٢٨

كفّارة الوطء في الحيض ٣٠
كفّارة الزواج بالمرأة في عدّتها ٣٢
كفّارة من نام عن صلاة العشاء حتى جاوزنصف الليل ٣٣
كفّارة من نذر صوم يوم فعجز عنه ٣٤

«المقصد الثالث : في خصال الكفّارة»

«القول في العتق»

الأوصاف التي يجب توفّرها في الرقبة ٣٥
الوصف الأول : الإيمان ٣٦
ماذا يراد بالإيمان ؟ ٣٨
لا يجزي الحمل ٤٠
إذا بلغ المملوك أخرس وأبواه كافران ٤٠
المسبيّ من أطفال الكفّار لا يحكم بإسلامه ٤٢
لو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه ٤٣
الوصف الثاني : السلامة من العيوب ٤٤
يجزي ولد الزنا ٤٥
الوصف الثالث : أن يكون تامّ الملك ٤٧
لا يجزي المكاتب المطلق ٤٨
يجزي الآبق والمستولدة ٤٩
لو أعتق نصفين من عبدين مشتركين ٥٠
لو أعتق شقصاً من عبد مشترك ٥١
لو أعتق المرهون لم يصحّ ٥٤
عتق المملوك القاتل ٥٤

لو أعتق عمّن تجب عليه الكفّارة معتق بمسألته..... ٥٥
لو تبرّع عنه..... ٥٦
إذا قال : أعتق عبدك عنّي..... ٥٧

«شروط الإعتاق»

الأول : النيّة ٦١
هل تعتبر نيّة التعيين؟ ٦٤
نيّة التعيين لو كفّر بالصوم..... ٦٦
فروع على القول بعدم التعيين
الأول : لو أعتق عبداً عن إحدى كفّارتيه..... ٦٨
الثاني : لو كان عليه كفّارات ثلاث متساوية..... ٦٩
الثالث : لو كان عليه كفّارة ولم يدر أهي عن قتل أو ظهار ؟..... ٧٠
الرابع : لو شكّ بين نذر وظهار ٧٠
الخامس : لو كان عليه كفّارتان وله عبدان..... ٧١
لو اشترى أباه ونوى به التكفير..... ٧٣
الشرط الثاني : تجريده عن العوض ٧٥
الشرط الثالث : أن لا يكون السبب محرّماً..... ٧٩

«القول في الصيام»

بمَ يتحقّق العجز عن العتق لينتقل الفرض إلى الصوم؟..... ٨٠
الواجب في الكفّارة المرتّبة صوم شهرين متتابعين..... ٨٣
بمَ يتحقّق التتابع ؟..... ٨٤
مواضع تقطع التتابع ومواضع مختلف فيها ٨٦
لو عرض في اثناء الشهر الأول زمان لا يصحّ صومه..... ٨٩

«القول في الإطعام»

قدر الطعام..... ٩١
المصروف إليه ٩٢
جنس الطعام..... ٩٤
يجوز أن يعطي العدد متفرّقين ومجتمعين..... ٩٥
لا يجزي إطعام الصغار منفردين ٩٥
مسائل من الإطعام..... ٩٧
يستحبّ الاقتصار على إطعام المؤمنين ٩٩
اعتبار المسكنة في مستحقّ الإطعام..... ١٠١

«مسائل أربع»

الأُولى : كفّارة اليمين مخيّرة ١٠٢
تقدير الكسوة في كفّارة اليمين ١٠٢
الثانية : الإطعام في كفّارة اليمين مدّ..... ١٠٥
الثالثة : كفّارة الإيلاء مثل كفّارة اليمين..... ١٠٥
الرابعة : كفّارة من ضرب مملوكه فوق الحدّ..... ١٠٥

«المقصد الرابع : في أحكام الكفّارات»

لو صام هلالين فقد أجزأه ولو كانا ناقصين..... ١٠٧
الاعتبار في الكفّارة المرتّبة حال الأداء لا حال الوجوب ١٠٨
إذا كان للمكفّر مال غائب لم ينتقل فرضه إلى الصوم..... ١١٠
إذا عجز عن العتق فصام ثم وجد ما يعتق..... ١١١
لو ظاهر ولم ينو العود فأعتق عن الظهار..... ١١٣
لا تدفع الكفّارة إلى الطفل..... ١١٤

لا تصرف الكفّارة إلى مستحقّي النفقة على الدافع..... ١١٥
يجب تقديم الكفّارة مطلقاً على المسيس في الظهار ١١٦
لا يجوز التكفير بنصفين من جنسين في الكفّارة المخيّرة ١١٦
لا يجزي دفع القيمة في الكفّارة..... ١١٧
هل يجوز صوم العيد وأيّام التشريق في كفّارة القتل في الأشهر الحرم؟..... ١١٨
وظيفة العاجز عن صوم شهرين متتابعين ١١٩

كتاب الإيلاء

«النظر الأول : في الصيغة»

تعريف الإيلاء ١٢٥
صيغة الإيلاء..... ١٢٦
هل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟..... ١٢٩
لا يقع الإيلاء بالحلف بالعتاق أو بالصدقة أو بالتحريم..... ١٣٠
لو آلى من زوجة وقال للأُخرى : شرّكتك معها ١٣١
لا يقع الإيلاء إلّا في إضرار ١٣١

«النظر الثاني : في المؤلي»

شروط المؤلي..... ١٣١
يصحّ الإيلاء من المملوك والذمّي والخصيّ..... ١٣٢
هل يصحّ الإيلاء من المجبوب ؟..... ١٣٣

«النظر الثالث : في المؤلى منها»

شروط المؤلى منها ١٣٤
هل يقع الإيلاء بالمستمتع بها؟ ١٣٥
يقع الإيلاء بالحرّة والمملوكة والذمّية ١٣٦

«النظر الرابع : في أحكام الإيلاء»

المدّة اللازمة لانعقاد الإيلاء..... ١٣٧
لو قال : والله لا وطئتك حتى أدخل هذه الدار..... ١٤٠
مدّه التربّص أربعة أشهر..... ١٤٠
لو آلى مدّة معيّنة ودافع بعد المواقفة حتى انقضت المدّة..... ١٤٤
لو أسقطت حقّها من المطالبة لم تسقط..... ١٤٤

«فروع»

الاول : لو اختلفا في انقضاء المدّة..... ١٤٥
الثاني : لو انقضت المدّة وهناك ما يمنع من الوطء..... ١٤٥
لو تجدّدت أعذار المرأة في أثناء مدّة التربّص..... ١٤٦
الثالث : إذا جنّ المؤلي بعد ضرب المدّة..... ١٤٧
الرابع : إذا انقضت المدّة وهو محرم..... ١٤٨
الخامس : إذا ظاهر ثم آلى..... ١٤٨
السادس : إذا آلى ثم ارتدّ..... ١٥٠
إذا وطىء في مدّة التربّص لزمته الكفّارة..... ١٥٠
إذا وطىء المؤلي ساهياً أو مجنوناً أو اشتبهت بغيرها..... ١٥٣
إذا ادّعى الإصابة فأنكرت..... ١٥٤
هل المدّة المضروبة بعد الترافع أو من حين الإيلاء ؟..... ١٥٦
إذا ترافع الذمّيان عند الحاكم..... ١٥٧
بمَ تحصل فئة القادر والعاجز ؟..... ١٥٨
إذا آلى من الأمة ثم اشتراها وأعتقها وتزوّجها..... ١٥٩
إذا قال لأربع : والله لا وطئتكنّ..... ١٦٠

ولو قال : لا وطئت واحدة منكنّ..... ١٦٢
ولو قال : لا وطئت كلّ واحدة منكنّ..... ١٦٥
إذا آلى من الرجعيّة ١٦٦
لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين ١٦٨
إذا قال : والله لا أصبتك سنة إلّا مرّة..... ١٧٠

كتاب اللعان

تعريف اللعان..... ١٧٥

«النظر الأول : في أركانه»

«الركن الأول : في سبب اللعان»

«السبب الأول : القذف» ١٧٧
شروط تحقّق اللعان بالقذف..... ١٧٧
هل اللعان مشروط بعدم البيّنة من قبل الزوج أم لا ؟ ١٨٠
لو قذف الزوجة بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح ١٨١
لا يجوز قذف الزوجة مع الشبهة ولا مع غلبة الظنّ..... ١٨٢
إذا قذف في العدّة الرجعيّة أو البائنة ١٨٣
لو قذف الزوجة بالسَّحق ١٨٤
لو قذف زوجته المجنونة..... ١٨٥
ليس للمولى مطالبة تعزير زوج أمته في قذفها..... ١٨٦

«السبب الثاني : إنكار الولد»

شروط تحقّق اللعان بإنكار الولد..... ١٨٧
إذا اختلف الزوجان في مدّة الحمل بعد الدخول..... ١٨٨
شروط إلحاق الولد بالأب..... ١٨٩

إلحاق الولد بالزوج لو وطىء دبراً ١٩٠
هل يلحق ولد الخصيّ المجبوب؟ ١٩١
إذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد ١٩٣
لو أقرّ بالولد لم يكن له إنكاره بعد ذلك ١٩٦
إذا طلّق الرجل وأنكر الدخول فادّعته ١٩٧
لو قذف امرأته ونفى الولد ١٩٨
لو طلّق زوجته بائناً فأتت بولد ١٩٩
لو تزوّجت المطلّقة وأتت بولد ١٩٩

«الركن الثاني : في الملاعن»

شروط الملاعن ٢٠٠
يصحّ لعان الأخرس ٢٠٢
لو نفى ولد المجنونة ٢٠٥
لو أنكر ولد الشبهة ٢٠٥
يجب إنكار الولد واللعان لو عرف انتفاء الحمل ٢٠٦

«الركن الثالث : في الملاعنة»

شروط الملاعنة ٢٠٨
يشترط أن تكون منكوحة بالعقد الدائم ٢١١
هل يشترط أن تكون مدخولاً بها ؟ ٢١٢
يثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة ٢١٤
هل يشترط كونها مسلمة؟ ٢١٦
يصحّ لعان الحامل ٢١٧
لا تصير الأمة فراشاً بالملك ٢١٨

وهل تصير فراشاً بالوطء ؟ ٢١٩
أحكام تترتّب على كون الموطوءة فراشاً ٢٢٢

«الركن الرابع : في كيفيّة اللعان»

لا يصحّ اللعان إلّا عند الحاكم ٢٢٨
صورة اللعان ٢٢٩
الواجب في اللعان ٢٣٠
المندوب في اللعان ٢٣٤
تغليظ اللعان بالقول والمكان والزمان ٢٣٦
اللعان هل هو شهادات أو أيمان؟ ٢٣٨

«النظر الثاني : في الأحكام»

الأحكام التي تترتّب على لعان الزوج ٢٤١
الأحكام التي تترتّب على لعانهما ٢٤٢
لو أكذب الزوج نفسه في أثناء اللعان أو نكلت الزوجة ٢٤٤
لو أكذب نفسه بعد اللعان ٢٤٥
لو اعترفت بعد اللعان بالزنا ٢٤٦
إذا اعتقل لسان الملاعن بعد القذف ٢٤٧
إذا ادّعت الزوجة القذف فأنكر الزوج ٢٤٨
إذا قذف الرجل زوجته بالزنا برجل معيّن ٢٤٩
إذا قذف الرجل زوجته بالزنا فأقرّت قبل اللعان ٢٥٠
إذا قذف زوجته بالزنا فاعترفت فأقام شاهدين باعترافها ٢٥١
إذا قذف زوجته فماتت قبل اللعان ٢٥٣
مسائل من تكرار القذف قبل اللعان ٢٥٥

إذا شهد على المرأة بالزنا أربعة رجال أحدهم الزوج..... ٢٥٨
إخلال أحد المتلاعنين بشيء من ألفاظ اللعان..... ٢٦٠
فرقة اللعان فسخ..... ٢٦٠

كتاب العتق

تعريف العتق..... ٢٦٥
فضيلة العتق..... ٢٦٥
يختصّ الرقّ بأهل الحرب..... ٢٦٧
يحكم برقّية من أقرّ على نفسه بالرقّ..... ٢٦٨
يجوز استرقاق الملتقط في دار الحرب..... ٢٧٠
يجوز شراء الأقرباء من الحربيّ..... ٢٧٠
يستوي سبي المؤمنين والضلّال في استباحة الرقّ..... ٢٧١
صيغة العتق..... ٢٧٢
بعض الصيغ المختلف في وقوع العتق بها..... ٢٧٤
لا تكفي الإشارة والكتابة في العتق..... ٢٧٦
لا بدّ من تجريد العتق عن الشرط..... ٢٧٧
توجيه العتق إلى أعضاء البدن..... ٢٧٨
هل يشترط تعيين المعتَق ؟..... ٢٧٩
لو مات المعتق قبل التعيين..... ٢٨١
إذا أعتق معيّناً في نفسه ثم نسيه..... ٢٨٢
شروط المعتِق..... ٢٨٣
أقوال الأصحاب في اشتراط إسلام المعتِق..... ٢٨٥
شروط المعتَق..... ٢٨٧

عتق ولد الزنا ٢٨٩
عتق غير المالك لم ينفذ ٢٩٠
لو جعل العتق يميناً لم يقع ٢٩١
لو أعتق مملوك ولدهِ الصغير ٢٩١
إذا شرط المعتق على العبد أمراً سائغاً ٢٩٢
لو شرط على العبد خدمة زمان معيّن ٢٩٥
لا يجوز عتق المدبّر عن الكفّارة ٢٩٦
يستحبّ إعتاق المؤمن المسترقّ سبع سنين ٢٩٦
يكره عتق المخالف والعاجز ٢٩٧
لو نذر عتق أول مملوك يملكه ٢٩٨
لو نذر تحرير أول ما تلده ٣٠٠
لو أعتق بعض مماليكه ثم قيل له : هل أعتقتهم ؟ فقال : نعم ٣٠١
لو نذر عتق أمته إن وطئها ٣٠٦
لو نذر عتق كلّ عبد قديم ٣٠٧
مال العبد المعتَق لمن ؟ ٣٠٩
إذا أعتق ثلث عبيده ٣١٢
إذا اشترى أمة نسيئة فأعتقها وتزوّجها ومات ولم يخلّف سواها ٣١٦
إذا أوصى بعتق عبد يخرج من الثلث ٣١٦
إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه ٣١٨
العتق في مرض الموت ٣٢٠
إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت لا مال له سواهنّ ٣٢١
إذا أعتق ثلاثة في مرض الموت لا يملك غيرهم ثم مات أحدهم ٣٢٢

العتق بالسراية ٣٢٤
شروط العتق بالسراية ٣٢٦
لو هايا الشريك العبدَ المبعّض ٣٢٨
لو كان المملوك بين ثلاثة فأعتق اثنان ٣٢٨
تعتبر قيمة حصّة الشريك من العبد المبعّض وقت العتق ٣٢٩
تنعتق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق ٣٣٠
فروع تتفرّع على وقت الانعتاق ٣٣٢
لو هرب معتِق الشقص ٣٣٤
لو اختلف مالكا العبد في قيمة الشقص ٣٣٥
لو ادّعى معتِق الشقص في العبد عيباً ٣٣٦
ما المراد من اليسار المعتبر في معتِق الشقص ؟ ٣٣٦
لو ورث شقصاً ممّن ينعتق عليه ٣٣٨
لو أوصى بعتق بعض عبده وليس له غيره ٣٣٩
الاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة ٣٤٠
عتق الحامل هل يسري إلى الحمل؟ ٣٤٣
إذا ادّعى كلّ واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه ٣٤٤
إذا دفع المعتِق قيمة نصيب شريكه متى ينعتق العبد؟ ٣٤٦
إذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم ٣٤٧
الانعتاق بملك القرابة ٣٤٨
لو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعتق عليه بالنسب ٣٤٩
متى يتحقّق الانعتاق بالملك ؟ ٣٥٢
إذا ملك أحد من ينعتق عليه اختياراً أو بغير اختيار ٣٥٣

إذا أُوصي لصبيّ أو مجنون بمن ينعتق عليه ٣٥٤
إذا أُوصي لهما ببعض من ينعتق عليه ٣٥٥
انعتاق العبد بالعمى والجذام وغيرهما ٣٥٦
هل ينعتق من مثّل به مولاه ؟ ٣٥٨

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

تعريف التدبير ٣٦٥
هل يصحّ تعليق التدبير على وفاة غير المولى ؟ ٣٦٥

«المقصد الأول : في العبارة»

صيغة التدبير ٣٦٩
التدبير المطلق والمقيّد ٣٧٠
هل ينعقد التدبير بقوله : «أنت مدبّر» أم بحاجة إلى تتمّة ؟ ٣٧٠
إذا قال الشريكان للعبد المشترك : إذا متنا فأنت حرّ ٣٧٢
يشترط في صيغة التدبير النيّة وتجريدها عن الشرط والصفة ٣٧٥
المدبّرة رقّ يجوز التصرّف فيها بالوطء وغيره ٣٧٦
إذا حملت المدبّرة بمملوك بعد التدبير ٣٧٧
لو دبّرها ثم رجع في تدبيرها فأتت بولد ٣٨٠
تدبير الحامل هل هو تدبير الحمل؟ ٣٨١

«المقصد الثاني : في المباشر»

شروط المدبِّر ٣٨١
هل يصحّ التدبير من الكافر ؟ ٣٨٣
لو دبّر المسلمُ ثم ارتدّ ٣٨٤
لو ارتدّ لا عن فطرة ثم دبّر ٣٨٥

لو دبّر الكافر كافراً فأسلم..... ٣٨٦

«المقصد الثالث : في الأحكام»

التدبير بصفة الوصيّة..... ٣٨٧
الرجوع القولي والفعلي في التدبير..... ٣٨٩
إنكار المولى للتدبير ليس رجوعاً..... ٣٩٢
لو اختلف المولى والمملوك في وقوع التدبير..... ٣٩٢
المدبّر ينعتق بموت مولاه من الثلث..... ٣٩٣
لو كان على الميّت دين مستوعب بطل التدبير..... ٣٩٥
مسائل من تدبير بعض العبد وتقويم حصّة الشريك..... ٣٩٦
إذا أبق المدبَّر بطل تدبيره..... ٣٩٩
لا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ..... ٤٠٠
ما يكتسبه المدبَّر لمولاه..... ٤٠١
إذا جُني على المدبَّر بما دون النفس..... ٤٠٣
إذا جنى المدبّر..... ٤٠٤
لا يبطل التدبير بإباق المدبَّر لو جعل خدمته لغير المولى..... ٤٠٦
المال الذي يستفيده المدبَّر بعد موت مولاه لمن؟..... ٤٠٧
إذا كان للمدبِّر الميّت مال غائب بقدر قيمة المدبَّر مرّتين..... ٤٠٩
إذا كوتب العبدُ ثم دبِّر..... ٤١٠
تدبير الحمل لا يسري إلى الأُمّ..... ٤١٢

كتاب المكاتبة

تعريف المكاتبة..... ٤١٣
الكتابة مستحبّة مع الأمانة والاكتساب..... ٤١٤

لو فقد الشرطان لم يستحبّ..... ٤١٦
الكتابة هل هي عتق بعوض ، أو بيع للعبد من نفسه ، أو معاملة مستقلّة ؟ ... ٤١٧
لا تصحّ الكتابة من دون الأجل ٤٢٠
صيغة الكتابة..... ٤٢٢
الكتابة المطلقة والمشروطة ٤٢٥
حدّ العجز عن مال الكتابة..... ٤٢٥
يستحبّ للمولى مع العجز الصبر عليه..... ٤٣٢
الكتابة عقد لازم ٤٣٢
عقد الكتابة قابل للتقايل..... ٤٣٧
الإبراء من مال الكتابة..... ٤٣٧
لا تبطل الكتابة بموت المولى..... ٤٣٧
شروط المكاتِب..... ٤٣٨
إذا كاتب الذمّي عبده على خمر أو خنزير ثم أسلما..... ٤٣٩
يجوز لوليّ اليتيم أن يكاتب مملوكه..... ٤٤٠
لو ارتدّ ثم كاتب ٤٤٠
شروط المكاتَب..... ٤٤١
هل يصحّ كتابة العبد الكافر ؟..... ٤٤٢
هل يشترط الأجل في الكتابة؟ ٤٤٣
يكفي أجل واحد على تقدير اشتراطه..... ٤٤٤
لا بدّ أن يكون وقت الأداء معلوماً..... ٤٤٥
يجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف..... ٤٤٦
لو قال : كاتبتك على خدمة شهر ودينار بعد الشهر ٤٤٦

لو قال : على خدمة شهر بعد هذا الشهر ٤٤٧
لو كاتبه ثم حبسه مدّة ٤٤٧
شروط عوض الكتابة ٤٤٧
لا تصحّ المكاتبة على عين ٤٤٨
تجوز المكاتبة على منفعة ٤٤٩
إذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة ٤٥٠
يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً ٤٥١
لو كاتب ثلاثة أعبد في عقد واحد ٤٥٣
لو دفع المكاتَب ما عليه قبل الأجل ٤٥٦
لو عجز المكاتب المطلق عن أداء مال الكتابة ٤٥٧
المكاتبة الفاسدة تقع لاغية ٤٥٧

«أحكام المكاتبة»

إذا مات المكاتَب المشروط أو المطلق ٤٥٨
إذا أُوصي للمكاتب ٤٦١
إذا وجب على المكاتَب حدّ ٤٦٢
لو زنى المولى بمكاتبته ٤٦٣
تصرّفات المكاتَب في ماله ٤٦٤
تصرّفات المولى في مال المكاتب ٤٦٦
ما يشترطه المولى على المكاتب في عقد الكتابة لازم ٤٦٩
لا يدخل الحمل في كتابة أمّه ٤٧٠
المكاتَب المشروط رقّ وفطرته على مولاه ٤٧٢
بم يكفّر المكاتَب لو وجب عليه؟ ٤٧٣

إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه بينه وبين مولاه ٤٧٤
لو كاتب عبده ومات فأبرأه أحد الورّاث من نصيبه ٤٧٥
من كاتب عبده وجب أن يعينه من زكاته ٤٧٦
لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه ٤٧٩
يجوز بيع مال الكتابة ٤٨١
يجوز بيع المشروط بعد عجزه ٤٨٣
إذا زوّج بنته من مكاتبه ثم مات فملكته ٤٨٣
اختلاف السيّد والمكاتب في مال الكتابة ٤٨٤
إذا دفع مال الكتابة فبان معيباً ٤٨٦
إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة ٤٨٨
يجوز مكاتبة بعض العبد ٤٩١

«مقاصد من لواحق الكتاب»

«المقصد الأول : في لواحق تصرّفات المكاتب»

التصرّفات الجائزة والمحظورة للمكاتب ٤٩٣
يجوز التهاتر لو كان للمكاتب على مولاه مال وحلّ نجم ٤٩٥
إذا اشترى المكاتَب أباه بغير إذن مولاه ٤٩٦
إذا جنى عبد المكاتَب ٤٩٨

«المقصد الثاني : في جناية المكاتب والجناية عليه»

إذا جنى المكاتَب على مولاه عمداً ٤٩٩
إذا جنى المكاتَب على أجنبيّ عمداً ٥٠١
لو جنى عبد المكاتَب خطأً ٥٠٢
إذا جنى المكاتَب على جماعة ٥٠٣

إذا قتل أب المكاتَب وهو رقيق عبداً آخر له ٥٠٤
إذا جنى عبيد المكاتَب بعضهم على بعض ٥٠٤
إذا قُتل المكاتَب أو جُني على طرفه ٥٠٦
إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً ٥٠٨
جناية المكاتَب المطلق والجناية عليه ٥٠٩

«المقصد الثالث : في أحكام المكاتَب في الوصايا»

لا تصحّ الوصيّة برقبة المكاتَب ٥١٠
لو كاتبه مكاتبة فاسدة ثم أوصى به ٥١١
الوصيّة بالوضع عن المكاتب صحيحة ٥١٢
إذا قال : ضعوا عنه أوسط نجومه ٥١٥
صور من الأوسط في النجوم ٥١٧
إذا أعتق مكاتبه في مرضه ٥٢٠
إذا أوصى بعتق المكاتب وليس له سواه ٥٢٢
إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث ٥٢٣

«أحكام الاستيلاد»

بم يتحقّق الاستيلاد ؟ ٥٢٥
لو وطىء المرهونة فحملت صارت أُمّ ولد ٥٢٦
لو وطىء الذمّي أمته فحملت صارت أُمّ ولد ٥٢٧
أُمّ الولد مملوكة لا تتحرّر بموت المولى ٥٢٨
أُمّ الولد تنعتق من نصيب ولدها ٥٢٩
إذا أوصى لأُمّ ولده ٥٣٠
جناية أُمّ الولد ٥٣١
وليدة نصرانيّة أسلمت عند رجل وولدت منه غلاماً ٥٣٢

الكتب التي صدرت عن مؤسّسة المعارف الإسلاميّة

الكتب العربيّة

مؤلّفات المؤسّسة :

١ ـ معجم أحاديث الإمام المهدي ـ عليه السلام ـ : ج١ ـ ٥ .
٢ ـ الأحاديث الغيبيّة : ج١ ـ ٣.

مؤلّفات السيّد هاشم البحراني ـ رحمه الله ـ :

١ ـ تبصرة الوليّ فيمن رأى القائم المهدي ـ عليه السلام ـ .
٢ ـ حلية الأبرار: ج١ ـ ٥ .
٣ ـ مدينة معاجز الأئمّة الإثني عشر ـ عليهم السلام ـ : ج١ ـ ٨ .
٤ ـ ينابيع المعاجز وأُصول الدلائل .

مؤلّفات الشيخ عبّاس القمّي ـ رحمه الله ـ :

١ ـ مفاتيح الجنان والباقيات الصالحات .
٢ ـ الفصول العليّة في مناقب أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ .

متفرّقة :

١ ـ كتاب الغيبة للشيخ الطوسي .
٢ ـ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام للشهيد الثاني ـ رحمه الله ـ : ج١ ـ ١٠ .
٣ ـ الأنوار القدسيّة نظم الشيخ محمد حسين الاصفهاني.
٤ ـ شرائع الاسلام للمحقّق الحلّي : ج١ ـ ٤ .
٥ ـ المزار للشهيد الأوّل ـ رحمه الله ـ .