



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.ghaemiyeh.com  
www.ghaemiyeh.org  
www.ghaemiyeh.net  
www.ghaemiyeh.ir

# جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي  
والشيخ محمد باقر

٣٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى ( صاحب جواهر )

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١١	جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام المجلد ٣٤
١١	اشاره
١٢	[اتتمه القسم الثالث فى الإيقاعات]
١٢	[كتاب اللعان]
١٢	اشاره
١٥	[الأركان الأربعة]
١٥	اشاره
١٦	[الركن الأول فى السبب]
١٦	[السبب الأول القذف]
٢٥	[السبب الثانى إنكار الولد]
٣٥	[الركن الثانى فى الملاعن]
٤٢	[الركن الثالث فى الملاعنه]
٦٧	[الركن الرابع فى كيفية اللعان]
٦٧	اشاره
٧٠	[اللعان الواجب]
٧٥	[اللعان المندوب]
٨١	[أحكام اللعان]
٨١	[المسأله الأولى يتعلق بالقذف وجوب الحد فى حق الرجل]
٨٨	[المسأله الثانیه إذا انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان]
٨٩	[المسأله الثالثه إذا ادعت أنه قذفها بما يوجب اللعان]
٩١	[المسأله الرابعه إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنا]
٩٢	[المسأله الخامسه إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزمها الحد إن أقرت أربعا]
٩٣	[المسأله السادسه إذا قذفها فادعى أنها اعترفت بذلك فأنكرت فأقام شاهدين باعترافها لا يقبل إلا أربعه]

- ٩٤ ..... [المسأله السابعه إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان]
- ٩٦ ..... [المسأله الثامنه إذا قذفها فلم يلاعن فحد ثم قذفها به لا يحد]
- ٩٨ ..... [المسأله التاسعه لو شهد أربعة و الزوج أحدهم فيه روايتان: إحداهما ترجم المرأة]
- ١٠٠ ..... [المسأله العاشره إذا أخل أحدهما بشىء من ألفاظ اللعان الواجبه لم يصح]
- ١٠٠ ..... [المسأله الحاديه عشره فرقه اللعان فسخ]
- ١٠١ ..... [المسأله الثانيه عشره لو ولدت توأمين بينهما أقل من سته أشهر فاستلحق أحدهما لحقه الآخر]
- ١٠٣ ..... [كتاب العتق]
- ١٠٣ ..... اشاره
- ١١٢ ..... [الفصل الأول فى إزالة الرق بالمباشره]
- ١١٢ ..... اشاره
- ١٤٧ ..... [أو يلحق بهذا الفصل مسائل]
- ١٤٧ ..... [المسأله الأولى لو نذر عتق أول مملوك يملكه صح النذر]
- ١٥٠ ..... [المسأله الثانيه لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين]
- ١٥١ ..... [المسأله الثالثه لو كان له مماليك فأعتق بعضهم ثم قيل له: هل أعتقت مماليكك فقال نعم انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصه]
- ١٥٤ ..... [المسأله الرابعه لو نذر عتق أمته إن وطأها صح]
- ١٥٦ ..... [المسأله الخامسه لو نذر عتق كل عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه فى ملكه سته أشهر فصاعدا]
- ١٥٩ ..... [المسأله السادسه من أعتق و له مال فماله لمولاه]
- ١٦٢ ..... [المسأله السابعه إذا أعتق ثلث عبيده و هم سته استخرج الثلث بالقرعه]
- ١٦٨ ..... [المسأله الثامنه من اشترى أمه نسيته و لم ينقد ثمنها فأعتقها و تزوجها فمات و لم يخلف سواها بطل عتقه و نكاحه]
- ١٦٨ ..... [المسأله التاسعه إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه]
- ١٧١ ..... [المسأله العاشره إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر]
- ١٧٢ ..... [المسأله الحاديه عشره العتق فى مرض الموت يمضى من الثلث]
- ١٧٢ ..... اشاره
- ١٧٣ ..... [تفريعان]
- ١٧٣ ..... [الأول إذا أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت و لا مال له سواهن أخرجت واحده بالقرعه]
- ١٧٣ ..... [الثاني إذا أعتق ثلاثه فى مرض الموت و لم يملك غيرهم ثم مات أحدهم أقرع بين الميت و الحيين]

- ١٧٦----- [الفصل الثاني فى العتق بالسرايه]
- ١٧٦----- اشاره
- ٢٠٧----- [تفريع إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه كان على كل واحد منهما اليمين لصاحبه]
- ٢١٣----- [الفصل الثالث فى إزالة الرق بالملك]
- ٢١٣----- اشاره
- ٢١٥----- [افروع]
- ٢١٥----- [الأول لو أوصى له ببعض ولده فمات بعد موت الموصى قبل القبول]
- ٢١٦----- [الثانى لو اشترى هو و أجنبى صفقه قريبه الذى ينعتهق عليه عتق كله مع يساره]
- ٢١٦----- [الثالث لو اشترى الزوج و الولد أمه صفقه و هى حامل بنت سرى على الولد فى الأم]
- ٢١٧----- [الرابع إذا أوصى لصبى أو مجنون بمن ينعتهق عليه فللولى أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه]
- ٢١٧----- [الخامس إذا أوصى له ببعض من ينعتهق عليه و كان معسرا جاز القبول]
- ٢١٧----- [الفصل الرابع فى إزالة الرق بالعوارض]
- ٢٢٤----- [كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء]
- ٢٢٤----- [كتاب التدبير]
- ٢٢٤----- اشاره
- ٢٢٨----- [المقصد الأول فى العبارة و ما يحصل به التدبير]
- ٢٢٨----- اشاره
- ٢٣٢----- [يشترط فى الصيغه المذكوره شرطان]
- ٢٣٢----- [الشرط الأول النيه]
- ٢٣٣----- [الشرط الثانى تجريدتها عن الشرط]
- ٢٤٣----- [المقصد الثانى فى المباشر]
- ٢٤٩----- [المقصد الثالث فى الأحكام]
- ٢٤٩----- [مسائل]
- ٢٤٩----- [المسأله الأولى التدبير بصفه الوصيه يجوز الرجوع فيه قولاً]
- ٢٤٣----- [المسأله الثانيه ينعتهق بموت مولاه من ثلث مال المولى]
- ٢٤٨----- [المسأله الثالثه إذا دبر بعض عبده لم ينعتهق عليه الباقي]

- ٢٦٩ ..... [المسأله الرابعه إذا أبق المدبر بطل تدبيره]
- ٢٧١ ..... [المسأله الخامسه ما يكتسبه المدبر لمولاه لأنه رق]
- ٢٧٤ ..... [المسأله السادسه إذ جنى على المدبر بما دون النفس كان الأرش للمولى]
- ٢٧٤ ..... [المسأله السابعه إذا جنى المدبر تعلق أرش الجنايه برقبته]
- ٢٧٩ ..... [المسأله الثامنه إذا أبق المدبر بطل التدبير]
- ٢٨٠ ..... [فروع أربعه]
- ٢٨٠ ..... [الفرع الأول إذا استفاد المدبر مالا بعد موت مولاه فان خرج المدبر من الثلث فالكل له]
- ٢٨١ ..... [الفرع الثانى إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين]
- ٢٨٣ ..... [الفرع الثالث إذا كوتب ثم دبر صح]
- ٢٨٥ ..... [الفرع الرابع إذا دبر حملا صح]
- ٢٨٦ ..... [كتاب المكاتبه]
- ٢٨٦ ..... [اشاره]
- ٢٨٦ ..... [الأول فى الأركان]
- ٢٨٦ ..... [الصيغه]
- ٣٠٩ ..... [أو يعتبر فى الموجب]
- ٣١٥ ..... [أو يعتبر فى المملوك]
- ٣١٩ ..... [أو أما العوض]
- ٣٢٨ ..... [الثانى فى الأحكام]
- ٣٢٨ ..... [المسأله الأولى إذا مات المكاتب و كان مشروطا بطلت المكاتبه]
- ٣٣٥ ..... [المسأله الثانيه ليس للمكاتب بقسميه التصرف فى ماله ببيع]
- ٣٤٢ ..... [المسأله الثالثه كل ما يشترط المولى على المكاتب]
- ٣٤٣ ..... [المسأله الرابعه لا يدخل الحمل فى كتابه أمه]
- ٣٤٧ ..... [المسأله الخامسه المشروط رق و فطرته على مولاه]
- ٣٥٠ ..... [المسأله السادسه إذا ملك المملوك نصف نفسه مثلا كان كسبه بينه و بين مولاه]
- ٣٥١ ..... [المسأله السابعه لو كاتب عبده و مات]
- ٣٥٣ ..... [المسأله الثامنه من كاتب عبده مطلقا أو مشروطا وجب]



- المسأله التاسعه لو كان له مكاتبان فأدى أحدهما و اشتبه صبر عليه لرجاء التذكر [ ٣٦٠
- المسأله العاشره يجوز بيع مال الكتابه [ ٣٦١
- المسأله الحاديه عشره إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح [ ٣٦٥
- المسأله الثانيه عشره إذا اختلف السيد و المكاتب فى مال الكتابه فالقول قول السيد مع يمينه [ ٣٦٥
- المسأله الثالثه عشره إذا دفع مال الكتابه و حكم بحريته فبان العوض معيبا بطل العتق [ ٣٦٨
- المسأله الرابعه عشره إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه [ ٣٧١
- المسأله الخامسه عشره يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقي حرا [ ٣٧٤
- الثالث فى اللواحق [ ٣٧٥
- المقصد الأول فى لواحق تصرفاته [ ٣٧٥
- اشاره [ ٣٧٥
- امسائل [ ٣٧٥
- المسأله الأولى المراد من الكتابه تحصيل العتق [ ٣٧٥
- المسأله الثانيه إذا كان للمكاتب على مولاه مال و حل نجم يجوز التهاثر [ ٣٧٨
- المسأله الثالثه إذا اشترى أباه مثلا بغير إذن مولاه لم يصح [ ٣٧٩
- المسأله الرابعه إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له أن يفكه بالأرض إلا أن يكون فيه الغبطه له [ ٣٨١
- المقصد الثانى فى جنايه المكاتب و الجنايه عليه [ ٣٨٢
- الأول فى مسائل المشروط [ ٣٨٢
- المسأله الأولى إذا جنى المكاتب على مولاه عمدا فان كانت نفسا فالقصاص للوارث [ ٣٨٢
- المسأله الثانيه إذا جنى على أجنبى عمدا فان عفى فالكتابه بحالها [ ٣٨٥
- المسأله الثالثه لو جنى عبد المكاتب خطأ [ ٣٨٨
- المسأله الرابعه إذ جنى على جماعه فان كان عمدا كان لهم القصاص [ ٣٨٩
- المسأله الخامسه إذا كان للمكاتب أب و هو رق [ ٣٩٠
- المسأله السادسه إذا قتل المكاتب المشروط فهو كما لو مات [ ٣٩١
- المسأله السابعه إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمدا فأراد الاقتصاص فللمولى منعه [ ٣٩٢
- الثانى فى المطلق [ ٣٩٣
- المقصد الثالث فى أحكام المكاتب فى الوصايا [ ٣٩٥

- المسأله الأولى لا تصح الوصيه التمليكيه برقبه المكاتب] ..... ٣٩٥
- المسأله الثانيه لو كاتبه مكاتبه فاسده ثم أوصى به جاز] ..... ٣٩٧
- المسأله الثالثه إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه صح] ..... ٣٩٨
- المسأله الرابعه إذا قال ضعوا عنه أوسط نجومه فان كان فيها أوسط عددا أو قدرا انصرف إليه] ..... ٤٠٠
- المسأله الخامسه إذا أعتق مكاتبه فى مرضه أو أبرأه من مال الكتابه فإن برى ء فقد لزم العتق و الإبراء] ..... ٤٠٣
- المسأله السادسه إذا أوصى بعتق المكاتب أو أعتقه فمات يعتق ثلثه معجلا] ..... ٤٠٦
- المسأله السابعه إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث] ..... ٤٠٧
- [كتاب الاستيلاذ] ..... ٤٠٨
- [الأول فى كيفيه الاستيلاذ] ..... ٤٠٨
- [الأمر الثانى فى الأحكام المتعلقة بأم الولد] ..... ٤١٤
- المسأله الأولى أم الولد مملوكه ما دام مولاه حيا] ..... ٤١٤
- المسأله الثانيه إذا مات مولاه و ولدها حى جعلت فى نصيب ولدها و عتقت عليه] ..... ٤١٨
- المسأله الثالثه إذا أوصى لأم ولده قيل تعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصيه] ..... ٤٢١
- المسأله الرابعه إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجنايه برقبته] ..... ٤٢١
- المسأله الخامسه فى الكلام فى روايه محمد بن قيس] ..... ٤٢٣
- المسأله السادسه لا يجرى حكم الاستيلاذ إلى الأولاد] ..... ٤٢٤
- المسأله السابعه لو ماتت أم الولد قبل أن يفديها السيد] ..... ٤٢٤
- المسأله الثامنه لو كسبت بعد جنايته شيئا فهو لمولاه] ..... ٤٢٤
- المسأله التاسعه لو باعها مولاه لم يقع موقوفا] ..... ٤٢٥
- المسأله العاشره لا يبطل الاستيلاذ بقتلها مولاه عمدا] ..... ٤٢٥
- المسأله الحاديه عشر للمولى أرش جنايه الأجنبى عليها كغيرها من مماليكه] ..... ٤٢٥
- المسأله الثانيه عشر لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاذ] ..... ٤٢٥
- تعريف مركز ..... ٤٢٧

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تزئینات جلد:جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

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

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

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

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۳۴، ص: ۱

**[تتمه القسم الثالث فی الإیقات]**

**[کتاب اللعان]**

**اشاره**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللعان مصدر «لاعن» وربما استعمل جمعا، و هو لغة الطرد و الإبعاد، و شرعا مباهله بين الزوجين على وجه مخصوص، و لعل الملاعنه هنا لإيراده طرد كل منهما صاحبه و إبعاده عنه، أو تشبيها للعن كل منهما نفسه إن كان كاذبا بلعن كل منهما صاحبه.

و الأصل فيه قوله تعالى (١) «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ يَدْرَأُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ».

و السبب فيها- مضافا إلى ما يدركه العقل من المصالح فى ذلك-

ما عن ابن

## عباس (١)

من أنه لما نزلت «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ» (٢) إلى آخرها قال سعد بن معاذ: يا رسول الله إني لأعلم أنها حق من عند الله تعالى شأنه، ولكن تعجبت أن لو وجدت لكاعا يفتحها لم يكن لي أن أهيجه ولا أحركه حتى آتى بأربعة شهداء، فوالله إني لا آتى بهم حتى يقضى حاجته، فما لبثوا حتى جاء هلال بن أمية فقال: يا رسول الله إني جئت أهلى عشاء فوجدت عندها رجلا يقال له: شريك بن سمحاء فرأيت بعيني وسمعت باذني، فكره النبي صلى الله عليه وآله ذلك، فقال سعد: الان يضرب النبي هلال بن أمية، وتبطل شهادته في المسلمين، فقال هلال: والله إني لأرجو أن يجعل الله لي مخرجا فينما هم كذلك إذ نزل:

«وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» إلى آخرها (٣) فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجا و مخرجا».

و روى أن المعرض هو عاصم بن عدى الأنصاري (٤) قال: «جعلني الله فداك إن وجد رجل مع امرأته فأخبر جلد ثمانين جلده و ردت شهادته أبدا و فسق، و إن ضربه بالسيف قتل به، و إن سكت على غيظ إلى أن يجيء بأربعة شهداء فقد قضيت حاجته و مضى، اللهم افتح و فرج و استقبله هلال بن أمية، فأتيا إلى النبي صلى الله عليه وآله فأخبر عاصم رسول الله صلى الله عليه وآله، فكلم خوله زوجه هلال، فقالت:

لا- أدرى الغيره أدر كته أم بخل بالطعام؟ و كان الرجل نزيلهم، فقال هلال: لقد رأيت على بطنها، فنزلت الآية، فلاعن رسول الله صلى الله عليه وآله و آله بينهما. و قال لها: إن

١- ١ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٤، و تفسير الطبري ج ١٨ ص ٨٢، و تفسير الرازي ج ٦ ص ٣٤٢- ط عام ١٣٠٧، و مجمع البيان ج ٤ ص ١٢٨ ط صيدا مع الاختلاف في الألفاظ في الجميع.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآية ٤.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآية ٦.

٤- ٤ تفسير الرازي ج ٦ ص ٣٤٢ ط عام ١٣٠٧ و مجمع البيان ج ٤ ص ١٢٨ ط صيدا.

كنت ألممت بذنب فاعترفتي به فالرجم أهون عليك من غضب الله، فان غضبه هو النار».

و روى (١)

«إن عويمر العجلاني رمى زوجته، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: البينه وإلا حد في ظهرك، فنزلت».

و في طرقنا (٢)

«إن عباد البصرى سأل أبا عبد الله و أنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أ رأيت لو أن رجلا- دخل منزله فوجد مع امرأته رجلا- يجامعها ما كان يصنع؟ قال: فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله و انصرف الرجل، و كان ذلك الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته، قال: فنزل الوحي من عند الله تعالى بالحكم فيهما، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى ذلك الرجل فدعاه، فقال له: أنت الذى رأيت مع امرأتك رجلا فقال: نعم فقال له: انطلق فأنتى بامرأتك، فإن الله أنزل الحكم فيك و فيها، فأحضرها زوجها فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله، ثم قال للزوج:

اشهد أربع شهادات بالله أنك لمن الصادقين فيما رميتها به، قال: فشهد، ثم قال:

اتق الله فإن لعنه الله شديده، ثم قال: اشهد الخامسة أن لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد، ثم أمر به فنحى، ثم قال للمرأة: اشهدى أربع شهادات بالله أن زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت، ثم قال لها: أمسكى، فوعظها و قال: اتقى الله فان غضب الله شديد، ثم قال: و اشهدى الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به، فشهدت، قال: ففرق بينهما، و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعتما»

إلى غير ذلك مما ورد فيها.

و كيف كان ف النظر فى أركانه و أحكامه،

## [الأركان الأربعة]

### إشاره

و أركانه أربعه.

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٣ و فيه «ان هلال بن أميه قذف امرأته».

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١.

## [الركن الأول فى السبب]

### [السبب الأول القذف]

الأول فى السبب:

و هو شيثان:

الأول:

القذف كتابا (١) و سنه (٢)

بل و إجماعا و إن حكى عن الصدوق فى الفقيه و الهدايه و ظاهر المقنع أنه قال: «لا لعان إلا بنفى الولد، و إذا قذفها و لم ينتف جلد ثمانين جلده» ل

قول الصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير (٣): «لا يكون اللعان إلا بنفى الولد»

لكن فى

خبر محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام «لا يكون لعان إلا بنفى ولد، و قال: إذا قذف الرجل امرأته لا عنها»

و من هنا حملهما الشيخ على أنه لا لعان بدون دعوى المشاهده إلا بالنفى، و لا بأس به بعد معلوميه قصورهما عن المعارضه، خصوصا بعد احتمال اضافيه الحصر بالنسبه إلى مقتضى المقام، و يكون المراد أنه لا لعان بمجرد الشبهه.

و فى وافى الكاشانى فى خبر أبى بصير «لعل المراد أنه إذا كانت المرأه حاملا فأقر الزوج بأن الولد منه و مع هذا قذفها بالزنا فلا لعان، و أما إذا لم يكن حمل و إنما قذفها بالزنا مع الدخول و المعايينه فيثبت اللعان، كما دلت عليه الأخبار، و يدل على هذا صريحا حديث محمد عن أحدهما عليهما السلام فإنه قد أثبت اللعان بالأمرين» و فيه أنه و غيره مضافا إلى الكتاب يدل على إثباته بالقذف على الإطلاق من دون إشاره إلى ما ذكره من التفصيل الذى يمكن دعوى الإجماع على خلافه.

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ١.



و كيف كان ف لا يترتب اللعان به أى القذف إلا على رمى الزوجه المحصنه غير المشهوره بالزنا المدخول بها بالزنا قبلا بل أو دبرا عندنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، خلافا لأبى حنيفه فنفاه فيه مع دعوى المشاهده و عدم البينه.

فلو رمى الأجنبيه تعين الحد و لا لعان بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى إطلاق ما دل على الحد بالقذف كتابا (١) و سنه (٢)

المقتصر فى تقييده باللعان على قذف الزوجه كتابا (٣) و سنه (٤)

و إجماعا بقسميه، مؤيدا ذلك بظهور الحكمه فى الفرق بين الزوج و الأجنبي الذى لا داعى له إلى القذف من غيره و نحوها.

و كذا لو قذف الزوجه و لم يدع المشاهده ل

قول الصادق عليه السلام فى الصحيح (٥)

«إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجلها رجلا يزني بها».

و فى مرسل أبان (٦) عنه عليه السلام أيضا «لا يكون لعان حتى يزعم أن قد عاين»

و فى صحيح ابن مسلم (٧)

«سألته عن الرجل يفترى على امرأته، قال: يجلد ثم يخلى بينهما، و لا يلاعنها حتى يقول: أشهد أنى رأيتك تفعلين كذا و كذا»

و فى روايه (٨)

«إذا قال: إنه لم يره قيل له أقم البينه و إلا كان بمنزله غيره جلد الحد».

بل فى كشف اللثام لعله لا- خلاف فى اشتراط مشاهده أنها تزنى، و يتفرع على ذلك سقوط اللعان بقذف الأعمى زوجته، لانتفائها فى حقه، و ينحصر لعانه حينئذ بنفى الولد، لكن أشكله فى المسالك- بعد اعترافه مكررا باشتراط الأصحاب المعايينه- بإمكان علمه بدون المشاهده، و اشتراطها لو سلم يمكن حمله على من

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب حد القذف من كتاب الحدود.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١ و غيره- من كتاب اللعان.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب اللعان الحديث ٤.

٦-٦ الوسائل - الباب - ٤- من كتاب اللعان الحديث ٣.

٧-٧ الوسائل - الباب - ٤- من كتاب اللعان الحديث ٢.

٨-٨ الوسائل - الباب - ٤- من كتاب اللعان الحديث ٥.

تمكن في حقه، أو على جعله كناية عن العلم بذلك، وأنه لا يكفي الظن المستند إلى القرائن أو الشياخ منفردا- إلى أن قال:- و يؤيده عموم قوله تعالى (١) «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ» ثم أطنب بعد ذلك بما لا حاصل له، بل كأنه اجتهاد في مقابله النص الذي به يقيد إطلاق الأدلة، لا استبعاد في اعتبار ذلك في خصوص اللعان الذي هو وظيفه شرعية منافية لإطلاق أدله القذف و إن لم نشرطه في أصل الشهادة و اكتفينا فيها بالعلم، كما لا استبعاد في سقوط اللعان بذلك حينئذ للأعمى بعد إطلاق أدله الاشتراط.

و لو كان له بينه على ما قذفها به فلا لعان و لا حد كما تسمع تحقيق الحال فيه.

و كذا لو كانت المقذوفه مشهوره بالزنا لأن اللعان إنما شرع صونا لعرضها من الانتهاك، و عرض المشهوره بالزنا منتهك، لكن في كشف اللثام «لم أر من اشترطه من الأصحاب غير المصنف و المحقق» و ظاهره التأمل فيه، و لعله لإطلاق الأدله، و فيه أنه مبني على اعتبار الإحصان بمعنى العفه في حد القذف الذي شرع لسقوطه اللعان في الزوجين، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله في الحدود.

هذا و قد عرفت أنه مما يتفرع على اشتراط المشاهده سقوط اللعان في حق الأعمى بالقذف إذا قذفها حال عماه لتعذر المشاهده منه حينئذ و إنما يثبت في حقه اللعان بنفى الولد و عرفت إشكال ثانی الشهيدين فيه و الجواب عنه.

و لو كان للقاذف بينه و عدل إلى اللعان قال في الخلاف و تبعه الفاضل في المختلف يصح (١١) لإطلاق النصوص (٢)

الذي لا يقيد مفهوم الحال في

١-١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١ و غيره- من كتاب اللعان.

الآية (١) الخارج مخرج الغالب، مؤيدا بما وقع من النبي صلى الله عليه وآله (٢)

من الملاعنه من دون أن يسأل عن البيئه.

و منع فى المبسوط و تبعه يحيى بن سعيد فى المحكى من جامعه و الفاضل فى قواعد التفاتا إلى اشتراط عدم البيئه فى الآيه و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعد التى منها الاقتصار فيما خالف إطلاق أدله القذف على المتيقن، على أن اللعان حجه ضعيفه و البيئه حجه قويه، فلا يعدل إلى الضعيف مع وجود القوى، بل ظاهر النصوص (٣)

أن أصل مشروعيه اللعان لعدم تيسر البيئه، و إطلاق النصوص لا وثوق به بعد أن كان محتملا لإرادته ما فى الآيه خارجا مخرج الغالب، كما اعترف به الخصم فى رفع دلاله القيد، و عدم سؤال النبي صلى الله عليه وآله لعلمه بالحال، بل فى الخبر قرائن داله على عدم البيئه، على أنه من قضايا الأحوال، لا من ترك الاستفصال عقيب السؤال.

و لو قذفها بزنا إضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحد، و هل له إسقاطه باللعان كما لو أطلق أو إضافه إلى زمان الزوجيه؟ قال فى الخلاف: ليس له اللعان اعتبارا بحاله الزنا الذى رماها به فى حال لم يشرع له اللعان فيه، فيبقى عموم «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ» (٤) شاملا له سالما عن معارضه دليل اللعان، لأنه لا يقال: قذف زوجته، كما أن من قذف مسلما بالزنا حال كفره لا يقال:

إنه قذف مسلما.

و قال فى المبسوط: له ذلك اعتبارا بحاله القذف الذى لا ريب فى صدوره منه فى حال الزوجيه و هو أشبه بأصول المذهب و قواعد، لإطلاق أدله اللعان كتابا و سنه الذى لا يقيد سبب النزول، بل هو كذلك، سواء قلنا باعتبار بقاء مبدأ الاشتقاق فى صدق المشتق و عدمه، فإنه إنما اعتبر فيها بعد تسليم اعتبار البقاء

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان.

٤- ٤ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

كون الرمي حين الزوجيه لا الرمي بما وقع حينها، و كأن التعليل أولا باعتبار حاله الزنا نشأ من توهم ذلك، فحكم بنفى صدق أنه قذف زوجته، فأخرجه من آيه اللعان و أدخله في آيه القذف، لكنه كما ترى، ضروره صدق رمى الزوجه و قذفها، فيدخل في آيه اللعان حينئذ.

و لا- يجوز للزوج فضلا عن الأجنبي عندنا قذفها مع الشبهه و لا مع غلبه الظن أو أخبره الثقه أو شاع إن فلانا زنى بها و لا غير ذلك من صفات الولد و نحوه، لأن عرض المؤمن كدمه، بل في كشف اللثام في

حسن الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «أنه نهى عن قذف من كان على غير الإسلام إلا أن يكون اطلعت على ذلك منه»

و في الصحيح عن عبد الله بن سنان (٢)

«أنه نهى عن قذف من ليس على الإسلام إلا أن يطلع على ذلك منهم، و قال: أيسر ما يكون أن يكون قد كذب»

إلا أنهما كما ترى ظاهرا في جواز قذف غير المسلم مع الصدق، و ربما يؤيده ما وقع من الأئمه عليهم السلام في قذف بعض الناس (٣)

خصوصا في مشاجره الحسن عليه السلام مع معاويه لعنه الله و أصحابه بناء على أنهم غير مسلمين أو بحكم غير المسلمين.

و على كل حال فلا يجوز قذف الزوجه بالأموال المزبوره خلافا لبعض العامه، فجوز للزوج قذفها للأجنبي بجميع ذلك، لكنه كما ترى، بل لا يجوز قذفها للأجنبي مع اليقين إذا لم تكن بينه، نعم جاز له ذلك للزوج خاصه و شرع له الشارع التخلص عن الحد باللعان، و لا يجب عليه مع عدم الولد، للأصل، بل لعل الستر عليها و مفارقتها بغير اللعان أولى، بل لا يحرم عليه إمساكها أيضا، للأصل و

للمرسل (٤)

«إن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال له: إن له

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب حد القذف الحديث ٢ من كتاب الحدود.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب حد القذف الحديث ١ من كتاب الحدود.

٣- ٣ البحار ج ٤٤ ص ٨٠ و ٨٢ و ٨٣.

٤- ٤ المستدرک الباب- ١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢ و ٧.

امراه لا ترد يد لامس فقال صلى الله عليه وآله: طلقها، قال: إني أحبها، قال: فأمسكها».

نعم إذا كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه يجب عليه نفيه منه، لأن ترك النفي يتضمن الاستلحاق، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه، كما لا يجوز نفي من هو منه،

و في النبوى (١)

«أيما امراه أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء»

و من المعلوم أن الرجل بمعناها.

و إذا قذف فى العده الرجعيه إضافه إلى زمان الزوجيه أو زمان العده كان له اللعان كما له الإيلاء و الظهار، لأنها بحكم الزوجه، بل لا يتوقف على رجوعه، بل يصح فى الحال، و يترتب عليه أحكامه بخلافهما، لأن مدار اللعان على الفراش و لحوق النسب، و الرجعيه فى ذلك كالمنكوحه و فى التأخير خطر بالموت.

نعم ليس له ذلك فى البائن و لا فى الرجعيه بعد العده بل يثبت بالقذف الحد و لو أضافه إلى زمان الزوجيه لأنها أجنبيه حينئذ و قد عرفت أن العبره بزمان القذف، خلافا لبعض العامه، فأثبتته مع الإضافه إلى زمانها، أما نفي الولد فله اللعان له و لو فى حال الطلاق البائن، كما ستعرف. و لو قذف ثم أبانها كان له اللعان، لصدق رمى الزوجه.

و لو قالت: «رميتنى قبل أن تتزوجنى فعليك الحد» فقال: «بل بعده فلى اللعان» أو قالت: «قذفتنى بعد أن بنت منك» فقال: «بل قبله» فالقول قوله، لأن القذف فعله، و لأن القول قوله فى أصله فكذا فى وقته، مضافا إلى درء الحد بالشبهه، نعم لو قالت الأجنبيه: «قذفتنى» فقال: «كانت زوجتى» فأنكرت الزوجيه أصلا قدم قولها، للأصل.

و لو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان بلا- خلاف و لا إشكال، لظهور أدلته فى كونه بالزنا و نفي الولد و حينئذ فلا لعان فيه و لو ادعى المشاهده و لكن

يثبت الحد به في أحد القولين، لأنه قذف بفاحشه، وقد يشكل بأن دليل القذف ظاهر في الزنا و اللواط أيضا، و الأصل البراءة، فهو حينئذ كالقذف بإتيان البهائم إنما فيه التعزير، و من هنا كان المحكى عن أبى الصلاح و الفاضل في المختلف التعزير خاصة، بل لعله مقتضى حصر المصنف موجب الحد به في الحدود بالرمى بالزنا و اللواط، كما ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله.

و لو قذف زوجته المجنونه في حال إفاقتها ثبت الحد لإطلاق الأدله و لكن لا يقام عليه إلا بعد المطالبه منها في حال صحتها فإن أفادت و طالبت به صح اللعان منه لإسقاطه و ليس لوليها المطالبه بالحد ما دامت حيه لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنه التي لا تصح من الولي، نعم لو كانت مجنونه و لم تستوف الحد كان لوارثها المطالبه به، لأنه من حقوق الآدميين، كذا ذكروا ذلك، و هو إن كان إجماعا فذاك و إلا أشكل ذلك بعموم ولاية الولي، و بأنه لا دليل على اعتبار الملاعنه، بل مقتضى الآيه (١) أنه لا مدخلية لللعان الرجل في نفى حد القذف عنه بلعان المرأه الذى هو لسقوط العذاب عنها، و حينئذ يتجه اللعان منه لإسقاط الحد عنه و إن تعذر اللعان منها بجنون أو موت أو نحو ذلك، فتأمل جيدا، فاني لم أجده محررا و إن ترتب عليه أحكام كثيره.

و لو أضافه إلى حال جنونها فلا حد لعدم القذف بالزنا المحرم، و كذا لو كانت المقذوفه عاقله حال القذف و لكن أضافه إلى حال جنونها و كان لها حاله جنون معلومه، بل في المسالك أو محتمله، إلا أنه يعزر للإيذاء، أما علم استقامه عقلها و ليس لها حاله جنون فعن ظاهر الأكثر ثبوت الحد، لإطلاق الأدله.

لكن في المسالك تبعا للفاضل في القواعد «يحتمل العدم، لأنه نسبها إلى الزنا في تلك الحال، و إذا علم انتفاؤها لم تكن زانية، فيكون ما أتى به لغوا من

الكلام و محالاً فأشبهه ما إذا قال: زنيته و أنت رتقاء» و فيه أن العلم بالانتفاء لا يقتضى انتفاء ما رماها به من الزنا، بل أقصاه الكذب فى وصفها بالحال المزبور، و لعل من ذلك ما لو قال: «زنيته و أنت مشرکه» و لم يعهد منها حاله إشراك، و حينئذ فلو قالت: «ما كنت مشرکه و لا مجنونه» كان القول قولها، لأصالة الإسلام و العقل، و يحتمل قوله، لأصل البراءة، و الله العالم.

و كذا ليس للمولى مطالبه زوج أمته و لا الأجنبى بالتعزير فى قذفها ما دامت حيه، لأن الحق لها، و للزوج طريق لإسقاطه باللعان الذى لا- يحصل من الولى فإن ماتت قال الشيخ: له المطالبه، و هو حسن و إن كان المملوك لا يورث، لكن ذلك مبنى على عدم ملكه، أما ما كان له فأدله الإرث تشمله، على أن من المعلوم أحقيه السيد بذلك بعد استصحاب عدم سقوطه.

و لو نسبها إلى زنا مستكرهه عليه أو مشتبه عليها أو نائمه فليس قذفاً و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد لأنه إنما نسبها لأمر لا لوم عليه و لا إثم فيه، بل ليس زنا فى عرف الشرع، بل عن الشيخ التردد فى أصل التعزير و إن كان الأظهر ذلك، للعار و الإيذاء. و على كل حال فلا لعان إلا لئفى الولد، بل جزم به الفاضل و إن استشكل فى كونه قذفاً، و لعله مما قيل من كون اللعان على خلاف الأصل، و المتبادر من الرمى بالزنا الرمى بما لم يكن عن إكراه، فيقتصر عليه، و لأنه الذى يوجب الانتقام منها، و إن كان هو كما ترى.

و لو قذف نسوه بلفظ واحد تعدد اللعان، لأنه يمين و اليمين لا تتداخل فى حق الجماعة و لو مع رضاهن بلا خلاف، فان تراضين بمن يبدأ بلعانها و إلا أقرع أو بدأ الحاكم بمن شاء.



**[السبب الثاني إنكار الولد]**

السبب الثاني:

إنكار الولد بلا خلاف أجده فيه نصا (١)

و فتوى، بل قد عرفت حصر اللعان به في النصوص (٢)

السابقه و لكن لا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه تاما لسته أشهر فصاعدا من حين احتمال وطئها ما لم يتجاوز حملها أقصى مدته الحمل و تكون مع ذلك موطوءه بالعقد الدائم، و حينئذ ف لو علم أنه ولدته تاما لأقل من ستة أشهر لم يلحق به قطعا و انتفى بغير لعان نعم لو ولدته ناقصا اعتبر إمكان لحوقه به عادة، و يختلف ذلك باختلاف حالاته.

و تظهر الفائدة في انقضاء عدتها بوضعه لو كان قد طلقها ثم أتت به في العده و لم يلاعن فيها، فإنه يثبت نسبه مع إمكانه، و تبين بوضعه، و قد تقدم في الطلاق ما يدل على معرفه وقت الإمكان، و لعله لذا قيد المصنف و غيره بالتمام، فإنه الذي يعلم نفيه عنه، و كذا لو علم أنه قد جاءت به بعد مضى أقصى الحمل من الوطاء المحتمل لذى الفراش و كان المصنف ترك التصريح به اتكالا- على ما ذكره أولا- و على ذكر الأقل، ضروره معلوميه كونه لغيره شرعا فيهما معا، فلا يحتاج نفيه إلى لعان، بل لو أريد إلحاقه به لم يتمكن من ذلك مع فرض العلم بعدم مقاربتة لها قبل النكاح شبهه، و قد أطنب في المسالك في الفرق بين صورته الوضع للأقل و الأقصى، بل ادعى أن في عبارات الأصحاب قصورا في تأديده الحكم المزبور، لكنه عند التأمل لا حاصل له، و لا قصور في عبارات الأصحاب بعد معلوميه كون المراد لهم أنه علم وضعها للولد للأقل أو بعد الأقصى، كما هو واضح.

و على كل حال فلو تزوج الشرقي بغريبه و أتت بولد لسته أشهر من العقد لم يلحق به، لعدم الإمكان عادة، و لا لعان لنفيه، خلافا لبعض العامه حيث اكتفى

١-١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان.

فى الإلحاق بالعقد و قدرته على الوطء و إن لم يكن عادة، و فرع عليه مسائل (منها) هذه المسألة، و (منها) أنه إذ تزوج بامرأه بحضرة القاضى و طلقها فى الحال ثم أتت بولد لسته أشهر من العقد لحق به، و لم ينتف إلا باللعان، و (منها) أنه إذا غاب عنها زوجها و انقطع خبره، فقيل لها: إنه مات فاعتدت ثم تزوجت فأولدها الزوج الثانى أولادا ثم عاد الأول، فالأولاد لاحقون به، و لا شىء للثانى، بل عن بعض العامة الذين وافقونا فى اعتبار إمكان الوطء أنه قال: «إذا مضى زمان يمكن فيه قطع ما بين الزوجين من المسافة ثم مضى أقل زمان الحمل فإنه يلحق به و إن علم أن أحدا من الزوجين لم يبرح إلى الآخر».

و لا يخفى عليك وضح فساد ذلك كله، بل منه فشا الزنا فى نسائهم و لحوق أولاد غير الأزواج بهم، و ازدادت ولادتهم خبثا إلى خبث.

و كيف كان فقد ظهر لك أن موضوع اللعان إمكان لحوق الولد به فى الظاهر لولا اللعان و إن علم هو انتفاء عنه، و إلا فمع فرض الإمكان عنده و لو بعد لا يجوز له نفيه، لأن الولد للفراش شرعا مع إمكانه، و فى

#### النبوى (١)

«أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه، و فضحه على رؤوس الخلائق»

نعم يجب عليه نفيه مع علمه بعدم تكونه منه و لو باللعان إذا كان الظاهر لحوقه به، هذا كله مع العلم بالحال.

أما لو اختلفا بعد الدخول فى زمان الحمل تلاعنا إذا كان مقتضى قول الزوج نفي الولد لوضعها له تاما دون الستة أشهر على دعواه أو بعد أقصى الحمل لاشتباه حال الصادق منهما، فكان الانتساب إليه ممكنا، و قد ولد على فراشه، فلا ينتفى إلا باللعان، و أصاله تأخر الحادث و نحوها لا تنقح خروجه عن الولاده على الفراش، و من هنا أثبت من تعرض لذلك اللعان فى الفرض، و لم يلحظ شيئا مما تقتضيه الأصول فى هذه الدعوى.

و مما تقدم ظهر لك أنه لا يلحق الولد ظاهراً حتى يكون الوطاء الذى يحصل التولد منه ممكناً فى العاده و الزوج قادراً عليه فيها فلو دخل الصبى لدون تسع فولدت لم يلحق به لعدم وقوع مثله فى العاده، كالموضوع تاماً لدون الستة أشهر و إن كانا داخلين تحت قدره الله تعالى شأنه نعم لو كان له عشر سنين كامله لحق به الولد لإمكان البلوغ فى حقه و لو نادراً، بل ربما قيل بالاكْتفاء بالظن فيها و لو ساعه واحده، بل فى كشف اللثام نسبته إلى ظاهر المتن و المبسوط و التحرير و إن كان هو كما ترى.

و (١١) على كل حال ف لو أنكر الولد لم يلاعن إذ لا- حكم للعان (١٢) لأن الفرض كونه صبياً غير بالغ، و إلحاق الولد به لاحتمال بلوغه لا يقتضى ثبوت بلوغه، نعم لو قال: أنا بالغ بالاحتلام فله اللعان بناء على أن ذلك مما يرجع فيه إليه، لأنه لا يعلم إلا من قبله، و الفرض إمكان الزمان، أما مع عدم قوله فالأصل عدم بلوغه و إن حكمنا ظاهراً بلحوق الولد به للاحتمال.

و لا استبعاد فى الحكم بلحوق الولد به دون الحكم بالبلوغ و إن كان اللعان إنما هو لنفى هذا الولد، و إذا لم يكن بالغاً لم يحتج إلى اللعان فى نفيه و إلا- صح، لأن لزوم البلوغ لتكون الولد منه فى الواقع لا- يقتضى الحكم به، كما أن كون اللعان لنفيه لا يقتضى التساوى بينه و بين إلحاق الولد، لأن اللعان مشروط بالبلوغ اتفاقاً و إلحاق الولد يكفى فيه أدنى إمكان البلوغ، فيعطى كل منهما حكمه فى الحكم الظاهرى و إن تنافيا فى اللوازم التى هى للواقع دون الحكم فى الظاهر الذى هو ليس إثبات الموضوع واقعا على وجه يتحقق لازمه معه، و مثل هذا كثير فى الفقه، خصوصاً فى العمل بالأصول، و بالاحتياط الذى منه ما سمعته فى زوجه المفقود التى يطلقها الحاكم بعد طلبه لاحتمال حياته و تعتد عده الوفاه لاحتمال موته.

و (١٣) حينئذ يؤخر اللعان حتى يبلغ و يرشد (١٤) بأن يوثق بعقله و تمييزه

كما ستعرف من اشتراطهما فى الملاعن.

و لو مات قبل البلوغ أو بعده و لم ينكره الحق به و ورثته الزوجه و الولد و لا عبره بالإنكار المتقدم قبل البلوغ، و لو أنكره بعد البلوغ لم ينتف عنه إلا باللعان كغيره ممن حكم بلحوقه لولا اللعان، كما هو واضح.

و لو وطأ الزوج دبرا فحملت الحق به بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى كشف اللثام، بل فى المسالك ظاهرهم الاتفاق على ذلك، و لعله لإمكان استرسال المنى فى الفرج من غير شعور به و إن كان الوطء فى غيره بل عن بعضهم التصريح بأنه كذلك و إن عزل كما لو وطأ فى الفرج، خلافا لبعض فاشترط عدم العزل، لكون العلق مع ذلك فى غايه البعد، لأن الذى يحتمل معه سبقه من المنى فى غايه القله، و فيه أن الإمكان حاصل و إن كان مع العزل أبعد، و تعليل المصنف و غيره بذلك لا يقتضى اعتبار عدم العزل، لما عرفت من أن الإمكان المزبور حاصل على التقديرين، فلا فرق حينئذ بين الوطء فى الفرج أو فى الدبر مع العزل و بدونه فى الحكم باللحوق مع احتمال سبق المنى من غير شعور. و بذلك يظهر لك النظر فيما أطنب به فى المسالك، فلاحظ و تأمل.

و لا يلحق ولد الخصى الذى لا ينزل فى الظاهر المبوب الذى قطع ذكره و أنثياه، للعاده فى عدم التولد من مثله لعدم الإيلاج و الانزال، لكن على تردد من ذلك و من عدم العلم لنا بما يكون التكون منه فى الواقع، فيمكن حصوله من المساحقه، و لا عاده مستقره فى ذلك، فإنه لو فرض خصى محبوب كانت له زوجه فساحقها فحملت لا- يمكن القطع عاده بكونه من غيره، لعدم انكشاف أمر التكون لنا.

و من هنا قال المصنف و غيره: إنه يلحق ولد الخصى الذى هو يلج و لا ينزل أو المبوب الذى قطع ذكره و أنثياه و لكن ينزل بهما و لا ينتفى ولد أحدهما إلا باللعان تنزيلا على الاحتمال و إن بعد (١١) إذ لا يخفى عليك

حصول الاحتمال أيضا في الخصى الم محبوب و إن كان هو أبعد من كل واحد منهما، بل لعل التأمل في ذلك و غيره يقتضى الاكتفاء بالاحتمال و إن لم يتحقق الإمكان، فهو أزيد من قاعده ما أمكن في الحيض، بناء على اعتبار تحقق الإمكان فيها، و لعله لظاهر

قوله صلى الله عليه و آله (١): «الولد للفراش»

الشامل للمفروض و غيره، بل قد سمعت توسع العامه فيه، فألحقوا به الولد و إن علم عدم مباشره منه للزوجه اتكالا على قدرته تعالى شأنه، و إن كان هو واضح الفساد، ضروره ظهوره في كونه له مع احتمال أنه منه و إن كان بعيدا.

و إذا كان الزوج حاضرا وقت الولادة و لم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار فعن المبسوط بل المشهور كما في المسالك أنه لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلا أن يؤخر بما جرت العاده به كالسعى إلى الحاكم لأن الحق له على الفور، إذ هو كخيار الرد بالعيب و الغبن مثلا في الثبوت لدفع الضرر المقتصر فيه على مقدار ما يرتفع به الضرر و هو الفور، مؤيدا ذلك بأن الولد إذا كان منفيا عنه و جب الفور بإظهار نفيه حذرا من لحوق من ليس منه به، و عوارض التأخير من الموت فجأه و نحوه كثيره، فتختلط الأنساب، و بأنه لولا اعتبار الفور لأدى إلى عدم استقرار الأنساب، و ذلك ضرر يجب التحرز عنه.

و الجميع كما ترى، ضروره عدم صلاحية شىء من ذلك لتقييد إطلاق ما دل (٢)

على ثبوت حق النفي له المستصحب ذلك له مع التراخي، و الرد بالعيب و الغبن مع تسليم الفوريه فيه إنما هو لقاعده الاقتصار على المتيقن في تخصيص اللزوم المستفاد من «أوفوا» (٣) و نحوه مما لا يجرى في المقام، مؤيدا ذلك بأن أمر النسب خطير، و قد ورد النهى (٤)

عن استلحاق من ليس منه، و ربما احتاج

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان.

٣- ٣ سورة المائدة: ٥- الآيه ١.

٤- ٤ سنن البيهقي ج ٧ ص ٤٠٣ و كنز العمال ج ٣ ص ٢٢٥ و ٢٢٦.

ذلك إلى نظر و مهله.

نعم لو أقر بالولد لزمه الولد للنصوص (١)

و لقاعده إقرار العقلاء، بل لم ينتف عنه بعد بنفيه بلا خلاف أجده فيه، بل فى القواعد الإجماع عليه، لعدم سماع الإنكار بعد الإقرار حتى لو لاعن، لما سمعت من النصوص (٢)

و قاعده إقرار العقلاء التى لا يعارضها دليل اللعان الوارد على قاعده الفراش، نعم إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشه- فيما لو علم أن منشأ إقراره الأخذ بظاهر قاعده الفراش- بأنه لا يزيد حيثئذ حكم قاعده الإقرار على قاعده الفراش التى ثبت اللعان لنفى مقتضاها، فتأمل جيداً.

و لعله لذلك كله و غيره قال المصنف و لو قيل له إنكاره ما لم يعترف به كان حسناً و تبعه عليه الفاضل، بل ينبغي الجزم بذلك فى نحو مفروض المسأله الذى يمكن عدم منافاه الفوريه فيه بفرض عدم حصول ما يقتضى نفيه له حال الولاده، إذ المراد بالفور عند من اعتبره هو سقوط حقه مع التراخى إذا كان سبب النفى حاصله و مع ذلك تراخى فى نفيه.

على أنه لم يظهر لنا مراد القائل بالفوريه هل هو وجوب إنشاء النفى عند حصول مقتضيه له أو وجوب إظهاره عند الحاكم؟ و إن كان ظاهر ما ذكره من الفروع الثانى، لكن هو كما ترى.

بل ملاحظه ما ذكره فى المسالك و غيره منها يقتضى كونها من فروع العامه المبتنيه على القياس و الاستحسان، قال فيها: «و إن كان معذوراً بأن لم يجد الحاكم، أو تعذر الوصول إليه، أو بلغه الخبر ليلاً فأخر حتى يصبح، أو حضرته الصلاه فقدمها، أو أحرز مالاً- له أو لغيره- أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس أو لابس أو كان مريضاً أو مجوساً أو ممرضاً لم يبطل حقه، و هل يجب عليه الاشهاد على النفى؟ وجهان، و قد سبق له نظائر كثيره، و لو أمكن المريض أو الممرض أن يرسل إلى الحاكم و يعلمه بالحال أو يستدعى منه أن يبعث إليه نائباً من عنده فلم يفعل بطل حقه، لأن

١- ١ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب ميراث ولد الملائعنه من كتاب المواريث.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب ميراث ولد الملائعنه من كتاب المواريث.

مثل هذا متيسر له، و مثله ملازمه غريمه و من يلزمه غريمه، و أما الغائب فإن كان فى الموضع الذى غاب إليه قاض و نفى الولد عند وصول خبره إليه عنده فذاك، و إن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففى جوازه وجهان، من منافاه الفوريه اختيارا، و من أن للتأخير غرضا ظاهرا، و هو الانتقام منها باشتهاار خبرها فى بلدها و قومها، و حيثئذ فان لم يمكنه المسير فى الحال لخوف الطريق و نحوه فينبغى له أن يشهد، و إن أمكن فليأخذ فى السير، فإن أصر بطل حقه، و إن لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان و أراد التأخير إلى بلده و جوزناه» إذ ذلك كله كما ترى لا يوافق أصولنا خصوصا بعد أن لم يكن فى شىء مما وصل إلينا من الأدله جعل العذر و الغرض عنوانا للحكم حتى يرجع إلى مصداقهما عرفا.

و كيف كان ف لو أمسك عن نفى الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين، لاحتمال أن يكون التوقف لترده بين أن يكون حملا- أو ريجا فلا- يكون سكوته منافيا للفور، و لو قال: عرفت أنه حمل (ولد خ ل) و لكن أخرت طمعا فى أن تجهض فلا احتاج إلى كشف الأمر و رفع السترفى المسالك «فيه وجهان: أحدهما أنه يبطل حقه، لتأخير النفى مع القدره عليه و معرفه الولد، فصار كما لو سكت عن نفيه بعد انفصاله طمعا أن يموت، و الثانى أن له النفى، لأن مثل هذا عذر واضح فى العرف، و لأن الحمل لا يتيقن صرفا، فلا أثر لقوله: عرفت أنه ولد» بل فيها «أن هذا لا يخلو من قوه» مع أنه كما ترى.

ثم قال: «و من الأعذار ما لو أخر و قال: إنى لم أعلم أنها ولدت و كان غائبا أو حاضرا بحيث يمكن ذلك فى حقه، و يختلف ذلك بكونه فى محله أخرى أو فى محلتها أو فى دارها أو فى دارين، و لو قال: أخبرت بالولاده و لكن لم اصدق الخبر نظر، إن أخبره فاسق أو صبى صادق يمينه و عذر، و إن أخبره عدلان لم يعذر، لأنهما مصدقان شرعا، و إن أخبره عدل حر أو عبد ذكر أو أنثى ففيه

وجهان: أحدهما أنه يصدق و يعذر، ولأنه أخبره (١) من لا يثبت بشهادته الحق، و الثاني أنه لا يصدق و يسقط حقه، لأن روايته مقبولة، و هذا سبيله سبيل الاخبار، و لو قال: عرفت الولاده و لم أكن أعلم أن لى حق النفى فإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك عادة لم يقبل، و إن أمكن بأن كان حديث العهد بالإسلام أو ناشئاً فى بادية بعيدة عن أهل الشرع قبل، و إن كان من العوام الناشئين فى بلاد الإسلام فوجهان:

أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه» و لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و لو أقر بالولد صريحا أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك لما عرفت من قاعده عدم سماع الإنكار بعد الإقرار الصادق عرفا على الصريح و غيره مثل أن يبشر به فيجيب بما يقتضى الرضا، كأن يقال: بارك الله لك فى مولودك فيقول: آمين أو إنشاء الله تعالى، أما لو أجاب بما لا يتضمن الإقرار بأن قال مجيبا: بارك الله لك أو أحسن الله إليك أو رزقك مثله لم يكن إقرارا و لم يبطل حقه من النفى، خلافا لبعض العامه، فجعله إقرارا، و ضعفه واضح.

و إذا طلق الرجل و أنكر الدخول فادعته و ادعت أنها حامل منه ف عن الشيخ فى النهايه إن أقامت بينه أنه أرخى سترا عليها لاعنها و حرمت عليه، و عليه المهر كاملا و إن لم تقم بينه كان عليه نصف المهر و لا لعان، و عليها مأه سوط ل

صحيح على بن جعفر (٢)

«سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل، قال: إن أقامت البينه على أنه أرخى سترا ثم أنكر الولد لاعنها، ثم بانت منه، و عليه المهر كاملا»

مؤيدا بالظاهر.

لكنه كما ترى لا دلالة فيه على ذكر المأه سوط، بل لا وجه له، ضروره عدم ثبوت حد عليها، فإن إنكار الولد منه و إن انتفى عنه بدون لعان لا يقتضى زناها و اعترافها بالوطء و الحمل منه الذى كان القول قوله فى نفيهما للأصل لا يوجب حدا

١-١ فى المسالك «أحدهما أنه يصدق و يعذر لأنه أخبره» بدون «و».

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللعان الحديث ١.



عليها، لأنه أعم، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدعه لا أقل من أن يكون دعواها ذلك يوجب شبهه يسقط بمثلها الحد، وعدم ثبوت دعواها شرعا لا يحقق وصف الزنا قطعا، إلا أن ذلك لا يقتضى سقوط الخبر المزبور الدال بمنطوقه ومفهومه على الأحكام المزبوره التي يدل على بعضها الأصل، نعم هو من جمله نصوص الخلوه (١)

المقتضيه للحكم بالدخول بالنسبه إلى تمام المهر والملاءنه، وقد عرفت البحث في ذلك مفصلا في كتاب النكاح وأنه لا يقتضى الحكم بالدخول بالنسبه إلى تمام المهر، فضلا عن غيره من الأحكام المترته على الدخول.

و من هنا قيل و القائل ابن إدريس، لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول بالبينه أو الإقرار و هو الوطاء، و لا يكفي في إثباته إرخاء الستر حينئذ و لا يتوجه عليه الحد لأنه لم يقذف فإن إنكار الولد أعم من ذلك و لا أنكر ولدا يلزمه الإقرار به حتى يصح اللعان منه، و وجهه في المسالك بعدم ثبوت الوطاء الذي به يتحقق الفراش المقتضى للحقوق الولد به.

و لعل هذا أشبه بأصول المذهب و قواعده التي منها أصله عدم الدخول بناء على كونه شرطا في اللعان التي لا يعارضها نصوص الخلوه (٢)

كما سمعت الكلام فيه مفصلا في كتابه.

نعم قد يقال- إن لم يكن إجماع على خلافه:- بلحوق الولد به لاحتمال الوطاء بناء على أنه يكفي في الفراش في الزوجه تحقق الزوجيه و احتمال الوطاء و لكن لا يشرع اللعان في نفيه بناء على اعتبار تحقيق الدخول فيه، و لا تنافي بين الحكمين بعد اقتضاء دليلهما ذلك، و دعوى أن لحوق الولد به يتوقف أيضا على

١-١ الوسائل - الباب - ٥٥- من أبواب المهور الحديث ٣ و ٤ من كتاب النكاح.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥٥- من أبواب المهور من كتاب النكاح.

تحقق الدخول كاللعان يمكن منعها، وقد تقدم بعض الكلام فى ذلك. بل أظن فى المسالك عند البحث على تحقق فراش الأمه بالأمه فى بيان تحقق فراش الزوجه الدائم بالعقد و إمكان وصوله إليها و أنه يلحق به الولد بذلك، فلاحظ و تأمل، فإنه لا يخلو من منافاه لما هنا، و الله العالم.

و لو جمع بين سببى اللعان بأن قذف امرأته و نفى الولد و أقام بينه على ما قذفها به سقط الحد عنه بلا خلاف و لا إشكال و لكن لم ينتف الولد عنه إلا باللعان الذى شرعه الشارع لنفى الولد الذى لولاه لا لتحقق به ب

قوله صلى الله عليه و آله (١): «الولد للفراش».

و كذا لو طلقها بائنا فأنت بولد يلحق به فى الظاهر كما لو وضعتة تاما بعد سته أشهر فصاعدا من حين وطئه لم ينتف عنه إلا باللعان.

بل و كذا لو تزوجت فأنت بولد لدون سته أشهر من دخول الثانى (١١) ليعلم نفيه عنه و لتسعه أشهر فما دون من فراق الأول لم ينتف عنه إلا باللعان (١٢) لقاعده «الولد للفراش» التى لا يعارضها هنا فراش الثانى بعد العلم بانتفائه عنه، كما هو واضح.

**[الركن الثاني في الملعن]**

الركن الثاني في الملعن:

ولا خلاف في أنه يعتبر فيه أن يكون بالغاً عاقلاً بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى معلوميه سلب عبارته غيرهما فيما يشمل المقام الذي هو إما شهادة أو يمين، وكل منهما ليسا من أهله، بل لا يترتب على قذفهما حد كي يراد إسقاطه باللعان وإن عزز المميز على قذفه تأديباً له، بل لعل المنساق من آية اللعان (١) - التي هي الأصل في إثبات شرعيته - غيرهما، وهو واضح. وفي لعان جنس الكافر روايتان أشهرهما أنه يصح وإن كنا لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على شيء من ذلك إلا في الملعنه (٢) التي ستسمع الحال فيها، ولعله المراد للمصنف بناء على اتحاد الحكم فيهما، فإنه لا قائل بالفصل بينهما، على أن مبنى المنع في الكافر هو كون اللعان شهادة بقرينه قوله تعالى (٣) «فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ» خصوصاً بعد قوله تعالى «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ» المعلوم إرادته الشهادة منه، وهي لا تقبل من الكافر، وهذا أمر شامل للملعن والملعنه وإن كان هو واضح الفساد، ضروره صحته من الفاسق وإن لم تقبل شهادته إجماعاً على أن قوله تعالى (٤) «شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ» كالصريح في إرادته اليمين منه، بل

في الخبر (٥)

«مكان كل شاهد يمين»

وقوله تعالى (٦) «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ»

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦ الى ٩.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٤- ٤ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب اللعان الحديث ٦.

٦- ٦ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

و إن كان المراد منه الشهاده قطعاً، إلا أنه لا يقتضى كون المراد منها ذلك فى قوله تعالى (١) «فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ» بل معناه أنه إذا لم يكن بينه فيمين، كما هو واضح.

على أن المحكى عنه اعتبار الإسلام هنا الإسكافى مطلقاً والحلى إذا كان اللعان للقذف، ولا ريب فى عدم تماميه الدليل المزبور فى الثانى منهما، بل لعله مناف له فى الجملة، كل ذلك مضافاً إلى قاعده اتحاده مع المسلم فى الفروع و إلى ما سمعته من النصوص (٢)

الداله على ملاعنه اليهوديه و النصرانيه المتممه بعدم القول بالفصل، و هى و إن كان فى مقابلها نصوص (٣)

داله على عدم الجواز فيها لكنها قاصره من وجوه كما ستسمع ذلك إنشاء الله.

و على كل حال يتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين و ترافعا إلينا، بل يمكن فرض الزوجه مسلمه و الزوج كافرا فيما إذا أسلمت و أتت بولد يلحقه شرعا فأنكره، و الله العالم.

و كذا الكلام (القول خ ل) فى لعان المملوك فان المشهور جوازه، بل نفى الخلاف عنه فى المسالك، لإطلاق الأدله و خصوص الصحاح

فى أحدها (٤)

«عن عبد قذف امرأته قال: يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار»

و فى حسن جميل بن دراج (٥) سأل الصادق عليه السلام «عن الحر بينه و بين المملوكه لعان؟ فقال: نعم و بين المملوك و الحره، و بين العبد و الأمه، و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه»

و نحوهما الثالث (٦).

١-١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ٢ و ٦ و المستدرک الباب- ٥- منه الحديث ١ و ٢.

٣-٣ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ٤ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤.

٤-٤ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ٢.

٦-٦ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ١.

خلافًا للمحكي عن المفيد و الديلمي فاشترطوا الحرية مطلقا و الحلى فاشترطها فى اللعان للقذف، و لم نجد لهم دليلا هنا سوى ما تقدم، و قد عرفت الحال فيه، مضافا إلى صريح المعتبره التى لا معارض لها سوى

خبر السكونى (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهن ملاءنه:

اليهوديه تكون تحت المسلم فيقذفها، و النصرانيه و الأمه تكون تحت الحر فيقذفها، و الحره تكون تحت العبد فيقذفها، و المجلود فى الفريه، لأن الله تعالى يقول (٢) وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا، و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان، إنما اللعان فى اللسان»

و نحوه فى الخصال عن سليمان بن جعفر البصرى (٣) عن جعفر عن أبيه عن جده عن على عليهم السلام.

و لكنهما ضعيفان موافقان للعامه،

كالمرسل عن بعض الكتب (٤) عن على عليه السلام أيضا «الخرساء و الأخرس، ليس بينهما لعان، لأن اللعان لا يكون إلا باللسان»

فلا ريب فى عدم الاشتراط، و الله العالم.

و يصح لعان الأخرس إذا كان له إشاره معقوله يفهم منها القذف و معانى الشهادات الخمس بلا خلاف أجده فيه، بل عن الشيخ إجماع الفرقه و أخبارهم، لعموم ما دل (٥)

على قيام إشارته مقام اللفظ فى جميع ما اعتبر فيه ذلك من عباده كتكبيره الإحرام و غيرها و عقد و إيقاع، فيصح الفرض فيه حينئذ كما يصح

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

٣- ٣ أشار إليه فى الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ و ذكره فى البحار ج ١٠٤ ص ١٧٦.

٤- ٤ المستدرک الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٥٩ - من أبواب القراءه فى الصلاه الحديث ١ من كتاب الصلاه.

طلاقه و إقراره على أن الأقوال الخمس هنا إما شهاده أو يمين، و كل منهما صحيح عندنا من الأخرس بالإشاره، مؤيدا ذلك كله بقضاء الضروره به إذا كان مما يجب عليه نفى الولد للعلم بكونه من غيره، و احتمال انتفائه بنفيه هنا من دون لعان مناف لأصالة اللحوق و غيرها، فليس حينئذ إلا قيام إشارته مقام نطق غيره.

و لكن مع ذلك كله و غيره ربما توقف شاذ منا في قذفه و لعانه نظرا إلى تعذر العلم بالإشاره و هو ابن إدريس، قال فيما حكى عنه «لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه، لأن أحدا من أصحابنا غير الشيخ في خلافه و مبسوطه لم يورده في كتابه، و لا وقفت على خبر في ذلك، و لا إجماع عليه، و القائل بهذا غير معلوم، و التمسك بالايه (١) بعيد لأنه لا خلاف أنه غير قاذف و لا رام على الحقيقه، و النطق منه حال اللعان متعذر، و الأصل براءة الذمه، و اللعان حكم شرعى يحتاج إثباته إلى دليل شرعى و أيضا لو رجع بالشهادات عن اللعان عند من جوز له و جب عليه الحد، و

الرسول صلى الله عليه و آله قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» (٢)

و من المعلوم أن في إيمانه و إشارته بالقذف شبهه هل المراد به القذف أو غيره؟ و هو غير معلوم يقينا بلا خلاف - ثم قال:- فان قلنا: يصح منه اللعان كان قويا معتمدا، لأنه يصح منه الإقرار و الايمان و أداء الشهادات و غير ذلك من الأحكام».

و هو كما ترى متوقف مضطرب، لكن دعواه عدم دلالة إشارته على القذف و عدم إمكان أداء معانى ألفاظ اللعان فيها خلاف الفرض، كما أن دعوى عدم تحقق إشاره للأخرس كذلك منافيه للوجدان خصوصا إذا كان منها الكتابه التي يمكن فرض أنه يحسنها، و من الغريب دعوى عدم الخلاف في عدم كون إشارته قذفا، إذ هو مناف للعرف بل و اللغه، على أنه يمكن عروض الخرس له بعد القذف.

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٤- من أبواب مقدمات الحدود الحديث ٤ من كتاب الحدود.

و من ذلك و غيره قال المصنف هو ضعيف إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل و غيره.

نعم لا- يصح اللعان منه مع عدم النطق و عدم الإشاره المعقوله بلا خلاف و لا إشكال، بل لا يتصور فيها الموضوع فضلا عن الصحه، و دعوى الفرق بين الإقرار و العقود و الإيقاعات و بين المقام- من حيث إنه يتعين فيه تأديته بلفظ الشهاده و اللعن و الغضب، و الإشاره لا ترشد إلى ذلك و إن أدت معناها، بخلاف غيره من الإقرار و العقد و غيره مما لا يعتبر فيه ذلك و إن اعتبر فيها الصيغ الخاصه إلا أن المراد معناها، فتقوم الإشاره حينئذ في التأديه مقام اللفظ- يدفعها بعد الإغضاء عما فيها ما أشرنا إليه سابقا من التصريح في الأدله بقيام إشارته مقام التكبير و التلبيه و نحوهما مما يراد منها اللفظ لكن من القادر عليه، و لو لإطلاق ما دل (١)

على قيام إشارته مقام اللفظ من غيره في سائر المقامات، و من فحوى ذلك يستفاد صحته بغير العربيه ممن لا- يقدر عليها كالفارسي و التركي و غيرهما، نعم ما تقدم في النصوص (٢)

السابقه من التعليل و غيره يقتضى عدم صحته من الأخرس كالخرساء، إلا أنها نصوص ضعيفه لا جابر لها، بل الإعراض عنها متحقق، فلا- تصلح معارضه لإطلاق أدله قيام إشارته مقام اللفظ من غيره، كما أوضحنا ذلك في كتب العبادات و المعاملات، فلاحظ و تأمل.

و لو كان يحسن الكتابه و قلنا إنها من جمله إشارته فليكتب حينئذ كلمه الشهاده و كلمه اللعن و الغضب و يشير إليها أربع مرات، و لا يكلف أن يكتب أربع مرات.

و لو قذف و لاعن بالإشاره ثم عاد نطقه و قال: لم أرد اللعان بإشارتي قبل قوله

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٩- من أبواب القراءه فى الصلاه الحديث ١ من كتاب الصلاه.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ١٢ و المستدرک الباب- ٨- منه الحديث ١ و ٢.

فيما عليه من لحوق النسب به و ثبوت الحد دون ماله من الحرمة المؤيده، و لكن له أن يلاعن في الحال لإسقاط الحد و لنفى النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حكم النفي، و لو قال لم أرد القذف أصلا لم يقبل قوله، لأن إشارته أثبت حقا لغيره، و لأن المفروض دلالتها عليه على وجه يحصل العلم منه، فلا يقبل إنكاره حينئذ، و الله العالم.

و لو نفى ولد المجنونه لم ينتف إلا- باللعان منهما لأن الأصل اللحق، و لا يخرج عنه إلا بما ثبت شرعا، و هو الانتفاء باللعان منهما و لا دليل على قيام الولي مقامها هنا، بل ظاهر الأدلة خلافه، نعم لو أفاقت فلاغت صح بلا خلاف و لا إشكال و إلا كان النسب ثابتا و الزوجية بلا خلاف و لا إشكال كذلك أيضا للأصل و غيره.

و لو نفى ولد الشبهه انتفى عنه من غير لعان إذا لم يعترف بوطنها بحيث يلحق به الولد و لم يعلم منه ذلك، كما ستعرف تحقيق ذلك في الأمه و المتمتع بها عند تعرض المصنف لهما.

و منه يعلم النظر فيما في المسالك هنا حيث قال: «الموطوءه بالشبهه لا- تصير فراشا بحيث يلحق به الولد بمجردة، بل يتوقف لحوقه على اعترافه به أو بأنه لم يطأها في ذلك الوقت الذي يمكن إلحاق الولد به فيه غيره، لأن ذلك يستلزم كونه منه أيضا، و هو في قوه الاعتراف به، فيلحق به و إلا فلا».

و فيه أنه يكفي في لحوق الولد به بعد وطئه لها على وجه يصلح لتكون الولد منه عدم العلم بوطن غيره لها إذا لم تكن ذات زوج حاضر معها، لا العلم بالعدم، كما ستعرف الوجه في ذلك، بل و لا ينتفى بانتفائه حينئذ.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم من غير خلاف فيه بينهم و لا إشكال أنه إذا عرف الزوج خاصه انتفاء الحمل لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها كما لو ولدته لسته أشهر فصاعدا من حين الترويج و خلوته بها و لكن لم



يدخل بها فيما بينه وبين الله تعالى شأنه في وقت يمكن فيه إلحاقه به وجب عليه إنكار الولد و اللعان، لئلا يلحق بنسبه من ليس منه و يترتب عليه حكم الولد في الميراث و النكاح و نظر محارمه و غير ذلك من الأمور التي لا ترتفع إلا بنفيه، لاقتضاء قاعده الفراش الالتحاق به ظاهراً، من غير فرق في ذلك بين علمه بزناها و عدمه، و إن حرم عليه قذفها في الثاني، لاحتمال كون الولد من شبهه، و إنما الواجب عليه نفي الولد عنه و اللعان.

لكن في المسالك هنا «ربما قيل بعدم وجوب نفيه، و إنما يحرم التصريح باستلحاقه كذبا دون السكوت عن النفي، و ذلك لأن في اقتحام اللعان شهره عظيمه و فضيحه يصعب احتمالها على ذوى المرات فيبعد إيجابه» و لا يخفى عليك ضعفه، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مضافاً إلى ظاهر بعض النصوص (١).

نعم لو اجتمعت شروط الإلحاق بأن ولدته في المده التي بين أقل الحمل و أكثره من حين وطئه لا يجوز له إنكار الولد و الحق به ظاهراً، بل ستعرف التحقيق في عدم مشروعيه اللعان لنفيه مع اعترافه باجتماع شرائط الإلحاق أو العلم بها، و حينئذ فلا يجوز له نفيه فضلاً عن اللعان للشبهه و لا للظن و لا لمخالفه الولد صفات الواطئ و موافقتها لصفات المتهم، بل و لو حقق زناها و جاء الولد مخالفاً له في الخلق و الخلق بل مشابهاً للزاني، لتظافر الأدله (٢).

بلحوق الولد للوطء المحترم الصالح للتكون منه، و اللعان إنما يرفع اللحوق الناشئ من قاعده الفراش الظاهريه، كما ستعرف تحقيق ذلك كله في الأمه و المتمتع بها على وجه لم نسبق إليه، و الله العالم بحقيقه الحال و الموفق للصواب.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٠ من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩- من كتاب اللعان الحديث ٣ و الباب - ١٠٥- من أبواب أحكام الأود من كتاب النكاح و الباب - ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

**[الركن الثالث فى الملاعنه]**

الركن الثالث فى الملاعنه و لا خلاف كما لا إشكال فى أنه يعتبر فيها حال الملاعنه البلوغ و كمال العقل لسلب عباره غير البالغ و المجنونه و غيره مما عرفته مكررا.

و كذا لا- خلاف و لا- إشكال فى أنه يعتبر فيها السلامه من الصمم و الخرس لكن على الوجه الذى ذكرناه فى كتاب النكاح مفصلا عند ذكر المصنف له فى السبب الخامس من أسباب التحريم، و منه يعلم الحال فى وجه ذكر المصنف للأميرين شرطا المقتضى بظاهره لصحه اللعان مع انتفاء أحدهما، مع اكتفائه و غيره فى التحريم فى كتاب النكاح بقذف أحدهما، فلاحظ و تأمل، فإن منه يعلم أيضا قوه القول بكون ذلك شرطا فى اللعان بالسبب الآخر، و هو نفي الولد، كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب هنا، مضافا إلى ظهور خبر السكونى (١).

و المرسل (٢) عن على عليه السلام المتقدمين سابقا فى ذلك أيضا و ضعفهما منجر هنا بما يظهر من الأكثر من كون ذلك شرطا فى سببى اللعان حينئذ.

و لا يشكل ذلك باقتضائه الانتفاء بمجرد نفيه من دون لعان مع اقتضاء قاعده الفراش إلحاقه إن كان المراد من الاشتراط المزبور حصول فائده اللعان من دون اللعان، كما لو قذفها، فإنها تحرم عليه من دون ملاعنه، أو وجوب نفيه عليه،

١- ١ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ١٢.

٢- ٢ المستدرک الباب- ٨- من كتاب اللعان الحديث ٢.

لعلمه بأنه ليس منه مع عدم طريق إلى انتفائه عنه، إذ الفرض عدم مشروعيه اللعان معها و لو بالإشارة، إذ لا مانع من التزام الأول، و يكون لعانه معها مجرد ذكره سبب اللعان، فيحصل ثمرته بينهما و إن لم يحصل اللعان كما في القذف.

لكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد عن الإشكال فإن ظاهر اقتصار المصنف في سبب التحريم على القذف في كتاب النكاح يقتضى عدمه في نفى الولد، بل في

صحيح أبي بصير أو موثقه (١) القذف خاصة، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صماء لا تسمع ما قال، فقال: إن كان لها بينه تشهد لها عند الإمام جلده الحد، و فرق بينهما، ثم لا تحل له أبدا، و إن لم يكن لها بينه فهي حرام عليه ما أقام معها، و لا إثم عليها»

و كذا

حسن الحلبي و محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام «في رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: يفرق بينهما»

نعم في

خبر محمد بن مروان (٣) عنه عليه السلام «في المرأه الخرساء كيف يلاعنها زوجها؟

قال: يفرق بينهما و لا تحل له أبدا».

فما عساه يظهر منه أن ذلك كيفية لعانها في مطلق سببه، لكن بمجرد ذلك لا يجسر على الحرمة أبدا كما لا يجسر على انتفاء الولد الثابت لحوقه بقاعده الفراش بمجرد نفيه، على أن ذكرهم ذلك شرطا في اللعان أعم من انتفائه بمجرد نفيه، بل أقصاه سقوط اللعان بينهما، و هو أعم من انتفائه، بل و من الحرمة الأبديه، و من هنا كان خيره ثانی الشهيدین هنا مشروعیه اللعان بينهما في نفى الولد بالإشارة.

لكن يبعده - مضافا إلى إطلاق الأصحاب الاشتراط على وجه يشمل السببين - خفاء الفرق بين سقوطه بينهما للقذف و عدمه لنفى الولد، خصوصا مع ظهور كون العله في الأول الخرس، كما أومئ إليه في النصوص (٤)

السابقه

١-١ الواسئل - الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

١-٢ الواسئل - الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٣-٣ الواسئل - الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٤-٤ الواسئل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ و المستدرك الباب - ٨ - منه.

و إن لم يتعدى منها إلى الخرس في الرجل للإجماع وغيره، و لذا كان ظاهر بعض الأفاضل سقوط اللعان بينهما في ذلك، لظاهر الاشتراط المزبور في الفتاوى المعتضده بما سمعته من خبر السكوني (١).

و غيره مع عدم حرمة الأبد و عدم انتفاء الولد، للأصل و قاعده الفراش، و هو جيد إن لم يكن ظاهر خبر محمد بن مروان (٢).

المتقدم أن كيفية اللعان بينهما في سببه التفرقة بينهما أبدا، بمعنى إجراء حكم اللعان على ذكر سببه و إن لم يحصل، بل قد يدعى ظهور اشتراطهم له ذلك مع عدم ذكرهم الفرق بين القذف و نفى الولد مع أنه لا-ريب في كون حكمه كذلك في الأول، فالاحتياط لا ينبغي تركه، خصوصا مع عدم تحرير المسألة في كلامهم، بل في قواعد الفاضل «و في اللعان لنفى النسب- أى في الخرساء و الصماء- إشكال» و لعله مما عرفت من أنه لا طريق إلى انتفائه سواه، و من إطلاق النص (٣).

و الفتوى نفى لعانها، و في كشف اللثام «و الأول أقوى».

نعم لا إشكال في ظهور كلمات الأصحاب بسقوط الحد عنه لو أقام بينه على ما قذفها به و عدم جريان حكم اللعان حينئذ، فلا تحرم عليه أبدا، لكن في المسالك «حرمت أيضا عليه كما دلت عليه الرواية السابقة- أى خبر أبي بصير (٤).

ثم قال:- و ربما قيل بأنها تحرم حينئذ، لعدم قذفها بما يوجب اللعان، و يثبت عليها الحد بالبينة، و لا ينتفى عنها بلعانها، و الرواية تنافى ذلك، و هى معتبرة الإسناد، لكن فى الاكتفاء بها فى إثبات هذا الحكم نظر، و عبارته الأصحاب فى باب التحريم مصرحه باشتراط قذفها بما يوجب اللعان لولا الآفة المذكوره، فيخرج منها ما لو أقام البينه و ما لو لم يدع المشاهده، و إطلاق هذه الرواية و غيرها يتناول الجميع، و الأولى الرجوع فى كل موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العام».

قلت: و هو هنا ما ذكره الأصحاب من عدم الحرمة أبدا عليه بذلك،

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

لأنها منافيه للأصل و غيره، على أن إطلاق النصوص بملاحظه فتوى الأصحاب و خبر محمد بن مروان (١)

يمكن دعوى كون المراد منه أن التحريم المزبور فى مقام اللعان الذى ليس المفروض منه، و اشتمال الخبر المزبور على البيئه إنما هو بالنسبه إلى دعوى القذف عليه لا ما قذفها به، كما هو واضح.

هذا و قد يستفاد من الخبر المزبور عدم الإثم عليها فى الاجتماع معه مع عدم البيئه لها على قذفه لها و إن حرم هو عليه، و لعله كذلك فى كل مقام يعجز عن إثبات الحكم فى الظاهر و إن اختص الإثم بالآخر.

و كذا يعتبر فى الملاعنه لئفى الولد أن تكون منكوحه بالعقد الدائم بلا خلاف معتد به، بل فى المسالك هو موضع وفاق، لأن ولد المتمتع بها ينتفى بغير لعان اتفاقا، لكن فى كشف اللثام عن الجامع التصريح بوقوعه للنفى، و فيه - مع أنه مناف للاتفاق المزبور و للأصل - أنه مناف لإطلاق

قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن سنان (٢): «لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها»

و فى

صحيح ابن أبى يعفور (٣): «لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها»

و نحوه خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (٤).

بل منها يستفاد أيضا عدم وقوعه أيضا للقذف كما هو المشهور شهره عظيمه،

١- ١ الوسائل - الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٤- ٤ لم أف على خبر لعلى بن جعفر بهذا المضمون بعد التتبع التام فى مظانه من الوسائل و المستدرک و الوافى و الكتب الأربعة و البحار فى باب اللعان و ج ١٠ منها ص ٢٤٩ - الطبع الحديث - باب «ما وصل إلينا من أخبار على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام» و الظاهر أنه طاب ثراه أخذه من المسالك حيث ان الشهيد قد بعد ذكر صحيحه ابن سنان قال: «و مثله روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام».

بل لم يحك الخلاف في ذلك إلا عن السيد و المفيد، لعموم الآية (١) الذي يجب تخصيصه بالنصوص المزبوره و إن كانت آحادا لما تحرر في الأصول من جواز تخصيصه بخبر الواحد فحيث لا ريب في اشتراط الدوام في اللعان بالسببين.

نعم ينبغي أن يعلم أن ولد المتعه و إن انتفى بمجرد النفي من دون لعان لكن في كشف اللثام لا- يجوز له النفي إلا- مع العلم بالانتفاء و إن عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء بالقرائن الخارجيه، بل قال في شرح قول الفاضل قبل ذلك: «و يلحق به الولد و إن عزل و كذا في كل و طء صحيح أو شبهه، فان

المنى سباق

و الولد للفراش،

و للأخبار (٢)

« و لا- يخفى عليك ظهور كلامه في أنه يجب إلحاقه به و إن حصل له الظن بعدمه بالأمارات في كل و طء صحيح و لو شبهه، بل لا يتوقف إلحاقه به على اعترافه بعدم و طء غيره، فيكفى الأصل له و لغيره في إلحاقه به، كما أوأنا إلى ذلك سابقا، و يأتي إنشاء الله.

إلا- أنه قد يشكل ذلك بأن ذلك إن كان للفراشيه لم يتجه نفيه بالانتفاء و إن لم يشرع اللعان، بل أقصى نفيه لحوق أحكامه بالنسبه إليه من حيث إقراره، و أما حقوق الولد فلا تنتفى لقاعده الفراش الذي لم يشرع اللعان هنا لنفيه، و إن كان لا للفراشيه لم يتجه وجوب إلحاقه به بمجرد احتمال كونه من وطئه و إن لم يعلم و طء غيره، فتأمل جيدا، فإنه ربما يأتي لذلك مزيد تحقيق، و الله العالم.

و في اعتبار الدخول بها في مشروعيه اللعان خلاف و المروى في المعتبره المستفيضه أنه لا لعان ففي

خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله».

و في مرسل ابن أبي عمير عن بعض

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآية ٦.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٣- من أبواب المتعه و الباب- ١٥- من أبواب أحكام الأولاد من كتاب النكاح.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللعان الحديث ٢.

## أصحابه (١)

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحد و يخلى بينه و بينها»

و فى

خبر محمد بن مضارب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد و هى امرأته»

و فى خبر محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام «لا تكون الملاعنه و لا الإيلاء إلا بعد الدخول»

و فى خبر أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته»

و فى خبره الآخر (٥) عنه عليه السلام أيضا قال: «سألته عن رجل تزوج امرأه غائبه لم يرها فقذفها، قال: «يجلد»

٢٨٩١٨ و فى خبر محمد بن مضارب (٦)

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول فى رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال:

لا يكون ملاعنا إلا بعد أن يدخل بها، يضرب حدا و هى امرأته، و يكون قاذفا»

و هى مع تعاضدها و اعتبار سند بعضها قد حكى الإجماع على مضمونها فى محكى الخلاف و ظاهر التبيان و أحكام القرآن للراوندى.

و لكن مع ذلك كله فيه قول بالجواز كما عن بعضهم، بل فى قواعد الفاضل أنه الأقرب، و لعله لعموم الآيه (٧) الذى يجب تخصيصه بما سمعت من النصوص و غيرها، و دعوى تنزيلها على اعتباره بالنسبه إلى نفي الولد- الذى لا- يتوقف نفيه قبل الدخول على اللعان إجماعا كما فى المسالك، لعدم وجود شرائط الإلحاق، فلا إشكال فى انتفائه بهذا السبب- يدفعها التصريح فى جملة منها بنفى اللعان بينهما بالقذف دون نفي الولد.

و حينئذ فما أشار إليه المصنف و غيره بعد حكاية القولين المزبورين بقوله و قال ثالث كما عن السرائر بثبوته أى اللعان بالقذف بلا دخول دون نفي الولد حاملا عليه كلام الأصحاب قال: «لأن قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه، و لا يلحق به الولد بلا خلاف بين أصحابنا، و لا يحتاج فى نفيه إلى لعان» و استحسنة

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللعان الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللعان الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللعان الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللعان الحديث ٦.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللعان الحديث ٧.

٦-٦ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللعان الحديث ٨.

٧-٧ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٦.



فى محكى المختلف فى غير محله، لما عرفت من تصريح جملة من النصوص بنفيه فى القذف أيضا.

لكن لا ريب فى أن كلام المصنف و غيره ممن عبر كتعبيره ظاهر فى أن من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول فى اللعان بسببين، لأنه جعل التفصيل قولاً ثالثاً، و فى المسالك «أن قائله غير معلوم، و هو غير موجه لما عرفت من أن الدخول شرط لحوق الولد، فلا يتوقف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه، و الحق رجوع الخلاف إلى قولين بالاشتراط فيهما و التفصيل فيهما (بينهما خ ل) كما مر».

قلت: يمكن القول بعدم اشتراط الدخول فى مشروعيه اللعان، بل يكفى احتمالها، فحينئذ إذا نفاه مع إمكانه منه و ادعته المرأه لم ينتف عنه إلا باللعان، نعم ما سمعته من النصوص صريح فى اشتراط الدخول فى مشروعيه اللعان، اللهم إلا أن يحمل على إرادته إخراج حال العلم بعدم الدخول بالنسبه إلى نفى الولد، فإنه لا حاجة حينئذ إلى اللعان قطعاً فى الانتفاء عنه و إن كان هو خلاف ظاهر إطلاق اعتبار الدخول، و حينئذ يتجه اشتراطه فى اللعان مطلقاً و إن قلنا بلحوق الولد به بمجرد احتمال الدخول. بل و إن قلنا لا طريق إلى نفيه عنه بعد

قوله صلى الله عليه و آله (١): «الولد للفراش»

كما تسمع ذلك فى نظائره، أو يكتفى فى انتفائه بمجرد نفيه عنه، لأنه لا طريق إلى ما أوجب الشارع عليه من نفيه عنه مع علمه بعدم كونه منه إلا انتفاؤه عنه بمجرد نفيه بعد فرض عدم مشروعيه اللعان، كما تسمع تحقيق ذلك فى نظائره إن شاء الله فتأمل جيداً، و الله العالم.

و ثبت اللعان بين الزوج الحر و الزوجه المملوكه على المشهور بين الأصحاب، كما يثبت من دون خلاف بين الحرين و المملوكين و الزوج المملوك و الزوجه الحره، لعموم الآيه (٢) و خصوص

حسن جميل (٣) عن

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ٣.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٦.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

الصادق عليه السلام «سأل هل يكون بين الحر والمملوك لعان؟ فقال: نعم، و بين المملوك و الحره، و بين العبد و الأمه، و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه»

و صحيح ابن مسلم (١) سأل الباقر عليه السلام «عن الحر يلاعن المملوكه، قال: نعم إذا كان مولاهما الذي زوجها إياه»

و حسن الحلبي أو صحيحه (٢) عن الصادق عليه السلام في حديث «سألته عن الحر تحته أمه فيقذفها، قال: يلاعنها»

و خبر حريز (٣) عنه عليه السلام أيضا «بين الحر و الأمه و المسلم و الذميه لعان»

و خبر محمد (٤) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الحر يلاعن المملوكه، قال: نعم»

و خبر هشام بن سالم (٥)

«سألته عن المرأه الحره يقذفها زوجها و هو مملوك و الحر تكون تحته المملوكه فيقذفها، قال: يلاعنها»

إلى غير ذلك من النصوص المتعاضده المعتبره و لو بالانجبار.

و لكن مع ذلك فيه روايه بالمنع هي

صحيحه ابن سنان (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التي يتمتع بها»

و روايه على بن جعفر (٧) عن أخيه موسى «سألته عن رجل مسلم تحته يهوديه أو نصرانيه أو أمه ينفى ولدها و قذفها هل عليه

لعان؟ قال: لا»

و روايه السكوني (٨) المتقدمه سابقا عن جعفر، عن أبيه، عن علي «ليس بين خمس من النساء و أزواجهن لعان- و عد منهن-

الأمه تحت الحر فيقذفها»

و روايه الحسين ابن علوان (٩) المرويّه عن قرب الاسناد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام «أربعة ليس بينهم لعان،

ليس بين الحر و المملوكه».

لكنها قاصره عن المعارضه سندا و عددا و اعتضادا فلا بأس بحملها على الموطوءه بملك اليمين، أو على التقيه، أو على ما إذا

تزوجها بغير إذن مولاهما

١-١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١.

- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٦.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٨.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٠.
- ٦-٦ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٤.
- ٧-٧ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١١.
- ٨-٨ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢.
- ٩-٩ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٣.

أو غير ذلك، خصوصا بعد اشتغال جملة من النصوص (١)

المزبور على نفي اللعان أيضا في صورته العكس التي قد نفي الخلاف في المسالك عن ثبوت اللعان فيها، فما عن المفيد حينئذ من عدم اللعان في الفرض واضح الضعف، كالاتدلال له بأن اللعان شهادة و المملوكة ليست من أهل الشهادة الذي قد عرفت ما فيه سابقا من أنه يمين لا شهادة حقيقة، وإلا لاتجه المنع أيضا في صورته العكس التي لا خلاف في ثبوت اللعان فيها.

وأضعف من ذلك ما قاله ثالث وهو ابن إدريس، بل حكى عن الاستبصار و المراسم من التفصيل بثبوت نفي الولد دون القذف محتجا بأن قذف المملوكة لا يوجب الحد، فلا يتوقف نفيه على اللعان، بخلاف نفي الولد إذا كانت زوجته، و بأن اللعان حكم شرعى يقتصر فيه على المتيقن، إذ هو كالاتجاه في مقابل النص، و الإطلاق كتابا (٢) و سنه (٣)

و عدم الحد على قذفها لا ينافى مشروعيه اللعان بإطلاق الأدلة و خصوصا لنفي التعزير الثابت بقذف الأمه.

و من ذلك يعلم أيضا عدم اشتراط إسلامها، لإطلاق الأدلة و خصوصا ما سمعته من النصوص التي لا يكافؤها غيرها، خلافا للمحكي عن جماعه منهم ابن الجنييد من عدم ملاعنه الكافره للمسلم، لنحو ما سمعته في اشتراط الحريه من بعض النصوص و الاعتبار التي قد عرفت الحال فيها، و لعله لوضوح ضعفه أهمل المصنف ذكر الخلاف هنا، و إن ذكره في الملاعن، أو أنه اتكل على ذكره هناك.

و يصح لعان الحامل وفاقا للمشهور، بل عن الخلاف الإجماع، للعموم

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب اللعان الحديث ١٢ و ١٣ و المستدرک الباب - ٥- منه الحديث ٦.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب اللعان.

كتابا (١) و سنه (٢)

و خصوص ما عن النبي صلى الله عليه و آله (٣)

من أنه لاعن بين هلال ابن أميه و زوجته الحامل، و

صحيح الحلبي (٤) سأل الصادق عليه السلام «عن رجل لاعن امرأته و هي حبلى قد استبان حملها و أنكر ما فى بطنها، فلما ولدت ادعاه و أقر به و زعم أنه منه، قال: يرد عليه ولده و يرثه، و لا يجلد الحد لأن اللعان قد مضى»

و المرسل (٥) عن أمير المؤمنين عليه السلام إنه قال: «إن تلاعنا و كان قد نفى الولد و الحمل إن كانت حاملا أن يكون منه ثم ادعى بعد اللعان الولد، فإن الولد يرثه، و لا يرث هو الولد بدعواه بعد أن لاعن عليه و نفاه».

خلافًا للمحكي عن المفيد و سلار و التقى، ل

خبر أبى بصير (٦) عن الصادق عليه السلام «كان أمير المؤمنين عليه السلام يلاعن فى كل حال إلا أن تكون حاملا»

و هو- مع عدم مكافئته لما تقدم من وجوه- محتمل لإيراده بيان جواز تأخير اللعان لا نفى صحته، و لعله لأنه و إن جاز لعانها حاملا لكن إن أقرت أو نكلت لا يقام عليها الحد إلا بعد الوضع كغيرها مما يثبت عليها الحد، بل ربما حمل الخبر المزبور على نفى ما يجب باللعان من الحد على تقدير نكولها و إن بعد، أو على غير ذلك مما لا بأس به بعد قصوره عن المقاومة.

و لا تصير الأمة فراشا بالملك بلا خلاف أجده فيه و إن خلت به و خلى بها و أمكن تكونه منه، بل فى المسالك الإجماع عليه، قال: «بخلاف النكاح الذى يلحق به الولد بمجرد الإمكان، لأن المقصود منه الاستمتاع و الولد، و ملك اليمين قد يقصد به ذلك و قد يقصد به التجارة و الاستخدام، و لذا لا يتزوج من لا تحل له، و يملك بملك اليمين من لا تحل له- ثم قال بعد ذلك- إذا كان الفراش زوجه دائمه

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللعان.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٥.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللعان الحديث- ١.

٥- ٥ المستدرک الباب- ٦- من كتاب اللعان الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٣١- من كتاب اللعان الحديث ٣.

تحقق فراشها من حين العقد و إمكان وصوله إليها، ثم لها بالنسبة إلى الولد حكمان:

أحدهما فى ظاهر الأمر، و هو أنه يحكم بإلحاق الولد الذى تلده بعد العقد و إمكان الوصول إليها فيما بين أقل الحمل و أكثره بالزوج و إن لم يعترف به و لم يعلم وطؤه لها، سواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل أو لا كالمجنون و الصبى الذى يمكن تولده منه، كإبن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق- ثم إنه بعد ذكر أن الأمه بعد الوطء تكون كالحره فى لحوق الولد قال:- يفارق ولد الزوجه فى أمرين:

أحدهما أنه لا- يحكم بلحوقه به إلا- مع ثبوت وطئه لها، إما بإقراره أو بالبينة بخلاف ولد الزوجه، فإنه يكفى إمكان الوطء، و الوجه فيه أن المعتبر فيهما ثبوت الفراش، و لما كان فى الزوجه متحققا بالعقد و إمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك، و لما كان فراشيه الأمه لا يتحقق إلا بالوطء اعتبر ثبوته، فمرجع الأمر فيهما إلى شىء واحد، و هو ثبوت الفراش، إلا أنه فى الزوجه يظهر غالبا بغير الزوج بحضور العقد و العلم بإمكان وصوله إليها، و فى الأمه لا يظهر غالبا إلا منه، لأن الوطء من الأمور الخفيه، فاعتبر إقراره به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبينة نادرا» إلى غير ذلك من كلماته فى هذا الشرح الذى أطنب فيه، و تبعه عليه فى كشف اللثام.

لكن قد يناقش بأنه مناف لما ذكره فى حكم إلحاق الأولاد من اعتبار تحقق الدخول بالزوجه فى لحوق الولد بالزوج، بل و لما ذكره هو و غيره سابقا فى هذا الكتاب- فيما لو طلق و أنكر الدخول فادعته و ادعت أنها حامل- من عدم ثبوت اللعان بينهما، لعدم ثبوت الدخول، و هو الوطء، بل قالوا: لا يكفى إرخاء الستر خلافا للشيخ، بل صرح هو فى وجه ذلك بأن فائده اللعان من الزوج إما نفى ولد يحكم بلحوقه شرعا، و هو موقوف على ثبوت الوطء ليصير فراشا لم يحصل، و هو صريح فى توقف صدق الفراش فى الزوجه على ثبوت الوطء كالأمه.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كذلك مع إنكار الزوج الدخول لا مطلقا، لكنه

كما ترى، بل قد يقال: إن المراد من

قوله صلى الله عليه وآله (١): «الولد للفراش وللعاهر الحجر»

لذى الفراش بمعنى المفترش للزوجه فعلا، لا أن المراد المعده للفراشيه و إن لم يتحقق الافتراض منه بإقراره أو بالبينه.

إنما الكلام فى اختصاص ذلك بالزوجه الدائمه أو كل موطوءه بغير زنا سواء كان بملك يمين أو بتحليل أو عقد متعه، بل أو شبهه كما أشار إليه المصنف فى الأمه بقوله و هل تصير فراشا بالوطء فيه روايتان أظهرهما أنها ليست فراشا، و لا يلحق ولدها إلا بإقراره و لو اعترف بوطئها و تبعه عليه الفاضل و الشهيد و غيرهما، بل لم يحك الخلاف فى ذلك إلا عن ظاهر الاستبصار و صريح الجامع، و مال إليه ثانى الشهيدين فى المسالك.

و الروايه التى أشار إليها المصنف الداله على أنها ليست فراشا هي روايه محمد ابن عجلان (٢)

و

صحيحه عبد الله بن سنان (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى الأول:

«إن رجلا- من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال: إنى قد ابتليت بأمر عظيم، إنى وقعت على جاريتى ثم خرجت فى بعض حوائجى فانصرفت من الطريق فأصبت غلامى بين رجلى الجاربه فاعتزلتها فحبلت، ثم وضعت جاربه لعهده تسعه أشهر، فقال له أبو جعفر عليه السلام: احبس الجاربه لا تبعها، و أنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجا، فان حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك»

و نحوه فى الثانى إلى قوله: «مخرجا» و أورد بدل «احبس الجاربه» «لا ينبغى لك أن تقربها».

و روايه حريز (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام أيضا «فى رجل كان يظأ جاربه له و أنه

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٥٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٣.

كان يبعثها في حوائجه و أنها حبلت، و أنه بلغه عنها فساد، فقال أبو عبد الله: إذا ولدت أمسك الولد و لا يبيعه، و يجعل له نصيبا في داره، قال: فقيل له: رجل يظأ جاريه له و أنه لم يكن يبعثها في حوائجه و أنه اتهمها و حبلت، فقال: إذا هي ولدت أمسك الولد و لا يبيعه، و يجعل له نصيبا من داره و ماله، و ليست هذه مثل تلك».

و المرسل عن عبد الحميد بن إسماعيل (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له جاريه يطؤها و هي تخرج فحبلت، فخشي أن لا يكون منه كيف يصنع؟

أ يبيع الجاريه و الولد؟ قال: يبيع الجاريه و لا يبيع الولد، و لا يورث من ميراثه شيئا».

و صحيح سعيد بن يسار (٢) سأل الكاظم عليه السلام «عن الجاريه تكون للرجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: أ يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد».

و سأل الصادق عليه السلام في حديث آخر (٣)

«عن رجل وقع على جاريه له تذهب و تجيء و قد عزل عنها، و لم يكن منه إليها ما تقول في الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام، قال: أ يتهمها؟ قلت: أما تهمة ظاهره فلا، قال: يتهمها أهله؟ فقلت: أما شيء ظاهر فلا، فقال: كيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟»

المشعران بعدم لحوق الولد مع التهمه.

و خبر محمد بن إسماعيل الخطاب (٤)

«كتب إليه يسأله عن ابن عم له كانت

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٥٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٤- عن جعفر ابن محمد بن إسماعيل بن الخطاب كما في الاستبصار ج ٣ ص ٣٦٧ و التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ و في الجميع «أو فيه مشابهه منك فلا تبعهما» كما ذكرها قده كذلك في ج ٣١ التعليقه الثانيه من ص ٢٤٦.



له جاريه تخدم فاستراب بها، فهدد الجاربه، فأقرت أن الرجل فجر بها، ثم أنها حبلت بولد، فكتب إن كان الولد لك أو كان فيه مشابهه منك فلا تبعه، وبع امه».

و خبر يعقوب بن يزيد (١)

«كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في هذا العصر رجل وقع على جاريه ثم شك في ولده، فكتب إن كان فيه مشابهه منه فهو ولده»

إلى غير ذلك من النصوص المشتركة في الدلالة على عدم كونها فراشا، وإلا لاقتضى لحقوق الولد به على كل حال إلا مع العلم بتكونه من غيره.

بل قد عرفت في كتاب النكاح في بحث لحقوق الأولاد أن المحكى عن الأكثر بل المشهور اشتراط لحوق ولد الأمه بالواطى بعدم أماره يغلب الظن فيها بعدم كونه منه، و لو كانت فراشا لم يلتفت إلى أماره المزبوره كما في الزوجه الدائمه، بل اتفاقهم كنصوص (٢)

المقام على عدم اللعان بينهما دليل على عدم الفراشيه التى شرع اللعان لئفى مقتضاها، وإنما لحوق الولد للإقرار الذى لم يشرع اللعان لئفيه، بل اتفاقهم أيضا على انتفائه بالنفى دليل آخر، ضروره كون انتفائه بالنفى حينئذ منافيا لقاعده الفراش و موافقا للحوقه بالإقرار المفروض انتفاؤه.

و ما فى المسالك من «أن السر بانتفائه عنه بنفيه من غير لعان أن الولد الذى يظهر للزوج كونه منتفيا عنه يليق بالحكمه أن يجعل الشارع له طريقا إلى نفيه عنه، ليخرج عنه من ليس منه، و لما نصب لولد الزوجه طريقا إلى النفى باللعان و خصه بالزوجين بقوله تعالى (٣) «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ» فلا بد من طريق

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ و ١٣ و المستدرک الباب - ٥ - منه الحديث ٦.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٦.

آخر لنفى ولد الأمه حيث يقتضى الحال نفيه، فإذا لم يمكن باللعان بقى على أصل الإلحاق كما لو تعذر اللعان حيث يشرع لزم أن يكون ولد الأمه أقوى اتصالاً و أحسن حالاً من ولد الزوجه الدائمه، فشرع لذلك انتفاءه بمجرد النفى من غير لعان، إذ ليس هناك طريق آخر» كما ترى لا يرجع إلى محصل و لا إلى دليل شرعى، بل لا بد من القول بأن مبنى ذلك عدم كونها فراشا بل لا طريق إلى الحكم بإلحاق الولد به إلا إقراره المفروض انتفاؤه و أنه ينفى الولد عنه، إذ لا دليل شرعى يقتضى إلحاقه به.

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم انتفائه عنه لو نفاه فى مقام يقر بوطنها على وجه حكم الشارع بإلحاقه به لإمكان تولده منه مع فرض عدم العلم بوطنه غيره، بل و لا تهمه منه لها، فيخص حينئذ ما ادعوه من الإجماع على انتفائه بنفيه حيث يمكن أن يكون نفيه لعلمه بعدم تكونه منه، لعلمه بعدم وطئه لها على وجه يمكن تكون الولد منه، و قول الأصحاب أنه ينتفى بنفيه و إن أقر بوطنها يراد منه و إن أقر بكونها موطوءه له فى الجملة، لا أنه و إن أقر بأنها موطوءه له و طئا ألحقه الشارع به، لإمكان تكون الولد منه و عدم العلم بوطنه غيره و عدم تهمتها بذلك.

و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك الفرق بين الزوجه المدخول بها و بين الأمه، و يظهر أيضا معنى كونها ليست فراشا، كما تسمع ما يؤيده إنشاء الله.

هذا و لكن فى مقابل ذلك كله نصوص و فتاوى (منها) إطلاق

قوله صلى الله عليه و آله (١)

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»

بناء على أن المراد من الفراش المقابل بالعهر مطلق الافتراش بحل و لو بشبهه.

و (منها)

صحيح سعيد الأعرج (٢) سأل الصادق عليه السلام «عن رجلين واقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده الجاريه، لقول رسول

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

الله صلى الله عليه وآله الولد للفراش وللعاهر الحجر»

و خبر الحسن الصيقل (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سمعتة يقول و سئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها، قال: ما صنع!! يستغفر الله و لا يعود، قلت: فإنه باعها من رجل آخر و لم يستبرئ رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث، فقال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

و نحوه

خبره الآخر (٢) إلا أنه قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للذي عنده الجارية و ليصبر، لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و (منها)

خبر على بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل وطأ جاريه فباعها قبل أن تحيض فوطأها الذي اشتراها في ذلك الظهر فولدت له لمن الولد؟ قال: الولد للذي عنده و ليصبر، لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

إلى غير ذلك من النصوص الموافقة لفتواهم في بحث لحوق الأولاد أنه متى وطأ الأمه مولها الحق به الولد، و لزمه الإقرار به إلا مع العلم بانتفائه منه.

و لكن قد يقال إن النصوص المزبوره موافقه لما رواه

العامه عن النبي صلى الله عليه وآله (٤)

«أنه تنازع إليه سعد و عبد بن زمعه عام الفتح في ولد ولده زمعه، و كان زمعه قد مات، فقال سعد: يا رسول الله صلى الله عليه وآله إن أخى كان قد عهد إلى فيه، و ذكر أنه ألم بها في الجاهليه، و قال عبد هو أخى و ابن وليده أبى، ولد على فراشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: يا عبد بن زمعه هو لك، الولد للفراش و للعاهر الحجر»

فيمكن أن يكون النصوص المزبوره للتقيه، خصوصاً بعد أن لم يكن في مفروض بعضها عاهر،

١-١ الوسائل - الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٧.

٤-٤ سنن البيهقي ج ٧ ص ٤١٢.

خبر محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليده جامعها ربها ثم باعها من آخر قبل أن تحيض فجامعها الآخر و لم تحض فجامعها الرجلان في طهر واحد فولدت غلاما فاختلفا فيه، فسألت أم الغلام فرعمت أنهما أتاها في طهر واحد، فلا تدري أيهما أبوه، فقضى في الغلام أنه يرثهما كلاهما و يرثانه سواء»

الذي لا ريب في حمله على التقيه.

إنما الإشكال في الجمع بين كلمات الأصحاب في المقام و في بحث لحوق الأولاد، فإن ظاهرهم هنا عدم كونها فراشا، و أنه لا يلحقه الولد حتى يقر به، و في ذلك المقام أنه يلحق به الولد علم إقراره به أو لا، نعم لو نفاه انتفى، و تظهر الثمره بالموت مثلا.

و قد أطنب فيه في المسالك، و الذي استقر رأيه عليه بناء على كون الأمه ليست فراشا أنا لا نحكم بلحوق الولد به إلا بإقراره، قال: «و أما ما ذكره في باب إلحاق الأولاد فهو منزل على أن ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه و بين الله تعالى، بمعنى أنه إذا وطأ الأمه وطءا يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به و استلحاقه، و لا يجوز له نفيه عنه بتهمه أمه إلا على تلك الروايه الشاذه، و أما بالنسبه إلينا فلا نحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا نجعلها فراشا، و هكذا القول فيما لو وطأها المولى و غيره، فإنه يحكم به للمولى دون الغير إذا كان وطؤ مجوزا، و لكن بالنسبه إلينا لا نحكم به له إلا باعترافه به- هذا و قد حكي عن فخر المحققين أنه قال في شرحه:- إن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره به أو بوطنها و إمكان لحوقه به- قال:- و كأنه حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشا مطلقا و بين حكمهم في باب لحوق الأولاد بلحوق ولد الأمه بالمولى الواطئ، و أنه يلزمه الإقرار به حيث يمكن كونه منه، و أنه لو وطأها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد بإقراره به، فجعل مستند ذلك

الوطء الواقع من المولى، و أقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم كونه واطئا- ثم ضعفه- بأن إلحاقه به مع وطئه لها من لوازم الفراش كما سبق، فلو جعل مترتبا على عدمه لم يبق فرق بين الفراش و غيره، اللهم إلا أن يجعل الوطء الموجب للفراش كافيا فى إلحاق الولد بعد ذلك و إن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصى الثابت، كما هو أحد الاحتمالين فى المسألة، و يجعل هذا الوطء القائم مقام الإقرار هو الوطء الذى يمكن استناد الولد إليه، و مع ذلك ففيه مخالفه لما ذكره الجميع فى معنى الفراش، فإنهم أطبقوا على أن فائدته لحوق الولد به مع إمكانه و إن لم يعترف به، و عدم لحوقه بمن ليست فراشا إلا بإقراره، و الوجه أن الاكتفاء بالوطء فى هذا القسم ليس فى محله، و إنما محله على تقدير كونها فراشا، لأن الوطء حينئذ لا بد من العلم به ليتحقق به كونها فراشا كما قد تحقق» إلى آخر ما ذكره.

و فى الروضه بعد أن حكى الإجماع على انتفائه بنفيه قال: «إنما الخلاف فى أنه هل يلحق به بمجرد إمكان كونه منه و إن لم يقر به أم لا بد من العلم بوطنه و إمكان لحوقه به أو إقراره به، فعلى ما اختاره المصنف و الأكثر لا يلحق به إلا بالإقرار به أو وطئه و إمكان لحوقه به، و على القول الآخر لا- ينتفى إلا- بنفيه أو العلم بانتفائه عنه، و يظهر من العبارة و غيرها من عبارات المحقق و العلامة أنه لا- يلحق به إلا- بإقراره به، فلو سكت و لم ينفه و لم يقر به لم يلحق به، و جعلوا ذلك فائده عدم كون الأمه فراشا بالوطء، و الذى حققه جماعه أنه يلحق به بإقراره أو العلم بوطنه و إمكان لحوقه به و إن لم يقر به، و جعلوا الفرق بين الفراش و غيره أن الفراش يلحق به الولد و إن لم يعلم وطؤه مع إمكانه إلا- مع النفى و اللعان، و غيره من الأمه و المتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفى، و حملوا عدم لحوقه إلا بالإقرار على اللحوق اللازم، لأنه بدون الإقرار ينتفى بنفيه من دون لعان، و لو أقر به استقر، و لم يكن له نفيه بعده، و هذا هو الظاهر، و قد سبق فى أحكام الأولاد ما ينبه عليه، و لولا هذا المعنى لتنافى ما ذكره هنا مع ما حكموا به فيما سبق من

لحوقه به بشرطه».

قلت: و حاصله هنا اختيار ما أنكر عليه في المسالك و لكن الإنصاف أن التأمل التام يقتضى أن مرادهم بعدم فراشيه الأمه هنا و إن اعترف بوطئها عدم كونها كالزوجه المدخول بها في الحكم بلحوق الولد بمجرد إمكان كونه منه و لا ينتفى عنه إلا باللعان، بل لا بد من الإقرار فيها بالولد أو بالوطء الذى يمكن تكون الولد منه، و لا يكفى كونها موطوءه له في الجملة، كما كان يكفى في لحوق ولد الزوجه مجرد كونها مدخولا بها مع إمكان كونه منه، لكونها فراشا بخلاف الأمه، فإنها ليست فراشا بهذا المعنى و إن حكم بلحوق الولد به بإقراره أو بالعلم بوطئه لها على وجه يمكن تكون الولد منه مع عدم العلم بوطء محترم لغيره، بل قد سمعت تقييد غير واحد له من الأصحاب بما إذا لم تكن هناك أماره يغلب الظن فيها أنه ليس منه، بل قد سمعت جملة من النصوص (١)

الداله على عدم لحوقه به، و عدم نفيه مع اتهامه لها أو اتهام أهله أو خروجها في الحوائج و إن كان قد عرفت البحث فيها في كتاب النكاح و في المقام، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فالمراد أن اتفاق الأصحاب على الانتفاء بالنفى لا ينطبق إلا على عدم كون الأمه فراشا، و من هنا أشكل على العامه الحال، فإنهم بعد أن وافقوا على أن ولد ملك اليمين لا- ينتفى باللعان اختلفوا في طريق نفيه لمن علم انتفاءه، فمنهم من سد الطريق عن نفيه نظرا إلى الولد للفراش، و ليس هناك طريق إلى النفى، و منهم من جوز نفيه باللعان للضروره حذرا من أن يكون أقوى من ولد الزوجه، و منهم من نفاه بيمينه.

و السبب الذى ألجأهم إلى ذلك تخيلهم كون الأمه فراشا، و لم يعلموا أنها ليست فراشا يقتضى لحوق الولد به كما يقتضى لحوق ولد الزوجه المحتاج نفيه إلى اللعان،

و إنما لحوقه به بالإقرار المفروض انتفاؤه، لأنه ناف له، و لا ينافى ذلك إلحاق الشارع الولد به مع العلم بوطنه على وجه يمكن تكون الولد منه، و لم يعلم وطء لغيره و لا- تهمه، بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم انتفائه عنه لو نفاه في هذا الحال، و إنما ينتفى عنه لو لم يعلم الحال، و يمكن أن يعلم بعدم تكونه منه لسبق وطنه له على وجه لا يمكن تكونه منه، و حينئذ لا يلحق الولد به إلا بإقراره، فإن نفاه انتفى عنه، بل لا يحكم بلحوقه به إذا لم نعلم وطء لها على وجه يمكن تكون الولد منه و إن علمنا كونها موطوءه له سابقا على وجه لا يمكن تكون هذا الولد منه، بخلاف الزوجه، فان احتمال وطنه لها كاف في لحوق الولد بعد أن كانت مدخولا بها.

و لعله إلى ما ذكرنا يرجع ما سمعت من كلام الفخر من أن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره أو بوطنها و إمكان لحوقه به و إن اعترض عليه في المسالك بما سمعت، بل لا- يخفى عليك دفعه بعد الإحاطه بما ذكرنا، بل لعل التأمل الجيد في كلامه يقتضى ما ذكرناه من أنه لا ينتفى حينئذ بنفيه في الحالين المزبورين.

و من الغريب أنه في المسالك قد اختار ما ذكرنا على تقدير كون الأمه فراشا و لم يتنبه لدفع أصل الإشكال فيه، قال: «و على تقدير صيرورتها فراشا بالوطء هل يستمر لذلك ما دامت على ملكه أم يختص الحكم بالولد الذي يمكن تولده من ذلك الوطاء خاصه، حتى لو أتت بولد بعد أقصى الحمل من الوطاء الذي يثبت بإقراره أو البيئه لا- يلحق به بدون الإقرار به؟ و جهان من حصول شرط الفراش و هو الوطاء، فنزل منزله العقد الدائم على الحره، لأن وطء الأمه إما تمام السبب للفراشيه أو شرط فيها، و على التقديرين حصل الفراش به كالعقد، فيستمر الحكم حينئذ كما استمر حكم الفراش بالعقد، و لم يشترط بعد ذلك ظهور وطاء يلحق به الولد، و من ضعف فراشيه الأمه و دلالة تلك النصوص (١)

الموجبه لإلحاق الولد به على كونه

مولودا فى وقت يمكن تخلقه من ذلك الوطء، فىبقى غيره على الأصل، و لا إشكال فى انتفائه عنه بنفيه، و إنما تظهر الفائده لو لم ينفه، فهل يلحق به ظاهرا بمجرد الوطء السابق أم يتوقف على الإقرار به؟ بنى على الوجهين، و الأظهر الثانى».

قلت: ينبغى القطع به، إذ لا- دليل على فراشيتها بالوجه الأول، و به يفرق بينها و بين الزوجه، بل به يرتفع الإشكال بين كلمات الأصحاب فى المقام و فى بحث لحوق الأولاد، بل بالتأمل يرتفع الإشكال فى النصوص (١).

المزبوره، و حاصله أن المحتاج فى الإلحاق إلى إقرار هو الذى ينتفى بنفيه لو نفاه، و أما الذى يحلق به شرعا و لو لا- اعترافه بالوطء الذى يمكن تكونه منه مع عدم العلم بوطء غيره و لا تهمه فلا ينتفى بنفيه بل يلحق به للنصوص (٢).

المزبوره الظاهره أو الصريحه فى عدم ترتب الانتفاء على نفيه لعدم استطاعته نفيه فى الحال المزبور فهو ملحق به لذلك شرعا، لا لأنها فراش، إذ لا طريق إلى علمه بعدم تكونه منه ليصح له نفيه عنه فتأمل جيدا.

بل من التأمل فيما ذكرنا يعلم أن موضوع اللعان فى الزوجه مع عدم العلم بالحال، و إلا فمع العلم بالحال و أنه قد وطأها وطأ يصلح لتكون الولد منه لا يشرع له اللعان لنفيه، للحكم بلحوقه شرعا، و للنهى (٣).

عن نفيه، نعم لو لم يعلم الحال و كان إلحاقه به لقاعده الفراش التى يمكن علم الزوج بفسادها و لو للعلم بزمان وطيه الذى لا يصلح لتكون الولد منه يصح له حينئذ نفيه، و يشرع له اللعان، فتأمل جيدا، فان ذلك من أسرار الفقه.

هذا و لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه فى الأمه فى المتمتع بها التى قد سمعت

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٥ و ٥٦ و ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام من كتاب النكاح.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٣٣- من أبواب المتمتع من كتاب النكاح.



## النص (١)

و الفتوى على نفى اللعان فيها، و أنها بمنزلة الإمام، بل الظاهر اتفاق الأصحاب على عدم كونها فراشا، لكن ينبغي أن يكون على نحو ما سمعته في الأمه، و لا ينافي ذلك لحقوق الولد به، للنصوص (٢)

التي هي أصرح من نصوص الأمه، بل في

صحيح ابن بزيع (٣) منها «سأل رجل الرضا عليه السلام و أنا أسمع عن الرجل يتزوج المرأة متعه و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها، فتأتى بعد ذلك بولد، فينكر الولد، فشدد في ذلك، و قال: يجحد و كيف يجحد؟ إعظاما لذلك الجحد»

و في حسن ابن أبي عمير و غيره (٤)

«إن الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكر، و شدد في إنكار الولد»

إلى غير ذلك من النصوص التي ذكرناها في محلها التي هي صريحه في لحقوق الولد به مع وطئه لها و طءا يمكن تكون الولد منه، بل لعلها ظاهره فيما قلناه سابقا من عدم نفيه عنه لو نفاه عنه في هذا الحال، نعم ينتفى عنه لو نفاه مع عدم العلم بالحال على الوجه الذي ذكرناه في الأمه و كذا الكلام في وطء الشبهه و الأمه المحلله و لكن الجميع على الوجه الذي قلناه في الأمه، و قد تقدم منا في بحث لحقوق الأولاد ما يؤكد ذلك، فلاحظ و تأمل، فإنه دقيق جدا نافع للجمع بين النصوص و الفتاوى.

و كأنه تنبه له في الجمله في كشف اللثام في بحث لحقوق الأولاد، فإنه قيد عبارته الفاضل في القواعد التي هي: «و أما النكاح المؤجل فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة لم يحل له نفيه، لكن لو نفاه» فقال: «من غير اعتراف بالشروط و لا علم انتفى من غير لعان» و هو كالصريح في عدم الانتفاء مع الاعتراف بالشروط الثلاثة التي هي الوطاء و تولده لسته أشهر فصاعدا و أن لا يتجاوز أقصى الحمل، و هذا بعينه الذي قلناه

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب اللعان و الباب - ٤ - من أبواب المتعه الحديث ٦ من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه من كتاب النكاح.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه الحديث ٢ من كتاب النكاح.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه الحديث ٥ من كتاب النكاح.

فى الأمه التى من المعلوم عدم الفرق بينها و بين المتعه بالنسبه إلى ذلك نصا و فتوى.

بل من ذلك يعلم الوجه فى جملة من الكلمات حتى عباره اللمعه فى بحث لحقوق الأولاد التى هى كالصريحه فى الانتفاء بنفيه و إن فعل حراما فى نفيه، لكن المراد منها و ما يشابهها أنه يفعل حراما فيما بينه و بين الله تعالى لو نفاه مع علمه باجتماع الشروط الثلاثه، و إن كنا نحن نحكم بظاهر نفيه، إذ لم يعترف هو بها و لا علم لنا بها.

كما أن منه يعلم الوجه فى قولهم ينتفى بالانتفاء الذى لم نقف على خبر يدل عليه حتى من طرق العامه، مع أنه قد استفاض نقل الإجماع عليه، و لا وجه له إلا ما ذكرناه من أن المراد الانتفاء بنفيه حيث يحتاج للحوق إلى إقرار و لم تكن هناك قاعده شرعيه تقتضيه، كما ذكرناه فى الصوره السابقه، فإنه ينتفى بالانتفاء حيث عدم الإقرار، و فائده النفى حيث الحكم بانتفائه عنه و إن كان هو غير لاحق له مع السكوت، و الله العالم.

## [الركن الرابع فى كيفية اللعان]

## إشارة

الركن الرابع فى كيفية اللعان و لا يصح إلا عند الحاكم أو منصوبه لذلك كما صرح به جماعه، بل عن موضع من المبسوط «لا يصح إلا عند الحاكم أو خليفته إجماعاً» و عن موضع آخر «اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه» و لعله لأنه شهادة أو يمين لا يسجل بهما إلا الحاكم، و إليه يرجع ما قيل من أنه حكم شرعى يتعلق به كفيات و أحكام و هيئات، فيناط بالإمام و خليفته، لأنه المنسوب لذلك، و من أن الحد يقيمه الحاكم فكذا ما يدرؤه.

و فى

صحيح ابن مسلم (١) سأل الباقر عليه السلام «عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الامام مستدبر القبلة».

و صحيح البيهقي و حسنه (٢) سأل الرضا عليه السلام «كيف الملاعنه؟ فقال: يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره»

الحديث.

و فى المرسل (٣) عن الصادق عليه السلام «و اللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالى: إنى رأيت رجلاً مكان مجلسى منها، أو ينتفى من ولدها، فيقول: ليس منى، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالى».

١-١ الوسائل - الباب - ١- من كتاب اللعان الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١- من كتاب اللعان الحديث ٥.

٣-٣ المستدرك الباب - ٤- من كتاب اللعان الحديث ٣.

«و الملاعنه أن يشهد بين يدى الإمام أربع شهادات»

الخبر.

و فى المرسل (٢) عنه عليه السلام أيضا و عن أمير المؤمنين عليه السلام «إذا تلاعن المتلاعنان عند الامام فرق بينهما»

إلى غير ذلك من النصوص الظاهره فى أنه من مناصب الامام و أنه من الحكومه التى هى له، كما أوضحنا ذلك كله فى كتاب القضاء.

و لكن مع ذلك قال المصنف و الفاضل فى القواعد و لو تراضيا برجل من العامه فلاعن بينهما جاز و نحوه عن المبسوط و الوسيله إلا أنهما لم يصرحا بكونه من العامه، بل زاد فى المبسوط «أنه يجوز عندنا و عند جماعه، و قال بعضهم لا يجوز» و هو مشعر بالاتفاق على جوازه، و كأن ذلك مناف لما سمعته.

و من هنا قال فى كشف اللثام: «لعل الأول إذا لم يحصل التراضى بغيره، أو المراد بالحاكم الامام، و بخلفائه ما يعم الفقهاء فى الغيبه، و بمن تراضيا عليه الفقيه فى الغيبه، و لا يجوز عند كل من تراضيا عنده إلا إذا لم يكن حاكم أو منصوبه - قال -: و جعلهما فى المختلف قولين، و اختار عدم الجواز إلا عند الحاكم أو من ينصبه، و تردد فى التحرير».

و فى المسالك «و المراد بالرجل العامى الذى يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الامام لكنه غير منصوب من قبله، و سماه عاميا بالإضافة إلى المنصوب، فإنه خاص بالنسبه إليه - ثم قال -: و قد اختلف فى جواز اللعان به نظرا إلى أن حكمه يتوقف على التراضى، و الحكم هنا لا يخص بالزوجين المتراضيين، بل يتعلق بالولد أيضا. فلا يؤثر رضاهما فى حقه إلا أن يكون بالغاً و يرضى بحكمه، خصوصا لو اعتبرنا تراضيهما بعد الحكم، لأن اللعان لا يقع موقوفا على التراضى، لأنه لازم بتمامه لزوما شرعيا، و الأظهر الصحه و لزوم حكمه من غير أن يعتبر

١- ١ المستدرک الباب- ١- من كتاب اللعان الحديث ١.

٢- ٢ المستدرک الباب- ١٢- من كتاب اللعان الحديث ١.

قلت: و إلى ذلك أشار المصنف بقوله و يثبت حكم اللعان أى عند من تراضيا به بنفس الحكم منه مثل الامام، كما عن الخلاف و لعان المبسوط و قيل كما عن قضاء المبسوط يعتبر رضاءهما بعد الحكم و هو واضح الضعف، و أضعف منه القول بنفوذ حكمه، مع أنك ستعرف فى كتاب القضاء تطابق النص (١)

و الفتوى على أن الحكومه منصب لهم عليهم السلام، و لا تكون إلا لهم أو لمن أذنوا له بها، و حكم المتراضيين به إنما هو من مسأله قاضى التحكيم التى أفرغنا الكلام فيها فى كتاب القضاء و إن كان لا يحسن التعبير عنه برجل من العامه، لما سمعته فى كتاب القضاء من أنه القاضى الجامع لشرائط الحكومه عدا الاذن منهم. و على كل حال فلا إشكال فى صحته فى زمن الغيبه عند الفقيه الجامع، لأنه منصوب منهم على ما يشمل ذلك كما هو مفروغ منه، بل هو كذلك من حين صدور عبارته النصيب التى هى

قول الصادق عليه السلام (٢): «فانى قد جعلته حاكما»

فيندرج فيه ذلك الزمان الملحق بزمان الغيبه باعتبار قصور اليد، و تفصيل هذه المباحث قد ذكرناه فى كتاب القضاء، فلاحظ و تأمل.

و صورته اللعان التى نطق بها الكتاب العزيز (٣) و السنه الكريمه (٤) و الفتاوى أن يشهد الرجل أولا- بالله أربع مرات أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا أو فى أن الولد ليس من مائه، فيقول: «أشهد بالله أنى لمن الصادقين فى ذلك» لكن ذكر غير واحد أنه إذا أراد نفى الولد قال: «إن هذا الولد من زنا و ليس منى» بل عن التحرير زياده «أنه لو اقتصر على أحدهما لم يجز»

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب صفات القاضى من كتاب القضاء.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١١- من أبواب صفات القاضى الحديث ١ من كتاب القضاء.

٣- ٣ سوره النور: ٢٤- الآيه ٦ الى ٩.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١- من كتاب اللعان.

و فيه أنه لا- يتم إذا كان اللعان لنفى الولد خاصة من غير قذف بالزنا، إذ لا يختص اللعان فى دعوى الزوج كون الولد من زنا، لإطلاق أدلته و إن اختص ظاهر الآيه (١) فى القذف إلا أن السنه (٢)

مطلقه فى ثبوته فى الأعم من ذلك و لا تنافى بينهما، و لذا عد الأصحاب نفي الولد سببا مستقلا عن القذف، كما هو واضح.

ثم يقول الخامسة عليه لعنه الله إن كان من الكاذبين، ثم تشهد المرأة ثانيا بالله تعالى أربعا أنه لمن الكاذبين فيما رماها به فتقول:

«أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا» ثم تقول الخامسة:

إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا، و لا تحتاج هى إلى ذكر الولد، لأن لعانها لا يؤثر فيه، و لكن لو تعرضت له لم يضر لتساوى اللعنات و تتقابل.

### [اللعان الواجب]

نعم يشتمل اللعان على واجب و مندوب، فالواجب التللفظ بالشهادة على الوجه المذكور بلا خلاف أجده بيننا، فلو أبدل صيغه الشهادة بغيرها كقوله: «شهدت بالله» أو «أنا شاهد» أو «أحلف بالله» أو «أقسم» أو «أولى» أو أبدل لفظ الجلاله بالرحمن أو بالخالق و نحوه أو أبدل كلمه الصدق أو الكذب بغيرهما و إن كان بمعناها أو قال: «إنى لصادق» أو «من الصادقين» بدون لام التأكيد أو قال:

«إنها زنت» أو قالت المرأة: «إنه كاذب» أو «لكاذب» أو أبدل اللعن بغيره و لو بلفظ الإبعاد و الطرد أو لفظ الغضب و لو بالسخط أو أحدهما بالآخر لم يقع، لأنه خلاف المنقول شرعا، و الأصل عدم ترتب أثر اللعان على غير موضع النص و الإجماع، بل لم أعثر على خلاف عندنا فى شىء من ذلك، نعم عن بعض العامه جواز تغيير لفظ «أشهد» بما يفيدها، و جواز إبدال اللعن بالغضب و بالعكس.

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ و ٩- من كتاب اللعان.

و فى كشف اللثام «لعل تخصيص الألفاظ المعهودة على النهج المذكور للتغليظ و التأكيد، فإن الشهادة تتضمن مع القسم الاخبار عن الشهود و الحضور، و التعبير بالمضارع يقربه إلى الإنشاء، لدلالته على زمان الحال، و لفظ اسم الذات المخصوص بها بلا شائبه اشتراك بوجه، و من الصادقين بمعنى أنه من المعروفين بالصدق، و هو أبلغ من نحو صادق، و كذا من الكاذبين، و لكن اختيار هذا التركيب فى الخامسة لعله للمشاكله، لأن المناسب للتأكيد خلافه، و تخصيص اللعنه به و الغضب بها، لأن جريمه الزنا أعظم من جريمه القذف».

قلت: لا يخفى عليك عدم اقتضاء ذلك الجمود المزبور، بل لا صراحه فى الكتاب و السنه بذلك، بل و لا ظهور، فان المنساق خصوصا من السنه إرادته إبراز المعنى المزبور، و أن الكيفيه المخصوصه إحدى العبارات الداله عليه، بل لولا- ظهور اتفاق الأصحاب لأمكن المناقشه فى بعض ما سمعته من الجمود المزبور و إن كان هو الموافق لأصالة عدم ترتب حكم اللعان، إلا أنه يمكن دعوى ظهور النصوص (١)

فى خلاف الجمود المزبور، منها

الخبر المروى (٢) عن النبى صلى الله عليه و آله فى ملاءنه هلال بن أميه، فإنه قال: «احلف بالله الذى لا إله إلا هو أنك لصادق». و يجب أيضا أن يكون الرجل قائما عند التلفظ بألفاظه الخمس، و كذا المرأه وفاقا للمحكى عن المقنع و المبسوط و السرائر، لما عن الفقيه من أنه فى

خبر (٣)

«يقوم الرجل فيحلف- إلى أن قال:- ثم تقف المرأه فتحلف»

و للمحكى من فعل النبى صلى الله عليه و آله (٤)

«من أنه أمر عويمرا بالقيام، فلما تمت شهادته أمر امرأته بالقيام».

و قيل و القائل الأكثر كما فى المسالك قال: «و منهم الشيخ فى النهايه

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من كتاب اللعان الحديث- ٣.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٥.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من كتاب اللعان الحديث- ٣.

٤- ٤ الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣.

و المفيد و أتباعهما و أكثر المتأخرين» يكونان جميعا قائمين بين يدي الحاكم

لحسن ابن مسلم (١) سأل الباقر عليه السلام «عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال:

يجلس الامام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلا بحدائنه و يبدأ بالرجل ثم بالمرأه»

و صحيح ابن الحجاج (٢)

«إن عباد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأه؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام- و حكى قصه الرجل الذى جاء إلى النبی صلی الله عليه و آله و سلم و أخبره عن أهله، إلى أن قال:- فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه و آله، ثم قال للزوج: اشهد»

إلى آخره.

و لعل اختلاف النصوص فى الكيفيه المزبوره مشعر بالندب، كما عن ابن سعيد التصريح باستجابته، بل عن الصدوق فى الهدايه عدم التعرض له كالمصنف فى النافع،

و فى المرسل (٣) عن الصادق عليه السلام أنه قال: «و السنه أن يجلس الامام للمتلاعنين و يقيمهما بين يديه كل واحد منهما مستقبل القبله»

و لا ينافى ذلك

صحيح على بن جعفر (٤) عن أخيه عليه السلام سألته «عن الملاعنه قائما يلاعن أو قاعدا؟ فقال: الملاعنه و شبهها من قيام»

مع إرادته أن ذلك من السنه بمعنى الندب، لإطلاق الكتاب (٥) كيفيه الملاعنه من دون ذكر القيام، و لكن الاحتياط بناء على عدم اعتبار الاقتصار فى قيام أحدهما فى الكيفيه الأولى لا ينبغى تركه.

و كذا يجب أن يبدأ الرجل أولا بالتلفظ على الترتيب المذكور و بعده المرأه فلو بدأت المرأه باللعان لغا، لأنه خلاف الثابت من النص (٦)

و الفتوى، و لأن لعانها لإسقاط الحد عنها، كما هو مقتضى قوله تعالى (٧)

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٣- ٣ المستدرک الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١.



٤-٤ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٥-٥ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤ إلى ٩.

٤-٤ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤ إلى ٩ و الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان.

٧-٧ سورة النور: ٢٤- الآيه ٨.

«وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعِيَابُ» و هو إنما يجب بلعان الزوج، فما عن بعض العامه من جواز التقديم واضح الفساد كما عن بعض آخر منهم جواز تقديم اللعن أو الغضب على الشهاده، إذ هو مع أنه خلاف المعهود كتابا و سنه مناف للمعنى، ضروره أن المراد إن كان من الكاذبين فى الشهادات الأربع فلا بد حينئذ من تقديمها.

و كذا يجب أن يعينها بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها أو اسم أبيها أو صفاتها المميزه لها عن غيرها لأنه الثابت، نعم فى المسالك إن كان له زوجتان فصاعدا و إلا اكتفى بقوله: «زوجتى» لكن فى كشف اللثام «لعله لا يكفى التعبير عنها بزوجتى و إن لم يكن له فى الظاهر زوجه غيرها، لاحتمال التعدد، و لا-ريب فى أنه أحوط إن لم يكن أظهر باعتبار كون الواقع فى الأدله المعينه، و لو كانت حاضره يتخير بين ذلك و بين الإشاره إليها» و فى المسالك «لو جمع بين الإشاره و التسميه كان أولى، لأن اللعان مبنى على التغليظ و الاحتياط، فيؤكد الإشاره بالتسميه» قلت: لكنه غير واجب قطعاً.

و كذا يجب عليها تعيين الرجل و إن كان يكفى فيه «زوجى» لعدم احتمال التعدد.

و كذا يجب أن يكون النطق بالعربيه غير الملحونه مع القدره لأنه الثابت، بل قد عرفت اعتبار ذلك فى نحو المقام من العقود و الإيقاعات نعم يجوز غيرها مع التعذر كما جاز فى غيرها للضروره و حصول الغرض من الأيمان، كما ذكرناه فى محله مفصلاً.

و إذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغه افتقر إلى حضور مترجمين و لا يكفى الواحد و لا غير العدل كما فى سائر الشهادات، و لا يشترط الزائد فإن الشهاد هنا إنما هى على قولهما لا على الزنا، خصوصاً فى حقها، فإنها تدفعه عن نفسها، خلافاً لما عن بعض العامه فاشترط أربع شهود.

هذا و قد عرفت أنه تجب البدأ بالشهادات ثم باللعن، و فى المرأه يبدأ بالشهادات ثم بقولها إن غضب الله عليها.

و كذا قد عرفت أنه لو قال أحدهما عوض أشهد بالله: أحلف أو أقسم أو ما شاكله لم يجز فلا حاجة إلى إعادته، كما وقع من المصنف بعد أن ذكر ما يستفاد منه ذلك، و الأمر سهل.

لكن في القواعد زياده «الموالاه بين الكلمات- أى الشهادات فى الواجب و كذا- إتيان كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه- أى الحاكم- عليه، فلو بادر به قبل أن يلقيه عليه الامام لم يصح».

و كان الوجه فى الأول الاقتصار أيضا فيما خالف الأصل على الواقع بحضرتة صلى الله عليه و آله (١)

مما لم يتخلل بينها فصل طويل، و فى كشف اللثام «و لأنها من الزوج بمنزله الشهادات، و يجب اجتماع الشهود على الزنا، و لوجوب مبادره كل منهما إلى دفع الحد عن نفسه، و نفى الولد إن كان منتفيا- لكن قال:- لم أر غيره من الأصحاب ذكره، و للشافعية فى وجوبها وجهان».

و أما الوجه فى الثانى فالأخبار المبينه لكيفيه اللعان (٢)

فإنها تضمنت ذلك، و لأن الحد لا يقيمه إلا الحاكم فكذا ما يدرؤه، مضافا إلى أنه كاليمين فى الدعاوى التى لو حلف قبل الإحلاف لم يصح، كما بيناه فى محله.

### [اللعان المندوب]

و الندب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة و أن يقف الرجل عن يمينه و المرأة و الصبى عن يمين الرجل لما رواه

اليزنطى (٣) عن الرضا عليه السلام قال: «أصلحكك الله تعالى كيف الملاعنه؟ قال يقعد الامام عليه السلام، و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة و الصبى عن يساره»

و محمد بن مسلم (٤)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الامام مستدبر القبلة، فيقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذاءه، و يبدأ بالرجل ثم بالمرأة»

و لعل المراد بيسار الإمام فى الأول جهه يساره التى هى جهه يمين الرجل، و لذا

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ٢.



ذكره الأصحاب دليلاً على الحكمين، نعم في المسالك «ليس في الرواية أن الزوجين مستقبلاً، و كذلك أطلق المصنف و جماعه» قلت: و لكن نص عليه في الصحيح الآخر (١)

و الأمر سهل، لأن الحكم استجابي يتسامح فيه.

و من الندب أيضاً أن يحضر من يسمع اللعان جماعه غير الحاكم من الأعيان و الصلحاء، فان ذلك أعظم للأمر، و يعرف الناس ما يجرى عليهما من التفريق المؤبد أو حكم القذف أو ثبوت الزنا، و لما روى من أنه حضره على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله جماعه من أصحابه، منهم ابن عباس و ابن عمر و ابن سهل بن سعيد (٢) بل قيل: هم من أحداث الصحابه، و العاده جاريه على عدم حضور الصغار و حدهم، و قيل أيضاً: أقل ما يتأدى به الوظيفة أربعة نفر، فان الزنا يثبت بهذا العدد، فيحضرون لإثباته و إن كان لم أقف له على دليل، إلا أن الأمر سهل في المندوبات و الآداب و الوظائف.

و منه أيضاً أن يعظه الحاكم و يخوفه بعد الشهادات قبل ذكر اللعن، و كذا في المرأة قبل ذكر الغضب بتخويفهما يذكر أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، و يقرأ عليهم «الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا» (٣) و في

خبر عباد البصري (٤) عن الصادق عليه السلام «إن رسول الله صلى الله عليه و آله قال للرجل بعد الشهادات الأربع: اتق الله فإن لعنه الله شديده- ثم قال:- اشهد الخامسة- إلى إن قال:- ثم قال صلى الله عليه و آله للمرأة بعد الشهادات الأربع: أمسكي، فوعظها و قال: اتق الله فان غضب الله شديد، ثم قال: اشهدى الخامسة»

إلى آخره.

و قد يغلظ اللعان بالقول بذكر أسماء الله تعالى المؤذنه بالانتقام و بالعظمه و الهيبه و المكان بأن يلاعن بينهما في البقاع المشرفه، مثل ما بين الركن و المقام

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٩ و فيه سهل بن سعد.

٣- ٣ سورة آل عمران: ٣- الآية ٧٧.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١.

- أى الحطيم- إن كان فى مكه، و فى المسجد عند الصخره إن كان فى بيت المقدس، و عند قبر رسول الله صلى الله عليه و آله إن كان فى المدينه، و عند المكان المعروف بالإصبعين فى مشهد أمير المؤمنين عليه السلام قريبا من مكان رأسه المعظم، و فى باقى المشاهد المشرفه و المساجد المعظمه، نحو مسجد الكوفه و مسجد سهيل و مسجد براءا و غيرها من المساجد المعلومه و الزمان كيوم الجمع بل بعد العصر منه المفسر به (١) قوله تعالى (٢) «تَخْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْبَسَ مَا لِلَّهِ» و يوم القدر و نحوهما من الأزمنه المعظمه ما لم يستلزم التراخى فى ذلك، و ستعرف فى باب القضاء استحباب التغليظ للحاكم فى اليمين الذى منه ذلك، بل ستعرف رجحان التغليظ بين أهل الذمه فى أماكنهم المعظمه عندهم من بيعهم و كنائسهم، بل لا يبعد ذلك أيضا بين المجوس و غيرهم فى بيوت النيران و الأصنام، لمكان تعظيمهما عندهم و إن توقف فيه بعض الشافعيه، لكنه فى غير محله.

و لكن من المعلوم أنه إنما يجوز اللعان فى المساجد و الجوامع إذا لم يكن هناك مانع من الكون فى المسجد كالجنابه و الحيض فإذا اتفقت المرأه حائضا أنفذ إليها الحاكم من يستوفى الشهادات منها و لا- يشترط فيه الاجتهاد و أولاه عند باب المسجد، لأنه أنسب بالتغليظ.

و كذا لو كانت غير برزه و لا معتاده الحضور لجامع الرجال و لو لشرفها لم يكلفها الخروج من منزلها و جاز استيفاء الشهادات عليها فيه نحو غير يمين اللعان من الأيمان فى الدعاوى، إذ المقام فرد منها، فلاحظ ما ذكرناه فى كتاب القضاء من وجه ذلك و كيفيته، لتكون على بصيره من ذلك و من غيره مما لا يخفى عليك جريانه فى المقام الذى ذكرنا غير مره أنه فرد من أفراد.

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٠- من كتاب الوصايا الحديث ٦ و المستدرک الباب- ٢٠- منه الحديث ١ و الفقيه ج ٤ ص ١٤٢.

٢- ٢ سورة المائده: ٥- الآيه ١٠٦.

و هل اللعان يمين أو شهادة؟ قال الشيخ و تبعه جماعه منهم الفاضل فى القواعد اللعان أيمان و ليس شهادات، و لعله نظر إلى اللفظ، فإنه بصوره اليمين فان قوله «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ» و قولها «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ» كالصریح فى ذلك، و إلى صحته من الفاسق و الذکر و الأنثى، و إلى

قول النبى صلى الله عليه و آله لهلال بن أميه (١): «احلف بالله الذى لا إله إلا هو أنك لصادق»

و إلى

قوله صلى الله عليه و آله (٢) بعد التلاعن: «لو لا الأيمان لكان لى و لها شأن»

و إلى أن كلا- منهما يلا- عن نفسه و لم يعهد شهاده أحد لنفسه، و إلى أنه لا- معنى لكونه من المرأه شهاده فكذا منه، و إلى استحباب التغليظ فيه المعلوم كونه من أحكام اليمين، و إلى غير ذلك مما هو من خواصه دون الشهاده.

خلافًا للمحكى عن أبى على بل ربما استظهر من المصنف أيضا لكثرة إطلاقه عليه الشهاده، و نسبه القول بكونه يمينا إلى الشيخ، بل عن الفاضل فى المختلف التصريح باختياره، لظاهر قوله تعالى (٣) «فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ» إلى آخر الآيه التى أطلق عليه فيها لفظ الشهاده فى خمس مواضع، و كنى عنها فى موضعين، و ل

قول النبى صلى الله عليه و آله (٤) للرجل: «اشهد أربع شهادات- و للمرأه- اشهدى»

و لقول الصادق عليه السلام (٥): «إن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس نساء و بين أزواجهن ملا- عنه- إلى أن قال:- و المجلود فى الفريه، لأن الله تعالى يقول (٦) «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا»

و لأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهاده، و لأنه به يدرأ عنه و يثبت به عليها كالبينه، بخلاف اليمين فإنها لا تدخل فى الحدود، و لأنه إذا امتنع من اللعان ثم رغب فيه يمكن منه كمن امتنع من إقامة البينه ثم أراد إقامتها، و الناكل عن

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٥.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٥.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١- من كتاب اللعان الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللعان الحديث ١٢.

٦- ٦ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

اليمين لا يعود إليها.

و لأن

محمد بن سليمان (١) سأل الجواد عليه السلام «كيف صار الزوج إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله؟ وكيف لا يجوز ذلك لغيره؟ و صار إذا قذفها جلد الحد، و لو كان ولدا أو أختا فقال عليه السلام: قد سئل جعفر عليه السلام عن هذا فقال: ألا ترى أنه إذا قذف الزوج امرأته قيل له: وكيف علمت أنها فاعله؟ قال:

رأيت منها ذلك بعيني كانت شهادته أربعا، و ذلك أنه قد يجوز الرجل أن يدخل المدخل في الخلوه التي لا يصلح لغيره أن يدخلها و لا يشهدها ولد و لا والد في الليل و النهار، فلذلك صارت شهادته أربعا إذا قال رأيت ذلك بعيني و إذا قال: لم اعينه صار قذفا و ضرب الحد، إلا- أن يقيم عليها البينه، و إن زعم غير الزوج إذا قذف و ادعى أنه رآه بعينه قيل له: وكيف رأيت ذلك؟ و ما أدخلك ذلك المدخل الذي رأيت فيه هذا وحدك؟ أنت متهم في دعواك، فان كنت صادقا فأنت في حد التهمه، فلا بد من أدبك بالحد الذي أوجب الله عليك، قال: و إنما صارت شهاده الزوج أربعا لمكان الأربعة شهداء مكان كل شاهد يمين».

إلا أن الجميع كما ترى، بل ذيل الخبر المزبور صريح في كونه يميناً، و من الجائز أن لفظ الشهاده في هذه الجملة حقيقه عرفيه أو مجاز مشهور في اليمين و لا بعد، لمخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام، بل قيل: إن خبر النفي عن الخمس مع الضعف ليس نصاً في كون اللعان شهاده، بل الذي ينص عليه أنه لا يقبل منه الشهاده عليها بالزنا و إن أكده باللعان على أنه غير معمول عليه في ذلك، و كأن التأمل الجيد يقتضى عدم ثمره لهذا الاختلاف بعد فرض عدم جريان جميع أحكام اليمين و أحكام الشهاده عليه، فلا بأس بالقول بأنه شهاده من جهه و يمين من أخرى،



بل لعل الغالب عليه جهه اليمينيه، و الأمر سهل.

### [أحكام اللعان]

#### [المسأله الأولى يتعلق بالقذف وجوب الحد فى حق الرجل]

و أما الكلام فى أحكامه فتشتمل على مسائل

الأولى: لا خلاف بيننا و لا إشكال فى أنه يتعلق بالقذف من الرجل وجوب الحد عليه فى حق ه أى الرجل، لإطلاق الأدله كتابا

(١) و سنه (٢)

و لا- يتعين عليه اللعان عينا نعم بلعانه يثبت سقوط الحد فى حقه و وجوب الحد فى حق الامراه، لأنه بمنزله إقامة البينه، و لكن يسقطه عنها لعانها، كما هو مقتضى قوله تعالى (٣) «وَيَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ» الظاهر فى إرادته الحد من العذاب لا الحبس، كما عن أبى حنيفه، فقال: «إن قذف الزوج لا- يوجب الحد عليه و لكن يوجب اللعان، و مع امتناعه يحبس حتى يلاعن و حينئذ فاللعان عقوبه قذفه دون الحد، و كذلك المرأه لا- تحدد بلعانه، بل تحبس حتى تلاعن» و هو مع منافاته لظاهر آيه القذف (٤) و قوله تعالى (٥) «يَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ» فى آيه اللعان مناف أيضا

للنبوى المروى فى طرقهم (٦) إنه قال لهلال لما قذف زوجته: «البينه أو حد فى ظهرك فقال هلال: و الذى بعثك بالحق إنى لصادق، و لينزلن الله ما يبرىء ظهري من الحد، فأرسل إليها»

إلى آخره.

و كيف كان مع لعانها (١١) يتعلق ثبوت أحكام أربعه سقوط الحدين و انتفاء الولد عن الرجل دون المرأه (١٢) إن تلاعنا لنفيه و زوال الفراش

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب حد القذف من كتاب الحدود.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآيه ٨.

٤- ٤ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

٥- ٥ سورة النور: ٢٤- الآيه ٨.

٦- ٦ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٥ و ٣٩٤.

و التحريم المؤبد بلا خلاف و لا إشكال فى شىء منها عندنا نصا (١)

و فتوى، خلافا لبعض العامه، فنفى تأبد التحريم، و قال: لو أكذب نفسه كان له أن يجدد نكاحها، بل عن بعض العامه قول ببقائهما على الزوجيه، و النص (٢)

من طرقنا و طرقهم حجه عليهما، نعم قيل: يمكن إرجاع الأحكام الأربعة إلى ثلاثه، لأن زوال الفراش يدخل فى التحريم المؤبد، و فيه أن التحريم المؤبد قد يجمع الفراش كالمفضاه، و الأمر سهل.

و لا- خلاف عندنا أيضا كما لا إشكال فى أن هذه الفرقة تحصل ظاهرا و باطنا، سواء كان الزوج صادقا أو هى صادقته، خلافا لأبى حنيفه، فحكم بعدم حصولها باطنا مع صدقها، و هو واضح الضعف.

و من المعلوم أيضا أن الولد بعد اللعان لا يدعى لأبيه، و لكن لا يرمى بأنه ابن زنا، و فى

حديث ابن عباس (٣)

«أن النبى صلى الله عليه و آله لما لا-عن بين هلال و امرأته فرق بينهما، و قضى لا يدعى ولدها لأب و لا يرمى ولدها، و متى رماها أو رمى ولدها فعليه الحد- قيل:- و كان بعد ذلك أميرا على مصر و ما يدعى لأب»

و سأل الصادق عليه السلام أبو بصير (٤)

«عن المرأه يلاعنها زوجها و يفرق بينهما إلى من ينسب ولدها؟ فقال: إلى امه»

إلى غير ذلك من النصوص (٥)

و لو كان الزوج عبدا و شرط مولاه رقيه الولد من زوجته الحره و قلنا بصحة الشرط ففى حرته لولا عن الأب لنفيه إشكال، من انتفائه عنه شرعا من أنه حق لغير المتلاعنين، فلا يؤثر فيه اللعان مع ثبوت حكم الفراش ظاهرا، و كذا الإشكال فى العكس، أى فيما إذا كانت الزوجه أمه و الزوج حرا بغير شرط الرقيه، من

١- ١ الوسائل- الباب- ١ و غيره- من كتاب اللعان.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من كتاب اللعان و سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٠٩ و ٤١٠.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٥ و ٤٠٢ و ٤١٠.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٤- من كتاب اللعان الحديث ٢.



انتفائه عنه شرعا مع كونه نماء مملوكته، فيكون رقا لمالكها، و من أن اللعان إنما أثر في انتفاء نسبه من الملعن، و أما تأثيره في الحرية التي هي حق الله تعالى و حق الولد فغير معلوم مع تغليب الحرية، و لعل الأقوى الأول فيهما.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرنا أنه لو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل و لو بكلمه واحده ثبت عليه الحد و لم يثبت عليه الأحكام الباقية التي علم أنها مترتبة على اللعان الذي لا يتحقق إلا بإكماله، فبدونه لا يثبت شيء منها، للأصل.

و كذا لو نكلت هي أو أقرت رجمت لأنها محصنه إذا كان قد قذفها بالزنا، أما إذا لاعنها لنفي الولد بلا قذف لم يثبت الحد عليها إلا أن تقر بموجه.

و في الأول سقط الحد عنه بلعانه و لم يزل الفراش و لا يثبت التحريم مع فرض إقرارها أو نكولها و لو بكلمه واحده بلا خلاف و لا إشكال في شيء من ذلك نصا و فتوى، ف

في حسن الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «إن أقر على نفسه قبل الملعنه جلد حدا و هي امرأته»

و في خبر على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات ثم نكل في الخامسة، قال: إن نكل عن الخامسة فهي امرأته و يجلد، و إن نكلت المرأة عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك»

إلى غير ذلك من النصوص (٣)

و لا يحتاج في رجمها إلى إقرارها أربعا بعد لعانه الذي هو كإقامه البيه عليها، فمع فرض نكولها عن اللعان لم يسقط الحد عنها الثابت بلعانه، نعم لو أقرت قبل لعانه اعتبر كونه أربعا كغيره من الإقرار بالزنا، كما هو واضح.

و لو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد بلا خلاف فيه نصا (٤)

١- ١ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب اللعان الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب اللعان.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللعان.

و فتوى، لكن فيما عليه لا فيما له، لإقراره أولاً بالانتفاء منه، ولذا يرثه الولد و لا يرثه الأب و لا من يتقرب به، و ترثه الأم و من يتقرب بها كما بينا ذلك كله مفصلاً فى كتاب الميراث الذى وفق الله لإتمامه قبل المقام، فلاحظ و تأمل.

و على كل حال لم يعد الفراش بالإكذاب المزبور و لم يزل التحريم بلا خلاف نصاً (١).

و فتوى بل و لا إشكال استصحاباً لحكم اللعان.

و لكن هل عليه الحد؟ فيه روايتان:

ففى

صحيح الحلبى (٢) عن الصادق عليه السلام «فى رجل لاعن امرأته و هى حبلى قد استبان حملها و أنكر ما فى بطنها فلما وضعت ادعاه و أقر به و زعم أنه منه فقال:

يرد عليه ابنه و يرثه و لا يجلد، لأن اللعان قد مضى».

و فى صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً «سألته عن رجل لاعن امرأته و هى حبلى قد استبان حملها فأنكر ما فى بطنها فلما وضعت ادعاه و أقر به و زعم أنه منه فقال: يرد إليه ولده و يرثه، و لا يجلد، لأن اللعان قد مضى بينهما».

و فى خبره الآخر (٤) عنه عليه السلام أيضاً «فى رجل لاعن امرأته و هى حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنه منه، قال: يرد عليه الولد، و لا يجلد، لأنه قد مضى التلاعن».

و فى خبر محمد بن فضيل (٥) سأل الكاظم عليه السلام «عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يرد عليه ولده؟ قال: إذا أكذب نفسه جلد الحد و رد عليه ابنه، و لا ترجع إليه امرأته».

أظهرهما أنه لا حد وفاقاً للمحكى عن الشيخ فى النهايه و التهذيب،

١-١ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللعان.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللعان الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللعان الحديث ٦.

و خلافا له فى محكى المبسوط و المفيد فى محكى المقنعه و للفاضل فى القواعد و شارحه الأصبهانى و ثانى الشهيدين فى المسالك، قالوا: لما فيه من زياده هتكها و تكرار قذفها و ظهور كذب لعانه، مع أنه يثبت عليه الحد بالقذف، فيستصحب إلى أن يعلم المزيل، و لا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه، و الأخبار الأوله إنما نفت الحد إذا أكذب نفسه فى نفى الولد دون القذف، و الحد إنما يجب إذا أكذب نفسه فيما رماها به من الزنا، كما عن صريح المبسوط.

إلا أن الجميع كما ترى، ضروره أن إكذاب نفسه تنزيه لها لا زياده هتك و تكرار قذف، و إطلاق أدله اللعان فضلا عن الأوله مقتضى لسقوط الحد، فلا معنى لاستصحابه، بل المتجه استصحاب العكس، و تعليل عدم الجلد فى الصحيح المزبور كالصريح فى أن لعانه كان بالقذف، و نفى الولد و إن كان من المذكور فيه الأخير كالخبر المعارض المعلوم قصوره عن المعارضه سندا و عددا، خصوصا مع ملاحظه قاعده درء الحد و الاستصحاب و عدم تجدد قذف منه بالإكذاب، و الأول قد سقط باللعان.

و من الغريب ما فى المسالك، حيث اقتصر على ذكر الخبر الثالث دليلا للقول بالسقوط راويا لمتنه بدل «و لا يجلد» «و لا تحل له أبدا، لأنه قد مضى التلاعن» ثم رجح خبر ابن الفضيل عليه بأنه ناص على الحد، بخلاف خبر الحلبي الذى لم يتعرض فيه لذلك، ثم قال: «مع أن فى طريق الروايتين من هو مشترك بين الثقه و الضعيف، و إنما نجعلها شاهدا على ما اخترناه بالوجه العام» أى الذى ذكرناه أولا، و قد عرفت ما فيه، مع أن فى روايات الحلبي الصحيح الصريح فى نفى الحد المؤيد بالاستصحاب و التعليل و قاعده درء الحد و إطلاق أدله اللعان و غير ذلك مما لا يصلح الخبر المزبور الضعيف معارضا له، فلا بد من طرحه أو تأويله بما لا ينافى ذلك من الإكذاب قبل إكمال اللعان كما عن الشيخ، و إن كان هو مناف لما فيه من عدم رجوع الامراه أو غير ذلك، و الله العالم.

و لو اعترفت هى بعد اللعان بأن أكذبت نفسها لم يعد شيئا من

أحكام اللعان التي ثبتت به، و لم يجب عليها الحد بذلك إجماعا كما في المسالك، لما قيل من أن حد الزنا لا يثبت على المقر إلا أن يقر به أربع مرات.

و من هنا قال المصنف و غيره لم يجب عليها الحد بذلك إلا- أن تقر به أربع مرات بل و في وجوبه معها تردد من اندفاعه باللعان، و من فحوى ما سمعته في إكذاب نفسه، و التعليل في النصوص (١)

السابقه بأن اللعان قد مضى و لذلك كان خيره النهايه و السرائر و الجامع و غيرها، و من عموم إيجاب الإقرار أربعاً له، و ظهور كذبها في اللعان، و لذلك كان خيره ثانى الشهيدين و الفاضل الأصبهاني، بل حكاه الأول عن الشيخ في النهايه و أتباعه و ابن إدريس و العلامه، بل نسبه إلى الأشهر و إن كنا لم نتحقق شيئاً من ذلك، و كان الذى دعاهما إلى اختياره اختياريهما و جوب الحد على الرجل إذا أكذب نفسه، و قد عرفت ضعفه.

و منه يعلم أن الأقوى سقوطه هنا و إن أقرت به أربعاً، لما عرفته هناك، بل كان المتجه على قولهم ثبوت الحد عليها باعترافها الأول، لأنه مقتضى لفساد لعانها باعترافها بكذبه، فبقى ما اقتضاه لعان الزوج من وجوب الحد عليها بلا معارض، بل تكون حينئذ كما لو نكلت، و قد عرفت أنه خلاف الإجماع، و هو مؤيد آخر للحكمين.

و لو عاد الرجل بعد أن أكذب نفسه و قال: لى بينه أقيمها أو ألعن ثانيا لم يسمع منه فى سقوط الحد عنه بناء على ثبوته عليه، لأن البيئه و اللعان لتحقيق ما قاله، و قد أقر بكذب نفسه، و العقلاء مؤاخذون بإقرارهم، و البيئه إنما تسمع إذا لم يكذبها قولاً أو فعلاً.

و لو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه، كما لو اعترف به فى حياته ثم مات، لما عرفت من عدم إفاده هذا الاعتراف فى حق الولد شيئاً، لكن لو كان للولد

ولد ورث الجد الملاعن إذا لم يكن أقرب منه، ولا يرث هو ابن الابن، كما لا يرث الابن، خلافاً لأبي حنيفة.

ولو أقام بينه ثم أكذبها ففي توجه الحد عليه نظر، من إقراره بكذبه الموجب للحد، و من ثبوت صدقه عند الحاكم بالبينه، و لعل الأول أقوى.

و لو لم يكذب نفسه و لا لاعن ثبت عليه الحد، فإن أقيم بعضه فبذل اللعان أجيب إليه، فإن الحد يدرأ بالشبهه، و كما أن اللعان يدرأ التمام فالبعض أولى، مضافاً إلى إطلاق أدلته.

### [المسألة الثانيه إذا انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان]

المسألة الثانيه:

إذا انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان بأن اعتقل لسانه و عجز عن الكلام لمرض و غيره فان كان لا يرجي زواله فلا ريب في أنه حينئذ صار كالأخرس لعانه بالإشارة بل في المتن هو كذلك و إن لم يحصل اليأس منه، لحصول العجز في الحال، و حد القذف مضيق و ربما يموت، و يلحق به نسب ليس منه، و ذلك ضرر، و يحتمل انتظار زواله، للشك في الاكتفاء بالإشارة عن التصريح بالكلمات، و الأصل عدم ترتب حكم اللعان عليها.



**[المسأله الثالثه إذا ادعت أنه قذفها بما يوجب اللعان]**

المسأله الثالثه:

إذا ادعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فسكت فأقامت عليه البيه ففى المسالك «له أن يلاعن، و لم يكن السكوت إنكارا للقذف و لا- تكذيبا للبيه فى الحقيقه، و لكنه جعل كالإنكار فى قبول البيه، و إذا لاعن قال: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما أثبت على من رمى إياها بالزنا» و فيه أن المذكور فى كتاب القضاء إلزامه بالجواب، فان امتنع حبس حتى يجيب، و ظاهرهم هناك عدم قيام البيه قبل حصول الجواب منه، فدعوى أن السكوت مطلقا كالإنكار فى قبول البيه ممنوعه، و مع التسليم فالصدق مطابقه خبره للواقع لا ما قامت عليه البيه، و إلا لصح ذلك منه حتى مع الإنكار، بأن يقول: إنى لمن الصادقين فيما قامت به البيه على، لا أقل من الشك فى حصول شهاده اللعان الذى هو خلاف الأصل فى الفرض فتأمل جيدا.

و كيف كان ف إن أنكر فأقامت عليه البيه ففى المتن لم يثبت اللعان و تعين الحد، لأنه يكذب نفسه لكن فى القواعد و شرحها و المسالك له اللعان إن أظهر لإنكاره تأويلا، كأن يقول: «إنى كنت قلت لها زني و بذلك شهد الشاهدان و لكنه ليس بقذف، لأنى صدقت فى ذلك و إنما أنكرت أنى قذفتها- أى القول المزبور- كاذبا».

و فيه أنه خلاف ظاهر اللفظ الذى يجب الأخذ به فى ترتب الحكم الشرعى، و مجرد كونه محتملا لا ينافى الظهور المعبر، و قد اعترف بذلك فى المسالك، حيث قال: «و الوجه أنه إن ظهر لإنكاره هذا التأويل و نحوه من التأويلات المحتمله قبل،

و إلا فلا، لأنه خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفي في نفيه مجرد الاحتمال». و لا يخفى عليك ما فيه ضروره أن المفروض مما نفاه، إذ دعوى أنه غير مناف للظاهر كما ترى.

نعم قد يقال: إن هذا بمنزله إنشاء القذف الجديد الذي صرح في القواعد و غيرها أن له اللعان به، و يسقط الحد عنه و إن كانت صادقه في دعواها، لأن من كرر قذف امرأته كفاه لعان واحد.

و لعل إطلاق المصنف منزل على الإنكار المقتضى لبراءتها، فإنه حينئذ لا يصح له اللعان المنافي لما اعترف به من عفتها، بل ليس له أن يقيم البينه و الحال هذه، لأنه كذب الشهود باعترافه ببراءتها، بل ليس له إنشاء قذف جديد لذلك أيضا، نعم لو مضت مده يمكن زناها فيها صح منه اللعان حينئذ به، لكن في سقوط حد القذف الذي قامت به البينه وجهان، من أن قوله: «ما زنيت» يمنع من صرفه إلى الأول، و من إطلاق سقوط الحد باللعان الواحد القذف المتعدد و إن كان الأقوى الأول.

**[المسألة الرابعة إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنا]**

المسألة الرابعة:

إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنا بأن قال: «زني بفلان» كان عليه حدان، لأنه قذف لهما، نعم بناء على ما سيأتي إنشاء الله في الحدود من أنه إن كان القذف متعددًا بلفظ واحد يتداخل الحدان، ويكتفى بحد واحد لهما مع الاجتماع في طلبه، وأما مع التفرق فلكل حد، وما نحن فيه من أفراد تلك المسألة فحينئذ إن جاء به مفترقين فلا إشكال في تعدد الحد.

و لكن له إسقاط حد الزوجه باللعان دون حده و إن جاء به مجتمعين، فان لاعن الزوجه سقط حدها و بقى حد الرجل أيضا، لأن التداخل إنما هو إذا حصل حد و لم يحصل، فكان كما لو لم يطلبه، نعم إن لم يلاعن و حد لها تداخل الحدان بناء على القاعده المزبوره، و إن أطلق المصنف هنا، إلا أنه لا يأبى تنزيهه عليها، و لا فرق عندنا في عدم سقوط حد الرجل بين ذكره في شهادات اللعان و عدمه، لأن اللعان بالنسبه إلى إسقاط حد القذف مختص بالزوجه.

خلافًا لبعض العامه، فأسقط حده مع ذكره في لعانها، لأن اللعان حجه في ذلك الزنا في طرف المرأه، فكذا في طرف الرجل، لأن الواقعه واحده، و قد قامت فيها حجه مصدقه، و فيه أن اللعان إنما هو حجه على قذف الزوجه كما تضمنته الآية (١) لا على قذف غيرها، فيبقى حكم قذفه على الأصل. نعم لو كان له بينه سقط الحدان لأنها حجه مطلقا.

**[المسألة الخامسة إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزمها الحد إن أقرت أربعاً]**

المسألة الخامسة:

إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزمها الحد إن أقرت أربعاً لما تسمعه في الحدود إنشاء الله و لكن سقط الحد عن الزوج و لو أقرت مره لاعترافها بعدم الإحصان. و لو كان هناك نسب لم ينتف إلا- باللعان، و كان للزوج أن يلاعن لنفيه، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي النسب، إذ هو ثابت بالفراش و هو جيد مطابق للقواعد العامه.

و لكن في المتن و تبعه الفاضل في القواعد في اللعان تردد و جعله في المسالك مما سمعت و من أن اللعان غير متصور، لأن الزوجه لا يمكنها أن تقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين في نفى الولد عنه مع تصديقها إياه على الزنا و على تولد الولد من الزنا، فان ذلك فرض المسألة، و إنما يتجه اللعان مع تصديقها له على الزنا دون تولد الولد منه.

و في كشف اللثام «و ينشأ الإشكال من أن اللعان على خلاف الأصل، و لم يظهر لنا ثبوته إلا إذا تكاذبا، و لا تكاذب هنا، و من أنه إذا علم انتفاء الولد منه و جب عليه نفيه، و لا- طريق إلى انتفائه إلا- اللعان، و الصبر إلى بلوغ الولد و اللعان معه لا يجوز، إذ ربما مات أو مات الولد قبله أو قبل التمكن من اللعان بعده، و حينئذ إنما يلتعن الزوج لأنها لا يمكنها الانتعان» و قال قبل ذلك أيضا: «لا- إشكال في ثبوت اللعان إذا ادعت النسب، لأن الإقرار بالزنا لا ينافيه، و إنما يشكل الأمر إذا صادفته على الانتفاء أو سكتت أو اعترفت بالجهل و احتمال الأمرين».

قلت: ليس في الكلام المحكى عن الشيخ إشعار باللعان مع التصادق و على تقديره ينبغي الجزم بعدم اللعان منها، لعدم تصور صحه وقوعه، لا التردد، و إنما غرض الشيخ أن اعترافها بالزنا يسقط اللعان منها بالنسبه للقذف، أما نفى الولد فلا،

إذ الاعتراف بالزنا لا ينافي لحقوق الولد، لقاعده الفراش التي شرع اللعان لها، بل قد يقال بصحة اللعان منها أيضا في صورته اعترافها بالجهل و احتمال الأمرين، لإمكان شهادتها بالله على كذبه في نفيه مع فرض الإلحاق به شرعا، و أما لعانه فلعله لعلمه بعدم الوطاء الموجب للإلحاق به.

و بالجمله فالتردد الواقع من المصنف فيما ذكره الشيخ و تبعه عليه الفاضل في القواعد في غير محله. و مما ذكرنا يعلم النظر فيما في المسالك، بل و كشف اللثام.

و من الغريب دعواه في المسالك أن مفروض المسألة اعترافها بكون الولد من الزنا مع أنه لا أثر لذلك في الكلام المحكى عن الشيخ، و الأمر سهل بعد وضوح الحال لديك في جميع الصور.

### [المسألة السادسة إذا قذفها فادعى أنها اعترفت بذلك فأنكرت فأقام شاهدين باعترافها لا يقبل إلا أربعه]

المسألة السادسة:

إذا قذفها ف ادعى أنها اعترفت بذلك فأنكرت فأقام شاهدين باعترافها قال الشيخ في محكى المبسوط و تبعه الفاضل في محكى المختلف بل في الأول أنه مذهبنا لا يقبل إلا أربعه لعموم قوله تعالى (١) «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعِهِ شُهَدَاءَ» و لأن الغرض من ثبوت الإقرار به إثبات الزنا الذى لا يثبت إلا بالأربعة أو الإقرار أربعا، فكان الإقرار به كنفس الزنا، و حينئذ إن لم يقم الأربعة و لم يلاعن يجب عليه الحد للقذف.

و لكن فيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهادته بالإقرار لا بالزنا الذى خرج بأدلته عن إطلاق الإثبات بالشاهدين، و من هنا كان ثبوته بهما خيره

محكى الخلاف و السرائر و موضع من المبسوط، نعم إنما يقبل فى سقوط الحد عنه الذى يكفى فيه إقرارها به و لو مره لا ثبوت الحد عليها الذى لا يوجهه إلا الشهود الأربعة بزناها أو إقرارها به أربعا، اللهم إلا أن يشهد الشاهدان بإقرارها كذلك، فان المتجه حينئذ ثبوته عليها بناء على ما عرفت، و قد يحتمل، بل ربما كان ظاهر بعض هنا اعتبار الأربعة فى الإقرار أربعا بالنسبه إلى ثبوت الحد عليها، و يأتى تحقيق ذلك فى محله إنشاء الله.

### [المسأله السابعه إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان]

المسأله السابعه:

إذا قذفها فماتت قبل اللعان أو إكماله فى كل منهما سقط اللعان و ورثها الزوج لبقاء علقه النكاح بينهما و عليه الحد للوارث بناء على أن حد القذف يورث، لعموم أدله الإرث و لكن لو أراد دفع الحد عنه باللعان منه خاصه جاز لعموم أدله اللعان فيترتب عليه ما يخصه من الحكم، و هو سقوط الحد عنه، نعم لا يترتب عليه الأحكام المترتبة على لعانها من الحرمة المؤبده و نفى النسب لو كان اللعان فيه، و حينئذ فيرثها بعد لعانه الذى هو لإسقاط الحد عنه إلا أن فى روايه أبى بصير (١).

عن أبى عبد الله عليه السلام إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له و إلا أخذ الميراث.

و لفظها على ما فى التهذيب

أبو بصير عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل قذف امرأته و هى فى قرية من القرى، فقال السلطان: ما لى بهذا علم، عليكم بالكوفه، فجاءت إلى القاضى ليلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا، فقالوا هؤلاء: لا ميراث لك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلاعنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها».

و فى

خبر عمر بن خالد عن زيد بن على (١) عن آبائه عن على عليه السلام «فى رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء و قد توفيت، فقال: تخير واحده من ثنتين: يقال له:

إن شئت ألزمت نفسك الذنب، فيقام عليك الحد و تعطى الميراث، و إن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها إليها و لا ميراث لك».

و لكن إرسال الأولى و ضعف الثانية مع عدم الجابر- و إن كان إليه ذهب الشيخ فى الخلاف و النهايه و القاضى و ابن حمزه بل عن الأول الإجماع عليه و إن كنا لم نتحققه- يمنع من العمل بهما، و خصوصا مع مخالفتهما لأصالة عدم ترتب أحكام اللعان الثابت بين الزوجين بل و للأصل فى أن الميراث يثبت بالموت، فلا يسقط باللعان المتعقب.

على أن لعان الوارث متعذر غالبا، لتعذر القطع من الوارث على نفى فعل غيره، و إيقاعه على نفى العلم تغيير للصورة المنقوله شرعا، و فرض إمكان اطلاع الوارث و علمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصورا بأن يدعى عليها أنها زنت فى ساعه كذا بفلان أو مطلقا و قد كان الوارث ملازما لها أو للمنسوب إليه فى تلك الساعه على وجه يعلم انتفاء الفعل كما فى نظائره من الشهادات على النفى المحصور نادر لا ينزل عليه الخبران المزبوران، و لا كلام العامل بهما.

و أما إشكالهما بأن الاجتزاء بأى وارث كان مع التعدد ترجيح من غير مرجح فقد يدفع بظهور الخبر الأول فى الاكتفاء به و لو مع التعدد و عدم بذلهم أجمع.

**[المسألة الثامنة إذا قذفها فلم يلاعن فحد ثم قذفها به لا يحد]**

المسألة الثامنة: قد عرفت فيما تقدم أن تكرار القذف قبل اللعان من غير أن يتخلله الحد لا يوجب زيادته عن حد واحد ولا أزيد من لعان واحد إجماعاً، كما في المسالك، لصدق الرمي على المتحد والمتعدد.

إنما الكلام فيما إذا قذفها فلم يلاعن فحد ثم قذفها به ف قيل و القائل الشيخ في محكى المبسوط لا يحد لا لما قيل من أن الحد في القذف إنما يثبت مع اشتباه صدق القاذف و كذبه، لا مع الحكم بأحدهما، و كذبه هنا معلوم بقوله تعالى (١) «فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَافِرُونَ» إذ هو كما ترى، بل للشك في وجوب الحد على القذف الذي حصل الحد عليه، لأنه قذف واحد و إن تكرر لفظه تأكيداً، و الأصل البراءة، خصوصاً مع بناء الحدود على التخفيف، و لذا تدرأ بالشبهات، مضافاً إلى ما عن الخلاف من الإجماع و الأخبار.

وقيل و القائل هو أيضاً في محكى الخلاف يحد تمسكاً بحصول الموجب و هو صدق اسم القذف و الرمي، و الأصل تعدد المسبب بتعدد السبب الذي لا وجه للشك فيه بعد اقتضاء ظاهر الدليل الذي هو مناط الأحكام الشرعية، و من هنا كان هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، و ربما يؤيد بأنه لا إشكال في وجوب الحد عليه لو قذفها بغير القذف الذي حد عليه، و ليس هو إلا لصدق القذف المشترك بينه و بين رميها بالأول، فتأمل.

و كذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثم قذفها به و إن كان القول هنا ب سقوط الحد أظهر (١١) بل المحكى عن الشيخ اتفاق قوليه على السقوط، و لعله لأن اللعان مساو للبينه و الإقرار من المرأه في سقوط الحد ثانياً، و لكن الانصاف عدم خلو ذلك



عن الإشكال، لأن اللعان إنما أسقط الحد الذى وجب عليها بلعانه، فهو بمنزله البيه أو الإقرار بالنسبه إلى ذلك، إذ لم يثبت زناها به، ولا أقرت ولا نكلت، فالقذف الثانى سبب موجب للحد، لعموم الآيه (١) و اللعان المتقدم لا يصلح لإسقاطه، لاستحاله تقدم المسبب على السبب، وربما يؤيده إطلاق

قول الصادق عليه السلام فى الصحيح (٢): «و إن دعاه أحد- أى ولد الملاعنه- ابن الزانية جلد الحد».

و حينئذ فهو فى الحقيقه كالقذف المتعقب للحد.

و من هنا لو قذفها به الأجنبى حد بلا خلاف أجده و إن كان بعد التلاعن الذى لو كان بمنزله البيه أو الإقرار لم يحد، لارتفاع عفتها حينئذ المقتضى لسقوط الحد عن قاذفها، و لذا لو قذفها فأقرت ثم قذفها الزوج أو الأجنبى فلا حد و إن كان أقرت مره واحده

لعموم «إقرار العقلاء» (٣)

و إن لم يثبت عليها الحد إلا بالأربع، إلا أن الإحصان غيره و هو واضح.

بل لعل المتجه ثبوت الحد أيضا لو قذفها الزوج و لاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبى و إن قال الشيخ فى المحكى عنه فى كتابى الفروع لأحد تنزيلا للنكول منزله البيه أو الإقرار المزيلين للإحصان.

و لكن الإنصاف أنه لو قيل يحد كان حسنا وفاقا للمحكى عن الأكثر لعموم الأدله، بعد منع زوال الإحصان بالنكول المحتمل كونه لقصد السلامه من محذور اليمين و إن ترتب عليها الحد من حيث عدم تخلصها عن الدعوى باليمين، لكن ذلك لا يقتضى ارتفاع إحصانها بمعنى عفتها.

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من كتاب اللعان الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الإقرار الحديث ٢.

**[المسألة التاسعة لو شهد أربعة و الزوج أحدهم فيه روايتان: إحداهما ترجم المرأة]**

المسألة التاسعة:

لو شهد أربعة و الزوج أحدهم فيه روايتان: إحداهما ترجم المرأة و هي

روايه إبراهيم بن نعيم (١) عن الصادق عليه السلام سأله «عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم»

مؤيده بعدم الفرق بين الزوج و غيره في قبول شهادته للمرأة و عليها، بل لعل الزوج أولى بالقبول، لهتك عرضه، فيندرج فيما دل

(٢)

على ثبوت الزنا بشهادة الأربع، بل و بقوله تعالى (٣):

«وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ» فإنه مشعر بأنه نفسه شاهد أيضا لو حصل معه تمام العدد و صدق الشهداء على الثلاثة، على أن المقام من الحسب التي لا يدعى فيها خاص، كما حرر في محله، و بغير ذلك من قوله تعالى (٤) «وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» الشامل للزوج و غيره، بناء على أن الخطاب للحكام و نحوه.

و الأخرى تحدد الشهود الثلاثة و يلاعن الزوج و هي

روايه زراره (٥) عن أحدهما عليهما السلام «في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن و يجلد الآخرون»

مؤيده بظاهر قوله تعالى (٦) «لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ» بناء على رجوع الضمير فيها إلى القاذفين و منهم الزوج، فإنه لا يقال:

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب اللعان الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب حد الزنا من كتاب الحدود.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤ - الآية ٦.

٤- ٤ سورة النساء: ٤ - الآية ١٥.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب اللعان الحديث ٢.

٦- ٦ سورة النور: ٢٤ - الآية ١٣.

جاء الإنسان بنفسه، و من ذلك نشأ الخلاف، فعن الأكثر كما فى المسالك الأول، و عن جماعه الثانى، و الأقوى الأول، و عن الشيخ حمل الروايه الثانيه على اختلال بعض الشرائط، و لا بأس به جمعا، و ليس هو قولا آخر كما حكاه عنه فى القواعد، بل هو عين القول الأول، ضروره عدم الخلاف فى عدم السماع مع اختلال الشرائط، نعم عن السرائر و الوسيله و الجامع الجمع بينهما بسبق الزوج بالقذف و عدمه، فيعتبر الأربعة غيره فى الأول دون الثانى، لأن قوله تعالى «لَوْ لَا جَاؤُ» فيمن ابتدأ بالقذف، بل عن السرائر و لقوله تعالى (١) «وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» إلى آخرها، فإنه قد رمى زوجته و لم يكن له شهاداء إلا نفسه، لأن شهاده الثلاثه غير معتد بها إلا بانضمام شهاده الرابع، فكأنها لم تكن فى الحكم، و إن كان هو كما ترى كالمصادره، بل آيه «لَوْ لَا جَاؤُ» إلى آخرها لا تمنع صدق معيه الزوج بعد أن كان أحد الشهاداء، بقريته «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ».

و على كل حال فهو قول آخر، إذ دعوى أن السبق من اختلال الشرائط ممنوعه، كدعوى الفرق بين سبق الزوج و سبق غيره، و أوضح منهما فسادا التزام الأربع غير القاذف لو كان السابق بالقذف غير الزوج.

و إلى هذا أشار المصنف بقوله و من فقهائنا من نزل رد الشهاده على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف ثم قال و هو حسن و فى المسالك «و هو - أى سبق الزوج - من جمله اختلال الشرائط، و لا - بأس بالحمل، لأنه طريق الجمع حيث لا تطرح الروايه لضعفها» و فيه أنه كذلك بناء على أن السبق من اختلال الشرائط، و فيه بحث أو منع، بل ظاهر المتن عدم كونه منها، و تمام الكلام فيه فى محله.

و منه يظهر ما فى تحسين المصنف للقول المزبور المنافى لإطلاق الأدله فى قبول بينه الحسب و لو مع السبق.

و أضعف من ذلك ما عن ابن الجنيّد من التفصيل بأنّ الزوجه إن كانت مدخولا بها ردت الشهاده و حدوا، و لا عن الزوج، و إلا حدثت هي، و كأنه قصد الجمع بذلك أيضا، و خص الرد بحاله الدخول لاشتمال روايته على لعان الزوج، و هو مشروط بالدخول، فتعين حمل الأخرى على غيره.

و نحوه ما عن الصدوق من الجمع بين الخبرين بناء على ما اختاره من أنه لا لعان إلا إذا نفى الولد بأنه إذا لم ينف الولد كان أحد الأربعة، و إلا حد الثلاثة و لاعنها، إذ الجميع كما ترى لا شاهد له و فرع المكافئه، و قد عرفت أن روايه القبول أقوى و لو للشهره.

### [المسأله العاشره إذا أخل أحدهما بشىء من ألفاظ اللعان الواجبه لم يصح]

المسأله العاشره:

إذا أخل أحدهما بشىء من ألفاظ اللعان الواجبه لم يصح، لعدم حصول عنوان الحكم، و حينئذ لو حكم به حاكم لم ينفذ، لأنه خطأ، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من أن الحاكم إذا حكم بأكثر كلمات اللعان نفذ و قام الأ-كثر مقام الجميع و إن كان الحاكم مخطئا فى الحكم، و هو واضح الضعف، لأن الحكم حينئذ خطأ بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطله باختلال بعض شرائطها أو أركانها.

### [المسأله الحاديه عشره فرقه اللعان فسخ]

المسأله الحاديه عشره:

فرقه اللعان فسخ كالرضاع و الرده و ليس طلاقا لغه و لا شرعا و لا عرفا، خلافا لأبى حنيفه فجعلها فرقه طلاق، و ضعفه واضح. و حينئذ فلا يشترط فيها اجتماع شرائط الطلاق و لا يلحقها أحكامه.

**[المسأله الثانيه عشره لو ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فاستلحق أحدهما لحقه الآخر]**

المسأله الثانيه عشره:

لو ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فاستلحق أحدهما لحقه الآخر، و لا يقبل نفيه، كما فى القواعد و شرحها، قال فى الأخير: «لأنهما من حمل واحد، حتى أنه إن كان نفى الأول ثم استلحق الثانى لحقه الأول أيضا- قال:- و كذا لو نفى أحدهما و سكت عن الآخر لحقاه، لأنه لما سكت عن الآخر لحقه و استلزم لحوق الآخر».

و فيه أنه ليس بأولى من اقتضاء نفى الأول نفى الآخر، خصوصا مع قوله فى القواعد متصلا بذلك: «و لو ولدت الأول فنفاه باللعان ثم ولدت الآخر لأقل من ستة أشهر افتقر انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكال» و لعله من الحكم بانتفاء الأول باللعان، و هو يستلزم انتفاء الثانى مع أصل البراءة من اللعان ثانيا، و من أصل اللحق إلا مع التصريح بالنفى و اللعان و عدم الاكتفاء بالالتزام كما عن المبسوط، إذ لا يخفى عليك أن الأول من وجهى الإشكال يجرى فى السابق إذا كان الولد مما ينفى بالانتفاء من دون لعان كما فى الأمه و المتمتع بها، ضروره كون النفى حينئذ كاللعان، فلا وجه للجزم بالأول و الاشكال فى الثانى.

و على كل حال فإن أقر بالثانى لحقه و ورثه و ورثه الأول أيضا، لاستلزام لحوقه لحوقه كما عرفت، و هو لا يرث الأول، لإنكاره أولا، و هل يرث الثانى؟

فى القواعد إشكال، و لعله من استلزام انتفاءه من الأول انتفاءه من الثانى فكأنه أقر بأنه لا يرث منه، كما أقر به من الأول، و من أنه لا عبره فى نفى السبب بالالتزام، و الأصل اللحق و التوارث، و هو مناف أيضا للجزم السابق.

و لو كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فلكل حكم نفسه، لإمكان تجدد الحمل بهما، و لا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر و لا نفيه نفيه، فان لاعن عن الأول

بعد وضعه و استلحق الثانى أو ترك نفيه لحق به و إن كانت قد بانت منه باللعان، لإمكان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان، و لو لاعنها قبل وضع الأول فأنت بآخر بعد ستة أشهر ففى القواعد لم يلحقه الثانى، لأنها بانت باللعان و انقضت عدتها بوضع الأول، أى فلا- يمكنه وطؤها بالنكاح بعده، و فى كشف اللثام «و ذكر انقضاء العده لتأكيد الحججه، و إلا فليست هذه العده إلا كعده الطلاق البائن».

و لو مات أحد التوأمين قبل اللعان لنفيهما فله أن يلاعن لنفيهما، لإطلاق أدلته، و للعامه قول بأنه لا لعان لنفى نسب الميت، و أنه إذا لم يصح نفيه لم يصح نفى الحى إذا كانا من حمل واحد.

هذا و قد تقدم بعض الكلام فى كتاب الطلاق فى التوأمين و كيفية تولدهما بالنسبه إلى الحكم بكونهما حملا واحدا أو حملا متعددا بالتولد لدون الستة أشهر و الأزيد، فلاحظ و تأمل، و الله العالم بحقيقه الحال.

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين.

## [كتاب العتق]

### اشاره

كتاب العتق قيل: هو بالكسر: الحريه، و بالفتح المصدر كالاتاق، و يقال: عتق العبد خرج عن الرق، فهو عتيق، و فى المسالك تبعاً للفاضل فى التحرير «هو لغه الخلوص، و منه سمي البيت الشريف عتيقا، لخلوصه من أيدي الجابره، و الخيل الجياد عتاقا، و شرعا خلوص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق بالنسبه إلى مطلق العتق، و بالنسبه إلى المباشره- الذى هو مقصود الكتاب- تخليص الآدمى أو بعضه من الرق منجزا بصيغه مخصوصه».

قلت: لم أجد المعنى المزبور فيما حضرني من كتب اللغه المتقدمه عليهما من الصحاح و غيره، مع أطنابه فى الأول بذكر المعانى له التى منها الكرم و الجمال و الحريه و الرقه بعد الجفاء و الغلظه و صلاح المال و السبق مع النجاه و القدم و العتيق الكريم من كل شىء إلى غير ذلك مما لا ينطبق شىء منها على ما ذكر، بل فيه و فى غيره ما هو كالصریح فى أن وصف البيت بالعتيق لقدمه، و الخيل بالعتاق لوجودتها، كما أن فيه التصريح بأن الحريه من معانيه اللغويه، و لعله لذا فسر به لغه فى التنقيح، و فى كشف اللثام جعله لغه الكرم، هذا كله بالنسبه إلى معناه لغه.

و أما شرعا فهو كباقي أسماء أفراد الإيقاع من الطلاق و نحوه التى فيها البحث- الذى تقدم فى البيع و نحوه من العقود- أنها أسماء لنفس الصيغ أو للأثر الحاصل منها أو للفعل، و قد تقدم التحقيق فى ذلك و أنها اسم للآثار، لكن ظاهر التعريف المزبور أنه اسم هنا للفعل، و فيه ما تقدم فى محله.

و كيف كان ف فضله متفق عليه بين المسلمين، و خصوصا فى يوم عرفه و عشيتها، بل و النصوص (١)

فيه من الطرفين متواتره، بل قوله تعالى (٢):

«فَكَرَّ رَقَبَهُ» و «أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ» (٣) و غيرهما دال عليه، مضافا إلى النصوص حتى روى إبراهيم بن أبى البلاد عن أبىه رفعه (٤) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

إن من أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا له من النار

فان كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار، لأن المرأة نصف الرجل»

لكن فى

صحيح زرارة (٥) عن الباقر عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا من النار»

و يمكن اتحاد المراد من المسلم و المؤمن فى كلامه صلى الله عليه و آله، نعم فى

صحيح ابن عمار و حفص (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «فى الرجل يعتق المملوك، قال: إن الله يعتق بكل عضو منه عضوا من النار».

و فى المسالك بعد أن ذكر الروايات الثلاثة قال: «و خص المؤمن إما لأن المراد به المسلم كما فى الرواية الصحيحة، أو حمل المطلق على المقيد كما يحمل لفظ «المملوك» فى الرواية الأخرى على المسلم أو المؤمن، و يجوز إبقاء كل

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من كتاب العتق و سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧١ و ٢٧٢.

٢- ٢ سورة البلد: ٩٠- الآيه ١٣.

٣- ٣ سورة الأحزاب: ٣٣- ٣٧.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٣- من كتاب العتق الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ١- من كتاب العتق الحديث ٢.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ١- من كتاب العتق الحديث ١.



واحد من الثلاثة على أصله، و حصول الثواب المذكور على عتق كل مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقا ذكرا أو أنثى، و أن يخص ذلك بالذكر بقرينه تذكير لفظه و تقييده بما فى الروايه الأخرى إلا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر، و

روى العامه (١) فى الصحيحين أنه صلى الله عليه و آله قال: «أيما رجل أعتق امراة مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار، حتى الفرج بالفرج»

و فى هذه الروايه التقييد بالإسلام و كون المعتق رجلا لأن الامرأ مذكر الامراة، فلا يتناول الأنثى، و فى بعض ألفاظ رواياتهم

عنه صلى الله عليه و آله (٢)

«من أعتق رقبه أعتق الله بكل عضو منها عضوا من النار، حتى فرجها بفرجه»

و هذه شامله للذكر و الأنثى المسلم و غيره».

قلت: و فى نصوصنا فى

خبر بشير النبال (٣)

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول من أعتق نسمة صالحه لوجه الله جل و عز كفر الله عنه بها مكان كل عضو منه عضوا من النار»

و الخبر الذى ذكره أخيرا عنهم مساو لصحيح ابن عمار بناء على إرادته الجنس من المملوك فيه، كما أن المروى فى الصحيحين مساو لصحيح زراره، و مع فرض تقييد صحيح المملوك بالمرسل بالنسبه إلى ذلك يتقيد الجميع به أيضا، و لعله كذلك لما حكاه الفخر فى شرح القواعد من الاتفاق على المرسل المزبور.

كما أنه يقوى الجمع هنا بحمل المطلق على المقيد بالنسبه إلى خصوص المذكور من الجزاء و إن لم نقل به فى غير المقام للتنافى فيه دون غيره، و لا- ينافى ذلك استحباب العتق المستفاد من قوله تعالى (٤) «فَمَكُّ رَقَبَةٍ» و غيره. إنما الكلام فى ترتب الجزاء المزبور، و هو العتق من النار.

١-١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧١.

٢-٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب العتق الحديث ٢.

٤-٤ سورة البلد: ٩٠- الآيه ١٣.

ثم إن الظاهر إرادته الكناية باللفظ المزبور عن عتق المعتق من النار بعثقه و الترغيب فيه، لا المقابله حقيقه حتى يأتي الكلام فى فقد الأعضاء فى المعتق و المعتق و زيادتها، نعم ينبغى ملاحظه المذكوره و الأوثه و إن كان الرجاء بالله و الظن به السرايه فيما يعتق بعثتها من العضوين بالعضو، و الله العالم.

و يختص الرق أى الاسترقاق بأهل الحرب دون اليهود و النصرارى و المجوس القائمين بشرائط الذمه بلا خلاف فى شىء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أصاله عدم ملك أحد لأحد و غيرها عدا ما خرج بالدليل من استرقاق الكفار أهل الحرب الذين يجوز قتالهم إلى أن يسلموا أو يقيموا بشرائط الذمه إن كانوا من الفرق الثلاثه.

و من هنا لو أدخلوا بذلك دخلوا فى أهل الحرب بالنسبه إلى جواز استرقاقهم اتفاقا محكيا فى المسالك، بل و محصلا.

و لا- فرق فى أهل الحرب بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين و يستقلوا بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الإسلام و قهره، كمن بين المسلمين من عبده الأوثان و النيران و غيرهم، إلا أن يكونوا مهادين للمسلمين بالشرائط المقرره فى كتاب الجهاد (١) المذكور فيه كيفيه استرقاق الحربى و شرائطه، إذ المراد هنا بيان أصل اختصاص ذلك بالحربى، لا بيان جواز الاسترقاق لكل حربى، كما هو واضح لكل من أحاط خبرا بما فى الكتاب المزبور.

ثم إذا استرقوا يسرى الرق إلى أعقابهم المتجددين بعد الاسترقاق الذين هم نماء الملك و إن أسلموا ما لم يتحرروا، فتسرى الحربه فى الأعقاب المتأخره و إلا إذا كان أحد الأبوين حرا فتغلب الحربيه إلا مع شرط الرق، كما تقدم فى كتاب النكاح.

و لا فرق فى الاسترقاق لمن عرفت بين المؤمن و المخالف و الكافر، كما فى

التحرير و القواعد و الدروس و غيرها، و لعله لأنهم حينئذ كالمباحات التي يملكها من تملكها، نعم لا بأس بتملك من في يد الكفار منهم إذا كانوا حربيين كباقي أموالهم.

هذا و في كشف اللثام في شرح قوله في القواعد: «و لا- فرق بين سبى المؤمنين و الكفار» قال: «لا فرق في جواز الاسترقاق بين سبى المؤمنين و غيرهم من فرق الإسلام و الكفار، و إن اختص الرقيق بالإمام عليه السلام أو كانت فيه حصته فقد رخصوا في ذلك للشيعه في زمن الغيبه، و غير المؤمن يملك بالسبى في الظاهر، فيصح الشراء منه، و يقوى التملك بالاستيلاء على مسبيه بغير عوض» و فيه أن ذلك خروج عما نحن فيه من حصول الاسترقاق للحربيين في الجملة للمؤمن و غيره و لو بسرقة و اغتيال و نحوهما، لا- في خصوص الغنيمه بغير إذن الامام عليه السلام التي هي من الأنفال المختصه بالإمام عليه السلام المرخص فيها للشيعه زمن الغيبه لتطيب مواليدهم كما تقدم البحث في ذلك في محله (١) و منه يعلم ما في قوله: «و يقوى التملك» إلى آخره، و تمام التفصيل في ذلك كله في غير المقام، و الله العالم.

و كل من أقر على نفسه بالرق مع جهاله حرته و لو لعدم ادعائها سابقا على الإقرار و كان بالغا رشيدا حكم برقه بلا خلاف و لا إشكال،

لعموم قوله صلى الله عليه و آله (٢): «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

و لقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان (٣): «كان على عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبوديه و هو مدرك»

بل إطلاقهما يقتضى عدم اعتبار الرشد كما هو المحكى عن الأكثر، و لا ينافيه ما دل (٤)

على منع السفه من التصرف المالى

١-١ راجع ج ١٦ ص ١٣٤ الى ١٤٤.

٢-٢ الوسائل- الباب-٣- من كتاب الإقرار الحديث ٢ و المستدرك الباب-٢- منه الحديث ١.

٣-٣ الوسائل- الباب-٢٩- من كتاب العتق الحديث ١.

٤-٤ الوسائل- الباب-١- من كتاب الحجر الحديث ١.

و لو إقرارا الظاهر فى غير الفرض، بل فى المسالك و غيرها «أن الإقرار بالرقية ليس إقرارا بمال، لأنه قبل الإقرار محكوم بحريته ظاهرا» و إن كان لا يخلو من نظر.

و على كل حال فما قيل - من اعتباره لأن إقراره و إن لم يتعلق بمال ابتداء و لكنه كشف عن كونه مالا قبل الإقرار، فإنه إخبار عن حق سابق عليه لا إنشاء من حينه، و لإمكان أن يكون بيده مال، فإن إقراره على نفسه يستتبع ماله، فيكون إقرارا بمال محض و لو بالتبعيه- واضح الضعف، لما عرفت من عدم ظهور أدله منع السفية فيما يشمل الفرض، فيبقى على مقتضى العموم السابق الذى يلزمه معه تبعيه ما فى يده.

هذا و فى المسالك «و يضعف الأول بأن ذلك لو منع قبول الإقرار لأدى إلى قبوله، لأنه إذا لم يقبل بقى على أصل الحرية، فينفذ إقراره، فيصير مالا، فيرد فيصير حرا، و ذلك دور، و المال جاز دخوله تبعا و إن لم يقبل الإقرار به مستقلا، كما لو استلحق واجب النفقه، فقد قيل: إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعا لا أصلا، أو يقال: يصح فى الرقيه دون المال لوجود المانع فيه دونها كما سمع فى الإقرار بالزوجه دون المهر».

و فيه منع الملازمه المقتضيه للدور، ضروره اقتضاء عدم قبوله البقاء على الحرية التى لا يقتضى قبول الإقرار مع فرض عدم الرشد، و أما ما ذكره أخيرا من الاحتمال ففيه اقتضاء بقاء المال حينئذ بلا مالك، و قياسه على المهر واضح الفساد.

و على كل حال فمع قبول إقراره لا يسمع إنكاره بعد ذلك، بل لا تقبل بينته التى كذبها بإقراره، نعم فى المسالك و غيرها «إلا أن يظهر لإقراره تأويلا يدفع التناقض، فيقوى القبول، كما لو قال: لم أعلم بأنى تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرق، ثم ظهر لى سبق العتق على الإقرار بالبينه أو الشيع المفيد لذلك». قلت: لا يخلو ذلك من بحث ما لم يحصل العلم بفساد إقراره السابق.

و لو أنكر المقر له رقيته بقى على الرقيه و إن كانت مجهوله عندنا و لا- يقبل رجوعه أيضا، لعموم أدله جواز الإقرار عليه، و يكلف حينئذ بالتوصل إلى مالكة، كما لو أقر بمال شخص فأنكره، و لكن فى المسالك «يتجه حينئذ جواز رجوعه، لأنه مال لا يدعيه أحد، و إقراره السابق قد سقط اعتباره برد المقر له، فإذا لم يصر حرا بذلك فلا أقل من سماع دعواه الحريه بعد ذلك» و فيه أن رد المقر له لا يقتضى عدم جواز الإقرار على المقر، بل و كذا لو لم يعين المقر له ابتداء ثم رجع و إن قال فى المسالك: «أولى بالقبول» لكنه لا يخلو من نظر، خصوصا إذا لم يلتزم نحو ذلك فى الإقرار بمال غير الرقيه.

و إذا بيع العبد فى الأسواق لم يقبل دعواه الحريه إلا بينه عملا بالظاهر، أما مجرد اليد عليه فغير كاف كما فى الدروس، فتقبل دعواه حريه الأصل لا- عروض الحريه إلا بينه، قلت: لا يخلو عدم الاكتفاء باليد من بحث قد تقدم هو و كثير من مسائل إقرار العبد فى كتاب البيع فى باب الحيوان (١) فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و كذا الملتقط فى دار الحرب يحكم برقيته للملتقط، بناء على أن الالتقاط من الاستيلاء المملك و إن لم يقصد التملك، و إلا فالمراد يجوز استرقاقه تبعا للدار فى اللقوق بحكم أهل الحرب الذين قد عرفت جواز استرقاقهم، نعم يشترط فى ذلك أن يكون فيها مسلم يمكن تولده منه و لو أنثى، و إلا حكم بحريته للأصل، و لكن فيه بحث إن لم يكن إجماعا قد ذكرناه أيضا فى كتاب البيع فى باب بيع الحيوان (٢) فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و إذا اشترى إنسان من حربى ولده أو زوجته أو أحد ذوى أرحامه كان جائزا و ملكه و إن كان ممن ينعتق عليه، و لكن يكون عند جماعه استنفاذا

١-١ راجع ج ٢٤ ص ١٤٩ الى ١٥٣.

٢-٢ راجع ج ٢٤ ص ١٣٨ و ١٣٩.

لا شراء من جانب المشتري، فيملكه حينئذ المشتري بالاستيلاء عليه لا بالشراء إذ هم في الحقيقة في ء للمسلمين فيجوز التوصل إلى ما يقتضى تملكه، وقد تقدم في كتاب البيع في باب الحيوان (١) تحقيق الحال في ذلك، وقد ذكرنا هناك خبر اللحام (٢) الدال على صحة الشراء حقيقة.

و من الغريب أن الفاضل جزم بصرف الشراء في الفرض إلى الاستنقاذ، و توقف في لحوق أحكام البيع له من الخيار و الأرش، و في الدروس هنا «و لو اشترى من الكافر قريبه جاز و إن كان ممن يعتق عليه، و يكون استنقاذا لا شراء من جانب المشتري، فلا يثبت فيه خيار المجلس و الحيوان، و الأقرب أن له رده بالعيب و أخذ الأرش و أشكال بأن الأرش عوض الجزء الفائت في المبيع و لا- بيع هنا، و بأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرد الرد، و ليس من الأسباب الناقله للملك شرعا في غير البيع الحقيقي، و دفع بأن قدوم الحربى على البيع التزام بأحكام البيع التى من جملتها الرد بالعيب أو أخذ أرشه، فرده عليه ينزل منزله الإعراض عن المال، و الثمن غايته أن يكون قد صار ملكا للحربى، و التوصل إلى أخذه جائز بكل سبب، و هذا منه بل أولى، لأنه مقتضى حكم البيع».

و فيه- مع أنه لا يتم فى مال الحربى المعتصم بدخول دار الإسلام بأمان- أنه يقتضى جريان غير ذلك من أحكام البيع التى منها الخيار الذى قد صرح بعدم جريانه عليه، فلا محيص حينئذ بعد القول بالتزام أحكام البيع عن القول بصحته حقيقة، لعدم الانعتاق عليه كما التزم به هنا فى المسالك، أو بإجراء حكم الصحة عليه فى

١-١ راجع ج ٢٤ ص ١٣٧ و ١٣٨.

٢-٢ الوسائل- الباب-٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢ و ٣ من كتاب التجاره.

جانب البيع و لو لنصوص (١) الإلزام، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى كتاب البيع (٢).

فلاحظ و تأمل.

و يمكن أن يقال: إن ما فى الدروس مبنى على تعديه حكم الرد و الأرش لما يؤخذ استنقاذا أيضا كالبيع، فان معناه على ما صرح به الفخر فى الشرح عوض عن يد شرعيه فى نفس الأمر كهذه أو ظاهرا أو غير شرعيه، بل صرح الكركى أيضا بنحو ذلك، و قال: «إن ما يبذله المشتري فى الفرض عوض عن يد شرعيه» و الله العالم.

و كيف كان فلا-خلاف أجده فى أنه يستوى سبى المؤمن و الضلال و لو الكافرين فى استباحه الرق بل ادعى بعض مشايخنا الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى إطلاق الأدله، و إلى خصوص

الصحيح (٣) عن أبى الحسن عليه السلام قال رفاعه له: «إن الروم يغيرون على الصقاله و الروم فيسترقون أولادهم من الجوارى و الغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم، ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى فى شرائهم و نحن نعلم أنهم قد سرقوا و إنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم، إنما اخرجوا من الشرك إلى دار الإسلام»

و إطلاق

خبر إبراهيم بن عبد الحميد (٤) عنه عليه السلام أيضا «فى شراء الروميات فقال:

اشترهن و بعهن»

و خبر عبد الله اللحام (٥) سأل الصادق عليه السلام «عن رجل اشترى

- ١- ١ الوسائل- الباب- ٣٠- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٥ و ٦ و ١٠ و ١١ و الباب- ٤- من أبواب ميراث الـاخوه و الباب- ٣- من أبواب ميراث المجوس من كتاب الموارث.
- ٢- ٢ راجع ج ٢٤ ص ١٣٦.
- ٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١ و فيه «الصقاله» كما فى الكافى ج ٥ ص ٢١٠ و التهذيب ج ٦ ص ١٦٢.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢ من كتاب التجاره.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٣ من كتاب التجاره.

امرأه رجل من أهل الشرك يتفخذها، قال: فقال: لا بأس».

فمن الغريب ما فى المسالك هنا من «أن المراد بالضلال ما يشمل المسلمين منهم و الكافرين، فلو سبى كافر مثله ملكه، و جاز شراؤه منه، و كان الكلام فى شرائه منه كالكلام فى شراء ولده و زوجته منه، و لو كان الكافر ذميا أو مسلما مبدعا فلا إشكال فى تملكه، و قد أباح الأئمة عليهم السلام شراء ذلك منهم و غيره من ضروب التملكات و إن كان للإمام أو بعضه من غير اشتراط إخراج الحصه المذكوره» و الله العالم.

و كيف كان ف ازاله الرق تكون بأسباب أربعة: المباشرة و السرايه و الملك و العوارض.

### [الفصل الأول فى ازاله الرق بالمباشرة]

#### إشاره

أما المباشرة فالعتق و التدبير و الكتابه و إن اختلفت فى كيفية التسبب بالنسبه إلى احتياج حصول الحريه منها إلى أمر آخر غير الصيغه - كالتدبير و الكتابه المفتقرين إلى الموت و التأديه - و عدم ذلك، كالعتق، و ستعرف ذلك مفصلا.

أما العتق فعبارته الصريحه التحرير بأن يقول: «أنت - أو هو أو فلان أو نحو ذلك - حر» فإنه لا خلاف نصا (١).

و فتوى فى حصول التحرير به حينئذ، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجج بعد النص المتضمن لإنشاء العتق به من سيد الساجدين عليه السلام (٢).

و إلا - فقوله تعالى (٣) «فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» لا - يقتضى كون الصيغه التى يحصل بها الإنشاء ذلك، و إلا لاقتضى قوله تعالى (٤) «فَكَرَّ رَقَبَةٍ»

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣٠ - من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٣- ٣ سورة النساء: ٤ - الآية ٩٢.

٤- ٤ سورة البلد: ٩٠ - الآية ١٣.



نحوه، و ليس كذلك اتفاقا محكيا إن لم يكن محصلا كما ستعرف.

نعم في اشتقاقها من الإعتاق بأن يقول: «أعتقتك» تردد و خلاف ينشأ من التردد في المراد من النصوص (١)

الوارده في ذلك المتقدمه في كتاب النكاح فيمن قال لأتمته: «أعتقتك و جعلت عتقك صداقك» أنه إنشاء العتق بذلك أو هو إخبار لها بالحال، و إن كان العتق قد حصل قبل ذلك بقول: «هي حره و جعلت عتقها صداقها» و إن كان الظاهر منها الأول.

لكن في الروضه «أن ظاهرهم عدم العتق بها، بل و بالصريح محضا، كحررتك، و لعله لبعده الماضي عن الإنشاء، و قيامه مقامه في العقود على وجه النقل خلاف الأصل، فيقتصر فيه على محله» و هو غريب خصوصا بعد أن حكى هو قبل ذلك بيسير اتفاق الأصحاب على صحه العتق في قول السيد لأتمته: «أعتقتك و تزوجتك» نعم كان المتجه الاقتصار عليها دون «حررتك» التي لم نعثر في شيء من النصوص على إنشاء التحرير بها.

كما أن المتجه الاقتصار عليها من التحرير بأنت حر، دون «أنت عتيق» أو معتق، ضروره كون المدار على ما ثبت من النصوص إنشاء التحرير به، و ليس هو إلا- «أنت- مثلا- حر» و «أعتقتك» بناء على أحد الوجهين في النصوص المزبوره، فلا وجه لإلحاق «حررتك» بأعتقتك، كما لا وجه لإلحاق «أنت عتيق» بأنت حر، لما عرفت من أن الثابت من النص (٢)

ذلك، و هو المراد من الصريح في كلامهم، لأصالة عدم زوال الرق، و «أوفوا بالعقود» (٣) لا يشمل المقام على الأصح، و إطلاقات العتق المساقفه لغير ذلك لا- يستفاد منها كيفية الصيغه، خصوصا بعد وهنها أيضا بإعراض الأصحاب عن ذلك و اقتصارهم على خصوص التحرير أو هو

١- ١ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتاب العتق.

٣- ٣ سورة المائدة: ٥- الآية ١.

مع الإعتاق و لذا قال المصنف و غيره، بل فى كشف اللثام الاتفاق عليه، بل لعله ظاهر غيره أو صريحه و لا يصح إنشاء العتق بما عدا التحرير خاصة أو مع الإعتاق من أى لفظ صريحا كان أو كناية و لو قصد به العتق كقوله صريحا كما فى القواعد فككت رقتك أو أزلت قيد الملك، أو كناية أنت سائبه أو «لا سبيل لى عليك» أو «لا سلطان» أو نحو ذلك، خلافا للعامه، فجوزوه فى الكنايه فضلا عن الصريح.

و من ذلك يعلم أن المراد من الصريح أولا فى كلامهم ما ذكرناه من أنه الذى ثبت شرعا إنشاء العتق به، لا الدال على المقصود بلا واسطه.

بل و منه يعلم أن وجه التردد فى الإعتاق ما ذكرناه. لا كونه صريحا أو لا، ضروره أنه لا مجال لإنكار صراحته، بل استعماله فى ذلك أزيد من لفظ التحرير، كما لا يخفى على من تصفح النصوص.

بل منه أيضا يعلم النظر فيما ذكره فى المسالك و بعض من تأخر عنها من أن المدار على الصريح و عدمه، حتى التزم صحه إنشاء العتق بكل لفظ صريح فى ذلك، و هو مناف لما عرفته من كلماتهم.

بل مما ذكرنا يعلم النظر فى عباره المتن و غيرها إن كان المراد من التحرير و الإعتاق فيها جواز اشتقاق الصيغه منهما بأى هيئه كانت، جمله اسميه أو فعليه، ضروره كونه منافيا لما سمعته من التوقيفيه فى العتق الذى هو من العباده أو شبهها فى ذلك، فالمتجه حينئذ الاقتصار على الجملة الاسميه من التحرير و الفعلية من الإعتاق، بناء على أحد الوجهين فى النصوص المزبوره، و دعوى التعديه فى كل منهما إلى الأخر لا دليل عليها، بل ظاهرهم خلافها، فتأمل جيدا، فإنك لا تجد هذا المقام محررا فى غير هذا الكتاب، و الحمد لله الموفق المسدد.

و لو قال لأتمته: «يا حره» و قصد العتق ففى تحريرها بذلك تردد ينشأ من أنها بغير هيئه الصيغه المعهوده، و من أنها مجاز بحرف النداء عن

معنى «أنت» و الأشبه عند المصنف و غيره عدم التحرير لبعده عن شبه الإنشاء بل فى كشف اللثام «إنما هو إنشاء للنداء و إن جاز التجوز به عنه، لكنه استعمال نادر يعد من الكنايات».

قلت: لكنه قد يناقش بأن الفرض عدم إرادته معنى النداء منه، بل المراد منه إنشاء العتق، و ليس فيه إلا التجوز بموضوع الصيغه، و هو «أنت» من حرف النداء، و من المعلوم أن موضوع الصيغه لا- يعتبر فيه إلا ما يميزه من لفظ «أنت» و «هو» و «هذا» و «فلان» و غيرها من الألفاظ الحقيقيه أو المجازيه المعينه له، و إنما الممنوع الكنايه و التجوز بمحمول الصيغه الذى هو «حر» و دعوى جزئيه موضوع الصيغه منها على وجه لا- يجوز تمييزه باللفظ المجازى لا شاهد لها، بل يمكن القطع بعدمها، نعم لو كان المراد من حرف النداء معناه و لكن مع إنشاء التحرير بقوله:

«حره» اعتمادا على تقدير «أنت» بمعونه حرف النداء أمكن الإشكال فيه بكونه خلاف الثابت من الصيغه، و مثله إذا قال: «حر» من دون ذكر الموضوع و إن دل عليه الحال أو غيره، و الله العالم.

و لو كان اسمها «حره» فقال: أنت حره فإن قصد الإخبار لم تنعق قطعا و إن قصد الإنشاء صح كذلك و إن جهل منه الأمران رجع إلى قوله فى نيته، للاشتراك و عدم الوصله إلى امتياز المراد منه إلا قوله، و يقبل و إن خالف القانون و ادعى قصد الإخبار أو عكس، كما إذا لم يقف و جاء به منونا، أو بلا تنوين، فان الاسم غير منصرف بخلاف الصفه.

و إن لم يمكن الاستعلام بموت و نحوه لم يحكم بالحرية قطعا لعدم اليقين بالقصد أى قصد الإنشاء، فيبقى على أصاله الرق و لكن فى المتن فيه تردد منشأه التوقف بين العمل بحقيقه اللفظ و التمسك بالاحتمال (١١) و هو كما ترى، ضروره اشتراك الصيغه بين الإخبار و الإنشاء، فمع فرض عدم ما يقتضى أحدهما تبقى أصاله الرقيه و غيرها بلا معارض، كما هو واضح،

و الله العالم.

و لا- بد من التلفظ بالصريح أو ما يقوم مقامه على الأقوى، كما عرفته فيما تقدم، و لا تكفى الإشارة مع قدره على النطق و لا الكتابه.

كما فى غيره من العقد و الإيقاع، للأصل و

حسن زراره (١) قال الباقر عليه السلام:

«رجل كتب بطلاق امرأته أو بعثت غلامه ثم بدا له فمحاها، قال: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتى يتكلم به»

مؤيدا ب

قوله عليه السلام (٢): «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام».

بل لا بد من النطق بالعربية مع قدره عليها أيضا للأصل أيضا بعد عدم تلقى غير العربى منه عليه السلام، بل لعل المنساق العربى من كل ما كان موضوع الحكم فيه القول و اللفظ و الكلام و نحو ذلك.

نعم يكفى مع العجز الإشارة المفهمه الملحق بها أو أولى منها سائر اللغات، لفحوى نصوص الأخرس (٣)

و خصوص

صحيح الحلبي (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن أباه حدثه أن أمامه بنت أبى العاص الربيع و أمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و آله تزوجها بعد على عليه السلام المغيرة بن نوفل إنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن و الحسين عليهما السلام و هى لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان و المغيرة كاره لما يقولان: أعتقت فلانا و أهله، فتشير برأسها أن نعم، و كذا و كذا، فتشير برأسها نعم أم لا، قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم»

و غير ذلك مما مر فى نظائر المسألة، و الله العالم.

و لا بد من تجريده عن الشرط، فلو علقه على شرط مترقب كقدوم

١- ١ الوسائل - الباب - ١٤- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب أحكام العقود الحديث ٤ من كتاب التجارة.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥٩- من أبواب القراءة فى الصلاة الحديث ١ و الباب - ١٩- من أبواب مقدمات الطلاق.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٤٤- من كتاب العتق الحديث ١.

زيد أو صفه معلومه الوقوع كطلوع الشمس أو غيره عدا التدبير لم يصح و إن وقع الشرط، لأنه لا يقع إلا منجزا إجماعا فى محكى الخلاف و السرائر و المختلف، و هو الحجج، مضافا إلى محكى الإجماع أيضا على اعتبار التنجيز فى مطلق العقد و الإيقاع إلا- ما خرج، و إلى ما ذكرناه مكررا من منافاه ذلك لظاهر الأدله المقتضيه لسببته إذا كان التعليق مقتضيا لتأخر أثره، و إلى أن الثابت سببته من الأدله الشرعيه المنجز، بل مقتضى الأول و الأخير عدم صحته و إن كان المعلق عليه متحققا حال الصيغه، لأن ذلك لا يخرج عن كونه إنشاء معلقا.

نعم لو علقه بالنقيضين وقع مع اتحاد الكلام، لظهور الجمع بينهما فى إرادته التأكيد دون التعليق، مع أنه احتمال العدم فيه للتعليق، بل هو خير الفخر فى الشرح و إن كان ضعيفا، لكون المفروض إرادته التأكيد لا التعليق، أما مع اختلاف الكلام فالمتجه العدم، لما عرفت.

و كذا لا يصح لو قال: «أنت حر متى شئت» و إن بادر إلى المشيئه، لأنه من التعليق أيضا حتى لو قال: «إنى كنت شئت حين قلت ذلك» لما عرفت من تحقق التعليق و إن اتحد زمان الإنشاء و الإيقاع، و منه يعلم فساد احتمال حصول التحرير بقوله: «أنت حر» و إلغاء قوله: «متى شئت» ضروره كون القصد إنشاء معلقا، فلا يترتب عليه الأثر، كما هو واضح.

و على كل حال فما عن القاضى من الوقوع مع التعليق على الوقت و أبى على على الشرط واضح الضعف، و كذا ما عساه يظهر من محكى النهايه و الاستبصار من أنه يقع مشروطا فى النذور و القربات، كقوله: «إن شفانى الله فعبدى حر» دون اليمين كقوله: «إن دخلت الدار فعبدى حر» و نحوه عن الغنيه.

بل فى اللمع و الروضه «لو نذر عتق عبده عند شرط سائغ على ما فصل انعقد النذر و العتق مع وجود الشرط» و فى الأخير «إن كانت الصيغه إن كان كذا من الشرط

السائق فعبدى حر، ووجب عتقه إن قال: لله على أن أعتقه، و المصابق للعبارة الأول، لأنه العتق المعلق لا الثانى، فإنه الإعتاق، و مثله القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقه أو لزيد أو أن يتصدق به أو يعطيه لزيد، فإنه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط فى الأول، و يصير ملكا لزيد قهريا، بخلاف الأخير، فإنه لا يزول ملكه به، و إنما يجب أن يتصدق به أو يعطى زيدا، فان لم يفعل بقى على ملكه و إن حنث، و يتفرع على ذلك إبراهيم منه قبل القبض، فيصح فى الأول دون الثانى».

و فيه (أولاً) أن ذلك ليس من العتق بالصيغته معلقا، بل هو بالنذر الذى ثبت فيه مشروعيه التعليق، و البحث إنما هو فى إنشاء العتق بصيغته معلقا، و (ثانيا) إمكان منع صحه ذلك، لعدم اقتضاء أدله النذر مشروعيه نذر الآثار التى أوقفها الشارع على صيغ خاصه كالنكاح و الطلاق و الوقف و نحوها، بل و كذا الكلام فى نذر كون المال لزيد، نعم لو نذر كونه لله خرج عن ملكه و وجبت الصدقه به، و قد تقدم منا البحث فى وقوع هذه الآثار لو كانت بالشرط الذى يقتضى أدلته كونه أوسع دائره من النذر، فلاحظ و تأمل. و الله العالم.

و كذا لا يصح لو قال يدك حره أو رجلك أو رأسك أو وجهك بلا خلاف أجده بين من تعرض له، بل عن الانتصار الإجماع عليه، بل و لا إشكال إذا كان المراد تحرير الأجزاء المزبوره، ضروره عدم ثبوت مشروعيته، بل الثابت عدمه، أما مع إرادته الكنايه بذلك عن الشخص نفسه- و لو مجازا لعلاقه الجزء و الكل و إن كان على الوجه الفاسد- فيشكل عدم صحته بتحقيق صيغته العتق التى لم يثبت اعتبار ذكر المعتق فيها باسمه أو بما يدل عليه حقيقه، و كون العتق لا يقع بالكنايه إنما يراد به ما يدل على التحرير لا- المحرر، و فى كشف اللثام إن أراد بالوجه الذات وقع، لكونها من معانيه، و للعامه قول بالوقوع إذا علق على ما يطلق على الجملة كالرأس، و آخر به مطلقا.

و فى المسالك بعد أن ذكر عدم وقوع العتق بالأجزاء المزبوره قال: «و إن كان

الوجه و الرأس قد يطلق على الذات عرفا، لأنه خلاف المتبادر، و لعدم نقل مثل ذلك شرعا» و فيه أن التبادر و عدمه لا مدخلية له فى المقام، إذ الفرض معلوميه كون ذلك مراد الالفاظ، و عدم النقل شرعا لمعلوميه عدم التعبد فيما يدل على المعتق.

ثم قال: «و اعلم أنه قد تقدم وقوع الكفاله المتعلقة بالوجه و الرأس معللا بأنه قد يعبر بهما عن الجملة عرفا، و الفرق بين الكفاله و العتق أن القصد الذاتى منها إحضار البدن، و الذات تابعه عرفا، و هنا بالعكس، فإن الحرية المقصوده من العتق متعلقها الذات، و البدن تابع إذا جعلناه غيره، و أما الفرق بينهما بأن المعتبر فى الكفاله العرف و فى العتق الشرع فلا يخلو من تحكم و إن كان العرف منصرفا فى الفرق الأول» و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه.

بل منه يعلم ما فى قول المصنف و غيره أما لو قال: بدنك أو جسديك فالأشبه وقوع العتق لأنه هو المعنى بقوله أنت حر أى أنهما فى العرف بمعنى واحد، و لا- إشكال فى وقوع العتق بالأخير، سواء قلنا بكون الإنسان جسما أو جسمانيا، فكذا ما كان بمعناه عرفا عاما، و لأن المالكيه و المملوكيه يتواردان على الموضوع الواحد، و المملوكيه تتعلق بالهيكل المحسوس قطعا فكذا المالكيه المترتبة عليها الحرية، و من هنا قال فى المسالك: «و الأقوى الوقوع بذلك إلا- أن يكون القائل معتقدا أن الإنسان خلاف ذلك، و ادعى قصد شىء غيره، فيرجع إليه فيه».

قلت: لا ينبغى التأمل فى الصحه إذا كان المراد من ذلك معنى «أنت» أو «زيد» أو نحوهما مما يدل على الجملة، لما عرفت، كما أنه لا ينبغى التأمل فى البطلان إذا كان المراد خلاف ذلك، خصوصا مع عدم تناول اسم الجسد و البدن لجميع أجزاء الشخص، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف هل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر عند المصنف

أنه لا- يشترط، بل هو المشهور على ما قيل، بل عن الكثر أنه لم يظهر فيه خلاف، لإطلاق الأدله و تغليب الحريه السالمين عن معارضه عدم صلاحيه تعلق الحكم بالمبهم بعد فرض تحققه فى الشرع فيما إذا أعتق مماليكه كلهم فى مرضه و لم يخرجوا من الثلث و لم يجز الورثه، فإنه يخرج قدر الثلث بالقرعه إلا أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشه بأنه الثابت من النصوص (١).

المتضمنه للصيغه المعينه، و قد عرفت أن الإطلاقات غير مساقه لبيان ذلك، و الإبهام الثابت فى الفرض المزبور لا يستفاد منه جواز الإبهام فى متعلق الصيغه أولاً، و إنما كان المتجه فيه العتق بالثلث المشاع فى العبيد إلا أنه لمكان النص (٢).

صحت القرعه فيه على الثلث المعين، و من هنا يقوى احتمال الا-شترط، بل قد تقدم فى الطلاق ما يستفاد منه قوته زياده على ذلك، و لعله لذا كان ظاهر الشهيد فى الدروس التوقف، بل هو صريح الفخر فى الشرح، بل صريح نهايه المرام عدم الجواز بعد أن حكاه قولاً، نعم لا محيص عن القول به هنا مع فرض الإجماع المزبور.

و حينئذ فلو قال: أحد عبيدى حر صحح و رجع إلى تعيينه عند المشهور أيضاً لنحو ما سمعته فى الطلاق (٣) و لكن قد ذكرنا هناك قوه القول بالرجوع إلى القرعه التى هى لكل أمر مشكل لا المشتبه خاصه، كما يقتضى به أصل مشروعيتها، و هو مساهمه يونس عليه السلام (٤) و لا-ريب فى تحقق الاشكال مع فرض عدم الطريق و فرض وقوع العتق بالصيغه لا بها مع التعيين إذ لم يثبت كون التعيين تشهياً منه حينئذ طريقاً شرعاً إلى ذلك كما أوضحناه هناك ف لاحظ و تأمل.

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٨- من كتاب العتق و الباب- ٣٠- من أبواب الكفارات الحديث ١ و المستدرک الباب- ٢٤- من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦٥- من كتاب العتق.

٣- ٣ راجع ج ٣٢ ص ٥٢.

٤- ٤ سورة الصافات: ٣٧- الآية ١٤١.



نعم بناء عليه لو عين ثم عدل لم يقبل لعدم بقاء موضوع العتق بعد تعيينه، فيبقى حينئذ من عدل إليه على أصل الرقيه بعد فرض لغويه تعيينه الثانى، وقد تقدم فى الطلاق (١) تحقيق الحال فى أن التعيين المزبور كاشف عن العتق بالصيغه، و عليه مبنى قوه القول بالقرعه أو أنه متمم لها، فيحصل حينئذ من حينه مع سائر الفروع المتعلقة بذلك و غيره التى لا يخفى عليك جريانها فى المقام، فلاحظ و تدبر.

و منها ما لو مات قبل التعيين فإنه قيل: يعين الوارث الذى هو خليفه الموروث و قائم مقامه حتى فى مثل التعيين الراجع إلى التشهى، بل قد يدعى انتقاله إليه بالإرث كحق الخيار و نحوه و قيل: يقرع لعدم مورديه نحو التعيين المزبور، و لا دليل على قيام الوارث مقامه فى تعيين المبهمات، فليس حينئذ إلا القرعه و هو أشبه لعدم اطلاع الوارث على قصده الناشئ تشهياً، و عدم ثبوت إرثه لذلك، بل قد عرفت قوه القول بالرجوع إليها قبل الموت، بل يظهر من ترجيح المصنف و غيره الرجوع إليها هنا عدم اختصاصها بالمشتبه، و إنما يؤتى بها للترجيح كما قدمنا الكلام فيه فى كتاب الطلاق (٢) هذا كله فى المبهم فى نفس الصيغه و يراد إنشاء تعيينه.

أما لو أعتق معينا ثم اشتبه عليه ارجى ء حتى يذكر و عمل على مقتضى المقدمه حال عدم الذكر فان ذكر عمل بقوله مع عدم المعارض لأنه المرجع فى نحو ذلك، و تعين من عينه للعتق و لو عدل بعد ذلك لم يقبل لأنه إنكار بعد إقرار للغير بحق الحرية، بل قيل: إنه يحكم بحرية المعدول إليه أيضا عملاً بإقراره المتأخر و إن كان لنا فيه بحث قد تقدم فى الطلاق (٣) أيضا فإن

١-١ راجع ج ٣٢ ص ٤٦-٤٨.

٢-٢ راجع ج ٣٢ ص ٤٦-٤٨.

٣-٣ راجع ج ٣٢ ص ٥٤.

لم يذكر لم يقرع ما دام حيا لاحتمال التذكر فلم يتحقق الإشكال الذى هو موضوع القرع، اللهم إلا أن يستلزم ذلك الضرر و التعطيل، فقد يقال حينئذ بها، و يأتى الكلام حينئذ فيما لو تذكر بعدها بما ينافيها كما تقدم الكلام فيه فى كتاب الطلاق (١) فلاحظ.

و لو مات و ادعى الوارث العلم و لو لدعوى اطلاعه عليه منه رجع إليه و لكن فيه بحث قدمناه أيضا فى كتاب الطلاق (٢) و إن جهل أقرع بين عبيده بلا خلاف لتحقق الاشكال و اليأس من زواله و احتمال الرجوع إلى الوارث هنا واضح الفساد.

و لو ادعى أحد مماليكه أنه هو المراد بالعتق و لو للاطلاع عليه من قبله فأنكر المولى فالقول قوله أى المولى مع يمينه لأنه منكر، و كذا حكم الوارث لعموم

قوله صلى الله عليه و آله (٣)

«البينه على المدعى

و (١١) اليمين على من أنكر» نعم لو نكل (١٢) عن اليمين قضى عليه (١٣) بالنكول إن قلنا به، و إلا احلف المملوك و أعتق كما فى غير ذلك من دعاوى، و هو واضح.

و (١٤) كيف كان ف يعتبر فى المعتق البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد إلى العتق و التقرب إلى الله (١٥) تعالى و كونه غير محجور عليه (١٦) لسفه أو فلس بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك عدا من بلغ عشرين من الأول الذى ستعرف الكلام فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى عموم الأدلة، و خصوص

صحيح زراره (٤) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن عتق المكره فقال ليس عتقه بعتق»

و صحيحه الآخر خاصة أو مع محمد بن مسلم و بريد بن معاوية و فضيل و إسماعيل

١-١ راجع ج ٣٢ ص ٤٦.

٢-٢ راجع ج ٣٢ ص ٥٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ٥ و فيه «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه».

٤-٤ الوسائل - الباب - ١٩ - من كتاب العتق الحديث ١.

معمر بن يحيى (١) عنه عليه السلام أيضا و عن أبي عبد الله عليه السلام «إن المدله ليس عتقه بعثق»

و صحيح الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن طلاق السكران قال: لا يجوز و لا عتقه»

و نحوه صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضا، و

صحيح حماد و ابن أذينة و ابن بكير و غير واحد (٤) عنه عليه السلام أيضا «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى»

و نحوه خبر أبي بصير (٥) عنه عليه السلام أيضا، و

خبر على بن أبي حمزة (٦) عنه عليه السلام أيضا «لا عتق إلا ما طلب به وجه الله عز و جل»

و

خبر عبد الأعلى مولى آل سام (٧) عنه عليه السلام أيضا «لا طلاق إلا على كتاب الله، و لا عتق إلا لوجه الله»

إلى غير ذلك.

نعم فى عتق الصبى إذا بلغ عشرا و صدقته تردد و خلاف، فالأكثر كما فى كشف اللثام على العدم، لإطلاق الأدله فى سلب

عبارته، و الشيخ على الصحه و مستند الجواز رواه الشيخ عن موسى بن بكر عن زراره (٨) عن أبي

١-١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب العتق الحديث ١.

١-٢ الوسائل - الباب - ٢١ - من كتاب العتق الحديث ١.

٢-٣ الوسائل - الباب - ٢١ - من كتاب العتق الحديث ٢.

١-٤ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب العتق الحديث ١.

٥-٥ الكافي ج ٦ ص ١٧٨.

٦-٦ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب العتق الحديث ٢ و هو خبر أبي بصير الذى أشار إليه قده فإنه و ان رواه فى الوسائل عن

على بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام - أن الموجود فى الكافي ج ٦ ص ١٧٨ على بن أبي حمزة عن أبي بصير عن

أبي عبد الله عليه السلام و هناك صحيحه أخرى يدل على المطلوب لم يتعرض لها فى الجواهر، و هى الصحيحه التى رواها فى

الوسائل فى الباب - ١٣ - من كتاب الوقوف و الصدقات الحديث ٢ عن حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا

صدقته و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل».

٧-٧ الوسائل - الباب - ١٤ - من كتاب الايمان الحديث ٩.



قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له من ماله ما أعتق و تصدق على وجه المعروف فهو جائز»

و بإسناده عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر (١) مثله، إلا أنه قال: «على حد معروف و حق فهو جائز» بل رواه الكليني أيضا عن عده من أصحابنا عن سهل بن زياد و أحمد بن محمد بن عيسى جميعا عن صفوان بن يحيى (٢)

إلى آخره، و فى النافع أسنده إلى روايه حسنه، و ظاهره الميل إليه، بل ربما يؤيده ما تقدم من جواز وصيته بالمعروف التى منها العتق، بل منها التدبير بناء على أنه وصيه به، و ذلك لاستبعاد صحته تدبيرا و عدمها تنجيذا.

و لكن مع ذلك كله أظن فى المسالك فى بيان سقوط هذه الروايه، و ذلك لأن فى سندها موسى بن بكر، و هو واقفى غير ثقه. و ابن فضال، و هو فطحى و إن كان ثقه، و الشيخ تاره أوقفها على زواره، و اخرى إلى الباقر عليه السلام، كما أن المصنف أسندها إلى زواره هنا، و قال فى نكت النهايه: «إنها موقوفه» و فى النافع وصفها بالحسن، و لعله أراد غير الحسن المصطلح، إلى أن قال: «فمع هذه القوادح كيف تصلح لإثبات هذا الحكم المخالف لأصول المذهب، بل إجماع المسلمين، فإطراحها متعين، و يمكن حملها و حمل ما ورد (٣) فى معناها فى جواز وقفه و صدقته و وصيته

١- ١ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٥٦- من كتاب العتق الحديث ١ و قد ذكره فى التهذيب فى موضعين: الأول فى ج ٨ ص ٢٤٨ بإسناده عن موسى بن بكر عن زواره عن أبى جعفر عليه السلام و فيه «. و تصدق على وجه المعروف فهو جائز». و الثانى فى ج ٩ ص ١٨١ بإسناده عن على بن الحسن عن على بن الحكم عن موسى بن بكر عن زواره مضمرا. و فيه «. على وجه معروف و حق فهو جائز» و لم نعث على السند و اللفظ اللذين ذكرا فى الجواهر و الوسائل.

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٥٦- من كتاب العتق الحديث ١ و ذكره فى الكافى ج ٧ ص ٢٨.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٥- من كتاب الوقوف و الصدقات.

على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ، كما تقدم في أن الولد يلحق به في هذا السن لإمكان بلوغه بالمنى فبسبب أنه في وقت إمكان البلوغ و جواز التصرف أطلقوا جواز تصرفه، والمراد به إذا انضم إليه ما يدل على البلوغ، بمعنى أنه من حيث السن لا مانع من جهته و إن توقف على أمر آخر، وهذا خير من اطراح الروايات الكثيره» و تبعه على ذلك بعض من تأخر.

و لكن الانصاف عدم كونها بهذه المثابه بعد أن عرفت روايتها في التهذيب و الكافي و في سندها بعض أصحاب الإجماع، كما أن القول بها ليس كذلك، خصوصا بعد التأييد بما عرفت، على أن ما ذكره أخيرا صالح للحكم بصحة العتق و إن لم ينضم إليه أمر آخر يقتضى البلوغ إذا فرض وقوع العتق منه على وجه يمكن معه نيه القربه لغفلته عن الاشتراط أو جهل به أو غير ذلك، لأصالة الصحة التي يكفى في الحكم بها احتمال وجود شرط الصحة، مثل الحكم بلحوق الولد و إن لم يحكم ببلوغه، و مثل الحكم بصحة صلاه من شك في الطهاره بعد الفراغ منها، و نحو ذلك يجرى في بيعه فضلا عن عتقه، فتأمل جيدا.

ثم لا يخفى عليك أن نيه القربه هنا مثلها في سائر ما تعتبر فيه، فلا يشترط التلفظ بها و إن اعتبر ذلك في الصيغه و هو واضح.

كوضوح أنه لا يصح ال عتق من السكران و غيره ممن لا عقل له و لا قصد له، لما عرفت و الله العالم.

و كيف كان ف يبطل باشتراط نيه القربه عتق الكافر لتعذرهما في حقه باعتبار أن اشتراطها يقتضى كون العتق من العبادات، و من المعلوم اعتبار الإسلام بل الإيمان في صحتها، حتى كاد يكون ضرورى المذهب إن لم يكن الدين، فلا يتصور حصول نيه التقرب بالعباده مع فقد شرطها، نعم لو قلنا بعدم اشتراطها في صحته و أن النصوص المزبوره محموله على نفى الكمال و عدم ترتب الثواب بدونها فلا إشكال في صحته حينئذ، ضروره كونه من المعامله التي لا إشكال في

صحتها منه لا العباده.

و لعله لذا قال الشيخ فى الخلاف و المبسوط يصح مطلقا سواء كان الكفر بإنكار الصانع أو غيره، بل بعض الاستدلال للقول المزبور فى المسالك و غيره ظاهر أو صريح فى ذلك و إن كان هو لا يخلو عن تشويش، فإنه حكى الاحتجاج عنه بأن «العتق فك ملك و تصرف مالى و نفع للغير، و الكافر أهل لذلك، بل ملكه أضعف من ملك المسلم، ففكه أسهل، و لبناء العتق على التغليب، و جاز حمل الخبر (١)»

على نفى الكمال، ك

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (٢): «لا صلاة لجار المسجد إلا فيه»

و من ثم وقع الاتفاق على بطلان عباده الكافر المحضه دون عتقه و نحوه من تصرفاته المالىه المشتمله على العباده- كالوقف و الصدقه- ترجيحاً لجانب المالىه على العباده» و هو كما ترى، إذ لا فرق فى اعتبار الإسلام فى صحه العباده سواء كانت مالىه أو غير مالىه، و على كل حال فلا ريب فى ضعفه.

و أضعف منه القول بالتفصيل- و إن اشتهر بين المتأخرين- بين كون كفره بجحد الإلهيه أصلاً، فلا يصح منه لتعذر قصد القربه، و بين كونه بجحد النبى صلى الله عليه و آله و نحوه فيصح، لأن

قوله عليه السلام (٣): «لا عتق»

إلى آخره- الذى حملة على نفى الصحه أولى لأنها أقرب إلى نفى الحقيقه- لا يقتضى إلا اشتراط إرادته التقرب المتوقفه على الإقرار به، و لا يلزم من ذلك حصول المراد الذى هو أمر آخر لا- يدل عليه الخبر، بل كونه عباده مطلقاً ممنوع، بل من هذا الوجه، و هو لا يمنع وقوعه من الكافر المقر، إذ هو كما ترى كاد أن يكون من غرائب الكلام، ضروره اقتضاء الصحه فى العباده موافقه الأمر المقتضيه ترتب الجزاء عليها، كضروره كون المراد بنيه القربه إنشاء التقرب على وجه يترتب عليه أثره، و لذا نافاها الرياء و نحوه من منافيات الإخلاص من غير فرق بين العباده المالىه و غيرها، بل و بين الزكاه و الخمس

١- ١ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب أحكام المساجد الحديث ١ من كتاب الصلاة.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب العتق.

و غيرهما، و إرادته وجه الله به المذكوره فى النصوص (١)

يراد بها ذلك لا إرادته على الوجه الذى ذكره.

و بذلك كله ظهر لك تطرق النظر فى جملة من الكلمات، و قد تقدم منا سابقا بعض الكلام فى ذلك، فالتحقيق عدم صحته من الكافر مطلقا، خصوصا مع استلزامه للولاء الذى هو سبيل على المسلم لو كان العبد مسلما، بل المتجه عدم صحته من غير المؤمن بناء على أنه من العبادات إلا- أنى لم أجد من تعرض له، بل لعل السيره القطعية تقضى بخلافه، و يمكن التزام خروج ذلك كالمساجد بها من بين العبادات إلا أنه كما ترى، و الله العالم.

و يعتبر فى المعتق بالفتح الإسلام و الملك، فلو كان المملوك كافرا لم يصح عتقه عند الأكثر كما فى المسالك، بل عن بعض الإجماع عليه و إن كنا لم نتحقق الأول منهما فضلا عن الثانى، و ليس فى قوله تعالى (٢) «فَكُ رَقَبَةٍ» إلى قوله «تُمْ كَانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا» دلالة على صحه ذلك منهم على وجه يترتب عليه أثره، بل يمكن دعوى دلالة على العكس، لقوله تعالى (٣) «وَلَا تَيْمَمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» و النهى يقتضى الفساد، و لعدم كونه محلا- للتقرب إلى الله تعالى الذى عرفت اعتباره فى عتقه، خصوصا بعد الأمر (٤) بمحادثته و النهى (٥) عن موادته و الإحسان إليه، و ل

خبر سيف بن عميره (٦)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣- من كتاب الوقوف و الصدقات الحديث ٢ و ٣ و الباب - ٤- من كتاب العتق.

٢- ٢ سورة البلد: ٩٠- الآيه ١٣.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٦٧.

٤- ٤ راجع البحار ج ٧٥ ص ٣٨٥ الى ٣٩٢ و فيها الايات و الاخبار الداله على ذلك.

٥- ٥ راجع البحار ج ٧٥ ص ٣٨٥ الى ٣٩٢ و فيها الايات و الاخبار الداله على ذلك.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ١٧- من كتاب العتق الحديث ٥.



أ يجوز للمسلم أن يعتق مشركا؟ قال: لا».

إلا- أن الجميع كما ترى، ضروره كون المراد الردى ء من الخبيث فى الآيه، لا- الخبيث من حيث الاعتقاد دون المالىه التى قد تكون خيرا من مالىه العبد المسلم، و لو سلم فالنهي إنما هو عن خصوص الصدقه الواجبه، للإجماع على جواز إنفاق الردى ء من المال و جيده بالصدقه و نحوها، و كونه محلا للتقرب يتبع المستفاد من الأدله، فمع فرض اقتضاء إطلاقها الأمر بعنق مطلق الرقبه مسلمه كانت أو كافره فلا إشكال فى صحه النيه حينئذ، إذ ليست عباديه العنق مأخوذه من رجحان الإحسان و نحوه.

على أن المصالح المترتبه على ذلك لا يحيط بها إلا اعلام الغيوب، فربما أدى ذلك إلى إسلامه، كما

روى (١)

«أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا فأسلم حين أعتقه»

بل ربما

ورد (٢) فى بعض النصوص الأمر بسقيهم و إطعامهم معلله بأن «لكل كبد حرى أجر»

و خبر سيف مع ضعفه و كونه أخص من المدعى يمكن حمله على ضرب من الكراهه، نحو النهى (٣)

طعن عنق غير المؤمن، لرجحان إطلاق الأدله المعتضد بما سمعته من المروى من فعل على عليه السلام، و معلوميه جواز عنق غير المؤمن الذى هو أشد من الكافر عليه، و من هنا قيل و القائل الشيخ فى محكى الخلاف و المبسوط و عن ابن سعيد فى محكى الجامع يصح مطلقا و مال إليه بعض.

نعم من الغريب هنا ما قيل و القائل الشيخ فى محكى النهايه يصح مع النذر لا مع عدمه جمعا بين الخبرين (٤)

المزبورين، و هو كما ترى

١- ١ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٩- من أبواب الصدقه الحديث ٣ من كتاب الزكاه و التعليل الوارد انما هو لسقى الحيوان كما فى سنن البيهقى ج ٤ ص ١٨٦.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ٢ و ٥.

لا شاهد له، ولا إشعار في شيء منها به، على أن النذر يعتبر فيه رجحان المنذور قبل تعلق النذر، فتنفى صحته بدونها، كما هو واضح، والله العالم.

و يصح عتق ولد الزنا كما هو المشهور فتوى و عملا، لإطلاق الأدلة، و

خصوص خبر سعيد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا بأس بأن تعتق ولد الزنا»

الشامل لحال صغره الذي لم يحكم فيه بالتبعية و إن كان من كافرين، و حال كبره مع وصف الإسلام، بل و إن وصف بالكفر في غير السرايه، لما عرفت من صحه عتق الكافر.

وقيل و القائل المرتضى و ابن إدريس، لا يصح بناء على كفره ذاتا و إن وصف بالإسلام، بل عن الأخير منهما دعوى الإجماع على ذلك، و لكن لم يثبت ذلك، و روايه عدم نجابته (٢) - الوارد نظيرها في ولد الحائك - لا تقتضى ذلك قطعا، و كذا

قول الصادق عليه السلام (٣): «من ولد للزنا لا يدخل الجنة»

و لو سلم دلالتهما و الإجماع المزبور فهو في الباطن، على أنك قد عرفت صحه عتق الكافر، و الله العالم.

و لو أعتق غير المالك فضولا لم ينفذ عتقه و لو أجازه المالك على المشهور كما في المسالك، بل في كشف اللثام و الرياض نفى الخلاف فيه، بل في الروضه الإجماع عليه، قيل ل

قوله صلى الله عليه و آله (٤)

«لا عتق إلا بعد ملك»

الدال على نفى الصحه،

١-١ الوسائل - الباب - ١٦ - من كتاب العتق الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٩ و فيه «ان ولد الزنا لا يطيب أبدا».

٣-٣ البحار ج ٥ ص ٢٨٥ الطبع الحديث و فيه «ان الله عز و جل خلق الجنة طاهره مطهره، فلا يدخلها الا من طابت ولادته» و فيه أيضا «. و لن يدخل الجنة الا طاهر» و في ص ٢٨٧ منه «لا- يدخل الجنة الا من خلص من آدم» و أيضا «من طهرت ولادته دخل الجنة».

٤-٤ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٢.

لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة، و

قول الصادق عليه السلام في خبر ابن مسكان (١): «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز»

ولأنه عباده أو فيه شائبه العباده، وهي لا تقبل الفضولي.

قلت: لكن قد يناقش بعد اقتضاء الأول البطلان مع الإجازة، ضروره كون المراد العتق الذي يترتب عليه الأثر لا مجرد صيغه العتق، فهو نحو

قوله صلى الله عليه وآله (٢).

«لا بيع إلا في ملك»

الذي قد عرفت صحه الفضولي فيه، فإنه على مقتضى إطلاق الأدله الجارى نحوه في المقام، ضروره صحه صدق العتق في ملكه عليه بعد فرض الإجازة، ولا دلاله فيه على اشتراط مباشره الصيغه المعلوم عدمه هنا بمعلومية صحه عتقه من الوكيل والولى، و نحو ذلك الكلام في خبر ابن مسكان.

بل منه يعلم ما في الثالث الذى يمكن فيه منع عدم جريان الفضوليه في مثل هذه العباده التي لا يعتبر فيها المباشره، خصوصا بعد أن كان من أدله الفضولى خبر (٣) الصدقه بمال الغير إذا تعقبته الإجازة، وقد تقدم جمله من الكلام في ذلك في بحث الفضولى (٤) نعم ما عن ابن أبى ليلى من نفوذ العتق و تقويمه على الموسر واضح الفساد، هذا كله مضافا إلى ما عرفت من احتمال كونه غير عباده، والله العالم.

و لو قال: إن ملكتك فأنت حر لم ينعق مع الملك إلا أن يجعله ندرا أو عهدا أو يمينا بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل ولا إشكال، للتعليق و عدم الملك حال الصيغه، و في

المرسل عن الصادق عليه السلام (٥)

«في رجل

١-١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٤.

٢-٢ المستدرک الباب - ١ - من أبواب عقد البيع الحديث ٣ و فيه «لا- بيع الا فيما تملك» و في سنن البيهقى ج ٧ ص ٣١٨ «لا بيع فيما لا يملك»

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه الحديث ٢.

٤-٤ راجع ج ٢٢ ص ٢٧٣ الى ٢٨٤.



يقول إن اشترت عبدا فهو حر لوجه الله، و إن اشترت هذا الثوب فهو صدقه لوجه الله، و إن تزوجت فلانه فهي طالق، قال: كل ذلك ليس بشىء، إنما يطلق و يتصدق بما ملك»

فما عن بعض العامه من الاعتناق بذلك واضح الفساد، نعم يجب عتقه بصيغته العتق مع النذر مثلا لعموم ما دل على وجوب الوفاء به (١).

و لو كانت الصيغه «الله على أنه حر إن ملكته» فظاهر الشهيد صيرورته حرا بدون صيغته كما عن ابن حمزه، و يشكل بأن العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه و لو آنا، فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك، و أوجب بجواز الاكتفاء بالملك الضمنى كملك القريب آنا ثم يعتق.

و فيه أن التزام ذلك فيه بعد أن دل الدليل (٢)

على عتق القريب بدخوله فى ملك قريبه، للجمع بينه و بين

«لا عتق إلا فى ملك» (٣)

أما فى المقام فلا دليل على اعتناقه بذلك كى يلتزم التقدير المزبور، و أدله النذر شرعا تقتضى وجوب الوفاء بالمنذور على شرائطه الشرعيه، لا- أنها تشرع الشىء لنفسه، و إلا لصح الطلاق بدون صيغته بنذره مثلا، و كذا النكاح و غيره، و هو معلوم البطلان، و من هنا صرح بعضهم بوجوب الصيغته فى الفرض، و لعله كذلك للأصل، و لأنه ليس من الإيقاع فى شىء كما أوضحنا ذلك سابقا، و لأن النذر إنما يتعلق بفعله، و ما فى الدروس من تصريح الروايه بذلك لم نتحققه، بل ظاهر ما تسمعه من النصوص فى المسائل الآتية الصريحه خلافه، و الله العالم.

و لو جعل العتق يمينا لم يقع كما لو قال: أنت حر إن فعلت أو إن

١- ١ سورة الحج: ٢٢- الآيه ٢٩.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٧- من كتاب العتق.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب العتق الحديث ٢ و فيه «لا عتق الا بعد ملك».

فعلت بلا خلاف فيه بيننا، بل عن الانتصار و الخلاف و الغنيه و السرائر الاتفاق عليه، لنحو ما سمعته في عدم الحلف بالطلاق،

و قال الصادق عليه السلام لمنصور بن حازم في الصحيح (١): «إن طارقا كان نخاسا بالمدينه، فإني أبا جعفر عليه السلام فقال: يا أبا جعفر إني هالك، إني حلفت بالطلاق و العتاق، فقال له: لا طلاق، إن هذه من خطوات الشيطان»

مضافا إلى ما فيه من التعليق الذى قد عرفت عدم جوازه، إذ لا فرق بين اليمين به و التعليق من حيث الصورة، نعم يفترقان بالنيه، فإن كان الغرض البعث على الفعل إن كان طاعه و الزجر عنه إن كان معصيه كقوله: «إن حجبت فأنت حر» أو «إن زنيت» قصدا للبعث فى الأول و الزجر فى الثانى فهو يمين، و إن كان الغرض مجرد التعليق كان قدم زيد. أو دخلت الدار. أو طلعت الشمس. فهو شرط أو صفه، و الله العالم.

و لو أعتق مملوك ولده الصغير لفرض مصلحه للمولى عليه فى ذلك صح، لعموم الآيه (٢) و لو أعتقه عن نفسه بعد التقويم بمعنى إدخاله فى ملكه بقيمته لفرض مصلحته فى ذلك صح بلا خلاف و لا إشكال، لوجود المقتضى و عدم المانع.

و لو أعتقه كذلك و لم يقومه على نفسه بمعنى عدم إدخاله فى ملكه أو كان الولد بالغا رشيدا لا ولاية له عليه لم يصح وفاقا للمشهور، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، و إن احتمل فى الدروس الصحه فى الأول، و يكون ضامنا للقيمه، كعتق البائع ذى الخيار، لما عرفت من اشتراط الملك فى العتق، خلافا للمحكى عن النهايه التى هى متون أخبار من الصحه، ل

خبر الحسين بن علوان (٣) الضعيف و لا- جابر له عن زيد بن على، عن آبائه، عن على عليهم السلام قال: «أتى النبى صلى الله عليه و آله رجل فقال: يا رسول الله إن أبى عمد إلى

١- ١ الوسائل - الباب - ١٤- من كتاب الايمان الحديث ٤.

٢- ٢ سورة البلد: ٩٠- الآيه ١٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦٧- من كتاب العتق الحديث ١.

مملوك لى فأعتقه بهيئه المضره لى فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: أنت و مالك من هبه الله لأبيك، أنت سهم من كنانته، يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ، وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا، جازت عتاقه أبيك، يتناول والدك فى مالك و بدنك، و ليس لك أن تتناول من ماله و لا من بدنه شيئًا إلا بإذنه»

الواجب حملة كما صرح به غير واحد على إرادته رجحان إجازته الولد للوالد فى ذلك، و حينئذ فيخرج شاهدا على صحه الفضولى، و الله العالم.

و لو شرط على المعتق شرطًا سائغًا فى نفس العتق لزمه الوفاء به فى الجملة بلا- خلاف كما اعترف به غير واحد، بل فى نهايه المرام الإجماع عليه،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (١)

و إطلاق ما دل (٢) على شرعية العتق الشامل للمشروط و غيره، و خصوص المعتره المستفيضه، ك

صحيح أبى العباس (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل قال: غلامى حر و عليه عماله كذا و كذا، قال: هو حر و عليه العماله»

و صحيح يعقوب بن شعيب (٤)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه و شرط عليها أن تخدمه عشر سنين، فأبقت ثم مات الرجل، فوجدها ورثته، أ لهم أن يستخدموها؟ قال: لا»

و صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما عليهما السلام «فى الرجل يقول لعبده: أعتقتك على أن أزوجك ابنتى، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مأه دينار، فأعتقه على ذلك، فيتزوج أو يتسرى، قال: عليه مأه دينار»

و صحيح حريز (٦) قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه:

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١ و غيره- من كتاب العتق.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٠- من كتاب العتق الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب العتق الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ١٢- من كتاب العتق الحديث ٣.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٢٤- من كتاب العتق الحديث ٥ عن أبى جرير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام.» الا أن فى الكافى ج ٦ ص ١٩١ و التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ و الاستبصار ج ٤ ص ١١ عن أبى جرير قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام.» و لكن فى الفقيه

ج ٣ ص ٩٢ عن حريز قال؛ «سألت أبا الحسن عليه السلام.» و في ذيل الحديث في الجميع «و أنت حر برضا المملوك».



أنت حر و لى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال، فيقول له: لى مالك و أنت حر، إن يرضى المملوك فالمال للسيد»

إلى غير ذلك من النصوص (١)

الداله على صحه الشرط فى الجملة، من غير فرق بين المال و الخدمه و غيرهما.

نعم فى الأخير منهما (٢) اعتبار تقدم الشرط على الصيغه و لم أجد به قائلًا هنا، بل صريح بعض النصوص (٣)

السابقه خلافه، فضلا عن إطلاق الآخر و العمومات، و حينئذ فهو عتق و شرط، لا عتق معلق على الشرط، و يتحقق كونه شرطا فى العتق بإرادته الالفاظ و قصده بقوله: «أنت حر و لى عليك ألف» و الشرط على وجه يكون المجموع صيغه واحده داله على مجموع الأمرين.

و لكن بقى شىء، و هو أن مقتضى بعض الأدله المزبوره قابليه غير العتق من الإيقاع للشرط حتى الطلاق، و قد تقدم فى الطلاق خلاف ذلك، و أنه متى قال:

«أنت طالق على كذا» و لم تكن كراهه بينهما لا- تلتزم به و إن رضيت بذلك، خلافا لمن عرفت، فالأولى الاقتصار فى صحه الشرط فى الإيقاع على خصوص العتق، للأدله الخاصه، و عدم منافاه الشرط فيه القواعد العامه حتى مع عدم القبول، لما ستعرف من كونه مملوكا له عينا و منفعه، بل هو كل عليه لا يقدر على شىء، فتأمل جيدا.

و على كل حال فلا إشكال فى صحه الشرط حينئذ.

إنما الخلاف فى اعتبار رضا العبد بالشرط و عدمه، فظاهر المتن و صريح

١- ١ الوسائل- الباب- ١٠ و ١٢- من كتاب العتق.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية المسوده و المبيضة و الصحيح «منها» فان الضمير يرجع الى النصوص.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٠- من كتاب العتق.

المحكى عن غيره الثانى مطلقا، لأنه مالك له و مستحق لمنافعه و كسبه و له الضريبه المقدوره له عليه، فهى إيجاب مال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمه أو مالا فقد فك ملكه عنه و عن منافعه و استثنى بعضها، فله ذلك، مضافا إلى عموم أدله الشرائط (١)

و إطلاق أدله مشروعيه العتق (٢)

و إطلاق النصوص (٣)

الخاصه المتقدمه عدا الأخير (٤)

منها.

و قيل: يشترط قبوله مطلقا كالكتابه، لاقتضاء التحرير تبعيه المنافع، فلا يصح شرط شىء منها إلا بقبول المملوك، و للصحيح الأخير (٥)

و عدم الدخول فى

عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٦)

فى صدق الشرط عليه عرفا بدون الرضا مع أصل البراءه من الوفاء.

و فيه أن ذلك مقتضى التحرير المطلق لا المشروط الذى تحصل الحريه فيه مستحقا عليه ذلك، و الصحيح الأخير أخص من المدعى، مع أنك ستعرف ما فيه، و دعوى اعتبار الرضا فى صدق الشرط عليه أو فى الدخول فى

عموم «المؤمنون»

ممنوعه، ضروره تبعيه الشرط لما يقع فيه: من العقد المحتاج إلى القبول، و الإيقاع الذى لا يحتاج إليه، و شرطيته بمعنى الالتزام فيه، بل قد عرفت أن إطلاق أدله العتق مثلا يشمل المطلق و المشروط، و أصل البراءه لا يعارض إطلاق الأدله، فليس حينئذ إلا الصحيح (٧)

المزبور، لكنه كما عرفت أخص من المدعى.

و من هنا قيل بالتفصيل فيشترط رضاه إن كان المشروط عليه مالا و لا يشترط

- أبواب الخيار من كتاب التجاره.
- ٢-٢ الوسائل-الباب- ١ و غيره- من كتاب العتق.
- ٣-٣ الوسائل-الباب- ١٠ و ١١ و ١٢ من كتاب العتق.
- ٤-٤ راجع التعليقه ٦ من ص ١١٦.
- ٥-٥ راجع التعليقه ٦ من ص ١١٦.
- ٦-٦ الوسائل-الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح.
- ٧-٧ راجع التعليقه ٦ من ص ١١٦.

إن كان خدمه، و ذلك لأن الخدمه مستحقه للمولى بالأصالة، فشرطها كاستثناء بعض المملوك عن النقل بخلاف شرط المال، فإنه غير مملوك للمولى، و لا- يجب على المملوك تحصيله، بل الواجب عليه بذل العمل، سواء ترتب عليه المال أم لا، فهو حينئذ كالكتابه المعترف فيها القبول، و أما الضريبه فتمنع لزومها له بدون قبوله، و لذلك اختاره ثانى الشهيدين و غيره، مضافا إلى ما قيل من الاقتصار فى الحكم بإلزام العبد شيئا لسيدته بدون رضاه على موضع اليقين.

و فيه (أولا) ما قيل من أن راوى الروايه (١)

المزبوره على ما فى التهذيب أبو جرير، لا حريز، و هو غير موثق، فلا تصلح مقيدته حينئذ لما سمعت من النصوص.

و (ثانيا) أنها مشتمله على اشتراط كون المال الموجود للعبد للسيد، و قد عرفت أن التحقيق عدم ملكيه العبد، و أن جميع ما فى يده لسيدته، فلا وجه لاشتراطه، و فاقا لما سمعته سابقا من اشمالها على اعتبار تقدم الشرط الذى لم نجد قائلا به هنا عدا ما يحكى عن الشيخ، و هو مخالف لإطلاق النصوص (٢)

و خصوصها.

بل فى الرياض المناقشه فى الأخير (٣)

بأنه «لو أريد بالتعيين معناه الأخص كان حصوله فى الشق الأخير و هو اشتراط الخدمه محل نظر، لمكان الخلاف فيه، و عدم استفادته شىء من الصحيحه الأخيره سوى المظنه، و إن أريد به معناه الأعم الشامل لها صح نظرا إلى حصولها فيه من إطلاق الصحيحه الأخيره، إلا أنها حاصله من إطلاق

الصحيحه الأخرى (٤)

فى الشق المقابل المشروط فيه المال كما هو محل البحث».

و بالجمله فإن كان الظن الحاصل من الإطلاق كافيا فى هذا الحكم المخالف

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٤- من كتاب العتق الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٠ و ١١ و ١٢- من كتاب العتق.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٤- من كتاب العتق الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٢- من كتاب العتق الحديث ٣.

للأصل فى غير مورد البحث فليكن كافيا فيه، و إلا- فلا- يكون كافيا مطلقا، و الفرق تحكّم، و التعيين بالمعنى الأخص لمكان الخلاف غير متحقق، و إن كان قد يناقش بأن الصحيحه الأخيره على فرض اعتبارها تكون مقيده لغيرها بالنسبه إلى المال، أما الخدمه فتبقى على مقتضى إطلاق الأدله الذى لا معارض له، بخلاف المال الذى لا أقل من الشك فى صحه اشتراطه مطلقا، للاختلاف فى النصوص المزبوره، فيكون المتيقن منه حينئذ المقارن للقبول لا مطلقا، و الأمر سهل بعد وضوح الحال بذلك، و أن الأقوى الصحه مطلقا، لما عرفت و لأنه مالك لنفسه و منفعتة و كسبه و مسلط عليه، بل لا يقدر على شىء الذى منه عدم القبول.

نعم لو شرط إعادته فى الرق إن خالف فعن الشيخ فى النهايه و القاضى و غيرهما أعيد إليه مع المخالفه عملا بالشرط و

موثق إسحاق بن عمار (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده فى الرق، قال: له شرطه».

و قيل: يبطل العتق و الشرط لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حرته فيكون شرطا غير سائق، و يتبعه بطلان العتق المقصود وقوعه على الشرط المزبور، و لا يرد مثله فى المكاتب المشروط الذى لم يخرج عن مطلق الرقيه، و معنى قول السيد: «فان عجزت فأنت رد فى الرق» الرق المحض الذى ليس بكتابه، لا مطلق الرق الذى لم ينف بالكتابه، و عدم الأخص أعم من عدم الأعم، و الروايه مع كونها من الموثق الذى فيه ما فيه شاذه كما فى المحكى من نكت المصنف على النهايه، فلا- يثبت بها الحكم المزبور المخالف لأصول المذهب و قواعده التى منها عدم عود الحر- بعد أن صار حرا- رقا، بل ربما قيل: إن أقصى ما فيه عوده فى الرق، و هو صادق مع بطلان العتق و إن كان قد يناقش بأن الرد موضوع للرجوع بعد المفارقه التى لا يقول بها القائل بالفساد، اللهم إلا أن يراد بها فى الموثق المجاز من باب تسميه الشىء باسم ما يؤول إليه كتسميه العنب خمرا

أو من باب تسميه السبب باسم المسبب، لكنه كما ترى.

و عن ابن إدريس بطلان الشرط لما عرفت دون العتق، و تبعه فخر المحققين لبناء العتق على التغليب، و فيه أنه يقتضى الصحة بدون مقتضيها، نعم هو منه مبنى على مذهبه فى العقود و غيرها، و هو عدم اقتضاء بطلان الشرط فيها بطلانها، لأنه التزام مستقل فيها لا مدخليه له فيها، ضروره عدم كونه شرطاً بالمعنى اللغوى، بل المراد أنه التزام، و قد قدمنا فى البيع فساد، و أوضحناه. و قلنا: إنه و إن كان بمعنى الالتزام إلا- أنه لا ريب بارتباطه بقصد العقد على وجه حصول القصد للعقد المشتمل على الشرط المزبور، و من هنا قلنا بثبوت الخيار له مع فرض عدم الوفاء به، بل يمكن التزام مثله هنا بناء على مشروعيه عود الحر رقا بالوجه المزبور، إلا أن التحقيق خلافه، و شذوذ الموثق (١)

المزبور يمنع من العمل به، بل اتفاهم على عدم الخيار بعدم الوفاء بالشرط بالعتق كاشف عن عدم مشروعيه ذلك، و مضعف أيضاً للعمل بالموثق المزبور، ضروره اقتضاء الشرط ذلك مع فرض إمكانه، و إلا لم يكن لشرطيه و لو بمعنى الالتزام الراجع إلى القصد فى العقد معنى، كما هو واضح.

و من هنا مضافاً إلى ما عرفت كان الأقوى البطلان، كما عن المصنف فى النكت و الفاضل فى جملة من كتبه و الشهيد و غيرهم، بل لعله من العتق المعلق، إذ لا فرق بين تعليقه مطلقاً و تعليقه مشروطاً و لو بتعليق شرطه، و إن كان قد يمنع ذلك أولاً، و يلتزم بصحة نحوه للخبر (٢)

المزبور، ضروره كونه حينئذ كاشطراط الماء دينار إن تزوج أو تسرى الذى تضمنته الصحاح (٣)

التي لا يعرف لها رادا بالنسبه إلى ذلك، فالعمده حينئذ ما ذكرناه من بطلان الشرط نفسه، لما عرفت.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ١ و ٣ و الباب - ٣٧ - من أبواب المهور من كتاب النكاح.

و مما ذكرنا بان أنه لا إشكال في أنه لو شرط خدمه زمان معين على المعتق صح بلا خلاف فيه نصا (١).

و فتوى على حسب ما سمعته، نعم في نهايه المرام «لو كان الشرط خدمه المولى أو غيره مده حياته فظاهر الأصحاب عدم صحته للجهاله، و لو قيل بالصحه لم يكن بعيدا، لأنه معين في نفسه، فيتناوله عموم

قوله صلى الله عليه و آله (٢).

«المؤمنون عند شروطهم».

قلت: بل لم نتحقق ما حكاه عن ظاهرهم، بل لعل ظاهر إطلاقهم صحه الشرط خلافه، مضافا إلى ما سمعته سابقا مما يقتضى الجواز، و هل تجب نفقته مده الخدمه على المعتق؟ كما عن ابن الجنيد، لقطعه عن التكسب، أو لا كما هو الظاهر، لأنها تابعه للملك، و الفرض زواله، و حينئذ ينفق عليه من بيت المال، أو يستثنى له تكسب مقدار قوته.

و كيف كان ف لو قضى المده آبقا لم يعد في الرق بلا خلاف أجده فيه بينهم، بل و لا إشكال حتى لو أراد المولى إعادته لاستصحاب حريره و لقاعده عدم عود الحر رقا و غير ذلك.

و لكن هل للمولى أو لورثته مطالبته بأجره مثل الخدمه في تلك المده؟ قيل و القائل الشيخ في محكى النهايه و الإسكافي و من تبعهما على ما قيل لا مطالبه له و لا لهم بالأجره، بل ليس للورثه المطالبه بالخدمه لو فرض بقاء بعض المده، لصحيح يعقوب بن شعيب (٣).

المتقدمه سابقا و الوجه اللزوم (١١) وفاقا لكافه المتأخرين كما قيل، لأنها حق متقوم بالمال، فيثبت على من فوته قيمته، و هى أجره المثل، و أما مطالبه الوارث بالخدمه مع فرض بقاء المده فلا ينبغى التوقف فيها، ضروره كونه حقا يورث، و الصحيح (٤).

المزبور منزل على وجدانها بعد انقضاء المده الذى من المعلوم فيه عدم جواز مطالبه المولى

١-١ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب العتق الحديث ١.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح.

٣-٣ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب العتق الحديث ١.

٤-٤ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب العتق الحديث ١.

فضلا عن وارثه بالاستخدام مثلها، إذ هي ليست من المثليات التي تضمن بمثلها، بل هي بحكم القيمي، أو على أن الشرط قد كان خدمه المولى وقد فاتت بموته، فلا يجب عليه خدمه غيره، و على كل حال لا ينبغي الخروج به عما يقتضيه القواعد، و الله العالم.

و من وجب عليه عتق في كفاره أو غيرها لم يجزه التدبير و إن نوى به بلا- خلاف و لا- إشكال، لأن الواجب العتق المنجز، و التدبير وصيه بالعتق أو عتق معلق كما تقدم ذلك في الكفارات، و

قال إبراهيم الكرخي (١): للصادق عليه السلام «إن هشاما سألتني أن أسألك عن رجل جعل لعبد العتق إن حدث بسيدته حدث، فمات السيد و عليه تحرير رقبه واجبه في كفاره، أ يجزئ عن الميت العبد الذي كان السيد جعل له العتق بعد موته في تحرير رقبته التي كانت على الميت؟

قال: لا».

و إذا أتى على العبد المؤمن سبع سنين استحب عتقه

للمرسل (٢) عن الصادق عليه السلام «من كان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه»

المحمول على ذلك، للإجماع بقسميه على عدم اعتاقه بعد ذلك، و لكن لا- بأس بحملها على الندب و إن كانت مرسله للتسامح.

بل يستحب عتق المؤمن مطلقا و إن تأكد في الأول لما فيه من الإحسان إليه بتخليصه من الرق. و قد سمعت ما ورد (٣)

في عتق الرقبه المؤمنه.

نعم يكره عتق المسلم المخالف كراهه عباده، ل

قول الصادق عليه السلام (٤):

١- ١ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٣- من كتاب العتق الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من كتاب العتق الحديث ٨ و الباب- ٣- منه.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ٣.



«ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم فيكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا»

المحمول على الكراهه، لإطلاق أدله العتق، و خصوص

خبر أبي راشد (١) سأل الجواد عليه السلام «أن امرأه من أهلنا اعتل صبي لها، فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلا نه جاريتي حره، و الجاربه ليست بعارفه، فأیما أفضل؟

تعتقها أو تصرف ثمنها في وجوه البر، فقال: لا يجوز إلا عتقها»

و غير ذلك و إن كان قد یجرى فيه بعض ما سمعته في منع عتق الكافر، و الله العالم.

و كذا یكره عتق من لا یقدر على الاكتساب قيل: ل

صحیح هشام بن سالم (٢)

«سألته عن النسمة فقال: عتق من أغنى نفسه»

و فيه أنه لا دلالة فيه على الكراهه، بل أقصاه تأكد الندب في خصوص من أغنى نفسه، و كذا

قول الرضا عليه السلام (٣): «من أعتق مملوكا لا حيله له فان عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان على عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار و من لا حيله له»

إنما يدل على استحباب العيول به، لا على كراهه عتقه.

و كيف كان ف لا بأس بعتق المستضعف لأن

الحلبى في الصحيح (٤)

«قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرقبه تعتق من المستضعفين، قال: نعم»

لكن قد سمعت

قول الصادق عليه السلام (٥): «لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا»

المحمول على الكراهه التي هي أسهل من كراهه عتق المخالف.

و من أعتق من يعجز عن الاكتساب استحباب إعانته لما سمعت، و الله العالم.

- ١-١ الوسائل - الباب - ٦٣- من كتاب العتق الحديث ١ عن أبي علي بن راشد.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ١٥- من كتاب العتق الحديث ٣.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ١٤- من كتاب العتق الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ١٧- من كتاب العتق الحديث ١.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ١٧- من كتاب العتق الحديث ٣.

[و يلحق بهذا الفصل مسائل]

[المسألة الأولى لو نذر عتق أول مملوك يملكه صح النذر]

و يلحق بهذا الفصل مسائل

الأولى:

لو نذر عتق أول مملوك يملكه مثلا صح النذر و إن كان المنذور مجهولا، لعموم أدله النذر (١)

و خصوص ما تسمعه من النصوص (٢)

فى المقام ثم إن اتفق ملك واحد بشراء أو إرث أو نحوهما أعتق من غير انتظار لملك آخر بعده على الأظهر للصدق عرفا.

ف أما لو ملك جماعه دفعه ف قيل و القائل الشيخ فى النهايه و الصدوق و جماعه كما فى المسالك بل فى الرياض نسبه إلى الأكثر يعتق أحدهم بالقرعه لانتفاء الأولويه عن كل منهم، و ل

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «فى رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعا، قال: يقرع بينهم، و يعتق الذى يخرج اسمه»

و نحوه آخر (٤).

و قيل و القائل: الإسكافى و الشيخ أيضا فى التهذيب و المصنف فى النكت و الشهيد فى الشرح على ما حكى يتخير و يعتق إلا أن يموت فالقرعه، ل

خبر الصيقل (٥)

«سألت الصادق عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فأصاب سته، قال: إنما كان نيته على واحد، فليتخير أيهم شاء فليعتقه»

و لأنه

١- ١ سورة الحج: ٢٢- الآيه ٢٩ و الوسائل الباب- ٣ و غيره- من كتاب النذر و العهد.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥٧- من كتاب العتق.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٥ من كتاب القضاء.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٥٧- من كتاب العتق الحديث ١.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٥٧- من كتاب العتق الحديث ٣.

بعد أن كان المقصود واحداً و عدم اختصاص أحدهم بوصف الأوليه- بل هي لا-حقه لكل منهم، إذ الأول إما بمعنى غير المسبوق، أو بمعنى السابق غير المسبوق، و كل منهما صادق على كل منهم- يتجه التخيير، كما في كل عنوان للأمر، فلا إشكال و لا اشتباه كى يلزم بالقرعه، لكن لا بأس باختياره ما يخرج بها، بل لعل ذلك أولى، و عليه يحمل خبر القرعه.

و قيل كما عن السرائر لا يعتق شيئاً، لأنه لم يتحقق شرط النذر الذى هو وحده المملوك، و لا أول للمملوكيه دفعه إلا الجملة و عتقها غير مقصود، و الأصل البراءة. و لكنه كالاتجاه فى مقابله النص، كما عرفت من أن الأول بل و الثانى مروى و إن اختلفت فى الصحه و عدمها، على أنه إنما يتم لو اعتبر فى الأوليه السبق على جميع المماليك، و هو ممنوع، و لعل الأقوى منهما الأخير، و فى القواعد «يحتمل حريه الجميع لأن الأوليه وجدت فى الجميع، كما لو قال: من سبق فله عشره فسبق جماعه، فان لكل منهم عشره» و يؤيده

خبر عبد الله بن الهاشمى رفعه (١) قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل نكح وليده رجل أعتق ربها أول ولد تلده، فولدت توأماً فقال: أعتق كلاهما»

و عن بعض الكتب (٢)

إرسال نحو ذلك عن على عليه السلام و الصادقين عليهما السلام، و فيه ضعف، لعدم العموم هناك للتكثير، بخلاف لفظه «من» فإنها تعم الواحد و الكثير، و المرسل لا حجه فيه فضلاً عن أن يعارض ما عرفت، و الله العالم.

١- ١ الوسائل- الباب- ٣١- من كتاب العتق الحديث ١ عن عبد الله بن الفضل الهاشمى عن أبيه رفعه.

٢- ٢ المستدرک الباب- ٢٧- من كتاب العتق الحديث ١ نقلاً عن دعائم الإسلام عنهم عليهم السلام الا أن فيها ج ٢ ص ٣٠٥ ذكر روايه عن على و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السلام انهم قالوا. ثم ذكر عقيب ذلك فى ص ٣٠٦ «و عنهم عليهم السلام» فالضمير يرجع الى على و الصادقين عليهم السلام.

**[المسألة الثانية لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين]**

المسألة الثانية:

لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين دفعه كانا معا معتقين بلا خلاف أجده لعموم لفظه «ما» و ما

روى عن بعض الكتب (١) عن الصادق عليه السلام أنه قال: «من أعتق حملا لمملوكه له أو قال لها: ما ولدت أو أول ما تلدينه فهو حر فذلك جائز وإن ولدت توأمين عتقا جميعا»

نعم لو ترتبا في الولادة عتق الأول خاصة، لأنه الأول حينئذ قطعاً.

لكن في الرياض بعد الاستدلال بمرفوع الهاشمي المتقدم قال: «و إطلاقه بل عمومه الناشئ من ترك الاستفصال يشمل صورتى ولادتهما معا و متعاقبا، بل لعله بمقتضى الغلبة ظاهر في الأخير جدا، و لذا أطلق الحكم في عبارته تبعا للنهاية و القاضى و جماعه- إلى أن قال:- و ذكر جماعه أنه مذهب الأكثر، و به يمكن جبر الخبر، مضافا إلى إمكان توفيقهما مع الأصل على تقدير ترجيح العرف على اللغة، إذ يصدق على مجموع التوأمين أنهما أول ما ولدته و لو ولدتهما على التعاقب عرفا و إن لم يصدق ذلك لغه».

و فيه منع صدق العرف مع ملاحظتهما أنفسهما، و مع ملاحظه النسبه إلى غيرهما يصدق على كل متعاقبين، و هو معلوم العدم، و الخير المزبور المعلوم بناء ما فيه على العرف يجب تنزيهه على الدفعه، كما أنه يجب حمله على إرادته التعدد من النكره المذكوره فيه، و إلا كان الواجب عتق واحد منهما فيما لو ولدتهما دفعه، كالمسألة الأولى فضلا عن التعاقب، كما هو واضح.

و بذلك فرقوا بين المسألتين فإن متعلق الاولى مملوك، و هو نكره في سياق الإثبات، و الثانية لفظ «ما» و هى للعموم، لكن في الرياض «فيه نظر للحقوق الحكم بالمضاف دون المضاف إليه، و هو نكره على الإطلاق، مع أن النص في المسألة متضمن

للسؤال عن عتق أول ولد تلده، و هو بعينه كالمسألة الأولى».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه، نعم يجب إرادته الموصوله من لفظ «ما» لا الموصوفه التي هي بمعنى أول مولود تلده و إلا كانت كالمسألة الأولى، و لعل الإطلاق يحمل على الأول، كما هو مقتضى النص و الفتوى أو على معلوميه كون المراد من الأول ما يشمل التعاقب المزبور.

و لو ولدت الأول ميتا احتمل بطلان العتق و انحلال النذر، لأن شرط النذر وجد في الميت الذي هو ليس محلا للعتق، و احتمل الصحة في الحي الذي تلده بعد ذلك، لأن الظاهر تعلق النذر بأول حي تلده، و لعل الأول أقوى.

و لو ولدته مستحقا للعتق كالمقعد لم يعتق الثاني أيضا في أقوى الوجهين، بل في المسالك هو أولى من الأول بذلك، لصلاحيته للعتق هنا، غايته اجتماع سببين، و الله العالم.

**[المسألة الثالثة لو كان له مماليك فأعتق بعضهم ثم قيل له: هل أعتقت مماليكك فقال نعم انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصة]**

المسألة الثالثة:

لو كان له مماليك فأعتق بعضهم ثم قيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال:

نعم انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصة في نفس الأمر، فإن العتق لا يتحقق إلا بصيغته و في الظاهر لأنه إنما أقر بعتق عبده، و يصدق على البعض أنهم عبده، فلا يؤخذ بعتق الكل، و إن ظهر السؤال فيه، إذ يسمع من المفسر التأويل فضلا عن مثله، و ل

خبر زرعه (١) سألته «عن رجل قال لثلاثة من مماليكك له: أنتم أحرار و كان له أربعة، فقال رجل من الناس: أعتقت مماليكك؟ قال: نعم، يجب العتق للأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثة الذين أعتقوا؟ فقال: إنما يجب العتق لمن أعتق».

نعم هل يشترط في عدم الأخذ بعق الجميع الكثره فيمن أعتقه؟ في القواعد «الأقرب ذلك» و لعله لصدق «عبيدك» و إلا لم يكن له أن يقول إنما أقررت بعق الواحد أو الاثنين، فإنه تأويل لا يطابقه اللفظ، فلا يسمع، و لكن ظاهر المصنف و غيره العدم، و لعله لجواز أن يقول: «إنما أردت إيقاع العتق في جملتهم» و هو يصدق على واحد منهم.

قلت: قد يناقش في ذلك، أولاً بأن البحث فيما يحمل لفظه عليه لا في خصوص التداعى و ادعاء التأويل، و لا ينبغي التأمل في حمله في الأخير على الجميع ظاهراً أخذاً بظاهر اللفظ، بل و في الأول أيضاً، لأن الجمع المضاف مفيد له، و خبر زرعه (١)

إنما يراد منه في نفس الأمر أو أنه لا- يحصل العتق بقول: «نعم» المقتضى لإعادته السؤال على الجميع و إن قصد ذلك، بل هو حاصل لمن أعتقهم بصيغه العتق لا- أن المراد منه- مع عدم العلم بالحال- الحكم بعق الثلاثة خاصة المعلوم أنه أعتقهم دون الرابع الذى هو محل شك صرفاً لجوابه في خصوص المعلوم، إذ هو كما ترى لا يوافق إرادته ما في نفس الأمر و لا ظاهر الإقرار، إذ الأول لا فرق فيه بين المتحد و المتعدد، و الثانى لا بد من حمله على الجميع، و من هنا أنكر على العلامة الشرط المزبور بعض من تأخر عنه.

لكن في شرح الفخر «أن الجمع المضاف و إن كان الحق أنه للعموم لكن لا- يحمل عليه هنا، لأنه إذا أعتق ثلاثة من ممالিকে يصدق قوله: هؤلاء مماليكى حقيقه، فإذا قيل له: أعتقت مماليك فقال: نعم و هى تقتضى إعادة السؤال و تقريره، فيكون إقراراً بعق المماليك الذين انعتقوا، و لا- يلزم بغيرهم، لأصالة البراءة، و لأن الإقرار إنما يحمل على المحقق المتيقن، لا على ما فيه احتمال، و هل يشترط في الاقتصار عليه كثره بحيث يصدق عليه الجمع حقيقه أم لا؟ قولان، و منشأ القولين أن اللفظ إنما يحمل على الإقرار على أصل الحقيقه، و من حيث أصل البراءة، و من

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٨- من كتاب العتق الحديث ١ عن زرعه عن سماعه قال: «سألته».



جواز التجوز به أو يتفرع على ذلك الاكتفاء بالواحد و عدمه، فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد، و على عدمه لا- يكتفى بالواحد، و يلزم بعق ما يصدق عليه الجمع حقيقه، و يكون فى الباقي كالمشبهه» و قد حكاه عنه على طوله فى المسالك و أطنب فى رده حتى ذكر خمسة أوجه فى مناقشته.

و لكن الحق عدم ورودها جميعها أو جمله منها، ضروره كون مراده بل و مراد الأصحاب بل و ما فى الروايه أنه لا يحكم عليه بالإقرار بعق الجميع مع الظن أو الشك بإرادته الإقرار بمن وقع عتقه منهم، و لأنه بمنزله العهد الذى يحمل اللفظ فيه على المعهود، و لا ينافى ذلك كون الجمع المضاف للعموم المعلوم إرادته كون عمومه على حسبه فى نحو «هؤلاء مماليكى».

و بالجمله الغرض حيث إنه لا يحصل ظن بالمراد من اللفظ و أن مراد لافظه التوصل إلى مقصوده بما يؤديه نفس اللفظ لا يحكم عليه بمعنى اللفظ، و يرجع حينئذ إلى المتيقن، لأن الأصل براءة الذمه، و على ذلك مبنى هذه المسأله، فلا وجه لاطناب ثانى الشهيدين فيها، إذ لا كلام فى حمل الجمع المضاف على العموم، و مما يؤيد ما ذكرناه فرضهم المسأله فيمن وقع منه عتق بعض مماليكه و غير ذلك مما يصرف اللفظ عن إرادته الإقرار بما يؤديه نفس لفظه مع عدم القرينه.

و ما أشبه ما نحن فيه بما رواه

الوليد بن هشام (١) قال: «قدمت من مصر و معى رقيق. فمررت بالعاشر، فسألنى، فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة فدخلت على أبى الحسن عليه السلام فأخبرته بقولى للعاشر، فقال: ليس عليك شىء»

سواء كان المراد عدم حصول التحرير بهذا اللفظ أو عدم الحكم عليه بظاهر إقراره، و كان المسأله من الواضحات و إن كثر كلام ثانى الشهيدين فيها فى المسالك، و الله العالم.

**[المسألة الرابعة لو نذر عتق أمته إن وطأها صح]**

المسألة الرابعة:

لو نذر عتق أمته إن وطأها صح لما عرفت من عموم أدله النذر وقابليته للتعليق، و أنه ليس من العتق المعلق و حينئذ ف تعتق أو تعتق بتحقق مسمى الوطء نعم إن أخرجها عن ملكه انحلت اليمين فلو أعادها بملكك مستأنف لم يعد اليمين الذي كان ظاهره التعليق على الوطء بالملك الأول، نحو ما سمعته في الإيلاء، نعم لو قصد الأعم من العائد و الموجود فلا- إشكال في عدم الانحلال، كما لا إشكال فيه مع قصده الوطء بالملك الموجود.

إنما الكلام مع الإطلاق، و قد عرفت أن الظاهر منه ما ذكرناه، و يدل عليه مضافا إلى ذلك

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال: يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه»

المحمول على النذر و شبهه، لما عرفت من عدم جواز التعليق في العتق، و في الروضة «و يشهد له تعليقه بأنها قد خرجت عن ملكه، و لو لم يكن منذورا لم يتوقف ذلك على الخروج، كما لا يخفى» و إن كان فيه ما فيه. و على كل حال فقد فهم الأصحاب منها ذلك و عملوا به، بل في المسالك ما وقف على راد لها إلا ما يظهر من ابن إدريس.

نعم في الروضة و كذا المسالك «في تعديده الحكم إلى غير الوطء من الأفعال و إلى غير الأمة و جهان: من كونه قياسا و الفرض مخالفه الحكم للأصل من حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر، لأن غايته أن تصير أجنبيه منه و النذر يصح تعليقه بالأجنبيه كنذر عتقها إن ملكها، و هي في ملك غيره ابتداء

كما تقدم في نظائره- وفيه ما عرفت من ظهور النذر في الوطاء بذلك الملك- و من إيماء النص إلى العله ب

قوله عليه السلام «قد خرجت عن ملكه»

و ذلك يوجب التعدي إلى ما توجد فيه العله المنصوصه». و في الروضه «و هو المتجه».

و فيه أن المبني إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغي أن يكون المدار عليه، لا- نفس الخروج عن الملك مطلقا، ضروره إمكان الفرق بين الوطاء و غيره من الأفعال في الظهور المزبور، بل ينبغي القطع بإيماء التعليل إلى ذلك، لا أن الحكم تعبدى.

ثم قال فيهما أيضا: «إن ظاهر الصحيح المزبور جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هى مسأله إشكاليه» ثم حكى في الروضه عن الفاضل في التحرير «اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حر فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل، و عن ولده أنه استقرب جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصوله، و هذا الخبر حجه عليهما».

قلت: قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأول منهما، و أما مسأله التصرف في المنذور المعلق على شرط فقد يقال: إن محلها ما لو كان المعلق عليه متوقعا كمعافاه المريض و نحوه، و أما مع فرض القطع بعدمه فلا إشكال في الجواز، و الفرض في المسأله أنه بالخروج عن الملك يمتنع المعلق عليه بناء على أن المراد الوطاء بذلك الملك فتأمل جيدا، و الله العالم.

**[المسألة الخامسة لو نذر عتق كل عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر فصاعدا]**

المسألة الخامسة:

لو نذر عتق كل عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر فصاعدا إذا لم يكن هناك عرف يقتضى خلافه أو قصد كذلك، بل نذر و قصد مصداق ذلك في نفس الأمر الذي لا يمكن معرفه أول مصاديقه لأحد إلا علام الغيوب أو من أودعه علم ذلك، فإنه حينئذ أعرف أهل العرف، ضروره أن العرف العام إنما يعرف الأفراد المعلومه منه، كما أنه يعرف الأفراد المعلوم أنها ليست منه، أما أول المصاديق فلا طريق له إلى معرفته، فيكون المقام حينئذ كيبانه عليه السلام تحديد الوجه على التحقيق و الركوع و المسافه و نحو ذلك، و مع فرض عدم تجدد عرف آخر يكون هو الميزان.

و هذا هو المراد من

مرسل النهدي (١) قال: «دخل أبو سعيد المكارى على أبي الحسن الرضا عليه السلام، فقال له: أبلغ من قدرك أن تدعى ما ادعى أبوك؟ فقال له:

مالك إطفاء الله نورك، و أدخل الفقر بيتك، أما علمت أن الله أوحى إلى عمران أنى واهب لك ذكرا فوهب له مريم فوهب لمريم عيسى، فبعسى من مريم، و مريم من عيسى، و مريم و عيسى شىء واحد، و أنا من أبى و أبى منى، و أنا و أبى شىء واحد، فقال له أبو سعيد: فأسألك عن مسأله فقال: لا أخالك، بعيد أن تقبل منى و لست من غنمى و لكن هاتها، فقال: رجل قال عند موته: كل مملوك لى قديم فهو حر لوجه الله، قال: نعم إن الله عز ذكره قال حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ (٢) فما كان من مماليكه أتى عليه ستة أشهر فهو قديم، فهو حر»

و عن تفسير

١- ١ ذكر ذيله فى الوسائل الباب- ٣٠- من كتاب العتق الحديث ١ و تمامه فى الكافى ج ٦ ص ١٩٥ و فيهما قال: «دخل ابن أبى سعيد المكارى».

٢- ٢ سورة يس: ٣٦- الآية ٣٩.

على بن إبراهيم أنه رواه عن أبيه عن داود بن سعيد (١)

«سألته»

و حينئذ يكون حسنا.

و عن إرشاد المفيد (٢)

«قضى على عليه السلام فى رجل أوصى فقال: أعتقوا عنى كل عبد قديم فى ملكى، فلما مات لم يعرف الوصى ما يصنع، فسأله عن ذلك، فقال: يعتق كل عبد له فى ملكه سته أشهر، و تلا الآيه»

و كان الشيخ فهم من المملوك العبد فعبر به، و لعله كذلك لا أن المراد منه تعبد محض، و إلا لم يكن وجه للاستدلال بالايه على المكارى الذى هو ليس من غنمه، و يريد البرهان منه على ما ادعاه، و حينئذ يكون المسأله على الضوابط، و يتعدى من المقام إلى غيره، لكن على الوجه الذى ذكرناه، و لعل قول المصنف و غيره: «انصرف» إلى آخره لا يخلو من إشعار.

لكن فى المسالك «هو شامل للذكور و الأئنى. و لكن الشيخ عبر بلفظ العبد، و تبعه المصنف و الجماعة، و تمادى الأمر إلى أن توقف العلامه فى تعدى الحكم إلى الأمه من حيث إن هذا الحكم على خلاف الأصل، و لا دليل عليه من جهة العرف و لا اللغه، و إنما مستنده الشرع، مع أن الروايه ضعيفه السند مرسله، و اعتذر فخر الدين عنه بأن المسأله إجماعيه و أن الإجماع لم يقع إلا على العبد، فلذلك استشكل والده فى حكم الأمه، و الإجماع على وجه يكون حجه ممنوع، بل كثير من العلماء - كابن الجنيد و سائر و الصدوق - لم يتعرضوا لها، و إن الأصل فيها الشيخ، و طريقته فى النهايه الاستناد إلى الروايات من غير مراعاة طريقها، كما هو المعلوم من عادته، و لكن اتباع ابن إدريس له حملهم على شبهه الإجماع، حيث إنه لا يعتمد على أخبار الآحاد مطلقا، فعمله بمضمونها يدل على فهمه أنه إجماع».

و هو من غرائب الكلام، بل لا يخلو من سوء ظن أو سوء أدب مع من عرفت،

١- ١ أشار إليه فى الوسائل فى الباب - ٣٠- من كتاب العتق الحديث ١ عن داود بن محمد النهدى قال: «دخل أبو سعيد».

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣٠- من كتاب العتق الحديث ٢.

و كيف كان فقد عرفت الوجه فى المسأله.

بل منه يعلم الوجه فى التعديبه إلى نذر الصدقه و الإقرار و نحوهما مما يكون فيه الموضوع القديم، لكن على الوجه الذى ذكرنا، و ليس مبناه دعوى الحقيقه الشرعيه التى يمكن القطع بفسادها، كما ظنه بعضهم و ذكره وجهها للتعدي.

و فى مقابله العدم، لمعارضته اللغه و العرف، و منع الحقيقه الشرعيه، و ضعف سند الخبر المزبور بالإرسال و غيره، و قصر الإجماع المدعى على مورده، و فيه أنه لا وجه للعمل به فى مورده مع فرض كون المتكلم من أهل العرف المفروض أن القديم فيه خلاف ذلك، و أنه أراد ما فى عرفه، بل يمكن القطع بعدم التعبد بذلك، بل ظاهر استدلال الامام عليه السلام خلافه، فتأمل جيداً.

و لو قصر الجميع عن سته أشهر ففى المسالك «فى عتق أولهم تملكا اتحد أم تعدد أو بطلان النذر وجهان» و فيه أنه لا وجه فى الصحه بعد فرض كون أقصى مصداق القديم الستة، ثم قال: «و على الصحه لو اتفق ملك الجميع دفعه ففى انعتاق الجميع أو البطلان لعدم الوصف الوجهان» قلت: قد عرفت أن المدار على صدق الاتصاف بالقديم الذى هو من مضى له زمان من غير فرق بين المتحد و المتعدد، إلا أن المرجع فى أول مصداقه إلى من عرفت، لا أن المراد منه المتقدم على غيره، و الله العالم.

**[المسألة السادسة من أعتق و له مال فماله لمولاه]**

المسألة السادسة:

من أعتق و له مال فماله لمولاه لما عرفته في كتاب البيع (١) أنه لا يملك شيئاً، و العتق إنما هو فك رقبتة من دون تملك شيء له بعده، و حينئذ فنسبه الماليه له لأدنى ملابسه، بمعنى أن ما في يده و مختص به، كثيابه و نحوها مما كان قد أباح المالك له التصرف فيه تصرف المالك بملكه.

و قيل و القائل جماعه من القدماء، بل في الدروس نسبه إلى كافتهم، و في نهايه المرام نسبه إلى الأكثر إن لم يعلم به المولى فهو له و إن علم به فهو للمعتق إلا أن يستثنيه المولى ل

صحيح زراره (٢) عن الباقر عليه السلام في طريق، و عنه و عن الصادق عليهما السلام في طريق آخر (٣) و عن أحدهما عليهما السلام في طريق ثالث (٤)

«سألته عن رجل أعتق عبدا له و للعبد مال لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مالا تبعه ماله، و إلا فهو للمعتق»

و موثقه الآخر (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه و هو يعلم أن له مالا و لم يكن السيد استثنى المال حين أعتقه فهو للعبد»

و نحوه الموثق الآخر (٦)

و في خبر البصرى (٧)

«سألته عن رجل أعتق عبدا له و للعبد مال و هو يعلم أن له مالا فتوفى الذي أعتق العبد،

- 
- ١-١ راجع ج ٢٤ ص ١٧١-١٨٦.
  - ٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٤.
  - ٣-٣ الفقيه ج ٣ ص ٦٩ الرقم ٢٣٦.
  - ٤-٤ الوسائل - الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٢.
  - ٥-٥ الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ١ عن أبي جعفر عليه السلام - أن الموجود في الكافي ج ٦ ص ١٩٠ عن أبي عبد الله عليه السلام.
  - ٦-٦ الاستبصار ج ٤ ص ١٠ الرقم ٣١ و الفقيه ج ٣ ص ٦٩ الرقم ٢٣٧.
  - ٧-٧ الوسائل - الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٦.

لمن يكون المال؟ يكون للذى أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذ أعتقه و هو يعلم أن له مالا فماله له، و إن لم يعلم فماله لولد سيده». و فى المسالك بناء هذه المسألة على مالكيه العبد، ثم حكى عن المختلف التوقف فى الحكم هنا مع قوله بعدم ملكيه العبد للنصوص (١)

المزبوره و ناقشه أولا، و مال إلى القول به أخيرا.

قلت: و قد حكاها فى كشف اللثام عن الصدوق و الشيخ و جماعه ممن منع ملكيه العبد، بل عن المصنف أن المنع عن الملك مع بقاء الرقيه لا يستلزم المنع فى حال الحريه، فإذا ملك التصرف فيه ثم أعتقه أمكن أن يملك فى تلك الحال، لأنه صار له أهليه الملك، فاستقر له الملك بالتمليك الأول و إن كان هو كما ترى.

على أن التفصيل المزبور لا يوافق قواعد الملك و لا قواعد عدمه، ضروره أن مقتضى الأول كون المال للعبد على كل حال، كما أن مقتضى الثانى كونه للسيد، نعم قد يقال: إن عدم استثنائه مع العلم به قرينه على بقاء إباحته له، فإذا نوى به التملك بعد الحريه أمكن القول بكونه ملكا له، نحو تملك المال المعرض عنه أو المباح للتملك كثمار العرس و نحوه.

و على كل حال فلا وجه للاستدلال بهذه النصوص على الملكيه بسبب الإضاافه التى يكفى فيها أدنى ملابسه، و ما أشبه هذه النصوص بالنصوص (٢)

الداله على أن مال العبد إذا علم به السيد و لم يستثنه عند بيعه العبد للمشتري، و إلا- كان للبائع المحموله على ما يقرب مما ذكرناه تنزيلا للنصوص المزبوره الذى مرجعه إلى حصول القرائن من السيد على الإعراض عن ماله أو إباحته له أو نحو ذلك، و مع فرض عدمها و لو لعدم العلم بالمال يبقى على ملكيه السيد، للأصل و غيره، كما

١-١ الوسائل - الباب - ٢٤ - من كتاب العتق.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره.



هو واضح. و أما احتمال التعبد بما فى هذه النصوص المزبوره و إن لم يوافق القوانين الشرعيه ففى غايه البعد، و الله العالم.  
و بذلك بان لك أن الأول مع كونه أشهر أشبه بأصول المذهب و قواعده، و لا يعتبر فى تملك المال على تقدير استثنائه تقديمه  
على صيغه الحريره، للأصل و لأنه على كل حال جزء من الصيغه أو بحكمه تقدم أو تأخر، فإن العبره بالقصد المفروض كونه  
مقيدا، فلا تؤثر الصيغه لو فرض تقدمها فى اللفظ عليه قبل ذكره.

خلافًا للمحكى عن الشيخ و غيره، لخبر أبى جرير (١)

المتقدم الذى قد عرفت عدم القائل به، بل معارض بإطلاق الأدله و خصوصها، كما تقدم الكلام فيه سابقا فى اشتراط المال على  
العبد، فما فى الإيضاح- من أن الأقرب قول الشيخ، لحصول التحرير بصيغته، فيقع الزائد بعد السبب الموجب للتحرير، و لهذه  
الدقيقه شرط المصنف فى الشروط فى العقود أن تكون بين الإيجاب و القبول- واضح الضعف خصوصا بعد الإحاطه بما ذكرنا  
سابقا، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

---

١-١ الوسائل- الباب- ٢٤- من كتاب العتق الحديث ٥ و الذى تقدم ذكره كان بعنوان صحيح حريز، راجع التعليقه ٦ من ص  
.١١٦

**[المسألة السابعة إذا أعتق ثلث عبيده و هم سته استخرج الثلث بالقرعه]**

المسألة السابعة:

إذا أعتق أو أوصى بعتق ثلث عبيده مثلاً- و هم سته و القيمة متحده استخرج الثلث بالقرعه بلا خلاف، بل عن صريح بعض و ظاهر آخر الإجماع عليه، بل و لا إشكال،

قال الصادق عليه السلام فى خبر محمد بن مروان (١): «إن أبا جعفر عليه السلام مات و ترك ستين غلاماً و أعتق ثلثهم فأقرعت بينهم و أخرجت عشرين فأعتقتهم»

و نحوه غيره (٢)

و فى

صحيح ابن مسلم (٣)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم، قال: كان على عليه السلام يسهم بينهم»

إلى غير ذلك من النصوص، مؤيداً ذلك بأن المقام من القسمة التى قد عرفت استعمال القرعه فيها، و ليس هو من قبيل الوصيه بكلى يرجع فى تعيينه إلى الوارث، لكن فى الدروس عن المصنف فى الفرض «يعينه الوارث، و القرعه على الندب و الروايات حكايه حال» و هو كما ترى، بل صحيح ابن مسلم ليس من حكايه الحال.

ثم إن ظاهر النص و الفتوى فى المقام و غيره عدم كون القرعه من خواص الامام عليه السلام لكن فى

خبر يونس (٤) قال: «فى رجل كان له عده من مماليك فقال:

أىكم علمنى آيه من كتاب الله فهو حر، فعلمه واحد منهم ثم مات المولى و لم يدر أىهم علمه الآيه هل يستخرج بالقرعه؟ قال: نعم، و لا يجوز أن يستخرجه أحد إلا الإمام، فإن له كلاماً وقت القرعه يقوله و دعاء لا يعلمه سواه و لا يقتدر عليه غيره»

و إن لم أر عاملاً به، و يمكن حمله على إرادته أن استخراج المشتبه بها على

١- ١ الوسائل - الباب - ٦٥- من كتاب العتق الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧٥- من كتاب الوصايا الحديث ١ و الباب - ١٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٠ من كتاب القضاء.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦٥- من كتاب العتق الحديث ١.



وجه يوافق الواقع مختص بالإمام أو على غير ذلك.

و كيف كان ف صورتها و كيفيتها يكون طرق، و لكن المحكى عن النبي صلى الله عليه و آله (١) ما ذكره المصنف و هو أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعته من غير تعرض فيها للحريه و الرقيه أو معه، ثم يستر و يخرج على الحريه أو الرقيه، فإن خرج على الحريه كفت الواحده و إن خرج على الرقيه استرق ما فيها و افتقر إلى إخراج اثنين آخرين، فان خرج على الرقيه أيضا أعتق الباقي و إلا استرق.

و إن كتب في الرقاع الحريه و الرقيه من غير أن يكتب أسماء العبيد فليكتب في رقعته حريه و في رقتين رقيه على نسبه المطلوب في القله و الكثره، ثم يخرج باسم أحد الأجزاء الثلاثة الذين رتبوا سابقا على الكيفيه السابقه.

و يجوز أن يكتب في الفرض سته رقاع إما بأسماء الستة، كل واحد منهم في رقعته ثم يخرج على الحريه أو الرقيه كما مر إلى أن يستوفى المطلوب، أو يكتب في اثنين حريه و في أربع رقيه ثم يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه، و هذا الطريق و إن كان أعدل كما قيل، لأن جمع اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما في الرقيه و الحريه، و من الممكن خروج أحدهما حرا و الآخر رقا، بل في قواعد الفاضل الأقرب استعماله في جميع الفروض و إن كان هو كالاتجاه في مقابله النص المعمول به.

لكن المشهور بين الفقهاء هو الأول ل

ما روى (٢)

«من أن أنصاريًا أعتق سته لا مال له سواهم، فجزأهم النبي صلى الله عليه و آله ثلاثه أجزاء فأعتق اثنين»

نعم هو متجه في بعض الفروض الخارج عن مفروض النص مع عدم إمكان التعديل فيه، أما غيره فالأقوى جواز الجميع فيه.

و كيف كان فإذا تساوا عددا و قيمه و أمكن تجزئتهم ثلاثا كما في الستة

١-١ سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٨٥.

٢-٢ سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٨٥.

مثلاً أو اختلفت القيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً كالسته إذا كانت قيمه ثلاثه منهم ستمائه كل واحد مأتان، و ثلاثه ثلاث مائه فلا بحث. أما فى الأول فظاهر، و كذا الثانى الذى يضم فيه كل خسيس إلى نفيس، و يجعلان ثلاثاً.

و لو اختلفت القيمة و لم يمكن التعديل عددا على حسب اختلافها كما لو كان قيمه واحد من الستة مأتين و قيمه اثنتين مأتين و قيمه ثلاثه مأتين عدل بها و أخرج ثلثهم قيمه و لو الواحد و طرح اعتبار العدد وفاقاً للأكثر كما فى الرياض، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه.

و لكن مع ذلك فيه تردد من كون القسمة فى غير المقام كذلك، و من خبر الأنصارى (١)

المستبعد فيه تساوى القيمة، بل عن بعض العامة الجزم باعتبار العدد فى التعديل و إن وافقنا على أنه لا يعتق إلا الثلث قيمه، و لا ريب فى أن الأقوى الأول، ضروره كون المقام كغيره، و خبر الأنصارى على ضعفه محمول على إمكان التعديل فيه عددا و إن اختلفت القيمة، و كذا نصوص الستين (٢).

و لو أمكن التعديل عددا خاصه، كسته قيمه اثنين منها مائة، و اثنين مائة و خمسون، و اثنين ثلاث مائة قسموا ثلاثه بالعدد، فإن اخرج على الحريره فخرج اثنان يساويان الثلث قيمه فلا كلام، و إن خرجا ناقصين عتقا و أكمل الثلث من الباقيين بالقرعه، و إن خرجا زائدين أعيدت القرعه بينهما، و عتق من يخرج على الحريره، و من الآخر تتمه الثلث، و قيل: الأولى استعمال القرعه و إخراج واحد واحد حتى يستوفى الثلث.

١-١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٨٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٦٥- من كتاب العتق الحديث ٢ و الباب - ١٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٠ من أبواب القضاء و الباب - ٧٥- من كتاب الوصايا الحديث ٢.

و كذا إن تعذر التعديل عددا و قيمه كخمسه قيمه واحد مأه و اثنين مائه و اثنين ثلاث مائه أخرجنا على الحريره حتى يستوفى الثلث قيمه.

و لو قصرت قيمه المخرج أكملنا الثلث و لو بجزء من آخر مراعاة للقواعد فيه بعد خروجه من مفروض النصوص، و يستسعى حينئذ ناقص الحريره فيما بقى منها، كما صرح به غير واحد، و إن كان قد يشكل بخروج المسأله عن دليل السرايه و الاستسعاء، و إلا لم يكن للقرعه وجه، اللهم إلا أن يقال بالاقتران في ذلك على خصوص الموصى به كالثلث مثلا لا الجزء منه، فتأمل جيدا.

و ربما احتمل تجزئهم أثلاثا أيضا، فيجعل واحد ثلثا و الأربعة الباقية كل اثنين ثلث، ثم يقرع و يتحرر بها ما قابل الثلث و لو جزء من واحد، ليكون قريبا إلى المروى عن النبي صلى الله عليه و آله في قضيه الأنصاري (١).

التي موضوعها غير المفروض. و من هنا كان الأصح الأول حتى لو كانت قيمه الخمسه متساويه، فيكتب خمس رقاع بأسمائهم و يخرج على الحريره أو الرقيه إلى أن يستوفى الثلث.

هذا و قد أطنب الكركي في حاشيه الكتاب في ذكر الصور الممكنه، و أنهاها إلى سته و كيفية استخراجها أجمع من عباره المصنف، و لكن لا طائل تحته بعد الإحاطه بحكم الجميع مما ذكرناه.

ثم إن ظاهر النص و الفتوى لزوم استخراج الحر من العبيد في مفروض المسأله، و لا يجوز البقاء على الإشاعه، بل صرح به في الدروس، بل قال فيها: «لو نص عليه أى الشيوخ فوجهان: من بناء العتق على السرايه، و وجوب العمل بقصده» قلت: لعل الأقوى عدم لزوم اعتبار قصده في المقام مع فرض تضرر الوارث بذلك، فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر عدم اختصاص الستة في التجزئه المذكوره، بل لو كانت العبيد

تسعه مثلا جزئت ثلاثا أيضا على أن يكون كل ثلاثة منهم ثلثا، بل لا يبعد التعدييه إلى أربعة أجزاء في الثمانية لو أوصى بربعها مثلا، و خمسه أجزاء في العشره لو أوصى بخمسةا، لكن في الدروس «و في تعدى التجزئه إلى أربعة أجزاء في الثمانية أو خمسه أجزاء في العشره و هكذا و عدمها فيقرع على الأفراد نظر، من قر به إلى ما فعله النبي صلى الله عليه و آله (١)

و من عدم الاكتفاء به، إذ لا بد من إعادته القرعه، و كان مراده الوصيه بعق ثلثهم مثلا و كانوا ثمانية، فيجزؤون أولا أربعة أجزاء، و يستخرج منها جزء حر ثم يقرع جديدا لإكمال الثلث من باقى الأجزاء» إلا أنه كما ترى بعيد.

و لعل المتجه أيضا تجزئتهم أثلاثا إذا أمكن التعديل بالقيمه، و إلا أقرع على واحد واحد، نحو ما سمعته في الخمسه، و مجرد قابليه التجزى لا يقتضى ما ذكره كما هو واضح، و يأتى الاحتمال السابق فى تجزئتهم أثلاثا فى العدد للقرب مما فعله النبي صلى الله عليه و آله و إن لاحظ الثلث أيضا زياده و نقصا على حسب ما عرفته.

ثم إن الظاهر عدم اعتبار كون القرعه بالرقاع على الوجه المذكور فى كلامهم و إن كان هو أولى، إلا أن المحكى من فعل النبي صلى الله عليه و آله أنه أقرع تاره بالبر و اخرى بالنوى يومئ إلى التوسع فى أمرها، خصوصا بعد ملاحظه السيره بين المتشرعه المظنون أن ما فى أيديهم مأخوذ يدا بيد إلى أهل الوحى، مؤيدا ذلك بأنه لا فرق بعد التفويض إلى الله تعالى شأنه بين الكيفيات، و الله العالم.

**[المسألة الثامنة من اشترى أمه نسيئه و لم ينقد ثمنها فأعتقها و تزوجها فمات و لم يخلف سواها بطل عتقه و نكاحه]**

المسألة الثامنة من اشترى أمه نسيئه و لم ينقد ثمنها فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها ف مات و لم يخلف سواها بطل عتقه و نكاحه، و ردت على البائع رقا، و لو حملت كان ولدها رقا، و هي رواية هشام بن سالم (١).

بل و أبي بصير (٢) في الصحيح، و في الدروس عمل بها كثير.

و قيل و القائل ابن إدريس و غيره من المتأخرين لا- يبطل العتق و لا يرق الولد و لا ريب في أنه هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، فهو أرجح، و لذا حمل الصحيح المزبور على وجوه لا بأس بها و إن بعدت، و قد تقدم تفصيل الكلام في كتاب النكاح و على تقدير العمل بالخبر المزبور ينبغي الجمود على ما أفاده، لكن في الدروس تعدى و فرع عليه فروعا متعددة، و لعله لما فيه من التعليل الذي لم يظهر وجهه لنا، فلاحظ و تأمل. و الله العالم.

**[المسألة التاسعة إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه]**

المسألة التاسعة إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه لأنه القائم مقام الميت مع عدم الوصى فإن امتنع أعتقه الحاكم الذي هو ولى كل ممتنع، بل قد يقال: إن له ولاية العتق من أول الأمر دون الوارث، كما في غيره من الوصايا التي لم ينص الموصى على وصى خاص في تنفيذها، و ليس حال الوارث إلا كحال

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٥- من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧١- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١ من كتاب النكاح.



غيره من الأجانب، بل لعله الأقوى.

و على كل حال ف يحكم بحريته حين الإعتاق الذى هو سبب الحريه و إن طالت مدته ما بينه و بين الموت لا حين الوفاه الذى به استقرت الوصيه لا الحريه.

و أما ما اكتسبه قبل الإعتاق و بعد الوفاه فعن الشيخ فى المبسوط و النهايه يكون له، لاستقرار سبب العتق الذى هو الوصيه به بالوفاه لأن السبب المقتضى لانتقال مال الموصى عن ملك الوارث مستند إلى الوصيه و الموت، فكل منهما جزء سبب، و بالموت يتم السبب، فيكون العبد الموصى بعته بعد الموت بمنزله الحر و إن توقفت حريته على الإعتاق. فيتبعه الكسب، لكن لا يملكه إلا بعد العتق، لأنه قبله رقيق لا يملك و إن كان هو الأحق به.

و قد يشكل بمنع استقرار السبب بالموت، بل هو مركب من ثلاثه أشياء:

الوصيه و الموت و إيقاع صيغه العتق، كما يتوقف ملك الوصيه- لو كانت بمعنى التمليك- على قبوله مضافا إلى الوصيه، و موت الموصى قبل القبول لا يملك و إن حصل الأمران الآخران، و لو كان سبب العتق قد تم و استقر لزم أن يثبت معلوله و هو العتق و لم يقل به، بل قال بتوقفه على الإعتاق، و متى لم يكن تاما لم يثبت معلوله، و الملك متوقف عليه، و لما امتنع خلو الملك من مالك و لم يكن العبد مالكا لنفسه قبل العتق فهو للوارث.

و من هنا قال المصنف و تبعه بعض من تأخر عنه لو قيل يكون للوارث لتحقق الرق عند الاكتساب كان حسنا لكن أشكله فى المسالك تبعا للدروس زياده على ما فيه- من أن المراد بالسبب فى كلام المستدل غير ما ذكره- بأن الله تعالى جعل الإرث بعد الوصيه النافذه، و الفرض هنا كذلك، و ذلك يمنع من ملك الوارث، غايته أن يكون الملك مراعى بالإعتاق، فكيف لا يتبعه الكسب، و يكشف عن سبق ملكه كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصيه من حين الموت،

و في حكمه ما لو أوصى بعين توقف في بعض الجهات، أما الموصى به على وجه لا يتوقف على صيغته كقوله: «أخرجوا عني العين الفلانية في حجه» و نحوها فنماؤها بعد الموت و قبل الإخراج في الجبهه تابع لها قطعاً، لتعينها لتلك الجبهه و خروجها عن ملك الوارث بالموت.

و فيه (أولاً) أن الآية (١) لا- تنافي ملكيه الوارث كما في المقابل من التركة للدين، كما أوضحنا ذلك في محله، و (ثانياً) أن الشيخ ره قد اعترف بأنه لا يملك إلا بعد عتقه، و لكن يكون قبله أحق به، و الكشف هنا لا وجه له بعد أن لم يكن العتق كاشفاً عن حريته حين الموت، ضروره اقتضائه تملك العبد المفروض عدمه، بل لعل المتجه كون الكسب للوارث و إن قلنا ببقاء عين العبد قبل العتق على حكم مال الميت، لأن مقتضاه كون الكسب على حكم ماله، و الفرض عدم وصيته به، فيكون للوارث كما قيل نحو ذلك في نماء المال بعد الوفاه بالنسبه إلى الدين، فيحكم بكونه للوارث و إن قلنا ببقاء ما قابل الدين من التركة على حكم مال الميت، لأنه إنما يتعلق بما كان تركه للميت لا ما يتجدد و إن كان لا يخلو من بحث.

لكن على كل حال ما نحن فيه للوارث سواء قلنا بخروج العين الموصى بها عن ملك الوارث أو ببقائها على ملكه حتى تنفذ الوصيه، أما على الثاني فظاهر، و أما على الأول الذي مقتضاه بقائها على حكم مال الميت فكذلك، ضروره كون الباقي على حكمه نفس العين من حين العتق دون منافعه، كما هو واضح بلا- تأمل، فلا- وجه حينئذ لبناء المسأله على الخروج عن ملك الوارث و عدمه، فتأمل جيداً.

هذا و ينبغي أن يعلم أنه فرق بين نماء العين كالشجره و نحوها مما يتبع أصله و بين تكسب العبد المحتاج إلى صيغ و نحوها مما يتوقف على إذن من المالك، و مع عدمها يكون للمالك قيمه المنفعه المستوفاه من العبد، و يمكن أن يراد بالكسب

ما يشمل ذلك، و أما حيازه المباحات و التقاط ما يحصل الملك بالتقاطه فيشكل تملك السيد له بدون إذنه له، و قد تقدم بعض الكلام فى ذلك سابقا فى بحث ملك العبد، و الله العالم.

### [المسأله العاشره إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر]

المسأله العاشره:

إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر عند المشهور خلافا لابن إدريس. و إنما الكلام فى أنه ينتقل إلى الأمر عند الأمر بالعتق أو بأول جزء من الصيغه و لو على جهه الكشف ليتحقق العتق بالملك الذى قد عرفت أنه شرط الصحه، ل قوله صلى الله عليه و آله (١): «لا عتق إلا فى ملك»

أو بتمامها يحصل الأمران و إن اختلفت كيفيه تسببها لهما، و جوه بل أقوال قد تقدم الكلام فيها مفصلا فى الكفارات.

و منه يعلم أن المراد من قول المصنف و فى الانتقال تردد فى وقته لا أصله لما قيل من أنه لا خلاف فيه، مضافا إلى دعوى دلاله صحيح عمر بن يزيد (٢)

المتقدم عليه أيضا و إن كان فيه ما فيه، بل قد يمنع أصل القطع بالانتقال، و يقتصر على وقوع العتق عن الأمر دون انتقاله إليه، على أن يكون المراد من

«لا عتق إلا فى ملك»

أنه لا يعتق غير المملوك كما سمعته عن بعض العامه، لا أن المملوك لا يصح عتق مالكه عن غيره إلا بعد انتقاله إلى الغير، بل قد يدعى أن الصحيح

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب العتق الحديث ٢ و فيه «لا عتق الا بعد ملك».

٢- ٢ لم يتقدم لعمر بن يزيد روايه تدل على ذلك، و الذى يمكن الاستدلال به هو صحيح بريد العجلي المروى فى الوسائل الباب - ٤٠- من كتاب العتق الحديث ٢ المتقدم فى كتاب الكفارات ج ٣٣ ص ٢٢٢.

المزبور على خلاف ذلك أدل، و حيثئذ يكون التردد في أصل الانتقال في عبارته المتن في محله، وقد تقدم تمام الكلام في الكفارات (١) فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

### [المسألة الحادية عشره العتق في مرض الموت يمضى من الثلث]

#### إشاره

المسألة الحادية عشره:

العتق في مرض الموت يمضى من الثلث كغيره من المنجزات. و قيل:

من الأصل، و الأول مروى عنهم عليهم السلام (٢)

بعده طرق فيها الصحيح و غيره، كما أوضحنا ذلك مفصلاً فيما تقدم، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

---

١-١ راجع ج ٣٣ ص ٢٢٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب الوصايا الحديث ٣ و ٤ و ٦ و الباب - ٣٩ - و الباب - ٦٧ - منه.

[تفريعان]

**[الأول إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت و لا مال له سواهن أخرجت واحده بالقرعه]**

تفريعان:

الأول:

إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت و لا مال له سواهن أخرجت واحده بالقرعه إن كانت هي مقدار الثلث، و إلا فما قابله زاد أو نقص و لو جزء منها، كما سمعته في المسأله السابقه التي هي عين هذه المسأله.

و على كل حال فان كان بها حمل تجدد بعد الإعتاق فهو حر إجماعا ضروره تكونه من حره، فيتبعها إلا أن يكون أبوه عبدا و اشترط عليه الرقيه و قلنا بجوازه و إن كان سابقا على الإعتاق قيل و القائل الشيخ و أبو على:

هو حر أيضا لكونه تابعا لامه و فيه تردد بل منع لعدم المقتضى لها شرعا و لا عرفا، فيبقى على أصل الرقيه، بل هو أولى من البيع في ذلك، كما هو واضح، و الله العالم.

**[الثانى إذا أعتق ثلاثه فى مرض الموت و لم يملك غيرهم ثم مات أحدهم أقرع بين الميت و الحيين]**

الثانى:

إذا أعتق ثلاثه عبيد مثلا فى مرض الموت و لم يملك غيرهم ثم مات أحدهم قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث أقرع بين الميت و الحيين و لا- ينزل الميت منزله العدم و إن أبقينا للوارث مثل ما فات، لأن الميت إنما مات بعد العتق فهو صالح للحرية و الرقيه.

و حينئذ ف لو خرج الحرية لمن مات حكم له بالحرية و كانت

مؤونه تجهيزه على وارثه أو فى بيت المال و إن خرجت على أحد الحيين حكم على الميت بكونه مات رقا و مؤونه تجهيزه على سيده. لكن لا- يحتسب على الوارث من التركة بحيث يكون من ثلثيه، لعدم قبضه لها و المراد له المالیه، بخلاف الميت الذى احتسبناه عليه من ثلثه لو خرجت القرعه بحريته، لأن مراده الثواب و قد حصل له.

و حينئذ ف يقرع بين الحيين و يحرر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية كما لو لم يكن له إلا العبدان و أعتقهما، فمع فرض تساويهما فى القيمة يعتق ثلثا من خرجت القرعه بحريته.

و مع اختلافها ف لو عجز أحدهما عن الثلث لخسته و فرض خروج القرعه بحريته أكمل الثلث من الآخر و لو فضل منه لنفاسته كان فاضله رقا بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك من الفاضل فى قواعده و تحريره و الشهيد فى دروسه و ثانى الشهيدان فى مسالكه و غيرهم، بل لعل إطلاق المصنف و غيره عدم الاحتساب يقتضى ذلك حتى مع قبض الوارث، لعدم تسلطه على التصرف و إن ثبتت يده الحسيه، فيكون كما لو مات قبل قبضه، لكن فى المسالك و محكى المبسوط الأصح احتسابه، لدخوله فى أيديهم و فى ضمانهم و حينئذ فإذا خرجت القرعه لأحد الحيين عتق كله.

قلت: قد يقال بعدم احتسابه مطلقا على أحد منهم، ضروره اقتضاء عتقهم أجمع عتق الثلث من كل واحد، فمع فرض موته يموت من الجميع، كما هو مقتضى قاعده الإشاعه، و ليس الحر واحدا منهم غير معين و إنما هو ثلثه المشاع فى الثلاثه، و إن كان بالقرعه يتعين فى واحد كما يتعين غيره من المشاع بها، و كون مقصود الميت الثواب لا يقتضى الخروج عن قاعده الإشاعه، خصوصا لو مات أحدهم قبل موت السيد، فإنه بذلك يخرج عن كونه تركه يلحظ ثلثه فيها و يتعين الثلث فى الباقيين منه.

و من الغريب اتفاقهم هنا على القرعه بين الميت و الحيين مع ذكرهم وجوها

ثلاثه فيمن أعتق عبده منجزا و مات قبل موت السيد و لا مال له غيره: أحدها حرته أجمع، لأنه لا فائده للوارث في رقيته، و ثانيها رقيته أجمع، لعدم مقابله للوارث لو حكمنا بحرته، و ثالثها حرته ثلثه خاصه، مع أن الأول و الأخير جاريان في المقام.

اللهم إلا أن يقال إن مبنى المسأله على أن المعتق أحد الثلاثة إذا فرض أنه الثلث، لخبر الأنصارى (١)

المشتمل على التجزئه أثلاثا، لا- أن المعتق الثلث من كل عبد و أن الموت قبل السيد لا يبطل حكم تنجيزه بالنسبه إلى الميت دون الوارث، فلا بد حينئذ من القرعه، إذ لعله يكون هو الحر، فيحتسب على الميت الذى نجزه، و يحسب تنجيزه عليه من ثلثه، بل إذا انكشف بالقرعه حرته تبين أنه قد عين الميت الثلث به، فإذا مات احتسب عليه، كما لو عين ثلثه فى عين فتلفت بآفه سماويه قبل الموت، فإنه لا يكون له ثلث غيرها فكذا هنا، فان تنجيزه له بمنزله تعيينه ثلثا، فتأمل جيدا فان المقام محتاج إلى تأمل تام.

و لو كانت الصورة بحالها و مات اثنان فان المتجه بناء على ما عرفت أنه يقرع بينهم أيضا، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين عتق نصفه خاصه و حصل للورثه مثلاه و هو العبد الحى، لعدم احتساب العبد الميت الآخر عنهم و إن خرج سهم الرق عليه أقرع بين الميت الآخر و بين الحى، فإن خرج سهم الحريه على الميت الآخر أعتقنا نصفه أيضا، و إن خرج سهم الرق عليه لم يحتسب على الورثه و أعتقنا ثلث العبد الحى.

و لو كان موت الميت منهم بالقتل الموجب للقيمه دخل القتل فى القرعه مطلقا، لأن قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيته، فلا يفوت الوارث المال. ثم إن خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق كله و للورثه الآخر و قيمه القتل، و إن خرج القتل بان أنه قتل حرا، و على قاتله الدية لورثته.

و لا يخفى عليك أن ذلك و غيره مبنى على أن القرعه هنا بحكم القرعه التى

هى لتعيين المشتبه، لا قرعه تميز المشاع التى تقتضى التعيين حالها دون كشف للسابق، بل قد يتوقف فى اقتضاء الأولى الكشف أيضا فضلا عن الثانيه، خصوصا بالنسبه إلى التزام الغير بالديه أو القصاص.

و لعل هذه أو بعض ما سمعته سابقا الدقيقه التى أشار إليها فى الدروس، فإنه بعد أن ذكر الإقراع بين الميت و الحى و ذكر أن مثونه تجهيزه على ورثه العبد أو بيت المال لو خرجت القرعه بحريته قال: «و فيه دقيقه» فتأمل جيدا، هذا كله فى العتق بالمباشره.

### [الفصل الثانى فى العتق بالسرايه]

#### إشاره

و أما العتق ب السرايه فالمشهور أن من أعتق شقصا أى جزءا و لو يسيرا من عبده المملوك بأجمعه أو أمته سرى العتق فيه كله و إن لم يملك سواه إذا كان المعتق صحيحا جائز التصرف و المعتق بالفتح لا مانع من نفوذ العتق فيه، بل لعل ظاهر المتن و غيره عدم الخلاف فيه، بل فى الروضه ربما كان إجماعا، ل

خبر غياث بن إبراهيم (١) المنجبر بما سمعت عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «إن رجلا- أعتق بعض غلامه فقال على عليه السلام: هو حر ليس لله شريك»

و خبر طلحه بن زيد (٢) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن رجلا أعتق بعض غلامه فقال: هو حر كله ليس لله شريك»

مضافا إلى أولويتها من السرايه فى ملك الغير التى ستسمع اتفاق النصوص (٣)

و الفتاوى عليها فى الجمله.

فما عن ابن طاوس- من الميل إلى عدم السرايه للأصل المقطوع بما سمعت و ظاهر جمله من النصوص (٤)

المطرحه أو المؤوله و إن صح سند بعضها- فى غايه الضعف، و ربما مال إليه بعض من تأخر عنه ممن لم يكن على الطريقه المستقيمه فى استنباط الأحكام، و فى وافى الكاشانى حمل الخبرين المزبورين على صيروره العبد

١- ١ الوسائل - الباب - ٦٤- من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٤- من كتاب العتق الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٦٤- من كتاب العتق الحديث ٣ و ٤ و ٨.



بجميعه حراً إذا سعى في البقيه، قال: «و لعل له على مولاه ذلك شاء مولاه أو أبى، و لذلك أطلق الحكم بالحرية» و هو غير المحكى عن ابن طاوس و إن كان مثله فى الشذوذ.

و لعل الذى ألجأهم إلى ذلك النصوص التى منها

خبر حمزه بن حمران (١) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن رجل أعتق نصف جاريته ثم قذفها بالزنا فقال: أرى أن عليه خمسين جلده، و يستغفر الله تعالى - إلى أن قال - قلت: فتغطى رأسها منه حين أعتق نصفها، قال: نعم، و تصلى و هى مخمره الرأس، و لا تتزوج حتى تؤدى ما عليها أو يعتق النصف الآخر»

الذى حملة الشيخ على ما إذا لم يملك إلا نصفها، ل

خبر الحارثى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل توفى و ترك جاريه له أعتق ثلثها فتزوجها الوصى قبل أن يقسم شىء من الميراث أنها تقوم و تستسعى هى و زوجها فى بقيه ثمنها بعد ما تقوم، فما أصاب المرأه من عتق أو رق جرى على ولدها»

الذى حملة الشيخ أيضا على ما إذا لم يملك غيرها، و

خبر أبى بصير (٣) سأل الباقر عليه السلام «عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال:

يشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها ترد فى الرق فى نصف رقبته»

و صحيح الحلبي (٤)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أعتقت عند الموت ثلث خادمها هل على أهلها أن يكاتبوها؟ قال: ليس ذلك لها، و لكن لها ثلثها، فلتخدم بحساب ما أعتق منها»

و صحيح ابن سنان (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أعتقت ثلث خادمها بعد موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها شأؤوا أو أبوا؟ قال: لا، و لكن لها من نفسها ثلثها، و للوارث ثلثها يستخدمونها بحساب الذى لهم فيها، و يكون لها

١- ١ الوسائل - الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب المكاتبه الحديث ١ من كتاب التدبير و المكاتبه.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٦.



من نفسها بحساب ما أعتق منها»

و نحوه صحيح ابن مسكان (١)

التي هي من غير الفرض خصوصا بعد إمكان حملها على عدم ملك غيرها و إن كان فيها ترك الاستفصال.

و على كل حال فلا- ريب في أن الأصح ما عليه المشهور، لشذوذ النصوص المزبوره التي ينبغي طرحها إن لم تقبل التأويل، لرجحان الأدله عليها بما عرفت، و الله العالم.

ف ان كان له فيه شريك مسلم أو كافر، إذ لا فرق في السرايه بين أن يكون الشريكان مسلمين أو كافرين، أو كان المعتق كافرا إن سوغنا عتق الكافر، أو بالتفريق، لعموم الأدله، و حينئذ فمتى أعتق قوم عليه إن كان موسرا بلا خلاف أجده فيه مع قصده الإضرار، إلا ما حكاه في المختلف عن الحلبي من إطلاق وجوب السعى على العبد في الفك، بل و مع عدم قصده عند الأكثر، خلافا للشيخ و القاضي فأوجبا على العبد السعى و للإسكافي فخير الشريك بينه و بين إلزام المعتق قيمه نصيبه، و لا شاهد له.

و سعى العبد في فك ما بقي منه إن كان المعتق معسرا و لم يقصد المضاره بلا- خلاف، بل و مع قصدها وفاقا للأكثر، بل المشهور، بل في الانتصار الإجماع عليه، و على الأول أيضا، و بذلك يجتمع أكثر نصوص المقام التي هي

الصحيحان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا- يقدر على بيعه و لا- مؤاجرتة، قال: يقوم قيمه فيجعل على الذي أعتقه عقوبه، و إنما جعل ذلك عليه عقوبه لما أفسده»

و موثق سماعه (٣)

«سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال هذا فساد على أصحابه

١- ١ أشار إليه في الوسائل في الباب- ٧٤ من كتاب الوصايا الحديث ٣ و ذكره في التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣- الرقم ٩٤٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ٩.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ٥.

يقوم قيمه و يضمن الثمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه»

و خبر البصرى (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا، فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقى؟ قال: نعم يؤخذ بما بقى منه بقيته يوم أعتق»

المقيده ب

خبر محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام المنجبر بما سمعت «من كان شريكا فى عبد أو أمه قليل أو كثير فأعتق حصته و له سعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، و إن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق ثم يسعى العبد بحساب ما بقى حتى يعتق»

و صحيح الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن، و إن كان معسرا خدمت بالحصص»

محتسبه بذلك من السعى، أو نقيده ذلك بما إذا عجزت عن السعى.

و على كل حال بهما يقيد إطلاق

خبرى الحسن بن زياد و يعقوب بن شعيب (٤)

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أعتق شركا له فى غلام مملوك عليه شىء، قال:

لا

و إطلاق

خبر على (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوك بين أناس فأعتق بعضهم نصيبه، قال: يقوم قيمه ثم يستسعى فيما بقى، ليس للباقي أن يستخدمه و لا يأخذ منه الضريبه».

و نحوه فى إطلاق الأمر بالسعى حسن محمد بن قيس (٦) عن أبي جعفر عليه السلام بل و إطلاق

مرسل حريز (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام سأل «عن رجل أعتق غلاما بينه و بين صاحبه، قال: قد أفسد على صاحبه، فان كان

له مال أعطى نصف المال، وإن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام و يوم للمولى، و يستخدمه، و كذلك إن كانوا شركاء»

إلى غير ذلك من النصوص التي هي بعد حمل مطلقها على مقيدها داله

- 
- ١-١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٦.
  - ٢-٢ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٣.
  - ٣-٣ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٧.
  - ٤-٤ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٨.
  - ٥-٥ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٠.
  - ٦-٦ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٣.
  - ٧-٧ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١١.

على المشهور مؤيده في الجملة بقاعده الإلتلاف، و لا ضرر و لا ضرار، المشار إليها في النصوص المزبوره بالإفساد.

و لكن مع ذلك كله قيل و القائل الشيخ في النهايه و القاضى ابن البراج إن قصد الإضرار فكه إن كان موسرا، و بطل عتقه إن كان معسرا و إن قصد القربه عتقت حصته و سعى العبد في حصه الشريك، و لم يجب على المعتق فكه بل يستحب له، فان لم يفعل استسعى العبد في الباقي و لم يكن لصاحبه الذى يملك فيه ما بقى استخدامه، و لا له عليه ضريبه، بل له أن يستسعيه فيما بقى من ثمنه، فان امتنع العبد من السعى في فك رقبتة كان له من نفسه قدر ما أعتق و لمولاه الباقي، ل

صحيح محمد بن مسلم (١)

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما و له فيه شركاء فأعتق أحدهم لوجه الله نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضاره و هو موسر ضمن للورثه، و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصه من أعتق، و يستعملونه على قدر مالهم منه، فان كان نصفه عمل لهم يوما و له يوم، و إن أعتق الشريك مضارا و هو معسر فلا عتق له، لأنه أراد أن يفسد على القوم حصصهم»

و صحيح الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن «رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضارا كلف أن يعتقه كله، و إلا استسعى العبد في النصف الآخر».

إلا أن الأول قيل لا صراحه فيه في فساد العتق في حصته أيضا، و فيه أنه لم يفرض فيه إلا عتقها، كما أنه قيل أيضا لا صراحه فيه في سعى العبد في صوره عدم المضاره مع اليسار، و فيه مع أنه يمكن حمل عمل اليوم على السعاه أنه يكفى فيه إطلاق الآخر و عدم الدلاله في الثانى منهما على اعتبار اليسار يمكن تقييده بما في الصحيح الأول، و حينئذ يستفاد منهما معا حكم الصور الأربع، و هو الموسر المضار و الموسر غير المضار و المعسر غير المضار و المعسر المضار، ففي الأولى يضمن، و فى الأخيره يبطل، و فى الثانيه و الثالثه يستسعى.

١-١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٢.

و ظاهر المحكى عن خلافه قول آخر، و هو ضمان الموسر مطلقا مضارا كان أولا، و بطلان عتق المعسر المضار و سعى العبد مع عدم المضاره.

كما أن المحكى عن ابن الجنيد قول رابع، و هو تخيير الشريك في صورته عدم المضاره و اليسار بين إلزام المعتقد القيمه و بين سعى العبد، قال: و لو اختار الأول كان للمعتقد أن يرجع على العبد يستسعيه فيما غرمه من حصه شريكه، لأنه إنما غرم ذلك عن العبد و قام مقامه، و استسعى العبد مع الإعسار و عدم المضاره، و لم يتعرض لغير ذلك، بل و المحكى عن أبى الصلاح من إطلاق السعى قول خامس.

لكن لا يخفى عليك أن الذى تجتمع عليه جميع النصوص (١).

بعد حمل المطلق منها على المقيد ما سمعته من الشيخ و القاضى، بل هو أبعد عن أقوال العامه المحكيه فى المسأله إلا أن الشهره على خلافه، بل الإجماع المحكى، و بهما يرجح الجمع الأول عليه، إلا أنه لا بد من طرح بعض النصوص حينئذ.

و من الغريب دعوى الحلى تناقض كلام الشيخ فى اعتبار قصد القربه مع المضاره، و قد سمعت صراحه النصوص فى ذلك على أن المضاره المزبوره- التى هى من لوازم العتق المزبور المشار إليها فى النصوص بالإفساد الذى استحق به التقويم عليه إذا لوحظت تبعا على نحو ضم نيه التبرد- لا تقدر فى التقرب كما هو واضح.

و بذلك كله ظهر لك القوه فى القولين المزبورين، و أما باقى الأقوال فواضحه الضعف، بل بعضها لا شاهد له.

و كيف كان فظاهر النصوص أن جميع كسبه من سعيه الذى يفك به رقبته لا خصوص جزئه الحر، بل قد سمعت التصريح فى

خبر على بن أبى حمزه (٢) بأنه

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث - ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٥.

«ليس للآخر أن يستخدمه و لا يأخذ منه الضريبه»

بل لعل

قوله عليه السلام: في الصحيحين (١)

«أن ذلك فساد على أصحابه لا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرتة»

ظاهر في انقطاع التصرف عنه، كما صرح بذلك في المسالك و محكى النهايه.

لكن في القواعد على إشكال، و لعله من استصحاب الرق إلى الأبداء، و هو يستلزم تشريك المولى في الكسب و إن كان لا يخفى ما فيه بعد انقطاعه بظاهر النصوص الذى منه يعلم ضعف ما فى الإيضاح من دعوى قوه الاحتمال المزبور، لأنه المأمور بفك نفسه، فيكون من كسبه، و لأنه إذا أدى عن كسبه المملوك للسيد كان العتق حينئذ بلا عوض، إذ هو كالاتجاه فى مقابله النص.

و على كل حال فان عجز العبد أو امتنع من السعى و لم يكن بيت مال يفك منه من سهم الرقاب أو غيره كان له من نفسه ما أعتق و للشريك ما بقى، و كان كسبه بينه و بين الشريك على النسبه و كذا نفقته، و فطرته عليهما و غير ذلك من أحكام المبعوض، لكن ظاهر المحكى عن ابن إدريس وجوب فك سلطان الإسلام له من سهم الرقاب فى صوره العجز، و لم أجده لغيره، بل إطلاق أدله المقام على خلافه.

ثم إن ظاهر المتن عدم جبر العبد على السعى، و هو خلاف ظاهر ما سمعته من النصوص (٢)

نعم فى

خبر على بن أبى حمزه (٣) على ما فى كشف اللثام «و متى لم يختار العبد أن يسعى فيما قد بقى من قيمته كان له من نفسه بمقدار ما أعتق، و لمولاه الذى لم يعتق بحسب ماله»

و ربما يؤيده أن ذلك حق له

١-١ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ٩.

٢-٢ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣ و ١٠.

٣-٣ التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ الرقم ٧٩٢ و هذه القطعه ذكرت بعد روايه على بن أبى حمزه، و لم يعلم أنها من تتمه الروايه أو من عبارته الشيخ قده.



فلا يجبر عليه، بل فى الدروس و الروضه ظاهر الأصحاب عدم وجوب السعى عليه.

قلت: لكن جزم الفخر فى الشرح بكونه قهريا، لأن نظر الشرع إلى تكميل الحريره، و لذا عداه إلى ملك الغير قهرا، و للاستسعاء فى صحيح الحلبي (١)

الدال على قهره، مضافا إلى ظاهر الأمر به فى النصوص (٢)

و فيه أن المتجه فى الجمع بين هذه النصوص و نصوص المهائاه من الصحيح (٣)

و مرسل حريز (٤)

السابقين و خبر على بن أبى حمزه (٥)

الحكم بتخير العبد بين السعى فى فك نفسه و عدمه، و هو الذى سمعت نسبته إلى ظاهر الأصحاب، بل هو الموافق لقول المصنف و غيره «كان كسبه بينهما» و لما تسمعه من المهائاه، و إلا كان منافيا لفرض عجزه عن الكسب، بل و لصرف كسبه فى فك رقبته، خصوصا بعد ما فى المسالك من أن السعى كالكتابه فى كونه فكا للرقبه من الرقيه بجمله الكسب، و استقرار الملك بعجز المملوك، و عتق ما قابل المدفوع منه كما فى المطلقه، قال:

«و يفترقان فى اشتراطه بسبق عتق شىء منه دونها و عدم اشتراطه بعقد، و لا تقدير للعوض و لا للأجل، بل بقيمه المثل دونها» ضروره اقتضاء ذلك احتساب كل ما يحصل من كسبه فى فك رقبته لا أنه يكون مملوكا للمولى، إذ ليس مرجع ذلك إلا إلى اختياره، فان شاء السعى فى فكاك رقبته فعل و إن شاء لم يفعل، و حينئذ يكون كسبه بينه و بين المولى.

بل يتجه قول المصنف و غيره لو هائاه شريكه فى نفسه صح بل لا أجد فيه خلافا، بل هى ما سمعته فى صحيح ابن مسلم (٦)

و مرسل حريز (٧)

السابقين و إن كان الذى يقوى أنها من الصلح لا أنها معاوضه برأسها مع احتمالها،

١- ١ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١٢.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١١.

٥-٥ راجع التعليقه ٣ من ص ١٥٨.

٦-٦ ٦ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢.

٧-٧ ٧ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١١.

مؤيدا بعدم ضرب الأجل و نحوه فيها و عدم لزومها و غير ذلك مما لا يغتفر في الصلح.

و هل هي واجبه مع طلبها أو مطلقا هنا و إن كانت غير واجبه عندنا في المال المشترك الذي لا يمكن قسمته؟ وجهان ينشآن من توقف جواز التصرف فيه عليها، بل لعل ذلك هو ظاهر الصحيح (١).

و المرسل (٢)

المزبورين، و من الأصل و إشعار الإفساد و عدم استطاعه التصرف فيه في النصوص المزبوره.

لكن في الروضه «لو امتنعا أو أحدهما من المهاياه لم يجبر الممتنع، و كان على المولى نصف اجره عمله الذي يأمره به، و على البعض نصف اجره ما يغصبه من المده و يفوته اختيارا» و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرنا خصوصا بعد قوله: «يغصبه» و لعله لذا اقتصر في الدروس في نفى الجبر على صورته امتناعهما.

و كيف كان فإذا وقعت تناولت أى المهاياه المزبوره مع الإطلاق فضلا عن التصريح الكسب المعتاد و النادر كالصيد و الالتقاط و نحوهما بلا خلاف أجده فيه بيننا، لا طلاق الأدله التي منها خبر على بن أبى حمزه (٣)

السابق، و حينئذ فكل ما اكتسبه في نوبته اختص به نادرا أو غيره، و ما اكتسبه في نوبه المولى اختص به كذلك، خلافا لبعض العامه، فجعل النادر مشتركا بينهما، لأنه مجهول، و فيه منع قدح مثل هذه الجهاله فيها بعد إطلاق أدله مشروعيتها، كما هو واضح.

و لو كان المملوك بين ثلاثه مثلا فأعتق اثنان نصيبهما دفعه قومت حصه الثالث عليهما بالسويه تساوت حصصهما فيه أو اختلفت بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل و لا إشكال، ضروره تساويهما في سبب الإتلاف المعبر عنه في

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١١.

٣- ٣ راجع التعليقه ٣ من ص ١٥٨.

## النصوص بالإفساد (١)

و إن اختلفت خلافا لبعض فجعلها على التفاوت بنسبه الحصتين، و هو واضح الضعف.

و لو كان أحدهما معسرا ففي القواعد «قوم تمام الباقي على الموسر، و لو كان معسرا بالبعض قوم عليه بقدر ما يملك، و على الآخر بالباقي» بل في كشف اللثام «و الكل ظاهر».

لكن لا يخفى عليك أنه بعد استوائهما في التسبب المقتضى لكون الغرامه بينهما بالسويه ينبغي إجراء حكم كل منهما من اليسار و الإعسار عليه، فتأمل.

و إن ترتب و لم يؤد الأول شيئا فان لم يشترط الأداء في السرايه كان الثاني لاغيا و إلا صح عتقه، و لكن قيمه حصه الثالث منهم على الأول خاصه، لأنه استحقها عليه بإعتاقه، فلا يتغير بإعتاق الثاني، و إنما يؤثر فيما استحق هو عليه، و ربما احتمل كون التقويم عليهما كما لو أعتقا دفعه إلا أن ضعفه واضح.

و على كل حال فالولاء لهما مع صحه عتقهما على قدر العتق.

و لو وكل شريكه في عتق نصيبه فبادر إلى عتق ملكه قوم عليه نصيب الموكل على التعجيل، و إلا فلو كيل إعتاقه و لا تقويم، و إن بادر بعتق ما وكل فيه قوم على الموكل، لأنه سبب و ربما احتمل عدم التقويم، لأن المباشر أقوى، و ضعفه واضح، و لو أعتقهما دفعه فلا تقويم، و إن أعتق نصفًا شائعا منهما أمكن أن يقوم على كل واحد منهما ربع العبد، و إن أعتق نصفًا و لم ينو شيئا فالأقرب صرفه إليهما، كما في الدروس، و يحتمل إلى نصيبه لأن تصرفه فيما له هو الغالب، و يحتمل إلى نصيب الشريك، لأنه المأذون فيه، و البطلان لعدم التعيين، و الله العالم.

و تعتبر قيمه وقت العتق حتى على القول بالانعتاق بالأداء فضلا عن القول بانعتاقه بالعتق أو بالمراعاة لأنه وقت الإنفاق أو الحيلولة بين المالك

و ملكه بمنعه من التصرف فيه، مضافا إلى انسياقه من النصوص (١).

بل فى صحيح عبد الرحمن (٢) عن الصادق عليه السلام التصريح بذلك، بل و فى خبر محمد بن قيس (٣) عن الباقر عليه السلام أو صحيحه فى صورته سعى العبد، و لا فرق فى القيمة بين التزام المولى بها أو العبد، و كذا صحيحه الآخر (٤).  
على أنه لما أعتق نصيبه كلف بالأداء قيمه الباقي فيستصحب.

خلافًا للشهيدىن فى الدروس و المسالك فعند الأداء، بناء على الاعتاق به، لأنه وقت التلف، و لغيرهما فأقصى القيم من حين العتق إلى حين الأداء، و فيه- مع أنه كالأجتهاد فى مقابله النص- أن التلف شرعى و المضمن سببه، و هو العتق، و الله العالم.

و كيف كان ف تنعتق حصه الشريك بأداء القيمة لا- بالإعتاق وفاقا للمشهور بل عن المرتضى الإجماع عليه، للأصل و لأنه المستفاد من التأمل فى أكثر النصوص: كصحيحى (٥) الحلبي و غيره بل و

خبر محمد بن قيس (٦) أو صحيحه المتضمن لقوله عليه السلام: «فليشتره من صاحبه فليعتقه كله»

بعد الإجماع فى المسالك على عدم الشراء حقيقه، فيحمل على الأداء و إن قال فى الرياض فى دعوى الإجماع عليه- مع تعبير كثير من الأصحاب بعين ما فى الروايه من دون قرينه صارفه- مناقشه إلا أنه كما ترى، ضروره إمكان القطع بكون مرادهم الأداء المزبور لا الشراء حقيقه الذى قد يمتنع عنه الشريك و يحتاج إلى الجبر أو قيام الحاكم.

كما أن ما فيه أيضا- من اعتبار الاعتاق ثانيا بعد الشراء، بل قيل: و نحو هذا عبائر كثير من القدماء كانهايه و القاضى و الصدوق- محمول على ما هو الظاهر

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث - ٦.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث - ٣.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ٩.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث ٣.

من متأخرى الأصحاب من عدم الخلاف فى حصول الانعتاق بمجرد أداء قيمه، بل قيل هو الظاهر من عبارة كثير من القدماء كالمفيد والحلى والمرضى، بل ظاهره الإجماع عليه، فينبغى صرفه فى الروايه و كلام الجماعه إلى الانعتاق، خصوصا بعد ملاحظه التصريح فيها بذلك حال السعى الذى هو كأداء قيمه، و لأنه لو أعتق بالإعتاق لزم الإضرار بالشريك بتقدير هرب المعتق أو تلف ماله.

خلاف لابن إدريس فيعتق بصيغه العتق التى وقعت على نصيبه، لأن ذلك هو مقتضى السرايه و مدلول الأخبار الداله عليها، ل

قول النبى صلى الله عليه و آله (١)

«إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله»

و يروى (٢)

«فهو حر كله»

و يروى (٣)

«فهو عتيق»

و قول على عليه السلام (٤)

«هو حر ليس لله شريك»

و نصوص الإفساد (٥)

الذى معناه حصول الانعتاق بعتقه، و فيه عدم اللفظ المزبور فى المعتبر من نصوصنا، كما أن ما ذكره من الأخبار النبويه من طرق العامه و ليست من طرقنا، و قول على عليه السلام إنما هو فيمن أعتق بعض غلامه، و محتمل لإرادته بيان الواقع فيه نفسه لا التعليل، و لإرادته عدم الشريك للتحرير بأداء قيمه أو السعى ليشمل حالى اليسار و الإعسار، و نصوص الإفساد يراد منها الفساد بالتبعيض المقتضى للمنع عن بيعه و مؤاجرته، فهى حينئذ على ما قلناه أدل.

و للشيخ فى المحكى عن مبسوطه من أن الأداء كاشف عن العتق بالصيغه و هو الذى حكاه عنه المصنف بقوله و قال الشيخ: هو مراعى و مال إليه فى المسالك و غيرها بدعوى أن فيه جمعا بين الأخبار، و فيه أنه ليس فى نصوصنا ما يقتضى انعتاقه بالعتق حتى يكون ذلك جمعا بينها، بل هى ظاهره فى الأول، بل صريحه فيه فى صورته السعى و فى أن الصيغه سبب للالتزام بالقيمه للموسر، و الكشف إنما يلتزم

- ١-١ سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧٧.
- ١-٢ سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧٦.
- ١-٣ سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧٧.
- ١-٤ ٤ الوسائل - الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ١.
- ١-٥ ٥ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١ و ٥ و ٩.

به لو ثبت فى الأدله ما يقتضى سببه الصيغه للتحرير، فيجمع بين ذلك و بين ما دل على اعتبار الأداء بالكشف. فمن الغريب توقف مثل العلامه فى أكثر كتبه، و ولده و الشهيد فى النكت فى المسأله.

و أغرب منه ما فى المسالك حيث قال بعد أن ذكر الأقوال و الأدله: «و الحق أن الأخبار من الجانبين ليست من الصحيح، و الأخبار الداله على اعتبار وقت العتق أكثر» إذ قد عرفت أنا لم نقف على خبر منها فى طرفنا، و أن الدال على الأول الصحيح و غيره.

و كذلك ما فرعه على هذه الأقوال من مسأله عتق الاثنين من الشركاء الثلاثة مترتبين التى قد عرفت الحال فيها، قال: «فان قلنا ينعق بالإعتاق قوم على المعتق أولاً و إن قلنا بالأداء و لم يكن الأول أدى قوم عليهما، و إن قلنا بالمراعاة احتمال تقويمه عليهما أيضاً، لأن عتق الثانى صادف ملكاً فوق صحيحاً، فاستويا فى الحصه الأخرى و تقويم الأول، لأنه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق، فوق عتقه لغوا و فى الأول قوه» إذ لا يخفى عليك ما فى جزمه بالتقويم عليهما على القول الثانى و ذكره الوجهين على الثالث، و كذا ما فرعه أيضاً من وقت القيمه الذى عرفت أنه وقت العتق على كل تقدير، للنصوص و غيرها.

نعم يتفرع على الأقوال المزبوره ما لو أعسر المعتق بعد الإعتاق، فإنه تحصل الحريه و تبقى القيمه فى ذمته على القول بحصولها بنفس العتق بخلاف القولين الآخرين.

أما موته ففى المسالك «لا يؤثر على الأقوال، أما على التعجيل فظاهر، و أما على التوقف فلأن القيمه تؤخذ من تركته كالدين، و الإعتاق صار مستحقاً عليه فى حال الحياه، و قد يوجب سبب الضمان فى الحياه و يتأخر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً فى محل عدوانا فتردى فيها بهيمه أو إنسان بعد موته» و فيه إمكان منع الاستحقاق عليه بعد الموت مع فرض كونه ليس من الديون، للأصل و غيره،



و القياس على حفر البئر يدفعه صدق الإلتلاف معه، بخلافه مع فرض كون الإلتزام حال الحياه فتأمل.

و لو مات العبد قبل أداء القيمه فعلى القول بالتحريم بالعتق مات حراً موروثاً منه، و يؤخذ قيمه نصيب الشريك، و على المراعاة ففى المسالك «وقف إلى أداء القيمه، فإذا أدت بان أن الأمر كذلك» و فيه إمكان اعتبار قابليته للتحريم عليها، فيسقط حينئذ كما يسقط على القول الثالث، ضروره عدم صلاحية الميت للعتق، و الترام الكشف فيه هنا مناف لأصل القول، كما هو واضح.

و لو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمه لم ينفذ بناء على حصول التحريم بالعتق، و إن أخرناه إلى أداء القيمه فالوجه نفوذه للأصل و غيره، و لأن المقصود تكميل العتق، و قد حصل و أغنى عن التكليف بأداء القيمه، و ربما احتمال عدم النفوذ، لاستحقاق المعتق تملكه بالقيمه ليعتق عليه و يكون ولاؤه له، و لا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره، لكنه كما ترى. نعم لا- بأس بالقول بذلك على المراعاة و إن كان ظاهر المسالك كونه كالأول فى النفوذ، لكنه لا يخلو من نظر، كما أشرنا إليه سابقاً، فلاحظ و تأمل.

و لو وطأ الشريك الجارية قبل أداء القيمه فعلى القول بالحرية يلزمه حكم وطء الحره، و على المختار يلزمه نصف المهر بنصفها الحر مع الإكراه، و على القول بالمراعاة ففى المسالك «يحتمل ذلك أيضاً، لكونها حال الوطء مملوكه له، و ثبوت جميعه لها بعد الأداء، لانكشاف كونها حره حينئذ، و لا حد من جهة الحصفه، لحصول الشبهه بالاختلاف فى ملكه» و فيه تأمل، بل يمكن منافاته لما سبق منه، إلى غير ذلك من الفروع المذكوره فى الكتب المبسوطه التى لا يخفى حكمها بعد الإحاطه بما ذكرنا.

و (منها) ما ذكره المصنف بقوله و لو هرب المعتق صبر عليه حتى يعود، و لو أعسر انظر إلى الإيسار ضروره وضح الحكمين على المختار و على المرعاه،

لأن حق العتق لا يبطل بذلك، بل يستمر إلى أن يمكن الأداء، لوجود السبب الموجب له و هو الإعتاق، و إن توقف على أمر آخر و لا يكون كالحق الفوري يبطل بالتأخير، و حينئذ فيبقى بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدي إليه قيمه، و هل يرتفع الحجر عنه بذلك؟ يحتمله حذرا من تعطيل ملكه عليه بغير بدل، و الأقوى خلافه، للأصل و نصوص الإفساد و غير ذلك، و الفائده في نقله المنع عن الملك بيع و نحوه لا في استخدامه، أما على القول بالحرية فالقيمة دين عليه، فينظر عوده و يساره، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو أراد العبد فك نفسه بالبيع كان للشريك عدم قبوله بالنسبة إلى حصته، للأصل و غيره، و لو أعتقه معسرا ثم أيسر بعد السعى لم يكن للعبد رجوع عليه و إن احتمل، للأصل و غيره، نعم لو أيسر قبل السعى و لو قبل تمامه قيل: قوم عليه، و لا يخلو من نظر، ضروره ظهور الأدله في أن العبره حال العتق، و من هنا لو تجدد إعساره انتظر و لا ينتقل إلى السعى، لكن جزم في القواعد و غيرها بالتقويم، و لا يخلو من نظر.

و (منها) ما لو ادعى أحد الشريكين على الآخر عتق نصيبه موسرا فأنكر حلف، و كان نصيب المدعى حرا مجاناً على القول بالحرية بالعتق، بخلاف القولين الآخرين، و لو نكل استحق المدعى باليمين المردوده قيمه نصيبه، و بأدائها يحكم بالعتق على المختار، و بدونه على القول الآخر، و كون اليمين المردوده بمنزله الإقرار أو البيئه بعد تسليمه إنما هو فيما وقعت عليه الدعوى من استحقاق الشريك القيمة لا مطلقاً.

لا يقال إقرار المدعى سبب اختياري في انعتاق حصته فيسرى عليه في حق المدعى عليه، لا لما في حاشية الكركي من منع سببته الخاصه التي هي مناط السريان، إذ الإقرار سبب كاشف لا محصل للعتق و موجب له، و مناط السريان الثاني خاصه، إذ هو كما ترى مناف لكون الإقرار طريقاً شرعياً لثبوت العتق

المقتضى للسريان، بل لأن الإقرار هنا بالانعتاق لا بالعتق المقتضى له، كما هو واضح.

و لو اختلفا فى القيمه و لا طريق إلى معرفتها لموت العبد و نحوه فالقول قول المعتق لأصالة براءة ذمته من الزائد كما فى نظائره.

و قيل القول قول الشريك لأنه ينتزع نصيبه من يده فيكون القول قوله، و اختاره الشهيد فى اللمعه، و فى الدروس مبنى القولين على الخلاف السابق أى إن قلنا: إن السرايه تتعجل فالمصداق المعتق، لأنه غارم، و إن قلنا تتأخر فالمصداق الشريك، لأن ملكه باق، فلا- ينتزع إلا- بما يقوله كما فى المشتري مع الشفيع، و الوجه تقديم قول المعتق على كل حال، لأنه المنكر للزيادة على التقديرين.

نعم لو ادعى المعتق فيه عيبا يوجب نقص قيمته أصليا أو عارضا فالقول قول الشريك لأصالة السلامه و عدم حدوث العيب، كما هو واضح.

و لو ادعى فيه صنعه تزيد بها القيمه فإن تعذر استعمالها حلف المعتق، و إن كان محسنا لها ففى الدروس على الأداء يقوم صانعا، و على الإعتراف يحلف المعتق على عدم سبقها، و هو جيد بناء على اعتبار القيمه عند الأداء، و لو أدى القيمه ثم طالبه الشريك بالصنعه فادعى تأخيرها عن الأداء حلف إن أمكن التجدد، و الله العالم.

و الإيسار المعتبر هنا هو أن يكون مالكا لقدر قيمه نصيب الشريك فاضلا عن قوت يومه و ليلته له و لعياله الواجبى النفقه، ل

قوله عليه السلام (١)

«فان كان له مال قوم عليه الباقي»

الذى هو فى الحقيقه تفسير للموسر فى غيره (٢)

بل ظاهر

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث ١١ و فيه «فان كان له مال أعطى نصف المال» و فى المستدرک الباب-

١٦- منه الحديث ٥ عن النبى ص: «. و له مال قوم عليه الباقي».

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٨- من كتاب العتق الحديث ٧.

عبارة المتن عدم استثناء المسكن و الخادم اللذين هما من مستثنيات الدين، بل ظاهرها أيضا شمول الدين بمثل ما يملكه أو أكثر، لإطلاق الخبر السابق (١)

، و لأنه مالك ما فى يده، نافذ التصرف فيه، حتى لو اشترى به عبدا فأعتقه نفذ، و لأنه لو طالبه بعض غرمائه و جب عليه إبقاؤه و إن كان للباقيين ما يستغرق ماله، فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله معسرا لحرمت مطالبته على كل واحد منهم كما تحرم مطالبه المعسر و المعتكق أولى، لأنه مبنى على التغليب.

لكن قد يناقش بأنه و إن شمله الخبر المزبور (٢)

بل و إطلاق اليسار فى بعض النصوص (٣)

لكن فى خبر البصرى اعتبار السعه فى المال (٤) الظاهر فى غير ذلك، ضروره أن المدين بقدر ما يملكه أو أزيد ليس من ذى السعه فى المال، كما أن من ليس عنده إلا مستثنيات الدين كذلك أيضا.

و لعله لذا لهجت ألسنه الطلبه فى زمن العلامه بالسهو من الناسخ فى قوله فى الإرشاد: «و لو كان عليه دين بقدر ماله فهو موسر» و أن الصواب «معسر» بل عن فخر المحققين إصلاحها بذلك باذن العام من والده، و كتب عليها بخطه «لا يقال هذا مالك قادر على التقويم حقيقه و شرعا فلم لا- يكون موسرا، لأننا نقول: إن هذا له بدل، لأن الدين لم يتعلق بالمال، بل بالذمه، و إذا تعلق بالذمه هو و المعتكق و جب التقسيط مع القصور، و لا تقسيط منا» و إن ناقشه الشهيد بأن التقسيط إنما يكون مع مقتضيه، كالفلس و الموت، فليس عدمه هنا لعدم تعلقه بالمال، سلمنا لكن التقسيط جائز فيفك بحسابه، و قد صرح به المصنف، و ان نفى التقسيط لعدم الحجر لم يلزم منه عدم اليسار على الإطلاق، إذ هو مطالب بالدين و الفك فى نفس الأمر.

١-١ راجع التعليقه ١ من ص ١٦٧.

٢-٢ راجع التعليقه ١ من ص ١٦٧.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢.

٤-٤ اعتبار السعه فى المال انما ورد فى صحيحه محمد بن قيس المرويه فى الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٣.

و من هذا و غيره جزم الشهيد بأن العبارة على حالها، خصوصا بعد أن استشكل في الإعسار و عدمه في الفرض في التحرير و إن جزم بكونه معسرا في القواعد.

قلت: لكن الانصاف صدق عدم السعة في المال و أنه ذو عسره في الفرض حتى لو كانت الديون مؤجلة، و التزام التقسيط في صورته الفلوس مما لا يلتزمه فقيه بعد معلوميه كون الالتزام بالفك ليس من الديون التي تتعلق بالمال، كالتزام صدق اليسار على من قابل دينه ماله أو زاد، و وجوب الدفع عليه عند مطالبه البعض لكونه قادرا على وفائه لا يقتضى صدق اسم اليسار عليه قطعا فضلا عن صدق ذي السعة في المال، كما هو واضح.

و على كل حال فالمرريض معسر فيما زاد على الثلث بناء على عدم نفوذ تنجيزه في غيره، و الميت معسر مطلقا، فلا يسرى عتقه الموصى به و إن وفي الثلث، خلافا لبعض كما ستمتع.

و لو ورث شقفا ممن يعتقد عليه قال الشيخ في الخلاف: يقوم عليه مستدلا عليه بإجماع الفرقه و أخبارهم و لكن هو بعيد للأصل بعد ظهور أدله السرايه في المباشرة، و لذا كان مذهبه في محكى المبسوط العدم، كما هو المشهور بين الأصحاب، نعم لو اشترى أو اتهب سرى، لقيامه حينئذ مقام الإعتاق باختياره الشراء مثلا- المسبب للانعقاد، مع أنه لا- يخلو من نظر لو كان المدرك ذلك، لعدم صدق الإعتاق عليه لا- أقل من الشك، و الأصل عدمها كما تقدم ذلك في الكفارات و منه يعلم أن المدرك غير ذلك.

و لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه و ليس له غيره لم يقوم على الورثة باقيه لأنهم لم يعتقوه عن أنفسهم، و إنما أعتقوه على المورث، فلا وجه للسرايه عليهم و لا على الميت و إن كان وقت الوصيه موسرا، لانتقال التركة إلى الوارث بالموت، فصار عند الإعتاق معسرا، فلا يقوم على من لا يملك شيئا وقت نفوذ

العتق، كما لو وكل في عتق الشقص و هو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر.

خلافًا للمحكي عن الشيخ، فيسرى إن وسعه الثلث، ل

خبر أحمد بن زياد (١) سأل الكاظم عليه السلام «عن رجل تحضره الوفاة وله مماليك خاصة بنفسه وله مماليك في شركة رجل آخر فيوصى في وصيته مماليكى أحرار، ما حال مماليكه الذين في الشركة؟ قال: يقومون عليه إن كان ماله يحتمل، ثم هم أحرار»

الضعيف سندا ولا جابر المحتمل لإرادته التنجيز من قوله «أوصى» الذى أشار إليه المصنف بقوله و كذا لو أعتقه عند موته أعتق من الثلث و لم يقوم عليه، و قد تقدم تمام الكلام فى ذلك فى كتاب الوصايا.

لكن فى الدروس هنا «و لو أوصى بعتق شقص من عبده أو دبر شقصا منه ثم مات و لا يسع الثلث زياده عن الشقص فلا سرايه، و لو وسع فى السرايه وجهان، كما لو أوصى بعتق شقص من عبد له فيه شريك و وسع الثلث نصيب الشريك، و هنا روى أحمد بن زياد (٢) عن أبى الحسن عليه السلام تقويمه، و عليه الشيخ فى النهايه، خلافا للمبسوط و ابن إدريس، لزوال ملكه بموته، و الأول أثبت، لسبق السبب» و هو كما ترى، و لو أوصى بعتق نصيبه و نصيب شريكه فعلى القول بالسرايه فالوصيه تأكيد، و يجبر الشريك على أخذ قيمه، بل يحتمل ذلك أيضا على القول الآخر، إذ عتق البعض سبب فى التقويم ما لم يمنع مانع و هنا زال المانع، أعنى حق الوارث من التركة بالإيضاء، و يحتمل المنع، كما لو أوصى بشراء عبد الغير و عتقه، لأنه لا يجبر مالكة على العتق.

و منه - مضافا إلى ما سمعته سابقا من النصوص (٣)

- يعلم أن المراد هنا نفي التقويم خاصة، أما السعى فهو على مقتضى الأدله السابقه، كما نص عليه المصنف فى كتاب الوصايا، فلا يتوهم من كلامهم هنا عدم السعى و عدم التقويم.

بل مما تقدم هناك يعلم الحال فيما لو كان قد أوصى بثلثه من دون تعيين

١- ١ الوسائل - الباب - ٧٤ - من كتاب الوصايا الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧٤ - من كتاب الوصايا الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق.

مصرف خاص ثم أوصى بعق الشقص، فيحتمل التقويم عليه باعتبار أن له مالا، و يحتمل العدم باعتبار استحقاق صرف ثلثه في وجوه البر عنه، فهو كالوصيه به لمصرف خاص في كونه مستحقا، فلا مال له حينئذ، و لعله لذا قال في القواعد: «إن المريض معسر فيما زاد على الثلث و الميت معسر مطلقا» فلاحظ و تأمل.

نعم لو أوصى بعق النصيب و التكميل صح مع أنه قال في التحرير و هل يحتمل في الأخير رضا الشريك؟ إشكال» و هو في محله، و الله العالم.

و كيف كان ف الاعتبار بقيمه الموصى به بعد الوفاء بلا خلاف أجده فيه، لأنها هي محل نفوذ العتق و وقت خروجه عن الوارث و انتقال التركة إليه، فيعتبر وصول مثله إليه. و من هنا صرح الشيخ و أبو علي و غيرهما ب أن الاعتبار بقيمه المنجز عند الإعتاق الذي هو وقت خروجه عن ملكه، فيعتبر في نفوذه بقاء مقدار ضعفه للوارث، خلافا للفاضل في أحد قولي، فجعل المنجز كالمؤخر في اعتبار قيمه عند الموت إن نقصت قيمه المنجز لأنه لو بقي عبدا نقص على الوارث أيضا، فلم يتضرر بالتنجيز بشيء، نعم لو زادت قيمته كانت بمنزلة الكسب، فلا يحسب منها تركه ما قابل الجزء المعتق بخلاف ما قابل الجزء الرق.

و على كل حال ف الاعتبار في قيمه التركة بأقل الأمرين من حين الوفاء إلى حين القبض، لأن التالف بعد الوفاء قبل القبض غير معتبر في الاحتساب على الوارث.

و أما الزيادة (١١) و هي مملوكة للوارث (١٢) باعتبار أنها نماء ملكه، لانتقال التركة إليه، و حينئذ فلو زادت قيمه المعتق عند الوفاء فإن خلف ضعف قيمته الأولى فصاعدا أعتق كله، لأن الزيادة في الحرية غير محسوبة من التركة، و إن نقص ماله أو لم يخلف سواه فعلى ما سمعته من الفاضل حسب نصيب الرقيه من التركة، فتكثر، فيقل العتق، فيكثر الرق، فتزيد التركة، فيكثر العتق، و ذلك دوري.

و حينئذ فطريق استخراج مقدار المعتق بأن يقال: لو كانت قيمته عشره مثلاً وقت العتق فصارت عند الوفاة إلى عشرين و لم يخلف سواه عتق منه شىء، و له من زياده القيمه شىء، و للورثه شيان بإزاء المعتق، لما عرفت من استحقاق الوارث الضعف، فيكون العبد بتقدير أربعة أشياء، فيعتق منه حينئذ نصفه الذى هو الان يساوى عشره، و قد كان يساوى خمسين، و للورثه نصفه الذى يساوى عشره، و هو ضعف ما عتق منه.

و لو كانت قيمته مائة وقت العتق و ثلاثه مائة عند الوفاة أيضاً قيل أيضاً عتق منه شىء، و له من زياده القيمه شيان، لأنها ضعف الأولى، و للورثه شيان ضعف ما عتق منه، فيكون العبد بتقدير خمسة أشياء، ثلاثه له، و اثنان للورثه، فيعتق منه ما يقابل مائة و ثمانين، و يبقى منه للورثه ما يقابل مائة عشرين.

و لو صارت قيمته مائتين و خلف السيد مائة غيره قيل عتق منه شىء، و له من نفسه باعتبار زياده القيمه شىء آخر، و للوارث منه و من المائتين شيان بإزاء ما انعتق، فالمجموع فى تقدير أربعة أشياء، شيان للعبد من نفسه، و شيان للورثه، و الشىء خمسة و سبعون، فيعتق منه ثلاثه أرباعه، و يسلم المائة و الربع الآخر للورثه.

و لو بلغت قيمته ثلاثمائة و خلف مائة قيل أيضاً: عتق منه شىء، و تبعه من نفسه باعتبار زياده القيمه شيان، و للورثه من نفسه و باقى التركة شيان بإزاء ما انعتق، فالمجموع فى تقدير خمسة أشياء ثلاثه من نفسه، و هى أربعة أخماس نفسه، و للورثه اثنان من نفسه و باقى التركة، فيعتق منه أربعة أخماس، و هى مائة و أربعون، و يسترق الورثه منه ستين، و يدفع لهم المائة، فيكمل لهم مائة و ستون ضعف ما انعتق منه.

و لو أعتق و قيمته مائة ثم بلغت عند الموت ألفاً قيل: عتق منه شىء، و تبعه تسعة أشياء، و للورثه شيان بإزاء ما عتق، فالعبد فى تقدير اثني عشر شيئاً، للورثه سدسه، فيعتق خمسة أسداسه، و هكذا باقى ما يفرض، هذا كله على ما سمعته من



الفاضل. أما على ما سمعته من المصنف و غيره فلا عبره بالزيادة أصلا.

نعم لو نقصت قيمته عند الوفاه كما لو عادت إلى خمسه بعد أن كانت عشره قال الفاضل: لزم الدور أيضا، لأن التركه معتبره بالوفاه، فلا يحصل للوارث ضعف ما عتق، لأن المعتق منه ثلثه، و هو يساوى ثلاثه و ثلثا، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاه، و هو متعذر، فينقص العتق عن الثلث، و كلما فرض عتق كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقله المعتق، و يكثر المعتق بكثره النصيب، فيقل النصيب و هكذا.

و التخلص منه باستخراج قدر المعتق بأن يقال: عتق منه شىء عاد إلى نصف شىء، فيبقى العبد فى تقدير خمسه إلا نصف شىء تعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسه إلا نصف شىء يعدل شيئين، فإذا أجبرت بنصف شىء و قوبلت بالنصف الناقص كانت خمسه كامله تعدل شيئين و نصفا، فالشىء اثنان، و قد عاد إلى نصف شىء، فيكون واحدا، و ذلك خمس العبد الان، و قد كان قيمته وقت العتق اثنين، و قد بقى للورثه أربعة أخماسه، و ذلك يساوى الأربعة الآن، و هو ضعف قيمه الجزء المعتق من يوم الإعتاق، و لا- دور على قول الفاضل فى الفرض، لعدم تغير الحكم عنده لو لم يكن له مال سواه، و إن كان له مال غيره اعتبر ضعف قيمته الان.

و لو كان قيمته يوم الإعتاق مأه ثم رجعت إلى خمسين عند الوفاه و قد خلف مأه أخرى غيره فعلى قول الفاضل ينعق جميعه، لأنه الان ثلث التركه، و على قوليهما يقال: عتق منه شىء رجع إلى نصف شىء بقى منه خمسون إلا- نصف شىء و يكون للورثه المأه و خمسون إلا نصف شىء: تعدل شيئين، و بعد الجبر و المقابله يكون مأه و خمسين: تعدل شيئين و نصفا، فالشىء ستون، فينعق منه ثلاثه أخماس، و هى الآن ثلاثون، و للورثه مأه و عشرون ضعف ما عتق منه أولا.

و لو أعتق ثلاثه أعبد لا مال له سواهم، قيمه كل واحد مأه فعادت قيمه أحدهم إلى خمسين، فان خرجت القرعه للذى انتقص قيمته عتق، و يعتق ثلث الآخر بالقرعه

عند الفاضل؛ و على قول غيره لا يعتق من الآخر شىء، لأنه قد كان قيمته يوم الإعتاق مأه، و ينبغى أن يبقى للورثة ضعفها، و ان خرجت لأحد الآخرين فعلى قول الفاضل و غيره يعتق منه خمسه أسداسه، و قيمتها ثلاثه و ثمانون و ثلث، و يبقى للورثة سدسه و الآخران، و جملة قيمتها مأه و ستة و ستون و ثلاثان، و هى ضعف ما عتق، لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان، و هى مأتان و خمسون.

و لو أعتق عبدين لا مال له سواهما قيمه كل واحد مأه ثم عادت قيمه أحدهما إلى خمسين، فان خرجت القرعه للذى لم تنقص قيمته عتق نصفه و بقى للورثة نصفه و الآخر، و هما ضعف ما عتق عند الفاضل و غيره، و إن خرجت للذى انتقص عتق كله على قول الفاضل، و على قول غيره يقع الدور، لأنه يحتاج إلى إعتاق بعضه معتبرا بيوم الإعتاق و إلى إبقاء بعضه للورثة معتبرا بيوم الموت.

و طريقه أن يقال: عتق منه شىء و عاد إلى نصفه، فيبقى للورثة مأه و خمسون إلا نصف شىء بقدر ضعف ما عتق، و هو شيئان، فإذا جبرت و قابلت صار مأه و خمسون تعدل شيئين و نصفاً، و الشىء ستون، فعرف أن المعتق من العبد يوم الإعتاق ستون، و دعا هذا المبلغ إلى ثلاثين، فيبقى للورثة خمسا هذا العبد و هو عشرون، و العبد الآخر و هو مأه و ذلك ضعف ما عتق أولاً إلى غير ذلك من الصور المتصوره التى تنطبق على القاعدتين المزبورتين.

و يمكن استخراج كثير من هذه الصور على حسب ما عرفت بطريق آخر، و هو أن يؤخذ ثلث القيمة الناقصه و يقسم ثلثا القيمة الزائده على مقداره، ثم تنظر نسبه الثلث إلى ذلك، فان كان ربما قيل: عتق ربعه، و إن كان خمسا قيل: عتق خمسه، و هكذا. و هو متحد فى النتيجة.

و أسهل منه طريق آخر أيضا موافق فى النتيجة أيضا، و هو أن تنظر نسبه القيمة الناقصه إلى الأولى، فيكون خمسا أو سدسا أو غير ذلك، فيلاحظ مخرج الخمس أو السادس مثلا و يضاعف بمثله، ثم يزيد عليه واحدا و يحكم بأنه عتق منه ما يقتضيه نسبه ذلك الواحد إلى ما ضم إليها، فلاحظ و تدبر.

و على كل حال فالأصل فى هذه المسأله هو ما حكاه الفاضل فى المختلف عن ابن الجنيده أنه قال: «لو كان العتق فى المرض ثم تغيرت حالهم بزياده و نقصان كان التقويم يوم العتق فى الحكم، و إن كن مدبرات أو بوصيه كان يوم يموت، لأن فى ذلك وقع العتق، و لو كن حبالى قوم من حبالى، و أيتهن عتقت تبعها ولدها، لأنه جزء منها وقت وقوع العتق- ثم قال هو:- و الوجه التسويه بين العتق المنجز و المؤخر كالتدبير و الوصيه فى أن الاعتبار بالقيمه وقت الوفاه إن نقصت قيمه المنجز، لأنه لو بقى عبدا لم يتحفظ على الورثه سوى قيمته الناقصه، فلم يتلف عليهم أكثر منها و أما إن زادت قيمه كانت بمنزله الكسب، للعلم بعتق شىء من وقت الإعتاق فإن زادت قيمه المعتق لم يحسب من التركه و لا عليه، و أما الرق فيحسب زيادته منها و يدخلها الدور إن لم يخلف شيئا سواه أو خلف أقل من ضعف القيمه الاولى» ثم أخذ فى طريق استخراج الجزء المعتق بالطريق الذى سمعت أمثله.

ثم حكى عن الشيخ فى مبسوطه فى مقام آخر أنه قال: «قيمه من أعتق فى مرضه تعتبر حين الإعتاق، لأنه وقت الإلتلاف، و قيمه من أوصى بعتقه تعتبر حين الوفاه، لأنه وقت استحقاق العتق، و هذا يوافق قول ابن الجنيده الذى نقلناه أولا و بينا الوجه فى ذلك، و الأصل فى هذه المسأله أن تقول: إن العبد إذا أعتقه مولاه المريض و لا شىء سواه ثم مات قبله هل يكون كله حرا أو كله رقا أو يعتق ثلثه؟

وجوه ثلاثه، فإن قلنا إنه يتحرر كله فالوجه ما قدمناه أولا حين نقلنا كلام ابن الجنيده فى هذه المسأله، و إن قلنا بالثانى جاء ما قاله الشيخ و ابن الجنيده و طريق استخراج معرفه القدر المعتق منه على قولهما- ثم ذكر الأمثله السابقه إلى أن قال:- و إنما طولنا فى مثل هذه المسائل فى هذا الكتاب و كثرنا الأمثله لخلو كتب علمائنا عنها، و بكثره الشواهد يحصل التمهر فيما يرد على الفقيه فى هذا الباب» و كل من تأخر عنه كالشهيد الأول و الثانى و الصيمرى اقتصر على نقل كلامه أو أكثره من غير زياده و لا نقيصه و لا تغيير و لا تبديل حتى فى المثال.

و لكن قد يناقش (أولاً) بأنه لا يظهر وجه تفریع قول الشيخ على القول بموت العبد رقا الذى هو أحد الوجوه الثلاثة كما لا يظهر الوجه فى بناء كلامه بتمامه على موته حراً، نعم هو كذلك بالنسبه إلى عدم احتساب النقيصه.

و (ثانياً) بأن ما اعتبره من دعوى زياده قيمه من التركه لا يرجع إلى محصل ضروره كونها أمراً اعتبارياً و العبره بذى قيمه، و الفرض وجوده و ملك الوارث ضعفى ما اعتق منه مع فرض عدم وجود غيره، فزياده قيمه حينئذ إنما هى نماء ملك الوارث، و فى مقابله الجزء الحر، و كل منهما ليس من تركه الميت، كما هو واضح. خصوصاً بعد ملاحظه كون المقام مثل باقى صور الشركه بعد أن جعل الشارع ثلثاً للميت و ثلثين للوارث فى نفس العين، و قد استفاضت النصوص (١)

و الفتاوى أن من لم يكن عنده إلا عبد و قد نجز عتقه لا ينفذ إلا فى ثلث العبد مع عدم إجازة الوارث سواء زادت قيمته عن وقت التنجيز أو نقصت، بل لا يكاد يظهر خلاف منهم فى ذلك أو إشكال.

و منه يظهر الاشكال فيما ذكره فى كلام الشيخ و ابن الجنييد من دعوى كونه مع النقصان يكون على كلامهم من المسائل الدوريه المحتاجه إلى استعمال قواعد الحساب المعده لاستخراج المجهول، نعم مقصودهم بقولهم: «المعتبر قيمه فى المنجز وقت التنجيز» إنما هو لو كان عنده مال غير ما نجزه و أردنا إخراج ضعفيه للوارث حتى يكون ما نجزه ثلثاً له لاحظنا قيمه وقت التنجيز، و أخرجنا من المال ما يقابلها، لأن ذلك الوقت هو وقت التلف، و النقصان الطارى لا يحسب على الوارث، أما إذا لم يكن له مال غير ما نجزه فليس للوارث إلا ثلثاه، كما ليس للميت إلا ثلثه زاد أو نقص، نعم لو فرض أن له مالا آخر لا تحصل به مقابله أعتق من العبد زياده على ثلثه بمقدار ما يسعه ذلك المال على حسب قيمه وقت

١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب الوصايا الحديث ٣ و ٤ و ٦ و الباب- ٣٩ و ٦٧- منه.

التنجيز، وبقى الباقي من العبد رقا، و ما أدري ما الذى دعاه رحمه الله إلى التزام ما ذكره فى كلام ابن الجنيد فى صورته النقيصه؟ كما أنه ما أدري ما الذى دعاه إلى التزام ما ذكره فى صورته الزيادة؟!

و لعل المقام أشبه شىء بما التزمه البهائي ره فى الوجه بالدائره البركاليه لما كان

فى روايه (١)

«ما دارت عليه الإبهام و الوسطى»

و من كان له انس بعلم الهيئه انساق إلى ذهنه ذلك؛ و لم يفسر دارت بما حوت الذى هو المراد.

و من الغريب أن من تأخر عن العلامه اقتصر على نقل كلامه و لم يناقشه فى شىء، و لعله لذا فرض المسأله فى القواعد فيما إذا كان النقصان بسبب التشقيص، أى إذا كان له عبد مثلا لا غير قيمته ثلاثون، و بإعتاقه الذى لا ينفذ إلا فى ثلثه ينقص إلى عشره مثلا، مع أنه قال فيها: على إشكال ينشأ من أنه كالأيتلاف و نقص السوق و تفويت مال له، فلا يبطل تصرفه فى ثلثه، و من وجود المقتضى لبطلان العتق فيما زاد على الثلث فيه، فلو كانت قيمته ثلاثين و رجع بالتشقيص كل جزء إلى ثلث قيمته، ثم كسب ثلثين قبل الموت فعلى الثانى أى البطلان لولا الكسب يصح العتق فى شىء، و له من كسبه ثلاثه أشياء و للورثه ستة أشياء لأن المعتق منه فى تقدير ثلاثه أشياء من قيمته الأولى، لأن العبد يحسب عليه نقصان الجزء، لأنه لمنفعته، فكان كالواصل إليه، و لا يحسب على الورثه نقصان جزئهم، لعدم وصوله إليهم، فالعبد و كسبه فى تقدير عشره أشياء، فالشىء أربعة، و يحتمل أن يقال: عتق منه شىء و له من كسبه شىء، و للورثه ستة أشياء، فالعبد و كسبه فى تقدير ثمانيه أشياء، فالشىء خمسة، لأنه يؤخذ من حصته من الكسب ما فوت على الورثه من نصيبهم بالتشقيص و هو شيان، و ينبغى أن يكون للورثه من نفسه و ضمان التفويت و كسبه مثلا- ما انعتق خاصه، و هو كذلك هنا لأنه قد انعتق منه خمس- و هى فى تقدير خمس عشر- و فوت عليهم عشره من نصيبهم من رقبته، فحصل لهم خمس من نفسه، و خمس عشره من كسبه، و عشره مما فوت إلى آخر ما أطنب فيه فى القواعد، فلاحظ

و تأمل و الله الهادى المؤيد و المسدد.

بقى شىء و هو أن ظاهر المتن و غيره بل هو صريح بعض أن الاعتبار بقيمه الموصى به وقت الوفاة و إن تأخر تنفيذ الوصية عنها، كما لو فرض أنه أوصى بالعتق و تأخر إيقاعه عنها.

و قد يقال: إن المتجه فيه اعتبار القيمة وقت التنفيذ لا- وقت الوفاة و إن استحق التنفيذ بها لكن المفروض عدم حصوله، فلا يحسب عليه ما قبله إذا فرض زياده قيمته بالنسبه إلى وقت التنفيذ، فتأمل جيداً، و الله العالم.

و لو أعتق الحامل تحرر الحمل و لو استثنى رقه على روايه السكونى (١) عن أبى جعفر

عن أبيه عليهما السلام «فى رجل أعتق أمته و هى حبلى فاستثنى ما فى بطنها قال: الأمه حره و ما فى بطنها حر، لأن ما فى بطنها منها»

المؤيد ب

صحيح الوشاء (٢) عن أبى الحسن الرضا عليه السلام «سألته عن رجل دبر جاريه و هى حبلى فقال: إن كان علم بحالها فان ما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فان ما فى بطنها رق»

و قد عمل بها الشيخ و بنو زهره و البراج و سعيد.

و لكن قال المصنف رحمه الله و فيه إشكال منشأه عدم القصد إلى عتقه و يدفعه أنه بعد العمل بالخبر المزبور يكون كالسرايه التى لا تحتاج إلى قصد، بل يتحقق مع قصد العدم و دعوى كونها فى الأشخاص لا فى الأشخاص كالاتجاه فى مقابله النص.

نعم قد يقال: بعدم صلاحية الروايه للعمل، لضعفها و عدم الجابر و موافقتها للعامة، و أما الصحيح فهو معارض

بالموثق (٣) عن أبى الحسن الأول عليه السلام «سألته عن امرأه دبرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه نفيسه، فلم تدرى المرأه

١-١ الوسائل - الباب - ٦٩- من كتاب العتق الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب التدبير الحديث ٣ من كتاب التدبير و المكاتبه.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب التدبير الحديث ٢ من كتاب التدبير و المكاتبه.

حال المولوده هي مدبره أو غير مدبره؟ فقال لى: متى كان الحمل بالمدبره؟

أقبل أن دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري، أجبني فيهما جميعا فقال:

إن كانت المرأة دبرت و بها حمل و لم تذكر ما فى بطنها فالجاريه مدبره و الولد رق، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر بتدبير أمه»

المعتضد بالشهره و الأصول و القواعد و غيرها، و من هنا ينقدح ضعف العمل بالروايه الأولى زياده على ما عرفت.

و لو أعتق بعض الحامل و قلنا بتبعيه الحمل أو أدخله فى العتق و تأخر الأداء حتى وضعت بنى على ما مر، فعلى اعتبار الأداء يلتزم بقيمه نصيب الشريك من الحمل منفصلا يوم الأداء، و على الآخر تقوم حبلى، و الله العالم.

### [تفريع إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه كان على كل واحد منهما اليمين لصاحبه]

تفريع:

إذا ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين مثلا على صاحبه عتق نصيبه كان على كل واحد منهما اليمين لصاحبه ثم يستقر رق نصيبهما إن قلنا إنه ينعق بالأداء و لو على جهه الكشف، و إن قلنا إنه ينعق بالإعتاق عتق من غير أن يحلفا أخذًا لها بإقرارهما، بل فى استسعاء العبد هنا نظر، من اعتراف كل منهما باستحقاق قيمه نصيبه من الآخر لا من العبد، و تعذر الأخذ منه لا ينزله منزله الإعسار و إن اختاره فى كشف اللثام، لكنه كما ترى، و لو كان المدعى أحدهما فقد عرفت الكلام فيه سابقا.

و لو كانا معسرين عدلين ففى القواعد «فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما و يصير حرا، أو يحلف مع أحدهما و يصير نصفه حرا، و إن كان أحدهما عدلا خاصه كان له أن يحلف معه و لعل اقتصاره فى ذلك على المعسرين للتهمة باعتبار قيمه فى الموسرين، فلا تقبل شهاده أحدهما على الآخر.

و فيه أنه يمكن جريانها باختصاص السعى به دون الآخر أيضا، بل بذلك توجهت دعوى أحدهما على الآخر، وإلا فلا معنى لدعوى انسان على آخر أنه أعتق عبده، وإنما ذلك من وظيفة العبد، كل ذلك بعد مشروعيه اليمين من العبد هنا مع الشاهد باعتبار كونه لدفع السعى عن نفسه و إن قلنا بعدم ثبوت العتق إلا بشاهدين.

مع أنه قد يناقش بأن دفع السعى عن نفسه للشريكين فرع ثبوت العتق منهما، و الفرض عدم ثبوته إلا بالشاهدين، و لا يمكن القول هنا بنفى السعى عنه بذلك و إن لم يثبت العتق نحو ما قيل في دعوى السرقة بالنسبة إلى ضمان المال دون الحد، ضروره إمكان الانفكاك فيه بخلاف المقام، على أنه لا يتم في صورته عداله أحدهما، إذ الحلف على دعواه عتق شريكه يوجب السعى للمدعى لا نفيه عنه (١) كما هو واضح.

هذا و في المسالك في الصورة الأولى بعد أن حلف المدعى اليمين المردوده قال:

«ثم لو شهد هذا المدعى مع آخر ثبت العتق بشهادته الحسبه» و فيه إمكان منع القبول و إن كان هو قد استحق القيمة بيمينه، فلا تهمه من هذه الجهة إلا أنه هو مدع فيما شهد به كما في الشركاء المدعين فتأمل.

و كيف كان ففي صورته التداعى معسرين يخرج نصيب كل منهما بإقراره عن استقرار يده، و يسعى العبد في قيمته لهما بناء على ما عرفت من كون السعى بجميع الكسب لا- خصوص الجزء الحر و إلا فلا يمكنه السعى هنا فإن كلا منهما يأخذ من كسبه ما قابل نصيبه لإنكاره العتق فيه، فلا يحصل منه ما ينفك به.

و لو اشترى أحدهما بعد دعوى العتق على جهة الفداء نصيب صاحبه عتق عليه ذلك، لإقراره، و لم يسر إلى النصف الذي كان له، و لا- يثبت له عليه و لا- بإزاء هذا الجزء، لأنه لم يصدر عتقه عنه، فان مات و لم يكن له وارث سواه قيل كان ماله مجهول المالك، فإن البائع يقول: إنه للمشتري، لكونه عبده، و المشتري يقول:

إنه للبائع بالولاء و لكن للمشتري أن يأخذ منه بقدر ما أداه من الثمن، فإنه يدعى



أن البائع إنما أخذ ظلماً، وقد ظفر له بمال.

و فيه (أولاً) أنه يجب عليه دسه في ماله لعلمه بكونه له و (ثانياً) أنه لا ظلم من البائع بعد أن بذل هو الثمن له و أباحه له، فلا وجه لمقاصته فيه.

و لو أكذب نفسه في شهادته على شريكه بالعتق ليسترق ما اشترى منه لم يقبل، لأنه إنكار بعد إقرار.

و أما الولاء لو أعتقه ففي القواعد احتمال أنه له باعتبار أن على العبد ولاء شريكه لا يدعيه سواه، فيثبت له كما في كل مال يدعيه من لا منازع له و إن تضمنت شهادته أولاً بإعتاق شريكه بطلان الولاء له في نصيب الشريك، لكنه كما ترى ضروره أنه ليس هو المعتقد لهذا الجزء باعترافة أولاً فهو لا يدعى ولاء إلا بعد أن أقر بانتفائه عنه، فلا يسمع، و لعله لذا استقرب بعد ذلك انتفاء الولاء عنه، لكن قال: نعم يثبت له المال لاعتراف البائع له بالاستحقاق، أى و مع ذلك هو يدعيه، و لا يضر شهادته السابقه المتضمنه لانتفاء المال عنه، فإنه لم يكن حين الشهاده مال نفسه، و حين حصول المال لا ينفيه و لا منازع، فهو حينئذ كمن أقر بما فى يده لآخر فأنكره ثم رجع و ادعاه، و حينئذ لو مات المشتري قبل العبد ثم مات العبد ورث العبد وارث المال: من الزوجه و غيرها، لا وارث الولاء، إلا أنه لا يخلو من نظر و إن افترق المال و الولاء بالإقرار و عدمه، لكن هذا المال لا طريق إلى تملكه إلا الإرث بالولاء الذى قد فرض عدم ثبوته له فتأمل.

و لو أكذب البائع نفسه فأقر بعتق نصيبه بعد إكذاب المشتري نفسه قدم قول البائع و إن كان مدعياً لفساد العقد، لتصادفهما حينئذ على الفساد بعد إلغاء إكذاب المشتري، لكن لا-ولاء له أخذاً بإقراره الأول، و هل له المال؟ يحتمل لأنه يدعيه من صدقه المشتري حيث ادعى عليه العتق، و لا يسمع إكذابه نفسه ثانياً، و العدم لأنه بالبيع الذى فعله إقرار بأن المال ليس له، فلا يسمع إكذاب نفسه ثانياً، و لعله الأقوى.

و لو اشترى كل منهما نصيب صاحبه عتق أجمع باعترافهما، و لا ولاء لأحدهما عليه لاقرارهما، فإن أعتق كل منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه فى شهادته ففى القواعد ثبت الولاء، و فيه نظر، و كذا فى قوله: و لو أقر كل منهما بأنه كان قد أعتق و صدق الآخر فى شهادته بطل البيعان، و لكل منهما الولاء على نصيبه فتأمل.

و لو كان أحدهما معسرا و الآخر موسرا عتق نصيب المعسر خاصة إن قلنا بتعجيل السرايه، لاتفاقهما عليه بالمباشره أو بالسرايه، و إلا فنصيبه رق، لعدم الأداء، أما نصيب الموسر فلا يعتق مطلقا، لإنكاره المباشره و عدم السرايه بدعوى المعسر و لا تقبل شهادته عليه، لأنه يجر إلى نفسه نفعا و حينئذ فيحلف و يبرأ من القيمه و العتق، و لا- ولاء لأحدهما فى نصيب المعسر و لو أقام العبد شاهدا حلف معه و عتق نصيب الموسر بناء على الاجتزاء بالشاهد و اليمين فيه.

و لو أعتق المعسر من الثلاثه نصيبه تحرر و استقر رق الآخرين إن لم نقل بالسعى، فإن أعتق الثانى نصيبه و كان موسرا سرى فى حصه الثالث و كان ثلثا الولاء للثانى.

و كيف كان فقد ظهر لك من جميع ما قدمناه أنه يعتبر فى السرايه زياده على كون المعتق بالغنا جائز التصرف كون العتق باختياره، كما أشار إليه المصنف فى مسأله من ورث شقصا و لم يذكر المصنف غير ذلك لكن فى القواعد اعتبر شروطا أربعة: «الأول أن يكون موسرا، الثانى أن يعتق باختياره، الثالث أن لا يتعلق بمحل السرايه حق لازم كالوقف- قال- و الأقرب السرايه فى الرهن و الكتابه و الاستيلاء و التدبير، الرابع تمكن المعتق من نصيبه أولا، فلو أعتق نصيب شريكه كان باطلا، و لو أعتق نصف العبد انصرف إلى نصيبه و لزم التقويم، و لو أعتق الجميع صح و لزمه القيمه».

و فيه أن الأول ليس شرطا للسرايه، لما سمعت من حصولها مع الإعسار و استسعاء العبد، و مرجع الرابع إلى عتق الشقص المملوك له و لو بعث العبد أجمع

و أما الثالث فقد قيل في وجهه أنه ملك لله، فيمنع من البيع فلا يصح التقويم و الشراء، و فيه أنه لا يتم على القول بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه، و حينئذ يتجه السرايه لعموم الأخبار (١) خصوصا بعد ثبوت بيع الوقف في موارد، فلعله منها، و لأنه اعتاق قهري فيكون كما لو عمى أو جدم، و خصوصا أيضا بعد ما قيل في وجه الأقرب من أنه لا يمنع شىء منها، و لأن الملك أقوى منها، فإذا لم يمنع من السرايه فهي أولى، و لتغليب الحرية، اللهم إلا أن يناقش في الأخير بأنها على خلاف الأصل، و بأنها حقوق لازمه مانعه من البيع، فتمنع من التقويم و لا أقل من الشك، و الأصل عدم السرايه، و منه ينقذح الشك فيها في الأول حتى على القول بالانتقال، و لكن الأول لا يخلو من قوه.

و في الدروس يشترط في السرايه أن لا- يتعلق بالشقص حق لازم كالوقف و الكتابه و الاستيلاد ترجيحاً لأسبق الحقين، و قيل بالسرايه للعموم، و السرايه إلى الرهن أقوى، و أقوى منه التدبير، و أقوى منهما الوصيه بعق الشقص، و الله العالم.

و إذا دفع المعتق قيمه نصيب شريكه و قلنا بتوقف العتق على الأداء و إلا- فعلى التعجيل أو الكشف يحصل العتق بالصيغه هل يعتق عند الدفع أو بعده؟ فيه تردد، و الأشبه عند الشيخ أنه بعد الدفع ليقع العتق عن ملك و لكن لو قيل بالاقتران كان حسناً كما سمعته في عتق المأمور، لظهور الأدله في اعتاقه بمجرد الأداء، فجمع بينه و بين ما دل (٢) على أنه

«لا عتق إلا في ملك»

بذلك، و يكون الترتيب بينهما حينئذ ذاتياً لا زمانياً، نحو ما سمعته في شراء القريب و اعتاقه عليه، بل قد يقال: لا داعى هنا إلى ذلك بعد ظهور

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ و فيه «لا عتق الا بعد ملك».

الأدلة بالانعتاق بالأداء الذى هو من المولى كالكسب من العبد، و لا دليل على اعتبار الدخول فى الملك فى ثبوت الولاء له، إذ يمكن القول بالاكْتفاء بذلك فى ثبوته له.

و على كل حال فلا إشكال فى عدم احتياج العتق هنا إلى صيغته و إن أوهمه بعض النصوص (١)

السابقة التى عبر بمضمونها بعض القدماء. و من ذلك أشكال الحال على بعض الأفاضل، لكنه فى غير محله، ضروره معلوميه الحكم المقتضيه لتزليل ما فى النصوص المزبوره على إرادته العتق بالأداء، كما أشرنا إليه سابقا.

ثم إن الظاهر تبعض الحرية بتبعض القيمه كما فى السعى، لكن هل للمولى الامتناع من قبض البعض؟ يحتتمل ذلك، بل قد يحتتمل عدم انعتاق البعض لو فرض إعساره عن الجميع و إن كان الأقوى خلافه، و الله العالم.

و إن شهد بعض الورثه على مورثهم بعتق مملوك لهم مضى العتق فى نصيبه بلا- إشكال و لا- خلاف، فإن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو كونه بصوره الشهاده (٢) لا ينافى كونه إقرارا أيضا.

كما أنه لا إشكال و لا خلاف فى أنه إن شهد آخر معه و كانا مرضيين للشهاده نفذ العتق فيه كله لعموم حجه البيئه و إلا يكونا مرضيين مضى العتق فى نصيبهما للإقرار و لا يكلف أحدهما شراء الباقي لعدم كونه معتقا، لكن يستسعى المملوك، ل

صحيح محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن رجل ترك مملوكا بين نفر فشهد أحدهم أن الميت أعتقه، قال: إن كان الشاهد مرضيا لم يضمن، و جازت شهادته، و استسعى العبد فيما كان للورثه»

و نحوه

خبر منصور (٤) عن الصادق عليه السلام قال «سألته عن رجل هلك

١- ١ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة. و فى المسوده «و كونه بصوره الشهاده.» و هو الصحيح.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥٢- من كتاب العتق الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٥٢- من كتاب العتق الحديث ٢.

و ترك غلاما فشهد بعض ورثته أنه حر، قال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته، و يستسعى فيما كان لغيره من الورثه.

و عن الصدوق و ابن الجنيد العمل بهما، بل عن الشيخ فى النهايه استسعاء العبد فى الباقي و إن لم يكن مرضيا، و فى المختلف الوجه مضى الإقرار فى حق المقر سواء كان مرضيا أو لا، و لا يجب السعاه، ثم احتمال كون وجه التفصيل بين المرضى و غيره بالنسبه إلى السعى أن عدالته تنفى التهمه فى تطرق الكذب عليه، فيمضى الإقرار فى حقه خاصه، و أما فى حق الشركاء فيستسعى العبد، كمن أعتق حصته من عبد و لم يقصد الإضرار مع إعساره، و أما إذا لم يكن الشاهد مرضيا فإنه لا يلتفت إلى قوله إلا فى حقه خاصه، و لا يستسعى العبد، بل يبقى حصص الشركاء فيه على العبوديه، و يحكم فى حصته بالحريه، و لكن قال بعد ذلك: «و هذا عندى محمول على الاستحباب عملا بالروايه».

و فيه أنه لا داعى إلى حملها على ذلك مع عدم المعارض و جامعيتها لشرائط العمل، نعم لا وجه للتعديه عنها إلى وجوب السعى و إن لم يكن مرضيا بلا- دليل، و يمكن أن يريد الفاضل عدم وجوب السعى على العبد، لما عرفت من أن ذلك راجع إلى اختياره، فلا- يكون مخالفا، كما أنه يمكن دعوى أنه يستفاد من النص (١) و الفتوى تسلط العبد على الفك و لو بالسعى متى ثبت عتق شقصه و لو قهرا أو بإقرار بنفى الشريك فيه، فلاحظ و تأمل، فإنه لا يخلو من نظر أو منع، خصوصا بالنسبه إلى الأخير، بل و سابقه بناء على اختصاص أم الولد بالدليل، و ربما يأتى مزيد تحقيق لذلك، و الله العالم. هذا كله فى إزالة الرق بالسرايه.

### [الفصل الثالث فى إزالة الرق بالملك]

#### إشاره

و أما إزالته ب الملك فإذا ملك الرجل أو المرأه اختيارا أو اضطرارا أحد الأبوين و إن علوا أو أحد الأولاد ذكرانا و إناثا أو خناثا و إن نزلوا انعتق فى الحال بلا خلاف أجده فيه نصا (٢) و فتوى، بل الإجماع

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ و ٩ - من كتاب العتق.

بقسميه عليه.

و كذا لو ملك الرجل إحدى المحرمات عليه نسبا كالعمه و الخاله و بنت الأخ و بنت الأخت. نعم لا يعتق على المرأه سوى العمودين أى الإباء و إن علوا و الأولاد و إن نزلوا بالاتفاق كما فى كشف اللثام، إلا- فى الزوج ففيه خلاف، قلت: فى المقنعه إلحاق الأخ و العم و الخال بالعمودين، لكنه شاذ، بل النص و الفتوى على خلافه.

و لو ملك الرجل أو المرأه من جهه الرضاع من يعتق عليه أو عليها بالنسب هل يعتق عليه و عليها؟ فيه روايتان (١) و قولان أشهرهما روايه و فتوى العتق كما تقدم ذلك كله و غيره مفصلا فى بيع الحيوان (٢)، فلاحظ و تدبر.

و كذا تقدم فيه (٣) و فى كتاب الكفارات (٤) و فى هذا الكتاب أنه يثبت العتق حين يتحقق الملك (١١) لا بعده أنا، كما عن المبسوط، و لا أنه لا ملك، كما عن بعض و إن أوهمه بعض النصوص (٥)

النافيه له المحمول على إرادته المستقر.

بل و (١٢) تقدم أيضا أن من يعتق كله بالملك يعتق بعضه بملك ذلك البعض (١٣) لإطلاق الأدله و (١٤) أنه إذا ملك (١٥) اختيارا شقفا ممن يعتق عليه لم يقوم عليه إن كان معسرا (١٦) ضروره عدم زيادته على عتق ذلك مباشرة و كذا لو ملكه بغير اختياره (١٧) و إن كان موسرا، خلافا لما سمعته من الشيخ فى الخلاف. و (١٨) قد

١- ١ الوسائل - الباب - ٨ - من كتاب العتق.

٢- ٢ راجع ج ٢٤ ص ١٤١ - ١٤٦.

٣- ٣ راجع ج ٢٤ ص ١٤١.

٤- ٤ راجع ج ٣٣ ص ٢٤٣ - ٢٤٤.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣ و ٥.

عرفت ضعفه، نعم لو ملكه اختيارا و كان موسرا قال الشيخ: يقوم عليه، و فيه تردد قد عرفت منشأه، و تحقيق الحال فيه و فى غيره فى كتاب الكفارات (١) فلاحظ، و الله العالم.

[فروع]

### [الأول لو أوصى له ببعض ولده فمات بعد موت الموصى قبل القبول]

فرعان: بل فروع

الأول: لو أوصى له ببعض ولده فمات بعد موت الموصى قبل القبول فقبله أخوه له ملكه على الأصح، لكن فى القواعد و شرحها للصبهاني «سرى فى باقيه على الميت إن خرج قيمه الباقي من الثلث، لإعساره فيما زاد عليه، و ذلك لتنزل قبوله منزله قبول الموصى له، فكأنه قبل فى الحياه، و قبوله كاشف عن ملكه حين مات الموصى» و فيه أن قبول الأخ يملكه لا الميت، كما تقدم تحقيقه فى كتاب الوصايا.

و منه يعلم ما فى قوله أيضا «و لو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات و أخوه وارثه فقبله أخوه له لم يقوم الباقي على الأخ، لأن الملك يحصل للميت أولا لقبول الوارث له ثم له بالإرث، فكأنه حصل له الملك بغير اختياره» إذ قد عرفت أن الذى يملك بالقبول الوارث لا الميت الذى خرج عن قابليه الملك، و الوارث إنما قام مقامه فى استحقاق تملك الموصى به بالقبول للأدله الداله عليه، و لذا لا تتعلق به ديون الميت و لا وصاياه، بل لو قصد القبول للميت بطل، لعدم ما يدل على مشروعيته على وجه يترتب عليه الحكم المزبور، و على هذا فالمتجه فى الفرض التقويم على الوارث.

بل فى القواعد احتمال ذلك على الأول أيضا، لأنه فى الحقيقة حصل باختياره و إن بعد بواسطه قال: «و كذا الاحتمال لو رجع إليه بعض قريبه الذى ينعق عليه

برد عوضه بالعيب» أى كما لو باع بعض أخيه بعين ثم مات البائع، و لم يخلف إلا ابن أخيه، ثم ظهر فى العين عيب فرده، فرجع إليه البعض من أبيه، فيقوم عليه، لحصول الملك له باختياره بواسطة، و مقتضى ذكره ذلك احتمالاً أن الأقوى شده خلافه، و لعله لما قيل من أنه إنما اختار رد العوض و الرجوع حصل بغير اختياره، لكنه كما ترى، ضروره أن اختيار المسببات باختيار أسبابها.

### [الثانى لو اشترى هو و أجنبى صفقه قريبه الذى ينعق عليه عتق كله مع يساره]

الثانى:

لو اشترى هو و أجنبى صفقه قريبه الذى ينعق عليه عتق كله مع يساره، من قيمه حصه شريكه.

### [الثالث لو اشترى الزوج و الولد أمه صفقه و هى حامل بنت سرى على الولد فى الأم]

الثالث:

لو اشترى الزوج و الولد أمه صفقه و هى حامل بنت سرى على الولد فى الأم، قومت حصه الزوج منها على الابن، لأنها تنعتق عليه دونه، و عتقت البنت عليهما معاً، لأنها بنت الزوج و أخت الابن، و ليس لأحدهما على الآخر شىء من قيمتها، و كذا لو وهبت الأم لهما فقبلاها دفعه، و لو قبلها الابن أولاً عتقت عليه هى و حملها و غرم قيمه الأم حاملاً للواهب دون الزوج الذى لم يحصل له ملك بسبب التلف قبل قبوله و إن احتمل، لكنه واضح الضعف. و لو قبل الزوج أولاً عتق عليه الولد كله و عليه قيمه نصفه للواهب، ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها و يغرم نصف قيمتها للزوج، و الله العالم.



**[الرابع إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن ينعق عليه فللولي أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه]**

الرابع:

إذا أوصى مثلاً- لصبي أو مجنون بمن ينعق عليه فللولي أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه بإتفاق و نحوه، بل ربما احتمل الوجوب، و هو أحوط، فإن كان فيه ضرر لم يجز القبول، لأنه لا- غبطه للمولى عليه، بل فيه فساد، و ذلك كالوصيه بالمريض الفقير تفصيلاً من وجوب نفقته على المولى عليه، و حينئذ فلو قبل على هذا الحال كان القبول باطلاً، نحو شراء الولي قريب الطفل الذي ينعق عليه، لأنه إتلاف محض.

**[الخامس إذا أوصى له ببعض من ينعق عليه و كان معسراً جاز القبول]**

الخامس: (١) إذا أوصى له ببعض من ينعق عليه و كان معسراً جاز القبول أو وجب.

و لو كان المولى عليه موسراً قيل: لا يقبل، لأنه يلزمه افتكاكه و إن لم تجب نفقته، و الوجه عند المصنف و الأكثر على ما في المسالك القبول، إذ الأشبه أنه لا- يقوم عليه لدخوله في ملكه بغير اختياره، و الأصل البراءة، و إن كان قد يناقش بأن اختيار المولى كاختياره، و لكن الأقوى عدم التقويم، و الله العالم.

**[الفصل الرابع في إزاله الرق بالعوارض]**

و أما زوال الرق ب العوارض فهي أمور: منها العمى و الجذام و الإقعاد (١١) بلا خلاف أجده في شىء منها، بل ظاهر غير واحد الإجماع عليه، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع صريحاً في الأخير و الأول، ل

قول الصادق عليه السلام في

الصحيح (١): «إذا عمى المملوك عتق»

و فى

خبر السكونى (٢): «قال رسول الله صلى الله عليه و آله إذا عمى المملوك فلا رق عليه، و العبد إذا جدم فلا رق عليه»

و فى

خبره الآخر (٣) عنه أيضا عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «العبد الأعمى و الأجدم و المعتوه لا يجوز فى الكفارات، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله أعتقهم»

و فى خبر أبى البخترى (٤) أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «لا يجوز فى العتاق الأعمى و المقعد»

و عن ابن الجنيد

فى حديث أهل البيت عليهم السلام (٥)

«أن الرسول الله صلى الله عليه و آله قال: إذا عمى المملوك أو جدم فلا رق عليه»

و عن أمير المؤمنين عليه السلام (٦)

«من أصابته زمانه فى جوارحه و بدنه و من نكل به مولاه فهو حر لا سبيل عليه سائبه»

و قال أبو جعفر عليه السلام فى خبر الجعفى (٧): «إذا عمى المملوك أعتقه صاحبه، و لم يكن له أن يمسه»

بل عن ابن حمزه إلحاق البرص بالجذام، و لم أقف له على دليل.

و منها إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه و خرج منها إلينا بلا خلاف أجده، بل عن صريح المختلف و ظاهر غيره الإجماع عليه، مضافا

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٣- من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٣- من كتاب العتق الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٢٣- من كتاب العتق الحديث ٤.

٥- ٥ الظاهر أن ابن الجنيد قد اقتبس ذلك من روايه السكونى المتقدمه و المرويه فى الوسائل الباب- ٢٣- من كتاب العتق

الحديث ٢.

- ٦-٦ الظاهر أن ابن الجنيّد قد اقتبس ذلك من روايه السكونى المتقدمه و المرويه فى الوسائل الباب-٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣ و روايه أبى بصير الاثيه و المرويه فى الوسائل الباب-٢٢- من كتاب العتق الحديث ٢.
- ٧-٧ الوسائل- الباب-٢٣- من كتاب العتق الحديث ٦.

إلى

(١) الخبر

«أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر و أى عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد»

بل عن ظاهر المبسوط و صريح الحلّى - و إن كنا لم نتحقق الأخير - ذلك و إن لم يخرج، لآيه نفى السبيل (٢) خلافا للمشهور للأصل و ظاهر الخبر السابق (٣)، و تمام الكلام فيه فى كتاب الجهاد (٤).

و منها دفع قيمة الوارث الذى لا وارث لقربيه غيره، و قد أشبعنا الكلام فيه فى كتاب المواريث، فلاحظ و تأمل.

و فى عتق من مثل به مولاه تردد و خلاف و لكن المروى فى مرسل جعفر بن محبوب (٥) عن الصادق عليه السلام أنه ينعق (٦)

- قال: «كل عبد مثل به فهو حر»

و قال أبو جعفر عليه السلام فى صحيح أبى بصير (٦): «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فىمن نكل بمملوكه أنه حر لا سبيل له عليه، سائبه»

إلى آخره، و

عن الصدوق «أنه روى فى امرأه قطعت يدي وليدتها أنها حرة لا سبيل لمولاتها عليها» (٧)

إلى غير ذلك من النصوص المنجبره بالشهره العظيمه التى لا مخالف لها إلا ابن إدريس لأصله الذى قد تحقق ضعفه فى محله، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع عليه، فمن الغريب تردد المصنف فى ذلك، و أغرب منه الوسوسة من بعض الناس فى الحكم فى الأسباب الأوله التى لم يخالف فيها ابن إدريس أيضا، و التحقيق ما عرفت.

و التنكيل: إذا جعله نكالا و عبره لغيره، كما فى الصحاح، كما أن فيه أيضا «مثل به يمثل مثلا: أى نكل، و الاسم المثل به بالضم، و مثل بالقتيل جذعه،

١- ١ الوسائل - الباب - ٤٤ - من أبواب جهاد العدو الحديث ١ من كتاب الجهاد.

٢- ٢ سورة النساء: ٤ - الآية ١٤١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٤٤ - من أبواب جهاد العدو الحديث ١ من كتاب الجهاد.

٤- ٤ راجع ج ٢١ ص ١٤٥ و ١٤٦.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب العتق الحديث ١.

٦-٦ الوسائل - الباب - ٢٢- من كتاب العتق الحديث ٢.

٧-٧ الوسائل - الباب - ٢٢- من كتاب العتق الحديث ٣.

و المثلثه بفتح الميم و ضم الثاء العقوبه، و الجمع المثلاث و أمثله، جعله مثله» إلى آخره.

و على كل حال فليس فى كلام الأصحاب ما يدل على شىء مخصوص، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعاً لإطلاق النص، و قد سمعت مرسل الصدوق، و

من طرق العامه روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده زنباع أبى روح (١)

«أنه وجد غلاماً مع جاربه له فجدع أنفه و جبهه، فأتى النبى صلى الله عليه و آله فقال: من فعل هذا بك؟ فقال: زنباع، فدعاه النبى صلى الله عليه و آله، فقال ما حملك على هذا؟ فقال: كان من أمره كذا و كذا، فقال النبى صلى الله عليه و آله: اذهب فأنت حر» و ظاهرها أن الجب تنكيل و تمثيل و ليس ببعيد.

و يتفرع على ذلك انعتاق الخصيان على موالهم الذين يفعلون بهم ذلك، فلا يصح شراؤهم لمن يعلم بالحال، نعم لا بأس به مع اشتباه الحال، كما لا بأس بالشراء مع الشك فى حصول التنكيل بقطع بعض الأذن الواحده أو نحو ذلك للأصل و غيره.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فى اقتضاء الأسباب المذكوره الانعتاق بين كونها بفعل الله أو بفعل العبد، لحصول مسماها الذى هو العنوان، نعم يختص التنكيل فيها بالمولى.

و لو كان له بعض العبد فنكل به انعتق عليه و ضمن قيمه الشقص لشريكه بناء على أن اختياره للسبب اختيار للمسبب، فهو حينئذ كسواء من ينعتق عليه، و استشكل فيه فى الدروس من ذلك و من تحريم السبب، و الله العالم.

و قد يكون التدبير و المكاتبه و الاستيلاء سبباً للعتق و ذلك إذا جمع الشرائط الآتية التى منها موت المولى و الولد حى وارث، و كون موت المولى من

---

١-١ سنن البيهقى ج ٨ ص ٣٦ و فيه «عمر بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال: كان لزنباع.» مع اختلاف فى لفظ الحديث أيضاً.

فعل الله تعالى دون الاستيلاء لا يقتضى رفع سببته، كما أن عمى العبد و إقاعده من أسباب العتق و إن كان من قبل الله تعالى، و اشتراط المباشرة فى السبب تحكّم، و فى الحقيقه هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق سواء كان بفعل الله تعالى أو بفعل المكلف، نعم يمكن أن لا يجعل الاستيلاء سببا باعتبار أن موت المولى مع بقاء الولد يوجب انتقال أم الولد إلى ملكه أو بعضها، فتعتق عليه بالملك لا بالاستيلاء، و لكن الأمر سهل إذ لا فائده مهمه فى ذلك.

و كيف كان فلما كان الاستيلاء سببا فى زوال الرق كالتدبير و الكتابه فلنذكر الفصول الثلاثه فى كتاب واحد، لأن ثمرتها إزاله الرق و هى مشتركه بينها.

[كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء]

[كتاب التدبير]

اشاره

كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء

التدبير هو تفعيل من الدبر، و المراد به هنا تعليق الحكم بدبر الحياه، و إليه يرجع ما قيل من أنه سمي تدبيراً، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه و أمر آخرته بإعتاقه، لأن التدبير في الأمر مأخوذ من الدبر أيضاً، بمعنى النظر في عواقب الأمور و أدبارها.

و على كل حال فلا خلاف بين المسلمين في تحققه بإنشاء عتق العبد أي المملوك معلقاً له على ما بعد وفاه المولى أي عندها على نحو غيره من التعليق.

و إنما الخلاف في صحه تدبيره بعد وفاه غيره كزوج المملوكه و وفاه من يجعل له خدمته و من هنا قال المصنف: فيه تردد أظهره الجواز وفاقاً للشيخ و أتباعه، بل المشهور و مستنده النقل.

و هو

صحيح يعقوب بن شعيب (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام الرجل يكون له الخادم و يقول هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرة، فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، أ لهم أن يستخدموها إذا بقت، قال: إذا مات الرجل فقد عتقت».



خبر محمد بن جهم (١) المنجبر بالشهره و بروايه الحسن بن محبوب عنه الذى هو من أصحاب الإجماع قال: «سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام رجل زوج أمته من رجل آخر و قال لها: إذا مات الزوج فهي حره فمات الزوج، قال: إذا مات الزوج فهي حره تعتد عده المتوفى عنها زوجها و لا ميراث لها منه، لأنها إنما صارت حره بعد موت الزوج»  
و أسند الأول فى الكفايه إلى صحيح محمد بن مسلم و إن كنا لم نتحققه.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما أنكره فى المسالك و غيرها على المصنف و غيره، حتى قال: «إنما الموجود من النقل صحيح يعقوب الذى هو مختص بوفاه المخدم، فتعديه إلى غيره غير مستند إلى النقل، فان روعيت الملابس و هي لا تخرج عن ربه القياس فلا- وجه، لا اختصاصه بهذين، لأن وجه الملابس لا تنحصر، و يجىء على هذا جواز تعليقه بوفاه مطلق الملابس، بل مطلق الناس، لفقده ما يدل على غير المخدم، و هو قول فى المسألة و ربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمى لاشتراك الجميع فى معنى التدبير لغه، و هو تعليق العتق على الوفاء، و أكثر الأصحاب لم يتعرضوا لغير المروى، و هو الأنسب، لكن يبقى فيه أن الصحيح وارد فى الأمه فتعديته إلى العبد لا يخلو من نظر، و ما اشتهر من أن خصوصيه الذكوريه و الأنوثيه ملغاه و أن الطريق متحد لا يقطع الشبهه و إن كان متجها» إذ هو كما ترى و إن تبع فى أكثره الشهيد.

و من الغريب دعوى تحقق التدبير بالتعليق على وفاه غير الآدمى بل لا أعرف القائل به، و ما سمعته عن ابن الجنييد إنما هو فى العتق المعلق، بل يمكن دعوى حصول القطع من النص و الفتوى بخلافه، إذ نحن فى عويل من تحققه بموت غير

---

١-١ الوسائل - الباب - ١١- من أبواب التدبير الحديث ٢ و الباب - ٦٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ من كتاب النكاح. و فى كلا الموضوعين عن محمد ابن حكيم كما فى التهذيب ج ٨ ص ٢١٣- الرقم ٧٦٠ و الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢- الرقم ١٤٤٥.

المولى و لو المخدموم و الزوج، حتى أن ابن إدريس أنكره فيهما، و هو فى محله، فان المستفاد من نصوص الباب و فتاوى الأصحاب كون التدبير التعليق على وفاه المولى، و ليس فى الخبرين المزبورين دلالة على صحته تدبيراً، فيمكن جواز خصوص هذا الفرد من العتق معلقاً للخبرين المزبورين بعد كونهما من حجه و لو من جهه الانجبار، و لا يتعدى إلى غير مضمونهما، أو تأويلهما بما يرجع إلى شرط الخدمه فى العتق أو النذر و أخويه أو غير ذلك، أو حملهما على التقيه، أو تأويل الصحيح بما يرجع إلى التدبير، بدعوى إرجاع الضمير إلى المولى، كما أظن به المقداد فى التنقيح، و إن كان هو كما ترى.

و بذلك يظهر لك النظر فى كلمات كثير من الناس، إذ المحصل منها تحقق التدبير بالتعليق على الوفاء و لو غير الآدمى أو خصوص المولى و المخدموم أو هما مع الزوج أو مطلق الملابس أو مطلق الآدمى، و فى المسالك بناء الخلاف على كونه وصيه أو عتقا، فلا يصح تعليقه على غير المولى على الأول بخلاف الثانى، مع أنه يمكن استثناء هذا الفرد من الوصيه للخبرين، مع فرض دلالتهما على صحته تدبيراً، و التحقيق ما عرفت.

و ربما يومئ إليه جعل المصنف مضمون الصحيح مسأله مستقلة فى آخر كتاب التدبير فقال: «و لو جعل خدمه عبده لغيره ثم قال: هو حر بعد وفاه المخدموم صح على الأصح» و نحوه الشهيد فى الدروس قال: «كتاب المدبر و هو المعلق عتقه بموت المولى، لأن المولى دبر الحياه فالموصى بعتقه ليس مدبراً و التعليق بموت غير المولى إن جعل له الخدمه نافذ فى صحيح يعقوب بن شعيب (١) عن الصادق عليه السلام و حمل عليه الزوج و طرد بعضهم فى الموت مطلقاً و قصره ابن إدريس على موت المولى، و يظهر من ابن الجنيد جواز تعليقه على موت الغير مطلقاً، و سماه تدبيراً، و القاضى لو علق العتق بوقت تحرر عنده، و له الرجوع فيه، و كذا لو علقه

بقدم زيد أو برؤيته» وهو كالصريح في أن ذلك مسأله مستقلة لا أنها من التدبير على وجه يجرى عليه أحكامه التي ستعرفها. و كذا الشيخ في النهايه، بل و المفيد في المقنعه و غيره.

بل يومئ إليه تصريح الصحيح (١)

بعدم بطلان تحريره بالإباق و لو كان تدبيراً لبطل، و دعوى اختصاص الحكم المزبور في خصوص المعلق على وفاه المولى ليس بأولى من القول بأن ذلك لعدم كونه تدبيراً، بل الثاني أولى، لظهور أدله بطلانه بالإباق في الأعم.

بل قد يدعى اتفاق أهل الشرع و اللغة و العرف على ذلك، و لذا حكى في التنقيح عن ابن إدريس دعوى إجماع المسلمين عليه مقراً على ذلك، بل ظاهر الخصم ذلك، ضروره استناده في المعلق على وفاه المخدوم و الزوج إلى النقل الذي قد يدعى أنه لا دلالة فيه، لا إلى صدق التدبير، بل التأمل في عبارته الفاضل في المختلف يقتضى الاعتراف بعدم كونه تدبيراً عرفاً.

و أول من اشتبه عليه الأمر - فظن أن ذلك من التدبير على وجه تجرى عليه أحكامه لذكرهم إياه في كتاب التدبير للشبه به - ابن حمزه في الوسيله و تبعه المصنف في الكتاب و اقتفاه تلميذه الفاضل في جملة من كتبه، و تبعهما الشهيد في غايه المراد، و جرى على منوالها ثانی الشهيدين، و تبعه الصيمري و الفاضل الأصبهاني في شرحه على القواعد، و السيد في الرياض و غيرهم، و أخذ بعضهم كلام بعض على وجه يظهر للمتأمل فيه أن كلاً منهم قد استمد من الآخر، و لكن التحقيق ما عرفت، و الله الموفق و الهادي.

و حينئذ يجرى عليه حكم العتق المعلق لا التدبير، فيحسب من تصرفات المالك في حال صحته لو فرض موت المعلق عليه في حياه المولى إذا فرض وقوع ذلك في حال صحته و لا يبطل بالإباق، و الله العالم.

و كيف كان فتمام العلم به أى التدبير يستدعى ثلاثه مقاصد:

### [المقصد الأول فى العبارة و ما يحصل به التدبير]

#### إشارة

الأول:

فى العبارة و ما يحصل به التدبير و لا خلاف و لا إشكال فى أن اللفظ الصريح أنت حر بعد وفاتى من غير حاجه إلى قول: «أنت رق فى حياتى» كما عساه يظهر من الشيخين أو يتوهم أو إذا مت فأنت حر أو عتيق أو معتق و إن تردد فيه المصنف فى صيغته العتق، إلا- أنك قد عرفت هناك تحقيق الحال و أن لفظ العتق أكثر استعمالا من لفظ التحرير، فالصيغه به من الصريح قطعا، و التدبير أولى منه بذلك.

بل لا يبعد صحته بغير الجملة الاسمية مثل حررتك و أعتقتك بعد وفاتى و إن سمعت الخلاف فيه فى العتق، و لكن ظاهر المتن حصر اللفظ الصريح بما ذكره، و مقتضاه عدم جواز غيره، لأنه صريح، بل ظاهر المسالك و كشف اللثام الإجماع على عدم وقوعه بالكنايه، إلا أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى عدم صراحه غير ما ذكر، ضروره عدم الإشكال فى صراحه «حررتك» و «أعتقتك».

كما أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى عدم الاجتزاء بها و إن كانت صريحه، ضروره اقتضاء إطلاق الأدله خلافها، بل لم نعرف أحدا صرح بعدم الاجتزاء بها و إن كانت صريحه، نعم قد سمعت ذلك فى العتق، و دعوى اتحاده مع التدبير بالنسبه إلى ذلك ممنوعه و إن قلنا إنه قسم من العتق، لكنه يمكن التوسعه فيه، كما يومئ إليه

ما ستعرفه من صحته بأنت مدبر (و بالجمله) لا إجماع قطعا على عدم الاجتراء بها و إن كانت صريحه، فإطلاق الأدله حينئذ بحالها، نعم إن كان هناك إجماع فهو بالنسبه إلى الكنايه لا إلى الصريح، كما هو واضح.

و على كل حال فلا إشكال و لا خلاف فى أنه لا عبره باختلاف أدوات الشرط لإطلاق الأدله و لحصول الاختلاف فى المأثور منها و كذا لا عبره باختلاف الألفاظ التى يعبر بها عن المدبر كقوله: هذا أو هذه أو أنت أو هو أو فلان بل و غير ذلك مما يدل عليه حقيقه أو مجازا كما سمعته فى موضوع العتق. و كذا لو قال متى مات أو أى وقت أو أى حين أو غير ذلك.

و هو على المشهور ينقسم إلى مطلق كقوله: إذا مت، و إلى مقيد بشرط أو شروط كقوله: إذا مت فى سفرى هذا أو فى مرضى هذا، أو فى سنتى هذه أو فى شهرى أو فى شهر كذا أو حتف أنفى أو قتلت أو فى بلد كذا أو نحو ذلك، لإطلاق الأدله، و خصوص

### صحيح ابن حازم (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، فقال أبو عبد الله عليه السلام:

يرد من وصيته ما شاء و يجيز ما شاء»

و حينئذ فان مات على الصفه المزبوره عتق و إلا فلا، خلافا لموضع من المبسوط، فألحق التدبير المقيد بالمعلق على الشرط، فحكم ببطلانهما، نظرا إلى اشتراكهما فى التعليق، و اقتصارا فى مخالفه التنجيز على المتيقن من النصوص و الفتاوى، و فيه أن إطلاق أدله التدبير كاف فى الحكم بجوازه، خصوصا بعد الشهره العظيمه، على أنه

### فى الخبر (٢)

«رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، قال: يرد من وصيته ما شاء و يجيز منها ما شاء».

و لو قال: أنت مدبر و اقتصر لم ينعقد كما عن الخلاف، للأصل المقتصر فى الخروج منه على المتيقن، خصوصا بعد معلوميه كون التدبير قسما من العتق الذى

١- ١ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب الوصايا الحديث ٨.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب الوصايا الحديث ٨.

قد عرفت الإجماع على عدم وقوعه بالكنايه التي منها ذلك، بل ظاهر المسالك و كشف اللثام و غيرهما الإجماع هنا أيضا على عدم الوقوع بالكنايه، و لأنه إما عتق فلا بد فيه من صريح لفظه، أو وصيه به فلا بد من التصريح بالموصى به.

لكن قد يناقش بمنع كونه منها، بل هو من الصريح لغه و عرفا فيه، بل قيل: إنه كان معروفا في الجاهليه، و لا ينافى كونه فردا من مطلق العتق اختصاصه بلفظ لا يصح في المطلق نحو ما سمعته في الخلع، لصراحته فيه دونه، و لعله لذا كان خيره الفاضل الوقوع بها، كما عن القاضي و أبي على و المبسوط، بل في الرياض نسبتته إلى جمع كثير، بل حكى عن الأولين تحقق التدبير به مع القصد و إن كان كنايه، لكنه كما ترى بناء على تحقق الإجماع على عدم جواز التدبير بها، هذا كله إذا اقتصر.

أما لو قال: فإذا مت فأنت حر صح إجماعا بقسميه و كان الاعتبار بالصيغه لا بما تقدمها كما هو واضح.

و لو كان المملوك لشريكين مثلا- بالسويه أو التفاوت فقلا دفعا أو ترتيبا إذا متنا فأنت حر و أطلقا لفظا و نيه انصرف قول كل واحد منهما إلى نصيبه و صح التدبير كما عن المبسوط، لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضا لتعليق نصيب كل منهما على وفاه نفسه فيحمل على الصحيح صوتنا لكلامه عن الهذر و ترجيحاً لجانب الصحه الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه.

و فيه- مع أنه مبنى على عدم جواز التعليق على وفاه الغير على جهه التدبير أو غيره- أن الأصل المزبور لا يغير ظاهر اللفظ الذي هو التعليق على وفاه الغير، ضروره كونه إنشاء لا يتحقق بالنسبه إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه، بخلافه على ما ذكر، فإنه يكون إنشاء بالنسبه إلى تعليق نصيبه على وفاه نفسه، و إخبارا

بالحكم بالنسبه إلى الحكم بعثقه أجمع على تقدير وفاتهما، و حينئذ فالمتجه بناء صحته و بطلانه على جواز تعليقه على وفاه الغير تدبيراً أو غيره و عدمه، و قد عرفت أن التحقيق عدم جوازه مطلقاً إلا في خصوص مضمون الخبرين (١).

المزبورين، و منه يعلم الحال في صورته العلم بكون قصدهما ذلك.

أما مع قصد تدبير كل منهما نصيبه خاصة فلا إشكال و لا خلاف في الصحه إذ لم يكن حينئذ معلقاً على شرط و لا على دبر حياه غير المولى، بل هو بمنزله التدبير، كل منهما نصيبه بصيغه تخصه و حينئذ ف ينعقد بموتهما دفعه إن خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه لما تسمعه من أن ذلك حكم التدبير أو أجاز الوارث و لو خرج نصيب أحدهما خاصة من ثلثه تحرر و بقي نصيب الآخر كله أو بعضه رقا على حسب ما يخرج من ثلثه إن لم يجز الوارث.

و لو مات أحدهما تحرر نصيبه من ثلثه و بقي نصيب الآخر رقا حتى يموت و الكسب المتخلل بين الموتين مشترك بين المدبر و المالك الحي بنسبه الملك، كما أنه بين الورثه و المالك الحي لو أجزناه تدبيراً معلقاً على وفاته و وفاه شريكه لو فرض موت أحدهما قبل الآخر، و كذا لو أجزناه عتقا معلقاً على ذلك لا تدبيراً، ضروره عدم حصول الحريه قبل موتها معاً، فيبقى على الرقيه و كسبه للوارث.

نعم في المسالك ليس له التصرف فيه بما يزيل الملك لا غيره كالاستخدام و الإجاره، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك، و فيه نظر، نعم في جواز نقله عن الملك لو جعلناه تدبيراً نظرياً عرفت، و من جواز الرجوع في التدبير، و هذا من أفرادها، بل عن الإرشاد الجزم بعدم جوازه على هذا التقدير، و لعله لعدم ثبوت جواز الرجوع للوارث الذي هو غير المدبر، و دعوى كونه من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث

يمكن منعها، إذ لعله نحو جواز الرجوع بالهبة للواهب و نحوه من الأحكام التي لا تنتقل إلى الوارث.

### [يشترط في الصيغه المذكوره شرطان]

#### [الشرط الأول النيه]

و كيف كان ف يشترط في الصيغه المذكوره شرطان:

الأول:

النيه التي هي شرط في غيرها أيضا من صيغ العقود و الإيقاعات من غير خلاف فيه و لا إشكال نصا و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه. فلا حكم حينئذ لعباره الساهي و لا الغالط و لا السكران و لا المحرج الذي لا قصد له بسبب إكراهه و إجهائه إلى التدبير على وجه يرتفع قصده لفظا و معنى أو معنى لا لفظا على حسب ما عرفته من المكروه في كتاب الطلاق.

و في اشتراط نيه القربه تردد و خلاف ينشأ من كون التدبير وصيه أو عتقا أو من التردد في اعتبارها في العتق و الوجه عند الشيخ و المصنف و جماعه ممن تبعهما أنه غير مشروط لإطلاق الأدله، و لما ستعرف من كونه وصيه لا عتقا، و لا خلاف في عدم اعتبارها فيها.

لكن قد يناقش بما ستعرف من كون المراد بكونه وصيه أنها بمنزلتها في جواز الرجوع و الإخراج من الثلث و غير ذلك، و إلا فلا ريب في أنه عتق لكنه غير منجز ثبتت مشروعيته، فيشمله حينئذ

ما دل (١) على أنه «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى»

و غيره من الأدله التي سمعتها على اعتبار القربه في العتق، مضافا إلى الإجماع المحكى عن المرتضى على ذلك و على عدم جواز تدبير الكافر، بل و إلى

#### الصحيح (٢)

«إن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له، و إن كان في صحه و سلامه منه - أي الدين كما عن جماعه - فلا سبيل للديان»

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب التدبير الحديث ١.



أى الدين الذى حصل بعد التدبير، بناء على أن الوجه فى فساد التدبير فى الأول فقد شرط نيه القربه، و إن كان فيه ما فيه، لكن الأول كاف فى الدلاله على الاشتراط، و لا يعارضه الإطلاق المقيد بما سمعت، بل قد عرفت أنه ليس إلا إطلاق العتق الذى قد سمعت اعتبار نيه القربه فيه، بل قيل: إنه لا إطلاق هنا سوى أخبار وارده (١)

فى غير حكم المسأله، و لعله لذا كان خيره المرتضى و الحلى و الفاضل فى ظاهر المختلف اشتراطها، و هو الأقوى و الله العالم.

### [الشرط الثانى تجريدها عن الشرط]

الشرط الثانى:

تجريدها عن الشرط و الصفه فى قول مشهور للأصحاب بل عن ظاهر الخلاف و المبسوط و السرائر الإجماع عليه، مضافا إلى ما سمعته مكررا مما يدل على اعتبار التنجيز فى كل عقد و إيقاع، و منه الإجماع المحكى على ذلك إلا ما خرج، بل قد عرفت أن التدبير قسم من العتق الذى قد عرفت اعتبار التنجيز فيه، نعم ثبت مشروعيه التعليق فيه على وجه خاص لا يتعدى منه إلى غيره بعد حرمة القياس عندنا.

و حينئذ فلو قال: إن قدم المسافر فأنت حر بعد وفاتى أو إذا أهل شهر رمضان مثلا لم ينعقد، و كذا لو قال: بعد وفاتى بسنه أو أشهر أو يوم. و كذا لو قال: إن أدت إلى أو إلى ولدى كذا فأنت حر بعد وفاتى لم يكن تدبيرا و لا كتابه فما عن أبى على من جواز تعليقه على شرط أو صفه مبنى على مذهبه فى القياس، قال: «و لو جعل له العتق بعد وقت من موت سيده كان ذلك وصيه بعته فى معنى التدبير» و هو كما ترى أيضا، نعم لو قال: «أعتقه بعد كذا من موتى» صح إذ ليس حينئذ عتقا و لا تدبيرا معلقا، و المسأله بحمد الله من الواضحات و إن وسوس

فيها صاحب المسالك لوسوسته في أصل اعتبار التنجيز في العقد والإيقاع، بل جعل قول المصنف هنا على قول مشهور مشعرا بذلك، وليس كذلك، فان المصنف لا إشكال عنده في اعتبار التنجيز في سائر العقود والإيقاعات، والله العالم.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال نضا (١)

و فتوى في أن المدبره مثلا رق بل الإجماع بقسميه عليه، و حينئذ ف له وطؤها و التصرف فيها بوطء و استخدام و غيرهما و إن حملت منه لم يبطل التدبير خلافا للشافعي فأبطله بالاستيلاء، لكونه أقوى، نعم تكون مستحقه للعتق بسببين مع فرض بقاء ولدها بعد موت سيدها.

و حينئذ ف لو مات مولاها عتقت بوفاته من الثلث قيل: لأنه السبب السابق و إن عجز الثلث عن بعضها عتق ما بقي منها من نصيب الولد و لو فرض عجزه عتق منها نصيبه و استسعت في الباقي كما ستعرفه في حكم أم الولد، ففي

صحيح أبي مريم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها فقال: أي ذلك شاء فعل»

و في خبر إسماعيل بن مرار عن يونس (٣)

«في المدبر و المدبره يباعان يبيعهما صاحبهما في حياته فإذا مات فقد عتقا، لأن التدبير عده و ليس بشيء واجب، فإذا مات كان المدبر من ثلثه الذي يتركه و فرجها حلال لمولاها الذي دبرها و للمشتري الذي اشتراها منه قبل موته»

و هو إن كان من كلام يونس كما هو الظاهر دال على معلوميه الحكم في ذلك الزمان، و إلا كان خيرا مؤكدا لما سمعته من خبر أبي مريم، إلا أن مقتضى ما سمعته سابقا- من تعليل إجراء حكم المدبره أولا بالسبق- أنه لو انعكس الأمر جرى عليها حكم أم الولد أولا، فتعتق من نصيب ولدها، فان عجز فمن ثلثه، لكن لا يخفى عليك ما فيه من الاشكال، و ربما تسمع تحقيقه

١- ١ الوسائل - الباب - ١ و ٣- من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب التدبير الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١- من أبواب التدبير الحديث ٢.

فيما يأتي إنشاء الله.

و كيف كان ف لو حملت المدبره بمملوك لمولاها سواء كان من عقد أو زنا أو شبهه كان مدبرا كأمه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، نعم ربما توهم الإشكال فى الزنا مع علمها بالتحريم، لانتفائه عنها شرعا، وفيه- مع أن جانب المالىه و الحيوانيه غالب فى الأمه و لذا كان ولدها من الزنا لمولاها دون مولى الزنا- أن الموجود فى النصوص «فما ولدت فهو بمنزلتها» و لا ريب فى صدق أنها ولدته و إن كان من زنا.

ففى

صحيح (١) يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن جاريه أعتقت عن دبر من سيدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها، و هم من ثلثه، و إن كانوا أفضل من الثلث استسعوا فى النقصان»

إلى آخره و رواه

الصدوق مرسلا (٢) و زاد «لأن الحمل حدث بعد التدبير».

و فى

خبر أبى البخترى المروى عن قرب الاسناد (٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام قال: «ما ولدت الضعيفه المعتقه عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها يرقون برقها و يعتقون بعقها، و ما ولد قبل ذلك فهو مماليك، لا يرقون برقها و لا يعتقون بعقها»

إلى غير ذلك من النصوص (٤)

الشامله لولد الزنا و غيره التى لا يعارضها

خبر على بن جعفر (٥) المروى عن قرب الاسناد و كتاب المسائل له قال: «سألته عن رجل قال إذا مت فجاريتى فلانه حره، فعاش حتى ولدت الجاريه أولادا ثم مات ما حالها؟ قال: عتقت الجاريه، و أولادها مماليك»

بعد شذوذه و الاعراض عنه.

١- ١ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب التدبير الحديث ٤.

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ٥- من أبواب التدبير الحديث ٢ و ذكره فى الفقيه ج ٣ ص ٧١ الرقم ٢٤٦.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب التدبير الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب التدير.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب التدير الحديث ٦.

و على كل حال ففى التعليل المزبور فى خبر يزيد إشعار بأن سرايه التدبير للحمل من حيث كونه نماء المدبره الذى لا فرق فيه بين كونه من الزنا وغيره كالمملك، لا من حيث كونه ولدا لها حتى يتبع الولد الشرعى، كما هو واضح.

و من هنا لو رجع المولى فى تدبيرها لم يكن له الرجوع فى تدبير ولدها كما عن النهايه و الخلاف و المبسوط و القاضى و ابن حمزه و الجامع و النافع، بل فى الكفايه نسبته إلى الأكثر، بل عن الخلاف و كثر العرفان عليه إجماع الفرقة، و ذلك لأن الرجوع فسخ لما حصل بصيغه التدبير لا لما كان تدبره بالنماء الذى لا يقبل الفسخ، و لذا كان الفسخ بالخيار لا يقتضى الفسخ فى النماء المتخلل، بل يبقى للمشتري و إن ردت العين للبائع، و إلى ذلك يرجع ما فى الدروس و التنقيح و غيرهما من الفرق بين تدبير الأم الذى هو بفعل المالك فجاز له الرجوع و بين تدبير الولد الذى هو بالسرايه فلا اختيار له فيه، قال فى الدروس: «و لو حملت بعد التدبير بمملوك فهو مدبر قسرا، فلا يصح الرجوع فى تدبيره و إن رجع فى تدبيرها، و نقل الشيخ فيه الإجماع، و جوزة الحليون، لأن الفرع لا يزيد على أصله» و الله العالم.

و لكن مع ذلك قيل و القائل ابن إدريس و جماعه بل نسب إلى أكثر المتأخرين له الرجوع فيه أيضا، لإطلاق ما دل (١)

على جواز الرجوع فى التدبير، و لأنه فرع تدبرها، فلا يزيد على أصله، و لا إطلاق التشبيه بتدبرها، بل قد سمعت ما فى خبر أبى البختري (٢)

من التصريح بأنهم يرقون برقها و يعتقون بعثتها.

و فيه - بعد تسليم شمول الإطلاق حتى إطلاق المنزله و حتى خبر أبى البختري - أنه يجب الخروج عنه بما عرفت، كقاعده عدم زياده الفرع عن الأصل

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب التدبير.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٥.

لو سلم كونها قاعده شرعيه.

على أن الأول مروى فى

صحيح أبان بن تغلب (١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، فقال: أولاده منها كهيتها، إذا مات الذى دبر أمهم فهم أحرار، قلت له: يجوز للذى دبر أمهم أن يرد فى تدبيره إذا احتاج، قال: نعم، قلت: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقى أولادها من الزوج الحر أ يجوز لسيدها أن يبيع أولادها و يرجع عليهم فى التدبير؟ قال: إنما كان له أن يرجع فى تدبير أمهم إذا احتاج، و رضيت هى بذلك».

و المناقشه فيه- بتضمنه ما لا يقول به المشهور من رقيه ولد الحر، و توقف الرجوع فى تدبير الام على رضاها و الاحتياج، فلا مكافئه له للعمومات حتى يخصصها، و الذب عنه بالتقييد بصوره اشتراط رقيه الولد، و بالحمل على الاستحباب لا يدفع هذا الوهن الموجب لعدم التكافؤ، مع عدم تماميه الذب عن الأول بما مر فى كتاب النكاح من عدم إفاده الاشتراط الرقيه، و لا يجبر هذا الوهن الشهره المحكيه، لكونها بالشهره المتأخره معارضه، و لا حكايه الإجماع المتقدمه، لأنها بشهره الخلاف المتأخرين موهونه، مضافا إلى نسبه الحلى جواز الرجوع إلى مقتضى مذهب الإماميه، و فى دعوى (٢) الفرق بين تدبير الام و تدبير الولد المذكوره بأن غايته على تقدير تسلمه نفى الأولويه، و هو لا يستلزم نفى الحجيه على جواز الرجعه بالكلية، فإن العمومات لما عرفت بعد بحالها باقيه- مدفوعه بأن الصحيح قد تعرض لحكم المدبره و ولدها، و صرح فيه باختصاص جواز الرجوع فى تدبير الام دون الولد، فلا مدخلية لمفروض السؤال، على أنك قد عرفت فى كتاب النكاح صححه القول بحصول الرقيه بالشرط بما لا مزيد عليه، بل يمكن الاستدلال عليه بهذا الصحيح

١- ١ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب التدبير الحديث ١.

٢- ٢ عطف على الضمير فى قوله: «و المناقشه فيه».

أيضا، و تضمنه للاحتياج و الرضا كما في كثير من النصوص (١)

غير قاذح بعد حملة على النذب، و الشهره المتأخره غير محققه، لأن المصنف و الشهيد في الدروس و غيرهما ممن تأخر عنهما قالوا بعدم جواز الرجوع، فلا توهن الشهره المتقدمه، فضلا عن الإجماعين المزبورين، و ابن إدريس تخيل انحصار الدليل في الصحيح الذي لا يعمل به على أصله، و أن العمومات شامله للمقام، فقال: «إن مقتضى مذهب الإماميه جواز الرجوع» و قد عرفت عدم شمولها، و على تقديره فهي مخصصه بما عرفت على أصولنا.

و أما المناقشه في الفرق المزبور بما سمعت فهي واضحه الضعف بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و أما خبر أبي البختری (٢)

فهو- مع ضعفه و عدم روايته في الكتب الأربعة و كونه مطلقا أيضا لاحتمال إرادته رقههم برقهها إلى آخره من حيث سعه الثلث و عدمها، فيقيد حينئذ بما عرفت- ظاهر في التلازم بين الرجوع بالأم و الرجوع بالأولاد مع أن الخصم لا يقول به، بل لا تقتضيه القواعد أيضا، ضروره، حصول وصف التدبير فيهم بتدبير الام فلا يزول بزواله فيها من حينه و إن صرح ابن الجنيد باقتضاء الرجوع بها الرجوع بهم، و استجوده في المختلف، و من ذلك يعلم الحال في التشبيه الذي يمكن دعوى ظهوره في إرادته حصول وصف التدبير، و حينئذ فلا محيص عن كون الأقوى عدم جواز الرجوع.

و كذا الكلام في المدبر إذا أنى بولد مملوك لمولاه لكونه من أمته مدبره أو لا أو من غيرها مع اشتراط الرقيه، فهو مدبر كأبيه ضروره عدم الفرق بين المدبر و المدبره في جميع ما ذكرناه، و في

صحيح يزيد بن معاويه (٣)

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب التدبير الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب التدبير الحديث ١.

عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل دبر مملوكا له تاجرا موسرا فاشترى المدبر جاريه فمات قبل سيده، فقال: أرى أن جميع ما ترك المدبر من مال أو متاع فهو للذي دبره، و أرى أن أم ولده للذي دبره، و أرى أن ولده مدبرون كهيئه أبيهم، فإذا مات الذي دبر أباهم فهم أحرار»

بل ربما كان فيه تأييد للمختار في الجملة باعتبار عدم بطلان تدبيرهم ببطلان تدبيره بالموت.

بقي الكلام في شىء، و هو أنه لا- كلام في أن الأولاد يخرجون من الثلث أيضا لكن مقتضى ما تسمعه فيما يأتي أن التدبير كالوصيه في الخروج من الثلث، و أن الخارج الأول فالأول، و حينئذ يخرج الأم أولا ثم الأولاد مترتبين، و من لم يسعه الثلث و لا بعضه يبقى رقا و لا استسعاء، إلا أنه قد سمعت إطلاق استسعائهم في النقصان في خبر يزيد (١).

بل لعله ظاهر في توزيع الثلث بينهم، فيتحرر منهم شىء و يستسعون في الباقي، و هو مخالف لما سمعت، و قد تعرض لذلك المصنف في النافع، فأفتى بمضمون الخبر المزبور.

و في الرياض في شرح ذلك «لأنه من لوازم التدبير كما سيأتى» و هو كما ترى، اللهم إلا- أن يفرق بين التدبير القهرى و الاختيارى.

و كذا الفاضل في القواعد، قال: «و لو حملت بعد التدبير فان خرجت هي و الأولاد من الثلث عتقوا، و إلا قسط عليهما، فيعتق من كل واحد قدر ما يحتمله الثلث من جميعهم، و سعى في قسطه من الزيادة، لأنهم جميعا بمنزله عبد واحد لم يحتمله الثلث» و هو صريح في أنه لا يقدم عتق الام فضلا عن غيرها من الأولاد و حينئذ فان لم يفضل من الثلث شىء لم يعتق منها و لا من الأولاد شىء، و إن فضل عتق منهم بالنسبه، و لعله لأن النص (٢).

و الفتوى إنما دلا على مساواه الأولاد لها في التدبير، لكن في كشف اللثام «ربما يوهم خبر يزيد و عبارته النهايه و السرائر تقديم الأم أولا فتأمل جيدا».

و لو دبرها ثم رجع في تدبيرها فأنت بولد لسته أشهر فصاعدا من حين

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب التدبير الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب التدبير.



رجوعه و لم يتجاوز أقصى مده الحمل لم يكن مدبرا لاحتمال تجدده كما هو مقتضى أصل عدم تقدمه، من غير فرق بين كونها فراشا و عدمه، لقيام احتمال الشبهه الذى لا ينافى حال المسلم، على أن الحكم بتدبره مشروط بعلوقها به مدبره و لم يتحقق، و الأصل بقاؤه على الملك و الحكم شرعا بلحوقه به أولا من حيث النسب لا يقتضى تحقق شرط التدبير.

نعم لو كان قد أتت به تاما لدون الستة أشهر من حين الرجوع كان مدبرا بلا إشكال لتحقيق الحمل بعد التدبير حينئذ كما لا إشكال فى انتفاء تدبيره لو ولدته بعد تجاوز أقصى الحمل من حين التدبير، كما هو واضح.

و لو دبرها حاملا قيل و القائل الإسكافى و الشيخ فى النهايه و ابنا البراج و حمزه إن علم بالحمل فهو مدبر، و إلا فهو رق، و هى روايه الوشاء (١)

عن الرضا عليه السلام فى الحسن أو الصحيح «سألته عن رجل دبر جاريه و هى حبلى فقال: إن كان علم بحبل الجاريه فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رق»

بل فى المسالك عمل بمضمونها كثير من المتقدمين و المتأخرين و نسبوها إلى الصحه، و الحق أنها من الحسن، و أن صحتها إضافيه، بل فى الدروس نسبه إلى المشهور، و لعله لذا نسب القول المزبور فى المفاتيح إلى الأكثر و إلا فلم نتحققه، بل لم نتحقق ما فى المسالك فضلا عنه و عما فى الدروس.

وقيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و ابن إدريس و غيرهما بل المشهور لا يكون مدبرا، لأنه لم يقصد التدبير، و هو أشبه (١١) بأصول المذهب و قواعده المؤيده ب

موثقه عثمان بن عيسى (٢) الذى أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه عن الكاظم عليه السلام «سألته عن امرأه دبرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه نفيسه فلم تدر المرأه المولوده مدبره أو غير مدبره؟ فقال لى: متى كان

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٢.

الحمل للمدبره؟ أقبل أن دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري، و لكن أجبنى فيهما جميعا، فقال إن كانت المرأه دبرت و بها حبل و لم تذكر ما فى بطنها فالجارية مدبره و الولد رق، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر فى تدبير امه»

و ما عن المبسوط من نسبه فى موضع إلى روايه أصحابنا و فى آخر منه إلينا، و ما عن السرائر من نسبه إلى مقتضى مذهبنا و بما سمعته غير مره من أن التصرف فى الأم الحاصل ببيع أو غيره لا يقتضى ترتب أثر ذلك التصرف على الحمل الذى هو موضوع آخر، و يصح تدبير كل منهما بدون الآخر.

و دعوى كونه جزء منها واضح المنع، بعد الإجماع هنا على عدم لحوق حكم الجزئيه فى صوره عدم العلم بالحمل، خلافا للعامه، فحكموا بالدخول مطلقا، و ما فى المسالك و غيرها من حكاية قول بالسرايه مطلقا مع عدم نسبه إلى القائل منا معلوم يمكن إرادته ما عند العامه به، و أما القاضى منا فقد حكى عنه فى المختلف أولا موافقه النهايه و إن كانت عبارته المحكيه فيه تقتضى الإطلاق، لكن على كل حال خلافه لا يقدر بالإجماع.

و بذلك و غيره يظهر لك عدم مكافئه الحسنه المزبوره للموثق من وجوه، فلا- وجه لتقييده بها، خصوصا بعد إمكان الجمع بينهما بما عساه ينساق إلى الذهن من التفصيل بين حالى العلم و عدمه من إرادته تدبير الحمل مع امه فى صوره العلم به و عدم استثنائه بخلاف حال عدمه، بل لو لا ذلك لخلا الحكم المزبور عن السبب و الحكمه، و كونه تعبدا محضا بعيد جدا.

**[المقصد الثاني في المباشر]**

المقصد الثاني في المباشر و لا يصح التدبير إلا من بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف بلا خلاف أجده في شىء من ذلك إلا في خصوص البالغ عشر سنين من الأول الذى تسمع الكلام فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأدله الخاصه و العامه، خصوصا بعد ما عرفت من كونه عتقا فيعتبر فيه ما اعتبر فيه.

و حينئذ فلو دبر الصبى لم يقع تدبيره لسلب عبارته كما في غيره من أفراد العقد و الإيقاع نعم روى (١) إن كان مميزا له عشر سنين صح وصيته و عتقه، و تدبيره لا يخلو من أحدهما، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه، لكن قد عرفت الحال فيها بالنسبه إلى العتق، مضافا إلى عدم انسياق ما يشمل التدبير من العتق فيها، أما الوصيه فقد تقدم فى كتاب الوصيه جوازها منه بالمعروف، لكن التدبير ليس وصيه قطعاً، وإنما هو بمنزلتها فى الخروج من الثلث و نحوه، لا فى الاندراج فى مفهومها بحيث يشمل لفظ «من أوصى» و لا عموم منزله يوثق به على وجه يتناول ذلك. و من هنا جزم المصنف بصحة وصيته و تردد فى عتقه للروايه (٢)

و جزم بعدم صحه التدبير.

فما فى المسالك - «من إشكاله بأنه لا وجه للجزم بالعدم هنا مع أن التدبير راجع إليهما قال: «و كذلك صنع العلامه فى الإرشاد فى الوصيه و التدبير، و رجوعه

١- ١ الوسائل - الباب - ٤٤ - من كتاب الوصايا الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤٤ - من كتاب الوصايا الحديث ٤.

إلى الرجوع أولى من تكلف الفرق بما لا يجدى»- لا يخلو من نظر، ضروره كون الوجه ما عرفت. و لذا ستسمع قول المصنف: «إنه بصفه الوصيه يجوز فيه الرجوع» و هو كالصريح فى عدم اندراجه فى مفهومها، بل و عدم عموم تنزيله منزلتها، نعم هو من أفراد العتق الذى تردد فيه، و لعل قوله: «و روى» مشعر بتردد فيه فى الجملة أيضا إلا أنه لما كان سلب عبارته معلوما اقتصر فى الخروج فيها على المتيقن المنساق، و هو العتق المنجز.

و بذلك اتضح الوجه فى شهره الأصحاب على جواز وصيته و عدم جواز تدبيره، و على أن التدبير وصيه أى كالوصيه فى بعض أحكامه، و أنه ليس ذلك منهم رجوعا، كما هو واضح.

و على كل حال ف لا يصح تدبير المجنون و لا المكره و لا السكران و لا الساهى و لا الغالط و لا غيرهم ممن قد عرفت سابقا عدم الصحه فيهم، لاعتبار القصد المفروض عدمه فيهم، بل كان الشرط المتقدم سابقا مغنيا عن ذلك.

و لا من المحجور عليه لسفه خلافا لما عن الشيخ من جوازه فى الأخير، لكونه تصرفا بعد الموت الذى يرتفع معه حكم السفه، بل عن التحرير أنه استشكله، لكنه كما ترى، و إلا لصح وصيه السفه بثلثه، و هو معلوم البطلان، على أن التدبير عتق منه حال سفهه و إن تأخر أثره إلى ما بعد الوفاه، كما هو واضح.

و أما الفللس فستسمع الكلام فيه فيما يأتى إنشاء الله تعالى.

و هل يصح التدبير من الكافر؟ الأشبه عند المصنف و من تبعه نعم حريبا كان أو ذميا لإطلاق الأدله، و كونه بمنزله الوصيه التى لا يعتبر فيها النيه.

بل فى المسالك «بنى الخلاف على أن التدبير وصيه أو عتق، فعلى الأول يصح من الكافر مطلقا، لعدم اشتراط نيه القربه، و على الثانى يبنى على اشتراطها

فى العتق و عدمه، و على أن المراد بها قصد التقرب سواء حصل أم لا، فعلى الأول لا يصح تدبير الكافر مطلقاً، و هو خيرُه ابن إدريس مصرحاً بأنه عتق، و على الثانى يصح، و على الثالث يصح ممن أقر بالله تعالى كالكتابى دون غيره- إلى أن قال:-  
و الأصح صحه التدبير فيه مطلقاً.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما قدمناه هنا و فى الكفاره و فى العتق، و مقتضاه عدم جوازه من الكافر مطلقاً، لأنه قسم من العتق الذى قد عرفت اشتراط القربه فيه الممتنع وقوعها من الكافر بل و من المخالف، فلا صحه لشيء من عباداتهم قطعاً، كما حررناه غير مره، فلاحظ و تأمل. و على كل حال فلا مدخله للحربى و الذمى فى الحكم المزبور، خصوصاً بعد شمول الحربى للكتابى الذى لا يلتزم أحكام الذمه، و الله العالم.

و لو دبر المسلم فارتد لم يبطل تدبيره بلا خلاف أجده فيه، للأصل و عدم خروج ماله عن ملكه بارتداده. و حيثنذ ف لو مات فى حال رده عتق المدبر من ثلته، لإطلاق الأدله هذا إذا كان ارتداده لا عن فطره.

و لو كان عن فطره لم ينعق المدبر بوفاه المولى لخروج ملكه عنه بالارتداد عنها، فلم يحصل شرط الصحه الذى هو الاستمرار على الملك إلى الموت حتى يعتق عنه، لأنه لا عتق إلا فى ملك. و لكن فيه تردد من ذلك و مما فى المسالك و غيرها من سبق حق المدبر على حق الوارث، فلا ينتقل إليه خصوصاً عند من منع من بيع المدبر، فإذا مات السيد انعتق ثلته لا غير، إذ لا مال له سواه، ثم قال: «و هل يعجل للوارث الثلثان؟ يحتمله، لعدم فائده فى حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته، و إلا فالفائده محتمله بتجدد مال آخر له على تقدير التوبه» و فى المبسوط أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد، و الأشهر التفصيل و إن كان ما ذكره الشيخ متجهاً لأمر نذكره فى أحكام المرتد إنشاء الله،

و ربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطره تنزيلا له منزله الموت، و هو بعيد.

قلت: لعل جعل ذلك وجها للتردد أولى من الأول المنافى للنص (١)

و الإجماع على زوال ملكه عنه بالارتداد و إن قلنا بقبول توبته، و الفرض أنه مال قابل للانتقال، بل بقاؤه أو الثلث منه ملكا له مستلزما لملك الكسب الحاصل منه، و لغير ذلك مما لا يلتزم، و سبق حق التدبير بعد فرض انتفاء شرط الصحة قبل الموت غير مجد، و دعوى منع الشرط المزبور- فينتقل إلى الوارث، لعدم اشتراط العتق عنه بملكيته، كما سمعته في «أعتق عبدى عنك»- منافيه لما هو كالمسلم عندهم، بل ظاهرهم المفروغيه عنه و إن تقدم في كتاب البيع احتمال صحه بيعه مدبرا نحو بيعه جانبا، إلا أن كلامهم صريح في خلافه، كما هو واضح. و لم ندر الأمر الذى يذكره في حكم المرتد بحيث يقتضى بقاء صحه تدبيره، و الله العالم.

و لو ارتد لا عن فطره ثم دبر صح بناء على عدم اعتبار القربه فيه، لإطلاق الأدله و عدم خروج ماله عن ملكه بالارتداد المزبور، لكن مع ذلك قال المصنف على تردد و لا وجه له بعد الجزم بصحته من الكافر المبني على عدم اشتراط القربه، و من هنا جزم بالصحه فى القواعد على تقدير عدم الاشتراط، إلا أنه قال:

فان تاب نفذ و إلا فلا، و ظاهره أن الصحه مراعاة بذلك، و فى كشف اللثام تبعا للدروس و للصيمرى تعليل عدم النفوذ مع عدم التوبه بالحجر و إن كان لم يتضح لنا الان الوجه فى شىء من ذلك، لكن سهل الخطب عندنا عدم صحته عندنا، لما عرفت من اشتراط نيه القربه فيه، و هى متعذره من الكافر من غير فرق بين المرتد و غيره، و لعل وجه التردد حينئذ ذلك، على معنى أنه يصح جزما لعدم ثبوت الحجر عليه، و يحتمل الصحه مراعاة أو على معنى أنه يصح، و لكن قد تردد فيها لكونه محجورا عليه كالسفيه على وجه لا يصح التصرف منه و إن لحقته التوبه التى تفك

الحجر عنه حين حصولها لا فيما تقدم، بل حكي في شرح ترددات الكتاب عن المبسوط الحكم بالبطلان للحجر، والله العالم.

و لو كان ارتداده عن فطره ثم دبر لم يصح لخروج المال عن ملكه بارتداده، ولاشترط نيه القربه فيه و لكن أطلق الشيخ في المحكي عن المبسوط الجواز، وفيه إشكال ينشأ من زوال ملك المرتد عن فطره نعم لو فرض تجدد ملك له بعد الرده و قلنا بأنه يملك معها و إن زال الأول صح إطلاقه حينئذ بناء على عدم اشتراط نيه التقرب لكن ذلك كله شك في شك.

و التحقيق عدم الصحه من المرتد مطلقا لما عرفت.

و في المسالك «إطلاق الشيخ الجواز يدل على منع انتقال المال عنه، و هو قول ابن الجنييد، و لم يفرق بين الملى و الفطرى، و استفاده الفرق بينهما و إثبات الأحكام المشهوره من النصوص مشكل، و سيأتى البحث فيه» قلت: لا إشكال فيه كما حررناه في محله.

و لو ارتد المملوك لم يبطل تدبيره بلا خلاف كما عن الخلاف، للأصل إلا أنه قيده بالارتداد الذى يستتاب فيه، و تبعه القاضى، و لعله لبطلان تدبير غيره كما أنه يبطل تدبير الأول لو التحق بدار الحرب عندنا كما عن المبسوط، لأنه إباق و زياده، خلافا للشافعى. و لو مات قبل التحاقه عتق، و الله العالم.

و لو دبر الكافر كافرا فأسلم بيع عليه سواء رجع فى تدبيره أو لم يرجع لأنه على كل حال باق على ملكه، و مستحق لاستخدامه، فهو سبيل له عليه، و علو منه عليه، و قد تقدم فى كتاب التجاره (١) أن مثله يباع على ماله قهرا، فما عن ابن البراج - من أنه يتخير بين الرجوع فى التدبير، فبياع عليه و بين الحيلولة بينه و بينه و كسبه للمولى، و بين استسعائه، و حينئذ فينفق عليه من كسبه فان فضل منه شىء فهو للمولى - لم أقف له على دليل.

و على كل حال ف لو مات السيد قبل بيعه عليه و قبل الرجوع فى التدبير تحرر من ثلثه للإطلاق و لو عجز الثلث تحرر ما يحتمله، و كان الباقى للوارث، فان كان مسلما استقر ملكه و إن كان كافرا بيع عليه بلا إشكال فى شىء من ذلك و يصح تدبير الأخرس عندنا بالإشارة المفهمه القائمه مقام اللفظ كباقى تصرفاته. و كذا رجوعه الذى هو منها من غير فرق بين الذاتى منه و العرضى.

و لو دبر صحيحا ثم خرس و رجع بالإشارة المعلومه صح لاتحاد المدرك فى الجميع، هذا و فى المسالك نبه بقوله: «و كذا رجوعه على خلاف بعض العامه، حيث منع من رجوعه بالإشارة و إن جوز تدبيره بها بناء على أن الرجوع لا يصح عنده بالقول بل بالفعل، و غايه إشارته أن تقوم مقام القول، فلا يزيد الفرع على أصله» قلت: هو ليس حينئذ خلافا فيما نحن فيه، و الأمر سهل، و الله العالم.



[المقصد الثالث فى الأحكام]

[مسائل]

[المسأله الأولى التدبير بصفه الوصيه يجوز الرجوع فيه قولاً]

المقصد الثالث فى الاحكام

و هى مسائل:

الأولى:

التدبير بصفه الوصيه فى الرجوع و فى الخروج من الثلث و غيرهما من الأحكام التى ستعرفها، لا أنه وصيه حقيقه وفاقا للمحكى عن المقنع و المقنعه و الخلاف و النهايه و السرائر و الغنيه و الوسيله و الجامع و غيرها، لصحه السلب، و لخروجه عن المعروف فى تعريفها الذى مر فى محله، و لعدم الاحتياج فى تحريره إلى صيغه أخرى، إذ لم يثبت مشروعيه إنشاء التحرير بها، كما ثبت إنشاء التمليك بها، و ل

قول الصادق عليه السلام فى صحيح هشام (١)

«هو مملوكه بمنزله الوصيه»

و فى

صحيح معاويه بن عمار (٢)

«هو بمنزله الوصيه يرجع فيما شاء منها»

و فى خبر أبى بصير (٣)

«المدبر مملوك، و لمولاه أن يرجع فى تدبيره- إلى أن قال- و هو من الثلث إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيه ثم بداله بعد فغيرها من قبل موته».

و لا ينافى ذلك

الموثق (٤) عنه عليه السلام «سألته عن المدبر أ هو من الثلث؟ قال: نعم،

- ١-١ الوسائل - الباب - ١٩ - من كتاب الوصايا الحديث ٣.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ١٩ - من كتاب الوصايا الحديث ٤.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب التدبير الحديث ٣.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب التدبير الحديث ٢.

و للموصى أن يرجع في وصيته في صحه أو مرض»

ضروره إمكان ترتب ذلك على كونه بمنزلتها، كما هو واضح.

بل هو نحو

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «المدبر من الثلث، و للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحه أو مرض»

بل يمكن إرجاع ما في النافع و محكى المبسوط من أن التدبير وصيه إلى إرادته ما عند المشهور من كونه كالوصيه، خصوصا بعد قوله في الأول متصلا: «يرجع فيه المولى إن شاء» المشعر بكونه كالوصيه في ذلك، و خصوصا بعد ما حكى من ظهور الإجماع في المبسوط على ذلك، إذ قد عرفت أن الإجماع لظن كونه بصفتها لا أنه منها حقيقه، إذ لم نعثر على من سبقه إلى ذلك، و جواز الرجوع فيه و خروجه من الثلث لا يقتضى كونه منها حقيقه، و إنما هما الوجه في تنزيله منزلتها و تشبيهه بها.

إنما الكلام في إطلاق تنزيله منزلتها على وجه يرجع إليه في غير ما نص عليه من أحكامها، و اختصاصه بما ورد منها دون غيره، فيبقى على ما تقتضيه الأصول و القواعد في العتق المعلق، و جهان أقواهما الثاني كما اعترف به في المسالك، لعدم إطلاق يوثق بإرادته حكم الإطلاق منه في النصوص بل و الفتاوى.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما في الرياض من أن «ثمره الخلاف هينه، لعدم ظهورها إلا في النذر و ما شاكلة، فيتحقق الامتثال بالتدبير لو التزم وصيه على ما في العبارة و الموثقه (٢)

و على المختار لا بد من وصيه اخرى».

بل هو من غرائب الكلام، خصوصا بعد قوله في المسالك بعد ذكره القول بأنه عتق مشروط أو وصيه «و هما أصل كثير في تفريع مسائل الباب» و خصوصا بعد ما سمعت من ابتداء جمله من الفروع عليه، بل يكفي في الثمره أنه يعتبر فيه ما يعتبر في العتق من القربه و الصيغه الخاصه و نحوها، بناء على أنه منه حقيقه

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب التدبير الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب التدبير الحديث ٢.

و إن كان كالوصيه فى الرجوع و الخروج من الثلث و نحوهما من الأحكام، إذ لا- يعتبر فيه شىء من ذلك، بناء على أنه من الوصيه حقيقه، ضروره عدم تناول أدله العتق له.

و أغرب من ذلك قوله فيه أيضا: «و بالجمله الأقوال فى المسأله ثلاثه أحدها أنه وصيه كما فى العبارة، و ثانيها عتق معلق، و ثالثها إيقاع مستقل لكنه بمنزله الوصيه فى الأحكام من نفوذه من الثلث و جواز الرجوع فيه، و عليه كما عرفت أكثر الطائفه» إذ مقتضاه عدم جريان الأحكام المزبوره على القول الثانى، مع أنه لم يعرف خلاف فى جريانها عليه على كل حال، كما اعترف به فى كشف اللثام، بل لم نعث على قائل صريحا بما نسبه إلى أكثر الطائفه.

نعم فى موضع من المسالك بعد أن ذكر القولين الأولين قال: «و لو قيل بأن التدبير إيقاع برأسه و إن شابه العتق المعلق بوجه و الوصيه بوجه كان حسنا و فيه جمع بين الأدله و سلامه من تناقض الأحكام المترتبه عليه غالبا» و هو كالصريح فى عدم قائل بذلك، و لعله لصدق العتق المعلق عليه لغه و شرعا و عرفا.

لكن قال أيضا فى موضع آخر منها: «و التحقيق أنه بمنزله الوصيه لا- عينها كما ذكره هنا، لأنه لو كان وصيه محضه لافتقر فى عتقه إلى صيغه بعد الموت، و لا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها فى جميع الأحكام، بل المراد أنه بمنزلتها فى الأحكام المسؤول عنها فى الروايات، و هو كونه من الثلث و يجوز الرجوع فيه و نحو ذلك، و ليس بعتق معلق أيضا، كما قال ابن إدريس و غيره، و إلا- لما صح الرجوع فيه، فكونه مترددا بينهما فى بعض الأحكام و مستقلا بنفسه- و من ثم وقع بصيغته الخاصه الخارجه عن الأمرين - أظهر».

و فيه أن اختلاف الأحكام لا مدخله له فى مهيه الشىء و حقيقته، و حينئذ فمراد القائل بكونه بصفه الوصيه و ليس منها حقيقه و هو الأ- أكثر أنه عتق معلق بصفتها فى جواز الرجوع و الخروج من الثلث و نحوهما من الأحكام التى لا- تقتضى كونه إيقاعا مستقلا كما هو واضح.

و كيف كان فلا خلاف بيننا نضا و فتوى فى أنه يجوز الرجوع فيه بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض إن لم يكن متواترا، و لا فرق فيه عندنا بين أن يكون قولاً كقوله: رجعت فى هذا التدبير أو نقضته أو فسخته أو نحو ذلك و فعلا يدل على قصده الرجوع كأن يهب و إن لم يقبض أو يعتق أو يقف و إن لم يقبض أو يوصى به خلافاً للشافعى فى أحد قولى سواء كان التدبير مطلقاً بأن علقه على مطلق الموت أو مقيداً بالموت فى سفره أو مرضه، خلافاً للمحكى عن أبى حنيفة، فخص الجواز بالثانى.

و كذا لو باعه بطل تدبيره و إن لم يقصد به الرجوع، لاقتضاء البيع خروجه عن ملكه المنافى لبقاء تدبيره.

و قيل: إن رجع فى تدبيره ثم باع صح بيع رقبته، و كذا إن قصد بيعه الرجوع و إن لم يقصد مضى البيع فى خدمته دون رقبته و تحرر بموت مولاه، (١١) و ظاهره اختصاص الخلاف فى البيع إذا لم يقع رجوع قبله و لم يقصد به الرجوع.

و نحوه الفاضل فى القواعد و إن لم يذكر القيد الثانى، قال فيها: «و يجوز الرجوع فى التدبير قولاً أو فعلاً، فلو وهب و إن لم يقبض أو أعتق أو وقف أو أوصى به أو باعه على رأى أو رهنه بطل التدبير، مطلقاً كان أو مقيداً، و يصح العقد و إن لم يرجع فى التدبير، و سواء قصد بيعه الرجوع أولاً، و هل يبطل التدبير بالعقود الفاسده؟ الأقرب ذلك إن لم يعلم فسادها أو قصد الرجوع، و قيل: لا يبطل التدبير بالبيع إذا لم يرجع فيه، بل يمضى البيع فى خدمته دون رقبته».

و فى التنقيح «لا- خلاف أنه مع تقدم الرجوع القولى أو التصريح بقصد الرجوع بيعه أنه يبطل التدبير، و مع عدم الأمرين إن صرح ببيع رقبته أو هبتها كذلك و إن صرح ببيع منافعه أو هبتها لم يكن رجوعاً، و تحرر بموت سيده أما مع الإطلاق فأكثر الأصحاب قالوا بانصراف البيع و الهبه إلى منافعه، و أنه لا يبطل

بذلك و قال الحليون بطلان التدبير و صحه البيع».

و قال فى الدروس: «صريح الرجوع رجعت فى تدبيره أو نقضت أو أبطلت أو شبهه دون إنكار التدبير، أما لو باعه أو وهبه و لما ينقض تدبيره فأكثر القدماء على أنه لا ينقض التدبير، فقال الحسن يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون الولاء له، و قال الصدوق: لا يصح بيعه إلا أن يشترط على المشتري إعتاقه عند موته، و قال ابن الجنيد: تباع خدمته مده حياه السيد، و قال المفيد: إذا باعه و مات تحرر و لا- سبيل للمشتري عليه، و قال الشيخ فى النهايه: لا- يجوز بيعه قبل نقض تدبيره إلا أن يعلم المشتري بأن البيع للخدمه، و تبعه جماعه و الحليون إلا الشيخ يحيى على بطلان التدبير بمجرد البيع» إلى آخره إلى غير ذلك من كلماتهم المذكوره فى تحرير محل النزاع، لكن ما وصل إلينا من كلمات القدماء غير منطبق على ذلك، و إنما هو فى بيع خدمه المدبر إذا أراد بيعه مدبرا.

قال فى النهايه: «التدبير بمنزله الوصيه يجوز للمدبر نقضه ما دام فيه الروح، فان نقضه جاز له بعد ذلك بيعه و هبته و التصرف فيه بجميع أنواع التصرف، و متى لم ينقض التدبير و أمضاه على حاله ثم مات المدبر كان المدبر حرا من الثلث، فان نقص عنه اعتق و إن زاد عليه استسعى فى الباقي، و متى أراد المدبر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته، و أنه متى مات هو كان حرا لا سبيل عليه» و هو كالصريح فى جواز بيع خدمه المدبر لأنه إذا أطلق البيع انصرف إليها، و نحوه ما فى محكى المذهب و الكامل.

قال فى الأول: «يجوز لسيد المدبر أن يبيع خدمته إذا ثبت على تدبيره، و لم يرجع عنه، فيشترى المشتري كذلك، فيخدمه أيام حياه الذى دبره، فإذا مات عتق من الثلث».

و قال فى الثانى: «من دبر مملوكا و أراد بيعه لم يجز له ذلك إلا أن ينقض تدبيره أو يعلم المشتري أنه يبيعه خدمته، و أنه متى مات هو كان حرا لا

سبيل له عليه».

و كذا المحكى عن أبي الصلاح قال: «يجوز بيعه في حال تدبيره، فإذا مات مدبره تحرر على مبتاعه، فإن كان عالماً بتدبيره حال ابتاعه و إلى أن مات مدبره فلا شيء له، و إن لم يعلم رجوع إلى التركة بما نقد فيه، و إن كان باعه بعد ما رجع في تدبيره لم يتحرر بموت مدبره».

و أما ابن حمزه فلم يتعرض لهذه المسألة، و إنما اقتصر على بيان عدم جواز رجوعه بنفس التصرف، قال: «و ليس له التصرف فيه بالبيع و الشراء و الهبة و غير ذلك رجوعاً و إذا أراد ذلك رجع ثم باع أو فعل ما شاء».

و أما ابن أبي عقيل فظاھره عدم جواز بيع المدبر إلا مع اشتراط عتقه على المشتري، و أنه يجوز بيع خدمته قال: «ليس للمدبر أن يبيع المدبر إلا- أن يشترط على المشتري عتقه، و إذا أعتقه المشتري فالولاء لمن أعتق، و له أن يبيع خدمته، فإذا مات المدبر فالمدبر حر».

و كذلك الصدوق لكن لم يتعرض لبيع خدمته قال: «و إذا أعتق الرجل غلامه أو جاريتته على دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه فليس له أن يبيعه إلا- أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته» و هو كما ترى لا- تعرض في كلامهما لانصراف البيع عند الإطلاق إلى الخدمه كما سمعته في تحرير محل النزاع.

و كذلك ابن الجنيدي على ما حكى من عبارته في المختلف قال:

«عن أمير المؤمنين عليه السلام (١)

«إن رسول الله صلى الله عليه و آله باع خدمه المدبر، و لم يبيع رقبته»

و لا بأس عندنا ببيع رقبه المتطوع بتدبيره إذا احتاج السيد إلى ثمنه، لحديث جابر (٢)

فأما المدبر عن نذر قد كان ما نذر فيه و وجب على السيد تدبيره فلا يجوز

١- ١ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ٤.

٢- ٢ المستدرک الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ٧ و سنن البيهقي ج ١٠ ص ٣٠٨.

بيع رقبته، وإنما يباع من هذا خدمته مدة حياه سيده، والأحوط أن يباع ذلك منه بمكاتبه أو غيرها، ولا اختار بيع المتطوع بتدبيره وخدمته الواجب تدبيره في دين أو غيره إلا- إذا لم يف ملك السيد بدينه، و لم يكن به غنى عن بيعه و لو باع خدمه مدبره من نفسه لم يسقط ما وافقه عليه بموت السيد، فان كان مال حال وجب عند موته و إن كان منجما كان للورثه على نجومه، كالكتابه، إذ هو كما ترى صريح في خلاف ما سمعته من تحرير النزاع.

نعم ظاهر عبارته المقنعه جواز بيع المدبر على وجه يكون ملكا للمشتري، إلا أن يموت المدبر، قال: «و لمالك العبد أن يبيعه بعد التدبير له، غير أنه متى مات البائع صار حرا لا- سبيل للذئ ابتاعه عليه» و يمكن أن يريد بيع الخدمه و يكون كلام الشيخ ره كالتفسير له، لاستبعاد إرادته بيع الرقبه على الوجه المزبور و إن ذكر الفاضل نحوه في تأويل كلام القائلين ببيع الخدمه، و قال: «إنه كبيع العبد المشتري حرته» إلا أنه كما ترى.

و كأنه أخذه مما في محكى المبسوط من أنه

«روى أصحابنا (١)

أن التدبير باق، إذا مات السيد يعتق في ملك المشتري،

و ينبغي أن يبيعه بهذا الشرط، و متى عاد إليه ملكه بغير ذلك فهل يعود حكم التدبير؟ قال قوم: يعود تدبيره، و إن كان لم ينقض تدبيره فالتدبير باق، لأن عندنا يصح بيع خدمته دون رقبته مدة حياته» و هو صريح في انتقاضه بالبيع، خصوصا بعد قوله قبل ذلك: «لو جنى المدبر فان اختار سيده تسليمه للبيع فان استغرق الأرش قيمته بيع فيها و بطل التدبير، و إن كان الأرش لا يستغرق قيمته و لم يمكن بيع بعضه بيع كله، و الفضل لسيده، و إن بيع بعضه كان الباقي مدبرا، و كل موضع زال ملكه عنه زال التدبير».

١- ١ المبسوط ج ٦ ص ١٧٢ و لفظه هكذا «روى أصحابنا أن التدبير باق و إذا مات السيد».



و نحوه ما عن الخلاف «أن بيع المدبر و هبته و وقفه ناقض للتدبير، و لو وهبه كانت الهبه رجوعا فى التدبير سواء أقبضه أو لا، و كذا لو أوصى به» ثم قال فى الخلاف أيضا: «إذا دبر عبدا ثم أراد بيعه و التصرف فيه كان له ذلك إذا نقض، فان لم ينقض تدبيره لم يجز بيع رقبته، و إنما يجوز له بيع خدمته مده حياته» و بالجمله إنما كلامهم أو أكثرهم فى مشروعيه بيع خدمه المدبر إذا لم يرد نقض تدبيره، لا فى انصراف البيع إليها.

و السبب فى ذلك بعض النصوص الداله على ذلك، ك

خبر السكونى (١) عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على عليهم السلام «باع رسول الله صلى الله عليه و آله خدمه المدبر و لم يبع رقبته»

و خبر على (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حال حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها فى حياته، فإذا مات انعتقت الجارية»

و هما مع ضعفهما و موافقتهما للمحكى عن بعض العامه محتملان لإرادته مطلق النقل من البيع كالصلح أو الإجاره مده معينه فمده و هكذا و غيرهما لا البيع حقيقه، ضروره معلوميه كون مورده الأعيان لا المنافع، خصوصا مع جهالتها، و دعوى اختصاص الموضوع المزبور بذلك كما سمعته من الدروس بعيده، لقصور الخبرين المزبورين عن إثبات ذلك.

و كذا الكلام فى

خبر أبى مريم (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أ يظأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال:

نعم أى ذلك شاء فعل»

و أبعد منه حملهما على إرادته بيع الرقبه إلى أن يموت البائع، فينعتق عليه بمعنى ملكيه متزلزله إلى الموت، كما سمعته من الفاضل و فرع عليها فروعا.

و أما ما سمعته من الصدوق و ابن أبى عقيل فيدل عليه

صحيح ابن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام «فى رجل يعتق غلامه أو جاريته فى دبر منه ثم يحتاج إلى

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدير الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدير الحديث ١.

٤-٤ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التدير الحديث ٦.

ثمنه أ يبيعه؟ فقال: لا، إلا أن يشترط على الذى يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»

و نحوه صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام الذى ينبغى حملهما على ضرب من الكراهه، ك

خبر وهب (٢) عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام «إن عليا عليه السلام قال:

لا يباع المدبر إلا من نفسه»

الموافق للمحكى عن بعض العامه.

و كذا ما دل على تقييد البيع بالاحتياج أو رضا المملوك ك

صحيح ابن مسلم (٣)

«قلت لأبى جعفر عليه السلام: رجل دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن قال: إذا احتاج إلى الثمن فهو له، يبيع إن شاء و إن شاء أعتق، فذلك من الثلث»

و موثق إسحاق بن عمار (٤)

«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الرجل يعتق مملوكه عن دبر ثم يحتاج إلى ثمنه، قال: يبيعه، قلت: فان كان عن ثمنه غنيا قال: إن رضى المملوك فلا بأس»

و صحيح جميل (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر أ يباع قال: إن احتاج صاحبه إلى ثمنه، و قال: إذا رضى المملوك فلا بأس»

و خبر أبى بصير (٦)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد و الأمه يعتقان عن دبر، قال:

لمولاه أن يكاتبه إن شاء و ليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته، و له أن يأخذ ماله إن كان له مال»

لعدم قائل بمضمونها حتى من القائلين ببيع الخدمه.

و على كل حال فلا ينكر دلاله هذه النصوص أجمع على ناقضيه بيع المدبر لتدبيره.

مضافا إلى

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر

- 
- ١-١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التذبير الحديث ٦ و التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ الرقم ٩٦٠ و الاستبصار ج ٤ ص ٢٨ الرقم ٩٦.
  - ٢-٢ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب التذبير الحديث ٢.
  - ٣-٣ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التذبير الحديث ٧.
  - ٤-٤ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التذبير الحديث ٤.
  - ٥-٥ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التذبير الحديث ٥.
  - ٦-٦ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التذبير الحديث ٢.
  - ٧-٧ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التذبير الحديث ١.

مملوكا ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه»

و خبر أبي بصير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «المدبر مملوك، و لمولاه أن يرجع في تدبيره إن شاء باعه و إن شاء وهبه و إن شاء أمهره»

مضافا إلى غيرهما من النصوص بل لا- ينكر ظهورهما خصوصا الأ-خير منهما في حصول الرجوع بالبيع إذا قصدته، خلافا لما سمعته من ابن حمزه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه أنه لا إشكال في بطلان تدبيره برجوعه عنه، فله يبعه و غيره، و كذا لو قصد بيعه الرجوع به، بل و كذا لو أطلق يبعه غير مستحضر لذلك أو لتدبيره، لاقتضاء البيع نقل رقبته، و هو مقتضى لإبطال تدبيره.

نعم لو صرح ببيع خدمته مع إرادته بقاء تدبيره أو ببيع رقبته كذلك ففيه البحث السابق الذي قد عرفت فيه أن الأصح عدم جوازه، و كذا لو أطلق البيع مريدا ذلك من غير إعلام المشتري، و الكلام مع القدماء في مشروعيه ذلك، و لو حمل كلامهم على نحو ما سمعته منا في حمل النصوص ارتفع النزاع من البين، و خلت المسألة عن الأشكال. و مما ذكرنا يظهر لك النظر في جملة من الكلمات، و الله العالم بحقيقته الحال.

و لو أنكر المولى تدبيره على وجه لم يقصد الرجوع به لم يكن رجوعا لغه و لا- شرعا و لا- عرفا، ضروره تمايز إنشاء الرجوع بالشىء و إنكار أصل إيقاعه، خصوصا إذا كان مع النسيان مثلا، فما عن بعضهم- من أنه يكون رجوعا لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان، فكان أبلغ من الرجوع المقتضى لرفعه في الزمن المستقبل خاصة- واضح الفساد و كذا الكلام في سائر ما كان عنوان إبطاله الرجوع و نحوه من و كاله أو وصيه و نحوهما، عدا الطلاق الذي قد ورد النص (٢).

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب التدبير الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٤- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

الصحيح فيه بكونه رجوعا، وقد عرفت تحقيقه فيما تقدم.

و كذا الكلام فيما لو ادعى المملوك التدبير و أنكر المولى فحلف إذ الحلف لم يفد الرجوع، و إنما يؤكد الإنكار، و يقتضى ارتفاعه ظاهرا و حينئذ لم يبطل التدبير فى نفس الأمر فلو مات السيد على الحال المزبور بحيث لم يحصل منه ما يدل على الرجوع انعتق المملوك فيما بينه و بين الله تعالى شأنه.

و قد تظهر الفائده ظاهرا لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فان جعلنا الإنكار رجوعا لم يعد باعترافه و إلا بقى بحاله، فيثبت ظاهرا أيضا حيث يعترف به، بل فى المسالك و قد تظهر فائدته أيضا لو كان الحلف لعدم البينه ثم وجدت بعد ذلك، و هو مبنى على سماع البينه بعد اليمين، و قد حققنا ذلك فى كتاب القضاء، و الله العالم.

**[المسألة الثانية ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى]**

المسألة الثانية لا خلاف نسا (١)

و فتوى فى أن المدبر عن حياه سيده ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى، فان خرج منه و إلا تحرر من المدبر بقدر الثلث و حينئذ ف لو لم يكن سواه عتق ثلثه نعم لو علقه بموت المخدوم مثلا و مات فى حياه المولى و صحته لم يعتبر من الثلث و إن قلنا إنه تدبير بلا خلاف و لا إشكال، لأنه كتعجيل العتق فى حال الصحه، و إطلاق النص (٢)

و الفتوى خروج المدبر من الثلث منزل على الغالب من كونه معلقا بموت المولى.

نعم فى المسالك «لو مات المخدوم فى مرض موت المولى أو بعده فهو من الثلث، كالمعلق على وفاه المولى، و لو كان واجبا بنذر و شبهه فان كان فى مرض الموت لم يتغير الحكم، و إن كان فى حال الصحه فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضا، لأنه لا يصير واجب العتق بذلك، بل إنما يجب تدبيره، فإذا دبره برىء من النذر، و لحقه حكم التدبير، و إن كان قد نظر عتقه بعد الوفاه فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليه، و مثله نذر الصدقه و نحوها بمال بعد الوفاه، و فى التحرير ساوى بين الأمرين فى خروجه من الأصل، و نقله فى الدروس عن ظاهر الأصحاب، و الأظهر الأول و حينئذ لو جوزنا تعليق العتق على الشرط فقال: هو حر قبل مرض موتى بيوم مثلا خرج من الأصل، و كذا لو جعلنا المنجزات من الأصل فعلقه على آخر جزء من حياته، و لو نذر عتقه أو الصدقه بالمال أو صرفه فى بعض الوجوه السابقه فى آخر يوم من أيام صحته فكذلك أو فى آخر يوم من أيام حياته على القول الآخر».

قلت: قال فى الدروس: «التدبير ثلاثه أقسام: واجب، و لا يصح الرجوع فيه إن قال: الله على عتق عبدى بعد وفاتى، و لو قال: الله على أن أدبر عبدى فكذلك

١- ١ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب التدبير.

فى ظاهر كلام الأصحاب، لأن الغرض التزام الحريره بعد الوفاه لا مجرد الصيغه، و عن ابن نما جواز الرجوع لوفائه بنذره بإيقاع الصيغه، فيدخل فى مطلق التدبير- ثم قال فيها فى آخر كتاب التدبير:- و لو كان التدبير واجبا أو معلقا بموت الغير فمات فى حياه المولى فهو من الأصل» و فى التحرير «أما التدبير الواجب بالنذر و شبهه فلا- يجوز فيه الرجوع، و يخرج من أصل المال» و فى الرياض عن الانتصار الإجماع على ما نسبه فى الدروس إلى الأصحاب.

قلت: قد يناقش فيما ذكره فى المسالك أولا بعدم صدق التبرع به فى مرض، و إن حصل تنجيذه به و لكنه بسبب حال الصحه، و لا أقل من الشك، و الأصل الخروج من الأصل، و لعله لذا أطلق فى الدروس الخروج من الأصل مع حياه المولى.

بل قد يناقش فى الخروج من الثلث فيما بعد الوفاه أيضا، للأصل السالم عن معارضه إطلاق الأدله الظاهره فى وفاه المولى المدبر له، لا فيما يشمل الفرض الذى مقتضى الأصل فيه الخروج من الأصل بعد أن لم يصدق عليه أنه وصيه و لا يندرج فى إطلاق أدله التدبير. و مما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره من الأمثله للعتق المعلق على فرض جوازه.

بل قد يناقش فيما ذكره فى التدبير الواجب بنذر و شبهه من التفصيل بين كونه فى المرض و بين كونه فى الصحه بأنه مناف لما سمعته من إطلاق التحرير و الدروس الذى يؤيده ما عرفت من كون الأصل الخروج من الأصل الذى ينبغى الاقتصار فى خلافه على المتيقن الذى هو التبرع المحض على وجه لا يلحق باسم المدين أو ما فى حكمه مما يخرج من الأصل، و منه النذر و لو فى حال المرض، إلا أن الانصاف عدم خلوه من الإشكال فتأمل.

و قد يناقش فيما ذكره أخيرا أيضا بأن مرجع النزاع إلى لفظ، ضروره تبعيه النذر للقصد الذى لا ينبغى النزاع فيه بعد معلوميته، و مع الإطلاق و عدم قرينه فلا ريب فى أن التدبير اسم لنفس إنشاء التدبير بصيغته إلا أن تقوم قرينه على إرادته



أثره لا نفس الصيغه، فيكون كندر حرته بعد الوفاء التي قد يمنع صدق اسم التدبير عليها بعد فرض عدم إنشائه بصيغته الخاصه به، و موافقه النذر للتدبير فى النتيجة لا يقتضى الاندراج فى الاسم.

و على كل حال فلا- يخرج عن ملكه بالنذر المزبور إجماعا بقسميه، لاستلزامه الحنث فى نذره، فلو فعل فى الرياض صح، للعموم مع عدم المخرج عنه سوى النهى الغير المستلزم للفساد فى المعاملات، نعم يأثم و تلزمه الكفاره مع العلم لا مع النسيان على الظاهر لعدم الحنث، و فى الجاهل و جهان، و فيه أن انعقاد النذر يقتضى تشخيصه للنذر كتشخيصه للشرط مثلا كما تسمع تحقيقه إنشاء الله فى كتاب النذور.

و لو دبر جماعه فان خرجوا من الثلث فذاك و إلا- عتق من يحتمله الثلث و بدئ بالأول فالأول مع فرض ترتبهم، بناء على أن التدبير من الوصيه التى مر فى بابها أن ذلك حكمها نصا (١)

و فتوى أو منزل منزلتها على وجه يشمل الحكم المزبور أو على أن الحكم المزبور على وفق القواعد فى الوصيه و فى المقام باعتبار أولويه كل سابق على مسبوقة فى التعليق بالحق و إن كان لا يخلو من نظر، ضروره اتحاد الجميع فى كيفية التعليق، و مجرد السبق فى الوجود لا يقتضى التقدم بعد اشتراك الجميع فى الوصيه مثلا.

و على كل حال ف لو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعه بلا خلاف و لا إشكال، كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى توزيع الثلث بينهم، فمع فرض إيقاع تدبيرهم بصيغه واحده.

و لو كان على الميت دين يستوعب التركة بطل التدبير و بيع المدبرون فيه لأنه وصيه أو بمنزلتها بالنسبه إلى ذلك، و كذا ما فى معناه من التنجيز و الإيضاء المتقدم عليه لفظا، فيخرج أولا ثم يعتق المدبر من الثلث الباقي، و فى

خبر الحسن بن علي بن أبي حمزه (١) عن أبي الحسن عليه السلام «قلت له: أباي هلك و ترك جاريتين قد دبرهما، و أنا ممن أشهد لهما، و عليه دين، فقال: رحم الله أباك قضاء دينه خير له إنشاء الله».

و إلا يكن الدين مستوعبا بيع منهم بقدر الدين بالقرعه، كما صرح به الصيمري، قال: «فان كان الدين بقدرهم مثلا و لا تركه سواهم كتب رقعته للدين و اخرى للتركة بعد أن يقسم العبيد قسمين، و إن كان بقدر ثلث العبيد كتب ثلاث رقاع: واحده للدين و اثنتين للتركة، و كذلك الحكم لو أعتق المريض في مرض الموت و مات و عليه دين و احتجنا إلى بيع بعض المعتقين».

و على كل حال فإذا أخرج بها كل من أخرج للدين تحرر ثلث من بقى سواء كان الدين سابقا على التدبير أو لاحقا على الأصح الموافق للمشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا إذ لم نعرف مخالفا إلا الشيخ في النهايه التي هي متون أخبار و ليست كتاب فتوى، و تبعه القاضي، ففرق بينهما، فقدم التدبير على الدين إذا كان لاحقا و بالعكس إذا كان سابقا ل

صحيح أبي بصير (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر غلامه و عليه دين فرارا من الدين، قال: لا تدبير له، و إن كان دبره في صحه منه و سلامه فلا سبيل للديان عليه»

و الحسين بن علي بن يقطين (٣)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن بيع المدبر، قال: إذا أذن في ذلك فلا بأس به، و إن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له، و إن كان دبره في صحه و سلامه فلا سبيل للديان عليه، و يمضى تدبيره»

القاصرين عن معارضه

١- ١ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب التدبير الحديث ٣ مع الاختلاف في اللفظ.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب التدبير الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب التدبير الحديث ١ عن الحسين بن علي بن يقطين كما في التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ الرقم

٩٥٠ و الاستبصار ج ٤ ص ٢٨ الرقم ٩١.

## ما تقدم من النصوص (١)

الداله على أنه بمنزله الوصيه و أنه من الثلث و أن قضاء الدين خير له من وجوه، فيطرحان أو يحملان على التدبير الواجب بنذر و شبهه، فإذا وقع كذلك مع سلامه من الدين فلا سبيل للديان عليه، و لو نذره فرارا من الدين لم ينعقد نذره، لأنه لم يقصد به الطاعه، بل ظاهرهما اعتبار قصد الفرار فى الشق الأول، و لم يقل به أحد، بل هما ظاهران بالنظر إلى سياقهما فى التفصيل بين قصد الفرار و عدمه المعبر عنه بالصحه و السلامه، لا تقدم الدين و تأخره، و حينئذ يكونان أعم من المدعى، و يخرجان عن الدلاله على التفصيل المزبور، بل ربما احتمال أن المراد منهما التفصيل بين حالتى الصحه و المرض، بل قيل: إنه المتبادر من اللفظتين عند الإطلاق و إن كان هو كما ترى، إلا أن المراد بيان إجمال الروايتين على وجه لا وثوق بالمراد منهما بحيث يصلح لمعارضه ما عرفت.

هذا و لكن فى

## صحيح الحلبي (٢)

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل قال: إن مت فعبدى حر و على الرجل دين، فقال: إن توفى و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام بيع العبد، و إن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه، و هو حر إذا أوفى»

و لعل وجه اعتناق جزء منه مع فرض عدم الإحاطه، فيستسعى حينئذ كما أن ترك ذكر الوارث فيه مع أن له حقا أيضا فى زياده قيمته لا يقدر بعد استفادته من خارج.

و منه ينقدح الاشكال فيما ذكره المصنف و غيره من البيع بقدر الدين خصوصا مع تأيد الصحيح المزبور بإطلاق أدله البيع على وجه يمكن جعله قاعده فى كل من أعتق بعضه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كما يصح الرجوع فى المدبر أجمع يصح الرجوع فى بعضه، لأنه بحكم الوصيه التى يجوز فيها ذلك، كما عرفت فى كتابها.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ و ٨ - من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣٩ - من كتاب الوصايا الحديث ٣.

**[المسأله الثالثه إذا دبر بعض عبده لم يعتق عليه الباقي]**

المسأله الثالثه:

إذا دبر بعض عبده لم يعتق عليه الباقي معجلا للأصل السالم عن معارضه ما دل (١)

على ذلك بعد ظهوره فى العتق المنجز، خلافا للمحكى عن المرتضى و بعض العامه من القول بالسرايه كالعق المنجز، لأنه يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاتيلاذ الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه، و فيه منع الاستحقاق أولا- لجواز الرجوع، و منع الملازمه على تقدير الاستحقاق ثانيا، لعدم تحقق العتق بالفعل، لعدم المقتضى، و الفرق بين الاتيلاذ و التدبير أن الاتيلاذ كالإتلاف، حيث إنه يمنع التصرف بالبيع و نحوه، و لا سبيل إلى دفعه بخلاف التدبير، كما هو واضح.

بل فى المسالك «لا يعتق عليه أيضا بعد اعتاق المدبر، لأنه حينئذ لا يبقى المعتق موسرا، لانتقال ماله عنه بالموت، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفه فوجدت الصفه و هو موسر و جوزناه، فإنه يعتق النصيب و يسرى» و فيه إمكان كونه موسرا بالخروج من الثلث، فان لم يكن له ثلث غيره استسعى العبد، فتأمل.

و لو كان له شريك لم يكلف شراء حصته على معنى ضمانها له، لما عرفت من عدم المقتضى لذلك، فأصالة البقاء بحالها، و المخالف هنا كالسابق، و جوابه جوابه، بل هنا أولى بعدم السرايه، خلافا لبعض العامه، فخير الشريك بين أن يضمه القيمه و بين أن يستسعى العبد و بين أن يدبر نصيبه أو يعتقه، و هو كما ترى.

و كذا لو دبره بأجمعه و رجع فى بعضه و الكلام الكلام.

بل عن الشيخ ره أنه كذلك لو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما لم يقوم عليه حصه الآخر لأن له جهه يعتق لها و هو التدبير، فلا يحتاج إلى جهه أخرى و إن كان هو كما ترى، ضروره تناول إطلاق أدله السرايه. و لذا قال المصنف لو قيل يقوم عليه كان وجها.

و لو دبر أحدهما خاصه ثم أعتق وجب عليه فك حصه الآخر مع الشرائط قطعاً، لعموم الأدله السالم عن المعارض.

و لو أعتق صاحب الحصه القن لم يجب عليه فك الحصه المدبره عند الشيخ، بل فى المتن على تردد و قد عرفت ضعفه، و الله العالم.

### [المسأله الرابعه إذا أبق المدبر بطل تدبيره]

المسأله الرابعه:

إذا أبق المدبر بطل تدبيره بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى

خبر محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن جاريه مدبره أبقّت من سيدها سنينا ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد و متاع كثير، و شهد لها شاهدان أن سيدها كان دبرها فى حياته قبل أن تأبق، فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنها و جميع ما معها للورثه، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها، فقال: لا، إنها أبقّت عاصيه لله عز و جل و لسيدها، و أبطل الإباق التدبير»

و خبر رزين (٢) عن الصادق عليه السلام «فى رجل دبر غلاماً له، فأبق الغلام فمضى إلى قوم، فتزوج منهم، و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له و اكتسب مالاً، فمات مولاه الذى دبره، فجاء ورثه الميت الذى دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال: العبد و ولده رق لورثه

١-١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب التدبير الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب التدبير الحديث ٢ عن علاء بن رزين.

الميت، قلت: أليس قد دبر العبد، فذكر أنه لما أبق هدم تدبيره ورجع رقا».

ولا- حازه بعد ذلك إلى تكلف الفرق بينه وبين الارتداد الذى لا يبطل معه التدبير مع أنه معصيه لله عز و جل بأن الأول مع ذلك هو معصيه للسيد المحتاج إلى خدمته، بخلاف الارتداد الذى هو معصيه للسيد الغنى عنه، مع أنه منتقض بعدم بطلانه بالإباق مع التعليق على وفاه المخدم الذى قد سمعت الكلام فيه، و ستسمع إنشاء الله تعالى فالعمده حينئذ النص و الإجماع و كفى بهما فارقا، و الله العالم.

و على كل حال فإذا بطل تدبيره كان هو و من يولد له بعد الإباق رقا إن ولد له من أمه مولاه أو غيره، بل أو حره إذا كان بحيث يلحق به الولد بلا إشكال فى شىء من ذلك و لا خلاف.

و أما أولاده قبل الإباق فهم على التدبير و لا يبطل تدبيرهم بإباقه، للأصل و غيره، بل قد يمنع بطلانه بأباقهم فضلا عن إباقه اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد النص (١)

على أن تدبيرهم قد جاء بالسرايه كما تقدمت الإشارة إلى ذلك فى مسأله جواز الرجوع بهم، فلاحظ و تأمل.

لكن قد يقال ظاهر الخبر الأول (٢)

التعليل الشامل لذلك، اللهم إلا أن يمنع كونه تعليلا لبطلانه بمقتضى إطلاق النص و الفتوى به و إن لم يكن عصيانا لصغر و نحوه، و قد يحتمل منع ذلك تنزيلا للإطلاق على المنساق و الله العالم.

و كيف كان ف لا يبطل تدبير المملوك لو ارتد للأصل حتى لو كان عن فطره فإن التحق بدار الحرب بطل لأنه إباق، و حينئذ لو مات مولاه قبل فراره تحرر لحصول المقتضى، فما عن ابن الجنيده - من بطلان التدبير

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب التدبير الحديث - ١.

بالارتداد أو الالتحاق بدار الحرب و أسر المسلمين له- واضح الضعف، لعدم الدليل إلا القياس الذى هو هنا مع ثبوت الفارق محرم عندنا، و الالتحاق حيث يكون إباقا يكفى فى تحقق البطلان و إن لم ينضم إليه الأسر، كما هو واضح، و الله العالم.

### [المسألة الخامسة ما يكتسبه المدبر لمولاه لأنه رق]

المسألة الخامسة:

ما يكتسبه المدبر لمولاه ل ما عرفت من أنه رق نصا (١)

و فتوى، بل إجماعا بقسميه و لو اختلف المدبر و الوارث فيما فى يده بعد موت المولى فقال المدبر: اكتسبته بعد الوفاة و قال الوارث: قبلها فالقول قوله مع يمينه للأصل، و لأنه صاحب يد و لو أقام كل منهما بينه فالبينه بينه الوارث لأنها بينه خارج بناء على تقديمها على بينه الداخل، هذا كله إذا كان خارجا من الثلث.

أما إذا كان النزاع فى صورته ما إذا لم يخلف سواه و كانت قيمته ثلاثين مثلا و قد اكتسب ستين مثلا فادعى الوارث السبق و يلزمه انعقاقه أجمع و كون الكسب له، لأنه ضعف قيمته و ادعى العبد التأخر، و مقتضاه حريه ثلثه و يتبعه ثلث الكسب و هو عشرون، فيبقى للوارث منه أربعون، و إذا ضمت إلى قيمه العبد كانت سبعين، و المجموع تركه باعتراف الوارث، فينعتق منه ثلثها، و هو ثلاثة و عشرون و ثلث، و ذلك سبعة أتساع المدبر، فالقول قوله أيضا يمينه فى استحقاق العشرين، و لكن يفك العبد نفسه إن شاء بسنه و ثلثين من العشرين التى أخذها بجزئه الحر، و لا تحتسب على الوارث، لأنه انما يحسب عليه ما يصل إليه، و يبقى له منها ثلاثة عشر و ثلث.

لكن فى المسالك «لا يقال يلزم على هذا أن يثبت له زياده على ما يدعيه،

لأن دعواه التي حلف عليها و قدم قوله فيها أنه انعتق ثلثه و استحق ثلث الكسب، و ذلك ثلاثون تمام قيمته، و لازم دعواه أيضا شرعا أن مجموع الكسب للورثه، و ليس له إلا رقبته، لأن ما يحصل له من الكسب يجب عليه دفعه في فكاك باقيه، و هو بتمامه تمام الباقي، فكيف يستحق الزائد، و هو ينفيه، لأننا نقول: إن الزيادة حصلت له من قبل الجزء الحر، و هو حق لله تعالى شأنه يثبت فيه ما يقتضيه الشرع، و لا يلتفت فيه إلى إنكاره، بخلاف المال، و ذلك لأن مقتضى دعواه في المال لما كانت استحقاق عشرين لم يزد عليها، و أما العتق فان الشرع يحكم بعتق ثلث ما يتحصل بيد الوارث من التركة، و لما اعترف له من الكسب بأربعين و قيمته تساوي ثلاثين فقد تحصل بأيديهم سبعون، فيحكم بعتق مقدار ثلثها منه. سواء اعترف به أم أنكره، لأن العتق حق لله تعالى شأنه، فيحصل له منه مقدار ثلاثه و عشرين، فإذا أضيفت إلى ما حكم له به من الكسب زاد عن القيمة، فكان الزائد له لأجل ذلك، و قس على هذا ما إذا قصر الكسب عن ضعفه أو خلف شيئا آخر معه لا يبلغ الضعف، فلو كان كسبه مقدار قيمته كان له ثلثه بدعواه التي قدم فيها و ضم ثلثها، و هو عشرون في المثال إلى مجموع المدبر، و قيمته ثلاثون، فيكون الحاصل بيد الوارث خمسين، و يحكم عليه بعتق ثلثها، و هو ستة عشر و ثلثان، و هي خمسه أتساعه، و له ثلث كسبه عشره، و يجتمع للورثه عشرون من الكسب و ثلاثه عشر و ثلث من رقبته، و ذلك ضعف ما عتق منه» و قد أخذ ذلك كله من الفاضل في القواعد و ولده في شرحها.

لكن فيه- بعد الإغضاء عما في دعوى و جوب دفع ما استحقه بيمينه في فكك نفسه- أن دعوى الحرية التي يعلم العبد خلافها لا تكون سببا لمملك الزيادة التي يجب عليه دفعها في فكاك نفسه على ما ذكره فيما بينه و بين الله تعالى شأنه، و كذا عدم سماع إنكاره لها في ظاهر الشرع لو سلم، و إلا فقد يمنع، لإطلاق

قوله عليه السلام (١): «الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية»

و حينئذ



فالمتجه معامله كل منهما بإقراره.

و زاد فى القواعد احتمال كون المسأله دوريه، قال: «و لو ادعى الوارث سبق الكسب على الموت و العبد تأخره قدم قوله، فإن أقاما بينه قدمته بينه الوارث هذا إن خرج من الثلث، و لو لم يخلف سواه و كان الكسب ستين ضعف قيمته قدم قول العبد أيضا، و يحتسب على الورثه ما يصل إليهم من الكسب بإقرارهم، و هل للعبد بالجزء الذى انعتق بإقرارهم مقابله من كسبه إشكال، ينشأ من إجراء إقرار الورثه مجرى الإجازة أولا، فعلى الأول يدخلها الدور، فنقول عتق منه شىء، و له من كسبه شيئان و للورثه شيئان من نفسه و كسبه، فالعبد و كسبه فى تقدير خمسه أشياء، فالشىء ثمانيه عشر، فله من نفسه ثمانيه عشر، و من كسبه ضعف ذلك، و للورثه من نفسه و كسبه ستة و ثلاثون، و على الثانى يعتق سبعة أتساعه، و له من كسبه عشرون، و منه يستخرج حكم ما قصر الكسب فيه عن ضعفه أو خلف شيئا معه».

قلت: لا- أعرف وجهها للاحتمال الأول الذى جعل المسأله دوريه على تقديره، و ذلك لعدم إقرارهم بانعتاق جزء منه على وجه يستحق به من الكسب شىء، ضروره كون دعواهم تقدم الكسب على وفاه السيد، و هو زمان الرقيه، فلا يتصور استحقاق شىء من الكسب بجزئه الحر على دعوى الوارث، كما هو واضح، و الله العالم.

**[المسألة السادسة إذ جنى على المدبر بما دون النفس كان الأرش للمولى]**

المسألة السادسة:

إذ جنى على المدبر بما دون النفس كان القصاص أو الأرش للمولى لأنه مملوك له فهو حينئذ كالقن ولا يبطل التدبير بذلك للأصل وغيره، نعم إن قتل بطل التدبير لفوات محله و كانت قيمته للمولى أو القصاص و لكن يقوم مدبرا، إذ قد يقتضى التدبير إذا كان واجبا أو قلنا بعدم جواز بيع رقبه المدبر نقصا بالنسبه إلى قيمته غير مدبر، كما هو واضح، و الله العالم.

**[المسألة السابعة إذا جنى المدبر تعلق أرش الجنايه برقبته]**

المسألة السابعة:

إذا جنى المدبر تعلق أرش الجنايه برقبته كالقن، لإطلاق الأدله، فإن كان موجبا للقصاص فاقتص منه فات محل التدبير، و كذا إن استرق لخروجه حينئذ عن ملك سيده، فيبطل تدبيره و إن عفى عنه أو رضى المولى بالمال أو كانت الجنايه توجب مالا ف لسيده فكه بأرش الجنايه أو بأقل الأمرين على الخلاف المقرر فى جنايه القن، و له بيعه (١١) كلا أو بعضا فيها فان فكه فهو على تدبيره (١٢) للأصل و إن باعه و كانت الجنايه تستغرقه فالقيمه لمستحق الأرش، فان لم تستغرقه بيع منه بقدر الجنايه، و الباقي على التدبير (١٣) بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك و لا إشكال.

و لمولاه أن يبيع خدمته (١٤) حقيقه منفرده أو مع رقبته إلى حين موته، أو ينقلها بعقد صلح أو إجاره مدته فمدته على حسب ما سمعته من الخلاف السابق،

ضروره عدم خصوصيه للمقام.

و له أن يرجع فى تدبيره إن لم يكن واجبا عليه ثم يبيعه إن شاء و إن شاء فداه.

بل على ما قلناه سابقا لو باع رقبته صح و كان ذلك نقضا لتدبيره و إن لم يقصده، لاقتضاء البيع انتقال الرقبه، و قد عرفت منافاته للتدبير، بناء على أنه لا عتق إلا فى ملك، مضافا إلى ظهور النصوص (١).

السابقه فى ذلك.

و لكن قال المصنف هنا و على روايه إذا لم يقصد نقض التدبير كان التدبير باقيا و ينعقد بموت المولى، و لا سبيل عليه و لم نعر عليها بالخصوص، إذ ليس إلا ما سمعته مما هو ظاهر فى جواز بيع الخدمه (٢).

لا أنه مع إطلاق البيع يبقى تدبيره، و لعله لذا قال الكركى فى فوائده «هذا بخصوصه غير موجود فى شىء من الروايات، و لكن المصنف حيث جمع بينها بالحمل على ذلك حكاه بصيغه «على» و لم يقل فى روايه، فكأنه قال: على مقتضى روايه باعتبار الحمل الذى ساق إليه اختلاف الروايات» قلت: و قد عرفت عدم قبول النصوص المزبوره للجمع المذكور، فلاحظ و تأمل.

و لو مات المولى قبل افتكاكه أو استرقاقه انعتق لإطلاق أدله التدبير و سبق سبب الحريه على الجنايه، و بنائها على التغليب و حينئذ فالمتجه تعلق أرش جنايته بدمته و لا- يثبت أى أرش الجنايه فى تركه المولى للأصل و غيره، حتى لو قلنا بثبوت لو أعتق العبد الجانى باعتبار كونه بناء على نفوذ العتق التزاما بالفداء، لتعذر تسليمه لاستيفاء حق الجانى، ضروره الفرق بينهما بالسبق و اللحق، فما عن الشيخ من كون الأرش فى تركه المولى ضعيف، نعم لو فرض تدبيره بعد الجنايه و قلنا بانعتاقه بالموت و اتفق حصوله قبل الفك أمكن القول

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ٣.

بذلك، كما أن المتجه في الأول بناء على عدم اعتاقه بموت المولى - كما عن بعض أقوال العامه - تخير الوارث بين فدائه فيعتق حينئذ من الثلث و بين تسليمه للاسترقاق و بيعه في جنائته، فيبطل التدبير حينئذ.

و في المسالك عن ابن الجنيد و القاضي لا يبطل، بل يستسعى في قيمته بعد موت المولى، و اختاره في الدروس لصحيحه أبي بصير (١)

و الأظهر البطلان، قلت:

لم أجد ذلك فيها، و إنما الموجود هنا «و لو جنى فكالغن و لو عتق قبل الفك ففي رقبة أو ماله، لا على الورثه، و في المبسوط يؤخذ الأرش من بركه المولى كأنه يجري مجرى إعتاق العبد الجاني، و لو كاتبه جزم الشيخ ببطلان التدبير و ابن الجنيد و ابن البراج ببقائه، و هو الأصح لصحيح أبي بصير (٢)

و لعل فيما حضره من نسخه سقط.

و في كشف اللثام «عن أبي على أن له أي المولى أن يدفعه إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت المولى، ثم يستسعى في قيمته» قلت: لا بأس به مع التراضى.

و لكن في المقنعه «إذا قتل العبد و المدبر رجلا - حرا خطأ فديته على سيديهما، فان لم يؤدياه دفع العبد و المدبر إلى أولياء المقتول فاسترقوا العبد و استخدموا المدبر حتى يموت سيده الذى دبره، فإذا مات سيده خرج عن الرق إلى الحرية، و لم يكن لأحد عليه سبيل».

و قال الشيخ في النهايه: «إذا قتل مدبر حرا كانت لسيده على مولاه الذى دبره إن شاء أو يسلمه برمته إلى أولياء المقتول، فان شأوا قتلوه إن كان قتل صاحبهم عمدا، و إن شأوا استرقوه، و إن كان قتله خطأ استرقوه و ليس لهم قتله، و إذا مات الذى دبره استسعى في ديه المقتول و صار حرا» و فيه أنه مناف لما دل

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب التدبير الحديث ٢ و يذكره فيما يأتي في الفرع الثالث و جهها لمختار الدروس.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب التدبير الحديث ٢ و يذكره فيما يأتي في الفرع الثالث و جهها لمختار الدروس.

الظاهر فى خروجه عن ملك مالكة و صيرورته رقما لولى المجنى عليه، من غير فرق بين القن و المدبر الذى هو كالقن أيضا خصوصا بعد

صحيح أبى بصير (٢) عن الباقر عليه السلام «سألته عن مدبر قتل رجلا عمدا فقال: يقتل به، قلت: و إن قتله خطأ فقال: يدفع إلى أولياء المقتول، فيكون لهم، فان شأؤوا استرقوه، و ليس لهم قتله، ثم قال: يا أبا محمد إن المدبر مملوك»

الذى قد اعترف غير واحد بأنه نص فى الباب.

و يمكن أن يكون مستند المفيد ره

حسن جميل (٣) عن الصادق عليه السلام «قلت له: مدبر قتل خطأ من يضمن عنه، قال: يصلح عنه مولاه، فان أبى دفع إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبره، ثم يرجع حرا لا سبيل عليه».

كما أنه يمكن أن يكون مستند الشيخ

خبر هشام بن أحمد (٤)

«سألته أبا الحسن عليه السلام عن مدبر قتل رجلا خطأ قال: أى شىء رويتم فى هذا الباب؟ قال: قلت: رويتم عن أبى عبد الله أنه قال: يرميه إلى أولياء المقتول، فإذا مات الذى دبره أعتق، فقال: سبحان الله تعالى، فيظل دم امرء مسلم؟! قلت:

هكذا رويتم، قال: غلطتم، بل يرميه إلى أولياء المقتول، فإذا مات مدبره استسعى فى قيمته»

بل عن الشيخ فى كتابى الأخبار تقييد الخبر الأول بالثانى، و فى المختلف «هو مذهب الصدوق ره فى المقنع، و ليس بعيدا عن الصواب، لما فيه من الجمع بين الأخبار بما يناسب العتق».

قلت: لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، بل هو صريح كلام الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و غيره، نعم لا بأس بذلك إذا لم يرد ولى المقتول استرقاقه، و قد دفعه مولاه إليه باقيا على تدبيره و رضى هو بذلك.

١- ١ الوسائل- الباب- ٣٢- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٢- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب ديات النفس الحديث ١ من كتاب الديات.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب ديات النفس الحديث ٥ من كتاب الديات.

و لعله لذا قال ابن إدريس فيما حكى عنه بعد أن ذكر كلام الشيخ فى النهايه:

«لا- دليل على صحه هذه الروايه، لأنها مناقضه للأصول، و هو الخروج عن ملكك من دبره و صار عبدا لأولياء المقتول، فمن أخرجه عن ملكهم بعد دخوله فيه يحتاج إلى دليل، و لا دليل على ذلك، و يمكن أن نحمل الروايه على أنه كان التدبير عن نذر واجب لا يجوز الرجوع فيه، فإذا كان ذلك و كان القتل خطأ فإنه بعد موت من دبره يصير حرا و يستسعى فى الديه- ثم قال:- و الأقوى عندى فى الجميع أنه يسترق سواء كان عن نذر أولا، لأن السيد ما رجع عن تدبيره، و إنما صار عبدا لحق».

قلت: بل من آخر كلامه يستفاد الحكم فى مسأله أخرى، و هو عدم الفرق فى الاسترقاق حيث يكون له بين النذب و الواجب و غيرهما، و لعله الموافق لإطلاقهم هنا إذ وجوبه لا- ينافى استرقاقه بدليل آخر لا مدخله للمدبر فيه، و الأصل براءه الذمه من وجوب فكه.

و لو قتل المدبر مولاه فى القواعد «احتمل بطلان تدبيره مقابله له بنقيض مقصوده، كالوارث الذى يمنع من الإرث بقتله، و لأنه أبلغ من الإباق» و لكنه كما ترى لا ينطبق على أصولنا، فالمتجه الانعتاق للأصل و تغليب الحرية بعد منع القياس، و الأولويه.

و كذا لا ينطبق عليها ما فيها أيضا من أنه «لو دبر عبدين و له دين بقدر ضعفهما عتق من تخرجه القرعه قدر ثلثهما، و كان الباقي و الآخر موقوفا، فإذا استوفى من الدين شىء أكمل من عتق من أخرجه القرعه قدر ثلثه، فان فضل عتق من الآخر، و هكذا حتى يعتقا معا أو مقدار الثلث منهما، و لو تعذر استيفاؤه لم يزد العتق على قدر ثلثهما، و لو خرج من وقعت القرعه له مستحقا بطل العتق فيه، و عتق من الآخر ثلثه» إذ هو كما ترى أيضا غير منطبق على أصولنا التى مقتضاها انعتاق ثلثهما، ثم كل ما جاء من الذين يعتق منهما على السواء، و هكذا.

نعم لا بأس بما فيها من «لو دبر عبدا و كان له ابنان و له على أحدهما دين ضعف قيمته عتق من المدبر ثلثاه، لأن حصه المديون من الدين كالمستوفى، و سقط عنه من الدين نصفه، لأنه قدر حصته من الميراث، و يبقى منه للآخر النصف، و كلما استوفى منها شيئا عتق قدر ثلثه، و لو كان الضعف دينا عليهما بالسويه عتق الكل، و لا شيء لأحدهما على الآخر، و لو تفاوتتا فيه فبالنسبه إلى كل منهما» ضروره انطباق ذلك كله على أصولنا، و الله العالم.

### [المسألة الثامنة إذا أبق المدبر بطل التدبير]

المسألة الثامنة قد عرفت أنه إذا أبق المدبر بطل التدبير نصا (١)

و فتوى و إن صح تدبير الآبق، لإطلاق الأدله، بل قد عرفت أيضا أنه لو جعل خدمته لغيره مده حياه المخدم ثم هو حر بعد موت ذلك الغير لم يبطل تدبيره بإباقه لصحيح يعقوب بن شعيب (٢)

السابق إلا أنك قد عرفت فيما مضى كون التحقيق عدم كون ذلك من التدبير، لا أنه تدبير مستثنى من إطلاق ما دل (٣)

على بطلانه بالإباق لو قلنا بشموله، إنما الكلام باقتضاء إباق المعلق عتقه على وفاه الزوج- أو مطلق الغير و قلنا إنه تدبير- البطلان أما على القول بعدم كونه تدبيراً كما سمعت تحقيق الحال فيه فلا إشكال في عدم البطلان، بل قد يقوى ذلك على القول بأنه تدبير اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن الذي هو المعلق على وفاه المولى، خصوصاً بعد التصريح بعدم البطلان في المخدم.

فما في المسالك بعد الاشكال منه- «و لو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره و علق تدبيره على وفاه المخدم كان حسناً، لأن هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل، فالنظر إلى قاعده الأصحاب في المسألة و ظهور اتفاقهم

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب التدبير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب التدبير الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب التدبير.

على أن إباق المدبر مبطل له إلا ما أخرجه الدليل»- لا يخلو من نظر، خصوصا بعد أن لم نتحقق ما ذكره من قاعده الأصحاب و ظهور اتفاهم عليه، و إنما لهم كلام سابق قبل الخوض فى مسأله الإباق دفعا للاستدلال على عدم كونه تدبيرا بما تضمنه الصحيح المزبور من عدم البطلان بإباق المعلق على وفاه المخدم على وجه لا يكون إجماعا بحيث يعتمد عليه فى إثبات حكم مخالف للأصل بعد فرض خلو النصوص عما يقتضى الشمول لمثل ذلك، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

### [فروع أربعة]

#### [الفرع الأول إذا استفاد المدبر ما لا بعد موت مولاه فان خرج المدبر من الثلث فالكل له]

فروع أربعة:

الأول:

إذا استفاد المدبر ما لا بعد موت مولاه فان خرج المدبر من الثلث فالكل له لكونه حينئذ حرا فكسبه له و إلا كان له من الكسب بقدر ما تحرر منه و الباقي للورثة بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك، هذا إذا كان عتقه معلقا على وفاه المولى، أما لو كان معلقا على وفاه غيره كالمخدم و تأخر موته عن موت المولى فإنه باق على الرقيه إلى أن يموت المخدم، فكسبه لهم مطلقا إلى حصول المعلق عليه.

و هل يجوز للوارث الرجوع فى تدبيره كما كان ذلك جائزا للمولى؟ توقف فيه فى المسالك أولا من إطلاق جواز الرجوع فى التدبير، و من اختصاص ذلك بمن باشر التدبير، و لذا لم يجر للمدبر أن يرجع بالأولاد، لعدم مباشرته لتدبيرهم، ثم مال إلى الجواز لقيام الوارث مقام الموروث، و لأنه يرث الحقوق التى له كحق الشفعة و الخيار و غيرهما من الحقوق المالىة، و لأن الناس مسلطون على أموالهم.



لكن قد يقوى خلافه، للأصل الذى خرجنا عنه فى المدبر للنصوص (١)

الداله عليه الظاهره فى كونه موصيا أو بمنزله الموصى فى ذلك المقتضيه لعدم جواز تبديل وصيته و وجوب إبقائها، إذ هو حينئذ كمن أوصى بشىء تأخر وقته مثلا، والله العالم.

### [الفرع الثانى إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين]

الثانى:

إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين و كان قد دبر عبدا ثم مات تحرر ثلثه معجلا وفاقا للأكثر، لوجود للمقتضى فيه بلا مانع، و وقف الثلثان، ثم كل ما حصل من المال شىء تحرر من باقى المدبر بنسبته، فلو فرض أن قيمته مأه مثلا و المال الغائب مأتان و قد حصل منه مأه تحرر منه ثلثاه و إن تلف المائتان مثلا استقر العتق فى ثلثه خاصه، و على هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له، و يوقف الباقي، فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع و تبعه كسبه.

و فى غايه المراد و المسالك ذكر ذلك أحد الوجهين، و الثانى أنه لا ينعق حتى يصل المال إلى الورثه، لأن فى تنجيز العتق تنفيذ التبرع فى الثلث قبل تسلط الورثه على الثلثين، إذ لا بد من التوقف فى الثلثين إلى أن يتبين حال الغائب، و حينئذ فينعق منه فى المثال المزبور إذا حصلت مأه نصفه لا ثلثاه، لحصول مثليه حينئذ للوارث، و فى غايه المراد «ربما أمكن احتمال المراعاة» و فى المسالك «ربما يخرج على الوجه الثانى أن للوارث التصرف فى الثلثين، كما يحكم بعق الثلث مراعاة للحقين المتلازمين، فان حضر الغائب نقض تصرفه، و إلا صح خلاف ذلك كله».

و فيه أنه وجه لتخريج ذلك على الوجه الثانى الذى هو عدم الحكم بتعجيل عتق ثلثيه، نعم هو احتمال على الوجه الأول، بل لا يخلو من قوه، ضروره كونه مقتضى أصاله عدم وصول المال المقتضى لحرية الثلثين، و كون الحكم شرعا بانعتاقه من الثلث واقعا و الفرض عدم العلم لا ينافى العمل بما تقتضيه الأصول، لأنه و إن لم (١) يتشخص بها كون الثلث الموجود خصوصا مع ملاحظه الضرر على الوارث بالتعطيل فتأمل جيدا.

و منه يعلم ما فى قوله: «و كما يوقف كسبه فى الثلثين قبل وصول المال يوقف نفقته، بمعنى أنه ينفق عليه منه، فإن وفى و إلا أكمل الوارث، فان حضر المال و أعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها» مضافا إلى ما فيه أيضا من منع إلزام الوارث بالإكمال بناء على الإيقاف، نعم يتجه ذلك بناء على العمل بالأصول إلى أن يتبين الحال، و الله العالم.

---

١-١ هكذا فى النسخة الأصلية: المسوده و المبيضه، و الظاهر زياده كلمه «و ان».

**[الفرع الثالث إذا كوتب ثم دبر صح]**

الفرع الثالث:

إذا كوتب ثم دبر صح لإطلاق الأدله مع عدم منافاتها له، ضروره عدم خروجه بها عن ملك السيد، فيشملة حينئذ إطلاق أدله التدبير كما لو أعتقه حالها، و حينئذ فيجتمع عليه الأمران: التدبير و الكتابه فإن أدى مال الكتابه قبل موت المولى عتق بها أى بالكتابه و إن تأخر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث لعموم أدلته و كسبه له حال حياه المولى على الأقوى، لأنه مكاتب، بل فى المسالك «فى بطلان الكتابه حينئذ وجهان، مثلهما ما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، و الوجه أنها لا تبطل للأصل، فان بقى من الأحكام شىء يتوقف عليها تأدى بها» قلت: ستعرف تحقيق ذلك فى الكتابه إنشاء الله.

و على كل حال ف الا- يخرج من الثلث عتق منه الثلث و سقط من مال الكتابه بنسبته أى ثلثهما فى الفرض، لحصول تحريره بالتدبير لا بها و كان الباقي مكاتباً يؤدي للورثه ما عليه، هذا كله فى التدبير بعد الكتابه.

أما لو دبره ثم كاتبه كان نقضا للتدبير عند الشيخ و الأكثر، لأن التدبير وصيه، و هى تبطل فيما لو فرض وصيته بعبد لإنسان ثم يكاتبه، و لأن العبد بالكتابه يكون مالكا لنفسه، فكان السيد زال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باعه.

و لكن فيه إشكال (١١) لإمكان منع كونه بحكم الوصيه فى الحكم المزبور، بل هو عتق معلق لا منافاه بينه و بين الكتابه كما فى الصوره الأولى، و ليست الكتابه مخرجه للعبد عن ملك السيد و إلا لم يجز تدبيره فى الصوره الأولى.

و منه يعلم ما فى التعليل الثانى، فيكون حينئذ مدبرا و مكاتباً يجرى عليه

ما سمعته من الحكم فى الصورة الأولى، حتى مع الإطلاق و اشتباه الحال فضلا عما لو صرح بعدم إرادته الرجوع بالكتابه.

و لعله لذا كان المحكى عن ابنى الجنيد و البراج ذلك، بل سمعت اختياره فى الدروس ل

صحيح أبى بصير (١) الذى هو «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد و الأمة يعتقان عن دبر فقال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء»

بل لعله المراد من قول على عليه السلام فى

خير وهب (٢) السابق: «لا يباع المدير إلا من نفسه»

بل قد سمعت احتمال كونه المراد من النصوص (٣)

المجوزه لبيعه بشرط رضاه، و حينئذ فالأقوى الجواز، و الله العالم.

ثم لا يخفى عليك أن ذلك كله فى عقد الكتابه بعد التدبير، أما لو دبره ثم قاطعه على مال ليعجل له العتق لم يكن إبطالا للتدبير قطعاً لأن غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل إذ المقاطعه غير لازمه لأحدهما، فلا تكون منافيه، و حينئذ فالمال الذى يكتسبه العبد للمقاطعه ملك للمولى، كما هو واضح و الله العالم.

---

١-١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب التدبير الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب التدبير الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١- من أبواب التدبير الحديث ٤ و ٥ و الباب - ٧- منها الحديث ١.

**[الفرع الرابع إذا دبر حملا صح]**

الرابع:

إذا دبر حملا صح منضمًا أو منفردًا كما يصح عتقه، لإطلاق الأدلة، إذ هو آدمى مملوك و لكن لا يسرى تدبيره إلى امه للأصل وغيره، و يجرى عليه نفسه حكم التدبير و حينئذ ف لو رجع في تدبيره بالقول أو بالفعل كما لو صالح عنه صح بلا خلاف فيه عندنا، نعم لا بد من معرفه صلاحيته للتدبير حينه فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير صح التدبير فيه لتحققه حينئذ وقت التدبير و إن كان لأزيد من أكثر الحمل لم يصح، لتبين عدم وجوده حينئذ و إن كان لأكثر من الستة و لم يتجاوز أقصى الحمل لم يحكم بتدبيره لاحتمال تجددده و توهم الحمل (١١) بل الأصل تأخره كما ذكرنا ذلك غير مره.

نعم في المسالك «ينبغي الفرق بين ما إذا كانت خاليه من فراش و عدمه، كما سبق في نظائره، لأن الأصل المزبور و إن كان واقعا في الحالين إلا أن الظاهر يعارضه، و أصاله عدم و طء متجدد و صيانه حال المسلمه على تقديره من الحمل على الزنا» و فيه ما عرفته غير مره من أن ذلك لا يشخص وجوده حال الإيقاع و الله العالم.

## [كتاب المكاتبه]

## اشاره

و أما المكاتبه: التي هي في الأصل مصدر - كالكتابه من الكتب - بمعنى الضم و الجمع، يقال: كتبت القربه إذا وكئت رأسها، و منه الكتابه، لما فيها من ضم الحروف بعضها إلى بعض، و الكتبه لانضمام بعضهم إلى بعض، و عرفا اسم للعقد الخاص أو للأثر الحاصل منه أو لغير ذلك مما سمعته مكررا في نظائرها، و كان وجه المناسبه ما فيها من انضمام النجم إلى النجم، أو لكتب كتاب بينهما بالعتق إذا أدى، أو لا - يجاب المولى على نفسه ذلك من «كتب» أي «أوجب» أو لأنها توثق بالكتابه باعتبار كون عوضها مؤجلا - من شأنه الاستيثاق بالكتابه موافقا لقوله تعالى (١) «إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِعَدِيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَيَّمٍ فَمَا كُتِبَ فِي مَشْرُوعِيْهَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ (٢) «وَالَّذِيْنَ يَبْتِغُوْنَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيْهِمْ خَيْرًا وَآتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» مضافا إلى إجماع المسلمين و السنه المتواتره (٣).

و على كل حال ف تمام الكلام فيها يستدعى بيان أركانها و أحكامها و لواحقها.

## [الأول في الأركان]

## [الصيغه]

أما الأركان فالصيغه و الموجب و المملوك و العوض إلا أنه ينبغي أن يعلم أولا

أن الكتابه مستحبه عندنا ابتداء مع الأمانه أي الديانه و الاكتساب أي المال المفسر بهما الخير في الآية في

صحيح الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إِنْ عَلِمْتُمْ فِيْهِمْ خَيْرًا إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ دِيْنًَا وَ مَالًا»

و في

صحيح

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٨٢.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآية ٣٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه الحديث - ١.

ابن مسلم (١) عنه عليه السلام أيضا «الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله، و أن محمدا رسول الله، و يكون له بيده عمل يكتسب به، أو يكون له حرفة»

و فى

خبر العلاء (٢) عنه عليه السلام أيضا «إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا: إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ مَالًا»

و فى

صحيح ابن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام «الخير: إِنْ عَلِمْتُمْ أَنَّهُ مَالًا»

و فى

صحيح الحلبي (٤) عن الصادق عليه السلام أيضا «إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ مَالًا»

و عن المقنع أنه روى (٥) فى تفسيرها «إِذَا رَأَيْتُمُوهُمْ يَحْبُونَ آلَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِمْ فَارْفَعُوهُمْ دَرَجَةً»

بل فى

موثق سماعه (٦)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكتبه مولاه و هو يعلم أن ليس عنده قليل و لا كثير، قال: يكتبه و إن كان يسأل الناس، و لا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال، فان الله يرزق العباد بعضهم من بعض، و المؤمن معان، و يقال المحسن معان»

و عن الشيخ روايته «و المحسن معان».

و منه يعلم استحباب أصل الكتابه و إن لم يسألها العبد مع عدم الكسب فضلا عن الكسوب، نعم

قوله: «و المؤمن معان»

مشعر بكونه مؤمنا مؤيدا بما سمعته من مرسل الصدوق ره، كما أنه يؤيد أصل ندبها كونها إحسانا و ضربا من ضروب العتق الذى قد سمعت شدة الحث عليه، خصوصا بالنسبة إلى المؤمن، و خصوصا إذا كان قابلا للقيام بنفسه، و لولا ذلك لأشكل إثبات الاستحباب ابتداء و إن نفى عنه الخلاف فى الرياض، ضروره اختصاص النصوص المفسره للخير فيها بالذين يبتغون الكتاب من المماليك، و إن كان قد يشعر ذكرهم الأمرين و تعرضهم للنصوص المفسره للخير بهما بأن نظرهم إليها، إلا أنه كما ترى لا دلالة فى الجميع على الاستحباب ابتداء، نعم بناء على استفاده ندبها من غيرها يحمل ما فيها حينئذ على تأكيد الاستحباب بالالتماس بعد الإجماع منا على عدم وجوبها، خلافا لبعض العامة، مضافا إلى ما ورد من أن الأمر فيها أحد الأوامر الأربعة المراد

- ١-١ الوسائل - الباب - ١- من أبواب المكاتبه الحديث ٥.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ١- من أبواب المكاتبه الحديث ٤.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ١- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ١- من أبواب المكاتبه الحديث ٣.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ١- من أبواب المكاتبه الحديث ٧.
- ٦-٦ الوسائل - الباب - ٢- من أبواب المكاتبه الحديث ١.



و حينئذ يتجه قول المصنف وغيره: إنه يتأكد استحبابها بسؤال المملوك لكن قوله و لو عدم الأمران كانت مباحه و كذا لو عدم أحدهما لا يخلو من نظر، ضروره التصريح بالأمر بها في الموثق (١).

بل و النهى عن إيها مع عدم المال (٢) و لذا قال في النافع: «الكتابه مستحبه مع الديانه و إمكان التكسب، و تتأكد بسؤال المملوك، و تستحب مع التماسه و لو كان عاجزا».

و ما في الرياض - من المناقشه فيه «باحتمال ورود الأمر فيه مورد توهم الحظر فلا يفيد سوى الإباحه على الأصح كما قرر في محله - إلى أن قال:-

و كيف كان فيستفاد منه الإباحه في هذه الصوره و عليها أكثر الطائفه، و عن المبسوط القول بالكراهه، و لا وجه له» - واضح الفساد، خصوصا مع معروفه رجحان فكك المؤمن من الرقيه، و قد سمعت ما في المرسل (٣).

بل ظاهر المرتضى في الانتصار أن الخير في الآيه (٤) الدين، و لعله الموافق ل

قولهم في الدعاء للمؤمن: «اللهم إنا لا نعلم منه إلا خيرا»

أو للعرف، فإنه يقال للمؤمن: إنه علم منه خير، بل لا يقال لغيره: إنه علم منه خير و إن كان كثير المال، كما اعترف به المرتضى.

و من ذلك يعلم ما في المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الخبر (٥) المختصر في تفسير الخير على المال قال: «و رجحه بعضهم بأن فيه استعمال المشترك في أحد معنيه، و في الأول استعماله فيهما، و هو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينه، و يضعف بأن القرينه موجوده، و هي الروايه الصحيحه، و لا تعارضها الأخرى، لأن اشمالها (٦) على إثبات شرط آخر، و المثبت مقدم، نعم يمكن

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه الحديث ٧.

٤-٤ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٣٣.

٥-٥ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٦-٦ هكذا في النسخه الأصلية. و في المسالك «و لا تعارضها الآخر، لاشتمالها».

إثبات أصل الاستحباب بوجود المال أعنى قدره على كسبه عملا بالروايه الصحيحه، و يتأكد الاستحباب مع وجود الوصفين نظرا إلى الخبر الآخر (١)

إلا أن قول المصنف: «و لو عدم الأمان كانت مباحه، و كذا لو عدم أحدهما» ينافى ذلك، و لو فقد الشرطان معا لم يستحب لعدم المقتضى له، حيث إن الأمر مخصوص بالخبر المفسر بهما أو بالثاني، و لو اتصف بالأول خاصه و هو الأمانه لم يستحب، لعدم المقتضى له، و ربما قيل بالاستحباب أيضا، لاستعمال الخير فيه وحده فى قوله تعالى (٢) *فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ*» يعنى عملا صالحا و هو الدين، و قوله تعالى (٣) *وَ الْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ*» أى ثواب، كما أريد بالخير المال وحده فى قوله تعالى (٤) *وَ إِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ*» و قوله تعالى (٥) *إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ*» و يضعف بأن استعمال المشترك فى أحد معنيه لا يجوز بدون قرينه كاستعماله فى المعنيين، و هى منتفيه فى جانب الدين وحده بخلاف المال، فقد يرجح جانبه بالروايه الصحيحه، و التحقيق أن إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز، لأنه فى الشواهد إنما استعمال فى العمل الصالح و الثواب و نفس المال، و المراد هنا الأمانه و قدره على التكسب، و هما ليستا عملا صالحا و لا ثوابا و لا مالا حقيقه، و إنما يكون التكسب سببا فى المال، و إطلاق اسم السبب على المسبب مجاز، كما أن إطلاق الأمانه القلبيه على الأعمال الصالحه المتبادر منها إرادته اعمال الجوارح أو الثواب عليه و لا يعرفه إلا الله تعالى مجاز أيضا، و حينئذ فإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل، و هو موجود فى إرادتهما و إرادته

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ سورة الزلزله: ٩٩- الآيه ٧.

٣- ٣ سورة الحج: ٢٢- الآيه ٣٦.

٤- ٤ سورة العاديات: ١٠٠- الآيه ٨.

٥- ٥ سورة البقره: ٢- الآيه ١٨٠.

الثانى منهما دون الأول، فكان العمل به متعينا، و حيث يفقد الشرطان أو الأول منهما تكون مباحه، و لا تكره للأصل، و قيل تكره حينئذ، و قواه فى المبسوط.

و فيه- بعد الإغضاء عن منافاه ما ذكره أولا لقوله أخيرا «أو الأول منهما»- أن الموثق (١).

المؤيد بما عرفت كاف فى إرادته المؤمن و لو غير ذى المال الذى هو أولى قطعا من إرادته ذى المال خاصه، بل ظاهر انتصار المرتضى أنه المراد بالخير فى الآيه (٢) لا- ذو المال خاصه كما توهمه بعض العامه، فإنه يصدق عليه أن فيه خير بخلاف الكسوب غير المؤمن، فلا ريب فى أولويه ذلك خصوصا بعد معلوميه مرجوحيه فك رق غير المؤمن أو حرمة.

بل لعل ترك ذكر الدين فى خبرى المال (٣).

اتكالا- على الظهور، و لا أقل من حملهما على المقيد بذكره مع الدين و إن لم نقل بحمل المطلق على المقيد فى المندوبات، لكن فى خصوص المقام باعتبار ما تقدم من النهى فى النصوص عن عتق غير المؤمن (٤).

لا- يقال لم يذكر كون المكاتب مؤمنا فى الموثق لأن تعليقه أخيرا بناء على إرادته العبد منه أو مع المولى ظاهر فى ذلك، نعم ليس فيه اعتبار سؤال العبد كما سمعته من النافع، و من هنا قلنا باستحباب الكتابه ابتداء مع الأمرين و يتأكد بالسؤال، و إلا فقد عرفت أن الآيه (٥) و نصوص تفسير الخير (٦).

فيها فى خصوص

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من أبواب المكاتبه الحديث ٢ و ٣.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ٣.

٥- ٥ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ١- من أبواب المكاتبه.

السائلين، و لا ينافى ذلك عدم تعرض الموثق للمؤمن الكسوب، لإمكان استفادته بالأولويه.

و بذلك كله يظهر لك النظر فى جملة من الكلمات، خصوصا ما فى الرياض الذى جعل الأمر فى الموثق المزبور للإباحه باعتبار توهم الحظر إذ بناء على ذلك لا دليل على استحباب الكتابه ابتداء من غير سؤال، و الله العالم.

و كيف كان فهى ليست عتقا بصفه كما عن بعض العامه، لعدم صدقه عليها عرفا، و عدم قصده فى عقدها، و الاتحاد فى الغايه أو فى بعض الأحكام لا يقتضى الاندراج فى الاسم، و إلا لدخل كثير من المعاملات فى آخر.

و لا يباع للعبد من نفسه كما عن التقى و ابنى زهره و إدريس و ظاهر على ابن إبراهيم فى تفسيره بل هى معامله مستقلة خارجه عن قياس المعاملات من جهه أنها دائره بين السيد و عبده، و أن العوضين للسيد، و أن المكاتب على مرتبه متوسطه بين الرق و الحريه، و ليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك، و لذا كانت تصرفاته مردده بين الاستقلال و نقيضه كما ستعرف، إلا أن الحاجه لما كانت داعيه إليها- فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجانا و المملوك لا يشمر للكسب ما لم يكاتب تشميره إذا كوتب- شرعها الشارع و رتب عليها أحكاما، و من هنا اغتفر فيها ما لا يغتفره فى غيرها، نحو اغتفاره الجهاله فى ربح القراض و عمل الجعاله.

و على كل حال فهى بعيده عن شبه البيع الذى يقتضى المغايره بين البائع و المشتري، و المبيع هنا هو المشتري، و يقتضى قبول المشتري للملك، و هو منتف عن المملوك، و يقتضى كون العوض ملكا للمشتري و المعوض ملكا للبائع، و هنا الأمران للمولى، على أن البيع انتقال عين مملوكه من شخص إلى آخر، فلا بد من تحقق اضافه الملك بين المشتري و المبيع، و هو منتف هنا لتوقف الإضافه على تغاير المضافين المفقود فى المقام، و لأن ملك العبد يتوقف على حريته، و حريته موقوفه على تملكه فيدور، و لأن السيد لا يباع عبده، و من ثم لا يصح بيعه مالا

آخر قولاً- واحداً، ولأنه لو كانت بيعة ثبتت المال في ذمته وعتق في الحال، كما لو أعتق على مال، إلى غير ذلك مما لا يخفى من المنافيات لاندراجها في البيع حقيقته.

مضافاً إلى صحة السلب و تغاير المفهوم عرفاً و إطلاق الاسم عليها في بعض النصوص لضرب من المجاز لا يقتضى اندراجها فيه حقيقته و إلا- لكان الصلح أولى بذلك، ضروره كثره إطلاق البيع و الشراء على مواده، فليس حينئذ الإطلاق المزبور إلا على وجه التشبيه البليغ لا الحقيقه.

و من هنا قال الشيخ: الكتابه تفارق البيع من وجوه: (أحدها) أن الكتابه لا- بد فيها من أجل و البيع لا يفتقر إليه، و (منها) أن الكتابه يمتد فيها خيار العبد و البيع لا يمتد فيه خيار الشرط، و (منها) أن للبائع أن يشترط لنفسه الخيار، و ليس للسيد أن يشترط، و يتفقان في أن الأجل فيهما لا بد أن يكون معلوماً، و لا يصح كل واحد منهما إلا بعوض معلوم، و إن كان الاختلاف المزبور لا ينافي كونها من البيع حقيقته، إذ الأجل على تقدير اعتباره يكون فيها كاعتباره في السلم من البيع الذي قيل فيه بعدم اعتباره فيه، نحو ما تسمعه فيها أيضاً، و امتداد خيار العبد على القول به كامتداد خيار المجلس بامتداده، و خيار الشرط باشتراطه مده مديده، و اشتراط الخيار لنفسه فيها ستعرف الكلام فيه إنشاء الله، إنما العمده ما ذكرناه من ثبوت تغاير مفهومها مع مفهومه عرفاً.

و حينئذ فلو باعه نفسه بثمان مؤجل لم يصح كتابه، لما عرفت من عدم كونها من أفراده و إلا لصح و إن لم يقصدها كما يصح البيع في مورد السلم سلماً و إن لم يقصده سلماً.

و ما عن المبسوط- من جواز وقوعها بلفظ البيع لإفاده المراد و إن قلنا إنها ليست بيعاً- مبني على جواز استعمال اللفظ مجازاً في العقد كما ذكرنا قوته غير مره، و لا ينافي ذلك مناسبتها له في المفهوم أو مبني على جواز ذلك بيعاً لا كتابه،

إذ لا- تلازم بين عدم كون الكتابه بيعا و بين جواز بيع العبد من نفسه بثمان مؤجل، فيثبت له حينئذ أحكام البيع لا الكتابه، كما يومئ إليه ما فى الدروس، فإنه ذكر فروعاً متصله بالمسأله الأول منها، قال: «إن جوزنا بيعه عليه فإذا قال: بعتك رقتك أو نفسك بكذا فقبل عتق كسراء القريب، و لا ولاء عليه إلا مع الشرط عند الشيخ كما مر و يشكل بعد ملك الإنسان نفسه، و لو صح فكيف يكون الولاء للبائع مع أنه لم يعتقه، و الاشرط يخالف

قوله صلى الله عليه و آله (١)

الولاء لمن أعتق»

قلت: و لا- يدفع الإشكال الأول كونه كبيع ما فى الذمه على الإنسان نفسه، لأن ذلك مرجعه إلى الإسقاط بعد قابليه المشتري لأصل قبول البيع بخلاف الفرض، فإن قابليه شراء العبد نفسه مفقوده، و دعوى صيرورته قابلاً لذلك بعقد البيع معه- على معنى حصول القابليه و الاعتاق دفعه بالقبول- كما ترى، و إطلاق لفظ البيع لا يقتضى صحه ذلك.

فالتحقيق عدم صحه ذلك بيعاً أيضاً فضلاً عن أن يكون من الكتابه التى لا يتصور كونها من البيع بالمعنى المزبور فى كتاب البيع، بل ظنى أن القائل بأنها من البيع لم يرد أنها فرد حقيقه من البيع بالمعنى المعهود الذى لا يخفى مباينته لها، و لا أن البيع مشترك لفظاً بين مفهومها و بين غيرها، ضروره عدم اقتضاء ذلك ثبوت أحكام البيع من خيار المجلس و نحوه مما كان العنوان فيه البيع، بل يريد أن البيع للأعم من ذلك و ما يشملها، نحو ما سمعته فى بيع الخدمه، بل و فى بيع العريه و حينئذ فلا يرد عليه كثير مما سمعته، نعم يدفعه تحقق التباين عرفاً بين المفهومين و عدم قدر مشترك بينهما على وجه يشتركان فيما يثبت من الأحكام التى عنوانها البيع، كخيار المجلس و نحوه، و الاشتراك اللفظى لا يفيد ذلك، بل لا ثمره فى النزاع فيه، كما هو واضح.

و بذلك يظهر لك أنه لا يثبت مع الكتابه خيار المجلس

الذى عنوانه البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وكذا الكلام فى غيره من الأحكام.

هذا وفى الدروس قال: «الثانى- أى من الفروع المزبوره- لو قال له:

أنت حر على ألف درهم أو إن أعطيتنى ألفا فأنت حر قيل: يبطل، لأن العبد لا- يملك، والثانى تعليق، ويمكن إلحاقهما بالكتابه».

قلت: لم أجد ذلك لأحد من الخاصه، نعم هو فى بعض كتب الشافعيه، و مرجعه إلى مشروعيه هذين القسمين كمشروعيه الكتابه، وهو كما ترى لا- يوافق أصولنا التى منها حرمه القياس، نعم قد يقال بصحة الأول باعتبار كونه شرطا فى العتق، وقد عرفت صحته، والثانى بناء على صحة التعليق، وليس من الكتابه فى شىء قطعاً، ولا من ملحقاتها، كما هو واضح، والله العالم.

وكيف كان ف لا تصح من دون الأجل على الأشهر الأشبه بأصول المذهب وقواعده التى منها أصاله بقاء العبد على الرقيه التى لا يعارضها إطلاق الكتابه فى الكتاب (١) و السنه (٢)

بعد دعوى دخول الأجل فى مفهومها أو احتمالها احتمالاً مساوياً لعدمه، أو انسياق المؤجل منها، خصوصاً بعد ملاحظه النصوص (٣)

التي تعرضت لأحكامها، فإنه يظهر منها المفروغيه من كونها مؤجله، حتى

ورد عن الصادق عليه السلام فى خبر العلاء (٤) فى تفسير قوله تعالى (٥): «وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ» قال: تضع عنه من نجومه التى لم تكن تريد أن تنقصه منها»

و ورود عنه عليه السلام أيضاً فى صحيح معاويه بن وهب (٦) فى حديث المكاتبه «قلت:

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب المكاتبه.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٤ و ٥- من أبواب المكاتبه.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٥- ٥ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

فما حد العجز؟ قال: إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول، قلت: فما تقول أنت؟ قال: لا ولا كرامه، ليس له أن يؤخر نجما عن أجله إذا كان في شرطه»

إلى غير ذلك من النصوص الظاهره فى كون بناء الكتابه على ذلك.

و لعله إليه يرجع الاستدلال على ذلك بإيقاع السلف من عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم و بعده، فإنهم لا يعقدون الكتابه إلا على عوض مؤجل على وجه يقتضى عدم جواز غيره، فكان إجماعاً، فلا يرد حينئذ عدم اقتضاء ذلك بطلان الحال، إذ عدم استعمالهم له أعم من البطلان.

كما أن ما ذكر أيضا من الاستدلال بأنه على تقدير الحلول يتوجه المطالبه فى الحال و هو عاجز عن الأداء حينئذ، فيكون كالسلم فى شىء لا يوجد عند الحلول، فلا بد من ضرب أجل له يوجد فيه لئلا يطرق إليه الجهاله الداخلة فى الغرر المنهى عنه (١) فيرجع إلى إرادته عدم ثبوت شرعيه الحال الذى لا يتمكن منه العبد غالبا، و احتمالاه فى بعض الأفراد على بعض الأحوال خصوصا إذا كان مبعضا و كوتب على الجزء الآخر لا- ينافى حكمه شرعيه الأجل الذى تخرج به المعامله عن كونها سفهيه و عن غير المقدور عليها و نحو ذلك.

فما عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و يحيى بن سعيد من عدم اعتبار الأجل للإطلاق لا يخلو من نظر و إن اختاره الفاضل فى القواعد و ثانى الشهيدين فى المسالك، بل الأولى اعتبار أجل يتمكن فيه من أداء المال عاده، فلا يكفى غيره على الأحوط، و الله العالم.

و لا خلاف فى أنه يفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب و القبول و لو على جهه المعاطاه كغيرها من العقود بناء على عموم شرعيتها، و إن كان لا يخلو جريان المعاطاه هنا من إشكال لعدم ثبوت سيره عليها، نعم أقواه الثبوت عند بعض، للصدق عرفا و إن كان فيه ما فيه، كما تقدم فى نظائره.



و كيف كان ف يكفى فى عقد المكاتبه أن يقول كاتبك مع تعيين الأجل و العوض و يقول العبد: «قلت» و هل يفتقر إلى قوله فإذا أدت فأنت حر مع نيه ذلك فى إيجاب المكاتبه؟ قيل و القائل الشيخ فى محكى الخلاف:

نعم بل هو الظاهر من كلام ابن إدريس، لاشتراك لفظ المكاتبه بين المراسله و المخارجه و بين المكاتبه الشرعيه، فلا بد من مائز باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح.

و قيل و القائل هو فى المبسوط و الأكثر بل جعله فى الأول هو مقتضى مذهبنا بل تكفى النيه مع العقد، فإذا أدى عتق سواء نطق بالضميمه أو أغفلها و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأصالة عدم الاشتراط بعد دلاله إنشاء عقد المكاتبه الذى غايته ذلك عليه، بل هو كغيره من الغايات المترتبة على العقود التى من المعلوم عدم وجوب ذكرها، بل المتجه عدم الاحتياج إلى نيه ذلك و إخطاره فى البال، للاكتفاء بالإشياء المزبور، لكونه صريحا فى ذلك، و إلا لم يجز حتى مع النيه، بناء على عدم جواز الكنايه فى العقد و إن كان قد تكرر منا ذكر الاشكال فيه باقتضاء إطلاق الأدله جواز العقد باللفظ الحقيقى و المجازى، إذ ليس هو إلا كغيره من المقاصد التى تبرز بهما، كما تقدم ذلك منا غير مره.

و أصل الخلاف فى هذه المسأله إنما هو من الشافعى و أبى حنيفه، و أوجب الأول التصريح باللفظ المزبور، و لم يكتف بنيته، كما لا تكفى نيه الإيجاب عن التصريح بما يدل عليه، و اكتفى الثانى بلفظ «كاتبك» عن غيره، لأنه صريح فى ذلك: ضروره كون المراد من اللفظ المستعمل فى إيجاب العقد ما يقتضى الحريه بعد الأداء، كما أن المراد منه على فرض كونها بيعا معنى «بعتك» و على فرض كونها عتقا بصفه أنت حر بعد أدائك، و استعمال المكاتبه بمعنى المراسله و المخارجه غير قادح فى الصراحه عند إرادته إنشاء عقد المكاتبه بها، بل لعل ألفاظ العقود و الإيقاعات جميعها كذلك، إذ مع قطع النظر عن الإتيان بها حال إرادته

الإشياء لا تدل على العقد المخصوص ولا الإيقاع كذلك، لأنها مشتركة بين الإخبار والإشياء مثلاً إلا أنها صريحة في معناها في مقام الإنشاء.

و ربما يؤيد ما ذكرنا التأمل فيما تسمعه من النصوص (١)

الكثيره المشتمله على اشتراط الرد فى الرق مع العجز الظاهره فى اقتضاء المكاتبه الحريه بقدر ما أدى مع عدم الشرط المزبور، بل كاد يكون صريح بعضها الاجتزاء بقول:

«كاتبتك» مع ذكر الأجل و العوض، بل هى ظاهره فى كون ذلك من مفهوم المكاتب و المكاتبه، بل من مفهوم كاتبتك المستعمله فى إنشاء العقد إن لم يرد منها التحرير بعد الأداء، فلا ريب فى إرادته جعلتك مكاتباً فيها، و النصوص المزبوره ظاهره فى أن المكاتب إن لم يشترط عليه الرد فى الرق مع العجز تحرر منه بقدر ما أدى، و دعوى اعتبار قول: «فإذا أديت فأنت حر» مع قول: «كاتبتك» و ذكر الأجل و العوض فى لحوق وصف المكاتب له ظاهره الفساد، ضروره صراحه كل صيغه مشتقه من اسم المعامله الخاصه فى تمام معناها، كما فى «بعث» و «صالحه» و «أنكحت» و غيرها.

فمن الغريب ميل الفخر و تلميذه الشهيد فى نكت الإرشاد إلى اعتبار اللفظ المخصوص. مضافاً إلى الصيغه المشتمله على ذكر الأجل و العوض، بل ظاهر الثانى منهما أن ذلك من تتمه الإيجاب، و الله العالم.

و كيف كان فلا- خلاف بيننا فى أن الكتابه قسماً: مشروطه و مطلقه و فى أن المطلقه أن يقتصر على العقد و ذكر الأجل و العوض و النيه بالمعنى الذى تقدم و المشروطه أن يقول مع ذلك: «فان عجزت فأنت رد فى الرق» و حينئذ فمتى عجز كان للمولى رده رقا، و لا يعيد عليه ما أخذ

قال أبو جعفر عليه السلام فى صحيح ابن مسلم (٢): «إن المكاتب إذا أدى شيئاً أعتق بقدر ما أدى إلا أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود، فلهم شرطهم»

و فى

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه الحديث - ٢.

صحيحه الآخر (١) عنه عليه السلام أيضا «في مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرد في الرق، قال: المسلمون عند شروطهم»

و قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (٢)

«في المكاتب إذ أدى بعض مكاتبته إن الناس كانوا لا يشترطون و هم اليوم يشترطون، و المسلمون عند شروطهم، فان كان شرط عليه إن عجز رجوع، و إن لم يشترط عليه لم يرجع»

و نحوه صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضا

و في خبره الآخر (٤) عنه عليه السلام أيضا في «المكاتب يكاتب و يشترط عليه مواليه أنه إن عجز فهو مملوك، و لهم ما أخذوا منه، قال: يأخذه مواليه بشرطهم»

و في خبر القاسم بن سليمان (٥) عنه عليه السلام أيضا «أن عليا عليه السلام كان يستسعى المكاتب، إنهم لم يكونوا يشترطون إن عجز فهو رقيق، قال: و قال أبو عبد الله عليه السلام: لهم شروطهم»

إلى غير ذلك من النصوص التي يمر عليك بعضها.

خلافًا للعامة، فليست عندهم إلا قسما واحدا، و هو المشروط عندنا، فلا يعتق إلا بأداء جميع المال، ل

قوله صلى الله عليه و آله (٦)

«المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»

المحمول على صورته الشرط، و إليه أومئ في النصوص السابقة التي منها يعلم أيضا طرح

خبر جابر (٧) عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق، فعجز قبل أن يؤدي شيئا فقال أبو جعفر عليه السلام: لا يرد في الرق حتى بمضى ثلاث سنين، و يعتق منه بمقدار ما أدى، فإذا أدى ضربا فليس لهم أن يردوه في الرق»

أو حملة على ما لا ينافيها، و كذا غيره.

و على كل حال فقد ظهر لك الفرق نضا و فتوى بين المطلقه و المشروطه بانعتاق قدر ما يؤدي في الاولى و عدمه في الثانيه. و أما اشتراكهما ففي أكثر الأحكام.

بل في المسالك و غيرها ممن تأخر عنها اشتراكهما في الفسخ بالعجز أيضا

- ١-١ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٧.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٣.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٥.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٦.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٩.
- ٦-٦ سنن البيهقي ج ١٠ ص ٣٢٤.
- ٧-٧ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ١٤.

قال: «إذا عجز المكاتب عن مال الكتابه أو بعضه جاز للمولى الفسخ في الجملة، لكن إن كانت مشروطه رجع رقا بالعجز و لو عن درهم من آخر المال، و إن كانت مطلقة و كان عجزه عن النجم الأول فكذلك، و إن كان عن غيره أو عن بعضه بعد أن أدى شيئاً أفاد الفسخ عود ما بقى منه و استقر عتق مقدار ما أدى، فاحتيج إلى معرفه العجز المسوغ للفسخ في القسمين، و إن كان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن البحث عن عجز المشروطه خاصه».

قلت: لعل وجهه عدم دليل على اقتضائه الفسخ في المطلقة التي لا- يكفى في ثبوت ذلك فيها بمجرد تخلف الأداء عن النجم مطلقاً أو إلى نجم آخر، و إلا لاقتضى ذلك في النسيئه في البيع مثلاً، ضروره عدم صدق الشرط على مثله كي يتسلط على الخيار بعدم الوفاء نحو غيره من الشرائط، بل هو من توابع الثمن الذي هو ركن المعامله المقتضيه لتسليمه لا أنه مستحق بالشرط، و إلا لاقتضى الفسخ فيها على وجه يعود جميعه رقا، كما في غيره من الشرائط الموجبه للفسخ بعدم الوفاء بها، و كان العامه توهموا ذلك فجعلوا القسمين قسماً واحداً، لكنه كما ترى لا شرطيه في المطلقة بخلافه في المقيده، فتأمل جيداً فإنه ربما يأتي لذلك مزيد تحقيق.

و كيف كان ف حد العجز و علامته في المشروطه كما في النهايه أن يؤخر نجماً إلى نجم و يجتمع مالان على المملوك، أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه و إن لم يؤخر نجماً إلى آخر، و تبعه ابن البراج، بل في المسالك نسبته إلى أتباعه أيضاً، بل قال: سواء كان ذلك التأخير بسبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبه بغير إذن المولى، و إطلاق اسم العجز على هذا الشق مجاز باعتبار قسيمه و لمشاركته العجز في المعنى.

و قيل و القائل المفيد و الشيخ في الاستبصار و ابن إدريس، بل نسب إلى كثير من المتأخرين: هو أن يؤخر نجماً عن محله بل في المسالك «سواء

بلغ التأخير نجما آخر أم لا، و سواء علم من حاله العجز أم لا، حتى لو كان قادرا على الأداء فمطل به جاز الفسخ إذا أخره عن وقت حلوله و لو قليلا» و إن كان فيه بل و فى السابق أيضا عدم صدق العجز فى صورته المماثلة.

و عبارته المفيدة لا- تقتضى ذلك، قال: «إن اشترط فى الكتاب أنك إن عجزت عن الأداء أو أبطأت به رجعت عبدا فعجز عن الأداء بعد حلول الأجل أو أبطأ بالأداء و قد حل الأجل كان عبدا على حاله قبل المكاتبه» و هى كالصريحه فى اشتراط البطء كالعجز، لأنه مع الاقتصار على الآخر يحصل الحكم بالبطء، فتأمل.

و عن الصدوق ره «إن كاتب رجل عبدا و شرط عليه إن عجز فهو رد فى الرق فله شرطه، فينتظر المكاتب ثلاثه أنجم، فإن هو عجز رد رقا» و قال ابن إدريس على ما حكى عنه: «و حد العجز هو أن يؤخر نجما إلى نجم، و الأولى أن نقول:

يؤخر النجم بعد محله، فأما تأخير النجم إلى نجم آخر فعلى جهه الاستحباب الصبر عليه إلى ذلك الوقت» و هو موافق لما سمعته من المفيد، فتكون الأقوال حينئذ فى المسأله ثلاثه. و أما كلام ابن الجنيده فمرجه إلى أن المدار على ما يتحقق به شرطه، كما لا يخفى على من لاحظته، فهو ليس قولاً فى المسأله.

و على كل حال ففى المتن و هو أى القول الثانى مروى مشيراً بذلك إلى

صحيح معاوية بن وهب (١) عن الصادق عليه السلام «سألته عن مكاتبه أدت ثلثى مكاتبها و قد شرط عليها إن عجزت فهى رد إلى الرق و نحن فى حل مما أخذنا منها و قد اجتمع عليها نجمان، قال: ترد و يطيب لهم ما أخذوا، و قال: ليس لها أن تؤخر النجم بعد حله شهرا واحدا إلا بإذنه».

و صحيحه الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضا «قلت له: إنى كاتبته جاربه لأيتام لنا

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢- ٢ ذكر صدره فى الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه الحديث ١ و ذيله فى الباب - ٥ - منها الحديث ١.

و اشترطت عليها إن هي عجزت فهي رد في الرق و أنا في حل مما أخذت منك، قال: فقال لى: لك شرطك، و سيقال لك إن عليا عليه السلام كان يقول يعتقد من المكاتب بقدر ما أدى من مكاتبته، فقل: إنما كان ذلك من قول على عليه السلام قبل الشرط، فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم، فقلت له: و ما حد العجز؟ فقال: إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول، قال: قلت: فما تقول أنت؟ فقال: لا و لا كرامه، ليس له أن يؤخر نجما عن أجله إذا كان ذلك في شرطه»

بناء على رجوع لفظ «ذلك» للعجز الذى هو البعيد لا التعجيز بالتأخير عن المحل حتى يكون خارجا عن محل النزاع، إذ هو كما ترى مناف للظاهر، بل و للإلحاح على ما حكاه عن القضاء، بل و لغير ذلك.

ثم إن ظاهر المصنف عدم روايه تدل على القول الأول، لكن قيل يدل عليه

المرسل (١) عن بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام «لا يرد في الرق حتى يتوالى نجمان»

و موثق إسحاق بن عمار (٢) عن الصادق عليه السلام «إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا عجز المكاتب لم ترد مكاتبته في الرق، و لكن ينتظر عاما أو عامين، فان قام بمكاتبته و إلا رد مملوكا»

بناء على أن المراد من النجم العام، كما يومئ إليه الصحيح (٣)

السابق بعد حمل قوله عليه السلام: «أو عامين» على الندب.

و أما الفسخ في صورته العلم بالعجز و إن لم يحصل التأخير إلى النجم الآخر فلأن التأخير حينئذ عبث، ضروره كونه لرجاء القدره المفروض العلم بعدمها.

لكن في الأول أنه مرسل و وجاده و لا جابر، و فى الثانى أعميه النجم من الحول، فلا بأس بحمله على ضرب من الندب، لذلك و للتخيير فيها، و أما ما ذكره

١- ١ المستدرک الباب- ٥- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ١٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

من عدم الفائده مع العلم بالعجز ففيه منع ظاهر و ذلك لأن المراد بالعلم هنا أيضا الظن الغالب، لتعذر العلم حقيقه، و يمكن تخلفه و لو ببذله من أحد مثلا قبل حلول النجم الثاني.

هذا و في المسالك «يمكن الاستدلال له ب

صحيح معاويه بن وهب الأول حيث دل صريحا على جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم لقوله: «و قد اجتمع عليه نجمان»

إلى آخره، و لا دليل صريحا على جواز الفسخ قبل ذلك، بل على تحريم تأخير الأداء، و لا كلام فيه، لأن ذلك مقتضى الدين بعد حلوه - قال -: و لعل نسبه المصنف القول الثاني إلى الروايه و إشعار تصديره الحكم بالقول الأول ناش عن ذلك، و إلا لم يكن للعدول عن الروايه الصحيحه وجه».

قلت: لا يخفى عليك ظهور بيان حرمه تأخير الأداء هنا في إرادته الفسخ، كما يشهد له سياق الصحيح (١)

المزبور، على أن الظاهر كون المسأله لفظيه لا مدخليه للتعبد بالنص فيها، ضروره كون المدار على ما يشترطه المولى من التأخير عن المحل أو إلى حلول النجم الآخر أو إلى جميع النجوم أو غير ذلك، و من التعليق على العجز أو المطل أو الأعم منهما الشامل لحال الغيبه أو غيرها، و إلى ذلك أو ما ابن الجنيد و غيره، و مع إطلاق العجز لا يدخل فيه المطل و الغيبه قطعا، و إطلاق الصحيح (٢)

المزبور محمول على التأخير عن المحل بالعجز لا بهما، كما هو واضح.

و يتحقق بصدق اسمه بالتأخير عن المحل و لو لحظه مع فرض كون المراد من الشرط تحقق أصل ماهيته، و لو فرض إجمال المراد به عرفا فالأصل اللزوم، و احتمال الرجوع إلى النصوص تعبدا فيه واضح الضعف، للعلم بكون المدار على ما يفهم عرفا و أنه لا يعتد بخلافه. و بذلك يظهر أن المراد من النصوص المفهوم عرفا دون التعبد و إن نافي العرف و لم يفهم منه فيه و حينئذ فصحة الروايه و عدمها لا مدخليه لها في المقام.

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه الحديث ٢.



ثم لا- يخفى عليك أن ظاهر ما سمعته من عباره الشيخ الاكتفاء فى ثبوت الخيار بالعلم بالعجز و لو قبل حلول النجم الأول كما اعترف به فى كشف اللثام، و حينئذ فيصح مقابله للعجز على القولين، لا أنه يختص مقابله للعجز على القول الأول، و لعله على ذلك تحمل عباره الإرشاد، قال: «وحده تأخير النجم عن محله على رأى أو يعلم من حاله العجز» و إن كنا لم نجد قولاً لأحد، بل فى المسالك دعوى الإجماع على عدم جواز الفسخ قبل حلول نجم و إن علم العجز، و حينئذ فيختص صحه مقابله للعجز بالمعنى الأول كما فى المتن، لتحقق المغايره بينهما دون الثانى الذى مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير عن النجم لحظه، علم العجز أو لم يعلم، بل و إن علم عدمه، و قبله لا يجوز، و حينئذ فتكون عباره الإرشاد غير سليمه كما جزم بذلك فيها تبعاً للشهيد فى غايه المراد، خصوصاً بعد أن جعله فيها قسيماً للعجز بالمعنى الثانى المقرون بالرأى، و مقتضاه عدم الخلاف فى ثبوت الفسخ به و إن لم يحل نجم، و قد عرفت أنا لم نعرفه قولاً لأحد، و لكن الأمر سهل.

ثم إن ظاهر ما سمعته من النهايه و المتن اعتبار العجز عن فك نفسه، لا العلم بالعجز عن أداء النجم الذى قد حل، و لعله لأنهم قد فرضوا المسأله فى المشروطه التى بعجزه عن قليل من المال لا ينفك شىء من رقبته، و إنما يختلف الحكم فى المطلقه التى قد عرفت كون المفروض فى كلام الأصحاب خلافها، و كلام ابن الجنييد الذى قد استحسنته فى المسالك و غيرها مرجعه إلى ما ذكرناه من أن المدار على شرطه، كما لا يخفى على من لاحظته.

و المراد بالنجم هنا المال المشروط أدائه فى وقت خاص و إن كان المتعارف من النجم الوقت، قيل و منه

ما فى الحديث (١)

«هذا إبان نجومه»

يعنى البنى، أى وقت ظهوره، و يقال: كان العرب لا- يعرفون الحساب و يبنون أمورهم على طلوع النجوم و المنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أدت حركك، فسميت

الأوقات نجوما، إلا أنه يطلق على المال المجعول عليه في ذلك الأجل، وهو المراد هنا، والله العالم.

و يستحب للمولى مع العجز الصبر عليه عاما أو عامين أو ثلاثه، لما سمعته من الموثق (١).

و خبر الحسين بن علوان (٢) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «إن عليا عليه السلام كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلومه، فإن أقام بحريته و إلا رده رقيقا»

و لقول الصادق عليه السلام (٣)

«ينتظر بالمكاتب ثلاثه أنجم، فإن هو عجز رد رقيقا»

و قول الباقر عليه السلام في خبر جابر (٤)

السابق المحموله أجمع على الندب، لقصورها عن الحكم بالوجوب.

بل للتسامح في أدله السنن أطلق المصنف استحباب الصبر عليه من غير تقييد له بمدته، لإمكان القول بإفادتها ذلك و إن اختلفت شدة و ضعفا بطول المده و قصرها، مضافا إلى ما في الصبر عليه من الإحسان و رجاء حصول الحريه، و على كل حال فما سمعته من الصدوق من تحديد العجز بالثلاثه لهذه النصوص واضح الضعف، و يمكن إرادته الندب.

و كيف كان ف الكتابه عقد لازم من الطرفين مطلقه كانت كما هو المشهور، بل عن التحرير الإجماع عليه أو مشروطه لأصالة اللزوم المستفاده من الآيه (٥) والاستصحاب و غيرهما مما ذكرناه في محله، و لا ينافي ذلك جواز الفسخ إذا كانت مشروطه و عجز العبد، لما سمعته من الأدله، كما لا ينافي لزوم البيع ثبوت الخيار فيه في الجملة، و حيثئذ فما في القواعد- من أن الكتابه عقد لازم من الطرفين إلا إذا كانت مشروطه و عجز العبد- لا يخلو من شىء إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد.

١- ١ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ١٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب المكاتبه الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٩.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ١٤.

٥- ٥ سورة المائده: ٥- الآيه ١.

وقيل: إنها مطلقا لازمه من طرف المولى جائزه من طرف العبد مطلقا، لأن الحظ في الكتابه له دون السيد، فله إسقاط حقه دونه، ولأن الكتابه يتضمن تعليق العتق بصفه في العبد، و التعليق يلزم من جهه المعلق دون العبد الذى لا يلزمه الإتيان بالصفه.

إلا أنه لم نتحقق القول المزبور و إن حكى عن الخلاف إلا أن المحكى عنه الاستدلال على ذلك بإجماع الفرقه و أخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه رده فى الرق إذا كانت الكتابه مشروطه، و هو كالصريح فى اختصاص الحكم بها دون المطلقه التى قد سمعت دعوى الإجماع على لزومها من الفاضل.

و على كل حال لا ريب فى ضعفه، و كون الحظ له فيها لا يقتضى عدم وجوب وفاء الدين الذى هو حق المولى أيضا و لا تعليق فيها، بل مقتضاها أداء المال فى نجومه، فيجب عليه الوفاء به للآيه (١) كما هو واضح.

وقيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه إن كانت مشروطه فهى جائزه من جهه العبد، لأن له أن يعجز نفسه قال: «الذى يقتضيه مذهبنا أن الكتابه إن كانت مطلقه فهى لازمه من الطرفين، و ليس لأحدهما فسخ، و إن كانت مقيده فهى لازمه من جهه السيد و جائزه من جهه العبد، فان عجز لم يجبر على الاكتساب» و وافقه عليه ابن إدريس على ما حكى عنه، و كان وجهه ما سمعته من الخلاف من جواز رده فى الرق مع عجزه، فدل على أن له تعجيز نفسه، و إلا لوجب التكسب و لم يجز رده.

و لا يخفى ضعفه، فان جواز رده فى الرق مع عجزه لا يدل على جواز تعجيز نفسه اختيارا، و إنما يدل على جواز الفسخ مع العجز عن أداء ما عليه. و إلى ذلك كله أشار المصنف بقوله و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده.

و لا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعى، و لو امتنع يجبر، و قال الشيخ: لا يجبر، و فيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابه وجوب

السعى، فكان الأشبه الإجبار، لكن لو عجز كان للمولى الفسخ و كأنه أشار بذلك إلى الفرق بين المقام و بين بيع النسيئه الذى لا يجب فيه على المشتري السعى فى وفاء الثمن مع فرض إعساره، لأن ذلك ليس مقتضى البيع الذى يجب الوفاء به بخلاف المقام الذى مقتضى العقد فيه وجوب السعى، بل قد سمعت ما دل على المراد بالخير فى الآية (١) من النصوص (٢).

لا أن مقتضاه إثبات مال فى ذمته يجب عليه أدائه مع حصوله له و لا يجب عليه تحصيله.

بل به ظهر الفرق بين المقام و بين الدين الذى لا- نوجب التكسب على المديون فى وفائه، بل منه يعلم أيضا ما فى كلام ثانى الشهيدين فى المسالك، فلاحظ و تأمل.

كما أن مما ذكرنا يظهر ضعف المحكى عن ابن حمزه من جواز المشروطه من الطرفين و المطلقه من طرف المكاتب خاصة بل هو من الغريب، ضروره مخالفته الأصول، خصوصا فى المولى الذى لاحظ له فى العتق، على أن الجواز فى حقه آت بمعنى أن له فسخ العقد و إن لم يعجز العبد، و هو مناف لما هو كالمجمع عليه بينهم من عدم جواز ذلك، خصوصا بعد أن ذكر غير واحد هنا أن المراد بالجواز من طرف المكاتب أنه لا- يجب عليه السعى فى مال الكتابه و لا أدائه على تقدير وجوده معه، بل له أن يعجز نفسه و يمتنع من تحصيل صفه العتق، فللمولى حينئذ أن يفسخ العقد، و له أن يصبر، و ليس المراد بجوازه ما هو المعهود فى غيره من العقود من أن له فسخ العقد.

نعم عن الشيخ فى المبسوط قول آخر فى تفسير الجواز، و هو أنه لا- يلزمه التكسب له و إن قدر عليه، لكن إن كان عنده مال و جب عليه دفعه، و اجبر على أدائه مع الامتناع، كمن عليه دين و هو موسر.

و قد يقال: إن معنى جوازها من طرف المولى بمعنى أن له تعجيز العبد

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآية ٣٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه.

و منعه من التكسب حتى يحصل العجز الموجب للخيار، و على كل حال فمعنى لزومها من الطرفين أنه ليس لأحد منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمة و مع ذلك قد يجوز فسخها للمولى فى حال مخصوص، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو اتفقا على التقايل صح بلا خلاف و لا إشكال لما عرفت فى الإقالة من تناول دليلها لسائر المعاوضات التى منها عقد الكتابه التى هى كالبيع و إن كان فيها شائبه العباده بالعتق الذى لا يقبل التقايل، بل الظاهر صحته فى المطلقه مع أداء البعض أيضا لكن بالنسبه إلى ما بقى، لما عرفت فى محله من جريان الإقالة فى البعض، نعم الظاهر عدم جريان الإقالة فى الجزء الحر أو الكل بعد الأداء، لأن الحر لا يعود رقا، و الله العالم.

و كذا يصح لو أبرأه من مال الكتابه لإطلاق أدله الإبراء الشامل للمقام، فان المال فى ذمه العبد المكاتب لمولاه. و حينئذ ف ينعق بالإبراء لأنه بحكم الوصول، و أولى منه الاحتساب عليه من الحقوق، كما هو واضح. و لو أبرأ من بعض صح و انعتق بحسابه لو كانت مطلقه.

و لا تبطل بموت المولى كغيرها من العقود اللازمة، للأصل و غيره.

و حينئذ ف للوارث المطالبه بالمال الذى انتقل إليه من مورثه كانتقال باقى حقوق الكتابه التى منها الفسخ لو عجز. و حينئذ ف ينعق بالأداء إلى الوارث كما هو واضح. و أما حكمها لو مات المكاتب فستعرف الكلام فيه، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف

### [و يعتبر فى الموجب]

و (١١) لا- إشكال فى أنه يعتبر فى الموجب (١٢) الذى هو المولى البلوغ و كمال العقل و الاختيار و جواز التصرف (١٣) فلا يكفى العشر و إن اكتفينا بها فى العتق سواء أذن المولى أولا- و لا يصح من المجنون المطبق و لا الأدوارى إلا أن يكون حال الإفاقه المعلومه.

و بالجمله حال هذا العقد كغيره من العقود التى قد تكرر ذكر وجه اعتبار ذلك فيها، خصوصا العقود المتضمنه للتصرف فى المال المعلوم حجر الصبى و المجنون

عن التصرف فيه، كمعلوميه عدم نفوذ تصرف المكره إلا أن يرضى بعد زوال الإكراه على ما عرفته في محله، و المحجور عليه لفسل و سفه و نحوهما إلا مع إذن الغرماء أو الولي.

و لو كاتب المريض ففى الدروس و كذا القواعد «يصح إن خرج من الثلث أو أجاز الوارث، لأنه معامله على ماله بماله» قلت: قد يقال إن ذلك لا يكفى فى كونه تبرعا فالمتجه الصحه من الأصل مع فرض عدم المحاباه كغيرها من المعاوضات.

و هل يعتبر فيه الإسلام؟ فيه تردد ينشأ من كون الكتابه عتقا بعوض، و هو لا- يصح من الكافر مطلقا مقرا بالله تعالى شأنه أو جاحدا له على ما عرفت، لكونه عباده لا تصح منه على حال، و من منع كونها عتقا و إن ترتب عليها التحرير الذى هو أعم من العتق الذى قد عرفت ظهور الأدله فى اعتبار النيه فيه، هذا إن قلنا بعدم صحه العتق من الكافر مطلقا أو من خصوص الجاحد و إلا فلا إشكال أصلا لإطلاق الأدله بلا معارض.

هذا و لكن فى الرياض مال إلى عدم الجواز إن لم يكن إجماعا و إن قلنا بالصحه من الكافر، لأصالة الفساد بعد اختصاص أدله المشروعيه كتابا (١) و سنه (٢).

بالمسلم الذى هو المخاطب بالايه بقريته التعليق بعلم الخير المراد به الإيمان الذى بزعمه الكافر شرا، و لا عموم فى السنه و لا إطلاق سوى الموثقه (٣) المتقدمه المتبادر منها كون المولى مؤمنا لا مطلقا، مضافا إلى ظهور

قوله عليه السلام «و المؤمن معان»

فى كون العبد مؤمنا و لا يكون عبدا للكافر غالبا، فلا تحمل الروايه على ما هو فرد نادر جدا، مع أنه لا يصلح مكاتبه الكافر له عند جماعه لوجوب إخراج المسلم عن ملك الكافر فورا، و المكاتبه لا تقتضى الإخراج خروجا تاما،

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب المكاتبه.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

و لا ترفع السلطنه خصوصا فى المشروطه، فلا يمكن أن يحمل عليه إطلاق الروايه من هذه الجبهه أيضا.

و كذا الكلام فى عموم «أَوْفُوا» (١) أما على القول بكون الكتابه عقدا جائزا مطلقا أو فى الجملة فظاهر، لعدم دخولها من أصلها حينئذ فيه أصلا و كذا على المختار من كونه لازما لما مضى من عموم الآيه (٢) السابقه من اختصاص الخطاب بالمسلم و عدم موجب للتعديه لا من سنه و لا من إجماع، و ثبوتها إلى الكافر فى كثير من المعاملات بأحد الأمرين لا يوجب ثبوتها مع انتفائهما فى المسأله، و القياس حرام بالشريع، فالقول بالاعتبار لو لم يكن على عدمه إجماع لعله لا يخلو من قوه، و لو قلنا بأن الكتابه معامله مستقله لعدم المقتضى لصحتها كليه حتى فى المسأله، لما عرفت من ضعف المقتضيات المزبوره، و لم أقف من دونها على دلالة فتأمل، مع أن الأصل على الفساد أقوى حجه سيما إذا كان العبد مسلما، لما مضى، و كذا إذا كان كافرا على القول بعدم صحه مكاتبه العبد الكافر، كما هو الأقوى. و سيأتى أن المرتضى ادعى عليه إجماعنا مطلقا من دون تقييد بكون المولى مسلما و من هنا ينقدح وجه آخر فى الجواب عن العموم لو سلم، فإن الإجماع المزبور بنفى جواز مكاتبه الكافر و آيه نفى السبيل (٣) تنفى جواز مكاتبه المسلم، و بهما تخصص العمومات المزبوره، فلا- فرد للمسأله تشمله فيكون ثمره للنزاع و المشاجر، و هو كما ترى. و قد نقلناه بطوله لكثرة محال النظر فيه، ضروره استفاضه السنه بذكر المكاتب و أقسامه و أحكامه و هو شامل لهما، و ليس ذلك منحصر فى

الموثقه (٤) المزبوره التى فى بعض طرقها «المحسن معان»

بدل

١- ١ سورة المائده: ٥- الآيه ١.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ١٤١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب المكاتبه الحديث ١.

«المؤمن» و هو شامل للكافر، بل الآيه شامله أيضا، ضروره استفاده مشروعيه المكاتبه المتعارفه منها، و التقييد بعلم الخير للأمر بها لا لأصل المشروعيه.

و كذا عموم «أَوْفُوا» (١) فإن الخطاب و إن كان للمؤمنين لكن المراد بيان الشرعيه لهم لا اختصاصها بهم، فإن أحكام الوضع لا اختصاص لها بمكلف، بل التحقيق مشارك الكافر للمؤمن فى الفروع التى هى من العبادات المنحصره صحتها فى المؤمن، كما بين فى محله، و حينئذ فيكفى فى التعديه الإجماع على قاعده الاشتراك، و لا يحتاج إلى إجماع بخصوصه.

و ستعرف البحث فى صحه كتابه الكافر عبده الكافر و الاكتفاء بها عن بيعه لأنها قاطعه للسلطنه، و البحث فى كتابه عبده المسلم و أن التحقيق الصحه فى الثانى، فيكون حينئذ موردا للنزاع.

و من هنا بان لك أن الوجه عدم الاشتراط كما هو المشهور إن لم يكن إجماعا، بل عن بعضهم الاعتراف بمجهوليه القائل بالاشتراط.

و حينئذ فلو كاتب الذمى مثلا مملوكه على خمر أو خنزير أو نحوهما مما كان حلالا فى مذهبهما و تقابضا و هما ذميان و ترافعا إلينا حكم عليهما بالتزام ذلك لأنهم ألزموا أنفسهم به و لو أسلما لم يبطل ذلك كما فى غيره من عقودهم.

و إن لم يتقابضا و أسلما كان عليه القيمه التى هى أقرب شىء إليه بعد تعذر دفعه بالإسلام، كما تقدم نظيره فى المهر و غيره، بل فى المسالك هنا احتمال جريان القول بالسقوط باعتبار أنه رضى بالعوض المحرم فيدأ عليه حكم رضاه، و قد تعذر قبضه بالإسلام بالنسبه إلى المستحق عليه و إن لم ينقلوه هنا.

قلت: أولى من ذلك احتمال البطلان لتعذر ملك العوض، و لو أسلما بعد



تقابض البعض مضى فى المقبوض، و لزمه القيمه للباقي، و يأتى فيه الاحتمالان و كذا لو أسلم المولى خاصه أو المملوك، و الله العالم.

و يجوز لولى اليتيم أن يكتاب مملوكه مع اعتبار الغبطه للمولى عليه فى ذلك بأن كان يبعه جائزا لحاجه اليتيم، لإطلاق ما دل على ذلك من قوله تعالى (١) «و يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ: إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» و غيره مضافا إلى صحيح معاويه بن وهب (٢).

السابق، بل قد يقال بالجواز للولى الإجارى مع عدم المفسده و إن لم تكن غبطه.

و لكن مع ذلك فيه قول محكى عن الشيخ فى المبسوط بالمنع لأن الكتابه شبيهه بالتبرع من حيث إنها معامله على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك، و فيه أنه قد لا يحصل المال بدون المكاتبه، بل هو الغالب، و كسبه بعد العقد ليس مالا محضاً للمولى، و قبله ليس بموجود حتى تكون معامله عليه، و الله العالم.

و لو ارتد ثم كاتب عبده المسلم لم يصح إما لزوال ملكه عنه كما إذا كان عن فطره، بل لا يصح كتابته لعبده الكافر فضلا عن المسلم أو لأنه لا يقر المسلم فى ملكه إذا كان عن مله، نعم لو كان كافرا صح لبقاء ملكه له، لكن فى الدروس يصح من المرتد عن مله بإذن الحاكم لا بدونه فى الأصح، قال:

«و يحتمل المراعاة بإسلامه».

و فى القواعد «و لو ارتد المولى لم تصح كتابته إن كان عن فطره، لزوال ملكه عنه، و إن كان عن غيرها فكذلك إن كان العبد مسلماً، لوجوب بيعه عليه، و يحتمل وقوعها موقوفه، فإن أسلم تبينا الصحه و إن قتل أو مات بطلت، و إن أدى حال الرده لم يحكم بعثته، بل يكون موقوفاً، فإن أسلم ظهر صحه الدفع و العتق، و لو ارتد بعد الكتابه أدى العبد إلى الحاكم لا إليه، و يعتق بالأداء، فإن دفع إليه

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٠.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

كان موقوفاً أو باطلاً على التردد، و في اشتراط الحاكم في الحجر و في تعجيزه بالدفع إلى المرتد مع التلف إشكال، و لو أسلم حسب عليه مما أخذه في الرده» إلى غير ذلك من كلماتهم التي مقتضاها الحجر على المرتد مطلقاً أو مع حكم الحاكم على وجه يبطل تصرفه أو يبقى موقوفاً و قد تقدم بعض الكلام سابقاً في ذلك و لكن إلى الآن لم نتحقق الدليل المقتضى للحجر عليه المنافى لقاعده تسلط الناس على أموالهم و غيرها.

و كيف كان فلا يخفى عليك بناء التعليل في المتن على عدم صحه كتابه الكافر للعبد المسلم، كما هو أحد القولين في المسأله، لأنه يجبر على نقله عن ملكه، و الكتابه لا توجب الانتقال التام عن الملك، لأنها متردده بين الخروج عنه و البقاء، و تمام الخروج موقوف على أداء المال.

و القول الآخر الصحه، و لا يجبر معها، لأنها مستلزمه لرفع اليد في الجملة، و تشبث المكاتب بالحريه، و برفع الحجر عنه في كثير من الأعمال، خصوصاً إذا جعلناها بيعاً و لازمه من جهه المولى.

و ربما فرق بين المطلقه و المشروطه، فاكتمى بالأولى دون الثانيه، لأنه لا يخرج في المشروطه عن الرقيه إلا بأداء جميع المال، و هو معرض العجز اختياراً أو اضطراراً.

قلت: قد يقال بصحه مكاتبته و ترتب أحكامها لو فرض عدم بيعه و تعذر قهره أو لم يعلم الحاكم به، لأنها ليست من السبيل المنفى، و احتمال عدم صحتها لمنافاتها للبيع المأمور به (١) يدفعه إمكان الترام بيعه بعد وقوعها مكاتباً، كما تسمعه من ابن الجنيد في صورته ما إذا كان كافراً فأسلم، أو يلتزم ببطلان المكاتبه ترجيحاً لما دل (٢).

على وجوب إخراجه عن الملك و لو لسبق تعلقه على الكتابه، خصوصاً مع ملاحظه بيع أم الولد و المكاتب الجاني، و ربما يأتي الكلام في صحه كتابته

١- ١ الوسائل - الباب - ٧٣ - من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧٣ - من كتاب العتق الحديث ١.

جانيا، فتأمل جيدا.

و على كل حال فيتفرع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه كافرا فأسلم قبل الأداء و فيه أنه يمكن القول بالجواز هنا و إن قلنا بالمنع، للفرق بين الابتداء و الاستداه كما جزم به الفاضل و غيره، لأصالة اللزوم المانع من البيع مع حصول الغرض، و هو ارتفاع السلطان، و قيل: لا يلزم لثلا يكون له عليه سبيل، و عن أبي علي يباع مكاتبا و يؤدي إلى المشتري ثمنه لا أزيد، لأنه ربا.

ثم على تقدير الاكتفاء بالكتابه لو عجز يتخير المولى للإطلاق، فيباع عليه حينئذ، و ربما احتمل عدم الخيار له هنا، لاستلزامه تملك المسلم اختيارا، و فيه أنه ليس تملكا، و الله العالم.

### [و يعتبر في المملوك]

و يعتبر في المملوك البلوغ و كمال العقل بلا خلاف أجده فيه، بل نسبه في غايه المرام إلى القطع به في كلام الأصحاب، بل في كشف اللثام الاتفاق عليه، بل عن بعضهم الإجماع عليه.

و لعله لأنه ليس لأحدهما أهليه القبول و لا- دليل على قيام السيد و الأب و الجد مقامهما في هذه المعامله المخالفه للأصل المنساق من موارد أدلتها كتابا (١) و سنه (٢)

العبد المكلف، لا أقل من الشك و لو بملاحظه ما سمعته من الإجماع المزبور. و من الغريب دعوى عدم الفرق بين المقام و بين اعتبار الإسلام في المولى.

و أغرب منه دعوى تناول قوله تعالى (٣) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لمثل المقام المتوقف على صحه قيام السيد و الأب و الجد مقامهما لتمام أركان العقد التي منها القبول، كما هو واضح. و منه يعلم ما في المناقشه التي في المسالك و غيرها في الحكم المزبور، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١ و ٢- من أبواب المكاتبه.

٣- ٣ سورة المائده: ٥- الآيه ١.

و فى كتابه الكافر تردد ينشأ من إطلاق الأمر بالوفاء بالعقد (١) و إطلاق دليل الكتابه، و أنها معامله كالبيع و نحوه، و من اشتراط الخير المفسر بالدين (٢) فى الآيه (٣) أظهره المنع عند المصنف وفاقاً للأكثر على ما قيل، بل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه معتضداً بعدم نقل خلاف فيه من أحد من القدماء، و إنما ابتداء الخلاف فيه من الفاضل فى المختلف، و تبعه بعض من تأخر عنه كالشهيدين، مع أن الأول منهم قد وافق المشهور فى غير واحد من كتبه كالقواعد و غيرها.

لكن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من الاشكال ل أن العمده عندهم فى ذلك قوله تعالى (٤) فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا

مؤيدا بالأمر بالإيتاء من الزكاه (٥) الممنوع فيه، و بالنهى عن الموده له (٦) و هو إنما يدل على اشتراط الأمر بها لا مطلق الاذن فيها و يتبعه الأمر بالإيتاء، و لا يلزم من توقف الأمر بها على شرط توقف إباحتها عليه، و قد عرفت أن الدليل على تسويغ الكتابه غير منحصر فى الآيه المزبوره.

على أنه بعد التسليم إنما يدل على اعتبار ذلك فى المولى المسلم لا مطلقاً، و ليس فى الانتصار سوى أنه مما انفردت به الإماميه، و ليس ذلك إجماعاً، و عدم نقل الخلاف لا يقتضى عدمه، بل لعله ظاهر كل من لم يتعرض لاشتراطه فى صحه الكتابه من القدماء، بل المحكى عن الشيخ فى موضع من المبسوط و القاضى الصحه فى المولى المسلم فضلاً عن الكافر الذى لا تلازم بينه و بين المسلم بناء على ظهور

١- ١ سورة المائده: ٥- الآيه ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٤- ٤ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٢١ - من أبواب المكاتبه.

٦- ٦ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢٢. راجع البحار ج ٧٥ ص ٣٨٥.

تلك الأدلة في عدم صحتها منه، بل لعله ظاهر المصنف وغيره ممن صرح بعدم اشتراط الإسلام في المولى و فرع عليه مكاتبه الذمي لمثله بخمر أو خنزير، فإنه إن لم ينزل كلامه هنا على الاشتراط بالنسبة للمسلم لم يكن للحكم الأول حيثنذ مورد، كما هو واضح.

نعم لا يصح كتابه المرتد عن فطره منه لعدم قابليته للملك، بل في الدروس و إن كان عن مله جوزه الشيخ، لأن له أهليه المعاوضه، و هو مطالب بالفرق، بل البطلان هنا أولى، لعدم إقراره على رده و إن كان قد يناقش بأن ذلك لا ينافي قابليته للمعاوضه الثابته بالأصل و غيره، و كفى بذلك فارقا بينه و بين الفطر الذى انقطعت استدامه تملكه فضلا عن ابتدائه، و الله العالم.

و أما الأجل ففي اشتراطه خلاف، فمن الأصحاب من أجاز الكتابه حاله و مؤجله، لإطلاق الأدله و كونها كالبيع على المعسر و منهم من اشترط الأجل، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لما سمعته من الأدله السابقه لا لأن ما فى يد المملوك لسيدته، فلا تصح المعامله عليه، و ما ليس فى ملكه يتوقع حصوله فيتعين ضرب الأجل إذ يمكن دفعه بفرض مال مقارن، و معارضته بالبيع على المعسر الذى لا يملك شيئا، اللهم إلا أن يرجع إلى ما ذكرناه كما تقدم الكلام فى ذلك كله مفصلا.

و إنما أعاده ليفرع عليه ما تسمعه من أنه يكفى فيه بناء على اعتباره أجل واحد عندنا و عند أكثر العامه، لإطلاق الأدله، خلافا لبعضهم فاشترط كونه نجمين فصاعدا، لأنه المعهود من عمل الصحابه و التابعين، و لأن الكتابه مأخوذه من الكتب بمعنى الضم باعتبار ضم النجوم فيها بعضها إلى بعض، و أقل ما يحصل به ذلك نجمان فصاعدا، و لأن الكتابه عقد إرفاق و من تتمته التنجيم، و الجميع كما ترى لا يصلح قاطعا لإطلاق الأدله، ضروره أعميه عمل الصحابه بعد تسليمه من الاشتراط، كما أن أخذ الكتابه من الكتب بمعنى الضم كذلك إذ بعد تسليم انحصار وجه المناسبه فيه يمكن أن يكون بناؤه على الغالب، و الإرفاق مع أنه

حكمه يمكن حصوله بابعاد الأجل، كما هو واضح.

و لا حد في الكثرة إذا كانت معلومه بلا خلاف و لا إشكال، نعم في المسالك يدخل في ذلك ما إذا جعله إلى مده لا يعيشان إليها غالباً، و لا- بأس به بالنسبة إلى المولى الذى قد عرفت أنه لا تبطل الكتابه بموته، فتكون حينئذ كالبيع كذلك، للأصل، فينتقل الحكم إلى الوارث حينئذ، أما بالنسبة إلى المكاتب فقد يشكل بطلانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً، و فى الباقي فى المطلق، فيكون اشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد، و قد أطلق الشهيد فى بعض تحقیقاته جواز التأجيل كذلك مطلقاً و حكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت، و لا- يخلو فى جانب المكاتب من إشكال، قلت: المراد من نفي الحد فى الكثرة عدم المانع من حيث كونها كذلك فى مقابله القول بعدم جواز الأجل الواحد، لا أنها جائزه و إن حصل المانع من جهة أخرى، فلا إشكال حينئذ، و الله العالم.

و لا بد أن يكون وقت استحقاق الأداء معلوماً على وجه يكون مشخصاً فلو قال: كاتبك على أن تؤدى إلى كذا فى سنة بمعنى أنها ظرف الأداء لم يصح للجها له كما فى النسيئة، خلافاً للمحكى عن أبى على و الخلاف فأجازه، و خيره فى الدفع فى مجموع ذلك الوقت، و لا ريب فى ضعفه و إن توقف فيه الفاضل فى القواعد.

و يجوز أن تتساوى النجوم و أن تختلف بلا- خلاف و لا- إشكال لإطلاق الأدله و عمومها، كما يجوز تساوى المقادير فيها و اختلافها. نعم فى اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردد و خلاف من إطلاق الأدله و من كونه خلاف المعهود، كما تقدم الكلام فى نظائره منه فى المتعه و غيرها.

و لو جمع فى العوض بين المال و الخدمه مثلاً كما إذا قال: كاتبك على خدمه شهر و دينار بعد الشهر صح. إذا كان الدينار معلوم الجنس، و لا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر لصدق حصول الأجل له، نعم هو نجم واحد، و قد

عرفت صحته عندنا، و إنما يتوجه عليه المنع عند من يشترط تعدد النجوم، ثم إطلاق خدمه شهر محمول على المتصل بالعقد كظائره.

و لو مرض العبد شهر الخدمه بطلت الكتابه إذا كانت مشروطه أو كان هو مجموع العوض لتعذر ه أى العوض حينئذ، أما لو كان بعده الدينار و كانت مطلقه لم تبطل، و روعى أداء المال و عتق منه بنسبته.

و لو قال: كاتبك على خدمه شهر بعد هذا الشهر قيل و القائل الشيخ:

تبطل بناء على القول باشتراط اتصال المده بالعقد، و فيه تردد بل منع كما عرفته سابقا و إنما ذكر ذلك بخصوصه لبيان أنه لا فرق بين المال و الخدمه، و الله العالم.

و لو كاتبه ثم حبسه مده قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن المبسوط:

يجب أن يؤجله مثل تلك المده لأن القدر الواجب من التأجيل الإمهال فى تلك المده و لا قيمه له فيضمه بمثله.

و قيل و القائل الشيخ أيضا فى موضع آخر من المبسوط لا يجب بل يلزمه أجرته مده احتباسه، و هو أشبه (١١) بأصول المذهب و قواعده، لأن المكاتب مضمون بالغصب كالقن، فيضمن منافعه مده الحبس، و هو أقوى، فان لم يكن ذا صنعه و جب أجرته لعمل مطلقا، و إن كان له صنعه و جب أجرته لتلك الصنعه، و إن تعددت قيل: يلزمه أجره الأعلى منها، و قيل يجب أجره الأغلب و قوعا بالنسبه إليه، و يأتى تحقيقه إنشاء الله فى كتاب الغصب.

### [و أما العوض]

و أما العوض فيعتبر فيه أن يكون دينا منجما (١٢) على الأصح معلوم الوصف و القدر مما يصح تملكه للمولى، فلا تصح الكتابه على عين (١٣) مشخصه لا- لما قيل من أنها إن كانت بيد المملوك فهى للمولى، فلا يتحقق المعاوضه بها، لأنها معاوضه على ماله حينئذ بماله، و إن كانت لغيره لم يصح و إن أذن لاشتراط الملك فى العوض حتى يملك المعوض، و لذا لا يصح البيع بعين لغير المشتري على أن يكون

المبيع ملكا له و الثمن من غيره، إلا أن يكون المراد فى الفرض بيع العبد بالعين لصاحبها لأنه لا يتم على القول بأن العبد يملك و لو فى الجملة، ضروره تصور مالكيه العين، و يكفى فى الاذن من سيده فى التصرف بها مكاتبته عليها، بل و لا فى البعض إذا أريد المكاتبه معه على جزئه الرق، إذ يمكن كونه مالك العين بجزئه الحر، بل قد يقال بكفايه الاذن من الغير بالمكاتبه على عينه على أن تكون قرضا عليه، و يحصل ذلك بعقد المكاتبه المخرج له عن محض الرقيه بحيث يكون صالحا لأن يملك المولى عليه ما أثبتته فى ذمته من المال الحاصل بالسعى الذى هو مملوك للسيد، و صالحا لأن يملك عليه الخدمه المملوكه له فعلا.

بل لعدم ثبوت مشروعيه ذلك و الأصل الفساد بعد الشك فى تناول إطلاق الأدله لمثله خصوصا بعد الاتفاق ظاهرا عليه، كما اعترف به غير واحد، و خصوصا بعد ما عرفت من اعتبار الأجل فيها الذى محله الدين لا العين.

نعم قد يقال: إن ذلك مناف لصحه جعل الخدمه المتصله بالعقد عوضا، لعدم صدق الدين عليها، و لا أجل فيها و التقييد بشهر و نحوه إنما هو لتقدير المنفعه لا- أجل مكاتبه، و حينئذ فلا بد من الجمع بإرادته اعتبار الدين فيه فى مقابل العين، كما يشعر به التفريع، و الله العالم.

و كذا لا تصح مع جهاله العوض لأنها كالبيع بالنسبه إلى ذلك بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهر بعضهم أنه كذلك فى سائر عقود المعاوضه للنهى عن الغرر و إن كان فيه ما فيه، كما أوضحناه فى الصلح و غيره، و على كل حال فلا يكفى العوض المجهول بل لا بد أن يذكر فى وصفه كلما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع معه الجهاله على نحو ما سمعته فى البيع الذى إن لم يكن المقام منه، فهو شبيه به و منزل منزلته بالنسبه إلى ذلك.

و حينئذ فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه فى النسيئه و إن كان عرضا وصفه كصفته فى السلم، ضروره كون المدار على ارتفاع الجهاله فى الجميع، كما هو



واضح، وكذا لا تصح بعوض لا يملكه كالخمر والخنزير في المولى المسلم، نعم يجوز ذلك في الذميين كما عرفته سابقا.

و يجوز أن يكتبه بأى ثمن شاء لإطلاق الأدله و خصوص

### المرسل (١)

«رجل ملك مملوكا فسأل صاحبه المكاتبه أ له إلا يكتبه إلا على الأعلى؟ قال: نعم».

و لكن يكره أن يتجاوز قيمته يوم المكاتبه بلا خلاف أجده فيه، بل فى الرياض ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، قلت: لعله لمنافاته للإرفاق و للإحسان الذى بنى عليه مشروعيه الكتابه، مضافا إلى قاعده التسامح.

و كذا تجوز المكاتبه على منفعه كالخدمه و الخياطه و البناء و نحوها إذ هى كالعين فى الذمه، لإطلاق الأدله، نعم يصح ذلك بعد وصفه بما يرفع الجهاله من التقدير بالعمل كالخياطه لهذا الثوب المشخص، و البناء للجدار المعين مثلا، أو المده كخدمه شهر أو سنه.

و المناقشه- بأن المنفعه ملك فعلا للمولى، فلا يعاوض على ماله بماله، بخلاف المال المتجدد الذى هو ليس بموجود و لا داخل تحت قدرته، إما الخدمه فكالعين الحاضره، و من ثم جاز عتقه منجزا بشرط خدمه معينه بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه- يدفعها ما فى المسالك من أن «عقد الكتابه يخرج المملوك عن ملك المولى محضا و إن كان انتقالا متزلزلا، و من ثم سقطت عنه نفقته و فطرته، و لم يكن له استخدامه و غير ذلك من توابع الملك، فكانت منفعتة و ما يتجدد من كسبه تابعه له فى الانتقال عن ملكه، و يجوز جعله عوضا عن فك رقبتة، و لما كان العتق المنجز يقتضى ملك المعتق منافعه نفسه أيضا و كسبه اعتبر رضاه فى اشتراط المال دون الخدمه، لأنها تصير كالمستثناه مما يخرج عن ملكه بالتحريم المتبرع به، و هذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمه عوضا فى الكتابه الواقعه برضا المكاتب، مضافا

إلى عموم الأدله» و إن كان لا يخلو من مناقشه، بل هو عند التأمل خصوصا الأخير منه مؤكد للسؤال لا دافع له.

فالأقعد فى الجواب الاستناد إلى إطلاق الأدله و عمومها، و خصوص

### الخبر (١)

«عن رجل قال: غلامى حر و عليه عماله كذا و كذا سنه، فقال: هو حر و عليه العماله»

بناء على أنه من الكتابه، كما عساه يظهر من غير واحد لا- من العتق الذى اشترط فيه شرط و إن كان هو الظاهر، و إلى كون المجموع عوضا أن يخدمه لا استعداده لها التى هى ملك له، بل هو نحو أن يكتسب مالا و يسعى فى تحصيله، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و إذا جمع بين كتابه و بيع و إجاره أو غير ذلك من عقود المعاوضات فى عقد واحد صح كل منها عندنا و إن اتحد العوض، و قسط عليها أجمع، و يكفى معلوميته و إن جهل تقسيطه للأصل و غيره مما مر فى كتاب البيع و غيره، خلافا لبعض العامه فأبطلها أجمع، لأنها بمنزله عقود متعدده، فيعتبر العلم بعوض كل واحد منها منفردا خصوصا مع اختلاف أحكامها، و فيه منع واضح، و منهم من صحح المكاتبه خاصه بكل العوض، و هو كما ترى. و يقابله احتمال بطلانها خاصه باعتبار أن المكاتب لا يستقل بالتصرف إلى أن يتم عقد المكاتبه، و قد وقع البيع و الإجاره قبل ملكه للتصرف فوقعا باطلين.

و أجاب عنه فى المسالك بأن الاستقلال مندفع برضا المولى بذلك، فان الحجر إنما كان لحقه، و الأولى الجواب بحصول أثر الجميع دفعه بتمام القبول، و لا- بأس بذلك، لإطلاق الأدله و عمومها المقتصر فى الخارج عنها على سبق البيع و الإجاره على الكتابه.

هذا بناء على ما فهم فيها من فرض مسأله جمع العقود فى المكاتب بمعنى أن البيع و الإجاره و الكتابه للعبد بعقد واحد، لكن فى حاشيه الكركى تفسير الجمع بأن

تكون الكتابة للعبد و المعاوضه الأخرى لغيره، و حينئذ فلا إشكال، و كأنه أولى، لعدم قابليه العبد وقت الإيجاب لحصول أثره، و لا- ينافى ذلك وقوع إيجاب الكتابة التى مبنى شرعيتها على ذلك، على أن مقتضى وقوع الثلاثه للعبد أن تبقى الإجاره و البيع مراعيين بحصول الحريه و عدمها، و أنه لا يستقر ملكه لذلك حتى تحصل الحريه، كما صرح به فى المسالك، و هو كما ترى، و الله العالم.

و على كل حال تكون مكاتبته ب نسبه حصه ثمنه من البذل بعد ملاحظه قيمه المبيع و اجره المثل بالنسبه إليه أيضا، و بأدائها يكون حرا، و كذا إذا احتيج إلى معرفه ما يخصه من مال الكتابه، بأن ظهر المبيع مستحقا للغير و لم يجز المالك، فإنه حينئذ يوزع العوض على قيمه المملوك حين المكاتبه، و على قيمه المبيع و اجره مثل الدار تلك المده، و يسقط من العوض ما يقابل الفاسد، كما هو واضح، و الله العالم.

و كذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبدا واحدا صفقه سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت تساوى العوضان أو اختلفا لإطلاق الأدله و عمومها و قاعده تسلط كل من الشركاء على مكاتبه حصته بما شاء منفردا فكذا مع الاجتماع، خلافا للمحكى عن بعض، فمنع من اختلافهما فى القدر مع تساويهما فى الملك حذرا من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة مثلا و إلى الآخر مائتين ثم ارتفعت الكتابة بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثانى بخمسين، و يكون الثانى قد انتفع بها مده بقائها فى يده من غير استحقاق.

و فيه أن الاستحقاق طار من حين الانفساخ، و قبله كان ملكا للقباض متزلزلا، فلا يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه، على أن مقتضى ذلك المنع حتى مع الاختلاف فى قدر الملك إذا فرض كون العوض الزائد للأقل ملكا، و المحكى عنه اعتبار التساوى فى القدر.

و على كل حال ف لا يجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون

صاحبه بلا خلاف كما عن المبسوط و الخلاف، لأن الدين حينئذ مع فرض الاتحاد فى الجنس، و الأجل مشترك بينهما، ضروره كون الفرض وقوع المكاتبه منهما بعقد واحد، و قد تحقق فى محله أنه لا يجوز الدفع إلى أحد منهما خاصه، و حينئذ ف لو دفع شيئاً كان لهما مع إجازة الآخر القبض و لكن لو أذن أحدهما لصاحبه جاز خلافاً للمحكى عن ابني الجنيد و البراج، فجوزا أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر ما لم يشترطاً عليه أن يكون أداء الكتابه لهما جميعاً، نحو ما سمعته عن ابن إدريس فى الدين المشترك، لأنه لمن عليه التخير فى جهة القضاء، و يعين ما شاء فيه من أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقه فقد اختار دفع ما يستحقه المدفوع إليه فى المدفوع، و اختار منع الآخر منه، فلا شركه فيه، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله، و قد تقدم فى كتاب الدين ما يعلم منه بطلان ذلك و أن الدين الكلى كالاشاعه فى العين المشخصه المشتركه.

نعم هو كذلك مع اختلاف العوضين فى الجنس و الأجل، بل و مع تعيين عوض كل واحد بخصوصه و إن اتحد الجنس و القدر و الأجل و إن كان ظاهر المتن و القواعد اتحاد الجميع فى الحكم المزبور، بل كاد يكون صريح المسالك إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم اشتراك الدين بينهما، لأن الفرض امتياز عوض كل منهما عن الآخر بالجنس أو الأجل أو بالتعيين.

و لعل إطلاق المصنف و غيره مبنى على أن ذلك من الأذن كما فى كشف اللثام و إن كان هو كما ترى، بل مبناه امتياز الدينين و تسلط المكاتب على عمله و سعيه و تخيره فى تعيين ما يبذله لدينه، فالفرض حينئذ بمنزله تعدد فى العقد لا مع اتحاده المقتضى لاشتراك الدين و إن كان هو بالنسبه إلى المولين بحكم المتعدد فيما إذا أدى نصيب أحدهما بإذن الآخر، فإنه ينعقد بخلاف ما إذا لم يكن بإذنه فإنه لا يتحقق العتق فى أحد النصيبين، و فيما لو عجز فعجز أحدهما و صبر الآخر،

إذ هو حيثئذ كما لو تعدد، والله العالم.

و لو كانت ثلاثه فى عقد واحد صح عندنا لإطلاق الأدله و عمومها و كان كل واحد منهم مكاتبه بنسبه حصه ثمنه أى قيمته من المسمى بعد تقويم الجميع، كما لو بيعوا و كانوا المتعددين، لأن القيمه هنا ملحوظه، لكون الكتابه بيعا أو شبيهه به، بل هى أولى من البضع الذى قد عرفت فى الصداق و الخلع ملاحظه قيمته التى هى مهر المثل، فلو كانت قيمه أحدهم مأه و الثانى مأتين و الثالث ثلاثمائه فعلى الأول سدس المسمى و على الثانى ثلثه، و على الثالث نصفه.

و حيثئذ ف تعتبر القيمه وقت العقد لأن سلطنه السيد تزول يومئذ، و عن بعض العامه التوزيع على عدد الرؤوس، و لا ريب فى ضعفه.

و على كل حال ف أيهم أدى حصته عتق و لا- يتوقف على أداء حصه غيره، و أيهم عجز استرق دون غيره، و كذا لو مات أحدهم، لصدق المكاتبه على كل واحد منهم، فيجرى عليه حكمها، بل فى المسالك «و لا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أدبتم فأنتم أحرار، لأن الكتابه الصحيحه يغلب فيها حكم المعاوضه، و لذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، و إذا مات لم تبطل الكتابه، بخلاف العتق المعلق».

و فيه أن مفروض المسأله مع الإطلاق أو التصريح بعدم تعليق عتق أحد منهم على آخر، و إلا فمع تصريح السيد بذلك بينى على صحه هذا الشرط و عدمه، و على فرض صحته فلا ريب فى توقف حريه كل واحد منهم على الآخر، بل ربما قيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه، و إنما يعتقون معا إذا أدوا جميع المال فى صورته الإطلاق، لظهور اللفظ كما فى العتق المعلق.

و عن ابن البراج إذا كاتب انسان عبدين كتابه واحده فمات أحدهما قيل للثانى إما أن تختار أن تؤدى باقى الكتابه عنك و عن صاحبك و إما أن تكاتب عن نفسك كتابه جديده، فأيهما اختار كان له ذلك، و إن كان المتروك مالا فيه و فاء بقسطه من الكتابه أخذ السيد مال الكتابه، و كان على الثانى ما بقى من قسطه منها

و كذلك إذا ارتد أحدهما و لحق بدار الحرب، و إن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابه فإن السيد يأخذ من ذلك جميع الكتابه و يعتقان معاً، و يرجع ورثته على الحى بحصته، و بقيه ذلك ميراث لهم.

و هو كما ترى لا ينطبق على شىء من الأصول خصوصاً بعد ما تسمع من بطلان الكتابه بموت المكاتب الذى مقتضاه سقوط قدر نصيبه من مال الكتابه، لأنه عوض فيهما فيقسط عليهما كالبيع لا أنه ينحصر فى أحدهما.

نعم لو شرط كفاله كل واحد منهما صاحبه أو ضمان ما عليه كان الشرط و المكاتبه صحيحين

لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (١)

فيلزمه حينئذ حكم الكفاله، و ما عن بعضهم - من عدم صحه الكفاله لعدم لزوم مال الكتابه من جهه المكاتب و المشروط كجزء من العوض فيتبعه فى الجواز - واضح الضعف بعد ما عرفت من لزومها عندنا، و كذا الكلام فى صحه اشتراط الضمان لكن يعتقدون حينئذ لصدق الأداء من كل منهم و إن بقى مديونا بغير مال الكتابه الذى كان عليه، نعم لو تقايل الضامن و المضمون له عاد المال إلى ذمه المكاتب و لكن لا يعود رفاً، بل يكون حراً مشغول الذمه كما صرح به الكركى هنا فى حاشيته على الكتاب.

و على كل حال فما فى المختلف - من أنه إذا رضى المولى بضمانهم كلهم فهو كما لو لم يقع ضمان - واضح الفساد إلا أن يريد كعدم الضمان فى كون كل منهما مشغول الذمه بالمال، لكن فى الدروس لو شرط السيد بقاء الرق مع هذا الضمان حتى يؤديا أو تخيره فى الرجوع على من شاء منهما ففى كلام الشيخ إشعار بجوازه و ذكر فى الحائريات جواز ضمان اثنين مالا و اشتراط رجوعه على من شاء منهما، و هو إن لم يحمل على استحقاق ذلك بالشرط كان على وفق مذهب العامه الذى قد عرفت أن الأصحاب على خلافه، و الله العالم.

و لو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل كان الخيار لمولاه فى القبض و التأخير عندنا لاشتراك مصلحه الأجل بينهما، و لقاعده المؤمنون عند شروطهم،

خبر إسحاق بن عمار (١) عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليهما السلام «إن مكاتبا أتى عليا عليه السلام و قال: إن سيدى كاتبنى و شرط على نجومى فى كل سنه، فجتته بالمال كله ضربه فسألته أن يأخذ كله ضربه و يجيز عتقى فأبى على، فدعاه على عليه السلام فقال له: صدق فقال له: مالك لا تأخذ المال و تمضى عتقه؟ فقال: ما آخذ إلا النجوم التى شرطت و أتعرض بذلك إلى ميراثه، فقال على عليه السلام: أنت أحق بشرطك».

و لا ينافيه

صحيح الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام أيضا «فى مكاتب ينفذ نصف مكاتبته و يبقى عليه النصف فيدعو مواليه و يقول: خذوا ما بقى ضربه واحده، قال: يأخذون ما بقى و يعتق»

بعد حملة على بيان الجواز لا- اللزوم و لو لرجحان الأول عليه من وجوه، خصوصا بعد أن لم نعرف قائلًا- به منا، نعم عن ابن الجنيد و جوب القبول فى خصوص ما إذا كان المكاتب مريضا و أوصى بوصايا و أقر بديون، لأن فى امتناعه حينئذ إبطالا لإقراره و وصيته، و هو كما ترى، و عن بعض العامة قول بإجبار المولى حيث لا ضرر عليه، لأن الأجل حق من عليه الدين، و قد تقدم فى كتاب البيع بعض الكلام فى المسألة، و الله العالم.

و لو عجز المكاتب المطلق كان على الامام أن يفكه من سهم الرقاب بلا خلاف أجده، بل ظاهرهم الاتفاق عليه، و لعله

للخبر المرسل (٣)

عن مكاتب عجز عن مكاتبته و قد أدى بعضها، قال، يؤدى عنه من مال الصدقه، فإن الله يقول فى كتابه وَ فى الرِّقَابِ (٤)».

لكن فى الرياض «هو بعد الإغماض عن سنده غير واضح الدلالة على ما ذكره

١- ١ الوسائل- الباب- ١٧- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٧- من أبواب المكاتبه الحديث ١ راجع التهذيب ج ٨ ص ٢٧١ الرقم ٩٩٠ و الاستبصار ج ٤ ص ٣٩ الرقم ١٣٠.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢١- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٤- ٤ سورة التوبه: ٩- الآيه ٦٠.

من الوجوب من وجوه، و لذا يظهر من الكفايه التردد فيه تبعا للسيد فى شرح الكتاب و لعله فى محله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه» و كان هذا منه من الغرائب، لمعلومية شدة اعتماده على الشهرة فى جبرها للسند و الدلالة، بل المحكى عنه أنه يرى حجيتها فضلا عن جبرها.

إنما الكلام فيما فى المسالك تبعا للدروس من أن للمولى رده فى الرق إن تعذر ذلك، و حكاها الكركى فى حاشية الكتاب على الدروس و استحسنة، ضروره عدم دليل يدل على خيار المولى فى المكاتبه المطلقه مع العجز، بل مقتضى الأصل و غيره خلافه، بل

خبر القاسم بن سليمان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن عليا عليه السلام كان يستسعى المكاتب، إنهم لم يكونوا يشترطون إن عجز فهو رق»

كالصريح فى عدم الخيار فى المكاتب المطلق، و إطلاق بعض النصوص (٢)

الخيار مع العجز لو كان منزل على المشروط، خصوصا بعد

قوله عليه السلام «رد رقا»

الظاهر فى استرقاقه أجمع، و هو إنما يسلم فى المشروط بخلاف المطلق إذا أدى بعض مكاتبته، فإنه لا يرد جميعه رقا و إن عجز إجماعا أو ضروره (و بالجمله) المسأله فى غايه الإشكال كما أشرنا إليها سابقا، و لم أعر على من تعرض لتتقيحها، و الله العالم.

و كيف كان ف المكاتبه الفاسده لا- يتعلق بها حكم بل تقع لاغيه عندنا كغيرها من العقود، و الفساد و البطلان عندنا بمعنى، سواء كان الاختلال بالأركان أو بغيرها، خلافا لبعض العامه، ففرق هنا بين الباطل و الفاسده، و جعل الفاسده تساوى الصحيحه فى أمور ثلاثه، و هو كما ترى من خرافاتهم الباردة التى لا تستأهل نقلا، و الله العالم. هذا كله فى بيان أركان المكاتبه.

## [الثانى فى الأحكام]

### [المسأله الأولى إذا مات المكاتب و كان مشروطا بطلت المكاتبه]

و أما الأحكام فتشتمل على مسائل:

١- ١ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب المكاتبه الحديث ٣ و ٤.



الأولى:

إذا مات المكاتب و كان مشروطا بطلت المكاتبه و إن بقى من العوض يسير، و كان ما تركه لمولاه و إن كان أزيد من مال الكتابه. و كان أولاده رقا أيضا للمولى لا لما ذكر مما لا يقتضى انفساخ العقد اللازم، بل للمعتبره المستفيضه ك

صحيحه ابن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في مكاتب يموت و قد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكا و الجاربه، و إن لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى»

و خبر مهزم (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب يموت و له ولد، فقال: إن كان اشترط عليه فولده ممالك، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده في مكاتبه أبيهم، و عتقوا إذا أدوا»

و غيرهما من النصوص (٣)

الداله على ذلك منطوقا و مفهوما.

و حينئذ فمؤنه تجهيزه على مولاه، لأنه حينئذ بحكم القن، خلافا للخلاف، فحكم فيما لو خلف ما يفى بالمكاتبه بوجوب أداء ما عليه من مال الكتابه و كون الباقي إن كان للوارث، و هو- مع مخالفته الأدله المتقدمه- غير واضح الحجه، بل لم يحك عن أحد موافقه على ذلك سوى الصدوق، فإنه أطلق على ما حكى عنه الحكم بوجوب إيفاء ما بقى عليه من اكتسابه على ابنه من الجاربه، و أنه يرث ما بقى، من غير تفصيل بين المطلق و المشروط، لكن ربما أشعر سياق عبارته بإرادته التعبير بمضمون خبر ابن سنان المتقدم الذى هو فى المطلق دون المشروط، فلاحظ.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٩ - من أبواب المكاتبه الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الإرث الحديث ٧- من كتاب الموارث.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الإرث من كتاب الموارث.

و كذا الكلام إذا كان مطلقا و لم يؤد شيئا على المشهور، بل لم أجد فيه خلافا، بل فى الدروس نسبته إلى ظاهر الأصحاب، و لعله ل

صحيح محمد بن قيس (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب توفى و له مال قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته و ما لم يعتق يحتسب منه لأربابه الذين كاتبوه، هو مالهم»

و غيره من الصحاح (٢)

التي تسمعها الداله بمنطوقها على أن ما يتركه لسيدته بقدر ما لم يعتق منه، و بفحواها على عدم الفرق بين الكل و البعض، و صحيح ابن سنان و إن كان سؤاله مطلقا إلا- أن قوله عليه السلام فى الجواب: «ما بقى» ظاهر فيمن أدى بعضا، نعم خبر مهزم مطلق، بل ظاهره سعى الولد فى المكاتبه، و يمكن حملة على سعيهم فيما بقى منها، لكن مع ذلك احتمال فى الدروس فيمن خلف مالا- يفى بالكتابه و لم يكن قد أدى شيئا أنه يرث قريبه ما فضل من مال الكتابه، لأنه كالدين، و هو متجه إن لم يكن إجماعا، استصحابا لبقاء حكم الكتابه التي هي كما عرفت من العقود اللازمه، هذا كله فيمن لم يؤد.

و إن لم يكن مشروطا و قد أدى بعض مكاتبته تحرر منه بقدر ما أداه و كان الباقي رقا بلا خلاف و لا إشكال و حينئذ ف لمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق و لورثته بقدر ما فيه من حريه و يؤدى الوارث التابع له فى الحريه و الرقيه مما حصل له من نصيب الحريه ما بقى من مال الكتابه على المشهور شهره عظيمه، لصحيح محمد بن قيس (٣)

السابق، و

صحيح يزيد العجلي (٤)

«سألته عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم و لم يشترط عليه إن هو إن عجز عن مكاتبته فهو رد فى الرق و أن المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائه درهم، ثم مات المكاتب

١- ١ الوسائل - الباب - ١٩- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٣- من أبواب موانع الإرث من كتاب الموارث.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٩- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٢٣- من أبواب موانع الإرث الحديث ٥ من كتاب الموارث عن بريد العجلي.

و ترك مالاً- و ترك ابنا له مدركا، قال: نصف ما يدرك المكاتب من شىء فإنه لمولاه الذى كاتبه، و النصف الباقي لابن المكاتب، لأن المكاتب مات نصفه حر و نصفه عبد للذى كاتبه، و ابن المكاتب كهيته أبيه نصفه حر و نصفه عبد، فإن أدى إلى الذى كاتب أباه ما بقى على أبيه فهو حر لا سبيل لأحد من الناس عليه»

و غيرهما.

بل إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم كما هى القاعدة فى الذى تحرر بعضه، و دل عليه هنا ما تقدم من خبر مهزم (١)

و حينئذ ف مع الأداء ينعق الأولاد و لكن أدؤهم و سعيهم بالسويه و إن اختلفوا فى الاستحقاق للميراث لاختلافهم ذكوره و أنوثه، أو القيمه فإنهم متساوون فيما عتق منهم و ما بقى، و لو تعذر الاستيفاء من بعضهم لغيبه و غيرها أخذ من نصيب الباقي جميع ما تخلف على الأب، إذ ما لم يأخذ الجميع لم يصر الأب بمنزله من أعتق جميعهم، فلم يفسد عتق جميع الباقي، و إذا أخذ الجميع عتق الجميع أى الغائب و الباقي، بل لو لم يكن تركه و غاب البعض أو لم يسع سعى الباقي فى الجميع، و ليس للمؤدى مطالبه الغائب بنصيبه، لأن كل جزء مما يؤديه يدخل فى عتق نفسه و إن لزمه انعتاق الجميع بالإتمام.

و هل للمولى إجبارهم على الأداء و لو بالسعى؟ فيه تردد من الأمر فى ظاهر النصوص (٢)

و من كون الحق لهم، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى كتاب العتق هذا كله على المشهور بين الأصحاب و لكن فيه روايه أخرى تقتضى أداء ما تخلف من أصل التركة لأنه بحكم الدين و حينئذ ف يتحرر الأولاد؛ و ما بقى فلهم إرثاً.

و هى

صحيحه جميل بن دراج (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى مكاتب يموت و قد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريه و ترك مالاً، قال: يؤدى ابنه بقيه

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٣- من أبواب موانع الإرث الحديث ٧ من كتاب المواريث.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٣- من أبواب موانع الإرث من كتاب المواريث.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٣- من أبواب موانع الإرث الحديث ٦ من كتاب المواريث.

مكاتبته، و يعتق و يرث ما بقى»

و روايه أبى الصباح (١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث إنه قال: «فى المكاتب يؤدى بعض مكاتبته ثم يموت و يترك مالا أكثر مما عليه من مكاتبته، قال: يوفى مواليه ما بقى من مكاتبته، و ما بقى فلولده»

و نحوها صحيحه الحلبي (٢)

و غيرها، و قد سمعت صحيحه ابن سنان (٣) السابقه و لكن لم نعرف عاملا- بها إلا ما يحكى عن الإسكافى، و ما سمعته من إطلاق عباره الصدوق ره.

و من هنا كان الأول مع أنه أشهر بل المشهور أظهر ترجيحاً لنصومه المعتضده بالشهره على هذه النصوص، بل قيل: إنها معتضده بالأصول الظاهره التى لأجلها أفتى الحلبي بما عليه الأكثر، فقال: «و الذى ينبغى تحصيله فى ذلك أن نقول يرث السيد بمقدار ما فيه من العبوديه، و ابنه أو وارثه بقدر ما تحرر منه، و يؤخذ بقيه مال الكتابه من نصيب وارث المكاتب إذا صار إليه نصيبه، لأن الدين الذى هو مال الكتابه يخرج من نصيب الوارث لأجزائه الحريه (٤) دون جميع ما خلفه و تركه الميت، لأن الأ-جزاء الباقية على العبوديه لا تملك شيئاً، لأنه مال سيده دونه» إلى آخره و إن كان دعوى كون ذلك هو مقتضى الأصول لا تخلو من مناقشه، و العمده النصوص المزبوره المرجحه بما سمعت،

١-١ الوسائل - الباب - ١٩- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٩- من أبواب المكاتبه الحديث ١. راجع التهذيب ج ٨ ص ٢٧١ الرقم ٩٩٠ و الاستبصار ج ٤ ص ٣٩ الرقم ١٣٠.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٩- من أبواب المكاتبه الحديث ٣.

٤-٤ هكذا فى النسخه الأصلية: المسوده و المبيضه، الا أن الموجود فى السرائر طبعه حجر «من نصيب المال الوارث الآخر من جهه الجزيه دون جميع ما خلفه» و فى المخطوط منه عام ٦٠٣ المحتفظ به فى مكتبه الروضه الرضويه على صاحبها آلاف التحية و الثناء فى «مشهد» خراسان الذى أوقفها الشيخ البهائى قده «من نصيب الوارث للجزاء الحريه دون جميع ما خلفه.».

فيجب حينئذ طرح ما قابلها أو حملها على أدائه ما بقى من نصيبه- لا من أصل المال- وإرثه لما بقى إن كان في النصيب بقيه، و إن كان ذلك بعيدا إلا أنه لا بأس به بعد رجحان المعارض، والله العالم.

و كيف كان ف لو أوصى له أى المكاتب الذى تحرر بعضه بوصيه صح له منها بقدر ما فيه من حريه و بطل ما زاد على المشهور بين الأصحاب، ل

خبر محمد بن قيس (١) عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب تحته حره فأوصت له عند موتها بوصيه فقال أهل المرأه:

لا تجوز وصيتها له، لأنه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى عليه السلام أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأعتق فأوصى له بوصيه، فأجاز له ربع الوصيه، و قضى فى رجل حر أوصى لمكاتبته و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها، و قضى فى وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أنه يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه».

و قيل تصح له مطلقا، لأنها نوع اكتساب و هو غير ممنوع، و مال إليه فى المسالك لضعف الخبر المزبور، هذا إذا كان الموصى غير المولى أما هو فتصح وصيته له مطلقا، فان كانت أزيد مما عليه عتق أجمع و كان الزائد له، كما تقدم تحقيق ذلك كله فى كتاب الوصايا، فلاحظ.

و لو وجب عليه حد فان لم يتحرر منه شىء حد حد العبيد لبناء الحدود على التخفيف، فيرجع فيه جانب العبوديه و إن لم يكن عبدا محضاً بالكتابة و إن تحرر منه شىء أقيم عليه من حد الأحرار بنسبه الحريه و بنسبه الرقيه من حد العبيد فان انقسمت الأسواط على صحه و إلا قبض من السوط على النسبه، و

صحيح الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى المكاتب يجلد الحد بقدر ما أعتق منه»

أى و من حد العبد بقدر ما لم يعتق، و إنما لم يذكره لظهوره، أو

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

لأنه لا يقصر عن الأقل فبين الأكثر، و لو كان الذنب موجبا للحد على تقدير الحرية دون الرقيه كالرجم انتفى رأسا و جلد.

و كذا لو قذفه قاذف، فإنه يجب عليه من حد الأحرار بنسبه الحرية و يسقط ما قابل الرقيه إذا لا يجب الحد على قاذفه، بل التعزير، و هو لا ينتصف بل يناط بنظر الحاكم، فيعزره عن جزء الرقيه حينئذ بما يراه، و الله العالم.

و لو زنى المولى بمكاتبته التي قد تحرر منها بعض سقط عنه من الحد بقدر ماله فيها من الرق و حد بالباقي إذا كان مما يقبل التجزئه كالجلد، و لو لم يقبلها كالرجم سقط أيضا و وجب الجلد، بل لعل الرجم هنا منتف من أصله، لأن شرطه الإحصان المشروط بزنا الحر بالحر مع باقى الشرائط، فيجب الجلد حينئذ ابتداء لا لتعذر تبويض الرجم.

و عن بعض العامه عدم الحد فى وطء المولى المكاتبه لمكان ماله فيها من الملك و أوجب التعزير، و فيه أنه وطء محرم بمن قد صارت أجنبيه فيجب الحد، نعم لا يجب كما له لما له فيها من الملك الموجب لانتفاء الحد و إن كان متزلزلا، فيجب بالنسبه، و فى

خبر الحسين بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام قال: «سئل عن حل كاتب أمه له فقالت الأمه: ما أديت من مكاتبتي فأنا به حره على حساب ذلك؟ فقال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها و جامعها مولاها بعد ذلك، فقال: إن كان استكرها على ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبتها و درئ عنه من الحد بقدر ما بقى له من مكاتبتها، و إن كانت تابعته كانت شريكه فى الحد، ضربت مثل ما يضرب»

، و الله العالم.

**[المسألة الثانية ليس للمكاتب بقسميه التصرف في ماله بيع]**

المسألة الثانية:

ليس للمكاتب بقسميه التصرف في ماله ببيع محاباه مثلا- ولا- هبه ولا- عتق ولا- إقراض ولا- غيرها من التصرفات المنافية للاكتساب كالعاريه و الهديه و نحوها إلا- بإذن مولاه، لأنه لم يخرج بالمكاتبه عن العبوديه و إنما اقتضت جواز التكسب له خاصه، ل

صحيح معاويه بن وهب (١) عن الصادق عليه السلام «في مملوك كاتب على نفسه و ماله و له أمه و قد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمه و تزوجها، قال: لا يصح له أن يحدث فيما له إلا الأكله من الطعام، و نكاحه فاسد مردود، قيل: فان سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئا، قال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر، قيل: فان المكاتب عتق أ فترى أن يجدد نكاحه أو يمضى على النكاح الأول؟ قال: يمضى على نكاحه الأول»

و إطلاقه كالمتن و نحوه يقتضى عدم الفرق بين المطلق و المشروط في ذلك.

لكن في

خبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبه و لا نكاح و لا شهاده و لا حج حتى يؤدي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن عجز فهو رد في الرق»

و نحوه في

خبره الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضا الذي ترك فيه النكاح و الشهاده و الحج و زاد «و لكن يبيع و يشتري، و إن وقع عليه دين في تجارته كان على مولاه أن يقضى عنه، لأنه عبده»

و ظاهرهما اختصاص الحكم بالمشروط إلا أنى لم أجد عاملا بهما، ك

صحيح الحلبي (٤) عنه عليه السلام أيضا

١ - ١ ذكر صدره في الوسائل في الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه الحديث ١ و الباب - ٢٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء

الحديث ٣ و ذيله في الباب - ٢٦ - منها الحديث ٢.

٢ - ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٣ - ٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه الحديث ٣.





إنه قال فى حديث «فى المكاتب يشترط عليه مولاه أن لا يتزوج إلا بإذن منه حتى يؤدى مكاتبته، قال: ينبغى له أن لا يتزوج إلا بإذن منه إن له شرطه»

الظاهر بسبب دلالة مفهوم تعليقه على أنه لولا الشرط لجاز نكاحه، و يمكن حمل الأولين على إرادته بيان عدم جواز التصرفات بالكليه إلى حين الأداء، و ليس إلا فى المشروط، فان المطلق قد يجوز له التصرف فى الجملة قبل أداء الجميع، و ذلك كما إذا أدى البعض و تحرر قدر منه فإنه يصح تصرفه بنسبه الحره.

ثم إن ظاهر اقتصار المصنف على الهبه و العتق و القرض يقتضى المنع من التصرفات المنافيه للاكتساب لا- مطلق التصرف، خصوصاً بعد ملاحظه كلامه الاتى فى اللواحق الدال على إرادته المحاباه من البيع هنا لا مطلقاً، فمن الغريب ما فى المسالك من نسبه إطلاق المنع إلى المصنف و غيره و أنه لا بد من تقييده.

و أغرب منه ما فى الرياض حيث جعله مسأله خلافيه، و استشعر من النسبه المزبوره اتفاق المعظم لا الإجماع و إلا لما صح له مخالفته، ثم أخذ فى الاستدلال على القول بالتقييد بأنه مقتضى الجمع بين الصحيحين المتضمنين لعدم جواز التصرف بغير الأكل و لجواز البيع و الشراء، ثم تكلف و ادعى اقتضاء عقد الكتابه الاذن بالتصرفات التى لم تناف الاكتساب، فتدخل حينئذ فى قولهم إلا- مع الاذن، إلى غير ذلك من الكلمات التى لا وجه لها بعد ملاحظه كلامهم و تصريحهم - حتى المصنف فيما يأتى - بعدم جواز الرهن و القرض باعتبار المخاطره.

و فى القواعد «و أما العبد فليس له أن يتصرف فيما له بما ينافى الاكتساب كالمحاباه و الهبه و ما فيه خطر كالقرض و الرهن و القراض - إلى أن قال -: و له التصرف فى وجوه الاكتساب كالبيع من المولى و غيره، و كذا الشراء، و يبيع بالحال لا بالمؤجل، فإن زاد الثمن عن ثمن المثل و قبض ثمن المثل و آخر الزيادة جاز،

و له أن يشتري بالدين و أن يستسلف» و مثله في ذلك كله المصنف فيما يأتي من اللواحق و غيرهم.

نعم قد يظهر من استثنائهم جواز الاذن جواز التصرف المنافي معها و إن كانت متأخره فيستلزم جواز الفضوليه في العتق حينئذ، و لعله كذلك، لما سمعته في بحث الفضولي و أنه على القواعد و إن احتمل في القواعد فيه الصحه و البطلان، بل قال: «و في الكتابه إشكال من حيث إنها معاوضه أو عتق» و قد عرفت أنها ليست عتقا قطعاً فتصح حينئذ بالاذن سابقه أو لاحقته، بل و بدونها إذا كانت من وجوه الاكتساب المأذون فيها المكاتب، و حينئذ فإن عجزاً معاً استرقهما المولى و إن عجز الثاني استرقه الأول، و إن عجز الأول و استرق عتق الثاني، و لو استرق الأول قبل أداء الثاني كان الأداء إلى السيد، و له النفقه على نفسه و ما يملكه بالمعروف، كما أن له البيع من مولاة و غيره، و للمولى أخذه بالشفعه و بالعكس، و في ثبوت الربا بينه و بين المولى إذا كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤد إشكال، هذا و ستسمع إن شاء الله بعض الكلام في المسأله في اللواحق.

و كذا لا يجوز بلا خلاف و لا إشكال للمولى التصرف في مال المكاتب الذي قد تبين من النص (١).

و الفتوى أنه واسطه بين الرق و الحر بالنسبه إلى الأحكام التي منها ذلك، لقاعده حرمه التصرف في مال الغير بعد أن كان مالكا إلا- بما يتعلق بالاستيفاء بإذنه، لأنه مخير في جهه الوفاء، نعم في المسالك «قد يجوز تسلط المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطاً و حل النجم و لم يؤده و كان بيده مال بقدره، و لو زاد فالتعيين موكول إليه، فإن امتنع عين الحاكم كما في كل ممتنع» قلت: لا فرق بين المشروط و المطلق في ذلك، كما أنه ينبغي إذن الحاكم مع الزيادة و عدمها.

و لما عرفته من كون المكاتب كالواسطه لا- يجوز له أى المولى و طء المكاتبه و إن أذنت بالملك و لا- بالعقد لعدم كونها مملوكه محضه

أو حره كذلك، بل لو شرط الوطاء عليها في العقد لم يصح بل يبطل العقد على الأصح، و عليه التعزير لا الحد، لأنها ملكه، و لذا جاز له عتقها، و قد سمعت ما في خبر الحسين بن خالد (١)

من درء الحد عنه بمقدار ما بقي له من مكاتبتها لو جامعها.

و لو طاعته حدث أى عزرت إن لم تتبع، لعدم خروجها عن ملكه، لكن في المسالك «حدث حد المملوك إن لم تتبع و إلا-فبالنسبه» و قد قال قبل ذلك: «إنه إن وطأها المولى عالما بالتحريم عزر إن لم يتحرر منها شىء، و حد بنسبه الحره إن تبعضت» و كأنه أخذه من الفاضل في القواعد قال: «و لو طاعته حدث على إشكال دونه، و يعزر مع علمه بالتحريم» و في الإيضاح «إذا وطأ المكاتب المكاتبه لم يجب عليه حد و إن كان عالما بالتحريم، لأن ملكه ثابت عليها، لنفوذ عتقه و إن كان ضعيفا، فإنه أقوى من الشبهه، قالوا فلا تعزير لسقوطه بالشبهه فيما هو أقوى و أولى، قلنا:

قال صلى الله عليه و آله و سلم (٢)

«ادرؤوا الحدود بالشبهات»

و لم يدرأ التعزير، و كل مقدم على محرم يعزر».

قلت: لا يخفى عليك ما في ثبوت الحد عليها و درئه عنه مع اشتراكهما في صفه الملك، و لذا قال في القواعد و كشف اللثام: «و لو وطأ إحداهن - أى ال ٩ مكاتبه أو ابنتها أو أمتها- مع علمهما بالتحريم عزرا و لم يحدا للملك، و يدل عليه ما تقدم من

خبر الحسين بن خالد (٣)

الناطق بدرء الحد عن جامع مكاتبته، و عن بعض العامه أنهما يحدان»

و لعل العبارة المزبوره التى حكيناها عن القواعد غير موجوده فى بعض نسخها، لأنى لم أعر عليها مشروحه فى كشف اللثام و لا فى الإيضاح، و لم يتعرض لمضمونها فى الدروس.

و فى التحرير «فان طاعته عزرت و يعزر للشبهه مع الشرط و عدمه- ثم

١-١ الواسئل - الباب - ٨- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢-٢ الواسئل - الباب - ٢٤- من أبواب مقدمات الحدود الحديث ٤ من كتاب الحدود.

٣-٣ الواسئل - الباب - ٨- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

قال فى آخر المبحث:- و التعزير الذى أوجبناه إنما هو للعالم منهما، فلو جهلا فلا تعزير، و لو جهل أحدهما عزز الآخر».

و مما ذكرنا يظهر أن لها المهر عليه، لأنه من كسبها و إن طاوعته، كما جزم به فى الدروس، لأنها ليست بزانية، و لذا لم تحد و تكون أم ولد، و لإطلاق

خبر على بن جعفر (١) عن أخيه عليه السلام «فى رجل وقع على مكاتبته، قال: عليه مهر مثلها، فان ولدت منه فهى على مكاتبته، و إن عجزت فردت فى الرق فهى من أمهات الأولاد»

و خبر السكونى (٢) عن الصادق عليه السلام «إن أمير المؤمنين عليه السلام قال فى مكاتبه يطأها مولاها فتحمل، قال: يرد عليها مهر مثلها، و تسعى فى قيمتها، فان عجزت فهى من أمهات الأولاد».

بل قد يقوى تكرر المهر بتكرر الوطء و إن لم يتخلل الأداء، لتعدد السبب، اللهم إلا أن يدعى انسياق الاتحاد من الخبرين، مضافا إلى أصل البراءة، لكن دعوى الانسياق حتى مع التخلل كما ترى، و من هنا استوجه غير واحد التفصيل بذلك، و قد يحتمل التعدد بالعلم بالحكم، و إلا فمع الشبهه المستمره مهر واحد.

و كذا لا- يجوز له و طء أمه المكاتبه و لا أمه المكاتب و لو وطأ لشبهه أو غير شبهه كان عليه المهر لما عرفت، نعم لو وطأ بنت المكاتبه المملوكه له لم يكن عليه مهر، لأنها أمته، و إنما وجب المهر لنفسها و لأمته لأنه من كسبها بخلاف مهر البنت، كما هو واضح.

و كلما يكتسبه المكاتب قبل الأداء و بعده فهو له، لأن تسلط المولى زال عنه بالكتابه نعم لو عجز ففسخ المولى ملكه معه كما تقدم.

و لا- تتزوج المكاتبه إلا بإذنه لأنها مملوكته، و لما فى تزويجها من التغرير بها، و لفحوى ما سمعته من النهى للمكاتب عن ذلك فى النصوص (٣)

السابقه، بل يمكن إرادته الجنس الشامل للذكر و الأثنى منه، و خصوص

خبر

١- ١ الوسائل- الباب- ١٤- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٤- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب المكاتبه.

أبى بصير (١) سأل الباقر عليه السلام «عن رجل أعتق نصف جاريتته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها فإنها ترد في الرق في نصف رقبته، فإن شاء كان له في الخدمة يوم ولها يوم إن لم يكتبها، قال: قلت: فلها أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا حتى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبته».

و حينئذ لو بادرت كان عقدها موقوفا على الاذن أو على الأداء مشروطه كانت أو مطلقه و لم يقع باطلا، لما سمعته من صحيح ابن وهب (٢)

السابق وغيره، و كذا ليس للمكاتب أن يزوج عبيده من إماءه بغير إذن مولاه، لأنه خطر و لا اكتساب فيه.

و كذا ليس له وطء أمه يبتاعها إلا- بإذن مولاه و لو كانت كتابه مطلقه لأنه تصرف بغير الاكتساب أيضا، و فيه خطر، بل عن بعض العامة عدم الجواز حتى مع الاذن، لكنه كما ترى. نعم لا مهر لها، لأنه لو ثبت لكان له، و لا حد لو فعل، لأنها مملوكة، فان حملت منه فالولد له، لأنه نماء ملكه الذي هو الجارية المملوكة له، فحملها منه حينئذ كحملها من غيره، و لكن لا يعتق عليه إلا كما في القواعد و شرحها و التحرير و المسالك، لنقصان ملكه، نعم إن أدى عتق و عتق الولد و إن عجز استرقا معا.

و هل تكون أم ولد بعد العتق؟ وجهان و في التحرير الأقرب ذلك، و تبعه في المسالك، و لعله لصدق أم الولد عليها، لكن قد يناقش بلحوق حرته بالأداء لا بنفس الاستيلاء الذي هو المنساق من نصوص أم الولد (٣)

بل المنساق منها

١-١ الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب المكاتب الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب الاستيلاء من كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء.

الموطوءه للسيد الحر لا المملوك، و الأصل عدم لحوق أحكامها حتى لو أتت به بعد العتق إذا كان لدون الستة أشهر من وقت العتق، لتبين كون العلوق به فى الرق.

نعم إن كان لما زاد عن ستة أشهر إلى أقصى الحمل احتمال أن تصير مستولده له عملا بالأصل، مع أنه قد يناقش فيه أيضا (أولا) بمخالفته للغالب، و (ثانيا) بعدم كفايه مثله فى تحقق عنوان أم الولد على وجه تلحقها الأحكام، خصوصا إذا لم يكن قد وطأها بعد الحرية بحيث يمكن استناده إليه، و إن وجهه فى المسالك بكونها فراشا يلحق به الولد فى الجملة قبل الحرية، و هو مستدام بعدها، و إمكان العلوق به بعد الحرية قائم، فيكتفى به لثبوت الاستيلاء ظاهرا و إن افترق فيما بينه و بين الله سبحانه، إلا أنه كما ترى، و الله العالم.

### [المسألة الثالثة كل ما يشترط المولى على المكاتب]

المسألة الثالثة:

كل ما يشترط المولى على المكاتب من عمل مخصوص زمن الكتابه أو بعد العتق بالأداء أو الاكتساب على وجه معين أو نحو ذلك و بالعكس فى عقد الكتابه يكون لازما

لعموم «المؤمنون» (١)

و «أوفوا» (٢) و غيرهما ما لم يكن منافيا لمقتضى العقد أو مخالفا للكتاب و السنه على نحو غيره من الشرائط فى العقود، فلو شرط عدم الحرية بعد الأداء أو الوطاء بطل الشرط، بل الأقوى بطلان العقد كما تقدم محررا فى كتاب البيع (٣) الذى مر فيه تسلط من له الشرط على الخيار مع عدم الوفاء مطلقا أو إذا تعذر جبره على الوفاء، و الله العالم.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآيه ١.

٣- ٣ راجع ج ٢٣ ص ٢١٠- ٢١٦.

**[المسألة الرابعة لا يدخل الحمل فى كتابه أمه]**

المسألة الرابعة:

لا- يدخل الحمل المعلوم وجوده حال الكتابه و لو بانفصاله لدون سته أشهر من حين الكتابه فى كتابه امه فضلا عن أبيه و إن قصده، لعدم قابليته للمعامله، و عدم دليل على التبعية، بخلاف التدبير الذى هو عتق يقع على الصغير و الكبير، فهو حينئذ كالولد المنفصل، خلافا لبعض العامه فأدخله تبعا لا على جهه السرايه كما يتبع الحامل فى البيع، و هو واضح الضعف فى المقيس و المقيس عليه.

لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابه لكونه من عبد السيد بإذنه أو زنا و هى جاهله بل أو عالمه، كما أطلقه جماعه و إن أشكله فى الدروس، لعدم إلحاقه بها شرعا كان حكم أولادها كحكمها بمعنى أنه ينعق منهم بحساب ما ينعق من ها كلا أو بعضا بالعتق أو بالأداء أو بالإبراء، لما سمعته فى صحيحى ابن قيس (١)

و بريد العجلي (٢)

المتقدمين سابقا، و لما قيل من أن الولد من كسبها فيتوقف أمره على رقها و حريتها كسائر كسبها، و هذا و نحوه هو المراد بكونهم بحكمها لا أنهم يصيرون مكاتبين، إذ لم يجر معهم عقد المكاتبه، بل المراد انعتاقهم بانعتاقها من جهه الكتابه، حتى لو فسخت الكتابه ثم عتقت الأم لم ينعق الولد، و لا ينافى ذلك ما سمعته من أداء الأولاد ما بقى من مال الكتابه المطلقه التى قد أدى بعضها للأدله الخاصه.

هذا و فى المسالك «و هل يثبت حق ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى؟

وجهان، من أنه تابع للأم و حق له، و من أنه من جمله كسبها، فيكون لها، و تظهر الفائده فيما لو قتله قاتل، فعلى الأول تكون القيمه للمولى كما لو قتلت الأم،

١- ١ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

و على الثانى يكون للمكاتبه تستعين به فى أداء النجوم، أما كسب الولد و أرش الجنايه عليه فيما دون النفس و أرش الوطاء بالشبهه لو كانت جاريه فموقوف على عتقها فتكون له، و إلا فللمولى ككسب الام، فلو عجزت الام و أرادت الاستعانه بكسب ولدها الموقوف ففى إجابتها وجهان مبنيان على أن الحق هل هو للمولى أولها؟

فعلى الثانى لا- إشكال فى جواز استعانتها به، و على الأول يحتمله أيضا، لأنها إذا رقت رق الولد و أخذ المولى كسبه، و إذا أعتقت عتق، و قد يفضل شىء من الكسب ففى إجابتها حظ للولد و عدمه، لأنه لا حق لها فى كسبه، لأن الكلام على تقديره، و تظهر الفائده أيضا فى نفقه الولد، و الوجه أنها فى كسبه، و ما فضل فهو الذى يوقف، فان لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقه ففیه وجهان، أظهرهما أنها على المولى بناء على أن حق الملك له و إن كان مراعى، و الثانى أن ينفق عليه من بيت المال، لأن تكليفه النفقه من غير أن يصرف إليه الكسب فى الحال إجحاف به، و فيه وجه ثالث أنه على الأم، لأن كسبه قد تنتفع به فتكون نفقته عليها، لتبعيه النفقه للكسب».

و قد تبع ببعض ذلك الدروس قال: «و لو جنى على ولدها فى طرف فهو موقوف، فان عتق ملكه و إلا فللسيد، فلو أشرفت الأم على العجز فلها الاستعانه به، و كذا كسبه، و لو قتل فالقيمة للام، لعدم تمكن السيد من التصرف فيه، و يحتمل للسيد كما لو قتلت الام و نفقته من كسبه فان قصر أتمه السيد، لأنه ملكه و إن كان موقوفا، و فى جواز إعتاق المولى إياه وجهان، من تحقق الملك، و من تعلق حق الام بكسبه فى الاستعانه، و حكم ولد الولد من أمته حكم الولد».

و قد تبع هو ما فى التحرير قال: «لو قتل الولد احتمال صيروره القيمة للسيد كالأم و عدمه، لأنه لا يملك التصرف فيه مع كونه قنا، فلا يستحق قيمته، و قواه الشيخ، و لو جنى عليه أو كسب فالأقوى أنه موقوف يملكه إن عتق و إلا فللسيده، فإن أشرفت امه على العجز كان لها الاستعانه، و لو مات الولد قبل عتق الام فكسبه كقيمته لو قتل، و نفقته من كسبه، فان قصرت فالأقوى على السيد



لأنه يسترقه مع العجز، و يحتمل أخذ الناقص من بيت المال، و لو أعتقه مولاه فان قلنا كسبه للسيد أو أنه موقوف و ليس للأُم الاستعانه به عند العجز، صح و إن قلنا للأُم أو بالوقف مع جواز الاستعانه لم ينفذ، و الأقوى عندى نفوذه على التقديرين» و نحو ذلك فى القواعد و شرحها.

قلت: لكن قد يناقش فى ذلك كله بأن مقتضى القواعد بعد أن لم يكن مكاتبا بكتابه امه ملكيه السيد للولد بقاعده النماء، و ليس هو من كسبها و إلا لمملكته و وقت به، و من المعلوم عدمه، ضروره كونه من نمائها الذى هو مملوك للسيد، و ثبوت تبعيته لها فى التحرير و عدمه مع فرض بقائه لا ينافى كونه ملكا له الان على وجه يجرى عليه حكم الملك من المعتق و نحوه، و حينئذ يتجه كون كسبه و قيمته لو قتل و قيمه أطرافه له أيضا، و ليس لها الاستعانه بشىء من ذلك فى وفاء نجومها، و نفقته على السيد، و مؤونه تجهيزه كذلك، بل إن لم يكن إجماع جاز له التصرف فيه ببيع و نحوه، خصوصا بعد عدم الدليل على كثير مما ذكره هنا من وقف الكسب و من استعانه الام عند العجز و غيرهما، فتأمل جيدا، فان التحقيق ما ذكرناه إن لم يكن إجماع على خلافه، و الله العالم.

و لو تزوجت بحر باذن السيد كان أولادها أحرارا مع عدم شرط الرقيه عليه بناء على صحته و لو حملت من مولاه لم تبطل الكتابه للأصل و غيره و كان الولد حرا، لأنها علقت به فى ملكه، و تصير أم ولد له بلا خلاف أجده فيه، مضافا إلى ما سمعته من خبر على بن جعفر (١).

و لولاه لأمكن المناقشه بنقصان ملكه، فلا يقتضى انعتاقه عليه، نحو ما سمعته فى ولد المكاتب من جاريته، لكن على الأول مع كونها مكاتبه تصير أم ولد له. فان مات و عليها شىء من مال الكتابه تحررت من نصيب ولدها، و هل يتبعها حريه ولدها من غير مولاه لو كان إشكال، لكن جزم فى التحرير بانعتاقه تبعا للام.

فان لم يكن لها ولد من المولى حين موته أو لم يف نصيبه بما عليها سعت في مال الكتابه أو ما بقى منه للوارث قال موسى بن جعفر عليهما السلام في

خبر أخيه على عنه عليه السلام «إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال في رجل وقع على مكاتبته فوطأها أن عليه مهر مثلها، فان ولدت منه فهي على مكاتبته، وإن عجزت فردت في الرق فهي من أمهات الأولاد»

و ظاهره أن عليه المهر خاصه دون قيمه الولد، كما جزم به في التحرير في نظير المسأله.

لكن في المسالك «و هل عليه قيمه الولد؟ يبني على ما تقدم من الوجهين، فان قلنا حق الملك فيه للسيد فلا شىء عليه، كما لو قتل ولد المكاتبه، و إن قلنا الحق لها فعليه القيمه، و تستعين المكاتبه بها، فان عجزت قبل الأخذ سقطت، و إن عتقت أخذتها، و إن ولدت بعد ما عجزت و رقت فلا شىء لها، و كذا لو ولدت بعد ما عتقت، لأنه حين تعذر تقويمه ليس بكسب مكاتبه» و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، فلاحظ و تأمل.

و لو تنازع المولى و المكاتبه في تقدم الولد على الكتابه و تأخره ففي التحرير و القواعد و الدروس حلف المولى، و لو تنازع المكاتب و السيد حلف المكاتب قالاً:

«و الفرق أن يده ثابتة عليه، و هو يدعى ملكه فيترجح باليد، و المكاتبه لا تدعى الملك، انما تدعى الوقف، و لم يثبت كون اليد مرجحه للوقف».

قلت: بناء على ملاحظه قاعده تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ينبغى مراعاته، و اليد لا تصلح للترجيح ما لم يسندها صاحبها إلى سبب خاص يكون به مدعياً، و بالجملة كلامهم هنا محتاج إلى التأمل فتأمل. و يتصور النزاع في المكاتب بأن يزوجه أمته ثم يشتريها المكاتب فالولد قبل الشراء للسيد و بعده للمكاتب.

**[المسألة الخامسة المشروط رق و فطرته على مولاه]**

المسألة الخامسة قد عرفت فيما تقدم أن المشروط رق و إن أدى أكثر ما عليه و حينئذ ف فطرته على مولاه كما أطلقه جماعه تبعاً لإطلاق النصوص (١).

المتقدمه في زكاه الفطره فطره العبد على مولاه، و أنه أحد العيال، بل في

مرفوع محمد ابن (٢) أحمد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يؤدى الرجل زكاه الفطره عن مكاتبه و رقيق امرأته و عبده النصرانى و المجوسى و من أغلق عليه بابه»

و منه و من غيره تعرف قوه احتمال كون فطرته عليه و إن لم يعمل به ما لم يعمل به غيره، لأنه عياله شرعاً، كما سمعته في زكاه الفطره (٣).

مضافاً إلى ما سمعته في خبر أبي بصير (٤)

السابق عنه عليه السلام أيضاً في خصوص المشروط «و إن وقع عليه دين في تجاره كان على مولاه أن يقضى عنه، لأنه عبده» و غير ذلك مما دل على عدم جواز تصرفه بماله في غير الاكتساب و نحوه الذى يكفى في سقوطها عنه، لعدم تمكنه.

لكن مع ذلك كله و سوس في المسالك في ذلك، بل مال إلى عدمه، قال:

«المكاتب مطلقاً قد خرج عن محض الرقيه، و لم يصير إلى حاله الحرية و هو مرتبه بينهما كما علم مراراً، و من سقوط أحكام الرقيه عنه سقوط نفقته عن مولاه و تعلقها بكسبه، و قد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضاً، لأنها تابعه للنفقة، لكن قد أطلق جماعه من الأصحاب و جوب فطره المشروط على مولاه

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره الحديث ٩.

٣- ٣ راجع ج ١٥ ص ٤٨٦.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه الحديث ٣.

و الحكم عليه بإطلاق الرقيه، مع أن

على بن جعفر (١) روى عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن المكاتب هل عليه فطره رمضان أو على من كاتبه؟ فقال: الفطره عليه»

و لم يفرق بين القسمين، و فى الدروس اقتصر على نقل وجوب فطره المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب ثم احتمل عدمه محتجا بأنها تابعه للنفقة، و ابن البراج صرح بعدم وجوبها على المولى، و لا بأس بهذا القول و إن كان الأشهر خلافه، و أما المطلق فلا تجب فطرته على مولاه اتفاقا و لا على نفسه إلا أن يتحرر منه شىء فتجب بنسبه الحريه».

و فيه- مع مخالفته ما عرفت- أن كون نفقته من كسبه- الذى هو للمولى مع العجز أوله مع عدمه و لكن ليس له التصرف فيه بنحو ذلك قبل الأداء- لا ينافى وجوب فطرته على مولاه، بل هو كالأجتهاد فى مقابله النص، و خبر على بن جعفر (٢).

يمكن حمله على المطلق الذى قد أدى بعض مكاتبته، فان فطرته عليه بمقدار ما فيه من الحريه بخلاف من لم يؤد شيئا، فإنه كالمشروط فى جميع ما سمعته.

و لعل المراد من قول المصنف و لو كان مطلقا لم يكن عليه فطرته أنه ليس كالمشروط فى وجوبها عليه مطلقا، بل هو إن لم يؤد فطرته على مولاه و إن أدى بعضا ففطرته بالنسبه، بل فى حاشيه الكركى هنا بعد أن نسب عدم الفطره على مولى المطلق إلى المشهور قال: «إلا أنه يشكل بأن المكاتب المطلق إذا لم يؤد شيئا رق أيضا، فتجب فطرته لأنها تابعه للملك، و قد صرح بذلك فى التحرير فى باب زكاه الفطره، و لو تحرر بعضه فالفطره عليه و على مولاه بالتقسيم و هو جيد» و من الغريب دعوى الاتفاق على سقوطها عنه و عن مولاه مع عدم تحرير شىء منه مع أنى لم أعرفه قولاً لأحد إذ لا أقل من أن يكون كالمشروط الذى حكم بوجوب فطرته عليه، لأنها تابعه للنفقة، هذا و قد تقدم بعض الكلام فى ذلك فى زكاه الفطره، فلاحظ و تأمل حتى تعرف أنه لا قائل معلوم بما ذكره، و إنما ذكرناه هناك

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

احتمالاً في كلمات بعض القدماء، والله العالم.

و إذا وجب عليه أى المكاتب مشروطاً كان أو مطلقاً لم يؤد كفاره مترتباً أو مخيره كفر بالصوم للحجر عليه بالتصرف فى المال بغير الاكتساب، كما سمعته فيما تقدم نصاً (١).

و فتوى و حينئذ ف لو كفر بالعتق لم يجزه، و كذا لو كفر بالإطعام لأن كلا منهما تصرف فى المال بغير اكتساب، و قد عرفت منعه منه، بل لو كان المولى أذن له قيل و القائل الشيخ فى محكى مبسوطه لم يجزه أيضاً، لأنه كفر بما لم يجب عليه كالمعسر الذى تكلف التكفير بما لم يجب عليه أو تبرع عنه، المحكى عن الشيخ فيه نفى الخلاف عن عدم إجزاء الكفاره عنه بما أعسر عنه، و حينئذ لم يوافق أحد منهما الأمر المقتضى للاجزاء، و إذن المولى إنما اقتضت رفع الحجر عنه لا توجه الخطاب إليه.

و فيه أن إطلاق الأدله يقتضى خطابه بذلك سواء كان على التخيير أو الترتيب بعد ارتفاع المانع، و من هنا نسبه المصنف إلى القليل مشعراً بتمريضه، بل ظاهر الكركى الاجزاء تبعاً لصريح الفاضل فى القواعد، بل هو خيره المصنف فى كتاب الأيمان، و حينئذ فلا يحتاج إلى ما فى المسالك من بناء المسأله على أن التبرع عن المعسر بالكفاره التى ليست فرضه هل يجزئ عنه أم لا؟ فان قلنا بإجزائها أجزاء هنا بطريق أولى و إلا فلا، و فى المختلف ادعى الإجماع على أن التبرع عن المعسر بأذنه مجز فيجزئ هنا، و هو الوجه و فى المبسوط ادعى الإجماع على عدم الاجزاء مع أنه فى باب الكفاره اختار الاجزاء و جعله الأظهر فى روايات أصحابنا، و وافقه ابن إدريس على عدم الاجزاء، و إليه أشار المصنف بقوله: «و قيل لم يجزه» و إن أوماً إلى بعض ذلك فى غايه المراد، ضروره عدم مدخليه تلك المسأله لكون المكاتب موسراً إذا فرض كونه مكتسباً لما يحصل به ذلك، إلا أنه محجور عليه فى التصرف فيه بمثل ذلك، فمع فرض ارتفاع الحجر عنه بالأذن حصل الوصف

و توجه التخييري و الترتيبي بخلاف المعسر، فان التبرع عنه لا يجعله موسرا، كما هو واضح.

و من ذلك ينقدح النظر فيما فى الإيضاح من أنه بأمر السيد لا يلزمه التكفير بالمال، لأن عليه ضررا فيه، لأنه يفضى إلى تفويت حريته لعجزه بسببه، و لأن التبرع لا يلزم باذن السيد، فحينئذ إذا أذن السيد فيه صارت الكفاره المرتبه مخيره بالنسبه إليه، و هذا هو الصحيح عندى، و سبب الاشتباه على المانع الاشتراك اللفظى، فإن قوله: «كفر بما لم يجب عليه» إن أراد الوجوب العيني سلمناه، و إن أراد الوجوب المخير منعناه، و لما لم يميز بين الوجوبين منع» إذ هو كما ترى، ضروره أنه بعد فرض تناول إطلاق أدله الكفاره للمكاتب المأذون و غيره يتجه الترتيب عليه، و ضرره مرتفع بفرض اليسار الذى مقتضاه وجود مقابل الكتابه عنده و زياده، فتأمل جيدا، و الله العالم.

### [المسأله السادسه إذا ملك المملوك نصف نفسه مثلا كان كسبه بينه و بين مولاه]

المسأله السادسه:

إذا ملك المملوك نصف نفسه مثلا كان كسبه بينه و بين مولاه بلا خلاف و لا إشكال، إذ هو كنماء المشترك بين شريكين و لو طلب أحدهما المهاياه أجزر الممتنع كما عن بعضهم، لأن لكل منهما الانتفاع بنصيبه، و لا يمكن الجمع بين الحقين فى وقت واحد، فكانت المهاياه طريق الجمع بين الحقين و وسيله إلى قطع التنازع، و لا ضرر فيها، بل هى موافقه لقاعده لا ضرر و لا ضرار، مضافا إلى ظاهر

خبر عمار بن موسى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه كيف يصنع الخادم؟ قال: يخدم الثانى يوما و يخدم نفسه يوما»

و غيره من النصوص (٢)

التي تقدمت سابقا فى استسعاء المبعوض، نعم

١- ١ الوسائل - الباب - ١٩ - من أبواب المكاتبه الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٤ و ٥ و ٨.

يكفى فيها الإجابة إلى المهائاه اليوميه، و لا يجب الأزيد.

و قيل: لا- يجبر للأصل بعد أن كانت غير لانزمه إلا- أن تكون بصلح و نحوه و قسمه لغير معلوم التساوى فى جملته لا أفراده، فيتوقف على التراضى، بل لا يظهر كونها قسمه لكون المنافع معدومه، و الخبر المزبور مع قطع النظر عن سنده لا يدل على تعيين ذلك كما فى المسالك، خصوصا بعد أن كان المفروض فيه الخدمه و معلوم عدم تساويها.

و من هنا قال المصنف و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التى تقدمت الإشارة إلى جملة منها فى كتاب القسمه، بل و فى كتاب الشركه التى من عيوبها ذلك و نحوه، و استحسنة الكركى و اختاره فى الإيضاح، و الله العالم.

### [المسأله السابعه لو كاتب عبده و مات]

المسأله السابعه:

لو كاتب عبده و مات صح و خلف ورثه قاموا مقامه فى أنهم إذا أعتقوه أو أبرؤوه من النجوم أو استوفوا المال عتق و لو أبرأه أحد الوراث من نصيبه من مال الكتابه أو استوفاه باذن شركائه أو أعتق نصيبه صح و انعتق من المكاتب المطلق مقدار ذلك و لا يقوم عليه الباقي فى صورتى الأداء و الإبراء، للأصل بعد فرض عدم تناول دليل التقويم لمثله، خصوصا و المكاتب فى المقام هو المورث، و إنما الإبراء تنفيذ المكاتبه.

على أن التحقيق عدم السرايه فى المطلق إذا أدى شيئا للمورث و انعتق منه جزء فصلا عن الوارث، لعدم صدق العتق بالتحريير بأداء مال الكتابه التى قد عرفت أنها معامله مستقلة لا بيع العبد من نفسه و لا عتق بعوض.

و أما لو أعتق فإن قلنا بعدم السرايه لو أعتق المورث بعض مكاتبه أو حصته من المكاتب المشترك لخروجه بالمكاتبه عن محض الرقيه فلا تشمله أدله التقويم المخالف للأصل، خصوصا مع إمكان تضرر المكاتب بالسرايه حيث إنه ينقطع عنه

بها الولد و الكسب اللذان يحصلان له بتحريره بأداء الكتابه، فعدمها هنا أولى، لتنزيل عتق الوارث منزله إبرائه الذى هو تنفيذ لفعل المورث، و إن قلنا بها فى المورث ففى القول بها هنا وجهان، من ذلك و من صدق مباشرته للعتق ابتداء، فيشملة دليل السرايه، و لعله لا يخلو من قوه، بل هو خيره الكركى فى حاشيته.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر ما فى المسالك و غيرها من التشويش بعدم ذكر الفرق بين الإبراء و العتق و بتكثير الاحتمالات التى منها الفرق بين الإبراء من مال الكتابه و بين قبضه باعتبار كونه مختاراً فى الأول فيكون مختاراً فى سببه الذى هو العتق، فيسرى بخلاف القبض، فإنه غير مختار فيه، و منها بناء المسأله على أن الكتابه بيع للعبد من نفسه أو عتق بعوض، فعلى الأول لا سرايه، و على الثانى وجهان، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا فى المقام و فى المباحث السابقه.

بقى شىء و هو أن ظاهر المصنف و الفاضل فى القواعد و التحرير عدم الفرق فى الحكم المذكور بين المطلق و المشروط، بل فى إيضاح الفخر «أن البحث فى المشروط، و لعله المناسب لاستدلال المخالف و تشبيهه بما إذا كان المورث حياً، ضروره عدم اعتناق البعض بأداء البعض فيه لو كان المورث حياً» و فى كشف اللثام جزم بالحكم فى المطلق و جعله فى المشروط احتمالاً، و الذى حكاه فى الإيضاح عن الشيخ التصريح بالمشروط، قال: «لأنهما شريكان فى العبد، نصيب كل واحد مكاتب على قدر قسطه من مال الكتابه، و كل منهما ينفرد بحقه لا- يتعلق عتق نصيبه بأداء مال إلى غيره- إلى أن قال:- و الحاصل أن الكتابه بموت السيد تنتزل منزله كتابتين- ثم حكى عن الشيخ أنه نقل قولاً بأنه لا ينعق- لأنهما معا منزلان منزله المورث و لو أبرأه المورث من البعض لم يعتق فكذا الوارث، و لأن المكاتب المشروط إذا كاتبه واحد كان عتق كل واحد من أجزائه معلقاً بأداء الكل



من حيث هو كذلك، و بموته لم يتجدد عقد آخر فلا ينعقد بعض منه بأداء بعض مال الكتابه».

قلت: لا يخفى عليك قوه القول بعدم الانعتاق بالأداء أو الإبراء فى المشروط الذى انتقل إلى الوارث على الوجه المذكور فى عقد الكتابه، و دعوى انحلالها بالموت إلى كتابتين واضحه المنع، اللهم إلا أن يقال إن المكاتب المشروط الذى انتقل إلى الوارث كالمال الذى يشتره المورث مثلا، و له فيه الخيار، فإنه يتبع الحصص حينئذ، فتأمل جيدا، و الله العالم.

### [المسأله الثامنه من كاتب عبده مطلقا أو مشروطا وجب]

المسأله الثامنه:

من كاتب عبده مطلقا أو مشروطا وجب عليه أن يعينه من زكاته إن وجب عليه، و لا حد له قله و لا كثره بل المدار على صدق اسم إيتاء المال، خلافا لبعض العامه، فقدره بالربع، و لا شاهد له، نعم ستمسح استحباب حط السدس من النجوم.

و على كل حال يستحب له التبرع بالعطيه إذا لم تجب وفاقا فى ذلك كله للمحكى عن الشيخ فى خلافه و كثير من المتأخرين، بل عن الأول دعوى إجماع الفرقه و أخبارهم (١).

بل فى الرياض هو الحجه فى الوجوب و التخصيص بالمولى.

مضافا إلى ظاهر الآيه (٢) فىهما الناشئ عن كون الأمر حقيقه فى الوجوب، و لا ينافيه استعمال الأمر بالكتابه قبله فى الاستحباب، و ظهور السياق باختصاص الضمير المتعلق به الأمر بالمولى، فلا يعم ما عداه، و فى تخصيص المال بالزكاه

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه الحديث - ٠.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٣٣.

و إن كانت الآية فيه مطلقه، و تخصيص الآية بصوره وجوبها و الاستحباب في غيرها تبرعا.

و فيه أولا- عدم معلوميه إرادته الشيخ الإجماع على ما ذكره من الحكم، كما يقضى به التدبر في عبارته المحكيه عنه في المختلف، لاحتماله إرادته الإجماع على أصل الإيتاء في الجملة، خصوصا بعد أن لم نقف على خبر أصلا فيما ذكره من الحكم المزبور.

نعم في

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن قول الله عز و جل وَ آتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ (٢) قال: الذي أضمرت أن تكاتبه عليه لا تقول أكتبه بخمسه آلاف و أترك له ألفا، و لكن انظر إلى الذي أضمرت عليه فأعطه» و نحوه المرسل (٣) عن الصدوق ره.

و في

خبر العلاء بن الفضيل (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال في قول (٥) الله تعالى «فَكَاتِبُوهُمْ» إلى آخرها: «تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه منها، و لا تزيد فوق ما في نفسك، قلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفا من ستة آلاف».

و في

خبر القاسم بن يزيد (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام أيضا «سألته عن قوله تعالى (٧) وَ آتَوْهُمْ- إلى آخرها- قال: سمعت أبي يقول: لا يكاتبه على الذي أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه، لكن يضع عنه مما نوى أن يكاتبه

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآية ٣٣.

٣- ٣ أشار إليه في الوسائل في الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه الحديث ١ و ذكره الصدوق قده في المقنع ص ٣٨.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٥- ٥ سورة النور: ٢٤- الآية ٣٣.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه الحديث ٣ عن القاسم بن يزيد.

٧- ٧ سورة النور: ٢٤- الآية ٣٣.

عليه»

و هي صريحه فى خلاف الحكم المزبور.

بل هو نفسه احتمال فى الآيه الوجوب من الزكاه و الاستحباب، و الخطاب لغير السيد ممن تجب عليه الزكاه، بل قال فى المحكى عن مبسوطه: الإيتاء واجب عندنا، و هو أن يحط السيد عن مكاتبه شيئاً من مال الكتابه و يؤتیه شيئاً يستعين به على الأداء، لقوله تعالى (١) «وَ آتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» و هذا أمر» و ظاهره الإجماع على ما ذكره.

و قال فى محكى التبيان: «قال قوم: المعنى آتوهم من سهمهم من الصدقه ذكره فى قوله (٢) «وَ فِي الرِّقَابِ» ذكره ابن زيد عن أبيه، و هو مذهبننا» و ظاهره الإجماع أيضا على ذلك. و من ذلك يضعف الظن بكون المراد أن الإجماع على الحكم المزبور.

و من الغريب اقتضاره فى الرياض على خير العلاء ثم قال: «لكنه ضعيف بابن سنان فى المشهور، و مع ذلك كاد أن يلحق بالشواذ، لعدم مفت بمضمونه بالخصوص، فإن الأصحاب ما بين مفت بما مر، و حاكم بالوجوب على المولى جاعلا متعلق لوجوب هو الحط من مال الكتابه مع إيتائه شيئاً يستعين به على الأداء، و جبت على المولى الزكاه أم لا. كما عن المبسوط و جماعه، و مخصص للحكم بالمشروط العاجز عن توفيه ثمنه، و مفصل فى المطلق بين وجوب الزكاه على المولى، فتجب عليه الإعانه منها، و عدمه فعلى الامام أن يفكه من سهم الرقاب، كما عليه الحلى، و ناف للوجوب من أصله حاكم باستحباب الإعانه للسيد بدفعه إلى مكاتبه شيئاً من ماله من سهم الرقاب، كما عن ابن حمزه و القاضى - قال -: و هذه الأقوال كما ترى ليس فيها ما يوافق مضمون الروايه عدا ما فى المبسوط من تفسيره الإيتاء بالحط عن بعض النجوم كما فيها، لكن زاد و يؤتیه شيئاً يستعين به على الأداء، فتخالفا

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٣.

٢- ٢ سورة التوبه: ٩- الآيه ٦٠.

من هذه الجهة، فلا يمكن المصير إليها بعد كونها بهذه المثابه، و لم يعمل بمضمونها أصلاً، نعم عن الإسكافي أنه قال بعد ذكر الآيه: يحتمل أن يكون ذلك أمراً بأن يدفع إلى المكاتبين من سهم الرقاب من الصدقات إن عجزوا، و يحتمل أن يكون ندبا للسيد أن يضع عنه جزء من مكاتبته، و احتمالاً الأخير موافق للروايه إن حملت على الاستجاب.

و فيه ما عرفت من أن مضمون الخبر المزبور قد اشتمل عليه الصحيح و غير الصحيح، و أما العمل به فكل من قال بالندب كالفاضل في المختلف و الشيخ و يحيى بن سعيد في محكى التبيان و الجامع عامل به، بل قد سمعت تفسير المبسوط الإيتاء بذلك، و لا ينافيه زياده إيتاء شىء له للاستعانه، و بالجمله دعوى كونه من الشواذ كما ترى، فالمتجه العمل بها على جهة الندب، بل لعله المنساق من الآيه و لو لعطفه على الأمر بالكتابه الذى هو للندب كما عرفت، و إشعار

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (١)

«من أعان مكاتباً على فك رقبتة أظله الله فى ظل عرشه»

و قيل له صلى الله عليه و آله (٢): «علمنى عملاً يدخلنى الجنة فقال: أعتق نسمة و فك رقبة، فقيل: أ ليسا واحداً؟ قال: لا، عتق النسمة أن ينفرد بعتقها، و فك الرقبه أن يعين فى عتقها»

إذ لا يخفى على من رزقه الله معرفه اللسان أن ذلك و نحوه بل و النصوص السابقه بل و الآيه يراد به الندب.

و دعوى أن المنساق من مال الله فى الآيه الزكاه واضح المنع بعد ما عرفت، خصوصاً بعد الوصف بقوله تعالى «الَّذِي» إلى آخرها و على تقديره فالمراد بالأمر بها الندب، بل لعل ذلك خاص فيمن علم الخير منهم أى الايمان لا مطلقاً.

١-١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٣٢٠ و فيه «من أعان مجاهداً .. أو مكاتباً فى رقبة أظله الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله».

٢-٢ المستدرک الباب- ١- من كتاب العتق الحديث ١٦ و سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٣.

كما أن الظاهر عدم اختصاص الإيتاء بالحط، وإنما ذكر في النصوص (١).

لأنه أحد الأفراد المتيسره للمكاتب دائما وإلا فالمراد إيتاؤه من الزكاه الواجبه أو غيرها بحط أو غيره، بل هو المناسب لإطلاق الأمر بالإيتاء الظاهر في تناول الأفراد أجمع، بخلاف الزكاه المختصه بمن تكون عنده، ولعل هذا مرجح آخر لعدم إرادته خصوص الزكاه، بل قد يرجحه أيضا أن ما ذكره المصنف مستلزم للتجاوز في الأمر بناء على إرادته القدر المشترك منه بين الواجب لمن عنده زكاه والندب لمن لم تكن عنده والتخصيص و غير ذلك.

و بذلك كله و غيره بان لك أن الندب هو الأقوى بل يستحب أن يكون مقدار السدس و يكره له أن يزيد في مال الكتابه لإرادته الإيتاء منه، كل ذلك لما سمعته من النصوص (٢).

و أما دعوى دلالة الآيه (٣) على الوجوب على الوجه الذى ذكره المصنف فلا شاهد لها، و كون الأمر له لا يقتضى اختصاصه بالزكاه التى عليه، كما أن آيه (٤) كون الرقاب مصرفا للزكاه كذلك أيضا، بل دعوى دلالتها على الوجوب على المولى إذا كانت عليه زكاه و على الندب إذا لم تكن كادت تشبه العلم بالمغيبات.

و من ذلك كله يظهر لك ضعف الأقوال المزبوره أجمع، و منها ما فى المسالك من «أن الأقوى وجوب الإيتاء من الزكاه إن وجبت أو الحط عنه من مال الكتابه أو دفع شىء إليه إن لم تجب» بل هو أضعفها، و كذا ما فيها أيضا تبعا للدروس من أنه «يجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابه لا من غيره، عملا

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٣٣.

٤- ٤ سورة التوبه: ٩ - الآيه ٦٠.

بظاهر الآيه، فقد قيل: إن المراد به مال الكتابه» ضروره عدم اقتضاء الأمر بالإيتاء وجوب القبول، و عليه لا وجه للتفصيل بين الجنس و غيره كما جزم به فى الإيضاح.

و لا يخفى عليك ما فى تعليل دعوى ظهور الآيه بأنه قد قيل إلى آخره، و كأنه تبع فى ذلك ما فى الدروس «و يجب على العبد القبول إن أتاه من عين مال الكتابه أو من جنسه لا من غير جنسه».

لكن فى القواعد و شرحها «قيل فى المبسوط و يجب على المكاتب قبول الإيتاء إن دفع المالك من غير مال الكتابه أو من جنسه، لأنه من المال المأمور بإيتائه و لا يجب الإيتاء إذا لم يجب القبول» و فى التحرير «ثم السيد مخير بين أن يحط عنه بعض مال الكتابه و بين أن يؤتاه من جنس مال الكتابه أو من عين مال الكتابه الذى نقص منه، و فى هذين يلزم العبد القبول، و إن أتاه من غير جنسه قال الشيخ:

لا يجب على العبد القبول».

و لا- يخفى عليك أن بناء ذلك على التلازم الذى أشار إليه فى كشف اللثام، و فيه منع واضح، نعم لا حاجه إلى القبول فى صورته الحط التى هى بمعنى الإبراء الذى قد عرفت فى محله عدم حاجته إلى القبول على الأصح و إلا احتج إليه.

و لو عتق قبل الإيتاء سقط الوجوب، لفوات محله الذى هو المكاتب، و ما عن بعض العامه من أن وقت الإيتاء بعد العتق كالمتمعه فى الطلاق كما ترى مناف لما سمعته من النصوص (١)

و لكون العله فيه الإعانه على الفك، بل ظاهر الأمر فى الآيه (٢) إيتاء المكاتب، و إذا أعتق لم يكن مكاتباً، و دعوى أنه كالدين - فيجب و إن أعتق، بل عن الدروس اختياره، بل عن المبسوط ذلك أيضاً، لأنه

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤ - الآيه ٣٣.

قضية كل حق مالى يثبت فى الذمه- واضحه المنع، إذ الإيتاء أعم من ذلك.

و منه يعلم أنه لا وجه لمقاصه المكاتب السيد بذلك، لعدم ثبوت شىء له فى ذمته، نعم للسيد مقاصته بمعنى احتساب ماله فى ذمه المكاتب من الزكاه التى عليه.

و لو دفع إليه من الزكاه و كان مشروطا فعجز و رد إلى الرق لم يجب عليه إخراجها لغيره إن كانت منه، و لا- ردها لدافعها ليخرجها إن كانت من غيره، لطريان الرقيه على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلا- له، و الأصل براءة ذمه الدافع و بقاء الملك بعد أن كان العود إلى المولى إحداث ملك لا إبطالا لما سلف، و من ثم بقيت المعامله السابقه بحالها.

لكن ضعفه فى المسالك بمنع كونه إحداثا بل إعادته فى الرق تقتضى نقض جميع ما سبق، و من ثم عاد كسبه و أولاده ملكا له، و بقاء المعامله بسبب الإذن الضمنيه بها فى عقد المكاتبه، فإنها تستلزم الاذن فى التصرف بالمعامله و نحوها، ثم قال:

«و الوجه و جوب صرفه على المستحقين إن كانت منه، و إلا أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه، نعم لو كان من المندوبه لم تجب الإعاده».

و فيه ما لا يخفى، ضروره أن ذلك فسخ من حينه، و عود كسبه و أولاده للسيد للأدله لا يقتضى تبين انتقاض جميع ما تقدم و إلا لم يكن فرق بين الواجبه و المندوبه، كما هو واضح. و الله العالم.

**[المسأله التاسعه لو كان له مكاتبان فأدى أحدهما و اشتبه صبر عليه لرجاء التذكر]**

المسأله التاسعه:

لو كان له مكاتبان فأدى أحدهما و اشتبه فعن المبسوط صبر عليه لرجاء التذكر حتى يموت فان مات أى المولى استخرج بالقرعه و فى الدروس ارجى ء ليتذكر، فان زال الرجاء أقرع، و عن الخلاف إطلاق القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و يمكن إرادته زوال الرجاء و استقرار الاشتباه و الاشكال فى مقابل الصبر إلى الموت المستلزم للضرر على المؤدى منهما.

و لو اعترف أحدهما بعدم الأداء و اختصت دعواه بالآخر ففى إزام المولى بذلك إشكال، أقواه العدم.

و لو ادعى على المولى العلم كان القول قوله مع يمينه لأنه شىء لا يعلم إلا من قبله، و إن بين أحدهما و ادعى التذكر قبل قوله بغير يمين إن صدقه الآخر أو سكت، و إن كذبه و قال: استوفيت منى فله تحليفه أيضا، و يحلف هنا على البت، لدعواه التذكر، فان حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدى، و إن نكل المولى حلف المكذب، و عتق أيضا مع الأول أحدهما بإقراره و الآخر بيمينه، كما أنهما يعتقان باليمين من كل منهما لو نكل عن يمين نفى العلم قبل دعوى التذكر، و العلم بكذب أحدهما فى نفس الأمر لا ينافى الحكم فى الظاهر، و لو مات المولى قبل التذكر تعينت القرعه لليأس منه.

و لكن لو ادعى أحدهما أو هما على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث، و ليس له أن يستوفى منهما، لأن أحدهما برى ء، فأخذ المالىين ظلم، و لا من أحدهما قبل القرعه، لعدم تعيينه شرعا و كذا القول فى المورث بناء على شرعيه القرعه فى حياته.

و لو بذلا مالا بقدر المتخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف فالوجه انعتاقهما بذلك، كما لو دفع المتبرع.



و لو أقام أحدهما بينه بالأداء قبلت، سواء كان في حياه المولى أو بعد موته، و سواء كان قبل القرعه أو بعدها، بل الظاهر فساد القرعه، لأن البينه أقوى، و ربما احتمل عتقهما معا لكونهما حجتي شرعيتين، و فى كشف اللثام أنه من الضعف بمكانه، للقطع بأن المؤدى منهما واحد، و القرعه لا تستقل بالإعتاق، هذا، و ظاهر قول المصنف ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب بقرينه ما سبق كون ذلك إذا مات المولى بعد أن حلف على نفى العلم لكل منهما، فلا منافاه كما ظنه فى المسالك، و الأمر سهل، و الله العالم.

### [المسأله العاشره يجوز بيع مال الكتابه]

المسأله العاشره المشهور نقلا و تحصيلا أنه يجوز بيع مال الكتابه المطلقه و المشروطه بعد الحلول و قبله و غيره من سائر وجوه النقل، كغيره من الديون التى قد عرفت الحال فى نقلها بالبيع و غيره، و أن النهى (١) عن بيع ما لم يقبض محمول على ضرب من الكراهه.

فما عن مبسوط الشيخ و ابن البراج- من عدم جواز بيع المال الذى فى ذمه المكاتب للنهى المزبور- واضح الضعف، و كذا ما عن ابن الجنيد: من التصريح بعدم جواز بيعه فى المطلقه و المشروطه، لأنه نظير بيع جبل الحبلى و لقاح الفحل، إذ فيه منع واضح، ضروره كون ما فى ذمه العبد مالا معلوما مملوكا للسيد كغيره من الديون، و كأنه لحظ عدم استقراره لاحتمال العجز المسلط للمولى على رده رقا مطلقا أو فى المشروطه.

و لعله الذى لاحظ الشيخ فى المحكى من خلافه الجواب عنه، قال: «يجوز بيع المال الذى على المكاتب، فإن أدى المكاتب مال الكتابه انعتق على سيده،

و إن عجز رجوع بها على سيده، و كان للمشتري الدرک بما اشتراه، و قال أبو حنيفة:

لا- يجوز بيع ذلك- و استدلل بأصالة الجواز، و المنع يحتاج إلى دليل، و قوله تعالى (١) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» يدل على ذلك- فان قيل: نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما لم يقبض (٢)

قلنا: نحمله على ما إذا لم يكن مضمونا، و أما إذا ضمنه فلا بأس» و هو محتمل لبطلان البيع كقول المصنف فإن أدى المكاتب مال الكتابه انعتق، و إن كان مشروطا فعجز و فسخ المولى رجوع رقا لمولاه.

و فى المسالك «فإذا صح البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشتري، فإذا أداه إليه عتق، كما لو أداه إلى المولى، و لو لم يدفعه أجمع و كان مشروطا فعجز و فسخ المولى رجوع رقا لمولاه و هل يبطل البيع؟ يحتمله، لأن الفسخ يوجب رفع أثر الكتابه، و من ثم رجوع ولده رقا و تبعه كسبه، و العدم لمصادقه الملك حال البيع، فلا يضره الفسخ الطارى» قلت: فيكون العبد حينئذ رقا للسيد و لكنه مديون للمشتري.

و فيه أن مقتضى الفسخ رد العوضين على حالهما السابق، و حينئذ لم يبق فى ذمه العبد شىء بعد أن دعا إلى الرقيه.

نعم قد يقال: بانعتاق المكاتب ببيع ما عليه، لوصول مال الكتابه للسيد أو كوصوله، بل هو أقوى من ضمانه له، فيبقى حرا مشغول الذمه بمال الكتابه للمشتري، فلا فسخ حينئذ للسيد بالعجز عن المال الذى انتقل عنه للمشتري و إن كان له الفسخ حيث كان المال له و يعجز عنه المكاتب، و لا- للمشتري الذى لم يقع معه عقد الكتابه، و حينئذ فلا- يطالب المشتري البائع بدرک مال الكتابه كما سمعته من الشيخ، و لا يبقى المكاتب مشغول الذمه و إن رجع عبدا لسيده، كما هو أحد احتمالى المسالك، فتأمل جيدا فانى لم أجد ذلك محررا فى كلامهم.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٧٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٦- من أبواب أحكام العقود الحديث ٢١.

و قاعده «تلف كل مبيع قبل قبضه من مال بائعه»- لو سلم جريانها فى المقام باعتبار تنزيل إعسار العبد بما عليه بمنزله تلف المبيع مع عدم جريانها فى غير البيع من النواقل- إنما تقتضى الانفساخ من حينه لا من الأصل، و الفرض صيروره العبد حرا يدفع عوض ما عليه للسيد، فإذا فرض الانفساخ عاد عوض المشتري إليه، و عاد ما فى ذمه المكاتب للسيد، إلا أن المفروض تحرره، فيكون نحو ما سمعته فى (من خ ل) الإقالة فى الضمان لا أنه يعود رقا للسيد.

اللهم إلا- أن يقال: فرق واضح بينه و بين الضمان الذى هو انتقال ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و إن ثبت مثله فى ذمه المضمون عنه للضامن إذا كان باذنه بخلاف البيع، فإنه لم يخرج به المال عن كونه مال الكتابه و إن باعه السيد، فيصدق مع فرض إعسار العبد عجزه عنه، فيتحقق عنوان الخيار للسيد و إن لم يكن المال له، فإذا اختار الفسخ و رجع العبد رقا ذهب مال المشتري، فيطالب السيد به أو لم يذهب بل يبقى العبد مشغول الذمه به كما سمعته من الوجهين.

لكنه كما ترى لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من أن الأصل اللزوم فى العقد، و الثابت من الخيار فى المشروطه مع العجز عن أداء مال الكتابه للسيد لا مطلقا و إن ملكه غيره، فالمتجه حينئذ عدم الفسخ، نعم فى انعقاد العبد كما ذكرناه أو يبقى إلى أن يؤدى وجهان، فتأمل.

و كيف كان فعلى القول ببطلان بيع مال الكتابه أو فرض فساد البيع من وجه آخر لا يجوز للمكاتب تسليم النجوم للمشتري، و ليس له مطالبته بها، لعدم استحقاقه لها، بل هى باقية على ملك السيد، بل لا يحصل عتقه إلا بدفعها إليه كما عن الشيخ و الأكثر. و قيل: يحصل أيضا بتسليمها إلى المشتري و إن لم يكن مستحقا لها، لأن السيد سلطه على القبض، فهو كما لو وكل و كيلا فى القبض.

و فيه ما عرفته غير مره من عدم اقتضاء البيع الفاسد ذلك، و لذا يكون مضمونا عليه لو تلف فى يده، بل لعل الأقوى ذلك، حتى لو قال للمشتري بعد البيع:

خذا من المكاتب، أو قال للمكاتب: ادفعها إليه بعنوان المعاوضه المفروض فسادها، فإنه ليس استنابه مستقله عن إذن المعاوضه، و حينئذ فللسيد أن يطالب المكاتب بماله في ذمته، و المكاتب يسترد ما دفع إلى المشتري، فإن سلمه المشتري إلى البائع كان للعبد الاحتساب به جديدا من مال الكتابه، بل ربما احتمل تعيينه لها نظرا إلى تعيين المكاتب بالدفع إلى المشتري، و فيه أن تعيينه مبنى على المعاوضه المفروض فسادها، فالتحقيق بقاؤه على حكم مال العبد الذى لم يدفعه لها، و الله العالم.

و لا خلاف كما لا إشكال فى أنه يجوز بيع المكاتب المشروط بعد عجزه مع الفسخ لصيرورته رقا حينئذ فتوى و نصا (١)

بل يبعه بعد تحقق عجزه فسخ كما فى نظائره.

نعم قد أطلق المصنف و غيره أنه لا يجوز بيع المطلق أى بعد عجزه، و لعله لعدم جواز الفسخ من المولى معه، لأصالة اللزوم و غيرها، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا، لكن قيده الكركى بما إذا لم يتحقق العجز و يستقر الرق فى الكل أو البعض، و فى المسالك «يجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدا يجوز للمولى فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال و لم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز يبعه، كما يجوز فسخها حينئذ، و قد تقدم» و نحوهما فى ذلك الشهيد فى الدروس، لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما قدمناه.

**[المسألة الحادية عشره إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح]**

المسألة الحادية عشره:

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه المشروط أو المطلق المؤدى بعض ما عليه أو غير المؤدى ثم مات السيد فملكته كلا أو بعضا بالإرث منه لعدم خروجه بالكتابه مطلقا عن أصل الرقيه انفسخ النكاح بينهما كما عن الشيخ و الأكثر، لما عرفته فى محله من عدم اجتماع النكاح و الملك خلافا للمحكى عن ابن الجنيد، فقال: «لو مات السيد و ابنته تحت المكاتب الذى شرط عليه الرقيه عند عجزه منع من الوطاء، و إن أدى كانا على النكاح، لأنها لم ترث من رقبته شيئا، و إن عجز بطل النكاح، فان كان ممن يعتق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابه» و هو واضح الضعف. نعم لو لم تكن البنت وارثه بأن تكون قاتله مثلا فالنكاح بحاله، و الله العالم.

**[المسألة الثانيه عشره إذا اختلف السيد و المكاتب فى مال الكتابه فالقول قول السيد مع يمينه]**

المسألة الثانيه عشره:

إذا اختلف السيد و المكاتب فى قدر مال الكتابه فقال السيد:

ألفان مثلا، و قال المكاتب: ألف أو فى قدر المده فقال السيد: سنه، و قال المكاتب: سستان أو فى النجوم بأن قال السيد مثلا: جعلنا السنه التى هى الأجل المتفق عليه ثلاثه نجوم كل نجم أربعة أشهر، بحيث يحل فى كل نجم ثلث المال، فقال المكاتب: بل جعلناها نجمين بحيث يحل فى كل نصف سنه نصف المال (ف) (١١) فى محكى الخلاف القول قول السيد مع يمينه (١٢) أما فى المده فلأن الأصل عدم الزائد عما يعترف به، كما فى غيرها من سائر المعاوزات، و أما فى قدر المال فلأن الأصل فى المكاتب و كسبه لسيدته، و لأن المكاتب يدعى العتق

بما يدعيه من المقدار و المولى ينكره، و الأصل بقاء الرق.

و فى الإيضاح و المسالك «و بهذا يحصل الفرق بين الكتابه و البيع فى الاختلاف فى مقدار الثمن، فإن الكتابه ليست معاوضه حقيقه، لأنها معامله على مال المولى بماله، و الأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلا برضاه، لأنها أشبه بالتبرع من شبهها بعقود المعاوضات، بل زاد فى الأول إنما قدمنا قول المنكر فى سائر المواضع لأن الأصل معه، و هاهنا مع السيد، و لأن العبد هو المدعى للعتق و المولى ينكره، و الأصل بقاء الرق».

قلت: بل لو قلنا بأن الكتابه بيع أو كالبيع فالقول قول السيد أيضا، لما عرفته فى محله من أن القول قول البائع فى المقدار إذا كانت العين قائمه، و الفرض قيامها فى المقام.

و لكن مع ذلك كله قال المصنف و لو قيل: القول قول منكر زياده المال و المده كان حسنا بل فى المسالك بعد أن جعله الأقوى نسبه إلى الأكثر، و فى حاشيه الكركى «نعم، فيكون القول قول العبد فى المال، و السيد فى المده و النجوم، و كان الوجه فيما استحسسه المصنف أصله عدم الزيادة، و لأن المولى باعترافه بأصل الكتابه و استحقاقه العتق خرج عن أصله بقاء ملكه على المكاتب و على ماله، ثم هو يدعى زياده فى ذمه المكاتب و هو منكرها فيكون قوله مقدا فى ذلك».

لكن لا يخفى عليك عدم جريان الأصل المزبور فى الاختلاف فى قدر النجوم على الوجه الذى ذكرناه، و يمكن أن لا يريد المصنف اللهم إلا أن يكون قد فرضه الكركى فيما إذا كان الاختلاف فى النجوم موجبا للاختلاف فى أصل المده، كما لو اتفقا على أن الأجل نجرمان و لكن ادعى المولى أن كل نجم شهر، و ادعى المكاتب أن كل نجم شهران، أو اتفقا على أن النجم شهر، و لكن اختلفا فى قدر النجوم، فقال المولى: إنهما نجرمان و ادعى المكاتب أنها ثلاثه، و لا ريب فى أن

القول قول المولى فى ذلك كله، لرجوعه للاختلاف فى المده.

بل قد يدعى أن القول قوله أيضا فى التقسيط على الوجه الذى ذكرناه أولا، و لكن مع دعوى المكاتب الأربعة فى السنه و السيد الاثنين فيها، لأصالة عدم الزيادة فى التقسيط و إن كان لا يخلو من نظر أيضا إلا أن منه ينقدح تقديم قول المكاتب لو اختلفا فى المده و كان هو يدعى الأقل و السيد يدعى الأكثر، لغرض الامتناع عن القبض و التعرض لعجز المكاتب أو موته أو غير ذلك من الأغراض، هذا و قد تقدم فى كتاب البيع و غيره ما له مدخله فى المقام.

بل منه يعلم الوجه فى المحكى عن الجامع هنا من أنهما يتحالفان إذا اختلفا فى المال أو المده كما عن الشافعى، بل و يعلم قوه القول بأن القول قول منكر الزيادة مع فرض كون الدعوى فيها و عدمه، و البيع إنما خرج بدليله إذا كانت العين قائمه، و لا دليل على إلحاق الكتابه به فى ذلك.

بل و يعلم منه أيضا أنه إذا كان الاختلاف بينهما فى الجنس فالتحالف، أما إذا كان فى الأداء و عدمه فالقول قول السيد بلا إشكال، و الله العالم.

**[المسألة الثالثة عشره إذا دفع مال الكتابه و حكم بحريته فبان العوض معيبا بطل العتق]**

المسألة الثالثة عشره:

إذا دفع مال الكتابه و حكم بحريته فبان العوض مستحقا للغير أو معيبا بغير الجنس بقى على حكم من لم يؤد، و تبين فساد الحكم الأول.

و إن كان العيب جنسيا فإن رضى المولى فلا كلام لكون المدفوع أحد أفراد الكلى و إن كان للسيد حق الرد و الجبر بالأرش، فمع فرض إسقاطه بالرضا لم يكن بحث.

و ما فى المسالك- من أنه يجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق ثم قال: «و هل يحصل العتق عند الرضا أو حصل من وقت القبض فيه و جهان، أجودهما الثانى- لا يخلو من نظر، خصوصا بعد أن توقف فيها فى أن الرد نقض لتبين عدم الملك فى أول الأمر أو فسخ من حينه من غير ترجيح، و لا ريب فى أن التحقيق تحقق الملك بالقبض و أنه ليس للسيد إلا حق الخيار فى الرد و الجبر بالأرش كما مر تحقيق ذلك، و حينئذ فإذا رضى بالمعيب و أسقط حقه من الخيار المزبور فلا إشكال، و كان حرا من أول القبض لا حين الرضا و إن توقف فيه الفاضل فى القواعد من دون ترجيح. هذا كله إذا رضى به.

و إن رده بطل العتق المحكوم به عند الشيخ و المصنف و جماعه إما لأنه مشروط بالعوض فيتبعه فى الاستقرار و التزلزل كما هو حكم المعاوضه، و إما لتبين أنه لم يملكه بالقبض، كما هو أحد الوجهين فى المسالك فى كل جزئى دفع عن كلى فى صرف أو سلم أو غيرهما و إن كان لا يخفى عليك ما فيه كما تقدم الكلام فيه مفصلا فى الصرف و السلم، و لذا اقتصر المصنف على تعليقه الأول.

و أشكله الكركى فى حاشيته بأن العتق إتلاف و استهلاك، فإذا حكم بوقوعه



لم يبطل، مع أنه مبنى على التغليب قال و قول المصنف: «لأنه مشروط بالعوض» يقتضى عدم حصوله، و ليس كذلك، و من ثمة لو رضى بهذه استمر العتق بحاله و إن مضى على ذلك مده طويله قبل العلم و الرضا و لم يكن محجورا عليه فى شىء من تصرفاته السابقه، إلا أن يدعى عدم زوال الحجر عن المكاتب بمجرد الدفع إلى أن يتحقق سلامه العوض، و هو خلاف ما يظهر من كلامهم، و المسأله محل نظر، و بطلان العتق لا- يخلو من شىء. و قد تبع فى ذلك الفاضل فى القواعد حيث حكم فى موضع منها بطلان العتق على إشكال.

و فى الإيضاح «منشأ الاشكال أن يقال: العتق إتلاف و استهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع، و أن يقال: العتق إنما يستقر باستقرار الأداء، و قد ارتفع الأداء، فيرتفع العتق،- قال:- و هذان الوجهان كتبهما المصنف حاشيه بخطه على الأصل».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الأول، فإن العتق إتلاف و استهلاك إذا وقع مستقلا، كما لو أعتق العبد الذى فيه الخيار للبائع على ما حررناه فى محله لا ما إذا كان العتق من أصل وقوعه قد وقع متزلزلا و ليس هو تصرفا مستقلا، و قاعده أن الحر لا يعود رقا إنما هى فى الأول، و كذا دعوى بنائه على التغليب، فالتحقيق حينئذ ما ذكره المصنف، اللهم إلا أن يدعى أن هذه المعاوضه ليست معاوضه حقيقه كى يجرى عليها حكم المعاوضه، لكنه كما ترى.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر فيما أطنب فيه فى المسالك من بناء المسأله تبعا للفخر فى إيضاحه على أن الرد بالعيب فسخ متجدد للقبض أو دفع للقبض من أصله، فعلى الأول لا- يبطل العتق و على الثانى يبطل، لأن الرد يكون كاشفا عن بطلان الأداء، إذ لا يخفى عليك ما فيه، فان التحقيق كونه فسخا من حينه و مقتضيا لبطلان العتق، و دعوى الإجماع على عدم وقوع العتق متزلزلا ممنوعه على مدعيها كما عرفته فى كتاب العتق.

و أغرب من ذلك ما فى المسالك أيضا من أنه «لو طلب الأرش مع الرضا بالعيب فله ذلك، و تبين حينئذ أنه لم يقبض كمال النجوم، فإذا أده حصل كمال العتق حينئذ، و إن عجز عنه و كانت مشروطه فللسيد استرقاقه كما لو عجز عن بعض النجوم» إذ هو كما ترى، فان التحقيق كون الأرش جبرا لتفاوت النقض بالعيب، لا أن بعض العوض باق، و إلا لم يحصل الحرية بالرضا بالمعيب من حين القبض كما اختاره هو، إذ لو كان ذلك إبراء لحصل بحصوله لا قبله، كما هو واضح.

و لو تجدد فى العوض عيب لم يمنع من الرد بالعيب الأول مع أرش الحادث لاستصحاب الرد، و لأنها ليست معاوضه حقيقه، فليس لها حكم المعاوضات اللازمه. و لكن مع ذلك قال الشيخ: يمنع، و هو بعيد عند المصنف لما عرفت، إلا أن الانصاف قربه، بل عن الفاضل فى التحرير اختياره، و فى حاشيه الكركى هو قوى، و ذلك لأن أصل إثبات الرد فيها للإلحاق بالمعاوضات، و إلا فلا دليل بالخصوص، و الضرر يرتفع بالأرش، و حينئذ فمقتضاه ثبوتها فيها على حسبها. بل قد يقال إن الرد لا يتحقق مع العيب، ضروره كون المراد رده بحاله الذى قد وصل إليه، و الفرض أعيبه، و لعل هذا هو الأصل فى منع العيب الرد، مؤيدا بقاعده «لا ضرر و لا ضرار» و هو مشترك بين الجميع.

و مما ذكرنا يعلم أولويه استقرار الأرش بالتلف من العيب، و فى القواعد و لو اطلع على العيب بعد التلف كان له رد العتق إلا أن يسلم الأرش، فإن عجز كان له الاسترقاق كالعجز عن بعض النجوم، و هو نحو ما سمعته من المسالك الذى قد عرفت النظر فيه، و الله العالم.

**[المسألة الرابعة عشره إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه]**

المسألة الرابعة عشره:

إذا اجتمع على المكاتب ديون معاملة مثلا- مع مال الكتابه لمولاه أو لغيره أو لهما فان كان ما فى يده يقوم بالجميع فلا بحث سواء كان مشروطا أو مطلقا، و إن عجز و كان الدين للمولى و المكاتب مشروط فان تراضيا على تقديم أحدهما فلا بحث أيضا و إلا ففى القواعد و شرحها و المسالك كان للسيد أخذ ما فى يده عن دين المعامله أو أرش الجنايه ثم يعجزه و يرجعه رقا إن شاء، و إن اختار المكاتب دفع مال الكتابه فللسيد منعه، لاحتمال عدم تمكنه بعد من وفاء دينه، و لا يجد مرجعا له بعد عتقه.

و هل له تعجيزه قبل أخذ ما فى يده؟ وجهان: أحدهما لا، لأنه قادر على أداء النجوم ما دام المال فى يده، و ثانيهما له، و فى الإيضاح و المسالك أو جههما نعم، لأنه يتمكن من مطالبته بالدينين معا و أخذ ما فى يده عنهما، و حينئذ فيعجز عن قسط من النجوم.

و فيه أنه لا حاجه للمطالبه بهما، لما عرفت أن الاختيار للسيد فى أخذ أيهما شاء لا للمكاتب، نعم قد يناقش فيه بأن ذلك كله لا يحقق العجز فعلا و إنما أقصاه القدره، بل و فى الأول إن لم يكن إجماعا بأن الاختيار فى تعيين جهه الدين للمديون لا الديان، و لذا لو دفع المكاتب ما فى يده و لم يتعرضا لذكر الجهه ثم قال: قصدت النجوم و أنكر السيد كان القول قول المكاتب، لأنه أعرف بقصده، كالمديون بدينين و أحدهما عليه رهن.

و دعوى ترجيح دين المعامله باستقراره بخلاف دين المكاتبه لا- حاصل لها على وجه ترجع إلى دليل شرعى، و تمكينه من مطالبته بهما لا- يوجب على المديون دفعه إليهما معا كى يحصل العجز عن قسط من النجوم، بل هو على اختياره، لأنه المكلف بالأداء و المخاطب به، فالنيه نيته و الامتثال امتثاله، و حينئذ فالمشروط

بالنسبة إلى التخيير المزبور كالمطلق الذى اعترف فى القواعد بتخييره فى الفرض، بل ظاهره عدم الفرق بين المؤدى بعضا و غيره و إن قيده فى كشف اللثام بالأول لكنه لا أثر له.

و ربما يؤيد ما قلناه ما فى الإيضاح و المسالك بل و غيرهما فيما لو كانت الديون عليه لغير المولى، كما لو كان عليه دين معاملة لأجنبى و أرش جنايه لآخر و مال الكتابه، و لم يف ما فى يده بها، فان لم يحجر عليه فله تقديم من شاء منهم كالحر المعسر، إذ ليس ذلك إلا لقاءه التخيير للمديون المشتركه بين المقامين.

و إن حجر عليه و كان مطلقا تحاص فيه الديان و المولى على قدر ديونهم من دون تقديم أحدهما على الآخر، لتساويهما أجمع حينئذ فى التعلق بما فى يده.

و يحتمل بل فى المسالك هو الأجود أنه يقدم دين المعامله، لأنه يتعلق بما فى يده خاصه، بخلاف أرش الجنايه الذى له متعلق آخر، و هو الرقبه، و حق السيد الذى بالعجز يعود فيه المكاتب إلى الرقبه، ثم يقدم أرش الجنايه على مال الكتابه، لأن الأرش مستقر بخلافه، فإنه عرضه للسقوط بالعجز، و لأن حق المجنى عليه يقدم على حق المالك فى القن ففى عوضه بطريق أولى.

لكن - هو مع ابتناؤه على عود المطلق رقا بالعجز و قد عرفت ما فيه - يدفعه أنها مجرد اعتبارات لا ترجع إلى دليل شرعى بعد كون الجميع ديونا فى ذمته، فتندرج فيما دل على تعلقها بما فى يد المحجر عليه، كما هو واضح.

و إن كان المكاتب مشروطا ففى المتن و غيره قدم الدين على مال الكتابه لأن فى تقديمه حفظا للحقين و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا و لاحقا، و كذا ما قالوه من تقديم حق أرش الجنايه عليه و أن فى تقديم الدين عليه و مساواته له وجهين كما فى الإيضاح، إذ الجميع كما ترى مبنيه على اعتبارات لا تصلح معارضه لإطلاق الأدله.

و أضعف من ذلك ما قيل من أنه لو كان للمولى معهم دين معاملته مساواته لمال الكتابه، لأن ديون السيد ضعيفه باعتبار كونها عرضه للسقوط بالعجز، إذ هو كما ترى لا حاصل له، فان دين المولى لا بدل له كديون الغرماء مع عوده رقا، إذ رقبته بدل مال الكتابه لا غيرها من الديون، كما هو واضح.

و لو مات قبل أن يقسم ما فى يده و كان مشروطا بطلت الكتابه كما عرفته سابقا و سقطت النجوم و دفع ما فى يده فى الديون خاصه بل عن المبسوط و اختاره فى الإيضاح سقوط أرش الجنايه، لتعلقه بالرقبه و قد فاتت، و تعلقه بما فى يده بحكم الكتابه التى قد فرض بطلانها فيتبعها بطلان ذلك التعلق و إن كان هو لا- يخلو من نظر، لمنع تعلق أرش الجنايه برقبته من أول الأمر كالقن، لأن له ذمه قابله لتعلق الدين بها بخلاف القن، و من هنا تحاص مع الديون.

فالتحقيق بناء المسأله على أن أرش جنايه المكاتب الموجه مالا تتعلق أولا برقبته، و له فداؤها بالمال، أو أنها تتعلق أولا بدمته، فان لم يكن له مال كان للمجنى عليه استيفائها من رقبته، ظاهر كلامهم فى المقام الأول، و يأتى بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى، و عليه فمع فرض المسأله فى المحجور عليه و لكن مات قبل قسمه ماله يتجه حينئذ مساواه الأرش للدين، لتعلقه بالتركه قبل الموت، فيستصحب، و لأنه أقوى من دين المعامله، و لذا تتعلق برقبه القن دونه، و زوال الكتابه ينقله إلى الرقيه مع الإمكان، بل لا- وجه لتقديم الدين عليه هنا و إن احتمل ذلك حال الحياه باعتبار كون الرقبه محلا آخر له، إلا أن الفرض فواتها، و من ذلك يعلم أنه لا فرق فى الحكم المزبور بين المحجور عليه و غيره.

و كيف كان ف لو قصر ما فى يده عن الديون قسم بين الديان بالحصص على نحو غيره من قاصرى التركه و لا يضمه المولى بلا خلاف أجده، للأصل و لأن الدين تعلق بذلك المال فقط و ما فى بعض النصوص

السابقه من ضمان المولى عنه لأنه عبده مطرح أو محمول على ضرب من الندب أو على غير محل الفرض، والله العالم.

### [المسأله الخامسه عشره يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقي حرا]

المسأله الخامسه عشره لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقي حرا بل فى الإيضاح اتفاق الفرق عليه. لإطلاق الأدله و عمومها و إفادتها العبد الاستقلال بل أو رقاله، أيضا و إن منعه الشيخ فى المحكى عن مبسوطه لتخلف رفع الحجر الذى هو من لوازم الكتابه معه بعدم استقلاله فيما يحتاج إليه من سفر و نحوه من أنواع السعى، و لزوم مشاركته له فيما يدفع إليه من سهم الرقاب من الزكاه لأنه كسبه.

و أجب بان دفاع ذلك بالمهاياه، و بالتزام عدم المشاركه فى المدفوع من سهم المكاتبه، لعدم قابليه جزء الرق للملك، و الأولى الجواب عن الأول باقتضاء كتابته إياه الاذن فى ذلك، و على كل حال فالمنع ضعيف.

و لو كان الباقي رقا لغيره فأذن صح لوجود المقتضى من إطلاق الأدله و عمومها و ارتفاع المانع الذى هو الحجر عليه المانع له من السعى.

و إن لم يأذن بطلت الكتابه لأنها تتضمن ضرر الشريك بتبعض العبد، و لأن الكتابه ثمرتها الاكتساب و مع الشركه لا يتمكن من التصرف و أجب عن الأول بمنع اقتضاء الضرر المزبور الناشى من التصرف بماله المسلط عليه عدم جوازها المستفاد من إطلاق الأدله و عمومها، و عن الثانى بان دفاعه بالمهاياه.

و فيه أنه لا دليل على لزوم إجابته إليها كما لا دليل على لزومها بعد الإجابته إليها، فلا يحرز التمكن من الاكتساب الذى يتوقف جواز الكتابه عليه، بل منه ينقدح الإشكال فى جوازها مع الاذن، لعدم التزامه بالاستمرار عليها، و لعله لذا قيل بعدم الجواز مطلقا.

لكن يمكن منع اعتبار إحرار التمكّن المزبور في صحه الكتابه، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص موثق سماعه (١) عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقا المشتمل على النهى عن الامتناع عن مكاتبه من ليس له كثير مال و لا قليله، و على التعليل بأن المؤمن معان، و من هنا جزم الفاضل و غيره بالصحه مطلقا و إن كره الشريك، و لعله الأقوى، و الله العالم. هذا كله فى أركان المكاتبه و أحكامها.

### [الثالث فى اللواحق]

### [المقصد الأول فى لواحق تصرفاته]

#### إشاره

و أما الكلام فى اللواحق فيشتمل على مقاصد.

#### الأول:

فى لواحق تصرفاته، و قد بينا فى المسأله الثانيه من مسائل الأحكام تمام البحث فى أنه لا يجوز للمكاتب أن يتصرف بما فى يده من المال و إن كان مملوكا له بما ينافى الاكتساب من هبه أو محاباه أو إقراض أو إعتاق أو فيه خطر إلا بإذن مولاه فيجوز، لأن الحق لهما و حينئذ ف- كما يصح أن يهب من الأجنبى مثلا باذن المولى فكذا هبته لمولاه بلا خلاف و لا إشكال، و نريد أن نلحق

#### [مسائل]

### [المسأله الأولى المراد من الكتابه تحصيل العتق]

هنا مسائل:

الأولى: لا إشكال فى أن المراد من الكتابه تحصيل العتق (١١) بالعوض و إنما يتم بإطلاق التصرف فى وجوه الاكتساب، (١٢) و حينئذ فإطلاقها يقتضى ذلك فيصح أن يبيع من مولاه و من غيره و أن يشتري منه و من غيره (١٣) كما يصح له غيرهما من وجوه التكبس، إذ المولى كالأجنبى فى ذلك بلا خلاف أجده.

و لكن ذكر غير واحد أنه يتوخى ما فيه الغبطه فى معاوضاته بل ظاهرهم المفروغيه منه فيبيع بالحال لا بالمؤجل إلا أن يسمح المشتري بزياده عن الثمن فيعجل مقدار الثمن و يؤخر الزيادة و أما هو فإذا ابتاع بالدين جاز، و كذا إن استسلف، و ليس له أن يرهنه، لأنه لاحظ له، و ربما تلف منه، و كذا ليس له أن يدفع قراضا إلى غير ذلك مما ذكره من الأمثله التى لا طائل فى التعرض لها، و لكن جعلوا الضابط فى الجائر له التصرف الاكتسابى المشتمل على المصلحه و أن لا يكون فيه خطر كما سمعته فى المسأله الثالثه من فصل الأحكام.

بل فى المسالك هنا «فرقوا بين المكاتب و بين الولى حيث يبيع مال الطفل نسيئه و يرتنه للحاجه أو المصلحه الظاهره، فان المراعى هناك مصلحه الطفل، و الولى منصوب لينظر له، و هاهنا المطلوب العتق، و المراعى مصلحه السيد، و المكاتب غير منصوب لينظر».

بل فيها أيضا «أنه متى باع أو اشترى لم يسلم ما فى يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر، و لذلك ليس له السلم، لأن مقتضاه تسليم رأس المال فى المجلس و انتظار المسلم فيه».

بل فيها أيضا «لما كان الواجب عليه تحرى ما فيه الغبطه و مظنه الاكتساب فعليه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل، لأن إخراج المال عن اليد بلا- عوض فى الحال تبرع و مشتمل على خطر، سواء باع بمثل قيمته أو أكثر، و سواء استوثق بالرهن أو الكفيل أم لا، لأن الكفيل قد يفلس و الرهن قد يتلف، نعم يجوز أن يبيع ما يساوى مأه بمأه نقدا و بمأه نسيئه، و يجوز أن يشتري نسيئه بثمان النقد، و لا- يرهن به، فإنه قد يتلف، و إن اشترى بثمان نسيئه ففى جوازه و جهان: من اشتماله على التبرع، و من عدم الغبن» إلى غير ذلك مما فيها و فى غيرها كالقواعد و شرحها و التحرير و نحوها، و ليس فيها كثير اختلاف، و مرجعها إلى كون المكاتب كعامل القراض بل أشد، لكن إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشه فى ذلك بعدم



الدليل على التعليل المزبور.

و صحيح معاويه (١) عن الصادق عليه السلام المتقدم- الذى فيه «لا يصلح له أن يحدث فى ماله إلا الأكله من الطعام»

مع أن الموجود فى سؤاله «المملوك الذى كاتب على نفسه و ماله» المحتمل لكون المراد منه اشتراط عدم التصرف بماله- إنما يراد منه المنع من التصرفات التبرعيه كالهبة و العتق و نحوهما، لا- مطلق التصرف حتى الاكتسابى منه الذى هو من لوازم عقد الكتابه و مقتضيات إطلاقها. و لذا

قال الصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير (٢) السابق فى المسأله المزبوره فى المكاتب المشروط:

«لا يجوز له عتق و لا هبه، و لكن يبيع و يشتري».

بل لعل المستفاد منه و من غيره أن رفع الحجر عن المكاتب فى تصرفاته الاكتسابيه شرعى لا مالكى كى يلاحظ إذن السيد فيه وجودا و عدما، كالعامل الذى هو و كيل عن المالك، بل لا عبره بنهى المالك للمكاتب عن تصرفه الاكتسابى فضلا عن اعتبار إذنه بخلاف العامل.

كما أن المستفاد من

قوله عليه السلام فيه: «بيع و يشتري»

الاذن له فى التكسب الجارى مجرى تكسب العقلاء فى النقد و النسيئه و القراض و الإجاره بالنقد و غيره و السلم و غيرها، من غير فرق بين ما كان فيه خطر أولا، و بين أخذ الرهن و الكفيل أولا، إذ المدار على التكسب المزبور مكانا و زمانا و أحوالا، بل الظاهر جواز التصرف له بماله بما لا مفسده فيه للمال و لا حاجه إلى ملاحظه الغبطه، فله بيع الشئ بثمان مثله و غير ذلك.

و بالجمله ما ذكره من التقييدات المزبوره التى هى أشد منها فى ولى الطفل لا أعرف له دليلا سوى دعوى كون المكاتب لم يخرج بالكتابه عن الرقيه التى مقتضاها الحجر عليه، و أنه كَلُّ عَلَى مَوْلَاهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، و أقصى ما خرج عن ذلك بسبب الكتابه ما اشتمل على القيود المزبوره دون غيره الذى يكفى فى مثله الشك فيه.

١- ١ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب المكاتبه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب المكاتبه الحديث ٣.

لكنه كما ترى مناف لإطلاق الإذن بالبيع و الشراء الذى هو كناية عن الاكتساب، و لما هو المعلوم من أن مقتضى عقد الكتابه استقلال العبد بالتصرف فى ماله بغير التبرع المؤدى إلى تلف المال بلا عوض.

و لو تصرف تبرعا و لم يرده السيد و لو لعدم علم به فتحرر بالأداء صح تصرفه فى قول قوى، لما ذكرناه فى نظيره من بيع المالك المال المرهون ثم فكه، و لما سمعته فى صحيح معاويه بن وهب (١).

المتقدم من صحه نكاحه، و قيل بالعدم، لاستلزامه تعليق البيع أو نفوذه مع تعلق حق الغير به من دون إذن منه، و الله العالم.

### [المسأله الثانيه إذا كان للمكاتب على مولاه مال و حل نجم يجوز التهاثر]

المسأله الثانيه:

إذا كان للمكاتب مشروطا أو مطلقا على مولاه مال و حل نجم من نجومه كان حكمه كالأجنبى مع الأجنبى بالنسبه إلى التقاص فان كان المالكان متساويين جنسا و وصفا تهاترا قهرا سواء كانا نقدين أو عرضين مثليين، كما فى الدروس و المسالك، لما بيناه فى محله من عدم ملك شخص على آخر ما يملكه عليه.

و لو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل.

و إن كانا مختلفين جنسا أو وصفا و لو بالحلول و التأجيل أو اختلاف الأجل و فى الدروس و المسالك أو كانا قيمين لم يحصل التقاص إلا برضاهما للأصل و قاعده التخيير للمديون فى جهات القضاء و غير ذلك، لكن قد يناقش فى خصوص ما سمعته من الدروس و المسالك بأن ما أشرنا إليه من دليل التهاثر شامل للمثلى و القيمى، اللهم إلا- أن يقال: إن دليل التهاثر القهرى الإجماع، و المسلم منه المثان دون القيمين، فلو فرض أن لكل واحد على الآخر عبدا مثلا موصوفا بصفات متحده لم يتقاصا إلا بالتراضى.

هذا وقد عرفت أنه هكذا حكم كل غريمين في جميع ما سمعت و لكن إذا تراضيا كفى ذلك في براءة ذمه كل منهما عما للآخر عليه في المشهور و لو لم يقبض الذي له ثم يعيده عوضا سواء كان المال أثمانا أو إعراضا لما تقدم في محله من أن الوفاء معاوضه مستقلة برأسها، و من أن ما في الذمه مقبوض لمن هو عليه، فلاحظ و تدبر.

و فيه قول آخر للشيخ في المحكى عن مبسوطه بالتفصيل و هو إن كانا نقدين قبض أحدهما و دفعه عن الآخر، و إن كانا عرضيين فلا بد من قبضهما، و إن كان أحدهما نقدا فقبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز دون العكس، و في الدروس و المسالك و كان الشيخ يجعل المقاصه بيعا فيلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين و شبهه، و الله العالم.

### [المسألة الثالثة إذا اشترى أباه مثلا بغير إذن مولاه لم يصح]

المسألة الثالثة:

إذا اشترى أباه مثلا بغير إذن مولاه سابقا أو لاحقا لم يصح إذا لم يكن له مدخلية في التكسب، لعدم ثبوت الاذن له شرعا بمثل هذا التصرف، فيبقى على أصل الحجر عليه و إن لم يعتق عليه فما عن بعض - من الجواز لأنه اشترى مملوكا لا ضرر على المولى في شرائه، و لهذا كان كسبه له، و إن عاد المكاتب في الرق عاد هو معه كالأجنبي - ضعيف لا لما في المسالك من أن صرف المال في ثمنه مع عدم جواز بيعه و التكسب به غير سائغ له و إن لم يعتق في الحال، إذ يمكن منع عدم جوازه له إذا فرض قله ثمنه مع كونه كسوبا بحيث يستعين به على أداء مال الكتابه بل لأن المفروض شراؤه على وجه لا مدخلية له في التكسب، و يكفي في ضرر المولى دفع المال في مقابله من لا يجوز له التكسب فيه ببيع و نحوه، و لا - كسب له يستعين به على أداء مال الكتابه.

نعم لو قلنا يجوز له التصرف فيه ببيع و نحوه لم يكن إشكال في جواز شرائه، ضروره كونه حينئذ كالأجنبي إلا أنى لم أجد من صرح بجوازه، بل ظاهر بعض من تعرض لذلك و صريح آخر كالفاضل في القواعد و الأصبهاني في شرحها و غيرها

العدم، بل أرسلوه إرسال المسلمات، و إن كان دليله إن لم يكن إجماعا لا يخلو من إشكال للأصل و غيره، و كونه يتحرر تبعا لتحرر الولد الذى لم يعلم حصوله لا يقتضى عدم جواز بيعه، و لعله لذا تردد فيه الكركى فى حاشيه الكتاب إلا أنى لم أجده لغيره.

نعم فى الإيضاح فى تقرير دليل القول بجواز الشراء من دون إذن ما يقتضى جواز بيعه عند معاينه العجز، نحو ما سمعته عن بعضهم فى ولد المكاتبه، لكن صريحه فى تقرير القول بعدم جواز شرائه عدم جواز التصرف فيه بنحو ذلك.

و من الغريب قوله فى الحاشيه المزبوره: «إنى لم أظفر للأصحاب بتصريح بجواز البيع و عدمه» مع تصريح الفاضل فى القواعد التى هى بين يديه بذلك، و قد حكى هو عن الإيضاح شرحها ما نقلناه عنه قال فيها: «و إذا اشتراه أو قبله فى الوصيه ملكه و ليس له بيعه و لا- هبته و لا إخراجة عن ملكه، و لا ينعق عليه» و قد صرح أيضا فى التحرير و الدروس بعدم جواز التصرف فيه، بل المصنف فى المسأله الثانيه قد صرح بعدم جواز التصرف، و يمكن أن يكون دليلهم على ذلك مضافا إلى الإجماع فحوى ما دل على الانعتاق عليه بالملك (١)

القاضى بعدم جواز التصرف فيه بنحو ذلك و إن منع من الانعتاق مانع من جهه ضعف الملك أو غير ذلك، بل و فحوى نصوص (٢)

أولاد المكاتب و المكاتبه الظاهره فى عدم دفع الأولاد عن مال المكاتبه، و غير ذلك، و الله العالم. هذا كله إذا لم يأذن له المولى.

و إن أذن له صح و لو لم يكن له مدخلية فيه، لأن الحق لهما و كذا يصح من دون إذن لو أوصى له به و لم يكن فى قبوله ضرر من حيث الإنفاق عليه بأن يكون مكتسبا يستغنى بكسبه و إن كان لو مرض أو عجز أنفق عليه كما فى المسالك، لأنه من صلاح ماله لا للمواساه الممنوع منها كما

١- ١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب المكاتبه.

فى أفراره الأحرار و إن كان قد يناقش بأن ذلك كاف فى عدم جواز قبوله المعترف فى صحه الغبطه عنده، فلا بد من فرض كونه كسوبا يستعين به على مال الكتابه، و لا يكفى عدم الضرر، بل قد عرفت فى كتاب الوصايا جزم المصنف و غيره بعدم صحه الوصيه من غير السيد للمكاتب، بل ادعى بعضهم الإجماع عليه مضافا إلى بعض النصوص (١).

فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف إذا قبله فان أدى مال الكتابه عتق المكاتب و عتق الأخر مع عتقه، و إن عجز ففسخ المولى استرقهما معا مثل غيره من عبيد المكاتب، و فى كشف اللثام «لانكشاف أنه الذى ملكه لا المكاتب» و هو كما ترى.

نعم فى المتن و فى استرقاق الأب تردد قيل مما ذكرناه، و من تشبته بالحرية بجريانه فى ملك ولده، و هو كما ترى. ضروره أنه لا سبيل إلى إبطال القبول بعد صحته، و لا إلى عتق الأب مع استرقاق الولد، و لعله لذا لم يحك عن غير المصنف احتمال ذلك، و الله العالم.

### [المسأله الرابعه إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له أن يفكه بالأرش إلا أن يكون فيه الغبطه له]

المسأله الرابعه:

إذا جنى عبد المكاتب غير أبيه بما يوجب الأرش لم يكن له أن يفكه بالأرش إلا أن يكون فيه الغبطه له و لو لقصور الأرش عن قيمته، فيفضل له ما ينتفع به، أو لأن عينه تشتمل على منفعه تعود على المكاتب فى ماليته بكسب و غيره.

و لو كان المملوك الجانى أب المكاتب الذى دخل فى ملكه بوجه من الوجوه السالفه قيل لم يكن له افتكاكه بالأرش و لو قصر عن قيمته أى الأب لأنه يتعجل بإتلاف مال له التصرف فيه، و يستبقى ما لا ينتفع به، لأنه

لا يتصرف فى أبيه، و لكن فى هذا تردد مما سمعت و من إمكان فرض الغبطه له بزياده كسبه.

و لعل هذا أولى مما فى حاشيه الكركى و المسالك من أن مرجع التردد فيه إلى الإشكال فى جواز شرائه و عدمه، فإن أجزناه فذاك و إلا فلا، إذ فيه أن المصنف قد جزم بعدم الجواز سابقا اللهم إلا أن يكون هذا التردد بعده، و الأمر سهل.

و فى الإيضاح جعل أحد وجهى التردد فيه إمكان الاستعانه بثمانه عند معاينه العجز، و فيه ما ذكرناه سابقا فى ولد المكاتبه من أنه لا دليل على خصوص ذلك إلا بعض الوجوه الاعتباريه، و الله العالم.

### [المقصد الثانى فى جنايه المكاتب و الجنايه عليه]

#### [الأول فى مسائل المشروط]

#### [المسأله الأولى إذا جنى المكاتب على مولاه عمدا فان كانت نفسا فالقصاص للوارث]

المقصد الثانى فى جنايه المكاتب و الجنايه عليه، و فيه قسمان:

الأول:

فى مسائل المشروط و هى سبع:

الأولى:

إذا جنى المكاتب على مولاه عمدا فان كانت نفسا فالقصاص للوارث، فان اقتص كان كما لو مات فى بطلان الكتابه و انتقال ما فى يده و أولاده للوارث و إن كانت طرفا فالقصاص للمولى، فان اقتص فالكتابه بحالها للأصل و غيره، و إن عفى هو أو الوارث على مال صح، و بقيت كتابته كما لو كانت الجنايه توجب مالا، لأن المولى مع المكاتب كالأجنبى بالنسبه إلى ذلك و إن كان ملكا له، و إنما لا يثبت له على ملكه مال فى غير المكاتب الذى هو كالحرفى

قابليه الملك و الملك عليه.

نعم الأقوى وفاقا للفاضل و ولده و الكركى و الشهيدين و الأصهبانى و غيرهم ثبوت الأرش له ما لم يزد عن قيمته، و إلا كان له مقدار قيمه، ل

قوله عليه السلام (١): «لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه»

و مساواته للحر إنما هو فى ثبوت مال فى ذمته لا فى مقدار الأرش، فما عن بعض - من ثبوته فى ذمته و لو أضعاف قيمته بل قيل إنه مقتضى إطلاق المصنف الأرش بل قد يؤيده كلامه فى المسأله الثانيه - واضح الضعف.

و على كل حال فإن وفى ما فى يده بالأرش و مال الكتابه و فى الحقين و عتق، و كذا إن قصر عنهما معا، و لكن يفى بمال الكتابه و رضى السيد بالأداء عنه و بقاء الأرش، و إلا فقد سمعت سابقا ما ذكره من تسلط المولى على أخذ ما فى يده و تعجيزه عن مال الكتابه، فيرجع حينئذ رقا، و عرفت البحث فيه إن لم يكن إجماعا.

و لو لم يكن فى يده مال أصلا عجزه المولى إن شاء و سقط أرشه حينئذ، لعدم ثبوت مال له فى ذمه عبده، مع احتماله و يتبع به بعد العتق إن حصل، لثبوته فى ذمته، و هو قابل لذلك، و الأصل بقاؤه، و المسلم من عدم ثبوت المال له فى ذمه عبده إنما هو فى الابتداء لا الاستدامه، اللهم إلا أن يكون إجماعا و أولى من ذلك فى الثبوت ما لو أعتقه بعد جنايته أو أبرأه من مال الكتابه و لم يكن فى يده شىء، لأصالة بقائه حال الحرية التى هى أولى بالثبوت من حاله الأول.

فما عساه يقال: بل ربما كان ظاهر بعض اختياره - من سقوط الأرش حينئذ بل صريح الدروس ذلك لأنه أزال الملك عن الرقبه التى كانت متعلق الأرش باختياره و لا مال غيرها - واضح الفساد، ضروره اقتضائه السقوط أيضا لو أدى مال الكتابه سابقا على دفع الأرش إذا كان ما فى يده يفى بهما، و احتمال الفرق - بأن

العتق هنا بسبب من جهته بخلاف ما لو أعتقه مجاناً، مع أنه لا يتم في الإبراء الذي هو بمنزلة الأداء- لا حاصل له.

و أضعف من ذلك ما احتمله في الدروس و غيرها من سقوط الأرش لو أعتقه و إن كان عنده مال، لتعلق الأرش بالرقبه أصاله و المال يثبت تبعاً و الفرض فواتها، إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، على أن دعوى تعلق الأرش بالرقبه في الجنايه على المولى يمكن منعها لكونها ملكاً له قبل الجنايه، فلا وجه لتعلق حقه بملكه، و إنما يثبت له في ذمته إلا على احتمال ستعرفه إنشاء الله فتأمل جيداً، و الله العالم.

و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ما في قول المصنف و غيره و إن كانت الجنايه خطأ فهي تتعلق برقبته، و له أن يفدى نفسه بالأرش لأن ذلك يتعلق بمصلحته التي هي كنفقته و علاج مرضه، إذ قد عرفت أن رقبته ملك للسيد، فلا وجه لتعلق حقه بها، نعم لما صار له بالكتابة ذمه قابله لأن يملك عليه بها من غير فرق بين المولى و غيره تعلق أرش جنايته على المولى بها، كما هو مقتضى إطلاق ما دل على ديته الظاهر في أن موردها الذمم كقيم المتلفات، و إنما تعلق برقبه العبد في بعض المواضع لعدم ذمه له فعلاً يتمكن من الأداء بها مع قوه أمر الجنايه و أنه

لا يطل دم امرئ مسلم (١)

فشرع الاستيفاء منها عوض الذمه، فتأمل جيداً، و الله العالم.

و كيف كان ف حكم الخطأ حكم العمد الموجب مالا، و هو ما سمعته من أنه إن كان ما بيده من المال بقدر الحقين فمع الأداء ينعق، و إن قصر دفع أرش الجنايه و فيه البحث السابق. فان ظهر عجزه كان لمولاه فسخ الكتابه، و إن لم يكن له مال أصلاً و عجز فان فسخ المولى سقط الأرش لأنه لا يثبت للمولى

---

١ - ١ الوسائل - الباب - ٤٦ - من أبواب القصاص في النفس الحديث ٢ و الباب - ٢ - من أبواب دعوى القتل الحديث ١ من كتاب القصاص و فيهما «لا يطل دم امرئ مسلم».



فى ذمه المملوك مال و فيه البحث السابق. و سقط مال الكتابه بالنسخ.

و الله العالم.

### [المسأله الثانيه إذا جنى على أجنبى عمدا فان عفى فالكتابه بحالها]

المسأله الثانيه:

إذا جنى على أجنبى عمدا فان كانت طرفا و اقتص منه أو عفى على مال أولا- عليه فالكتابه بحالها و إن كانت الجنايه نفسا و اقتص الوارث كان كما لو مات فى بطلان الكتابه على نحو ما سبق، و إن عفى على مال أو كانت الجنايه موجه له جاز له دفع الأرش الذى هو أقل الأمرين منه و من قيمته أو المقدر له بالغا ما بلغ على البحث السابق.

و فى المسالك «أولى بالاكتفاء بالأقل هنا، لأن الأرش يتعلق برقبته و إن استرقه المولى، بخلاف ما لو كانت على المولى، فمراعاة جانب الحريه ثم أقوى، و مراعاة جانب القن هنا أقوى».

قلت: الذى يظهر منهم فى المقام و فيما تقدم أن أرش الجنايه يحاص الديون، و يوجب التحجير لو طلبه من الحاكم، و غير ذلك مما هو مستلزم لكونه ديننا متعلقا فى الذمه، لا أنه متعلق بالرقبه، مؤيدا ذلك بأن ظاهر الأدله اتحاد كيفيه تعلق الأرش فيهما، و حينئذ فيقوى تعلقه بذمته فى المقامين، لما عرفت من عدم تعلق حق المولى بملكه.

اللهم إلا أن يلتزم بكون فائدته التسلط على بيعه مثلا الذى لم يكن جائزا له بسبب الكتابه التى لا يجوز له فسخها قبل حصول سببه و إن كان هو كما ترى يمكن منعه، خصوصا مع بذله الأرش، فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره فى كلامهم، بل هو كالمتدافع بالنسبه إلى ذلك، و المسأله لا تخص الفرض، بل المراد أن أرش جنايه المكاتب مطلقا فى ذمته و الرقبه كالمرهونه عليه، أو فى رقبته و إن كان له فكها بالأرش، و قد عرفت أن الأقوى الأول.

نعم قد يقال فى الفرض الذى هو الجنايه عمدا: إنه لما كان الخيار فيه للمجنى عليه و طلب الأرش الذى هو أزيد من قيمه فهل للمكاتب دفعه بدون إذن المولى كالأقل و المساوى؟ المحكى عن الشيخ العدم، لأنه ابتياع لنفسه، بأكثر من ثمن المثل، و هو لا يملك التبرع، و فى التحرير الوجه عندى جواز دفع الأكثر، و لعله لا يخلو من قوه، و الله العالم.

و إن كان قد جنى عليه خطأ كان له فك نفسه بأرش الجنايه الذى هو ما عرفته و إن نافى ذلك الاكتساب لكنه لمصلحته التى هى أعظم من نفقته المأذون فيها و علاج مرضه، بل قد عرفت أن المنهى عنه التصرف التبرعى لا غيره، نعم ظاهر قولهم: «له فك نفسه» تعلق الجنايه أولا- بالرقبه، و يمكن منعه لما عرفت، فيكون متعلقا بذمته و إن كانت العين كالرهن عليه، بمعنى تسلط المجنى عليه على الاستيفاء منها إن لم يدفع له، لأهميه حق الجنايه من غيره، فيلاحظ فيه الأمران.

و حينئذ ف لو لم يكن له مال فلاجنبي بيعه أجمع فى أرش الجنايه مع الاستغراق و الإبيع منه قدر الأرش و بقى الباقي مكاتبا، فان عجز و فسخ المولى صار العبد مشتركا، و إن أدى عتق الباقي، و فى تقويم حصه الشريك على العبد مع يساره أو تمكنه من السعى البحث السابق و إن جزم به الفاضل هنا فى القواعد، بل فى كشف اللثام «و هل يجبر عليه أو الشريك على القبول؟ وجهان» لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا.

بقى الكلام فى شىء، و هو أن ظاهر بعض و صريح آخر أن المجنى عليه إذا أراد البيع لا بد له من فسخ الحاكم الكتابه، لأن المكاتب لا يباع و ليس له فسخها، لأنه ليس بالعاقدها، بل و لا للسيد قبل حصول العجز المسلط له على الخيار، فليس حينئذ إلا الحاكم و فيه أنه بعد أن دلت الأدله على تقديم حق الجنايه على غيره من كتابه أو رهن أو غيرهما لم يحتج إلى فسخ، بل هو تسلط شرعى على

ما يلزمه الفسخ من البيع و نحوه، و الله العالم.

و كيف كان فله بيعه إلا- أن يفديه السيد بالأرش، فإن فداه فالكتابة بحالها، و يجب على المجنى عليه قبول الفداء إن كانت الجنايه خطأ، و إن كانت عمدا ففي المسالك التخيير للمجنى عليه كالقن، و فيه أنه بناء على ما ذكرناه من تعلق الأرش بذمته لا رقبته يتجه عليه قبوله، لأنه حينئذ كالتبرع بوفاء الدين و أولى بالقبول لو فرض بذل المكاتب الأرش في جنايه العمد الموجه مالا.

و لو اختار السيد الفداء لم يلزمه الاستمرار عليه ما لم يكن ضمانا، بل له أن يرجع عن اختياره و يسلم العبد، نعم إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه ففي المسالك «الترزم به، لأنه فوت بالإعتاق و البيع و التأخير متعلق حق المجنى عليه» و كأنه أخذه مما في القواعد من أنه «إن أعتقه السيد كان عليه فداؤه بذلك، لأنه أتلّف محل الاستحقاق كما لو قتله، و إن عجز ففسخ السيد فداه بذلك أو دفعه» و نحوه في التحرير، لكنه كما ترى خال عن ذكر الموت الذي يمكن المناقشه في التزامه بالفداء معه و إن اختاره ما لم يكن بالتزام شرعى.

بل قد يقال بعدم صحه البيع و نحوه مع الجنايه عمدا أو عدم لزومه، بل يبقى مراعى بالفداء، فان حصل ففدا و إلا كان له فسخه، بل إن لم يكن إجماعا في العتق لبنائه على التغليب أمكن دعوى ذلك فيه، بل في الدروس الجزم بعدم الصحه، قال: «و لو أعتقه بعد جنايته على أجنبى عمدا لم يصح، و إن كان خطأ فكعتق القن مراعى بضمان الجنايه، و عليه أقل الأمرين من قيمته و الأرش، سواء كان الأرش لواحد أو جماعه» إلى آخره.

بل من ذلك يعلم النظر فيما في المسالك و غيرها من أنه «يضمن المكاتب الأرش للمجنى عليه لو أدى ما عليه لسيدته و اعتق بذلك» قال في الدروس: «و لو جنى ثم أدى مال الكتابة عتق، و ضمن أروش الجنايات أو الأقل على الخلاف، لأنه أتلّف الرقبه بفعله» و قال في المسالك: «و لو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجنايه، و لا يلزم المولى فداؤه و إن كان هو القابض للنجوم، لأنه

يجبر على قبولها فالحواله على المكاتب أولى» و نحوه فى التحرير و غيره، إذ يمكن منع ترتب العتق على الأداء بناء على ما عرفت، خصوصا فى الجنايه عمدا، و خصوصا إذا قلنا بكون المتعلق الرقبه لا الذمه، فتأمل جيدا و الله العالم.

### [المسأله الثالثه لو جنى عبد المكاتب خطأ]

المسأله الثالثه:

لو جنى عبد المكاتب على أجنبى خطأ فى النفس أو فى الطرف فاقتص منه فلا- بحث، و إن عفى على مال أو كانت الجنايه موجبه له أو كانت خطأ كان للمكاتب فكه بالأرش إن كان دون قيمه العبد أو مساويا، لعدم التبرع منه و إن كان أكثر لم يكن له ذلك إلا بإذن المولى كما ليس له أن يتناع بزياده عن ثمن المثل إلا أن يفرض حظ له فى ذلك بكون العبد كسوبا و نحوه.

هذا و فى المسالك «ثم الاعتبار بقيمه العبد يوم الجنايه، لأنه يوم تعلق الأرش بالرقبه، و فيه وجه آخر أنه يعتبر قيمته يوم الاندمال بناء على أنه وقت المطالبه بالمال، و ثالث و هو اعتبارها يوم الفداء، لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه، و يستديم الملك فيه يومئذ، و رابع و هو اعتبار أقل القيمتين من يوم الجنايه و يوم الفداء احتياطا للمكاتب و إبقاء للمالك عليه و الأوجه آتية فى قيمه المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته» و نحوه فى الإيضاح لكن اقتصر على الثالثه.

قلت: لا ريب فى كون المعترف قيمته وقت الجنايه بالنسبه إلى تعلقها برقبته المقتضى لملاحظه قيمته فى ذلك الوقت، كى يعرف مقدار ما تسبب بالجنايه من استحقاقها، بل لا وجه لاعتبار القيمه المتأخره فى مقدار سبب الجنايه المتقدم الذى لا يتأخر أثره، و ليس المقام كقبض المغصوب، بل هو كالإتلاف المسبب لضمانه ما أتلفه و لو على وجه يتعلق استحقاقه بالرقبه على الوجه المزبور و إن لم يملكها، كما أنه لا ريب فى اعتبار ملاحظه يوم الفداء بالنسبه إلى فك المكاتب له باعتبار

الغبطه له في فكه و عدمه.

و لو كان عبده أباه أو ولده ففي فكه بالأرش الكلام السابق في شرائه.

و لو كانت جنايه العبد على سيده بما يوجب القصاص اقتص منه من غير حاجه إلى إذن السيد، لإطلاق الأدله المقتضى ثبوت هذا الحق له على وجه يقدم على ما دل على منع التصرف له في ماله، و إن كانت بما يوجب المال لم يثبت له على ماله مال، نعم لو جنى على سيد سيده فهو كما لو جنى على أجنبي.

هذا و قد يستفاد من عباره المتن هنا اختيار كون الأرش المقدر و إن زاد على قيمه العبد و هو و إن كان أحد قولي الشيخ في المسأله لكنه في غايه الضعف، بل عنه نفسه دعوى الإجماع على خلافه، و الله العالم.

### [المسأله الرابعه إذ جنى على جماعه فان كان عمدا كان لهم القصاص]

المسأله الرابعه:

إذ جنى على جماعه فان كان عمدا و كانت الجنايه عليهم دفعه بأن قتلهم بضربه واحده أو ألقى عليهم جدارا دفعه كان لهم القصاص جميعا و إن كان خطأ أو عمدا توجب مالا- كان لهم الأرش متعلقا برقبته أو في ذمته على كلام السابق، سواء كانت الجنايه متعاقبه أو دفعه فان كان ما في يده يقوم بالأرش فله افتكاك رقبته و إن لم يكن له مال تساوا في قيمته بالحصص هذا إن أوجبا الأرش بالغما ما بلغ.

و إن أوجبا الأقل من أرش الجنايات كلها و من قيمته تحاصوا فيه بالنسبه، لأن الجانى لا يجنى على أزيد من نفسه، اتحدت جنايته أو تعددت، مترته أو دفعه، و سبق تعلق الاستحقاق للأول لا ينافى شركه الآخر له بالجنايه المتأخره.

و لو كانت الجنايه موجبه للقصاص على التعاقب ففي مساواته للأرش في الاشتراك و عدمه ما لم يكن قد حكم به لأولياء الأول قولان يأتي تحقيقهما في

محلّه إن شاء الله تعالى، كما انه يأتي تحقيق المراد بالاشتراك فى القصاص و ما يترتب على العاصى لو فعل من دون إذن، و غير ذلك من هذه المسائل.

و لو عفى بعضهم قسم على الباقين، و لو كان بعضها يوجب القصاص استوفى و سقط حق الباقي، و إن عفى على مال شارك، و لو أعتقه أو أبرأه من النجوم ففيه البحث السابق، و كذا لو أدى نجوم كتابته، و الله العالم.

### [المسألة الخامسة إذا كان للمكاتب أب و هو رق]

المسألة الخامسة:

إذا كان للمكاتب أب و هو رق ل ه فى جملة عبيده فقتل عبدا له لم يكن له القصاص فيه كما لا يقتض منه فى قتل الولد بل هذا أولى، لأنه لا يثبت للولد على الوالد قصاص بلا خلاف و لا إشكال، نعم لو كان ابنه رقا له و قتل عبدا من عبيده اقتض منه، لإطلاق أدلته.

ولذا لو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض بما يوجب القصاص جاز له الاقتصاص من دون إذن سيده و إن لم يكن تصرفا اكتسابيا و أدى إلى قتل عبده أجمع حسما لماده التوثب الذى فيه حفظ للمال أيضا، و اهتماما بالدماء الذى هى أعظم من الأموال، و ربما احتتمل العدم للحجر عليه فى التصرف فى ماله بغير الاكتساب، و فيه منع واضح، ضروره كون المسلم الحجر عليه فى التبرع بالمال، و ليس الفرض منه، بل هو فى الحقيقة من سياسة المال و حفظه.

و لو كانت الجنايه توجب مالا لم يثبت له على ماله مال حتى فى الأب و الولد، و إن احتتمل جواز بيعهما له فى جنائتهما الموجه مالا تحصيليا للاستعانه بأرش جنائتهما بعد أن لم يكن له بيعهما قبل الجنايه، بخلاف غيرهما من العبيد الذين لم يثبت له عليهم مال بجنائتهم، لأنه يملك بيعهم قبل الجنايه، إلا أنه

كما ترى، و ثبوت المال للسيد على المكاتب لو جنى عليه باعتبار خروجه عن محض الرقيه، و صيروره ذمه له يملك بها، فيندرج فى أدله الجنايه، بخلاف المملوك فإنه لا ذمه له بالنسبه إلى المولى، و هو واضح، و الله العالم.

### [المسأله السادسه إذا قتل المكاتب المشروط فهو كما لو مات]

المسأله السادسه:

إذا قتل المكاتب المشروط فهو كما لو مات تبطل كتابته و يموت رقيقا، و للسيد كسبه و أولاده، فإن كان القاتل المولى فليس عليه إلا الكفاره، و إن قتله أجنبى حر فلا قصاص أيضا، و لكن عليه قيمه.

و لو كان القتل بسرايه الجرح فان كان قبل أن يعتق و قد أدى أرش الجرح إلى المكاتب أكمل قيمه للمولى، و إلا دفع إليه تمام قيمه، و إن كان الجانى المولى سقط عنه الضمان، و أخذ كسبه الذى منه أرش الجرح الذى دفعه إليه، و إن كانت السرايه بعد ما عتق بأداء نجومه فعلى الجانى الأجنبى تمام الديه، لأن الاعتبار فى الضمان بحاله الاستقرار و تكون لوارثه، بل لو كان الجانى المولى كان عليه ذلك أيضا، و إن كان لا ضمان عليه لو جرح عبده القن ثم أعتقه و مات قبل السرايه، للفرق بينهما بأن ابتداء الجنايه هنا غير مضمون بخلاف المكاتب فإن ابتدائها مضمون.

و لو جنى على طرفه أى المكاتب عمدا و كان الجانى هو المولى فلا قصاص قطعا، لعدم المكافاه، و لكن عليه الأرش الذى هو من كسبه و عوض عضوه الذى فاته الاكتساب به. و كذا إن كان الجانى أجنبيا حرا أو مبعضا و ذلك لما عرفته من عدم المكافاه.

نعم إن كان الجانى مملوكا ثبت (١١) له القصاص (١٢) و ليس للسيد منعه و لا- إجباره على العفو على مال كالمريض و المفلس، لعدم كونه تصرفا فى مال، مع إطلاق أدله القصاص، و إن احتل لأنه قد يعجز فيعود إلى المولى مقطوع اليد

مثلا- بلا- جابر، إلا أنه كما ترى لا يصلح لتقييد إطلاق الأدله، بل لو عفى عما له من القصاص مجانا صح، لأن موجب الجنايه القصاص لا- المال، و أولى منه لو عفى على أقل من أرش الجنايه، و ربما احتمل العدم فيهما، بل هو خيره الكركى فى حاشيته فى الأول، لأنه تصرف غير اكتسابى، و فيه منع الحجر عليه فى مثله و إن لم يكن اكتسابا، لأنه ليس تبرعا بمال، نعم لو كانت الجنايه توجب مالا لم يكن له العفو من دون إذنه.

و كيف كان ف كل موضع يثبت فيه الأرش فى العمد و الخطأ على المولى أو على غيره فهو للمكاتب، لأنه من كسبه و عوض ما فاته من الاكتساب بسبب الجنايه، و الله العالم.

### [المسأله السابعه إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمدا فأراد الاقتصاص فللمولى منعه]

المسأله السابعه:

إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمدا فأراد الاقتصاص منه ف عن المبسوط للمولى منعه لأنه تصرف غير اكتسابى، فلا تنقطع عنه سلطنه المولى، و فيه أن إطلاق الأدله ينافيه، خصوصا بعد ما سمعت من أن له الاقتصاص من غيره و من عبيده لو جنى بعضهم على بعض.

و من الغريب جزم المصنف هنا بأن للمولى منعه المبني على بقاء سلطنه المولى له على ذلك مع جزمه السابق بأن له القصاص من عبيده و أنه إن جنى عليه مملوك ثبت له القصاص الظاهر فى أن ليس للسيد منعه عن ذلك، ضروره عدم الفرق فى المملوك بين عبد السيد و بين غيره.

و تحقيق المسأله مبنى على أن المكاتب محجور عليه فى سائر تصرفاته الماليه و غيرها إلا التصرف الاكتسابى، و إلا ما يرجع إلى الإنفاق عليه و على غيره ممن نفقته عليه من عبد أو أمه و نحوهما، أو أنه بالكتابه قد ارتفع الحجر عنه



مطلقا إلا التصرف التبرعى فى ماله، فله استيفاء حقه من القصاص و غير ذلك من التصرفات التى ليست اكتسابيه الظاهر الثانى.

و صحيح معاويه بن عمار (١)

المتقدم سابقا المشتمل - على النهى عن أن يحدث فى ماله إلا- الأ- كله من الطعام مع أنه فى المكاتب على نفسه و ماله الذى يمكن إرادته اشتراط ذلك عليه من الكتابه على ماله كما ذكرناه سابقا- إنما هو فى التصرف فى المال، و النهى عن الترويج فيه و فى غيره لا يقتضى المنع عن سائر التصرفات التى يمكن القطع بخلاف ذلك فيها من إيداع ماله و التصرف فيه بركوب و لبس و استعمال و نحو ذلك، كالقطع بثبوت الحق له بسبب الجنايه أو غيرها، و لو لأنه قد يرجع إلى مال، فيكون سلطنه الاستيفاء له، فتأمل جيدا فانى لم أجد المسأله محرره فى كلامهم، و الله العالم.

و على كل حال ف ان كانت الجنايه خطأ فأراد الأرش لم يملك منعه، لأنه بمنزله الاكتساب الذى ليس له منعه منه و لكن لو أراد الإبراء توقف على رضا السيد لأنه تصرف تبرعى، و كذا فى العمدة لو عفى على مال ثم أراد الإبراء منه، و الله العالم. هذا كله فى المشروط.

### [الثانى فى المطلق]

و أما المطلق ف ان لم يكن قد أدى شيئا فهو بحكمه و إذا أدى من مكاتبته شيئا تحرر منه بحسابه فان جنى هذا المكاتب، و قد تحرر منه شىء و كانت جنايه عمدا على حر اقتص منه إلا أن يعفى عنه على مال أولا عليه و لو جنى على مملوك أو على من كان أقل حريه منه لم يقتص منه لما فيه من الحريه، و لزمه من أرش الجنايه بقدر ما فيه من الحريه و تعلق برقبته منها بقدر رقيته كما هو حكم المبعوض فى أكثر المقامات.

و لو جنى على مكاتب مساو له (١١) فى الحريه اقتص منه (١٢) لحصول

المكافاه و إطلاق أدله القصاص نعم لو كان حريه الجانى أزيد لم يقتص منه لعدم المكافاه و إن كانت أقل اقتص منه لحصولها و زياده.

و لو كانت الجنايه خطأ تعلق بالعاقله بقدر الحريه، و برقبته بقدر الرقيه للتبعيض و للمولى و لنفسه أن يفدى نصيب الرقيه بنصيبها من أرش الجنايه بالغما ما بلغ أو بأقل الأمرين على الأصح سواء كانت الجنايه على عبد أو على حر خلافا لما عن بعض العامه، فجعل ديه الجنايه على العبد فى ذمه الجانى و إن كانت خطأ.

و لو جنى عليه حر أو أزيد حريه منه فلا- قصاص لعدم المكافاه، و عليه الأرش (١١) الذى هو هنا مركب من بعض ديه هذه الجنايه على الحر و بعض أرشها على العبد و لو كان (١٢) الجانى رقا (١٣) أو أقل حريه أو مساويا اقتص منه (١٤) فى العمد بلا خلاف و لا إشكال، و الله العالم.

### [المقصد الثالث فى أحكام المكاتب فى الوصايا]

#### [المسأله الأولى لا تصح الوصيه التمليكه برقبه المكاتب]

المقصد الثالث فى أحكام المكاتب فى الوصايا، و فيه مسائل:

الأولى:

لا تصح الوصيه التمليكه برقبه المكاتب و إن كان مشروطا و عجز و رد فى الرق بعد الوصيه التى قد عرفت فسادها كما لا يصح بيعه و لا- نقله بسائر النواقل و لو ممن ينعق عليه و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد باعتبار كونه كتعجيل عتقه، لكن فيه أنه موقوف على الانتقال المتوقع على جواز النقل بخلاف تعجيل العتق بالإعتاق. نعم لو أضاف الوصيه به إلى عوده فى الرق جاز و يكون من الوصيه العهديه أو التمليكه بناء على مشروعيه التعليق فيها بغير الموت كما لو قال: إن عجز و فسخت كتابته فقد أوصيت لك به.

و فى المسالك «ثم إن عجز فأراد الوارث انتظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه، و إنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما فى المجنى عليه، و يحتمل تقديم الوارث، لأن الوصيه له مشروطه بفسخ كتابته و لم يحصل الشرط هذا إذا كانت الوصيه معلقه على فسخ كتابته مطلقا، أما لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر فى صحتها عجزه فى حياته، و فى التحرير جعل الإطلاق محمولا على عجزه فى حياته، و إنما يكتفى بما بعد موته لو صرح به، و هو غير واضح».

و فيه أولا- أن ما ذكره احتمالا- هو الأصح لما ذكره من الوجه الأول و إن اختاره فى التحرير أيضا، بل ظاهر ما تسمعه منه فيما يأتى تقديمه على الوارث مع الاختلاف فى الفسخ مع العجز، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه من أنه لا تسلط

للموصى له على الفسخ، لعدم دخول الرقبه فى ملكه قبله، كما هو واضح.

و أما ما حكاه عن التحرير فالذى فيه «أنه لو قال: إن عجز و رق فهو لك بعد موتى صحت الوصيه إذا عجز فى حياه المولى، و إن عجز بعد موته لم يستحقه، و لو قال: إن عجز بعد موتى فهو لك كان تعليقا للوصيه على صفه توجد بعد الموت» و هو أجنبى عما ذكره، لظهور مثاله فى المفسوخه قبل الموت، بل من المحتمل إرادته بطلان الوصيه التملكيه المقتصر فى مشروعيتها نسا و فتوى على التعليق بالموت على وجه يكون الاستحقاق به بخلاف المعلقه على صفه توجد بعد الموت.

بل قد يكون فى عباره المتن إشعار بذلك إذا قرئ قوله: «فسخت» بضمير المتكلم، بل و عباره الكركى فى حاشيته، لأنه اقتصر على تقييد الصحه بالفسخ حال الحياه و على نقل عباره التحرير فى الفسخ بعد الوفاه، فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فلا- إشكال بل و لا- خلاف فى أنه يجوز الوصيه بمال الكتابه لإطلاق أدلتها، بل هى أولى من بيعه الذى قد عرفت جوازه، كما أنك عرفت الكلام فيه لو عجز بعد ذلك.

و فى المسالك هنا «فإن أداها- أى النجوم- فهى للموصى له، و إن عجز فللوارث تعجيزه و فسخ الكتابه و إن أنظره الموصى له، و هل يملك الموصى له إبراءه من النجوم؟ وجهان، أجودهما ذلك، لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء، و وجه العدم أنه ملكه استيفاء النجوم و لم يملكه تفويت الرقبه على الورثه».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الوجه الأخير، ضروره اقتضاء الوصيه ملكيه المال الذى فى ذمه العبد، بل قد عرفت فى مسأله بيع مال الكتابه احتمال الانعتاق بذلك، و احتمال عدم التسلط على فسخ الكتابه لا ممن انتقل إليه المال، لعدم كون العقد معه، و لا من غيره، لظهور الأدله فى ثبوت الخيار له إذا كان المال له و يؤخره عن أجله كما سمعته سابقا، و لا يخلو من قوه.

و احتمال الفاضل فى القواعد كون التعجيز إلى الموصى له، قال: «و التعجيز إلى الورثه، لأن الحق ثبت لهم بتعجيزهم، و يصير عبدا لهم، و يحتمل إلى الموصى

له، لتسلطه على العتق بالإبراء، و لأنه حق له، فله الصبر به» و هو غير ما ذكرناه من الاحتمالين.

و لو جمع بين الوصيتين لواحد أو لاثنتين جاز بلا خلاف و لا إشكال بأن يقول: «مال الكتابه لزيد بعد موتى، و إن عجز و فسخت فرقته له بعد موتى أو لعمرو» لكن إن أدى المال بطلت الثانيه، و إن استرق بطلت الأولى، لكن إن كان قد قبض منه شيئاً فهو له، و فى التحرير لو اختلف الموصى له بالرقبه و الموصى له بالمال فى فسح الكتابه عند العجز قدم قول صاحب الرقبه، و كذا إن اختلف صاحب الرقبه و الوارث، و فيه ما عرفته سابقاً، و الله العالم.

### [المسأله الثانيه لو كاتبه مكاتبه فاسده ثم أوصى به جاز]

المسأله الثانيه:

لو كاتبه مكاتبه فاسده ثم أوصى به جاز لما عرفته من عدم ترتب أثر على الفاسده عندنا، خلافاً لبعض العامه. و حينئذ ف لو أوصى له بما فى ذمته لم يصح لعدم شىء له فى ذمته بعد فرض فساد الكتابه، و لا فرق فى ذلك كله بين العلم بالفساد و الجهل به، كما سمعته فى نظائره، و تخيله عدم التأثير للوصيه بالرقبه مع جهله بالفساد فتكون وصيته بالمحال كما عن بعض العامه لا ينافى الترتب الشرعى المنوط بسببه المفروض حصوله بإطلاق الأدله و لذا نسبه فى المسالك إلى ظاهر إطلاق المصنف و الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ فى المبسوط.

نعم لو قال: فان قبضت منه شيئاً فقد أوصيت لك به صح إذا كان المقبوض من كسب العبد الذى هو باق على ملك السيد الموصى بعد فرض فساد الكتابه، فالوصيه له حينئذ بما يقبضه منه وصيه فى الحقيقه بكسب العبد لا بمال الكتابه، أما لو صرح بالوصيه بما يقبضه من مال الكتابه فى المسالك لم يصح،

كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض، و لكن إطلاقه لا يخلو من بحث، و الله العالم.

### [المسألة الثالثة إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه صح]

المسألة الثالثة:

إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه صح و خرج من الثلث، و المدار فيها على المفهوم من لفظ الوصيه و لو بالقرينه، كما في نظائره، فإن قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه أو أكثر ما عليه فهي وصيه بالنصف و زياده تتحقق بها الأكثرية عرفا و حيث كانت أفرادا متعدده ف للورثه المشيئه في تعيين الزيادة و إن كانت هي وصيه أيضا مفوضه إليهم لا ابتداء عطيه منهم.

و هل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متموله أم يكفي التمول بانضمامها إلى النصف؟ ففي المسالك «وجهان، أظهرهما الثاني، لأن التمول إنما يعتبر في الوصيه و غيرها مع الانفراد، أما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، و إلا لزم عدم صحه الجميع، لأن أجزائه تبلغ حدا لا يتمول، و الوصيه هنا بمجموع النصف و الزيادة لا بالزيادة وحدها» و فيه أن العرف لا يفرق في اعتبار التمول بين الأمرين، و الله العالم.

و لو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه و مثله فهو وصيه ب جميع ما عليه و زياده، لأن ما يزيد على النصف نصف الوصيه، فيكون محلها زائدا على مجموع المال و من هنا بطلت الوصيه في الزائد لعدم المحل لها حيثئذ، و كذا لو قال: «ضعوا أكثر مما عليه أو ما عليه و أكثر» و نحو ذلك، و لو قال: «ضعوا عنه أكثر ما عليه و نصفه» وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه و زياده شىء، بل في المسالك «لا- يعتبر فيه أن يتمول و يقبل التنصيف إلى ما يتمول إلا على الاحتمال السابق، و أما توهم اعتبار تمول الزيادة دون نصفها بناء على أن ما

يتمول يصح أن يقال له نصف معتد به و إن لم يتمول، بخلاف نصف ما لا يتمول فهو فاسد، لما ذكرنا من الوصيه بالمجموع لا بالزيادة منفردة، سواء نصفها أم لا» و إن كان فيه ما لا يخفى من منافاه العرف لما ذكره.

و لو قال: ضعوا عنه ما شاء أو ما شاء من مال الكتابه فإن شاء و أبقى شيئاً و لو قل، بل فى كشف اللثام و إن لم يتمول صح بلا إشكال و لا-خلاف و إن شاء الجميع قيل و القائل الشيخ فى المحكى من المبسوط لم يصح أما فى الثانى فظاهر، لأن «من» للتبعيض و أما فى الأول فلأن فيه «من» مقدره، فهى كالموجوده، و إلا لقال: «ضعوا عنه النجوم» و حينئذ فلا بد أن يبقى منه شىء بقرينه حال اللفظ بل لو قلنا بعدم تعيين «من» للتبعيض خصوصاً المقدره لتردها بينه و بين التبيين أمكن أن نقول: إن البعض معلوم على التقديرين، و الجميع مشكوك فيه، لقيام الاحتمال، فيرجع إلى معنى التبعيض و إن لم نحمل عليه بالخصوص، و لو دلت القرينه على إرادته التبيين أو إرادته الجميع من غير اعتبار من عمل بها.

و ربما احتمل وجودها فى الصورة الأولى على إرادته ما يتناول الجميع، لكن ظاهر المصنف خلافه، لقوله: «بقرينه حال اللفظ» المحتمل لإرادته الافتقار إلى تقدير «من» التى لا يتيقن من معناها إلا التبعيض، و لإرادته حال التركيب الذى أشرنا إليه من أنه لو أريد الجميع لقال: «ضعوا عنه النجوم» و إن نوقش فى الأخير بالفرق بين الإرادتين فإنه فى الأولى جعل المشيئه إليه فى إرادته البعض الجميع، و هذا الفرض لا- يتأدى بقوله: «ضعوا عنه النجوم» الذى مدلوله وضع الجميع خاصه لا- جعل المشيئه إليه، و الأغراض تتفاوت فى ذلك، و لعله لذا كان خيره الفاضل فى القواعد و شرحها للاصبهاني تناول الجميع فيه دون المذكور فيه لفظ «من».

و يمكن أن يريد بحال اللفظ دعوى الفهم عرفاً من أمثاله عدم إرادته الجميع و ان كان هو مقتضاه لغه خصوصاً فى المجرى من لفظ «من» و لعل هذا هو الأولى،

بل هو المدار في كثير من الأمثلة التي لا فائده في التعرض لها و إن ذكر جملة منها في القواعد و غيرها، و الله العالم.

### [المسألة الرابعة إذا قال ضعوا عنه أوسط نجومه فان كان فيها أوسط عددا أو قدرا انصرف إليه]

المسألة الرابعة:

إذا قال: «ضعوا عنه أوسط نجومه» فان كان فيها أوسط عددا خاصه كما إذا كانت ثلاثه نجوم مثلا كل نجم دينار في شهر أو قدرا خاصه كما إذا كانت أربعة نجوم مثلا اثنان منها دينار إلى شهر، و الثالث ثلاثه إلى شهر، و الرابع أربعة كذلك، فان الثالث هو الأوسط في المقدار، لأنه فوق ما دونه مطلقا و دون ما فوقه كذلك انصرف إليه بلا خلاف و لا إشكال، بل أو أجلا خاصه، كما إذا كانت أربعة مثلا، اثنان منها دينار كل واحد إلى شهر، و الثالث دينار إلى ثلاثه، و الرابع دينار إلى أربعة مثلا، فان الثالث هو الوسط في الأجل على حسب ما سمعته في القدر، إذ الوسط كما يطلق على المحفوف بمتساويين يطلق على المتوسط بين الناقص و الزائد في المقدار مالا أو أجلا.

لكن ظاهر الشهيد الأول في شرح الإرشاد أنه على كل حال متواطئ قال:

«مقدمه: إذا أوصى بلفظ متواطئ مضاف إلى معين و لم يوجد إلا واحد من أفراد معناه تعين ذلك الواحد، و إن تعدد تخير الوارث عند الشيخ، و قال القاضي بالقرع إذا عرفت ذلك فالأوسط لفظ موضوع للشئ ء بين الشئتين، و البينه قد تكون مكانيه أو زمانيه و زياده و نقيصه» إلى آخر ما ذكره من أمثله المسألة.

و نحوه الكركي في حاشيته، فإنه بعد أن ذكر ما ذكرناه من الأمثلة قال:

«فإذا وجد الأوسط بأحد الاعتبارات تعين، و لو كان بجميعها، فأولى، و إن حصل التعدد كأربعة ثالثها أوسط في القدر و ثانيها في الأجل تخير الوارث في التعيين، لأن متعلق الوصيه متواطئ، فالتعيين فيه إلى الوارث على الأصح» لكن في المسالك «الأوسط لفظ متواطئ، و يراد به الشئ ء بين الشئتين على السواء، و البينه



قد تكون بالزمان، كوسط النهار المتوسط بين طرفيه، و بالمقدار بسبب زيادته و نقصانه كالإثنين المتوسطين بين الواحد و الثلثة، و المقدار هنا قد يكون فى مال النجوم و قد يكون فى الآجال، و النجم لفظ مشترك فى هذا الباب بين أجل مال الكتابه و نفس المال المفروض فى الأجل كما بيناه سابقا، و قد تقدم فى الوصايا أنه إذا أوصى بلفظ يقع على شيئين فصاعدا سواء كان مشتركا أم متواطئا و وجد فى مال الموصى منها أفراد متعدده يتخير الوارث فى تعيين أيها شاء، و أن فيها قولاً ضعيفا بالقرعه، و هذه المسأله من جزئيات تلك المسأله».

و لا- يخفى عليك ما فى دعوى تخيير الوارث فى اللفظ المشترك الذى لم يرد به عموم الاشتراك الذى هو مجاز لا يصار إليه إلا- بقرينه، و ليس منها إطلاقه مجردا عنها كما هو محرر فى محله، و دعوى رجوع حق التعيين للوارث قد عرفت فسادها فى كتاب الطلاق.

و كذا لا يخفى عليك ما فى دعوى كون لفظ الوسط متواطئا بالنسبه إلى الأفراد المزبوره، نعم لا إشكال فى تنزيل الوصيه على ما كان موجودا من الثلاثه فى خصوص تلك الوصيه للقرينه، و كذا إذا اجتمعت الثلاثه فى واحد منها أو الاثنان منها، فهذه صور خمسه أو سبعة لا إشكال فيها.

إنما الكلام فى صوره اجتماعها فى متعدد بمعنى فرض الوسط فى المقدار بالمال فى ثانيها و العدد فى ثالثها أو الأجل من غير فرق بين اجتماع الاثنين منها فى مقابله الواحد و بين مقابله الواحد بالواحد، فان تعدد اعتبارات الوسط فى بعضها لا يصلح للترجيح على آخر، و ظاهرهم هنا بل صريح جماعه تخيير الوارث. و إليه أشار المصنف بقوله و إن اجتمع الأمران كان الورثه بالخيار فى أيهما شاء بناء على أنه من المتواطئ.

وقيل: تستعمل القرعه، و هو حسن بل متعين بناء على أنه مشترك، ضروره أنه لا معنى للتخيير مع إجمال المراد، إلا أن يراد منه مصداق على عموم الاشتراك، فيكون حينئذ من المتواطئ، كما هو واضح.

ثم إن ظاهر غايه المراد و المسالك كون المراد بالمثال المفروض فى المتن و نحوه نجما واحدا متوسطا، و من هنا لو كانت النجوم خمسـه مثلا- متساويه بالمقدار و الأجل كان الوسط فيها الخامس دون الثلاثه المتوسطه و إن حفت أيضا بمتساويين، لأن الوصيه بنجم واحد فلا يصار إلى المتعدد مع إمكان المتحد المطابق للوصيه، و لو فرض إرادته ما هو أعم من الواحد بأن يريد ما صدق عليه الوسط مطلقا كان من باب المتعدد، فيتخير الوارث، و كذا الكلام فى نظائر المقام.

قلت: قد يقال: إن العمده فى ذلك العرف القاضى بكون الوسط فى الخمسه الخامس المحفوف من الطرفين بالأربعه، و كذا السبعه و التسعه و أمثالها، بل لعل صدق الوسط على غيره إضافى نحو ما تسمعه فى صورته تعذر الأوسط حقيقه التى ذكر المصنف حكمها، لأن المراد نجم واحد إذ الأوسط يصدق على المتحد و المتعدد، و الله العالم.

و كيف كان ف ان لم يكن أوسط لا- قدرا و لا- عددا و لا أجلا جمع بين نجمين، لتحقق الأوسط، فيؤخذ من الأربعة الثانى و الثالث، و من الستة الثالث و الرابع لصدق الحف بمتساويين عليهما، و إن كان فى انصراف الوسط إلى مثل ذلك نظر بل منع، نعم لا يبعد ذلك بعد تعذر الحقيقه، و هل يؤخذ منهما واحد خاصه بتخير الوارث أو يؤخذ الاثنان، لأن مجموعهما هو الأوسط؟

وجهان، و ظاهر الأصحاب القطع بالثانى، و هو مؤيد لما ذكرناه من عدم فهمهم الواحد من الأوسط.

و من ذلك يعلم ما فى مناقشه ثانى الشهيدين، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب القطع بذلك قال: «و فيه نظر، لأنهم إذا سلموا أن الإطلاق محمول على الواحد، و الانتقال إلى المجاز لتعذر الحقيقه، فالمجاز متعدد بالاعتبارين، لأن أحدهما مجاز فى الوسط باعتبار أنه بعض أجزاء حقيقه فى الواحد، و الاثنان حقيقه فى الأوسط مجاز بعيد فى الواحد، فالحمل عليه ليس أولى من الآخر إن لم يكن المرجح فى ذلك الجانب، لظهور مجازيته فى الاستعمال» إذ قد عرفت أنهم

لم يسلموا ذلك في الإطلاق و إنما حملوا اللفظ على الواحد باعتبار الفهم عرفا كون الواحد في الخمسه مثلا هو الوسط، لا أن المراد بالوسط المفروض في المثال الواحد، و لو لم يكن للنجوم وسط أصلا- كما لو كانت اثنين خاصه- بطلت الوصيه، لفقد الموصى به حقيقه، و لا انصراف إلى مجاز بخصوصه بعد تعذرهما كما في المثال السابق، لكن في المسالك في الفرض قال: «و في بطلان الوصيه لفقد الموصى به أو الحمل على واحد الثفاتا إلى المجاز و بابه المتسع نظر» و لا يخفى عليك ما فيه، و الله العالم.

### [المسأله الخامسه إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابه فإن برى ء فقد لزم العتق و الإبراء]

المسأله الخامسه:

إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابه فإن برى ء فقد لزم العتق و الإبراء بلا خلاف و لا إشكال و إن مات خرج من ثلثه على ما هو الأصح من أن منجزات المريض منه. و فيه قول آخر أنه من أصل التركه قد عرفت الحال فيه في محله.

و حينئذ فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته و مال الكتابه مع اختلافهما أو أحدهما مع التساوى عتق بلا إشكال أيضا و إن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فان كانت النجوم أقل فالكتابه لازمه من جهته، و قد ضعف ملكه في المكاتب، فليس له إلا- المطالبه بالنجوم التي صارت عوضا، و إن كانت قيمه أقل فهي التي تخرج عن ملكه و العبد معرض لإسقاط النجوم بتعجيزه نفسه على قول أو بعجزه على آخر.

و حينئذ فإن كان له سوى المكاتب مأتان مثلا- و كانت قيمه مأه و خمسين مثلا و النجوم مأه اعتبرت النجوم، و حكم بنفوذ العتق، و لو انعكس الأمر اعتبرت القيمه، و حكم بنفوذ العتق أيضا، و إن لم يخرج واحد منهما من الثلث بأن كان يملك سوى

المكاتب خمسين ضم أقلهما إلى الخمسين و أنفذ العتق في ثلثهما من العبد، فإذا كانت القيمة مأه و خمسين و النجوم مأه ضمنا النجوم إلى الخمسين و نفذنا العتق في ثلثهما، و هو نصف العبد، و ذلك لأن ثلث العبد قد عتق بالتنجيز و بقي ثلثاه للورثة في مقابله ثلثي مال الكتابه الذي علم ضرر الوارث بها، فإذا وصل منه ثلث الخمسين الذي هو نصف ثلث المأه انعتق من العبد نصف ثلثه، فإذا ضم إلى الثلث كان نصفاً، لأنه ثلث و نصف، و حينئذ تبقى الكتابه في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإذا أداه إلى الورثه عتق و إن عجز فلهم رد ما بقي بهم في الرق.

و إن كان يملك سوى المكاتب مأه و القيمة و النجوم على الحال السابق عتق ثلثاه، و ذلك لأن ثلثه من المال يقابل ثلث ما للوارث من ثلثي مال الكتابه، فيعتق من العبد ثلثاه و تبقى الكتابه في ثلثه بثلث مال الكتابه و إن كانت القيمة مأه و النجوم مأه و خمسين فكذا يعتق ثلثاه، و تبقى الكتابه في ثلثه بثلث مالها، و هو خمسون.

و إلى ذلك كله أشار المصنف كغيره بقوله فان خرج الأقل من الثلث عتق و الغى الأكثر و إن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما يحتمله الثلث و بطلت الوصيه في الزائد و يسعى في باقى الكتابه التي قد فرضنا بقاءها، لا القيمة و إن احتمل، لأنه لا يقصر عن مرتبه القن الذي أعتق و قصر الثلث عن قيمته، إلا أنه كما ترى لا يخرج عن القياس، نعم لو فسخ الكتابه كان حكمه كذلك و إلا فما دام مكاتباً لا ينعق إلا بأداء مال الكتابه.

و إن عجز كان للورثه أن يسترخوا منه بقدر ما بقي عليه لا- جميعه و إن كان مشروطاً، لما عرفته سابقاً في المكاتب المشروط الذي انتقل إلى ورثه متعددين و قد أدى قسط بعضهم إليه و لو باذن الباقيين.

و من ذلك يعلم فساد ما احتمل من الفرق في المسأله بين العتق و الإبراء في المشروط، فيبطل الثانى و لا ينعق منه شىء مع قصور الثلث عن مال الكتابه، لأن هذا الإبراء يكون كالإبراء من البعض الذي لا يفيد شيئاً من العتق للمشروط، فإنه

رق ما بقى عليه درهم، إذ قد عرفت أن ذلك كذلك إذا بقى مال الكتابه لواحد، لا ما إذا صار لمتعددین منهم المنجز الذى قد وصل إليه حقه تماما فيعتق فى مقابله كالوارث.

هذا و لكن فى المسالك «هو يتم- أى أصل الحكم فى المسأله- بلا إشكال على القول بجواز الكتابه من جهه المكاتب، ليكون مال الكتابه غير مستقر، أما على القول بلزومها فلا- يخلو اعتباره من إشكال إلا أن يتحقق العجز بالفعل، و أيضا فإنه إذا أدى الخمسين فى المثال زاد مال المولى، لأنه ثبت هذا المال بعقده و ورث منه، فينبغى أن يزيد ما يعتقه منه، فيدخلها الدور، و تستخرج حينئذ بالجبر كظواهرها».

و فيه أن لزومها لا ينافى مراعاته بعدم العجز الذى به يكون المال غير مستقر أيضا، كما أنه لا ينافيه صيروره المسأله دوريه فى الفرض المزبور الذى ستعرف صحته فى المسأله الأ-خيره، نعم قد يقال إن لم يكن إجماع فى المسأله إنه يقوم العبد مكاتبا محتملا- للعجز و عدمه كالمريض و نحوه، و يخرج حينئذ من الثلث، لأنه لو لم يعتقه أو يبرأه لانتقل إليهم مكاتبا، فيكون ذلك هو الذى فوته عليهم، و الله العالم.

**[المسأله السادسه إذا أوصى بعق المكاتب أو أعتقه فمات يعتق ثلثه معجلا]**

المسأله السادسه:

إذا أوصى بعق المكاتب أو أعتقه فمات و ليس له سواه و لم يحل مال الكتابه يعتق ثلثه معجلا عندنا، لوجوب المبادره إلى تنفيذ الوصيه و حينئذ ف لا- ينتظر بعق الثلث حلول الكتابه خلافا لبعض الشافعيه، فاعتبر في عتق الثلث وصول الثلثين إلى الوارث، لأن نفوذ الوصيه مشروط بكون ضعفها في يد الوارث، و لما لم يرجع هنا إليه ثلثا العبد و لا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق في الثلث، و هو واضح الضعف. و ذلك لأنه قد انتقل إليهم ثلثا المكاتب في مقابل الثلث و إن كان انتقاله إليه على وجه إن أدى حصل ل هم أي الورثه ثلثا المال و إن عجز استرقوا ثلثيه استرقاق مكاتبه و حينئذ ف يبقى ثلثاه مكاتباً يتحرر عند أداء ما عليه كما هو واضح و منعه من التصرف فيه قبل استقرار أحد الأمرين مع نفوذ الوصيه بغير مانع لا ينافي صدق وصول الضعف إلى الوارث، و الله العالم.

**[المسألة السابعة إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث]**

المسألة السابعة:

إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث و إن كان عقدها عقد معاوضه ماليه لأنها إما بيع العبد من نفسه بثمان أو عتق بعوض، فالعوض حاصل على التقديرين، و هو واصل إلى الورثه فى مقابله العبد، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرع، لكنها معامله على ماله بماله فجرت حينئذ أى المكاتبه مجرى الهبه بخلاف المعاوضه مع الغير بثمان المثل التى ليس فيها تفويت مال بل تبادل مال بمال و المعتبر فى نظر العقلاء غالبا أصل المالىه دون خصوصيه العين. نعم فيه قول آخر أنه أى عقد المكاتبه من أصل المال بناء على القول بأن المنجزات من الأصل لا أنه منه و إن قلنا بأن المنجز من الثلث، مع احتمال له لأنه لولاه لم يحصل الكسب الذى يمكن حصوله له باحتساب زكاه و نحوها مما لا يحصل للوارث لولا المكاتبه التى لا يلزمها حصول كسب للعبد يحصل للوارث على كل حال، بل الغالب على خلافه، و لا أقل من الخروج بذلك عن اسم التبرع أو الشك فيه، فيبقى على ما يقتضيه القواعد من الخروج عن الأصل، و الله العالم.

و على كل حال فعلى الأول فإن خرج المكاتب من الثلث نفذت الكتابه فيه أجمع، و ينعقد عند أداء المال فان لم يكن سواه و أدى النجوم فى حياه المولى و كان قد كاتبه على مثلى قيمته عتق كله أيضا، لأنه يبقى للورثه مثلاه، فان كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه، لأنه إذا أخذ مأه فالجمله مأتان، فينفذ التبرع فى ثلث المأتين، و هو ثلثا المأه، و لو كاتبه على مثل قيمته و قبض منه نصف النجوم نفذ الكتابه فى نصفه.

و إن لم يؤد شيئا فى حياه المولى و لم يجز الوارث صحت فى ثلثه و بطلت فى الباقي (١١) فإن أدى عتق الثلث، و هل يراد حينئذ فى الكتابه بقدر نصف ما أدى و هو

سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمه؟ فيه فى المسالك وجهان كما فى المسأله السابقيه، و وجه العدم أن الكتابه قد بطلت فى الثلثين فلا تعود، و هذا هو الذى جزم به المصنف و الجماعه.

و فيه (أولاً) أن المسأله السابقيه قد جزم فيها بالزياده. و (ثانياً) أن الحكم بالبطلان هنا مراعى بعدم حصول مال للميت و لو بما تصيده شبكته التى نصبها فى حياته بناء على ما يحصل فيها بعد موته له، و لا ريب فى أن المقام أولى من ذلك، ضروره انتقال ما قابل الثلث من مال الكتابه منه إلى الوارث، فهو حينئذ من تركته تتعلق به وصاياه و منجزاته كغيره من مال الكتابه، فالمتجه حينئذ فى المقام الزياده كما هو واضح، و تكون المسأله دوريه تحتاج إلى الاستخراج بالجبر و المقابله على حسب ما سمعته فى نظائرها من مسائل العتق.

ثم لا يخفى عليك أنه قد بان لك فى المباحث السابقيه جواز عتق السيد المكاتب، لأنه باق على ملكه، إنما الكلام فى عتقه بالعوارض كالجذام و العمى و الإقعاد و التنكيل؟ الظاهر ذلك لإطلاق الأدله، لكن فى الدروس عندى فيه نظر ينشأ من تشبته بالحريه، فلا يدخل تحت لفظ المملوك، و من بقاء حقيقه الرقيه، و من ثم لو أسلم فى دار الحرب قبل مولاه عتق، و لا يخفى عليك ما فى الوجه الأول، و الله العالم. هذا كله فى التدبير و الكتابه.

#### [كتاب الاستيلاء]

#### [الأول فى كيفيه الاستيلاء]

و أما الاستيلاء فيستدعى بيان أمرين:



## الأول:

فى كىفله الاستىلاء الذى هو عنوان لجمله أحكام شرعیه مخالفه للأصول والقواعد، كعدم جواز نقلها و انعقادها من نصيب ولدها و غير ذلك من أحكامها التى ستعرف بعضها و تقدم فى الكتب السالفه بعض آخر.

و كىف كان فى المتن هو يتحقق بعلوق أمته منه فى ملكه و فى القواعد «و هو يثبت بوطء أمته و حبلها منه- ثم قال:- و إنما يثبت حكم الاستىلاء بأمر ثلاثه: (الأول) أن تعلق منه بحر، و إنما تعلق بمملوك من مولاها فى موضعين: أن يكون الواطى عبدا قد ملكه مولاة الموطوءه و قلنا إنه يملك بالتملك و أن يكون الواطى مكاتباً اشترى جاريه للتجاره، فإن الجاريه مملوكته، و لا يثبت حكم الاستىلاء فى الأول، و أما الثانى فإن عجز اسرق المولى الجميع، و إن عتق صارت أم ولد، و ليس للمكاتب بيعها قبل عجزه و عتقه، (الثانى) أن تعلق منه فى ملكه إما بوطء مباح أو محرم كالوطء فى الحيض و النفاس و الصوم و الإحرام و الظهار و الإيلاء، و لو علقت فى غير ملكه لم تكن أم ولد، سواء علقت بمملوك كالزنا و العقد مع اشترط الولد، أو بحر كالمغرور و المشتري إذا ظهر الاستحقاق، (الثالث) أن تضع ما يظهر أنه حمل و لو علقه، أما النطفه فالأقرب عدم الاعتداد بها» و ستسمع فى كلام المصنف الإشارة إلى بعض ذلك.

و فى الإيضاح «كل مملوكه علقت من مالك حر حين ملكه بحر يلحق به شرعاً فهى أم ولد له حقيقه شرعيه».

و فى الدروس «هى من حملت من مولاها بحر فى ملكه» إلى غير ذلك من كلماتهم، إلا أنى لم أجد فى شىء مما وصل إلى من النصوص التعرض لبيان تمام

موضوعها إلا ما تسمعه من خبر ابن مارد (١)

فالمتمجه عدم لحوق حكم الاستيلاد في محال الشك.

و على كل حال ف لو أولد أمه غيره ولدا مملوكا للزنا أو للعقد المشترط فيه عليه ذلك بناء على صحته أو لغير ذلك ثم ملكها لم تصر أم ولد ل-ه و إن ملكها بعد ذلك عندنا و عند جماعه في المبسوط للأصل و غيره سواء ملكها حاملا أو بعد ولادتها.

و لو أولدها ولدا حرا تابعا له لشبهه أو لعدم اشتراط الرقيه أو لغير ذلك ثم ملكها قال الشيخ في المبسوط تصير أم ولده على الأقوى للصدق، بل في الخلاف صيرورتها أم ولد في الأول إذا ملكها و ملك ولدها بعد ذلك، بل لعله ظاهر ابن حمزه أيضا للصدق، إلا أن المشهور بينهم شهره عظيمه خلاف ذلك للأصل بعد انسياق غير الفرض من الإطلاق الذي لا عموم فيه و لم يسق لبيان الموضوع و خصوص ما في روايه ابن مارد (١١) (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام المنجبره بما سمعت من أنها لا تصير أم ولد (١٢) ل-ه (١٣)

قال: «في رجل يتزوج أمه فتلد منه أولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، و إن شاء أعتق»

بل ظاهرها مع حريه الولد فضلا عن رقيته.

نعم لا فرق في صيروره أمته التي علقته منه أم ولد بين كونه على وجه محلل أو محرم بحيض أو نفاس أو إحرام أو ظهار أو نحو ذلك، بل في القواعد «لو زوج أمته ثم وطأها فعل محرما، فان علقته منه فالولد حر، و يثبت للام حكم الاستيلاد» بل فيها أيضا «لو ملك امه أو أخته أو بنته من الرضاع انعتق على الأصح، و قيل لا- ينعتنقن، فلو وطأ إحداهن فعل حراما، و يثبت لهن حكم الاستيلاد» و نحوه عن المبسوط، و لعله لصدق أم الولد و إن كان لا يخلو من نظر

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاد الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاد الحديث ١.

أو منع مع العلم بالتحريم، لنفى الولد عنه شرعا و لثبوت الحد عليه، و من هنا مال فى الدروس إلى العدم، بل عنه و عن غيره القطع بالعدم. و ربما يشهد له - مضافا إلى ما ذكرنا - ما سمعته من خبر ابن مارد، ضروره عدم صدق حدوث الحمل عنده على المزوجه.

بل قد يقال: إن المستفاد من الأدله أن يملك وطءها و إن حرم عليه بالعارض لحيض أو نفاس بخلاف المزوجه و البنت و الأخت، فإنه لا يملك وطءهن و إن ملكهن حتى الأولى التى ملك بضعها غيره بالعقد.

و لو اشترى مزوجه الأمه فأنت بولد يمكن تجددده بعد الشراء و قبله ففى القواعد «قدمت أصله عدم الحمل على أصله عدم الاستيلاء أما لو نفاه فإنه ينتفى الاستيلاء قطعا، و فى افتقار نفى الولد إلى اللعان إشكال» و لعله من أنه ولد مملوكته المحكوم هنا بتأخر حملها، و من أنه ولد من كانت زوجته، و الأصل بقاء الفراش مع قوه فراش العقد الدائم، و لحوق النسب و عدم الاكتفاء بالاحتمال فى نفسه.

قلت: قد تقدم فى اللعان ما يستفاد منه تحقيق ذلك، فلاحظ و تأمل، كما أنه تقدم فى المباحث السابقه ما يستفاد منه تحقيق ذلك، فلاحظ و تأمل، كما أنه تقدم فى المباحث السابقه ما يستفاد منه عدم ثبوت مثل موضوع أم الولد بأصله عدم تأخر الحمل.

و لو وطأ المرهونه فحملت دخلت فى حكم أمهات الأولاد و لو من غير إذن المرتهن بلا خلاف و لا إشكال.

إنما الكلام فى جريان حكم الاستيلاء بالنسبه إلى المرتهن، فيجب على الراهن وضع رهن غيره أو الوفاء، و عدمه، لتقدم حقه على الاستيلاء، أو التفصيل بين الموسر و المعسر، فيجب على الأول الإبدال أو الوفاء دون الثانى كما عن الخلاف، و فى قواعد الفاضل «هو الأقرب» و عن المبسوط و السرائر «أنه لا يبطل الرهن مطلقا لتأخر الاستيلاء عنه» و عن غيرهما بطلانه لا مطلقا لإطلاق النهى (١).

عن بيع أمهات الأولاد، و عن ثالث التفصيل بين الوطاء بأذن المرتهن فيبطل و بلا إذنه فلا يبطل، و ربما احتمل عدم الخلاف في عدم بطلان الرهن، لبقاء الملك عليها و جواز موت الولد، و إنما الخلاف في جواز بيعها. هذا و قد تقدم الكلام في المسألة في كتاب الرهن (١).

و لو أولد أمه القراض ففي القواعد «يبطل القراض فيها، و إن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربه» قلت: مع ظهور الربح و قلنا بملك العامل يتجه حينئذ أن يكون حكمها حكم الأمه المشتركة إذا أولدها أحد الشريكين، و الله العالم.

و كذا في جميع ما ذكرنا لو وطأ الذمي مثلاً أمته ف أولدها أو حملت منه، لعدم الفرق في أمهات الأولاد بين المسلم و غيره لإطلاق الأدلة و لكن لو أسلمت بيعت عليه كما عن السرائر و موضع من المبسوط قطعاً لسيله.

و قيل و القائل الشيخ أيضاً في المحكى من خلافه و موضع آخر من المبسوط يحال بينه و بينها و تجعل على يد امرأه ثقه و لا يمكن من التصرف فيها و التسلط عليها، عملاً بعموم النهى عن بيعها (٢).

و عن المختلف تستسعى في قيمتها جمعا بين الحقين.

و الأول أشبه عند المصنف و قد تقدم في كتاب البيع (٣) ما يستفاد منه تحقيق ذلك، فلاحظ و تأمل.

و يكفي في إجراء حكم أم الولد علوقها بما هو مبدأ انسان و لو علقه بلا خلاف أجده، بل في الإيضاح الإجماع عليه، و في

صحيح ابن مسلم (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في جاريه لرجل و كان يأتيها فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثه أشهر،

١-١ راجع ج ٢٥ ص ٢٠٨.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١.

٣-٣ راجع ج ٢٢ ص ٣٣٤ - ٣٣٨.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١.

قال: هي أم ولد»

و منه يعلم حينئذ أن المراد بأم الولد من حملت بما هو مبدأ نشوء ولد، و إلا فالسقط بعد ثلاثه أشهر ليس بولد قطعاً، فيبطل حينئذ التصرف بها حينه، و لا ريب في أن المضغه و العلقه كذلك بل و النطفه مع فرض بقائها في الرحم و انعقادها ولداً، و ربما يشهد لذلك معلوميه بطلان بيع الأمه إذا واقعها سيدها و باعها بلا فصل ثم بان أنها من تلك المواقعه قد حملت.

نعم لو فرض أنها ألقته نطفه و كان التصرف بها حال وجودها فيها اتجه حينئذ الحكم بصحة البيع، لعدم العلم بكونها نشوء آدمى، إذ لعلها فاسده، بخلاف ما لو ألقته علقه، فإنه يعلم كونها نشوء آدمى، فيبطل التصرف بها المقارن لحال كونها نطفه.

و على ذلك يحمل كلام الأصحاب الذى منه ما فى الدروس قال: «و لا بد مع الاشتباه من شهاده أربع من النساء ذوات الخبره بأن ذلك مبدأ خلق آدمى و لو مضغه أما النطفه فلا، خلافاً للشيخ، و الفائدة ليس فى استتباع الحريره، لأنها تزول بموت الولد، فكيف بعدم تمامه عندنا، بل فى إبطال التصرفات السابقه على الوضع بالبيع و شبهه».

لكن فى الرياض بعد أن ذكر تحقق أم الولد بعلوقها بما يكون نشوء آدمى و لو مضغه قال: «و لا- عبره بالنطفه وفاقاً للأكثر، للأصل و عدم تسميتها ولداً فى العرف، و هو و إن جرى فى نحو المضغه على تقدير تسليمه لكن تلحق بالولد بالإجماع، خلافاً للنهيه فألحقها به أيضاً، نظراً منه إلى بناء الاستيلاء على التغليب، و لذا يعتد بالعلقه و المضغه، و النطفه بعد استقرارها للصوره الإنسانيه تشبه العلقه فى الجملة، و هو كما ترى».

قلت: إن كان مراده ما ذكرناه فذاك و إلا كان محلاً للنظر، ضروره عدم الفرق بين النطفه و غيرها بعد تبين انعقادها و صيرورتها نشوء آدمى، فيبطل البيع حينئذ من حين وقوع النطفه فى رحمها:

هذا، و في الرياض أيضا أن إطلاق العباره و غيرها من عبارات الجماعه كالتصوص و به صرح جمله من الأصحاب أنه لا يشترط الوطاء، بل يكفي مطلق العلوق منه.

و فيه أن المنساق من إطلاق النص و الفتوى الأول الذى قد عبر به أيضا بعض، و لا أقل من الشك، و قد عرفت أن الأصل بقاء حكم القن.

و بذلك كله ظهر لك الوجه فى الأمور الثلاثه التى ذكرها الفاضل فيما حكيناه عنه من عباره القواعد، كما أنه ظهر لك فى بحث المكاتبه الحال فى المكاتب إذا وطأ أمته التى اشتراها للتجاره، فلاحظ و تأمل.

### [الأمر الثانى فى الأحكام المتعلقة بأم الولد]

### [المسأله الأولى أم الولد مملوكه ما دام مولاه حيا]

الأمر الثانى فى الأحكام المتعلقة بأم الولد، و فيه مسائل:

الأولى:

أم الولد مملوكه ما دام مولاه حيا بلا خلاف و لا إشكال، فيجوز له التصرف بها بغير النقل كالوطء و الإجاره و غيرهما، و فى

صحيح زراره (١) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن أم الولد، فقال: أمه»

و فى

خبر ابن بزيع (٢)

«سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئا وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أ يجوز ذلك له؟ قال:

نعم إذا كانت أم ولده»

إلى غير ذلك.

بل لا تتحرر بموت المولى، بل من نصيب ولدها إن كان له نصيب، و إلا- كما لو كان غير وارث لمانع من الموانع- بقيت على

الملك، للأصل و ظهور النصوص فى أن عتقها من نصيب ولدها، بل هو صريحها، ففى

الصحيح (٣)

- ١-١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٢.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١.

«إن كان لها ولد و ترك مالا جعلت في نصيب ولدها»

و في المرسل (١) كالصحيح (٢)

«إن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه»

و نحوهما غيرهما (٣)

فلا تعتق من أصل التركة و لا من مال ولدها غير نصيبه من التركة.

بل في الدروس «و يجوز بيعها إذا مات مولاها و الدين يستغرق تركته، إذ لا إرث، فلا نصيب لولدها الذي عتقها بعد الوفاة مستند إليه» و إن كان قد يناقش بأن الأصح انتقال التركة إلى الوارث و إن كان الدين مستغرقا، فيتجه انعتاق نصيبه منها بملكه و إن كان الدين مستغرقا، لكن قد يدفع بظهور النص (٤)

في انعتاقها من نصيب ولدها الذي لا تعلق حق فيه، و الفرض في المقام تعلق حق الدين بها، و إن قلنا بملك الوارث، اللهم إلا أن يكلف الولد بما يخصها من الدين، أو هي بالسعى، و هما لا دليل عليهما، بل ظاهر الأدلة خلافهما فتأمل جيدا.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في ملك السيد لها لكن هي و إن كانت كذلك لا يجوز ل ه أى المولى بيعها ما دام ولدها حيا إلا في ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى و لا وجه لأدائه إلا منها و كذا يجوز للوارث بيعها فيه على الوجه المزبور، و أما في غيره من الديون بل و غير الديون من المواضع المخصوصه فقد أشبعنا الكلام فيها في البيع (٥) بل أشبعنا الكلام في جملة من أحكامها فيه و في غيره من الكتب السابقة، فلا وجه لإعادته.

و منها أنه لو مات ولدها في حياه أبيه رجعت طلقا و جاز التصرف فيها بالبيع و في غيره من التصرفات نصا (٦)

و فتوى، بل الظاهر ذلك حتى لو خلف ولدها ولدا، لانسياق ولد الصلب من النصوص و إن قلنا: إنه ولد حقيقه، فلا يشملها حينئذ إطلاق أم الولد. و تندرج في النصوص (٧)

المتضمنه

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث.

٥- ٥ راجع ج ٢٢ ص ٣٧٤ و ٣٧٥.



٦-٦ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء.

٧-٧ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء.

لحكم من مات ولدها، فما عن بعض - من كونها أم ولد بذلك - واضح الضعف و إن قال بعض: إنه متجه لو كان وارثا لجده، لانعتاق نصيبه منها عليه دون ما إذا لم يكن وارثا لانتفاء الملك المقتضى للعتق، بل ربما جعل هذا التفصيل قولاً في المسألة، و في الدروس أنه ثالث الأوجه، و فيه أن انعتاق قدر نصيبه منها لا يقتضى كونها أم ولد على وجه تلحقها أحكامها التي منها عدم جواز بيعها، و منها انعتاقها أجمع من نصيب الولد، للنص و الإجماع، لا نصيب الولد منها خاصة، كما هو واضح، و الله العالم.

### [المسألة الثانية إذا مات مولاها و ولدها حى جعلت فى نصيب ولدها و عتقت عليه]

المسألة الثانية:

إذا مات مولاها و ولدها حى جعلت فى نصيب ولدها و عتقت عليه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه هنا، مضافاً إلى المعتبره المستفيضه (١) التي منها

خبر محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سريه لها ولد أو فى بطنها ولد أو لا ولد لها فإن أعتقها ربها عتقت، و إن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق فإن كان لها ولد و ترك مالا جعلت فى نصيب ولدها» و زاد فى الفقيه «و يمسكها أولياؤها حتى يكبر الولد، فيكون هو الذى يعتقها إنشاء الله، و يكونون هم يرثون ولدها ما دامت أمه، فإن أعتقها ولدها عتقت، و إن توفى عنها ولدها و لم يعتقها فإن شأؤوا أرقوا، و إن شأؤوا أعتقوا»

و غيره من النصوص التي منها علم الحكم المزبور و إن كان مخالفاً للأصل لأن أقصى ما تقتضيه قاعده انعتاق القريب أن يعتق عليه منها مقدار ما يخصه منها و لا يسرى عليه لأنه عتق قهرى لا اختيارى إلا أن النصوص المزبوره المعتضده بعمل الأصحاب دلت على عتقها عليه أجمع و احتسابها من نصيبه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ و ٢.

نعم لو لم يكن له سواها تركه و كان له ورثه متعددون أعتق نصيب ولدها منها لقاعده القريب و سعت في الباقي في المشهور. لما سمعته سابقا في كل من تحرر بعضه، و لا تقوم على ولدها إن كان له مال غيرها، لأن انعتاقها عليه قهري، و قد عرفت في كتاب العتق عدم السرايه، مضافا إلى ظهور نصوص (١) المقام في انعتاقها عليه من خصوص النصيب لا من غيره، و إلى خصوص

مقطوع يونس (٢)

«في أم ولد- إلى أن قال:- فان كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد، و إذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها، و تستسعى في بقيه ثمنها»

خلافًا للمبسوط و الإسكافي على ما حكى عنهما، فحكما بالسرايه عليه،

للنبوي (٣)

«من ملك ذا رحم فهو حر»

و هو مع قصوره عن المعارضه لما عرفت من وجوه ظاهر في من ملكه بأجمعه لا بعضه كما في المقام.

و لكن في روايه أبي بصير (٤) عن الصادق عليه السلام تقوم على ولدها إن كان موسرا

قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاها و عليه دين قومت على ابنها فان كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها، و إن مات ابنها قبل امه بيعت في ميراث الورثه إن شاء الورثه».

و هي و إن كانت موثقه إلا أنها مهجوره لم يحك العمل بها إلا عن الشيخ في النهايه التي هي متون أخبار، و قد رجع عنها على ما قيل في غيرها، و في

١-١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب الاستيلاء.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب الاستيلاء الحديث ٣.

٣-٣ المستدرک الباب - ١٢- من كتاب العتق الحديث ١.

٤-٤ الاستبصار ج ٤ ص ١٤ الرقم ٤١.

الدروس عن الشيخ حمل الدين فيها على ثمنها، و أنه لو مات قبل البلوغ قضى منها الدين، ثم حكى عن ابن حمزه إلحاق غيره من الديون به عملاً بإطلاق الرواية.

و على كل حال فالرواية غير نقيه الدلالة على المطلوب، ضروره كونها فى الدين نحو

#### خبره الآخر (١)

«أى رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات إن شاء أن يبيعها فى الدين الذى يكون على مولاها من ثمنها باعها، و إن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، و إن كان ابنها صغيرا انتظر حتى يكبر، ثم يجبر على ثمنها، و إن مات ابنها قبل امه بيعت فى ميراثه إن شاء الورثه»

و خبره الثالث (٢) عنه عليه السلام أيضا «فى رجل اشترى جاريه يطأها فولدت له فمات، قال: إن شاءوا أن يبيعوها باعوها فى الدين الذى يكون على مولاها من ثمنها، و إن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه، و إن كان ولدها صغيرا انتظر به حتى يكبر».

اللهم إلا أن يكون وجه الاستدلال بها أنه إذا قومت عليه فى الدين تقوم عليه فى غيره، ضروره كون المرجع فيهما إلى الوارث و إن أداه فى الدين، لأن التركة على الأصح تنتقل إلى الوارث و إن تعلق بها حق الدين، و لعل ما فى هذه النصوص (٣)

و ذيل خبر محمد بن قيس (٤)

السابق محمول على استحباب انتظار الولد إذا كان على الميت دين و لا تركة سواها حتى يكبر لو كان صغيرا، و استحباب وفاء الدين للولد حتى تعتق حينئذ عليه، و حينئذ لا تكون مما نحن فيه من أنها تقوم عليه مع عدم تركة سواها، فتأمل جيدا.

و كيف كان فظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم السرايه مع الإعسار، خلافا للمحكى عن ابن حمزه من السرايه عليه، و أنه يستسعى فى قيمتها، و لعله قرأ المقطوع

١-١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب الاستيلاء الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ من كتاب التجاره.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب الاستيلاء الحديث ٤ و الباب - ٢٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ و الاستبصار ج ٤ ص

١٤ الرقم ٤١.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب الاستيلاء الحديث ٢.

السابق بالياء، و الذى رأيناه بالتاء المثناه من فوق، بل فى الرياض هو كذلك فى النسخه الصحيحه المضبوطه، و الله العالم.

### [المسأله الثالثه إذا أوصى لأم ولده قيل تعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصيه]

المسأله الثالثه:

إذا أوصى لأم ولده صح بلا خلاف و لا إشكال، و لكن قيل و القائل جماعه تعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصيه، و قيل و القائل جماعه تعتق من الوصيه، فإن فضل منها شىء عتقت من نصيب ولدها و هو أشبه عند المصنف، و قيل كما عن الإسكافى بالتخير بينهما، و قيل كما عن الصدوق تعتق من ثلث الميت غير ما أوصى به، و قد أشبعنا الكلام فى المسأله فى كتاب الوصايا و قلنا: إن الأقوى الأول، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

### [المسأله الرابعه إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجنايه برقبته]

المسأله الرابعه:

إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجنايه برقبته كغيرها من المملوك، لإطلاق الأدله و شده الأمر فى الجنايه و للمولى فكها، و بكم يفكها؟ قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط: يفكها بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمتها، لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كان القيمه فهى بدل العين تقوم مقامها، و الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه، و المولى لا يعقل مملوكه.

و قيل و القائل الشيخ أيضا بأرش الجنايه بالغا ما بلغ، لإطلاق الأدله. و هو الأشبه عند المصنف نحو ما سمعته فى المكاتب إلا أن الأقوى خلافه كما عرفت، و إن شاء دفعها إلى المجنى عليه.

و فى روايه مسمع بن عبد الملك (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «أن أم الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها، وإن كان فى حقوق الله تعالى فى الحدود فإن ذلك على بدنهما، يقاص منها للمماليك» و عمل بها الشيخ فى المحكى من ديات مبسوطه نافيا الخلاف فيه إلا من أبى ثور، فجعله فى ذمتها تتبع به بعد العتق، و ربما مال إليه بعض من تأخر عنه، مؤيدا له ببعض الوجوه الاعتباريه و لا ريب فى ضعفه، لإطلاق أو عموم ما دل (٢).

على تعلق الجنايه برقبه المملوك، بل يمكن حمل خبر مسمع المزبور على أن للسيد الفداء، و الله العالم.

و لو جنت على جماعه دفعه أو متعاقبا و لم يتخلل فداء فالخيار للمولى أيضا بين فديتها بأقل الأمرين من أرش مجموع الجنايات أو القيمه أو أرش كل جنايه بالغ ما بلغ و بين تسليمها إلى المجنى عليهم أو ورثتهم فيسترقونها على قدر الجنايات نحو ما سمعته فى المكاتب، و إن تخلل كان الفداء أو التسليم لغيره.

و فى الدروس «لو جنت على جماعه و لما يضمن السيد فعليه أقل الأمرين من قيمتها و الأرش. و إن ضمن للأول فظاهر المبسوط أنه لا ضمان عليه بعد إذا كان قد أدى قيمتها، بل يشاركه من بعده فيما أخذ» قلت: هو غريب، و الله العالم.

١- ١ الوسائل - الباب - ٤٣- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ١ من كتاب القصاص.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤١- من أبواب القصاص فى النفس من كتاب القصاص.

**[المسألة الخامسة في الكلام في روايه محمد بن قيس]**

المسألة الخامسة:

روى محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام

في الموثق بل في نهايه المرام في الصحيح في وليده نصرانيه أسلمت عند رجل و ولدت منه غلاما، فمات فانعتقت و تزوجت نصرانيا و تنصرت و ولدت، فقال: ولدها لابنها من سيدها، و تحبس حتى تضع، فإذا ولدت فاقتلها، و لفظها

«قضى على عليه السلام في وليده كانت نصرانيه فأسلمت عند رجل فولدت لسيدها غلاما، ثم إن سيدها مات فأصابها عتاق السرايه، فنكحت رجلا نصرانيا داريا، و هو العطار، فتنصرت، ثم ولدت ولدين و حملت آخر، فقضى فيها أن يعرض عليها الإسلام فأبت، قال: أما ما ولدت من ولد فإنه لابنها من سيدها الأول، و احبسها حتى تضع ما في بطنها، فإذا ولدت فاقتلها».

إلا أنى لم أجد عاملا بها حتى أن الشيخ في النهايه التي هي متون أخبار شاذه و غيرها قال يفعل بها ما يفعل بالمرتده عن مله و ما ذاك إلا لأن الروايه شاذه شذوذا لا يجوز العمل بها معه فيما هو مخالف للعمومات القاضيه بكونها كالمرتده و بقاء ولدها على الحريه، فلا بد من قصر الخبر المزبور على أنه قضيه في واقعه رأى أمير المؤمنين عليه السلام المصلحه في قتلها و لو من حيث زناها بنصراني أو غير ذلك، و الله العالم.

١-١ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب الاستيلاء الحديث ١. و بهذه- و الحمد لله- أنهينا تعاليقنا على الجزء ٣٤ من كتاب جواهر الكلام بجوار سيد الأوصياء أمير المؤمنين عليه آلاف التحية و الثناء، و أقدم شكرى المتواصل إلى العلامة الأخ الشيخ محمد القوجانى لمشاركته في إنجاز العمل، و أسأل عز و جل أن يوفقنا لإتمام هذا العمل الجبار و إلحاق الأواخر بالاولى انه سميع بصير. محمود القوجانى النجف الأشرف - ١٦- ج ٢- ٩٦.

**[المسألة السادسة لا يجرى حكم الاستيلاء إلى الأولاد]**

المسألة السادسة:

لا يجرى حكم الاستيلاء إلى الأولاد للأصل وغيره، فلو تزوجت بعبد أو حر شرطت رقيه أولاده كان أولادها منه عبيدا يجوز بيعهم في حياة المولى و بعد وفاته.

**[المسألة السابعة لو ماتت أم الولد قبل أن يفديها السيد]**

المسألة السابعة:

لو ماتت أم الولد قبل أن يفديها السيد لم يجب على المولى شىء، للأصل بعد تعلق الجنايه برقيتها، و لو نقصت قيمتها و أراد الفداء ففي القواعد:

«فداها بقيمتها يوم الفداء، و لو زادت زاد الفداء، و يجب قيمتها معيه بعيب الاستيلاء».

**[المسألة الثامنة لو كسبت بعد جنائتها شيئا فهو لمولاها]**

المسألة الثامنة:

لو كسبت بعد جنائتها شيئا فهو لمولاها دون المجنى عليه، نعم لو كسبت بعد الدفع فهو للمجنى عليه، فلو اختلفا قدم قول المجنى عليه، و لو أتلها سيدها فعليه قيمتها، و كذا لو عيها فعليه الأرش.



**[المسألة التاسعة لو باعها مولاها لم يقع موقوفا]**

المسألة التاسعة:

لو باعها مولاها لم يقع موقوفا بل باطلا، فلو مات الولد لم ينتقل إلى المشتري و لو كان بعد البيع بلا فصل.

**[المسألة العاشرة لا يبطل الاستيلاء بقتلها مولاها عمدا]**

المسألة العاشرة:

لا يبطل الاستيلاء بقتلها مولاها عمدا إذا عفى الورثة.

**[المسألة الحادية عشر للمولى أرش جنايه الأجنبي عليها كغيرها من ممالئكه]**

الحادية عشر:

للمولى أرش جنايه الأجنبي عليها كغيرها من ممالئكه، فان كونها أم ولد لا يخرجها عن ذلك، و له ضمان قيمتها على من غصبها.

**[المسألة الثانية عشر لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاء]**

الثانية عشر:

لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاء و حكم به ثم رجعا غرما له قيمة الولد إن كذبهما فى نسبه، و لا- يغرمان فى الحال قيمة الجارية، لأنهما إنما أزالا سلطنه البيع و لا قيمة له مع احتمال ضمان الأرش للتعييب، بل و لا بعد الموت، لأنها

محسوبه على الولد، و هل يرث هذا الولد؟ إشكال فإن قلنا به فالأقرب أن للورثه تغريمهما حصته، و الله العالم.

و تم تصحيحه و تهذيبه فى اليوم العشرين من جمادى الثانيه يوم ولاده مولاتنا و سيدتنا الزهراء سلام الله عليها و على أبيها و بعلها و بنيتها سنه -١٣٩٨- و الحمد لله أولا و آخرا و ذلك بيد العبد:

السيد إبراهيم الميانجى عفى عنه و عن والديه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩