



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

مُسْتَعَارٌ لِلْمَلِكِ الْأَعْلَمِ

الْمَشْرِعِ

بِرَّاعَةِ الْأَعْلَمِ

وَالْمَلِكِ الْأَعْلَمِ

الْمَشْرِعِ

الْمَشْرِعِ

مُعَدَّ بِرَأْسِ  
الْمَشْرِعِ الْأَعْلَمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
١٥	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ١٠
١٥	اشاره
١٦	اشاره
٢٠	تتمه القسم الثالث في الإيقاعات
٢٠	كتاب الظهر
٢٠	اشاره
٢٠	الكفّارات
٢٠	اشاره
٢٠	الأول: في ضبط الكفّارات
٢٠	اشاره
٢٥	فالمرتبّه
٢٩	و المختيره
٤١	المقصد الثاني في: ما اختلف فيه
٤١	اشاره
٤١	الاولى: من حلف بالبراءه فعليه كفّاره ظهرار
٤٣	الثانيه: في جزّ المرأه شعرها في المصاب
٤٤	الثالثه: تجب على المرأه في نتف شعرها في المصاب، كفاره يمين
٤٦	الرابعه: كفّاره الوطء (١) في الحيض مع التعمد
٤٨	الخامسه: من تزوّج امرأه في عدّتها
٤٩	السادسه: من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل
٥٠	السابعه: من نذر صوم يوم فعجز عنه
٥١	المقصد الثالث: في خصال الكفّاره
٥١	اشاره

- ٥١ ..... القول في العتق
- ٥١ ..... و يعتبر في الرقبه ثلاثه أوصاف
- ٥٢ ..... الوصف الأول:الايمان
- ٦٠ ..... الوصف الثاني:السلامه من العيوب
- ٦٣ ..... الوصف الثالث:أن يكون تامّ الملك
- ٧٧ ..... و يشترط في الإعتاق شروط
- ٧٧ ..... الأول:النتيه
- ٨٤ ..... فروع على القول بعدم التعيين
- ٨٤ ..... الأول:لو أعتق عبدا عن إحدى كفّارتيه صح
- ٨٥ ..... الثاني:لو كان عليه كفّارات ثلاث متساويه
- ٨٦ ..... الثالث:لو كان عليه كفّاره،و لم يدر أهي عن قتل أو ظهار؟
- ٨٦ ..... الرابع:لو شك بين نذر و ظهار فنوى التكفير لم يجز
- ٨٧ ..... الخامس:لو كان عليه كفّارتان و له عبدان فأعتقهما
- ٩١ ..... الشرط الثاني:تجريده عن العوض
- ٩٥ ..... الشرط الثالث:أن لا يكون السبب محرّما
- ٩٦ ..... القول في الصيام
- ١٠٧ ..... القول في الإطعام
- ١١٨ ..... مسائل أربع
- ١١٨ ..... الأولى:كفّاره اليمين مخيّره بين العتق و الإطعام و الكسوه
- ١٢١ ..... الثانيه:الإطعام في كفّاره اليمين مدّ لكلّ مسكين
- ١٢١ ..... الثالثه:كفّاره الإيلاء
- ١٢١ ..... الرابعه:من ضرب مملوكه فوق الحدّ
- ١٢٤ ..... المقصد الرابع:في الأحكام المتعلّقه بهذا الباب
- ١٢٤ ..... اشاره
- ١٢٤ ..... الاولى:من وجب عليه شهران متتابعان
- ١٢٥ ..... الثانيه:المعتبر في المرتبه حال الأداء

- الثالثة: إذا كان له مال يصل إليه بعد مدّه غالباً - ١٢٧
- الرابعة: إذا عجز عن العتق، فدخل في الصوم، ثمّ وجد ما يعتق - ١٢٨
- الخامسة: لو ظاهر و لم ينو العود، فأعتق عن الظهر - ١٣٠
- السادسة: لا تدفع الكفّاره إلى الطفل - ١٣١
- السابعة: لا تصرف الكفّاره إلى من تجب نفقته على الدافع - ١٣٢
- الثامنة: إذا وجبت الكفّاره في الظهر - ١٣٣
- التاسعة: إذا وجب عليه كفّاره مختيره - ١٣٣
- العاشره: لا يجزى دفع القيمه في الكفّاره - ١٣٤
- الحادي عشره: قال الشيخ: من قتل في الأشهر الحرم - ١٣٥
- الثانيه عشره: كلّ من وجب عليه صوم شهر ينمّتا بعينفعجز - ١٣٦
- كتاب الإيلاء - ١٤٠
- اشاره - ١٤٠
- الأول: في الصيغه - ١٤٢
- الثاني: في المؤلى - ١٤٨
- الثالث: في المؤلى منها - ١٥١
- الرابع: في أحكامه - ١٥٤
- اشاره - ١٥٤
- الاولى: لا ينعقد الإيلاء حتى يكون التحريم - ١٥٤
- اشاره - ١٥٤
- فروع - ١٦٢
- الأول: لو اختلفا في انقضاء المدّه - ١٦٢
- الثاني: لو انقضت مدّه الترتيب و هناك ما يمنع من الوطاء - ١٦٢
- الثالث: إذا جرت بعد ضرب المدّه احتسبت المدّه - ١٦٤
- الرابع: إذا انقضت المدّه و هو محرم - ١٦٥
- الخامس: إذا ظاهر ثمّ ألى صحّ الأمران - ١٦٥
- السادس: إذا ألى ثمّ ارتدّ - ١٦٧

- المسأله الثالثه:إذا وطئ في مدّه الترتبص لزمته الكفّاره ..... ١٦٧
- الرابعه:إذا وطئ المؤلى ساهيا،أو مجنوناً،أو اشتبهت بغيرها ..... ١٧٠
- الخامسه:إذا ادّعى الإصابه فأنكرت ..... ١٧١
- السادسه:قال في المبسوط:المدّه المضروبه بعد الترافع ..... ١٧٣
- السابعه:الذميّان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار ..... ١٧٤
- الثامنه:فته القادر غيبوبه الحشفه في القبل ..... ١٧٥
- التاسعه:إذا آلى من الأمه ثمّ اشتراها و أعتقها و تزوّجها ..... ١٧٦
- العاشره:إذا قال لأربع:و الله لا وطئتك ..... ١٧٧
- الحاديه عشره:إذا آلى من الرجعيه صح ..... ١٨٣
- الثانيه عشره:لا تتكرّر الكفّاره بتكرّر اليمين ..... ١٨٥
- الثالثه عشره:إذا قال:و الله لا أصبتك سنه إلا مزه ..... ١٨٧
- كتاب اللعان ..... ١٩٠
- اشاره ..... ١٩٠
- و أركانه أربعه ..... ١٩٤
- اشاره ..... ١٩٤
- الأول:في السبب ..... ١٩٤
- اشاره ..... ١٩٤
- الأول:القذف ..... ١٩٤
- السبب الثاني:إنكار الولد ..... ٢٠٥
- الركن الثاني:في الملاعن ..... ٢١٨
- الركن الثالث:في الملاعنه ..... ٢٢٦
- الركن الرابع:في كيفيّة اللعان ..... ٢٤٦
- اشاره ..... ٢٤٦
- و يشتمل اللعان على واجب و نذب ..... ٢٤٨
- فالواجب ..... ٢٤٨
- و النذب ..... ٢٥٢



- النظر الثاني في الأحكام - ..... ٢٥٩
- اشاره ..... ٢٥٩
- الأولى: يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل ..... ٢٥٩
- الثانيه: إذا انقطع كلامه بعد القذف، وقبل اللعان ..... ٢٦٥
- الثالثه: إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر ..... ٢٦٦
- الخامسه: إذا قذفها فأقرت قبل اللعان ..... ٢٦٨
- السادسه: إذا قذفها فاعترفت ثمّ أنكرت ..... ٢٦٩
- السابعه: إذا قذفها فماتت قبل اللعان ..... ٢٧١
- الثامنه: إذا قذفها و لم يلاعن فحدّ، ثمّ قذفها به ..... ٢٧٣
- التاسعه: لو شهد أربعة و الزوج أحدهم ..... ٢٧٦
- العاشره: إذا أحلّ أحدهما بشيء من ألفاظ اللعان الواجبه ..... ٢٧٨
- الحادي عشره: فرقه اللعان فسخ ..... ٢٧٨
- كتاب العتق ..... ٢٨١
- اشاره ..... ٢٨١
- و إزاله الرقّ تكون بأسباب أربعة ..... ٢٩٠
- اشاره ..... ٢٩٠
- أما المباشره ..... ٢٩٠
- اشاره ..... ٢٩٠
- أما العتق ..... ٢٩٠
- و يلحق بهذا الفصل مسائل ..... ٣١٦
- الأولى: لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعه ..... ٣١٦
- الثانيه: لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين ..... ٣١٨
- الثالثه: لو كان له مماليك فأعتق بعضهم ..... ٣١٩
- الرابعه: لو نذر عتق أمته إن وطئها صحّ ..... ٣٢٤
- الخامسه: لو نذر عتق كلّ عبد قديم ..... ٣٢٥
- السادسه: من أعتق عبده، و له مال ..... ٣٢٧

- السابعه:إذا أعتق ثلث عبیده و هم ستّه ..... ٣٣٠
- الثامنه:من اشترى أمه نسيته و لم ينقد ثمنها ..... ٣٣٤
- التاسعه:إذا أوصى بعق عبد فخرج من الثلث ..... ٣٣٤
- العاشره:إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه ..... ٣٣٦
- الحاديه عشره:العق في مرض الموت يمضى من الثلث ..... ٣٣٨
- تفريعان ..... ٣٣٩
- الأول:إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ..... ٣٣٩
- الثاني:إذا أعتق ثلاثه في مرض الموت لا يملك غيرهم ..... ٣٤٠
- و أما السرايه ..... ٣٤٢
- اشاره ..... ٣٤٢
- تفريع ..... ٣٤٢
- و أما الملك ..... ٣٤٤
- اشاره ..... ٣٤٤
- فرعان ..... ٣٧٢
- الأول:إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن ينعق عليه ..... ٣٧٢
- الثاني:لو أوصى له ببعض من ينعق عليه،و كان معسرا ..... ٣٧٣
- و أما العوارض ..... ٣٧٤
- كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاد ..... ٣٨١
- اشاره ..... ٣٨١
- كتاب التدبير ..... ٣٨٣
- اشاره ..... ٣٨٣
- و العلم به يستدعى ثلاثه مقاصد ..... ٣٨٧
- اشاره ..... ٣٨٧
- الأول في العبارة و ما يحصل به التدبير ..... ٣٨٧
- و يشترط في الصيغه المذكوره شرطان ..... ٣٩٣
- الأول:النتيه ..... ٣٩٣

- الشرط الثاني: تجزيدها (٢) عن الشرط و الصفه ..... ٣٩٣
- الثاني في المباشر ..... ٣٩٩
- الثالث في الأحكام ..... ٤٠٥
- و هي مسائل ..... ٤٠٥
- الأولى: التدبير بصفه الوصيه ..... ٤٠٥
- الثانيه: المدبّر ينعتق بموت موله من ثلث مال المولى ..... ٤١١
- الثالثه: إذا دبّر بعض عبده لم ينعتق عليه الباقي ..... ٤١٤
- الرابعه: إذا أبق المدبّر بطل تدبيره ..... ٤١٧
- الخامسه: ما يكتسبه المدبّر لموله ..... ٤١٩
- السادسه: إذا جنى على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى ..... ٤٢١
- السابعه: إذا جنى المدبّر تعلق أرش الجنايه برقبته ..... ٤٢٢
- الثامنه: إذا أبق المدبّر بطل التدبير ..... ٤٢٤
- فروع أربعه ..... ٤٢٥
- الأول: إذا استفاد المدبّر مالا بعد موت موله ..... ٤٢٥
- الثاني: إذا كان له مال غائبه بقدر قيمته مرتين تحرّر ثلثه ..... ٤٢٧
- الثالث: إذا كوتب ثم دبّر صح ..... ٤٢٨
- الرابع: إذا دبّر حملا صح ..... ٤٣٠
- كتاب المكاتبه ..... ٤٣١
- اشاره ..... ٤٣١
- أما الأركان ..... ٤٣١
- اشاره ..... ٤٣١
- الصيغه ..... ٤٣٢
- و الكتابه مستحبّه ابتداء مع الأمانه و الاكتساب ..... ٤٣٢
- و الكتابه قسمان: مشروطه و مطلقه ..... ٤٤٣
- و الكتابه عقد لازم ..... ٤٥٠
- و يعتبر في الموجب ..... ٤٥٦

- ٤٥٩ ..... و يعتبر في المملوك
- ٤٦٥ ..... و أما العوض
- ٤٧٦ ..... و أما الأحكام
- ٤٧٦ ..... اشاره
- ٤٧٦ ..... الأولى: إذا مات المكاتب، و كان مشروطاً، بطلت كتابته
- ٤٨٢ ..... الثانيه: ليس للمكاتب التصرف في ماله
- ٤٨٧ ..... الثالثه: كل ما يشترطه المولى على المكاتب، في عقد الكتابه
- ٤٨٨ ..... الرابعه: لا يدخل الحمل في كتابه أتمه
- ٤٩٠ ..... الخامسه: المشروط رق، و فطرته على مولاه
- ٤٩٢ ..... السادسه: إذا ملك المملوك نصف نفسه
- ٤٩٣ ..... السابعه: لو كاتب عبده و مات، فأبرأه أحد الوراث من نصيبه
- ٤٩٤ ..... الثامنه: من كاتب عبده وجعلهاً يعينه من زكاته
- ٤٩٧ ..... التاسعه: لو كان له مكاتبان، فأدى أحدهما و اشتبه
- ٤٩٩ ..... العاشره: يجوز بيع مال الكتابه
- ٥٠١ ..... الحاديه عشره: إذا زوج بنته من مكاتبه ثم مات، فملكته
- ٥٠٢ ..... الثانيه عشره: إذا اختلف السيد و المكاتب
- ٥٠٤ ..... الثالثه عشره: إذا دفع مال الكتابه، و حكم بحريته
- ٥٠٦ ..... الرابعه عشره: إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه
- ٥٠٩ ..... الخامسه عشره: يجوز أن يكاتب بعض عبده
- ٥١١ ..... و أما اللواحق فتشتمل على مقاصد
- ٥١١ ..... اشاره
- ٥١١ ..... الأولى: في لواحق تصرفاته
- ٥١١ ..... مسائل
- ٥١١ ..... الأولى: المراد من الكتابه تحصيل العتق
- ٥١٤ ..... الثانيه: إذا كان للمكاتب على مولاه مال
- ٥١٥ ..... الثالثه: إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصح

- ٥١٧ ..... الرابعه:إذا جنى عبد المكاتب .....
- ٥١٨ ..... المقصد الثاني:فى جنايه المكاتب و الجنايه عليه .....
- ٥١٨ ..... الأول:فى مسائل المشروط .....
- ٥١٨ ..... الأولى:إذا جنى المكاتب على موله عمدا .....
- ٥٢٠ ..... الثانيه:إذا جنى على أجنبى عمدا .....
- ٥٢١ ..... الثالثه:لو جنى عبد المكاتب خطأ .....
- ٥٢٢ ..... الرابعه:إذا جنى على جماعه .....
- ٥٢٣ ..... الخامسه:إذا كان للمكاتب أب،و هو رقّه،فقتل عبدا له .....
- ٥٢٥ ..... السادسه:إذا قتل المكاتب،فهو كما لو مات .....
- ٥٢٧ ..... السابعه:إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمدا .....
- ٥٢٨ ..... و أما المطلق .....
- ٥٢٩ ..... المقصد الثالث:فى أحكام المكاتب فى الوصايا .....
- ٥٢٩ ..... الاولى:لا تصخ الوصيه برقبه المكاتب،كما لا يصح بيعه .....
- ٥٣٠ ..... الثانيه:لو كاتبه مكاتبه فاسده،ثم أوصى به جاز .....
- ٥٣١ ..... الثالثه:إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقى عليه .....
- ٥٣٤ ..... الرابعه:إذا قال:ضعوا عنه أوسط نجومه .....
- ٥٣٩ ..... الخامسه:إذا اعتق مكاتبه فى مرضه،أو أبرأه من مال الكتابه .....
- ٥٤١ ..... السادسه:إذا أوصى بعنق المكاتب،فمات و ليس له سواه .....
- ٥٤٢ ..... السابعه:إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث .....
- ٥٤٤ ..... و أما كتاب الاستيلاد .....
- ٥٤٤ ..... اشاره .....
- ٥٤٤ ..... الأول:فى كيفيه الاستيلاد .....
- ٥٤٧ ..... الثاني:فى الأحكام المتعلقه بأم الولد .....
- ٥٤٧ ..... اشاره .....
- ٥٤٧ ..... الأولى:أم الولد مملوكه،لا تتحرر بموت المولى .....
- ٥٤٨ ..... الثانيه:إذا مات مولاها،و ولدها حتى .....

٥٤٩ ..... الثالثه: إذا أوصى لأم ولده

٥٥٠ ..... الرابعه: إذا جنت أم الولد خطأ

٥٥١ ..... الخامسه وليده نصرانيه أسلمت عند رجل، وولدت منه غلاما و مات

٥٥٢ ..... تعريف مركز

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين علی، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلی]: الفهارس العامه/ تالیف زين الدين بن علی  
العاملی "شهيد ثانی"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهری : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابک : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

یادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس می باشد

یادداشت : عربی.

یادداشت : عنوان روی جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

یادداشت : کتابنامه

عنوان روی جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين علی، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفری -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندی کنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندی دیویی : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۲-۴۳۱۸

ص: ۱

**اشاره**









## كتاب الظهار

### إشاره

كتاب الظهار

## الكفّارات

### إشاره

الكفّارات و يلحق بذلك: (١) النظر فى الكفّارات و فيه مقاصد:

## الأول: فى ضبط الكفّارات

### إشاره

الأول: فى ضبط الكفّارات. و قد سبق (١) الكلام فى كفّارات الإحرام، فلنذكر ما سوى ذلك.

و هى: مرتبه، و مخيره، و ما يحصل فيه الأمران، و كفّاره الجمع.

قوله: «و يلحق بذلك. إلخ».

الكفّاره اسم للتكفير، و أصلها الستر، لأنها تستر الذنب، و منه الكافر، لأنه يستر الحقّ، و يقال لليل: كافر، لأنه يستر من يفعل فيه شيئا. و تكفير اليمين فعل ما يجب بالحنث فيها، و كفّاره الظهار ما يجب بالعود فيه. و قد ورد القرآن بلفظ الكفّاره كقوله تعالى فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ (٢). و هى أنواع كثيره منها كفّاره الظهار، و استطرد الباب كلّه عندها لمناسبه ذكرها و كونها تجمع الخصال الثلاث التى هى -مع البحث عن أحكامها- عمده الباب.

و قد عرّفها بعضهم بأنها: طاعه مخصوصه مسقطه للعقوبه أو مخفّفه غالبا.

و قيّد بالأغلبيه لتدخل كفّاره قتل الخطأ فيها، فإنها ليست عقوبه. و ينتقض فى طرده بالتوبه، فإنها طاعه مخصوصه، بل هى من أعظم الطاعات، ثمّ قد تكون

ص: ٥







مسقطه للذنب كما إذا كان الذنب حقَّ الله تعالى و لم يجب قضاؤه، و قد تكون مخفَّفه له كما إذا اقترنت بوجوب القضاء أو ردَّ الحقِّ و نحوه. و كذا ينتقض بقضاء العبادات، فإنه طاعه مسقطه للذنب المترتب على التهاون فى الفعل إلى أن خرج الوقت، أو مخفَّفه له من حيث افتقار سقوطه رأسا إلى التوبه.

و اعلم أن الكفَّاره الواجبه إن لم تكن عن ذنب-ككفَّاره قتل الخطأ- فوجوبها على التراخي، لأن مطلق الأمر لا يقتضى الفور على أصحَّ القولين.

و إن كانت مسقطه للذنب أو مخفَّفه له ففى وجوبها على الفور وجهان: من أنها فى معنى التوبه من حيث كانت مسقطه للذنب أو مخفَّفه، و التوبه واجبه على الفور، و من أصله عدم وجوب الفوريه، و لا يلزم من مشاركتها للتوبه فى ذلك مساواتها لها فى جميع الأحكام، فإنها فى الأصل حقَّ مالى أو بدنى، و فى نظائرها من العبادات و الحقوق ما يجب على الفور و منها ما لا يجب، و أصل وجوبه متوقف على دليل يقتضيه غير أصل الأمر.

و أطلق بعضهم (1) وجوبها على الفور، مستدلاً بأنها كالتوبه الواجبه لذلك، لوجوب الندم على كلِّ قبيح أو إخلال بواجب. و لا يخفى فساده على إطلاقه، فإن منها ما ليس مسبباً عن قبيح.

ثمَّ على تقدير فعلها لا يكفى فى إسقاط استحقاق العقاب حيث يكون عن ذنب، بل لا بدَّ معها من التوبه المشتمله على ترك الذنب فى الحال، و الندم على فعله فيما سلف، و العزم على عدم العود إليه فى الاستقبال، و لو وجب معها قضاء

ص: ٨



فالمرتبه ثلاث(١)كفارات:

الظهار، و قتل الخطأ. و يجب في كل واحد العتق، فإن عجز فالصوم شهرين متتابعين، فإن عجز فإطعام ستين مسكينا.

العباده كإفساد الصوم فلا بد معها من القضاء للقادر عليه. و مثله القول في الحدود و التعزيرات على المعاصي.

قوله: «فالمرتبه ثلاث. إلخ».

وجوب الكفارتين على الترتيب هو الذى يقتضيه ظاهر القرآن، قال تعالى وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ إِلَى قَوْلِهِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ثُمَّ قَالَ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا (١) و قال تعالى فى كفاره القتل وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ثُمَّ قَالَ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ (٢) و هو نص فى الترتيب فيهما.

و يؤيد ذلك الأخبار الكثيره (٣)، و قد تقدم (٤) ما يتعلق بالظهار منها، و فى القتل روى عبد الله بن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «إذا قتل خطأ أدى دية إلى أوليائه ثم أعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدا مدا» (٥).

ص: ٩

١-١) المجادل: ٣-٤.

٢-٢) النساء: ٩٢.

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

٤-٤) فى ج ٩:٤٨٢-٩:٤٨٣ و ٥٣٦، هامش (٢).

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

و كَفَّارَه من أَفْطَر (١) يوما من قِضَاء شهر رَمَضَانَ بَعْد الزَّوَالِ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ، فَإِنْ عَجَزَ صَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ.

و لا- نَعْلَمُ فِي كَفَّارَةِ الظُّهَارِ مَخَالَفًا، لَكِنْ رَوَى مَعَاوِيَةَ بْنُ وَهَبٍ فِي الصَّحِيحِ قَالًا: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْمَظَاهِرِ قَالًا: عَلَيْهِ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ أَوْ صِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ أَوْ إِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا، وَ الرَّقَبَةُ تَجْزَى مَمَّنْ وَلَدٌ فِي الْإِسْلَامِ» (١) وَ «أَوْ» ظَاهِرَةٌ فِي التَّخْيِيرِ. وَ الْأُولَى حَمَلَهَا عَلَى التَّرْتِيبِ، لِلْجَمْعِ، وَ مُوَافَقَةِ الْآيَةِ، وَ إِنْ كَانَ ذَلِكَ خِلَافَ الظَّاهِرِ.

وَ أَمَّا قَتْلُ الْخَطَا فَاكْثَرَ عَلَى أَنْ كَفَّارَتُهُ مَرَّتَبَةٌ، لَمَّا ذَكَرْنَاهُ. وَ قَالَ سَلَّارٌ (٢):

أَنَّهَا مَخْيَرَةٌ. وَ هُوَ ظَاهِرُ الْمَفِيدِ (٣) حَيْثُ جَعَلَهَا كَكَفَّارَتِهِ مِنْ أَفْطَرِ يَوْمًا مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ، وَ ذَكَرَ فِي كَفَّارَةِ رَمَضَانَ أَنَّهَا مَخْيَرَةٌ. وَ الْمَذْهَبُ هُوَ الْأَوَّلُ.

قَوْلُهُ: «وَ كَفَّارَةٌ مِنْ أَفْطَرٍ.. إلخ».

مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنَ الْكَفَّارَةِ فِي ذَلِكَ هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ رَوَاهُ وَ فَتَوَى، رَوَاهُ الصَّدُوقُ عَنْ بَرِيدِ بْنِ مَعَاوِيَةَ الْعَجَلِيِّ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فِي رَجُلٍ أَتَى أَهْلَهُ فِي يَوْمٍ يَقْضِيهِ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ قَبْلَ الزَّوَالِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا يَوْمًا مَكَانَ يَوْمٍ، وَ إِنْ أَتَى أَهْلَهُ بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ فَإِنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَى عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ لِكُلِّ مَسْكِينٍ مَدًّا، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ صَامَ يَوْمًا مَكَانَ يَوْمٍ، وَ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ كَفَّارَةً لِمَا صَنَعَ» (٤).

ص: ١٠

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

٢- ٢) المراسم: ١٨٧.

٣- ٣) المقنعه: ٥٦٩.

٤- ٤) الفقيه ٩٦: ٢ ح ٤٣٠، و لاحظ الكافي ١٢٢: ٤ ح ٥، التهذيب ٢٧٨: ٤ ح ٨٤٤، الوسائل ٢٥٣: ٧ ب «٢٩» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ١.

قال الصدوق عقيب هذه الرواية: «و قد روى أنه إن أفطر قبل الزوال فلا شيء عليه، وإن أفطر بعد الزوال فعليه الكفّاره مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان». وهذا يدلّ على اختياره الأول. وفي كتابه المقنع عكس الحال، فجعل الأول روايه و الثاني فتوى، فقال: «و إذا قضيت صوم شهر رمضان كنت بالخيار في الإفطار إلى زوال الشمس، فإن أفطرت بعد الزوال فعليك مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان. و قد روى أن عليه إذا أفطر بعد الزوال إطعام عشره مساكين لكل مسكين مدّ من طعام، فإن لم يقدر عليه صام يوماً بدل يوم، و صام ثلاثه أيام كفّاره لما فعل» (١).

و في طريق الروايه الأولى الحارث بن محمد، و هو مجهول. و الروايه الثانيه الدالّه على أنها كفّاره رمضان رواها زراره في الموثّق عن الباقر عليه السلام أيضا قال: «سألته عن رجل صام قضاء من شهر رمضان فأتى النساء، قال: عليه من الكفّاره ما على الذي أصاب في رمضان، ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان» (٢).

و ليس في هذه الروايه تقييد بكون الإفطار بعد الزوال كما قيّدوه. و حملها على المقيّد بعيد، لأنه مخالف له في الحكم. و في طريقها عليّ بن فضال، و باقى سندها صحيح، فهي من الموثّق.

و روى الشيخ في الصحيح عن هشام بن سالم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وقع على أهله و هو يقضى شهر رمضان، قال: إن كان وقع

ص: ١١

١-١) المقنع: ٦٣.

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

عليها قبل صلاه العصر فلا شىء عليه يصوم يوماً بدل يوم، وإن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم و أطعم عشرة مساكين، فإن لم يمكنه صام ثلاثه أيام كفّاره لذلك» (١). وهذه كالأولى فى الكفّاره إلا أنها مخالفه لها فى الوقت. وهى أصح ما فى الباب من الروايات، و لكن لم يعمل بمضمونها أحد.

و الشيخ (٢) -رحمه الله- حمل الخبر الدالّ على أنها كفّاره رمضان على من فعل ذلك استخفافاً [به] (٣) و تهاونا بما يجب عليه من فرض الله تعالى، فيجب عليه حينئذ من الكفّاره ما يجب على من أفطر يوماً من رمضان عقوبه له و تغليظاً عليه، فأما من أفطر معتقداً أن الأفضل إتمام صومه فليس عليه إلا ما تقدّم إطعام عشرة مساكين أو صيام ثلاثه أيام. و هذا الحمل يوجب قولاً آخر للشيخ (٤) فى المسأله. و له قول ثالث فى النهايه (٥) أنها كفّاره يمين. و هو قول سلّار (٦).

و قال ابن عقيل (٧): ليس عليه شىء. و يدلّ على مذهبه روايه عمّار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام و فيها: «فإن نوى الصوم ثم أفطر بعد ما زالت الشمس، قال: قد أساء و ليس عليه شىء إلا قضاء ذلك اليوم الذى أراد أن

ص: ١٢

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

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

٣- ٣) من «د» و الحجرّيتين فقط.

٤- ٤) انظر النهايه: ١٦٤.

٥- ٥) النهايه: ٥٧٢.

٦- ٦) المراسم: ١٨٧.

٧- ٧) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٦٥.

و المختبره: (١) كفّاره من أفطر في يوم من شهر رمضان-مع وجوب صومه- بأحد الأسباب الموجبه للتكفير.

يقضيه» (١).

و الشيخ (٢) حمل قوله عليه السلام: «و ليس عليه شيء» على أنه ليس عليه شيء من العقاب، لأن من أفطر في هذا اليوم لا يستحقّ العقاب و إن أفطر بعد الزوال، و تلمّزه الكفّاره.

و هذا اعتراف من الشيخ بعدم تحريم الإفطار، فتبعد مجامعته حينئذ للكفّاره. و لو حملوها على الاستحباب-لاختلاف تقديرها في الروايات، و اختلاف تحديد وقت ثبوتها، و قصورها من حيث السند عن إفاده الوجوب- لكان جيّدا. و يؤيده روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأه تقضى شهر رمضان فيكرهها زوجها على الإفطار قال: «لا ينبغي له أن يكرهها بعد الزوال» (٣) و«لا ينبغي» ظاهره في الكراهه، و هو يناسب ما حكم به الشيخ من عدم تحريم الإفطار بعد الزوال، و لكن في طريقها سماعه، و هو واقفي. و على كلّ تقدير فالحكم مختصّ بقضاء رمضان، و لا يتعدّى إلى قضاء غيره و إن كان معينا على الأقوى، للأصل.

قوله: «و المختبره.. إلخ».

وجوب كفّاره شهر رمضان على التخيير هو المشهور بين الأصحاب،

ص: ١٣

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

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

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

ذهب إليه الشيخان (١) و أتباعهما (٢) و جملة المتأخرين. و يدلّ عليه من الأخبار صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أفطر في شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر: «قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا، فإن لم يقدر تصدق بما يطيق» (٣). و للشيخ قول آخر في المبسوط (٤) أنها مرتبة إذا كان الإفطار بالجماع.

و ابن أبي عقيل (٥) جعلها مرتبة مطلقا، لما رواه الصدوق: «أن رجلا من الأنصار أتى النبي صلى الله عليه وآله و سلم فقال: هلكت و أهلك، فقال: و ما أهلكك؟ قال: أتيت امرأتى في شهر رمضان و أنا صائم. فقال له النبي صلى الله عليه وآله و سلم: أعتق رقبه، قال: لا أجد. قال: صم شهرين متتابعين، قال: لا أطيق. قال: تصدق على ستين مسكينا، قال: لا أجد. قال: فأتى النبي صلى الله عليه وآله و سلم بعرق خمسه عشر صاعا من تمر، فقال له النبي صلى الله عليه وآله و سلم: خذها فتصدق بها، فقال له الرجل: و الذي بعثك بالحق ما بين لابتيها أخرج منا إليها، فقال: خذه و كله و أطعم عيالك، فإنه كفارة لك» [١].

ص: ١٤

١- (١) المقنعه: ٥٦٩، النهاية: ٥٧١.

٢- (٢) المراسم: ١٨٧، المهذب ٢: ٤٢٢، الوسيط: ٣٥٣.

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

٤- (٤) المبسوط ٥: ١٧١، و ٦: ٢٠٧.

٥- (٥) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٦٦٤.

و أجيب بعدم دلالة صريحا على الترتيب، و جاز إطلاق الأمر بأحد أفراد الواجب المخير كذلك. مع أن الشيخ رواه في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام و فيه: «أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقال: هلكت يا رسول الله، فقال: ما لك؟ قال: النار يا رسول الله. قال: و ما لك؟ قال: وقعت على أهلي. قال:

تصدق و استغفر ربك» (١) فبدأ بالصدقة، و هو دليل على عدم ترتبها على الخصلتين الأخريين و إلا لبين له صلى الله عليه و آله و سلم. و فى تمام هذا الحديث أن الرجل قال: «و الذى عظم حَقَّك ما تركت فى البيت شيئا قليلا و لا كثيرا. قال:

فدخل رجل من الناس بمكتل من تمر فيه عشرون صاعا تكون عشره أصوع بصاعنا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: خذ هذا التمر فتصدق به، فقال:

يا رسول الله على من أتصدق و قد أخبرتك أن ليس فى يدي قليل و لا كثير، قال:

فخذه و أطعمه عيالك و استغفر الله عزّ و جلّ، قال: فلما رجعنا قال أصحابنا: إنه بدأ بالعتق فقال: أعتق أو صم أو تصدق». و هذا أيضا يدلّ على التخيير. و فيه: أن الاستغفار يجب عند العجز، و هو أولى من جعل إطعام أهله كفّاره كما فى الحديث السابق.

و اعلم أن إطلاق المصنّف الحكم فيمن أفطر بأحد الأسباب الموجبة للتكفير يشمل المحلّل منها و المحرّم، و كذلك إطلاق الرواية (٢) الصحيحة. و الحكم به على الإطلاق هو المشهور بين الأصحاب. و ذهب جماعة منهم الشيخ فى

ص: ١٥

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

٢ - ٢) المتقدّمه فى ص: ١٤، هامش (٣).

كتابى (١) الأخبار و الصدوق (٢) إلى أن ذلك مختص بمن أفطر على المحلل، أما من أفطر على محرّم -يعنى أفسد صومه به- فإن الواجب عليه كفّاره الجمع، لما رواه الصدوق عن عبد الواحد بن عبدوس النيسابورى، عن على بن محمد بن قتيبه، عن حمدان بن سليمان، عن عبد السلام بن صالح الهروى قال: «قلت للرضا عليه السلام: يا ابن رسول الله قد روى عن آبائك فيمن جامع في شهر رمضان و أفطر فيه ثلاث كفّارات، و روى عنهم أيضا كفّاره واحده، فأى الخبرين آخذ؟ قال: بهما جميعا، فمتى جامع الرجل حراما أو أفطر على حرام في شهر رمضان عليه ثلاث كفّارات: عتق رقبه، و صيام شهرين متتابعين، و إطعام ستين مسكينا، و قضاء ذلك اليوم. و إن كان نكح حلالا أو أفطر على حلال كفاه كفّاره واحده» (٣).

و طريق الروايه صحيح فيمن عدا ابن عبدوس، فحاله مجهول. قال فى المختلف: «إن ابن عبدوس لا يحضرنى حاله، فإن كان ثقه فالروايه صحيحه يتعين العمل بها» (٤). و فى التحرير جزم بصحتها، فقال: «روى ابن بابويه فى حديث صحيح عن الرضا عليه السلام» (٥) و ساق الحديث. و ذكر ابن بابويه (٦) أنه وجد ذلك فى روايات أبى الحسين الأسدى فيما ورد عليه من الشيخ أبى جعفر محمد بن عثمان العمري أحد نواب صاحب الزمان عليه السلام. و طريقه جيد

ص: ١٦

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

٢- ٢) الفقيه ٢: ٧٣ ح ٣١٧.

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

٤- ٤) المختلف: ٢٢٦-٢٢٧.

٥- ٥) تحرير الأحكام ٢: ١١٠.

٦- ٦) الفقيه ٢: ٧٣ ح ٣١٧.



و كَفَّارَه من أَفْطَر (١) يَوْمَا نَذَر صَوْمَه عَلَى أَشْهَر الرَوَايَتَيْنِ.

و كَذَا كَفَّارَه الْحَنْث فِي الْعَهْدِ. وَ فِي النَّذْرِ عَلَى التَّرَدُّدِ.

وَ الْوَاجِب فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ: عَتَقَ رَقَبَهُ، أَوْ صِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، أَوْ إِطْعَمَ سِتِّينَ مَسْكِينًا، عَلَى الْأَطْهَرِ.

أَيْضًا، فَلَا بَأْسَ بِالْعَمَلِ بِمُضْمُونِهِ.

قَوْلُهُ: «وَ كَفَّارَه مِنْ أَفْطَرِ. إلخ».

اِخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي كَفَّارَه خَلْفَ النَّذْرِ عَلَى أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهَا كَفَّارَه رَمَضَانَ مُطْلَقًا. ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخَانُ (١) وَ أَتْبَاعُهُمَا (٢)، وَ الْمُصَنِّفُ، وَ الْعَلَامَةُ فِي الْمَخْتَلَفِ (٣)، وَ أَكْثَرُ الْمُتَأَخِّرِينَ (٤)، لِصَحِيحِهِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عَمْرٍو عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «مَنْ جَعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَلَّا يَرْكَبَ مُحَرَّمًا سَمَّاهُ فَرَكَبَهُ، قَالَ: وَ لَا أَعْلَمُهُ إِلَّا قَالَ: فَلْيَعْتَقْ رَقَبَهُ، أَوْ لِيَصُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، أَوْ لِيَطْعَمَ سِتِّينَ مَسْكِينًا» (٥).

وَ ثَانِيهَا: أَنَّهَا كَفَّارَه يَمِينٍ مُطْلَقًا. ذَهَبَ إِلَيْهِ الصَّدُوقُ (٦) وَ الْمُصَنِّفُ فِي النَّافِعِ (٧)، لِحَسَنِهِ الْحَلْبِيِّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِنْ قُلْتَ: لِلَّهِ عَلَيَّ كَذَا

ص: ١٧

١- (١) المقلعه: ٥٦٢، النهايه: ٥٧٠.

٢- (٢) راجع الكافي في الفقه: ٢٢٥، المهذب ٢: ٤٢١، الوسيطه: ٣٥٣.

٣- (٣) المختلف: ٦٦٤.

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

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

٦- (٦) الفقيه ٣: ٢٣٢.

٧- (٧) المختصر النافع: ٢٠٨.

فكفّاره يمين» (١). ورواه حفص بن غياث عنه عليه السلام قال: سألته عن كفّاره النذر، فقال: كفّاره النذر كفّاره اليمين» (٢). ورواه العامّة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم أنه قال: «كفّاره النذر كفّاره يمين» (٣).

و ثالثها: التفصيل، فإن كان النذر لصوم فأفطره فكفّاره رمضان، وإن كان لغير ذلك فكفّاره يمين. ذهب إلى ذلك المرتضى (٤)، وابن إدريس (٥)، والعلامة (٦) في غير المختلف.

و وجهه: الجمع بين الروايات حيث دلّ بعضها على أن كفّارته كفّاره رمضان، فيناسبه حملة على إفطار نذر صوم معيّن، لمشاركته لصوم رمضان في الوجوب المعيّن، وحمل غيره على غيره. وهو أولى من العمل بأحد الجانبين خاصّه المستلزم لأطراح الآخر مع تقاربها (٧) في القوّه.

و يدلّ على حكم إفطار المنذور روايات أخر، منها روايه القاسم الصيقل: «أنه كتب إليه: يا سيدي رجل نذر أن يصوم يوما لله فوقع ذلك اليوم

ص: ١٨

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

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

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

٤- (٤) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤٦.

٥- (٥) السرائر ٣: ٥٩.

٦- (٦) تحرير الأحكام ٢: ١٠٩.

٧- (٧) في «ق» والحجريّتين: تقاربهما.

على أهله ما عليه من الكفارة؟ فأجابه: يصوم يوماً بدل يوم، و تحرير رقبه مؤمنه» (١). و مثله عن ابن مهزيار (٢) أنه كتب إليه يسأله عن ذلك. و هذا هو الموجب لجزم المصنّف بحكم المفطر و تردده في غيره. لكن في طريق الروايتين محمد بن عيسى، و المسؤول فيهما غير مذكور و إن كان الظاهر أنه الإمام.

لا- يقال: الخبر (٣) الأول صحيح فيكون مقدّمًا على الحسن و الضعيف لو عملنا بالجميع، كيف و الحسن لا يشتمل روايه على وصف العدالة التي هي شرط في الراوى؟ فيكون العمل بالصحيح متعيّنًا لذلك.

لأننا نقول: الخبر الأول و إن كان قد وصفه بالصحة جماعه من المحقّقين - كالعلامة (٤) و ولده (٥) و الشهيد (٦) في الشرح - إلا أن فيه منعا بيننا، لأن عبد الملك بن عمرو لم ينصّ أحد عليه بالتعديل، و إنما هو ممدوح مدحا بعيدا عن التعديل، و لم يذكره النجاشي و لا الشيخ في كتابيه. و ذكره العلامة (٧)، و نقل عن الكشي أن الصادق عليه السلام قال له: «إنه يدعو له حتى إنه يدعو لدابته». و هذا غاية أن

ص: ١٩

- 
- ١- ١) التهذيب ٤: ٢٨٦ ح ٨٦٥، الاستبصار ٢: ١٢٥ ح ٤٠٦، الوسائل ٧: ٢٧٧ ب «٧» من أبواب بقيه الصوم الواجب ح ٣.  
 ٢- ٢) الكافي ٧: ٤٥٦ ح ١٢، التهذيب ٤: ٢٨٦ ح ٨٦٦، الاستبصار ٢: ١٢٥ ح ٤٠٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.  
 ٣- ٣) المذكور في ص: ١٧، هامش (٥).  
 ٤- ٤) المختلف: ٦٦٤.  
 ٥- ٥) إيضاح الفوائد ٤: ٧٨.  
 ٦- ٦) غايه المراد: ٢٦١.  
 ٧- ٧) رجال العلامة الحلي: ١١٥ رقم (٧)، و انظر اختيار معرفه الرجال: ٣٨٩ رقم ٧٣٠.

يقتضى المدح لا التوثيق، مع أن الرواية [الأولى] (١) منقوله عنه. و مثل هذا لا يثبت به حكم، و غايته أن يكون من الحسن. و الأولى أن يريدوا بصحتها توثيق الرجال إسنادها إلى عبد الملك المذكور، و هي صحه إضافيه مستعمله فى اصطلاحهم كثيرا. و حيثئذ فلا يترجح على الروايات الأخر، بل يمكن ترجيح تلك بوجوه:

ألف: إن حسنه الحلبى فى ذلك الجانب من أعلى مراتب الحسن، لأن حسننها باعتبار دخول إبراهيم بن هاشم فى طريقها، و هو من الأجلاء الأعيان كما ذكرناه غير مره، بخلاف تلك الروايه، فإن الظاهر أنها لا تلحق أدنى مراتب الحسن فضلا عما فوقه، فكانت تلك أرجح على كل حال، فيكون العمل بمضمونها أولى.

ب: تأييدها بروايه حفص بن غياث (٢)، و هو و إن كان عاميا إلا أن الشيخ (٣) قال: إن كتابه معتمد عليه.

ج: اتفاق روايات العامه التى صححوها (٤) عن النبى صلى الله عليه و آله، و هى و إن لم تكن حجه إلا أنها لا تقصر عن أن تكون مرجحه.

د: تأييدها بصحيحه على بن مهزيار قال: «كتب بندار مولى إدريس: يا سيدي إنى نذرت أن أصوم كل سبت، و إن أنا لم أصمه ما يلزمنى من الكفار؟»

ص: ٢٠

١- ١) من «ط، و» و الحجريتين.

٢- ٢) تقدم ذكر مصادرها فى ص: ١٨، هامش (٢).

٣- ٣) الفهرست: ٦١ رقم (٢٣٢).

٤- ٤) تقدم ذكر مصادرها فى ص: ١٨، هامش (٣).

فكتب وقرأته: لا تتركه إلا من عله، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نويت ذلك، وإن كنت أفطرت فيه من غير عله فتصدق بقدر كل يوم على سبعة مساكين» (١). وبمثله عبر الصدوق في المقنع (٢)، إلا أنه قال بدل «سبعة»:

عشره، فيكون بعض أفراد كفّاره اليمين. ولعلّ السبعة وقعت سهواً في نسخه التهذيب، ويؤيده رواية الصدوق لها على الصحيح، فقال في المقنع: «وإن نذر الرجل أن يصوم كل يوم سبت أو أحد أو سائر الأيام فليس عليه أن يتركه إلا من عله، وليس عليه صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نوى ذلك، فإن أفطر من غير عله تصدق مكان كل يوم على عشرة مساكين» (٣). هكذا عبر الصدوق، وهو عندى بخطه الشريف، وهو لفظ الرواية، ويكون اقتصاره على إحدى خصال كفّاره اليمين كإقتصار روايه إفتار المنذور في مكاتبه (٤) الصيقل على تحرير رقبه من خصال كفّاره رمضان.

ه: إن الحكم في هذه الأخبار وقع بطريق القطع، وفي الخبر السابق ما يظهر منه رائحه التردد، لقوله: «قال: ولا أعلمه إلا قال كذا» وهو يشعر بتردد الراوى في مقول الامام، وإن كان قد أتى بلفظ العلم الدالّ على الجزم، إلا أن قرينه المقام تقتضى أن يريد بالعلم هنا معناه الأعمّ، وهو مطلق الرجحان وإن لم يمنع من النقيض، فيجامع الظنّ، إذ لو أراد العلم القطعى لقال ابتداءً: «قال: فليعتق

ص: ٢١

- 
- ١ - ١) الكافي ٧: ٤٥٦ ح ١٠، التهذيب ٤: ٢٨٦ ح ٨٦٧، الاستبصار ٢: ١٢٥ ح ٤٠٨، الوسائل ٧: ٢٧٧ ب (٧) من أبواب بقيه الصوم الواجب ح ٤.
- ٢ - ٢) المقنع: ١٣٧.
- ٣ - ٣) المقنع: ١٣٧.
- ٤ - ٤) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ١٩، هامش (١).

رقبه. إلخ» و هو واضح.

و الشيخ (١) جمع بين الأخبار بحمل الخبر الأول على المتمكن من إحدى الخصال الثلاث، و الأخبار المتضمنه لكفاره اليمين على من عجز عن ذلك.

و استدلل عليه بصحيحه جميل بن صالح عن أبي الحسن موسى عليه السلام أنه قال: «كل من نذر نذره فكفّارته كفّاره يمين» (٢). و هو قول رابع فى المسأله.

و لسأله (٣) و الكراجكى (٤) قول خامس أنها كفّاره ظاهر. و هو يقتضى كونها مرتبه. و فيها أقوال آخر نادره.

و أما خلف العهد فأصحاب القول الأول فى النذر ألحقوه به، لروايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «أنه سأله فى رجل عاهد الله فى غير معصيه ما عليه إن لم يف بعهد الله؟ قال: يعتق رقبه، أو يتصدق بصدقه، أو يصوم شهرين متتابعين» (٥). و الظاهر أن المراد بالصدقه إطعام ستين [مسكيناً] (٦)، لروايه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام أنه قال: «من جعل عليه عهد الله و ميثاقه فى أمر فيه لله طاعه فحنث فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين

ص: ٢٢

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

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

٣- (٣) المراسم: ١٨٧، و طبع خطأ: و كفّاره خلف النذر و كفّاره الظهار، و الواو الثانيه زائده.

٤- (٤) حكاه عنه الشهيد فى غايه المراد: ٢٦١.

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

٦- (٦) من «م» و الحجرّيتين.

أو إطعام ستين مسكينا» (١). وهاتان الروايتان [١] ضعيفتا الإسناد، إلا أنه لا معارض لهما.

والمفيد (٢) جعلها ككفاره قتل الخطأ. ولم نقف على مستنده.

واضطرب كلام العلامة في كل واحد من القواعد والإرشاد، فأفتى في القواعد (٣) أولا - بأن كفاره خلف العهد كبيره مخيره مطلقا، ثم أفتى في موضع (٤) آخر من باب الكفارات بأنها كفاره يمين مطلقا. وفي الإرشاد (٥) أفتى أولا بالتفصيل في العهد كالنذر، فإن كان صوما فأفطره فكفاره رمضان وإلا فكفاره يمين، ثم بعد ذلك أفتى بأنها كفاره يمين مطلقا.

ولا يخفى أن المصير إلى التفصيل في النذر إنما هو لاختلاف الروايات وللتوصيل إلى الجمع بينها، والأمر في العهد ليس كذلك، بل إما أن يحكم فيه بالكبيره المخيره نظرا إلى ما ذكرناه من الروايات الخاصه فيه، وإما أن يجعل فيه كفاره يمين التفاتا إلى ضعفها وكونه كاليمين في الالتزام (٦)، ولأصاله البراءه من الزائد.

ثم عد إلى عبارته المصنّف. واعلم أن قوله: «وكذا كفاره الحنث في العهد،

ص: ٢٣

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

٢- (٣) المقنعه: ٥٦٩.

٣- (٤) قواعد الأحكام ٢: ١٤٤.

٤- (٥) قواعد الأحكام ٢: ١٥٠.

٥- (٦) إرشاد الأذهان ٢: ٩٧ و ١٠٠.

٦- (٧) في «و»: الإلزام.

و ما يحصل فيه (١) الأمان كفّاره اليمين. و هي: عتق رقبة، أو إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، فإن عجز صام ثلاثة أيام.

و كفّاره الجمع (٢) هي: كفّاره قتل المؤمن عمدا ظلما. و هي: عتق رقبة، و صوم شهرين متتابعين، و إطعام ستين مسكينا.

و في النذر على التردد» يقتضى إيجاب الكفّاره المخيّر في خلف العهد و النذر مطلقا، كما في حكمه إذا كان صوما فأفطره، لكن في الإفطار بجزم و في باقى أفراد النذر و مطلق العهد على تردد. و قوله بعد ذلك: «و الواجب في كل واحد عتق رقبة - إلى قوله - على الأظهر» يقتضى العود إلى ترجيح وجوب الكفّاره المخيّر في الجميع بعد التردد، و هو نظير ما يتفق في قوله: فيه تردد أظهره كذا.

قوله: «و ما يحصل فيه. إلخ».

أى: يجتمع فيها (١) التخيير و الترتيب. فالأول في الخصال الثلاث الأول، و الثانى فى الصيام، فإنه مرتّب على العجز عن الثلاث السابقة.

و الحكم فى هذه الكفّاره محلّ وفاق بين المسلمين، من حيث إنها منصوصه (٢) فى القرآن.

قوله: «و كفّاره الجمع.. إلخ».

المراد بالمؤمن هنا المسلم و من بحكمه، كولد الصغير و المجنون، و لا فرق فيه بين الذكر و الأنثى، و الحرّ و العبد. و يشترط كون القتل مباشرة لا تسببا، كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٤

---

١ - ١) فى الحجرّيتين: فيه.

٢ - ٢) المائدة: ٨٩.



المقصد الثاني في: ما اختلف فيه.

و هي سبع:

**الاولى: من حلف بالبراءه فعليه كفاره ظهار**

الاولى: من حلف (١) بالبراءه فعليه كفاره ظهار، فإن عجز فكفاره يمين. وقيل: يَأْتِمُ و لا كفاره. و هو أشبه.

قوله: «من حلف.. إلخ».

لا خلاف في تحريم الحلف بالبراءه من الله أو من رسوله أو من الأئمه عليهم السلام. وقد روى أن النبي صلى الله عليه وآله و سلم سمع رجلا يقول: أنا بريء من دين محمد، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «ويلك أ برئت من دين محمد! فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم حتى مات» (١). و عن يونس بن ظبيان قال: «قال لي: يا يونس لا تحلف بالبراءه منّا، فإنّه من حلف بالبراءه منّا صادقاً أو كاذباً فقد برئ منّا» (٢).

و اختلف في أنه هل تجب بذلك كفاره أم لا؟ فذهب الشيخان (٣) و جماعه (٤) إلى وجوب كفاره ظهار، فإن عجز فكفاره يمين. و هو الذي نقله المصنّف. و قال ابن حمزه (٥): يلزمه كفاره النذر. و قال الصدوق (٦): إنه يصوم ثلاثه أيام، و يتصدّق على عشره مساكين.

ص: ٢٥

١ - ١) الكافي ٧: ٤٣٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٣٤ ح ١١٠٧، التهذيب ٨: ٢٨٤ ح ١٠٤١، الوسائل ١٢٥: ١٦٠ ب (٧) من أبواب تحريم الحلف بالبراءه من الله و رسوله صادقاً ح ١.

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

٣ - ٣) المقنع: ٥٥٨-٥٥٩ و لم يذكر كفاره اليمين، النهايه: ٥٧٠.

٤ - ٤) راجع المهذب ٢: ٤٢١، المراسم: ١٨٥ و لم يذكر كفاره اليمين.

٥ - ٥) الوسيله: ٣٤٩.

٦ - ٦) المقنع: ١٣٦-١٣٧.

و الكلّ ضعيف لا يرجع إلى مستند صالح، فلذلك اختار المصنّف أنه يأثم ولا كفّاره. و لكن روى محمد بن يحيى فى الصحيح قال: «كتب محمد بن الحسن الصّفّار إلى أبى محمد العسكرى عليه السلام: رجل حلف بالبراءة من الله و رسوله صلى الله عليه و آله و سلّم، فحدث ما توبته و كفّارته؟ فوقّع عليه السلام: يطعمه عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ و يستغفر الله عزّ و جلّ» (١). و بمضمونها أفتى فى المختلف (٢). و لا بأس بالعمل بمضمونها لصحّتها.

و قال المصنّف فى نكت النهاية: «الحقّ عندى أنه لا كفّاره فى شىء من ذلك، لأن ما ذكره الشيخان لم يثبت، و ما تضمّنته الرواية نادر، فلا تنهض المكاتبه بالحجّه، لما يتطرّق إليها من الاحتمال» (٣).

و اعلم أن ظاهر عبارته المصنّف ترتّب الكفّاره على مجرد التلفّظ بذلك و إن لم يخالف. و هو الذى يقتضيه إطلاق الشيخ (٤) و القاضى (٥) و الصدوق (٦) و جماعه (٧).

و المفيد (٨) صرّح بترتّبها على المخالفه، و كذلك فى المختلف (٩)، استنادا إلى ما دلّت عليه المكاتبه المذكوره. و هذا أقوى، و قوفا فيما خالف الأصل على مورد

ص: ٢٦

- 
- ١- (١) الكافى ٧: ٤٦١ ح ٧، الفقيه ٣: ٢٣٧ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٩٩ ح ٨، الوسائل ١١٠٨، الواسئله ١٥: ٥٧٢ ب «٢٠» من أبواب الكفّارات ح ١.  
 ٢- (٢) المختلف: ٦٤٩.  
 ٣- (٣) نكت النهاية ٣: ٦٥.  
 ٤- (٤) النهاية: ٥٧٠.  
 ٥- (٥) المهذب ٢: ٤٢١.  
 ٦- (٦) المقنع: ١٣٦-١٣٧.  
 ٧- (٧) راجع اللمعه الدمشقيه: ٤٧.  
 ٨- (٨) المقنع: ٥٥٨-٥٥٩.  
 ٩- (٩) المختلف: ٦٤٩.

الثانية: في جزّ المرأة (١) شعرها في المصّاب: عتق رقبه، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكينا. وقيل: مثل كفّاره الظهار.

و الأول مروى. وقيل: تأثم و لا كفّاره، استضعافا للرواية و تمسّكا بالأصل.

النصّ.

قوله: «في جزّ المرأة إلخ».

القول الأول لابن البرّاج (١)، استنادا إلى روايه خالد بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا خدشت المرأة وجهها، أو جزّت شعرها، أو نتفته، ففي جزّ الشعر: عتق رقبه، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكينا» (٢).

و المفهوم من «في» الإيجاب مثل: في أربعين شاه شاه، و: في النفس المؤمنه مائه من الإبل، لأنها للسببيّه. و إنكار بعضهم إفادتها ذلك مردود. نعم، طريق الروايه ضعيف، فإن خالد بن سدير غير موثّق، و قد قال الصدوق [١]: إن كتابه موضوع، و في طريقه أيضا محمد بن عيسى، و هو ضعيف.

و القول بوجوب كفّاره الظهار لسلاّر (٣) و ابن إدريس (٤)، و أسنده إلى ما رواه بعض الأصحاب. و هو مستند واه، فلذلك قال المصنّف: إنه (٥) تأثم و لا كفّاره، تمسّكا بالأصل و استضعافا للحكم الناقل عنه. و هذا هو الأقوى.

و اعلم أن الكفّاره على تقدير وجوبها مترتبه على جزّه في المصّاب،

ص: ٢٧

١-١) المهذب ٢: ٤٢٤.

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

٣-٤) المراسم: ١٨٧.

٤-٥) السرائر ٣: ٧٨.

٥-٦) كذا في النسخ الخطيه، و لعلّ الصحيح: أنها.

## الثالثة: تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب، كفاره يمين

الثالثة: تجب على المرأة (١) في نتف شعرها في المصاب، و خدش وجهها، و شقّ الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته، كفاره يمين.

و المفهوم منه جزّ جميعه. و المراد من الجزّ القصّ، فلا- يلحق به النتف و لا- الإحراق و لا- القرض بالسّن. و يحتمل قويًا إلحاق الحلق. و لا- يلحق جزّه في غير المصاب به على الأقوى. و أولويّه دخوله ممنوعه، لجواز اختصاص المصاب بما فيه من إشعار السخط بقضاء الله تعالى. و ظاهر الروايه وقوع ذلك منها مباشره، فلو تسببت به ففي إلحاقه نظر أقربه العدم، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين. و لو فعلت ذلك لحاجه فلا شيء إجماعا.

قوله: «تجب على المرأة.. إلخ».

لم ينقل المصنّف في ذلك خلافا مع أنه صدر المقصد بالمواضع المختلف فيها. و الوجه في ذلك عدم ظهور مخالف في أكثرها، مع ضعف المستند في الجميع، فإن (١) الروايه (٢) السابقه عن خالد بن سدير بطريق محمد بن عيسى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شقّ ثوبه على أخيه أو على أمّه أو على أخته أو على قريب له، قال: لا- بأس بشقّ الجيوب، فقد شقّ موسى بن عمران جيبه على أخيه هارون عليهما السلام. و لا يشقّ الوالد على ولده، و لا زوج على امرأته، و تشقّ المرأة على زوجها، و إذا شقّ زوج على امرأته أو والد على ولده فكفّارته حنث يمين، و لا- صلاه لهما حتى يكفّرا و يتوبا من ذلك. و إذا خدشت المرأة وجهها، أو جزّت شعرها، أو نتفته، ففي جزّ الشعر: عتق رقبه، أو صيام

ص: ٢٨

١- ١) في «ق، د، ط»: فإنه.

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحه السابقه، هامش (٢).

شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا. و في خدش الوجه إذا أدمت، و في النتف كفاره حنث يمين. و لا شيء في لطم الخدود سوى الاستغفار و التوبه، و لقد شققن و لظمن الخدود الفاطميات على فقد الحسين عليه السلام، و على مثله تلطم الخدود و تشق الجيوب». و قد عرفت حال الروايه.

و اعلم أن الكلام في نتف الجميع أو البعض كالكلام في الجزّ. و المراد من الشعر هنا شعر الرأس، لأنه المفهوم منه عرفا. و المراد بخدش الوجه قطع شيء من جلده و إن لم يبلغ حدّ الخارصه. و في الروايه تقييد بكونه مدميا، و الفتاوى مطلقه، بل صرح بعضهم (١) بعدم اعتباره، و هو مطالب بالمستند (٢)، و لعلّه يعتمد على ما يظهر من الإجماع لا على الفتوى مجرّده. و لا يلحق به اللطم من غير خدش، و لا خدش غير الوجه من سائر الجسد. و لا يتعدى الحكم إلى الرجل، كما أن حكم شق الثوب لموت الولد و الزوجه مخصوص به، فلا تجب على المرأه بشقّه مطلقا، و إن كان محرّما على الجميع، لما فيه من إضاعه المال. و يدخل في الولد الذكر و الأنثى و إن نزل، لا ولد الأنثى على الأقوى. و لا كفاره بشقّه على غيرهما من الأقارب مطلقا و إن حرم. و روى جوازه على الأب و الأخ. و لا تلحق أمّ الولد و السريه بالزوجه. نعم، يلحق المتمتع بها و المطلقه رجعيًا، و المعتبر مستمى الشقّ لمستمى الثوب.

ص: ٢٩

١- ١) تحرير الأحكام ١٠٩: ٢.

٢- ٢) في «ط»: بالمعتمد.

الرابعة: كفّاره [الوطء (١) في] الحيض مع التعمّد و العلم بالتحريم و التمكّن من التكفير، قيل: تستحب، و قيل: تجب، و هو الأحوط.  
قوله: «كفّاره الوطء. إلخ».

القول بالوجوب للشيخين (١) و المرتضى (٢) و ابن إدريس (٣) و جماعه (٤)، استنادا إلى روايات مختلفه التقدير ضعيفه الإسناد، و أشهرها روايه داود بن فرقد عن أبي عبد الله عليه السلام في كفّاره الطمث أنه: «يتصدّق إذا كان في أوّله بدينار، و في أوسطه بنصف دينار، و في آخره بربع دينار. قلت: فإن لم يكن عنده ما يكفّر؟ قال: فليتصدّق على مسكين واحد و إلّا استغفر الله و لا يعود، فإن الاستغفار توبه و كفّاره لمن لم يجد السبيل إلى شيء من الكفّاره» (٥). و في طريقها ضعف و إرسال.

و القول بالاستحباب للشيخ أيضا في النهايه (٦) و أكثر المتأخرين (٧). و هو الأقوى، للأصل، و صحيحه العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل واقع امرأته و هي طامث، قال: لا يلتمس فعل ذلك قد نهى الله أن

ص: ٣٠

١- (١) المقنعه: ٥٥ و ٥٦٩، النهايه: ٥٧١.

٢- (٢) الانتصار: ٣٣.

٣- (٣) السرائر ٧٦: ٣، ١٤٤: ١.

٤- (٤) راجع المقنعه: ١٦، فقه القرآن ٥٤: ١، المراسم: ٤٣-٤٤، المهذب ٤٢٣: ٢.

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

٦- (٦) النهايه: ٢٦.

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

و لو وطئ(١)أمته حائضا كُفّر بثلاثة أمداد من طعام.

يقربها.قلت:فإن فعل أ عليه الكفّاره؟قال:لا أعلم فيه شيئا،يستغفر الله» (١).

و غيرها من الأخبار (٢).و العجب من ذهاب المرتضى و ابن إدريس إلى الوجوب مع عدم عملهما بخبر الواحد الصحيح فضلا عن الضعيف،و لكنهما استندا إلى ما فهماه من كونه إجماعا نظرا إلى العلم بنسب المخالف،و هو مشترك الإلزام.

و الأصح الاستحباب،للتسامح في أدلّه السنن.و مقدارها بحسب أوقات الحيض مقرّر في بابه (٣).

و احترز بقوله:«مع التعمّد و العلم»عن الجاهل و الناسي،فلا- شىء عليهما مطلقا.و الحكم مختصّ بالرجل،فلا كفّاره على المرأه مطلقا.

قوله:«و لو وطئ.إلخ».

هذا متفرّع على السابق،فمن نفى الوجوب في وطء الزوجه نفاه هنا، و من أثبته أثبته.ثمّ اختلفوا هنا،فالشيخ في النهايه (٤)و ابن بابويه (٥)على الوجوب بما ذكره،و كذلك المرتضى (٦)مدّعا الإجماع،و الباقر على الاستحباب،و هو أقوى،تمسّكا بالبراءه الأصلية،و استضعافا لمستند الحكم، و تساهلا بأدلّه السنن.

ص:٣١

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

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

٣-٣) في ج ١:٦٤.

٤-٤) النهايه:٥٧١-٥٧٢.

٥-٥) المقنع:١٦.

٦-٦) الانتصار:١٦٥.

الخامسة: من تزوج (١) امرأه في عدتها فارق و كُفّر بخمسه أصوع من دقيق. و في وجوبها خلاف، و الاستحباب أشبه.

قوله: «من تزوج إلخ».

القول بوجوب هذه الكفارة للشيخ في النهاية (١) ظاهراً، و لابن حمزه (٢) صريحاً، و كذلك العلامة في القواعد (٣) و التحرير (٤)، و ولده في الشرح (٥)، و المستند رواه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن امرأة تزوجها رجل فوجد لها زوجاً، قال: عليه الحدّ و عليها الرجم، لأنه قد تقدّم بعلم و تقدّمت هي بعلم، و كفّارته إن لم يقدّم إلى الامام أن يتصدّق بخمسه أصوع دقيقاً» (٦). و روى الصدوق عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة و لها زوج فقال: «إذا لم يرفع خبره إلى الامام فعليه أن يتصدّق بخمسه أصوع دقيقاً بعد أن يفارقها» (٧). و المفهوم من «عليه» الوجوب. و حملوا المعتدّه على ذات البعل، أما في العده الرجعيه فظاهر، و أما في البائن فلعدم فرق الأصحاب بين العدتين، فالفرق إحداث قول ثالث. و لا يخفى عليك ضعف هذا الاستدلال، و عدم المانع من إحداث مثل هذا القول الثالث لمن يعتمد مثل هذه الروايه، لأن قول المعصوم ليس بمتحقق في أحد القولين، و من الجائر كونه قائلاً بخلاف قولهما، كما لا

ص: ٣٢

١- (١) النهاية: ٥٧٢.

٢- (٢) الوسيله: ٣٥٤.

٣- (٣) قواعد الأحكام ١٤٤: ٢.

٤- (٤) تحرير الأحكام ١٠٩: ٢.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٨٣: ٤.

٦- (٦) الكافي ١٩٣: ٧ ح ٣ و فيه: تقدّم بغير علم، التهذيب ١٠: ٢١ ح ٦٢، الاستبصار ٢٠٩: ٤ ح ٧٨١، الوسائل ٣٩٧: ١٨ ب «٢٧» من

أبواب حدّ الزنا ح ٥.

٧- (٧) الفقيه ٣٠١: ٣ ح ١٤٤٠.



السادسه: من نام عن العشاء (١) حتى جاوز نصف الليل أصبح صائما، على روايه فيها ضعف، و لعل الاستحباب أشبه.

يخفى على المنصف.

ثمّ فى الروايه ضعف باشتراك أبى بصير بين جماعه منهم الثقه و الضعيف، و فى طريقها أيضا إسماعيل بن مرار و حاله مجهول.

ثمّ فرض المسأله فى المعتدّه دون المزوّجه مع ورود النصّ فيها ليس بجيّد، و إن تمّ الحمل لا وجه لجعل الفرع أصلا، و من ثمّ أنكر ابن إدريس (١) الوجوب، و كذلك المصنّف، عملا بالأصل. و هو أقوى. نعم، لا بأس بالاستحباب لما ذكرناه، مع أن الروايه لا تدلّ على الوجوب، لعدم لفظ الأمر و معناه.

و اعلم أن الأصوح بإسكان الصاد و ضمّ الواو، أو بالهمزه المضمومه مكان الواو، أما أصيح بلا واو و لا همزه فهو لحن، و ما وجد فى الروايه و نهايه الشيخ بغير همز و لا- واو فذلك بحسب صوره الخطّ لكنّها مهموزه كما هو أحد لغاتها، و الكتابه واحده، و بواسطه ذلك اشبه الحال على ابن إدريس (٢) فأورد على الشيخ السهو فى الخطّ، و ليس كذلك، قال الشهيد: «وجدته بخطّ الشيخ بيده فى النهايه كذلك، و عليه همزه إيذانا بأنها مهموزه» (٣).

قوله: «من نام عن العشاء. إلخ».

القول بوجوب ذلك للمرتضى (٤) مدّعي الإجماع، و للشيخ (٥) فى النهايه، استنادا إلى روايه عبد الله بن المغيرة عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام فى رجل

ص: ٣٣

١- ١) السرائر ٧٧: ٣.

٢- ٢) السرائر ٧٧: ٣.

٣- ٣) غايه المراد: ٢٦٣.

٤- ٤) الانتصار: ١٤٥.

٥- ٥) النهايه: ٥٧٢.

السابعه: من نذر صوم يوم (١) فعجز عنه أطعم مسكينا مدين، فإن عجز تصدق بما استطاع، فإن عجز استغفر الله.

و ربما أنكرك ذلك قوم بناء على سقوط النذر مع تحقق العجز.

نام عن العتمه و لم يقم إلا بعد انتصاف الليل قال: «يصلّيها و يصبح صائما» (١).

و الإجماع ممنوع، و الروايه مرسله، و مع ذلك لا تدلّ على الوجوب، إذ لا أمر، و لا يلزم من عطفه على الصلاه الواجبه وجوبه. و الأصحّ الاستحباب كما اختاره المصنّف.

قوله: «من نذر صوم يوم إلخ».

هذا قول الشيخ (٢) و تبعه عليه جماعه منهم المصنّف و العلامه (٣) في بعض كتبه. و المستند روايه إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل عليه صياما في نذر و لا يقوى قال: «يعطى من يصوم عنه كلّ يوم مدين» (٤). و في بعض الروايات مدّ. و الجميع مشترك في ضعف السند و القصور في الدلاله على المدّعى، إذ ليس فيها ما يدلّ على الأمر المفيد للوجوب، و لا على وجوب الصدقه بما استطاع على تقدير العجز عن المدين أو المدّ، و مع ذلك يخالف الأصول المقرّره من أن العجز عن المنذور يوجب سقوطه بغير كفّاره. فالقول بالاستحباب أجود.

ص: ٣٤

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

٢- (٢) النهايه: ٥٧١.

٣- (٣) تبصره المتعلّمين: ١٦٠.

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

١.

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

٢.

المقصد الثالث: في خصال الكفّاره. (١) و هي: العتق، (٢) والإطعام، والصيام،

### القول في العتق

القول في العتق و يتعيّن على الواجد في الكفّارات المرتبه.

و يتحقّق الوجدان بملك الرقبه، و ملك الثمن مع إمكان الاتباع.

### و يعتبر في الرقبه ثلاثه أوصاف

و يعتبر في الرقبه ثلاثه أوصاف:

قوله: «في خصال الكفّاره.. إلخ».

اللام في الكفّاره إما للمعهود الذكرى، و هي المذكوره (١) سابقا الموجه للخصال الثلاث على الترتيب ككفّاره الظهار، أو هي خاصه بقرينه ذكر الترتيب في أول (٢) البحث عن كلّ خصله، و أحكام المخيره و كفّاره الجمع يستفاد ممّا يذكر في المرتبه. و أما الكسوه فإنها و إن كانت من خصال الكفّاره إلّا أنها مختصه بكفّاره اليمين، فأدرجها في آخر (٣) بحث الإطعام. و إنما خصّ البحث بالمرتبه لأنها المعقود لأجلها الكلام و المستطرد بسببها باقى الأقسام، و هي كفّاره الظهار، و إلّا ففي الكفّارات ما لا تجتمع فيه الخصال مطلقا، و فيها ما لا عتق فيه كما لا يخفى.

قوله: «في العتق.. إلخ».

حكم الشارع على من وجب عليه الكفّاره بالعتق مرتب على وجودها بالفعل أو بالقوه، كما يتّبه عليه قوله تعالى -بعد قوله فتتخيّر رقبه :-

ص: ٣٥

١-١) في ص: ٧.

٢-٢) كما هنا و لاحظ ص: ٨٠ و ٩١.

٣-٣) في ص: ١٠٢.

الوصف الأول: الإيمان. (١) و هو معتبر في كفّاره القتل إجماعاً، و في غيرها على التردّد، و الأشبه اشتراطه. و المراد بالإيمان هنا الإسلام أو حكمه. و يستوى في الإجزاء الذكر و الأنثى، و الصغير و الكبير. و الطفل في حكم المسلم. و يجزى إن كان أبواه مسلمين أو أحدهما و لو حين يولد. و في روايه: لا يجزى في القتل خاصّه إلا البالغ الحنث. و هي حسنه.

فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ (١) و الوجدان أعمّ من الملك، لأنه يشمل -لغه و عرفاً- من لا يملك الرقبه و لكنّه يقدر على شرائها بما يملكه من الثمن فاضلاً عن المستثنيات، كما يعتبر فيها مع وجودها على ملكه أن تكون فاضله عنها.

و سيأتى (٢) تفصيله إن شاء الله تعالى.

قوله: «الإيمان. إلخ».

اتفق العلماء على اشتراط الإيمان في المملوك الذي يعتق عن كفّاره القتل بقوله (٣) تعالى في كفّاره قتل الخطأ فتحرير رقبه مؤمنه (٤). و حملوا الكفّاره الواجبه في قتل العمد عليه، لا اتحاد جنس السبب و هو القتل.

و اختلفوا في اشتراطه في باقى الكفّارات حيث يجب فيها العتق، فالأكثر على الاشتراط، حملاً للمطلق على المقيّد و إن اختلف السبب، على ما يقوله جمع (٥) من الأصوليين. و لروايه سيف بن عميره عن الصادق عليه السلام قال:

ص: ٣٦

١-١ (١) المجادله: ٣-٤.

٢-٢ (٢) في ص: ٨٠.

٣-٣ (٣) في «د» و الحجريتين: لقوله.

٤-٤ (٤) النساء: ٩٢.

٥-٥ (٥) انظر العده لأبى يعلى الفراء ٦٣٧: ٢-٦٣٨، التمهيّد للكودانى ١٨٠: ٢-١٨١، الإحكام للآمدى ٣: ٧.

«سألته أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا» (١). و لقوله تعالى وَ لَا- يَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (٢) و الكافر خبيث، و الكفار إنفاق، و النهى يدل على الفساد. و لأن الذمه مشغوله بالعتق يقينا، و بدون المؤمن لا يخرج عن عهده التكليف يقينا، فلا يجزى في رفع ما وجب باليقين إلا اليقين.

و في الكل نظر:

أما الأول فلأن الجمع بين المطلق و المقيّد إنما يجب حيث يحصل التنافى بينهما، و ذلك مع اتحاد السبب لا مع اختلافه، إذ لا منافاه بين أن يقول الشارع:

أعتق رقبه مؤمنه في كفاره القتل و لا- تجزى الكافره، و بين قوله في كفاره الظهار و نحوها: تجزى الكافره. و القول بوجوب حمل المطلق على المقيّد مع اختلاف السبب قد تبين ضعفه في الأصول. و هؤلاء المحققون القائلون باشتراط الإيمان مطلقا لا يقولون بذلك القول، و إنما مشوا فيه هنا مع قائله. و روايه سيف ضعيفه السند، و أخص من المدعى.

و أما النهى عن إنفاق الخبيث فالظاهر منه- و هو الذي صرح به المفسرون (٣)- أنه الرديء من المال يعطى الفقير، و ربما كانت المائيه في الكافر أكثر منها في المسلم، و الإنفاق لمائته لا لمعتقه، مع أن مثل هذا لا يطلق عليه

ص: ٣٧

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

٢- (٢) البقره: ٢٦٧.

٣- (٣) راجع مجمع البيان ١: ٣٨١ ذيل الآيه ٢٦٧ من سوره البقره، النكت و العيون للماوردي ١: ٣٤٣، الكشاف ٣: ١٤.

الإِنْفَاقَ لُغَةً وَ لَا عَرَفَا.

و أما شغل الذمّه بالعتق فيتفرغ منه بامتنال ما أمر به الشارع، فإذا أمر بتحرير رقبه و أطلق برئت الذمّه بامتنال الأمر كذلك، و لا يراد من الخروج عن عهده التكليف فى هذا و غيره إلا- ذلك. نعم، القائلون بالقياس قاسوا على كفّاره القتل غيرها بجامع الكفّاره، و استأنسوا له باشتراط العدالة فى الشاهدين من قوله:

وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ (١) مع إطلاق قوله تعالى وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ .. وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ (٢) و غير ذلك من المطلقات. و مثل هذا لا يجدى عند أصحابنا.

و ذهب جماعه- منهم الشيخ فى المبسوط (٣) و الخلاف (٤) و ابن الجنيّد (٥)- إلى عدم اشتراط الإيمان فى غير كفّاره القتل، للأصل، و عملاً بالإطلاق.

إذا تقرّر ذلك فالمراد بالإيمان هنا الإسلام و هو الإقرار بالشهادتين، لا معناه الخاصّ و هو التصديق القلبى بهما، لأن ذلك لا يمكن الاطلاع عليه و إنما التكليف متعلّق بإظهار الشهادتين، و لا- معناه الأخصّ و هو اعتقاد الإماميّة، لأن ذلك أمر متأخّر عن الإيمان المعترف فى الكفّاره و اصطلاح خاصّ، و الأصل عدم اشتراطه بعد انصرافه إلى غيره. و ربما قيل باشتراط الإيمان الخاصّ، لشبهه أن الإسلام لا يتحقّق بدونه، أو بدلاله النهى عن إنفاق الخبيث

ص: ٣٨

١- ١) الطلاق: ٢.

٢- ٢) البقره: ٢٨٢.

٣- ٣) المبسوط ٢١٢: ٦.

٤- ٤) الخلاف (طبعه كوشانيور) ٢: ٢٦٥ مسألة (٢٧).

٥- ٥) حكاة عنه العلامه فى المختلف: ٦٦٧.

عليه. و ضعفهما واضح. و لا فرق بين الصغير و الكبير فى ذلك، و لا بين الذكر و الأنثى، عملاً بالعموم (١). و يتحقق الإسلام فى الصغير بالتبعيه لأبويه أو أحدهما، و من ثمَّ يقتل به المسلم. و لا فرق فى تبعيته لهما بين كونهما مسلمين حين يولد و بعده، و لا بين موته قبل أن يبلغ و يعزب (٢) عن الإسلام و بعده عندنا. و للعامه (٣) فى هذا اختلاف.

و الروايه التى أشار إليها بعدم إجزاء الصغير فى كفّاره القتل رواها معمر بن يحيى فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يظهر من امرأته يجوز عتق المولود فى الكفّاره؟ فقال: كلّ العتق يجوز فيه المولود إلّا فى كفّاره القتل، فإن الله تعالى يقول فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ يعنى بذلك: مقرّه قد بلغت الحنث» (٤). و مثله روى الحسين بن سعيد (٥) عن رجاله عن الصادق عليه السلام.

و بمضمونها عمل ابن الجنيد (٦). و هو قول موجّه، إلا أن المختار الأول، للحقوق أحكام الإيمان به و الارتداد بعد بلوغه و لو لم يسبق تلفّظه (٧) بالشهاده بعد

ص: ٣٩

١- (١) النساء: ٩٢.

٢- (٢) فى «ق» و الحجرّيتين: و يعرب.

٣- (٣) راجع روضه الطالبين ٤: ٤٩٦ و ٦: ٢٥٥-٢٥٦.

٤- (٤) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٦٧ ح ١٣٩، تفسير العيّاشى ١: ٢٦٣ ح ٢١٩، الكافى ٧: ٤٦٢ ح ١٥، الوسائل ١٥: ٥٥٦  
ب(٧) من أبواب الكفّارات، ذيل ح ٦، و الآيه فى سوره النساء: ٩٢.

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

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

٧- (٧) فى «ط، و»: بلفظه، و فى الحجرّيتين: بتلفّظه.

و لا يجزى الحمل (١) و لو كان أبواه مسلمين، و إن كان بحكم المسلم.

و إذا بلغ المملوك أخرس و أبواه كافران، فأسلم بالإشارة، حكم بإسلامه و أجزأ.

و لا يفتقر مع وصف الإسلام فى الأجزاء إلى الصلاه. و يكفى فى الإسلام الإقرار بالشهادتين. و لا يشترط التبرى مما عدا الإسلام.

البلوغ فيكون حقيقه، و لقوله تعالى وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَ مَا أَلْتَنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ (١) أى: ألحقنا بهم ذريّاتهم فى الإيمان، فدلّ على أنهم مؤمنون، و لدخوله فى الوصيه للمؤمنين و لو لا الحقيقه لما دخل. و هذه الأدله لا تخلو من شىء.

قوله: «و لا يجزى الحمل.. إلخ».

هنا مسائل:

ألف: يعتبر فى أجزاء الصغير انفصاله حيا قبل الإعتاق، فلا يجزى الحمل و إن انفصل بعد ذلك حيا، و لا يكون ذلك كاشفا عن صحه العتق و لا- تمام السبب، و سواء انفصل لما دون سنّه أشهر من حين العتق أم لأكثر، لأن الحمل لا يلحقه حكم الأحياء شرعا، و من ثمّ لا تجب فطرته و إن كان أبواه مسلمين و كان بحكم المسلم، حتى إن الجانى عليه يضمنه كالمسلم على تقدير موته بعد انفصاله حيا.

ب: يصحّ إسلام الأخرس بالإشاره المفهمه كما تصحّ عقوده بالإشاره. فإذا كان أبواه كافرين فأسلم بالإشاره المفهمه حكم بإسلامه و أجزأ عتقه. و فى حكمه الأعجمى الذى لا يفهم لغته. و روى (٢) أن رجلا جاء إلى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و معه جاريه أعجميه أو خرساء فقال: يا رسول الله على عتق

ص: ٤٠

١- (١) الطور: ٢١.

٢- (٢) راجع تلخيص الحبير ٣: ٢٢٢ ح ١٦١٦.



رقبه فهل تجزى عني هذه؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أين الله؟ فأشارت إلى السماء، ثم قال لها: من أنا؟ فأشارت إلى أنه رسول الله، فقال له:

أعتقها فإنها مؤمنة. قيل: وإنما جعلت الإشارة إلى السماء دليلاً على إيمانها لأنهم كانوا عبدة الأصنام، فأفهمت بالإشارة البراءة منها، لأن الإله الذي في السماء ليس هو الأصنام، ولا يراد بكونه فيها التحيز بل على حد قوله وَهُوَ الَّذِي فِي السَّمَاءِ إِلَهٌ (١).

ولا يفتقر الأخرس مع إسلامه بالإشارة المفهومة إلى الصلاة، لأنها فرع الإسلام والمعتبر ثبوت أصله، ولما ذكرناه من الأدلة. وقال بعض العامة (٢): لا يحكم بإسلامه إلا إذا صلى بعد الإشارة، لأن الإشارة غير صريحة في الغرض فتؤكد بالصلاة. وحمله بعضهم (٣) على ما إذا لم تكن الإشارة مفهومة.

ج:المعتبر في اتصافه بالإسلام أن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يكتفى بذلك من الأعراب ومن يظهر الإسلام. ولا يشترط التبري مما عدا الإسلام من الملل الباطلة، للأصل، وعدم نقله عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم حيث كان يقبل من الكافر الإسلام.

واعتبر بعض العامة (٤) ذلك. وفضل آخرون (٥) فقالوا: إن كان الكافر ممن يعترف بأصل رساله النبي صلى الله عليه وآله وسلم، كقوم من اليهود يقولون إنه رسول مبعوث إلى العرب خاصه، فلا بد من هذه الزيادة في حقه، وإن كان ممن ينكر أصل الرساله كالوثني فيكفي لإسلامه الكلمتان. وإنما يعتبر الإقرار بالشهادتين

ص: ٤١

١- (١) الزخرف: ٨٤.

٢- (٢) حليه العلماء ٧: ١٨٤، روضه الطالبين ٦: ٢٥٧.

٣- (٣) حليه العلماء ٧: ١٨٤، روضه الطالبين ٦: ٢٥٧.

٤- (٤) انظر روضه الطالبين ٦: ٢٥٧.

٥- (٥) انظر روضه الطالبين ٦: ٢٥٧.

و لا يحكم بإسلام(١)المسبى من أطفال الكفار،سواء كان معه أبواه الكافران أو انفرد به السابى المسلم.

معا فى حق من ينكرهما كالمعطل و الوثنى،فلو كان موخّدا لله تعالى و هو منكر للرساله كفى إقراره بها.و فى الاكتفاء بها من اليهودى و النصرانى وجهان أصحهما العدم،لأنهما مشركان فى التوحيد كما نبه عليه تعالى بقوله-بعد حكايته عن مقاتلهم-  
تعالى عَمَّا يُشْرِكُونَ [١]و إشراكهم باعتقاد إلهيه عيسى و العزيز.و على تقدير اختصاص هذا الاعتقاد ببعض فرقهم لا وثوق  
(١)منهم بخلافه،فلا يكتفى منهم بدون الشهاداتين.

قوله:«و لا يحكم بإسلام.إلخ».

ما ذكره المصنّف من عدم الحكم بإسلام الطفل المسبى المنفرد عن أبويه الكافرين هو المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخرين،لعدم دليل صالح للحكم بالإسلام،و ثبوت كفره قبل الانفراد عنهما فيستصحب.و قول النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم:«كلّ مولود يولد على الفطره،و إنما أبواه يهودانه»(٢)الحديث لا يدلّ على الحكم بإسلامه على تقدير انفراده،لأنه قد حكم عليه بالكفر قبل الانفراد، و لا دليل على زوال ذلك.و مجرد ولادته على الفطره-لو سلّم كون المراد بها الإسلام المحض-فقد زال ذلك بتبعيه الأبوين،و ليست التبعيه علّه فى حال

ص:٤٢

١-٢) فى «د» و الحجريّتين: يوثق.

٢-٣) الفقيه ٢:٢٤ ح ٩٦،علل الشرائع:٣٧٦ب«١٠٤» ح ٢،الوسائل ١١:٩٦ ب«٤٨»من أبواب جهاد العدو ح ٣،و انظر مسند الطيالسى:٣١٩ ح ٢٤٣٣،مسند الحميدى ٢:٤٧٣ ح ١١١٣،مسند أحمد ٢:٢٣٣،صحيح البخارى ٢:١٢٥،سنن الترمذى ٤:٤٤٧ ح ٢١٣٨.

و لو أسلم المراهق (١) لم يحكم بإسلامه على تردّد. و هل يفرّق بينه و بين أبويه؟ قيل: نعم، صونا له أن يستزلاًه عن عزمه و إن كان يحكم الكافر.

وجودهما خاصّه، بدليل أنهما لو ماتا عنه لم يحكم بإسلامه إجماعاً و إن كان في دار الإسلام. و كذا لو آجراه لمسلم مدّه تتصل بالبلوغ و نحو ذلك.

و قال الشيخ في المبسوط (١) إنه يتبع السابى، محتجاً بأن هذا الطفل لا- حكم له بنفسه، و ليس هاهنا غير السابى فيحكم بإسلامه، كما حكم بانتقاله بذلك من الحرّيه إلى الرّقيه. و اختاره الشهيد في الدروس (٢).

و للأصحاب (٣) قول آخر أنه يتبعه في الطهاره لا غير، لمكان الحرج.

و تظهر فائده الخلاف في جواز عتقه عن الكفّاره إن اعتبرنا الإسلام، و في حقوق أحكام المسلمين به من الصلاه عليه و دفنه على تقدير موته قبل البلوغ، و في اشتراط إعرابه (٤) بالإسلام بعد البلوغ بغير فصل إن لم نحكم بإسلامه بالتبعيه.

و الأقوى الحكم بطهارته، و بقاء الشكّ في غيرها من أحكام الإسلام. و قد تقدّم البحث في هذه المسأله مستوفى في كتاب (٥) الجهاد.

قوله: «و لو أسلم المراهق. إلخ».

وجه التردّد من ارتفاع القلم عنه الموجب لسلب عبارته و تصرّفاته التي

ص: ٤٣

١- ١) المبسوط ٢: ٢٣.

٢- ٢) الدروس الشرعيّه ٢: ٣٩.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١: ١٠٥، إيضاح الفوائد ١: ٣٦٣-٣٦٤، حاشيه المحقّق الكركى على الشرائع: ٢٩٨ «مخطوط».

٤- ٤) في «ق، م»: اعترافه.

٥- ٥) في ج ٣: ٤٣.

الوصف الثاني: السلامة من العيوب. (١) فلا- يجزى الأعمى، ولا الأجدم، ولا المقعد، ولا المنكّل به، لتحقّق العتق بحصول هذه الأسباب.

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

من جملتها الإسلام، ومن تمام (١) عقل المميّز، واعتبار الشارع له في مثل الوصيّه و الصدقه في الإسلام أولى، ولأن الإسلام يتعدّى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمنا فمباشرته للإيمان مع عدم إيمان أبويه أقوى. والوجه عدم الحكم بإسلامه بذلك (٢).

والقول بالتفرقه بينه وبين أبويه حذرا من أن يسترلأه عمّا عزم عليه من الإسلام حسن. وينبغي القول بتبعيته حينئذ للمسلم في الطهاره إن لم نقل بقبول إسلامه، حذرا من الحرج والضرر اللاحقين بمن يحفظه من المسلمين إلى أن يبلغ، إذ لو بقى محكوما بنجاسته لم يرغب في أخذه، لاقتضائه المباشره غالبا، وليس للقائلين بطهاره المسبى دليل أوجبها بخصوصها دون باقى أحكام الإسلام سوى ما ذكرناه ونحوه.

قوله: «السلامه من العيوب.. إلخ».

العيوب الكائنه بالمملوك إن كانت موجبه لعتقه، كالعمى والجذام والإقعاد والتنكيل من مولاه، فلا اشتباه في عدم إجزائه في الكفّاره، لسبق الحكم بعتقه

ص: ٤٤

١- ١) في الحجرّيتين: تماميته.

٢- ٢) في «ق، ط»: لذلك.

و يجزى ولد الزنا(١).و منعه قوم،استسلافا لوصفه بالكفر،أو لقصوره عن صفه الإيمان.و هو ضعيف.

على إعتاقه لها،و إلا- فإن لم تنقص ماليتها و لا- تخلّ باكتسابه،كقطع بعض أنامله و نقصان إصبع من أصابعه و نحو ذلك،فلا خلاف في كونه مجزيا.و إن أوجبت نقص المائيه و أخلّت بالاكتساب و أضرت به ضررا بيّنا،كقطع اليدين أو إحداهما، فالأظهر عندنا أنه لا يمنع،لعموم قوله تعالى فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ(١)الشامل للناقصه و التامه.

و قال ابن الجنيد(٢):لا يجزى الناقص في خلقه ببطلان الجارحه إذا لم يكن في البدن سواها،كالخصي و الأصمّ و الأخرس،و إن كان أشلّ من يد واحده أو أقطع منها جاز.

و قال الشيخ في المبسوط:«فأما مقطوع اليدين و الرجلين،أو اليد و الرجل من جانب واحد،فإنه لا يجزى بلا خلاف»و قال بعد ذلك-و بعد تفصيل مذاهب الناس في ذلك-:«و الذي نقوله في هذا الباب إن الآفات التي ينعق بها لا يجزى معها،فأما من عدا هؤلاء فالظاهر أنه يجزيه»(٣).و هذا موافق لما ذكرناه لكنّه يخالف ما ذكره سابقا.

قوله:«و يجزى ولد الزنا.إلخ».

الأصح أن ولد الزنا كغيره من المكلفين بالنسبه إلى الإسلام و الايمان،فإذا بلغ و أعرب عن نفسه بالشهادتين فهو مسلم،و إلا لزم تكليف ما لا يطاق،فيجزي عتقه عن الكفّاره.

ص:٤٥

١-١ (١) النساء:٩٢.

٢-٢ (٢) حكاة عنه العلامه في المختلف:٦٧٠.

٣-٣ (٣) المبسوط ١٧٠،١٦٩:٥.

وقال السيد المرتضى (١): لا - يجزى، واستدلّ عليه بإجماع الفرقه، وبقوله تعالى وَ لَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (٢) و هو يتناول ولد الزنا. وكذا منع منه ابن الجنيد (٣)، محتجاً بالآيه.

و جوابه: منع الإجماع و دلالة الآيه، فإنه مع إظهار الإسلام لا يعدّ خبيثاً، و لو سلّم فعتقه لا يعدّ نفقه كما أسلفناه (٤). و روى سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنا» (٥) و هو شامل للكفار و غيرها.

هذا مع بلوغه و إظهاره الإسلام. أما قبل بلوغه ففي إجزائه نظر، إذ ليس مسلماً بنفسه، و لا تابعا فيه لغيره، لانتهائه عن الأبوين شرعا و إن كان ولدا لهما لغيره.

و الظاهر عدم إجزائه حينئذ. نعم، هو طاهر إذا كان متولداً من مسلمين و إن انتفى عنهما، لأصاله الطهاره، و كون النجاسه متوقفه على الحكم بكفره و لو تبعاً و هو منفي على الأصح. و لو كان متولداً من كافرين ففي الحكم بنجاسته نظر، من عدم إلحاقه بهما حتى يتبعهما في النجاسه، و من أنه من أجزائهما لغيره و إن انتفى شرعا.

و يقوى الاشكال لو تولد من مسلم و كافر.

ص: ٤٦

١-١) الانتصار: ١٦٦.

٢-٢) البقره: ٢٦٧.

٣-٣) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٦٦٩.

٤-٤) في ص: ٣٧-٣٨.

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

المستضعف ح ١.

الوصف الثالث: أن يكون تامّ الملك. (١) فلا يجزى المدبّر ما لم ينقض تدبيره. و قال في المبسوط و الخلاف:

يجزى. و هو أشبه.

قوله: «أن يكون تامّ الملك.. إلخ».

القول بعدم إجزاء عتق المدبّر ما لم ينقض تدبيره قبل العتق للشيخ في النهاية (١) و تلميذه القاضى (٢) و ابن الجنيد (٣)، لحسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى رجل يجعل لعبده العتق إن حدث به حدث، و على الرجل تحرير رقبه فى كفّاره يمين أو ظهار، أ يجزى عنه أن يعتق عبده ذلك فى تلك الرقبه الواجبه؟ قال: لا» (٤). و مثله موثقه عبد الرحمن (٥).

و قال الشيخ فى كتابى (٦) الفروع و ابن إدريس (٧) و المتأخرون (٨): يجزى، و يكون عتقه فسخا للتدبير، لأنه بمنزله الوصيه يبطلها التصرف الناقل عن الملك و يقع صحيحا كما مرّ فى باب (٩). و هذا هو الأشهر. و يمكن حمل الروايه على من جعل ذلك بوجه لازم، أو تحمل على الكراهه.

ص: ٤٧

١- (١) النهاية: ٥٦٩.

٢- (٢) المهذب ٢: ٤١٤.

٣- (٣) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٠٣.

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

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

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

٧- (٧) السرائر ٣: ٧٣.

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

٩- (٩) فى ج ١٣٥: ٦.

و لا المكاتب (١) المطلق إذا أدى من مكاتبته شيئاً. و لو لم يؤدّ، أو كان مشروطاً، قال فى الخلاف: لا يجزى. و لعلّه نظر إلى نقصان الرقّ، لتحقّق الكتابه. و ظاهر كلامه فى النهايه أنه يجزى. و لعلّه أشبهه، من حيث تحقّق الرقّ.

قوله: «و لا المكاتب.. إلخ».

يمكن توجيه عدم أجزاء عتقه أيضا بأن الكتابه معامله بين السيّد و المملوك، و هى لازمه من قبل السيّد على ما يأتى (١) مطلقاً، و قد خرج بها عن الملك خروجاً مترزلاً، حتى قيل إنها بيع للعبد من نفسه، و الأصل لزوم العقود، و الآيه (٢) تتضمّن الأمر بالوفاء بها، و العتق يستلزم الملك، و بقاؤه فى المكاتب غير معلوم، و من ثمّ لم تجب فطرته و لا نفقته، و انتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرف و غيره و إن نهاه السيّد. و الحجر عليه فى بعض التصرفات مراعاة لوفاء الدّين لا يقتضى كونه باقياً فى الرقّ. و عوده إليه على تقدير العجز أمر متجدّد، و قد بيّنا أن خروجه غير مستقرّ. فالقول بعدم الجواز متوجّه لذلك.

نعم، يمكن توجيه الجواز من حيث إن تعجيل عتقه محض الإحسان إليه، و تحريره المحض متوقّف على أداء المال، فهو متردّد بين الأمرين. و لا يرد أن الأمر منحصر فى الرقيّه أو الحرّيه. لأن المدعى وجود الحرّيه المترزله فيه، و فيها معنى الحرّيه من وجه و الرقيّه من آخر، و هى إلى الأول أقرب. و بالجملة، فالحكم موضع التردّد إن لم نرجّح (٣) جانب المنع، و قد مال إليه فى المختلف (٤).

ص: ٤٨

١- ١) فى مبحث أركان الكتابه من كتاب المكاتبه.

٢- ٢) المائده: ١.

٣- ٣) فى «ط، م»: يترجّح.

٤- ٤) المختلف: ٦٠٣ و ٦٤٤-٦٤٥.



و يجزى الآبق (١) إذا لم يعلم موته.

و كذلك تجزى (٢) المستولده، لتتحقق رقيتها.

و الأقوى صحه عتقه ما لم يتحرر منه شيء، استصحابا لحكم الرقيه إلى أن يثبت المزيل، و لا ثبوت قبل أداء المطلق شيئا من مال الكتابه أو كونه مشروطا، فحكم الرق مستصحب، و لجواز التبرع بعتقه اتفاقا، و ذلك دليل بقاء الرقيه. و ثبوت المعامله و وجوب الوفاء بها مسلم لكن لا يقتضى خروجه عن الرقيه. و كونها بيعا للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا، كما سيأتى (١).

قوله: «و يجزى الآبق. إلخ».

لأصاله بقاءه حيا، و من ثم وجبت فطرته، و يستمر حكم الرق إلى أن ينقطع خبره و يمضى عليه مدّه لا يعيش إليها عادة. و يؤيده روايه أبى هاشم الجعفرى فى الحسن قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قد أبق منه مملوكه يجوز أن يعتقه فى كفاره الظهار؟ قال: لا بأس به ما لم يعرف منه موتا» (٢).

و استوجه فى المختلف (٣) الرجوع فيه إلى الظن، فيصح عتقه مع ظن حياته، و يبطل مع ظن وفاته أو اشتباه الحال. و مختار المصنّف أصح.

و قال بعض الشافعيه (٤): لا يصح عتقه عن الكفاره مطلقا، لنقصان الملك.

و هو ممنوع. و المغصوب كالآبق.

قوله: «و كذلك تجزى.. إلخ».

المشهور بين الأصحاب جواز عتق أمّ الولد فى الكفاره كما يجوز عتقها

ص: ٤٩

١- ١) فى مبحث أركان الكتابه من كتاب المكاتبه.

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

٣- ٣) المختلف: ٦٠٤.

٤- ٤) انظر الحاوى الكبير للماوردى ٤٧٤: ١٠، الوجيز للغزالي ٨٢: ٢.

و لو أعتق (١) نصفين من عبيدين مشتركين لم يجز، إذ لا يسمّى ذلك نسمة.

تبرّعا، لبقاء الملك و إن امتنع بيعها على بعض الوجوه، فإن عدم جواز البيع لا- يقتضى زوال الملك، و لجواز بيعها على بعض الوجوه. و فى بعض الأخبار عن زين العابدين عليه السلام: «أم الولد تجزى فى الظهار» (١). و هو شاهد.

و منع منه بعض الأصحاب (٢)، و هو مذهب بعض العامّة (٣)، لنقصان الرقّ باستحقاقها العتق لجهه الاستيلاد. و هو ممنوع، فإنها إنما تستحقّ العتق بعد الموت لا- مطلقا، و إنما الثابت فى حياه المولى المنع من التصرّف بما يوجب نقل الملك، و تنجيز العتق إحسان محض و تعجيل لما تشبّث به و أهلها الشارع له.

هذا إذا أعتقها المولى عن كفّارته. أما عتقها عن كفّاره غيره، إما بأن يبيعها لتعتق (٤) عن الكفّاره، أو بمجرّد أمر من عليه الكفّاره للمالك بالعتق، ففى الصحّح إشكال آخر من حيث نقلها عن ملك المولى قبل العتق حقيقه أو ضمنا، و هو ممنوع. و فيه وجه بالجواز من حيث استلزامه تعجيل العتق. و قد تقدّم الكلام فيه، و سيأتى (٥) أيضا.

قوله: «و لو أعتق.. إلخ».

المأمور به فى الكفّاره تحرير رقبه، و هى حقيقه فى الواحده الكامله، فلو

ص: ٥٠

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

٢- (٢) راجع المهذب ٢: ٤١٥، و حكاه المقداد عن ابن الجنيد فى التنقيح الرائع ٣: ٤٠٤.

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

٤- (٤) فى «م»: ليعتقها.

٥- (٥) فى ص: ٥٧.

و لو أعتق شقصا(١) من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه. فإن نوى الكفّاره و هو موسر أجزاء إن قلنا: إنه ينعق بنفس إعتاق الشقص. و إن قلنا: لا ينعق إلا بأداء قيمه حصّه الشريك، فهل يجزى عند أدائها؟ قيل:

نعم، لتحقق عتق الرقبه. و فيه تردد، منشؤه تحقق عتق الشقص أخيرا بسبب بذل العوض لا بالإعتاق.

و لو كان معسرا صحّ العتق في نصيبه. و لا يجزى عن الكفّاره و لو أيسر بعد ذلك، لاستقرار الرقّ في نصيب الشريك. و لو ملك النصيب، فنوى إعتاقه عن الكفّاره، صحّ و إن تفرّق العتق، لتحقق عتق الرقبه.

أعتق نصفى مملوكين لم يجز، لعدم صدق اسم الرقبه. و قال بعض العامّه (١) يجزى، تنزيلا للأشخاص منزله الأشخاص، و لذلك تجب الزكاه على من ملك نصف ثمانين شاه. و لهم قول (٢) آخر أن باقى العبدین إن كان حرّاً أجزاء و إلا فلا.

و الفرق أنه إذا كان الباقي حرّاً أفاد الإعتاق الاستقلال و التخلّص من الرقب، و هو مقصود من الإعتاق. و كذا القول فيما لو أعتق ثلثا من واحد و ثلثين من آخر.

قوله: «و لو أعتق شقصا. إلخ».

إذا أعتق الموسر نصيبه من العبد المشترك سرى إلى نصيب صاحبه، و هل تحصل السرايه بنفس اللفظ، أو بأداء قيمه، أو يتوقف فإذا أذى قيمه تبين حصول العتق من وقت اللفظ؟ أوجه تأتي إن شاء الله تعالى. و على الأوجه يتفرّع إعتاق العبد المذكور عن الكفّاره، فالمشهور بين الأصحاب صحّته إذا نوى عتقه عن الكفّاره، أما في نصيبه فظاهر، و أما في الباقي فلأن سبب استحقاق عتقه

ص: ٥١

١- ١) انظر الحاوى الكبير ٤٨٤: ١٠، الوجيز ٨٢: ٢، المغنى لابن قدامه ٦٢٧: ٨، روضه الطالبين ٢٦٣: ٦.

٢- ٢) انظر الحاوى الكبير ٤٨٥: ١٠، الوجيز ٨٢: ٢، المغنى لابن قدامه ٦٢٧: ٨، روضه الطالبين ٢٦٣: ٦.

إعتاق نصيبه، و قد اقترنت به نيته (١) الكفّاره، و العتق فى الباقي يتبع العتق فى نصيبه، فكما يتبعه فى أصل العتق جاز أن يتبعه فى الوقوع عن الكفّاره. و لا فرق فى الأجزاء على هذا بين أن يوجّه العتق على جميع العبد، و بين أن يوجّهه على نصيبه، لحصول العتق بالسرايه فى الحاليتين. و يحتمل قوياً اشتراط نيته العتق لجميعة، لأنه مأمور بإعتاق رقبه بالنيته، فلا يكفى نيته نصيبه و إن تبعه الباقي بحكم الشرع، فإن ذلك غير كاف فى صرفه إلى الكفّاره.

هذا إذا قلنا بالسرايه عند اللفظ أو بالوقف و أدى القيمه. و إن قلنا إن العتق إنما يحصل بأداء القيمه، ففى الأجزاء و جهان تردّد فيهما المصنّف، من تحقّق عتق الرقبه الذى هو مقصود الشارع، و من منع كون المقصود عتقها مطلقاً بل عن الكفّاره، و عتق الباقي إنما حصل بسبب بذل العوض لا بسبب الكفّاره.

و على تقدير الأجزاء فهل تكفى النيته الأولى لنصيب الشريك، أم يحتاج إلى تجديد النيته عند الأداء؟ و جهان:

أحدهما - و اختاره فى المبسوط (٢) - أنه تكفى نيته عند اللفظ (٣)، لأن النيته اقترنت بالعتق إلّا - أن العتق حصل على ترتّب و تدرّج.

و الثانى: أنه لا - بدّ من التجديد لتقترن النيته بعنق نصيب الشريك كما اقترنت بعنق نصيبه. و لو نوى فى الحال صرف العتق فى نصيبه إلى الكفّاره، و نوى عند أداء القيمه صرف العتق فى نصيب الشريك إليها أجزأ أيضاً، لاقتران النيته بحاله حصول العتق.

ص: ٥٢

١ - ١) كذا فى «و» و فى «ق، ط، د» و الحجرّيتين: فيه.

٢ - ٢) المبسوط ١٦٢: ٥.

٣ - ٣) فى «د» و الحجرّيتين: التلّفظ.

هذا إذا كان موسراً، فأما المعسر، فإن عتقه يوجد في نصيبه و لا يسرى إلى نصيب شريكه، فإن ملك بعد ذلك مالا و أيسر لم ينفذ العتق فيه، لأن الرق قد استقرّ فيه للشريك فلا- يجوز إزالته بعد استقراره، لكن إن ملكه و أعتقه ابتداءً أجزأ، لأن عتق الرقبه قد حصل و إن كان متفرّقاً.

و منع ابن الجنيد (1) من إجزاء هذا العتق عن الكفّاره، لأن عتق السرايه حصل بغير قصده بل بالسنة عليه، و يصدق أن يقال: ما أعتق جميع العبد و إنما أعتق نصيبه و عتق عليه الباقي بحكم الشرع. و هذا قول موجه إلا أن الأشهر الإجزاء.

و اعلم أنه يفرّق بين هذه المسألة و بين السابقة- على القول بإجزاء العتق بالسرايه عن الكفّاره، مع أن إعتاقه لنصفي العبدین أبلغ من عتق النصف الواحد و قد حكم بإجزائه-: أن من شرط الإجزاء أن ينوى عتق الجميع عن الكفّاره كما بيّناه، أو ينوى عتق نصيبه و يطلق ليسرى العتق على الباقي و يتبع ما نواه على الوجه الآخر، و الأمران منفيان في السابقة، فإنه بتيه عتق النصفين من الاثنين عن كفّاره واحده قد صرح بعدم إرادته عتق الباقي من العبد الواحد عن الكفّاره على تقدير السرايه، و تيه العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفّاره فلم يقع مجزياً عنها لذلك، و لو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفّارتين جاءت المسألة الثانيه بأسرها، و صحّ عتقهما عن الكفّاره و سرى إليهما على ما فصل.

و في معنى عتق ما يملكه من العبد عن الكفّاره مع يساره لو أعتق بعض عبد يملكه بأسره عن الكفّاره، فإنه يسرى إلى الجميع، و يجزيه إذا نوى ذلك أو

ص: ٥٣

و لو أعتق المرهون (١) لم يصح ما لم يجر المرتهن. و قال الشيخ: يصح مطلقاً، إذا كان موسراً، و يكلف أداء المال إن كان حالاً، أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً. و هو بعيد.

و لو قتل عمداً (٢) فأعتقه في الكفارة فللشيخ قولان، و الأشبه المنع.

و إن قتل خطأ قال في المبسوط: لم يجر عتقه، لتعلق حق المجنى عليه برقبته. و في النهاية: يصح، و يضمن السيد ديه المقتول. و هو حسن.

لم ينو ما ينافي الكفارة.

قوله: «و لو أعتق المرهون. إلخ».

وجه البعد: أن الراهن ممنوع من التصرف في المرهون بالإجماع بإخراج هذا الفرد من التصرف تحكماً، و عموم قوله عليه السلام: «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» (١) يشملهما. نعم، لو أجاز المرتهن نفذ، لأن المنع كان لحقه فإذا أجاز زال المانع و صادف وقوع العتق من أهله.

و استند الشيخ (٢) في صحه العتق إلى عموم قوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (٣) و أن الراهن مالك لها، و هو مع يساره واجد فيتناوله العموم. و هو ممنوع.

قوله: «و لو قتل عمداً. إلخ».

قد اختلف كلام الشيخ في هذه المسألة اختلافاً فاحشاً، لأنه في الخلاف (٤) منع من صحه عتق الجاني عمداً، و جوز عتقه إذا كانت الجنايه خطأ،

ص: ٥٤

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

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

٣- ٣) المجادله: ٣.

٤- ٤) الخلاف ٤: ٥٤٦ مسألة (٣٣).

و لو أعتق عنه معتق (١) بمسألته صحّ، و لم يكن له عوض. فإن شرط عوضاً، كأن يقول له: [أعتق] أو عليّ عشرة، صحّ و لزمه العوض.

و لو تبرّع بالعتق عنه قال الشيخ: نفذ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه، سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً.

و لو أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت، قال الشيخ: يصحّ. و الوجه التسويه بين الأجنبي و الوارث في المنع أو الجواز.

و استدللّ على ذلك بإجماع الفرقه. و عكس في المبسوط و قال: «الذي يقتضيه مذهبنا أنه إن كان عامداً نفذ العتق، لأن القود لا يبطل بكونه حرّاً، و إن كان خطأ لا ينفذ، لأنه يتعلّق برقبته، و السيّد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه» (١).

و المصنّف اختار مذهبه في الخلاف، و هو صحّح العتق مع كون الجنايه خطأ، و بطلانه مع العمد، لأنه مع العمد يكون التخيير إلى أولياء المقتول إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه، و صحّح عتقه تستلزم إبطال ذلك، أما الخطأ فالخيار إلى المولى إن شاء افتكّه بالأرش أو قيمه على الخلاف، و إن شاء دفعه إلى أولياء المقتول، فإذا أعتقه يكون قد اختار الافتكاك. لكن هذا يتمّ مع يساره، فلو كان معسراً لم ينفذ عتقه، لتضرّر أولياء المقتول به و إسقاط حقّهم منه.

و الأقوى صحّته مع الخطأ و العمد، مراعى بفكّه له في الخطأ، و اختيار أولياء المقتول الفداء في العمد، و بذله له أو عفوهم عن الجنايه.

قوله: «و لو أعتق عنه معتق. إلخ».

إذا وجب على شخص كفّاره تتأذى بالعتق فأعتق عنه غيره بيّنه الكفّاره،

ص: ٥٥

فإن كان ذلك بمسأله من عليه الكفار صح، سواء شرط له عوضا كقوله: أعتق عبدك عن كفارتى و لك على عشره دنانير، أم لم يشترط بأن قال له: أعتق عبدك عن كفارتى، ففعل، و وجه الصحه فى الموضوعين: أن المعتق كالنائب عن الأمر على التقديرين، و كالوكيل عنه فى الإعتاق، فيكون الأمر كأنه أعتق الرقبه عن الكفار، فيدخل فى عموم فتحرير رقبه (1) و لا مانع من ذلك إلا عدم كونه مالكا لها، و لكن سيأتى (2) أن الملك ينتقل إليه على وجه ليصح العتق.

و إن تبرع المعتق (3) عنه من غير سؤاله، قال الشيخ فى المبسوط (4) صح العتق عن المعتق دون من أعتق عنه، سواء كان المعتق عنه حيا أو ميتا إن لم يكن المعتق وارثا، فإن كان وارثا صح عتقه عن الميت و إن لم يكن من مال الميت، و فرق بين الوارث و الأجنبي بأن الوارث مخاطب بأداء الحقوق الواجبه على المورث، و له التخيير فى جهات القضاء، و قائم مقامه فى قبول قوله فيما كان يقبل قوله فيه، و فى تعيين الوصيه المبهمه و المطلقه على وجه، مع تكليفه بما عليه من الصلاه و الصوم، بخلاف الأجنبي.

و لا يخفى عليك أن هذه الفروق خارجه عن موضع الفرض، و لا يقتضى عموم الولاية، لأن الفرض كونه غير وصي، و من ثم قال المصنف: «الوجه التسويه بين الأجنبي و الوارث فى المنع أو الجواز» لأن التبرع حاصل من كل واحد منهما، لما ذكرناه من أن الفرض كونه غير وصي، و لا يلزم من قيامه مقامه

ص: ٥٦

١-١ (١) المجادل: ٣.

٢-٢ (٢) فى الصفحه التاليه.

٣-٣ (٣) فى «ق»: بالعتق.

٤-٤ (٤) المبسوط ١٦٤: ٥.



و إذا قال: أعتق (١) عبدك عني، فقال: أعتقت عنك، فقد وقع الاتفاق على الإجزاء. و لكن متى ينتقل إلى الأمر؟ قال الشيخ (١):

ينتقل بعد قول المعتق: أعتقت عنك، ثم ينعق بعده. و هو تحكّم.

و الوجه الاقتصار على الثمرة، و هو صحّح العتق و براهه ذمّه الأمر، و ما عداه تخمين.

في بعض الأحكام قيامه في غيره. و حينئذ فإما أن يمنع من الإجزاء فيهما، نظرا إلى وقوع العتق من غير مالك و لا- من هو في حكمه كالوكيل و المأمور، و لا- عتق إلا- في ملك، أو صحّته فيهما التفاتا إلى أن المتبرّع نوى العتق عن ذي الكفّاره فيقع عنه، لعموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنما الأعمال بالنيات» (٢) و لأنه لو لم يقع عنه ما وقع أصلا، أما عن المعتق فلاّنه لم ينوه عن نفسه و لا عمل إلاّ بنيه، و أما عن الآخر فلاّنه الفرض، و لأنه جار مجرى قضاء الدّين الجائر تبرّعا من الأجنبي و الوارث و دين الله أحقّ أن يقضى، و توقّف العتق على الملك يندفع بالملك الضمّنى كما قيل به مع السؤال. و المصنّف-رحمه الله-لم يبرّج أحد الأمرين، و إنما منع الفرق. و الوجه الإجزاء عن الميّت مطلقا. و في وقوعه عن الحيّ نظر، و إن كان الوقوع لا يخلو من قوّه.

قوله: «و إذا قال: أعتق. إلخ».

إذا قال له: أعتق عبدك عني، ففعل وقع العتق عن الأمر بغير خلاف من يعتدّ به، و لا بدّ من الحكم بدخوله في ملك المعتق عنه، لقوله صلّى الله عليه و آله

ص: ٥٧

١- ١) المبسوط ١٦٥: ٥.

٢- ٢) التهذيب ١: ٨٣ ح ٢١٨، و ٤: ١٨٦ ح ٥١٩، الوسائل ٤: ٧١١ ب (١) من أبواب التّيه ح ٢ و ٣، و انظر مسند أحمد ١: ٢٥، صحيح البخارى ١: ٢، سنن ابن ماجه ٢: ١٤١٣ ح ٤٢٢٧، سنن البيهقي ٧: ٣٤١.

و سلم: «لا عتق إلا في ملك» (١). وقد اختلف العلماء في وقت دخوله، و ذكروا فيه وجوها:

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

و فيه: أنه يستلزم تأخر العتق عن الإعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك.

و اعتذروا عنه بأن تأخر العتق عن (٢) الإعتاق بسبب أنه إعتاق عن الغير، و مثله واقع في قوله: أعتقت عبدي عنك بكذا، فإن عتقه يتوقف على قبول المعتق عنه، و يلزم منه تأخر العتق عن الإعتاق.

و المصنف نسب هذا القول إلى التحكم، لأن الدليل الدال على صحه هذا العتق إن سلم دلالة على انتقال الملك فليس فيه توقيت له، فتخصيصه بهذا الوقت تحكم.

و ثانيها: أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ الإعتاق، و يعتق إذا تم اللفظ بمجموع الصيغه، فالجزء عله للعتق و هو ملك الأمر، و الكل سبب لزوال ملكه عنه بالإعتاق. و هو قول المفيد (٣) و العلامة (٤) و ولده فخر الدين (٥).

و فيه: أنه يستلزم صيرورته ملكا للأمر قبل تمام الصيغه، فلو فرض تركه إكمالها خرج عن ملكه و لم يقع العتق.

ص: ٥٨

١-١) الكافي ١٧٩:٦ ح ١ و ٢، الفقيه ٦٩:٣ ح ٢٣٢، التهذيب ٢١٧:٨ ح ٧٧٣ و ٧٧٤، الاستبصار ٤:٥ ح ١٤ و ١٥، الوسائل ٧:١٦ ح ٥٨

٢-٢) كذا في الحجرتين، و في النسخ الخطية: الإعتاق عن العتق.

٣-٣) لم نعثر عليه فيما لدينا من كتب المفيد، و نسبه إليه في إيضاح الفوائد ٩١:٤.

٤-٤) قواعد الأحكام ١٤٥:٢.

٥-٥) إيضاح الفوائد ٩٠:٤-٩١.

و ثالثها: أنه يحصل الملك للمستدعى بالاستدعاء، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق.

و يرد عليه ما ورد على السابق و زياده.

و رابعها: أنه يحصل الملك و العتق معا عند تمام الإعتاق.

و فى هذا سلامه عن المحذور السابق، إلا أن اشتراط وقوع العتق فى ملك يقتضى تقدّم الملك على العتق، فلا يتم وقوعهما معا فى وقت واحد عند تمام لفظ العتق.

و خامسها: أنه يحصل بالأمر المقترن بصيغه العتق، فيكون تمام الصيغه كاشفا عن سبق الملك عليها، و عدم إيقاعها بعد الاستدعاء أو قطعها أو وقوع خلل فيها دالاً (1) على عدم حصول الملك بالأمر، لعدم حصول ما يعتبر فى صحته و هو اقتراانه بالأمر بالعتق.

و فيه: أن الاقتران المذكور يكون شرطاً فى سبق (2) الملك، و لا- يتحقّق الاقتران إلا بتمام صيغه العتق، فيلزم تأخر الملك عن الإعتاق و إلا لتأخر الشرط عن المشروط.

و لأجل هذه الإشكالات و نحوها قال المصنّف-رحمه الله- و نعم ما قال:

إن الوجه الاقتصار على الثمره و هو صحه العتق عن الأمر و براءه ذمته من الكفّاره، و لا- يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ذلك تخمين لا يرجع إلى دليل صالح.

ص: ٥٩

١- ١) فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجرّيتين: دالّ، و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) فى «د»: تحقّق سبق، و فى الحجرّيتين: تحقّق الملك.

و مثله إذا قال (١) له: كل هذا الطعام، فقد اختلف أيضا في الوقت الذى يملكه الآكل. و الوجه عندى أنه يكون إباحه للتناول، و لا ينتقل إلى ملك الآكل.

قوله: «و مثله إذا قال. إلخ».

هذه المسأله تشبهه السابقه فى اشتباه وقت انتقال الملك إلى الآكل، فقيل إنه ينتقل إلى ملك المأذون له فى الأكل بتناوله بيده، و قيل بوضعه فى فيه، و قيل بازدراد اللقمه. و اتفق الكلّ على أنه لا يملك بوضعه بين يديه.

و يتفرّع على الأقوال جواز إطعامه لغيره على الأول لا- على الباقي. و لا فرق فى ذلك بين الإذن صريحا كما ذكره المصنّف، و بقرائن الأحوال كوضع الطعام بين يدي الضيف. و الأقوى ما اختاره المصنّف من أن المأذون لا يملكه مطلقا، و إنما يستبيح الأكل بالإذن، لأصاله بقاء الملك على مالكة، و عدم حصول شيء من الأسباب الناقله عنه شرعا، بل هو إباحه محضه من غير تمليك، لكنّها مختصّه بالنوع المأذون فيه لفظا أو بقرينه الحال. فيرجع فى تلقيم الضيفان بعضهم بعضا، و وضع شيء منه بين يديه، و إطعام غيرهم من السائل و الهزّ و غيرهما، إلى الإذن المستفاده من اللفظ أو القرينه، و مع الشك يحرم التصرف بغير الأكل مطلقا، عملا بالمتيقّن من الإباحه، و للنهى (١) عن أكل مال الناس بالباطل. و مثله القول فى أخذ شيء منه للمأذون له فى الأكل لغلامه أو ليأكله فى وقت آخر.

ص: ٦٠

---

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

و يشترط فى الإعناق شروط:

### الأول: التيه

الأول: التيه (١)، لأنه عباده يحتمل وجوها، فلا يختص بأحدها إلا بالتية. و لا بد من تيه القربه، فلا يصح العتق من الكافر، ذميا كان أو حربيا أو مرتدا، لتعد تيه القربه فى حقه.

قوله: «التيه. إلخ».

التيه معتبره فى الكفار، لأنها عباده تقع على وجوه مختلفة، فلا يتميز المقصود منها إلا بالتية، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما الأعمال بالنيات» (١). و يعتبر فيها تيه القربه، لقوله تعالى و ما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين (٢). و هذا هو القدر المتفق عليه منها، و سياتى (٣) الخلاف فى اشتراط تيه التعيين و عدمه. و يتحصل من ذلك أن المعتبر تيه العتق عن الكفار تقربا إلى الله تعالى.

و مقتضى العبارة أن تيه الوجوب غير معتبره فيه، إما لأنه لا يقع [العتق] (٤) عن الكفار إلا واجبا فلا يفتقر إلى التمييز به، أو لأن تيه الوجه لا دليل على اعتبارها فى مطلق العبادات، و ما تقدم (٥) من ثبوته فى تلك الكفارات المختلف فيها على وجه الاستحباب يحصل المراد بالتعيين إن اعتبرناه، و إلا اعتبر ذكر ما يميز الواجب عن غيره و إن لم يجعل غايه كغيره من العبادات.

إذا تقرر ذلك، فقد فرع المصنف على اعتبار تيه القربه به أنه لا يصح من

ص: ٦١

١- ١) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٥٧، هامش (٢).

٢- ٢) البيه: ٥.

٣- ٣) فى ص: ٦٤.

٤- ٤) من الحجرتين.

٥- ٥) فى ص: ٢٥ و بعدها.

الكافر، كتابيا كان أم غيره، محتجا بتعدُّر نيته القربه في حقه.

و فيه نظر:

لأنه إن أراد بنيه القربه المتعدُّره منه نيته إيقاع الفعل طلبا للتقرب إلى الله تعالى بواسطة نيل الثواب أو ما جرى مجرى ذلك، سواء حصل له ما نواه أم لا، منعنا من تعدُّر نيته القربه من مطلق الكافر، لأن من اعترف منهم بالله تعالى و كان كفره بجحد نبوه النبي صلى الله عليه وآله وسلم أو غيره من الأنبياء أو بعض شرائع الإسلام يمكن منه هذا النوع من التقرب، وإنما يمتنع من الكافر المعطل الذي لا يعترف بوجود الله تعالى، كالدهرى و بعض عبده الأصنام.

و إن أراد بها إيقاعه على وجه التقرب إلى الله تعالى بحيث يستحق بها الثواب طالبناه بدليل على اشتراط مثل ذلك، و عارضناه بعباده المخالف من المسلمين و عتقه، فإنه لا يستتبع الثواب عنده مع صحه عتقه. و فى صحه عباداته غيره بحث قرّر فى محله (١).

و بالجملة فكلامهم فى هذا الباب مختلف غير منقّح، لأنهم تاره يحكمون بيطان عباده الكافر مطلقا، استنادا إلى تعدُّر نيته القربه منه، و مقتضى ذلك إرادته المعنى الثانى، لأن ذلك هو المتعدُّر منه لا الأول، و تاره يجوزون منه بعض العبادات كالعتق، و سيأتى (٢) تجويز جماعه من الأصحاب له منه مع اشتراط القربه فيه، نظرا إلى ما ذكرناه من الوجه فى الأول. و قد وقع الخلاف بينهم فى وقفه و صدقته و عتقه المتبرّع به، و نحو ذلك من التصرفات

ص: ٦٢

١-١) راجع ج ٣٦٢: ١.

٢-٢) فى ص: ٢٨٦.

الماليه المعترف فيها القربه. و اتفقوا على عدم صحه العبادات البدنيه منه، نظرا إلى أن المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه و لو بفك الرقبه من الرقّ فيرجح فيه جانب الغرامات (١)، بخلاف العبادات البدنيه، و من ثمّ ذهب بعض العامه (٢) إلى عدم اشتراط التيه في العتق و الإطعام و اعتبارها في الصيام، إلا أن هذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه. و سيأتي (٣) له في العتق زياده بحث إن شاء الله.

ثمّ عد إلى العبارة. و اعلم أن قوله: «ذميا كان الكافر أو حربيا أو مرتدا» لا يظهر للتسويه بين هذه الفرق مزيه، لأن الكافر المقرّ بالله تعالى لا يفرّق فيه بين الذمى و الحربى و إن افترقا فى الإقرار بالجزيه، فإن ذلك أمر خارج عن هذا المطلوب. و إنما حقّ التسويه بين أصناف الكفّار أن يقول:

سواء كان مقرّا بالله تعالى كالكتابى أم جاحدا له كالوثنى، لأن ذلك هو موضع الاشكال و محلّ الخلاف. و أما ما قاله بعضهم من أن الكافر مطلقا لا يعرف الله تعالى على الوجه المعترف، و لو عرفه لأقرّ بجميع رسله و دين الإسلام، فهو كلام بعيد عن التحقيق جدّا، و لا ملازمه بين الأمرين، كما لا ملازمه بين معرفه المسلم لله تعالى و معرفه دين الحقّ من فرق الإسلام، و كلُّ حِزْبٍ بما لديهم فرحون (٤).

ص: ٦٣

١ - ١) فى «د» و الحجرّيتين: القربات، و فى «و»: القربات.

٢ - ٢) الوجيز ٢: ٨١.

٣ - ٣) فى ص: ٢٨٥-٢٨٦.

٤ - ٤) الروم: ٣٢.

و يعتبر نيّه التعيين (١) إن اجتمعت أجناس مختلفه، على الأشبه.

و لو كانت الكفّارات من جنس واحد، قال الشيخ: يجزى نيّه التكفير مع القربه، و لا يفتقر إلى التعيين. و فيه إشكال.

أما الصوم فالأشبه بالمذهب أنه لا بدّ فيه من نيّه التعيين، و يجوز تجديدها إلى الزوال.

قوله: «و يعتبر نيّه التعيين. إلخ».

إذا تعدّدت الكفّارات على واحد، فإما أن يتحد السبب جنسا-و المراد به هنا الحقيقه النوعيه كما هو استعمال الفقهاء فى نظائره- أو يتعدّد. و على تقدير تعدّدها: فإما أن تتماثل الكفّارات ككفّاره قتل الخطأ و الظهار، أو تختلف كإحدى الكفّارتين مع كفّاره اليمين و كفّاره رمضان على القول الأصحّ من أنها مخيره.

فإن اختلفت الأسباب و المسبّبات، قال الشيخ فى الخلاف (١): وجب التعيين، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنما الأعمال بالنيّات» (٢) فما لم يحصل فيه النيّه لا- يجزى، و أن الأصل شغل الذمّه و لا يقين ببراءتها مع الإطلاق، و لامتناع الصرف إليهما جميعا، و للبعض ترجيح بلا مرجح. و هذا هو الذى اختاره المصنّف و ابن إدريس (٣).

و فى المبسوط (٤) اكتفى بالإطلاق مطلقا، لأصالة البراءه من اشتراطه، و حصول الامتثال، و جاز انصرافه إلى واحده لا بعينها فيبقى فى ذمّته اخرى كذلك.

ص: ٦٤

١- (١) الخلاف ٤:٥٤٩ مسألة (٣٩).

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

٣- (٣) السرائر ٢:٧١٨.

٤- (٤) المبسوط ٦:٢٠٩.



و يشكل بأنه مع اختلافها (١) حكما- ككفاره الظهار و اليمين- إن تخير بعد العتق بين عتق آخر و الإطعام كان العتق [الأول] (٢) منصرفا إلى المرتبة و هو خلاف الفرض، و إن تعين العتق ثانيا كان منصرفا إلى المخيره و هو خلاف التقدير أيضا.

و لأجل هذا الاشكال فصل العلامه فى المختلف (٣)، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفارات حكما لا مع اتفاقها.

و يرد عليه ما لو كانت إحداهما كفاره جمع و الأخرى كفاره مرتبه، فإن حكمهما (٤) مختلف و المحذور مندفع، لأن العتق ثانيا متعين من غير المحذور المذكور، لا اشتغال الذمه بعتق معين ثانيا على كل تقدير، إلا أن يجعل هذا من أفراد متفق الحكم من حيث اشتراكهما فى تعيين العتق ابتداء، لكنه خلاف المفهوم من مختلف الحكم.

و يمكن اندفاع الإشكال بأن الشيخ صرح فى المبسوط (٥) بجواز التعيين بعد الإبهام، فينصرف العتق إلى التى صرفه إليها كما لو عين فى الابتداء، وبقى حكم الأخرى بحاله، فلا محذور حينئذ.

و يمكن دفعه أيضا بالتزام تعيين العتق ثانيا على تقدير كون إحداهما مرتبه و الأخرى مخيره، و لا يلزم انصراف العتق أولا إلى المخيره بل إلى كفاره مطلقه مما فى ذمته، وبقى اخرى مطلقه كذلك متردده بين المرتبه و المخيره،

ص: ٦٥

١- ١) فى «ق،م» و إحدى الحجرتين: اختلافهما.

٢- ٢) من الحجرتين.

٣- ٣) المختلف: ٦٦٦-٦٦٧.

٤- ٤) فى «د،و»: حكمها.

٥- ٥) المبسوط ٢٠٩: ٦.

فإذا اختار غير العتق لم يحصل براءة الذمّه ممّا هو متعلّق بها، لأنّه ليس مخيّراً، وإن اختار العتق برئت ذمّته على التقديرين، فتعيّن العتق لذلك لا- لانصرافه إلى المخيّره و إن شاركه في المعنى. و هذا كمن عليه كفّاره مشتبهه بين المخيّره و المرتّبّه، فإنه يتعيّن عليه العتق لتيقّن براءة الذمّه منهما، و إن لم يكن العتق متعيّنا عليه في نفس الأمر، بل من باب مقدّمه الواجب، لتوقّف البراءه عليه.

و إن تعدّدت الكفّاره و اتّحد جنس سببها فالمشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين، بل قال الشهيد في الشرح (١) إنه لا يعرف لأحد من العلماء قولاً باشتراط التعيين، و الشيخ في الخلاف (٢) نقل الإجماع على عدم اشتراطه. لكن المصنّف هنا جعل فيه إشكالا، و كأنّ وجهه اشتراك الجميع في أن كلّ واحده عمل، و كلّ عمل يفتقر إلى التّيه، فكلّ كفّاره تفتقر إلى التّيه. و جوابه: القول بالموجب، فإنه إذا نوى الكفّاره مطلقا فقد حصل العمل بتّيه (٣)، و برئت الذمّه من واحده مطلقه ممّا في الذمّه، و بقي الباقي كذلك. و الذي يدلّ عليه الخبر (٤) و جوب القصد إلى العمل، أما كونه مشخّصا بجميع وجوهه فلا يدلّ عليه.

و هذا البحث كلّه إذا كفر بالعتق، و في معناه التكفير بالإطعام و الكسوه.

و أما الصوم فقد قال المصنّف: إن الأشبه بالمذهب أنه لا بدّ فيه من نيه التعيين مطلقا. و الفرق بينه و بين باقي الخصال: أنه من العبادات البدنيّه و الأمر

ص: ٦٦

١-١ (١) غايه المراد: ٢٦٥-٢٦٦.

٢-٢ (٢) الخلاف ٤:٥٤٩ مسألة (٣٩).

٣-٣ (٣) في «د،م» و إحدى الحجرّيتين: بتّيته.

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

فيها أضيّق، و لذلك لا- يجزى فيها التوكيل، بخلاف المائيه. و بأن العبادات المائيه نازعه إلى الغرامات فاكتفى فيها بأصل التيه. و بأن العبادات البدئيه مراتب متفاوتة، و ما يتعلّق بها من النصب و التعب يختلف موقعه و وجوهه، فالمشقه في صلاه الصبح-مثلا- من وجه و في صلاه الظهر من وجه آخر، لا اختلاف الوقت و أعداد الركعات، بخلاف العتق، فإنه أمر واحد لا اختلاف فيه، فلم يحتج فيه إلى التعيين إما مطلقا أو على بعض الوجوه.

و في قول المصنّف: «الأشبه بالمذهب أنه لا بدّ من التعيين» إيماء إلى عدم تحقّق الوفاق عليه، و أنه محتمل للخلاف. و وجه تعبيره بذلك أن ظاهر الشيخ في المبسوط (١) اشتراك جميع خصال الكفّارات في جواز الإطلاق، لأنه قال-بعد أن فرض المسأله في الكفّارات المتّحده الجنس ككفّارات اليمين-: «فإن أبهم التيه فلم يعين بل نوى كفّاره مطلقا أجزاءه، لقوله تعالى فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ (٢) و لم يفرّق». ثمّ قال بعد ذلك: «فأما إذا كانت أجناسا مثل أن حنث و قتل و ظاهر و وطئ في رمضان، فالحكم فيها كلّها كما لو كان الجنس واحدا، فإنه لا يفتقر إلى تعيين التيه». و ظاهر هذا عدم الفرق بين الصوم و غيره، فلذا قال المصنّف ما قال. و باقى الأصحاب لم يتعرّضوا للبحث عن التعيين و عدمه إلاّ في العتق، و الظاهر أنهم أحالوا الباقي عليه. و في الحقيقة تلك الفروق لا- تخلو من تكلف، و لا- توجب تعين نيه التعيين مطلقا، فلو قيل بمساواته لغيره من الخصال كما يظهر من إطلاق الشيخ كان حسنا.

ص: ٤٧

١-١ (١) المبسوط ٢٠٩:٤.

٢-٢ (٢) المائده: ٨٩.

الأول: لو أعتق عبداً عن إحدى كفّارتيه صحّ

الأول: لو أعتق عبداً (١) عن إحدى كفّارتيه صحّ، لتحقّق نية التكفير، إذ لا عبره بالسبب مع اتّحاد الحكم.

واعلم أن قول المصنّف: «و يجوز تجديدها إلى الزوال» يريد به في الجملة لا - مطلقاً، وذلك مع نسيانها ليلاً - و في ابتداء الصوم، بمعنى أنه لو تجدد عزمه على الشروع في صوم الكفّاره في أثناء النهار قبل الزوال صحّ. قوله: «لو أعتق عبداً. إلخ».

المراد بالحكم المتّحد هنا وجوب العتق عن الكفّاره، سواء اختلفت مع ذلك في حكم الترتيب و التخيير أم لا، لأن ذلك متفرّع على قول الشيخ (١) بعدم وجوب التعيين مطلقاً، فتعيّن تفسير الحكم بما ذكرناه. و أما الحكم الذي جعل في المختلف (٢) عدم وجوب التعيين مترتباً على اتّحاده فالمراد به ما هو أخصّ من ذلك، و هو حكمها في الترتيب و التخيير، كما يرشد إليه مثاله و تعليله.

و حيثئذ فإن كانتا مع اختلاف سببهما متّفقتين في الجمع أو الترتيب أو التخيير برئ من العتق عن إحداهما، و لزمه في الأول عتق رقبه اخرى مطلقه كذلك، فتبرأ ذمّته منهما. و كذا في الثانى أو المركّب منهما. و أما الثالث فإنه بالعتق يبرأ من إحدى الكفّارين، و يتخيّر ثانياً بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقه، فيبرأ منهما.

و لو كانت إحداهما مرتّبه و الأخرى مخيّرته برئت ذمّته من إحداهما أيضاً لا

١ - ١) المبسوط ٢٠٩: ٦.

٢ - ٢) المختلف: ٦٦٦-٦٦٧.

الثانى: لو كان عليه كفّارات (١) ثلاث متساويه فى العتق و الصوم و الصدقه، فأعتق و نوى القربه و التكفير، ثمّ عجز فصام شهرين متتابعين بنّيه القربه و التكفير، ثمّ عجز فأطعم ستين مسكيناً كذلك، برئ من الثلاث و لو لم يعيّن.

على التعيين، و تعيّن عليه العتق ثانياً عن إحداهما كذلك، لتوقّف البراءة [مما] (١) فى ذمّته المتردّد بين الأمرين عليه، إن لم يصرف ذلك المطلق الأول بعد العتق إلى واحده معيّنه، و إلاّ لزمه حكم الأخرى خاصّه. و لو عجز ثانياً عن العتق تعيّن عليه الصوم، لما ذكرناه من العله فى العتق.

قوله: «لو كان عليه كفّارات. إلخ».

المراد بتساويها فى الثلاثه تساويها حكماً كالترتيب و إن اختلفت سبباً، لأنه متفرّع على عدم اشتراط التعيين مطلقاً. و يمكن أن يريد تساويها كمّيّه و إن اختلفت فى الترتيب و التخيير. فلو اجتمع عليه كفّاره ظهار و قتل و إفطار رمضان، فأعتق و نوى الكفّاره مطلقاً برئ من واحده غير معيّنه إن لم يعيّن بعد ذلك لأحدها، فإذا عجز عن العتق ثانياً فصام شهرين متتابعين برئ من اخرى كذلك، فإذا عجز عن الصوم فأطعم ستين مسكيناً برئ من الجميع.

و اشترط العجز عن المرتبه السابقه ليجرى الحكم على المرتبه و المخيره، فإن الثلاث إن كانت مرتبه أو مجتمعه من الأمرين فاشتراط العجز فى محلّه، و إن كانت كلّها مخيره و فعل الثلاث خصال كما ذكر برئ من الثلاث و إن لم يكن حال فعل الصوم و الإطعام عاجزاً عن السابق، لكن فائده القيد شمول الأقسام، و لا

ص: ٦٩

### الثالث: لو كان عليه كفّاره، و لم يدر أ هي عن قتل أو ظهار؟

الثالث: لو كان عليه (١) كفّاره، و لم يدر أ هي عن قتل أو ظهار؟ فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزاءه.

### الرابع: لو شك بين نذر و ظهار فنوى التكفير لم يجز

الرابع: لو شك بين نذر و ظهار (٢) فنوى التكفير لم يجز، لأن النذر لا - يجزى فيه نيته التكفير. و لو نوى إبراء ذمّته من أيّهما كان جاز. و لو نوى العتق مطلقاً لم يجز، لأن احتمال إرادته التطوّع أظهر عند الإطلاق. و كذا لو نوى الوجوب، لأنه قد يكون لا عن كفّاره.

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

و بقى من الأقسام ما لو اجتمع عليه ثلاث كفّارات جمع، فأعتق و نوى الكفّاره مطلقاً، فإنه يبرأ من عتق واحده غير معيّنه، فإذا صام كذلك برئ من صوم واحده كذلك، فإذا أطمع فكذلك. ثمّ إن لم يصرفه إلى واحده معيّنه، و إلاّ افتقر في بقيته الخصال إلى الإطلاق.

قوله: «لو كان عليه. إلخ».

لا إشكال في الإجزاء تفرّيعاً على القول بعدم وجوب التعيين كما فرضه المصنّف، لأن هذه النيّة مجزّية على هذا القول و إن علم بنوع الكفّاره فمع الجهل أولى. و لو اشترطنا التعيين مع العلم احتمال سقوطه مع الجهل كما في هذه الصورة، و وجوب التردد بين الأمرين، كالصلاه المشتبّهه حيث وجب تعيينها ابتداءً فكذا مع الجهل، فتردّد النيّة بين الأقسام المشكوك فيها. و هذا (١) أولى.

قوله: «لو شك بين نذر و ظهار. إلخ».

المعتبر من النيّة المطلقة حيث لا - يجب التعيين نيّه يشترك فيها جميع ما في ذمّته من الأمور المتعدّده من كفّارات أو غيرها، فإذا علم أن في ذمّته عتق رقبه

ص: ٧٠

الخامس: لو كان عليه كفارتان (١) و له عبدان فأعتقهما، و نوى نصف كل واحد منهما عن كفاره صح، لأن كل نصف تحزر عن الكفاره المراده به و تحزر الباقي عنها بالسرايه. و كذا لو أعتق نصف عبده عن كفاره معينه صح، لأنه ينعق كله دفعه.

و شك بين كونها بسبب نذر- بأن نذر عتق رقبه- أو كفاره ظهار، فالأمر الجامع بين الأمرين في التيه أن ينوى أمرا يشترك فيه النذر و الكفاره، و هو أن ينوى العتق عما في ذمته من النذر أو الكفاره، و لو نوى به التكفير لم يجز، لاحتمال كون ما في ذمته من العتق منذورا و النذر لا- يجزى فيه نيه التكفير، و بالعكس، بخلاف ما لو علم أنه عن كفاره و اشتبهت بين ظهار- مثلا- و يمين و قتل و غير ذلك، فإنه إذا نوى التكفير أجزاء، لا- اشتراك الجميع فيه. و كذا لا- يجزى لو نوى العتق مطلقا و إن كان مشتركا بين الأمرين، لأنه ظاهر في إرادته التطوع به، فلا بد من ضميمة تدل على صرفه إلى ما في ذمته كتيه العتق الواجب عليه و نحوه.

و لو نوى به الوجوب مطلقا فقد قال المصنف إنه لا يجزى، معللا بأن الوجوب قد يكون لا عن كفاره فلا يجزى عنها، لأن المعبر نيتها في الجملة و هي لا- تتأدى بالأعم، كما لو نوى العتق الواجب و في ذمته كفاره محققه، فإنه لا يجزى بل لا بد من ضميمة كونه عن كفاره. و قال في القواعد: «لو نوى العتق الواجب أجزاء» (١) مع أنه وافق على عدم أجزاء نيه الوجوب. و الفرق غير واضح.

قوله: «لو كان عليه كفارتان. إلخ».

إذا كان عليه كفارتان و له عبدان، فأعتق نصف أحدهما عن كفاره و نصف الآخر عن الأخرى، صح و سرى العتق إليهما، و انعتق كل واحد عن الكفاره التي

ص: ٧١

نوى بها عتق نصفه مباشرة. هذا إذا نوى بعتق النصف ذلك، لأنه فى قوّه نيه عتق الجميع عن الكفّاره. أما لو نوى اختصاص النصف [المعّين] (١) المعتق مباشرة بالكفّاره دون ما يحصل بالسرايه لم يصحّ العتق عن الكفّاره مطلقاً، أما النصف الواقع مباشرة فلعدم الاكتفاء به، وعدم إجزاء ضميمه الباقي من رقبه أخرى، لعدم صدق الرقبه على النصفين، و أما المعتق بالسرايه فلعدم نيه الكفّاره به بل نيه عدمها. ومثله ما لو لم يكن عليه إلاّ كفّاره واحده فأعتق نصف عبده عنها، وقد تقدّم (٢) البحث فى ذلك، وأن ابن الجنيّد منع من صحّحه العتق عن الكفّاره على هذا الوجه. وهو قول وجيه.

و اعلم أن قول المصنّف: «فأعتقهما ونوى نصف كلّ واحد منهما عن كفّاره» يتبادر منه أو يشمل ما لو أعتقهما جميعاً ونوى فى كلّ واحد منهما بنصفه الواحد عن إحدى الكفّارتين و النصف الآخر عن الأخرى. و فى الحكم بالصّحّه على هذا التقدير إشكال، لأن العتق مباشرة على هذا الوجه لا يقع عن الكفّاره، و السرايه مشروطه بصّحّه العتق فى البعض، و ليس أحد النصفين أولى بالصّحّه من الآخر، وقد نوى فى كلّ واحد من العبدین العتق عن كلّ واحد من الكفّارتين، فترجيح وقوع أحد النصفين عن واحده دون الآخر ترجيح من غير مرجّح، و إذا لم يقع ذلك مباشرة فأولى أن لا يقع سرايه، لأنها فرعه.

و الأولى تنزيل العبارة على ما ذكرناه سابقاً من نيه العتق عن إحداهما بنصف أحدهما خاصّه و نصف الآخر عن الأخرى من غير تعرّض لوقوع النصف

ص: ٧٢

١- ١) من «ط،م» و الحجرّيتين.

٢- ٢) فى ص: ٥٣.



أما لو اشترى (١) أباه أو غيره ممن ينعق عليه و نوى به التكفير، قال في المبسوط: يجزى، و في الخلاف: لا يجزى. و هو أشبه، لأن نية العتق تؤثر في ملك المعتق لا في ملك غيره، فالسرايه سابقه على النية، فلا يصادف حصولها ملكا.

الآخر من كل واحد عن الأخرى، لتحقق السرايه تبعا للعتق مباشرة.

و عبارته القواعد في هذه المسألة أجود من عبارته المصنّف حيث قال: «لو كان عليه كفارتان فأعتق نصف عبد عن إحداهما و نصف الآخر عن الأخرى صحّ، و سرى العتق إليهما» (١).

قوله: «أما لو اشترى. إلخ».

هذه المسألة تشبه السابقة من حيث إن العتق يقع إجبارياً، و النية عند سببه، و قد اختلف فيها كلام الشيخ، فالموجود في المبسوط (٢) في باب الكفارات عدم الإجزاء، و هو الذي صرح به في الخلاف (٣) أيضاً، لقوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (٤) و المفهوم منه فعل الحرّيه بالاختيار و هنا الحرّيه إجباريّة. و لأن النية معتبره و هي هنا متعدّده، لأنها ليست قبل الملك، لاستحاله إيقاعها على ملك الغير، و لا- بعده، لحصول العتق، و لا- في حاله، إذ لا- استقرار له. و بهذا يحصل الفرق بينها و بين ما سبق (٥) من عتق المملوك المشترك، لأن النية في تلك صادفت ملكا للبعض فأثرت فيه و تبعه الباقي، بخلاف هذه، فإن الملك حال الشراء-

ص: ٧٣

١- ١) قواعد الأحكام ١٤٦: ٢.

٢- ٢) المبسوط ١٦٢: ٥.

٣- ٣) الخلاف ٤: ٥٤٧ مسألة (٣٥).

٤- ٤) المجادله: ٣.

٥- ٥) في ص: ٥١.

الذى هو محلّ التّيه-منتف عن المعتق، وبعده يحصل العتق.

و نقل المصنّف عن المبسوط [١] الإجزاء، و استدّلوا له بأن الملك سابق على السرايه قطعاً كسبق العله على المعلول، لأن العتق مشروط بالملك، و السبب سابق على الملك، ضروره سبق السبب على مسببه، و التّيه مقارنة للسبب، فالسرايه لم تصادف إلا عبدا معتقا عن كفّاره، فلا سرايه [فيه] (١). و حينئذ نمنع حصول العتق هنا إلا عن الكفّاره، لأنه إنما ينعق بالقرايه لو لم يوجد سبب أسبق و قد وجد تّيه الكفّاره.

و هذا متّجه لكن يشترط استصحاب التّيه فعلاً إلى عقد البيع لتصادف الملك و تصدق مقارنتها للسبب إلى حين الملك.

و ما ذكروه من الفرق بين هذه و عتق المشترك أن التّيه إنما أثرت في المملوك، أما ما سرى إليه العتق من ملك الغير فلم يكن مملوكاً حال التّيه، و إنما ترتبت السرايه على عتق البعض و حكم بملك المعتق له ضمناً قبل السرايه، و الأمر هنا كذلك، بل الملك هنا حقيقى لا- ضمنى، لأن الانعتاق مسبب عن ملك القريب له فإذا قارنته التّيه فقد قارنت العتق و اشتركا في مقارنتها للسبب.

و ربما فرّق بين الأمرين بأن العتق بالنسبه إلى السرايه إلى حصّه الشريك سبب فاعلى له، و الشراء بالنسبه إلى عتق القريب سبب معدّ لا فاعلى (٢)، لأنه

ص: ٧٤

١- ٢) من «د» و الحجريّتين.

٢- ٣) في «ق، ط»: فاعل.

الشرط الثاني: تجريدُه عن العوض.

فلو قال لعبده (١): أنت حرّ و عليك كذا، لم يجوز عن الكفّاره، لأنه قصد العوض.

و لو قال له قائل: أعتق مملوكك عن كفّارتك و لك على كذا، فأعتقه لم يجوز عن الكفّاره [لأنه قصد العوض]. و في وقوع العتق تردّد. و لو قيل بوقوعه هل يلزم العوض؟ قال الشيخ: نعم. و هو حسن. و لو ردّ المالك العوض بعد قبضه لم يجوز عن الكفّاره، لأنه لم يجوز حال الإعتاق فلم يجوز فيما بعده.

يجعل المحلّ قابلاً لتأثير السبب (١) في العتق، و السبب الفاعلي فيه هو النسب، و فاعل قبول المحلّ لأثر يفعله غيره غير فاعل لذلك الأثر، و المعتبر في العتق المطلوب في الكفّاره كون المعتق فاعلاً له كما مرّ.

و فيه نظر، لا اشتراك الأمرين في أصل السبب التي لها مدخل في التأثير في العتق، و الفاعل له حقيقة هو الله تعالى، و إنما هذه اعتبارات نصبها الله تعالى علامه لحكمه لا فاعله في الحكم، فإما أن يصحّ العتق عن الكفّاره فيهما نظراً إلى السبب، أو لا فيهما لعدم مباشرته للصيغه التي جعلها الشارع موجبه للعتق بذاتها.

قوله: «فلو قال لعبده. إلخ».

من شرائط صحّ العتق عن الكفّاره تمخّضه للقربه، و هو يستلزم تجريدُه عن اشتراط عوض على المملوك أو على غيره أو عليهما، لأن عتقه على العوض ينافي تمخّض الإخلاص في عتقه، سواء ابتدأ المالك بذلك فقال: أعتقتك و عليك

ص: ٧٥

كذا، أو: علي فلان، أم جعله جوابا للسؤال كقوله: أعتقني و لك علي كذا، أو:

أعتق مملوكك عن كفارتك و لك علي كذا، لاشترائك الجميع في المقتضى، فلا يقع عن الكفارة إجماعا لما ذكر.

و هل يقع العتق مجزدا عنها؟ وجهان: من أنه عتق صدر من أهله في محله، و لأن (١) قصده للعتق عن الكفارة يستلزم قصد مطلق العتق، لأن المطلق موجود في ضمن المقيّد، و قد تعدّر العتق عن الكفارة لمانع العوض فيقع المطلق، لأن العوض لا ينافيه، لجواز اشتراطه على المملوك ابتداء و جعل الأجنبي عليه.

و هو قول الشيخ في المبسوط (٢). و من أنه لم ينو العتق مطلقا و إنما نواه عن الكفارة، فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نيّة، و قد قال النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنما الأعمال بالنيات» (٣).

و يتفرّع على ذلك لزوم العوض للآمر أو للعبد، فحكم الشيخ بلزوم العوض تفرّيعا على القول بصحّ العتق المطلق، لأنه فعل ما أمره به فاستحقّ العوض كغيره من الأعمال. و استحسنة المصنّف.

و أورد عليه في المختلف (٤) أن الحكم بلزوم العوض و عدم الإجزاء عن الكفارة ممّا لا يجتمعان، و الثاني ثابت إجماعا، فينتفى الأول، و بيانه:

أن جعل إنما هو عن العتق في الكفارة لا عن مطلق العتق، و لم يقع

ص: ٧٦

١- ١) في «و،م» و الحجرّيتين: و أن.

٢- ٢) المبسوط ١٦٣: ٥.

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

٤- ٤) المختلف: ٦٧١.

فلا عوض.

و أجاب السيد عميد الدين (١) بأننا لا نسلّم عدم اجتماعهما، لأنه جعل له العتق (٢) عن الكفّاره و قد فعل، و لم يجعل له عن الإجزاء عن الكفّاره، لأن الإجزاء حكم شرعى ليس فعلا للمكّلف فيصحّ الجعل عليه.

و أورد عليه شيخنا الشهيد (٣) -رحمه الله- بأن الجاعل على فعل شرعى جعله كالحج مثلا إنما طلب الصحيح الذى له صلاحية الإجزاء بخروج المكّلف عن العهد، لدلاله اللفظ حقيقه عليه، و لم يطلب صورته التى هى أعمّ من الصحيح و الفاسد، فكذلك الجاعل عن الكفّاره إنما جعل على عتق مجز عن الكفّاره، حملا - للفظ على حقيقته، و صرفا له عن المجاز أعنى: الحمل على الصورة، و حيث لم يوجد ما طلبه لا يستحقّ شيئا.

و أجاب السيد (٤) بأن الحقيقه و إن كانت مطلوبه إلا أن هذا الموضوع يمتنع فيه الحقيقه، لأن وقوع العتق عن الكفّاره محال، فكان طالبا للمحال، فحينئذ حمل لفظه على الصورة بتلك القرينه، و المجاز يصار إليه بقرينه.

و ردّه الشهيد (٥) بأن المقتضى للمجاز هنا تحصيل حكم شرعى لثلا تخرج أفعال المكّلف عن الشرع، و البطلان و عدم صحّه الجعالة حكم شرعى فلم لا يحمل عليه؟

ص: ٧٧

١- ١) حكاه عنه الشهيد فى غايه المراد: ٢٦٥.

٢- ٢) فى هامش «ق»: العوض بعنوان (ظاهرا) و فى المصدر: عن العتق عن الكفّاره.

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) المصدر السابق.

٥- ٥) المصدر السابق.

و الحقّ أن الجعالة على شيء لا يستحقّ بها الجعل إلا بفعل مقتضى الجعالة بجميع أوصافها، فخرج هذا الفرد عن القاعدة لا وجه له. ولا فرق بين عجز المجعول له عن فعل مقتضى الجعالة و قدرته عليه. فإذا لم نقل بصحّته عن الكفّارة لا يستحقّ عليه جعلا.

نعم، لو علم بالقرائن أن غرضه من ذلك إنما هو تخليص المملوك من الرقّ، و تقييده بالكفّارة ليكون وسيله إلى إجابته المالك إلى ملتسمه، اتّجه استحقاق الجعل عليه و إن لم يقع عن الكفّاره، لأنها ليست مقصوده بالذات حينئذ، و إنما المقصود العتق المقتضى للخلوص من الرقّ كيف اتّفق و قد حصل.

و قوله: إنه على تقدير عدم وقوعه عن الكفّارة طالب للمحال فيحمل على الصورة، إنما يتوجّه مع علمه بالحكم و هو عدم وقوعه عن الكفّاره، أما مع جهله به فلا- يكون طلبه لوقوعه عنها طلبا للمحال في زعمه و إن كان في نفس الأمر كذلك، فصرفه إلى الصورة غير جيّد، لعدم القرينه الموجبه لحمله على المجاز على هذا التقدير.

إذا تقرّر ذلك، فلو قال المعتق بعد ظهور الحال له أو مطلقا: أنا أردّ العوض ليكون العتق مجزيا عن كفّارتي، أو ردّه بالفعل، لم ينقلب مجزيا، لأنه إذا لم يجز حال الإعتاق لم يجز بعده. نعم، لو قال في الابتداء عقيب الالتماس: أعتقتك عن كفّارتي لا على الألف، كان ردّا لكلامه و أجزاءه عن الكفّاره.

## الشرط الثالث: أن لا يكون السبب محرّماً

الشرط الثالث: أن لا يكون السبب (١) محرّماً.

فلو نكل بعده، بأن قلع عينيه أو قطع رجله، و نوى التكفير انعتق و لم يجز عن الكفّاره.

و اعلم أن لبعض الشافعيّيه (١) هنا وجها بصحّحه العتق و إجزائه عن الكفّاره و سقوط العوض، لأن العتق حاصل كما تقرّر، و العوض ساقط، فأشبهه ما إذا قال: صلّ الظهر لنفسك و لك على كذا، فصلّى، تجزيه صلّاته و لا يستحقّ العوض.

قوله: «أن لا يكون السبب. إلخ».

لَمّا كانت الكفّاره عباده و طاعه مشروطه بتيه القربه كان التسبّب إلى العتق عنها بسبب محرّم غير معجز عنها لا محاله. فلو نكل بعده ناويا به العتق عن الكفّاره عتق عليه قهرا كما سيأتي (٢) إن شاء الله، و لا يقع عن الكفّاره، للنهي [١] عن السبب المنافي لقصد الطاعه به. و بهذا يفرّق بينه و بين شراء القريب الذي يعتق بملكه بتيه الكفّاره، لأن السبب مباح إن لم يكن راجحا، و بين عتق بعض المملوك بتيهها ليسرى عليه العتق، بل المذكور بهذا النوع أشبه، لاشتراكهما في وقوع التيه حال الملك، بخلاف شراء القريب، و إنما افترقا بجواز السبب و تحريمه.

ص: ٧٩

١ - ١) روضه الطالبين ٢٦٦: ٦.

٢ - ٢) في ص: ٣٥٨.

القول فى الصيام و يتعين الصوم فى المرتبه مع العجز عن العتق.

و يتحقق العجز(١) إما بعدم الرقبه و عدم ثمنها، و إما بعدم التمكن من شرائها و إن وجد الثمن.

و قيل: حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته و قوت عياله ليوم و ليله.

و لو وجد الرقبه، و كان مضطراً إلى خدمتها أو ثمنها، لنفقته أو كسوته، لم يجب العتق.

و لا يباع المسكن، و لا ثياب الجسد. و يباع ما يفضل عن قدر الحاجه من المسكن.

و لا يباع الخادم على المرتفع عن مباشره الخدمه، و يباع على من جرت عادته بخدمه نفسه، إلا مع المرض المحوج إلى الخدمه.

قوله: «و يتحقق العجز. إلخ».

الكفّاره المرتبه ككفّاره الظهار يتوقّف فرض الصوم فيها على عدم وجدان تحرير الرقبه، كما نبّه عليه تعالى بقوله فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا . فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ (١). فإن كان فى ملكه عبد فاضل عن حاجته فواجبه الاعتاق. و إن احتاج إلى خدمته لمرضه أو كبره أو زمائته أو ضخامته المانع له من خدمه نفسه عاده فهو كالمعدوم، كما أنّ الماء المحتاج إليه للعطش كالمعدوم فى جواز التيمم. و كذا لو كان من أهل المروّات، و منصبه يأبى من أن

ص: ٨٠



يخدم نفسه و يباشر الأعمال التى تستخدم فيها الممالىك، فلا يكلف صرفه إلى الكفاره. و المعتبر فى ذلك العاده الغالبه.

و لو لم يملك عين الرقبه و ملك ثمنها و قدر على شرائها فهو واجد.

و يشترط أن يكون فاضلا عن حاجه دينه و لو لم يطالب به، و مسكنه و ثياب بدنه اللائقه به عاده، و دابّه ركوبه المحتاج إليها عاده أو عجز، و نفقته و كسوته اللائقه بحاله، و نفقه عياله الواجبي النفقه، و منه كسوتهم و ما لا بدّ منه من الأثاث.

و لم يقدر الأكثر هنا للنفقه و الكسوه مدّه، فيمكن أن يكون المعتبر كفايه العمر، و يتحقّق ذلك بملك ما يحصل من نمائه إدرار النفقه فى كلّ سنه بما يقوم بكفايته، و نحو ذلك. و يمكن أن يريدوا به مؤنه السنه، لأنّ المئونات تتكرّر فيها و يتجدّد الإعداد لها. و أن يريدوا به قوت يوم و ليله زياده على المحتاج إليه فى الوقت الحاضر من الكسوه و الأمتعه.

و لعدم ورود التقدير فى كلامهم هنا و فى النصوص عدل المصنّف إلى قوله:

«و قيل: حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته و قوت عياله ليوم و ليله». و لم يذكر للعجز عن الرقبه لما ذكرناه.

و يظهر من المبسوط ترجيح المعنى الأول، لأنّه قال: «إما أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفايه، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام، لأنّه واجد، و إن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد عليه شيئا فإن فرضه الصيام» (١).

ص: ٨١

و فى الدروس (١) قطع بالمعنى الثالث، و هو اعتبار قوت يوم و ليله. و هذا أقوى، لأن الكفارة بمنزله الدين فيستثنى فيها ما يستثنى فيه. و أما الكسوه المحتاج إليها فى الوقت فمستثناه و إن بقيت بعد ذلك مده طويله بغير خلاف.

و كذلك المسكن و الخادم.

و حيث كان المعتر قوت اليوم و الليله، فلو كانت مئوته تستدر من ضيعه أو تجاره، و يحصل منهما كفايته بلا مزيد، و لو باعهما لتحصيل عبد لارتد إلى حد المساكين، كلف ذلك و استثنى من ثمنه ما ذكروا. و لو اعتبرنا قوت السنه أو الدوام لم يقع.

و اختلف كلام العلماء، فى التحرير (٢) أو جب بيعهما، و فى القواعد (٣) قطع بعدم الوجوب، مع أنه لم يبين المراد من النفقه المستثناه له، و لكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت اليوم و الليله.

و لا فرق مع وجدان الثمن و الرقبه بين بذل مال كها له بثمن المثل فما دون و أزيد منه على الأقوى، لتحقق القدره، إلا مع الإجحاف المفرط المؤدى إلى الضرر.

و لو لم يملك الرقبه و لا ثمنها، و بذل له أحدهما هبه، فالأقوى عدم وجوب القبول، دفعا للمنه. و فى استحباب القبول وجهان. أما الجواز فلا ريب فيه، كما يجزى لو تكلف العاجز أصلا بالاستدانه، و بالموجود مع الدين غير المطالب به، و بالنفقه المستثناه حيث يستثنى له ما يحتمل ذلك.

ص: ٨٢

١-١) الدروس الشرعيه ١٨٠:٢.

٢-٢) تحرير الأحكام ١١٣:٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ١٤٧:٢.

و لو كان الخادم (١) غالبا بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه، قيل: يلزم بيعه، لإمكان الغنى عنه. وكذا قيل في المسكن إذا كان غالبا و أمكن تحصيل البدل ببعض الثمن. والأشبه أنه لا يباع، تمسكا بعموم النهى عن بيع المسكن.

و مع تحقّق العجز (٢) عن العتق يلزم في الظهر و القتل خطأ صوم شهرين متتابعين. و على المملوك صوم شهر. فإن أفطر في الشهر الأول من غير عذر استأنف. و إن كان لعذر بنى. و إن صام من الثانى و لو يوما أتم. و هل يأثم مع الإفطار؟ فيه تردد، أشبهه عدم الإثم [فيه].

قوله: «و لو كان الخادم. إلخ».

الخادم المستثنى له و المسكن إن كانا معدومين استثنى له ثمن ما يليق به منهما عادة، كيفيه و كميته، و لا يستثنى له النفيس الزائد عن المعتاد. و إن كان موجودا له بالفعل و هو بقدر الحاجه و اللائق بحاله فلا كلام. و إن كان زائدا في النفاسه بحيث يمكن الاعتياض بثمنه ما يكفيه و يفضل منه ثمن رقبه مع كونه غير زائد عن حاله عادة، ففي وجوب بيعه و الاعتياض عنه بما دونه وجهان، من تحقّق قدره على الرقبه مع مراعاة المستثنى، فإن المعتبر منه النوع لا الشخص، فيجب البيع لتوقّف الواجب عليه، و من أنه عين المستثنى، مع عموم النهى (١) عن بيع الخادم و المسكن. و هذا هو الأقوى، خصوصا إذا كان مألوفاً، فإن فراق المألوف إضرار بالمكلف، و قد روعى في حاله ما هو نظير ذلك أو دونه.

قوله: «و مع تحقّق العجز. إلخ».

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

ص: ٨٣

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

إن كان حرًا إجماعاً، وإن كان عبداً فالمشهور أنه على النصف مطلقاً. وذهب جماعه من الأصحاب -منهم أبو الصلاح (١) وابن إدريس (٢) وابن زهره (٣)- إلى أنه في الظهر كالحز، استناداً إلى عموم الآية (٤). والأقوى المشهور، لصحيحه محمد بن حمران عن الصادق عليه السلام قال: «سألت عن المملوك أ عليه ظهار؟ فقال:

نصف ما على الحرّ صوم شهر، وليس عليه كفّاره من صدقه ولا عتق» (٥). والآية مخصوصه بهذا الخبر بناء على جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد، مع أن ظاهر الآية أن الأمر فيها متوجه إلى الحرّ بقربينه الأمر بتحرير الرقبه والإطعام، فتكون مخصوصه ابتداء.

و يتحقّق التتابع في الشهرين بصوم شهر متتابع و من الثانى شيئاً و لو يوماً، فإذا فرّق بعد ذلك لم يقدح في التتابع إجماعاً منّا، و لكن هل يأنّهم؟ قيل: نعم، لأنّ تتابع الشهرين إنّما يتحقّق لغه و عرفاً يكاملهما، فإذا لم يحصل فلا أقلّ من الإثم، و لا استبعاد في الإجزاء معه للنصّ. و ذهب الأكثر إلى عدم الإثم بذلك، للأصل، و لأنّ التتابع إن صدق بذلك فلا وجه للإثم، لتحقّق الامتثال، و إلا- لم يجز، و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «و التتابع أن يصوم شهراً و من الآخر أيّاماً أو شيئاً منه» (٦) الحديث. و وجه مع الخبر: أن التتابع وقع

ص: ٨٤

١- ١) الكافي في الفقه: ٣٠٤.

٢- ٢) السرائر ٧١٣: ٢.

٣- ٣) الغنيه (ضمن سلسله الينابيع الفقهيّه) ٢٤٧: ٢٠.

٤- ٤) المجادلّه: ٣- ٤.

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

٦- ٦) الكافي ١٣٨: ٤ ح ٢، التهذيب ٢٨٣: ٤ ح ٨٥٦، الوسائل ٧٣: ٧ ب «٣» من أبواب بقيه الصوم الواجب ح ٩.

صفه للشهرين لا للأيام، و تتابع الشهرين يحصل بالشروع فى الثانى متابعا للأول.

و فيه نظر. و الأولى الاعتماد على النص.

و لو كان المكفر بالصوم عبدا فالمشهور تحقق المتابعه بخمسه عشر يوما، فيجوز تفريق الباقي. و كذا لو وجب على الحر صوم متتابع بنذر و شبهه، لروايه الفضيل بن يسار عن أبى جعفر عليه السلام قال فى رجل جعل على نفسه صوم شهر فصام خمسه عشر يوما ثم عرض له أمر، فقال: «جائز له أن يقضى ما بقى عليه، و إن كان أقل من خمسه عشر يوما لم يجز له حتى يصوم شهرا تاما» (١).

و مثله روى موسى بن بكر (٢) عن الصادق عليه السلام. و فى طريق الروايتين ضعف بموسى بن بكر، لكن العمل بمضمونهما مشتبه بين الأصحاب أو متفق عليه. و مع ذلك فهما ظاهرتان فى الشهر المنذور، أما ما يجب كفاره على العبد فلا، لكن الحقه الشيخ (٣) و أتباعه (٤)، و المصنّف تردّد فيه فى الصوم (٥) و جزم به هنا.

و اعلم أنه مع الإخلال بالمتابعه حيث تعتبر يفسد صوم الماضى و يجب الاستئناف، و هل يآثم بذلك؟ قيل: نعم، لأنه إبطال للعمل و هو منهى (٦) عنه.

و يحتمل عدم الإثم، لأن العباده لم تبطل فى نفسها، إذ صوم كل يوم منفك عن

ص: ٨٥

١- ١) الكافى ٤: ١٣٩ ح ٦، الفقيه ٢: ٩٧ ح ٤٣٦، التهذيب ٤: ٢٨٥ ح ٨٦٣، الوسائل ٧: ٢٧٦ ب «٥» من أبواب بقيه الصوم الواجب.

٢- ٢) الكافى ٤: ١٣٩ ح ٦، الفقيه ٢: ٩٧ ح ٤٣٦، التهذيب ٤: ٢٨٥ ح ٨٦٤، الوسائل ٧: ٢٧٦ ب «٥» من أبواب بقيه الصوم الواجب.

٣- ٣) المبسوط ١: ٢٨٠.

٤- ٤) راجع الوسيله: ١٤٦، إصباح الشيعه (ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه) ٦: ٢٥٣.

٥- ٥) فى ج ١: ٢٣٧.

٦- ٦) فى الآيه ٣٣ من سوره محمد.

و العذر الذى يصحّ معه (١) البناء: الحيض، و النفاس، و المرض، و الإغماء، و الجنون. أما السفر، فإن اضطرَّ إليه كان عذرا، و إلا كان قاطعا للتتابع.

و لو أفطرت الحامل أو المرضع خوفا على أنفسهما لم ينقطع التتابع، و لو أفطرتا خوفا على الولد قال فى المبسوط (١): ينقطع، و فى الخلاف (٢): لا ينقطع، و هو أشبه.

و لو أكره على الإفطار لم ينقطع التتابع، سواء كان إجبارا كمن وجر الماء فى حلقه، أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل. و هو اختيار الشيخ فى الخلاف (٣)، و فى المبسوط (٤) قال بالفرق.

الآخر، فإذا مضى النهار و حكم بانعقاده لا يلحقه البطلان بعد ذلك. نعم، اللازم من الإخلال بالتابعه عدم الإجزاء عن الكفارة لا بطلان ما مضى رأسا. و تظهر الفائده فى حصول الثواب على ما مضى صحيحا فى الجملة على الثانى دون الأول. و يظهر من الشيخ فخر الدين (٥) الإجماع على الإثم بالإخلال بالتابعه.

و فيه نظر.

قوله: «و العذر الذى يصحّ الخ».

لما بين اشتراط التتابع فى صوم الشهرين تبه على مواضع يمنع الصوم و لا يقطع التتابع، و مواضع مختلف فيها:

فمنها: عروض الحيض و النفاس. و هما غير قاطعين للتتابع إجماعا، لأنهما طبيعيتان لا اختيار فيهما للمكلف، فلو قطع التتابع لزم عدم إمكان الصوم عن

ص: ٨٤

١-١) المبسوط ١٧٢:٥.

٢-٢) الخلاف ٥٥٥:٤ مسألة (٥٠).

٣-٣) الخلاف ٥٥٥:٤ مسألة (٥١).

٤-٤) المبسوط ١٧٢:٥.

٥-٥) إيضاح الفوائد ١٠٠:٤.

الكفّاره لذات الحيض غالبا و هو حرج، و التأخير إلى بلوغ (١) سنّ اليأس تغرير بالواجب و غير موثوق بالبقاء إليه. و فى معناهما: المرض المانع من الصوم و الإغماء، لاشتراك الجميع فى المقتضى و هو عدم اختيار المكلف فى الإفطار، خلافا لبعض العامّه (٢) حيث حكم بقطع المرض فارقا بينه و بين الحيض بأن المرض لا- ينافى الصوم بذاته، و إنما خرج عنه بفعله، بخلاف الحيض، و جوابه منع عدم المنافاه، فإن المرض الذى يتضرّر معه بالصوم مانع منه و إن لم يفطر بنفسه، فكان كالحيض.

و يدلّ على حكم الأمرين صحيحه رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهرا و مرض، قال: بينى عليه، الله حسبه، قلت: امرأه كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت و أفطرت أيام حيضها، قال: تقضيها، قلت: فإن قضتها ثمّ يئست من الحيض، قال: لا تعيدها أجزاء ذلك» (٣). و مثله صحيحه محمد بن مسلم (٤) عن أبى جعفر عليه السلام.

و منها: السفر. فإن عرض فى الأثناء و لم يكن ضرورياً قطع التتابع اتفاقا، لأن القطع جاء من قبل المكلف، فكان كالإفطار بغيره. و إن كان ضرورياً- و هو الذى يخاف بتركه على نفسه أو ماله و ما فى معناه- جاز الإفطار و لم يقطع التتابع، لأنه بالاضطرار إليه كالمضطرّ إلى الإفطار بالمرض و نحوه، و يجب تقييده

ص: ٨٧

١- ١) فى «ق» و هامش «ط»: إلى صريح.

٢- ٢) انظر الحاوى الكبير ١٠: ٥٠٠، المغنى لابن قدامه ٨: ٥٩٦، روضه الطالبين ٦: ٢٧٧.

٣- ٣) التهذيب ٤: ٢٨٤ ح ٨٥٩، الاستبصار ٢: ١٢٤ ح ٤٠٢، الوسائل ٧: ٢٧٤ ب «٣» من أبواب بقيه الصوم الواجب ح ١٠.

٤- ٤) التهذيب ٤: ٢٨٤ ح ٨٦٠، الاستبصار ٢: ١٢٤ ح ٤٠٣، الوسائل ٧: ٢٧٤ ب «٣» من أبواب بقيه الصوم الواجب ح ١١.

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

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

أحدهما (١): أنه كذلك، لا اشتراكهما في الضرورة المسوّغه للإفطار، فكان عذار. و هو الأقوى.

و الثاني (٢): أنه يقطع التتابع، لأنهما يفطران لغيرهما، بخلاف المريض، و لهذا فارقنا المريض في لزوم الفديه في رمضان، و في حكم إفطارهما لضروره الولد إفطار منقذ الغير من الهلاك.

و منها: المكروه على الإفطار لا ينقطع تتابعه، سواء رفع اختياره أصلا كما لو وجر في جوفه ما يفطر به، أم لا كما إذا توّعه بالضرب حتى أفطر، لا اشتراكهما في الإكراه المسوّغ للإفطار، فكان عذرا، خلافا للشيخ (٣) حيث فُرق بينهما، فجعل الثاني قاطعا للتتابع، لأنه فعل المفطر باختياره، بخلاف الأول.

و هو ممنوع، لا اشتراك الأمرين في الإكراه عرفا، فيدخل تحت عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروا عليه» (٤).

و من المواضع المختلف في قطعه بها و لم يذكره المصنّف ما لو نسي التّيه

ص: ٨٨

١-١) انظر الهامش (٢) في ص: ٨٦.

٢-٢) انظر الهامش (١) في ص: ٨٦.

٣-٣) انظر الهامش (٤) في ص: ٨٦.

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



و لو عرض (١) فى أثناء الشهر الأول زمان لا يصحّ صومه عن الكفّاره-كشهر رمضان و الأضحى-بطل التتابع.

فى بعض أيام الشهر الأول و لم يذكر إلاّ بعد الزوال، فإن الصوم يفسد، و لكن هل يقطع التتابع و جهان؟ من ارتفاع حكم النسيان بالخبر، و انقطاع التتابع حكم من أحكامه فيكون مرتفعاً، و من أن المعتبر و جوب شهرين متتابعين و بطلان يوم منها لا تتحقّق المتابعه، و ترك التّيه بإهماله، إذ هو مخاطب بإيقاعها كلّ ليله، فالتفريط منسوب إليه، إذ كان يجب عليه الاستعداد لها.

و فى الدليل من الجانبين نظر، لأن ظاهر الحديث ارتفاع المؤاخذه عليه لا جميع الأحكام، و القدره على دفع النسيان مطلقاً بديهيّ البطلان. و الأقوى أنه عذر حيث لا تقصير.

قوله: «و لو عرض. إلخ».

حيث كان التتابع واجبا و جب تحرّى زمان يسلم فيه القدر المعتبر منه من باب مقدّمه الواجب. فلو شرع فيه فى زمان لا يسلم فيه شهر و يوم، كما لو شرع فيه فى أول شعبان أو بعد العشر الأول من ذى القعدة و نحو ذلك، لم يصحّ. و فى صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى رجل صام فى ظهار شعبان ثمّ أدركه شهر رمضان قال: «يصوم شهر رمضان و يستأنف الصوم، فإن صام فى الظهار فزاد فى النصف يوماً قضى بقيّته» (١).

ثمّ إن علم ابتداء بعدم السلامه لم ينعقد الصوم أصلاً، لعدم اجتماع الشرائط المعتبره فيه حينئذ. و إن لم يعلم بذلك حتى شرع، كما لو ابتداء به تاسع ذى القعدة فاتفق نقصان الشهر، انقطع التتابع حينئذ، لتبيّن عدم الشرط.

ص: ٨٩

---

١- ١) الكافى ٤: ١٣٩ ح ٥، الفقيه ٢: ٩٧ ح ٤٣٧، التهذيب ٤: ٢٨٣ ح ٨٥٧، الوسائل ٧: ٢٧٥ ب «٤» من أبواب بقيّته الصوم الواجب ح

و يحتمل عدم جواز الشروع فيه على هذا الوجه، لعدم الوثوق بإكمال العدد.

و يضعف بأن الوثوق غير شرط (١)، والأصل عدم نقصان الشهر. و يحتمل على هذا أن يعذر في انقطاع التتابع، لأن النقصان وقع بغير اختياره بعد أن حكم بصحته.

و على كل حال، فقول المصنف: «لو عرض في أثناء الشهر الأول - إلى قوله - بطل التتابع» ليس بجديد، لأن بطلان التتابع فرع صحه الصوم، و متى عرض ذلك في أثناء الشهر الأول كما مثل فالشرط معلوم فقد ابتدء فلا ينعقد الصوم، و لا ينسب الحكم إلى بطلان التتابع، إلا - أن يحمل على ما لو احتمل السلامه فعرض المانع كما صورناه. و كذا قوله: «عرض في أثناء الشهر الأول» فإن الحكم غير مقصور عليه. و الأولى التعبير (٢) بعروض المانع من الصوم في أثناء العدد المعتبر في التتابع، ليشمل ذلك اليوم الذى بعد الشهر الأول.

هذا كله في حق العالم بالأهله. أما المحبوس الذى يصوم بالظن لو توخى شهرين فعرض المانع من الصوم قبل أن يكمل شهرا و يوما، فالأقوى عدم انقطاع التتابع، لأن ذلك عذر في حقه كالمرض و الحيض و غيرهما.

ص: ٩٠

١ - ١) في «ق، ط، م» و الحجريتين: مشروط.

٢ - ٢) كذا في الحجريتين، و في «ق، ط، م»: التعيين لعروض، و في «د، و»: التعيين بعروض.

القول فى: الإطعام و يتعين الإطعام فى المرتبة (١) مع العجز عن الصيام.

و يجب إطعام العدد [المعتبر] الكلّ واحد مدّ، و قيل: مدّان و مع العجز مدّ، و الأول أشبه. و لا يجزى إعطاء ما دون العدد المعتبر و إن كان بقدر إطعام العدد.

و لا يجوز التكرار عليهم من الكفّاره الواحده مع التمكن من العدد.

و يجوز مع التّعذر.

و يجب أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله. و لو أعطى ممّا يغلب على قوت البلد جاز. و يستحبّ أن يضمّ إليه إداما أعلاه: اللحم، و أوسطه:

الخلّ، و أدونه: الملح.

قوله: «و يتعين الإطعام فى المرتبة. إلخ».

إذا عجز فى المرتبة عن صوم الشهرين انتقل فرضه إلى الإطعام، قال تعالى فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا (١). و يتحقّق العجز عنه بالمرض المانع منه، أو ما يحصل به مشقّه شديده و إن رجا برؤه، أو بالخوف من زيادته، أو بالهرم و نحوه. و لا يلحق به السفر و إن منع حالته، لأنه مستطيع للصوم بالإقامه غالباً. نعم، لو تعذّرت أمكن الجواز.

ثمّ الكلام فى هذه الجملة يقع فى مواضع:

أحدها: فى قدر الطعام. و المشهور خصوصاً بين المتأخّرين أنه قدر مدّ لكلّ مسكين. و قد تقدّم (٢) فى حديث الأعرابى أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم

ص: ٩١

١ - ١) المجادله: ٤.

٢ - ٢) فى ص: ١٤، هامش (٦)، و انظر ج ٩: ٤٨٤، هامش (١).

اتى بعرق من تمر فيه خمسه عشر صاعا فقال: «خذ هذا فأطعم عنك ستين مسكينا» وهذا المبلغ إذا قسّم على ستين كان لكل واحد منهم مدّ، لأن الصاع أربعة أمداد. وروى عبد الله بن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام: «إذا قتل خطأ أدى ديتة ثمّ أعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدّا مدّا» (١) و لقوله تعالى فَأَطْعَمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا الشامل للمدّ و ما فوقه و ما دونه لكن خرج ما دونه بالإجماع فيبقى الباقي مجزيا.

و قال الشيخ فى كتبه (٢) الثلاثة الفروعيه: أقله مدّان، محتجًا بإجماع الفرقه و طريقه الاحتياط. و جوابه: منع الإجماع، و الاحتياط قد يكون فى الأقل كما إذا أوصى بالكفّاره و لم يبيّن القدر و له أطفال و نحو ذلك.

و المعتبر من المدّ الوزن لا الكيل عندنا، لأن المدّ الشرعى مرّكب من الرطل، و الرطل مرّكب من الدرهم، و الدرهم مرّكب من وزن الحبات، و يسمّى درهم الكيل. و يترّكب من المدّ الصاع، و من الصاع الوسق. فالوزن أصل الجميع، و إنما عدل إلى الكيل فى بعض المواضع تخفيفا. (٣) و تظهر الفائده فى اعتبار الشعير بالكيل و الوزن، فإنهما مختلفان جدّا بالنسبه إلى مقدار البرّ بالكيل.

و ثانيها: المصروف إليه و هو ستون مسكينا. و لا- يجزى الصرف إلى ما دون الستين و إن راعى العدد فى الدفع، بأن دفع إلى مسكين واحد فى ستين يوما، خلافا لأبى حنيفه (٤) حيث اجتزأ بالصرف إلى واحد فى ستين يوما. و لا

ص: ٩٢

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

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

٣- ٣) فى «د، م»: تحقيقا.

٤- ٤) المبسوط للسرخسى ٧: ١٧، الهدايه للمرغينانى (بهامش شرح فتح القدير) ٤: ١٠٦، حليه العلماء ٧: ٢٠٠.

يجزى الصرف إليه دفعه إجماعاً.

لنا: أن إطعام الستين مسكينا يشتمل على وصف و هو المسكنه، و على عدد و هو الستون، فكما لا يجوز الإخلال بالوصف لا يجوز الإخلال بالعدد، كما أن قوله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ (١) فيه تعرّض لوصف و عدد، و كما لم يجز الإخلال بالوصف لم يجز الإخلال بالعدد، حتى لا (٢) يكون شهاده واحد مرّتين كشهاده اثنين. و لا فرق بين كون العدد مجتمعين فى بلد واحد أو بلدان كثيره مع إمكان التوضيل إليهم، فيجب السعى على إطعام العدد، لتوقّف الواجب عليه، فإن تعذّر الوصول إلى العدد جاز حينئذ الاقتصار على الممكن، و فرّق العدد عليهم بحسب الأيام، حتى لو لم يجد سوى واحد فرّق عليه فى ستين يوماً.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده لا يخلو من ضعف. و الآيه ظاهره فى عدم أجزاء ما دون العدد مطلقاً، فيبقى فى الذمه إلى أن يوجد. مع أنه روى إسحاق بن عمّار فى الموثّق قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن إطعام عشره مساكين أو إطعام ستين مسكينا، أ يجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه؟ فقال:

لا و لكن يعطى إنسانا إنسانا كما قال الله تعالى» (٣). و الشيخ (٤) و الجماعة (٥) حملوا

ص: ٩٣

١- (١) الطلاق: ٢.

٢- (٢) فى «ق، ط»: حتى يكون.

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

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

٥- (٥) فى «د» و الحجريّتين: و جماعه. لاحظ كشف الرموز ٢: ٢٦٥.

ذلك على حاله الاختيار و وجود العدد، أما مع تعذره فيجزى، لروايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن لم يجد في الكفار إلا الرجل و الرجلين فليكرّر عليهم حتى يستكمل العشره، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا» (١). و لا يخفى عليك ضعف سند هذه الروايه، لكن الحكم مشهور لا راد له.

و ثالثها: جنس الطعام. و المعتبر منه القوت الغالب من الحنطه و الشعير و دقيقهما و خبزهما. و أما قوله تعالى في كفاره اليمين من أوسط ما تُطعمون أهليكم (٢) فإما كناية عن الغالب، أو محمول على الفضل، و يجزى التمر و الزبيب.

و يستحب أن يضم إليه الأدم، و هو ما جرت العاده بأكله مع الخبز، مائعا كان كالزيت و الدبس، أو جامدا كالجبين و اللحم.

و قال المفيد (٣): يجب ضمّه إليه، و تبعه تلميذه سلار (٤)، لروايه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام و قد سأله عن أوسط ما تُطعمون أهليكم فقال:

«ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: و ما أوسط ذلك؟ قال: الخلّ و الزيت و التمر و الخبز، يشبعهم به مرّه واحده» (٥)، و روايه أبي جميله عن أبي

ص: ٩٤

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

٢-٢) المائده: ٨٩.

٣-٣) المقنعه: ٥٦٨.

٤-٤) المراسم: ١٨٦.

٥-٥) الكافي ٧: ٤٥٤ ح ١٤، التهذيب ٨: ٢٩٦ ح ١٠٩٥، الاستبصار ٤: ٥٢ ح ١٧٨ و فيه: ما تعولون، الوسائل ١٥: ٥٦٦ ح ١٤» من

أبواب الكفارات ح ٥.

و يجوز أن يعطى العدد (١) متفرّقين، و مجتمعين، إطعاما و تسليما.

و يجرى إخراج الحنطة [و الشعير] أو الدقيق و الخبز.

و لا يجرى إطعام الصغار منفردين، و يجوز منضمّين. و لو انفردوا احتسب الاثنان بواحد.

عبد الله عليه السلام قال: «كفّاره اليمين عتق رقبه، و إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم، أو كسوتهم، و الوسط: الخلّ و الزيت، و أرفعه: الخبز و اللحم» (١). و حملتا على الاستحباب، لصدق الطعام بدونه. و لحسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ قال: «هو ما يكون - إلى أن قال -: و إن شئت جعلت لهم إداما، و الإدام أدناه:

ملح، و أوسطه: الزيت و الخلّ، و أرفعه: اللحم» (٢).

قوله: «و يجوز أن يعطى العدد. إلخ».

ما تقدّم (٣) من تقدير الإطعام بالمدّ و المدّين إنما هو مع تسليمه إلى المستحقّ، و ذلك غير لازم، بل يتخبر بينه و بين أن يطعمه إلى أن يشبع، لصدق الإطعام بذلك، بل ربما كان أدخل فى معناه. و حينئذ فلا يتقدّر بقدر.

و كما يجوز إطعام العدد و تسليمهم مجتمعين، يجوز متفرّقين، لصدق الإطعام على التقديرين.

ثمّ إن سلّم المدّ فلا فرق بين الكبير و الصغير. و إن اقتصر على الإطعام اشترط كونهم كبارا أو مختلطين من الصغار و الكبار، فلو انفرد الصغار بالأكل

ص: ٩٥

١ - ١) الكافي ٧: ٤٥٢ ح ٥، التهذيب ٨: ٢٩٦ ح ٨، الاستبصار ٤: ٥٢ ح ١٧٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢، و فيما عدا التهذيب: أو إطعام. الوسائل الباب المتقدّم ح ٢، و فيما عدا التهذيب: أو إطعام.

٢ - ٢) الكافي ٧: ٤٥٢ ح ٧، التهذيب ٨: ٢٩٦ ح ٨، الاستبصار ٤: ٥٢ ح ١٨٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ و ٣، و فيما عدا التهذيب: أو إطعام.

٣ - ٣) فى ص: ٩١-٩٢.

احتسب الاثنان منهم بواحد. أما جواز احتساب المختلطين فلصدق إطعام العدد، و في حسنه الحلبي السابقه (١) أنه يكون في البيت من يأكل أكثر من المد، ومنهم من يأكل أقل من المد، فيبين ذلك بقوله تعالى مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ. و ظاهر النص و الفتوى عدم الفرق بين كون الكبار بقدر الصغار و أقل.

و يدلّ على عدم أجزاء الصغار منفردين روايه غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يجزى إطعام الصغير في كفّاره اليمين، و لكن صغيرين بكبير» (٢).

و الروايه ضعيفه السند، لكن ضعفها منجبر بالشهره عندهم. و ظاهرها و إن كان يقتضى عدم أجزاء الصغير مطلقا إلا أنها محموله على حاله انفراد الصغار، جمعا بينها و بين روايه أبي بصير السابقه و روايه يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن رجل عليه كفّاره إطعام مساكين، أعطى الصغار و الكبار سواء و الرجال و النساء، أو يفضل الكبار على الصغار، و الرجال على النساء؟ فقال: كلهم سواء» (٣).

و يمكن أن يقال في هذه الروايه: إنها تدلّ على حكم التسليم، و لا نزاع في استواء الصغير و الكبير فيه، إنما الكلام في الإطعام و هي لا تدلّ عليه. و روايه أبي بصير [١] المتضمنه لاختلاف الآكلين في البيت لا تدلّ على التسويه أيضا بين

ص: ٩٤

١- ١) في الصفحة السابقه، هامش (٢).

٢- ٢) الكافي ٧: ٤٥٤ ح ١٢، التهذيب ٨: ٢٩٧ ح ٨٠، الاستبصار ٤: ٥٣ ح ١٨٢، الوسائل ١٥: ٥٧٠ ب «١٧» من أبواب الكفّارات ح ١.

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



الصغير و الكبير، لأن الاختلاف في الأكل يتحقق في الكبار أيضا. وتبقى روايه غياث لا معارض لها إن اعتبرت، لكن عموم الآيه (١) يقتضى الاكتفاء بالصغير في الإطعام كالكبير مطلقا. و حينئذ فيمكن أن يقال: خرج منه ما إذا انفرد الصغار بالاتفاق عليه فيبقى الباقي، ولا التفات حينئذ إلى دلالة الروايات و إن كانت هي أصل الوفاق على حكم الصغار.

إذا تقرّر ذلك فتمام البحث يتوقّف على أمور:

الأول: الواجب على تقدير الإطعام إشباعه مرّة واحده على المشهور، لصدق الإطعام المأمور به في الآيه (٢) بها، و لروايه أبي بصير السابقه (٣) و قال فيها:

«يشبعهم به مرّة واحده». و قال المفيد (٤) و جماعه (٥): يشبعه في يومه. و قال ابن الجنيد (٦): يشبعه في الغداء و العشاء. و الأصحّ الأول.

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

الثالث: يجزى إخراج المدّ من الحنطه و الدقيق و الخبز، و إن توقّف الأولان على عمل زائد إلى أن يصير مأكولا بالفعل، للعموم (٧). و قال ابن الجنيد (٨): تجب مئونه طحنه و خبزه و أدمه. و في حسنه هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه

ص: ٩٧

١-١) المجادله: ٤.

٢-٢) المجادله: ٤.

٣-٣) في ص: ٩٤، هامش (١٠).

٤-٤) المقنعه: ٥٦٨.

٥-٥) انظر الكافي في الفقه: ٢٢٧، المراسم: ١٨٦، المهذب: ٤١٥: ٢.

٦-٦) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٦٦.

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

٨-٨) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٦٦.

السلام: «في كفاره اليمين مدّ من حنطه و حفته، لتكون الحفنه في طحنه و حطبه» (١). و هو محمول على الأفضليته جمعا.

الرابع: المعتر إخراج عين الطعام، فلا تجزى قيمه. نعم، لو أراد الاقتصار على بعض الواجب جاز شراؤه من المستحق بعد احتسابه عليه ثم احتسابه على غيره على كراهه، فيتأدى الواجب بمدّ واحد.

الخامس: لا- يجوز نقصان المستحق عن المدّ على تقدير التسليم و إن كثر المستحقون و ضاق العدد، بل يتخير منهم بعدد الواجب، فلو دفع الستين إلى مائه و عشرين أجزاء عنه نصف المخرج، و وجب أن يكمل لستين منهم ثلاثين مدّا كلّ واحد نصف مدّ. ثمّ إن علم الباقيون بالحال جاز الرجوع عليهم بما زاد، و إلا فمع بقاء العين خاصه. و كذا لو دفع إلى الواحد أزيد من مدّ.

السادس: لا تقدير في الكبر و الصغر (٢) شرعا، فيرجع فيهما إلى العرف.

و لا- يختصّ الكبير بالبالغ، بل العبره بكثره الأكل و قلته بحيث يقارب الأكل المتوسط من الكبار، و لعلّ بلوغ عشر سنين يقارب ذلك غالبا.

السابع: لو أخرج الحنطه أو الزبيب و نحوهما اشترط كونه سليما من العيب و ممازجه غيره كالزؤان و التراب. و يعفى عن المعتاد منهما و من نحوهما.

ص: ٩٨

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

٢- ٢) فيما عدا «و»: الكبير و الصغير.

و يستحبّ الاقتصار(١)على إطعام المؤمنين،و من هو بحكمهم، كالأطفال.و فى المبسوط:يصرف إلى من تصرف إليه زكاه الفطره،و من لا يجوز هناك لا يجوز هنا.

و الوجه جواز إطعام المسلم الفاسق.و لا يجوز إطعام الكافر،و كذا الناصب.

قوله:«و يستحبّ الاقتصار.إلخ».

للأصحاب فى اشتراط الإيمان فى المستحقّ للكفّاره أقوال:

أحدها:أنه ليس بشرط،بل يكفى الإسلام حيث لا يكون محكوما بكفره من فرقهم كالناصر.و هو مختار المصنّف،لعموم قوله تعالى فَأَطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا (١)و إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ (٢)و خصوص صحيحه يونس بن عبد الرحمن عن أبى الحسن عليه السلام قال:«سألته عن رجل عليه كفّاره إطعام مساكين،أ يعطى الصغار و الكبار سواء،و الرجال و النساء،أو يفصل الكبار على الصغار،و الرجال على النساء؟فقال:كلّهم سواء،و يتمّ إذا لم يقدر من المسلمين و عيالاتهم تمام العده التى تلزمه أهل الضعف ممّن لا ينصب» (٣).

و موثقه إسحاق بن عمّار عن أبى الحسن الكاظم عليه السلام و قد سأله عن الكفّاره و قال:«قلت:فيعطيه ضعفاء من غير أهل الولاية؟قال:نعم و أهل الولاية أحبّ إليّ» (٤).

ص: ٩٩

١-١) المجادله:٤.

٢-٢) المائده:٨٩.

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

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

و ثانيها: اشتراطه مع الإيمان، فإن لم يجد تمام العده كذلك جاز إعطاء المستضعف من المخالفين. و هو قول الشيخ فى النهايه (١)، و قواه فى المختلف (٢). و ليس عليه نصّ بخصوصه، لكنّه حمل على الزكاه، فقد اختلفت الأخبار فى اعتبار الإيمان فيها، فجمع الشيخ بينها بحمل أخبار الجواز على المستضعف.

و ثالثها: اشتراط كونه مؤمنا أو مستضعفا. و هو قول الشيخ فى المبسوط (٣) و العلامه فى الإرشاد (٤). أما فى (٥) المبسوط فإنه جعل مصرفها مصرف زكاه الفطره، و قد جوّز صرف زكاه الفطره إلى المستضعف، و حمل الروايات الداله على جواز صرفها إلى غير أهل الولايه على المستضعف منهم. و أما فى الإرشاد فإنه منع من إعطائها المخالف، و استحَبّ فيه أن يكون من المؤمنين و أولادهم، فبقى المستضعف خارجا عن القسمين و يقتضى جواز إطعامه منها.

و رابعها: اشتراط الإيمان حتى لو لم يجد آخرها إلى أن يتمكن. و هو قول ابن الجنيد (٤) و ابن البراج (٧) و ابن إدريس [١] و العلامه فى القواعد (٨)

ص: ١٠٠

١- (١) النهايه: ٥٦٩-٥٧٠.

٢- (٢) المختلف: ٦٦٨.

٣- (٣) المبسوط ٦: ٢٠٨، و ج ١: ٢٤٢.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١٠٠: ٢.

٥- (٥) من هامش «و» بعنوان ظاهرا.

٦- (٦) لم نعثر عليه.

٧- (٧) المهدّب ٢: ٤١٥.

٨- (٨) قواعد الأحكام ٢: ١٤٨.

و التحرير (١).

و خامسها: اشتراط الإيمان كذلك و العدالة. و هو قول ابن إدريس (٢)، لأنه جعل مصرفها مصرف الزكاه، و اشترط في مستحق الزكاه العدالة.

و دليل هذه الأقوال كلها راجع إلى دليلهم في الزكاه، و الملازمه ممنوعه.

و قول المصنّف هنا هو الأقوى.

و اعلم أنّ المصنّف لم يبيّن في الكتاب ما يعتبر في المستحقّ زياده على الإسلام، و لا ريب في اعتبار المسكنه، لأنها منصوص الآيه (٣)، و لا يتعدى إلى غيره من أصناف مستحقّي الزكاه غير الفقير حتى الغارم، و إن استغرق دينه ماله إذا ملك مئونه السنه. و كذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاه أو الاستدانه، و إلا ففى جواز أخذه نظر، من حيث إنه حينئذ في معنى المسكين، و من أنه قسيم له مطلقا. و يظهر من الدروس (٤) جواز أخذه لها حينئذ. و اختلف في الفقير، و الأقوى جواز دفعها إليه، إما لكونه أسوء حالا كما ذهب إليه بعضهم (٥)، أو لأن كل واحد من المسكين و الفقير يدخل في الآخر حيث ينفرد بالذكر، و إنما يبحث عن الأسوء حالا منهما على تقدير الاجتماع كآيه (٦) الزكاه.

ص: ١٠١

١-١) تحرير الأحكام ٢:١١٢.

٢-٢) انظر السرائر ٣:٧٠ و ج ١:٤٥٧-٤٥٨.

٣-٣) المجادله: ٤.

٤-٤) الدروس الشرعيّه ٢:١٨٩.

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

٦-٦) التوبه: ٦٠.

**الأولى: كفّاره اليمين مخيّره بين العتق و الإطعام و الكسوه**

الأولى: كفّاره اليمين (١) مخيّره بين العتق و الإطعام و الكسوه. فإذا كسا الفقير وجب أن يعطيه ثوبين مع القدره، و مع العجز ثوبا واحدا. و قيل:

يجزى الثوب الواحد مع الاختيار. و هو أشبه.

قوله: «كفّاره اليمين. إلخ».

الكسوه و رد الأمر بها مطلقا في كفّاره اليمين، فيجب لمن أرادها ما يحصل بها مسماها عرفا. و قد اختلف الأصحاب في تقديرها لذلك، فمنهم من حملها على عرف الشرع في الصلاة، ففرّق بين الرجل و المرأة، و هو ابن الجنيد (١)، فاعتبر للمرأة درعا و خمارا (٢)، و اكتفى للرجل بثوب يجزيه في مثله الصلاة. و منهم من أطلق الثوبين، كالمفيد (٣) و سلار (٤). و منهم من أطلق الثوب، كالشيخ في المبسوط (٥)، و ابن إدريس (٦)، و المصنّف، و العلامه في المختلف (٧) و التحرير (٨) و الإرشاد (٩). و منهم من فصل، فاعتبر الثوبين مع القدره، و اكتفى بالثوب مع العجز، كالشيخ في النهايه (١٠)، و ابن البراج (١١)،

ص: ١٠٢

١- (١) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٦٦٦.

٢- (٢) فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجرّيتين: درع و خمار، و الصحيح ما أثبتناه.

٣- (٣) المقنعه: ٥٦٨.

٤- (٤) المراسم: ١٨٦.

٥- (٥) المبسوط ٢١١: ٦.

٦- (٦) السرائر ٧٠: ٣.

٧- (٧) المختلف: ٦٦٦.

٨- (٨) تحرير الأحكام ١١٢: ٢.

٩- (٩) إرشاد الأذهان ١٠٠: ٢.

١٠- (١٠) النهايه: ٥٧٠.

١١- (١١) المهذب ٤١٥: ٢.

و أبي الصلاح (١)، و العلامه في القواعد (٢)، و ولده (٣).

و منشأ الاختلاف اختلاف الأخبار، فروى الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في كفارة اليمين يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطه أو من دقيق و حفته، أو كسوتهم لكل إنسان ثوبان» (٤) الحديث. و مثله روى علي بن أبي حمزه (٥) عنه عليه السلام. و روى أبو بصير في الصحيح قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى قوله - قلت: كسوتهم، قال: ثوب واحد» (٦). و روى الحسين بن سعيد عن رجاله عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: و في كفارة اليمين ثوب يوارى عورته، و قال: ثوبان» (٧).

و روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام إلى قوله: «قلنا: فمن وجد الكسوه، قال: ثوب يوارى عورته» (٨). و روى معمر بن عثمان قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن وجبت عليه الكسوه في كفارة اليمين، قال: ثوب يوارى عورته» (٩).

ص: ١٠٣

- 
- ١ - ١) الكافي في الفقه: ٢٢٧.
  - ٢ - ٢) قواعد الأحكام: ٢: ١٤٨.
  - ٣ - ٣) إيضاح الفوائد: ١٠٧: ٤.
  - ٤ - ٤) الكافي ٧: ٤٥١ ح ١، التهذيب ٨: ٢٩٥ ح ١٠٩١، الاستبصار ٤: ٥١ ح ١٧٤، الوسائل ١٥: ٥٦٠ ب «١٢» من أبواب الكفارات ح ١. الوسائل ١٥: ٥٦٠ ب «١٢» من أبواب الكفارات ح ١.
  - ٥ - ٥) الكافي ٧: ٤٥١ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٩٥ ح ١٠٩٢، الاستبصار ٤: ٥١ ح ١٧٥، الوسائل ١٥: ٥٦٠ ب «١٢» من أبواب الكفارات ح ٢.
  - ٦ - ٦) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٩٤، هامش (١٠).
  - ٧ - ٧) التهذيب ٨: ٣٢٠ ح ١١٨٧، الوسائل ١٥: ٥٦٨ ب «١٥» من أبواب الكفارات ح ٣.
  - ٨ - ٨) الكافي ٧: ٤٥٢ ح ٤، التهذيب ٨: ٢٩٥ ح ١٠٩٣، الاستبصار ٤: ٥١ ح ١٧٦، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
  - ٩ - ٩) الكافي ٧: ٤٥٣ ح ٦، التهذيب ٨: ٢٩٥ ح ١٠٩٤، الاستبصار ٤: ٥١ ح ١٧٧، الوسائل الباب المتقدم ح ٢، و فيه و في الكافي: عن معمر بن عمر.

و الشيخ (١) جمع بين هذه الأخبار بحمل وجوب الثوبين على من يقدر عليهما، و وجوب الواحد على من لا يقدر إلا عليه. و هو حمل بعيد ليس فى الأخبار إشعار به. و لو جمع بينها (٢) بحمل الثوبين على الأفضليته و الثوب على الإجزاء كان أجود. و يمكن ترجيح الثوبين مطلقا بأن خبرهما الصحيح أصح من خبر أبى بصير الصحيح، لاشتراك أبى بصير، و صحته إضافيه كما بيناه (٣) مرارا، بخلاف صحيح الحلبي، و باقى الأخبار شواهد، لأنها ضعيفه الإسناد أو مرسله، فإن محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة و غيره، و خبر حسين بن سعيد مرسل، و معمر بن عثمان مجهول، لكن يعضده إطلاق الكسوه فى الآيه (٤)، فإنها صادقه بالثوب الواحد.

و اعلم أن المعتبر فى الثوب أو الثوبين ما يتحقق به الكسوه عرفا، كالجبه و القميص و الإزار و السراويل و المقنعه للأنتى، دون المنطقه و الخفّ و القلنسوه.

و أقله ما يستر العورتين، كالمتران اعتيد لسه و إلا فلا. و لو صلح كسوه للصغير دون الكبير كفى إن دفعه بتيه الصغير دون الكبير. و المعتبر فى جنسه ما يعدّ معه كسوه عرفا، كالقطن و الكتّان و الصوف، و الحرير للنساء، و الفرو و الجلد المعتادين، و كذا القنب و الشعر إن اعتيدا (٥)، و إلا فلا. و تجزى كسوه الصغار و إن

ص: ١٠٤

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

٢- ٢) فى «د، و، م»: بينهما.

٣- ٣) انظر ج ٨: ٥٠، و ج ٩: ١٤٣ و ٥٣٤.

٤- ٤) المائده: ٨٩.

٥- ٥) كذا فى «د» و فى سائر النسخ: اعتاداه.



## الثانيه:الإطعام فى كفّاره اليمين مدّ لكلّ مسكين

الثانيه:الإطعام فى كفّاره اليمين(١)مدّ لكلّ مسكين،و لو كان قادرا على المدّين.و من فقهاؤنا من خصّ المدّ بحال الضروره.و الأول أشبه.

## الثالثه:كفّاره الإيلاء

الثالثه:كفّاره الإيلاء(٢) مثل كفّاره اليمين.

## الرابعه:من ضرب مملوكه فوق الحدّ

الرابعه:من ضرب مملوكه(٣)فوق الحدّ استحبّ له التكفير بعقده.

انفردوا،للعوم (١).و يستحبّ الجديد،و يجزى غيره،إلا أن ينسحق أو يتخرّق.

قوله:«الإطعام فى كفّاره اليمين.إلخ».

قد تقدّم (٢)فى صحيحه الحلبي ما يدلّ على إجزاء المدّ مطلقا.و القول بالتفصيل للشيخ (٣).و قد تقدّم (٤)الخلاف فى الكفّاره المرتبه،و المختار فيهما واحد.

قوله:«كفّاره الإيلاء.إلخ».

لأن الإيلاء يمين خاصّه،و هو الحلف على ترك وطء الزوجه على ما سيأتى (٥)تفصيله،و إنما يتميّز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصه،أما الكفّاره فواحد.

قوله:«من ضرب مملوكه.إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ (٦)و أتباعه (٧).و المستند صحيحه أبى بصير عن أبى

ص:١٠٥

١- (١) لاحظ ص: ١٠٣ تجد الأحاديث عامّه فى ذلك.

٢- (٢) فى ص ١٠٣، هامش (٣).

٣- (٣) النهايه: ٥٦٩.

٤- (٤) فى ص: ٩١.

٥-٥) فى ص: ١٢٥ و بعدها.

٦-٦) النهايه: ٥٧٣.

٧-٧) راجع المهذب ٢:٤٢٤.

جعفر عليه السلام قال: «من ضرب مملوكًا حدًا من الحدود من غير حدٍّ أوجب المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفّاره إلاّ عتقه» (١). و ظاهرهم أنه على سبيل الوجوب. و أنكره ابن إدريس (٢)، لعدم دليل يدلّ عليه. و اختار المصنّف و العلامه (٣) و أكثر المتأخرين (٤) الاستحباب. و احتجّ له في المختلف (٥) بأنه فعل محرّم، و العتق مسقط لذنب القتل و هو أعظم من الضرب، فاستحبّ العتق. و لو استند إلى الروايه كان أجود.

و المتبادر من الحدّ المتجاوز هو المقدار من العقوبه المستحقّه على ذلك الفاعل، مع إطلاق الحدّ عليه شرعاً، فلا يدخل التعزير. و يعتبر فيه حدّ العبيد لا الأحرار. و قيل (٦): يعتبر حدّ الأحرار، لأنه المتيقّن، و لأصالة بقاء الملك سليماً عن تعلّق حق العتق على ماله. و هذا يتأتّى على القول بالوجوب، أما على الاستحباب فلا، لأنّ المعلق على مفهوم كلّى يتحقّق بوجوده في ضمن أيّ فرد فرض من أفرادها، و حملة على حدّ لا يتعلّق بالمحدود بعيد جدّاً، [مع أن ظاهر الروايه ما ذكرناه من اعتبار حدّ العبد حدّاً] (٧). و لا فرق في المملوك بين الذكر و الأنثى، لتناوله لهما.

ص: ١٠٦

- 
- ١- (١) الكافي ٧: ٢٦٣ ح ١٧، التهذيب ١٠: ٢٧ ح ٨٥، الوسائل ١٨: ٣٣٧ ب «٢٧» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.  
 ٢- (٢) السرائر ٧٨: ٣-٧٩.  
 ٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ١٤٤.  
 ٤- (٤) اللعه دمشقيّه: ٤٧.  
 ٥- (٥) المختلف: ٦٦٥.  
 ٦- (٦) انظر إيضاح الفوائد ٤: ٨٤.  
 ٧- (٧) من «د» و الحجريّتين، و لكن في «د»: من أن ظاهر. جدا.

إشاره

المقصد الرابع: في الأحكام المتعلقة بهذا الباب.

و هي مسائل:

الاولى: من وجب عليه شهران متتابعان

الاولى: من وجب عليه شهران [متتابعان] (١) فإن صام هلالين فقد أجزأه و لو كانا ناقصين. و إن صام بعض الشهر، و أكمل الثاني، اجتزأ به و إن كان ناقصا، و يكمل الأول ثلاثين. و قيل: يتم ما فات من الأول.

و الأول أشبه.

قوله: «من وجب عليه شهران. إلخ».

إذا أراد صوم الشهرين، فإن ابتداء من أول الهلال اعتبر الشهر الهلالي، لأنه المراد عند الإطلاق شرعا، إلا أن يمنع من حمله عليه مانع، و هو منتف هنا. فإن جاء ناقصا كفى، و إن أكمل الشهرين كذلك اقتصر على الهلالين و إن كانا ناقصين.

و إن شرع فيه في أثناء الشهر - و يتحقق ذلك بمضى يوم منه فصاعدا - اعتبر ذلك الشهر الذي ابتداء فيه بالعدد و هو ثلاثون يوما، لعدم إمكان حمله على الهلالي هنا. ثم إن استمر بعد دخول الشهر الثاني إلى آخره فالأقوى احتساب الثاني بالهلال، و إكمال الأول ثلاثين من الثالث. أما الأول فلصدق اسم الشهر عليه، فلا مانع من حمله على الهلالي. و أما الثاني فلبناؤه من حين الشروع فيه على أنه عددي، فيلزم إكماله ثلاثين. و لا يتعين إكماله من الشهر الذي يليه، لأن الغرض من الإكمال يحصل سواء أكمل من الذي يليه أم من غيره، لكن إكماله منه يلزم منه اختلال الشهر الثاني و جعله عدديا مع إمكان جعله هلاليا على أصل وضعه، بخلاف إكماله من الثالث، فكان أولى.

و القول الآخر - الذي نقله المصنف - أنه يكفي إكمال الأول من الثالث بقدر ما فات من الشهر الأول خاصه. فلو فرض كونه ناقصا و قد مضى منه عشره أيام

## الثانيه:المعتبر في المرتبه حال الأداء

الثانيه:المعتبر في المرتبه (١)حال الأداء لا حال الوجوب.فلو كان قادرا على العتق فعجز صام،و لا يستقر العتق في ذمته.

مثلا،فصام الباقي منه و هو تسعه عشر،كفى إكماله من الشهر الثالث عشره أيام خاصه.

و وجه هذا القول ما أشرنا إليه من أن المعتبر شرعا هو الهلالى،فإذا فات منه شيء اعتبر استدراكه،فيتحقق كماله.و على الأول يصوم من الثالث أحد عشر.و هو الأقوى.

و فى المسأله قول ثالث أنه مع انكسار الأول ينكسر الجميع و يبطل اعتبار الأهلّه،لأن الشهر الثانى لا يدخل حتى يكمل الأول،و تمامه بعدد من الثانى، فينكسر الثانى أيضا.و قد أشرنا إلى جواب الثالث.و قد تقدّم (١)البحث فى هذه المسأله مرارا.

قوله:«المعتبر فى المرتبه.إلخ».

مذهب الأصحاب أن الاعتبار فى مراتب الكفّاره بحال أدائها لا بحال وجوبها،لأن خصال الكفّاره عبادات فيراعى فيها حاله الأداء كنظائرها من العبادات،فإن النظر فى القدره على استعمال الماء مثلا و العجز عنه إلى حاله الأداء،و كذلك فى الصلاه النظر فى القدره على القيام و العجز عنه إلى حاله الأداء، حتى لو عجز عن القيام عند الوجوب و قدر عند الأداء يصلّى صلاه القادر،و لو انعكس الحال انعكس الحكم.

و خالف فى ذلك بعض العامّه (٢)هنا فجعلوا الاعتبار بحاله الوجوب،نظرا

ص:١٠٨

١-١) فى ج ٣:٤١٩،و ج ٩:٢٥١-٢٥٢.

٢-٢) الوجيز ٢:٨٣،المغنى لابن قدامه ٨:٦١٨.

إلى أن الكفّاره نوع تطهير يختلف حاله باختلاف الوقت، كما فى الحدّ مثلاً فإنه لو زنى و هو رقيق ثمّ أعتق أو بكر ثمّ صار محصنا يقام عليه حدّ الأرقاء و الأبكار.

و يتفرّع على ذلك ما لو كان قادرا على العتق وقت الوجوب فلم يعتق ثمّ أعسر، فينتقل إلى الصيام على الأول. و لو كان عاجزا عن العتق قادرا على الصوم، ثمّ تجددّ عجزه عنه، ووجب عليه الإطعام مع تمكّنه منه، و على الثانى يبقى الواجب وقت الوجوب فى ذمّته، و لا- ينتقل عنه. و لو انعكس فكان معسرا وقت الوجوب ثمّ أيسر و جب العتق، أو كان عاجزا عنه و عن الصوم ثمّ قدر على الصوم و جب على الأول دون الثانى، لكن لو تبرّع به أجزأ كما لو تكلف الفقير العتق و لو بالاقتراض، مع احتمال العدم، لأنه ليس من أهله.

و ممّا يتفرّع عليه ما لو كان المكفّر عبدا حاله الوجوب فأعتق قبل أن يشرع فى الصوم و أيسر، فإنه يجب عليه العتق، لقدرة عليه بناء على اعتبار حاله الأداء، و لو اعتبرنا حاله الوجوب لم يجب العتق. و ربما قيل بعدم وجوبه عليه على القولين، لأن كفّاره العبد لا تكون بالعتق، و يفرق بينه و بين العاجز الحرّ إذا تجددت قدرته: بأن الرقيّه مانع السبب، و العجز مانع الحكم، فإذا قدر عمل السبب عمله، بخلاف ما إذا أعتق، لفقد سبب الحكم بالعتق حين وجوب الكفّاره، و عدم كونه من أهل الإعتاق حينئذ.

و اعلم أنه على تقدير اعتبار حاله الأداء لا- يخلو تعيين الواجب قبله من غموض، لأن المحكوم بوجوبه حال المخاطبه بها من الخصال ليس هو المراد عند الأداء، لعدم اجتماع شرائطه حينئذ، بل إما أن يقال: الواجب أصل الكفّاره

الثالثة: إذا كان له مال (١) يصل إليه بعد مدّه غالباً لم ينتقل فرضه، بل يجب الصبر، ولو كان ممّا يتضمّن المشقّه بالتأخير كالظهار. و في الظهار تردّد.

و لا يوصف خصله على التعيين بالوجوب، أو يقال: يجب ما يقتضيه حال الوجوب ثمّ إذا تبدّل الحال تبدّل الواجب، كما أنه يجب على القادر صلاه القادرين ثمّ إذا عجز تبدّلت صفه الصلاه. و لعلّ هذا أشبه.

قوله: «إذا كان له مال. إلخ».

إذا كان ماله غائباً أو حاضراً و لا يجد الرقبه في الحال و هي ممّا يتوقّع وجودها غالباً لم ينتقل فرضه في المرتبه إلى الصيام، بل يجب الصبر إلى أن يتمكّن، لأن الكفّاره على التراخي، و الوجدان متحقّق في الجملة، و بتقدير أن يموت لا يفوت بل تؤدّى من تركته. هذا في غير الظهار. أما فيه فإن لم يتضرّر بترك الجماع فكذلك، و إلا فوجهان، ممّا ذكر، و من لزوم الضرر أو المشقّه المنفيين (١) شرعاً، فكان بسبب ذلك بمنزله الفاقد. و في الانتقال إلى الصوم قوه.

و الفرق بينه و بين المريض المتضرّر بالصوم حيث جاز له الانتقال إلى الإطعام و إن رجا البرء: أن الله تعالى قال فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ (٢)، و لا يقال لمن يملك مالا جماً غائباً عنه: إنه غير واجد للرقبه، و قال في الصيام فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامٌ سِتِّينَ مِسْكِيناً (٣) و يقال للعاجز بالمرض الناجز: إنه غير مستطيع للصوم، و أيضاً فوصول المال يتعلّق باختياره

ص: ١١٠

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

٢ - ٢) المجادل: ٤.

٣ - ٣) المجادل: ٤.

## الرابعة: إذا عجز عن العتق، فدخل في الصوم، ثمَّ وجد ما يعتق

الرابعة: إذا عجز عن العتق، (١) فدخل في الصوم، ثمَّ وجد ما يعتق، لم يلزمه العود و إن كان أفضل، وكذا لو عجز عن الصيام، فدخل في الإطعام، ثمَّ زال العجز.

غالبًا، والاختيار في مقدمات الشيء والتسبب (١) إليه كالاختيار في نفسه، وزوال المرض لا يتعلّق بالاختيار.

ولو وجد من يبيعه نسيئه إلى أن يحضر ماله الغائب، ففي وجوب الشراء وجهان: من تحقّق الوجدان حينئذٍ، والعوض موجود في نفسه، ومن احتمال تلف المال قبل وصوله فيتضرّر بالدين. وأطلق (٢) كثير من وجوب الاستدانه حينئذٍ.

وينبغي تقييده بالوثوق بسلامته غالبًا، وإلا فعدمه أوجه.

قوله: «إذا عجز عن العتق. إلخ».

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

ص: ١١١

١-١) في «ق، ط»: «والتسبب».

٢-٢) راجع قواعد الأحكام ٢: ١٤٧.

٣-٣) من الحجرتين.

٤-٤) الكافي ٦: ١٥٦ ح ١٢، الفقيه ٣: ٣٤٣ ح ١٦٤٨، التهذيب ٨: ١٧ ح ٥٣، الاستبصار ٣: ٢٦٧ ح ٩٥٧، الوسائل ١٥: ٥٥٢ ح ١٥٣ و «٤» و «٥» من أبواب الكفّارات ح ١، وفي المصادر: حتى يصوم شهر رمضان ثمَّ يصوم شهرين.



وقال ابن الجنيّد (١): لو أيسر قبل صوم أكثر من شهر وجب العتق، لصحيحه محمد بن مسلم أيضا عن أحدهما عليهما السلام في رجل صام شهرا من كفّاره الظهار ثمّ وجد نسمة، قال: «يعتقها ولا يعتدّ بالصوم» (٢). و هي محمولة على الأفضل، جمعا بينها وبين صحيحته الأخرى.

وكذا البحث فيما لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثمّ قدر على الصوم، فإنه لا يجب العود إليه، لما ذكر من التعليل. و يزيد هنا أنه لا معارض من جهة النصّ. و يتحقّق الشروع في الصوم بدخول جزء من اليوم و لو لحظه، و في الإطعام بشروع المسكين في الأكل إن كفّر به، و تسليم مدّ إليه إن كفّر بالتسليم.

و اعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع في الصوم يصير مراعى بأكمل الصوم على الوجه المأمور به، فلو عرض في أثناءه ما يقطع التتابع و وجدت قدره على العتق حينئذٍ- إما باستمرار السابق أو بأمر متجدّد- وجب العتق، لوجود المقتضى له و هو قدره عليه قبل أن يشرع في الصوم، لأنه ببطان السابق ينزل منزله من لم يصم أصلا بالنسبة إلى الكفّاره، و إن لم يحكم ببطان صوم الأيام السابقة في نفسها بالنسبة إلى الثواب عليها.

و لو فقدت قدره على الإعتاق قبل أن يجب استئناف الصوم بقى حكم الصوم بحاله. و مثل هذا ما لو وجد المتيّم الماء بعد الشروع في الصلاة إذا لم نقل بالقطع، فإنه لا يفسد التيمّم، إلا أن يستمرّ وجدان الماء إلى أن

ص: ١١٢

١-١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٠٤.

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

## الخامسة: لو ظاهر و لم ينو العود، فأعتق عن الظهار

الخامسة: لو ظاهر و لم (١) ينو العود، فأعتق عن الظهار، قال الشيخ:

لا يجزيه، لأنه كفر قبل الوجوب. و هو حسن.

فرغ من الصلاة و تمكّن من استعماله، فإن فقد قبل ذلك بقى التيمّم بحاله. و لو فرض قطعه الصلاة و لو بسبب محزّم قبل فقدان الماء بطل التيمّم حينئذ و كلف بالطهارة المائيّة.

قوله: «لو ظاهر و لم. إلخ».

لا- خلاف فى أن كفّاره الظهار لا- تجب إلا إذا ظاهر و عاد، لكن سببها هل هو الظهار و العود شرط، و العود خاصّه، أو السبب مركّب منهما؟ أو جه أظهرها الوسط. و يتفرّع على ذلك ما لو كفر قبل العود و بعد الظهار، فإن جعلنا السبب هو العود لم تجز، لأن الأصل فى الواجب أن لا- يقدّم على وقته، و لأنها قبل العود لم تكن واجبه فلا- تقع مجزيه عن الواجب. و هذا هو الذى نقله المصنّف عن الشيخ (١) و استحسّنه، و لا نعلم للأصحاب قولاً بخلافه.

نعم، لو جعلنا السبب هو الظهار و العود شرطاً أو جعلنا العود جزء السبب احتمال جواز تقديمها، كما يجوز تقديم الزكاه على الحول مع وجود بعض سببها- و هو ملك النصاب- و عدم تمامه بالحول. و هو قول لبعض الشافعيّيه (٢). و الشيخ (٣) وافقهم على تعجيل الزكاه [على الحول] (٤) و وافق هنا على عدم أجزاء الكفّاره.

و كلاهما عندنا ممنوع.

ص: ١١٣

١-١ (١) الخلاف ٤:٥٥٩ مسألة (٥٨).

١٠:٤٥١. ٢-٢ (٢) الحاوى الكبير

٢:٤٣٣ مسألة (٤٦). ٣-٣ (٣) الخلاف ج

٤-٤ (٤) من «م» و الحجريّتين.

السادسه: لا تدفع الكفاره (١) إلى الطفل، لأنه لا أهليه له، و تدفع إلى وليه.

قوله: «لا تدفع الكفاره إلخ».

إذا اعطى الطفل من الكفاره، فإن كانت العطيه بتسليم المدّ اعتبر تسليمه لوليه، لأن الطفل محجور عليه في أمواله و قبضها إلا بإذن الولي. و قال الشيخ في الخلاف (١): يجوز دفعه إلى الطفل، محتجاً بالإجماع و عموم قوله تعالى:

فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا (٢). مع أنه في المبسوط قال: «لا- تدفع الكفاره إلى الصغير، لأنه لا يصحّ منه القبض، لكن تدفع إلى وليه ليصرفها في مصالحه، مثل ما لو كان له دين لم يصحّ قبضه» (٣).

و إن كانت بالإطعام فالأقوى جوازه بدون إذن الولي، إذ ليس فيه تسليط للطفل على ماله، لأن الطعام ملك للدافع لا ينتقل إلى ملك الأكل إلاّ- بالازدراء، فلا- يصادف ذلك تصرّفه في ماله، فكان سائغاً. و لأن الغرض من فعل الولي إطعامه، و هو حاصل، و الدافع محسن محض فينتفى عنه السبيل (٤). و لعموم قوله تعالى فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا. و يحتمل المنع بدون إذن الولي كالتسليم، لأن مقتضى عموم ولايته توقّف التصرف في مصالح الطفل على أمره.

و الكسوه في معنى التسليم، لاقتضاءها (٥) التمليك، بخلاف الإطعام. و ربما احتتمل في الكسوه عدم توقّفها على إذن الولي، لأنها من ضرورات الطفل، و لا

ص: ١١٤

١-١) الخلاف ٤:٥٦٤ مسألة (٦٨).

٢-٢) المجادل: ٤.

٣-٣) المبسوط ١٧٨: ٥.

٤-٤) التوبه: ٩١.

٥-٥) كذا في «م»، و في سائر النسخ الخطيه و الحجريتين: لاقتضاءهما.

السابعه: لا تصرف الكفّاره (١) إلى من تجب نفقته على الدافع، كالأب و الام و الأولاد و الزوجه و المملوك، لأنهم أغنياء بالدافع، و تدفع إلى من سواهم و إن كانوا أقارب.

يمكن الولي ملازمتها و هي ملبوسه له، فتكون في معنى الإطعام، و الأصح الأول.

قوله: «لا تصرف الكفّاره. إلخ».

لما كانت المسكنه-المتحقّقه هنا بعدم القدره على مؤونه السنه-شرطا في المستحقّ، و كانت نفقه العمودين و الزوجه و المملوك واجبه على الأب و الابن و الزوج و المولى، كان المنفق عليه غنياً بذلك، فلا يجوز أن يعطى من الكفّاره، لفقد شرط الاستحقاق. و على هذا فلا فرق في عدم جواز الصرف إليهم بين كون الدافع هو من تجب عليه النفقه و غيره. و إنما خصّ المصنّف الحكم بمن تجب عليه النفقه لفائده هي أن عدم جواز دفعه إليهم منها غير مقيد ببذله النفقه لهم و عدمه، لأنه بقدرته على الإنفاق عليهم يصيرون بالنسبه إليه بمنزله الغنى، فلا يجوز له صرفها إليهم، حتى لو منعهم من أنفقه و صاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبه إليه، لأن الشرط مقدور عليه من جهته و التقصير واقع منه، فلم يفترق الحال بين بذله النفقه و عدمه، بخلاف الأجنبي، فإنّ تحريم دفعه الكفّاره إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقه ليصيروا أغنياء، فلو لم يكن باذلا لهم و صاروا محتاجين جاز لغيره أن يعطيهم منها، لتحقّق الوصف فيهم، و عدم قدره ذلك الدافع على تحصيل الشرط، لأنه متعلّق بفعل غيره، اللهم إلا أن يكون الدافع حاكما شرعياً و يمكنه إجبار المنفق عليها، فيكونون حينئذ كالأغنياء بالقوّه بالنسبه إليه أيضا.

و اعلم أنه لا يحتاج إلى تقييد واجب النفقه بكون المنفق غنياً، لأنه إذا لم

## الثامنة: إذا وجبت الكفارة في الظهار

الثامنة: إذا وجبت الكفارة (١) في الظهار وجب تقديمها على المسيس، سواء كفر بالإعتاق أو بالصيام أو بالإطعام.

## التاسعة: إذا وجب عليه كفارة مختيره

التاسعة: إذا وجب عليه كفارة (٢) مختيره كفر بجنس واحد، ولا يجوز أن يكفر بنصفين من جنسين.

يقدر على الإنفاق لا- يحكم عليه بوجوب النفقة عليه، والأمر في العبارة مفروض في ذلك. وأنه لا فرق في الزوجه بين الناشز و المطيعه، وإن كانت الناشز لا تجب نفقتها و هي فقيره بذلك، لقدرتها على تحصيل الغنى بالطاعه، فكانت غتته بالقوه كالمكتسب لقوت سنته إذا ترك التكسب مختاراً.

و الحكم في الأب و نحوه من الأقارب مخصوص بنفقه نفسه، فلو كان له زوجه لم يجب على الولد الإنفاق عليها. و هل يجوز للولد إعطاء الأب لأجل الإنفاق عليها؟ ظاهر العبارة و غيرها العدم. و يؤيده أن المعطى غنى بالنظر إلى نفقه نفسه فلا يستحقها، و فقير بالنظر إلى نفقه الزوجه فلا- يجب عليه الإنفاق عليها، لأنه المفروض، فلا يجوز. نعم، لو كانت فقيره جاز الدفع إليها كغيرها. و كذا القول في أولاد الأب، لأنهم إخوه، و في زوجه الابن، أما أولاده فإنهم أولاد.

قوله: «إذا وجبت الكفارة. إلخ».

هذه المسأله تقدمت (١) في باب الظهار، و بيّننا الوجه في ذلك، و فائده التسويه بين الأمور الثلاثه، و أن ابن الجنيد فرق بينهما فأوجب الكفارة للوطء قبل العتق و الصيام دون الإطعام، فلا وجه لإعادته، كما لا وجه لإعادتها.

قوله: «إذا وجب عليه كفارة. إلخ».

و ذلك بأن يعتق نصف رقبه مثلاً و يصوم شهراً، أو يصوم شهراً و يطعم

ص: ١١٦

العاشره: لا يجزى دفع القيمه (١) فى الكفاره، لاشتغال الذمه بالخصال لا بقيمتها.

ثلاثين مسكينا، أو يطعم خمسه و يكسى خمسه فى كفاره اليمين، و إنما لم يجز ذلك لأن الله تعالى أوجب الخصال المخصوصه مفضيـله على ذلك الوجه المرتب أو المخير، و التفصيل يقطع الاشتراك. و لأن من أعتق نصف رقبه و صام شهرا مثلا لا يصدق عليه أنه حرّ رقبه و لا صام شهرين متتابعين، فلا يكون قد أتى بالمأمور به، فيبقى فى العهده.

نعم، يجوز له فى الخصله الواحده التفريق فى أصنافها، بأن يطعم بعض المستحقين و يسلم إلى بعضهم، أو يطعم البعض نوعا من القوت الغالب و البعض الآخر غيره، أو يكسو بعضهم نوعا من الثياب و البعض الآخر غيره، و نحو ذلك، لصدق اسم الإطعام و الكسوه على هذا الوجه.

قوله: «لا يجزى دفع القيمه. إلخ».

إذ لا يصدق على من دفع قيمه الطعام أنه أطعم، و لا من دفع قيمه الكسوه أنه كسى، و الأمر متعلق بعين الخصال. و هو إجماع، و إنما خالف فيه بعض العامة (١) من حيث اشتراكهما فى المقتضى، و هو منفعه المسكين. و يضعف بأن مطلق المنفعه غير مقصوده، بل المنفعه على الوجه المأمور به، و هو منتف فى القيمه.

ص: ١١٧

## الحادي عشره: قال الشيخ: من قتل في الأشهر الحرم

الحادي عشره: قال الشيخ: (١) من قتل في الأشهر الحرم وجب عليه صوم شهرين متتابعين من الأشهر الحرم وإن دخل فيهما العيد و أيام التشريق. و هي روايه زراره. و المشهور عموم المنع.

قوله: «قال الشيخ. إلخ».

قد عرفت أنه يشترط تتابع الشهرين المتحقق بتتابع شهر و يوم، و أنه لو شرع فيه على وجه لا يتم فيه ذلك - بأن يتخلله مانع من الصوم كالعيد و رمضان - لا يقع الصوم صحيحاً، و لا يجوز صوم العيد لأجل ذلك. و هو إجماع، لكن استثنى الشيخ (١) من ذلك صورته واحده، و هو (٢) ما لو كانت الكفاره قد وجبت بسبب القتل في أشهر الحرم، فإنه يجب عليه صوم شهرين [متتابعين] (٣) منها و إن دخل فيهما العيد و أيام التشريق، فيصومها معها (٤) و يحتسبها من العده.

و المستند روايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قتل رجلاً خطأ في الشهر الحرام، قال: تغلظ عليه الديه، و عليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين من أشهر الحرم. قلت: فإنه يدخل في هذا شيء، قال:

و ما هو؟ قلت: يوم العيد و أيام التشريق، قال: يصوم، فإنه حقّ لزمه» (٥).

و هذه الروايه شاذّه، و في طريقها سهل بن زياد، و مخالفه لغيرها من الأخبار (٦) الصحيحه و الإجماع الدالّ على تحريم صوم العيد مطلقاً، فالإعراض

ص: ١١٨

- 
- ١-١) الخلاف ٤:٥٥٥ مسأله (٥٢).
  - ٢-٢) في «و» و نسخه بدل «ق»: و هي.
  - ٣-٣) من «ط» و هامش «ق».
  - ٤-٤) في «م»: معهما.
  - ٥-٥) الكافي ٤:١٣٩ ح ٨ و ٩، التهذيب ٤:٢٩٧ ح ٨٩٦، الاستبصار ٢:١٣١ ح ٤٢٨، الوسائل ٧: ٢٧٨ ب «٨» من أبواب بقيه الصوم الواجب ح ١.
  - ٦-٦) لاحظ الوسائل ٧:٣٨٢ ب «٨» من أبواب الصوم المحرّم و المكروه.

## الثانية عشره: كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز

الثانية عشره: كل من وجب عليه صوم شهرين [متتابعين] فعجز صام ثمانية عشر يوماً، فإن لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام، فإن لم يستطع استغفر الله سبحانه، ولا شيء عليه.

عنها متعين. وتضمنت القتل خطأ فيمكن إلحاق العمد بطريق أولى، لأن ظاهرها أن ذلك على وجه التغليظ عليه فيكون في العمد أولى. وظاهرها أن ذلك على وجه الوجوب كما ذكره المصنف، لكنه غير صريح فيه.

واعلم أن هذه المسألة تقدمت (1) في كتاب الصوم، وبواسطه ذلك اختلفت نسخ الكتاب بذكرها هنا و عدمه، فكأن المصنف ألحقها في بعض النسخ لمناسبة الباب، وأزالها من بعض حذرا من التكرار.

قوله: «كل من وجب عليه إلخ».

إطلاق وجوب الشهرين يشمل ما لو وجبا بسبب كفاره أو نذر و ما في معناه، وما لو وجبا في الكفاره تعيينا أو تخيرا، لأن الواجب المخير بعض أفراد الواجب بقول مطلق. وفي الحكم بذلك على إطلاقه إشكال، وفي مستنده قصور، لكن العمل بذلك مشهور بين الأصحاب. وقد تقدم (2) في الظهار روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام المتضمنه لوجوب صوم ثمانية عشر يوماً لمن عجز عن الخصال الثلاث. و روى عبد الله بن سنان في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وقع على أهله في شهر رمضان فلم يجد ما يتصدق به على ستين مسكينا، قال: «يتصدق ما يطيق» (3). و جمع الشهيد في

ص: ١١٩

١-١) في ج ٧٣: ٢.

٢-٢) في ج ٥٣٤: ٩، هامش (٣).

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



الدروس (1) بين الخبرين بالتخير بين الأمرين.

و فى اشتراط التتابع فى الثمانيه عشر وجهان، من أصاله البراءه، و كون التابع واجبا فى الأصل فكذا فى البدل. و الملازمه ممنوعه.

و خرّج العلامة (2) وجوب الإتيان بالممكن من الصوم و الصدقه و إن تجاوز الثمانيه عشر، عملا بعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» (3) حتى لو أمكن الشهران متفرقين و جب مقدّما على الثمانيه عشر.

و فى الجمع بين ذلك و الحكم بالثمانيه عشر بخصوصه نظر. و قطع النظر عن هذا البدل و الرجوع إلى العموم [1] أولى من تكلف هذا الجمع. و على تقدير ثبوته لا وجه لوجوب الزائد عنه و إن قدر عليه، لأن قصد (4) البدليه يوجب ذلك.

و فهم بعضهم أن الصدقه بعد العجز عن صوم الثمانيه عشر عن كلّ يوم من أيام الستين لا- الثمانيه عشر. و هو لا- يتم على إطلاقه، لأن من جمله موجب الشهرين الكفّاره المخيّر كما قرّناه، و الانتقال فيها إلى صوم الثمانيه عشر مشروط بالعجز عن الستين، فكيف يرجع إليها بعد الخروج منها؟ ثمّ على تقدير إرادته ما يعمّ المخيّر لا وجه للتقييد بالعجز عن الشهرين فى الانتقال إلى الثمانيه

ص: ١٢٠

١-١) الدروس الشرعيّه ٢٧٧:١.

٢-٢) التحرير ٨٠:١.

٣-٣) عوالى اللئالى ٤:٥٨ ح ٢٠٦، و انظر مسند أحمد ٢:٥٠٨، صحيح البخارى ٩:١١٧، سنن الدار قطنى ٢:٢٨١ ح ٢٠٤.

٤-٥) فى «ق، ط» و الحجريّتين: قضيه.

عشر، لأنها مشروطة (١) بالعجز عن الإطعام أيضا.

و بالجمله ليس لهذا الحكم مرجع يعتد به حتى يلحظ و يرتب (٢) عليه ما يناسبه من الأحكام.

و أما الاستغفار بعد العجز عن جميع ذلك فهو بدل مشهور بين الأصحاب و مختص بهم، و لا يختص عندهم بكفاره، بل يجزى (٣) في جميع الكفارات عند العجز عن خصالها، إلا الظهار فقد تقدم (٤) فيه الخلاف. و قد تقدم في روايه (٥) أبى بصير عن الصادق عليه السلام قال: «كل من عجز عن الكفاره التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما تجب على صاحبه فيه الكفاره فالاستغفار له كفاره ما خلا يمين الظهار» الحديث. و في الطريق ضعف. و روى زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن شيء من كفاره اليمين إلى أن قال: قلت: فإنه عجز عن ذلك، قال: فليستغفر الله عز و جل و لا يعود» (٦). و في طريقها ابن بكير و ابن فضال. مع أنه لم ينقل جعله بدلا في الكفارات التي سئل عنها النبي (٧) صلى الله عليه و آله و سلم

ص: ١٢١

١- ١) في «د»: لأنه مشروط.

٢- ٢) كذا في «م»، و في سائر النسخ: و يترتب.

٣- ٣) في «و»: يجزى.

٤- ٤) في ج ٥٣١: ٩-٥٣٤.

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

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

٧- ٧) لاحظ الوسائل ٧: ٣٠ ب «٨» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ٥، و ج ١٥: ٥٠٨ ب «١» ح ٤، و ص: ٥٥٠ ب «٢» من أبواب الكفارات ح ١.

فى رمضان و الظهار و غيرهما، و قد تقدّم (١) بعضه، مع اعتراف السائل بالعجز عن الخصال.

و يظهر من الأصحاب الاتّفاق على جعل الاستغفار بدلا فى غير الظهار.

و المعتبر منه مرّه واحده بالتيه عن الكفّاره ضامّا إلى اللفظ الندم على ما فعل و العزم على عدم العود إن كانت عن ذنب، و إلاّ كفى مجرّد الاستغفار و كان وجوبه تعبدا أو عن ذنب غيره على تقديره.

و لو تجددت قدره على الكفّاره بعده ففى وجوبها وجهان. و فى روايه (٢) إسحاق بن عمّار فى المظاهر: يستغفر و يطأ، فإذا وجد الكفّاره كفر. و قد تقدّم (٣) البحث فى ذلك كلّه.

ص: ١٢٢

١-١) فى ج ٩:٤٨٢-٩:٤٨٣.

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

٣-٣) فى ج ٩:٥٣١-٩:٥٣٤.

كتاب الإيلاء

إشاره

كتاب الإيلاء (١)

ص: ١٢٣



## الأول: في الصيغه

الأول: في الصيغه كتاب الإيلاء هو لغه الحلف، يقال: آلى يؤلى إيلاء و أئنه، و الجمع أليا، مثل عطيه و عطايا. و يقال: ائلى يأتلى ائتلاء، و منه قوله تعالى وَ لَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَى (١).

و شرعا: حلف الزوج الدائم على ترك و طء زوجته المدخول بها قبلا، مطلقا أو زياده عن أربعه أشهر، للإضرار بها. و هو من باب تسميه الجزئى باسم الكلى. و الأصل فيه قوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) الآية. و قد كان طلاقا فى الجاهليه كالظهار فغير الشرع حكمه، و جعل له أحكاما خاصه إن جمع شرائطه، و إلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر فى اليمين و يلحقه حكمه.

ص: ١٢٥

---

١-١) النور: ٢٢.

٢-٢) البقره: ٢٢٦.

و لا ينعقد الإيلاء (١) إلا بأسماء الله سبحانه، مع التلفّظ، و يقع بكلّ لسان مع القصد إليه.

و اللفظ الصريح: و الله لا أدخلت فرجى فى فرجك، أو يأتى باللفظه المختصّه بهذا الفعل، أو ما يدلّ عليها صريحا.

و المحتمل كقوله: لا- جامعتك أو لا- وطئتك. فإن قصد الإيلاء صحّ، و لا يقع مع تجرّده عن التّيه. أما لو قال: لا جمع رأسى و رأسك بيت أو مخدّه، أو لا ساقفتك، قال [الشيخ] فى الخلاف: لا يقع به إيلاء، و قال فى المبسوط: يقع مع القصد. و هو حسن.

قوله: «و لا ينعقد الإيلاء. إلخ».

لما كان الإيلاء ضربا من مطلق اليمين لم ينعقد إلا بالله تعالى أو أسمائه الخاصّه، على ما (١) سيأتى تفصيله إن شاء الله تعالى فى اليمين (٢)، و قد قال صلى الله عليه و آله و سلّم: «من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت» (٣). و لا تكفى نيّته، بل يعتبر التلفّظ به بأى لغة اتّفق، لا اشتراك اللغات فى إفاده المعنى المقصود.

ثمّ متعلّق الإيلاء إن كان صريحا فى المراد منه لغة و عرفا كإيلاج الفرج فى الفرج، أو عرفا كاللفظه المشهوره فى ذلك، فلا شبهه فى وقوعه. و إن وقع بغير الصريح فيه كالجماع و الوطاء الموضوعين لغة لغيره، و عبّر بهما عنه عرفا عدولا عمّا يستهجن التصريح به إلى بعض لوازمه، فإن قصد به الإيلاء وقع أيضا بغير

ص: ١٢٤

١- ١) فى «د» و الحجريّتين: كما.

٢- ٢) فى الأمر الأول من كتاب الأيمان.

٣- ٣) مسند الحميدى ٢: ٣٠١ ح ٦٨٦، مسند أحمد ٢: ١١، سنن الدارمى ٢: ١٨٥، صحيح البخارى ٣: ٢٣٥.

خلاف، كما لا إشكال في عدم وقوعه لو قصد بهما غيره. أما لو أطلق ففي وقوعه نظرا إلى صراحتها عرفا، أو عدمه نظرا إلى احتمالهما غيره من حيث عمومهما لغه، قولان أصحهما الوقوع كالصريح. و في الأخبار تصريح بالاكْتفاء بلفظ الجماع، و في صحيحه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك» (١) الحديث، و لم يقيد بالقصد الزائد على اللفظ الصريح، فإنه معتبر في جميع الصيغ، و أجاب به في لفظ «ما هو» المطلوب به نفس الماهية فيكون حقيقه فيه، و لا ينافيه دخول غيره فيها بدليل خارج أو بطريق أولى.

و أما قوله: لا- جمع رأسى و رأسك مخدّه- بكسر الميم و فتح الخاء، سُميت بذلك لأنها موضع الخدّ عند النوم- و قوله: لا ساقفتك- أى: لا اجتمعت أنا و أنت تحت سقف- ففي وقوع الإيلاء بهما مع قصده قولان:

أحدهما: عدم الوقوع. و هو قول الشيخ في الخلاف (٢) و ابن إدريس (٣) و العلامة (٤)، لاحتمال هذه الألفاظ لغيره احتمالا ظاهرا، فلا يزول بها الحلّ المتحقق، و لا يرتفع بها أصالته، كما لا يقع الطلاق بالكنايات و إن قصده بها.

و الثانى- و اختاره في المبسوط (٥)، و استحسنته المصنّف و العلامة في

ص: ١٢٧

- 
- ١- ١) الكافي ١٣٢: ٦ ح ٩، التهذيب ٣: ٨ ح ٤، الاستبصار ٣: ٢٥٣ ح ٩٠٦، الوسائل ١٥: ٥٤١ ب «٩» من أبواب الإيلاء ح ١.  
 ٢- ٢) الخلاف ٤: ٥١٥ مسألة (٧).  
 ٣- ٣) السرائر ٢: ٧٢٢.  
 ٤- ٤) إرشاد الأذهان ٥٧: ٢.  
 ٥- ٥) المبسوط ١١٦: ٥-١١٧.



المختلف (١)-:الوقوف،لحسنه بريد بن معاويه عن الصادق عليه السلام أنه قال:

«إذا آلى أن لا يقرب امرأته و لا يمسيها و لا يجتمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض أربعة أشهر» (٢).و لأنه لفظ استعمل عرفا فيما نواه،فيحمل عليه كغيره من الألفاظ.

و فيه نظر،لأن الروايه ليست صريحه،لاحتمال كون «الواو»للجمع، فيتعلق الإيلاء بالجميع،فلا يلزم تعلّقه بكلّ واحد.و توقّفه على التيه يدلّ على كونه كناية،و الكنايات لا- تكفى عندنا.و خروج هذين من بين الكنايات يحتاج إلى دليل صالح،و هو منتف.و الفرق بين هذه الألفاظ و غيرها من الصريح حيث افتقرت إلى التيه-على القول بالوقوف بها-مع توقّف الصريح على القصد أيضا:

أن هذه التيه أمر زائد على القصد المعتبر فى كلّ لفظ،بمعنى أنه لا يحكم عليه بما يوقعه بالكنايه إلاّ أن يصرّح بكونه نوى به الإيلاء و نحوه،بخلاف الصريح، فإنه يحكم عليه بالوقوف ظاهرا و إن لم يظهر قصده،حملا للفظ العقلاء على مدلوله الظاهر و قصده إليه،حتى لو فرض دعواه عدم قصده إلى الصريح لا يسمع ظاهرا،و يحكم عليه بالوقوف،و إن كان فيما بينه و بين الله تعالى غير واقع عليه.

و اعلم أنه حيث لا- يقع الإيلاء بهذه الألفاظ و نحوها يقع اليمين على طبق ما قصده منها و إن لم يوافق الظاهر منها،لأن اليمين تتعيّن بالتية حيث تقع الألفاظ محتمله،و تتخصّص و تتقيّد حيث تكون عامّه أو مطلقه،فإن قصد بقوله:«لا جمع رأسى و رأسك مخدّه»و نحوه الجماع وقع يمينا و إن لم يقع إيلاء،فيلحقه

ص:١٢٨

(١-١) المختلف:٦٠٤-٦٠٥.

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

و لو قال: لا- جامعتك في دبرك، لم يكن مؤلّيا. (١) و هل يشترط تجريد (٢) الإيلاء عن الشرط؟ للشيخ [فيه] قولان أظهرهما اشتراطه، فلو علّقه بشرط أو زمان متوقّع كان لاغيا.

حكم اليمين، و إن قصد به كونهما مجتمعين على مخذّه واحده انعقد كذلك، و كذا القول في غيره من الألفاظ حيث لا يقع إيلاء. فيعتبر حينئذ في اليمين الأولويّه أو تساوى الطرفين، كما سيأتي (١) تفصيله إن شاء الله تعالى.

قوله: «و لو قال: لا جامعتك في دبرك، لم يكن مؤلّيا».

لأنّ الجماع على هذا الوجه لا حقّ للزوجه فيه، و لا ينصرف إليه الإطلاق، بل هو إحسان إليها لا إضرار، فلا يقع به الإيلاء، بل يقع يمينا مطلقا (٢)، فيلحقه حكمه.

قوله: «و هل يشترط تجريد. إلخ».

القول باشتراط تجريده عن الشرط و الصفه للشيخ في الخلاف (٣) و أتباعه (٤) و ابن إدريس (٥) و المصنّف و أحد قولي العلامة (٦)، لأصالة عدم وقوعه في محلّ الخلاف. و احتجّ في الخلاف عليه بإجماع الفرقه، مع أنه قال في المبسوط (٧) بوقوعه معلقا بالشرط و الصفه، و قوّاه في المختلف (٨)، لعموم

ص: ١٢٩

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

٢-٢) في «د» و الحجريّتين: مطلقه.

٣-٣) الخلاف ٥١٧:٤ مسألة (١٢).

٤-٤) راجع الوسيله: ٣٣٥، الغنيه (ضمن سلسله النبايع الفقهيّه) ٢٠٢٤٣:٢٠.

٥-٥) السرائر ٧٢٢:٢.

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

٧-٧) المبسوط ١١٧:٥.

٨-٨) المختلف: ٦٠٥.

و لو حلف بالعتاق(١) أن لا يطأها أو بالصدقه أو [ب]التحريم لم يقع و لو قصد الإيلاء. و لو قال: إن أصبتك فعلى كذا، لم يكن إيلاء.

القرآن (١)السالم عن المعارض، و هو قاطع للأصل الذى ادّعوه على عدمه. و لا ريب فى قوّه هذا القول، و قد تقدّم مثله فى الظهار (٢)، إلا أنه هناك منصوص الوقوع فلذا حكموا به. و العجب من إطباقهم على عدم وقوع الطلاق معلقا مع أن هذا الدليل (٣)العام السالم عن المعارض وارد فيه حرفا بحرف. و الظاهر أن الحامل للمتأخرين على عدم القول به ما فهموه من أنه إجماع، و هو حججه برأسه، بخلاف ما هنا، فإن الشيخ و إن ادّعى الإجماع إلا أن فساد هذه الدعوى واضح، فسهل القول بوقوعه، نظرا إلى الدليل. و الشيخ فى المبسوط (٤)صرّح بأن المانع له من القول بوقوع الطلاق معلقا على الشرط إنما هو إجماع الفرقه، و إلا كان الدليل يدلّ عليه كما يدلّ على وقوع الإيلاء و الظهار.

قوله: «و لو حلف بالعتاق. إلخ».

مذهب الأصحاب أن الإيلاء يختصّ باليمين بالله تعالى، لما ذكرناه من أنه يمين خاصّ، و لا يمين إلا بالله. و وافقنا على ذلك كثير (٥)من العامة. و قال بعضهم (٦)لا- يختصّ به، بل إذا قال: «إن وطئتك فعبدى حرّ، أو مالى صدقه، أو حلائلى محرّمات» كان مؤلّيا، فيلزمه مع الوطء كفّاره الإيلاء أو الوفاء بالملتزم.

ص: ١٣٠

١- (١) البقره: ٢٢٦.

٢- (٢) فى ج ٩: ٤٧٦ و ٩٧٨.

٣- (٣) أى: عموم آيات الطلاق، كالأيه ٢٢٩ من سوره البقره، و الأيه ١ من سوره الطلاق و غيرهما.

٤- (٤) المبسوط ١١٧: ٥.

٥- (٥) الحاوى الكبير ٣٤٣: ١٠، الوجيز ٧٣: ٢، المغنى لابن قدامه ٥٠٤: ٨، روضه الطالبين ٢٠٦: ٦.

٦- (٦) الحاوى الكبير ٣٤٤: ١٠، الوجيز ٧٣: ٢، المغنى لابن قدامه ٥٠٤: ٨، روضه الطالبين ٢٠٦: ٦.

و لو آلى من زوجته (١) و قال للأخرى: شرّكتك معها، لم يقع بالثانية و لو نواه، إذ لا إيلاء إلا مع النطق باسم الله.  
و لا يقع إلا في إضرار، (٢) فلو حلف لصالح اللبن أو لتدبير في مرض لم يكن له حكم الإيلاء، و كان كالأيمان.

## الثاني: في المؤلى

الثاني: في المؤلى و يعتبر فيه البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و القصد.

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

قوله: «و لو آلى من زوجته. إلخ».

إذا آلى من زوجته بأن قال: و الله لا- أجامعك مثلاً، ثم قال لامرأه له أخرى: أشركتك معها، أو أنت شريكته، أو مثلها، و نوى بذلك الإيلاء عنها لم يصر مؤلياً من الثانية، لأن عماد الإيلاء ذكر اسم الله تعالى، فلا ينعقد بالكناية في المحلوف به و إن قلنا بوقوعه بالكناية في المحلوف عليه. و هذا هو الموجب لذكر المسألة للتنبيه على الفرق بين الأمرين، فإن الكنايات عن الوطاء مما يحسن فتوشع فيه على الخلاف السابق (١)، بخلاف الكناية عن اسم الله تعالى، فإن التصريح باسمه عماد اليمين، حتى لو قال: به لأفعلن كذا، ثم قال: أردت بالله، لم تنعقد يمينه. و هذا ما اتفق عليه الكلّ و إن اختلفوا في مثل قوله: أنت طالق، ثم قال لأخرى: شرّكتك معها، فقد قال جمع بوقوعه، لأن الكناية فيه عن الطلاق، و هو مما قد قيل بوقوعه أيضاً ككناية المحلوف عليه هنا.

قوله: «و لا يقع إلا في إضرار. إلخ».

اشتراط وقوع الإيلاء بقصد الإضرار بالزوجه بالامتناع من وطئها هو

ص: ١٣١

١- ١) لاحظ ص: ١٢٦.

و يصحّ من المملوك، حرّه كانت زوجته أو أمه، (١) و من الذمّي، (٢) و من الخصي.

المشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف يعتدّ به. فلو قصد بذلك مصلحتها- بأن كانت مريضه، أو مرضعا لصلاحها أو صلاح ولدها- لم يقع إيلاء، بل يقع يمينا يعتبر فيه ما يعتبر فيه.

و مستند هذا الشرط من الأخبار ضعيف، و عموم الآيه (١) يقتضى عدمه، فإن تمّ الإجماع فهو الحجّه و إلا فلا. و على القاعده المشهوره فضعف المستند منجبر بالشهره، و هو روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتى أرضعت غلاما و إنني قلت: و الله لا أقربك حتى تفضميه، قال: ليس في الإصلاح إيلاء» (٢).

قوله: «و يصحّ من المملوك، حرّه كانت زوجته أو أمه».

أما إذا كانت حرّه فظاهر، إذ لا حقّ للمولى في وطنه، و عموم الآيه (٣) يتناولها. و أما إذا كانت أمه للمولى أو لغيره و شرط مولاه رقيه الولد فقد ينقذ عدم وقوع الإيلاء منه، لأنّ الحقّ فيه لمولاه، فيتوقف على إذنه.

و وجه الوقوع: عموم الآيه (٤)، و أن المولى ليس له إجباره على الوطاء مطلقا.

قوله: «و من الذمّي. إلخ».

لأنه مقرّ بالله تعالى فيصحّ حلفه. و امتناع صحّه الكفّاره منه ما دام كافرا لا

ص: ١٣٢

١- (١) البقره: ٢٢٦.

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

٣- (٣) البقره: ٢٢٦.

٤- (٤) البقره: ٢٢٦.

و فى صحته من المڤوب (١) تردد، أشبهه الجواز، و تكون فئه كفه العاڤ.

يقده فى صحته، لأن الشرط مقهور عليه بتقدمه الإسلام. و الشىخ (١) وافق هنا على صحته من الذمى و إن خالف فى الظهار، مع أن المقتضى واحد، و التقيده بالذمى من حيث اعترافه بالله تعالى، و ينبغى أن لا يكون على وجه الحصر فيه، بل الضابط وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى ليتوجه حلفه به.

قوله: «و فى صحته من المڤوب. إلخ».

لما كان متعلق الإيلاء و طء الزوجه و شرطه الإضرار بها اعتبر إمكان ذلك فى حقه، بأن يكون صحيح الذكر ليمنه الجماع و إن كان خصياً، لبقاء آله الجماع. أما المڤوب، فإن بقى له بقيه يمنه الجماع بها فلا إشكال فى صحه إيلائه، و إلا ففى صحته قولان:

أحدهما: المنع، لما ذكرناه من فقد شرط الصحه و هو الإضرار بها، و عدم إمكان متعلق الحلف كما لو حلف [أن] (٢) لا يصعد إلى السماء. و هذا هو الأصح.

و الثانى - و هو مذهب الشىخ فى المبسوط (٣) -: الوقوع، و قواه المصنّف، لعموم الآية (٤). و لا يقده عجزه كما يصح إيلاء المريض العاڤ، و يطالب بفئه العاڤ بأن يقول باللسان: إنى لو قدرت لفعلت كالمريض، إلا أن المريض يقول:

إذا قدرت فعلت، لأن قدرته متوقعه.

ص: ١٣٣

١ - ١) الخلاف ٥٢١: ٤، مسأله (٢٠).

٢ - ٢) من «د، م» و الحجريّتين.

٣ - ٣) المبسوط ١٤٢: ٥ - ١٤٣.

٤ - ٤) البقره: ٢٢٦.

الثالث: في المؤلى منها (١) و يشترط: أن تكون منكوحه بالعقد لا بالملك، و أن تكون مدخولا بها.

و فيه: أن شرط الصحه مفقود، و هو مخصص لعموم الآيه (١). و الفرق بينه و بين المريض واضح، لتوقع زوال عذره دونه. و مرافعته و ضرب المده له ليقول باللسان ذلك في حكم العبث الذى لا يليق بمحاسن الشرع، و الأشل و من بقى من ذكره بعد الجب ما دون قدر الحشفه كالمجبوب جميعه.

و لو عرض الجب بعد الإيلاء فوجهان، و أولى بالوقوع هنا، لوجود الشرط حاله الإيلاء، و العجز فى الدوام، فكان قصد الإضرار و الإيذاء صحيحا منه فى الابتداء. و الأقوى بطلان اليمين، لاستحاله بقائها مع استحاله الحث، و مجرد المطالبه باللسان و ضرب المده لذلك قبيح كالمجبوب ابتداء.

قوله: «فى المؤلى منها. إلخ».

من شرط المؤلى منها أن تكون زوجته، لقوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) فلا- يقع بالمنكوحه بملك اليمين، بل يقع يمينا مطلقا.

و اشترط الأصحاب كونها مدخولا بها، لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال فى غير المدخول بها: «لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار» (٣). و روايه أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يقع الإيلاء إلا على امرأه قد دخل بها زوجها» (٤). و فى روايه أخرى عنه عنه عليه

ص: ١٣٤

١-١ (١) البقره: ٢٢٦.

٢-٢ (٢) البقره: ٢٢٦.

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

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

و في وقوعه بالمستمتع (١) بها تردّد، أظهره المنع.

السلام قال: «سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل آلى من امرأته و لم يدخل بها، قال: لا إيلاء حتى يدخل بها، قال: أ رأيت لو أن رجلا حلف أن لا يبني بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أ كان يكون إيلاء؟» (١).

و قد تقدّم في الظهار (٢) خلاف في ذلك، مع اشتراكهما في الأخبار الصحيحة الدالّة على اشتراط الدخول، و أن المانع من اشتراطه استند إلى عموم الآية (٣)، و هو وارد هنا، و لكن لم ينقلوا فيه خلافا. و المناسب اشتراكهما في الخلاف، و ربما قيل به هنا أيضا، لكنّه نادر.

قوله: «و في وقوعه بالمستمتع. إلخ».

المشهور بين الأصحاب اشتراط الدوام في المؤلى منها، إما لأن المتبادر من «النساء» الدائمات، أو لتخصيصها في قوله تعالى وَ إِنِ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٤) بعد قوله لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمُ الدالّ على قبول المؤلى منها له، و هو منتف عن المتمتع بها. و لأن لازم صحته جواز مطالبتها بالوطء، و هو غير مستحقّ للمتمتع بها. و لأصاله بقاء الحلّ في موضع النزاع.

و ذهب المرتضى (٥) -رضى الله عنه- إلى وقوعه بها، لعموم الآية، فإنها من جملة النساء. و عود الضمير إلى بعض المذكور سابقا لا يقتضى تخصيصه عند

ص: ١٣٥

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

٢- ٢) في ج ٩: ٤٩٤.

٣- ٣) المجادله: ٢.

٤- ٤) البقرة: ٢٢٧.

٥- ٥) نسبه إليه في إيضاح الفوائد ٣: ١٣١، و راجع الانتصار: ١١٥-١١٦ فقد نفاه هناك.



و يقع بالحرّه (١) و المملوكه.

و المرافعه إلى المرأه لضرب المدّه، و إليها بعد انقضائها المطالبه بالفئه و لو كانت أمه، و لا اعتراض للمولى.

و يقع الإيلاء بالذمّيه كما يقع بالمسلمه.

جماعه (١) من الأصوليين. و مطالبتها مشروطه بالدوام نظرا إلى الغايه، و هو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبه، كما يقع و إن لم يطالب. و الأصاله انقطعت بالإيلاء الثابت بالآيه. و قد تقدّم البحث في هذه المسأله في النكاح (٢).

قوله: «و يقع بالحرّه. إلخ».

كما لا فرق في المؤلى بين الحرّ و الرقيق و المسلم و الكافر، فكذا لا فرق في المؤلى منها بين الحرّه و الأمه و لا بين المسلمه و الذمّيه، لدخول الجميع في عموم قوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ. و حيث كانت الزوجه أمه فحقّ المطالبه بضرب المدّه و بالفئه إليها، لأن حقّ الاستمتاع لها لا للمولى. و قيّد الكافره بالذمّيه نظرا إلى تحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداء و استدامه، مع أنه يمكن فرضه في غير الكتابيه إذا آلى منها بعد أن أسلم قبلها و هى في العده، فإنه يقع كما سبق في باب (٣).

ص: ١٣٦

١-١) راجع الإحكام للآمدى ٥٣٥:٢، معارج الأصول للمحقّق الحلّي «قدّس سرّه»: ١٠٠.

٢-٢) في ج ٤٦١:٧.

٣-٣) في ج ٣٦٧:٧.

إشارة

الرابع: في أحكامه و هي مسائل:

الاولى: لا ينعقد الإيلاء حتى يكون التحريم

إشارة

الاولى: لا ينعقد الإيلاء (١) حتى يكون التحريم مطلقاً، أو مقيداً بالدوام، أو مقروناً بمدّه تزيد عن أربعة أشهر، أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلا بعد انقضاء مدّه التربّص يقينا أو غالباً، كقوله [و هو] بالعراق:

حتى أمضى إلى بلاد الترك و أعود، أو يقول: ما بقيت.

و لا يقع لأربعة أشهر فما دون، و لا معلقاً بفعل يقتضى قبل هذه المدّه يقينا أو غالباً أو محتملاً على السواء.

قوله: «لا ينعقد الإيلاء. إلخ».

الحالف على الامتناع من وطء زوجته إما أن يطلق الامتناع فيحمل على التأييد، فبه (١) يحصل الانتفاء المطلق و يكون مؤلّياً. و إما أن يقيد بالتأييد، فهو ضرب من التأكيد. و إما أن يقيد بالتأقيت إما بزمان مقدّر، أو بالتعليق بأمر مستقبل لا يتعيّن وقته. فهنا قسمان:

الأول: أن يقدره بزمان، نظر فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤلّياً، و الذى جرى يمين، و تنحلّ بعد المدّه، و ليس لها المطالبة كما إذا امتنع من غير يمين. قيل: و الحكمه فى تقدير المهله بهذه المدّه، و لم تتوجه المطالبه إذا حلف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها: أن المرأه تصبر عن الزوج مدّه أربعة أشهر و بعد ذلك يفنى صبرها أو يشقّ عليها الصبر.

و يكفى فى الزيادة عن الأربعة مسماها و لو لحظه. و لا- يشترط كون الزيادة بحيث تتأتى المطالبه فى مثلها، لكن إذا قصرت كذلك لم تتأت المطالبه، لأنها

ص: ١٣٧

(١- ١) فى «د» و إحدى الحجريتين: فيه فيحصل.

إذا مضت تنحلّ اليمين و لا- مطالبه بعد انحلالها، و أثر كونه مؤلّيا في هذه الصورة أنه يأثم بإيذائها و الإضرار بها بقطع طمعها بالحلف عن الوطء في المدّة المذكوره.

و لو فرض كونه تاركا و طأها مدّة قبل الإيلاء يفعل حراما بالنسبه إلى ما زاد عن أربعة أشهر من حين الوطء، لأنه لا يجوز ترك و طء الزوجه أزيد من ذلك، و لا تنحلّ بذلك اليمين، لأن الإيلاء لا ينحلّ بذلك.

الثاني: أن يقيّد الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا- يتعيّن وقته، فينظر إن كان المعلق به أمرا يعلم تأخّره عن أربعة أشهر- كما لو قال: حتى يقدم فلان، أو حتى آتى مكّه، و المسافه بعيدة لا تقطع في أربعة أشهر- أو يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر و إن كان محتملا- كما لو قال: حتى يخرج الدجّال أو يأجوج و مأجوج، أو تطلع الشمس من المغرب- فهو مؤلّ، نظرا إلى اليقين بحصول الشرط- و هو مضىّ أربعة أشهر قبل مجيء الغايه- في الأول، و غلبه الظنّ بوجوده في الثاني و إن كان محتملا في نفسه.

و مثله قوله: ما بقيت، فإنه و إن كان محتملا لموته في كلّ وقت و لا ظنّ يقتضى بقاءه أربعة أشهر، إلا أن ذلك موجب لحصول اليأس مدّة العمر، فهو كما لو قال: لا أجامعك أبدا، فإنّ أبد كلّ إنسان عمره.

و لو قال: ما بقي فلان، فوجهان:

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

و الثاني: عدمه، لأنه كالتعليق بالمرض و دخول الدار، و هو ممكن على

السواء في كل وقت. و ينبغي الفرق بين من يغلب على الظن بقاءه أو موته في المدّة فما دون، أو يتساوى الاحتمالين بحسب القرائن الحاليه.

و إن كان المعلق به ممّا يتحقّق وجوده قبل أربعة أشهر- كذبول البقل، و جفاف الثوب، و تمام الشهر- أو يغلب على الظن وجوده- كمجىء المطر في وقت غلبه الأمطار، و مجىء زيد من القرية و عاداته الحضور في الجمعات، أو قدوم القافله و الغالب تردّها في كل شهر- لم يقع الإيلاء، لكن ينعقد يمينا بشرطه.

و لو كان المعلق به ممّا لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر و لا يتحقّق و لا يظنّ حصوله- كما لو قال: حتى أدخل الدار، أو أخرج من البلد، أو أمرض، أو يمرض فلان، أو يقدم و هو على مسافه قريبه قد يقدم و قد لا يقدم- لم يحكم بكونه مؤلّيا و إن اتفق مضى أربعة أشهر و لم يوجد المعلق به، بل يكون يمينا، لأنه لم يتحقّق قصد المضارّه في الابتداء، و أحكام الإيلاء منوطه به لا بمجرد اتّفاق الضرر بالامتناع من الوطاء، كما لو امتنع من غير يمينا. و حينئذ فترتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطاء، و تجب الكفاره لو وطئ قبل وجوده حيث تنعقد اليمين. و في وجه أن التعليق بخروج الدجال و نحوه يلحق بالأمر المحتمل للأمرين، فلا يقع به إيلاء. و الأظهر الأول، عملا بالظنّ الغالب المستند إلى الاعتقادات و قرائن الأحوال و العادات (1).

ص: ١٣٩

١ - ١) في هامش «و، ق»: «فرع: لو قال: و الله لا- أجامعك ثمّ قال: أردت شهرا أو شهرين - مثلا- لم يقبل ظاهرا، لأن المفهوم منه التأييد، بخلاف ما لو كان يمينا محضا، فإنه يقبل منه تيه التقييد و التخصيص، مع احتمال القبول هنا أيضا، نظرا إلى أنه يمين في الجملة، منه قدّس سرّه».

و لو قال: و الله لا- و طئتكَ (١) حتى أدخل هذه الدار، لم يكن إيلاء، لأنه يمكنه التخلّص من التكفير مع الوطء بالدخول، و هو مناف للإيلاء.

الثانية: مدّة التربّص (٢) في الحرّ و الأمه أربعة أشهر، سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً. و المدّة حقّ للزوج، و ليس للزوجه مطالبته فيها بالفئه، فإذا انقضت لم تطلق بانقضاء المدّة، و لم يكن للحاكم طلاقها.

و إن واقفته فهو مخير بين الطلاق و الفئه، فإن طلق فقد خرج من حقّها، و تقع الطلقه رجعيّه على الأشهر. و كذا إن فاء. و إن امتنع من الأمرين حبس و ضيق عليه حتى يفيء أو يطلق، و لا يجبره الحاكم على أحدهما تعييناً.

قوله: «و لو قال: و الله لا و طئتكَ. إلخ».

لَمَّا كان الإيلاء موجبا للتحريم إلى أن يكفّر، و الإضرار بالمرأه لم يتحقّق حيث يعلّق على شرط يمكنه فعله و رفعه كقوله: لا و طئتكَ حتى أدخل الدار، فإنه يمكنه في كلّ وقت دخول الدار، فيتخلّص من اليمين و لا يحصل لها الإضرار بذلك بتحريم الوطء أربعة أشهر فصاعداً. نعم، لو كان دخوله الدار ممتنعاً عادة لعارض لا يزول قبل أربعة أشهر و لو ظننا وقع الإيلاء كما سبق. و إنما أطلق المصنّف الحكم بناء على الغالب من عدم المانع من دخول الدار، أو اتكالا على ما أسلفه (١) من القاعده.

قوله: «مدّة التربّص. إلخ».

للزوج مهله بعد انعقاد الإيلاء لا يطالب فيها بشيء، فإن واقع لزمته كفّاره

ص: ١٤٠

١-١) في ص: ١٣٧.

اليمين و انحل الإيلاء، وإن أصرَّ فللمرأه مطالبته و رفعه إلى القاضى ليفىء أو يطلق، حتى لو رفعته أمهله القاضى إلى انقضاء المدّه و هى أربعة أشهر على ما نصّ عليه فى القرآن (١). و هذه المدّه حقّ للزوج كالأجل فى الدين المؤجل حقّ للمديون. و لا فرق فيها بين كون الزوجين حرّين أو رقيقين أو بالتفريق، لعموم الآيه، و لأنّها شرعت لأمر جبلى و هو قلّه الصبر عن الزوج، و ما يتعلّق بالجبلة و الطبع لا. يختلف بالحرّيه و الرقّ، كمدّه العنه (٢) و الرضاع و الحيض. و عند بعض العامّه أنها تنتصف بالرقّ. ثمّ منهم من ينصفها برقّ الزوجه، و منهم من ينصفها برقّ الزوج [١]. و إلى خلافهما أشار المصنّف بقوله: «فى الحرّه و الأمه. سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً».

ثمّ إذا انقضت المدّه لم يطلق (٣) بانقضائها، لأصالة بقاء الزوجيه، و لأنّ الله تعالى قال بعد التريص أربعة أشهر فإنّ فأؤفانّ الله عفورّ رحيمّ و إنّ عزّموا الطلاق فإنّ الله سميعٌ عليمّ (٤) فدلّ ذلك على بقاء تخييره فيهما بعد المدّه، و هو ينافى وقوع الطلاق بالفعل، خلافاً لبعض العامّه (٥) حيث حكم بوقوعه.

ص: ١٤١

١- (١) البقره: ٢٢٤.

٢- (٢) فى «د، ط، م» و الحجريّتين: الفئه.

٣- (٣) فى إحدى الحجريّتين: تطلق.

٤- (٤) البقره: ٢٢٤-٢٢٧.

٥- (٥) انظر الإشراف على مذاهب العلماء ٤: ٢٣٠، المبسوط للسرخسى ٧: ٢٠، رحمه الأمه: ٢٣٥، بدايه المجتهد ٢: ١٠٠، بدائع الصنائع

ثم إن فاء و رجع إلى زوجته كفر و سقط عنه حكم الإيلاء، و إن طلق خرج من حقها. و هل يقع الطلاق رجعيًا حيث لا يكون لبينوته سبب آخر؟ المشهور بين الأصحاب ذلك، لوجود المقتضى له و هو وقوعه بشرائط الرجعي، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه طلاق مؤل مأمورا به تخيرا، و هو لا يقتضى البينونه، لأن الطلاق الرجعي يحصل [به] (١) الغرض أيضا، لاختلال النكاح به و صيرورتها إلى حال البينونه. و لحسنه بريد بن معاوية قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في الإيلاء: إذا آلى الرجل لا يقرب امرأته و لا يمسه و لا يجمع رأسه و رأسها فهو في سعه ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة أشهر و وقف فإما أن يفىء فيمسه، و إما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها حتى إذا حاضت و تطهرت من محيضها طلقها تطليقه قبل أن يجامعها بشهاده عدلين، ثم هو أحق برجعها ما لم تمض الثلاثة الأقراء» (٢).

و ربما قيل بوقوع الطلقه بائه، لصحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المؤلى إذا وقف فلم يفىء طلق تطليقه بائه» (٣).

و حملت هذه الروايه-مع شذوذها-على من اختار الطلاق البائن، إذ هو مختير بين أن يطلق بائنا و رجعيًا. و حملها الشيخ (٤) على من كانت عنده تطليقه

ص: ١٤٢

١- ١) من «د» فقط.

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

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

٤- ٤) التهذيب ٤: ٨ ذيل ح ٥.

واحد، فإن طلاقه بعد ذلك يقع بائنا. وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه جمعا بين الأخبار.

ثم على تقدير طلاقه رجعيًا إن استمرّ عليه فذاك، وإن رجع عاد الإيلاء.

و سيأتي (١) تتمه حكمه.

و إن امتنع من الأمرين لم يطلق عنه الحاكم، لأن «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢) بل يحبسه و يعزّره و يضيق عليه في المطعم و المشرب، بأن يطعمه في الحبس و يسقيه ما لا يصبر عليه مثله عادة إلى أن يختار أحدهما. و في روايه حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلى أن يطلق جعل له حظيره من قصب و يحبسه فيها، و يمنعه من الطعام و الشراب حتى يطلق» (٣). و في روايه أخرى عنه عليه السلام: «أنه كان يحبسه في الحظيره و يعطيه ربع قوته حتى يطلق» (٤).

و اعلم أن إجباره على أحد الأمرين لا ينافي صحّه الطلاق، لأنه إجبار بحق، و المنافي غيره. و أيضا فإنه لم يجبره عليه عينا بل على أحد الأمرين، و في تحقّق الإيجاب على هذا الوجه بحث سبق في الطلاق (٥).

ص: ١٤٣

١-١) في ص: ١٦٦.

٢-٢) سنن ابن ماجه ١:٦٧٢ ح ٢٠٨١، المعجم الكبير للطبراني ١١:٣٠٠ ح ١١٨٠٠، سنن الدار قطنى ٤:٣٧ ح ١٠٢.

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

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

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



و لو آلى مدّه معيّنه، و دافع بعد الموافقه حتى انقضت المدّه، سقط حكم الإيلاء، و لم تلزمه الكفّاره مع الوطء. (١) و لو أسقطت (٢) حقّها من المطالبه لم تسقط المطالبه، لأنّه حقّ يتجدّد، فيسقط بالعفو ما كان [لازماً] إلا ما يتجدّد.

قوله: «و لو آلى مدّه معيّنه - إلى قوله - مع الوطء».

لأن الكفّاره إنّما تجب مع الحنث فى اليمين، و لا يتحقّق إلاّ مع الوطء فى المدّه المعيّنه، و أما إذا انقضت سقط حكم اليمين، سواء رافعه و ألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا، لا اشتراكهما فى المقتضى و إن أثم بالمدافعه على تقدير المرافعه.

قوله: «و لو أسقطت. إلخ».

إسقاط الحقّ و العفو عنه و الإبراء منه بمعنى واحد. و شرط صحّته ثبوت متعلّقه فى الذمّه، فلا يصحّ إسقاط ما يتجدّد فيها و إن وجد سببه. و لمّا كان حقّها فى المطالبه يثبت فى كلّ وقت ما دام الإيلاء باقياً فهو ممّا يتجدّد بتجدّد الوقت، فإذا أسقطت حقّها منها لم يسقط إلاّ ما كان منها ثابتاً وقت الإسقاط، و ذلك فى قوّه عدم إسقاط شىء، لأنّ الآن الواقع بعد ذلك بلا فصل يتجدّد فيه حقّ المطالبه و لم يسقط بالإسقاط، فلها المطالبه متى شاءت.

و كذا القول فى نظائره من الحقوق المتجدّده بحسب الوقت، كحقّ القسمه للزوجه، و حقّ الإسكان فى موضع معيّن حيث نقول بصحّته، و نحو ذلك. و من هذا الباب ما لو علمت بإعسار الزوج فرضيت ثمّ أرادت الفسخ على قول من يجوّزه به، فلها ذلك، لتجدّد الضرر بفوات النفقه يوماً فيوماً. و يخالف ما إذا

**الأول: لو اختلفا فى انقضاء المدّة**

الأول: لو اختلفا (١) فى انقضاء المدّة فالقول قول من يدعى بقاءها.

و كذا لو اختلفا فى زمان إيقاع الإيلاء، فالقول قول من يدعى تأخره.

**الثانى: لو انقضت مدّة التبرّص و هناك ما يمنع من الوطء**

الثانى: لو انقضت مدّة (٢) التبرّص و هناك ما يمنع من الوطء، كالحيض و المرض، لم يكن لها المطالبة، لظهور عذره فى التخلف. و لو قيل: لها المطالبة بفئه العاجز عن الوطء، كان حسنا.

رضيت بعنه الزوج ثمّ أرادت الفسخ- حيث لا يبطل خيارها لفوات الفورى، بأن جهلت الفورى أو نحو ذلك ممّا سبق (١)- فإنها لا تمكّن منه. و فرق بأن العنه عجز حاضر و خصله ناجزه لا تبسط على الأيام، و حقّ الاستمتاع و النفقه يبسطان عليها، و بأن العنه عيب و الرضا بالعيب يسقط حقّ الفسخ.

قوله: «لو اختلفا. إلخ».

إذا اختلفا فى انقضاء المدّة المضروبه للتبرّص به و هى أربعة أشهر، بأن ادّعت انقضاءها ليلزم بالفئه أو الطلاق، و ادعى هو بقاءها، فالقول قوله، لأصالة عدم انقضائها، لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدّم زمان الإيلاء إن جعلنا المدّة من حينه، أو زمان المرافعه إن جعلناها منها، و الأصل عدم تقدّم كلّ منهما، و مثله ما لو اختلفا فى زمان إيقاع الإيلاء، فالقول قول مدعى تأخره، لأصالة عدم التقدّم. و فائدته تظهر حيث يجعل المدّة من حينه، أو يكون الإيلاء مقدّرا بمدّه، فمدعى تقدّمه يحاول انحلال اليمين.

قوله: «لو انقضت مدّة. إلخ».

إذا وجد مانع من الجماع بعد مضيّ المدّة المحسوبه نظر أ هو فيها أم فى

و لو تجددت (١) أَعذارها في أثناء المدَّة، قال في المبسوط: تنقطع الاستداه عدا الحيض. و فيه تردّد. و لا تنقطع المدَّة بأعذار الرجل ابتداء و لا اعتراضا، و لا تمنع من مواقفه انتهاء.

الزوج؟ فإن كان فيه فسيأتي (١) حكمه. و إن كان فيها، بأن كانت مريضه بحيث لا- يمكن وطؤها، أو محبوسه لا يمكنه الوصول إليها، لم تثبت المطالبة بالفئة فعلا- إجماعا، لأنه معذور و الحال هذه و لا مضارّه. و كذا لو كانت محرمة أو حائضا أو نفساء أو صائمه أو معتكفه فرضا (٢).

و هل يؤمر بالفئة قولاً كالعاجز؟ منعه الشيخ (٣)، لأن الامتناع من جهتها.

و قال المصنّف و جماعه المتأخّرين تجب عليه فئة العاجز، لظهور العجز في الجملة، و لأنه لا مانع منها، بل هي ممكنة، و إنما المانع من الله تعالى.

و هذا حسن.

قوله: «و لو تجددت. إلخ».

المراد بقطع أعذارها المتجدّده للاستداه عدم احتسابها من المدَّة، فإذا زال العذر ثبت على ما مضى من المدَّة قبل العذر.

و وجه ما اختاره الشيخ (٤) من قطعها للاستداه أن الحقّ لها، و العذر من قبلها، و مدّة التربّص حقّ له، فلا يحتسب عليه منها ما لا قدره له على الفئة فيه.

و استثنى من ذلك الحيض، فإنه لا يقطعها إجماعا، لأنه لو قطع لم تسلّم مدّة

ص: ١٤٦

١-١) في الصفحة التاليه.

٢-٢) في «ق، ط»: برضا.

٣-٣) راجع المبسوط ٥: ١٣٥، فقد أطلق عدم توجه المطالبة عليه.

٤-٤) المبسوط ٥: ١٣٦.

## الثالث: إذا جنّ بعد ضرب المدّة احتسبت المدّة

الثالث: إذا جنّ (١) بعد ضرب المدّة احتسبت المدّة عليه و إن كان مجنوناً، فإن انقضت المدّة و الجنون باق تربّص به حتى يفيق.

التربّص أربعة أشهر، لتكرّره في كلّ شهر غالباً.

و الأكثر على عدم الفرق بينه و بين غيره في عدم قطع الاستدامة، لقيام فته العاجز مقام الوطاء من القادر، و هو في حكم العاجز. و هذا قوى (١).

أما أعدار الرجل فلا تقطع المدّة ابتداء و لا استدامه إجماعاً، لأن حقّ المهله له، و العذر منه. و كذا لا تمنع الموافقه (٢) لو اتّفقت على رأس المدّة، فيؤمر بفئه العاجز أو الطلاق، كما سيأتى (٣).

قوله: «إذا جنّ.. إلخ».

الأعدار الحاصله بالزوج لا- تمنع من احتساب المدّة ابتداء و لا استدامه، لأن التمكّن حاصل من جهتها، و المانع من قبله، و هو المقصّر بالإيلاء و قصد المضارّه. و يستوى في ذلك الموانع الشرعيّه كالصوم و الإحرام و الاعتكاف، و الحسيّيه كالمرض و الحبس و الجنون. فإذا فرض جنونه في أثناء المدّة لم يقطع استدامتها، فإذا انقضت المدّة و الجنون باق لم يرافع (٤) و لم يكلف بأحد الأمرين، لارتفاع القلم عنه، بل يترّبص به حتى يفيق ثمّ يحكم عليه بذلك، بخلاف ما لو انقضت المدّة و به عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض، فإنه يؤمر بفئه العاجز.

ص: ١٤٧

١- ١) في «ط،م» و الحجرّيتين: أقوى.

٢- ٢) كذا في «ط»، و في «د،م»: المرافعه، و في «ق،و»: المواقعه.

٣- ٣) في الصفحه التاليه.

٤- ٤) في «ق،د» النسختان: لم، ترافع.

## الرابع: إذا انقضت المدّة و هو محرم

الرابع: إذا انقضت المدّة (١) و هو محرم ألزم بفئته المعذور. و كذا لو اتفق صائما. و لو واقع أتى بالفئته و إن أثم. و كذا فى كلّ و طء محرم، كالو طء فى الحيض و الصوم الواجب.

## الخامس: إذا ظاهر ثمّ آلى صحّ الأمران

الخامس: إذا ظاهر (٢) ثمّ آلى صحّ الأمران، و يوقف بعد انقضاء مدّة الظهر، فإن طلق فقد و فى الحقّ، و إن أبى ألزم التكفير و الو طء، لأنه أسقط حقّه من التربّص بالظهار، و كان عليه كفّاره الإيلاء.

قوله: «إذا انقضت المدّة.. إلخ».

إذا انقضت المدّة ألزم بأحد الأمرين الفئته أو الطلاق كما مرّ، فإن اختار الفئته و لم يكن له مانع من الو طء ففئته الو طء، و إن كان معذورا عذرا حسيّيا - كالمرض و الحبس - أو شرعيّا - كالإحرام و الصيام - ألزم بفئته المعذور، كما يلزمه ذلك فى أَعذارها بطريق أولى. و سيأتى (١) تحقيق الفئته بالأمرين.

و لا- يلزم بالو طء المحرم لكن لو فعل أثم و حصلت الفئته، لحصول الغرض، سواء وافقته على ذلك أم أكرهها. و هل يجوز لها موافقته (٢)؟ يحتمله، لأنه ليس محرّما من طرفها. و الأقوى التحريم، لأنه معاونه على العدوان المنهَى (٣) عنه. و مثله تمكين المسافره و من طهرت من حيضها فى أثناء النهار للصائم، و بيع من لم يخاطب بالجمعه بعد النداء ممّن خوطب بها.

قوله: «إذا ظاهر. إلخ».

إذا جمع بين الظهار و الإيلاء لزمه حكمهما، سواء قدّم الظهار على الإيلاء -

ص: ١٤٨

١- ١) فى ص: ١٥٨.

٢- ٢) فى «د، و»: موافقته.

٣- ٣) المائدة: ٢.

كما فرضه المصنّف-أم أخره، لبقاء الزوجيّة الصالحة لإيقاع كلّ منهما عليها و إن كانت قد حرمت بالسبب الآخر، فتحرم من الجهتين و لا تستباح بدون الكفّارتين. لكن قد عرفت اختلاف المدّة في إمهاله لهما، فإن مهله الظهر ثلاثه أشهر و مهله الإيلاء أربعة، فإذا انقضت مدّة الظهر فرافعته الزم بحكم الظهر خاصّه، فإن اختار الطلاق فقد خرج من الأمرين، و إن اختار العود و عزم على الوطء لزمته كفّاره الظهر، فإذا كفر و وطئ لزمته كفّاره الإيلاء أيضا، لاحتته في يمينه.

و إن توقفت كفّاره الظهر على مدّة تزيد على مدّة الإيلاء، كما لو كان فرضه التكفير بالصوم، أو لم يتفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدّة الإيلاء، أو كان الظهر متأخرا عنه بحيث انقضت مدّته قبل التخلّص منه، طولب بالأمرين معا، و لزمه حكمهما. لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدّة الإيلاء و لمّا يكمل كفّاره الظهر، فإن حكم الإيلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بالفئه و تعجيل الوطء، و حكم الظهر تحريمه إلى أن يكفّر. و طريق الجمع إلزامه حينئذ للإيلاء بفئه العاجز، لأن الظهر مانع شرعى من الوطء قبل التكفير، فتجتمع الكفّارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئه و الأخرى للعزم عليه. و لو أراد الوطء في هذه الحالة قبل التكفير للظهر حرم عليها تمكينه منه كما سبق، و إن أبيع لها من حيث الإيلاء. و لو فعل حراما و وطئ حصلت الفئه، و لزمته كفّارتا [١] الظهر و كفّاره الإيلاء.

السادس: إذا آلى ثم ارتدّ، (١) قال الشيخ: لا- تحتسب عليه مدّة الردّه، لأن المنع بسبب الارتداد لا- بسبب الإيلاء. و الوجه الاحتساب، لتمكّنه من الوطء بإزاله المانع.

### المسأله الثالثه: إذا وطئ في مدّه التربّص لزمته الكفّاره

المسأله الثالثه: إذا وطئ (٢) في مدّه التربّص لزمته الكفّاره إجماعاً.

و لو وطئ بعد المدّه، قال في المبسوط: لا كفّاره، و في الخلاف: تلزمه، و هو الأشبه.

قوله: «إذا آلى ثم ارتدّ. إلخ».

المراد بالردّه هنا ما كانت عن غير فطره، إذ لو ارتدّ عن فطره كان كالميت يبطل معها التربّص.

و وجه ما قاله الشيخ (١) من عدم احتساب مدّه الردّه ما أشار إليه المصنّف من التعليل بأن المنع حينئذ بسبب الارتداد الموجب لرفع النكاح و جريان عدّته إلى اليبونونه، فلا- يحتسب مدّته من مدّه الإيلاء المقتضيه لاستحقاق المطالبه بعدها بالوطء، لتضادّ المؤثريين المقتضى لتضادّ الأثرين، كما لا يحتسب زمان العدّه.

و ذهب الأ- كثر و منهم المصنّف إلى احتساب مدّته منها، لتمكّنه معها من الوطء بالرجوع، فلا يكون عذراً. و يفارق العدّه بأن المرتدّ إذا عاد إلى الإسلام تبين أن النكاح لم ينخرم (٢)، و الطلاق الماضي مع لحوق الرجعه لم ينهدم، و من ثمّ ظهر أثره بتحريمها بالثلاث و إن رجع في الأولين.

قوله: «إذا وطئ. إلخ».

متى وطئ المؤلى في المدّه التي يتناولها اليمين فقد حث في يمينه

ص: ١٥٠

(١-١) المبسوط ١٣٨: ٥.

(٢-٢) كذا في «ط» و الحجرّيتين، و في سائر النسخ: لم يتحرّم.

و وجبت الكفّاره، سواء كان وطؤه في مدّه التربّص أم بعدها. أما الأول فموضع وفاق. و أما الثاني فلمشاركته له في المقتضى لها، و هو مخالفته لمقتضى اليمين، و لعموم قوله تعالى ذلِكَ كَفَّارُهُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (١). و هذا مذهب الأكثر حتى الشيخ في الخلاف (٢) مدّعيًا عليه الإجماع أيضا.

و قال في المبسوط: «إذا آلى منها ثمّ وطئها عندنا عليه الكفّاره، سواء كان في المدّه أم بعدها، و قال قوم: إن وطئها قبل المدّه فعليه الكفّاره، و إن وطئها بعدها فلا كفّاره عليه، و هو الأقوى» (٣). و هذا يدلّ على اختياره العدم و رجوعه عن الأول، و لم يذكر عليه دليلا.

و يمكن أن يستدلّ له بأن كفّاره اليمين عندنا لا تجب مع الحنث إلا إذا تساوى فعل المحلوف عليه و تركه في الدين و الدنيا أو كان فعله أرجح، فلو كان تركه أرجح جازت المخالفه و لا كفّاره، و هنا بعد المدّه قد صار مأمورا بالوطء و لو تخيرا، و هو يدلّ على رجحان فعله في الجملة، فلا تجب به كفّاره.

و جوابه: أن يمين الإيلاء تخالف مطلق اليمين في هذا المعنى، و من ثمّ انعقد ابتداء و إن كان تركه أرجح بل واجبا، كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطء، و الأصل استصحاب هذا الحكم، و الدليل الدالّ على وجوب الكفّاره له مع الحنث يشملها، فلا وجه لتخصيص هذا الفرد من بين افراد الإيلاء بنفي الكفّاره مع رجحان المخالفه. و في روايه منصور عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل آلى من امرأته فمّرّت به أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه

ص: ١٥١

١-١ (١) المائدة: ٨٩.

٢-٢ (٢) الخلاف ٤: ٥٢٠ مسألة (١٨).

٣-٣ (٣) المبسوط ١٣٥: ٥.



و عليها عدّه المطلقه، وإلا كفر يمينه و أمسكها» (١). و هي نصّ في الباب.

و اعلم أن مذهب الشيخ في المبسوط و إن كان شاذّا إلاّ أنه موافق لأصول أصحابنا في اليمين المطلق. و له أن يجيب عن حجّيتهم بأن وجوب الكفّاره في الإيلاء مع أولويّه الخلاف خلاف الأصل، فيقتصر فيها على موضع الوفاق. و لا حجّه لهم في الآيه، لأنها وردت في مطلق اليمين لا- في الإيلاء، و هم لا- يقولون بعمومها في ذلك، بل يخصّونها بما ذكرناه، فكيف يحتجّون بعمومها على الإيلاء المخالف لمطلق اليمين في الأحكام و يطرحون عمومها في بابها؟! و بهذا يظهر منع مشاركه ما بعد المدّه لما قبلها في المقتضى.

و أما الروايه فهي و إن كانت نصّا في الباب إلاّ أنها ضعيفه السند، لأن في طريقها القاسم مطلقا، و هو مشترك بين جماعه منهم الثقة و الضعيف، و أبان و الظاهر أنه ابن عثمان و كان ناووسيا و إن كان ثقه، و منصور الراوى عن الامام مطلق أيضا، و هو مشترك بين الثقة و غيره، و إن كان الظاهر أنه ابن حازم.

و استدللّ في المختلف (٢) للمشهور بقول النبي صلى الله عليه و آله و سلّم:

«من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا فليأت الذي هو خير، و ليكفر عن يمينه» (٣) و لم يفصل.

و هذا الاستدلال عجيب منه- رحمه الله- لأن الروايه عاميه قد وردت في

ص: ١٥٢

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

٢- (٢) المختلف: ٦٠٥.

٣- (٣) مسند الطيالسي: ١٣٨ ح ١٠٢٩، المصنّف للصنعاني ٨: ٤٩٥ ح ١٦٠٣٤، مسند أحمد ٢: ٢٠٤، صحيح مسلم ٣: ١٢٧٢ ح ١٣، سنن

ابن ماجه ١: ٦٨١ ح ٢١٠٨.

## الرابعه: إذا وطئ المؤلى ساهيا، أو مجنونا، أو اشتبهت بغيرها

الرابعه: إذا وطئ المؤلى (١) ساهيا، أو مجنونا، أو اشتبهت بغيرها من حالته، قال الشيخ: بطل حكم الإيلاء، لتحقق الإصابه، و لم تجب الكفاره، لعدم الحنث.

مطلق اليمين، و أنتم لا- تقولون بمضمونها كذلك، بل تقولون إنه متى رأى غيرها خيرا فليأت التي هي خير و لا- يكفر. و العامه (١) يعملون بمضمونها، و يوجبون كفاره اليمين مطلقا، عملا بالآيه (٢) و الروايه. فلا استدلال بها للإيلاء دون غيره ليس بسديد. و مع ذلك فاعتمادنا على المذهب المشهور من وجوب الكفاره على المؤلى مطلقا.

قوله: «إذا وطئ المؤلى. إلخ».

لا إشكال فى عدم وجوب الكفاره بالوطء ساهيا أو مجنونا أو مشتبهه بغيرها، لأنه لا تقصير منه، و لعموم: «رفع عن أمتى الخطأ و النسيان» (٣). و إنما الكلام فى انحلال اليمين، فالشيخ (٤) حكم بانحلالها و بطلان الإيلاء، و تبعه عليه جماعه منهم العلامة (٥) جازما به من غير نقل خلاف. و وجهه: أنه قد وجد المحلوف عليه فى الحقيقه و تحققت الإصابه، إلا أنه لم يؤخذ من حيث عدم التقصير، فكان كما لو خالف عمدا، و إن اختلفا فى وجوب الكفاره و عدمها من حيث تقصير العاقد.

ص: ١٥٣

١- ١) انظر الحاوى الكبير ١٥: ٢٩١-٢٩٢، المغنى لابن قدامه ١١: ٢٢٣-٢٢٤.

٢- ٢) المائده: ٨٩.

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

٤- ٤) المبسوط ٥: ١٤٠.

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

الخامسة: إذا ادعى الإصابه (١) فأنكرت فالقول قوله مع يمينه، لتعذر البيّنه.

و المصنّف نسب القول إلى الشيخ مشعرا بضعفه أو توقّفه فيه. و له وجه، لاختلال الفعل الصادر عن الإكراه و النسيان، و لذلك لم يحكم (١) بوجوب الكفّاره.

و الحلف على النفي يقتضى الدوام، و النسيان و ما فى معناه لم يدخل تحت مقتضاها، لأن الغرض من البعث و الزجر فى اليمين إنما يكون عند ذكرها و ذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه لأجل اليمين. و البحث آت فى مطلق اليمين إذا خولف مقتضاها جهلا أو نسيانا.

ثمّ إن حكمتنا بانحلال اليمين حصلت الفئه و ارتفع الإيلاء. و إن لم نحكم به فوجهان:

أحدهما: أنه لا تحصل الفئه، و تبقى المطالبه، لأن اليمين باقيه.

و الثانى: تحصل، لوصولها إلى حقّها، و اندفاع الضرر. و لا فرق فى إيفاء الحقّ بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون و العقل، كما لو ردّ المجنون وديعه إلى صاحبها. و لأن وطء المجنون كوطء العاقل فى التحليل و تقرير المهر و تحريم الربيبه و سائر الأحكام، فكذلك هنا. و لا يلزم من عدم وجوب الكفّاره ثبوت الفئه، لأنها حقّ لله و الفئه حقّ المرأه، و يعتبر فى حقّ الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يعتبر فى حقّ آدمى. و الأصحّ الأول.

قوله: «إذا ادعى الإصابه.. إلخ».

هذا الحكم ممّا خالف القواعد المقرّره من تقديم قول النافى، و إنما أخرجوه منها لما أشار إليه المصنّف من تعذر إقامة البيّنه على ذلك أو تعسّرها،

ص: ١٥٤

فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه لزم الحرج. ولأن الأصل بقاء النكاح و عدم تسلط الزوجه على نقضه بوجه من الوجوه. و يؤيد ذلك روايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: «أن علينا عليه السلام سئل عن المرأه تزعم أن زوجها لا يمسه، و يزعم أنه يمسه، قال: يحلف و يترك» (١). و مثله في تقديم قوله في الإصابه المخالف للأصل ما لو ادعى العنين إصابتها في المدّه أو بعدها.

ثمّ إذا حلف على الإصابه و طلق و أراد الرجعه بدعوى الوطاء الذى حلف عليه قال في التحرير: «الأقرب أنه لا- يمكن، و كان القول قولها في نفي العدّه و الوطاء على قياس الخصومات» (٢) من أن البيّنه على المدعى و اليمين على من أنكرو، و إنما خالفناه في دعوى الإصابه لما ذكر من العلّه، و هى منتفيه هنا، كما لو اختلفا في الرجعه ابتداء.

و هذا التفريع لابن الحدّاد (٣) من الشافعيّه، و وافقه الأ-كثرو، و استقر به العلامه في التحرير. و هو-مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين- لا يتمّ على أصولنا من اشتراط الدخول في صحّه الإيلاء. قال الشهيد رحمه الله: «ما سمعنا فيه خلافا، و إنما فرعوه على أصلهم من عدم اشتراطه، و مع ذلك فلهم وجه آخر بأنه يمكن من الرجعه، و يصدّق في الإصابه للرجعه كما يصدّق فيها، لدفع التفريق، لأن في الرجعه استيفاء ذلك النكاح أيضا». و هذا أوجه.

ص: ١٥٥

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

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢: ٦٣.

٣- ٣) انظر روضه الطالبين ٢٣٢، ٢٣١: ٦.

## السادسه:قال في المبسوط:المدّه المضروبه بعد الترافع

السادسه:قال في المبسوط (١):(١)المدّه المضروبه بعد الترافع لا من حين الإيلاء.و فيه تردّد.

قوله:«قال في المبسوط.إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن مدّه التربص تحتسب من حين المرافعه لا من حين الإيلاء،ذهب إلى ذلك الشيخان (٢)و الأتباع (٣)و ابن إدريس (٤)و العلّامه (٥)في غير المختلف و الشهيد (٦)و غيرهم (٧).

و قال ابن أبي عقيل (٨)و ابن الجنيد (٩):إنها من حين الإيلاء.و اختاره في المختلف (١٠)و ولده في الشرح (١١)،و إليه يميل المصنّف في تردده هنا.و هو الأقوى.

لنا:قوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ (١٢)رتب التربص على الإيلاء،فلا يشترط بغيره.و حسنه بريد بن معاويه عن الصادق عليه السلام قال:«لا يكون إيلاء إلا إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسيها و لا يجمع رأسه و رأسها،فهو في سعه ما لم تمض الأربعة أشهر،فإذا

ص:١٥٦

١-١) المبسوط ١٣٧:٥.

٢-٢) المقنعه:٥٢٢،النهايه:٥٢٧.

٣-٣) راجع الكافي في الفقه:٣٠٢،المهذب ٣٠٢:٢،الوسيله:٣٣٦.

٤-٤) السرائر ٧٢٠:٢.

٥-٥) إرشاد الأذهان ٥٨:٢،تبصره المتعلمين:١٤٩.

٦-٦) غايه المراد:٢٢٨-٢٢٩،اللمعه الدمشقيه:١٢٩.

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

٨-٨) حكاه عنهما العلّامه في المختلف:٦٠٥.

٩-٩) حكاه عنهما العلّامه في المختلف:٦٠٥.

١٠-١٠) المختلف:٦٠٥.

١١-١١) إيضاح الفوائد ٤٣٢:٣.

١٢-١٢) البقره:٢٢٦.

السابعه:الذميان(١)إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار بين الحكم بينهما، و بين ردهما إلى أهل نحلتهما.

مضت أربعة أشهر وقف فيما أن يفىء و إما أن يعزم على الطلاق» (١).و نحوه روى الحلبي (٢)فى الحسن،و أبو بصير (٣)عنه عليه السلام.

احتج الأولون بأن ضرب المدّ حكم شرعى باق على العدم الأصلي، فيتوقف ثبوته على حكم الحاكم، ولأصالة عدم التسلّط على الزوج بحبس أو غيره لأجل الفئه أو الطلاق إلّا مع تحقّق سببه.

و جوابه:منع احتياج المدّ إلى الضرب، بل مقتضى الحكم الشرعى الثابت بالآيه (٤)و الروايه (٥)ترتبه على مضي المدّ المذكوره من حين الإيلاء.و إثبات توقّفها على المرافعه يحتاج إلى الدليل، و هو منقّى.و هذا الدليل أخرجه عن حكم العدم الأصلي.و أصالة عدم التسلّط قد انقطعت بالإيلاء المقتضى له بالآيه (٦)و الروايه (٧)و الإجماع،فتوقفه على أمر آخر صار خلاف الأصل.

قوله:«الذميان.إلخ».

أما حكمه بينهم بمقتضى شرعنا فواضح،لعموم قوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمُ الشَّامِلَ لِلْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ،و لأنهم متكلّفون بفروع الإسلام،

ص:١٥٧

١-١) الكافي ١٣٠:٦ ح ١، التهذيب ٣:٨ ح ٣، الاستبصار ٢٥٥:٣ ح ٩١٥، الوسائل ١٥:٥٤٣ ب «١٠» من أبواب الإيلاء ح ١.  
٢-٢) الكافي ١٣٠:٦ ح ٢، الفقيه ٣٣٩:٣ ح ١٦٣٤، التهذيب ٢:٨ ح ١، الاستبصار ٣:٢٥٢ ح ٩٠٤، الوسائل ١٥:٥٣٩ ب «٨» من أبواب الإيلاء ح ١.

٣-٣) الكافي ١٣١:٦ ح ٣ و ٩، التهذيب ٢:٨ ح ٢ و ٤، الاستبصار ٢٥٣:٣ ح ٩٠٥ و ٩٠٦، الوسائل ١٥:٥٤١ ب «٩» من أبواب الإيلاء ح ١ و ٢. الوسائل ١٥:٥٤١ ب «٩» من أبواب الإيلاء ح ١ و ٢.  
٤-٤) البقره:٢٢٦.

٥-٥) لاحظ الهامش (١) هنا.

٦-٦) البقره:٢٢٦.

٧-٧) لاحظ الهامش (١) هنا.

الثامنة: فنه القادر غيبوبه الحشفه (١) فى القبل، و فنه العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدره.

و لو طلب الإمهال مع القدره أمهل ما جرت العاده به، كتوقع خففه المأكول، أو الأكل إن كان جائعا، أو الراحة إن كان متعبا.

و قد قال تعالى لِيَتَّخِذَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (١).

و أما جواز ردهم إلى أهل نحلتهم فلا إقرارهم عليها المقتضى لجواز الإعراض عنهم فى ذلك، و قد قال تعالى فَإِنْ جَاؤُكَ فَآخُذْهُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ (٢) و المراد بالإعراض عنهم ردهم إلى أحكامهم. و قال بعض (٣) العلماء:

إن هذه الآيه منسوخه بقوله تعالى وَ أَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (٤). و فيه نظر، لعدم المنافاه بينهما، فإن الإعراض عن الحكم بينهم ممّا أنزله الله أيضا.

و النسخ على خلاف الأصل، فلا يثبت بمثل هذا الاحتمال. و هذا الحكم غير مختص بالإيلاء، بل هو مشترك بين سائر الأحكام.

قوله: «فنه القادر غيبوبه الحشفه. إلخ».

قد تكرر أن المؤلى بعد المدّه يطالب بالفئه أو الطلاق، و المقصود الآن الكلام فى أن الفئه بم تحصل؟ و بيانه: أن المؤلى إن كان قادرا على الوطء- بأن لا يكون له عنه مانع شرعى و لا عقلى و لا حسى- فأقل فئه فى الثيب أن يغيب الحشفه، و فى البكر إذهاب العذره بالوطء، و هو راجع إلى الأول، لأن تغيب

ص: ١٥٨

١- (١) النساء: ١٠٥.

٢- (٢) المائدة: ٤٢.

٣- (٣) انظر التبيان ٥٢٤: ٣، مجمع البيان ١٩٦: ٢، تفسير القرآن للصنعانى ١٩٠: ١، جامع البيان للطبرى ١٥٨: ٦-١٥٩، النكت و العيون للماوردى ٤١: ٢، الكشاف ٦٣٥: ١، الدرّ المثور ٨٢: ٣.

٤- (٤) المائدة: ٤٩.

## التاسعة: إذا آلى من الأمه ثم اشتراها وعتقها وتزوجها

التاسعة: إذا آلى من الأمه (١) ثم اشتراها وعتقها وتزوجها، لم يعد الإيلاء. وكذا لو آلى [العبد] من الحرّه ثم اشترته وعتقته وتزوج بها.

الحشفه يزِيل العذره، فتغيب الحشفه يفيد الغرض فيهما، فلذا أطلقه المصنّف.

ولا تحصل الفئه له بما دون الفرج كالدبر وغيره.

وإن كان عاجزا عن ذلك ففتته باللسان، وهو أن يرجع عن الإيذاء والإضرار، فيقول: إذا قدرت فئت. ولو استمهل الفئه باللسان لم يجب بحال، فإن الوعد به أمر متيسر. ثم إذا زال المانع طولب بفئه القادر أو الطلاق من غير استئناف مده.

وأما فئه القادر فيمهل فيها بما جرت العاده إمهاله فيه بقدر ما يتهيأ له ذلك عاده، فيمهل الصائم إلى أن يفطر، والشبعان إلى أن يخف عنه ثقل الطعام، فإنه مانع من الغرض، والجائع إلى أن يأكل ما يتهيأ به لذلك، ولا يمكن من أن يشبع فيفضى إلى مهله أخرى، وإن كان يغلبه النعاس فحتى يزول ما به. وبالجملة ما به يحصل التهيأ والاستعداد لذلك. ولا يتقدّر بيوم أو بثلاثة أيام عندنا، بل بما يزول معه المانع عرفا.

قوله: «إذا آلى من الأمه. إلخ».

لما كان الإيلاء متعلقه الزوجه فالتحريم المستند إليه هو تحريم ما حلّ بالزوجيه، فيكون دائرا معها وجودا وعدما، فإذا زالت بطلاق أو شراء أو عتق زال التحريم، لزوال متعلقه، وإن عاد الحلّ بأمر جديد بأن تزوجها أو حلّت له بالشراء ونحو ذلك. لكن يشترط في الطلاق أن يكون بائنا وإلا توقّف زوال التحريم على انقضاء العده، فلو راجع فيها بقى التحريم.

وما فرضه المصنّف - كغيره - من زوال التحريم بشراء الأمه ثم عتقها



العاشرة: إذا قال لأربع: (١) والله لا- وطئتكن، لم يكن مؤلّيا في الحال، و جاز له وطء ثلاث منهنّ، و يتعيّن التحريم في الرابعه، و يثبت الإيلاء.

و لها المرافعه، و يضرب لها المدّه، ثمّ تفقه بعد المدّه.

و لو ماتت واحده قبل الوطء انحلت اليمين، لأن الحنث لا- يتحقّق إلا- مع وطء الجميع، و قد تعذّر في حقّ الميئه، إذ لا- حكم لو طئها.

و ليس كذلك لو طلق واحده أو اثنتين أو ثلاثا، لأن حكم اليمين هنا باق فيمن بقى، لإمكان الوطء في المطلقات و لو بالشبهه.

و تزويجها ليس على وجه الانحصار فيه، بل يزول التحريم بمجرد شرائها، لبطلان العقد بذلك، و إنما يستيحبها بالملك و هو حكم جديد غير الأول، كاستباحتها بعقد آخر. و قد تقدّم ذلك في الظهار (١).

و أما على تقدير كون المؤلى عبدا فاشترته الحرّه فتوقّف حلّها حينئذ على العتق واضح، لأنها لا تباح له بالعقد و هو مملوك لها و إن كان التحريم قد زال بالشراء، لزوال العقد كما زال بالطلاق البائن و إن لم يفرض تزويجه لها. و تظهر الفائدة فيما لو وطئها قبل العقد بشبهه أو حراما، فإنه لا كفّاره، لزوال حكم الإيلاء بزوال الزوجيه.

قوله: «إذا قال لأربع: إلخ».

هذه مسأله شريفه كثر اعتناء الفضلاء ببحثها و الخلاف فيها و فى أقسامها.

و هى مبنيه على أصل هو أن المؤلى من علّق بالوطء مانعا منه بيمين كما مرّ، فإذا كان الوطء بهذه المثابه كان مؤلّيا، أما إذا لم يتعلّق المانع بالوطء لكن كان الوطء مقرّبا من الحنث فهو محذور لكنّه لا يحرم، فلا يكون مؤلّيا به عندنا، لأنه لا

ص: ١٦٠

يتعلق به لزوم شيء، ولا يلحقه به ضرر.

إذا تقرّر ذلك، فإذا كان تحته أربع نسوة فقال: والله لا وطئتكنّ، فالكلام فيه يتعلق باليمين و الحنث ثمّ الإيلاء.

أما الأول فمتعلّق باليمين جماعهنّ جميعاً، لأنّ اليمين معقوده على الكلّ من حيث هو كلّ، ومحصّل حلفه أن لا يجمعهنّ على (١)الوطء، فإذا وطئهنّ لم يلزمه إلاّ كفّاره واحده، لأنّ اليمين واحده، ومعناها سلب العموم في وطئهنّ لا عموم السلب.

و على هذا فلو مات بعضهنّ قبل الوطء انحلت اليمين، لأنّه تحقّق امتناع الحنث، ولا نظر إلى تصوّر الإيلاج بعد الموت، فإن اسم الوطء يطلق على ما يقع في الحياه. وفيه وجه أن الحنث يتعلّق بوطء الميّته أيضاً، ومن ثمّ تثبت العقوبه على وطء الميّته. و الحقّ أنه مجاز، لعدم تبادل الذهن إليه عند الإطلاق. و العقوبه عليه لا تدلّ على الحقيقه، بل هي على الفعل المحرّم كيف كان.

و لو طلقهنّ أو بعضهنّ قبل الوطء لم تنحلّ اليمين، بل تجب الكفّاره بالوطء بعد البينونه و إن كان زناً، لأنّ الاسم يشمل الحلال و الحرام. و يمكن فرض الحلال بالشبهه. و المراد بثبوت الكفّاره في هذه الحاله على تقدير وطء الباقيه في النكاح مع وطئهنّ، لتحقّق الحنث في الحلف على وطء الزوجه، فوطء المطلقات شرط لحصول الحنث في وطء الزوجه، لا- أن الإيلاء يبقى متعلّقاً بهنّ، لما تقدّم (٢)من أن الطلاق البائن يبطل اليمين.

ص: ١٤١

١- ١) في «د،م» و الحجرّيتين: في.

٢- ٢) في ص: ١٥٩.

و لو قال: لا وطئت (١) واحده منكنّ، تعلق الإيلاء بالجميع، و ضربت المدّه لهنّ عاجلا. نعم، لو وطئ واحده حنث، و انحلت اليمين في البواقي.

و لو طلق واحده أو اثنتين أو ثلاثا كان الإيلاء ثابتا فيمن بقي.

و لو قال في هذه: أردت واحده معينه، قبل قوله، لأنه أبصر ببيتته.

و أما الثاني و هو الإيلاء فقد حكم المصنّف بأنه لا يحصل إيلاء في الحال، بل يجوز له و طء ثلاث منهنّ، فإذا وطئن صار مؤليا من الرابعه. و تقرب الوطء للواحد و الاثنتين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء كما مرّ (١).

و في المسأله وجه ضعيف أنه يكون مؤليا منهنّ كلهنّ، من حيث إن و طء كلّ واحده مقرب للحنث، و قد منع نفسه من وطئن باليمين بالله تعالى، فكان مؤليا كما لو قال: لا أطأ واحده منكنّ.

و فيه: أن تمكّنه من و طء كلّ واحده منهنّ بغير حنث يدلّ على عدم تأثير يمينه قبل و طء الثلاث، و هو معنى قولنا: إنه غير مؤل في الحال.

و لهذه المسأله صور ثلاث أحدها هذه و الباقيتان تأتيان إن شاء الله تعالى.

قوله: «و لو قال: لا وطئت. إلخ».

هذه هي الصوره الثانيه من صور المسأله، و هي ما إذا قال للأربع: و الله لا وطئت واحده منكنّ. و لها أحوال أربعه (٢):

إحداها: أن يريد الامتناع عن كلّ واحده منهنّ، فيكون مؤليا منهنّ جميعا. و ليس التعميم هنا كالتعميم في قوله: و الله لا أجامعكنّ، لأن اللفظ هناك تناول كلهنّ، و لا يحصل الحنث بجماع بعضهنّ، و ها هنا اليمين تتعلّق بأحادهنّ،

ص: ١٦٢

١-١) في ص: ١٦٠-١٦١.

٢-٢) كذا في «م»، و في سائر النسخ الخطيه و الحجريتين: ثلاثه.

و تنزل على كل واحد منهن على البدل، فيكون مؤلّيا منهنّ جميعاً، لتعلق الكفّاره بوطء أيّه واحد منهنّ وطئها، لأن قوله: «لا وطئت واحده» نقيض قوله «وطئت واحده» التي هي موجهه جزئيه أو في قوّتها، فيكون نقيضها سالبه كليّه، فتفيد عموم السلب لا سلب العموم، عكس السابقه. و لهنّ المطالبه بعد المدّه، فإن طلق بعضهنّ بقى الإيلاء في حقّ الباقيات، و إن وطئ بعضهنّ حصل الحنث، لأنه خالف قوله: لا أجامع واحده منكنّ، فتنحلّ اليمين، و يرتفع الإيلاء في حقّ الباقيات.

الثانيه: أن يريد الامتناع عن واحد منهنّ لا غير، فيقبل قوله، لاحتمال اللفظ. و يحتمل عدم القبول، لأن اللفظ يقع على كلّ واحد على البدل، و هو متّهم في إخراج بعضهنّ عن موجب اللفظ. و يضعّف بأنه أعرف ببيّته، مع احتمال اللفظ لما ادّعا.

ثمّ لا يخلو: إما أن يريد واحده بعينها، أو واحد غير معيّنه. فإن أراد الأول فهو مؤلّ عنها، و يؤمر بالبيان كما في الطلاق. و إذا بيّن (١) واحد، فإن صدّقه الباقيات فذاك، و إن ادّعت غيرها أنه عنها و أنكر فهو المصدّق بيمينه، فإن نكل حلفت المدّعيه و حكم بكونه مؤلّيا عنها أيضاً. فإن أقرّ في جواب الثانيه أنه عنها أخذناه (٢) بموجب إقراره، و طالبناه بالفئه أو الطلاق، و لا يقبل رجوعه عن الأول. و إذا وطئهما في صوره إقراره تعدّدت الكفّاره، و إن وطئهما في صوره نكوله و يمين المدّعيه لم يتعدّد، لأن يمينها لا تصلح للإلزام الكفّاره عليه. و لو

ص: ١٤٣

١- ١) في الحجريّتين: عيّن.

٢- ٢) فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريّتين: و أخذناه، و الصحيح ما أثبتناه، كما استظهره في هامش «و».

أدعت واحده أولا أنك عني فقال: ما عنيك، أو ما آليت منك، و بمثله أجاب ثانيه و ثالثه تعيّن الرابعه للإيلاء.

و إن أراد واحده غير معيّنه ففي كونه مؤليا وجهان، مثلهما [في] (1) طلاق المبهمة. فإن قلنا به أمر بالتعيين، و يكون مؤليا من إحداهنّ لا على التعيين. و إذا عيّن واحده لم يكن لغيرها المنازعه. و في كون المدّه من وقت التعيين أو وقت اليمين - إذا جعلنا مدّه الإيلاء من حينه - وجهان مبتنيان على أن الطلاق المبهم إذا عيّن يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ. فإن لم يعيّن و مضت أربعة أشهر، فإن أوقفنا الإيلاء من حينه و طالبن أمر بالتعيين ثمّ الفئه أو الطلاق. و لو فاء إلى واحده أو اثنتين أو ثلاث أو طلق لم يخرج عن موجب الإيلاء، لاحتمال أن المؤلى عنها الرابعه. و إن قال: طلقت التي آليت عنها، خرج عن موجب الإيلاء، لكن المطلقه مبهمة، فعليه التعيين.

الثالثه: أن يريد تحريم كلّ واحده واحده، فيقبل قوله أيضا، لاحتمال اللفظ له، لأن السلب داخل على نكره فيفيد العموم كما مرّ، فيقع الإيلاء على كلّ واحده واحده لا على سبيل البدل، و تتعدّد اليمين كما سيأتى في القسم الثالث.

الرابعه: أن يطلق اللفظ، فلم ينو التعميم و لا التخصيص بواحد. و فيه وجهان: أحدهما: أنه يحمل على التخصيص بواحد، لأن اللفظ محتمل له، و هو أقلّ المحملين. و على هذا فيكون الحكم كما لو أراد واحده لا بعينها.

و أشبههما الحمل على التعميم، لأنه المعنى المشهور عند الإطلاق و الاستعمال، و لذلك يقال: النكره عند النفي تعمّ، و أصله الإباحه، و حدوث التحريم بسبب

ص: ١٦٤

و لو قال: لا وطئت (١) كل واحد منكم، كان مؤلّيا من كل واحد، كما لو آلى من كل واحد منفرد. و كل من طلقها فقد وفّأها حقّها، و لم تنحلّ اليمين في البواقي. و كذا لو وطئها قبل الطلاق لزمته الكفّاره، و كان الإيلاء [حينئذ] في البواقي باقيا.

الإيلاء الذي لا يعلم وجوده قد انتفى بوجود اللفظ الظاهر في معناه العام.

قوله: «و لو قال: لا وطئت. إلخ».

هذه هي الصورة الثالثة، و هي أن يقول للنسوة الأربع: لا وطئت كل واحد منكم، فقد ذكر المصنّف و غيره (١) أنه يكون مؤلّيا منهنّ جميعا، لتعلّق المحذور بوطء كل واحد منهنّ و هو الحنث و لزوم الكفّاره. و تضرب المدّة في الحال، فإذا مضت فلكل واحد منهنّ مطالبته بالفئة أو الطلاق. فإن طلقهنّ سقطت المطالبة، و إن طلق بعضهنّ فالبقيات على مطالبتهنّ. و إن وطئ واحد فالمشهور أن اليمين لا تنحلّ، لأن هذه الصيغة في قوّه اليمين المتعدّده، فإن قوله: «لا أجامع كل واحد» يتضمّن تخصيص كل واحد بالإيلاء على وجه لا يتعلّق بصواحباتها حتى أفرد كل واحد بيمين كأنه قدّره قائلا: و الله لا أجامع هذه و و الله لا أجامع هذه إلى آخرهنّ. و لو قيل بانحلال اليمين - لأنها يمين واحد كما لو قال: و الله لا أجامع كل واحد منكم - كان وجهها، لا اشتراكهما في العموم و إن كانت هذه أكد عموما. و يجرى الكلام فيما لو قال: و الله لا كلّمت كل واحد من هذين الرجلين، و نظائره. هذا جملة ما أورده في هذه الصورة.

و يمكن أن يقال هنا كما قيل في السابقه: من أنه إن قصد بقوله: «لا أجامع

ص: ١٦٥

(١ - ١) انظر المبسوط ١٣٢: ٥، السرائر ٧٢٢: ٢، إرشاد الأذهان ٥٩: ٢، قواعد الأحكام ٢: ٨٧، تحرير الأحكام ٦٣: ٢.

الحادي عشره: إذا آلى (١) من الرجعيه صح، و يحتسب زمان العده من المده. و كذا لو طلقها رجعيًا بعد الإيلاء و راجع.

كل واحد «المعنى الذى قرره أتجه بقاء الإيلاء فى حق الباقيات، و إلا- كان الحكم فيها كالحكم فيما إذا قال: «و الله لا أجامعكن» فلا يحصل الحنث و لا تلزم الكفاره إلا بوطء الجميع. و لا يكون مؤليا فى الحال على ما قرر هناك لوجهين:

أحدهما: أنه إذا وطئ بعضهن - كالواحدة مثلا - صدق أن يقال: إنه لم يطق كل واحدة منهن و إنما وطئ واحدة منهن، كما يصدق أنه لم يطقهن و إنما وطئ إحداهن، و ذلك يدل على أن مفهوم اللفظين واحد.

و الثانى: أن قول القائل: طلقت نسائي، و قوله: طلقت كل واحدة من نسائي يؤدىان معنى واحدا، و إذا اتحد معناهما فى طرف الإثبات فكذلك فى طرف النفي. فيكون معنى قوله: لا - أجامع كل واحدة منكن، معنى قوله: لا أجامعكن، خصوصا على ما ذكره الشيخ عبد القاهر (١) و من تبعه من أن كلمه «كل» فى النفي إذا دخلت فى حيزه - بأن قدم عليها لفظا، كقوله: ما كل ما يتمنى المرء يدركه، و قولنا: ما جاء القوم كلهم، و: ما جاء كل القول، أو تقديرا بأن قدمت على الفعل المنفى و أعمل فيها، لأن العامل رتبته التقدّم على المعمول، كقولك: كل الدراهم لم آخذ - توجه النفي إلى الشمول خاصه دون أصل الفعل، و أفاد الكلام ثبوته لبعض أو تعلقه ببعض. و فى هذا المقام بحث، و له جواب لا يليق بهذا المحل.

قوله: «إذا آلى الخ».

قد تكرر أن المطلقة رجعيًا بمنزله الزوجه، فيقع بها الإيلاء كما يقع

ص: ١٦٦

بالزوجه. ثم إن قلنا بأن المدّة تضرب من حين الإيلاء و إن لم ترافعه الزوجه احتسب زمان العدّه من المدّه. و إن قلنا إنها من حين المرافعه فليس للمطلّقه المرافعه، لأنها لا تستحقّ عليه الاستمتاع، فلا يحتسب منها شيء من العدّه، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المدّه حينئذ.

و لو طلقها بعد الإيلاء طلاقاً رجعيّاً فمقتضى كلام المصنّف أن المدّه لا تنقطع، بل يحتسب زمان العدّه من المدّه، فإن راجع طولب بأحد الأمرين مع انقضائها. و وجهه: أنه و إن كانت الزوجيه قد اختلت إلا أنه متمكّن من الوطء بالرجعه، فلا يكون الطلاق عذراً كالردّه، و إن افرقا بأن النكاح معها لا- ينخرم، و الطلاق بالرجعه لا- ينهدم، لأن هذا الفرق لا- يوجب اختلاف الحكم هنا، لا اشتراكهما في التمكّن من الوطء بإزاله المانع من قبل الزوج.

و الشيخ (1) منع من احتساب المدّه فيهما، محتجّاً بأن الطلاق رفع النكاح و أجزاها إلى البيّنونه، بمعنى أنها في العدّه في زمان يقتضى مضيه البيّنونه، فلا يجوز احتساب هذه المدّه من مدّه يقتضى مضيه المطالبه بالوطء و هو زمان التربّص، لتضادّ الأثرين المقتضى لتضادّ المؤثرين. و كذا الردّه.

و وافقه في التحرير (2) على انهدامها، و أنه إن راجع ضربت له مدّه أخرى و وقف عند انقضائها، فإن فاء أو طلق وقي، فإن راجع ضربت له مدّه أخرى و وقف بعد انقضائها، و هكذا. و قول المصنّف لا يخلو من قوه.

ص: ١٦٧

١-١) المبسوط ١٣٦:٥ و ١٣٨.

٢-٢) التحرير ٢:٦٤.



الثانيه عشره: لا تتكرر الكفارہ (١) بتكرار اليمين، سواء قصد التأكيد أو لم يقصد، أو قصد بالثانيه غير ما قصد بالأولى، إذا كان الزمان واحداً.

نعم، لو قال: و الله لا - وطئتك خمسہ أشهر فإذا انقضت فو الله لا وطئتك سنه، فهما إيلاءان، و لها المرافعه لضرب مدّه التريص عقيب اليمين. و لو واقفته فماتل حتى انقضت خمسہ أشهر فقد انحلت اليمين. قال الشيخ: و يدخل وقت الإيلاء الثاني. و فيه وجه بطلان الثاني، لتعليقه على الصفه على ما قرّر [ه الشيخ].

قوله: «لا تتكرر الكفارہ.. إلخ».

لا إشكال في عدم تكرار الكفارہ بتكرار اليمين إذا قصد التأكيد بما عدا الأول. أما إذا أطلق أو قصد التأسيس فظاهر الأصحاب أنه كذلك، لصدق الإيلاء مع تعدد اليمين، فتكفيه (١) كفارہ واحده. و لا يخلو من إشكال، خصوصاً مع قصد التأسيس، فإن كل واحد سبب مستقل في إيجاب الكفارہ، و الأصل عدم التداخل. و البحث آت في مطلق اليمين، لاشتراكهما في المقتضى.

هذا إذا اتحد زمان المحلوف عليه إما مطلقاً أو مقيداً، كأن قال: و الله لا وطئتك و الله لا وطئتك، أو قال: و الله لا وطئتك خمسہ أشهر و الله لا وطئتك خمسہ أشهر مثلاً.

أما إذا اختلف زمان اليمينين كما لو قال: و الله لا وطئتك خمسہ أشهر فإذا انقضت فو الله لا وطئتك سنه، فقد أتى بيمينين كل واحد منهما تشتمل على مدّه

ص: ١٤٨

الإيلاء، لكن الأولى منجزه و الثانيه معلقه على صفه، فإن لم نقل بصحة المعلق اختصّ البحث بالأول. و إن جوّزناه فلها المطالبه بعد مضيّ أربعه أشهر بموجب اليمين الأول إن قلنا إن المدّه من حين الإيلاء، و إلّا فلها المرافعه لضرب المدّه، فإن بقي منها بعد ضربها ما يزيد عن أربعه أشهر الزم بأحد الأمرين بعدها للأول.

و إن أخرت المطالبه حتى مضيّ الشهر الخامس فلا مطالبه بموجب تلك اليمين، لانحلالها. و إن طالبت في الخامس أو ضربت المدّه من الأول، فإن فاء إليها في الخامس خرج عن موجب الإيلاء الأول، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحت مدّه الإيلاء الثاني. فإن طلق سقطت عنه المطالبه في الحال. ثمّ إن راجعها في الشهر الخامس بنى على أن الطلاق الرجعي هل يقطع المدّه أم لا؟ فإن لم نقل بقطعها فالحكم كما سبق، و إلّا ضربت المدّه للإيلاء الثاني عند دخوله. و لو وطئها بعد الرجعه في باقى الشهر انحلت اليمين الاولى و بقيت الثانيه. و كذا لو طلق بائنا، لأن الطلاق البائن إنما يحلّ الإيلاء الحاصل لا المتوقع.

و لو عقد اليمينين (١) على مدّتين تدخل إحداهما في الأخرى، كما إذا قال:

و الله لا- أجامعك خمسه أشهر، ثمّ قال: و الله لا أجامعك سنه، فإذا مضت أربعه أشهر فلها مطالبته، فإن فاء انحلت اليمينان. و إذا أوجبنا الكفّاره فالواجب كفّاره واحده أو كفّارتان على ما سبق (٢). و إن طلقها ثمّ راجعها، أو جدّد نكاحها، فإن بقي من السنه أربعه أشهر أو أقلّ لم يعد الإيلاء، و تبقى اليمين. و إن بقي أكثر من أربعه أشهر، أو لم نقل ببطلان المدّه، عاد الإيلاء بالرجعه. و فى تجديده ما سبق.

ص: ١٦٩

١- ١) فى «د،ق»: اليمين.

٢- ٢) فى الصفحه السابقه.

## الثالثة عشره: إذا قال: و الله لا أصبتك سنه إلا مره

الثالثة عشره: إذا قال: و الله (١) لا- أصبتك سنه إلا- مره، لم يكن مؤليا فى الحال، لأن له الوطاء من غير تكفير. و لو وطى وقع الإيلاء. ثم ينظر فإن تخلف من المده قدر التربص فصاعدا صح، و كان لها الموافقه.

و إن كان دون ذلك بطل حكم الإيلاء.

و لو قال: فإذا مضت الخمسه فو الله لا أجامعك، كان مؤليا بعد الخمسه دائما، و أتى فيه ما ذكر [١].

قوله: «إذا قال: و الله إلخ».

إذا قال: لا أجامعك سنه إلا مره، لم يكن مؤليا فى الحال عندنا، لأنه لا يلزمه بالوطء شىء، لاستثنائه الوطاء مره. فإذا وطئها نظر إن بقى من السنه أكثر من أربعة أشهر فهو مؤل من يومئذ. لحصول الحنث و لزوم الكفار له لو وطى. و إن بقى أربعة أشهر فما دونها فهو حالف و ليس بمؤل. و عند بعض العايمه (١) يكون مؤليا فى الحال، لأن الوطاء الاولى و إن لم يحصل بها الحنث فهى مقربه منه، كما سبق (٢) مثله فى حلفه على وطاء الأربع.

و على هذا القياس لو قال: لا أجامعك إلا عشر مرّات أو عددا آخر. فعلى ما اخترناه لا يكون مؤليا إلى أن يستوفى ذلك العدد، و يبقى من السنه مدّه الإيلاء.

و لو قال: إن أصبتك فى هذه السنه فو الله لا أصبتك فيها، أو أطلق، لم يكن

ص: ١٧٠

١- (٢) الحاوى الكبير ٣٦٦: ١٠، حليه العلماء ١٤٣: ٧، المغنى لابن قدامه ٥١٦: ٨، روضه الطالبين ٢١٦: ٦.

٢- (٣) فى ص: ١٦٠.

مؤليا في الحال أيضا. و بنى وقوعه بعد الإصابه على جواز المعلق على الشرط، بخلاف الأولى. و الفرق بينهما أنه في الصورة الأولى عقد اليمين في الحال و استثنى وطأه واحده، و ها هنا اليمين غير معقوده في الحال، و إنما تنعقد إذا أصابها، فلا يثبت الإيلاء قبل انعقاد اليمين. و لو قال: لا أجامعك سنه إلا يوما، فهو كما لو قال: إلا مرّه.

فرع على المسأله السابقه: لو لم يطأها في السنه أصلا، هل تلزمه الكفاره؟ وجهان: نعم، لأن اللفظ يقتضى أن يفعل مرّه، لأن الاستثناء من النفي إثبات، و: لا، لأن المقصود باليمين أن لا يزيد على واحده. و لو وطئ في هذه الصورة و نزع ثمّ أولج ثانيا لزمته الكفاره بالإيلاج الثانى، لأنه وطء مجدد. مع احتمال العدم، مصيرا إلى العرف، و الإيلاجات المتتابعه في العرف تعدّ وطأه واحده، كما أن اسم الأكله يقع على ما يحويه جلسه على الاعتياد.



كتاب اللعان

اشاره

كتاب اللعان

ص: ١٧٣



كتاب اللعان (١) كتاب اللعان هو-لغه-مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعا ل«اللعن» وهو الطرد و الإبعاد. و شرعا: كلمات معلومه جعلت حجه للمضطر إلى قذف من لطح فراشه و ألحق العار به، أو إلى نفى ولد. و سميت لعانا لاشتغالها على كلمه اللعن. و خصت بهذه التسميه لأن اللعن كلمه غريبه فى مقام الحجج من الشهادات و الأيمان، و الشىء يشتهر بما يقع فيه من الغريب، و على ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن. و لم يسم بما يشتق من الغضب لأن لفظ الغضب يقع فى جانب المرأه، و جانب الرجل أقوى. و أيضا فلعانه يسبق لعانها، و قد ينفك عن لعانها. أو لأن كلاً من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها، إذ يحرم النكاح بينهما أبدا.

و الأصل فيه قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ. الآيات (١).

و سبب نزولها ما روى عن ابن عباس (٢)-رضى الله عنه-أن هلال بن أميه قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه و آله و سلم بشريك بن سحماء، فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: البيئه أو حدّ فى ظهرك. فقال: يا رسول الله

ص: ١٧٥

(١-١) النور: ٦-٩.

(٢-٢) صحيح البخارى ١٢٦:٦، سنن ابن ماجه ١:٦٦٨ ح ٢٠٦٧، سنن أبى داود ٢:٢٧٦، جامع البيان للطبرى ١٨:٦٦، النكت و العيون للماوردى ٤:٧٦، تفسير القرطبي ١٢: ١٨٣.



إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا- ينطلق يلتمس البينه؟ فجعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقول: البينه و إلا- حدّ في ظهره. فقال هلال: و الّذى بعثك بالحقّ نبيا إني لصادق، و لينزلنّ الله تعالى ما يبرئ ظهري من الحدّ. فنزل جبرئيل عليه [السلام] (١) و أنزل قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ .

الآيات.

و روى سهل (٢) بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني قال: يا رسول الله أ رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فقتله، فيقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: قد أنزل فيك و في صاحبتك قرآنا، فاذهب فأت بها، فأتى بها، قال سهل: فتلاعنا و أنا مع الناس عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

و ذكروا (٣) أن الآيات وردت في قصّه هلال، و قوله في القصّه الثانيه: «أنزل فيك و في صاحبتك» حمل على أن المراد أنه بين حكم الواقعه بما أنزل في حقّ هلال، و الحكم على الواحد حكم على الجماعه.

ص: ١٧٦

١-١) من نسخه بدل «ق».

٢-٢) صحيح البخارى ١٢٥:٦ و ٦٩:٧، صحيح مسلم ١١٢٩:٢ ح ١٤٩٢، سنن الدارمي ١٥٠:٢، سنن ابن ماجه ٦٦٧:١ ح ٢٠٦٦، سنن النسائي ١٧٠:٦، جامع البيان للطبري ١٨:٦٧، النكت و العيون للماوردي ٧٦:٤.

٣-٣) أسباب النزول للواحدى: ٢١٢، تفسير القرطبي ١٨٣:١٢.

و النظر فى أركاناه و أحكاماه.

## و أركاناه أربعه

### أشاره

و أركاناه أربعه:

### الأول: فى السبب

### أشاره

الأول: فى السبب، و هو شيطان:

### الأول: القذف

الأول: القذف.

و لا يترتب اللعان (١) به إلا على رمى الزوجه المحصنه المدخول بها بالزنا، قبالا أو دبرا، مع دعوى المشاهده، و عدم البيئه.

فلو رمى الأجنبيّه تعين الحدّ، و لا لعان. و كذا لو قذف الزوجه و لم يدّع المشاهده.

و لو كان له بيئه فلا لعان و لا حدّ. و كذا لو كانت المقدوفه مشهوره بالزنا.

و يتفرّع على اشتراط المشاهده سقوط اللعان فى حقّ الأعمى بالقذف، لتعدّر المشاهده. و يثبت فى حقّه بنفى الولد.

قوله: «و لا يترتب اللعان.. إلخ».

قد ذكرنا أن اللعان حجّه شرعت للزوج من حيث إنه قد يضطرّ إلى القذف و لا تساعده البيئه، فيحتاج إلى دفع الحدّ عن نفسه و

إلى الانتقام منها. و هذا المعنى يقتضى اختصاصه بالنكاح، فلا لعان للأجنبي، لأنه لا ضروره له فى القذف. و الأصل فيه مع ذلك

أن الله تعالى خصّ الحكم بالزوجه بقوله وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ (١).

و المحصنه بفتح الصاد و كسرهما. و المراد بها هنا العفيفه عن وطء محرّم لا



يصادف ملكا و إن اشتمل على عقد، لا ما صادفه و إن حرم كوقت الحيض و الإحرام و الظهار، فلا تخرج به عن الإحصان. و كذا و طء الشبهه و مقدمات الوطء مطلقا. و قيديها بالدخول بها- مع ما سيأتى (١) من الخلاف فى هذا الشرط- للتنبيه على موضع الوفاق، أو على ما يختاره.

و اشتراطه بدعوى المشاهده يخرج ما إذا أطلق أو صرح بعدمها. و هذا الشرط مذهب الأصحاب و بعض (٢) العامه. و وجهه- مع إطلاق الآيه-: أنه شهاده به، و هى مشروطه بالمشاهده. و به أخبار كثيره منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول:

رأيت بين رجلها رجلا يزنى بها» (٣). و مثله حسنه محمد بن مسلم (٤).

و يلزم من هذا الشرط أن الأعمى لو قذف زوجته حدًا، لعدم إمكان اللعان فى حقّه من حيث عدم المشاهده، و إنما يتوجه لعانه بسبب نفي الولد.

و يشكل بإمكان علمه بدون المشاهده. و اشتراط المشاهده لو سلّم يمكن حمله على من يمكن فى حقّه، أو على جعله كناية عن العلم بذلك، و أنه لا يكفى الظنّ المستند إلى القرائن أو الشياع منفردا. و يتّبه عليه سقوط

ص: ١٧٨

١- (١) فى ص: ٢١٢.

٢- (٢) المدوّنه الكبرى ٣: ١١٤، الكافى لابن عبد البرّ ٢: ٦١٠.

٣- (٣) الكافى ٦: ١٦٣ ح ٦، التهذيب ٨: ١٨٧ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٧٢ ح ٣، الوسائل ١٥: ٥٩٤ ب «٤» من أبواب اللعان ح ٤.

٤- (٤) الكافى ٦: ١٦٦ ح ٦، التهذيب ٨: ١٨٦ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٧٢ ح ٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

اللعان بقذف المشهوره بالزنا. و يؤيده عموم قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ .

و يمكن الفرق بين الشيعاء المجرد و بين المنضم إلى القرائن المفيده للعلم عاده، فإنه قد يذكره غير (١) ثقه فينتشر، أو يشيعه عدو لها أوله، أو من طمع فيها فخاب. كما لا يصح القذف بمجرد القرينه، بأن يراها معه في خلوه، أو يراه يخرج من عندها، لأنه ربما دخل لخوف أو سرقة أو طمع، بخلاف ما إذا اجتمع الأمران، أو انضم إليهما أو إلى الشيعاء قرائن أفادت العلم. إلا أن الأصحاب أطلقوا اشتراط المعايينه نظرا إلى ظاهر النصوص (٢).

و أيضا فيمكن استناده إلى البيئه أو إقرارها، و ذلك يسقط الحد عن الأجنبي، لسقوط الإحصان، و إن وجب التعزير، للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشه.

و مقتضى العبارة أن الزوج ليس له إسقاطه باللعان، لفقد شرطه. و به صرح الشيخ (٣) -رحمه الله- و توقف العلامة في التحرير (٤)، مقتصرا على نسبه إلى الشيخ.

و أما اشتراط عدم البيئه فلظاهر قوله تعالى وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ (٥) فإن مفهومه أنه لو كان له بيئه لا يلاعن، لإمكان نفى الحد بإقامتها.

ص: ١٧٩

١- ١) في «ق،م» و الحجريتين: عن ثقه.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥:٥٩٣ ب «٤» من أبواب اللعان.

٣- ٣) المبسوط ١٩٢:٥.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٢:٦٦.

٥- ٥) النور: ٦.

و لو كان للقاذف (١) بيّنه فعدّل عنها إلى اللعان، قال في الخلاف:

يصحّ، و منع في المبسوط، التفاتا إلى اشتراط عدم البيّنه في الآيه. و هو الأشبه.

قوله: «و لو كان للقاذف. إلخ».

اختلف الأصحاب في أن اللعان هل هو مشروط بعدم البيّنه من قبل الزوج على الزنا أم لا؟ فذهب في الخلاف (١) و المختلف (٢) إلى عدم اشتراطه، للأصل، و لأن النبي (٣) صلى الله عليه و آله و سلّم لا عن بين عويمر العجلاني و زوجته و لم يسألها عن البيّنه، فلو كان عدمها شرطا لسأل.

و قوّى في المبسوط (٤) الاشتراط، و اختاره المصنّف و الأكثر، لاشتراط عدم الشهود في الآيه (٥). و لأن ابن عباس -رضى الله عنه- روى (٦) في حديث هلال أن النبي صلى الله عليه و آله و سلّم قال له: «البيّنه و إلّا حدّ في ظهرك» ثمّ نزلت الآيه (٧) فلا عن بينهما. و لأنه إذا نكل عن اللعان يحدّ، فيلزم حينئذ حدّه مع وجود البيّنه. و لأن اللعان حجّه ضعيفه، لأنه إما شهاده لنفسه أو يمين، فلا يعمل به مع الحجّه القويّه و هي البيّنه.

و أجابوا عن الأول بأن هذه الأدلّه رفعت الأصل. و جاز علم النبي صلى الله عليه و آله و سلّم بالحال فلم يسأل عن البيّنه، فإن وقائع الأحوال إذا تطرّق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال، و سقط بها الاستدلال.

ص: ١٨٠

١-١ (١) الخلاف (طبعه كوشانيور) ٢:٢٧٩ مسألة (٣).

٢-٢ (٢) المختلف: ٦٠٨.

٣-٣ (٣) راجع ص: ١٧٦، هامش (٢)، و انظر تفسير القمّي ٢:٩٨، المحكم و المتشابه: ٩٠.

٤-٤ (٤) المبسوط ١٨٣: ٥.

٥-٥ (٥) النور: ٦.

٦-٦ (٦) تقدّم ذكر مصادره في ص: ١٧٥، هامش (٢).

٧-٧ (٧) النور: ٦.

و لو قذفها بزنا(١)أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ.

و هل له إسقاطه باللعان؟قال في الخلاف:ليس له اللعان،اعتبارا بحاله الزّنا.و قال في المبسوط:له ذلك،اعتبارا بحاله القذف.و هو أشبه.

و في حجّج الثاني أيضا نظر:

لأن عدم الشهداء في الآيه خرج مخرج الوصف،و مفهومه ضعيف.و جاز بناؤه على الأ-غلب،أو على الواقع في الواقعة،كقوله تعالى وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ (١).

و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لهلال وقع لدفع حدّ القذف،و لا خلاف في أنه لا يندفع بدون البيّنه إذا لم يلاعن.و لأنها أيضا واقعه مخصوصه لا تفيد انحصار الحكم في مضمونها.و ليس فيها تصريح بعدم وجود البيّنه،لكن ظاهرها ذلك.

و إنّما يحدّ إذا نكل عن اللعان إذا لم يمكنه دفع الحدّ بالبيّنه،كما لو أقامها ابتداء بعد القذف.

و لا نسلم أن اللعان حجّج ضعيفه و إن كانت شهاده لنفسه،لشوتها بالنصّ (٢)،كما يثبت حكم البيّنه التي يجوز كذبها.و على كلّ حال فالأقوى اشتراط عدم البيّنه.

قوله:«و لو قذفها بزنا.إلخ».

إذا قذف زوجته بزنا،فأما أن يضيفه إلى زمان الزوجيّه،أو إلى ما سبق عليها،أو يطلق.و في الأول و الأخير لا إشكال في ثبوت اللعان.أما الوسط ففيه قولان منشئهما:عموم قوله تعالى وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ الشَّامِلَ لِكُلِّ

ص:١٨١

١-١ (١)الإسراء:٣١.

٢-٢ (٢)النور:٩-٦.و لاحظ الوسائل ٥٨٦:١٥ب «١» من أبواب اللعان.

و لا يجوز قذفها(١) مع الشبهه،و لا مع غلبه الظنّ و إن أخبره الثقة،أو شاع أن فلانا زنى بها.

الأقسام،و خصوص الواقعة التى هى سبب الشرعيه.و يضعف بأن خصوص السبب لا يخصص العامّ.فما اختاره المصنّف من ثبوته مطلقاً أقوى.و أما التعليل باعتبار حال القذف أو الزنا فهو تعيين لمحلّ النزاع لا عله برأسه.

قوله:«و لا يجوز قذفها.إلخ».

الزوج كالأجنبيّ فى تحريم قذف الزوجه و فى أنه يلزمه الحدّ،إلاّ- أن الزوج مختصّ بأنه قد يباح له القذف و قد يجب،و بأن الأجنبيّ لا- يتخلّص عن الحدّ إلاّ- بيّنه تقوم على زنا المقذوف،أو بإقرار المقذوف،و للزوج طريق ثالث إلى الخلاص،و هو اللعان.و السبب فى اختصاص الزوج (١)[به] (٢)أنها إذا لطخت فراشه اشتدّ غيظه عليها و عظمت عداوته،و احتاج إلى الانتقام و التبرّد منها،و لا يكاد تساعده البيّنه و الإقرار،فأبيح له القذف،و شرّع له طريق الخلاص،و له دفع العقوبه عن نفسه باللعان.

ثمّ جواز قذفه لها على هذا الوجه مشروط بتيقّن زناها،بأن رآها بعينه تزنى،لا بمجرد الشبهه،و لا بالظنّ،و لا بالسماع من ثقه،سواء كان من أهل الشهاده أم لم يكن،و لا بالشيعاء بين الناس بزناها بمعين أو غير معين،لجواز عدم مطابقه الخبر فى ذلك،و عرض المؤمن كدمه،خلافًا لبعض العامّه (٣)حيث جوّز قذفها بجميع ذلك.

ثمّ ما لم يكن هناك ولد فلا يجب على الزوج القذف،بل يجوز أن يستر

ص: ١٨٢

١- ١) فى «د،م» و الحجرّيتين:الزوجه.

٢- ٢) من «ق،ط،و».

٣- ٣) روضه الطالبين ٣٠٣:٦.



و إذا قذف في العده (١) الرجعيه كان له اللعان. و ليس له ذلك في البائن، بل يثبت بالقذف الحد، و لو أضافه إلى زمان الزوجيه.

عليها و يفارقها بغير طريق اللعان. و لو أمسكها لم يحرم، لما روى أن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال له: «إن له امرأه لا ترد يد لامس، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: طلقها، قال: إني أحبها، قال: فأمسكها» (١).

و إذا كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه و جب عليه نفيه، لأن ترك النفي يتضمن الاستلحاق، و لا يجوز له استلحاق من ليس منه، كما لا يجوز نفي من هو منه، و قد روى أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: «أيما امرأه أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء» (٢). فنص على المرأه، و معلوم أن الرجل في معناها.

قوله: «و إذا قذف في العده.. إلخ».

إذا قذف زوجته المطلقه، فإن كانت الطلقه رجعيه و قذفها في العده، أو قذفها ثم طلقها كذلك، فله أن يلاعنها، كما يجوز أن يطلقها و يؤلى عنها و يظاهر، لأنها بمنزله الزوجه. و يصح لعانه في الحال، و يترتب عليه أحكامه من غير توقف على الرجعه، بخلاف ما إذا ظاهر عنها أو آلى، حيث يتوقف أمرهما على الرجعه، لأن حكم الإيلاء منوط بالمضارّه، و لا مضارّه مع طلاقها، و الكفارّه في الظهار تتعلّق بالعود، و إنما يحصل العود بالرجعه. و أما اللعان فمداره على الفراش و لحوق النسب، و الرجعيه في ذلك كالمنكوحه، و في التأخير خطر

ص: ١٨٣

- 
- ١-١) النوادر للأشعري: ١٣٣ ح ٣٤٤، التهذيب ١٠: ٥٩ ح ٢١٦، الوسائل ١٨: ٤١٢ ب «٤٣» من أبواب حدّ الزنا ح ١.  
٢-٢) مسند الشافعي: ٢٥٨. سنن الدارمي ٢: ١٥٣، سنن أبي داود ٢: ٢٧٩ ح ٢٢٦٣، المستدرک علی الصحیحین ٢: ٢٠٢-٢٠٣.

و لو قذفها بالسَّحْق (١) لم يثبت اللعان و لو ادَّعى المشاهده، و يثبت الحدّ.

بالموت، فلم يتوقّف أمره على الرجعه.

و إن كان الطلاق بائناً، أو قذفها بعد العدّه الرجعيّه و إن أضافه إلى زمن الزوجيّه، فلا لعان، بل يثبت الحدّ، لأنها ليست زوجته حينئذٍ، و الحكم مرّتب على رمى الزوجه. و لأنها حينئذٍ أجنبيّه، فلا ضروره إلى قذفها. نعم، لو كان هناك ولد يلحق به فله اللعان لنفيه، لمكان الحاجه إلى نفيه، كما في صلب النكاح، و سيأتي (١).

قوله: «و لو قذفها بالسَّحْق. إلخ».

لا إشكال في عدم ثبوت اللعان بذلك، لأنه مشروط بالرمى بالزنا أو نفى الولد. و أما ثبوت الحدّ به فلأنه قذف بفاحشه يوجب الحدّ كالزنا و اللواط. و في باب الحدود (٢) حصر موجب الحدّ من القذف في الرمي بالزنا أو اللواط، و هو يقتضى عدم ثبوت الحدّ بالرمى بالسَّحْق، بل التعزير خاصّه. و به صرح أبو الصلاح (٣)، و قرّبه في المختلف (٤)، لأصالة البراءه من وجوب الحدّ، كما لو قذفه بإتيان البهائم. و هو متّجه، لأن النصّ (٥) لم يرد بالحدّ إلّا على الرمي بالزنا و اللواط، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه (٦).

ص: ١٨٤

١-١) في ص: ١٩٩.

٢-٢) في الأمر الأول من الباب الثالث في حدّ القذف.

٣-٣) الكافي في الفقه: ٤١٨.

٤-٤) المختلف: ٧٨٣.

٥-٥) لاحظ الوسائل ١٨: ٤٣٢ ب «٢» و «٣» من أبواب حدّ القذف.

٦-٦) في الأمر الأول من الباب الثالث من كتاب الحدود.

و لو قذف زوجته المجنونه (١) ثبت الحدّ، و لا يقام عليه [الحدّ] إلاّ بعد المطالبه، فإن أفاقت صحّ اللعان. و ليس لوليّها المطالبه بالحدّ ما دامت حيّه.

قوله: «و لو قذف زوجته المجنونه. إلخ».

إذا قذف المجنونه بالزنا، فإن أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها و جب عليه الحدّ، لتحقق القذف بالفاحشه المحرّمه (١). و إن نسبه إلى حال جنونها فلا حدّ، لانتفاء قذفها بالزنا المحرّم منها حينئذ.

و لو كانت المقذوفه عاقله حال القذف و لكن أضافه إلى حاله جنونها، فإن علم أن لها حاله جنون أو احتمال فلا حدّ، لانتفاء الزنا المحرّم منها حينئذ، لكن يعزّر للإيذاء. و إن علم استقامه عقلها فمقتضى العبارة - كالأكثر - أنه كذلك (٢)، لتحقق القذف الصريح، فتلغى الإضافه إلى تلك الحاله. و يحتمل العدم، لأنه نسبها إلى الزنا في تلك الحاله، و إذا علم انتفاؤها لم تكن زانيه، فيكون ما أتى به لغوا من الكلام و محالاً، فأشبهه ما إذا قال: زنيته و أنت رتقاء.

و الأصحّ الأول.

ثمّ الحدّ و التعزير يترتبان على مطالبتهما في حال الصحه، فإن أفاقت و طالبت بالحدّ أو التعزير كان له أن يلاعن لإسقاطهما. و ليس لوليّها المطالبه بهما ما دامت حيّه، لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنه، و هي لا تصحّ من الولي.

ص: ١٨٥

١-١) في «و»: المحرّم.

٢-٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين، و لعلّ الصحيح: أنه يحدّ لتحقق.

و كذا ليس للمولى (١) مطالبه (١) زوج أمته بالتعزير في قذفها. فإن ماتت قال الشيخ: له المطالبه. و هو حسن.

قوله: «و كذا ليس للمولى مطالبه. إلخ».

لا- فرق في عدم استحقاق المولى حقّ التعزير الثابت بقذف أمته بين كون القاذف زوجها و غيره، و إنما خصّ الزوج لأنه محلّ البحث هنا.

هذا إذا كانت حيّه. أما إذا ماتت فهل ينتقل حقّه (٢) إلى المولى؟ قال الشيخ (٣): نعم، و استحسنة المصنّف، لأن المولى بالنسبه إلى المملوك بمنزله الوارث، و حقّ الحدّ و التعزير يورث كالمال.

و ربما استشكل ذلك من حيث إن انتقاله إلى المولى إن كان بحقّ الملك اقتضى ثبوته له في حال الحياه، و ليس كذلك. و إن كان بحقّ الإرث فالمملوك لا يورث.

و ردّ بأنه حقّ ثبت بالقذف فلا- وجه لسقوطه. و يكون السيّد أحقّ به لا- على جهه الميراث بل لأنه أولى من غيره. و بأنه إنما لا يورث عنه المال، أما غيره من الحقوق المختصّه به فإنه يورث عنه. و في هذا الجواب نظر لا يخفى.

ص: ١٨٤

---

١- ١) كذا في الشرائع الطبعه الحجريّه و متن الجواهر، و في النسخه المعتمده: له بدل: للمولى.

٢- ٢) في «م» و الحجريّتين: حقّها.

٣- ٣) المبسوط ١٩٠: ٥-١٩١.

السبب الثاني: (١) إنكار الولد و لا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه لستّه أشهر فصاعدا من حين وطئها، ما لم يتجاوز حملها أقصى مدّه الحمل، و تكون موطوءه بالعقد الدائم. و لو ولدته تامّا لأقلّ من ستّه أشهر لم يلحق به، و انتفى [عنه] بغير لعان.

قوله: «السبب الثاني: إلخ».

إذا ولدت الزوجه الدائمه ولدا، فإن أمكن كونه منه وجب عليه إلحاقه به، و حرم عليه نفيه، لأن الولد لاحق شرعا بالفراش. و لا فرق بين أن يجد ربه تخيل إليه فسادا (١) أو عدمه، و لا بين أن يشابه لونه و خلقه لون الأب و خلقه أو لون من يتّهمها به و خلقه و عدمه. و قد روى أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَ هُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللهُ مِنْهُ، وَ فَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأُولَى وَ الْآخِرِينَ» (٢). و إن علم انتفائه عنه وجب عليه نفيه، حذرا من لحوق من ليس منه بسكوته.

ثمّ على تقدير علمه بانتفائه عنه، إما أن يعلم ذلك ظاهرا كما يعلمه الزوج، بأن تلده لأقلّ من ستّه أشهر من وقت العقد، أو بطول المسافه بينهما، بأن يتزوَّج المشرقيّ مغربيّه فأنت بولد في وقت لا يمكن نسبه إلى الزوج، فينتفى بغير لعان، أو يحتمل كونه منه مع علمه بعدمه، بأن ولدته على فراشه بعد مضى أقلّ مدّه الحمل من حيث التزويج، و لكن كان لوطئه لها أزيد من أقصى [مدّه] (٣).

ص: ١٨٧

١- (١) في «م» و الحجرّيتين: بفساد.

٢- (٢) مسند الشافعي: ٢٥٨، سنن الدارمي ١٥٣: ٢، سنن أبي داود ٢٧٩: ٢ ح ٢٢٦٣، سنن النسائي ١٧٩: ٦-١٨٠.

٣- (٣) من «ق» و الحجرّيتين.

أما لو اختلفا(١) بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا.

الحمل،فهو لاحق به ظاهراً،لكونها فراشا بحيث يمكن إلحاقه به،و هو يعلم انتفاءه عنه فيجب عليه حينئذ نفيه باللعان.

و بهذا يحصل الفرق بين ولادتها له لدون أقل الحمل و لأزيد من أقصاه، حيث حكم بانتفائه في الأول بغير لعان و سكت عن الآخر،لأنه لا يعلم انتفاءه مطلقاً،بل قد يعلم كما لو غاب عنها مدّة تزيد على ذلك بحيث لا يمكن وصوله إليها عادة،و قد لا يعلم إذا أمكن وطؤه لها.

و في عباراتهم في تأديه الحكم في هذه الصورة قصور.ففي القواعد (١)أطلق انتفاء اللعان في صورتين.و في التحرير (٢)حكم بانتفائه في الأولى كما هنا،و بثبوتها في الثانية،و أطلق.و ليس كذلك،بل الحقّ التفصيل كما ذكرناه.

و في هذا الكتاب سكت عن هذه الصورة في النشر،و يظهر منه في أولها عدم اللعان مطلقاً.

و اعلم أن اشتراط عدم نقصانه عن ستّة أشهر مختصّ بالولد التام،فلو وضعته لدونها غير تامّ اعتبر إمكان إلحاقه به عادة،و يختلف ذلك باختلاف حالاته.و تظهر الفائدة في انقضاء عدّتها بوضعه لو كان قد طلقها ثمّ أتت به في العدّه و لم يلاعن فيها،فإنه يثبت نسبه مع إمكانه و تبين بوضعه.و قد تقدّم في الطلاق (٣)ما يدلّ على وقت الإمكان.

قوله:«أما لو اختلفا.إلخ».

إذا اختلفا في مدّة الحمل بعد الوطء،فقال الزوج:إنها من حين الدخول

ص:١٨٨

١-١) قواعد الأحكام ٢:٩٠.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٦٧.

٣-٣) في ج ٢٥٤:٩-٢٥٦.

و لا يلحق الولد (١) حتى يكون الوطاء ممكنا، و الزوج قادرا. فلو دخل الصبي لدون تسع فولدت لم يلحق به.

و لو كان له عشر فما زاد لحق به، لإمكان البلوغ فى حقه و لو [كان] نادرا.

و لو أنكر الولد لم يلاعن، إذ لا حكم للعانه، و يؤخر اللعان حتى يبلغ و يرشد [و ينكره].

و لو مات قبل البلوغ، أو بعده و لم ينكره، الحق به، و ورثته الزوجه و الولد.

أقل من ستّه أشهر أو أكثر من أقصى الحمل فلا يمكن لحوقه به، و ادعت كونها بين الطرفين و أنه لاحق به، و اشتبه حال الصادق منهما، كان انتسابه إليه ممكنا، و قد ولد على فراشه فلا ينتفى إلا باللعان.

قوله: «و لا يلحق الولد. إلخ».

قد عرفت أن شرط اللعان إمكان لحوق الولد به لو لا اللعان، أما إذا لم يمكن فهو منفي بلا لعان. و لعدم الإمكان صور قد تقدّم (١) بعضها. و منها: أن لا يكون الزوج صالحا للتولّد و إن قدر على الإيلاج، كابن التسع فما دونها. و يظهر من المصنّف و العلامه (٢) و قبلهما الشيخ (٣) أن الإمكان يحصل باستكمال عشر سنين. و ربما قيل بالاكْتفاء بالطعن فيها و لو ساعه واحده. و لا قاطع على شىء منهما.

ص: ١٨٩

١-١) فى ص: ١٨٧-١٨٨.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢:٩٠.

٣-٣) المبسوط ١٨٥:٥.

و لو وطئ الزوج دبرا(١) فحملت لحق به، لإمكان استرسال المنى في الفرج، وإن كان الوطء في غيره.

ثمّ إذا حكمنا بثبوت النسب لحصول الإمكان لا- نحكم بسبب ذلك بالبلوغ، لأن النسب يثبت بالاحتمال، و البلوغ لا يكفي فيه الاحتمال. لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام فله اللعان، لأن ذلك ممّا يرجع إليه فيه، و لا يعلم إلاّ من قبله غالبا.

ثمّ إن مات قبل البلوغ شرعا لحقه الولد، و إن كان قد أنكره صغيرا، و إن بلغ، فإن اعترف به أو لم ينكره ثبت نسبه، و إن أنكره عقيب البلوغ و لاعن انتفى عنه كغيره.

و يفهم من قوله: «أو بعده و لم ينكره» أنه لو أنكره لم يلحق به بمجرّد إنكاره. و ليس ذلك بمراد، لأن دلالة المفهوم ضعيفه، بل المراد من العبارة ما دلّت عليه بمنطوقها، و هو أنه إذا لم ينكره بعد البلوغ يلحق به، و أما حكم ما لو أنكره فمسكوت عنه، و اللازم فيه أن يرجع إلى القواعد المقرّرة سابقا من أنه متى أمكن إلحاقه به لا- ينتفى عنه بدون اللعان، فإنكاره بعد البلوغ أحد جزئى السبب الموجب لنفيه، لإتمامه كما يفهمه مفهوم العبارة. و فائده قوله: «و لم ينكره» أنه لا عبره لإنكاره قبل البلوغ أصلا، و لا يترتب عليه لعان، و إنما يترتب على إنكاره بعده، فمتى لم ينكره بعده فالأمر على حاله، و إن أنكره ترتب عليه باقى الأحكام.

قوله: «و لو وطئ الزوج دبرا. إلخ».

قد تقدّم (١) أن الوطء فى الدبر بمنزله الوطء فى القبل بالنسبه إلى كثير من

ص: ١٩٠

(١-١) راجع ج ٢٢٥: ٨، و ج ٢١٥: ٩.



و لا يلحق ولد(١)الخصيَّ المَجْبُوبِ على ترَدِّد.

و يلحق ولد الخصيَّ أو المَجْبُوبِ. و لا ينتفى ولد أحدهما إلا باللعان، تنزيلا على الاحتمال و إن بعد.

أحكام الوطء، و منها إلحاق الولد، فإنه و إن لم يكن مجرى المنى الطبيعي إلى الرحم، لكن لقربه منه يمكن استرسال المنى في الفرج من غير شعور، و إن كان نادرا. و ظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، و إلا فهو محلّ النظر.

و تحرير موضع الحكم فيه لا يخلو من خفاء، لأن ظاهر التعليل ما إذا وطئ دبرا و أنزل ثم حملت على وجه يمكن تولده من ذلك الوطء، فإنه لا ينتفى عنه إلا باللعان، بل لا يجوز له نفيه أيضا بمجرد ذلك، لإمكان استرسال المنى إلى الفرج. و على هذا فلو وطئ دبرا و لم ينزل لم يلحق به فيما بينه و بين الله تعالى، و وجب عليه نفيه كما لو لم يظأ أصلا.

و لكن يبقى فيه أنهم حكموا بأنه لو وطئ في الفرج و لم ينزل ثم أتت بولد يمكن تولده من ذلك الوطء لحق به. و عللوه بإمكان أن يسبقه منى و لا يشعر به. و مثل هذا يأتي مع الوطء في الدبر، إلا أنه على بعد، لأن الماء المسترسل من غير شعور المنزل يكون قليلا جدّا، لا يمكن عادة استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولد منه، إلا أن إلحاق الوطء في الدبر بالوطء في القبل يقتضى ذلك. و التعليل المذكور مجرد توجيه للإمكان، و ليس هو مستند الحكم. و بالجملة فالاستبعاد في الجميع قائم، و الإمكان مشترك، و إن كانت مراتبه متفاوتة.

قوله: «و لا يلحق ولد. إلخ».

من لم يسلم ذكره و أنثياه، فإما أن يفقدهما جميعا، أو يفقد الذكر دون

الأثنيين، أو بالعكس:

ففى الأول: لا يلحقه الولد فى ظاهر المذهب، و لا يحتاج إلى اللعان، لأنه لا ينزل، و لم تجر العاده بأن يخلق لمثله ولد. و ربما قيل بإلحاقه به، لأن معدن الماء الصّلب، و أنه ينفذ فى ثقبه إلى الظاهر، و هما باقيان.

و فى الثانى: يلحق به قطعاً، لوجود أوعيه المنى و ما فيها من القوه المحيله للدم، و الذكر آله توصل الماء إلى الرحم بواسطه الإيلاج، و قد يفرض وصول الماء بغير إيلاج، كالمساحقه مع عدم وصول الهواء إلى الماء أو مطلقاً.

و فى الثالث: يلحقه أيضاً على ما اختاره الشيخ (1) و المصنّف من غير تردّد، لأن آله الجماع باقيه، و قد يبالغ فى الإيلاج فيلتدّ و ينزل ماء رقيقاً.

و إداره الحكم على الوطاء و هو السبب الظاهر أولى من إدارته على الإنزال الخفى، و لأنه سبب الفراش. و قيل: لا يلحق هنا، لأن التولّد موقوف على تولّد المنى، و محلّه الخصيتان. و هذا هو الغالب، لكن لا ينفى الولد و إن بعد.

و قول المصنّف: «تنزيلاً على الاحتمال و إن بعد» تعليل لهذا القسم، لأنه هو الفرض البعيد المختلف فيه، دون الخصى خاصّه، و إن كان بحثه فيهما معاً، لأن ذلك لا إشكال فيه.

ص: ١٩٢

و إذا كان الزوج (١) حاضرا وقت الولاده، و لم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار، لم يكن له إنكاره بعد ذلك، إلا أن يؤخره [بما جرت العاده به، كالسعى إلى الحاكم. و لو قيل: له إنكاره [بعد ذلك] ما لم يعترف به، كان حسنا.

و لو أمسك عن نفى الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين، لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملا أو ريحا.

قوله: «و إذا كان الزوج. إلخ».

إذا أتت امرأته بولد، فإن أقرّ بنسبه لم يكن له النفي بعد ذلك، لأن للمولود حقا في النسب، فإذا أقرّ [به] (١) فقد التزم تلك الحقوق، و من أقرّ بما يوجب عليه حقا من حقوق الآدميين لم يتمكن من الرجوع عنه.

و إن لم يقّرّ بنسبه و أراد نفيه ففي كونه على الفور أو التراخي قولان:

أحدهما- و هو المشهور-: أن حقّ النفي على الفور، لأنه خيار يثبت لدفع ضرر متحقق فيكون على الفور، كالردّ بالعيب. و لأن الولد إذا كان منفيا عنه و جب إظهار نفيه، حذرا من استلحاق من ليس منه كما مرّ، و قد تعرض بالتأخير عوارض مانعه منه كالموت فجأه، فيفوت التدارك، و تختلط الأنساب، و ذلك ضرر يجب التحرز منه على الفور. و لأنه لو لا اعتبار الفور أدى إلى عدم استقرار الأنساب.

و الثانى- و هو الذى اختاره المصنّف-: أنه لا يشترط وقوعه على الفور، لأصالة عدم الاشتراط. و لوجود المقتضى للعان، و هو نفي الولد، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا السكوت، و هو أعمّ من كونه إقرارا، فلا يدلّ عليه. و لأن أمر النسب

ص: ١٩٣

خطير، و قد ورد (١) الوعيد فى نفى من هو منه و فى استلحاق من ليس منه، و قد يحتاج إلى نظر و تأمل، فوجب أن يكون له مهله فيه. و هذا أقوى (٢).

و ظاهر المصنّف عدم التحديد بمدّه. و عليه، فلا يسقط إلاّ بالاعتراف به أو بالإسقاط.

و إذا قلنا بأنه على الفور، فلو أخره بلا عذر سقط حقّه و لزمه الولد. و إن كان معذورا، بأن لم يجد الحاكم، أو تعذر الوصول إليه، أو بلغه الخبر ليلا فأخر حتى يصبح، أو حضرته الصلاة فقدّمها، أو أحرز ماله أولا، أو كان جائعا أو عاريا فأكل أو لبس أولا، أو كان محبوسا، أو مريضا، أو ممرضا، لم يبطل حقّه. و هل يجب عليه الإشهاد على النفى؟ وجهان. و قد سبق له نظائر كثيرة.

و لو أمكن المريض و الممرّض أن يرسل إلى الحاكم و يعلمه بالحال، أو يستدعى منه أن يبعث إليه نائبا من عنده، فلم يفعل بطل حقّه، لأن مثل هذا متيسّر له. و مثله ملازم غريمه، و من يلازمه 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 الفوريّه اختيارا، و من أن للتأخير غرضا ظاهرا، و هو الانتقام منها بإشهار (٣) خبرها فى بلدها و قومها. و حينئذ فإن لم يمكنه المسير فى الحال - لخوف الطريق و نحوه - فينبغى أن يشهد، و إن أمكنه فليأخذ فى السير، فإن أخر

ص: ١٩٤

١ - ١) مرّ بعضه فى ص: ١٨٧، هامش (٢) و لاحظ الوسائل ١٥: ٢٢١ ب (١٠٧) من أبواب أحكام الأولاد ح ١ و ٢، و سنن ابن ماجه ٢: ٩١٦ ح ٢٧٤٤، ٢٧٤٣.

٢ - ٢) فى «د، م» و إحدى الحجرّيتين: قوّى.

٣ - ٣) فى «و، م»: باشتهار.

بطل حقه. وإن لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان و أراد التأخير إلى بلده و جؤزناه.

و من الأعدار المسؤغه للتأخير على القول بالفوريه ما لو ظهر حمل، فإنه يجوز له أن يؤخر نفيه إلى الوضع، فإن المتوهم حملا قد يكون ريحا فتنفش.

فلو صبر إلى أن انفصل الولد فقال: أخرت إلى أن أتحقّق (١) الحال، فله النفي.

و إن قال: عرفت أنه ولد و لكن أخرت طمعا في أن تجهض فلا أحتاج إلى كشف الأمر و رفع الستر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل حقه، لتأخير النفي مع قدره عليه و معرفه الولد، فصار كما لو سكت عن نفيه بعد انفصاله طمعا في أن يموت.

و الثاني: أن له النفي، لأن مثل هذا عذر واضح في العرف. و لأن الحمل لا يتيقن صرفا، فلا أثر لقوله: عرفت أنه ولد. و هذا لا يخلو من قوه.

و من الأعدار ما لو أخر و قال: إنني لم أعلم أنها ولدت، و كان غائبا، أو حاضرا بحيث يمكن ذلك في حقه، و يختلف ذلك بكونه في محلّه أخرى، أو في محلّتها، أو في دارها، أو في دارين.

و لو قال: أخبرت بالولاده و لكن لم أصدّق المخبر، نظر إن أخبره فاسق أو صبيّ صدّق بيمينه و عذر. و إن أخبره عدلان لم يعذر، لأنهما (٢) مصدّقان شرعا. و إن أخبره عدل، حرّ أو عبد، ذكر أو أنثى، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يصدّق و يعذر، لأنه أخبره من لا يثبت بشهادته الحقّ. و الثاني: أنه لا يصدّق

ص: ١٩٥

١- ١) في «م» و إحدى الحجرّيتين: يتحقّق.

٢- ٢) في «ط، و»: فيأنيهما.

و متى أقرّ بالولد(١) صريحا أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك، مثل أن يبشّر به فيجب بما يتضمّن الرضا، كأن يقال له: بارك الله لك في مولودك، فيقول: آمين، أو [يقول]: إن شاء الله. أما لو قال مجيبا: بارك الله فيك، أو أحسن الله إليك، لم يكن إقرارا.

و يسقط حقّه، لأن روايته مقبولة، و هذا سبيله سبيل الاخبار.

و لو قال: عرفت الولاده و لم أكن أعلم أن لى حقّ النفى، فإن كان ممّن لا يخفى عليه ذلك عادة لم يقبل. و إن أمكن، بأن كان حديث العهد بالإسلام، أو ناشئا في بادية بعيدة عن أهل الشرع، قبل. و إن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام فوجهان، أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه.

قوله: «و متى أقرّ بالولد. إلخ».

قد عرفت أن الإقرار بالولد يوجب الالتزام به، و لا يجوز إنكاره بعده، لأنه حقّ آدمي. ثمّ الإقرار قد يكون صريحا، و هو ظاهر. و قد يكون فحوى، مثل أن يهنأ به و قيل له: بارك الله لك في مولودك، أو: متّعك الله به، أو: بالولد الذى رزقك الله، أو: جعله لك ولدا صالحا، أو: هنّئت به فارسا، فقال: آمين، أو:

استجاب الله دعائك. و لو أجاب بما لا يتضمّن الإقرار، كقوله: بارك الله فيك، أو:

أحسن الله إليك، أو: جزاك الله خيرا، أو: بشرك الله بالخير، أو: أسمعك ما يسرّك، أو: رزقك مثله، لم يبطل حقّه من النفى، لأنه لا يتضمّن الإقرار، بل الظاهر أنه قصد مكافاه الدعاء بالدعاء، خصوصا الجواب الأخير، و قال بعض العامّة [١]: هو إقرار كالسابق. و ضعفه ظاهر.

و إذا طلق (١) الرجل و أنكر الدخول، فادّعت و ادّعت أنها حامل منه، فإن أقامت بينه أنه أرخى سترا لاعنها، و حرمت عليه، و كان عليه المهر. و إن لم تقم بينه كان عليه نصف المهر، و لا لعان، و عليها [الحدّ] مائه سوط.

و قيل: لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول، و هو الوطء، و لا يكفي إرخاء الستر، و لا يتوجّه عليه الحدّ، لأنه لم يقذف، و لا أنكر ولدا يلزمه الإقرار به. و لعلّ هذا أشبه.

قوله: «و إذا طلق. إلخ».

القول الأول للشيخ في النهاية (١). و مستنده صحيحه عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام قال: «سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنها حامل، قال: إن أقامت البينة على أنه أرخى سترا ثم أنكر الولد لاعنها ثم بانّت منه، و عليه المهر كمالاً» (٢). فقد دلّت هذه الرواية على أنه بتقدير إقامه البينة بإرخاء الستر يلزم (٣) ثلاثة أشياء: اللعان، و التحريم، و وجوب المهر، عملاً بظاهر حال الصحيح عند الخلوه بالحليله و عدم المانع من الوطء، فيثبت المهر و اللعان، و يترتب عليه التحريم.

و على تقدير عدم إرخاء الستر أثبت الشيخ ثلاثه أحكام: وجوب نصف المهر، و نفي اللعان، و هما لازمان لعدم الدخول، و وجوب الحدّ عليها كمالاً.

ص: ١٩٧

١ - ١) النهاية: ٥٢٣.

٢ - ٢) الكافي ١٦٥: ٦ ذيل ح ١٢، التهذيب ١٩٣: ٨ ح ٦٧٧، الوسائل ١٥: ٥٩٠ ب «٢» من أبواب اللعان ح ١.

٣ - ٣) في «د، م»: يلزمه.

و لو قذف امرأته،(١) و نفى الولد، و أقام بينه، سقط الحدّ، و لم ينتف الولد إلاّ باللعان.

و هذا لا يظهر من الروايه. قال المصنّف (١): و لم نظفر بمستنده. و لو علل باعترافها بالوطء و الحمل، و عدم ثبوت السبب المحلّل الذى ادّعته، فهذا لا- يستلزم كونه عن زنا، لأنه أعمّ، و لا يلزم من انتفاء السبب الخاصّ المحلّل انتفاء غيره من الأسباب و إن لم تدّعه.

و القول الثانى لابن إدريس (٢)، و اختاره المصنّف و العلامه (٣). و وجهه: أن فائده اللعان من الزوج إما نفى ولد يحكم بلحوقه شرعا، و هو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشا، و لم يحصل، و إما لنفى حدّ القذف عنه و لم يقذف، و إما لإثبات حدّ على المرأه، و هو هنا منتف بالشبهه. و يلزمه ثبوت نصف المهر خاصّه، لما تقدّم (٤) من أن الخلوه لا- توجب المهر كمالا- و هذا متوجّه، إلاّ أن الروايه صحيحه، فردّها مطلقا مشكل.

قوله: «و لو قذف امرأته. إلخ».

إذا قذف امرأته بالزنا و نفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين للّعان، فيثبت عليه الحدّ للقذف، و له إسقاطه باللعان، و أما الولد فلا ينتفى بدونه، لأن زنا الزوجه لا ينفى الولد عن الفراش. فإن لاعن لهما سقط الحدّ و انتفى الولد.

و إن لاعن لأحدهما خاصّه ترتّب عليه حكمه و بقى الآخر. فإن أقام بينه بزناها سقط عنه حدّ القذف، لسقوط إحصانها، و يعزّر للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشه.

ص: ١٩٨

١-١) النهايه و نكتها ٢:٤٥٦.

٢-٢) السرائر ٢:٧٠٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢:٩١.

٤-٤) فى ج ٨:٢٢٥.



و لو طَلَّقها بائنا،(١)فأنت بولد يلحق به فى الظاهر،لم ينتف إلا باللعان.

و لو تزوّجت[المطلّقه]و أتت بولد لدون سته أشهر من دخول الثانى،و لتسعه أشهر فما دون من فراق الأول،لم ينتف عنه إلا باللعان.

و هل له إسقاطه باللعان؟فيه وجهان:

أحدهما:أنه يلاعن دفعا للعقوبه،و لقطع النكاح،و دفع العار.

و الثانى:المنع،و هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط (١)،لأن اللعان لإظهار الصدق و إثبات الزنا،و الصدق ظاهر،و الزنا ثابت،فلا معنى للعان.

و أيضا فإن التعزير هنا للسبّ و الإيذاء،فأشبهه قذف الصغيره التى لا توطأ مثلها.

و مثله ما لو ثبت زناها باعترافها.و الأجدود هنا عدم اللعان،فيعزّر و يلاعن لنفى الولد.

قوله:«و لو طَلَّقها بائنا.إلخ».

قد تقدّم فى أحكام(٢)الأولاد أن ولد المطلّقه يلحق بالمطلّقة متى أمكن كونه منه،لكونها فراشا له و إن زال،إلا أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه به.

فإذا ولدته لأقصى الحمل فما دون من وطء المطّاق،و لم يكن تزوّجت،أو تزوّجت و لم يمض لها أقلّ الحمل من وطء الثانى،الحق بالأول،و لم ينتف عنه إلا- باللعان،كما لو نفاه فى صلب النكاح.و لا يقدر فيه زوال الزوجيه،إذ لا طريق إلى نفى الولد اللاحق به ظاهرا بدونه،بخلاف ما لو قذفها بعد البينونه، فإنه يحدد و لا لعان،عملا بظاهر قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ (٣)

ص:١٩٩

١-١) المبسوط ١٩٢:٥.

٢-٢) فى ج ٣٨١:٨.

٣-٣) النور:٦.

الركن الثاني: في الملاعن (١) و يعتبر كونه: بالغا، عاقلا.

و في لعان الكافر روايتان، أشهرهما أنه يصحّ. و كذا القول في المملوك.

و هي الآن ليست زوجته. و لبعض العامه [١] أقول بنفى اللعان في الحاليين، لانتفاء الزوجيه التي هي مناط اللعان. و له وجه.

قوله: «في الملاعن. إلخ».

لا- إشكال في اعتبار بلوغ الملاعن و عقله، لأن عبارته الطفل و المجنون مسلوبه الاعتبار شرعا، لرفع القلم عنهما. و لأن اللعان إما شهادات أو أيمان، و الطفل و المجنون ليسا من أهل الشهاده و لا اليمين، و لا يقتضى قذفهما اللعان بعد البلوغ و الإفاقة. نعم، يعزّر المميّز على القذف.

و أما اشتراط الإسلام فنفاه الأ-كثر، و جوزوا لعان الكافر، لعموم آيات (١) اللعان، و أصاله عدم الاشتراط. و خالف في ذلك ابن الجنيّد (٢)، فشرط إسلام المتلاعنين معا، نظرا إلى أنه شهادات، و الكافر ليس من أهلها.

و يضعّف بمنع كونه شهادات محضه، بل هو إلى الأيمان أقرب. و سيأتي (٣) تحقيقه.

و أما قول المصنّف: إن في لعان الكافر روايتين بالجواز و المنع، فلم نقف عليهما بالخصوص. و ربما حمله بعضهم على أن الروايتين في لعان الكافر مطلقا

ص: ٢٠٠

١- (٢) النور: ٩-٦.

٢- (٣) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٦٠٥.

٣- (٤) في ص: ٢٣٨.

الشامل للرجل و المرأة، فإن الروايات (١)المختلفة إنما وردت في لعان الكافره.

و فيه: أن البحث هنا في الملاعن دون الملاعنه، و سيأتى (٢)البحث فيها بخصوصها و فى شرائطها. و يمكن أن تجعل الأخبار الدالّه على صحّه لعان الكافره و عدمه دالّا على مثله فى الزوج الكافر، من حيث إن وجه المنع كونه شهاده و هى مشتركه بينهما. و يتصوّر لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين فترافعا إلينا. و يمكن فرض الزوجه مسلمه و الزوج كافرا فيما إذا أسلمت و أتت بولد يلحقه شرعا، فأنكره.

و قوله: «و كذا المملوك» يظهر منه أن فى لعانه روايتين، و أن الأشهر الصحّه. و ليس كذلك، بل فيه روايات بالصحّه، كصححه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنه سئل عن عبد قذف امرأته، قال: يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار» (٣). و حسنه جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن الحرّ بينه و بين المملوكه لعان، فقال: نعم، و بين المملوك و الحرّه، و بين العبد و بين الأمه، و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه» (٤). و ليس فيه روايه بالمنع، و لا به قائل معلوم، و ابن الجنيد (٥)المانع من لعان الكافر صرّح بعدم اشتراط الحرّيه فيهما. و الأولى أن يريد بقوله: «و كذا القول فى المملوك» مجرد

ص: ٢٠١

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٥٩٦ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١١، ٦، ٤، ٢- ١٥.

٢- ٢) فى ص: ٢٠٨ و ٢١٦.

٣- ٣) الكافى ٦: ١٦٥ ح ١٤، التهذيب ٨: ١٨٨ ح ٦٥١، الاستبصار ٣: ٣٧٣ ح ١٣٣٠، الوسائل ١٥: ٥٩٦ ب «٥» من أبواب اللعان ح ٣.

٤- ٤) الكافى ٦: ١٦٤ ح ٧، التهذيب ٨: ١٨٨ ح ٦٥٢، الاستبصار ٣: ٣٧٣ ح ١٣٣١، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٥- ٥) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٦٠٥.

و يصح لعان الأخرس (١) إذا كان له إشاره معقوله، كما يصح طلاقه و إقراره. و ربما توقّف شاذّ منّا، نظرا إلى تعذّر العلم بالإشاره. و هو ضعيف، إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل.

و لا يصحّ اللعان مع عدم النطق و عدم الإشاره المعقوله.

تشبيه الحكم بالصّحّه من دون أن يشير إلى الخلاف.

قوله: «و يصحّ لعان الأخرس. إلخ».

الأخرس إن لم يكن له إشاره مفهومه و لا كتابه لم يصحّ قذفه و لا لعانه و لا سائر تصرّفاتّه اتّفاقا، لتعذّر الوقوف على ما يريد.

و إن كان له إشاره فالمشهور صحّه قذفه و لعانه، كما يصحّ بيعه و نكاحه و طلاقه و غيرها، بل أولى، لأن اللعان ممّا تدعو إليه الضروره، و ليس كالشهادات حيث لا تقبل من الأخرس عند بعضهم (١)، لأن المغلّب في اللعان معنى الأيمان دون الشهادات. و أيضا فإن الشهاده يقوم بها الناطقون فلا ضروره إلى أن يتحمّلها الأخرس، و اللعان مختصّ بالأزواج، فإذا كان الزوج أخرس لم يكن بدّ من تصحيحه منه ليتأدّى به هذا الغرض المطلوب، بل الواجب على بعض الوجوه.

و على ما سيأتى (٢) من مذهب أصحابنا من قبول شهاده الأخرس فلا إشكال.

و استدللّ عليه الشيخ (٣) بعموم الآيه و إجماع الفرقه و أخبارهم.

و خالف في ذلك ابن إدريس فقال: «لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصحّ لعانه، لأن أحدا من أصحابنا غير من ذكرنا- و عنى به الشيخ في

ص: ٢٠٢

١- (١) الحاوى الكبير ٤٣: ١٧-٤٤، حليه العلماء ٨: ٢٤٦، روضه الطالبين ٨: ٢١٩.

٢- (٢) في المسأله الثالثه من الطرف الثانى من كتاب الشهادات.

٣- (٣) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٢٨١، مسأله (٨).

المبسوط (١) و الخلاف (٢) حيث أجازته -لم يوردها في كتابه، ولا- وقفت على خبر بذلك، ولا إجماع عليه، والقائل بهذا غير معلوم، والتمسك بالآية بعيد، لأنه لا خلاف أنه غير قاذف ولا رام على الحقيقة، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر، والأصل براءة الذمه، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي. وأيضا لو رجع عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحد، والرسول عليه السلام قال: «ادروا الحدود بالشبهات» (٣) ومن المعلوم أن في إيمائه وإشارته بالقذف شبهه هل أراد به القذف أو غيره؟ وهو غير معلوم يقينا بلا- خلاف». ثم قال: «فإن قلنا يصح منه اللعان كان قويا معتمدا، لأنه يصح منه الإقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام» (٤).

وهذا الكلام يدل على اضطرابه في الفتوى وتردده فيها، ومن ثم قال المصنف -رحمه الله-: «و ربما توقّف فيه شاذّ منا. إلخ». وأشار المصنف إلى جوابه بأن إشارته مقبولة فيما هو أقوى من اللعان -كالإقرار بالقتل وغيره- إجماعا، فليكن في اللعان كذلك. والمفروض أن إشارته مفهومة للمطلوب، وإلا -لسلمنا عدم صحته. وحينئذ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته في القذف والشهادة خلاف الفرض. ودعوى الاتفاق على أنه غير قاذف ولا رام فاسده، إذ القذف مرجعه إلى الرمي، فإن معناه لغه الرمي، وهو غير مختص بلفظ، بل بما دلّ على الرمي بالزنا في معرض التعبير.

ص: ٢٠٣

١-١) المبسوط ١٨٧: ٥.

٢-٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢٨١: ٢، مسأله (٨).

٣-٣) الفقيه ٥٣: ٤ ح ١٩٠، الوسائل ٣٣٦: ١٨ ب (٢٤) من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.

٤-٤) السرائر ٧٠١: ٢-٧٠٢.

نعم، يمكن أن يفرّق بين الإقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس وبين اللعان، من حيث إنه يتعيّن فيه تأديّه بلفظ الشهاده و اللعن و الغضب، و الإشارات لا- ترشد إلى تفصيل الصيغ و إن أدت معناها، و إنما يتوجّه أن يصحّ منه ما لا يختصّ بصيغه، فلا يمنع (١) إقامه الإشاره منه مقام العبارة المؤدّيه له، دون ما يختصّ. و ما يظهر من اختصاص النكاح و البيع و نحوهما من العقود اللازمه بصيغ خاصّه فليس المقصود منها إلاّ ما دلّ على المطلوب صريحا، إذ لا نصّ على الاختصاص، فإذا أفادت إشاره الأخرس ذلك كفت.

و يمكن الجواب بأنه قد علم من الشارع (٢) الاكتفاء بإشارته فيما علم منه إرادته صيغه خاصّه، كتكبيره الإحرام فى الصلاه و قراءه الفاتحه و نحوهما من الأذكار المتعيّنه، فليمكن هنا كذلك. إلاّ أن الفرق بين الأمرين لائح. و بالجملة، فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب، و إن كان الشكّ فيه منقدا.

و اعلم أنه كما يمكن وقوع القذف و اللعان معا من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحا ثمّ يعرض له الخرس قبل اللعان، و معه يزول الإشكال الذى عرض لابن إدريس من عدم تحقّق القذف و الرمى منه، و يبقى الكلام فى اللعان خاصّه، و هو منحصر فى الشهاده أو اليمين، و كلاهما يقع من الأخرس.

و لو كان يحسن الكتابه فهى من جمله إشاراته، بل ربما كانت أوضح، فإذا لاعن بالكتابه و أشار بما يدلّ على قصدها (٣) كان أكمل. و ليكتب حينئذ كلمه

ص: ٢٠٤

١- ١) فى «ق، ط»: يمتنع.

٢- ٢) راجع الكافى ٣: ٣١٥ ح ١٧، التهذيب ٥: ٩٣ ح ٣٠٥، الوسائل ٤: ٨٠١ ب «٥٩» من أبواب القراءه فى الصلاه.

٣- ٣) فى «م»: قصده.

و لو نفى ولد المجنونه (١) لم ينتف إلا باللعان. و لو أفاقت فلاعنت صحّ، و إلا كان النسب ثابتا و الزوجيه [باقيه].

و لو أنكر (٢) ولد الشبهه انتفى عنه، و لم يثبت اللعان.

الشهاده و كلمه اللعن و الغضب، و يشير إليها أربع مرّات، و لا يكلف أن يكتب أربع مرّات. و لو قذف و لا عن بالإشاره ثم عاد نطقه و قال: لم أراد اللعان بإشارتي، قبل قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب و يلزمه الحدّ، و لا يقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقه و لا التحريم المؤيّد. و له أن يلاعن فى الحال لإسقاط الحدّ و لنفى النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حدّ (١) النفى، و لو قال: لم أرد القذف أصلا، لم يقبل قوله، لأن إشارته أثبتت حقّا لغيره.

قوله: «و لو نفى ولد المجنونه. إلخ».

لما كان حكم الولد أن يلحق بالفراش بالنصّ (٢) و الإجماع إلى أن يدلّ دليل على انتفائه عنه، لم يفرّق فى ذلك بين ولد العاقله و المجنونه، لا شتراكهما فى المقتضى للإلحاق. و لما كان اللعان مشروطا بكمال الملاعن انتظر زوال المانع من جهتها، فإن أفاقت لاعنته، و إلا فلا سبيل إلى نفيه. و كذا لو عرض له الجنون بعد نفيه و قبل اللعان.

قوله: «و لو أنكر. إلخ».

الموطوءه بالشبهه لا تصير فراشا للواطئ بحيث يلحق به الولد بمجرّده، بل يتوقّف لحوقه على اعترافه به، أو اعترافه بأنه لم يطأها- فى ذلك الوقت الذى

ص: ٢٠٥

١- ١) فى إحدى الحجريتين و نسخه بدل الثانية: حقّ.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد و الإمام، و ج ١٥: ٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان ح ٣.

و إذا عرف (١) انتفاء الحمل، لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها، وجب إنكار الولد و اللعان لئلا يلتحق بنسبه من ليس منه.

و لا يجوز إنكار الولد للشبهه، و لا للظن، و لا لمخالفه صفات الولد صفات الواطئ.

يمكن إلحاق الولد به فيه-غيره، لأن ذلك يستلزم كونه منه أيضا، و هو في قوه الاعتراف به فيلحق به، و إلا فلا.

قوله: «و إذا عرف. إلخ».

اختلال شروط إلحاق الولد قد يظهر للزوج و غيره، بأن ولدته بعد تزويجه بها كاملا لأقل من ستّه أشهر، فينتفى عنه حينئذ و إن لم ينهه، و لا يفتقر إلى اللعان.

و قد يظهر للزوج خاصه، كما لو ولدته لستّه أشهر فصاعدا من حين التزويج و خلوته بها، و لكنّه لم يدخل بها فيما بينه و بين الله تعالى في وقت يمكن إلحاقه به. و في هذا القسم يحكم بلحوقه به ظاهرا، و لا- ينتفى عنه إلا- باللعان، لأنها فراش و الولد لاحق بالفراش. و يجب عليه في هذا القسم نفيه، و لعانها لأجل ذلك، حذرا من أن يلحق بنسبه من ليس منه، و يترتب عليه حكم الولد في الميراث و النكاح و نظر محارمه و غير ذلك من المحذورات التي لا ترتفع إلا بنفيه.

و ربما قيل [١] بعدم وجوب نفيه، و إنما يحرم التصريح باستلحاقه كذبا دون السكوت عن النفي، و ذلك لأن في اقتحام اللعان شهره و فضيحه يصعب احتمالها



على ذوى المروءات، فيبعد إيجابه.

ولا- فرق بين أن يتيقن مع ذلك أنها زنت و عدمه، بأن جوّز كونه من زوج آخر قبله أو وطء شبهه، وإن حرم قذفها في الثاني، لأن الغرض نفي الولد و رفع استلحاقه به، سواء كان لاحقاً بغيره في نفس الأمر أم لا.

و لو اجتمعت شروط الإلحاق، بأن ولدته في المدّة التي بين أقلّ الحمل و أكثره من حين وطئه، لحق به ظاهراً، و حرم عليه نفيه و إن استراب به، بل و إن حَقّق زناها، أو جاء الولد مخالفاً له في الخلق و الخلق، بل مشابهاً لمن اتّهمها به، أو حَقّق زناه بها، لأن الولد شرعاً لاحق بالفراش، و العرق نزاع، و قد روى أن رجلاً قال للنبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إن امرأتى ولدت غلاماً أسود، فقال:

هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما لونها؟ قال: حمر، قال: هل فيها أورك [١]؟ قال: نعم، قال: أنى ترى ذلك؟ قال: نزع عرق، قال: ففعل هذا نزع عرق» (١).

و روى عبد الله بن سنان، عن بعض أصحابنا، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أتى رجل من الأنصار رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: هذه ابنة عمى و امرأتى لا- أعلم إلا- خيراً، و قد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد ققط أفسس الأنف، لا أعرف شبهه في أخوالي و لا في أجدادي، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا و الّذى بعثك بالحقّ نبياً ما أقعدت مقعده منى منذ ملكنى أحداً غيره، قال: فنكس رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رأسه ملياً ثمّ رفع بصره إلى السماء ثمّ أقبل على الرجل فقال: يا هذا إنه ليس من أحد إلا بينه و بين آدم تسعه و تسعون عرقاً تضرب في النسب، فإذا وقعت النطفه

ص: ٢٠٧

الركن الثالث: في الملاعنه (١) و يعتبر فيها: البلوغ، و كمال العقل، و السلامه من الصمم و الخرس.

اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه بها، فهذا من تلك العروق التي لم تدركها أجدادك، خذى إليك ابنك، فقالت المرأة، فرجت عنى يا رسول الله» (١).

قوله: «في الملاعنه. إلخ».

مقتضى العبارة أن السلامه منهما معا شرط فى صحه لعانها مطلقا، فلو كانت متصفا بأحدهما خاصه صح لعانها، لأن الشرط - و هو السلامه منهما - حاصل. و قد تقدم (٢) فى باب التحريم من النكاح أن أحدهما كاف فى تحريمها مع القذف، ففى الفتوى اختلاف فى الموضوعين، مع إمكان تكلف الجمع بينهما بحمل هذه على تلك. و قد تقدم (٣) المختار فى ذلك ثم.

و مقتضى هذه العبارة أيضا أنه لا يصح لعانها للقذف و لا لنفى الولد، لأنه جعل السلامه منهما معا شرطا فى صحه لعانها مطلقا الشامل لذلك، و فيما تقدم (٤) جعل قذفها موجبا لتحريمها بغير لعان، فنفى الولد غير داخل فيه، لأن للعان سببين - كما تقدم (٥) - القذف و نفى الولد، و أحدهما غير الآخر، و قد يجتمعان كما لو قذفها بالزنا و نفى ولدها، و قد ينفرد كل منهما عن الآخر، بأن يقذفها بالزنا و يعترف بولدها، أو ينفى ولدها و يرئها من الزنا، بأن جعله ولد شبهه أو نكاح صحيح سابق حيث يمكن.

ص: ٢٠٨

١ - ١) الكافى ٥: ٥٦١ ح ٢٣، الوسائل ١٥: ٢١٨ ب «١٠٥» من أبواب أحكام الأولاد ح ١، و فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين: و تسعين، و التصحيح على المصدرين.

٢ - ٢) فى ج ٧: ٣٥٦.

٣ - ٣) فى ج ٧: ٣٥٦.

٤ - ٤) فى ج ٧: ٣٥٦.

٥ - ٥) فى ص: ١٧٧ و ١٨٧.

و الموجود فى النصوص تحريمها بالقذف بدون اللعان، و أنه يحدّ للقذف، ففى صحيحه أبى بصير قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هى خرساء أو صمّاء لا تسمع، فقال: إن كان لها بينه تشهد لها عند الإمام جلده الحدّ، و فرّق بينهما، ثمّ لا تحلّ له أبداً، و إن لم يكن لها بينه فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه» (١).

و الوجه اختصاص الحكم بالقذف، و قوفا فيما خالف الأصل على محلّ الوفاق، و لعموم الآيه (٢) الشامل للزوجه مطلقاً، خرج منه المقذوفه فيبقى الباقي.

و لأنه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه، لو نفاه فحرمت عليه بدون لعان، إن انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجه الملحق به ظاهراً بمجرد النفي، و هو باطل إجماعاً، و إن لم ينتف عنه و لم يجعل له طريق إليه لزم الحرج (٣) و الضرر به المنفيان (٤) شرعاً.

نعم، فى روايه إسماعيل بن أبى زياد السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام أن عليّاً عليه السلام قال: «ليس بين خمس من النساء و أزواجهنّ ملاءمه، و عدّ منها الخرساء» و قال: «إنّما اللعان باللسان» (٥). و هى تقتضى نفي اللعان للأمرين.

ص: ٢٠٩

١- (١) الكافى ٦: ١٦٦ ح ١٨، الفقيه ٤: ٣٦ ح ١١٢، التهذيب ٧: ٣١٠ ح ١٢٨٨، الوسائل ١٥: ٦٠٣ ب «٨» من أبواب اللعان ح ٢، و فيما عدا التهذيب: خرساء صمّاء.

٢- (٢) النور: ٦.

٣- (٣) الحجّ ٧٨، و انظر الكافى ٥: ٢٩٢ ح ٢، الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٦٤٨، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٥١، الوسائل ١٧: ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣.

٤- (٤) فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجرّيتين: المنفيين، و الصحيح ما أثبتناه.

٥- (٥) التهذيب ٨: ١٩٧ ح ٦٩٣، الاستبصار ٣: ٣٧٥ ح ١٣٣٨، الوسائل ١٥: ٥٩٨ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١٢.

لكنها قاصره عن إفاده المطلوب، لضعف سندها، فلا تقاوم ما ثبت بعموم الآيه (١) و الروايه (٢) بل الإجماع، و إنما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محلّ الوفاق. و أيضا فإنه أوماً إلى العلّه بكون اللّعان إنما يكون باللسان المقتضيه لنفى لعان الأخرس بالإشاره، و قد تقدّم (٣) ما يدلّ على خلافه.

و حينئذ فيلاعنها لنفيه بالإشاره كما مرّ. و يحدّد للقذف إن لم يقدّم عليها البيّنه، و تحرم بغير لعان. و إن أقام بيّنه سقط الحدّ، و حرمت أيضا، كما دلّت عليه الروايه (٤) السابقه. و ربما قيل بأنها لا تحرم حينئذ، لعدم قذفها بما يوجب اللّعان، و يثبت عليها الحدّ بالبيّنه، و لا ينتفى عنها بلعانها. و الروايه تنافى ذلك، و هي معتبره الإسناد، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر. و عباره الأصحاب في باب (٥) التحريم مصرّحه باشتراط قذفها بما يوجب اللّعان لو لا الآفه المذكوره، فيخرج منها ما لو أقام البيّنه و ما لو لم يدع المشاهده، و إطلاق هذه الروايه و غيرها (٦) يتناول الجميع. و الأولى الرجوع في كلّ موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العامّ.

ص: ٢١٠

١- (١) النور: ٦.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٥:٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان.

٣- (٣) في ص: ٢٠٢.

٤- (٤) في الصفحه السابقه، هامش (١).

٥- (٥) انظر المهذّب ٢:٣٠٨، الجامع للشرائع: ٤٢٨، قواعد الأحكام ٢:١٥، اللمعه الدمشقيّه: ١١٣.

٦- (٦) لاحظ الوسائل ١٥:٦٠٢ ب «٨» من أبواب اللعان.

و أن تكون منكوحه(١)بالعقد الدائم.

قوله:«و أن تكون منكوحه.إلخ».

اشترط دوام العقد فى صحّحه اللّعان بالنسبه إلى نفى الولد موضع وفاق، و لأن ولد المتمتع بها ينتفى بغير لعان اتّفاقا.

و أما اشتراطه مع القذف فهو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه أكثر المتقدّمين و جميع المتأخّرين، حتى لم ينقل المصنّف هنا فيه خلافا، و كذلك العلّامه، و قد سبق (١)نقله الخلاف فى النكاح المنقطع.

و حجّجه المشهور صحيحه عبد الله بن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها» (٢).و صحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال:«لا يلاعن الحرّ الأمه و لا الذمّيه و لا التى يتمتع بها» (٣).و مثله روايه (٤)علّى بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام.

و قال المفيد (٥)و المرتضى (٦):يقع بها، لعموم الآيه (٧).و لا ينافيه ورودها فى الدائم، لأن خصوص السبب لا يخصّص العامّ.

ص:٢١١

١-١) فى ج ٤٦٢:٧-٤٦٣.

٢-٢) الكافى ١٦٦:٦ ح ١٧، التهذيب ١٨٩:٨ ح ٦٥٩، الوسائل ٦٠٥:١٥ ب «١٠» من أبواب اللعان ح ١.

٣-٣) الفقيه ٣٤٧:٣ ح ١٦٦٧، التهذيب ١٨٨:٨ ح ٦٥٣، الاستبصار ٣٧٣:٣ ح ١٣٣٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٤-٤) التهذيب ٤٧٦:٧ ح ١٩١٢، الاستبصار ٣٧٤:٣ ح ١٣٣٧، الوسائل ٥٩٨:١٥ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١١، و يلاحظ أن موردها اليهوديّة و النصرانيه و الأمه.

٥-٥) حكاه عن غريّه المفيد فى جامع المقاصد ٣٥:١٣، و راجع أيضا خلاصه الإيجاز:٣٧ضمن مصنّفات الشيخ المفيد المجلّد السادس.

٦-٦) الانتصار:١١٥.

٧-٧) النور:٦.

و فى اعتبار الدخول (١) بها خلاف، المروى أنه لا لعان [قبله]. و فى قول بالجواز. و قال ثالث بثبوتة بالقذف دون نفى الولد.

و أجب بأن عمومها مخصوص بالرواية الصحيحة، بناء على أن خبر الواحد يخصّص الكتاب. و تحقيق المقدمات فى الأصول. و قد تقدّم (١) البحث فى هذه المسألة فى النكاح [١].

قوله: «و فى اعتبار الدخول.. إلخ».

الكلام فى هذا الشرط كالذى قبله، فإن الولد قبل الدخول لا يتوقّف نفيه على اللعان إجماعاً، بل هو منتف عنه، لعدم وجود شرائط الإلحاق، فلا إشكال فى انتفاء لعانها بهذا السبب.

و أما لعانها بالقذف فقد اختلفوا فى اشتراط الدخول فيه و عدمه، فذهب الشيخ (٢) و أتباعه (٣) و ابن الجنيّد (٤) إلى اشتراط الدخول، لرواية أبى بصير عن الصادق عليه السلام قال: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، و لا يكون لعان إلا بنفى الولد» (٥). و لرواية أخرى عنه عليه السلام «لا يقع اللعان حتى يدخل

ص: ٢١٢

١- (١) فى ج ٧: ٤٦٢-٤٦٣.

٢- (٣) النهاية: ٥٢٢.

٣- (٤) راجع المذهب ٢: ٣٠٩، الوسيلة: ٣٣٦، الغنية (ضمن سلسلة الينابيع الفقهية) ٢٠: ٢٥٣.

٤- (٥) حكاة عنه العلامة فى المختلف: ٦٠٦.

٥- (٦) الفقيه ٣: ٣٤٦ ح ١٦٦٣، التهذيب ٨: ١٨٥ ح ٦٤٦، الاستبصار ٣: ٣٧١ ح ١٣٢٤، الوسائل ١٥: ٦٠٤ ب «٩» من أبواب اللعان ح ٢.

الرجل بأهله» (١). ورواه محمد بن مصادف قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاعنا حتى يدخل بها، يضرب حدًا و هي امرأته، و يكون قاذفًا» (٢). و في طريق الروايتين ضعف.

و ذهب ابن إدريس (٣) إلى عدم اشتراطه، لعموم الآية (٤)، و هو حسن، إلا أنه جعل التفصيل باشتراطه بالدخول لنفى الولد و عدمه للقذف جامعاً بين الأدلة و الأقوال، بمعنى حمل ما دلّ على اشتراط الدخول على ما إذا كان لنفى الولد و الآخر على القذف. و ليس كذلك، لأن الروايات التي استدلت بها مشترط الدخول بعضها صريح في أنه بسبب القذف لا نفي الولد، و الأقوال تابعه للأدلة.

و يظهر من المصنّف و غيره أن من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان بالسببين، لأنه جعل التفصيل قولاً ثالثاً. و قائله غير معروف (٥)، و هو غير موجه، لما عرفت من أن الدخول شرط لحقوق الولد، فلا يتوقف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه. و الحقّ رجوع الخلاف إلى قولين: الاشتراط

ص: ٢١٣

١- (١) الكافي ١: ١٦٢ ح ١، التهذيب ٨: ١٩٢ ح ٨، الوسائل ١٥: ٥٩٠ ب «٢» من أبواب اللعان ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٨: ١٩٧ ح ٨، الوسائل ١٥: ٥٩٢ ب «٢» من أبواب اللعان ح ٨، و فيهما: محمد بن مضارب.

٣- (٣) السرائر ٢: ٦٩٨.

٤- (٤) النور: ٦.

٥- (٥) في «م» و الحجريّتين: معلوم.

و يثبت اللعان (١) بين الحرّ و المملوكه. و فيه روايه بالمنع. و قال ثالث:

بثبوتة بنفى الولد دون القذف.

فيهما، و التفصيل [كما مرّ] (١).

قوله: «و يثبت اللعان. إلخ».

الزوجان إما أن يكونا حرّين، أو مملوكين، أو الزوجه حرّه و الزوج عبدا، أو بالعكس. و الثلاثة الأول لا خلاف في ثبوت اللعان بينهما فيها. و إنما الخلاف في الرابع، فجوّزه الأكثر، كالشيخ (٢) و أتباعه (٣) و المصنّف و تلميذه العلامة (٤) و المتأخّرين (٥)، و منعه المفيد (٦) و سألار (٧)، و التفصيل بصحّته في نفي الولد دون القذف لابن إدريس (٨).

حجّه الأولين: عموم الآيه (٩)، و خصوص الروايه، كحسنه جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام أنه سأل هل يكون بين الحرّ و المملوكه لعان؟ فقال:

«نعم، و بين المملوك و الحرّه، و بين العبد و الأمه، و بين المسلم و اليهوديّة و النصرانيّه» (١٠).

ص: ٢١٤

١-١ (١) من «د، م» و الحجريّتين.

٢-٢ (٢) الخلاف ٢ (طبعه كوشانپور): ٢٧٨ مسأله (٢)، المبسوط ١٨٢: ٥، النهايه: ٥٢٣.

٣-٣ (٣) راجع الكافي في الفقيه: ٣٠٩.

٤-٤ (٤) المختلف: ٦٠٥-٦٠٦.

٥-٥ (٥) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٩، غايه المراد: ٢٣٠-٢٣١، اللمعه الدمشقيّه: ١٣١.

٦-٦ (٦) المقنعه: ٥٤٢.

٧-٧ (٧) المراسم: ١٦٤.

٨-٨ (٨) السرائر ٦٩٧: ٢.

٩-٩ (٩) النور: ٦.

١٠-١٠ (١٠) الكافي ١٦٤: ٦ ح ٧، التهذيب ١٨٨: ٨ ح ٦٥٢، الاستبصار ٣٧٣: ٣ ح ١٣٣١، الوسائل ٥٩٦: ١٥ ب «٥» من أبواب اللعان ح ٢.



و حَجَّه المانع عموم قوله تعالى وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ (١) و المملوكه ليست من أهل الشهاده. و خصوص صحيحه ابن سنان أن الصادق عليه السلام قال: «لا يلاعن الحرّ الأمه و لا الذميه» (٢).

و جوابه: منع كونه شهاده، بل هو يمين كما سيأتى (٣). و لو سلمّ لزم اشتراط حرّيتهما معا و لا قائل به، و إنما الخلاف فى المملوكه إذا كان زوجها حرّاً. و قد تقدّم (٤) البحث فى ذلك.

و نمنع من صحّحه الروايه، فإن ابن سنان مشترك بين عبد الله و محمد، و الأول ثقّه و الثانى ضعيف، و ليس فى الروايه ما يدلّ على أنه الثقّه. و إطلاق جماعه (٥) الحكم بصحّتها نظرا إلى ثقّه من عدا ابن سنان فهى صحّحه إضافيه كما قرناه مرارا، و قد يغفل عنه من لا يتفطن للأصول فتزلّ قدمه.

و الصدوق حملها على الأمه الموطوءه بملك اليمين. قال: «لأن محمد بن مسلم روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه سأله عن الحرّ يلاعن المملوكه؟ قال: نعم، إذا كان مولاها زوجه إياها، و الحديث المفسّر يحكم على المطلق» (٦). و حملها العلامه (٧) على ما إذا لم يكن زوجه إياها مولاها، لمفهوم

ص: ٢١٥

١- (١) النور: ٦.

٢- (٢) تقدّم ذكر مصادرها فى ص: ٢١١، هامش (٣).

٣- (٣) فى ص: ٢٣٨.

٤- (٤) فى الصفحه السابقه.

٥- (٥) انظر إيضاح الفوائد ٣: ٤٤٥، غايه المراد: ١٩١، جامع المقاصد ٣٥: ١٣.

٦- (٦) الفقيه ٣: ٣٤٧-٣٤٨، ذيل ح ١٦٦٦ و ١٦٦٧.

٧- (٧) المختلف: ٦٠٦.

الروايه.

و احتج ابن إدريس (١) بأن قذف المملوكه لا يوجب الحد، فلا يتوقف نفيه على اللعان، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجته. و بأن اللعان حكم شرعى فيقتصر فيه على المتيقن، والباقي باق على الأصل.

و جوابه: أن عموم و الذين يزمون أزواجهم (٢) أخرجه عن حكم الأصل، مضافا إلى النصوص (٣). و كما جاز اللعان لنفى الحد جاز لنفى التعزير، إذ ليس فى الآيه اشتراط كونه للحد و إن كان السبب موجبا له، لأن العبره بعموم اللفظ كما مر (٤). و قد ظهر أن مختار المصنف و الأكثر أظهر.

و اعلم أن من جمله الشروط المختلف فيها بالنسبه إلى الملاعنه كونها مسلمه، فقد ذهب جماعه-منهم ابن الجنييد (٥)- إلى اشتراط إسلامها، فلا- يلاعن المسلم الكافره. و حجتهم تظهر من حجه مشترط الحرّيه فيها. و لم يشترط (٦) الأكثر. و ابن إدريس (٧) على تفصيله. و حجه الجميع تظهر من حجه اشتراط الحرّيه و عدمه. و المصنف نبه على الخلاف فى الملاعن (٨) الكافره، و أهمل ذكره

ص: ٢١٦

١- (١) السرائر ٢: ٦٩٧-٦٩٨.

٢- (٢) النور: ٦.

٣- (٣) ذكر بعضها فى ص: ٢١٤، و لاحظ الوسائل ١٥: ٥٩٥ ب «٥» من أبواب اللعان ح ١، ٦، ١٠، ٨.

٤- (٤) فى ص: ١٨١-١٨٢.

٥- (٥) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٠٥.

٦- (٦) فى «ط، و»: يشترطه.

٧- (٧) السرائر ٢: ٦٩٧.

٨- (٨) فى ص: ٢٠٠.

و يصح لعان الحامل، (١) لكن لا يقام عليها الحد إلا بعد الوضع.

في الملاعنه، و كان العكس أولى، لظهور الخلاف فيها و اختلاف الروايات، و قد أشرنا (١) إليه في روايه جميل و ابن سنان. و ظهر مما قرّناه قوه القول بعدم اشتراط إسلامها بتقريب الدليل.

قوله: «و يصح لعان الحامل. إلخ».

اختلف العلماء في جواز لعان الحامل إذا قذفها أو نفى ولدها قبل الوضع، فذهب الأكثر إلى جوازه، لعموم الآية (٢)، و وجود المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونها حاملا و هو لا يصلح للمانع، لأن شهاده الحامل و يمينها حال الحمل غير مناف له، و الحمل غير مسوّغ لتأخير ما يتوجه عليها منها (٣) في غيره. و لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لاعن بين هلال بن أميه و زوجته و كانت حاملا- و نفى هلال الحمل، و لمّا ولدته جاء على صفات من قذفها به، فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «لو لا الأيمان لكان لى و لها شأن» (٤). و روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل لاعن امرأته و هى حبلى، ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنه منه، قال: «يردّ إليه الولد و لا يجلد، لأنه قد مضى التلاعن» (٥).

ثم إن تمّ اللعان منهما فلا كلام. و إن نكلت عنه، أو اعترفت فتوجه عليها

ص: ٢١٧

١- ١) في ص: ٢١٤-٢١٥.

٢- ٢) النور: ٦.

٣- ٣) في «د، م» و الحجرّيتين: منهما.

٤- ٤) مسند أحمد ١: ٢٣٩، سنن أبي داود ٢: ٢٧٨ ح ٢٢٥٦، تفسير القرطبي ١٢: ١٨٧.

٥- ٥) الكافي ٦: ١٦٤ ح ٨، الفقيه ٤: ٢٣٧ ح ٧٥٥، التهذيب ٨: ١٩٠ ح ٦٦٠، الاستبصار ٣: ٣٧٥ ح ١٣٣٩، الوسائل ١٥: ٦٠٧ ب «١٣» من أبواب اللعان ح ١.

و لا تصير الأمه (١) فراشا بالملك. و هل تصير فراشا بالوطء؟ فيه روايتان، أظهرهما أنها ليست فراشا. و لا يلحق ولدها إلا بإقراره و لو اعترف بوطئها. و لو نفاه لم يفتقر إلى لعان.

الحدّ، لم تحدّ إلى أن تضع كغيرها ممن يثبت عليها الحدّ حاملا.

و قال المفيد (١) و سلّار (٢) و أبو الصلاح (٣): لا تلاعن الحامل حتى تضع حملها، لروايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: تلاعن على كلّ حال إلا أن تكون حاملا» (٤). و فيه ضعف السند.

و حمل على نفى ما يجب باللّعان من الحدّ على تقدير نكولها، أو على أن الحمل لا ينتفى، و اللّعان حجّه ضروريّه فيشترط فيه نفى (٥) الولد. و الأصحّ الجواز.

قوله: «و لا تصير الأمه. إلخ».

الأمه لا تصير فراشا بالملك حتى يلحقه الولد الذي تأتي به، و إن حلّت (٦) له و خلا- بها و أمكن أن يكون منه إجماعا، بخلاف النكاح حيث يلحق الولد بمجرد الإمكان، لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع و الولد، و ملك اليمين قد يقصد به ذلك و قد يقصد به التجاره و الاستخدام، و لهذا لا يتزوّج من لا تحلّ له و يملك

ص: ٢١٨

١-١) المقنعه: ٥٤٢.

٢-٢) المراسم: ١٦٤.

٣-٣) الكافي في الفقه: ٣١٠.

٤-٤) التهذيب ٨: ١٩٠ ح ٦٦١، الاستبصار ٣: ٣٧٥ ح ١٣٤٠، الوسائل ١٥: ٦٠٧ ب «١٣» من أبواب اللعان ح ٣.

٥-٥) في «ق، ط»: يقين.

٦-٦) في «ق، و»: خلّت له، و في الحجرّيتين: خلّت به.

بملك اليمين من لا تحلّ له، وإذا كان المقصود في النكاح ذلك اكتفى فيه بمجرد الإمكان.

و هل تصير الأمه فراشا بالوطء؟ فيه قولان منشؤهما اختلاف الروايات، فذهب الشيخ في المبسوط (١) و المصنّف و العلامه (٢) و سائر المتأخرين (٣) إلى أن الأمه لا تصير فراشا مطلقا. و استندوا في ذلك إلى صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن رجلا من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال له: إنني ابتليت بأمر عظيم، إن لي جاريه كنت أطؤها فوطئتها يوما و خرجت في حاجه لي بعد ما اغتسلت منها، و نسيت نفقه لي فرجعت إلى المنزل لآخذها، فوجدت غلاما لي على بطنها، فعددت لها من يومى ذلك تسعه أشهر فولدت جاريه، قال: فقال لي عليه السلام: لا ينبغي لك أن تقربها و لا تبيعها، و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيا، ثم أوص لها عند موتك من مالك حتى يجعل الله عزّ و جلّ لها مخرجا» (٤). و في معناها أخبار (٥) آخر لا تساويها في صحه السند.

و أما صيرورتها فراشا بالوطء فيدلّ عليه ما روى عن النبيّ صلّى الله

ص: ٢١٩

١- ١) المبسوط ٢٣١: ٥.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٩٢: ٢.

٣- ٣) راجع إيضاح الفوائد ٣: ٤٤٦-٤٤٨، اللعه الدمشقيّه: ١٣١، حاشيه المحقّق الكركي على الشرائع: ٤١٩ (مخطوط).

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٨٨ ح ١، الفقيه ٤: ٢٣٠ ح ٧٣٤ و فيهما: أتى أبي عليه السلام، التهذيب ٨: ١٧٩ ح ٦٢٨ و فيه: أتى أبا جعفر عليه

السلام، الاستبصار ٣: ٣٦٤ ح ١٣٠٧، الوسائل ١٤: ٥٦٣ ب «٥٥» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٥- ٥) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٦٣ «٥٥» من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

عليه وآله وسلم لما تنازع إليه سعد و عبد بن زمعه عام الفتح في ولد وليده زمعه و كان زمعه قد مات، فقال سعد: يا رسول الله إن أخي كان قد عهد إليّ فيه و ذكر لي أنّه ألمّ بها في الجاهليّة، و قال عبد: هو أخي و ابن وليده أبي ولد علي فراشه، فقال رسول الله: «يا عبد بن زمعه هو لك، الولد للفراش و للعاهر الحجر» (١). و وجه الاستدلال أنّه أثبت الفراش لزمعه و ألحق الولد به من غير أن يستلحقه.

و من طريق الخاصّه روايه سعيد بن يسار [١] قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على جاريه له تذهب و تجيء و لقد عزل عنها ما تقول في

ص: ٢٢٠

---

١- (١) السنن المأثوره للطحاوي: ٣٨٠ ح ٥١٩، سنن الدارمي ٢: ١٥٢، صحيح البخارى ٤: ٤، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٠ ح ١٤٥٧، سنن أبي داود ٢: ٢٨٢ ح ٢٢٧٣.

الولد؟ قال: أرى أن لا- يباع هذا الولد يا سعيد». قال: «و سألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أ تتهمها؟ فقلت: أما تهمه ظاهره فلا، فقال: فيتهمها أهلك؟ فقلت:

أما شيء ظاهر فلا، فقال: وكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟» (١).

و روى سعيد بن يسار في الصحيح قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد» (٢). و روى سعيد الأعرج في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده، لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولد للفراش و للعاهر الحجر» (٣).

و في معناها روايه الحسن الصيقل عنه عليه السلام، و الطريق إلى الحسن صحيح، و فيها: «الولد للذي عنده الجارية و ليصبر، لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولد للفراش و للعاهر الحجر» (٤).

و هذه الأخبار صريحه في أن الأمه تصير فراشا للمولى بالوطء.

و في معناها (٥) غيرها. و ظاهر الحال أنها مرجحه على السابق، لصحة السند

ص: ٢٢١

١- (١) الكافي ٥: ٤٨٩ ح ٤، التهذيب ٨: ١٨١ ح ٦٣٤، الاستبصار ٣: ٣٦٦ ح ١٣١٢، الوسائل ١٤: ٥٦٦ ب «٥٦» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٨٩ ح ١، التهذيب ٨: ١٨١ ح ٦٣٣، الاستبصار ٣: ٣٦٦ ح ١٣١١. الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٣- (٣) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٣، التهذيب ٨: ١٦٩ ح ٥٨٩، الاستبصار ٣: ٣٦٨ ح ١٣١٧، الوسائل ١٤: ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٤.

٤- (٤) التهذيب ٨: ١٦٩ ح ٥٨٨، الاستبصار ٣: ٣٦٨ ح ١٣١٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٥- (٥) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٦٤ ب «٥٦» و ص ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

و الكثره.

إذا تقرّر ذلك، فنقول: ممّا يترتب على كون الموطوءه فراشا أن ولدها الذى يمكن تولّده من الواطئ- بأن تلده لستّه أشهر فما زاد من حين وطيه إلى أقصى مدّه الحمل- يلحق به، ولا يتوقّف على اعترافه به، بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ظنّ أنه ليس منه لتهمه أمّه بالفجور، لأن الله تعالى جعل الولد للفراش، فإذا كان الفراش زوجه دائمه تحقّق فراشها من حين العقد و إمكان وصوله إليها.

ثمّ لها بالنسبه إلى الولد حكمان:

أحدهما: فى ظاهر الأمر، وهو أنه يحكم بإلحاق الولد الذى تلده بعد العقد و إمكان الوصول إليها فيما بين أقلّ الحمل و أكثره بالزوج و إن لم يعترف به و لم يعلم وطؤه لها، و سواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل، أم لا كالمجنون و الصبى الذى يمكن تولّده منه كابن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق (١).

و لو علمنا انتفاءه عنه- بأن كان غائبا عنها غيبه لا يمكن وصوله إليها سرّا و لا جهرا فى المدّه التى يمكن تولّده منه- حكمنا بانتفائه عنه و إن لم ينفه.

و الثانى: فيما بينه و بين الله تعالى، فإذا وطئها وطيا يمكن تولّده منه، ثمّ ولدته فى وقت إمكان كونه منه، و جب عليه إلحاقه به و إن احتمل أو ظنّ خلاف ذلك كما قلناه. و إن علم انتفاءه عنه- بأن ولدته لدون سته أشهر من حين وطيه، أو لأكثر من أقصى الحمل- و جب عليه نفيه كما قدّمناه سابقا. و إن كان فى ظاهر

ص: ٢٢٢



الحال محكوماً بإلحاقه به- بأن كان قريباً منها يمكنه إصابتها، فإذا توقّف نفيه على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدّمه الواجب. وإن أمكن إقامه البينه على ما يوجب انتفاءه عنه حكم بموجبها من غير لعان إذا شهدت بذلك على وجه منضبط، بأن لازمته ليلاً ونهاراً بحيث علمت انتفاء مجامعته لها قطعاً. وأما الأمه فقد عرفت أنها لا تكون فراشاً بمجرد الملك قطعاً.

ثم إن وطئها و حكمنا بكونها تصير فراشاً به فحكمه في لحوق ولدها في الحالين كما سبق، لكنّه يفارق ولد الزوجه في أمرين:

أحدهما: أنه لا- يحكم بلحوقه به إلا- مع ثبوت وطئه لها، إما بإقراره به أو بالبينه، بخلاف ولد الزوجه، فإنه يكفي إمكان الوطء. والوجه فيه أن المعتبر فيهما ثبوت الفراش، ولما كان في الزوجه متحققاً بالعقد وإمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك، ولما كانت فراشيّه الأمه لا تتحقق إلا بالوطء اعتبر ثبوته.

فمرجع الأمر فيهما إلى شيء واحد وهو ثبوت الفراش، إلا- أنه في الزوجه يظهر غالباً لغير الزوج بحضور العقد والعلم بإمكان وصوله إليها، وفي الأمه لا يظهر غالباً إلا منه، لأن الوطئ من الأمور الخفيّه فاعتبر إقراره به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبينه نادراً.

والثاني: أن ولد الزوجه إذا كان محكوماً به للزوج ظاهراً لا ينتفى عنه [بنفيه] (١) إلا باللعان، وولد الأمه ينتفى بغير لعان. والسرفيه أن الولد الذي يظهر للزوج كونه منفيّاً عنه يليق بالحكمه أن يجعل له الشارع طريقاً إلى نفيه ليخرج

عنه من ليس منه، ولما نصب لولد الزوجه طريقا إلى النفى باللعان وخصه بالزوجين بقوله وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ (١) فلا بد من طريق آخر لنفى ولد الأمه حيث يقتضى الحال نفيه، فإذا لم يمكن باللعان وبقى على أصل الإلحاق - كما لو تعذر اللعان حيث يشع - لزم أن يكون ولد الأمه أقوى اتصالا و أحسن حالا من ولد الزوجه الدائمه، فشرع لذلك انتفاؤه بمجرد النفى بغير لعان، إذ ليس هناك طريق آخر.

و العامه (٢) لئلا وافقوا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفى باللعان اختلفوا فى طريق نفيه إن علم انتفاؤه، فمنهم من سد الطريق عن نفيه نظرا إلى أن الولد للفراش و ليس هناك طريق إلى النفى، و منهم من جوز نفيه باللعان للضرورة حذرا من أن يكون أقوى من ولد الزوجه، و منهم من نفاه بيمينه.

ثم على تقدير صيرورتها فراشا بالوطء هل يستمر كذلك ما دامت على ملكه، أم يختص الحكم بالولد الذى يمكن تولده من ذلك الوطاء خاصه، حتى لو أتت بولد بعد أقصى الحمل من الوطاء الذى ثبت بإقراره أو البيئه لا - يلحق به بدون الاعتراف (٣) به؟ وجهان، من حصول شرط الفراش و هو الوطاء، فنزل منزله العقد الدائم على الحره، لأن وطاء الأمه إما تمام السبب للفراشيه أو شرط فيها، و على التقديرين حصل الفراش به كالعقد، فيستمر الحكم حينئذ كما استمر

ص: ٢٢٤

١ - ١) النور: ٦.

٢ - ٢) راجع الوجيز للغزالي ٢: ٨٩، حليه العلماء ٧: ٢٢٥، بدائع الصنائع ٤: ١٣١ و ج ٦: ٢٥٥، المغنى لابن قدامه ٩: ١٣ - ١٥، الكافى لابن قدامه ٣: ٢٠٥، تفسير القرطبي ١٢: ١٨٦، روضه الطالبين ٦: ٤١٥.

٣ - ٣) فى «د، م»: الإقرار.

حكم الفراش بالعقد، و لم يشترط بعد ذلك ظهور وطء يلحق به الولد، و من ضعف فراشيّه الأّمه، و دلاله تلك النصوص (١) الموجهه لإلحاق الولد به على [تقدير] (٢) كونه مولودا في وقت يمكن تخلّقه من ذلك الوطء، فيبقى غيره على الأصل. و لا إشكال في انتفائه عنه بنفيه، إنما تظهر الفائده لو لم ينفه فهل يلحق به ظاهرا بمجرد الوطء السابق، أم يتوقّف على الإقرار به؟ يبنى على الوجهين، و الأظهر الثاني.

و إن لم يحكم بكونها فراشا فمقتضى كلام المصنّف و الشيخ (٣) و العلّامه (٤) و غيرهم (٥) أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره به و إن أقرّ بوطئها أو ثبت بغير الإقرار. و هذا هو الذي يناسب الحكم بعدم الفراش، لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

و قال فخر الدين في شرحه: «إن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره به أو بوطئها و إمكان لحوقه به» (٦). و كأنه حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشا مطلقا و بين حكمهم في باب إلحاق الأولاد بلحوق ولد الأمه بالمولى الواطئ، و أنه يلزمه الإقرار به حيث يمكن كونه منه، و أنه لو وطئها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد بإقراره به، فجعل

ص: ٢٢٥

١- ١) راجع الوسائل ١٤: ٥٦٨ ب «٥٨» من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢) من «د، و».

٣- ٣) المبسوط ٥: ٢٣١، الخلاف ٢: ٢٩٨ مسألة (٦٧).

٤- ٤) قواعد الأحكام: ٩٢، تحرير الأحكام: ٦٦، إرشاد الأذهان ٢: ٦١.

٥- ٥) اللعه الدمشقيّه: ١٣١.

٦- ٦) إيضاح الفوائد ٣: ٤٤٦.

مستند ذلك الوطاء الواقع من المولى و أقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم بكونه واطيا.

و يضعف بأن إلحاقه به مع وطيه لها من لوازم الفراش كما سبق (١)، فلو جعل مترتبا على عدمه لم يبق فرق بين الفراش و غيره. اللهم إلا- أن يجعل الوطاء الموجب للفراش كافيا فى إلحاق الولد بعد ذلك و إن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطاء الشخصى الثابت، كما هو أحد الاحتمالين فى المسألة، و يجعل هذا الوطاء القائم مقام الإقرار هو الوطاء الذى يمكن استناد الولد إليه، و مع ذلك ففيه مخالفة لما ذكره الجميع فى معنى الفراش، فإنهم أطبقوا على أن فائدته لحق الولد به مع إمكانه و إن لم يعترف به، و عدم لحوقه بمن ليست فراشا إلا بإقراره.

و الوجه أن الاكتفاء بالوطاء فى هذا القسم ليس فى محلّه، و إنما محلّه على تقدير كونها فراشا، لأن الوطاء حينئذ لا بدّ من العلم به ليتحقّق به كون الأمه فراشا كما قد تحقّق. و أما ما ذكره فى باب إلحاق الأولاد فهو منزل على أن ذلك الحكم الذى يلزم المولى فيما بينه و بين الله تعالى، بمعنى أنه إذا وطئ الأمه و طيا يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به و استلحاقه، و لا يجوز له نفيه عنه بتهمه أمّه إلا- على تلك الروايه (٢) الشاذّه، و أما بالنسبه إلينا فلا- نحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا (٣) نجعلها فراشا، و هكذا القول فيما لو وطئها المولى و غيره،

ص: ٢٢٦

١- ١) فى ص: ٢٢٢.

٢- ٢) راجع ص: ٢١٦ هامش (٢)، و الوسائل ١٤: ٥٦٣ ب «٥٥» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٤.

٣- ٣) سقطت «لا» من «د، م».

فإنه يحكم به للمولى دون الغير إذا كان وطؤه فجورا، ولكن بالنسبة إلينا لا- نحكم به له إلا- باعترافه به. وكذا القول في ولد المتعه، فإنهم حكموا بكونها ليست فراشا مع حكمهم أيضا بلحوق الولد به و ورود النصوص بذلك، كصحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: أ رأيت إن حملت، قال: هو ولده» (١) و صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سأل رجل الرضا عليه السلام و أنا أسمع عن الرجل يتزوج المرأة متعه و يشترط عليها ألا يطلب ولدها، فتأتى بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدد في ذلك و قال: يجحد! و كيف يجحد؟ إعظاما لذلك، قال الرجل: فإن اتهمها، قال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونه إن الله يقول الزاني لا ينكح إلا زانيته أو مشركه و الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك و حرم ذلك على المؤمنين» (٢).

و لا فرق في الحكم بلحوق الولد به على التقديرين بين كونه قد عزل عنها و عدمه. و قد تقدم (٣) البحث فيه. و في حسنه ابن أبي عمير و غيره قال: «الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكره، و شدد في إنكار الولد» (٤).

ص: ٢٢٧

- 
- ١- ١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٨٢ ح ١٨٤، التهذيب ٧: ٢٦٤ ح ١١٤١ و ٢٦٩ ح ١١٥٤، الاستبصار ٣: ١٤٩ ح ٥٤٧ و ١٥٢ ح ٥٥٧، الوسائل ١٤: ٤٨٨ ب «٣٣» من أبواب المتعه ح ١.
- ٢- ٢) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٨٧ ح ٢٠١، الكافي ٥: ٤٥٤ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٩٢ ح ١٣٨٨، التهذيب ٧: ٢٦٩ ح ١١٥٧، الاستبصار ٣: ١٥٣ ح ٥٦٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٢ و ذيله في ص: ٤٥١ ب «٦» ح ٣، و الآية في سورة النور: ٣.
- ٣- ٣) في ج ٨: ٣٩٠.
- ٤- ٤) الكافي ٥: ٤٦٤ ح ٢، التهذيب ٧: ٢٦٩ ح ١١٥٥، الاستبصار ٣: ١٥٢ ح ٥٥٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

الركن الرابع: في كيفية اللعان و لا يصحّ إلا عند (١) الحاكم، أو من ينصبه لذلك.

و لو تراضيا برجل من العامة فلاعن بينهما جاز.

و يثبت حكم اللعان بنفس الحكم. و قيل: يعتبر رضاهما بعد الحكم.

قوله: «و لا يصحّ إلا عند.. إلخ».

المراد بالحاكم هو الامام، و بمنصوبه من نصبه للحكم عموما أو للعان خصوصا. و يشترط في منصوبه ما يشترط في غيره ممن ينصبه الامام للحكم بين الناس، لأن اللعان ضرب من الحكم، بل هو من أقوى أفراده، لافتقاره إلى سماع الشهادة أو اليمين، و الحكم بالحدّ، و دفعه بالشهادة بعد ذلك أو اليمين، و حكمه بنفى الولد، و غير ذلك. و بهذا يفرّق بينه و بين الفرقه بغيره، كالطلاق حيث لا يتوقّف على الحاكم.

و المراد بالرجل العامى الذى يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الإمام لكنّه غير منصوب من قبله. و سمّاه عاميًا بالإضافه إلى المنصوب، فإنه خاصّ بالنسبه إليه. و قد اختلف في جواز اللعان به نظرا إلى أن حكمه يتوقّف على التراضى، و الحكم هنا لا يختصّ بالزوجين المتراضيين بل يتعلّق بالولد أيضا، فلا يؤثّر رضاهما في حقه إلا أن يكون بالغا و يرضى بحكمه خصوصا لو اعتبرنا تراضيهما بعد الحكم، لأن اللعان لا يقع موقوفا على التراضى، لأنه لازم بتمامه لزوما شرعيًا. و الأظهر الصحّة و لزوم حكمه من غير أن يعتبر رضاهما بعده. و القولان للشيخ في المبسوط (١) و الخلاف (٢). و سيأتى

ص: ٢٢٨

١-١) راجع المبسوط ٥:٢٢٣ و ٨:١٦٤-١٦٥.

٢-٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢:٦٠٢ مسألة (٤٠).

و صورہ اللعان: (١) أن يشهد الرجل بالله-أربع مرّات-إنه لمن الصادقين فيما رماها به، ثمّ يقول: [إن] عليه لعنه الله إن كان من الكاذبين.

ثمّ تشهد المرأة بالله-أربعاً-إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثمّ تقول: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

تحقيقه في كتاب القضاء (١) إن شاء الله تعالى.

هذا كلّ في حال حضور الإمام كما ذكرناه. أما في حال الغيبه فينفذ فيه حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، لأنه منصوب من قبل الامام على العموم كما يتولّى غيره من الأحكام، ولا يتوقّف على تراضيهما بعده، لأن ذلك مختصّ بقضاء التحكيم.

قوله: «و صورہ اللعان. إلخ».

كلمات اللعان خمس. و هي أن يقول الزوج أربع مرّات: أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنا، و يميّزها، ثمّ يقول في الخامسة:

إن لعنه الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، و يعرفها كالسابق.

و إذا كان هناك ولد ينفيه يتعرّض إليه في الكلمات الخمس، فيقول: إن الولد الذي ولدته أو هذا الولد-إن كان حاضراً-من الزنا أو ما هو منّي. و لو جمع بينهما كان أولى، لرفع احتمال الإيراده بكونه ليس منه المشابهة في الخلق و الخلق. و تقول المرأة أربع مرّات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، و في الخامسة: [إن] (٢) غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا.

و لا تحتاج هي إلى ذكر الولد، لأن لعانها لا يؤثّر فيه. و لو تعرّضت له لم يضّر،

ص: ٢٢٩

١-١) في المسألة الأولى من النظر الأول من كتاب القضاء.

٢-٢) من «م» و الحجريّتين.

## و يشتمل اللعان على واجب و ندب

و يشتمل اللعان على واجب و ندب.

### فالواجب

فالواجب:

التلفّظ بالشهادة(١) على الوجه المذكور. و أن يكون الرجل قائما عند التلفّظ، و كذا المرأة، و قيل: يكونان جميعا قائمين بين يدي الحاكم. و أن يبدأ الرجل أولا بالتلفّظ على الترتيب المذكور، و بعده المرأة. و أن يعينها بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها و اسم أبيها أو صفاتها المميّزه لها عن غيرها. و أن يكون النطق بالعربيّه مع القدره.

و يجوز بغيرها مع التعذّر. و إذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغه، افتقر إلى حضور مترجمين، و لا يكفي الواحد.

و تجب البداءه بالشهادات ثمّ باللعن، و فى المرأة تبدأ بالشهادات ثمّ بقولها: إن غضب الله عليها.

و لو قال أحدهما عوض أشهد بالله: أحلف، أو أقسم، أو ما شاكله، لم يجز.

فتقول: و هذا الولد ولده، ليستوى اللعانان و يتقابلا.

قوله: «فالواجب: التلفّظ بالشهادة. إلخ».

يعتبر فى اللعان أمور:

ألف: التلفّظ بالشهادة على الوجه الذى ذكرناه، فلو أبدل صيغه الشهاده بغيرها، كقوله: شهدت بالله أو أنا شاهد أو أحلف بالله أو أقسم أو أولى، أو أبدل لفظ الجلاله كقوله: أشهد بالرحمن أو بالخالق و نحوه، لم يقع، لأنه خلاف المنقول شرعا. و كذا لو أبدل كلمه الصدق و الكذب بغيرها و إن كان بمعناها،



كقوله: إني لصادق، أو من الصادقين بغير لام التوكيد، أو لبعض الصادقين، أو أنها زنت، أو قالت المرأة: إنه كاذب، أو لكاذب، أو أبدل اللعن بالإبعاد أو الطرد، أو لفظ الغضب بالسخط، أو أحدهما بالآخر، وإن كان الغضب أشد من اللعن، ولذلك خص بجانب المرأة، لأن جريمه الزنا منها أقبح من جنايه القذف منه، ولأن كل مغضوب عليه ملعون ولا ينعكس. و الوجه في الجميع أتباع المنصوص (١).

ب: قيام كل منهما عند لفظه، على ما اختاره المصنّف و قبله الصدوق (٢) و الشيخ في المبسوط (٣)، و رواه الصدوق قال: «سأل البنزطي أبا الحسن الرضا عليه السلام فقال له: أصلحك الله كيف الملا عنه؟ قال: يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة و الصبي عن يساره» (٤). قال: و في خبر آخر: «ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرّات - إلى أن قال - ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرّات» (٥).

و ذهب الأ-كثر - منهم الشيخ في النهاية (٦) و المفيد (٧) و أتباعهما (٨) و أكثر المتأخرين - إلى أنهما يكونان قائمين عند تلفظ كل منهما، لصحيحه عبد الرحمن

ص: ٢٣١

١ - (١) النور: ٦-٩، و لاحظ الوسائل ١٥: ٥٨٦ ب (١) من كتاب اللعان.

٢ - (٢) المقنع: ١٢٠.

٣ - (٣) المبسوط ١٩٨: ٥.

٤ - (٤) الفقيه ٣: ٣٤٦ ح ١٦٦٤، الوسائل ١٥: ٥٨٧ ب (١) من كتاب اللعان ح ٢.

٥ - (٥) الفقيه ٣: ٣٤٦ ح ١٦٦٥، الوسائل ١٥: ٥٨٧ ب (١) من كتاب اللعان ح ٣.

٦ - (٦) النهاية: ٥٢٠.

٧ - (٧) المقنعه: ٥٤٠.

٨ - (٨) راجع الكافي في الفقه: ٣٠٩، المراسم: ١٦٣، المهذب ٢: ٣٠٦، الوسيله: ٣٣٨، إصباح الشيعة (ضمن سلسله الينايع الفقيهيه) ٢٠: ٢٩١.

بن الحجاج قال: «إن عبيد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة فقال أبو عبد الله عليه السلام -و حكى قصه الرجل الذي جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم و أخبره عن أهله إلى أن قال فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات» (١).

الحديث. و حسنه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلا بحذائه، و يبدأ بالرجل ثم بالمرأة» [١]. و هذا أصح.

ج: أن يبدأ الرجل أولا بالشهادة ثم باللعن على الترتيب المذكور، ثم المرأة مقدمه للشهادة ثم الغضب، للاتباع. فلو بدأت المرأة باللعان لغا، و لأن لعانها لإسقاط الحد، و إنما يجب الحد عليها بلعان الزوج، فلا -حاجه بها إلى أن تلاعن قبله، خلافا لبعض العامة [٢] حيث جوز تقدم كل منهما. و كذا لو قدم اللعن على الشهادة أو قدمت الغضب عليها، لما ذكر، و لأن المعنى: إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع، فاعتبر تقدمها، خلافا لبعض العامة (٢) استنادا إلى

ص: ٢٣٢

- 
- ١- (١) الكافي ١٦٣: ٤، الفقيه ٣: ٣٤٩ ح ١٦٧١، التهذيب ٨: ١٨٤ ح ٦٤٤، الاستبصار ٣: ٣٧٠ ح ١٣٢٢، الوسائل ١٥: ٥٨٦ ب «١» من كتاب اللعان ح ١، و فيما عدا الكافي: فأوقفها، أو فوقها.
- ٢- (٢) راجع التنبيه للشيرازي: ١٩٠، الحاوي الكبير ١١: ٦١، حليه العلماء ٧: ٢٣١.

عدم اختلاف المعنى، و هو ممنوع.

د: أن يعينها بما يزيل الاحتمال باسمها، رافعا نسبها قدر ما يحصل به التميز، إن كان له زوجتان فصاعدا، وإلا أكتفى بقوله: زوجتي، و لو كانت حاضره تخير بين ذلك و بين الإشارة إليها. و لو جمع بين الإشارة و التسميه كان أولى، لأن اللعان مبني على التغليظ و الاحتياط، فتؤكد الإشارة بالتسميه. و القول في تعريفها له غائبا و شاهدا كالعكس.

ه: أن يكون النطق في جميع ذلك باللفظ العربي بالعربي مع قدره، لأن الشرع ورد بها فلا عدول عنها عند قدره، و بدونها يأتي بالممكن منهما. فإن تعدد جميع ذلك لاعتن بأى لسان شاء، لحصول الغرض من الشهاده و اليمين.

ثم إن كان الحاكم يحسن تلك اللغة فلا حاجه إلى المترجم، و إلا افتقر إلى مترجمين. و لا يكفي الواحد، لأنها شهاده. و لا يفتقر إلى الزائد، أما في جانب المرأه فلأنها تلاعن لنفى الزنا لا لإثباته، و أما في جانب الرجل فلأنهما ليسا شاهدين بالزنا و إنما يشهدان على لفظه.

و (1): أن يتدئ بالشهادات ثم يعقبها (2) باللعن، ثم تبتدئ [المرأه] (3) بالشهادات ثم بالغضب، للاتباع.

ص: ٢٣٣

١-١) سقط الأمر السادس من «ق، د، م».

٢-٢) في الحجرتين: يتبعها.

٣-٣) من «ط، و».

و النذب: (١) أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة. و أن يقف الرجل عن يمينه.

و المرأة عن يمين الرجل. و أن يحضر من يسمع اللعان. و أن يعظه الحاكم و يخوفه بعد الشهادات قبل ذكر اللعان، و كذا في المرأة قبل ذكر الغضب.

و اعلم أن قوله: «و تجب البداءه بالشهادات. إلخ» مستدرك، للاستغناء عنه بقوله: «فالواجب التلّفظ بالشهاده على الوجه المذكور» و قوله: «و أن يبدأ الرجل بالتلفظ على الترتيب المذكور و بعده المرأة». و كذا لا وجه لإعاده قوله:

«و لو قال أحدهما عوض أشهد بالله: أحلف. إلخ» لدخوله في السابق. و لو أنه عطفه بالفاء لجاز كونه تفصيلا بعد الإجمال، أما مع عطفه بالواو فلا وجه لإعادته.

قوله: «و النذب.. إلخ».

هذه جملة من سنن اللعان و هي أمور:

الأول: أن يجلس الحاكم مستدبرا للقبلة ليكون وجههما إليها، كجلوسه لغيره من مواضع الحكم.

الثاني: أن يقف الرجل مقابل وجهه عن يمينه، و تقف المرأة عن يمين الرجل إن اعتبرنا وقوفهما، و إلا كانت على يمينه إلى أن يفرغ ثم يقوم. و قد دلّ على هذين روايه أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام قال: «قلت:

أصلحك الله كيف الملائعنه؟ قال: يقعد الإمام، و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه، و المرأة عن يساره» (١). و ليس في الروايه أن الزوجين

ص: ٢٣٤

يستقبلان، وكذلك (١) أطلق المصنّف وجماعه (٢).

الثالث: أن يحضر جماعه من أعيان البلد و صلحائه، فإن ذلك أعظم للأمر، و للاتباع، فقد حضر اللعان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم جماعه من الصحابه منهم ابن عباس و ابن عمر و سهل بن سعد (٣)، و هم من أحداث الصحابه، فاستدلّ به على أنه حضر جمع كثير، فإن العاده أن الصغار لا يحضرون و حدهم. و أقلّ ما تتأدّى به الوظيفة أربعة نفر، فإن الزنا يثبت بهذا العدد، فيحضرون لإثباته.

الرابع: أن يعظه الحاكم بعد الشهادات و يخوّفه بالله تعالى، و يخبره أن عذاب الآخرة أشدّ من عذاب الدنيا، و يقرأ عليهم الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ أَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا (٤). و يروى أنه صلى الله عليه و آله و سلّم قال للمتلاعنين:

«حسابكما على الله، أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟» (٥). و عن الصادق عليه السلام أنه صلى الله عليه و آله و سلّم قال للرجل لما شهد: «أتق الله فإن لعنه الله شديده، ثم قال له: اشهد الخامسة» (٦). و كذا يفعل بالمرأه قبل ذكر الغضب. و فى

ص: ٢٣٥

١-١) فى «د، ط» و الحجريتين: و لذلك.

٢-٢) راجع إرشاد الأذهان ٢:٦٢، اللمعه دمشقيّه: ١٣٢.

٣-٣) صحيح البخارى ٧:٦٩ و ٧٠، صحيح مسلم ٢:١١٢٩ ح ١٤٩٢، سنن أبى داود ٢: ٢٧٤-٢٧٦ ح ٢٢٥٠ و ٢٢٥٤، سنن البيهقى ٧:٤٠٣-٧:٤٠٤. و لاحظ مختصر المزنى: ٢١٠، الحاوى الكبير ١١:٤٥، المغنى لابن قدامه ٩:٦١.

٤-٤) آل عمران: ٧٧. و نصّ الآية إِنَّ الَّذِينَ ..

٥-٥) راجع صحيح البخارى ٧:٧١، صحيح مسلم ٢:١١٣٢ ح ٥ و ٦، سنن البيهقى ٧:٤٠١ و ٣٩٤.

٦-٦) الكافى ٦:١٦٣ ح ٤، الفقيه ٣:٣٤٩ ح ١٦٧١، التهذيب ٨:١٨٤ ح ٦٤٤، الاستبصار ٣:٣٧٠ ح ١٣٢٢، الوسائل ١٥:٥٨٦ ب «١» من

كتاب اللعان ح ١.

و قد يَغْلَظُ (١) اللعان: بالقول، و المكان، و الزمان.

و يجوز اللعان فى المساجد و الجوامع، إذا لم يكن هناك مانع من الكون فى المسجد.

فإن اتفقت المرأه حائضاً، أنفذ الحاكم إليها من يستوفى الشهادات.

و كذا لو كانت غير برزه، لم يكلفها الخروج عن منزلها، و جاز استيفاء الشهادات عليها فيه.

الروايه أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لها: «أتقى الله فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدى الخامسة» (١).

قوله: «و قد يَغْلَظُ. إلخ».

تغليظ اللعان بهذه الأمور مشروع فى الجملة، أعم من كونه واجباً أو مندوباً أو جائزاً بالمعنى الأخص، و ليس فى عبارته المصنّف ما يدل على واحد منها بعينه، و صرح غيره (٢) بالاستحباب، و أطلق كثير (٣) كما ذكر. و الأظهر أن التغليظ بالمكان و الزمان مستحب. و أما التغليظ بالقول، فإن فسّر بأنه تكرار الشهادات أربع مرّات - كما فسّره به فى التحرير (٤) - فلا ريب فى وجوبه، بل هو ركن فيه. و إن فسّر بذكر ما يناسب من أسماء الله تعالى المؤذنه بالانتقام - كما سيأتى فى يمين (٥) الدعوى - فهو مستحب، و لا يخلّ بالموالاه، لأنه من

ص: ٢٣٦

١ - ١) انظر الهامش (٦) فى الصفحة السابقه.

٢ - ٢) لاحظ الجامع للشرائع: ٤٨١، قواعد الأحكام: ٢: ٩٣، اللمعه الدمشقيه: ١٣٢.

٣ - ٣) المبسوط ١٩٧: ٥.

٤ - ٤) تحرير الأحكام ٦٦: ٢.

٥ - ٥) فى المقصد الرابع من النظر الثالث من كتاب القضاء.

و المراد بالتغليظ بالمكان أن يجرى اللعان في أشرف المواضع من البلد، ك:

بين الركن و المقام إن كان بمكّه، و هو المسمّى بالحطيم، و في الروضه و هى ما بين قبر النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و منبره إن كان بالمدينه، و في المسجد الأقصى عند الصخره إن كان ببيت المقدس، و في سائر البلاد فى المسجد الجامع عند المنبر أو المشاهد المشرفه إن اتفق عندها.

و يلاعن بين أهل الذمّه إذا ترافعوا إلينا فى الموضع الذى يعظّمونه، كالكنيسه لليهود و البيعه للنصارى. و هل يلاعن بين المجوس فى بيت النار؟ و جهان، من أنه ليس له حرمة و شرف، بخلاف البيعه و الكنيسه، و من أن المقصود تعظيم الواقعه و زجر الكاذب عن القذف، و اليمين فى الموضع الذى يعظّمه الحالف أغلظ. و يجوز أن يراعى اعتقادهم بشبهه الكتاب، كما روى فى قبول الجزيه، أما بيت الأصنام فلا عبره به فى لعان الوثنيين مطلقاً، لأنه لا أصل له فى الحرمة عند الله تعالى، بخلاف السابق، و اعتقادهم غير مرعى بمجرّده، فيلاعن بينهم فى مجلس الحكم. و لو كان الزوج مسلماً و المرأه ذمّيه لـاعن كلّ واحد منهما فى الموضع الذى يعظّمه.

و التغليظ بالزمان إيقاعه فى وقت شريف، كيوم الجمعه و بعد العصر، فإن اليمين الآثمه حينئذ أغلظ عقوبه. و فسّر قوله تعالى «تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَتُقْسِمَانِ بِاللَّهِ» (١) بعد صلاه العصر. و عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه

و قال الشيخ (١)-رحمه الله:-اللعان أيمان و ليست شهادات.و لعله نظر إلى اللفظ، فإنه بصورة اليمين.

قال:«ثلاثه لا- يكلمهم الله و لا ينظر إليهم و لهم عذاب أليم:رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه،و رجل حلف على يمين بعد صلاه العصر فقد أعطى سلعه أكثر مما أعطى و هو كاذب،و رجل منع فضل الماء» (١).

و إنما يغلظ في المساجد حيث لا يكون هناك مانع يمنع منها، كما لو كانت المرأه حائضا أو مريضه أو غير برزه، فيبعث إليها نائبا ليستوفى منها الشهادات.

و لا يشترط فيه الاجتهاد، كما لا يشترط فيمن يرسله لتحليفها في الدعاوى.و لو أحضر الحائض إلى باب المسجد و لاعنها كان أقرب إلى التغليظ.و المراد بغير البرزه من لا تعتاد الخروج إلى مجامع الرجال.

قوله:«و قال الشيخ.إلخ».

اختلف العلماء في اللعان هل هو شهادات أو أيمان؟فذهب ابن الجنيّد (٢)إلى الأول.و هو الظاهر من مذهب المصنّف، لكثرة إطلاقه (٣)عليه الشهاده، و نسبه (٤)القول بكونه يمينا إلى الشيخ.و هو اختيار العلامة في القواعد[١].و ذهب

ص:٢٣٨

---

١-١) أخرجه بهذا اللفظ العسقلاني في تلخيص الحبير ٣:٢٢٨ ح ١٦٢٨، و قريب منه في صحيح البخارى ٣:١٤٨، السنن الكبرى للبيهقي ٦:١٥٢.

٢-٢) حكاه عنه العلامة في المختلف:٦٠٦.

٣-٣) كما في ص:٢٣٠ و ٢٣٤ و ٢٣٦ و غيرها.

٤-٤) في «ق»:و نسبه.



الشيخ (١) والعلامة في المختلف (٢) وجماعه (٣) أخرى إلى أنه أيمان.

و استدلل للأول بقوله تعالى وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْيَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ . (٤) الآيات، فقد أطلق عليه لفظ الشهادة في خمسة مواضع و كنى عنها في موضعين، و قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ للرجل الذي لا عن بينه و بين زوجته: «اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين، إلى أن قال للمرأة: اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين» (٥) و قول الصادق عليه السلام: «إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَيْسَ بَيْنَ خَمْسِ نِسَاءٍ وَ أَزْوَاجِهِنَّ مَلَاعَنَةٌ - إِلَى أَنْ قَالَ - وَ الْمَجْلُودُ فِي الْفَرِيه، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا» (٦). و بأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهادة. و بأنه يدرأ به الحد عنه و يثبت به عليها كالبيته، بخلاف اليمين، فإنها لا تدخل في الحدود.

و بأنه إذا امتنع من اللعان ثم رغب فيه يمكن منه، كمن يمتنع من إقامة البيته ثم أراد إقامتها، و الناكل عن اليمين لا يعود إليها.

و استدلل للثاني بقوله تعالى: . بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ . وَ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) بباء القسم و ذكر «الله» المقسم به، و لفظ الشهادة لا يتوقف

ص: ٢٣٩

١ - ١) المبسوط ٢: ٢١٩، الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٢٧٩، مسألة (٢).

٢ - ٢) انظر الهامش (٥) في الصفحة السابقة.

٣ - ٣) راجع المهذب ٢: ٣١٣، السرائر ٢: ٧٠٥، إيضاح الفوائد ٣: ٤٤٥، حاشية المحقق الكركي على الشرائع: ٤١٩ (مخطوط).

٤ - ٤) النور: ٦.

٥ - ٥) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٣٥، هامش (٦).

٦ - ٦) الخصال: ٣٠٤ ح ٨٣، التهذيب ٨: ١٩٧ ح ٦٩٣، الاستبصار ٣: ٣٧٥ ح ١٣٣، الوسائل ١٥: ب «٥» من كتاب اللعان ح ١٢. و الآيه

في سورة النور: ٤.

٧ - ٧) النور: ٦ و ٨.

على جعلها بالله، وبقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَهْلَالِ بْنِ أُمِّيَّةَ: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو إنك لصادق» (١) و أنه لما أتت المرأة بالولد على النعت المكروه قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لو لا الأيمان لكان لى و لها شأن» (٢).

و بأنه يصحّ من الفاسق و الكافر، و شهادتهما غير مقبولة. و يستوى فيه الذكر و الأنثى، و ليسا فى الشهادة مستويين. و بأن اللعان يؤتى به فى معرض الخصومه، و يلاعن الملاعن لنفسه، و شهاده الإنسان لنفسه غير مقبولة.

و أجاب فى المختلف (٣) عن تسميته شهادة بأن الله تعالى قد سمى اليمين شهادة كما فى قوله تعالى «قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ» (٤).

و فيه نظر، لأن الواقع من المنافقين شهاده مؤكده باليمين، بقرينه اللام الموطئه للقسم، و ذلك لا يخرجها عن الشهاده. و الأصل فى الاستعمال الحقيقه.

و الأولى أن يقال: إنه يمين فيه شائبه الشهاده، بدليل ما ذكرناه من الخواص المنافيه لكونه شهاده محضه مع تسميته شهاده. و بهذا يجمع بين الأدله.

و يتفرع على القولين لعان الكافر و المملوك على الوجه الذى لا يقبل فيه شهادته. أما المرأة فلعانها مقبول و إن كانت شهادتها فى مثل ذلك غير مقبولة. و إن جعلناه أيماناً فلا إشكال، و إلا كان خارجاً بالنص، كما قبلت شهادتها فى الوصيه بالمال و نظائرها به.

ص: ٢٤٠

١- ١) المستدرک للحاکم ٢: ٢٠٢، سنن البيهقى ٧: ٣٩٥، تلخيص المستدرک للذهبي ٢: ٢٠٢، تلخيص الحبير ٣: ٢٢٦ ح ١٦٢٣.  
٢- ٢) مسند أحمد ١: ٢٣٩، سنن أبى داود ٢: ٢٧٨ ذيل ح ٢٢٥٦، تفسير ابن كثير ٦: ٢٧٧، سنن البيهقى ٧: ٣٩٥، تلخيص الحبير ٣: ٢٢٧ ح ١٦٢٤.

٣- ٣) المختلف: ٦٠٦.

٤- ٤) المنافقون: ١.

النظر الثاني في الأحكام و أما أحكامه، فتشتمل على مسائل:

### الأولى: يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل

الأولى: يتعلّق بالقذف (١) وجوب الحدّ في حقّ الرجل، و بلعانه سقوط الحدّ في حقّه و وجوب الحدّ في حقّ المرأة.

و مع لعانها ثبوت أحكام أربعه: سقوط الحدّين، و انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة، و زوال الفراش، و التحريم المؤبّد.

قوله: «يتعلّق بالقذف. إلخ».

الذى يفتتح به أحكام اللعان أن الزوج غير محمول على اللعان بعد القذف، بل إذا امتنع حدّ كالأجنبي إذا قذف و لم يقيم البينه، لكنّه يمكن من اللعان، للضرورة الداعية إليه. و كذا المرأة غير محمولة على اللعان بعد لعان الرجل، فإن تركته حدّت، لقيام شهاداته الأربع مقام أربعه شهود عليها بالزنا، و إن لاعتته سقط عنها الحدّ.

و عند بعض [١] العامّة أن قذف الزوج لا يوجب الحدّ عليه، لكنّه يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتى يلاعن، و اللعان عقوبه القذف دون الحدّ. و كذلك قال: إذا لاعن الرجل لا تحدّ المرأة، بل تحبس إلى أن تلاعن.

لنا: دخوله في عموم قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١) وقوله تعالى وَ يَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (٢). ولا عذاب عليها بدون الشهادة سوى الحد، والحبس لا يسمّى عذاباً، بل لا دليل عليه، بخلاف الحد، فإن شهادته عليها بمنزلة إقامه الشهود على الزنا، و من ثمّ اندفع به عنه الحد، فكان قرينه لكون العذاب هو الحد. وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لهلال بن أمية لما قذف زوجته: «البينه أو حدّ في ظهرك، فقال هلال:

والذي بعثك بالحقّ إنّي لصادق، ولينزلنّ الله ما يبرئ ظهري من الحدّ، فنزلت الآيات، فأرسل إليها فجاء هلال فشهد و النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟ ثمّ قامت فشهدت فلما كان عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبه فتلكأت و نكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثمّ قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم فمضت» (٣) الحديث.

وفي آخره: «فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لو لا الأيمان لكان لي و لها شأن» (٤).

ثمّ يتعلّق بلعانهما معا أربعه أحكام:

أحدها: سقوط الحدّين كما عرفت.

و الثاني: انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة إن كان اللعان لنيفيه. و في

ص: ٢٤٢

١- (١) النور: ٤.

٢- (٢) النور: ٨.

٣- (٣) مسند أحمد ١: ٢٣٩، سنن أبي داود ٢: ٢٧٦ ح ٢٢٥٤، و ذيل ح ٢٢٥٦، سنن ابن ماجه ١: ٦٦٨ ح ٢٠٦٧، سنن البيهقي ٧: ٣٩٣.

٤- (٤) مسند أحمد ١: ٢٣٩، سنن أبي داود ٢: ٢٧٦ ح ٢٢٥٤، و ذيل ح ٢٢٥٦، سنن ابن ماجه ١: ٦٦٨ ح ٢٠٦٧، سنن البيهقي ٧: ٣٩٥.

حديث ابن عباس (١): أن النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم لما لاعن بين هلال و امرأته فزق بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى ولدها، و من رماها أو رمى ولدها فعليه الحدّ. قيل: و كان بعد ذلك أميراً على مصر و ما يدعى لأب.

و الثالث: زوال الفراش.

و الرابع: التحريم المؤبد.

و يدلّ عليهما قول النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم في ذلك الحديث:

«ففرّق رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم بينهما و قال: لا يجتمعان أبدا» (٢) و بعض (٣) العامّة نفى تأييد التحريم و قال: لو أكذب نفسه كان له أن يجدد نكاحها.

و الحديث الصحيح حجّه عليه.

و لك أن تردّ هذه الأحكام إلى ثلاثه، لأن زوال الفراش يدخل في التحريم المؤبد، و إنما جمع بينهما لأن التحريم المؤبد قد يجامع الفراش كالمفضاه. و هذه الفرقة تحصل ظاهراً و باطناً، سواء كان الزوج صادقاً أم هي صادقته، خلافاً لبعض (٤) العامّة حيث حكم بأنه مع صدقها لا يحصل باطناً.

ص: ٢٤٣

١-١ (١) مسند أحمد ٢: ٢٣٩.

١-٢ (٢) سنن البيهقي ٧: ٤٠٠.

١-٣ (٣) في هامش «ق، و»: «هو أبو حنيفة و أحمد. منه» راجع الحاوي الكبير ١١: ٧٥، روضه القضاء ٣: ١٠٣٥، المغني لابن قدامه

١-٣٤ (٣٤) جواهر العقود ٢: ١٧٨.

١-٤ (٤) راجع روضه الطالبين ٦: ٣٣٠.

و لو أكذب نفسه (١) في أثناء اللعان، أو نكل، ثبت عليه الحدّ، و لم تثبت عليه الأحكام الباقية.

و لو نكلت هي أو أقرت رجمت، و سقط الحدّ عنه، و لم يزل الفراش، و لا يثبت التحريم.

قوله: «و لو أكذب نفسه. إلخ».

لَمَّا كان ثبوت هذه الأحكام مترتباً على اللعان الذي لا يتحقق إلا بإكماله فبدونه لا يثبت شيئاً منها، عملاً بالاستصحاب. فإذا أكذب نفسه أو نكل قبل إكماله و لو بكلمه واحده ثبت عليه حدّ القذف، و بقيت الزوجية و الولد. و إن أقرت هي أو نكلت فكذلك. و حدّها الرجم، لأنها محصنه، لكن بشرط أن يكون اللعان لقذفها بالزنا، فلو نفى الولد و لم يقذفها بل جوز كونه لشبهه لم يلزمها الحدّ إلا أن تقرّ بموجبه. و يؤيد ما ذكر من الحكم حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام و فيها: «إن أقرّ على نفسه قبل الملاعنه جلد حدّاً، و هي امرأته» (١). و في روايه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات ثم نكل عن الخامسة، فقال: إن نكل عن الخامسة فهي امرأته، و يجلد، و إن نكلت المرأه عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك» (٢).

و اعلم أنه يكفي في ثبوت الحدّ عليه نكوله أو إقراره و لو مرّه واحده قبل إكمال اللعان، لأن موجب الحدّ - و هو القذف - متحقق. أما نكولها أو إقرارها،

ص: ٢٤٤

١- ١) الكافي ٦: ١٦٣ ح ٦، التهذيب ٨: ١٨٧ ح ٨، الوسائل ١٥: ٥٩٢ ب «٣» من أبواب اللعان ح ٢.

٢- ٢) مسائل على بن جعفر: ٢٨٠ ح ٧٠١، قرب الإسناد: ٢٥٦ ح ١٠١٢، الكافي ٦: ١٦٥ ح ١٢، التهذيب ٨: ١٩١ ح ٦٦٥، الوسائل ١٥: ٥٩٢ ب «٣» من أبواب اللعان ح ٣.

و لو أكذب نفسه بعد اللعان (١) لحق به الولد، لكن يرثه الولد و لا يرثه الأب، و لا من يتقرب به، و ترثه الام و من يتقرب بها، و لم يعد الفراش، و لم يزل التحريم. و هل عليه الحد؟ فيه روايتان، أظهرهما أنه لا حد.

فإن كان بعد لعانه كفى فيه المره أيضا، لأن لعانه كإقامه البيئه عليها، فلا يحتاج إلى مجامعه إقرارها، و إنما لعانها يسقط الحد عنها، فبدونه يبقى بحاله. أما لو أقرت قبل لعانه اعتبر كونه أربع مرّات كغيره من الأقارير بالزنا إذا لم يثبت عليها بعد بالشهادة. و سيأتي (١).

قوله: «و لو أكذب نفسه بعد اللعان. إلخ».

إذا تلاعنا و أكذب نفسه بعد اللعان لم يتغير الحكم المترتب على اللعان من التحريم المؤبد و انتفاء الإرث، إلا أنه بمقتضى إقراره يرثه الولد من غير عكس، و لا يرث أقرباء الأب و لا يرثونه إلا مع تصديقهم في قول، لأن الإقرار لا يتعدى المقر.

و اختلف في الحد هل يثبت عليه بذلك أم لا؟ بسبب اختلاف الروايه، فروى الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته و هى حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنه منه، فقال: «يرد إليه الولد و لا تحلّ له، لأنه قد مضى التلاعن» (٢) فلو كان الحد باقيا لذكره و إلا- لتأخر البيان عن وقت الخطاب. و عليها عمل الشيخ (٣) و المصنّف و العلامه (٤) في أحد قوليّه، و يؤيدها أن

ص: ٢٤٥

١-١) في ص: ٢٥٠.

٢-٢) الكافي ٦: ١٦٤ ح ٨، الفقيه ٣: ٣٤٨ ح ١٦٦٨، التهذيب ٨: ١٩٤ ح ٦٨٢، الوسائل ١٥: ٦٠٠ ب «٦» من أبواب اللعان ح ٢، و فيما عدا التهذيب: و لا يجلد، بدل: و لا تحلّ له.

٣-٣) النهايه: ٥٢١.

٤-٤) المختلف: ٧٤٤، تحرير الأحكام ٢: ٦٧، إرشاد الأذهان ٢: ٦٢.

و لو اعترفت (١) بعد اللعان لم يجب عليها الحد، إلا أن تقرّ أربع مرّات.

و فى وجوبه معها تردّد.

الحدّ سقط باللعان بحكم الشارع، و لم يتجدّد قذف، فلا وجه لوجوبه. و روى محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام أنه سأل عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه هل يرّد عليه ولدها؟ قال: «إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، و ردّ عليه ابنه، و لا ترجع إليه امرأته أبدا» (١). و بها أخذ المفيد (٢) و العلّامة فى القواعد (٣). و هو الأقوى، لأنّه أكّد باللعان القذف، لتكراره إياه فيه. و السقوط إنما يكون مع علم صدقه أو اشتباه الحال، أما مع اعترافه بكونه كاذبا فهو قذف محض، فلا تكون زيادته مسقطه للحدّ. و الرواية بثبوته ناصّه عليه، و الأخرى لا تنافيه. مع أن فى طريق الروایتين من هو مشترك بين الثقة و الضعيف، و إنما نجعلها شاهدا على ما اخترناه بالوجه العامّ.

و اعلم أن الشيخ فى التهذيب (٤) حمل الرواية الأخيره على إكذاب نفسه قبل إتمام اللعان. و لا يخفى ما فيه، لأنه لو كان كذلك لم يزل الفراش و لم يثبت التحريم المؤبّد، و قد حكم فى الرواية بأنها لا ترجع إليه أبدا.

قوله: «و لو اعترفت. إلخ».

إذا اعترفت بعد اللعان بالزنا لم يجب عليها الحدّ بمجرد الإقرار إجماعا، لما سيأتى (٥) إن شاء الله تعالى من أن حدّ الزنا لا يثبت على المقرّ إلا أن يقربه

ص: ٢٤٦

١- (١) التهذيب ١٩٤: ٨ ح ٦٨١، الاستبصار ٣: ٣٧٦ ح ١٣٤٢، الوسائل ١٥: ٦٠١ ب «٦» من أبواب اللعان ح ٦.

٢- (٢) المقنعه: ٥٤٢.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٩٤.

٤- (٤) التهذيب ١٩٤: ٨ ذيل ح ٦٨١.

٥- (٥) فى الباب الأول من كتاب الحدود.



## الثانيه: إذا انقطع كلامه بعد القذف، وقبل اللعان

الثانيه: إذا انقطع (١) كلامه بعد القذف، وقبل اللعان، صار كالأخرس [و يكون] لعانه بالإشاره، وإن لم يحصل اليأس منه.

أربع مرّات. و على تقدير إقرارها به أربعاً ففي وجوب الحدّ عليها قولان أشهرهما وجوبه، ذهب إليه الشيخ في النهايه (١) و أتباعه (٢) و ابن إدريس (٣) و العلامه (٤)، لعموم ما دلّ على وجوب الحدّ على من أقرّ أربعاً مكلفاً حرّاً مختاراً. و المصنّف تردد في ذلك نظراً إلى أنها أقرت بزنا سقط حدّه باللعان، لقوله تعالى «و يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ» (٥) فلا يعود. و الأول أقوى، لما ذكر في السابق.

قوله: «إذا انقطع. إلخ».

إذا قذف الناطق ثمّ اعتقل لسانه و عجز عن الكلام لمرض و غيره، نظر إن كان لا يرجى زوال ما به فهو كالأخرس. و قد تقدّم (٦) القول فيه. و إن كان يرجى ففي انتظار زواله وجهان:

أحدهما- هو الذي قطع به المصنّف- لا، و يلاعن بالإشاره، لحصول العجز في الحال، و حدّ القذف مضيق، و ربما يموت فيلحق به نسب ليس منه، و ذلك ضرر.

و الثاني: أنه ينتظر زواله، و لا يغيّر الحكم بالعوارض التي تطرأ و تزول،

ص: ٢٤٧

١- (١) النهايه: ٥٢٢، ٥٢١.

٢- (٢) راجع المهذب ٣٠٨: ٢، إصباح الشيعه (ضمن سلسله ينباع الفقهيّه) ٢٩٢: ٢٠.

٣- (٣) السرائر ٧٠١: ٢.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ٦٢: ٢.

٥- (٥) النور: ٨.

٦- (٦) في ص: ٢٠٢.

## الثالثة: إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر

الثالثة: إذا ادّعت (١) أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر، فأقامت بيّنه، لم يثبت اللعان و تعيّن الحدّ، لأنه يكذب نفسه.

لتمكّن الإتيان بصريح الكلمات المعتبره فى الشهادات و اللعن و الغضب.

و المذهب هو الأول.

قوله: «إذا ادّعت. إلخ».

إذا ادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها فله فى الجواب أحوال:

أحدها: أن يسكت فتقيم عليه البيّنه، فله أن يلاعن، و ليس السكوت إنكارا للقذف و لا- تكذيبا للبيّنه فى الحقيقة، و لكنّه جعل كالإنكار فى قبول البيّنه.

و إذا لاعن قال: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما اثبت علىّ من رمىّ إياها بالزنا.

و ثانيها: أن يقول فى الواجب: لا يلزمنى الحدّ، فأقامت البيّنه على القذف، فله اللعان أيضا. و يجوز أن يريد بقوله: لا يلزمنى الحدّ، أنى صدقت فيما قلت و سأحقّقه باللعان فلا يكون علىّ حدّ.

و ثالثها: أن ينكر القذف فتقيم الشاهدين عليه. و قد أطلق المصنّف-رحمه الله- فيه أنه لا- يجاب إلى اللعان لو أراده و تعيّن الحدّ، لأنه بلعانه يكذب نفسه فى إنكاره القذف، لأنه ينكر نسبتها إلى الزنا فكيف يشهد بالله إنه لمن الصادقين فيما نسبها إليه؟! و يحتمل جواز اللعان، لأنه لم ينكر زناها و إنما أنكر القذف و القذف يستعمل فى القول الباطل، فيجوز أن يريد أن قولى صادق و ليس بقذف باطل و إن لم يتلفظ بالتأويل، و لأن قوله مردود عليه بالبيّنه، فصار كأنه لم ينكر.

و الوجه أنه إن أظهر لإنكاره هذا التأويل و نحوه من التأويلات المحتمله قبل و إلا فلا، لأنه خلاف مدلول اللفظ فلا يكفى فى نفيه مجرّد الاحتمال.

الرابعه: إذا قذف امرأته (١) برجل على وجه نسبهما إلى الزنا كان عليه حدان، و له إسقاط حدّ الزوجه باللعان. و لو كان له بينه سقط الحدان.

و على تقدير عدم القبول أو عدم التأويل لو أنشأ قذفا في الحال فله أن يلاعن لأجله و يسقط به الحدّ و إن كانت هي صادقه في دعوها، لأن من كثر قذف امرأته كفاه لعان واحد.

و رابعها: أن لا يقتصر في الجواب على إنكار القذف بل قال: ما قذفت و ما زنيت، فيحدّ، و لا لعان هنا قطعاً، لأنه شهد بعفتها و براءتها فكيف تحقّق (١) زناها باللعان و قوله الأول يكذب به؟! و ليس له أن يقيم البينه و الحال هذه، لأنه كذب الشهود بقوله: ما زنيت. و في هذه الحاله لو أنشأ قذفا ففي جواز لعانه و جهان، من إطلاق الحكم بثبوتة بالقذف، و من أن إقراره ببراءتها ينافي اللعان. و الوجه تقييد جواز اللعان بمضى مدّه بعد الدعوى يمكن فيها الزنا. و على تقدير جواز اللعان ففي سقوط حدّ القذف الذي قامت البينه عليه و جهان، من أن قوله:

«ما زنيت» يمنع من صرفه إلى الأول، و من إطلاق سقوط الحدّ باللعان الواحد للقذف المتعدّد. و الأقوى الأول.

قوله: «إذا قذف زوجته. إلخ».

إذا قذف زوجته بالزنا برجل معيّن، بأن قال: زنيت بفلان، فهو قذف لهما بلفظ واحد، فيثبت الحدّ لهما، لكن سيأتى إن شاء الله تعالى في الحدود (٢) أنه مع قذف متعدّد بلفظ واحد لهم حدّ واحد إن جاؤا به مجتمعين، و إن تفرّقوا فلكلّ واحد حدّ، و هذه من أفراد تلك.

و حينئذ نقول: إن جاء به متفرّقين فلا إشكال في تعدّد الحدّ، و أن له

ص: ٢٤٩

١- ١) في «ق، م» و إحدى الحجريّتين: يحقّق.

٢- ٢) في المسأله الاولى من الباب الثالث من كتاب الحدود.

الخامسة: إذا قذفها (١) فأقرت قبل اللعان، قال الشيخ: لزمها الحد إن أقرت أربعا، وسقط عن الزوج، ولو أقرت مره. وإن كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان، وكان للزوج أن يلاعن لنفيه، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفى النسب، إذ هو ثابت بالفراش. وفي اللعان تردد.

إسقاط حدّها باللعان دون حدّه كما ذكره المصنّف، وإن جاء به مجتمعين، فإن لاعن الزوجه سقط حدّها و حدّ الرجل كما لو جاء متفرّقين، لأن الحدّ لهما يتداخل و يجتزى منه بواحد، ولم يحصل هنا حدّ فكان كما لو لم يطلبه. وإن لم يلاعن و حدّ لها تداخل الحدّان بناء على القاعده المقرّره، وإن كان إطلاقه وجوب الحدّين هنا لا يخلو من منافره للقاعده، لكن طريق الجمع ما قرّناه.

و لا فرق في عدم سقوط حدّه للرجل بين أن يذكره في لعانها، بأن يقول:

أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، و عدمه عندنا، لأن اللعان بالنسبه إلى إسقاط حدّ القذف مختصّ بالزوجه، خلافا لبعض العامّه (١) حيث أسقط حدّه (٢) مع ذكره في لعانها، نظرا إلى أن اللعان حجّه في ذلك الزنا في طرف المرأه فكذا في طرف الرجل، لأن الواقعة واحده، و قد قامت فيها حجّه مصدّقه. و جوابه أن اللعان إنما يثبت حجّه على قذف الزوجه كما تضمّنته الآيه (٣) لا على قذف غيرها، فيبقى حكم قذفه على الأصل. و لو فرض تعدّد صيغه القذف بالنسبه إليهما تعدّد الحدّ مطلقا كما ذكر.

قوله: «إذا قذفها. إلخ».

إذا قذفها بالزنا و صادقته عليه قبل اللعان سقط الحدّ عنه، لاعترافها بعدم

ص: ٢٥٠

١ - ١) الحاوى الكبير ١١: ٦٢، الوجيز للغزالي ٢: ٩٠، روضه الطالبين ٦: ٣١٨.

٢ - ٢) في «و»: حقّه.

٣ - ٣) النور: ٦.

السادسه: إذا قذفها فاعترفت [ثم أنكرت] (١) فأقام شاهدين باعترافها، قال الشيخ: لا يقبل إلا أربعه، و يجب الحدّ.

و فيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهاده بالإقرار لا بالزنا.

الإحصان، و لم يجب عليها (١)، لعدم حصول موجب، إلا أن تقرّ (٢) أربعا.

فإن ولدت من الوطاء الذى تصادقا عليه أنه زنا فهو لاحق بهما شرعا، لأنها فراش و الولد للفراش، و قولهما فى نفيه غير مقبول، لأنه إقرار فى حقّ الغير، فإن تلعنا انتفى عنه حينئذ. ذكر جميع ذلك الشيخ فى المبسوط (٣). و كلّ جريد فى محلّه إلا قوله بصحّه اللعان لنفيه، فقد تردّد فيه المصنّف. و وجهه من ثبوت نسب الولد ظاهرا على ما قرّناه، فإذا نفاه الرجل مع عدم سبق إقراره به دخل تحت عموم (٤) اللعان لنفى الولد الملحق به ظاهرا، و من أن اللعان هنا غير متصوّر، لأنّ الزوجه لا يمكنها أن تقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فى نفى الولد عنه مع تصديقها إياه على الزنا و على تولّد الولد من الزنا، فإن ذلك فرض المسأله. و إنما يتّجه اللعان مع تصديقها له على الزنا دون تولّد الولد منه، أما مع دعواها كونه من الزوج أو إطلاقها (٥) فلا. و الأقوى ثبوته هنا، و انتفاؤه فى الأول.

قوله: «إذا قذفها فاعترفت. إلخ».

إذا قذفها و ادّعى اعترافها بالزنا فأنكرت فهل يثبت الزنا بإقرارها

ص: ٢٥١

١- ١) كذا فى «د» و فى سائر النسخ و الحجرّيتين: عليه.

٢- ٢) كذا فى «م» و فى سائر النسخ و الحجرّيتين: يقرّ.

٣- ٣) المبسوط ٢٠٢: ٥.

٤- ٤) لاحظ الوسائل ٦٠٤: ١٥ ب «٩» من أبواب اللعان.

٥- ٥) فى «و»: و إطلاقها.

بشاهدين، أم لا- بدّ من أربع؟ قولان منشؤهما كون الغرض من الإقرار إثبات الزنا الموجب لإقامه الحدّ و هتك العرض، فكان كالشهادة على نفس الزنا فلا بدّ من الأربعة، وهو من باب اتّحاد طريق المسألتين لا القياس. وهو اختيار الشيخ (1) في هذا الباب، وقوّاه في المختلف (2). ومن أن المشهود عليه إقرار فأشبهه سائر الأقارير. وهو اختيار الشيخ في المبسوط (3) والخلاف (4) في باب الشهادات، وابن إدريس (5)، ويظهر من المصنّف الميل إليه هنا.

ثمّ على تقدير توقّف ثبوت الزنا على الأربعة هل يكفي الاثنان في سقوط الحدّ عن القاذف، أم لا بدّ من الأربعة كالسابق؟ قال الشيخ في المبسوط (6) بالثاني، لأنها شهادة على الزنا فلا يقبل أقلّ من أربعة. وقيل:

يكفي هنا اثنان، لأنها شهادة على الإقرار بالزنا لا عليه نفسه، وهو لا يستلزم ثبوت الزنا بمجرد، لأن الحدّ يسقط عنه بإقرارها مرّة واحدة ولا- يثبت عليها الزنا إلا بإقرارها أربعاً، فيثبت الإقرار بشاهدين بالنسبة إلى إسقاط الحدّ كما يثبت بهما المال و موجب القصاص، بل هنا أولى، لأن الحدود مبنيّة على التخفيف. وهذا أقوى.

ص: ٢٥٢

١- ١) المبسوط ٢٢٤: ٥.

٢- ٢) المختلف: ٧٢٧.

٣- ٣) المبسوط ١٧٢: ٨.

٤- ٤) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٦٠٦: ٢ مسألة (٣).

٥- ٥) السرائر ١١٥: ٢- ١١٦.

٦- ٦) المبسوط ٢٢٤: ٥.

## السابعه: إذا قذفها فماتت قبل اللعان

السابعه: إذا قذفها فماتت (١) قبل اللعان سقط اللعان، و ورثها الزوج، و عليه الحدّ للوارث. و لو أراد دفع الحدّ باللعان جاز. و فى روايه أبى بصير: «إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له، و إلا أخذ الميراث». و إليه ذهب [الشيخ] فى الخلاف. و الأصل أن الميراث يثبت بالموت، فلا يسقط باللعان المتعقب.

قوله: «إذا قذفها فماتت. إلخ».

قد عرفت ممّا سبق (١) أن من أحكام اللعان ما يترتب على لعانه خاصه من غير أن يتوقف على لعانها، و هو سقوط الحدّ عنه و ثبوته عليها، و أن منه ما يترتب على لعانها معاً، كالفرقه المؤييده الموجهه لنفى التوارث و انتفاء نسب الولد عن الأب. فإذا فرض موتها قبل اللعان لم يسقط حكم ما يترتب على لعانه خاصه، لعدم المانع منه، فله أن يلاعن بعد موتها لنفى الحدّ عنه من غير احتياج إلى لعان الوارث، و لكنّه لا ينفى الميراث و لا النسب، لترتّبهما على التلاعن من الجانبين و قد فات بموتها، و الأصل أن لا يقوم غيرها مقامها فيه.

و قال الشيخ فى النهايه (٢): إن قام رجل من أهلها فلا عنه سقط الحدّ عنه، و سقط إرثه، و تبعه عليه القاضى (٣) و جماعه (٤).

و المستند روايه أبى بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث

ص: ٢٥٣

١- ١) فى ص: ٢٤١.

٢- ٢) النهايه: ٥٢٣.

٣- ٣) المهذب ٣١٠: ٢.

٤- ٤) راجع الوسيله: ٣٣٧-٣٣٨.

زوجها» (١) وروايه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام في رجل قذف امرأته فخرج فجاء و قد توفيت قال: «يختر واحده من ثنتين، يقال له: إن شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام فيك الحدّ و تعطى الميراث، و إن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها و لا ميراث لك» (٢).

و الروايتان ضعيفتان، الأولى بالإرسال، و الثانية برجال الزيدية. و الأصل أن لا يقوم غير الزوجه مقامها في اللعان، و أن لا يزول الإرث الذي قد ثبت بالموت.

و أما ما قيل في ردّه من أن الوارث لا- يمكنه القطع بنفى فعل غيره، و لا- يكفي يمينه على نفي العلم، و أن الاجتزاء بأيّ وارث كان مع التعدّد ترجيح من غير مرجّح، فلا- يصلح للمنع، لإمكان اطلاع الوارث و علمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصوراً، بأن يدعى عليها أنها زنت في ساعه كذا بفلان أو مطلقاً و قد كان الوارث ملازماً لها أو للمنسوب إليه في تلك الساعه على وجه يعلم انتفاء الفعل، كما في نظائره من الشهادات على النفي المحصور.

و لمّا كان المعتر لعان واحد من طرف الزوجه اكتفى بلعان وارث واحد، لقيامه مقام لعانها، و مع التعدّد يتخير الوارث إن بذل الجميع أو يقرع بينهم مع التشاّح.

فمثل ذلك لا يصلح لإبطال الحكم لو ثبت بنصّ يعتمد عليه، و إنما الوجه في ردّه ضعف مستنده.

ص: ٢٥٤

١- (١) التهذيب ١٩٠: ٨ ح ٦٦٤، الوسائل ٦٠٨: ١٥ ب «١٥» من أبواب اللعان.

٢- (٢) الفقيه ٣٤٨: ٣ ح ١٦٦٩، التهذيب ١٩٤: ٨ ح ٦٧٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.



## الثامنة: إذا قذفها و لم يلاعن فحدّ، ثمّ قذفها به

الثامنة: إذا قذفها و لم يلاعن (١) فحدّ، ثمّ قذفها به، قيل: لا حدّ، و قيل: يحدّ، تمسّكا بحصول الموجب. و هو أشبه. و كذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثمّ قذفها به، و هنا سقوط الحدّ أظهر.

و لو قذفها به الأجنبي حدّ. و لو قذفها فأقرّت، ثمّ قذفها الزوج أو الأجنبي، فلا حدّ.

و لو قذفها و لاعن فنكلت ثمّ قذفها الأجنبي قال الشيخ: لا حدّ كما لو أقام بينه. و لو قيل: يحدّ كان حسنا.

قوله: «إذا قذفها و لم يلاعن.. إلخ».

هنا مسائل خمس:

الأولى: تكرار القذف قبل اللعان من غير أن يتخلّله الحدّ لا يوجب زياده عن حدّ واحد و لا لعان واحد إجماعا. و إن تخلّل الحدّ ثمّ قذف فهل يجب الحدّ ثانيا؟ اختلف كلام الشيخ فيه، فأثبتته في الخلاف (١) و نفاه في المبسوط (٢).

و مبنى القولين على أن كلّ واحد من القذف المتعدّد سبب تامّ في إيجاب الحدّ، و الأصل مع تعدّد الأسباب أن يتعدّد المسبّب، خرج منه ما إذا لم يتخلّل الحدّ فيبقى الباقي، و أن الحدّ في القذف إنما يثبت مع اشتباه صدق القاذف و كذبه لا مع الحكم بأحدهما، و كذبه هنا معلوم بقوله تعالى «فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ» (٣). و يضعف الثاني بأنّ المعترف في سقوط الحدّ ظهور كذبه لا وصفه به بمجرّد الذمّ مع تجويز صدقه في نفس الأمر، فلا يزول بذلك ما دلّ على إيجاب

ص: ٢٥٥

١-١) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢٩٥: ٢ مسألة (٥٣).

٢-٢) المبسوط ٢٢٠: ٥.

٣-٣) النور: ١٣. و نصّ الآية: «فَأُولَئِكَ».

الحدّ مع (١) القذف المعلوم الموجب لزياده الهتك الموهم لدعوى الصدق فى السابق. فما اختاره المصنّف من ثبوت الحدّ ثانيا أقوى. هذا إذا كان القذف الثانى بمتعلّق الأول، كما تبّه عليه المصنّف بقوله: «ثمّ قذفها به». أما لو قذفها بزنيه أخرى فلا إشكال فى ثبوت الحدّ عليه ثانيا.

الثانيه: أن يتخلّل اللعان بين القذفين. وقد اتّفق قولا الشيخ (٢) هنا على سقوط الحدّ، لأن اللعان مساو للبيّنه و الإقرار من المرأه فى سقوط الحدّ ثانيا.

وقيل: يحدّ هنا أيضا، لأن اللعان إنما أسقط الحدّ الذى وجب عليها (٣) بلعانه و لم يثبت زناها به و لا- أقرّت و لا- نكلت، فمع القذف الثانى وجد موجب الحدّ، لعموم الآيه (٤)، و اللعان المتقدّم لا يصلح لإسقاطه، لاستحاله تقدّم المسبّب على السبب، و الأول أقوى.

الثالثه: أن يقذفها به الأجنبى فيجب عليه الحدّ، سواء كان قبل تلاعنهما أم بعده، لوجود المقتضى له و انتفاء المانع، إذ ليس إلا تلاعن الزوجين و هو مفقود فى طرف الأجنبى، لأنه قاذف محض و لم يوجد له مسقط، و ربما احتمل سقوطه عنه أيضا، نظرا إلى أن لعان الزوج كإقامه البيّنه عليها بالزنا، و هى مسقطه لإحصانها المقتضى لسقوط الحدّ عن قاذفها. و قيام اللعان مقام البيّنه مطلقا ممنوع، و إنما قام مقامها فى سقوط الحدّ عن الزوج لا مطلقا.

الرابعه: لو قذفها فأقرّت ثمّ قذفها الزوج أو الأجنبى فلا حدّ، لسقوط

ص: ٢٥٦

١- ١) كذا فى «م» و فى سائر النسخ: من.

٢- ٢) انظر الهامش (١ و ٢) فى الصفحه السابقه.

٣- ٣) فى هامش «د»: عليه ظ «أى: ظاهرا».

٤- ٤) النور: ٤.

إحصانها بإقرارها به كما يسقط بالبينة. و يكفي في سقوط الحد إقرارها به مره واحده و إن لم يثبت عليها الحد بدون الأربع، لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1) و اختصاص حكم المتعدّد بثبوت الزنا و الإحصان غيره. و لا فرق في هذه الحالة بين قذفها بالزنيه الأولى و غيرها، لا اشتراكهما في المقتضى و هو سقوط إحصانها بالإقرار.

الخامسه: لو قذفها الزوج و لاعن فنكلت ثمّ قذفها الأجنبي فهل يجب عليه الحد؟ قولان:

أحدهما- للشيخ في كتابي (2) الفروع:- لا حدّ عليه، لأن النكول كالبيّنه و هي مسقطه للحدّ، لأنها مزيله للإحصان.

و الثاني- للأكثر و منهم المصنّف:- ثبوت الحدّ، لعموم و الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (3). و يمنع زوال الإحصان بنكولها و قيامه مقام البيّنه مطلقاً و إن لزم به ما نكل عن الحلف عليه ظاهراً، لأن ذلك لعدم تخلّصها عن الدعوى باليمين لا لكونها أقرت، و لأن اليمين محذوره فبالنكول (4) عنها كما يحتمل حقّيه المدعى يحتمل قصد السلامه من محذور اليمين، و المزيل للإحصان الأول دون الثاني.

و هذا أقوى.

ص: ٢٥٧

١- ١) عوالى اللثالى ١: ٢٢٣ ح ١٠٤، الوسائل ١١١: ١٦ ب «٣» من كتاب الإقرار ح ٢، المستدرک ٣١: ١٦ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ١، و راجع المختلف: ٤٤٣، التذکره ٧٩: ٢، إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، و جامع المقاصد ٢٣٣: ٥، فهناك بحث في كون هذه الجملة روايه.

٢- ٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٢٩٥ مسألة (٥٤)، المبسوط ٥: ٢٢٠-٢٢١.

٣- ٣) النور: ٤.

٤- ٤) في «ق، ط، و»: فالنكول.

التاسعة: لو شهد أربعة (١) و الزوج أحدهم فيه روايتان، إحداهما ترجم المرأة، و الأخرى تحدّ الشهود و يلاعن الزوج.

و من فقهائنا من نزل ردّ الشهادة على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف. و هو حسن.

قوله: «لو شهد أربعة. إلخ».

إذا شهد على المرأة بالزنا أربعة رجال أحدهم الزوج ففي ثبوته عليها بشهادتهم قولان، منشؤهما اختلاف الروايتين، فذهب الأ-كثر-و منهم الشيخ (١) و ابن إدريس (٢) و المصنّف و أكثر المتأخّرين (٣)- إلى قبول شهادة الزوج و ثبوت الحدّ على المرأة، لو جود المقتضى لثبوت الزنا و هو شهادة أربعة عدول، و انتفاء المانع، لأنّ شهادة الزوج مقبولة لزوجته و عليها، و روايه إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن أربعة شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها قال: «تجوز شهادتهم» (٤) و معنى الجواز الصحّة، و الصحيح ما يترتب أثره عليه و هو ثبوت الحدّ على المشهود عليه.

و ذهب الصدوق (٥) و القاضي ابن البرّاج (٦) مع آخرين (٧) إلى الثاني، لروايه

ص: ٢٥٨

١- ١) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٢٩٦ مسألة (٥٩)، النهاية: ٦٩٠، الاستبصار ٣: ٣٦ ذيل ح ١١٩.

٢- ٢) السرائر ٣: ٤٣٠.

٣- ٣) راجع الجامع للشرائع: ٤٨٠، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٦، اللمعة الدمشقية: ١٣٢، التنقيح الرائع ٤: ٣٤٧، المقتصر: ٤٠٦-٤٠٧.

٤- ٤) التهذيب ٦: ٢٨٢ ح ٧٧٦، الاستبصار ٣: ٣٥ ح ١١٨، الوسائل ١٥: ٦٠٦ ب «١٢» من أبواب اللعان ح ١.

٥- ٥) المقنع: ١٤٨.

٦- ٦) المهذب ٢: ٥٢٥.

٧- ٧) راجع الكافي في الفقه: ٤١٥، إيضاح الفوائد ٣: ٤٥٧-٤٥٨، تحرير الأحكام ٢: ٦٩ و في ص: ٢٢٢ حسن قول الشيخ (قده).

زراره عن أحدهما عليهما السلام في أربعة شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها قال: «يلاعن، و يجلد الآخرون» (١). و يؤيدها قوله تعالى لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ (٢) إِنْ جَعَلَ الضَّمِيرُ فِي «جَاؤَا» رَاجِعًا إِلَى الْقَاذِفِينَ وَ مِنْهُمْ الزَّوْجُ، فَإِنَّهُ لَا يَقَالُ: جَاءَ الْإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ بِمَعْنَى أَتَى بِهَا.

و الأصحّ الأول. و الروايه الثانيه ضعيفه السند [١] بمحمد بن عيسى و إسماعيل بن خراش، فإنه مجهول. و الأولى موافقه للأصول، معتضده بقوله تعالى وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ (٣) فَإِنْ ظَاهَرَهَا أَنَّهُ إِذَا كَانَ غَيْرَهُ فَلَا لَعَانَ، وَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ (٤) قِيلَ الْخَطَابُ لِلْحُكَّامِ وَ هُمْ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونُوا غَيْرَ الزَّوْجِ أَوْ مَعَهُ.

و الشيخ (٥) حمل الروايه الثانيه على اختلال بعض شرائط القبول، و ابن إدريس (٦) على سبق قذف الزوج، و هو من جمله اختلال الشرائط. و لا بأس بالحمل، لأنه طريق الجمع حيث لا تطرح الروايه لضعفها.

و لابن الجنيّد (٧) قول ثالث بأن الزوجه إن كانت مدخولا بها ردّت الشهاده

ص: ٢٥٩

١- (١) التهذيب ١: ١٨٤ ح ٦٤٣، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١١٩، الوسائل ١٥: الباب المتقدم ح ٢.

٢- (٢) النور: ١٣.

٣- (٣) النور: ٦.

٤- (٤) النساء: ١٥.

٥- (٥) النهايه: ٦٩٠.

٦- (٦) السرائر ٣: ٤٣١.

٧- (٧) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٧٥٤.

## العاشره: إذا أخلّ أحدهما بشيء من ألفاظ اللعان الواجبه

العاشره: إذا أخلّ [أحدهما] (١) بشيء من ألفاظ اللعان الواجبه لم يصحّ. و لو حكم به حاكم لم ينفذ.

### الحاديه عشره: فرقه اللعان فسخ

الحاديه عشره: فرقه اللعان (٢) فسخ، و ليست طلاقا.

و حدّوا و لاعن الزوج، و إلا حدّت هي. و كأنه قصد الجمع بذلك أيضا، و خصّ الردّ بحاله الدخول، لاشتغال روايته على لعان الزوج و هو مشروط بالدخول، فتعيّن حمل الأخرى على غيره. و لا وجه لهذا بعد ضعف الروايه عن مقاومه أدلّه القبول.

قوله: «إذا أخلّ أحدهما. إلخ».

تبه بذلك على خلاف أبي حنيفه (١) حيث ذهب إلى أن الحاكم إذا حكم بالفرقه بأكثر كلمات اللعان نفذ، و قام الأكثر مقام الجمع، و إن كان الحاكم مخطئا في الحكم. و ضعفه ظاهر، فإن الحكم حينئذ خطأ بالإجماع فلا ينفذ، كسائر الأحكام الباطله باختلال بعض شروطها و أركانها.

قوله: «فرقه اللعان. إلخ».

خالف في ذلك أبو حنيفه (٢) أيضا، فجعلها فرقه طلاق. لنا: أنها تحصل بغير لفظ فضلا عن لفظ الطلاق، فكانت كفرقه الرضاع و الردّه. و تظهر الفائدة في عدم اشتراط جمعها لشرائط الطلاق، من كون الزوجه طاهرا من الحيض طهرا لم يقربها فيه، إلى غير ذلك من شرائطه، و فيما لو علّق ظهار امرأه أخرى بطلاق هذه فلا عنها.

ص: ٢٤٠

(١ - ١) انظر المبسوط للسرخسي ٧: ٤٧-٤٨، حليه العلماء ٧: ٢٢٩.

(٢ - ٢) راجع المبسوط للسرخسي ٧: ٤٣-٤٤، اللباب في شرح الكتاب: ٣: ٧٧، روضه القضاء ٣: ١٠٣٤، شرح فتح القدير ٤: ١١٩، بدائع الصنائع ٣: ٢٤٥.

و فى تنصّف المهر لو كان قبل الدخول-حيث نجوّزه قبله-من حيث كونه فسخا من جهتها، إذ لم تحصل الفرقه إلاّ بلعانها، أولا نظرا إلى اشتراكهما فى السبب الموجب، إذ هو اللعان من الجانبين، نظر. و على الثانى يثبت الجميع، لأنّ تنصّفه قبل الدخول مشروط بالطلاق أو بدليل خاصّ.

تمّ الجزء الرابع من كتاب مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، و فرغ من تسويده مصنّفه الفقير إلى الله تعالى زين الدين بن على بن أحمد أواخر شهر جمادى الآخرة سنة ثلاث و ستين و تسعمائه حامدا مصلّيا مسلّما.





كتاب العتق

اشاره

كتاب العتق

ص: ٢٦٣



كتاب العتق (١) و فضله متفق عليه (٢) حتى روى: «من أعتق مؤمنا أعتق الله بكلّ عضو منه عضوا له من النار».

بسم الله الرحمن الرحيم قوله: «كتاب العتق».

هو لغة الخلوص، و منه سمى البيت الشريف عتيقا، و الخيل الجياد عتاقا.

و شرعا خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرقّ بالنسبه إلى مطلق العتق، و بالنسبه إلى المباشره التي هي مقصود الكتاب الذاتى تخلّص الآدمى أو بعضه من الرقّ منجّزا بصيغه مخصوصه.

قوله: «و فضله متفق عليه. إلخ».

اتفق أهل الإسلام على فضيله العتق. و الروايه التي أشار إليها رواها الخاصّه و العامّه عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم لكن بعبارات مختلفه، فروى زراره فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو منه عضوا من النار» (١).

و روى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبى البلاد، عن أبيه مراسلا، عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه قال: «من أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو له عضوا منه من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضوين منها

ص: ٢٤٥

---

١- ١) الكافي ٦: ١٨٠ ح ٢، التهذيب ٨: ٢١٦ ح ٧٦٩، الوسائل ٢: ١٦ ب «١» من أبواب العتق ح ٢.

عضوا من النار، لأن المرأه نصف الرجل» (١). و في الصحيح عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله جعفر بن محمد عليهما السلام أنه قال في الرجل يعتق المملوك قال: «يعتق بكل عضو منه عضو من النار» (٢).

فهذه جملة ألفاظ الروايه على اختلافها من طرق الأصحاب، و ليس فيها اللفظ الذي نقله المصنّف، فكأنه نقلها بالمعنى.

و خصّ المؤمن إما لأن المراد به المسلم كما في الروايه الصحيحه، أو حمل المطلق على المقيّد كما يحمل لفظ المملوك في الروايه الأخرى على المسلم أو المؤمن. و يجوز إبقاء كلّ واحد من الثلاثة على أصله، و حصول الثواب المذكور على عتق كلّ مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقاً، ذكراً أو أنثى. و أن يخصّ ذلك بالذكر بقريته تذكير لفظه، و تقييده بما في الروايه الأخرى، إلا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو عن نظر.

و روى العامه في الصحيحين أنه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «أيما رجل أعتق امرءاً مسلماً استنقذ الله تعالى بكلّ عضو منه عضواً منه من النار حتى الفرج بالفرج» (٣). و في هذه الروايه التقييد بالإسلام و كون المعتق رجلاً، لأن الامرأ مذكر الامرأ فلا يتناول الأنثى. و في بعض ألفاظ رواياتهم عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم: «من أعتق رقبه أعتق الله بكلّ عضو منها عضواً منه من النار»

ص: ٢٤٤

- 
- ١-١) الكافي ٦:١٨٠ ح ٣، التهذيب ٨:٢١٦ ح ٧٧٠، الوسائل ٥:١٦ ب «٣» من أبواب العتق ح ١.  
 ٢-٢) الكافي ٦:١٨٠ ح ١، التهذيب ٨:٢١٦ ح ٧٦٨، الوسائل ٢:١٦ ب «١» من أبواب العتق ح ١، مع اختلاف يسير.  
 ٣-٣) صحيح البخارى ٣:١٨٨، صحيح مسلم ٢:١١٤٨ ح ٢٤، سنن البيهقي ١٠:٢٧١.

و يختصّ الرقّ (١) بأهل الحرب دون اليهود و النصارى و المجوس القائمين بشرائط الذمّه. و لو أخلّوا دخلوا فى قسم أهل الحرب. حتى فرجها بفرجه» (١). و هذه شامله للذكر و الأثنى، المسلم و غيره.

و اعلم أن مّا يدلّ على فضيله العتق جعل الله تعالى إيّاه كفّاره لقتل المؤمن، و الوطء فى رمضان، و للآثم (٢) فى مخالفه الله تعالى فيما عاهده عليه و نذره و حلف عليه. و قد جعله النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم موجبا للعتق من النار فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: «أيّما رجل أعتق رجلا مسلما كان فكأكه من النار» (٣). و لأنه يخلّص الآدمى المعصوم الدم من ضرر الرّق، و يملكه منافعه، و يكمل أحكامه.

قوله: «و يختصّ الرقّ. إلخ».

المراد بأهل الحرب من يجوز قتالهم و محاربتهم إلى أن يسلموا، سواء انحصرت الغايه فى إسلامهم كمن عدا اليهود و النصارى و المجوس من فرق الكفّار، أم كان الإسلام أحد الغايتين كالفرق الثلاث، فإنهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمّه من الجزية و غيرها. و إلى شمول أهل الحرب لمن ذكر أشار المصنّف بقوله: «و لو أخلّوا دخلوا فى قسم أهل الحرب».

و ربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم الأول خاصّه و إن جاز قتال القسم الثانى فى الجملة. و الوجه على هذا فى التسميه أنهم ليس لهم ما داموا على الكفر إلا الحرب لا تقبل منهم فديه إلى أن يسلموا، بخلاف الفرق

ص: ٢٦٧

- 
- ١- ١) صحيح مسلم ١١٤٧: ٢ ح ٢٢، سنن البيهقى ٢٧٢: ١٠.
  - ٢- ٢) فى «خ، و، م»: و الإثم.
  - ٣- ٣) سنن أبى داود ٤: ٣٠ ح ٣٩٦٧، سنن البيهقى ٢٧٢: ١٠.

و كل من أقرّ (١) على نفسه بالزّق مع جهاله حرّيته حكم برقه.

الثلاث، فإنهم قد يحرم حربهم إذا التزموا [بشرائط] (١) الذمه، فلم يكونوا أهل حرب من حيث هم كفّار من إحدى الفرق الثلاث، بل من جهة عدم التزامهم بأحد الأمرين.

و على الاعتبارين فالمراد بأهل الحرب بالنسبه إلى هذا الحكم -و هو جواز استرقاقهم- معناه الأعم، للاتّفاق على جواز استرقاق من عدا الفرق الثلاث الملتزمين بشرائط الذمه. و لا فرق في جواز استرقاقهم بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين و يشتغلوا (٢) بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الإسلام و قهره كمن بين المسلمين من عبده الأوثان و النيران و الغلايه و غيرهم، إلاّ أن يكونوا مهانين للمسلمين بشرائطها المقرّره في كتاب الجهاد، فيجب حينئذ الكفّ عنهم إلى انقضاء المدّه المقرّره.

قوله: «و كل من أقرّ إلخ».

يعتبر في نفوذ إقراره كونه بالغا عاقلا كما هو المعتبر في قبول الإقرار مطلقا، و إنما أهمل اشتراطه استسلافا لذكره في كتاب البيع (٣)، و لكونه قاعده معلومه.

و هل يعتبر مع ذلك رشده؟ الأكثر و منهم المصنّف على عدم اعتباره، لأن السفه إنما يمنع من التصرف المالي و الإقرار بالرقية ليس إقرارا بمال، لأنه قبل الإقرار محكوم بحرّيته ظاهرا فيكون إقراره مسموعا، و لعموم صحيحه عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان علىّ عليه السلام يقول:

ص: ٢٤٨

١ - ١) من «خ» و الحجريّتين.

٢ - ٢) في «خ، و، م»: و يستقلّوا.

٣ - ٣) في ج ٣٧٧: ٣.

الناس كلهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالعبوديّة و هو مدرك من عبد أو أمه» (١) فاعتبر البلوغ و لم يعتبر الرشد.

و قيل: يعتبر الرشد، لأن إقراره و إن لم يتعلّق بمال ابتداء لكنّه كشف عن كونه مالا قبل الإقرار، فإنه إخبار عن حقّ سابق عليه لا إنشاء من حينه، لإمكان أن يكون بيده مال، فإن إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون إقرارا بمال محض و لو بالتبعيّة.

و يضعّف الأول بأن ذلك لو منع قبول الإقرار لأدى إلى قبوله، لأنه إذا لم يقبل بقى على أصل الحرّيه فينفذ إقراره، فيصير مالا فيردّ، فيصير حرّاً، و ذلك دور. و المال جاز دخوله تبعا و إن لم يقبل الإقرار به مستقلاً، كما لو استلحق واجب النفقه فقد قيل إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعا لا أصلا، أو يقال:

يصحّ في الرقيّه دون المال، لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الإقرار بالزوجه (٢) دون المهر.

و حيث يقبل إقراره لا يقبل رجوعه بعد ذلك، لاشتماله على تكذيب كلامه السابق و رفع ما ثبت عليه بغير موجب. و لو أقام بينه لم تسمع، لأنه قد كذبها بإقراره السابق، إلا أن يظهر لإقراره تأويلا يدفع التناقض فيقوى القبول، كما لو قال: لم أعلم بأنّي تولّدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرقّ ثمّ ظهر لى سبق العتق على الإقرار (٣) بالبيّنه أو الشيع المفيد لذلك.

ص: ٢٦٩

١-١) الكافي ١٩٥:٦ ح ٥، الفقيه ٨٤:٣ ح ٣٠٢، التهذيب ٢٣٥:٨ ح ٨٤٥، الوسائل ١٦:٣٣ ب «٢٩» من أبواب العتق ح ١.

٢-٢) في «خ، م» و الحجرّيتين: بالزوجيّة.

٣-٣) في هامش «و»: التولّد ظ «أى: ظاهرا».

و كذا الملتقط (١) في دار الحرب.

و لو اشترى (٢) إنسان من حربى ولده أو زوجته أو إحدى ذوى أرحامه كان جائزا و ملكه، إذ هم فىء فى الحقيقة.

و لو أنكر المقر له رقبته بقى على الرقبه المجهوله. و يتجه حينئذ جواز رجوعه، لأنه مال لا يدعيه أحد، و إقراره السابق قد سقط اعتباره برد المقر له.

فإذا لم يصر حرا بذلك لا أقل من سماع دعواه الحرّيه بعد ذلك.

و وجه عدم قبول الإقرار الثانى مطلقا استلزام إقراره الأول كونه رقبا، و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. و تكذيب المقر له لا يرفع صحه الإقرار فى نفس الأمر، و إنما ينتفى عنه ظاهرا. و متى صار رقبا بإقراره لا ينفذ إقراره بعد ذلك، لأنه [حينئذ] (١) ممنوع من التصرف المترتب على الحرّيه. و لو لم يكن قد عين المقر له ابتداء ثمّ رجع و أظهر تأويلا محتملا فأولى بالقبول.

قوله: «و كذا الملتقط. إلخ».

أى: يجوز استرقاقه كما يجوز استرقاق أهل الحرب تبعا للدار، لا أنه يحكم بكونه رقبا بمجرد وجوده فى دار الحرب، لأنه لا يقصر عن كونه من جملة ذراريهم و هم لا يملكون إلا بالتملك. و إنما يجوز استرقاق اللقيط فى دار الحرب إذا لم يكن فيها مسلم يمكن تولده منه عادة، ذكرا كان المسلم أم أنثى، و إلا حكم بإسلامه و حرّيته.

قوله: «و لو اشترى. إلخ».

لما كان تملك أهل الحرب جائزا للمسلم مطلقا جاز التوصل إليه بكل سبب و منه شراؤه ممن يعينه (٢) على الاستقلال به، سواء كان البائع أبا أم زوجا أم

ص: ٢٧٠

١- ١) من «ق، ط، و» فقط.

٢- ٢) فى هامش «و»: يبيعه ظ «أى: ظاهرا».



و يستوى سبى (١) المؤمنين و الضلال فى استباحه الرق.

غيرهما من الأرحام. و ليس هذا فى الحقيقة بيعا حقيقيا و إنما هو وسيله إلى وصول المسلم إلى حقه، فلا تلحقه أحكام البيع، و لا يشترط فيه شرائطه، و إنما السبب المملك له القهر و الاستيلاء.

و فى الدروس (١) جؤز للمسلم الردّ بالعيب و أخذ الأرش، نظرا إلى أنه و إن لم يكن بيعا حقيقيا لكنّه إنما بذل العوض فى مقابلته سليما.

و يشكل بأن الأرش عوض الجزء الفائت فى المبيع و لا مبيع هنا. و بأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرد الردّ؟ و ليس من الأسباب الناقله للملك شرعا فى غير المبيع الحقيقى.

و يمكن دفع الإشكال بأن قدوم الحربى على البيع التزام بأحكام البيع التى من جملتها الردّ بالعيب أو أخذ أرشه، فردّه عليه يتزل منزله الإيعراض عن المال و الثمن، غايته أن يكون قد صار ملكا للحربى و التوصل إلى أخذه جائز بكلّ سبب و هذا منه، بل أولى، لأنه مقتضى حكم البيع. و هذا كله يتمّ إذا لم يكن مال الحربى معصوما، بأن دخل إلى دار الإسلام بأمان، فلا يجوز أخذ ماله بغير سبب مبيع له شرعا. و حينئذ يتّجه صحّحه البيع و لزوم أحكامه التى من جملتها جواز ردّه معيبا و أخذ أرشه.

قوله: «و يستوى سبى. إلخ».

أراد 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

ص: ٢٧١

أشاره

و إزاله الرقّ (١) تكون بأسباب أربعة: المباشرة، و السرايه، و الملك، و العوارض.

أما المباشرة

أشاره

أما المباشرة: فالعتق، و الكتابة، و التدبير.

أما العتق

أما العتق: (٢) فعبارة الصريحه: التحرير. و فى الإعتراف تردّد. و لا يصحّ بما عدا التحرير، صريحا كان أو كناية، و لو قصد به العتق، كقوله: فككت رقبتك، أو أنت سائبه.

أباح الأئمه (١) عليهم السلام شراء ذلك منهم و غيره من ضروب التملّكات و إن كان للإمام [كلّه] (٢) أو بعضه من غير اشتراط إخراج الحصّه المذكوره.

قوله: «و إزاله الرقّ. إلخ».

أراد بالسبب المزيل للرقّ هنا ما يشمل التامّ و الناقص، فإن من هذه الأسباب ما يكفى فى إزاله الرقّ، كالإعتاق بالصيغه، و شراء القريب، و التنكيل و الجذام و الإقعاد. و منها ما يتوقّف على أمر آخر، كالكتابه لتوقّفها على أداء المال، و التدبير لتوقّفه على موت من علّق عتقه على موته، و الاستيلاء لتوقّفه على موت المولى أيضا، و موت المورث لتوقّفه على دفع القيمه إلى مالكه، و غير ذلك ممّا يفصل فى محلّه.

قوله: «أما العتق. إلخ».

لا بدّ لوقوع العتق من صيغه تدلّ عليه كغيره من الأحكام المتوقّف وقوعها

ص: ٢٧٢

١- ١) راجع الكافى ٥: ٢١، التهذيب ٧: ٧٧ و ج ٨: ٢٠٠، الاستبصار ٣: ٨٣ ب «٥٥»، الوسائل ١٣: ٢٧ ب «٢» و «٣» من أبواب بيع الحيوان.

٢- ٢) من «د، و» فقط.

على الصيغ الخاصه. وقد اتفق الأصحاب على وقوعه بالتحريم، كأن يقول:

حررتك أو أنت حرّ. وقد استعملت هذه اللفظه فيه في قوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ (١). واتفقوا أيضا على عدم وقوعه بالكنايات المحتمله له ولغيره وإن قصد به، كقوله: فككت رقبته أو أنت سائبه أو لا سبيل لي عليك ونحو ذلك.

وختلفوا في لفظ الإعتاق ك: أعتقتك أو أنت معتق أو عتيق، من الشك في كونه صريحا فيه أو كناية. والأصحّ القطع بوقوعه به، لدلالته عليه لغه و عرفا و شرعا، بل استعماله فيه أكثر من التحرير كما لا يخفى على من اطلع على عبارات الفقهاء و كلام النبي صلى الله عليه وآله وسلم و الأئمة عليهم السلام و صيغهم و محاوراتهم. وقد تقدّم (٢) منه ما لو قال لأمته: أعتقتك و تروّجتك، و قوله عليه السلام: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى» (٣) و غير ذلك مما لا يحتاج إلى تعداد لكثرتة.

و قول المصنّف بعد تردّده في وقوعه بالإعتاق: «و لا يصحّ بما عدا التحرير. الخ» أما رجوع عن التردّد إلى الجزم بعدم وقوعه بلفظ العتق، أو متجوّز (٤) في إرادته ما عدا الصيغتين المذكورتين. و قوله: «صريحا كان أو كناية» يدلّ على وجود صيغه أخرى صريحه فيه و لا يقع بها. و فسرها العلامة (٥) ب«فك

ص: ٢٧٣

١- (١) النساء: ٩٢.

٢- (٢) في ج ٣٩: ٨.

٣- (٣) الكافي ١٧٨: ٦ ح ١، الفقيه ٦٨: ٣ ح ٢٢٨، التهذيب ٢١٧: ٨ ح ٧٧٢، الوسائل ١٦: ٦ ب «٤» من أبواب العتق ح ١.

٤- (٤) في «خ، د»: يتجوّز.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٩٧: ٢.

و لو قال لأمته: (١) يا حرّهُ، و قصد العتق، ففي تحريرها تردّد، و الأشبه عدم التحرير، لبعده عن شبه الإنشاء.

الرقبه، و إزاله قيد الملك». و في صراحتها نظر، و إن استعملت الأولى فيه في قوله تعالى فَكُّ رَقَبَةٍ (١) فإن الاستعمال أعمّ من الصريح بل من الحقيقة، كما استعمل الطلاق بلفظ التسريح و الفراق بقوله تعالى أَوْ تَشْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (٢) أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (٣) و لم يجعلوهما صريحين فيه. و لو سلّمنا كونهما صريحين [فيه] (٤) لالتزمنا بوقوعه بهما، لعدم المانع منه شرعا.

و المراد بالسائبه المعتق، يطلق كذلك على الذكر و الأنثى، قال ابن الأثير في النهاية: «قد تكرر في الحديث ذكر السائبه و السوائب، كان الرجل إذا أعتق عبدا فقال: هو سائبه، فلا عقل بينهما و لا ميراث» (٥).

قوله: «و لو قال لأمته. إلخ».

إذا قال لأمته: يا حرّهُ، أو قال لبعده: يا حرّ أو يا معتق، فإن قصد النداء باسمه الموضوع قبل ذلك، أو أحدث له ذلك الاسم و ناداه به، لم يعتق قطعا، لعدم المقتضى، إذ اللفظ غير صريح، و القصد غير حاصل. و إن قصد به العتق ففي وقوعه و جهان أو قولان، منشؤه أن حرف (٦) الإشارة إلى المملوك غير معتبر بخصوصه و إنما الغرض به تمييزه (٧) و هو حاصل بالنداء، و صيغته التحرير حاصله

ص: ٢٧٤

١- ١) البلد: ١٣.

٢- ٢) البقره: ٢٢٩.

٣- ٣) الطلاق: ٢.

٤- ٤) من «خ» و الحجرّيتين.

٥- ٥) النهايه ٢: ٤٣١.

٦- ٦) في إحدى الحجرّيتين: صرف.

٧- ٧) في «خ، ط، ق»: تمييزه.

و لو كان اسمها (أ) حرّه فقال: أنت حرّه، فإن قصد الإخبار لم تنعتق، و إن قصد الإنشاء صحّ.

و لو جهل منه الأمران و لم يمكن الاستعلام لم يحكم بالحرّيّه، لعدم اليقين بالقصد.

و فيه تردّد، منشؤه التوقّف بين العمل بحقيقه اللفظ، و التمسك بالاحتمال.

بقوله: حرّ أو ما فى معناه (١)، و من بعد النداء عن شبه الإنشاء، لأن الأصل فيه عرفا صيغه الإخبار باللفظ الماضى أو الجملة الاسميّه فى بعض الموارد ك: «أنت حرّ» و غايه استعمال النداء فيه أن يكون كناية و العتق لا يقع بها عندنا. و هذا أشبه. و من أوقعه بالكنايه من العامّه (٢) قطع بوقوعه بالنداء بقصد الإعتاق قطعاً، و مع الإطلاق أو قصد النداء بالاسم على خلاف، بمعنى أنه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهراً على أحد الوجهين.

قوله: «و لو كان اسمها: إلخ».

إذا كان اسمها حرّه أو اسمه حرّاً أو عتيقاً، فقال: أنت حرّه أو أنت حرّ أو عتيق، فإن قصد الإنشاء فلا شبهه فى وقوعه، لأنه لفظ صريح فيه و قد انضمّ إليه القصد فكان أكد. و إن قصد الإخبار باسمه دون الإنشاء لم يقع العتق باطنا قطعاً، و يقبل قوله فى عدم قصد العتق ظاهراً، لأن اللفظ مشترك بين المعنيين فيرجع إليه فى صرفه إلى أحدهما كما فى كلّ مشترك. و مثله ما لو كان اسمها طالق فقال:

أنت طالق. و إن لم يعلم قصده رجع إليه فيه و قبل تفسيره. فإن اشتبه الحال بموته

ص: ٢٧٥

---

١- ١) كذا فى «خ» و الحجريّتين، و فى سائر النسخ: معناها.

٢- ٢) روضه الطالبين ٣٨١: ٨.

و لا بدّ من التلّفظ بالصريح.

و لا تكفى الإشارة(١) مع القدره على النطق، و لا الكتابه.

أو غيره ففى الحكم بعقده وجهان، من أن اللفظ صريح فيه، و الصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن قصده كما قد علم، و من خروجه عن الصراحه باحتمال إرادته الإخبار عن الاسم، و مع قيام الاحتمال يستصحب حكم بقاء (١) الرقّ. و هذا أولى إن لم تحصل قرينه خارجيه ترجيح جانب الإنشاء، فإن ترجيحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر فإن انضم إليه قرينه أخرى زاده قوّه، و كان العمل به أقوى.

و لو لم يكن اسمها حرّه فقال: أنت حرّه، ثمّ قال: أردت أنها عفيفه، أو بقوله: «أنت حرّ» العفيف أو كريم الأخلاق، ففى قبوله منه وجهان، من احتمال الأمرين فلا- يعلم ذلك إلا- من جهته فيقبل قوله فى إرادته، و به قطع فى القواعد (٢)، و من أنه خلاف الظاهر. و لا إشكال هنا فى الحكم بالعتق لو لم يدع إرادته خلافه، بخلاف ما لو كان اسم المملوك ذلك، فإنه لا يحكم بالعتق إلا مع اعترافه بقصده.

و الفرق ظهور اللفظ فى العتق هنا، و احتماله للأمرين على السواء هناك على ما تقرّر، و لو ادعى المملوك فى هذه الصوره إرادته العتق فله إحلاف المولى على عدم قصده.

قوله: «و لا تكفى الإشارة. إلخ».

لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعا، و لم يرد من الشارع هنا وقوع العتق بذلك. هذا مع القدره. أما مع العجز فتكفى الإشارة المفهمه كغيره من العقود اللزمه و الإيقاعات، و لصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن

ص: ٢٧٦

١- ١) فى الحجرّيتين: بقاء حكم.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٩٨: ٢.

و لا بدّ من تجريده (١) عن الشرط، فلو علّقه على شرط مترقّب أو صفه لم يصحّ.

أباه حدّته أن امامه بنت أبي العاص و أمها زينب بنت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، فتزوّجها بعد عليّ عليه السلام المغيرة بن نوفل، أنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن و الحسين عليهما السلام و هي لا- تستطيع الكلام، فجعلا 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» (١). و الكتابه من جملة الإشاره، بل هي من أقواها.

و كذا يعتبر النطق بالعربيّه مع الإمكان، و مع العجز يقع بأيّ لغة اتّفق مع صراحتها فيه في تلك اللغة.

قوله: «و لا بدّ من تجريده. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و الكلام في دليله كمنظّره فيما سبق (٢).

و جوّزه القاضي ابن البرّاج (٣) و ابن الجنيد [١] من أصحابنا معلقا على الشرط و الصفه، و جوّزا (٤) الرجوع فيه قبل حصولهما كالتيدير. و هو مذهب العامّه (٥)،

ص: ٢٧٧

١- ١) التهذيب ٨: ٢٥٨ ح ٩٣٦، الوسائل ١٦: ٥٠ ب «٤٤» من أبواب العتق ح ١.

٢- ٢) انظر ج ٥: ٣٥٧، و ج ٩: ٩٠ و ٤١٣ و ٤٧٦.

٣- ٣) المهذب ٢: ٣٦٨.

٤- ٤) كذا في «و»، و في «ق، د، ط، م»: «و جوّز، و في «خ» و الحجرّيتين: «و جواز».

٥- ٥) العده شرح العمده: ٣٤٨، الكافي في فقه الامام أحمد ٢: ٤١٤، التنبيه للشيرازي: ١٤٤، الكافي لابن عبد البرّ ٢: ٩٦٩، اللباب في

شرح الكتاب ٣: ١١٨، روضه الطالبين ٨: ٣٨٢.

و كذا لو قال: (١) يدك حرّه، أو رجلك، أو وجهك، أو رأسك.

أما لو قال: بدنك أو جسدك، فالأشبه وقوع العتق، لأنه هو المعنى بقوله: أنت حرّ.

و استشهدوا عليه بالتدبير، فإنه عتق معلق، و باقى الأصحاب خصّوه بمورده.

و ربما منع من كونه عتقا معلقا، بل هو وصيّيه بالعتق، كما سيأتى (١) تحقيقه إن شاء الله تعالى. و فى المختلف (٢) ادعى الإجماع على بطلان العتق المعلق على الشرط.

و ليس بجيد، بل الخلاف متحقق، و معلوميه نسب المخالف على هذا الوجه غير قاده. و قد تقدّم (٣) الفرق بين الشرط و الصفه، و أن المراد بالشرط ما جاز وقوعه فى الحال و عدمه كمجىء زيد، و الصفه ما لا يحتمل وقوعها فى الحال و تعين وقوعها عادة كطلوع الشمس.

قوله: «و كذا لو قال: إلخ».

المعهود شرعا تعلق العتق بذات الإنسان المشار إليه بقوله: أنت أو هذا أو عبدى أو زيد، سواء جعلنا الإنسان جسما أم جسمانيا. أما إذا قال: بدنك أو جسدك حرّ، ففى وقوعه وجهان، من أنه خلاف الذات الإنسانيه عند المحققين، و من دلالته عليه عرفا عامّا و هو مقدّم على العرف الخاصّ الذى لا يعرفه إلاّ الآحاد، مع وقوع الخلاف فيه، و هو المراد من قول المصنّف: «لأنه هو المعنى بقوله: أنت» بمعنى أنهما فى العرف بمعنى واحد و إن كانا مختلفين فى التحقيق، و لأن المملوكيه و المالكيه ضدّان يتواردان على الموضوع الواحد، و المملوكيه

ص: ٢٧٨

١- ١) فى ص: ٣٨٧.

٢- ٢) المختلف: ٦٣٨.

٣- ٣) فى ج ٤٧٩: ٩.



و هل يشترط (١) تعيين المعتق؟ الظاهر لا. فلو قال: أحد عبيدي حرّ، صحّ، و يرجع إلى تعيينه. فلو عيّن ثم عدل لم يقبل.

تتعلّق بالهيكل المحسوس قطعاً و كذا المالكيه المترتبه على الحرّيه. و الأقوى الوقوع بذلك إلاّ- أن يكون القائل معتقداً أن الإنسان خلاف ذلك و ادّعى قصد شيء فيرجع إليه فيه. و على القولين لا يقع لو علّقه ببعض الأعضاء، كاليد و الرجل و الوجه و الرأس، و إن كان الوجه و الرأس قد يطلق على الذات عرفاً، لأنه خلاف المتبادر، و لعدم نقل مثل ذلك شرعاً.

و اعلم انه قد تقدّم (١) وقوع الكفاله المتعلّقه بالوجه و الرأس معللاً بأنه قد يعبر بهما عن الجملة عرفاً. و الفرق بين الكفاله و العتق أن القصد الذاتى منها إحضار البدن و الذات تابعه عرفاً، و هنا بالعكس، فإن الحرّيه المقصوده من العتق متعلّقه بالذات و البدن تابع إذا جعلناه غيره. و أما الفرق بينهما بأن المعتبر فى الكفاله العرف و فى العتق الشرع، فلا يخلو من تحكّم و إن كان العرف منصرفاً (٢) فى الفرق الأول أيضاً.

قوله: «و هل يشترط. إلخ».

القول بعدم اشتراط التعيين للشيخ (٣) -رحمه الله- و الأكثر، لأصالة عدم الاشتراط، و وجود المقتضى للصحة و هو صيغته العتق الصادره من أهلها، و عدم ظهور المانع، إذ ليس إلا كونه مبهماً و هو لا يصلح للمانع، لأن الإبهام واقع فى الشرع كثيراً.

ص: ٢٧٩

١- ١) فى ج ٢٥٣: ٤.

٢- ٢) فى «و»: متصرفاً.

٣- ٣) المبسوط ٦٧: ٦.

وقيل: يشترط التعيين، لأن الحكم المعين لا بدّ له من محلّ معيّن. و هو ممنوع. وقد تقدّم (1) البحث فيه في الطلاق. و الوجه فيهما واحد، غير أن عدم اشتراط التعيين هنا أشهر و هناك بالعكس، و لا- وجه له إلا- مراعاة الاحتياط في الفروج و بناء العتق على التغليب.

و حيث قلنا بصحّته مبهما فالمرجع إليه في التعيين. و قيل: يرجع إلى القرعة، لأنها لكلّ أمر مشكل. و هو ضعيف، إذ لا معيّن هنا في نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعة.

و هل يقع العتق بالصيغه، أو هو التزام عتق في الذمّه منحصر في عبيده الذين أطلقه فيهم؟ وجهان تقدّم (2) مثلهما في الطلاق. و يتخرّج (3) عليهما ما لو مات أحدهم فعينه (4) هل يصحّ؟ إن قلنا بحصول العتق عند التعيين لم يصحّ، لأن الميّت لا يقبل العتق. و على هذا فلو كان الإبهام في عبيدين، و قلنا ببطلان التعيين في الميّت، تعيّن الآخر و لا حاجة إلى لفظه. و إن قلنا بالوقوع عند الإبهام صحّ تعيينه.

و حيث يعيّن لا يصحّ له العدول عن المعين. فلو قال: عيّنت (5) هذا بل هذا، عتق الأول و لغا الثاني، لأن التعيين حصل بالأول فلم يبق للعق محلّ، بخلاف قوله: عتقت (6) هذا بل هذا. و في وجوب الإنفاق على الجميع قبل التعيين و المنع

ص: ٢٨٠

١-١) في ج ٤٨:٩-٤٩.

٢-٢) في ج ٥٠:٩-٥١.

٣-٣) في «د» و هامش «ق»: و يتفرّع.

٤-٤) كذا في «ق، و، م»، و في «خ، د، ط» و الحجرّيتين: بعينه.

٥-٥) في «خ، ص»: عنيت، و في «ق، ط»: عتقت.

٦-٦) في «خ، م»: عنيت، و في «و»: عيّنت.

و لو مات (١) قبل التعيين قيل: يعين الوارث، و قيل: يقرع، و هو أشبه، لعدم اطلاع الوارث على قصده.

من استخدامهم وجهان أوجهما ذلك. و لو جرى ذلك في أمتين أو إماء حرم الوطاء، فإن فعل ففي كونه تعيينا لغير الموطوءه وجهان سبق مثلهما في الطلاق (١). فإن لم نجعله تعيينا و عيّن العتق في الموطوءه فلا حدّ عليه. و في وجوب المهر وجهان مبتيان على وقوع العتق بالتعيين أو بالصيغه، فعلى الثانى يجب دون الأول.

قوله: «و لو مات. إلخ».

وجه تعيين الوارث أنه خيار يتعلّق بالمال فيخلف الوارث المورث فيه كما يخلفه في خيار البيع و الشفعه.

و القول بالقرعه للشيخ (٢)، لما أشار إليه المصنّف من التعليل بأن الوارث لا يطّلع على قصد المورث، فلا يمكنه التعيين.

و فيه: أن معرفه قصده غير شرط، لأن تعيين المورث مجرد تشه لا يفتقر إلى شىء آخر، و الوارث قائم مقامه. و ليس هناك معتق معيّن فى نفس الأمر حتى يشته على الوارث تعيينه و مقصود المورث.

و يمكن الجواب بأن التعيين و إن كان راجعا إلى الاختيار إلا أنه مختصّ باختيار المبهم و قد فات. و لأنه فى حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفظ. و لا ريب أن القرعه أولى.

ص: ٢٨١

١- (١) فى ج ٥٢: ٩.

٢- (٢) المبسوط ٦٧: ٦٠-٦٨.

أما لو أعتق (١) معينا ثم اشتبه أرجئ حتى يذكر. فإن ذكر عمل بقوله. و لو عدل بعد ذلك لم يقبل. فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيا، لاحتمال التذكر.

فإن مات و ادعى الوارث العلم رجع إليه. و إن جهل يقرع بين عبده، لتحقق الاشكال و اليأس من زواله.

و لو ادعى أحد ممالিকে أنه هو المراد بالعتق، فالقول قوله مع يمينه.

و كذا حكم الوارث. و لو نكل قضى عليه.

قوله: «أما لو أعتق. إلخ».

إذا أعتق معينا في نفسه أو سمّاه ثم نسيه، أخر الأمر رجاء أن يتذكر، لأن المعتق هنا معين في نفس الأمر، بخلاف السابق، فإن ادعى أنه ذكر عمل بقوله، لأن ذلك مما لا يعلم إلا من قبله، و تعين من عينه المعتق. فإن عدل عنه إلى غيره لم يقبل في حق الأول، و عتق الثاني أيضا مؤاخذه له بإقراره، كما لو أقرّ لزيد بمال ثم قال: بل لعمر، بخلاف السابق، فإن التعيين حصل بالأول فلم يبق له محل.

و إن استمرّ الاشتباه انتظر التذكر ما دام حيا، و منع من الوطاء و الاستخدام، لتحريم ذلك من الحرّ، و اشتباهه بمحصور. و عليه الإنفاق على الجميع من باب مقدّمه الواجب، لو جوب الإنفاق على المملوك، و لا يتم إلا بالإنفاق على الجميع.

فإن مات قبل التذكر قام الوارث مقامه إن ادعى اطلاعه على المعتق، لأنه خليفته، و ربما ذكر له ذلك و أطلعه عليه. و إن لم يدع العلم فالوجه القرعه، لأن المعتق هنا معين عند الله تعالى و مجهول عندنا فيستخرج بالقرعه. و القول

و يعتبر فى المعتق: (١) البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و القصد إلى العتق، و التقرب إلى الله تعالى، و كونه غير محجور عليه.

و فى عتق الصبى - إذا بلغ عشا - و صدقته تردّد. و مستند الجواز روايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام.

و لا يصحّ عتق السكران.

بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد، لأنّ التعيين هنا ليس إنشاء بل إخباراً عمّا وقع من المورث، فلا مدخل لتعيين الوارث حيث لا يدعى العلم.

ثمّ على تقدير تعيين المعتق أو الوارث لو ادّعى بعض المماليك الذين لم يعينهم أنّه المراد فالقول قول المالك مع يمينه، لأنّ ذلك لا يعلم إلاّ من قبله. و إنما توجّهت عليه اليمين لإمكان اطلاع المملوك على الحال من قبله، فتسمع دعواه بحيث يتوجّه بها اليمين. فإن نكل عن اليمين قضى عليه بعتق المدعى مضافاً إلى ما عينه إن قضينا بالنكول، و إلاّ أحلف المملوك و عتق.

قوله: «و يعتبر فى المعتق. إلخ».

اشتراط كونه غير محجور عليه بعد اشتراط بلوغه و عقله تعميم بعد التخصيص، فإن غير المحجور يقتضى البلوغ و كمال العقل.

و القول بجواز عتق من بلغ عشا فى المعروف للشيخ (١)، استناداً إلى روايه زراره (٢) عن الباقر عليه السلام. و فى طريق الروايه ضعف بموسى بن بكر، فإنه واقفى غير ثقه، و ابن فضال، فإنه فطحى و إن كان ثقه. مع أنّه فى باب الوصايا

ص: ٢٨٣

(١ - ١) النهايه: ٥٤٦.

(٢ - ٢) الكافى ٧: ٢٨ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٢، التهذيب ٨: ٢٤٨ ح ٨٩٨، الوسائل ١٦: ٥٧ ب «٥٦» من أبواب العتق ح ١.

من التهذيب (١) أوقفها على زراره في موضع، و أسندها إلى الباقر عليه السلام في آخر (٢). فكيف مع هذه القوادح تصلح لإثبات حكم مخالف لأصول المذهب، بل لإجماع المسلمين؟! أو في هذا الكتاب وصلها إلى الباقر عليه السلام، و في نكت النهاية: «إنها موقوفه على زراره» (٣)، و في النافع (٤) جعلها حسنه. و لعله أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث، و هو أن يكون روايتها إماميه و فيهم من الممدوح غير المعدل، فإن أمرها ليس كذلك، لما عرفت من حال روايتها، فهي ضعيفه [السند] (٥) لا حسنه. و أما حالها في الوصل و الوقف، فإن الراوى أوصلها تاره و قطعها أخرى، و هو عله من علل الحديث يقدر في اعتباره. و على كل حال فاطراحها متعين. و يمكن حملها و حمل ما ورد في معناها من جواز وقفه و صدقته و وصيته على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ، كما تقدم (٦) من أن الولد يلحق به في هذه السن، لإمكان بلوغه بالمتى، فبسبب (٧) أنه في وقت إمكان البلوغ و جواز (٨) التصرف أطلقوا جواز تصرفه. و المراد به إذا انضم إليه ما يدل على البلوغ، بمعنى أنه من حيث السن لا مانع من جهته و إن توقف على أمر آخر. و هذا خير من أطراح الروايات الكثيره.

ص: ٢٨٤

١- ١) التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٩، و ج ٨: ٢٤٨ ح ٨٩٨.

٢- ٢) التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٩، و ج ٨: ٢٤٨ ح ٨٩٨.

٣- ٣) نكت النهاية ٣: ٢٣.

٤- ٤) المختصر النافع ٢: ٢٣٧.

٥- ٥) من «د، و» فقط.

٦- ٦) راجع ج ٤: ١٤٣.

٧- ٧) كذا في «ق، و»، و في «ط، ص»: بسبب، و في «خ، د»: فيثبت، و في «م»: فثبت.

٨- ٨) في «ق، ط، ص»: أو جواز.

و يبطل باشتراط (١) تبيّ القربه عتق الكافر، لتعذّرها في حقّه (١). و قال الشيخ في الخلاف: يصحّ.

و اعلم أن المعتمر من التقرّب في العتق أن يقصد به وجه الله تعالى و ثوابه (٢) على حدّ ما يعتبر في غيره من العبادات و إن لم يتلفظ به، بخلاف صيغته الإعتاق، فإن اللفظ معتبر فيها. و حينئذ فيكفي قوله «أنت حرّ» و ما في معناه قاصداً به القربه.

قوله: «و يبطل باشتراط. إلخ».

للأصحاب في اشتراط إسلام المعتق و عدمه أقوال:

أحدها: اشتراطه. ذهب إليه ابن إدريس (٣) و المصنّف و العلامة (٤) في أكثر كتبه و جماعه، محتجّين باشتراط نيّة القربه و هي متعذّره من الكافر، و من ثمّ أجمعوا على بطلان عباداته المشروطة بالتّيه. و لأن العباده ملزومه للثواب حيث تقع صحيحة، و هو مشروط بدخول الجنّة ليشاب بها فيها (٥)، و ذلك ممتنع في حقّ الكافر. و يدلّ على كونه عباده مشروطة بتّيه القربه الروايات المتظافره عنهم عليهم السلام من قولهم: «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى» (٦) و المراد نفى الصّحّه، لأنّه (٧) أقرب المجازات إلى نفى الحقيقة حيث كانت الحقيقة غير مراده.

ص: ٢٨٥

١- ١) في النسخه الخطّيه المعتمده: جنبه.

٢- ٢) في «خ، د، م» و الحجرّيتين: أو ثوابه.

٣- ٣) السرائر ٤، ٢٠: ٣.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٩٦: ٢، تحرير الأحكام ٧٧: ٢، إرشاد الأذهان ٦٧: ٢.

٥- ٥) في «ق، ص، ط»: و فيها.

٦- ٦) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٢٧٣، هامش (٣).

٧- ٧) في «خ» و الحجرّيتين: لأنها.

و ثانيها: عدم الاشتراط مطلقا. و هو قول الشيخ في كتابي (١) الفروع، محتجاً بأن العتق فكّ ملك و تصرّف مالى و نفع للغير، و الكافر أهل لذلك، بل ملكه أضعف من ملك المسلم فكّه أسهل. و لبناء العتق على التغليب. و جاز حمل الخبر على نفي الكمال، كقوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «لا صلاح لجار المسجد إلّا فيه» (٢) و من ثمّ وقع الاتفاق على بطلان عباده الكافر المحضه دون عتقه و نحوه من تصرّفاته المائيه المشتمله على العباده كالوقف و الصدقه، ترجيحاً لجانب المائيه على العباده.

و ثالثها: التفصيل، فإن كان كفره بجحد الإلهيه أصلا لم يصحّ، لتعدّد قصد القربه و وجه الله تعالى منه حينئذ. و إن كان بجحد رسول (٣) أو فريضه مع إقراره بالله تعالى - كالكتابي - صحّ، لأن قوله عليه السلام: «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى» يقتضى اشتراط إرادته التقرب المتوقّفه على الإقرار بالمتقرب إليه.

و حملة على نفي الصحّه أولى، لأنها أقرب إلى المراد من نفي الكماليه كما ذكرناه. ثمّ لا يلزم من اشتراطه بالإراداه المذكوره حصول المراد، لأن ذلك أمر آخر لا يدلّ عليه الخبر. و كونه عباده مطلقا ممنوع، بل من هذا الوجه، و هو لا يمنع وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى، و بهذا فارق غيره من العبادات المحضه.

و هذا أقوى.

ص: ٢٨٦

١-١) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢:٦٥٢ مسألة (١٢)، المبسوط ٧٠:٦-٧١.

٢-٢) التهذيب ١:٩٢ ح ٢٤٤ و ج ٣:٦، و انظر الكتاب المصنّف لابن أبي شيبه ١:٣٤٥، سنن الدار قطنى ١:٤٢٠ ح ١ و ٢، مستدرک الحاكم ١:٢٤٦.

٣-٣) فى الحجرّيتين: الرسول، و فى «ص»: رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم.



و يعتبر فى المعتق:الإسلام،(١)و الملك.فلو كان المملوك كافرا لم يصح عتقه.و قيل: يصح مطلقا.و قيل: يصح مع النذر.

قوله:«و يعتبر فى المعتق الإسلام.إلخ».

القول باشتراط إسلام المملوك المعتق للأكثر،و منهم الشيخ فى التهذيب (١)و المفيد (٢)و المرتضى (٣)و الأتباع (٤)و ابن إدريس (٥)و المصنف و العلامة (٦)،لقوله تعالى وَ لَا تَيْمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (٧)نهى عن قصد الخبيث بالإنفاق، و الأصل فيه التّحريم المقتضى لفساد العباده.و قولهم عليهم السلام:«لا- عتق إلا- ما أريد به وجه الله تعالى» (٨).و روايه سيف بن عميره قال:«سألت أبا عبد الله عليه السلام أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟قال:لا» (٩).

و فيه نظر،أما الآيه فإنما دلّت على النهى عن إنفاق الخبيث،و هو الردىء من المال يعطاه الفقير،على ما ذكره المفسّرون (١٠)،و لا يلزم منه تحريم عتق الكافر،لأن الإنفاق لمالئته لا لاعتقاده الخبيث،و ربما كانت مالئته خيرا من

ص:٢٨٧

١- (١) التهذيب ٢١٩:٨ ذيل ح ٧٨٣.

٢- (٢) المقنعه:٥٤٨.

٣- (٣) الانتصار:١٦٩.

٤- (٤) راجع الكافى فى الفقه:٣١٨،المراسم:١٩١،الوسيله:٣٤١.

٥- (٥) السرائر ٣:٤.

٦- (٦) قواعد الأحكام ٢:٩٦.

٧- (٧) البقره:٢٦٧.

٨- (٨) تقدّم ذكر مصادره فى:ص:٢٧٣،هامش (٣).

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

١٠- (١٠) التبيان ٢:٣٤٤-٣٤٥،مجمع البيان ٣٨١:١،و انظر النكت و العيون للماوردى ١:٣٤٣،الكشاف ٣١٤:١.

ماليه العبد المسلم، فهو من هذه الجبهه ليس بخبيث. و لو سلّم تناوله للكافر منعنا من عموم النهى عن إنفاق الردىء مطلقا بل فى الصدقه الواجبه، للإجماع على جواز الصدقه بالردي من المال و الجيد، و الأمر (١) بالصدقه بشقّ تمره. و أما الخبر الأول فقد تقدّم أن المعتر فيه إرادته وجه الله تعالى، و هى ممكنه فى حقّ المعتق الكافر المقرّ بالله تعالى لمثله و من المسلم إذا رجا بعته الخير و استجلابه إلى الإسلام، و نحو ذلك من المقاصد الجميله التى يمكن معها إرادته وجه الله تعالى. و يؤيده ما روى (٢) أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا فأسلم حين أعتقه. و رواه سيف-مع ضعف سندها بابن أبى حمزه-أخصّ من المدعى، فلا يدلّ عليه.

و القول بصحّه عتقه مطلقا للشيخ فى كتابى (٣) الفروع، و قوّاه الشهيد فى الشرح (٤)، للأصل، و ما روى من فعل عليّ عليه السلام، و ضعف دليل المشترط.

و هذا أقوى (٥) مع تحقّق قصد القربه، و هو غير مناف للقول بصحّه عتقه مطلقا، لأن عدم القربه ينافى عتق المسلم فضلا عن الكافر.

و القول بالصحّه مع النذر و بطلانه مع التبرّع للشيخ فى النهايه (٦)

ص: ٢٨٨

- 
- ١- (١) الكافى ٤:٤ ح ١١، أمالى الطوسى ٢:٧٣، الوسائل ٦:٢٦٤ ب (٧) من أبواب الصدقه ح ١.  
 ٢- (٢) الكافى ٦:١٨٢ ح ١، التهذيب ٨:٢١٩ ح ٧٨٣، الاستبصار ٤:٢ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.  
 ٣- (٣) المبسوط ٦:٧٠، الخلاف (طبعه كوشانيور) ٢:٦٥٢ مسألة (١١).  
 ٤- (٤) غايه المراد: ٢٣٥-٢٣٦.  
 ٥- (٥) فى «ق، ط، م» قوئى، و فى «د، و»: هو الأقوى.  
 ٦- (٦) النهايه: ٥٤٤.

و يصح عتق ولد الزنا. (١) وقيل: لا يصح، بناء على كفره. و لم يثبت.

و الاستبصار (١)، جمعا بين الخبرين السالفين، بحمل فعل على عليه السلام على أنه كان قد نذر عتقه لثلا ينافى النهى عن عتقه مطلقا في خبر سيف. و هو جمع بعيد لا إشعار به من الخبر أصلا، مع ضعف سند الخبرين و قصورهما عن الدلالة على إثبات الحكم، و إنما يصلحان شاهدا كما ذكرناه.

قوله: «و يصح عتق ولد الزنا. إلخ».

القول بعدم صحه عتق ولد الزنا للمرتضى (٢) و ابن إدريس (٣) بناء على كفره. و هو ممنوع.

و الحق جواز عتقه مطلقا. أما بعد بلوغه و إسلامه فواضح، إذ لو لم يقبل منه لزم تكليف ما لا يطاق. و أما قبله فلأنه و إن لم يحكم بإسلامه من حيث عدم تبعيته للمسلم، لكن لا يحكم بكفره لعدم تبعيته للكافر، فيلزم من صحه عتق الكافر صحه عتقه بطريق أولى. و حديث [١] أن ولد الزنا لا ينجب - مع تسليم سنده - لا يدل على كفره، لأن النجابه المنفيته مغايره للإسلام لغه و عرفا. و روى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنا» (٤).

ص: ٢٨٩

١-١) الاستبصار ٢: ٤٠٢ ذيل ح ٢.

٢-٢) الانتصار: ١٦٦.

٣-٣) السرائر ١٠: ٣.

٤-٥) الكافي ١٨٢: ٦ ح ٢، الفقيه ٨٦: ٣ ح ٣١٥، التهذيب ٢١٨: ٨ ح ٧٨٠، الوسائل ١٦: ١٩ ب «١٦» من أبواب العتق ح ١.

و لو أعتق (١) غير المالك لم ينفذ عتقه، و لو أجازه المالك.

و لو قال: (٢) إن ملكتك فأنت حرّ، لم ينعق مع الملك، إلا أن يجعله ندرا.

قوله: «و لو أعتق. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن عتق غير المالك لا يقع صحيحا و إن أجازه المالك، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا عتق إلا بعد ملك» (١) الدال على نفي الصّحّه، لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة. و روى ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز» (٢). و لأنه عباده أو فيه شائبه العباده، و هي لا تقبل الفضول. و لبعض (٣) العامه قول شاذّ بوقوعه عن المعتق الموسر (٤) و يقوم عليه.

قوله: «و لو قال. إلخ».

إذا علّق عتقه على ملكه له ففساد العتق من وجهين: وقوعه من غير المالك، و تعليقه على الشرط. و يستثنى من ذلك ما لو جعله ندرا أو ما فى معناه، ك: لله علىّ إعتاقه إن ملكته، فيجب عتقه عند حصول الشرط، لعموم الأمر بالوفاء بالندر. و لا ينعق بنفسه عند حصول الشرط، لأن العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه و لو آنا، فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق فى غير ملك. كذا استدلّ عليه

ص: ٢٩٠

١- ١) الكافي ١٧٩: ٦ ح ٢، التهذيب ٢١٧: ٨ ح ٧٧٤، الاستبصار ٥: ٤ ح ١٥، الوسائل ١٦: ٧ ب «٥» من أبواب العتق ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ٢٤٩: ٨ ح ٩٠٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

٣- ٣) روضه القضاء ١٠٨٥: ٣، و راجع الكافي لابن عبد البرّ ٩٦٢: ٢، المغنى لابن قدامه ٢٣٩: ١٢، ففيهما الحكم بصّحه عتق الأب عبد ولده الصغير فقط.

٤- ٤) فى «ق، ص، ط»: المباشر.

و لو جعل (١) العتق يمينا لم يقع، كما لو قال: أنت حرّ إن فعلت، أو إن فعلت.

و لو أعتق (٢) مملوك ولده الصغير - بعد التقويم - صحّ. و لو أعتقه و لم يقومه على نفسه، أو كان الولد بالغاً رشيداً، لم يصحّ.

المصنّف. و أجيب بجواز الاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب أنا ثمّ يعتق. هذا إذا كانت الصيغ: لله على أنه حرّ إن ملكته، و نحوه، أما لو كانت: لله على إعتاقه، فلا إشكال في افتقاره إلى الصيغ.

قوله: «و لو جعل.. إلخ».

لا- فرق بين تعليقه على الشرط و جعله يمينا من حيث الصيغ. و إنما يفترقان بالتيه، فإن كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعه، أو الزجر عنه إن كان معصيه، كقوله: إن حججت فأنت حرّ، أو إن زويت، قصدا للبعث في الأول و الزجر في الثاني، فهو يمين، و إن كان الغرض مجرد التعليق، ك: إن قدم زيد أو دخلت الدار أو طلعت الشمس، فهو شرط أو صفة. و العتق لا يقع معلقاً (١) في الجميع. و قد تقدّمت (٢) الإشارة إلى الفرق فيما سلف.

قوله: «و لو أعتق.. إلخ».

لا فرق في اشتراط كونه مملوكاً للمعتق في صحّ العتق بين كونه ملكاً لأجنبي أو لولده الصغير و الكبير. نعم، لو كان صغيراً فقوم مملوكه على نفسه بالبيع مع المصلحة ثمّ أعتقه صحّ، لوجود المقتضى للصحة حينئذ و هو كونه مملوكاً للمعتق.

ص: ٢٩١

١- ١) في «خ، د، م» و الحجرّيتين: مطلقاً.

٢- ٢) في ج ٤٧٩: ٩.

و لو شرط (١) على المعتق شرطا في نفس العتق لزمه الوفاء به. و لو شرط إعادته في الرّق إن خالف، أعيد مع المخالفه عملا بالشرط. و قيل:

يبطل العتق، لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبت حرّيته.

و لو كان الولد كبيرا لم يصحّ عتق الأب لمملوكه مطلقا على الأصحّ، للعموم (١)، خلافا للشيخ في النهايه (٢) حيث صحّحه استنادا إلى روايه الحسين بن علوان عن زيد بن عليّ، عن آباءه، عن عليّ عليه السلام قال: «أتى النبيّ صلّى الله عليه وآله و سلّم رجل فقال: يا رسول الله إن أبي عمد إلى مملوك لي فأعتقه كهيئه المضرّه لي، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: أنت و مالك من هبه الله لأبيك، أنت سهم من كنانته، يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور، و يجعل من يشاء عقيما، جازت عتاقه أبيك، يتناول والدك من مالك و بدنك، و ليس لك أن تتناول من ماله و لا من بدنه شيئا إلا بإذنه» (٣). و هذه الروايه ضعيفه [السند] (٤) برجال الزيديّ، و الأولى حملها على استحباب إجازة الولد لأبيه ما يفعله في ماله.

قوله: «و لو شرط. إلخ».

إذا شرط على العبد أمرا سائغا في نفس صيغته الإعتاق صحّ الشرط و العتق، للعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٥) سواء كان الشرط خدمه مدّه معيّنه

ص: ٢٩٢

١- (١) المذكور في ص: ٢٩٠، هامش (١ و ٢).

٢- (٢) النهايه: ٥٤٥.

٣- (٣) التهذيب ٨: ٢٣٥ ح ٨٤٩، الوسائل ١٦: ٦٦ ب «٦٧» من أبواب العتق ح ١.

٤- (٤) من «د» و الحجريّتين فقط.

٥- (٥) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

أم مالا معينا أم غيرهما، و يكون ذلك عتقا و شرطا لا عتقا معلقا على شرط.

و ظاهر العبارة أنه لا يشترط قبول المملوك، لأنه حكم بلزوم الوفاء به بمجرد الشرط. و هو أحد الأقوال في المسألة. و وجهه: أنه مالك له مستحق لمنافعه و كسبه، و له الضريبة المقدوره له عليه، فهي إيجاب مال من كسبه. فإذا شرط عليه خدمه أو مالا فقد (١) فك ملكه عنه و عن منافعه و استثنى بعضها، فله ذلك، لعموم الخبر (٢)، و أصاله الصّحه.

و قيل: يشترط قبوله مطلقا كالكتابه، لاقتضاء التحرير تبعيه المنافع، فلا يصح شرطه شيئا منها إلا بقبول المملوك.

و فصر ل ثالث (٣) فشرط رضاه إن كان المشروط عليه مالا، و نفاه إن كان خدمه. و الفرق أن الخدمه مستحقه للمولى بالأصالة، فشرطها كاستثناء بعض المملوك عن النقل، بخلاف شرط المال، فإنه غير مملوك للمولى عليه، و لا- يجب على المملوك تحصيله بل بذل العمل، سواء ترتب عليه المال أم لا. و نمنع من جواز إلزامه بالضريبه. و قد تقدّم (٤) الكلام فيه. و هذا أقوى (٥).

إذا تقرّر ذلك، فإن أطلق عليه الشرط لزمه الوفاء به، و مع الإخلال يستقرّ في ذمته- مالا كان أو خدمه- كالدين. و إن شرط عليه مع ذلك إعادته في الرقّ إن خالف ففي صحه العتق و الشرط، أو بطلانهما، أو صحه العتق خاصه، أقوال

ص: ٢٩٣

١- ١) في «ق، ط» و الحجريتين: بعد فكّ.

٢- ٢) انظر الهامش (٥) في الصفحة السابقه.

٣- ٣) راجع قواعد الأحكام ٢:٩٨، إيضاح الفوائد ٣:٤٧٨.

٤- ٤) في ج ٥٠١: ٨.

٥- ٥) في «ق»: قوئ.

اختار أولها الشيخ في النهاية (١) و أتباعه (٢)، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٣) و خصوص روايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه» (٤).

و أجاب المصنّف في النكت (٥) بشذوذ الروايه، و ضعف سندها، و منافاتها لأصول المذهب، فيجب أطراحها. و اختار بطلانها معا، لتضمّنه عود من ثبتت حرّيته رقّا و هو غير جائز و لا معهود. و لا يرد مثله في المكاتب المشروط، لأنه لم يخرج عن الرقيّه و إن تشبّث بالحرّيه، فلم يعد إليها إذ (٦) لم يخرج عنها.

و معنى قول السيّد له: فإن عجزت فأنّت ردّ في الرقّ المحض الذي ليس بكتابه لا مطلق الرقّ. و الردّ و إن كان مسبقا بالمفارقة إلّا أنّها تصدق بالخروج عن محض الرقيّه، و هي أعمّ من مطلقها، فلا يلزم من انتفائها انتفاؤها، لأن عدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ، أو أراد المفارقة مجازا تسميه للشئء باسم ما يتول إليه، أو إقامه للسبب مقام المسبّب.

و اختار ابن إدريس [١] صحّحه العتق و بطلان الشرط، لأنهما شيئان فلا يلزم من فساد أحدهما -لعارض مخالفته للمشروع- بطلان الآخر. و قوّاه فخر الدين في

ص: ٢٩٤

١- ١) النهاية: ٥٤٢.

٢- ٢) المهذب ٢: ٣٥٩، الوسيله: ٣٤١، إصباح الشيعه: ٤٧٢.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٢٩٢ هامش (٥).

٤- ٤) الكافي ٦: ١٧٩ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٢٢ ح ٨، ٧٩٥.

٥- ٥) نكت النهاية ١٠: ٣.

٦- ٦) في «د، خ، ق، ص»: إذا.



و لو شرط خدمه زمان (١) معيّن صحّ. و لو قضى المدهّ آبقا، لم يعد في الرقّ. و هل للورثه مطالبته بأجره مثل الخدمه؟ قيل: لا، و الوجه اللزوم.

شرحه (١)، محتجًا ببناء العتق على التغليب.

و الأصحّ بطلانها معا، لأن العتق مجرّدا عن الشرط غير مقصود، و بناء العتق على التغليب لا يدلّ على صحّته من دون القصد. قوله: «و لو شرط خدمه زمان. إلخ».

اشتراط خدمه زمان معيّن من جمله الشروط السائغه التي يصحّ اشتراطها على المملوك، بل هي أوضح ما يشترط عليه كما عرفته. ثمّ إن و في بالمدهّ فلا كلام. و إن أخلّ بها فليس للمالك و لا لورثته إلزامه بالخدمه في مثلها من المدهّ قطعاً، لأن الزمان المعيّن للخدمه قد فات، و هي ليست مثليه. و كذا لا يعاد في الرقّ بالإخلال، لما تقدّم (٢). فهل يثبت عليه أجره مثل الخدمه المشروطه للمالك أو ورثته؟ قال الشيخ في النهايه (٣) و أتباعه (٤) و ابن الجنيد (٥): لا، لصحيحه يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه و شرط عليها أن تخدمه خمسين سنه فأبقت، ثمّ مات الرجل فوجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها؟ قال: لا» (٦).

ص: ٢٩٥

١-١) إيضاح الفوائد ٣:٤٧٩.

٢-٢) في الصفحه السابقه.

٣-٣) النهايه: ٥٤٢.

٤-٤) المهذب ٢:٣٥٩، الوسيطه: ٣٤١، إصباح الشيعه: ٤٧٢.

٥-٥) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٦٢٥.

٦-٦) الكافي ٦:١٧٩ ح ٢، الفقيه ٣:٦٩ ح ٢٣٥، التهذيب ٨:٢٢٢ ح ٧٩٧، الوسائل ١٦:١٤ ب «١١» من أبواب العتق. و في المصادر: خمس سنين.

و من وجب (١) عليه عتق في كفّاره لم يجزه التدبير.

و إذا أتى (٢) على المؤمن سبع سنين استحبّ عتقه.

و المصنّف و قبله ابن إدريس (١) و المتأخرون (٢) ذهبوا إلى لزوم الأجره، لأنها حقّ متقومّ بالمال فيثبت في الذمّه بقيمته و هي أجره المثل. و الروايه الصحيحه غير منافيه لذلك، لأنه إنما نفى استخدامها و نحن نقول به، لأن مدّه الخدمه المعينه قد فاتت، و هي ليست مثاليه حتى تلزمه الخدمه في مثلها، و إنما عليه أجره مثلها، لأنها مستحقّه عليه و قد فوّتها عليهم، و نفى الاستخدام لا يقتضى نفى الأجره الثابته لهم عوضاً عمّا فوّت عليهم من الحقّ. و هذا حسن (٣).

قوله: «و من وجب. إلخ».

المعتبر في العتق عن الكفّاره كونه منجزاً، فلا يجزى عنه التدبير و إن نوى به التكفير، و لروايه إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن هشام بن أذينة سألتني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث لسيدّه حدث، فمات السيد و عليه تحرير رقبه واجبه في كفّاره، أ يجزى عن الميت عتق العبد الذي كان السيد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبه التي كانت على الميت؟ فقال: لا» (٤).

قوله: «و إذا أتى. إلخ».

مستند الحكم روايه محمد بن عبد الله بن زراره عن بعض آل أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه

ص: ٢٩٦

١-١ (١) السرائر ١١: ٣.

٢-٢ (٢) كشف الرموز ٢: ٢٨٩، تحرير الأحكام ٢: ٧٩.

٣-٣ (٣) في «ق، ص»: أحسن.

٤-٤ (٤) الكافي ٦: ١٩٤ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٣١ ح ٨٣٧، الوسائل ١٥: ٥٥٨ ب «٩» من أبواب الكفّارات ح ١.

و يستحبّ (١) عتق المؤمن مطلقاً. ويكره عتق المسلم المخالف، و عتق من لا يقدر على الاكتساب. و لا بأس بعتق المستضعف.

و من أعتق من يعجز عن الاكتساب استحَبَّ إعانته.

أم لم يعتقه، و لا تحلَّ خدمه من كان مؤمناً بعد سبع سنين» (١). و هي محمولة على استحباب عتقه بعد المدّة، للإجماع على أنّه لا يعتق بنفسه. و الرواية و إن كانت مرسله إلّا أن دليل السنن يتأدّى بمثلها.

قوله: «و يستحبّ. إلخ».

لا إشكال في استحباب عتق المؤمن مطلقاً، لما فيه من الإحسان إليه و تخليصه من نقص الرقّ. و قد تقدّم في صدر الكتاب (٢) ما يدلّ على تأكّد الاستحباب.

و يكره عتق المخالف، لقول الصادق عليه السلام: «ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم و يكون علينا غداً! لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً» (٣).

و هو محمول على الكراهه كما سلف (٤).

و كذا يكره عتق العاجز عن القيام بكفايته، إلّا أن يعينه بالإنفاق. قال الرضا عليه السلام: «من أعتق مملوكاً لا حيله له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان عليّ عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار و من لا حيله له» (٥).

ص: ٢٩٧

١- (١) الكافي ١٩٦: ٦ ح ١٢، التهذيب ٢٣٠: ٨ ح ٨٣١، الوسائل ٣٦: ١٦ ب (٣٣) من أبواب العتق ح ١.

٢- (٢) في ص: ٢٦٥.

٣- (٣) الكافي ١٩٦: ٦ ح ٩، الوسائل ١٩: ١٦ ب (١٧) من أبواب العتق ح ٣.

٤- (٤) لم نجده فيما سلف، و انظر ص: ٢٦٦.

٥- (٥) الكافي ١٨١: ٦ ح ١، التهذيب ٢١٨: ٨ ح ٧٧٨، الوسائل ١٧: ١٦ ب (١٤) من أبواب العتق ح ١.

و يلحق بهذا الفصل مسائل:

**الأولى: لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعه**

الأولى: لو نذر (١) عتق أول مملوك يملكه فملك جماعه، قيل: يعتق أحدهم بالقرعه، وقيل: يتخير و يعتق، وقيل: لا يعتق شيئاً، لأنه لم يتحقق شرط النذر. والأول مروى.

و روى هشام بن سالم فى الصحيح قال: «سألته عن النسمة، فقال: أعتق من أغنى نفسه» (١). و روى الحلبي فى الصحيح قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرقبه تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم» (٢). و قد تقدم البحث عن حقيقه المستضعف فى تضاعيف الكتاب (٣) مرارا.

قوله: «لو نذر.. إلخ».

إذا نذر عتق أول مملوك يملكه صحّ النذر و إن كان المنذور مبهما كما يجوز نذر المعين، للأصل و النصّ (٤).

ثمّ إن اتفق ملكك واحد ببيع أو هبه أو ميراث أو غيرها عتق. و هل يشترط لعتقه أن يملكك آخر بعده؟ وجهان، من أن الأوليه تقتضى أمرين: أحدهما ثبوتى و هو سبقه لغيره، و الآخر عدمى و هو عدم سبق غيره له، و من الشك فى اقتضائه الأمر الأول عرفا. و الأظهر عدم الاشتراط.

و إن ملك جماعه دفعه ففيه أقوال:

ص: ٢٩٨

١- (١) الكافى ١٨١: ٦ ح ٣، التهذيب ٢١٨: ٨ ح ٧٧٩، الوسائل ١٨: ١٦ ب «١٥» من أبواب العتق ح ٣.

٢- (٢) الكافى ١٨٢: ٦ ح ٣، التهذيب ٢١٨: ٨ ح ٧٨١، الوسائل ١٩: ١٦ ب «١٧» من أبواب العتق ح ١.

٣- (٣) راجع ج ١: ٤٢١، و ج ٧: ٤١٢.

٤- (٤) لاحظ الوسائل ٥٨: ١٦ ب «٥٧» من أبواب العتق.

أحدها: لزوم عتق واحد منهم، و يخرج بالقرعه. أما لزوم العتق فلو جود شرط النذر فوجب الوفاء به، لأن الأوليه موجوده فى كل واحد منهم، لأنه بملك الجماعه صدق أنه ملك واحد، لأنه من جملة الجماعه. و أمّا إخراج بالقرعه فلانتفاء الأولويه عن أحدهم، و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام فى رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعة جميعا، قال: «يقرع بينهم و يعتق الذى يخرج سهمه» (١). و هذا قول الشيخ فى النهايه (٢) و الصدوق (٣) و جماعه (٤).

و ثانيها: أنه يصحّ، و يتخير الناظر مع بقائه و قدرته عليه، و إلا فالقرعه.

و هو قول ابن الجنيد (٥)، و الشيخ فى التهذيب (٦)، و المصنّف فى النكت (٧)، و الشهيد فى الشرح (٨)، لروايه الحسن الصيقل أنه سأل الصادق عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ، فأصاب سته، قال: «إنما كانت نيتك على واحد، فليخر أيتهم شاء فليعتقه» (٩). و حمل القائلون بهذه الروايه روايه القرعه

ص: ٢٩٩

١- ١) الفقيه ٣: ٥٣ ح ١٧٩، التهذيب ٨: ٢٢٥ ح ٨١١، الوسائل ١٩٠: ١٨ ب «١٣» من أبواب كيفيه الحكم ح ١٥.

٢- ٢) النهايه: ٥٤٣.

٣- ٣) المقنع: ١٥٧.

٤- ٤) المهذب ٢: ٣٦٠، إصباح الشيعة: ٤٧٣، المختلف: ٦٢٥-٦٢٦، إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٠، اللمعه دمشقيه: ١٣٤، المقتصر: ٣٠٦.

٥- ٥) حكاة عنه العلامة فى المختلف: ٦٢٥.

٦- ٦) التهذيب ٨: ٢٢٦، ذيل ح ٨١٢.

٧- ٧) نكت النهايه ٣: ١٤.

٨- ٨) غايه المراد: ٢٣٧.

٩- ٩) التهذيب ٨: ٢٢٦ ح ٨١٢، الاستبصار ٤: ٥ ح ١٧، الوسائل ٥٩: ١٦ ب «٥٧» ح ٣.

## الثانية: لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين

الثانية: لو نذر تحرير (١) أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين.

على الاستحباب جمعا بين الأخبار، وفيه نظر، لأن روايه القرعه صحيحه [السند] (١) وهذه ضعيفه السند، فإن في طريقها إسماعيل بن يسار وهو ضعيف، والحسن الصيقل [وهو] (٢) مجهول الحال، فالعمل بالأخرى متعين، لعدم المعارض.

و ثالثها: بطلان النذر، لفقد صفته المعتبره فيه وهي وحده المملوك، ولا أول للمملوكين دفعه إلا الجملة و عتقها غير مقصود، ولأصالة البراءة.

و أجيب بظهور الأول بما ذكر، وبالنص وهو مخرج بحكم الأصل عنه.

قوله: «لو نذر تحرير.. إلخ».

التوأمين هما الولدان في بطن [واحد] (٣) وإنما عتقا معا دون المملوك المتعدد في السابقه لأن المنذور هنا- وهو متعلق «ما»- عامّ فيشمل الجميع، بخلاف المملوك، فإنه نكره في سياق الإثبات فلا تكون عامّه. ولو أن المنذور في الأول كان أول ما يملكه، والثاني أول ولد تلده، لانعكس الحكم. وهذا الفرق يتم مع إرادته ب «ما» كونها موصوله لتعم، فلو قصدتها مصدرية كانت بمعنى مملوك (٤).

و لو أطلق ففي حمله على أيهما وجهان، من اشتراكها (٥) المانع من حملها على أحدهما بغير قرينه و المتيقن (٦) منه هو الواحد، و من احتمال ظهورها في العامّ كما

ص: ٣٠٠

١- ١) من «د» و الحجريتين.

٢- ٢) من «د» و الحجريتين.

٣- ٣) من «د» و الحجريتين.

٤- ٤) في «خ»: مولود فيساوي مملوك.

٥- ٥) كذا في «ط» و في سائر النسخ و الحجريتين: اشتراكهما.

٦- ٦) في «م»: و المعتقد منه.

## الثالثه: لو كان له ممالیک فأعتق بعضهم

الثالثه: لو كان له ممالیک (١) فأعتق بعضهم، ثم قيل له: هل أعتقت ممالیکک؟ فقال: نعم، انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصه.

هو ظاهر حکم الأصحاب، و الروایه (١) مؤیدة و إن لم تصلح لتأسيس حکم. و لو قصد ب«مملوک» الجنس احتمال مساواته ل«ما» لصلاحيته للجميع كما يصلح للواحد، و الوجه الفرق، فإن صلاحية الجنس للواحد و المتعدد يمنع من حمله على المتعدد بغير قرينه، و المتيقن منه هو الواحد.

و يشترط في حکم بعقهما معا على تقديره ولادتهما دفعه و إن كان نادرا، إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأول. و أطلق الأكثر حکم من غير تقييد بالدفعه تبعا لإطلاق الروایه. و هو حسن لو صلحت (٢) لإثبات حکم.

هذا إذا ولدت الأول حيا و إلا- عتق الثاني، لأن الميت لا- يصلح للعتق، و نذره صحيحا يدل على حياته التزاما. و قيل: يبطل هنا، لفوات متعلقه. و لو ولدته مستحقا للعتق كالمقعد فالوجهان. و أولى بعدم عتق الثاني هنا، لصلاحيته الأول للعتق غايته اجتماع سببين لعتقه.

قوله: «لو كان له ممالیک. إلخ».

هذه المسألة ذكرها الشيخ (٣) و الجماعة (٤) بهذا الإطلاق. و الأصل فيها

ص: ٣٠١

١- ١) الكافي ١٩٥: ٦ ح ٧، التهذيب ٢٣١: ٨ ح ٨٣٤، الوسائل ٣٥: ١٦ ب «٣١» من أبواب العتق.

٢- ٢) في هامش «و»: «قصورها من حيث السند، فإنها مرسله، و في متنها بحث. منه رحمه الله».

٣- ٣) النهاية: ٥٤٤.

٤- ٤) المهذب ٣٦٠: ٢، السرائر ١٢: ٣، قواعد الأحكام ٩٨: ٢.

روايه سماعه قال: «سألته عن رجل قال لثلاثه ممالكك له: أنتم أحرار، و كان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ قال: نعم، أ يجب العتق لأربعة حين أجملهم، أو هو للثلاثه الذين أعتق؟ فقال: إنما يجب العتق لمن أعتق» (١).

و فى هذا الحكم بحث، و فيه على إطلاقه إشكال، لأن الحكم إن كان جاريا على ما فى نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقرارا بالعتق ظاهرا فالحكم كذلك. و لا فرق عليه بين كون من أعتقهم بالغين حدّ الكثره و عدمه. فلو كان قد أعتق واحدا منهم و عتبر بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه، لأن الإقرار ليس من الأسباب الموجهه لإنشاء العتق فى الحال، و إنما هو إخبار عمّا سبق، فلا يصحّ إذا لم يكن مطابقا لخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضاه. فما كان قد وقع عليه العتق انصرف إليه، و غيره يبقى على أصل الرقّ قليلا كان أم كثيرا.

و إن كان جاريا على ظاهر الإقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع ممالكه، لأن «ممالكك» جمع مضاف و هو يفيد العموم، و «نعم» يقتضى تقرير السؤال و إعادته، فيكون إقرارا بعتق الجميع. و الروايه قاصره [الدلاله] (٢) عن إفاده قصر الحكم على ما فى نفس الأمر و أطراح الإقرار ظاهرا، من حيث إنها مقطوعه ضعيفه السند، إلاّ أن الشيخ لا يراعى فى عمله تصحيح الروايه خصوصا فى النهايه، و تبعه الجماعه زاعمين انجبار الضعف بالشهره، فلذلك رتبوا الحكم على ما فى نفس الأمر.

ص: ٣٠٢

١- (١) الفقيه ٣: ٦٨ ح ٢٣٠، التهذيب ٨: ٢٢٦ ح ٨١٣، الوسائل ١٦: ٥٩ ب «٥٨» من أبواب العتق ح ١.

٢- (٢) من «د» و الحجريّتين.



ثمّ إنه يشكّل بما لو كان المعتقد دون العدد الكثير وقد أجاب به بل بصيغه جمع الكثرة، فكيف ينصرف الإقرار إلى ما أعتقه خاصّه و تحصل المطابقيه بين عتقه لواحد و بين قوله: أعتقت مماليكى؟ و لأجل ذلك استقرب العلامه فى القواعد (1) اشتراط الكثره فى المعتقد لتطابق لفظ الإقرار. و الإشكال فيه أقوى من الإطلاق، لأنه لا يجرى على الظاهر و لا على ما فى نفس الأمر. أمّا الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الإقرار عتق الجميع من حيث إن «مماليكك» جمع مضاف مفيد للعموم و قد أقرّه فى الإقرار (2) به. و أمّا فى نفس الأمر فلأن العتق لم يقع فيه إلا على من باشر عتقه خاصّه، و صيغه الإقرار ليست من الأسباب المنشئه (3) لعتق باقى العدد المعتبر فى الكثره تتمه لما وقع عليه العتق.

و اعتذر له ولده فخر الدين -رحمه الله- بأنه إذا أعتق ثلاثه من مماليكه يصدق قوله: هؤلاء مماليكى حقيقه، فإذا قيل له: أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم، و هى تقتضى إعاده السؤال و تقريره، فيكون إقرارا بعتق المماليك الذين انعتقوا، فلا يلزم بغيرهم، لأصالة البراءه، و لأن الإقرار إنما نحمله على التحقيق و المتيقن لا على ما فيه احتمال.

ثمّ قال: «و هل يشترط فى 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 البراءه، و من جواز التجوّز به. فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد، و على عدمه لا يكتفى بالواحد، و يلزم بعتق ما يصدق عليه

ص: ٣٠٣

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٩٨.

٢- ٢) فى «ص، و، ط»: بالإقرار.

٣- ٣) فى «د، م»: الموجه، و فى «و»: المثبتة.

الجمع، و يكون فى الباقي كالمشبهه» (١). ثم جعل هذا البحث مبيّنا على الحكم بمجرد الإقرار ظاهراً، أما البحث عمّا فى نفس الأمر فلا ينعق إلا ما أوقع عليه العتق.

و فى هذا الكلام نظر من وجوه:

الأول: ظهور الفرق بين المتنازع و هو قوله: «أعتقت مماليكى» الذى هو مقتضى قوله: «نعم» جواباً لمن قال: «أعتقت مماليكك»، و بين قوله عن ثلاثه من مماليكه: «هؤلاء مماليكى» و إن اشتركا فى صيغه العموم، لأن لفظ العموم يستغرق ما يصلح له و يدخل فيه دون غيره. فقوله: «أعتقت مماليكى» يصلح لجميع من هو داخل فى ملكه و إن بلغوا ألفاً، فيتناولهم العموم، و قوله: «هؤلاء مماليكى» إنما يتناول المشار إليهم دون غيرهم، فلا يلزم من صدق قوله عن الثلاثه: «هؤلاء مماليكى» اختصاص الحكم بعتق ثلاثه إذا قال: «أعتقت مماليكى» الدالّ بلفظه على الجميع.

الثانى: قوله: «فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم» لا يتمّ إلا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فقد وجد الإقرار بالعتق الدالّ بالوضع على الجميع فلا يختصّ بالبعض. و بهذا ينقطع أصل البراءه. و قد اعترف بأن الحكم مبنّى على الظاهر لا على نفس الأمر.

الثالث: قوله: «إن الإقرار إنما نحمله على التحقيق و المتيقّن لا على ما فيه احتمال» إن أراد به المتيقّن بحسب مدلول اللفظ فمسلم لكن لا ينفعه فى الاقتصار على الثلاثه، لأن مدلول اللفظ و المتيقّن منه متناول لجميع مماليكه

ص: ٣٠٤

بالنظر إلى عموم لفظ الإقرار. وإن أراد المتيقن في نفس الأمر و نفى المحتمل خروجه و إن دلّ عليه لفظ الإقرار فظاهر فساده، لأن الإنسان مؤاخذ بما يدلّ عليه لفظه و إن احتمل في نفس الأمر خلافه، كما لو قال: لفلان على ألف، فإنه يحكم عليه بها، لدلاله لفظه على كونها مستحقّه عليه و إن كان من المحتمل في نفس الأمر براءته منها. و كذا لو قال: أعتقت عبيدى، و لم يكن قد أعتق أحدا منهم، فإنه يؤخذ بإقراره و يحكم عليه بعتق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم.

الرابع: ترتيب الخلاف في الحكم بعتق واحد خاصّه أو أقلّ الجمع على الظاهر مع وجود اللفظ الدالّ على الجمع و العموم غير مطابق، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعتق الجميع أو الجمع، أما الاقتصار على الواحد فلا يقتضيه اللفظ بوجه. و لا يقول أحد بأن من أقرّ بشيء بصيغته الجمع فضلا عن العموم يلزمه واحد خاصّه، و إنما الخلاف في حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثه فصاعدا، أما الواحد فليس محلّ نظر أصلا.

و الحقّ في هذه المسأله العمل بالظاهر و الحكم عليه بعتق الجميع، نظرا إلى مدلول لفظه، و أما فيما بينه و بين الله تعالى فلا يحكم عليه إلاّ بعتق من أعتقه خاصّه، و لا- يزيد عنه إلى أقلّ الجمع لو كان أقلّ منه قطعا. نعم، لو دلّت القرائن على أنه لا يريد باللفظ مدلوله، كما لو مرّ على عاشر فأراد أن يأخذ عليهم مظلّمه فأقرّ بذلك، مع ظهور إرادته بخلاف مدلول لفظه، أتجه عدم الحكم عليه به ظاهرا كما لا- يحكم به باطنا. و عليه دلّت روايه الوليد بن هشام قال: «قدمت من مصر و معى رقيق فمررت بالعاشر فسألنى فقلت: هم أحرار كلّهم، فقدمت المدينة

الرابعه: لو نذر عتق أمته (١) إن وطئها صح. فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين، و لو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين.

فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر فقال: ليس عليك شيء» (١). فلم يحكم عليه السلام عليه بظاهر إقراره و أفزّه على ما في نفس الأمر. و كذلك الروايه السابقه (٢) ظاهره في إرادته ما في نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه السلام: «إنما يجب العتق لمن أعتق».

قوله: «لو نذر عتق أمته. إلخ».

مستند هذا الحكم صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل تكون له الأمه فيقول: يوم يأتيها فهي حرّه، ثمّ يبيعها من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس أن يأتيها قد خرجت عن ملكه» (٣). و ما وقفت على رادّ لها إلاّ ما يظهر من ابن إدريس (٤).

و ظاهرها يدلّ على صحّه تعليق العتق على شرط مطلقاً، لكنّ الأصحاب (٥) لم يقولوا به حملوها على النذر. و في تعدّي حكمها إلى غير الأمه و إلى التعليق بغير الوطاء وجهان، من مخالفتها للأصل حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر، لأنّ غايته أن تصير أجنبيّه منه و النذر

ص: ٣٠٦

١- ١) الفقيه ٣: ٨٤ ح ٣٠١، التهذيب ٨: ٢٢٧ ح ٨١٥، الوسائل ١٦: ٦٠ ب «٦٠» من أبواب العتق.

٢- ٢) في ص: ٣٠٢، هامش (١).

٣- ٣) الفقيه ٣: ٦٨ ح ٢٢٩، التهذيب ٨: ٢٢٦ ح ٨١٤، الوسائل ١٦: ٦٠ ب «٥٩» من أبواب العتق.

٤- ٤) السرائر ٣: ١٢-١٣.

٥- ٥) انظر إصباح الشيعة: ٤٧٣، السرائر ٣: ١٢-١٣، الجامع للشرائع: ٤٠٣، قواعد الأحكام ٢: ٩٨، اللمعه دمشقيّه: ١٣٤.

الخامسة: لو نذر عتق كل عبد (١) قديم، انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر فصاعداً.

يصحّ تعلقه (١) بالأجنبيّه، كنذر عتقها إن ملكها و هي في ملك غيره ابتداء كما تقدّم (٢) في نظائره، و من الإيماء في الروايه إلى العله بقوله: «قد خرجت عن ملكه» و ذلك يوجب التعدّي إلى ما توجد فيه العله المنصوصه. و في الروايه أيضا على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرّف في المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، و فيه خلاف مشهور. و موضع الحكم بانحلال النذر ما إذا لم يعمّم نذره و لو بالتيه بما يشمل الملك العائد، و إلا فلا إشكال في بقاء الحكم.

قوله: «لو نذر عتق كل عبد.. إلخ».

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية (٣)، و تبعه عليها جماعة (٤) [من (٥) المتأخرين حتى ابن إدريس (٦)]. و الأصل فيها روايه داود النهدي عن بعض أصحابنا قال: «دخل أبو سعيد المكارى على أبي الحسن الرضا عليه السلام فقال له: أسألك عن مسأله رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حرّ لوجه الله، قال: إن الله عزّ و جلّ يقول في كتابه حتّى عادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ فما كان من مماليكه أتى له ستة أشهر فهو قديم حرّ» (٧).

ص: ٣٠٧

١- ١) في «خ، د، م» و الحجرّيتين: تعليقه.

٢- ٢) في ص: ٢٩٨.

٣- ٣) النهاية: ٥٤٤.

٤- ٤) الجامع للشرائع: ٤٠١، قواعد الأحكام ٢: ٩٨، الدروس الشرعيّه ٢: ٢٠٥.

٥- ٥) من «خ، د» و الحجرّيتين.

٦- ٦) السرائر ٣: ١٣.

٧- ٧) تفسير القمي ٢: ٢١٥، الكافي ٦: ١٩٥ ح ٦، الفقيه ٣: ٩٣ ح ٣٥١، التهذيب ٨: ٢٣١ ح ٨٣٥، الوسائل ١٦: ٣٤ ب «٣٠» من أبواب العتق ح ١. و الآية في سوره يس: ٣٩، و فيما عدا تفسير القمي: ابن أبي سعيد.

و الروايه كما ترى اشتملت على لفظ المملوك الشامل للذكر و الأنثى، و لكن الشيخ عبّر بلفظ العبد و تبعه المصنّف و الجماعه، و تمادى الأمر إلى أن توقّف العلامة (١) في تعدّي الحكم إلى الأمه من حيث إن هذا الحكم على خلاف الأصل لا (٢) دليل عليه من جهه العرف و لا اللغه، و إنما مستنده الشرع، مع أن الروايه ضعيفه السند مرسله. و اعتذر فخر الدين (٣) -رحمه الله- عن ذلك بأن المسأله إجماعيه، و أن الإجماع لم يقع إلا على العبد، فلذلك استشكل والده حكم الأمه. و الإجماع على وجه يكون حجّه ممنوع، بل كثير من العلماء كابن الجنيّد و سلّار و الصّيدوق لم يتعرّضوا لها، و إنما الأصل فيها الشيخ و طريقته في النهايه الاستناد إلى الروايات من غير مراعاة طريقها كما هو المعلوم من عادته، و لكن أتباع ابن إدريس له حملهم على شبهه الإجماع، حيث إنه لا يعتمد أخبار الأحاد مطلقا، فعمله بمضمونها يدلّ على فهمه أنه إجماع.

و اعلم أن المتأخّرين اختلفوا في تعدّي الحكم إلى نذر الصدقه بالمال القديم و الإقرار به و إبراء كلّ غريم قديم و نحو ذلك، بشبهه أن القديم قد صار حقيقه شرعيّه في ذلك القدر فيتعدّي، معتضدا بتعليل الروايه بقوله: «حَتَّى عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ» فإنه يقتضى ثبوت القدم بالمدّه المذكوره مطلقا، و من معارضه اللغه و العرف، و منع تحقّقه شرعا لضعف المستند، و قصر الإجماع المدّعى على

ص: ٣٠٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٩٨.

٢- (٢) في «م»: و لا.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٣.

السادسه: من أعتق عبده، و له مال (١) فماله لمولاه. و قيل: إن لم يعلم به المولى فهو له، و إن علمه فهو للمعتق إلا أن يستثنيه المولى. و الأول أشهر.

مورده.

و لو قصر الجميع عن سته أشهر، ففي عتق أولهم تملكوا اتحد أم تعدد، أو بطلان النذر وجهان. و على الصحه لو اتفق ملك الجميع دفعه، ففي انعقاد الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان. و الأقوى الرجوع فى غير موضع الوفاق إلى العرف، فإن لم يدل على اتصاف شىء من متعلق النذر بالقدم بطل.

قوله: «من أعتق عبده و له مال.. إلخ».

هذه المسأله مبتئيه على أن المملوك هل يصلح لأن يملك شيئاً حال كونه مملوكاً أم لا؟ فالأكثر على العدم، عملاً بظاهر الآيه (١). و قيل: يصح أن يملك، عملاً بروايات (٢) كثيره دالّه عليه، و منها الصحيح، و الأولى حملها على إباحه تصرفه فيما يأذن له فيه من فاضل الضريبه و غيره. فإن أحلنا ملكه و كان بيده مال فهو للمولى، سواء أعتق أم بقى على الرقيه، ما لم يعلم أن أصله من جهه خارجه عن المولى. و إن جوزنا ملكه فأعتقه و بيده مال فهو له إن علم به المولى و لم يستثنه، و إلا فهو للمولى، لصحيحه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أعتق عبداً له و للعبد مال لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مالا تبعه ماله، و إلا فهو له» (٣). و فى روايه أخرى عن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام

ص: ٣٠٩

١- (١) النحل: ٧٥.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٦: ٢٨ ب «٢٤» من أبواب العتق.

٣- (٣) الكافي ٦: ١٩٠ ح ٤، التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠٣، الاستبصار ٤: ١٠ ح ٣٠، الوسائل ١٦: ٢٩ ب «٢٤» من أبواب العتق ح ٤.

قال: «إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه و هو يعلم أن له مالا، و لم يكن استثنى السيد المال حين أعتقه، فهو للعبد» (١). و توقّف العلامة في المختلف (٢) مع حكمه بعدم ملك العبد، نظرا إلى صحّحه الروايه.

و في الاستدلال بها نظر، لأن الاولى و إن كانت صحيحه إلا أنه ليس فيها أنه مع استثناء المولى يكون له، بل أطلق فيها أنه مع علمه بالمال يكون للعبد. و الثانيه و إن دلّت على الحكم المدعى في القول إلا أن في طريقها ابن بكير و حاله مشهور، لكن نقل الكشّي (٣) إجماع العصابه على تصحيح ما يصح عنه و إن كان فطحيا. فعلى هذا يمكن الاستناد إلى روايته، و تحمل الاولى على ما لو لم يستثنه حملا للمطلق على المقيّد.

ثمّ على تقدير توقّف ملك المولى على استثناء المال لا- فرق بين أن يقمّم (٤) العتق على الاستثناء و يؤخره مع الاتّصال، لأن الكلام جملة واحده لا يتمّ إلا بآخره.

و اشترط الشيخ (٥) تقديم الاستثناء على التحرير، لروايه أبي جرير قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت حرّ و لى

ص: ٣١٠

١- ١) الكافي ٦: ١٩٠ ح ٢، الفقيه ٣: ٦٩ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠٤، الاستبصار ٤: ١٠ ح ٣١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١، و فيه: عن أبي جعفر عليه السلام.

٢- ٢) المختلف: ٦٢٤.

٣- ٣) اختيار معرفه الرجال: ٣٧٥ رقم (٧٠٥).

٤- ٤) في «و»: يقمّمه المعتق.

٥- ٥) النهايه: ٥٤٣.



مالك، قال: لا- يبدأ بالحريه قبل العتق يقول: لى مالك و أنت حرّ برضا المملوك» [١]. و لأنه إذا قدّم التحرير انعتق بقوله: أنت حرّ، فلا يقع الاستثناء موقعه.

و فيه نظر، لأن الروايه تضمّنت اعتبار رضا المملوك و لا يقولون به. و نمنع حصول التحرير قبل تمام الكلام، لأن الشرط من جمله الصيغه.

و اعلم أن العلامه فى المختلف (١) أسند الروايه إلى حريز و جعلها صحيحه، و تبعه ولده (٢) و الشهيد فى الدروس (٣) و جماعه [٢]. و الموجود فى الكافى و التهذيب و الاستبصار أبو جرير بالجيم، و هو الصواب، لأن حريزا لم يرو عن الكاظم عليه السلام، بخلاف أبى جرير- و هو زكريا بن إدريس الأشعري- فقد روى عن الصادق و الكاظم و الرضا عليهم السلام، و هو ممدوح غير موثّق، فيكون من الحسن لا من الصحيح، ففيما نقلوه خلالان (٤) لفظيّ و معنويّ.

ص: ٣١١

١- ٢) المختلف: ٦٢٤.

٢- ٣) إيضاح الفوائد ٣: ٤٧٨.

٣- ٤) الدروس الشرعيّه ٢: ٢٠٦.

٤- ٦) فى «ص، ق، ط، خ، م»: خلاف.

السابعه: إذا أعتق (١) ثلث عبيده و هم ستّه - استخرج الثلث بالقرعه. و صورتها: أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كلّ رقعته، ثمّ يخرج على الحرّيّه أو الرقيّه. فإن أخرج على الحرّيّه كفت الواحده، و إن أخرج على الرقيّه افتقر إلى إخراج اثنين.

و إذا تساوا عددا و قيمه، أو اختلفت القيمه مع إمكان التعديل أثلاثا، فلا بحث.

و إن اختلفت القيمه و لم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمه و طرح اعتبار العدد. و فيه تردّد.

و إن تعدّد التعديل عددا و قيمه أخرجنا على الحرّيّه حتى يستوفى الثلث قيمه. و لو قصرت قيمه المخرج أكملنا الثلث و لو بجزء من آخر.

قوله: «إذا أعتق. إلخ».

إذا أعتق جزء من عبيده مشاعا كالثلث، أو أعتق المريض الجميع فلم ينفذ إلّا- في الثلث، و احتيج إلى إخراج الجزء المذكور استخرج بالقرعه.

و في كيفيّتها طرق:

أحدها: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ثمّ يخرج على الرقّ أو الحرّيّه.

و الثاني: أن يكتب في الرقاع الرقّ و الحرّيّه و يخرج على أسماء العبيد.

و المرويّ [١] عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم في ذلك جمع كلّ ثلث في رقعته، و قد كانوا ستّه فجزّأهم ثلاثه أجزاء اثنين اثنين. و هو الذي فرضه.

المصنّف. و هو يتمّ مع تساويهم قيمه و قبول العدد للتجزيه أثلاثا كالسّته. و على هذا فله كتبه اسم كلّ اثنين في رقعه من غير أن يتعرّض في الكتابه للحزّيه و الرقيّيه، ثمّ تستر و تخرج. فإن أخرج على الحزّيه عتق الاثنان الخارجان أوّل مرّه، و صار الأربعة المتخلّفه أرقماء. و إن أخرج على الرقيّيه استرقّ الخارجان و احتيج إلى إخراج أخرى، و يتخيّر حينئذ بين الإخراج على الحزّيه و الرقيّيه، و على أيّهما أخرج حكم للخارج به، و بقي من في الرقعه الأخرى للآخر. و إن كتب في الرقاع الحزّيه و الرقيّيه من غير أن يكتب أسماء العبيد بالطريق الثاني، فليكتب في رقعه: حزّيه، و في رقتين: رقيّيه، على نسبه المطلوب في القلّه و الكثره، ثمّ يخرج باسم أحد الأجزاء الثلاثة الذين تربّوا سابقا. فإن خرجت رقعه الحزّيه انفصل الأمر، و إن خرجت رقعه الرقّ استرقّ المخصوصون بها و أخرجت أخرى كما مرّ.

و الطريق الثالث أن يكتب ستّ رقاع في الفرض المذكور، إما بأسماء الستّه اسم كلّ واحد في رقعه، ثمّ يخرج على الحزّيه أو الرقيّيه كما مرّ إلى أن يستوفى المطلوب. أو يكتب في اثنتين: حزّيه، و في أربع: رقيّيه، ثمّ يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه. و هذه الطريق أعدل، لأن جمع اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما في الرقيّيه و الحزّيه، و من الممكن خروج أحدهما حرّا و الآخر رقّا، لكن المشهور بين الفقهاء هو الأول، لوروده في الروايه. و الأقوى جواز العمل على الجميع.

هذا كلّّه إذا أمكن تجزئتهم أثلاثا بالعدد و القيمه، كستّه قيمه كلّ واحد

[منهم] (١) مائه. وكذا لو اختلفت القيمة مع إمكان تعديلهم أثلاثا بالعدد، كستة قيمه ثلاثة منهم ستمائة كل واحد مائتان، وثلاثة ثلاثمائة كل واحد مائه، فيضم كل خسيس إلى نفيس و يجعلان ثلثا.

ولو اختلفت القيمة و أمكن التعديل بها دون العدد، كما لو كان قيمه واحد من الستة مائتين، و قيمه اثنين مائتين، و قيمه ثلاثة مائتين، ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان أظهرهما اعتبار القيمة، فيجعل الواحد ثلثا و الاثنين ثلثا و الثلاثة ثلثا، لأن المقصود الذاتي من العبيد المائيه دون الأشخاص.

و وجه اعتبار العدد موافقه المروى من فعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم، مع استبعاد تساوى الستة قيمه بكل وجه. و فى بعض الأخبار [١] أنهم كانوا متساوين قيمه.

و لو أمكن التعديل عددا خاصه، كستة قيمه اثنين مائه، و اثنين مائه و خمسون، و اثنين ثلاثمائة، قسّموا ثلاثة بالعدد. فإن اخرج على الحرّيه 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 تخرجه للحرّيه، و من الآخر تتمه الثلث.

و إن لم يمكن التعديل عددا و لا قيمه، كخمسه قيمه واحد مائه، و اثنين مائه، و اثنين ثلاثمائة، ففي تجزئتهم وجهان:

أحدهما: تجزئتهم ثلاثة بالعدد مراعاة لتقريب القيمة إلى التسويه ما

أمكن. وإنما فعل ذلك تقريبا إلى المروى (١) وإن لم يكن مثله.

و الثاني - وهو الأصح - الاعتبار بالطريق الثالث خاصه، فيكتب خمس رقايع و يخرج كما فصل إلى أن يستوفى الثلث و لو بجزء من واحد. و هذا هو الذى اختاره المصنّف، و لم يذكر غيره.

و لو كانت قيمه الخمسه متساويه فعلى الأول يجرّئهم اثنين و اثنين و واحدا. و على الثانى يكتب خمس رقايع بأسمائهم و يخرج على الحزبه أو الرقيه إلى أن يستوفى الثلث قيمه. و الوجه جواز استعمال هذه فى جميع الفروض، خصوصا مع تعدّد التعديل كما ذكر.

و اعلم أن اعتبار القرعه بكتبه الرقايع هو المعروف بين الفقهاء، لأنه موافق للروايه (٢) عن النبىّ صلى الله عليه و آله و سلّم، و أبعد عن التهمه.

و ينبغى أن تكون متساويه، و أن تدرج فى بنادق و تجعل فى حجر من لم يحضر عملها، و أن تغطّى بثوب و يدخل من يخرجها يده من تحت الثوب، كلّ ذلك ليكون أبعد عن التهمه. و فى تعيين العمل بالرقايع نظر، لعدم دليل مخصّص، و كما روى من فعل النبىّ صلى الله عليه و آله و سلّم بالرقايع، كذلك روى [١] أنه أقرع فى بعض الغنائم بالبر، و أنه أقرع مرّه أخرى بالنوى. فلو قيل بجواز القرعه بذلك كلّه و أشباهه كان وجهها، لحصول الغرض، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى. و هذا البحث آت فى جميع أفراد القرعه الواقعه فى القسمه و غيرها.

ص: ٣١٥

١-١) لاحظ ص: ٣١٢.

٢-٢) لاحظ ص: ٣١٢.

## الثامنة: من اشترى أمه نسيته و لم ينقد ثمنها

الثامنة: من اشترى أمه (١) نسيته و لم ينقد ثمنها، فأعتقها و تزوّجها و مات و لم يخلف سواها، بطل عتقه و نكاحه، و ردّت على البائع رقا. و لو حملت كان ولدها رقا. و هي رواية هشام بن سالم. و قيل: لا يبطل العتق، و لا يرقّ الولد. و هو أشبه.

## التاسعة: إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث

التاسعة: إذا أوصى (٢) بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه الحاكم. و يحكم بحريته حين الإعتاق لا حين الوفاة. و ما اكتسبه قبل الإعتاق و بعد الوفاة يكون له، لاستقرار سبب العتق بالوفاة.

و لو قيل: يكون للوارث، لتحقّق الرقّ عند الاكتساب، كان حسنا.

قوله: «من اشترى أمه.. إلخ».

قد تقدّم البحث في هذه المسألة و الكلام على الرواية مستوفى في كتاب النكاح (١). و محصّله: أنها ضعيفة الأسناد مضطربة و إن كان قد وصفها بالصحة جماعة (٢)، و مخالفه لأصول المذهب الدالّ على صحّح البيع و العتق - لمصادفتها ملكا صحيحا - و انعقاد الولد حرّا، فلا مقتضى لبطلان ذلك و رجوع الولد إلى الرقيّة. و تكلف بحملها على ما يوافق الأصول متكلفون بغير ثمره، فيراجع تحقيق ذلك ثمّه (٣). و ما اختاره المصنّف و جعله أشبه هو المذهب.

قوله: «إذا أوصى.. إلخ».

القول بكون كسبه بين الموت و الإعتاق له للشيخ في المبسوط (٤)،

ص: ٣١٦

(١ - ١) في ج ٤٧: ٨-٥١.

(٢ - ٢) انظر المختلف: ٥٧٤، كشف الرموز ٢: ١٦٩، إيضاح الفوائد ٣: ١٥٩، غايه المراد: ١٩٤، التنقيح الرائع ٣: ١٥٧، جامع المقاصد ١٣: ١٣٦.

(٣ - ٣) انظر ج ٤٨: ٨-٥٠.

(٤ - ٤) المبسوط ٦: ٦٢-٦٣.

مستدلاً بما أشار إليه المصنّف من استقرار سبب العتق بالوفاء. وتنقيحه: أن السبب المقتضى لانتقال مال الموصى عن ملك الوارث و انصرافه إلى الوصيّه مستند إلى الوصيّه و الموت، فكلّ منهما جزء السبب و بالموت يتمّ السبب، فيكون العبد الموصى بعته بعد الموت بمنزله الحرّ و إن توقّفت حرّيته على الإعتاق، فيتبعه الكسب لكن لا يملكه إلاّ بعد العتق، لأنه قبله رقيق لا يملك و إنما كان أحقّ به.

و ردّه المصنّف بمنع استقرار السبب بالموت، بل هو مرّكب من ثلاثه أشياء: الوصيّه و الموت و إيقاع صيغه العتق، كما يتوقّف ملك الوصيّه إن كانت لمعيّن على قبوله مضافاً إلى الوصيّه و موت الموصى، فقبل القبول لا- يملك و إن حصل (١) الأمران الآخرا. و لو كان سبب العتق قد تمّ و استقرّ لزم أن يثبت معلوله و هو العتق، و هو لم يقل به حيث حكم برقه، و إنما يتحرّر بالإعتاق. و متى لم يكن تامّاً لم يثبت معلوله، و الملك متوقّف عليه. و لمّا امتنع خلوّ الملك من مالك، و لم يكن العبد مالكا لنفسه قبل العتق، فهو للوارث، إذ لا ثالث.

و يشكل بأن الله تعالى جعل (٢) الإرث بعد الوصيّه النافذه، و الفرض هنا كذلك، و ذلك يمنع من ملك الوارث، غاية أنه يكون الملك مراعى بالإعتاق فيتبعه الكسب و يكشف عن سبق ملكه، كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصيّه من حين الموت. و فى حكمه ما لو أوصى بعين توقف فى بعض الجهات. أما الموصى على وجه لا يتوقّف على صيغه كقوله:

ص: ٣١٧

١- ١) فى «ص، ق، د، ط»: جهل.

٢- ٢) النساء: ١١-١٢.

العاشره: إذا أعتق مملوكه عن غيره (١) بإذنه وقع العتق عن الأمر، و ينتقل إلى الأمر عند الأمر بالعتق، ليتحقق العتق في الملك. و في الانتقال تردّد.

أخرجوا عنّي العين الفلانيه في حجّه و نحوها، فمأؤها بعد الموت و قبل الإخراج في الوجه تابع لها قطعاً، لتعيّن لها لتلك الوجهه و خروجها عن ملك الوارث بالموت.

قوله: «إذا أعتق مملوكه عن غيره.. إلخ».

إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب و غيرهم صحّه العتق و وقوعه عن الأمر، خلافاً لابن إدريس (١) حيث حكم بوقوعه عن المعتق، نظراً إلى أن وقوع العتق عن الشخص مترتب على ملكه له، لقوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «لا عتق إلاّ في ملك» (٢) و هو منتف عن الأمر و موجود في المعتق، فيقع عنه لا عنه.

و التزم القائلون بوقوعه عن الأمر بانتقال الملك إليه ليتحقق شرط صحّه العتق [عنه] (٣). و استدّلوا على الأمرين بصحيحه بريد بن معاويه العجلي عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه، و أن المعتق أصاب بعد ذلك مالا ثمّ مات و تركه، لمن تكون تركته؟ قال: فقال: إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظاهر أو شكر أو واجب عليه فإن المعتق سائبه لا سبيل لأحد

ص: ٣١٨

١- (١) السرائر ٢١، ٢٠: ٣.

٢- (٢) الكافي ١٧٩: ٦ ح ٢، التهذيب ٢١٧: ٨ ح ٧٧٤، الاستبصار ٤: ٥ ح ١٥، عوالي اللئالي ٢٩٩: ٢، الوسائل ٧: ١٦ ب «٥» من أبواب العتق ح ٢.

٣- (٣) من «د، خ، م» و الحجريّتين.



عليه-إلى قوله-و إن كانت الرقبة على أبيه تطوعاً وقد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال، قال:و إن كان ابنه الذى اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإن ولاءه و ميراثه للذى اشتراه من ماله و أعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته» (١).

و وجه الدلالة: أن ثبوت الولاء للآمر فرع انتقال الملك إليه و وقوع عتقه عنه، و قد أثبت له فيثبت الملزوم.

و فيه نظر، لأنه قبل الموت لا يمكن تصوّر الملك، لأن المفروض أن الولد إنما اشترى النسمة بعد موته فكيف يحكم بملكه لها قبل الشراء؟! و بعد الموت لا يعقل ملك الميت لما قد تجدد سببه. و الولاء حكم شرعى إذا (٢) جعله الشارع حقاً لمن أعتق عنه و إن لم يكن مالكا صحّ، و هو هنا كذلك، و لا يقتضى (٣) التزام ملك الميت بعد موته لمال الغير.

و يمكن الجواب بأن الميت يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان قد أحدث سببا له و إن لم يتم، كما لو نصب شبكه حيا ثم وقع فيها صيد بعد وفاته، و هنا كذلك، لأن أمره بالعتق جزء لسبب الملك أو تمام السبب و العتق شرط، فصحّ أن ينكشف به ملكه قبل موته، و الرواية الصحيحة مؤيده لذلك.

و قد اختلف العلماء فى وقت انتقال الملك إلى الأمر على أقوال كثيرة تقدّم

ص: ٣١٩

١- (١) الكافى ٧: ١٧١ ح ٧، الفقيه ٣: ٨١ ح ٢٩٣، التهذيب ٨: ٢٥٤ ح ٩٢٥، الاستبصار ٤: ٢٣ ح ٧٦، الوسائل ١٦: ٤٥ ب «٤٠» من أبواب العتق ح ٢.

٢- (٢) فى «خ»: فإذا.

٣- (٣) فى «ص، ق، ط»: و لا ينبغى.

الحادي عشره:العتق فى مرض الموت (١)يمضى من الثلث.وقيل:من الأصل.و الأول مروئى.

البحث فيها فى باب الكفارات (١)فلترجع منه.و المصنّف هنا تردّد فى وقت الانتقال،من حيث إن اشتراط وقوع العتق فى الملك يقتضى سبق الملك عليه فيحصل بالأمر،و من أنّه لو لم يعتق عنه لم يملك إجماعا و إن كان قد أمره،فدلّ على أن الأمر بمجرّده لا يكفى فى الملك،بل العتق موجب لملك الأمر أو شرط فيه،فلا يكون المشروط و المسبّب متقدّما،و من أن عدم تقدّمه على العتق يفوّت المطلوب منه و هو وقوع العتق فى ملك.و قد قال المصنّف فيما تقدّم (٢):«الوجه الاقتصار على الثمره و هو صحّه العتق و براءه ذمّه الأمر،و ما عداه تخمين».و هذا وجه حسن.

قوله:«العتق فى مرض الموت..إلخ».

هذه المسأله جزئى من جزئيات منجزات المريض المتبرّع بها،و قد تقدّم (٣)الخلاف فى كونها من الأصل أو من الثلث.و تحقيق القولين فى الوصايا.و فى نسبه القول الأول إلى الروايه مطلقا ضرب من التردّد،لأن مجرّد الروايه [به] (٤)لا تدلّ على ترجيحه،لجواز كون الروايه مردوده بوجه من الوجوه،و هو هنا كذلك،فإنها ضعيفه السند كما بيّناه سابقا (٥).و المصنّف فى تلك المسأله أيضا لم يرجح أحد القولين،و عذره واضح،و إن كان القول الأول هو الأشهر.

ص: ٣٢٠

١-١) فى ص: ٥٧.

٢-٢) فى ص: ٥٧.

٣-٣) فى ج ٣٠٤:٦.

٤-٤) من «ق،ط،و» فقط.

٥-٥) انظر ج ٣٠٦:٦ هامش (٤ و ٥) و ص: ٣٠٨-٣٠٩.

**الأول: إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت**

الأول: إذا أعتق (١) ثلاث إماء في مرض الموت و لا مال له سواهنّ أخرجت واحده منهنّ بالقرعه. فإن كان بها حمل تجدد بعد الإعتاق فهو حرّ إجماعا. و إن كان سابقا على الإعتاق قيل: هو حرّ أيضا. و فيه تردد.

قوله: «إذا أعتق.. إلخ».

القول بتبعيه الحمل لأمه في العتق و غيره للشيخ (١) - رحمه الله - و ابن الجنيّد (٢)، لأنه كالجزء منها. و الأكثر على أنه في حكم المنفصل، فلا يتبعها في العتق و لا في البيع و لا غيرهما ما لم يصرّح بإدخاله. و في قول المصنّف:

«أخرجت واحده بالقرعه» تنبيه على أن كلّ واحده منهنّ ثلث التركة، فلو كنّ مختلفات في القيمة أخرج الثلث خاصّه و لو من جزء منها أو بجزء من غيرها فما زاد. و على تقدير دخوله معها في العتق يعتبر من الثلث كأّمه، بمعنى تقويمها به و اعتبار قيمتها (٣). و على تقدير عدم دخوله لا بدّ من تقويمه أيضا ليحتسب على الورثه.

ثمّ إن ولد قبل موت المعتق قوّم منفصلا حين الوفاه على ما تقرّر في الوصيّه. و إن بقى حملا إلى أن مات قوّم حملا و إن انفصل بعد ذلك، لأن الزيادة بالوضع حصلت في ملك الوارث إن اتّفقت.

ص: ٣٢١

١ - ١) النهايه: ٥٤٥.

٢ - ٢) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٦٢٧.

٣ - ٣) في «ط، د» و إحدى الحجرّيتين: قيمتهما.

## الثانى: إذا أعتق ثلاثة فى مرض الموت لا يملك غيرهم

الثانى: إذا أعتق ثلاثة (١) فى مرض الموت لا يملك غيرهم ثم مات أحدهم، أقرع بين الميِّت والأحياء. و لو خرجت الحرّيه لمن مات حكم له بالحرّيه. و لو خرجت على أحد الحَيِّين حكم على الميِّت بكونه مات رَقًّا، لكن لا يحتسب من التركة. و يقرع بين الحَيِّين، و يحزّر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية. و لو عجز أحدهما عن الثلث أكمل الثلث من الآخر. و لو فضل منه كان فاضله رَقًّا.

قوله: «إذا أعتق ثلاثة.. إلخ».

إذا أعتق ثلاثة أعبد فى مرض الموت و هو لا يملك غيرهم فمات أحدهم قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث، أقرع بين الميِّت و الحَيِّين، و لا ينزل الميِّت كالمعدوم و إن أبقينا للوارث مثل ما فات، لأن الميِّت إنما مات بعد العتق، فهو صالح للحرّيه و الرقيه. فإذا أقرع بينهم و خرج له سهم العتق بان أنه مات حرًّا موروثًا عنه، و رَقّ الآخران على تقدير تساويهم قيمه. فمئونه تجهيزه لو فرضت بعد القرعه على وارثه أو بيت المال، و إن خرج له سهم الرقّ لم يحتسب على الورثه، لأنهم يبغون المال و منفعتة، و يحتسب به عن (١) المعتق، لأن المعتق يبغى الثواب. و تعاد القرعه بين العبدین كما لو لم يكن إلاّ عبدان فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه و رَقّ ثلثه و العبد الآخر. و لو خرج سهم العتق ابتداء على أحد الحَيِّين فكذلك يعتق ثلثاه و تبين (٢) موت الآخر رَقًّا.

و لو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه و جهان أصحهما نعم،

ص: ٣٢٢

١- ١) فى «د، ص، ط»: على.

٢- ٢) كذا فى «خ، م» و هامش «د، و»، و فى الحجریتين: و يبين، و فى سائر النسخ الخطية: و يبقى.

حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين عتق كلّه، وذلك لأن الميِّت دخل في أيديهم و ضمانهم. و وجه العدم: أنهم لا يتسلطون على التصرف و إن ثبتت أيديهم الحسيه (1)، فيكون كما لو مات قبل ثبوت أيديهم، و إطلاق المصنّف عدم احتسابه على الورثه يقتضى ذلك.

و لو كانت الصورة بحالها و مات اثنان أقرع بينهم أيضا، فإن خرج سهم العتق على أحد الميِّتين عتق نصفه خاصّه، و حصل للورثه مثلاه و هو العبد الحيّ.

و إن خرج سهم الرقّ عليه أقرعنا بين الميِّت الآخر و بين الحيّ، فإن خرج سهم الحرّيه على الميِّت الآخر أعتقنا نصفه الآخر، و إن خرج سهم الرقّ عليه لم يحتسب على الورثه، و أعتقنا ثلث العبد الحيّ.

و لو كان موت الميِّت منهم بالقتل الموجب للقيمه دخل القتل في القرعه مطلقا، لأن قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيته فلا يفوت الوارث المال.

ثمّ إن خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق كلّه، و للورثه الآخر و قيمه القتل. و إن خرج للقتل بان أنه قتل حرّا و على قاتله الديه لورثته.

هذا كلّه مع تساويهم قيمه كما فرضناه. و لو اختلفت قيمه أعتق ثلث الجميع بالقيمه، فإذا خرجت لأحد و كان بقدر الثلث فذاك، و إن نقص أكمل من الآخر، و إن زاد كان فاضله رقّا.

ص: ٣٢٣

(١-١) كذا في «خ، و»، و في سائر النسخ الخطيه و الحجريتين: الحسبه.

و أما السرايه: (١) فمن أعتق شقصا من عبده سرى العتق فيه كله، إذا كان المعتق صحيحا جائز التصرف.

و إن كان له فيه شريك قوم عليه إن كان موسرا، و سعى العبد فى فكّ ما بقى منه إن كان المعتق معسرا.

و قيل: إن قصد الإضرار فكّه إن كان موسرا، و بطل عتقه إن كان معسرا. و إن قصد القربه عتقت حصّته، و سعى العبد فى حصّته الشريك، و لم يجب على المعتق فكّه.

فإن عجز العبد، أو امتنع من السعى، كان له من نفسه ما أعتق، و للشريك ما بقى، و كان كسبه بينه و بين الشريك، و نفقته و فطرته عليهما.

قوله: «و أما السرايه.. إلخ».

المشهور بين الأصحاب حصول العتق فى باقى المملوك بالسرايه إليه من الجزء الذى أعتق فى الجملة. و الأصل فيه قول النبىّ صلى الله عليه و آله و سلّم:

«من أعتق شركا له من عبد و له مال قوم عليه الباقي» (١). و من طريق الخاصّه روايه غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام أن رجلا أعتق بعض غلامه فقال علىّ عليه السلام: «هو حرّ ليس لله شريك» (٢). و روايه طلحه بن زيد عنه عليه

ص: ٣٢٤

١ - ١) عوالى اللئالى ٣: ٤٢٧ ح ٢٤، و انظر مسند أحمد ١: ٥٦-٥٧، صحيح البخارى ٣: ١٨٩، صحيح مسلم ٢: ١١٣٩ ح ١، سنن ابن ماجه ٢: ٨٤٤ ح ٢٥٢٨، سنن أبى داود ٤: ٢٤-٢٥، سنن النسائى ٧: ٣١٩، سنن البيهقى ١٠: ٢٧٤، مع اختلاف فى بعض اللفظ.

٢ - ٢) التهذيب ٨: ٢٢٨ ح ٨٢٤، الاستبصار ٤: ٦ ح ١٨، الوسائل ١٦: ٦٣ ب «٦٤» من أبواب العتق ح ١. و فى مصادر الحديث: عن جعفر عن أبيه عليهما السلام.

السلام أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال: «هو حرّ كلّه ليس لله شريك» (١).

و هي (٢) أعمّ من كون العبد المعتق بعضه مشتركا بينه وبين غيره و مختصا به.

و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه قال: «إن كان موسرا كلّف أن يضمن، وإن كان معسرا أخدمت بالحصص» (٣).

و يظهر من السيد المحقق جمال الدين أحمد بن طاوس في كتابه ملاذ علماء الإمامية (٤) الميل إلى عدم السرايه على معتق بعض مملوكه إلى الباقي، نظرا إلى ضعف المستند مع معارضته بروايات تدلّ على عدمه، كروايه حمزه بن حمران عن الصادق عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل أعتق بعض جاريته ثمّ قذفها - إلى قوله - ولا تتزوج حتى تؤدّي ما عليها، و يعتق النصف الآخر» (٥).

و صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في امرأه أعتقت ثلث خادمها عند موتها أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا و إن أبوا؟ قال: «لا، و لكن لها من نفسها ثلثها، و للوارث ثلثها يستخدمها بحساب الذي له منها، و يكون لها

ص: ٣٢٥

١- (١) الفقيه ٣: ٨٥ ح ٣٠٨، التهذيب ٨: ٢٢٨ ح ٨٢٥، الاستبصار ٤: ٦ ح ١٩، الوسائل ١٦: ٦٣ ب «٦٤» من أبواب كتاب العتق ح ٢.

٢- (٢) في «د، ق، ط، م»: و هو.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٦٧ ح ٢٢٢، التهذيب ٨: ٢١٩ ح ٧٨٥، الاستبصار ٤: ٣ ح ٧، الوسائل ١٦: ٢٢ ب «١٨» من أبواب كتاب العتق ح ٧.

٤- (٤) كتابه هذا مفقود، و حكاه عنه الشهيد «قده» في الدروس الشرعية ٢: ٢١٠.

٥- (٥) التهذيب ٨: ٢٢٨ ح ٨٢٦، الاستبصار ٤: ٦ ح ٢٠، الوسائل ١٦: ٦٣ ب «٦٤» من أبواب كتاب العتق ح ٣. و في المصادر: عن أحدهما عليهما السلام.

من نفسها بحساب ما أعتق منها» (١). ورواه مالك بن عطية عن أبي بصير قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريتته، ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها تردّ في الرقّ في نصف رقيتها» (٢).

و عذر السيّد في ضعف سند الرواية (٣) على تقدير ملكه للباقي واضح، وما استدللّ به من الروايات على عدمه أوضح سندا، لكن السرايه على الشريك قد ثبتت بالصحيح وهو يقتضى السرايه على ملكه بطريق أولى، لاشتراكهما في الدلالة على تشوّق الشرع لتكميل العتق، وإذا أكمل و الباقي لغيره و احتيج إلى أداء المال إليه فلاّن يكمل و الباقي له أولى، و تبقى الروايات مؤيّدته و إن ضعف سندها.

و صحيحه ابن سنان يمكن حملها على ما إذا لم تملك غيرها، فيحجر عليها فيما زاد عن الثلث. و الشيخ (٤) حمل روايه حمزه على أنّه لا يملك نصفها الآخر.

إذا تقرّر ذلك، فسرايه العتق إلى نصيب الشريك مشروطه بيسار المعتق، كما يتّبه عليه قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «و له مال» و قول الصادق عليه السلام: «إن كان موسرا كلّف أن يضمن».

و القول باختصاص السرايه بقصد الإضرار بالشريك مع اليسار و أنه مع

ص: ٣٢٦

١ - ١) الفقيه ٣: ٧٢ ح ٢٥١، التهذيب ٩: ٢٢٥ ح ٨٨٢، الوسائل ١٦: ٦٤ ب «٦٤» من أبواب كتاب العتق ح ٧ و ص: ١٠١ ب «٢٠» من أبواب كتاب المكاتبه ح ١.

٢ - ٢) الكافي ٦: ١٨٨ ح ١٤، التهذيب ٨: ٢٦٩ ح ٩٨٠، الوسائل ١٦: ٩٥ ب «١٢» من أبواب كتاب المكاتبه ح ١.

٣ - ٣) في «م» و الحجريّتين: الروايه.

٤ - ٤) التهذيب ٨: ٢٢٩ ح ٨٢٦، الاستبصار ٤: ٦ ذيل ح ٢٠.



قصد القربه لا يقوم عليه مطلقا للشيخ (١) - رحمه الله - استنادا إلى حسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه فقال: «إن كان مضارًا كلّف أن يعتقه كلّهُ، وإلا استسعى العبد في النصف الآخر» (٢).

و ردّه ابن إدريس (٣) بأن قصد القربه شرط في صحّه العتق، و قصد المضارّه ينافيها.

و أوجب (٤) بأن المراد بالإضرار تقويمه على الشريك قهرا و إعتاق نصيبه لله تعالى، و مثل هذا لا ينافى القربه، و إنما ينافيها تمخّض القصد للإضرار.

و الأشهر التقويم على الموسر مطلقا، عملا بصحيحه الحلبي (٥) و غيرها من الأخبار (٦)، و مع الإعسار يسعى العبد في فكّ باقيه بجميع كسبه لا بحصّته من الحرّيه على الأظهر. و هو كالكتابه في كونه فكّا للقربه من الرقيّه بجملة الكسب، و استقرار الملك بعجز المملوك، و عتق ما قابل المدفوع منه كما في المطلّقه. و يفترقان في اشتراطه بسبق عتق شيء منه دونها، و عدم اشتراطه بعقد، و لا تقدير للعرض، و لا للأجل، بل بقيمه المثل دونها.

ص: ٣٢٧

١-١) النهايه: ٥٤٢.

٢-٢) الكافي ١٨٢: ٦ ح ٢، الفقيه ٦٧: ٣ ح ٢٢٦، التهذيب ٢٢٠: ٨ ح ٧٨٨، الاستبصار ٤: ٤ ح ١٠، الوسائل ٢١: ١٦ ب «١٨» من أبواب كتاب العتق ح ٢.

٣-٣) السرائر ١٠: ٣.

٤-٤) راجع النهايه و نكتها ٨: ٣.

٥-٥) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٣٢٥، هامش (٣).

٦-٦) لاحظ الكافي ١٨٣: ٦ ح ٣، الفقيه ٦٧: ٣ ح ٢٢٥، التهذيب ٢٢١: ٨ ح ٧٩١ و ٧٩٣، الاستبصار ٣: ٤ ح ٩ و ١٣، الوسائل ٢١: ١٦ ب «١٨» من أبواب كتاب العتق ح ٣ و ١١ و ١٤.

و لو هأياً (١) شريكه فى نفسه صحّ، و تناولت المهاياه المعتاد و النادر، كالصيد و الالتقاط.

و لو كان المملوك (٢) بين ثلاثه، فأعتق اثنان، قوّمت حصّه الثالث عليهما بالسويّه، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت.

قوله: «و لو هأياً.. إلخ».

المهاياه على تقدير عجزه على وجه الاختيار لا الإيجاب، بخلاف السعى.

و القول بتناولها للكسب مطلقاً و إن كان نادراً هو المذهب، لعموم الأدلّه (٢). و قال بعضهم (٣): لا يتناول النادر، استناداً إلى أنها معاوضه فلو تناولته لجهلت. و هو ضعيف، لأن المنفعه فى المدّه المعلومه مضبوطه على وجه يرفع الجهاله، و خصوصيات الكسب غير مقصوده، و لو اعتبرت لزم الجهل بها مطلقاً.

قوله: «و لو كان المملوك.. إلخ».

إذا كان المملوك بين ثلاثه-مثلاً- و أعتق اثنان منهم نصيبهما، فإن كان مترتباً قوّم على السابق نصيب الآخرين، و لغا المتأخر إن جعلنا السرايه تحصل بالإعتاق. و سيأتى (٤) البحث فيه.

و إن أعتقا نصيبهما معاً، إما بأن نطقاً به دفعه، أو وكلاً رجلاً بالإعتاق عنهما فأعتق نصيبهما معاً، أو وكل أحدهما الآخر، أو علّقه على شرط واحد-

ص: ٣٢٨

١-١) كذا فى النسخه المعتمده المطبوعه حديثاً، و فى نسخ المسالك الخطيه و متن الجواهر: هأياه.

٢-٢) انظر التهذيب ٨:٢٢١ ح ٧٩٢، و كذا إطلاق الأحاديث فيما إذا أُجبر على المهاياه، راجع التهذيب ٨:٢٢١ ح ٧٩٣ و ٧٩٤، الاستبصار ٤:٣ ح ٩ و ١٢، الوسائل ١٦:٢٣ ب «١٨» من أبواب العتق ح ١١ و ١٢.

٣-٣) الحاوى الكبير ١٨:٢٣.

٤-٤) فى ص: ٣٣٠.

و تعتبر القيمة (١) وقت العتق، لأنه وقت الحيلولة.

و إن كان التعليق مترتباً-فوجد الشرط، فإن كان أحدهما موسراً قوّم عليه نصيب الثالث. و إن كانا موسرين قوّم نصيب الثالث عليهما بالسويّة لا على قدر الملكين، لأن القيمة الواجبه هنا سبيلها سبيل ضمان المتلفات، و لا يفترق الحال فيها بين قلّه الأسباب و كثرتها، ألا ترى أنه لو جرح واحد جراحه و الآخر جراحات و سرى فمات المجروح منهما (١) تكون الديه عليهما بالسويّة.

و لبعض العامه (٢) وجه أن القيمة عليهما على عدد الأنصباء كالشفعه، فإذا أعتق صاحب النصف و صاحب السدس غرم صاحب النصف ثلاثه أرباع قيمه الثلث، و صاحب السدس ربعها.

و يضعّف بثبوت الفرق، فإن الأخذ بالشفعه من فوائد الملك و مرافقه فيكون على قدر الملك كالثمره و النتاج، بخلاف القيمة الواجبه هنا كما بيّنناه من الوجه.

و مع هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل (٣) إن الشفعه على الرؤوس.

قوله: «و تعتبر القيمة.. إلخ».

ظاهره ثبوت الحكم كذلك سواء قلنا بانعتاقه بالعتق أم بالأداء. و الأمر على الأول ظاهر. و أمّا على الثاني فإنه و إن لم ينعتق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلق به حقّ العتق، و استحقّق الشريك المطالبه بالقيمة، و ذلك فرع ثبوتها و إن توقّف العتق بالفعل على أمر آخر. و معنى كونه وقت الحيلولة أنه يحجر على الشريك في حصّته و إن لم ينتقل عن ملكه. و العلامه في كتبه (٤) ووافق المصنّف

ص: ٣٢٩

١- ١) في «خ، م»: منها.

٢- ٢) انظر الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٩٦٥، الحاوي الكبير ١٨: ٢٦، المغنى لابن قدامه ١٢: ٢٦٣.

٣- ٣) راجع شرائع الإسلام ٣: ٢٣٢، المغنى لابن قدامه ٥: ٥٢٣.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٢: ١٠٠، تحرير الأحكام ٢: ٧٨، إرشاد الأذهان ٢: ٧٠.

و تنعتق (١) حصّه الشريك بأداء قيمه لا بالإعتاق. و قال الشيخ: هو مراعى.

على إطلاق اعتبار يوم العتق.

و الأقوى ترتّب قيمه على وقت العتق بالفعل، فإن جعلناه بالإعتاق اعتبرت حينئذ. و كذا على القول بالمراعاة. و على القول باشتراطه بالأداء يعتبر قيمه عنده. و هذا هو الظاهر من كلام المبسوط (١)، فإنه نقل القول بانعتاقه بالعتق و فرع عليه فروعاً منها اعتبار قيمه وقت العتق، ثمّ نقل القول الآخر. و فى الدروس (٢) أطلق اعتبار قيمه وقت الأداء بعد أن اختار انعتاقه بالأداء، و لم يذكر اعتبارها يوم العتق. و هو موافق لما ذكرناه.

قوله: «و تنعتق.. إلخ».

اختلف فى وقت انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شروط السرايه، فقال الشيخ فى الخلاف (٣) و قبله المفيد (٤) و المصنّف و العلّامه (٥) و الشهيد (٦): عند أداء قيمه، لأنّ للأداء مدخلا فى العلية، و لهذا لا ينعتق مع الإعسار. و لأنه لو أعتق بالإعتاق لزم الإضرار بالشريك بتقدير هرب المعتق أو تلف ماله. و لصحيحه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «من كان شريكاً فى عبد أو أمه قليل أو كثير فأعتق حصّته و له سعه فليشتر من صاحبه فيعتق كلّ» (٧). و المراد بشرائه

ص: ٣٣٠

١- (١) المبسوط ٥١: ٦ و ٥٢.

٢- (٢) الدروس الشرعيّه ٢١٢: ٢.

٣- (٣) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٦٤٩ مسألة (١).

٤- (٤) المقنعه: ٥٥٠.

٥- (٥) تحرير الأحكام ٧٨: ٢.

٦- (٦) الدروس الشرعيّه ٢١٢: ٢.

٧- (٧) الكافي ١٨٣: ٦ ح ٣، التهذيب ٢٢١: ٨ ح ٧٩١، الاستبصار ٤: ٤ ح ١٣، الوسائل ٢١: ١٦ ب «١٨» من أبواب العتق ح ٣.

منه أداؤه قيمه نصيبه، لعدم اعتبار الشراء الحقيقي إجماعاً.

وقال الشيخ في المبسوط (١): هو مراعى بالأداء، فإن أدى تبين العتق من حينه وإلا - تبين الرق. وفيه جمع بين الأدلة، و تحرز من الإضرار المدعى.

وقال ابن إدريس (٢): ينعق بالإعتاق أى: باللفظ المقتضى لعتق نصيبه، لأن ذلك هو مقتضى السرايه و مدلول الأخبار الدالّه عليها، كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله» (٣) و يروى: «فهو حرّ كله» (٤) و يروى: «فهو عتيق» (٥). و قول عليّ عليه السلام: «هو حرّ ليس لله شريك» (٦). و قول الصادق عليه السلام في روايه سليمان بن خالد (٧) و غيره (٨) أنه قال: «قد أفسد على صاحبه» و الإفساد إنما حصل بالعتق.

و توقف العلامة (٩) في كثير من كتبه، و ولده (١٠)، و الشهيد (١١) في الشرح، مع

ص: ٣٣١

- 
- ١- ١) المبسوط ٥٢: ٦.  
 ٢- ٢) السرائر ١٥: ٣-١٦.  
 ٣- ٣) لم نجده بهذا اللفظ في مصادر الحديث، و أخرج قريبا منه السيهقي في سننه ٢٧٦: ١٠-٢٧٧، و راجع الحاوى الكبير ١٨: ٩، تلخيص الحبير للعسقلاني ٢١٢: ٤ ح ٢١٤٨.  
 ٤- ٤) لم نجده بهذا اللفظ في مصادر الحديث، و أخرج قريبا منه السيهقي في سننه ٢٧٦: ١٠-٢٧٧، و راجع الحاوى الكبير ١٨: ٩، تلخيص الحبير للعسقلاني ٢١٢: ٤ ح ٢١٤٨.  
 ٥- ٥) لم نجده بهذا اللفظ في مصادر الحديث، و أخرج قريبا منه السيهقي في سننه ٢٧٦: ١٠-٢٧٧، و راجع الحاوى الكبير ١٨: ٩، تلخيص الحبير للعسقلاني ٢١٢: ٤ ح ٢١٤٨.  
 ٦- ٦) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣٢٤، هامش (٢).  
 ٧- ٧) التهذيب ٨: ٢٢٠ ح ٧٩٠، الاستبصار ٤: ٤ ح ١١، الوسائل ١٦: ٢٣ ب «١٨» من أبواب العتق ح ٩.  
 ٨- ٨) التهذيب ٨: ٢٢١ ح ٧٩٣، الاستبصار ٤: ٣ ح ٩، الوسائل ١٦: ٢٣ ب «١٨» من أبواب العتق ح ١١.  
 ٩- ٩) قواعد الأحكام ٢: ١٠٠، إرشاد الأذهان ٢: ٧٠.  
 ١٠- ١٠) إيضاح الفوائد ٣: ٤٩٨-٤٩٩.  
 ١١- ١١) غايه المراد: ٢٣٩.

أنه رجح في الدروس (١) اعتبار الأداء لصحيحه ابن قيس.

و فيه نظر، لأن ابن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة و غيره، فلا تكون الروايه صحيحه مطلقا، وإنما صحتها إضافيه بالنسبه إلى غيره، و ذلك غير كاف فى الحكم بها حيث يعتبر الصحيح أو يعارض غيره.

و الحق أن الأخبار من الجانبين ليست من الصحيح، و الأخبار الداله على اعتبار وقت العتق أكثر.

إذا تقرّر ذلك، فيتفرّع على الأقوال فروع:

منها: ما تقدّم (٢) من عتق اثنين من الشركاء الثلاثه مترتبين، فإن قلنا يعتق بالإعتاق قوم على المعتق أولا. و إن قلنا بالأداء و لم يكن الأول أدى قوم عليهما. و إن قلنا بالمراعاة احتمال تقويمه عليهما أيضا، لأن عتق الثانى صادف ملكا فوق صحيحا فاستويا فى الحصه الأخرى، و تقديم الأول، لأنه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق فوق عتقه لغوا. و فى الأول قوه.

و منها: اعتبار القيمه، فإن قلنا يعتق بالإعتاق اعتبرت من حينه قطعاً.

و كذا إذا قلنا بالمراعاة و الكشف. و إن قلنا بالأداء فوجهان، من أن التلف يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله، و من أن الحجر على المالك يحصل يوم العتق، و هو الذى اختاره المصنّف فيما تقدّم (٣)، و علله بالحيلولة.

و فى المسأله وجه ثالث باعتبار أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء، لأن الإعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف، فيكون بمثابة جراحه العبد ثمّ

ص: ٣٣٢

١- ١) الدروس الشرعيّه ٢١٢: ٢.

٢- ٢) فى ص: ٣٢٨.

٣- ٣) فى ص: ٣٢٩.

يموت بعد مدّه، فإنه يعتبر أقصى قيمه من حين جرحه إلى موته. وقد تقدّم (١) أن هذا الضمان بمنزله ضمان الإلتلاف.

و منها: إذا أعسر المعتق بعد الإعتاق و قبل أداء قيمه، فإن أثبتنا السرايه بنفس الإعتاق فالقيمه في ذمّته، و إن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك. أمّا موته فلا يؤثّر على الأقوال. أمّا على التعجيل فظاهر. و أمّا على التوقّف فلأن القيمه تؤخذ من تركته كالدين، و الإعتاق صار مستحقاً عليه في حال الحياه، و قد يوجد سبب الضمان في الحياه و يتأخّر الوجوب عنها، كمن حفر بئرا في محلّ عدوانا فتردّى فيها بهيمه أو إنسان بعد موته.

و منها: إذا مات العبد قبل أداء قيمه، فإن قلنا يحصل بالإعتاق مات حرّاً موروثاً منه، و يؤخذ قيمه نصيب الشريك. و إن قلنا بالتبين (٢) وقف إلى (٣) أداء قيمه، فإذا أدّيت بان أنّ الأمر كذلك. و إن قلنا بتأخّر السرايه إلى وقت الأداء فوجهان، أظهرهما أنها تسقط، لأن وجوب القيمه لتحصيل العتق و الميّت لا يعتق. و الثاني المنع، لأنه مال استحقّ في الحياه فلا يسقط بالموت. و على هذا فتبين بالأداء أن العتق حصل قبيل (٤) موته، و بهذا يظهر ضعفه.

و منها: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمه لم ينفذ إن أثبتنا السرايه في الحال. و إن أخرناها إلى أداء القيمه فوجهان، أحدهما أنه لا ينفذ أيضاً، لأن المعتق استحقّ أن يملكه بالقيمه ليعتق عليه و يكون ولاؤه له، و لا يجوز صرف

ص: ٣٣٣

١- ١) في ص: ٣٢٨-٣٢٩.

٢- ٢) في «م» و نسخه بدل الحجرّيتين: بالسرايه.

٣- ٣) في «د، خ، م» و الحجرّيتين: على.

٤- ٤) كذا في «ط، و» و في سائر النسخ: قبل.

و لو هرب المعتق (١) صبر عليه حتى يعود. و إن أعسر انظر إلى الإيسار.

العتق عن المستحق إلى غيره. و الثانى: أنه ينفذ، لمصادفته الملك، و لأن المقصود تكميل العتق و قد حصل و أغنى عن التكليف بأداء قيمه. و هذا أقوى.

ثم إن قلنا بنفوذ الإعتاق ففى نفوذ البيع و الهبه و نحوهما و جهان، من أنه مالك، و من الحجر عليه فى مثل هذه التصرفات، و إنما أجزنا العتق لموافقته لمطلوب الشارع منه. و هذا أقوى.

و منها: لو وطئ الشريك الجارية قبل أداء قيمه. فعلى القول بتعجيل السرايه يكون كوطء الحرّ، فيلزمه (١) حكمه فى حالتى الاختيار و الإجبار. و إن قلنا بتوقفه على الأداء و جب نصف المهر بنصفها الحرّ مع الإكراه. و على القول بالمراعاة يحتمل ذلك أيضا، لكونها حال الوطء مملوكه له، و ثبوت جميعه لها بعد الأداء لانكشاف كونها حرّ حينئذ. و لا حدّ من جهة الحصّه، لحصول الشبهه بالاختلاف فى ملكه. و فروع الباب كثيره تتبّه (٢) ممّا ذكرناه على غيره.

قوله: «و لو هرب المعتق. إلخ».

الحكم فى ذلك متفرّع على الخلاف السابق، فإن قلنا بعنقه معجلا بالإعتاق كانت قيمه دينا عليه، فإن أداها برئ، و إن هرب أو أعسر انتظر وقت الإمكان. و هو واضح.

و إن قلنا بتوقفه على الأداء - كما اختاره المصنّف - فمقتضى تفرّيعه أن

ص: ٣٣٤

١ - ١) فى «خ، م» و الحجرّيتين: فيلزم.

٢ - ٢) كذا فى «و»، و فى «م» يتبّه، و فى سائر النسخ: مبيته.



و لو اختلفا(١)ى فى قيمه فالقول قول المعتق. و قيل:القول قول الشريك،لأنه ينتزع نصيبه من يده.

الحكم كذلك،بمعنى أن حقّ المعتق (١)لا- يبطل بذلك بل يستمرّ إلى أن يمكن الأداء،لوجود السبب الموجب له و هو الإعتاق،و إن توقّف على شرط آخر أو على تمام السبب،فلا- يكون كالحقّ الفورى يبطل بالتأخير. و حينئذ فيبقى بالنسبه إلى الشريك رقيقا إلى أن يؤدّى إليه قيمه. و هل يرتفع الحجر عنه بذلك؟ يحتمله حذرا من تعطيل ملكه عليه بغير بدل،و من أن (٢)عليه العتق قد ثبتت فيلزم،و الفائده فى المنع من نقله عن الملك بيع و نحوه لا فى استخدامه.

قوله:«و لو اختلفا.إلخ».

إذا اختلفا فى قيمه الشقص فقال المعتق:قيمه مائه،و قال الشريك:بل مائتان،فإن كان المملوك حاضرا و العهد قريب،أو قلنا إن المعتبر قيمته وقت الأداء،فصل الأمر بمراجعته المقومين.و إن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد و اعتبرنا قيمته يوم العتق ففى المصدّق منهما باليمين قولان:

أحدهما-و هو الذى اختاره المصنّف:-أنّه المعتق،لأنه الغارم،كما إذا اختلف المالك و الغاصب فى قيمه المغصوب بعد تلفه،فإن الغاصب مصدّق.

و لأصالة البراءه من الزائد.

و الثانى:أن المصدّق الشريك،لأن المعتق يتملّك عليه قهرا فيصدّق المتملّك عليه و لا ينتزع من يده إلاّ بما يرضيه،كما إذا اختلف الشفيع و المشتري فى الثمن المأخوذ به فإن المصدّق المشتري.

ص:٣٣٥

---

١-١) فى «ص،ق،و»:العتق.

٢-٢) فى الحجرّيتين:و من أنه علّقه بالعتق و قد ثبت.

و لو ادّعى المعتق (١) فيه عيبا فالقول قول الشريك.

و اليسار (٢)المعتبر: هو أن يكون مالكا بقدر قيمه نصيب الشريك، فاضلا عن قوت يومه و ليلته.

و ربما بنى القولان على الخلاف السابق، فإن قلنا إن السرايه تتعجل بالعتق فالمصدق المعتق، لأنه غارم. و إن قلنا تتأخر فالمصدق الشريك، لأن ملكه باق فلا ينتزع إلا بما يقوله، كما فى المشتري مع الشفيع.

و المصنّف مع حكمه بتأخر العتق إلى الأداء قدّم قول المعتق خلاف البناء المذكور. و وجهه: أنه المنكر حقيقه، حيث إن الأصل عدم الزيادة على التقديرين. و هو حسن.

قوله: «و لو ادّعى المعتق. إلخ».

إنما يقدّم قول الشريك مع أن العيب يوجب نقص قيمه و قد يقدّم قول الغارم فيها لأن الأصل عدم العيب و كون المملوك على الخلقه الأصليّه.

و لا فرق بين دعواه العيب فى أصل الخلقه بأن قال: كان أكمه أو أخرس، فقال الشريك: بل كان بصيرا ناطقا، و بين دعواه حدوث العيب بعد السلامه، بأن زعم ذهاب بصره أو كونه آبقا أو سارقا، بل الحكم فى الثانى أولى، لأصاله عدم حدوث العيب مع اتّفاقهما على عدمه فى الابتداء.

قوله: «و اليسار. إلخ».

ليس المراد من الموسر فى هذا الباب الذى يعدّ من الأغنياء عرفا، بل المراد به من يملك من المال ما يفى بقيمه نصيب شريكه و إن لم يملك غيره، لظاهر الخبر الذى تقدّم (١) من قوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «و له مال قوّم عليه

ص: ٣٣٤

١- ١) فى ص: ٣٢٤، هامش (١).

الباقى». فيصرف فى هذه الجهه كل ما يباع و يصرف فى الديون ممّا زاد عن قوت يومه له و لعياله الواجبى النفقه و دست ثوب. و ظاهر العبارة أنّه لا يستثنى له المسكن و الخادم. و الأقوى استثناءهما كما يستثنيان فى الدين، لأن هذا من جملته.

و إطلاق العبارة أيضا يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه و أكثر، فلا يمنع الدين السرايه. و هو أحد القولين فى المسأله، لأنه مالك لما فى يده نافذ التصرف فيه، حتى لو اشترى به عبدا فأعتقه نفذ، فكذلك يجوز أن يقوم عليه، و عموم الخبر السابق يشملها، و الشريك حينئذ أسوه الغرماء. و لأنه لو طالبه صاحب الدين و جب عليه إيفاؤه 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 العتق أولى، لأنه مبنى على التغليب.

و وجه القول بكونه معسرا التحاقه بالفقراء، و لذلك تحل له الزكاه. و فيه:

منع الملازمه، فإن استحقاق الزكاه لا يستلزم الإعسار بل هو أعم، و الملك متحقق.

و يفهم من قوله: «أن يكون مالكا بقدر قيمه نصيب الشريك» أنه لو ملك البعض لانفك. و هو أحد القولين فى المسأله. و أجودهما عتق الميسور منه و إن قل، لعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» (1) و خصوص قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «و له مال قوم عليه الباقى».

ص: ٣٣٧

١ - ١) عوالى اللئالى ٤: ٥٨ ح ٢٠٦، و انظر صحيح البخارى ٩: ١١٧، صحيح مسلم ٤: ١٨٣٠ ح ١٣٠، سنن ابن ماجه ١: ٣ ح ٢، سنن النسائى ٥: ١١٠-١١١.

و لو ورت شقصا(١)ممن ینعتق علیه،قال فی الخلاف:یقوم[علیه].

و هو بعید.

قوله:«و لو ورت شقصا.إلخ».

المشهور بین الأصحاب أن من شرط السرايه وقوع العتق بالاختیار، لأن قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم «من أعتق» (١)و نحوه يعطى مباشرة العتق،و هو المعنى بالاختیار.و لأن الأصل عدم وجوب التقويم إلا ما أخرجہ الدلیل،و لم يدلّ إلا على المباشرة،فلا یرد أن دلالتہ على نفى السرايه فيما عداه من باب مفهوم الخطاب.و لما تقدّم (٢)من أن التقويم سبيله سبيل غرامه المتلفات،و لم يوجد منه فى غير الاختيارى صيغ (٣)و لا- قصد إتلاف، بخلاف ما لو اشترى و نحو ذلك من الأسباب الصادره بالاختيار،فإن فعل السبب كفعل المسبب.

و قال الشيخ فى الخلاف (٤):يسرى و إن ملكه بغير اختياره كالإرث، محتجاً بالإجماع و الأخبار،مع أنه فى المبسوط (٥)ذهب إلى القول الأول.و هو المعتمد.

ص:٣٣٨

١-١) تقدّم ذكر مصادره فى ص:٣٢٤،هامش (١).

٢-٢) فى ص:٣٢٨-٣٢٩.

٣-٣) فى «د»و إحدى الحجریتين:صنع،و فى «خ،م»:الاختيار منع.

٤-٤) الخلاف(طبعه كوشانپور)٢:٦٥١ مسألة(٧).

٥-٥) المبسوط ٦:٦٨.

و لو أوصى بعق (١) بعض عبده، أو بعقته، و ليس له غيره، لم يقوّم على الورثه باقيه. و كذا لو أعتقه عند موته، أعتق من الثلث، و لم يقوّم عليه.

قوله: «و لو أوصى بعق. إلخ».

أما عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت المورث فلأنه لم يعتقه عن نفسه و إنما أعتقه عن المورث فلا وجه للسرايه عليه، و لا على الميت و إن كان وقت الوصيه موسرا، لانّ انتقال التركة إلى الوارث بالموت فصار عند الإعتاق معسرا، فلا يقوّم على من لا يملك شيئا وقت نفوذ العتق، كما لو وُكّل في عتق الشقص و هو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر.

و للشيخ (١) قول بالسرايه عليه إن وسعه الثلث، لروايه أحمد بن زياد [١] عن أبي الحسن عليه السلام. و مال إليه في الدروس (٢) محتجا بسبق السبب على الموت. و في طريق الروايه ضعف.

و أما إذا أعتقه المريض فلأنه محجور عليه فيما زاد على الثلث، فكان في غير الثلث معسرا فلا يسرى عليه و إن باشر العتق. و لو كان له فيه شريك فأعتق المريض نصيبه نظر إن خرج جميع العبد من الثلث قوّم عليه نصيب الشريك و عتق، لأنّ تصرّف المريض في ثلث ماله كتصرّف الصحيح. و إن لم يخرج إلّا- نصيبه عتق نصيبه و لا- تقويم. و إن خرج نصيبه و بعض نصيب الشريك قوّم عليه

ص: ٣٣٩

١- (١) النهايه: ٦١٦-٦١٧.

٢- (٣) الدروس الشرعيه ٢١٠: ٢.

و الاعتبار (١) بقيمه الموصى به بعد الوفاء، و بالمنجز عند الإعتاق.

و الاعتبار فى قيمه التركة بأقلّ الأمرين من حين الوفاء إلى حين القبض، لأن التالف بعد الوفاء غير معتبر، و الزيادة مملوكة للوارث.

ذلك القدر على الخلاف. و بالجمله، فالمريض بالنسبه إلى الثلث كالصحيح فى الكلّ، و فيما زاد على الثلث معسر.

قوله: «و الاعتبار. إلخ».

لما كان المريض و الميّت محجورين عمّا زاد عن الثلث اعتبر يساره عند نفوذ عتق الشقص فى ثبوت السرايه. فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاء، لأن ذلك هو وقت خروجه عن الوارث و انتقال التركة إليه، فيعتبر وصول مثليه إليه.

و إن كان قد نجز عتقه فى المرض فالعبره بقيمته عند الإعتاق، لأنه وقت خروجه عن ملكه المعتبر فى نفوذه بقاء مقدار ضعفه للوارث. ثمّ لا- يعتبر وجود الضعف حينئذ، لاحتمال أن يتلف قبل موت المريض، بل المعتبر قيمته عند قبضه إيّاه. فلو فرض أن لم يكن له مال عند العتق و لكن تجدد قبل موته مقدار ذلك نفذ العتق. و لو انعكس فتلف المال قبل الموت، أو بعده قبل قبض الوارث له، لم يحتسب عليه. و لو كان عند الموت بقدر ضعفه ثمّ تجدد له زياده نماء بحيث يقابل حصّه الشريك و ضعفها لم يسر، لأن الزيادة ملك الوارث، لانتقال التركة إليه بالموت. و بهذا ظهر أن المعتبر فى التركة أقلّ الأمرين من حين الوفاء إلى حين قبض الوارث.

ص: ٣٤٠

و للعلامه (1) قول بأن العتق المنجز و المؤخر سواء فى اعتبار قيمه عند الموت إن نقصت قيمه المنجز، لأنه لو بقى عبدا لم يتحفّظ على الورثه سوى قيمته الناقصه، فلم يتلف عليهم أكثر منها. و أما إن زادت قيمه كانت بمنزله الكسب، للعلم بعتق شىء منه وقت الإعتاق، فإذا زادت قيمه المعتق لم يحسب من التركة و لا عليه، و أما الرقّ فتحسب زيادته منها. فإن خلف ضعف قيمته الاولى من غيره فصاعدا عتق كلّه. و إن خلف أقلّ أو لم يخلف شيئا حسب نصيب الرقيّه من التركة، فتكثر التركة فيكثر العتق، فيقلّ الرقّ فتنقص التركة، فيقلّ العتق، و ذلك دور.

فلو كانت قيمته وقت العتق مائه فصارت عند الوفاه إلى مائتين و لم يخلف سواه، قلنا: عتق منه شىء، و له من زياده قيمه شىء، و للورثه شيئان بإزاء العتق. فهو فى تقدير أربعة أشياء، فيعتق منه نصفه الذى هو الآن يساوى مائه و قد كان يساوى خمسين، و للورثه نصفه الذى يساوى مائه و هو ضعف ما عتق منه.

و لو بلغت قيمته ثلاثمائه قلنا: عتق منه شىء، و له من زياده قيمه شيئان، و للورثه شيئان ضعف ما عتق منه. فيصير فى تقدير خمسه أشياء: ثلاثه له و اثنان للورثه، فيعتق منه مائه و ثمانون، و للورثه مائه و عشرون.

و لو صارت قيمته مائتين، و خلف السيد مائه غيره، قلنا: عتق منه شىء، و له من نفسه باعتبار زياده قيمه شىء آخر، و للمولى منه و من المائه شيئان

ص: ٣٤١

ضعف ما اعتق منه. فالمجموع فى تقدير أربعة أشياء: شيئان للعبد من نفسه، و شيئان للورثه منه و من المائه. فالشئ ء خمسه و سبعون، فينتق منه ثلاثه أرباعه، و تسلم المائه و الربع الآخر للورثه. و على هذا.

و لو (١) فرض نقصان قيمه المنجّز عند الوفاه عنها عند الإعتاق، فعلى قول العلّامه لا يتغيّر الحكم لو لم يكن غيره، و اعتبرت قيمه عند الوفاه، و إن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن. و على ما ذكره المصنّف يلزم الدور، لأن التركه معتبره بالوفاه، فلا يحصل للوارث ضعف ما عتق، لأن المعتق منه ثلثه. فلو كانت قيمته عند الإعتاق مائه فرجعت إلى خمسين، فثلثه يساوى عند الإعتاق ثلاثه و ثلاثين و ثلثا، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاه، و هو متعذّر، لأن الباقي منه نصف (٢) ما عتق، فينقص العتق عن الثلث، و كلّما فرض عتق كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقلّه العتق، و يكثر العتق بكثره النصيب، فيقلّ النصيب. و هكذا.

فنقول: عتق منه شئ ء ثمّ عاد إلى نصف شئ ء، فبقى العبد فى تقدير خمسين إلّا نصف شئ ء يعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسون إلّا نصف شئ ء تعدل شيئين، فإذا جبرت و قابلت صارت خمسين كامله تعدل شيئين و نصفاً، فالشئ ء عشرون. و لّمّا حكمنا برجوع الشئ ء إلى نصف شئ ء تبيّننا أن المعتق خمسّه، لأن نصف شئ ء هو خمس شيئين و نصف، و كان قيمه النصف - و هو خمس العبد - عشريّن يوم الإعتاق و عاد إلى عشره، و بقى للورثه أربعة

ص: ٣٤٢

١ - ١) فى «خ» و الحجرّيتين: و على هذا لو فرض، و فى «ص، م»: فلو.

٢ - ٢) كذا فيما استظهره فى هامش «د، ق، و»، و فى متنها و سائر النسخ و الحجرّيتين: قدر.



و لو أعتق الحامل (١) تحرّر الحمل و إن استثنى رقه، على روايه السكونى عن [أبى] جعفر عليه السلام. و فيه إشكال منشؤه عدم القصد إلى عتقه.

أخماسه، و قيمته يوم الموت أربعون و هو ضعف قيمه الجزء المعتقد منه يوم الإعتاق.

قوله: «و لو أعتق الحامل. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن عتق الحامل لا يسرى إلى الحمل و بالعكس، لأن السرايه فى الأشقااص لا فى الأشخاص.

و ذهب الشيخ فى النهايه (١) و جماعه (٢) إلى تبعيّه الحمل لها فى العتق و إن استثناءه، استنادا إلى روايه السكونى عن الصادق عن الباقر عليهما السلام فى رجل أعتق أمه و هى حبلى فاستثنى ما فى بطنها قال: «الأمه حرّه و ما فى بطنها حرّ، لأن ما فى بطنها منها» (٣).

و ضعف الروايه و موافقتها لمذهب العامّه (٤) يمنع من العمل بمضمونها.

فالعمل على المشهور، لانفصاله عنها فلا ينعقد إلا مع القصد إلى عتقه كما لو كان منفصلا.

ص: ٣٤٣

١ - ١) النهايه: ٥٤٥.

٢ - ٢) راجع الوسيله: ٣٤٢، المهذب ٢: ٣٦١، إصباح الشيعة: ٤٧٤، و فيهما: حبلى من غيره.

٣ - ٣) الفقيه ٣: ٨٥ ح ٣٠٩، التهذيب ٨: ٢٣٦ ح ٨٥١، الوسائل ١٦: ٦٧ ب «٦٩» من أبواب العتق ح ١.

٤ - ٤) انظر الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢: ٢٨٣ - ٢٨٤، اللباب فى شرح الكتاب ٣: ١١٨، الكافى فى فقه أهل المدينه

٢: ٩٧٤، بدائع الصنائع ٤: ٧٣، بدايه المجتهد ٢: ٣٧٢، روضه الطالبين ٨: ٣٨٤ - ٣٨٥.

تفريع إذا ادعى (١) كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه، كان على كل واحد منهما اليمين لصاحبه، ثم يستقر رق نصيبهما.

قوله: «إذا ادعى.. إلخ».

إذا ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك و طالبه بالقيمة و أنكرك صاحبه، فكل واحد منهما مصدق بيمينه فيما أنكره.

و إذا حلفا فلا مطالبه بالقيمة.

ثم إن أوقفنا العتق على الأداء- كما اختاره المصنف- أو قلنا بالتوقف و التبين فالعبد رقيق كما كان. و هذا هو الذى جزم به المصنف تفريعا على مذهبه.

و إن قلنا بتعجيل السرايه عتق جميع العبد، لاعتراف كل منهما بسرايه العتق إلى نصيبه.

و لو كان المدعى أحدهما خاصه على الآخر فأنكر و لا بينه فالمصدق المنكر أيضا مع يمينه. فإن حلف رق نصيبه، و إن نكل حلف المدعى اليمين المردوده و استحق قيمه. و هل يحكم بعتق نصيب المدعى عليه حينئذ؟ و جهان، من أن اليمين المردوده إما كاليينه على المدعى عليه أو كإقراره و كلاهما يوجب العتق، و من أن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب قيمه و إلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده و إنما ذلك من وظيفه العبد، و هذا أقوى.

ثم لو شهد هذا المدعى مع آخر ثبت العتق بشهاده الحسبه، و أما نصيب المدعى فينبى عتقه على أن السرايه هل تعجل، أو تتوقف على الأداء؟ فعلى

الأول يعتق [١]، لا-اعترافه بسرايه إعتاق المدعى عليه إلى نصيبه، سواء حلف المدعى عليه أم نكل. وإن قلنا بالتوقف بقى إلى أن يأخذ القيمة. وإذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر وإن كان المدعى موسرا، لأنه لم ينشئ العتق، فأشبهه ما إذا ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشترت نصيبى و أعتقته و أنكر المدعى عليه، فإنه يعتق نصيب المدعى و لا يسرى. ولأن نصيبه عتق لا باختياره بل قضيه لقوله: أعتقت نصيبك، فكان كما لو ورث بعض من يعتق عليه. و لو كان المدعى عليه معسرا و أنكر و حلف لم يعتق شيء من العبد. فإن اشترى المدعى نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه، لإقراره بأنه أعتقه، و لا يسرى إلى الباقي.

و لو كان المتداعيان فى الصورة الأولى معسرين لم يعتق أيضا، إلا- أن يشتري أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعتق ما اشتراه، لا اعترافه بأن شريكه أعتقه، و لا يسرى، لأنه لم ينشئ إعتاقا. لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما و يستسعى فى قيمته لهما، لا اعتراف كل منهما بأن نصيبه محل لا تستعاء العبد فى فكه بسبب ادعائه عتق الآخر و عدم السرايه، بخلاف ما إذا كانا موسرين، فإنه يدعى استحقاق القيمة فى ذمه شريكه فلا يأخذها من المملوك، و يحتمله تنزيلا لتعذر الأداء منزله الإعسار.

و لو كان أحدهما موسرا و الآخر معسرا عتق نصيب المعسر خاصه إن قلنا بتعجيل السرايه، لا تفاقهما عليه، أما من الموسر فبدعوى المباشرة، و أما من المعسر فبدعوى السرايه. و لو شرطنا الأداء أو جعلناه كاشفا لم يعتق نصيب

و إذا دفع (١)المعتق قيمه نصيب شريكه،هل يعتق عند الدفع أو بعده؟فيه تردد،و الأشبه أنه بعد الدفع،ليقع العتق عن ملك. و لو قيل:

بالاقتران،كان حسنا.

المعسر.أما نصيب الموسر فلا يعتق مطلقا،لإنكاره المباشرة.و دعواه عتق المعسر لا يقتضى السرايه،لفقد شرطها.و لا تقبل شهاده المعسر عليه،لأنه يجزّ إلى نفسه نفعا،لكنّه يحلف و يبرأ من القيمه و العتق.  
قوله:«و إذا دفع.إلخ».

هذا أيضا من فروع الخلاف فى تعجيل السرايه و توقّفها،فإن قلنا بتعجيلها ترتبت على العتق بغير فصل.و كذا إن قلنا بالمراعاة مع كون الأداء كاشفا عن سبقه.أما على ما اختاره المصنّف من اشتراطه بالأداء ففى وقت الحكم بالسرايه قولان:

أحدهما-و هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط (١)-:أنّها تقع بعد أداء القيمه ليقع العتق عن ملك،لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلّم:«لا عتق إلا فى ملك» (٢)أو«بعد ملك» (٣).و لأنّ الولاة يثبت له و هو يقتضى وقوعه فى ملك.

و الثانى-و هو الذى مال إليه المصنّف:-أنهما يقعان معا و يكون الملك قبل تمام الدفع ضمّيتا كما فى عتق المأمور.و هذا حسن.و يجىء على القول بتعجيل السرايه توجه الحكم بعقتهما معا أيضا من غير تأخّر السرايه عنه،لما ذكر،

ص:٣٤٦

١- (١) المبسوط ٥٥:٦.

٢- (٢) رواه بهذا اللفظ ابن فهد الحلّي«قدّس سرّه»فى المهذب البارع ٣٩:٤ و ٥٥،و ابن أبى جمهور الأحسائي فى عوالى اللثالى ٣:٤٢١ ح ٣.

٣- (٣) الكافى ١٧٩:٦ ح ٢،التهذيب ٢١٧:٨ ح ٧٧٤،الاستبصار ٥:٤ ح ١٥،الوسائل ٧:١٦ ب«٥» من أبواب العتق ح ٢.

و إذا شهد(١) بعض الورثة بعق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه. فإن شهد آخر و كانا مرضيين نفذ العتق فيه كله، و إلا مضى في نصيبهما، و لا يكلف أحدهما شراء الباقي.

و الظاهر قوله (١) عليه السلام: «هو حرّ كله ليس لله شريك».

قوله: «و إذا شهد.. إلخ».

المراد أنه شهد بعق المورث له، و لذلك لم يسر عليه، لأنه لم يعترف بالمباشره التي هي شرط السرايه عليه. و إنما قبل في نصيبه لأنه يستلزم الإقرار به و إن كان بصوره الشهاده، لأن الإقرار لا يختص بلفظ بل ما دلّ عليه و هو حاصل بالشهادة.

و لو شهد على هذا الوجه شاهدان من الورثة عدلان ثبت العتق في حقهما و حق باقي الورثة، لوجود المقتضى لقبول الشهاده و انتفاء المانع. و لو لم يكونا مرضيين -أعني مقبولي الشهاده- نفذ الإقرار في نصيبهما خاصه. و كذا لو كانا أزيد من اثنين. و ليس للعبد أن يحلف مع الواحد منهما بناء على أن العتق لا- يثبت بالشاهد و اليمين على المشهور. و كذا في المسائل السابقه. و في القواعد (٢) حكم بثبوتة بحلف العبد مع الشاهد في هذه المسائل، و وافق على عدم الصحه في باب الشهادات [١].

ص: ٣٤٧

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣٢٥، هامش (١).

٢- ٢) قواعد الأحكام ١٠١: ٢.

و أما الملك:

فإذا ملك(١)الرجل أو المرأة أحد الأبوين و إن علوا، أو أحد الأولاد- ذكرانا أو إناثا-و إن نزلوا، انعتق في الحال.و كذا لو ملك الرجل إحدى المحرّمات عليه نسبا.و لا ينعتق على المرأة سوى العمودين.

قوله:«فإذا ملك..إلخ».

من ملك أحد أصوله أو أحد أولاده و إن نزلوا-ذكورا و إناثا-عتقوا عليه.

و يزيد الرجل أنه يعتق عليه محارمه من النساء.و الأصل فيه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ:«لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» (١).

يعنى بالشراء.

قيل: و فهم من قوله تعالى وَ مَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا إلى قوله:

إِلَّا- آتَى الرَّحْمَنِ عَيْدًا (٢)و من قوله تعالى وَ قَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ يَلْبُ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ (٣)أن الولاده و العبوديه لا يجتمعان.

و روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«لا- يملك الرجل والديه و لا ولده و لا عمته و لا خالته،و يملك أخاه و غيره من ذوى قرابته من الرجال» (٤).و روى عن أبى حمزه الثمالى قال:«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟قال:كلّ أحد إلا خمسة:أبوها

ص:٣٤٨

١- ١) مسند أحمد ٢:٢٣٠، صحيح مسلم ٢:١١٤٨ ح ٢٥، سنن ابن ماجه ٢:١٢٠٧ ح ٣٦٥٩، سنن أبى داود ٤:٣٣٥ ح ٥١٣٧، سنن

الترمذى ٤:٢٧٨ ح ١٩٠٦، سنن البيهقى ١٠:٢٨٩.

٢- ٢) مريم:٩٢ و ٩٣.

٣- ٣) الأنبياء:٢٦.

٤- ٤) الكافى ٦:١٧٧ ح ٢، التهذيب ٨:٢٤٠ ح ٨٦٨، الاستبصار ٤:١٥ ح ٤٤، الوسائل ٩:١٦ ب «٧» من أبواب العتق ح ٢.

و لو ملك(١)الرجل من جهة الرضاع من يعتق عليه بالنسب،هل يعتق عليه؟فيه روايتان أشهرهما العتق.

و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها»(١).و غير ذلك من الأخبار(٢).و المراد بالملك المنفى عن المذكورين الملك المستقر،و إلا فأصل الملك متحقق في الجميع،و من ثم ترتب عليه العتق المشروط بالملك.

و لا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه قهرا كالإرث،و اختيارا بعقد معاوضه كالشراء،و بغيره كالهبة و الوصية.و فرق بين عتق القريب و السرايه- حيث لم تثبت السرايه إلا عند الاختيار-:بأن العتق صله و إكرام للقريب فلا يستدعى الاختيار،و السرايه توجب التغريم و المؤاخذة و إنما يليق ذلك بحاله الاختيار.

قوله:«و لو ملك..إلخ».

اختلف الأصحاب تبعا لاختلاف الروايات في أن من ملك من الرضاع من يعتق عليه لو كان بالنسب هل يعتق أم لا؟فذهب الشيخ[١]و أتباعه(٣)و أكثر المتأخرين(٤)-غير ابن إدريس-إلى الانعتاق،لصحيحه عبد الله بن سنان:

ص:٣٤٩

١-١) الكافي ١٧٧:٦ ح ٣،التهذيب ٢٤٢:٨ ح ٨٧٣،الاستبصار ١٦:٤ ح ٤٩،الوسائل ١٣:١٦ ب «٩»من أبواب العتق ح ١.و في الكافي و الاستبصار:أباها.

٢-٢) لاحظ الوسائل ٩:١٦ ب «٧»من أبواب العتق.

٣-٤) راجع الوسيله:٣٤٠،المهذب ٣٥٦:٢،إصباح الشيعه:٤٧١-٤٧٢،فقه القرآن ٢١١:٢.

٤-٥) في «ق،و»:و المتأخرون،انظر قواعد الأحكام ١٠٢:٢،إيضاح الفوائد ٥٠٥:٣،الجامع للشرائع:٤٠٠،كشف الرموز ٢٨٣:٢-٢٨٤،الدروس الشرعيه ١٩٥:٢،المقتصر:٣٠٤.

قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاما لها من مملوكه حتى فطمته هل يحلّ لها بيعه؟ قال: لا حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ أليس قد صار ابنها؟» (١). و صحیحہ الحلبي عنه عليه السلام:

«في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه» (٢). و رواه أبى بصير عنه عليه السلام: «لا يملك امه من الرضاعه، و لا أخته و لا عمّته و لا خالته من الرضاعه، إذا ملكهم عتقوا، و قال: يملك المذكور ما عدا الولد و الوالدين، و لا يملك من النساء ذات محرم، قلت، و كذلك يجرى فى الرضاع؟ قال: نعم» (٣)، و قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٤). و غير ذلك من الأخبار (٥) الكثيره.

و ذهب المفيد (٦) و ابن أبى عقيل (٧) و سلار (٨) و ابن إدريس (٩) إلى عدم الانعتاق، لروايه أبى جميله عن أبى عتيبه قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

ص: ٣٥٠

١- ١) التهذيب ٢: ٢٤٤ ح ٨٨٠، الاستبصار ٤: ١٨ ح ٥٦، الوسائل ١٢: ١٦ ب «٨» من أبواب العتق ح ٣.

٢- ٢) الكافي ٦: ١٧٨ ح ٥، الوسائل ١١: ١٦ الباب المتقدّم ح ١.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٦٦ ح ٢٢١، الاستبصار ٤: ١٧ ح ٥٣، التهذيب ٨: ٢٤٣ ح ٨٧٧، الوسائل ٢٩: ١٣ ب «٤» من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٤- ٤) التهذيب ٨: ٢٤٣ ح ٨٧٩، الوسائل ٢٩: ١٣ الباب المتقدّم ح ٢.

٥- ٥) لاحظ الوسائل ١١: ١٦ ب «٨» من أبواب العتق.

٦- ٦) المقنعه: ٥٩٩.

٧- ٧) المختلف: ٣٧٨-٣٧٩.

٨- ٨) المراسم: ١٧٦.

٩- ٩) السرائر ٨: ٣.



غلام بينى و بينه رضاع يحلّ لى بيعه؟ قال: إنما هو مملوك إن شئت بعه و إن شئت أمسكته، و لكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حرّان» (١). و روايه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام قال: «سألته عن رجل كانت له خادم فولدت جاريه، فأرضعت خادمه ابنا له، و أرضعت أم ولده ابنه خادمه، فصار الرجل أبا بنت الخادم من الرضاع يبيعهها؟ قال: نعم، إن شاء باعها فانتفع بثمانها» (٢) الحديث. و روايه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ إلا ما كان من قبل الرضاع» (٣). و روايه الحلبي عنه عليه السلام فى بيع الأم من الرضاعه قال: «لا بأس بذلك إذا احتاج» (٤).

و الجواب: أن الأخبار جميعها مشتركه فى ضعف [١] السند فلا تعارض الصحيح. و مع ذلك فالأولى لا تدلّ على المطلوب، لأنها ظاهره فى أن المراد من الغلام الأخ و ليس محلّ النزاع.

و الشيخ (٥) حمل قوله فى الروايه الثانيه: «إن شاء باعها» على المرضعه الخادم دون ابنتها، بقريته قوله فى آخرها: «فبيع الخادم و قد أرضعت ابنا له؟»

ص: ٣٥١

- 
- ١- ١) التهذيب ٨: ٢٤٤ ح ٨٨١، الوسائل ١٣: ٢٩ الباب المتقدم ح ٤. و فيه: عن أبى عيينه.  
 ٢- ٢) التهذيب ٨: ٢٤٤ ح ٨٨٤، الاستبصار ٤: ١٨ ح ٦٠، الوسائل ١٦: ١٢ باب «٨» من أبواب العتق ح ٤.  
 ٣- ٣) التهذيب ٨: ٢٤٥ ح ٨٨٥، الاستبصار ٤: ١٩ ح ٦١.  
 ٤- ٤) التهذيب ٨: ٢٤٥ ح ٨٨٦، الاستبصار ٤: ١٩ ح ٦٢.  
 ٥- ٦) التهذيب ٨: ٢٤٤ ح ٨٨٤، الاستبصار ٤: ١٨، ذيل ح ٦٠.

و يثبت العتق (١) حين يتحقق الملك.

متعجبا من ذلك - فقال: نعم، و ما أحبّ له أن يبيعهها». و حمل الثالثه (١) على أن «إلا» فيها بمعنى الواو العاطفه، و ذلك معروف فى اللغه، و قد قيل منه قوله تعالى:

خَالِدِينَ فِيهَا مَا دَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ إِلَّا مَا شَاءَ رَبُّكَ (٢). فكأنه قال: إذا ملك الرجل أباه فهو حرّ و ما كان من جهه الرضاع. و حمل الرابعه (٣) على أن يكون إنما أجاز بيع الأم من الرضاع لأبى الغلام.

و لا يخفى ما فى هذه المحامل من التكلف. و الأصحّ الأول، لصحّه رواياته و كثرتها.

قوله: «و يثبت العتق.. إلخ».

الكلام فى تحقّق العتق بعد الملك أو معه كالكلام فى عتق السرايه و عتق المأمور بعتقه، فقيل ينعق بعده ليقع فى ملك، و ليتحقّق قولهم: من ملك أحد هؤلاء عتق عليه، و لأن العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع من غير أن يثبت للمشتري لما قوم عليه لو اشترى بعضه، و لما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش و غيره، و هذا هو الظاهر من مذهب المصنّف و صريح العلامه (٤) و جماعه (٥).

و قيل: ينعق مع تمام البيع لا يتأخر عنه أصلا. و هو اختيار ابن إدريس (٤)،

ص: ٣٥٢

١- ١) التهذيب ٨: ٢٤٦ ذيل ح ٨٨٦، الاستبصار ٤: ١٩ ذيل ح ٦٢.

٢- ٢) هود: ١٠٧.

٣- ٣) التهذيب ٨: ٢٤٦ ذيل ح ٨٨٦، الاستبصار ٤: ٢٠ ذيل ح ٦٢.

٤- ٤) المختلف: ٦٢٤-٦٢٥.

٥- ٥) انظر المبسوط ٦: ٥٥، المختلف: ٦٢٤-٦٢٥ حكاه عن ابن الجنيد، الدروس الشرعية ٢: ١٩٥، التنقيح الرائع ٣: ٤٣١.

٦- ٦) السرائر ٣: ٧.

و من يعتق(١)كله بالملك يعتق بعضه بملك ذلك البعض.

و إذا ملك شقصا ممن يعتق عليه لم يقوم عليه إن كان معسرا.و كذا لو ملكه بغير اختياره.و لو ملكه اختيارا و كان موسرا قال الشيخ:يقوم عليه.و فيه تردد.

محتجا بأن الإنسان لا يملك من ذكر.و قد تقدم (١)في الروايات ما يدل عليه.

و جوابه:أن المراد بالملك المنفى الملك المستقر لا مطلق الملك جمعا بين الأدله.

قوله:«و من يعتق..الخ».

لا فرق في اعتاق القريب بملكه بين ملك جميعه و بعضه،لاشتراكهما في المعنى المقتضى للعتق.

ثم إن ملك البعض بغير اختياره كالإرث فقد تقدم (٢)الخلاف في السرايه على الباقي.و إن ملكه باختياره-بأن اشتراه أو أتهبه- فهل يسرى عليه؟فيه قولان:

أحدهما:نعم،ذهب إليه الشيخ في المبسوط (٣)و جماعه (٤)،لأن ملكه مع العلم بأنه يعتق عليه بمنزله مباشرته للعتق،لتساويهما في السببيه،فيتناوله عموم (٥):«من أعتق شقصا»لأن فاعل السبب اختيارا كفاعل المسبب.

و المصنف تردد في ذلك من حيث إنه إنما اختار الملك لا العتق فلا يصدق

ص:٣٥٣

١-١) في ص:٣٤٨.

٢-٢) في ص:٣٣٨.

٣-٣) المبسوط ٦٨:٦.

٤-٤) انظر المهذب ٣٦٣:٢،قواعد الأحكام ١٠٢:٢،الدروس الشرعيه ١٩٥:٢.

٥-٥) تقدم ذكر مصادره في ص:٣٢٤،هامش (١).

**الأول: إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن يعتق عليه**

الأول: إذا أوصى (١) لصبي أو مجنون بمن يعتق عليه فللولي أن يقبل، إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه. فإن كان فيه ضرر لم يجز القبول، لأنه لا غبطه، كالوصية بالمريض الفقير، تفصيلاً من وجوب نفقته.

عليه أنه أعتق حقيقه. و يمنع (١) أن اختيار السبب يوجب اختيار المسبب مطلقاً أو فعله يقتضى فعله، لأن المسبب يترتب على السبب على وجه الإيجاب لا الاختيار.

و لو قيل بالفرق بين العالم بالحكم و النسب فيسرى عليه، و الجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسرى، كان حسناً، إذ لا يتجه اختيار المسبب لمختار السبب بدون ذلك.

قوله: «إذا أوصى.. إلخ».

ليس للولي أن يشتري قريب الطفل الذي يعتق عليه له، فإن فعل فالشراء باطل، لأنه إتلاف محض.

أما لو وهب الصبي أو المجنون قريبه أو أوصى له به، نظر إن كان الصبي معسراً جاز له قبوله، فإذا قبله عتق عليه، لأنه لا ضرر فيه على الصبي بل هو جمال (٢)، و ربما كان له فيه منفعه، و قد يوسر فينق على الصبي، و لا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب النفقه عليه و إنما يعتبر الحال. و هل يجب على الولي القبول [١]؟ وجهان من ظهور المصلحة للمولى عليه بتخليص قريبه من الرق مع

ص: ٣٥٤

١-١) في «ص، د، و»: و يمنع.

٢-٢) في «خ» و الحجريتين: كمال.

## الثانى: لو اوصى له ببعض من ينعق عليه، و كان معسرا

الثانى: لو اوصى (١) له ببعض من ينعق عليه، و كان معسرا، جاز القبول. و لو كان المولى عليه موسرا قيل: لا يقبل، لأنه يلزمه افتكاكه. و الوجه القبول، إذ الأشبه أنه لا يقوم عليه.

انتفاء الضرر فكان أبلغ من حفظ ماله اليسير و التكسب به على بعض الوجوه، و هو اختيار الشيخ (١) فى المبسوط، و من أصاله العدم، و هو ظاهر المصنّف، لاقتصاره على مجرّد الجواز، مع أنه لا ينافى الوجوب.

و إن كان المولى عليه موسرا، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته فى الحال—بأن يكون زمنا أو غير كسوب—لم يجز للولى القبول كيلا (٢) يتضرر الصبى بالإنفاق عليه من ماله. و إن كان لا تجب نفقته فعلى ما تقرّر فى المعسر.

و قول المصنّف: «المريض الفقير» إما مبنى على أن العبد يملك أو يريد بالفقير غير الكسوب، لكن عطفه على المريض لا يخلو حينئذ من منافره (٣). و قد أحسن الشيخ فى المبسوط حيث قال: «و إن كان صحيحا و لا يكون أبدا إلا فقيرا فإنه مملوك نظرت إن كان مكتسبا لم تجب نفقته على ولده فعلى وليه أن يقبله.

إلخ» (٤).

قوله: «لو اوصى.. إلخ».

ما تقدّم فى المسأله السابقه حكم ما إذا ملك الجميع، أما إذا اوصى له

ص: ٣٥٥

١- (١) المبسوط ٦٩:٦.

٢- (٢) فى الحجرّيتين: لثلا.

٣- (٣) فى الحجرّيتين: مناقشه.

٤- (٤) المبسوط ٦٩:٦.

و أما العوارض: (١) فهى العمى. و الجذام. و الإقعاد. و إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه. و دفع قيمه الوارث.

بالبعض أو وهبه فإن كان المولى عليه معسرا قبله الولي، لما تقدّم من عدم الضرر، بل فيه الجمال (١) و المنفعة بلا مئونه و لا تقويم عليه. و إن كان موسرا زاد النظر فى غرامه السرايه و إن لم تجب النفقه، و فيه حينئذ قولان:

أحدهما: أنه لا يقبل، لأنه لو قبل انعتق على الصبى و إذا أعتق سرى و لزمه قيمه الشريك و فيه إضرار بالصبى.

و الثانى: يقبل و يعتق عليه و لا يسرى كيلا يتضرر الصبى. و وجه أيضا بأنه لا اختيار له فى حصول الملك. و لا يخلو من نظر، لأن اختيار الولي كاختياره.

و كيف كان، فالوجه ما اختاره المصنّف و الأكثر من عدم السرايه، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (٢).

قوله: «و أما العوارض.. إلخ».

انعتاق العبد بهذه العوارض مذهب الأصحاب. و مستنده (٣) رواياتهم به عن أهل البيت عليهم السلام، فأما العمى و الجذام فروهما بطريق السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا عمى المملوك فلا رقّ عليه، و إذا جذم فلا رقّ عليه» (٤) و روى حمّاد فى الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا عمى المملوك فقد

ص: ٣٥٦

١- ١) فى الحجرّيتين: الكمال.

٢- ٢) المبسوط ٦٩: ٦.

٣- ٣) فى «ق، م»: و مستندهم.

٤- ٤) الكافى ١٨٩: ٦ ح ٢، الفقيه ٨٤: ٣ ح ٣٠٤، التهذيب ٢٢٢: ٨ ح ٧٩٨، الوسائل ٢٧: ١٦ ب «٢٣» من أبواب العتق ح ٢.

أعتق» (١). وفي حديث آخر- في طريقه معلّى بن محمد و هو ضعيف- عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا عمى المملوك أعتقه صاحبه، ولم يكن له أن يمسه» (٢).

و الحق ابن حمزه (٣) بالجذام البرص. و نحن في عويل من إثبات حكم الجذام لضعف المستند إن لم يكن إجماع فكيف يلحق به البرص؟! و أما الإقعاد فلم نقف له على شاهد، و المصنّف في النافع (٤) نسبه إلى الأصحاب مؤذنا بعدم وقوفه على دليله، و لكن لا- يظهر فيه مخالف حتى ابن إدريس (٥) وافق عليه بشبهه أنه إجماع. و في الحقيقة الحكمه في اعتاق المملوك بهذه العوارض غير واضحة، لأن عجزه عن الاكتساب بناسبه استصحاب الرقّ لتجب نفقته على المولى فليقتصر منه على محلّ الوفاق أو النصّ الصالح لإثبات الحكم.

و أما إسلام المملوك في دار الحرب سابقا على مولاه فالمروى [١] أنه من أسباب العتق. و اشترط الشيخ (٦) خروجه إلينا قبله أيضا، لقوله عليه السلام:

ص: ٣٥٧

- 
- ١- ١) الكافي ٦: ١٨٩ ح ٤، الفقيه ٣: ٨٤ ح ٣٠٥، التهذيب ٨: ٢٢٢ ح ٧٩٩، الوسائل ١٦: ٢٧ الباب المتقدّم ح ١.  
 ٢- ٢) الكافي ٦: ١٨٩ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٢٢ ح ٨٠٠، الوسائل ١٦: ٢٨ الباب المتقدّم ح ٦.  
 ٣- ٣) الوسيله: ٣٤٠.  
 ٤- ٤) المختصر النافع: ٢٣٨.  
 ٥- ٥) السرائر ٨: ٣.  
 ٦- ٦) النهايه: ٢٩٥.

و في عتق (١) من مثل به مولاه تردّد، و المروى أنّه ينعق.

«أيما عبد خرج قبل مولاه فهو حرّ» (١). و هو حسن. و ظاهر المصنّف عدم اشتراط خروجه قبله، و به صرح ابن إدريس [١]، لحصول الإسلام المانع من ملك الكافر. و هو ممنوع، لأن الإسلام إنما يمنع من دوام الملك لا مطلقاً. و المصنّف في الجهاد (٢) اشترط خروجه قبله، و لعلّه أجمل الحكم هنا اتكالاً على ما سلف.

و أما دفع قيمه الوارث فظاهره أنه يوجب العتق بمجردّه، و لكن سيأتي إن شاء الله تعالى في الميراث (٣) أنه يشتري و يعتق، و لعلّه أطلق على دفع قيمه السببيّه للعتق من حيث إنه جزء السبب و إن توقّف على أمر آخر كسببيّه التدبير و الكتابه.

قوله: «و في عتق.. إلخ».

جعل التنكيل من أسباب الانعتاق هو المشهور بين الأصحاب لم يخالف فيه إلا ابن إدريس (٤)، فإنه نسبه إلى روايه الشيخ. و لا وجه لإخراجه عن العوارض السابقه، لأن مستند غير العمى أضعف منه، و فتوى الأصحاب مشتركه.

و مستند الحكم في التنكيل روايه جعفر بن محبوب عمّن ذكره عن أبي

ص: ٣٥٨

---

١- (١) التهذيب ١٥٢: ٦ ح ٢٦٤، الوسائل ١١: ٨٩ ب «٤٤» من أبواب جهاد العدو ح ١، سنن البيهقي ٩: ٢٢٩.

٢- (٢) في ج ٣٦٣-١: ٣٦٤.

٣- (٣) في المقدمه الثانيه من كتاب الفرائض.

٤- (٤) السرائر ٨: ٣-٩.



عبد الله عليه السلام قال: «كلَّ عبدٍ مثَّل به فهو حرٌّ» (١). ورواه عبد الحميد عن هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكَّل بمملوكه أنه حرٌّ لا سبيل له عليه سائبه يذهب فيتولَّى من أحبَّ» (٢).

و الروايه الأولى فى طريقها جهاله، و هى مع ذلك مرسله، و عبد الحميد فى الثانيه مشترك بين الثقه و الضعيف، بل الظاهر أنه خارج عن القسمين، لأن طبقتها أعلى من طبقتة فيكون مجهولا، و على التقديرين يضعف الطريق. و أبو بصير قد عرفت (٣) مرارا أنه مشترك فتكون ضعيفه، و مع هذا فقد وصفها فى المختلف (٤) بالصحة، و ليس كذلك.

و من طريق العامه روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن زباعا أبا روح وجد غلاما مع جاريه له فجدع أنفه و جبّه فأتى النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: «من فعل هذا بك؟ قال: زباع، فدعاه النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: ما حملك على هذا؟ فقال: كان من أمره كذا و كذا، فقال النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: اذهب فأنت حرٌّ» (٥). و بالإسناد قال: «جاء رجل إلى النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم صارخا فقال له: مالك؟ قال: سيّدى رآنى اقتبل جاريه له

ص: ٣٥٩

- 
- ١- ١) الكافي ٦: ١٨٩ ح ١، التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠١، الوسائل ١٦: ٢٦ ب «٢٢» من أبواب العتق ح ١.
  - ٢- ٢) الكافي ٧: ١٧٢ ح ٩، الفقيه ٣: ٨٥ ح ٣٠٦، التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠٢، الوسائل ١٦: الباب المتقدّم ح ٢.
  - ٣- ٣) انظر ج ٨: ٥٠، و ج ٩: ١٤٣ و ٥٣٤.
  - ٤- ٤) المختلف: ٦٢٥.
  - ٥- ٥) مسند أحمد ٢: ١٨٢.

و قد يكون الاستيلاء (١) سببا للعتق، فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد، لأن ثمرتها إزالة الرق.

فجب مذاكيرى، فقال له النبى صلى الله عليه و آله و سلم: اذهب فأنت حرّ» (١).

و المصنّف تردّد فى الحكم من ضعف المستند، و اشتهاؤه بين الأصحاب، و آنسه (٢) بالتردد مخالفه ابن إدريس، و إلا فقد عرفت أن حكم ما تقدّم أولى بذلك.

إذا تفرّر ذلك فالتنكيل لغيره فعل الأمر الفطيع بالغير، يقال: نكّل به تنكيلا إذا جعله نكالا و عبره لغيره، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفّيته و نحو ذلك.

و ليس فى كلام الأصحاب ما يدلّ على المراد، بل اقتصرنا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعا لإطلاق النصّ. و فى الرواية الأخيرة أن الجبّ تنكيل.

و ليس ببعيد. و يترتب على هذا أن المماليك الخصيان ينعقون على مواليتهم إذا فعلوا بهم ذلك، فلا يصحّ شراؤهم لمن علم ذلك. و مع اشتباه كون الفعل من مولاة بينى على أصله بقاء الملك. و قد يحصل الاشتباه فى بعض العقوبات، كقلع العين الواحدة و الاذن الواحدة و نحو ذلك، و الواجب الرجوع فى موضع الاشتباه إلى حكم الأصل و هو استصحاب حكم الرقّ إلى أن يثبت المزيل.

قوله: «و قد يكون الاستيلاء.. إلخ».

أتى ب«قد» الدالّة على التقليل فى هذا المقام لأن الاستيلاء لا يستلزم العتق بذاته حيثنذ بل يتوقّف على أمور كثيرة منها: بقاء الولد إلى أن يموت المولى، و منها: موت المولى، فلو مات الولد فى حياة المولى سقط حكم الاستيلاء. و مع

ص: ٣٦٠

١- (١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٩٤ ح ٢٦٨٠، سنن أبى داود ٤: ١٧٦ ح ٤٥١٩.

٢- (٢) فى «د» و الحجرّيتين: و أنسبه.

ذلك فسيبئ الاستيلاء ناقصه، لما عرفت من أن موت المولى تمام السبب.

و يمكن أن لا- يجعل الاستيلاء من الأسباب أصلاً، لأن موت المولى مع بقاء الولد يوجب انتقال أم الولد إلى ملكه أو بعضها فينتق عليه بالملك لا بالاستيلاء.

و يمكن أن يشير ب«قد» إلى هذا المعنى أيضاً. و كون موت المولى من فعل الله تعالى دون الاستيلاء لا يقتضى رفع سببئته، كما أن عمى العبد و إقعاده من أسباب العتق و إن كان من قبل الله تعالى. و اشتراط المباشرة فى السبب تحكّم. و فى الحقيقة هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق سواء كانت بفعل الله تعالى أو فعل المكلف.



كتاب التديبر و المكاتبه و الاستيلاد (١)

ص: ٣٤٣



## كتاب التدبير

### اشاره

التدبير (٢) هو عتق العبد بعد وفاه المولى. و فى صحّحه تدبيره بعد وفاه غيره، كزوج المملوكه، و وفاه من يجعل له خدمته، تردّد أظهره الجواز، و مستنده النقل.

كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء التدبير تفعيل (١) من الدبر، و المراد به تعليق العتق بدبر الحياه. و قيل: سمى تدبيراً لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه و أمر آخرته بإعتاقه. و هذا راجع إلى الأول، لأن التدبير فى الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً، لأنه نظر فى عواقب الأمور و إدباره.

قوله: «التدبير.. إلخ».

لا خلاف بين علماء الإسلام فى صحّحه تعليق عتق المملوك على وفاه مولاه. و اقتصر المصنّف على تعريفه بذلك إيثارا لتعريف الفرد المتفق عليه لا للحصر، و إن كانت الصيغه تقتضيه من جهة أن المبتدأ منحصر فى الخبر، فالحصر حينئذ إضافى لا مطلق.

و اختلف الأصحاب فى صحّته معلقاً على وفاه غير المولى فى الجملة، فذهب جماعه منهم المصنّف و العلامة (٢) و قبله الشيخ (٣) و أتباعه (٤) إلى الصحّحه،

ص: ٣٦٥

١- ١) فى «ص، ق، ط»: كتفعيل.

٢- ٢) المختلف: ٦٣٦.

٣- ٣) النهايه: ٥٥٣-٥٥٤.

٤- ٤) راجع المهذّب ٣٧٣: ٢، الوسيله: ٣٤٥، إصباح الشيعه: ٤٧٩.

لصحيحه يعقوب بن شعيب أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّه، فتأبى الأمه قبل أن يموت بخمس سنين أو ست سنين ثمّ يجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها بعد ما أبتت؟ فقال: «لا، إذا مات الرجل فقد عتقت» (١). و للأصل (٢)، و قبول العتق التأخير كقبوله للتنجيز، و لا تفاوت بين الأشخاص، و قد جاز تعليقه بوفاه المالك فيجوز بوفاه غيره.

و فيه نظر، لأن الروايه دلت على جواز تعليقه بوفاه المخدم فتعديته إلى غيره من الزوج و غيره قياس لا يقولون (٣) به، بل مورد النصّ الأمه إلا أن خصوصية الذكوريه و الأنوئيه قد يدعى أنها ملغاه. و الأصل مدفوع بأن التدبير إن كان عتقا معلقا فلا يقولون (٤) بجوازه مطلقا بل فى مورد النصّ أو الوفاق، و إن كان وصيه فلا يجوز تعليقها بوفاه غير المولى إجماعا، و بهذا يحصل الفرق بين تعليقه بوفاه المولى و غيره، فلا يلزم من جوازه معلقا على بعض الوجوه جوازه مطلقا.

و ذهب ابن إدريس (٥) إلى المنع من تعليقه بوفاه غير المولى مطلقا، تمسكا بموضع الوفاق، و ردّا لخبر الواحد و إن صحّ، و دعوى أن التدبير شرعا تعليق العتق بوفاه المولى فلا يتعدى إلى غيره. و ردّ بأنه مصادره، و بأنه لو صحّ معلقا

ص: ٣٦٦

- 
- ١- (١) التهذيب ٨: ٢٦٤ ح ٩٦٥، الاستبصار ٤: ٣٢ ح ١١١، الوسائل ١٦: ٨١ ب «١١» من أبواب التدبير ح ١.
  - ٢- (٢) فى «خ، م»: و الأصل قبول.
  - ٣- (٣) فى «و»: تقولون.
  - ٤- (٤) فى «و»: تقولون.
  - ٥- (٥) السرائر ٣: ٣٣-٣٤.



على وفاه غيره لبطل بالإباق كالمعلق بموت السيد. و ردّ بمنع الملازمه، و الفرق مقابله نعمه السيد بالكفر فقبول بنقيض ذلك كقاتل العمد في حرمانه الإرث، بخلاف الأجنبي.

ثمّ عد إلى عبارته المصنّف و تنبّه لأمر:

الأول: ضمير «و مستنده النقل» يرجع إلى الجواز المحكوم به في تعليقه بوفاه الزوج و من جعل له الخدمه، و مقتضاه وجود النقل على صحّه ذلك، و ليس كذلك، و إنما الموجود من النقل ما حكيناه من الروايه، و هي مختصّه بتعليقه على وفاه المخدم، فتعديته إلى غيره غير مستند إلى النقل.

فإن روعيت الملابس— و هي لا تخرج عن ربقه القياس— فلا وجه لاختصاصه بهذين، لأن وجوه الملابس لا تنحصر. و يجيء على هذا جواز تعليقه بوفاه مطلق الملابس بل مطلق الناس، لفقد ما يدلّ على غير المخدم، و هو قول (1) في المسأله. و ربما قيل (2) بجواز تعليقه بموت غير الآدمي، لاشتراك الجميع في معنى التدبير لغه، و هو تعليق العتق على الوفاء.

و أكثر الأصحاب لم يتعرّضوا لغير المروي، و هو الأنسب، لكن يبقى فيه أن المنصوص وارد في الأمه فتعديته إلى العبد لا يخلو من نظر. و ما اشتهر من أن خصوصيّة الذكوريّه و الأنوثيه ملغاه و أن الطريق متّحد لا يقطع الشبهه و إن كان متّجهًا.

الثاني: يظهر من قوله: «هو عتق العبد.. إلخ» أن التدبير عتق بشرط لا وصيّته، و هو أحد القولين في المسأله، و هما أصل كبير (3) في تفريع مسائل الباب.

ص: ٣٤٧

١-١) حكاها الشهيد «فده» في الدروس الشرعيّه ٢:٢٢٩.

٢-٢) حكاها الشهيد «فده» في الدروس الشرعيّه ٢:٢٢٩.

٣-٣) في «ص، د، ط، م» و إحدى الحجريّتين: كثير.

و وجه كونه عتقا أنه لا يحتاج إلى إحداث صيغته بعد الموت، بخلاف الوصية.

و الأشهر أنه وصية بعق، لأنه تبرع بعد الموت معتبر من الثلث، و يجوز الرجوع فيه حال الحياة، و هي من خواص الوصية. و سيأتي (١) في الأخبار ما يرجح هذا القول. و به قطع المصنف في النافع (٢).

و يتفرع على القولين مسائل كثيرة يأتي (٣) بعضها، و منها هذه المسألة، فإن جعله وصية يقتضى عدم جواز تعليقه بوفاه غير المولى كغيره من الوصايا، و إن ضيقنا جوازناه في صورته النص لا- غير. و إن جعلناه عتقا معلقا أمكن القول بجوازه مطلقا، نظرا إلى اشتراك الجميع في التعليق، و لا (٤) يقاس بجوازه في موضع الوفاق، مع عدم دليل صالح على منعه يرفع أصالة الجواز و وجوب وفاء المؤمنين بشروطهم (٥)، و المنع من غير موضع النص التفاتا إلى ما سبق (٦) من ظهور اتفاق الأصحاب على عدم جواز تعليق العتق على الشرط و الصفه، فيقتصر بالجواز على مورده.

و العامه (٧) لما جوزوا تعليق العتق و قصروا التدبير على تعليقه بوفاه

ص: ٣٦٨

١- ١) في ص: ٣٨٧-٣٨٨.

٢- ٢) المختصر النافع: ٢٣٨.

٣- ٣) في ص: ٣٧٥ و ٣٨٣ و ٣٨٧.

٤- ٤) كذا في «خ، م»، و في سائر النسخ و الحجريتين: و الأ، و لعلها مفصولة أى: و إن لا، أو: و أن لا.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٦- ٦) في ص: ٢٧٧.

٧- ٧) انظر الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٩٦٩ و ٩٨٢، روضه الطالبين ٨: ٣٨٢ و ٤٤٤، اللباب في شرح الكتاب ٣: ١١٨ و

١٢٠، روضه القضاء ٣: ١٠٩٨.

## إشارة

و العلم به يستدعى ثلاثة مقاصد:

### الأول فى العبارة و ما يحصل به التدبير

الأول فى العبارة و ما يحصل به التدبير و الصريح: أنت حرّ (١) بعد وفاتى، أو إذا متّ فأنت حرّ أو عتيق أو معتق.

و لا عبره باختلاف أدوات الشرط. و كذا لا عبره باختلاف الألفاظ التى يعبر بها عن المدبر، كقوله: هذا أو هذه أو أنت أو فلان.

و كذا لو قال: متى متّ، أو أى وقت، أو أى حين.

المولى - كقول ابن إدريس (١) - جعلوا تعليقه بوفاه غيره عتقا معلقا لا تدبيرا و إن شاركه فى بعض الأحكام. و لو قيل بأن التدبير إيقاع برأسه و إن شابه العتق المعلق و الوصية بوجه كان حسنا، و فيه جمع بين الأدلّة و سلامه من تناقض الأحكام المترتبة غالبا.

الثالث: تقييده بالعبد فى قوله: «و هو عتق العبد بعد وفاه المولى» لا - وجه له خصوصا فى مقام التعريف الموجب لانتقاضه فى طرده، و كان (٢) المناسب إبداله بالمملوك أو الاقتصار على العتق كما ذكرناه.

قوله: «و الصريح أنت حرّ.. إلخ».

المعتبر فى هذا الإيقاع التلّفظ به بلفظ صريح فى معناه كغيره، فلا يقع بالكناية عندنا و إن قصده. و حيث تعدّد الألفاظ الدالّة عليه صريحا يتخبر فى تأديتها بأيها شاء كأدوات الشرط و أسماء الإشارة و ما قام مقامها، لاشتراك الجميع فى إفاده المعنى صريحا، و عدم ورود ما يدلّ على اختصاص أحدها

ص: ٣٦٩

(١ - ١) انظر ص: ٣٦٦، هامش (٥).

(٢ - ٢) فى الحجرّيتين: فكان.

و هو ينقسم: (١) إلى مطلق، كقوله: إذا متّ، و إلى مقيد، كقوله: إذا متّ في سفرى هذا، أو من مرضى هذا، أو فى سنتى هذه، أو فى شهرى، أو فى شهر كذا.

و لو قال: أنت مدبرّ، (٢) و اقتصر لم ينعقد. أما لو قال: فإذا متّ فأنت حرّ، صحّ، و كان الاعتبار بالصيغه لا بما تقدّمها.

شرعا. و يستفاد من قوله: «و الصريح: أنت حرّ.. إلخ» حصر الصريح فى هذه الألفاظ بمقتضى انحصار المبتدأ فى خبره. و الأظهر عدم الانحصار، فلو قال:

أعتقتك بعد موتى أو حررتك، كان صريحا كما لو أوقع بهما العتق المطلق.

قوله: «و هو ينقسم.. إلخ».

كما يصحّ التدبير مطلقا و هو أن يعلّق العتق بالموت بلا شرط، يصحّ مقيدا بشرط مثل أن يقول: إن قتلت أو متّ حتف أنفى أو متّ فى مرضى هذا أو فى سفرى هذا أو فى هذا الشهر أو السنه أو البلد أو فى الليل أو النهار فأنت حرّ، فإن مات على الصفه المذكوره عتق و إلا فلا. و كذا يصحّ تقييده بقيود متعدده ك: إن متّ فى سنه كذا فى مكّه حتف أنفى، و نحو ذلك، فيعتبر فى عتقه اجتماع الشروط كلّها. و ألحق الشيخ فى المبسوط (١) التدبير المقيد بالمعلّق على الشرط، فحكم بطلانهما نظرا إلى اشتراكهما فى التعليق. و هو ممنوع.

قوله: «و لو قال: أنت مدبرّ.. إلخ».

اختلف الأصحاب فى أن قوله: أنت مدبرّ أو دبرّتك، مقتصرا عليه هل هو صريح فيقع به التدبير و إن لم يقصده، أو كناية فيقع مع القصد، أو لا يقع

ص: ٣٧٠

به مطلقاً؟ على أقوال جزم المصنّف منها بالأخير، وهو قول الشيخ في الخلاف (١)، لخلوّه عن لفظ العتق و الحرّيه، ولا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلا مع التعرّض للحرّيه، ولأنه إما عتق بصفه أو وصّيه به، وكلاهما يفتقر إلى ذكر العتق. أما الأول فظاهر. و أما الثاني فلأن الوصّيه لا بدّ لها من ذكر متعلّقها.

و الثاني: أنّه يقع بذلك، لأنه صريح فيه، لأن التدبير ظاهر في معناه مشهور عند كلّ أحد كما أن البيع و غيره ظاهر في معناه، حتى إن التدبير كان معروفاً في الجاهليّه و قرره الشرع و لم يستعمل في معنى آخر حتى يكون كناية. و هو اختيار الشيخ في المبسوط (٢) و العلامه (٣).

و الثالث: أنه كناية يصحّ مع التّيه لا بدونها أي: مع إرادته اللفظ به استعماله في العتق بعد الوفاء. و هو اختيار ابن الجنيد (٤) و ابن البرّاج (٥)، لأن فيه جمعا بين الدليلين، و لأصالة بقاء الرّقيه إلى أن يثبت المزيل.

و فيه: أنه لا يقع بالكنايات عندنا كظنّائه، و الأدلّه متعارضه لا يجتمع بذلك، و الأصالة عند مجوّزه انقطعت بالصيغه المخرجه عنه. و الوسط أوسط.

ص: ٣٧١

١- ١) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢:٦٦٧ مسألة (٢).

٢- ٢) المبسوط ١٦٧:٦.

٣- ٣) المختلف: ٦٣٤.

٤- ٤) حكاة عنه العلامه في المختلف: ٦٣٤.

٥- ٥) المهذب ٣٦٥:٢-٣٦٦.

و لو كان المملوك (١) لشريكين فقالا: إذا متنا فأنت حرّ، انصرف قول كلّ واحد منهما إلى نصيبه، و صحّ التدبير، و لم يكن معلقا على شرط، و ينعق بموتهما إن خرج نصيب كلّ واحد منهما من ثلثه.

و لو خرج نصيب أحدهما تحرّز، و بقي نصيب الآخر [أو بعضه] رقا.

و لو مات أحدهما تحرّز نصيبه من ثلثه، و بقي نصيب الآخر رقا حتى يموت.

قوله: «و لو كان المملوك. إلخ».

إذا قال الشريكان للعبد المشترك: إذا متنا فأنت حرّ، فلا يخلو: إما أن يقصدا بذلك تدبير كلّ منهما نصيبه و تعليق عتقه على موته خاصّه، أو تعليق كلّ واحد من النصيبين على موتهما معا، أو يطلقا اللفظ كذلك و لا يقصدا واحدا معينا من الأمرين.

و في الأول لا إشكال في صحّ التدبير، و لا يرتبط عتق أحد النصيبين بالآخر، بل يكونان بمنزله ما لو دبر أحدهما نصيبه بلفظ مختصّ به، و يكون قوله «إذا متنا فأنت حرّ» إتيانا بصيغه التدبير في نصيبه و تعليقا له على موته منضمّا إلى الإخبار بما يطابق الواقع، فإنه على تقدير موتهما يعتق جميعه، لوقوع التدبيرين، و لا يقدر هذه الضميمة.

ثمّ إن ماتا معا انعتق النصيبان دفعه. و إن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميّت بشرطه و بقي نصيب الآخر موقوفا على موته، و الكسب المتخلّل بين الموتين مشترك بين المدبّر و المالك الحيّ بنسبه الملك.

و إن قصدا تعليق عتقه على موتهما معا بحيث لا يعتق منه شيء

مع موت أحدهما بنى الحكم بالصَّحَّه على أحد أمرين: إما جواز تعليق التدبير على وفاه غير المولى مع الملابس أو مطلقاً، أو جواز تعليق العتق على الشرط كما اختاره القاضي (١) وابن الجنييد (٢)، فإن أجزنا ذلك صحَّ أيضاً، و كان التدبير على الأول معلقاً بموتهما معاً، فإن ماتا دفعه انعتق لحصول الشرط، وإن ماتا على الترتيب بقى رقاً إلى أن يموت الآخر، و هو بين الموتين للورثه و الحى.

إن لم نجز الأول و أجزنا الثانى كان عتقا بشرط، و حكمه كالسابق إلا أنه ليس تدبيراً بل عتق معلق على شرط لا يتم إلا بموتهما، و للورثه بين الموتين التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالأستخدام و الإجاره، و ليس لهم بيعه لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك. و فى جوازه لو جعلناه تدبيراً نظراً، من جواز الرجوع فى التدبير و هذا من أفراده. و فى الإرشاد (٣) جزم بعدم جوازه على هذا التقدير.

و إن لم نجوز التدبير معلقاً على موت الغير مطلقاً أو الملابس، إما بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقاً، أو أجزناه بموت الزوج و المخدم كما اختاره المصنّف، كان لفظهما لاغياً.

و إن أطلقنا اللفظ فلم يقصدا به أحد الأمرين ففى حمله على أيهما قولان:

أحدهما- و هو الذى اختاره المصنّف، و قبله الشيخ فى المبسوط (٤)-:

ص: ٣٧٣

١- ١) انظر الهامش (٣ و ٤) فى ص: ٢٧٧.

٢- ٢) انظر الهامش (٣ و ٤) فى ص: ٢٧٧.

٣- ٣) إرشاد الأذهان ٧٣: ٢.

٤- ٤) المبسوط ١٧٩: ٤.

الحمل على الأول، لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضا لتعليق نصيب كلّ منهما على وفاه نفسه، فيحمل على الصحيح صوتنا لكلامه عن الهدر، و ترجيحاً لجانب الصحّة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه.

و الثاني: حمله على الثاني، لظهور معناه فيه، لأن اللفظ إنشاء و لا يتحقّق بالنسبة إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه، بخلاف الحمل على السابق، فإنه يكون إنشاء بالنسبة إلى تعليق عتق نصيبه على وفاه نفسه، وإخباراً بالنسبة إلى الحكم بعتقه أجمع على تقدير وفاتهما معا. وهذا هو الأظهر.

ثمّ على تقدير حمله عليه يترتب عليه ما يلزم الأصل من الصحّة و البطلان، فعلى المشهور يبطل، و على غيره يصحّ، و هو خيره العلامه في الإرشاد (1). و في التحرير (2) حكم بالبطلان. و اختلف كلامه في القواعد (3)، ففي أول المسألة حكم بالصحّة و التنزيل على المعنى الأول الصحيح، و في آخرها خصّ الصحّة بما إذا قصد توزيع الأجزاء على الأجزاء. و الشهيد في الدروس (4) اقتصر على بيان حكم المسألة على تقدير القصد، و لم يتعرّض للإطلاق الذي هو موضع البحث.

ص: ٣٧٤

١- ١) إرشاد الأذهان ٧٣:٢.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٨٢:٢.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١٠٩:٢.

٤- ٤) الدروس الشرعيّه ٢٣٠:٢.



## و يشترط في الصيغه المذكوره شرطان

و يشترط في الصيغه المذكوره شرطان:

### الأول:النتيه

الأول:النتيه.

فلا حكم لعباره الساهي،و لا الغالط،و لا السكران،و لا المكره الذي لا قصد له.

و في اشتراط نتيه القربه(١)تردد،و الوجه أنه غير مشترط.

### الشرط الثاني:تجريدھا(٢)عن الشرط و الصفه

الشرط الثاني:تجريدھا(٢)عن الشرط و الصفه،في قول مشهور للأصحاب.فلو قال:إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي،أو إذا أهّل شهر رمضان-مثلا-لم ينعقد.و كذا لو قال:بعد وفاتي بسنه أو شهر.

و كذا لو قال:إن أدّيت إليّ أو إلى ولدي كذا فأنت حرّ بعد وفاتي،لم يكن تدييرا و لا كتابه.

قوله:«و في اشتراط نتيه القربه..إلخ».

مبنى الحكم على أن التدبير هل هو وصيه أو عتق بشرط؟فعلى الأول لا يشترط فيه نتيه القربه كغيره من الوصايا.و على الثاني يبني على أن العتق هل يعتبر فيه نتيه القربه أم لا؟و قد تقدّم (١)الخلافاً فيه.و الأقوى عدم اشتراطها فيه،لما سيأتي (٢)من ترجيح كونه وصيه بالعتق،أو (٣)لأنه حكم مستقلّ برأسه و إن أشبههما،و لا دليل على اشتراطها فيه،و الأصل يقتضى العدم و صحّته بدونها.

قوله:«تجريدھا..إلخ».

نّبّه بقوله:«مشهور»على عدم دليل صالح عليه كما تقدّم (٤)مرارا في

ص:٣٧٥

١- (١) في ص:٢٨٥-٢٨٦.

٢- (٢) في ص:٣٨٧.

٣- (٣) في «خ،م»:و لأنه.

٤- (٤) انظر ج ٣٥٧:٥،و ج ٩:٩٠ و ٤١٣.

و المدبره رَق، له (١) وطؤها، و التصرف فيها، فإن حملت منه لم يبطل التدبير. و لو مات مولاهما عتقت بوفاته من الثلث، و إن عجز الثلث عتق ما يبقى فيها من نصيب الولد.

نظائره. و قد صرح بجوازه معلقاً على الشرط و الصفه ابن الجنيد (١) -سواء تقدّم على الموت أم تأخر- فقال: «و إذا قال له: أنت حرّ بعد زمان معروف، أو فعل يجوز أن يكون و يجوز أن لا يكون، و يتقدّم أو يتأخر، كان له في جميع ذلك الرجوع و إبطال التدبير ما لم يكن ذلك الشيء الذي جعله شرطاً أو أجلاً».

و قال أيضاً: «و لو جعل له العتق بعد وقت من موت سيّده كان ذلك وصيّته بعتقه في معنى التدبير. و لو قال: إذا بنيت الدار أو قدم فلان فأنت حرّ منّي، كان نذر التدبير لا تدبيراً، فإذا كان ذلك الشيء صار العبد مدبراً. و لو قال: إن شئت فأنت حرّ منّي، كان تدبيراً إن شاء العبد ذلك». و ذكر في كتابه الأحمدى كثيراً من هذه الفروع.

و في المختلف (٢) أنكر ذلك كلّه و ادّعى الإجماع على بطلان العتق المعلق بالشرط. و الإجماع ممنوع، و الدليل مفقود.

قوله: «و المدبره رَق له.. إلخ».

المدبر لا يخرج عن ملك مولاه بالتدبير سواء جعلناه وصيّته أم عتقاً معلقاً، لعدم حصول شرطه ما دام حيّاً، فلمولاه التصرف فيه بالاستخدام و غيره. و لو كان أمه فله وطؤها كما له التصرف بغيره، و لجواز وطء المستولده و حقّ العتق

ص: ٣٧٦

١- ١) حكى العلامة القسم الأخير عنه في المختلف: ٦٣٧ و لم نعر على القسم الأول، و طبع خطأ: لا تدبير، و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) المصدر السابق.

و لو حملت بمملوك،(١)سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهه، كان مدبراً كأمه.و لو رجع المولى فى تدبيرها لم يكن له الرجوع فى تدبير ولدها.

و قيل:له الرجوع.و الأول مروى.

و كذا المدبر إذا أتى بولد مملوك فهو مدبر كأبيه.

فيها أكد لتحريم بيعها فى الجملة إجماعاً،بخلاف المدبره.فإن حملت منه اجتمع لها سببان للعتق التدبير و الاستيلاء،و الأول أسبق،و العتق فيهما متوقف على موت المولى.فإذا مات و الولد حى عتقت من ثلثه بالسبب السابق،فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر،فيحتسب من نصيب ولدها و تعتق إن و فى و إلا استسعت فى الباقي.

و قد دلّ على جواز وطئها روايه أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«سئل عن الرجل يعتق جاريتته عن دبر أ يطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟قال:نعم،أى ذلك شاء فعل»(١).

قوله:«و لو حملت بمملوك..إلخ».

إذا حملت المدبره بعد التدبير بولد يدخل فى ملك مولاهها تبعها فى التدبير، للأخبار(٢)الكثيره الدالّه على ذلك،سواء كان الولد من عقد أم شبهه أم زنا.و هو فى الأولين ظاهر،لأنه ملحق بها.أما فى الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم، لانقائه عنها شرعاً،إلا- أنه لما صدق عليه كونه ولدها لغه،و كان جانب المائيه و الحيوانيه مغلباً فيها-و من ثمّ كان الولد لمولاهها دون مولى الزانى-أطلق الشيخ(٣)و المصنّف تبعيته لها فى التدبير.و فى الأخبار:«فما ولدت فهم

ص:٣٧٧

١- ١) الفقيه ٣:٧٢ ح ٢٤٩، التهذيب ٨:٢٦٣ ح ٩٦١، الاستبصار ٤:٢٩ ح ٩٧، الوسائل ١٦:٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ١.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٦:٧٥ ب «٥» من أبواب التدبير.

٣- ٣) النهاية:٥٥٢.

بمنزلتها» (١). ولا شبهه في أنه يصدق على مولودها من الزنا أنها ولدته و إن لم يلحق بها في باقي الأحكام.

و كذا القول في ولد المدبر إذا كانوا مملوكين لمولاه، بأن ولدوا من أمته - مدبره كانت أم لا - أو من غيرها و قد شرط مولاه رقيتهم، لصحيحه بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في رجل دبر مملوكا له تاجرا موسرا فاشتري 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 ولدها مدبرون كهئله أبيهم، فإذا مات الذي دبر أباهم فهم أحرار» (٢).

إذا تقرر ذلك فنقول: إن استمر المولى على تدبير الأم أو الأب فلا إشكال في تبعيته الأولاد لهما في التدبير. و إن رجع في تدبير الأم أو الأب جاز أيضا، لعموم الأدلة (٣) الدالة على جواز الرجوع في التدبير ما دام حيًا، فإذا رجع فيهما فهل له الرجوع في الأولاد، أو له الرجوع في الأولاد منفردين؟ قال الشيخ (٤) و أتباعه (٥) و المصنف في النافع (٦) و إن كان هنا قد نسبته إلى الرواية: لا يجوز الرجوع فيهم مطلقا، لصحيحه أبان بن تغلب قال: «سألت أبا عبد الله عليه

ص: ٣٧٨

- 
- ١- ١) قرب الاسناد: ٦٣، التهذيب ٢٦١: ٨ ح ٩٥١، الاستبصار ٣١: ٤ ح ١٠٦، الوسائل ٧٦: ١٦ ب «٥» من أبواب التدبير ح ٤ و ٥.
  - ٢- ٢) الكافي ١٨٥: ٦ ح ٨، الفقيه ٧٣: ٣ ح ٢٥٤، التهذيب ٢٦٠: ٨ ح ٩٤٨، الوسائل ٧٧: ١٦ ب «٦» من أبواب التدبير ح ١.
  - ٣- ٣) لاحظ الوسائل ٧٣: ١٦ ب «٢» من أبواب التدبير.
  - ٤- ٤) النهاية: ٥٥٣.
  - ٥- ٥) انظر المهذب ٣٦٦-٢: ٣٦٧، الوسيله: ٣٤٦، إصباح الشيعة: ٤٧٩.
  - ٦- ٦) المختصر النافع: ٢٣٨.

السلام عن رجل دبّر مملوكته ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثمّ مات زوجها و ترك أولاده منها، فقال: أولاده منها كهيتها إذا مات الذى دبّر أمهم فهم أحرار. قلت له: يجوز للذى دبّر أمهم أن يردّ فى تدبيره إذا احتاج؟ قال:

نعم. قلت: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقى أولادها من الزوج الحرّ أ يجوز لسيدّها أن يبيع أولادها و يرجع عليهم فى التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع فى تدبير أمهم إذا احتاج و رضيت هى بذلك» (١). و لأنه إنما يرجع فيما دبّره و تدبير الأولاد حصل بالسرايه لا باختياره فلا يملك الرجوع. و ادعى الشيخ فى الخلاف (٢) على ذلك إجماع الفرقه.

و قال ابن إدريس (٣): يجوز الرجوع، و تبعه العلامه (٤) و ولده (٥) و الشهيد [١] و أكثر المتأخرين، لعموم الأدلّه (٦) الدالّه على جواز الرجوع فى التدبير، و لأن تدبير الولد فرع تدبير الأبوين فلا يزيد الفرع على أصله.

و يمكن القدح فى العموم المدعى، فإن الروايه الصحيحه أخرجت هذا

ص: ٣٧٩

١- (١) الكافي ٦: ١٨٤ ح ٦، التهذيب ٨: ٢٥٩ ح ٨، الاستبصار ٤: ٢٩ ح ١٠١، الوسائل ١٦: ٧٨ ب «٧» من أبواب التدبير.

٢- (٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٦٧٠ مسأله (١٤).

٣- (٣) السرائر ٣: ٣٢-٣٣.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ١١٠، إرشاد الأذهان ٢: ٧٤، المختلف: ٦٣٥-٦٣٦.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٣: ٥٤٨.

٦- (٦) لاحظ الوسائل ١٦: ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير.

و لو دبرها، ثم رجع (١) في تدبيرها، فأنت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين رجوعه، لم يكن مدبراً، لاحتمال تجدده، و لو كان لدون ستة أشهر كان مدبراً، لتحقق الحمل بعد التدبير.

الفرد. و بالفرق بين حكم الفرع و الأصل، فإن تدبير الأصل بفعل المالك فجاز له الرجوع في وصيته، بخلاف الولد، فإن حكم تدبيرهم قسري (١) فلا اختيار له فيه. نعم، يمكن القدح في الرواية من حيث اشتمالها على كون أبيهم حراً و هو يوجب تبعيتهم له فيها، و حملها على اشتراط الرقية قد تقدم (٢) في النكاح ما يدل على ضعفه.

قوله: «و لو دبرها ثم رجع... إلخ».

إذا دبرها ثم رجع في تدبيرها فأنت بولد لدون ستة أشهر من حين الرجوع و لم يتجاوز أقصى الحمل من حين التدبير فلا إشكال في بقاءه على التدبير، لتحقق علوقها به في زمن التدبير، كما لا إشكال في انتفاء تدبيره لو ولدت له لأقصى الحمل فصاعداً من حين الرجوع.

و أما إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المصنف و الجماعة (٣) أنه لا يكون مدبراً، لاحتمال تجدده بعد الرجوع، و لم يفرقوا بين ما إذا كانت فراشا و عدمه.

و وجهه: أصاله عدم تقدمه، و أصاله بقاءه على ملك المالك التام و تحت (٤) تصرفه.

و قد تقدم (٥) الفرق بين الحالتين في مواضع، و أنه إذا لم يكن لها زوج يمكن

ص: ٣٨٠

١- ١) في «د، ق»: قهرى.

٢- ٢) في ج ١٠: ٨-١٢.

٣- ٣) راجع المبسوط ١٧٦: ٦، قواعد الأحكام ١١٠: ٢.

٤- ٤) كذا في «و» و الحجريتين، و في سائر النسخ: و يجب.

٥- ٥) انظر ج ٣٨١: ٨.

و لو دبرها حاملا،(١) قيل: إن علم بالحمل فهو مدبر، وإلا فهو رقّ.

و هي روايه الوشاء. و قيل: لا يكون مدبرا، لأنه لم يقصد بالتدبير. و هو أشبه.

## الثانى فى المباشر

الثانى فى المباشر و لا يصح التدبير إلا من بالغ، عاقل، قاصد، مختار، جائز التصرف.

تجدده منه حكم بوجوده إلى أقصى الحمل، حملا لحال المسلم على الصحيح.

و الفرق بين الأمرين غير واضح.

قوله: «و لو دبرها حاملا. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن الحمل لا يتبع الحامل فى شىء من الأحكام- كالبيع و العتق و غيرهما- إلا مع التصريح بإدخاله، حتى إن الشيخ مع حكمه بإلحاقه بها فى البيع و العتق وافق فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) على عدم تبعيته لها هنا، و لكنّه ذهب فى النهاية (٣) إلى أنه مع العلم به يتبعها و إلا فلا، استنادا إلى روايه الوشاء [١] عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن رجل دبر جاريتة و هى حبلى، فقال: إن كان علم بحبل الجارية فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم

ص: ٣٨١

١- ١) انظر المبسوط ١٧٦: ٦ و ١٧٨.

٢- ٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٦٧٠: ٢ مسألة (١٥).

٣- ٣) النهاية: ٥٥٢.

فما فى بطنها رقّ». و عمل بمضمونها كثير (١) من المتقدمين و المتأخرين، و نسبوها إلى الصحّه، و الحقّ أنها من الحسن و أن صحّتها إضافيه كما مرّ، لأن روايه الحسن من الحسن.

و ذهب المصنّف و العلامه (٢) و قبلهما الشيخ فى المبسوط (٣) و الخلاف (٤) و ابن إدريس (٥) إلى عدم تبعيته لها مطلقا، للأصل، و انفصاله عنها حكما كظائره، و موثقه عثمان بن عيسى عن الكاظم عليه السلام قال: «سألته عن امرأه دبّرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه نفيسه فلم تدر المرأه المولوده مدبّره أو غير مدبّره؟ فقال لى: متى كان الحمل للمدبّره أقبل أن دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري و لكن أجنبي فيهما جميعا، فقال: إن كانت المرأه دبّرت و بها حبل و لم تذكر ما فى بطنها فالجاريه مدبّره و الولد رقّ، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبّر فى تدبير امه» (٦).

و فى المسأله قول [١] آخر بسرايه التدبير إلى الولد مطلقا. و القوه فى الوسط.

ص: ٣٨٢

١ - ١) انظر الوسيله: ٣٤٦، إصباح الشيعه: ٤٧٩، الجامع للشرائع: ٤٠٨، الدروس الشرعيّه ٢: ٢٣١. و نسب الروايه إلى الصحّه العلامه فى المختلف: ٦٣٦، و ولده فى إيضاح الفوائد ٣: ٥٤٩.

٢ - ٢) المختلف: ٦٣٥-٦٣٦.

٣ - ٣) انظر الهامش (١) فى الصفحه السابقه.

٤ - ٤) انظر الهامش (٢) فى الصفحه السابقه.

٥ - ٥) السرائر ٣: ٣٢.

٦ - ٦) الكافى ١٨٤: ٦ ح ٥، الفقيه ٧١: ٣ ح ٢٤٦، التهذيب ٢٦٠: ٨ ح ٩٤٧، الاستبصار ٣١: ٤ ح ١٠٩، الوسائل ٧٥: ١٦ ب «٥» من أبواب التدبير ح ٢.



فلو دبر الصبي (١) لم يقع تدبيره. و روى [أنه] إذا كان مميزاً له عشر سنين صحّ تدبيره.

و لا يصحّ تدبير المجنون، و لا المكره، و لا السكران، و لا الساهي.

و هل يصحّ التدبير (٢) من الكافر؟ الأشبه نعم، حربياً كان أو ذمياً.

قوله: «فلو دبر الصبي. إلخ».

الرواية المذكورة هي التي سبقت (١) في جواز وصيته و عتقه، و التدبير منحصر فيهما، لا أن فيه بخصوصه روايه كذلك. و قد تقدّم (٢) الكلام على ذلك.

و الأظهر عدم الصحّ فيه كالأصل. و المصنّف (٣) رخص جواز وصيته عملاً بالأخبار الكثيره. و تردّد في عتقه، و جزم هنا بعدم صحّته تدبيره، مع أنه راجع إليهما كما عرفت. و كذلك صنع العلامة في الإرشاد (٤) في الوصية و التدبير. و رجوعه إلى الرجوع أولى من تكلف الفرق بما لا يجدى.

قوله: «و هل يصحّ التدبير. إلخ».

مبنى الخلاف على أن التدبير وصية أو عتق، فعلى الأول يصحّ من الكافر مطلقاً، لعدم اشتراط نيته القربه. و على الثاني يبنى على اشتراطها في العتق و عدمه، و على أن المراد بها قصد التقرب (٥) سواء حصل أم لا. فعلى الأول لا يصحّ تدبير الكافر مطلقاً، و هو خيره ابن إدريس (٦) مصرّحاً بأنه عتق. و على الثاني يصحّ. و على الثالث يصحّ ممّن أقرّ بالله تعالى كالكتابي دون غيره. و أما

ص: ٣٨٣

١-١) انظر ج ٣٢٣: ٥، و ج ١٤٠: ٦، و هنا في ص: ٢٨٣.

٢-٢) انظر ج ٣٢٣: ٥، و ج ١٤٠: ٦، و هنا في ص: ٢٨٣.

٣-٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩، و ج ٣: ٩٦.

٤-٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧، و ج ٢: ٧٣.

٥-٥) في «ص، د، ق، ط»: القرب.

٦-٦) السرائر ٣: ٣٠.

و لو دبّر المسلم،(١) ثم ارتدّ، لم يبطل تدبيره. و لو مات فى حال ردّته عتق المدبّر. هذا إذا كان ارتداده لا عن فطره. و لو كان عن فطره لم ينعق المدبّر بوفاه المولى، لخروج ملكه عنه. و فيه تردّد.

الفرق بين الحربى و الذمى فلا مدخل له فى هذا الحكم إن جعلنا الحربى شاملا للكتابى الذى لا يلتزم أحكام الذمّه. و قد تقدّم (١) الكلام فيه. و الأصحّ صحّحه التدبير من الكافر مطلقا.

قوله: «و لو دبّر المسلم. إلخ».

إذا دبّر المسلم ثم ارتدّ، فإن كان ارتداده عن غير فطره لم يبطل التدبير، لبقاء الملك. فإن استمرّ على التدبير إلى أن مات عتق المدبّر، لوجود المقتضى له و انتفاء المانع. و إن كان عن فطره ففى بطلان التدبير وجهان، من زوال ملك المرتدّ عن فطره، و المدبّر قابل للخروج عن ملكه و قد وجد سببه و هو الارتداد، فيزول شرط استمرار الصحّ، لأن شرطها بقاء الملك إلى الموت، و المشروط عدم عند شرطه، و من سبق حقّ المدبّر على حقّ الوارث فلا ينتقل إليه، خصوصا عند من يمنع من بيع المدبّر. فإذا مات السيّد انعتق ثلثه لا غير، إذ لا مال له سواه. و هل يعجل للورثه الثلثان؟ يحتمله، لعدم فائده حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته، و إلا فالفائده محتمله بتجدد مال آخر له على تقدير التوبه.

و فى المبسوط (٢) أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد. و الأشهر التفصيل،

ص: ٣٨٤

١-١) راجع ج ٣: ٢٠، و ج ٧: ٣٦٣.

٢-٢) المبسوط ١٧٣: ٦.

و لو ارتدّ لا عن فطره،(١) ثمّ دبر، صحّ على تردّد. و لو كان عن فطره لم يصحّ. و أطلق الشيخ-رحمه الله-الجواز. و فيه إشكال، ينشأ من زوال ملك المرتدّ عن فطره.

و إن كان ما ذكره الشيخ أيضا متوجّها لأمر نذكره (١) إن شاء الله تعالى في أحكام المرتدّ.

و ربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطره، تنزيلا له منزله الموت. و هو بعيد.

قوله: «و لو ارتدّ لا عن فطره. إلخ».

المرتدّ بالنسبة إلى التدبير و ما في معناه بمنزله الكافر، فإن اشترطنا تيه التقرب بطل تدبيره مطلقا، و إلا صحّ من غير الفطرى كالكافر، و فى الفطرى إشكال منشؤه ما هو المشهور من انتقال ماله عنه فلا يتصوّر منه التدبير المشروط بالملك، مضافا إلى ما علّل به الملى. و إطلاق الشيخ (٢) جوازه يدلّ على منع انتقال المال عنه، و هو قول ابن الجنيّد [١]، و لم يفرّق بين الملى و الفطرى.

و استفاده الفرق بينهما و إثبات الأحكام المشهورة من النصوص مشكل.

و سيأتى (٣) البحث فيه إن شاء الله تعالى.

ص: ٣٨٥

---

١- ١) فى الباب الأول من القسم الثانى من كتاب الحدود، فى تعليقه الشارح على قول المصنّف «قدهما»: فى المرتدّ.

٢- ٢) المبسوط ١٧٣: ٦-١٧٤.

٣- ٤) فى الباب الأول من القسم الثانى من كتاب الحدود، فى تعليقه الشارح على قول المصنّف «قدهما»: فى المرتدّ.

و لو دبر الكافر (١) كافرا فأسلم بيع عليه، سواء رجع في تدبيره أم لم يرجع. و لو مات قبل بيعه، و قبل الرجوع في التدبير، تحرر من ثلثه.

و لو عجز الثلث تحرر ما يحتمله، و كان الباقي للوارث. فإن كان مسلما استقر ملكه، و إن كان كافرا بيع عليه.

و يصح تدبير الأخرس (٢) بالإشارة. و كذا رجوعه. و لو دبر صحيحا ثم خرس، و رجع بالإشارة المعلومه، صح.

قوله: «و لو دبر الكافر. إلخ».

إذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد، نظر إن رجع السيد عن التدبير بالقول بيع عليه وجوبا قولاً واحداً، و إلا ففي بيعه عليه قولان أظهرهما ذلك، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (١) و طاعة المولى علو منه، و في ملكه إذلال للمسلم، و لا يؤمن أن يستخدمه فيذله.

و قال ابن البراج (٢): يتخير بين الرجوع في التدبير فيبيع، و بين الحيلولة بينه و بين كسبه للمولى، و بين استساعته، و حينئذ فينقق عليه من كسبه، فإن فضل منه شيء فهو للمولى.

و على القولين، فإذا مات قبل بيعه و رجوعه عتق من ثلثه، فإن بقي منه شيء سعى فيه للورثة إن كانوا مسلمين، و إلا - بيع عليهم، لبطلان التدبير بالموت.

قوله: «و يصح تدبير الأخرس. إلخ».

كما يصح تصرفات الأخرس و معاملاته بالإشارة المفهمه، كذا يصح تدبيره

ص: ٣٨٤

١- (١) الفقيه ٢: ٢٤٣ ح ٧٧٨، الوسائل ١٧: ٣٧٦ ب «١» من أبواب موانع الإرث ح ١١، عوالي اللئالي ٢: ٢٢٦ ح ١١٨.

٢- (٢) المهذب ٢: ٣٧١.

#### و هى مسائل

و هى مسائل:

#### الأولى:التدبير بصفه الوصيه

الأولى:التدبير بصفه (١)الوصيه،يجوز الرجوع فيه.

و رجوعه عنه،لأن إشارته قائمه شرعا مقام اللفظ سواء كان خرسه أصليا أم عارضيا،و سواء خرس بعد التدبير فيرجع بالإشاره أم قبله،لاشتراك الجميع فى المقتضى.و يشترط فهم إشارته و لو بعدلين ليثبت به حيث يحصل النزاع.و لو فهم المملوك ذلك منه ترتب عليه حكم التدبير فيما بينه و بين الله تعالى،كما لو وقع التدبير من الصحيح بينهما بغير إشهد،و لو أنكر بعد ذلك فكإنكار الصحيح.

و تبه بقوله:«و كذا رجوعه»على خلاف بعض العامه (١)حيث منع من رجوعه بالإشاره 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.

قوله:«التدبير بصفه إلخ».

فى جعله بصفه الوصيه من غير أن يجعله وصيه محضه تنبيه على أنه لا يختار كونه وصيه محضه،و فى تعريفه له فى صدر الكتاب (٢)ما يدل على ذلك كما بيناه،و لكنّه فى النافع (٣)قطع بكونه وصيه.و الأخبار مختلفه،ففى روايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام:«إنما هو بمنزله رجل أوصى

ص:٣٨٧

١-١) لم نعثر عليه،و انظر روضه الطالبين ٤٥٤:٨.

٢-٢) فى ص:٣٦٥.

٣-٣) المختصر النافع:٢٣٨.

بوصيّه ثمّ بدا له بعد فغيرها قبل موته، فإن هو تركها و لم يغيرها حتى يموت أخذ بها» (١). و روى معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبّر، فقال: هو بمنزله الوصيّه يرجع فيما يشاء منها» (٢). و هذا موافق لما فى الكتاب.

و روى زراره عنه عليه السلام قال: «سألته عن المدبّر أ هو من الثلث؟ قال: نعم، و للموصى أن يرجع فى وصيّته فى صحّحه أو مرض» (٣). و هذه أظهر فى الدلالة على كونه وصيّه.

و التحقيق أنه بمنزله الوصيّه لا عينها كما ذكره هنا، لأنه لو كان وصيّه 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 بعنق معلق أيضا كما قاله ابن إدريس (٤) و غيره (٥)، و إلا لما صحّ الرجوع. فكونه مترددا بينهما فى بعض الأحكام و مستقلا بنفسه - و من ثمّ وقع بصيغته (٦) الخاصّه الخارجه عن الأمرين - أظهر.

ص: ٣٨٨

- 
- ١- ١) الكافي ٦: ١٨٤ ح ٧، التهذيب ٨: ٢٥٩ ح ٨٤٢، الاستبصار ٤: ٣٠ ح ١٠٢، الوسائل ١٦: ٧٩ ب «٨» من أبواب التدبير ح ٣.  
 ٢- ٢) الكافي ٦: ١٨٣ ح ٢، التهذيب ٨: ٢٥٨ ح ٩٣٩، الاستبصار ٤: ٣٠ ح ١٠٣، الوسائل ١٦: ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير ح ١.  
 ٣- ٣) الكافي ٦: ١٨٤ ح ٣، التهذيب ٨: ٢٥٨ ح ٩٤٠، الاستبصار ٤: ٣٠ ح ١٠٤، الوسائل ١٦: الباب المتقدّم ح ٢.  
 ٤- ٤) السرائر ٣: ٣٠.  
 ٥- ٥) انظر المبسوط ٦: ١٦٧، الجامع للشرائع: ٤٠٧، اللمعه دمشقيّه: ١٣٥.  
 ٦- ٦) فى «م» و الحجريّتين: بصيغه خاصّه خارجه.

قولا كقوله: رجعت (١) في هذا التدبير. و فعلا: كأن يهب أو يعتق أو يقف أو يوصى، سواء كان مطلقا أو مقيدا. و كذا لو باعه بطل تدبيره.

و قيل: إن رجعت في تدبيره ثم باع صحّ بيع رقبته. و كذا إن قصد بيعه الرجوع. و إن لم يقصد مضي البيع في خدمته دون رقبته، و تحرّر بموت مولاه.

قوله: «قولا كقوله: رجعت. إلخ».

قد عرفت ممّا سبق أن التدبير من الأمور الجائزه القابله للفسخ كالوصيه.

ثمّ فسّخه قد يكون بالقول كقوله: رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعتة و ما أشبه ذلك، و قد يكون بالفعل كأن يهب المدبّر لغيره و إن لم يقبضه، فإنه يبطل لدلالته على الرجوع، و تصحّ الهبه إذا تمّت شرائطها (١)، خلافا لابن حمزه (٢) حيث اشترط في صحّتها تقديم الرجوع فيه بالقول. و أولى بالرجوع ما إذا اعتقه، لأنه تعجيل لما تشبّث به المدبّر من الحرّيه فقد زاده خيرا.

و كذا يبطل بوقفه و إن لم يقبضه، لدلالته على الرجوع كالهبه، و الخلاف فيه كالخلاف فيها. و مثله الوصيه به.

و أما بيعه فالأظهر أنه كذلك، لما ذكر، و لأن الوصيه تبطل بإخراج الموصى به عن ملك الموصى، و البيع ناقل للملك و هو وصيه أو بمنزلتها كما مرّ (٣)، و لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام و قد سأل عن رجل دبّر مملوكا ثمّ احتاج إلى ثمنه، قال: فقال: «هو مملوكه إن شاء باعه، و إن شاء

ص: ٣٨٩

١- ١) في «ق»: بشرائطها.

٢- ٢) الوسيله: ٣٤٤.

٣- ٣) في ص: ٣٨٧-٣٨٨.

أعتقه، وإن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه» (١).

وقال الشيخ في النهاية (٢): لا يجوز بيعه قبل أن ينقض تدبيره، إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته و أنه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل عليه.

وقال الصدوق (٣): لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على الذى يبيعه إياه أن يعتقه عند موته. وقريب منه قول ابن أبى عقيل (٤).

وقال المفيد (٥): متى مات البائع صار حرّاً لا سبيل عليه وإن لم يشترط.

وهو قول الشيخ (٦) أيضاً.

ومستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفه، وقد تقدّم (٧) منها ما يدلّ على جواز الرجوع و البيع، و روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يعتق غلامه و جاريته عن دبر منه ثمّ يحتاج إلى ثمنه أ يبيعه؟ قال: «لا، إلا أن يشترط على الذى يبيعه إياه أن يعتقه عند موته» (٨).

و هذه حجّة الصدوق.

و روى القاسم بن محمد عن على قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

ص: ٣٩٠

١- ١) الكافي ١: ١٨٥ ح ٩، التهذيب ٨: ٢٥٩ ح ٩٤٣، الاستبصار ٤: ٢٧ ح ٩٠، الوسائل ١٦: ٧١ ب «١» من أبواب التدبير ح ١.

٢- ٢) النهاية: ٥٥٢.

٣- ٣) المقنع: ١٥٧.

٤- ٤) حكاة عنه العلامة فى المختلف: ٦٣٤.

٥- ٥) المقنعه: ٥٥١.

٦- ٦) المبسوط ٦: ١٧٢. و فيه: و ينبغى أن يبيعه بهذا الشرط.

٧- ٧) فى ص: ٣٨٧-٣٨٩.

٨- ٨) الفقيه ٣: ٧١ ح ٢٤٥، التهذيب ٨: ٢٦٣ ح ٩٥٩، الاستبصار ٤: ٢٨ ح ٩٥، الوسائل ١٦: ٧٢ ب «١» من أبواب التدبير ح ٦.



رجل أعتق جاريه له عن دبر في حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها حياته، فإذا مات أعتقت الجارية، وإن ولدت أولادا فهم بمنزلتها» (١). وهذه حجّة الشيخ.

مضافا إلى الجمع بين الأخبار التي دلّ بعضها على جواز بيعها مطلقا، وبعض على النهي عنه، وبعض على الإذن في بيع الخدمة مدّه حياته، بحمل الأول على بيع الخدمة (٢). وحمل ابن إدريس [١] على بيع الخدمة على الصلح مدّه حياته، والعلامة (٣) على الإجاره مدّه فمدّه حتى يموت. والمصنّف (٤) قطع بطلان بيع الخدمة، لأنها منفعه مجهوله. وأجيب بأن الجهاله غير قاده، لجواز استثناء هذا، على أن المقصود بالبيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير للمدّه، فإذا وردت الأخبار الكثيره بجوازه لم يبعد القول به. واختاره الشهيد في الدروس (٥).

و على هذا فيتّجه جواز بيع الرقبه كما دلّت عليه الأخبار السابقه، و بيع المنفعه منفرده كما دلّت عليه هذه الأخبار.

وأما حمل الشيخ بيع المدبّر على بيع خدمته و حصره (٦) الجواز فيه إذا لم يرجع في التدبير فليس بجيد، لأن مقصود المشتري هو الرقبه فإذا لم يصحّ بيعها و صرف إلى بيع الخدمة في المدّه المخصوصه كان اللازم بطلان البيع، كما لو

ص: ٣٩١

١- (١) التهذيب ٨:٢٦٤ ح ٩٦٣، الاستبصار ٤:٢٩ ح ٩٩، الوسائل ١٦:٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ٨:٢٦٣ ح ٩٥٨، الاستبصار ٤:٢٩ ح ١٠٠.

٣- (٣) المختلف: ٦٣٥.

٤- (٤) النهايه و نكتها ٣:٣٣-٣٤.

٥- (٥) الدروس الشرعيّه ٢:٢٣٣-٢٣٤.

٦- (٦) في «ص، د، ق، ط»: و خيرّه.

و لو أنكر المولى (١) تدبيره لم يكن رجوعا.

و لو ادعى المملوك (٢) التدبير، و أنكر المولى فحلف، لم يبطل التدبير فى نفس الأمر.

اشترى شيئا على أنه من جنس معين فظهر غيره. و أما تنزيهه على أن البيع متناول للرقبه مدّه الحياه كمشروط العتق ففاسد، لتصريح الأخبار و الفتوى بتناول البيع الخدمه دون الرقبه، و لأن انعقاه بالموت عن البائع لا عن المشتري، فدلّ على عدم انتقال الرقبه إلى المشتري و إلاّ- لكان عتقه عنه إذا (١) لم يشترط عليه عتقه عن البائع بل انعق (٢) بالتدبير السابق. و الأصحّ صحّحه البيع فى رقبته و بطلان التدبير.

قوله: «و لو أنكر المولى. إلخ».

إنما لم يكن رجوعا لأنه أعمّ منه فلا يدلّ عليه، و لإمكان استناد إنكاره إلى نسيان التدبير فلم يقصد به الرجوع. و قيل: يكون رجوعا، لاستلزامه رفعه فى سائر الأزمان فكان أبلغ من الرجوع المقتضى لرفعه فى الزمن المستقبل خاصّه. و الأول أقوى إلاّ مع قصد الرجوع به، و حينئذ فيرجع إليه فى ذلك فإن لم يعترف بالقصد لم يكن رجوعا. و كذا القول فى سائر الأحكام التى يجوز الرجوع فيها، كالوكالة و الوصيه و إنكار البيع الجائز عدا الطلاق، لورود النصّ الصحيح بكونه رجوعا. و قد تقدّم تحقيقه فيه (٣).

قوله: «و لو ادعى المملوك. إلخ».

الحكم هنا كما تقدّم مع زياده الحلف من المولى، و هو لا يفيد الرجوع

ص: ٣٩٢

١- ١) فى «ص، و»: إذ.

٢- ٢) فى «ص، د، ق»: العتق.

٣- ٣) فى ج ١٨٦: ٩.

الثانية: المدبر (١) ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى، فإن خرج منه وإلا تحزّر من المدبر بقدر الثلث. و لو لم يكن [له] سواه عتق ثلثه.

و لو دبر جماعه، فإن خرجوا من الثلث وإلا عتق من يحتمله الثلث، و بدئ بالأول فالأول. و لو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعه.

بذاته و إنما يؤكّد الإنكار و هو لا يدلّ على الرجوع كما علم. و نبه بقوله: «لم يبطل التدبير فى نفس الأمر» على أنه بإنكاره و حلفه مع عدم البينة يقضى بارتفاعه ظاهراً، و أما فى نفس الأمر فهو بحاله ما لم يحصل منه ما يدلّ على الرجوع، فلو مات على هذه الحاله انعتق المملوك فيما بينه و بين الله تعالى. و قد تظهر الفائده ظاهراً لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فإن جعلنا الإنكار رجوعاً لم يعد باعترافه، و إلا بقى بحاله فيثبت ظاهراً أيضاً حيث يعترف به. و قد تظهر فائدتها أيضاً لو كان الحلف لعدم البينه ثمّ وجدت بعد ذلك.

قوله: «المدبر: إلخ».

عتق المدبر معتبر من الثلث، لأنه وصيه متبرّع بها أو بمنزلتها فيكون بحكمها. و لو جعلناه عتقا فالعتق المعلق على الموت كذلك، بل المنجز فى مرض الموت على ما تقدّم (١)، فالمتأخر عنه أولى. و قد تقدّم (٢) من الأخبار ما يدلّ عليه، كصحيحه محمد بن مسلم: «هو مملوكه - إلى قوله - فإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه» (٣).

هذا إذا كان معلقاً بموت المولى متبرّعاً به. فلو علّقه بموت المخدوم

ص: ٣٩٣

١- ١) فى ص: ٣٢١، و راجع ج ٣٠٤: ٦.

٢- ٢) فى ص: ٣٨٨، هامش (٣).

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادرها فى ص: ٣٩٠، هامش (١).

و مات فى حياه المولى و صحته لم يعتبر من الثلث، إذ لا- وجه له، فإنه كتعجيل العتق فى حال الحياه. و الأخبار (١) المطلقة فى كونه من الثلث محموله على الغالب من كونه معلقاً بموت المولى، بل فيها ما يدلّ عليه كقوله: «فإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه» (٢). و لو مات المخدم فى مرض موت المولى (٣) أو بعده فهو من الثلث كالمعلق على وفاه المولى.

و لو كان واجبا بنذر و شبهه، فإن 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 دبّره برئ (٤) من النذر و لحقه حكم التدبير. و إن كان قد نذر عتقه بعد الوفاء فهو من الأصل كغيره من الواجبات المائيه. و مثله نذر الصدقه و نحوها بمال بعد الوفاء. و فى التحرير [١] ساوى بين الأمرين فى خروجه من الأصل، و نقله فى الدروس (٥) عن ظاهر الأصحاب. و الأظهر الأول.

و لو جوّزنا تعليق العتق على الشرط فقال: هو حرّ 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

ص: ٣٩٤

١- ١) لاحظ الوسائل ١٦: ٧٨ ب «٨» من أبواب التدبير.

٢- ٢) انظر الهامش (٣) فى الصفحه السابقه.

٣- ٣) كذا فى الحجريتين و فيما نقله عنه فى جواهر الكلام (٣٤: ٢٢٩)، و هو الصحيح، و فيما لدينا من النسخ الخطيه: الخادم، و فى هامش «د»: أى: المالك.

٤- ٤) فى الحجريتين: خرج.

٥- ٦) الدروس الشرعيه ٢: ٢٣٢.

و لو كان (١) على الميِّت دين يستوعب التركة بطل التدبير، و يبيع المدبِّرون فيه، و إلاّ- يبيع منهم بقدر الدِّين، و تحرّر ثلث من بقى، سواء كان الدِّين سابقا على التدبير أو لاحقا، على الأصحّ. و كما يصحّ الرجوع في المدبِّر يصحّ الرجوع في بعضه.

السائغ في آخر يوم من أيام صحّته فكذلك، أو في آخر يوم من حياته على القول الآخر. و لا فرق في اعتبار التدبير المتبرّع به من الثلث بين الواقع في مرض الموت و حال الصحّ كالوصيّه.

و لو تعدّد المدبِّر، فإن اتّحدت الصيغهُ أو تعدّدت و جهل الترتيب عتق الثلث بالقرعه كما سبق (١) في العتق. و إن علم السابق بدئ بالأول فالأول إلى أن يستوفي الثلث كالوصيّه.

قوله: «و لو كان.. إلخ».

لما كان التدبير كالوصيّه اعتبر في نفوذه كونه فاضلا من الثلث بعد أداء الدِّين و ما في معناه من الوصايا الواجبه و العطايا المنجزه و المتقدّمه عليه لفظا.

و لا فرق في الدِّين بين المتقدّم منه على إيقاع صيغهُ التدبير و المتأخّر على الأصحّ، للعموم (٢) كالوصيّه.

و القول بتقديمه على الدِّين مع تقدّمه عليه للشيخ في النهايه (٣)، استنادا إلى صحيحه أبي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل دبّر غلامه و عليه دين فرارا من الدِّين قال: «لا تدبير له، و إن كان دبّره في صحّته منه و سلامه فلا

ص: ٣٩٥

١- ١) في ص: ٣٢١.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٣: ٤٠٦ ب «٢٨»، و ص: ٤٢٣ ب «٣٩» من أبواب الوصايا ح ٣.

٣- ٣) النهايه: ٥٥٣.

## الثالثه: إذا دبر بعض عبده لم يعتق عليه الباقي

الثالثه: إذا دبر (١) بعض عبده لم يعتق عليه الباقي. و لو كان له شريك لم يكلف شراء حصته. و كذا لو دبره بأجمعه و رجع في بعضه.

و كذا لو دبر الشريكان، ثم أعتق أحدهما، لم تقوم عليه حصه الآخر. و لو قيل: يقوم كان وجها. و لو دبر أحدهما، ثم أعتق، و جب عليه فك حصه الآخر.

و لو أعتق صاحب الحصه القن لم يجب عليه فك الحصه المدبره، على تردد.

سبيل للديان عليه» (١). و صحيحه الحسين بن على بن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن [بيع] [١] المدبر قال: إذا أذن في ذلك فلا بأس، 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» (٢).

و أجب بحمله على التدبير الواجب بنذر و شبهه، فإنه إذا وقع كذلك مع سلامته من الدين فلا سبيل للديان عليه، و إن نذره فرارا من الدين لم ينعقد نذره، لأنه لم يقصد به الطاعه. و هو محمل بعيد.

قوله: «إذا دبر.. إلخ».

هنا مسائل:

الأولى: إذا دبر بعض عبده لم يسر على الباقي، بمعنى أنه [لا] (٣) يعتق

ص: ٣٩٦

- 
- ١- (١) الفقيه ٣: ٧٢ ح ٢٥٣، التهذيب ٨: ٢٦١ ح ٩٤٩، الوسائل ١٦: ٧٩ ب «٩» من أبواب التدبير ح ٢.  
٢- (٣) التهذيب ٨: ٢٦١ ح ٩٥٠، الاستبصار ٤: ٢٨ ح ٩١، الوسائل الباب المتقدم ح ١.  
٣- (٤) من هامش «و» بعنوان «ظاهرا» و هو الصحيح، و لم ترد في سائر النسخ الخطيه و الحجريتين.

معجلاً ولا بعد عتق الجزء المدبر، لأن التدبير ليس بعتق وإنما هو وصيّه به، و على تقدير كونه عتقا معلقاً لم يقع بعد فلا يدخل في عموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا» (١)، و بعد انعتاقه لا يبقى المعتق موسراً لانتقال ماله عنه بالموت، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفه فوجدت الصفه و هو موسر و جَوَزناه، فإنه يعتق النصيب و يسرى.

و للمرتضى [١]-رضى الله عنه-قول بالسرايه هنا، و هو قول بعض العامه (٢)، كالعتق المنجز، لأنه يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاء الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه.

و ردّ بمنع الاستحقاق أولاً، لجواز الرجوع. و منع الملازمه على تقدير الاستحقاق مع عدم تحقّق العتق بالفعل، لعدم المقتضى. و الفرق بين التدبير و الاستيلاء أن الاستيلاء كالإتلاف، حيث إنه يمنع التصرف بالبيع و نحوه و لا سبيل إلى دفعه، بخلاف التدبير.

الثانيه: لو دبر بعض المملوك المشترك بينه و بين آخر لم يسر على الشريك، و لم يقوم عليه نصيب الشريك، لما تقدّم من الدليل. و المخالف (٣) هنا كالسابق، و جوابه جوابه، بل هنا أولى بعدم السرايه. و لبعض العامه (٤) هنا قول

ص: ٣٩٧

١-١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣٢٤، هامش (١).

٢-٣) انظر الحاوي الكبير ١٠٩:١٨، روضه الطالبين ٤٥٢:٨.

٣-٤) انظر الهامش (٢) هنا، المعنى لابن قدامه ٣١٣:١٢-٣١٤.

٤-٥) انظر المبسوط للسرخسي ٧:١٨٦، بدائع الصنائع ١١٦:٤.

بتخيير الشريك بين أن يضمّنه القيمه، و بين أن يستسعى العبد، و بين أن يدبّر نصيبه أو يعتقه.

الثالثه: لو كان لمالك واحد و دبّره أجمع ثمّ رجع فى بعض التدبير، فإنه صحيح كما تقدّم (١)، كما يجوز الرجوع فى بعض الوصيه دون بعض، و حيث يرجع فى البعض لا يسرى ما بقى فيه التدبير على ما رجع إلى محض الرقّ، لما تقدّم (٢) من أنه ليس بعق مطلق. و الخلاف و الحجّه و الجواب فيهما واحد.

الرابعه: لو كان مشتركاً بين اثنين فدبّراه معا ثمّ عجل أحدهما العتق، فهل يقوم عليه نصيب الآخر؟ فيه قولان أحدهما: لا، ذهب إليه الشيخ فى المبسوط [١]، محتجاً بأن له جهه يعتق بها و هو التدبير فلا يحتاج إلى جهه أخرى.

و الوجه التقويم، لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير فيدخل فى عموم: «من أعتق شقصا. إلخ» (٣).

الخامسه: الصوره بحالها لكن دبّر أحد الشريكين حصّيته ثمّ عجل عتقها، سرى عليه إلى نصيب الشريك قطعاً، للعموم، و تماميه الملك، و عدم المانع منه هنا.

السادسه: الصوره بحالها لكن كان المعتق هو الشريك الذى لم يدبّر، فهل يسرى إلى نصيب شريكه المدبّر؟ القولان السابقان، فعند الشيخ (٤) لا يسرى،

ص: ٣٩٨

١- ١) فى ص: ٣٨٧.

٢- ٢) فى الصفحه السابقه.

٣- ٤) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٣٢٤، هامش (١).

٤- ٥) المبسوط ١٨٠: ٦.



الرابعة: إذا أبق المدبر (١) بطل تدبيره، و كان هو و من يولد له بعد الإباق رقًا إن ولد له من أمه، و أولاده قبل الإباق على التدبير.

لأن حصّه التدبير لها جهه عتق. و الأكثر - و هو الأصحّ - على ثبوت السرايه، لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.

قوله: «إذا أبق المدبر.. إلخ».

هذا الحكم ذكره الأصحاب، و ظاهرهم الإجماع عليه، و فى الخلاف (١) صرّح بدعوى إجماعهم عليه أيضا.

و مستنده روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن جاريه مدبره أبقّت من سيدها سنينا ثمّ جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد و متاع كثير و شهد لها شاهدان أن سيدها كان دبرها فى حياته من قبل أن تأبق، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنها و جميع ما معها للورثه. قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ قال: لا، إنها أبقّت عاصيه لله عزّ و جلّ و لسيدها، و أبطل الإباق التدبير» (٢). و فى معناها روايه العلاء بن رزين (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام. و فى طريق الروايتين ضعف إلا أنه منجبر بالشهره أو الإجماع.

و فرّقوا بين الإباق و الارتداد - حيث لم يكن الارتداد موجبا لبطلان التدبير مع اشتراكهما فى معصيه المولى، و كون الثانى أقوى من حيث إن معصيه الله تعالى أعظم - أن الإباق يقتضى معصيه الموليين معا، و المولى الآدمى محتاج إلى

ص: ٣٩٩

١ - ١) الخلاف (طبعه كوشانيور) ٢: ٦٦٩ مسألة (٩).

٢ - ٢) الكافي ٦: ٢٠٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٨٧ ح ٣٢٤، التهذيب ٨: ٢٦٤ ح ٩٦٤، الاستبصار ٤: ٣٢ ح ١١٠، الوسائل ١٦: ٨٠ ب «١٠» من أبواب التدبير ح ١.

٣ - ٣) التهذيب ٨: ٢٦٥ ح ٩٦٦، الاستبصار ٤: ٣٣ ح ١١٢، الوسائل ١٦: ٨١ الباب المتقدّم ح ٢.

و لا يبطل تدبير المملوك (١) لو ارتدّ. فإن التحق بدار الحرب بطل، لأنه إباق. و لو مات مولاه قبل فراره تحرّر.

خدمته، فقبول بنقيض مقصوده حيث فوّتها عليه، بخلاف معصيته (١) لله تعالى بالارتداد، فإنه غنى عنه و لا تعلق لذلك بالمولى المحتاج.

و هو تكلف تعليل مع النصّ الذى هو الأصل فى الحكم. و ينتقض بإباقه من عند المخدم الذى علق تدبيره على موته، فإنه لا يبطل بإباقه - كما سلف (٢) و سيأتى (٣) - مع اشتراكهما فى الحاجة، و إنما الفارق النصّ.

قوله: «و لا يبطل تدبير المملوك.. إلخ».

ارتداد المملوك لا يبطل تدبيره مطلقا و إن حكم بقتله، للأصل، ما لم ينضمّ إليه الإباق - بأن يلتحق بدار الحرب - فيبطل من حيث الإباق كما تقدّم (٤)، خلافا لابن الجنيد (٥) حيث اكتفى فى بطلان تدبيره بأحد الأمرين: ارتداده أو التحاقه بدار الحرب و أسر المسلمين له. و كلاهما ممنوع، إذ لا - دليل على البطلان بمجرد الارتداد. و إلحاقه بالإباق قياس مع وجود الفارق، كما أشرنا إليه سابقا من حاجة المولى و غنى الله تعالى. و التحاقه بدار الحرب لا يشترط انضمام الأسر إليه، لأن الإباق عله مستقله بالبطلان. فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده و قبل فراره إلى دار الحرب أو إباقه بغيره تحرّر، لوجود المقتضى للعتق. و إن قتل قبل

ص: ٤٠٠

١ - ١) فى «ص، ق، خ»: معصية الله.

٢ - ٢) فى ص: ٣٦٥-٣٦٦.

٣ - ٣) فى ص: ٤٠٦.

٤ - ٤) فى الصفحة السابقة.

٥ - ٥) حكاة عنه العلامة فى المختلف: ٦٣٧.

الخامسة: ما يكتسبه المدبّر (١) لمولاه، لأنه رقّ.

و لو اختلف المدبّر و الوارث فيما فى يده بعد موت المولى، فقال المدبّر: اكتسبته بعد الوفاء، فالقول قوله مع يمينه. و لو أقام كلّ منهما بينه فاليّنه بينه الوارث.

موت مولاه بطل كما لو مات حتف أنفه.

قوله: «ما يكتسبه المدبّر.. إلخ».

المدبّر فى حياه مولاه بمنزله الرقّ، فكسبه و منافعه للمولى، سواء جعلنا التدبير وصيّيه بالعتق أم عتقا معلقا، لأنه لم يحصل على التقديرين. فإذا مات المولى و عتق من الثلث أو بعضه، و وجد معه مال فادّعى أنه اكتسبه بعد الموت، و ادّعى الوارث تقدّمه، فالقول قول المدبّر مع يمينه، لأصالة عدم التقدّم. ثمّ لا يلزم من تقديم قوله فى تأخره الحكم بكونه ملكه، بل قد يكون كذلك كما إذا كان خارجا من الثلث، و قد لا يكون كما لو لم يكن خارجا منه.

فلو فرض أنه لم يخلف سواء و كانت قيمته ثلاثين و الكسب المتنازع ستّين، فالوارث يدّعى انعتاقه أجمع و أن الكسب له، لكونه ضعف قيمته، و دعواه تأخره يقتضى أنه لم ينعتق منه إلاّ ثلثه، و يتبعه ثلث الكسب و أن الثلاثين للورثه، لكن لا يحكم عليهم بعتق جزء منه إلاّ مقدار ما يصل إليهم من التركة ضعفه، فحيث لم يصادقهم على تقدّم الكسب و قدّم قوله فيه لزم تصادقهما على استحقاق الوارث ثلثى الكسب، فإذا وصل إليهم - و هو فى المثل أربعون - كان ذلك مع المدبّر مجموع التركة و هو سبعون، فينعتق منه ثلثها و هو ثلاثة و عشرون و ثلث، و ذلك سبعة أوسع المدبّر، و يلحقه عشرون من كسبه هو الثلث الذى ثبت باعترافه، فيدفع إلى الوارث منها ستّ و ثلثين هى تمام القيمه و يبقى له الباقي.

لا يقال: يلزم على هذا أن يثبت له زياده على ما يدّعيه، لأن دعواه التي قد حلف عليها و قدّم قوله فيها أنه انعتق ثلثه و استحقّ ثلث الكسب و ذلك ثلاثون.

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 يستحقّ الزائد و هو ينفيه؟ لأننا نقول: الزيادة حصلت له من قبل الجزء الحرّ، و هو حقّ لله تعالى يثبت منه ما يقتضيه الشرع، و لا يلتفت فيه إلى إنكاره، بخلاف المال، و ذلك لأن مقتضى دعواه في المال لما كانت استحقاق عشرين لم نرده عليها. و أما العتق فإن الشرع يحكم بعتق ثلث ما يتحصّل بيد الوارث من التركة، و لما اعترف له من الكسب بأربعين و قيمته تساوي ثلاثين فقد تحصّل بأيديهم سبعون، فيحكم بعتق مقدار ثلثها منه، سواء اعترف به أم أنكره، لأن العتق حقّ لله تعالى فيحصل له منه مقدار ثلاثه و عشرين [و ثلث] (1)، فإذا أضيفت إلى ما حكم له به من الكسب زاد عن قيمه، 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 قدّم فيها، و ضمّ ثلاثه - و هو عشرون في المثال - إلى مجموع المدبّر - و قيمته ثلاثون - فيعتق ثلث الخمسين و هو ستّ 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

ص: ٤٠٢

## السادسه: إذا جنى على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى

السادسه: إذا جنى على المدبّر (١) بما دون النفس كان الأرش للمولى، ولا يبطل التدبير. وإن قتل بطل التدبير، وكانت قيمته للمولى يقوم مدبّراً.

ما عتق منه.

قوله: «إذا جنى على المدبّر. الخ».

الجنایه على المدبّر كهى على الفنّ، فإن جنى عليه بما دون النفس فللسيد القصاص أو الأرش، ويبقى التدبير بحاله. وإن قتل فللسيد القصاص أو القيمه.

ولا يلزمه أن يشتري بها مملوكاً فيدبّره وإن كان التدبير واجبا، بخلاف ما إذا وقف متاعاً فأُتلف، فإنّنا قد نقول يشتري بقيمته مثله ويوقف. والفرق: أن مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم وهم باقون، ومقصود التدبير أن ينتفع به العبد ولم يبق.

ثمّ على تقدير الحاجه إلى تقويمه لتؤخذ القيمه أو الأرش يقوم مدبّراً لا قنّاً، لأنّ تلك هى صفته التى هو عليها يوم الجنایه. ويظهر التفاوت على تقدير القول بالمنع من بيع رقبتّه، أو كان لازماً بنذر وشبهه بحيث لا يجوز الرجوع فيه، فيكون لذلك (١) قيمته أقلّ من قيمه الفنّ. أما لو كان التدبير متبرّعاً به وجوّزنا بيعه مطلقاً كما يجوز الرجوع فيه لم يظهر بين القيمتين تفاوت.

ص: ٤٠٣

١-١) فى «خ، م»: كذلك.

## السابعة: إذا جنى المدبّر تعلق أرش الجنايه برقبته

السابعة: إذا جنى المدبّر (١) تعلق أرش الجنايه برقبته، ولسيده فكّه بأرش الجنايه، و له يبعه فيها. فإن فكّه فهو على تدبيره. و إن باعه و كانت الجنايه تستغرقه فالقيمه لمستحقّ الأرش. و إن لم تستغرقه يبع منه بقدر الجنايه، و الباقي على التدبير. و لمولاه أن يبيع خدمته، و له أن يرجع فى تدبيره ثمّ يبيعه.

و على ما قلناه: لو باع رقبته ابتداء صحّ، و كان ذلك نقضا للتدبير.

و على روايه: إذا لم يقصد نقض التدبير كان التدبير باقيا، و ينعق بموت المولى، و لا سبيل عليه.

و لو مات المولى قبل افتكاكه انعتق، و لا يثبت أرش الجنايه فى تركه المولى.

قوله: «إذا جنى المدبّر. إلخ».

جنايه المدبّر على غيره كجنايه القنّ، فإذا جنى على إنسان تعلق برقبته.

فإن كان موجبا للقصاص فاقتص منه فات التدبير. و إن عفى عنه، أو رضى المولى بالمال، أو كانت الجنايه توجب مالا ففداه السيد بأرش الجنايه أو بأقلّ الأمرين على الخلاف المقرّر فى جنايه القنّ، بقى على التدبير. و له يبعه فيها أو بعضه، فيبطل فيما يبع منه.

و هل يجوز لمولاه الاقتصار على بيع خدمته منفردة عن الرقبه؟ قولان، أحدهما- و هو الذى قطع به المصنف هنا، و هو مذهب الشيخ (١) و جماعه (٢):-

ص: ٤٠٤

١- (١) المبسوط ١٧٢: ٦.

٢- (٢) المهذب ٣٦٦: ٢، الجامع للشرائع: ٤٠٨، الدروس الشرعيه ٢٣٣: ٢.

الجواز، لتصريح الروايات (١) الكثيره به و أن رسول الله (٢) صلى الله عليه و آله و سلم باع خدمه المدبر. لكن فى طريق الروايات ضعف، فلا- تصلح لإثبات هذا الحكم المخالف للأصول من أن البيع إنما يقع على الأعيان لا على المنافع. فالقول بعدم الصحه أصح، و به قطع المصنف فى موضع آخر (٣).

فإن جؤزنا بيع الخدمه منفرده و وف بالجنایه بقى على التدبير. و إن باع الأصل- إما بعد نقضه، أو مطلقا على القول الأصح- بطل. و هذا هو الموجب لذكر حكم بيعه أو بيع خدمته هنا، لأن هذا الحكم آت على تقدير الجنایه و عدمها. و الروايه التى أشار إليها المصنف من أن التدبير لا يبطل بالبيع و ينصرف إلى الخدمه و يعتق المدبر بموت المولى قد تقدم الإشاره إليها و الكلام عليها فيما سلف (٤)، و أعادها هنا ليرتب عليها حكم الجنایه، و قد كان يغنى عنه ما تقدم.

إذا تقرر ذلك، فلو مات مولى المدبر الجانى قبل افتكاكه و قبل بيعه و استرقاقه فيها اجتمع العتق و الجنایه، فيقدم العتق لسبق سببه عليها، و بنائه على التغليب، و تعلق الأرش برقبته أو ماله لا بتركه المولى و لا على الوارث، لخروجه عن الرقيه قبل أخذ الأرش. و قال الشيخ فى المبسوط (٥): يؤخذ الأرش من تركه المولى، لأنه أعتقه بالتدبير السابق فجرى مجرى إعتاق العبد الجانى إذا قلنا

ص: ٤٠٥

١- ١) راجع الوسائل ١٦:٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير.

٢- ٢) التهذيب ٨:٢٦٠ ح ٩٤٥، الاستبصار ٤:٢٩ ح ١٠٠، الوسائل ١٦: الباب المتقدم.

٣- ٣) انظر النهايه و نكتها ٣:٣٤.

٤- ٤) فى ص: ٣٩٠-٣٩١، هامش (١).

٥- ٥) المبسوط ٦:١٧٢.

الثامنة: إذا أبق (١) المدبر بطل التدبير. و لو جعل خدمته لغيره [مدّه] حياه المخدوم، ثمّ هو حرّ بعد موت ذلك الغير، لم يبطل تدبيره بإباقه.

بنفوضه، فإنه التزام بالفداء، فيؤخذ منها أرش الجنايه أو أقلّ الأمرين على الخلاف، لتعذر تسليمه لاستيفاء حقّ الجنايه.

و لو قلنا بأنه لا- ينعق حينئذ تخير الوارث بين أن يفديه فيعتق من الثلث، و بين أن يسلمه [للبيع] (١) و إن كان في ثلث المال سعه، فإذا بيع للجنايه أو استرقّ بطل التدبير. و قال ابن الجنيد [١] و القاضي [٢]: لا يبطل بل يستسعى في قيمته بعد موت المولى. و اختاره في الدروس [٣]، لصحيحه أبي بصير [٤]. و الأظهر البطلان.

قوله: «إذا أبق. إلخ».

بطلان التدبير بالإباق على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النصّ (٢) الوارد فيه و هو إباقه من المولى المعلق تدبيره بوفاته. أما لو جعل خدمته لغيره و علقّ تدبيره على وفاه المخدوم لم يبطل بإباقه، للأصل، و صحيحه يعقوب بن شعيب السابقه (٣).

و بقى ما لو علقّ تدبيره بوفاه الزوج أو غيره حيث نجّوزه فأبق، و مقتضى

ص: ٤٠٦

١-١ (١) من «د، ط» و الحجرّيتين.

٢-٦ انظر الوسائل ١٦:٨٠ ب «١٠» من أبواب التدبير.

٣-٧ تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٣٦٦، هامش (١).



فروع أربعة:

**الأول: إذا استفاد المدبّر ما لا بعد موت مولاه**

الأول: إذا استفاد المدبّر (١) ما لا بعد موت مولاه، فإن خرج المدبّر من الثلث فالكُلّ له، وإلا كان له من الكسب بقدر ما تحرّر منه، و الباقي للورثة.

هاتين القاعدتين أن خدمته إن لم تكن مجعوله لغير المولى تبطل بإباقه و إن لم يكن تدبيره معلقاً بوفاته، لشمول الروايات (١) الدالّة على بطلان تدبيره بإباقه لذلك.

و إن جعل خدمته لغيره و علق تدبيره على وفاه غير المخدوم - كالزوج - فأبق ففى بطلان تدبيره بذلك نظر، إذ كل واحد من الروايات (٢) الواردة من الجانبين لا تتناول هذا الفرد، والأصل يقتضى عدم البطلان.

و لو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره و علق تدبيره على وفاه المخدوم كان حسناً، لأن هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل بالنظر (٣) إلى قاعده الأصحاب فى المسألة، و ظهور اتّفاقهم على أن إباق المدبّر مبطل له إلا ما أخرجه الدليل. و من أسقط التدبير (٤) المعلق بوفاه غير المولى و المخدوم نظراً إلى عدم النصّ الدالّ على الصحّة ارتفع الاشكال الواقع هنا عنده.

قوله: «إذا استفاد المدبّر. إلخ».

هذا الحكم واضح بعد ما سلف من المقدمات، فإن المدبّر مع خروجه من الثلث ينعقد بمجرد موت المولى فيكون ما يكتسبه بعده واقعا حال الحرّيه. و إن

ص: ٤٠٧

١-١) انظر الهامش (٦) فى الصفحة السابقه.

٢-٢) انظر الهامش (٦ و ٧) فى الصفحة السابقه.

٣-٣) فى «خ،م» و إحدى الحجرّيتين: فالنظر.

٤-٤) كذا فى «خ،م» و الحجرّيتين، و فى سائر النسخ: النذر.

لم يخرج من الثلث وعتق منه شيء كان الكسب تابعا لما فيه الرقيـه و الحرّيه بالنسبه.

هذا إذا كان عتقه معلّقا على وفاه المولى. أما لو كان معلّقا على وفاه غيره كالمخدوم و تأخّر موته عن موت المولى، فإنه باق على الرقيـه للورثه إلى أن يموت المخدوم، فكسبه لهم مطلقا، لأنه حينئذ باق على التدبير و الرقيـه إلى أن يحصل المعلّق عليه العتق أو الوصيـه به.

و هل يجوز للوارث الرجوع فى تدبيره بين (١)وفاه المولى و المخدوم كما كان ذلك جائزا للمولى؟نظر، من إطلاق النصوص (٢)و الفتاوى بجواز الرجوع فى التدبير ما لم يحكم بعتقه، و من إمكان اختصاص ذلك بـرجوع المولى المدبّر، و من ثمّ لم يجز له الرجوع فى تدبير أولاد المدبّر المتجدّدين بعد التدبير من حيث إنه لم يدبّرهم، فكان وارثه بالنسبه إلى تدبير المورث بمنزله المولى فى تدبير الأولاد.

و يمكن الفرق بأن الوارث قائم مقام المورث و وارث حقّه المالى و ما يتعلّق به من الحقوق كحقّ الخيار و الشفعه و هذا منها، بخلاف تدبير الأولاد، فإنه مستند إلى الله تعالى لا إلى المولى، فلذلك لم يكن له الرجوع فيه، و للنصّ الدالّ عليه (٣) و هو مفقود هنا، مع أصاله بقاء الملك على مالكة و جواز تصرّف المالك فى المملوك بأنواع التصرّفات إلى أن يثبت المزيل.

ص: ٤٠٨

١- ١) فى «د، خ، م» و الحجرّيتين: بغير.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٦: ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير.

٣- ٣) راجع ص: ٣٧٩، هامش (١).

## الثانى: إذا كان له مال غائبهقدر قيمته مرتين تحرر ثلثه

الثانى: إذا كان له مال (١) غائب [عنه] بقدر قيمته مرتين تحرر ثلثه.

و كلما حصل من المال شيء تحرر من المدبر بنسبته، وإن تلف استقر العتق فى ثلثه.

قوله: «إذا كان له مال. إلخ».

إذا دبر عبدا و مات و باقى ماله غائب عن الورثه أو دين على معسر لم يعتق جميع المدبر، لأن عتقه موقوف على أن يصل إلى الورثه من التركة ضعفه.

و هل يعتق ثلثه معجلا؟ فيه وجهان أصحهما- هو الذى قطع به المصنف و الأكثر، و قواه الشيخ فى المبسوط (١)-: نعم، لأن الغيبه لا تزيد على العدم، و لو لم يكن يملك إلا هذا العبد لعتق ثلثه فكذلك عند الغيبه. و على هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له، و يوقف الباقي فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع و تبعه كسبه.

و الثانى: أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثه، لأنه فى تنجيز العتق تنفيذ التبرع فى الثلث قبل تسلط الورثه على الثلاثين، إذ لا بد من التوقف فى الثلاثين إلى أن يتبين حال الغائب. و قد تقدم مثله فى الوصايا (٢) فيما إذا أوصى بعين تخرج من الثلث لكن باقى المال غائب، فإن فى تسلط الموصى له الوجهين و أصحهما كما هنا.

و يتفرع على الوجهين ما إذا كان قيمه المدبر مائه و الغائب مائتين فحضرت مائه، فعلى المختار يعتق ثلثاه، لأن ثلثه عتق فى الحال فإذا حضرت مائه عتق بقدر ثلثها أيضا. و على الثانى يعتق نصفه، لحصول مثليه للورثه. فإن حضرت

ص: ٤٠٩

١- (١) المبسوط ١٧٤: ٦.

٢- (٢) فى ج ١٧٢: ٦-١٧٣.

الثالث: إذا كوتب (١) ثم دبر صح. فإن أدى مال الكتابه عتق بالكتابه، وإن تأخر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث، وإلا عتق منه الثلث، وسقط من مال الكتابه بنسبته، وكان الباقي مكاتبا.

أما لو دبره ثم كاتبه كان نقضا للتدبير. وفيه إشكال.

أما لو دبره ثم قاطعه على مال ليعجل له العتق، لم يكن إبطالا للتدبير قطعا.

مائه و تلفت مائه استقر العتق في ثلثيه و تسلط الورثه على ثلثه و على المائه.

و ربما يخرج على الوجه الثانى أن للوارث التصرف فى الثلاثين كما يحكم بعتق الثلث مراعاة للحقنين المتلازمين، فإن حضر الغائب نقض تصرفه. و الأصح خلاف ذلك كله.

و كما يوقف كسبه فى الثلاثين قبل وصول المال توقف نفقته، بمعنى أنه ينفق عليه منه فإن وفى و إلا أكمل الوارث، فإن حضر المال و عتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها عليه.

قوله: «إذا كوتب. إلخ».

هنا ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كاتبه ثم دبره صح، لعدم المنافاه، فإن الكتابه لازمه لا تبطل بطرؤ الجائر، و الكتابه و إن اقتضت تمليك المكاتب نفسه إلا أنه ليس ملكا تاما فلا ينافى التدبير، و من ثم جاز تعجيل عتقه. و حينئذ فيجتمع عليه الأمران، فإن أدى مال الكتابه فى حياه المولى عتق و بطل التدبير، و إن عجز فعجزه المولى بطلت الكتابه و بقى التدبير.

و لو مات المولى قبل الأداء و التعجيز (١) عتق بالتدبير إن احتمله الثلث، و يتبعه ولده، لكن يبقى الكلام فى كسبه فى حال الحياه بعد الكتابه، فإنه لا- يتبع المدبّر و يتبع المكاتب. و فى بطلان الكتابه حينئذ و جهان مثلهما ما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء. و الوجه أنها لا تبطل، للأصل، فإن بقى من الأحكام شىء يتوقّف عليها تأدى بها. و لو عجز الثلث عن عتقه عتق ما يحتمله و سقط من مال الكتابه بحسبه و بقى الباقي مكاتباً.

الثانيه: أن يدبّره ثمّ يكتابه. و فى ارتفاع التدبير به قولان مبتيان على أن التدبير وصيّيه أو عتق، فعلى الأول يبطل كما تبطل الوصيّيه بالعبد لإنسان ثمّ يكتابه، و لأن العبد يصير بالكتابه مالكا لنفسه فكأنّ السيد أزال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باعه. و هذا اختيار الشيخ (٢) و الأكثر. و على الثاني لا يبطل، لأن مقصود الكتابه العتق أيضا، فيكون مدبّرا و مكاتباً، خصوصا على القول بأنه لا يبطل بالبيع و الأصل فيه اللزوم من الطرفين إجماعاً، فعدم بطلانه بما وقع الخلاف فى لزومه و عدمه أولى. و هذا اختيار ابن الجنيّد (٣) و ابن البراج (٤).

و على هذا يكون مدبّرا مكاتباً (٥) كما لو دبّر عبده المكاتب. فإن أدّى النجوم عتق بالكتابه، و إن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث و بقيت الكتابه فى الباقي، فإن أدّى قسطه عتق، و يقوى

ص: ٤١١

١- ١) فى «خ» و إحدى الحجرّيتين: أو التعجيز.

٢- ٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٦٦٩ مسألة (١٢).

٣- ٣) حكاة عنه العلامه فى المختلف: ٦٣٨.

٤- ٤) المهذب ٢: ٣٧٠.

٥- ٥) فى «د»: و مكاتباً.

الرابع: إذا دبر حملا صح (١)، ولا يسرى إلى أمه. و لو رجع في تدبيره صح. فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير صح التدبير فيه، لتحققه وقت التدبير. وإن كان لأكثر لم يحكم بتدبيره، لاحتمال تجدده، و توهم الحمل.

هذا مع تصريحه بعدم إرادته الرجوع. أما مع الإطلاق أو اشتباه الإرادة فالأول أوجه.

الثالث: أن يدبره ثم يقاطعه على مال يكتسبه ليعجل له العتق. وهذا لا يقتضى إبطال التدبير قطعا، لأن غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل، و المقاطعه غير لازمه لأحدهما، فلا تكون منافيه له. و المال الذى يكتسبه للمقاطعه ملك للمولى، فلا يتغير حكم الرق.

قوله: «إذا دبر حملا صح. إلخ».

تدبير الحمل صحيح كما يصح عتقه منفردا و منضمًا، لأنه آدمى مملوك.

ثم لا يسرى التدبير إلى أمه كما لا يسرى منها إليه على الأصح. ثم يعتبر وقت ولادته، فإن ولدته لوقت يتحقق فيه كونه موجودا حال التدبير فلا إشكال فى صحته، كما لو ولدته لدون ستة أشهر من وقت التدبير. وإن ولدته لأزيد من أكثر الحمل تبين عدم وجوده قطعا فيبطل التدبير. وإن ولدته فيما بينهما فقد أطلق المصنف و قبله الشيخ (١) و جماعه (٢) عدم الصحة، لإمكان حدوثه بعد التدبير، و الأصل عدم تقدمه ذلك الوقت. و ينبغى الفرق بين ما إذا كانت خاليه من فراش و عدمه كما سبق (٣) فى نظائره، لأن الأصل المذكور و إن كان واقعا فى الحالين إلا

ص: ٤١٢

١-١) المبسوط ١٧٨:٦.

٢-٢) انظر المهذب ٣٦٧:٢، قواعد الأحكام ١١٠:٢.

٣-٣) انظر ج ٣٨١:٨.

كتاب المكاتبه و أما المكاتبه:(١)فتستدعى بيان أركانها، وأحكامها، و لواحقها.

## أما الأركان

أما الأركان: فالصيغه، و الموجب، و المملوك، و العوض.

أن الظاهر يعارضه و أصله عدم وطء متجدد و صيانه حال المسلم على تقديره من الحمل على الزنا.

و كما يصح الرجوع فى تدبير المدبر بالباشرة يصح الرجوع فى تدبير هذا الحمل قبل وضعه، لوجود المقتضى له و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه حملا و هو لا يصلح للمانع، لدخوله فى العموم (١). و خالف فى ذلك بعض العامة (٢) حيث لم يجر الرجوع فى التدبير بالقول مطلقا بل بالفعل و هو الإخراج عن الملك، و الحمل لا يمكن إخراجه بالبيع منفردا بل بالتبعيه لأمه، فإذا باعها كذلك صح الرجوع عنده و إلا فلا. و لما كان الرجوع جائزا عندنا بالقول مطلقا صح فى الحمل كغيره، و بالفعل منفردا فى موضع يصح إفراده بالنقل (٣) كالهبة و الصلح.

قوله: «و أما المكاتبه. إلخ».

المكاتبه و الكتابه مصدران مزيدان مشتقان من المجرد و هو الكتب، و أصله الضمّ و الجمع، تقول: كتبت البغله إذا ضممت بين شفرىها بحلقه، و كتبت القرية إذا أوكيت رأسها، و منه الكتابه لما فيها من ضمّ بعض الحروف إلى بعض، و الكتيبه لانضمام بعضهم إلى بعض. فسمى هذا العقد كتابه لانضمام النجم فيها

ص: ٤١٣

١- (١) لاحظ الوسائل ١٦: ٧٣ ب «٢» من أبواب التدبير.

٢- (٢) انظر حليه العلماء ١٨٧: ٦-١٨٨، روضه الطالبين ٨: ٤٦١-٤٦٢.

٣- (٣) كذا فى «ق، ط» و الحجريتين، و فى سائر النسخ: بالفعل.

## و الكتابه مستحبته ابتداء مع الأمانه و الاكتساب

و الكتابه مستحبته (١) ابتداء مع الأمانه و الاكتساب، و تتأكد بسؤال المملوك. و لو عدم الأمران كانت مباحه. و كذا لو عدم أحدهما.

إلى النجم، أو لأنها توثق بالكتابه من حيث إنها منجمه مؤجله، و ما يدخله الأجل يستوثق بالكتابه، و لذلك قال تعالى إذا تدائنتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه (١).

و اعلم أن عقد الكتابه خارج عن قياس المعاملات من جهه أنها دائره بين السيد و عبده، و أن العوضين للسيد، و أن المكاتب على رتبه متوسطه بين الرقّ و الحرّيه، و ليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك. و كذلك تكون تصرفاته متردده بين الاستقلال و نقيضه، لأن الحاجه داعيه إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً، و المملوك لا يتشمر للكسب تشمره إذا علق عتقه بالتحصيل و الأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل الجهاله في ربح القراض و عمل الجعاله للحاجه.

و الأصل فيه الإجماع، و قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاثِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (٢) و ما روى أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال: «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله» (٣) و قال صلى الله عليه و آله و سلم: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» (٤).

قوله: «و الكتابه مستحبته. إلخ».

الكتابه غير واجبه مطلقاً، للأصل، كما لا يجب التدبير و شراء القريب.

ص: ٤١٤

١-١ (١) البقره: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) النور: ٣٣.

٣-٣ (٣) عوالي اللثالي ٣: ٤٣٤ ح ١٠، مسند أحمد ٣: ٤٨٧، سنن البيهقي ١٠: ٣٢٠، مع اختلاف يسير.

٤-٤ (٤) عوالي اللثالي ١: ٣١١ ح ٢٦، سنن أبي داود ٤: ٢٠ ح ٣٩٢٦، سنن البيهقي ١٠: ٣٢٤.



ليعتق، و لثلاً- يبطل أثر الملك و يحتكم (١) المملوك على المالك. و لكنّها مستحبّه مع علم الخير فى المملوك، للأمر بها حينئذ بقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتُم فيهم خيراً و الأمر هنا للاستحباب. و لبعض العامّة (٢) قول أنه للوجوب. و قد اختلف فى الخير المراد من الآيه، فروى الحلبي فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام أن المراد به الدين و المال (٣)، و هما المعبر عنهما فى عبارته المصنف بالأمانه و الاكتساب. و وجه اعتبار الأمانه لثلاً يضيع ما يحصله و يصرّفه إلى السيّد فيعتق، و قدره على الاكتساب ليتمكّن من تحصيل ما يؤدّيه.

و يتأكد الاستحباب مع اجتماع الشرطين بسؤال (٤) المملوك الكتابه فى المشهور. و مقتضى عبارته أنه لو فقد الأمران أو أحدهما لم يتأكد الاستحباب و إن طلب. و قال فى النافع (٥): إن الاستحباب يتأكد بسؤال المملوك و إن كان عاجزاً.

و لم نقف على ما يقتضى ترجيح أحد القولين من الأخبار، و إنما الذى دلّت عليه استحبابها مع الوصفين. و فى روايه أخرى صحيحه عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ فكاتبوهم إن علمتُم فيهم خيراً قال:

«كاتبوهم إن علمتم لهم مالا» (٦) و لم يعتبر الدين.

ص: ٤١٥

١- ١) فى «ق»: و يتحكّم.

٢- ٢) راجع الحاوى الكبير ١٨: ١٤١، و المغنى لابن قدامه ١٢: ٣٣٩.

٣- ٣) الكافى ١٨٧: ٦ ح ١٠، التهذيب ٨: ٢٧٠ ح ٩٨٤، الوسائل ١٦: ٨٣ ب «١» من أبواب المكاتبه ح ١.

٤- ٤) فى «ص، ق، ط»: فسؤال، و فى «خ»: و سؤال.

٥- ٥) المختصر النافع: ٢٣٩.

٦- ٦) الكافى ١٨٧: ٦ ح ٩، التهذيب ٨: ٢٦٨ ح ٩٧٥، الوسائل ١٦: ٨٣ ب «١» من أبواب المكاتبه ح ٣.

و رجّحه بعضهم [١] بأن فيه استعمال المشترك في أحد معنييه، و في الأول استعماله فيهما، و هو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينه.

و يضعّف بأن القرينه موجوده، و هي الروايه الصحيحه، و لا- تعارضها الأخرى، لاشتمالها (١) على إثبات شرط آخر و المثبت مقدّم. نعم، يمكن إثبات أصل الاستحباب بوجود المال- أعنى القدره على كسبه- عملا بالروايه الصحيحه، و يتأكّد الاستحباب مع وجود الوصفين، نظرا إلى الخبر الآخر، إلا أن قول المصنف: «و لو عدم الأمران كانت مباحه، و كذا لو عدم أحدهما» ينافى ذلك.

و لو فقد الشرطان معا لم يستحب، لعدم المقتضى له حيث إن الأمر مخصوص بالخير المفسّر بهما أو بالثاني. و لو اتّصف بالأول خاصّه- و هو الأمانه- لم يستحب، لعدم المقتضى له.

و ربما قيل بالاستحباب أيضا، لاستعمال الخير فيه وحده في قوله تعالى:

فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (٢) يعنى عملا صالحا و هو الدّين، و قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ (٣) أى: ثواب. كما أريد بالخير المال وحده في قوله تعالى وَ إِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ (٤) و قوله تعالى:

ص: ٤١٦

١-٢) كذا في «خ، م»، و في سائر النسخ: لأن اشتمالها.

٢-٣) الزلزله: ٧.

٣-٤) الحج: ٣٦.

٤-٥) العاديات: ٨.

و ليست عتقا بصفه،(١) ولا يبيعا للعبد من نفسه، بل هي معامله مستقله بعيدة عن شبه البيع. فلو باعه نفسه بثمان مؤجل لم يصح. و لا يثبت مع الكتابه خيار المجلس.

إِنْ تَرَكَ خَيْرًا (١).

و يضعف بأن استعمال المشترك في أحد معنيه لا يجوز بدون القرينه كاستعماله في المعنيين، و هي منتفيه في جانب الدّين وحده، بخلاف المال فقد يترجح جانبه بالروايه الصحيحه.

و التحقيق أن إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز، لأنه في الشواهد إنما استعمل في العمل الصالح و الثواب و نفس المال، و المراد هنا الأمانه و القدره على التكسب و هما ليستا عملا صالحا و لا ثوبا و لا مالا حقيقه، و إنما يكون الكسب سببا في المال و إطلاق اسم السبب على المسبب مجاز، كما أن إطلاق الأمانه القلبيّه على الأعمال الصالحه المتبادر منها إرادته أعمال 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 في إرادتهما و إرادته الثاني منهما دون الأول، فكان العمل به متعينا. و حيث يفقد الشرطان أو الأول تكون مباحه و لا يكره، للأصل. و قيل: يكره حينئذ. و قواه في المبسوط (٢).

قوله: «و ليست عتقا بصفه. إلخ».

اختلف العلماء في الكتابه هل هي عتق بعوض، أو بيع للعبد من نفسه، أو معامله مستقله؟ و منشأ الخلاف وجود خواصّ بعض كلّ من الأمرين، و يشتركان

ص: ٤١٧

١-١ (١) البقره: ١٨٠.

٢-٢ (٢) المبسوط ٧٣: ٦.



أعتقه على مال.

وقوله: «و لا- يثبت مع الكتابه خيار المجلس» متفرّع أيضا على كونها ليست بيعا، فينتفى عنها حكمه، و من جعلها بيعا لزمه لحوق الخيار. و ربما فهم بعضهم من كلام الشيخ فى المبسوط (١) أن الخيار منتف هنا و إن جعلناها بيعا، و جعل ذلك واردا على من جعلها بيعا. و ليس كذلك، و إنما فرّع الشيخ ما ذكره من انتفاء الخيار و غيره على مذهبه فقال: «الكتابه تفارق البيع من وجوه: أحدها: أن الكتابه لا بدّ فيها من أجل، و البيع لا يفتقر إليه. و منها:

أن الكتابه يمتدّ فيها خيار العبد، و البيع لا يمتدّ فيه خيار الشرط. و منها: أن البائع يشترط لنفسه الخيار، و السيد لا يشترط فى عقد الكتابه. و يتفقان فى أن الأجل فيهما لا بدّ أن يكون معلوما، و لا يصحّ كلّ واحد منهما إلاّ بعوض معلوم».

و المراد بقوله: «إن الكتابه لا- بدّ فيها من أجل، و البيع لا يفتقر إليه» أن البيع من حيث هو لا يفتقر إلى الأجل، و إلاّ فإن السلم منه مفتقر إليه، فلتكن الكتابه كذلك إن اعتبرنا فيها الأجل، و بينهما مناسبه فى ذلك من حيث إن السلم يقع على ما يتجدّد و لا يكون موجودا حال العقد فناسبه اشتراط الأجل، [و ذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه] [١] و المكاتبه كذلك من حيث إن المملوك عاجز عن الوفاء فى الحال بناء على أنه لا يملك شيئا فناسبه الأجل، و ذهب بعضهم (٢) إلى عدم

ص: ٤١٩

١- ١) المبسوط ٧٣: ٦.

٢- ٣) انظر السرائر ٣٠: ٣.

و لا يصحّ (١) من دون الأجل على الأُشبهه. و يفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب و القبول.

اشتراطه، فالفرق بينها (١) و بين البيع بذلك غير جيّد.

و قوله: «إن الكتابه يمتدّ فيها خيار العبد» مبنى على أنها جائزه من قبله، و سيأتي (٢) الكلام فيه، و البيع يشار كها في ذلك بالنسبه إلى خيار المجلس حيث يمتدّ المجلس بين المتبايعين من غير تقدير، و فيما لو شرط الخيار لنفسه مدّه يقطع بعدم بقائه إليها فيمتدّ خيار الشرط.

و أمّا الفرق الثالث فإنه متفرّع على عدم كونها بيعا، و من جعلها بيعا لا يلزمه ذلك عملا بعموم ما دلّ (٣) على ثبوت ذلك في البيع.

قوله: «و لا يصحّ إلخ».

اختلف العلماء في اشتراط الأجل في الكتابه، فاعتبره الأ- كثر منهم الشيخ في المبسوط (٤) و أتباعه (٥) و المصنف و أكثر (٦) المتأخرين لوجهين:

أحدهما: أتباع السلف من عهد النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و بعد، فإنهم لا يعقدون الكتابه إلا على عوض مؤجل، فكان إجماعا.

الثاني: أنه على تقدير الحلول تتوجّه المطالبه في الحال و هو عاجز عن الأداء حينئذ، فيكون كالسلم في شيء لا- يوجد عند المحل، فلا بدّ من ضرب

ص: ٤٢٠

١- ١) في «ذخ، م»: بينهما.

٢- ٢) في ص: ٤٣٢.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» و «٧» من أبواب الخيار.

٤- ٤) المبسوط ٧٣: ٦.

٥- ٥) انظر الوسيطه: ٣٤٤، إصباح الشيعه: ٤٧٦.

٦- ٦) راجع تبصره المتعلّمين: ١٥٥، إيضاح الفوائد ٣: ٥٧٥-٥٧٦، اللعه الدمشقيه: ١٣٦، حاشيه الكركي على الشرائع: ٤٢٧-٤٢٨ (مخطوط).

أجل له لئلا تتطرق الجهالة الداخلة في الغرر (١) المنهية عنه.

و فيهما نظر، لمنع الإجماع على ذلك، و نقل أفراد خاصّه لا يقتضى كون جميع ما وقع كذلك، سلّمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره، فإن الإجماع المعتبر في مثل ذلك اتّفاقهم على بطلان المتنازع لا عدم استعمالهم له. و لا يلزم من عدم ملكه في الحال -على تقدير تسليمه- عجزه عن الإيفاء مطلقاً، لإمكان ملكه عاجلاً و لو بالاقتراض كسواء من لا يملك شيئاً من الأحرار، و قد يوصى له بمال لو قبل الكتابه و يموت الموصى قبل عقد الكتابه، أو يوهب منه عقيب العقد، أو يتبرّع عنه متبرّع، فلا يتحقّق العجز. و قد يفرض جريان العقد على قدر من الملح و هما على مملّحه فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابه، فلا يلزم بطلان الحال قطعاً.

و أوجب عنه بأن قبول الوصية و الهبة لا بدّ و أن يتأخّر عن قبول الكتابه فيكون العوض لازماً قبل القدره و التمكن، و قد لا يتيسّر القبول. و الملح لا يملك ما لم يأخذه، و الأخذ متأخّر عن الكتابه و قد يعوق عنه عائق.

و الحقّ أن مثل هذا لا يقدح في صحّته العقد، و من ثمّ ذهب الشيخ في الخلاف (٢) و ابن إدريس (٣) إلى جوازها حاله، للأصل، و عموم قوله تعالى:

فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (٤) خصوصاً على القول بكونها بيعاً أو عتقاً

ص: ٤٢١

١- ١) عيون أخبار الرضا ٢: ٤٥ ح ١٦٨، الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب التجاره ح ٣، سنن البيهقي ٥: ٣٣٨.

٢- ٢) الخلاف (طبعه كوشانيور) ٢: ٦٥٦ مسألة (٥).

٣- ٣) السرائر ٣: ٣٠.

٤- ٤) النور: ٣٣.

و يكفى فى المكاتبه (١) أن يقول: كاتبتك مع تعيين الأجل و العوض.

و هل يفتقر إلى قوله: فإذا أدت حرّ مع تيه ذلك؟ قيل: نعم، و قيل: [لا] بل يكفى بالتيه مع العقد، فإذا أدى عتق، سواء نطق بالضميمه أو أغفلها. و هو أشبه.

بعوض، فإنهما لا يتوقّفان على الأجل، و إنما يجيء القولان على كونها مستقلّه.

و لو ملك شقصا من عبد باقيه حرّ فكاتب ما يملكه منه حالاً، ففي صحّتها وجهان يلتفتان (١) على (٢) الوجهين السابقين، فعلى الأول لا يصحّ اتّباعا لما جرى عليه الأولون، و على الثانى يجوز، لأنه قد يملك ببعضه الحرّ ما يؤدّيه، فلا يتحقّق العجز فى الحال. و يصحّ البيع من المعسر، لأن الحرّيه مظنه القدره، و إن لم يملك شيئا آخر فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع.

و حيث يعتبر الأجل أو أريد (٣) اشترط ضبطه كأجل النسيئه. و لا يشترط زيادته عن أجل عندنا، لحصول الغرض منه. و لو قصر الأجل إلى حدّ يتعدّد حصول المال فيه عاده بطل على الثانى دون الأول.

قوله: «و يكفى فى المكاتبه.. إلخ».

لا بدّ لهذه المعامله من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد منه كنظائره من عقود المعاملات. و القدر المتّفق على صحّته أن يقول له: كاتبتك على ألف درهم-مثلا- تؤدّيه فى نجمين أو أكثر فى كلّ نجم كذا فإذا أدت فأنت حرّ، فيقول: قبلت.

ص: ٤٢٢

١-١) كذا فى «ص، د، و» و فى سائر النسخ: يلتقيان.

٢-٢) فى إحدى الحجرّيتين: إلى.

٣-٣) كذا فى «د، و» و فى سائر النسخ: أزيد.



و لو لم يصرّح بتعليق الحرّيه بالأداء و لكن نواه بقلبه ففي صحّته قولان:

أحدهما: نعم، و هو قول الشيخ في المبسوط (1) و المصنف، لأن الكتابه دالّه على ذلك و التحرير غايتها فلا يجب ذكرها كغيرها من غايات العقود، خصوصا لو جعلنا الكتابه بيعا للعبد من نفسه، لأنه مقتضى للعتق فلا يفتقر إلى لفظ آخر. و إنما افتقر إلى التيه لأن لفظ الكتابه مشترك بين المراسله و المخارجه، فأشبهت الكتابه المشتركة المعنى، فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ، و هذا قصد آخر غير القصد المعترف في سائر العقود المميّز عن عقد النائم و الساهى، كما تقدّم (2) تقريره مرارا.

و الثانى - و إليه ذهب فى الخلاف (3)، و هو الظاهر من كلام ابن إدريس (4) :-

اشتراط التلقّظ بقوله: فإذا أدّيت فأنت حرّ، لما عرفت من اشتراك لفظ المكاتبه بين الأمرين و بين الشرعيّه، فلا بدّ من مائز باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح. و فيه نظر، لأن مفهومها الشرعى معلوم، و الإطلاق منزّل عليه.

و يتخرّج فى المسأله قول ثالث، و هو عدم اشتراط القصد الخاصّ إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحه فى معناها، لأن اعتبار القصد المدعى فى الاكتفاء باللفظ الأول يوجب عدم الاكتفاء به عند من لا يسوّغ الكنايات و يعتبر اللفظ الصريح، فإن كان صريحا لم يفتقر إلى القصد المميّز، و إلا لم يكف و إن ضمّ إليه.

ص: ٤٢٣

١-١) المبسوط ٧٤:٦.

٢-٢) راجع ج ١٥٦:٣.

٣-٣) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٦٥٧:٢ مسأله (٧).

٤-٤) السرائر ٢٦:٣.

و قريب من هذا الخلاف ما تقدّم (1) في التدبير من الاكتفاء بقوله: أنت مدبّر.

و تخريج القولين فيهما على أنهما مشتهران في معنيهما اشتهار البيع و الهبه و سائر العقود في معانيهما، فيكونان صريحين لا يفتقران إلى ضميمة و لا قصد يخصّصهما (2)، و دعوى (3) خفاء معنيهما عند العامّة و لا يعرفهما إلاّ الخواصّ فكانا كناية.

و بعضهم (4) فزق بين اللفظين و اكتفى في التدبير بلفظه دون الكتابه. و جهه فرقه و جهان:

أحدهما: أن التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كلّ أحد، و الكتابه بمعناها لا يعرفها إلاّ الخواصّ.

و الثاني: أن التدبير كان معروفا في الجاهليّه في معناه، و الشرع قرّره، و لا يستعمل في معنى آخر، و الكتابه تقع على العقد المعلوم و على المخارجه، و هي أن توظّف (5) على العبد الكسوب كلّ يوم خراجا و لا يعتق به، فلا بدّ من التمييز باللفظ أو التّيه.

و مذهب المصنّف في الموضوعين [1] راجع إلى هذا الفرق (6)، إلاّ أن فيه ما

ص: ٤٢٤

١- ١) في ص: ٣٧٠-٣٧١.

٢- ٢) في «ق، ص، د، ذ»: تخصّصهما.

٣- ٣) في «خ، م»: أو دعوى.

٤- ٤) انظر إيضاح الفوائد ٥٤٣: ٣ و ٥٧٦.

٥- ٥) في الحجرّيتين: يقطع.

٦- ٧) في «ص، د، ق، ط»: الفرد.

و الكتابه (١) قسمان: مشروطه و مطلقه.

فالمطلقه: أن يقتصر على العقد و ذكر الأجل و العوض و التيه.

و المشروطه: أن يقول مع ذلك: فإن عجزت فأنت ردّ في الرقّ.

فمتى عجز كان للمولى ردّه رقًا، و لا يعيد عليه ما أخذ.

و حدّ العجز (٢) أن يؤخّر نجما إلى نجم، أو يعلم من حاله العجز عن فكّ نفسه. و قيل: أن يؤخّر نجما عن محلّه، و هو مروى.

تقدّم (١) من الاجتزاء بما هو في معنى الكتابه منضمّا إلى ما يعتبر فيها من القصد، و هو لا يوافق قاعده الأصحاب، و إنما اللازم منه عندهم و جوب الضميمه لفظا ليكون صريحا.

قوله: «و الكتابه. إلخ».

مستند الفرق بين القسمين الأخبار الصحيحه الدالّه عليها من طرقنا، كصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن المكاتب إذا أدّى شيئا أعتق بقدر ما أدّى، إلا أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود فلهم شرطهم» (٢).

و عند العامه أنها قسم واحد و هو المشروطه عندنا، فلا يعتق إلا بأداء جميع المال، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» (٣).

قوله: «و حدّ العجز. إلخ».

إذا عجز المكاتب عن مال الكتابه أو بعضه جاز للمولى الفسخ في الجمله،

ص: ٤٢٥

١- (١) في ص: ٤٢٢.

٢- (٢) الكافي ١٨٦: ٦ ح ٦، التهذيب ٢٦٦: ٨ ح ٩٧٠، الوسائل ١٦: ٨٥ ب «٤» من أبواب المكاتبه ح ٢.

٣- (٣) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٤١٤، هامش (٤).

لكن إن كانت مشروطه رجع رقما بالعجز و لو عن درهم من آخر المال.و إن كانت مطلقه و كان عجزه عن النجم الأول فكذلك.و إن كان عن غيره أو عن بعضه بعد أن أدى شيئا أفاد الفسخ عود ما بقى منه رقما،و استقرّ عتق مقدار ما أدى، فاحتيج إلى معرفه العجز المسوّغ للفسخ في القسمين،و إن كان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن البحث عن عجز المشروط خاصه.

و قد اختلف الأصحاب في حدّه،فذهب الشيخ في النهايه (١)و أتباعه (٢)إلى أن حدّه تأخير نجم إلى نجم آخر،بمعنى تأخير مال أجل إلى أن يحلّ أجل آخر و يجتمع مالان على الحلول،سواء كان ذلك التأخير بسبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبه بغير إذن المولى.و إطلاق اسم العجز على هذا الشقّ [١]مجاز باعتبار قسيمه،و لمشاركته العجز في المعنى،أو يعلم من حاله العجز بعد حلول النجم عن أدائه و إن لم يؤخّر إلى نجم آخر.

و ذهب جماعه منهم المفيد (٣)و الشيخ في الاستبصار (٤)و ابن إدريس (٥)و كثير من المتأخرين (٦)إلى أن حدّه تأخير النجم عن محلّه،سواء بلغ التأخير

ص:٤٢٦

١- (١) النهايه:٥٤٩.

٢- (٢) انظر المهذب ٣٧٦:٢،فقه القرآن ٢١٦:٢،إصباح الشيعة:٤٧٧.

٣- (٣) المقنعه:٥٥١.

٤- (٤) الاستبصار ٣٣:٤-٣٥.

٥- (٥) السرائر ٢٧:٣.

٦- (٦) انظر الجامع للشرائع:٤١١،كشف الرموز ٣٠٥:٢،المختلف:٦٣٩،اللمعه الدمشقيه:١٣٦،التنقيح الرائع ٤٧١:٣،المقتصر:٣١٢.

نجماً آخر أم لا، و سواء علم من حاله العجز أم لا، حتى لو كان قادراً على الأداء فمطل به جاز الفسخ إذا أخره عن وقت حلوله و لو قليلاً.

و فى المسألة أقوال آخر شاذة أعرضنا عن ذكرها كما أعرض عنه المصنف.

حجّه الشيخ على القول الأول روايه إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام أن عليّاً عليه السلام كان يقول: «إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبته فى الرقّ و لكن ينتظر عاماً أو عامين، فإن أقام بمكاتبته و إلّا ردّ مملوكاً» (١). وجه الدلالة: أنه عليه السلام نفى ردّه قبل العام و هو النجم الآخر، و قوله: «أو عامين» محمول على الندب. ثمّ نقول: إذا علم من حاله العجز كان التأخير عبثاً، لأنه لرجاء القدره فإذا علم عدمها انتفت فائدته.

و لا يخفى ضعف هذه الحجّة دلالة و سنداً. أما السند فظاهر. و أما الدلالة فلأن النجم الثانى لا يلزم أن يكون عاماً، و لا فى الكلام إشعار به، بل يجوز كونه أكثر منه فيقتضى جواز الفسخ قبل حلول النجم الآخر، و قد يكون أقلّ منه فلا يجوز بعد حلول الثانى أيضاً. ثمّ لم يفرّق فيها بين أن يعلم من حاله العجز و عدمه. و ما ذكر من عدم الفائدة فى الصبر على تقديره ممنوع، لأنّ المعتبر فى مثل هذا الظنّ الغالب، لتعدّد العلم الحقيقى، و يمكن وقوع خلاف الظنّ ببذل أحد له تبرّعا أو من الزكاه أو نحو ذلك. و يمكن حمل الروايه على الندب بقريته التخيير بين العام و العامين و كونهما أعمّ من مقدار نجم.

ص: ٤٢٧

١-١) التهذيب ٨:٢٦٦ ح ٩٧٢، الاستبصار ٤:٣٤ ح ١١٥، الوسائل ١٦:٨٧ باب «٤» من أبواب المكاتبه ح ١٣.

والمصنّف لم يسند هذا القول إلى الروايه، و لعلّه لما ذكرناه، وإنما أسند القول الثاني إليها، والمراد بها صحيحه معاويه بن وهب عن الصادق عليه السلام و قد سأله عن حدّ العجز فقال: «إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخّر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول. قلت: فما تقول أنت؟ فقال: لا ولا كرامه، ليس له أن يؤخّر نجما عن أجله إذا كان ذلك في شرطه» (١). و روى معاويه بن وهب أيضا في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبه أدت ثلثي مكاتبها و قد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ و نحن في حلّ ممّا أخذنا منها و قد اجتمع عليها نجرمان، قال: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا، و قال: ليس لها أن تؤخّر النجم بعد حلّه شهرا واحدا إلا بإذنهم» (٢).

و هاتان الروايتان ليستا نصّيا في المطلوب بل ظاهرهما ذلك، لأن قوله في الأولى: «ليس له أن يؤخّر نجما عن محلّه» و في الثانية مثله لا- يدلّ على جواز الفسخ بذلك، لكنّه هو الظاهر بقريته السابق و الإنكار على قول من حكى عنه خلافه. و أيضا فقوله في الأولى: «إذا كان ذلك من شرطه» يقتضى أنه شرط عليه التعجيز بتأخير النجم عن محلّه، و لا نزاع في جواز الفسخ مع الشرط إنما الكلام مع الإطلاق.

و يمكن أن يحتجّ للقول الأول بالروايه الثانيه حيث دلّت صريحا على

ص: ٤٢٨

---

١- ١) الكافي ٦: ١٨٥ ح ١، التهذيب ٨: ٢٦٥ ح ٨٦٨، الاستبصار ٤: ٣٣ ح ١١٣، الوسائل ١٦: ٨٨ ب «٥» من أبواب المكاتبه ح ١.  
 ٢- ٢) الكافي ٦: ١٨٧ ح ٨، التهذيب ٨: ٢٦٦ ح ٩٧١، الاستبصار ٤: ٣٤ ح ١١٤، الوسائل ١٦: ٨٩ ب «٥» من أبواب المكاتبه ح ٢، و في هامش «و» بعنوان ظاهرا: بعد حلّه شهرا، و كذا في جميع المصادر، و في نسخ المسالك الخطيه و الحجريّتين: بعد حدّه.

جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم في قوله: «و قد اجتمع عليها نجمان، قال: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا» و لا دليل صريحا على جواز الفسخ قبل ذلك، بل على تحريم تأخير الأداء، و لا كلام فيه، لأن ذلك مقتضى الدين بعد حلوله. و يبقى حكم ما إذا علم من حاله العجز مستفادا ممّا اعتبره له سابقا. و هذا أجود من الاستدلال له بروايه إسحاق بن عمّار، لصحّ هذه و ضعف تلك، و ظهور دلاله هذه دونها. و لعلّ نسبه المصنف القول الثانى إلى الروايه و إشعار تصديره الحكم بالقول الأول ناش عمّا ذكرناه، و إلّا لم يمكن العدول عن الروايه (١) الصحيحه إلى غيرها.

ثمّ تتبّه فى العبارة لأمر:

الأول: أنه قبل حلول النجم لا- يصحّ الفسخ- سواء علم من حاله العجز أم لا- إجماعا، بإطلاقه جواز الفسخ مع العلم المذكور و جعله قسيما لتأخير النجم عن محلّه مقيد بحلول النجم، و بهذا يظهر أنه يصلح قسيما للقول بأنه تأخير النجم إلى نجم آخر، لتحقق المغايره بينهما، و لا يجوز جعله قسيما للقول الثانى و هو تأخير النجم عن محلّه، لأنه على هذا القول إذا أخره عن محلّه و لو لحظه جاز الفسخ لذلك و إن لم يعلم من حاله العجز و قبله لا يجوز كما ذكرناه، فلذلك جعل قسيما للأول دون الثانى.

و لكن اتّفق للعلامه فى الإرشاد (٢) جعله قسيما للثانى و نقله كذلك قولاً فقال: «و حدّه تأخير النجم عن محلّه على رأى أو يعلم من حاله العجز».

ص: ٤٢٩

١- ١) فى «ذخ، م»: الروايات.

٢- ٢) إرشاد الأذهان ٧٦: ٢.

و هو فاسد الوضع من وجوه:

منها: ما ذكرناه من عدم المغايره بينهما.

و منها: أنه ليس قولاً لأحد، وإنما التردد بين الأمرين قول الشيخ في النهاية (١)، وقد جعله فيها قسيماً لتأخير النجم إلى نجم آخر كما حكاها المصنف، و كذلك نقله العلامة على الصواب في سائر (٢) كتبه غير الإرشاد.

و منها: أنه جعله قسيماً للقول المقرون بالرأى، وعادته أنه إذا فعل ذلك لا يكون في القسيم خلافاً، فيقتضى أن يكون الفسخ مع العلم بالعجز جائزاً بغير خلاف. و ليس كذلك، بل لم يقل به إلا أصحاب (٣) القول الأول كما نقلناه.

الثانى: [قوله] (٤): «أو يعلم من حاله العجز عن فكِّ نفسه» ليس بمعتبر في الحكم، بل يكفى العلم بالعجز عن أداء النجم الذى قد حلّ و إن لم يحصل به فكِّ نفسه تاماً، ولكنّه تبع معنى كلام الشيخ في النهاية، فإنه عبّر بالعلم بأنه لا يقدر على فكِّ رقبته، و وجه التعبير بذلك: أنهم فرضوا الحكم في المشروط، و بعجزه عن قليل من المال لا ينفكّ شيء من رقبته كما تقرّر، و إنما يختلف الحكم في المطلق، فإنه إذا عجز عن نجم يفسخ فيما قبله و إن كان قد فكّ أكثر الرقبه. و قد أحسن ابن الجنيّد حيث قال: «إن شرط رقبه إن عجز عن شيء من المال، استرقّ متى عجز عن أداء نجم أو بعضه في وقته. و لو قال: إن عجز عن نجم من نجومه، فبقى عليه بعض النجم الأخير، لم يرجع رقاً. و كذلك إن تأخّر عن بعض نجم إلى

ص: ٤٣٠

١-١) النهاية: ٥٤٩.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ١١٥، تحرير الأحكام ٢: ٩٤-٩٥.

٣-٣) كذا في «م» و إحدى الحجرّيتين، و في سائر النسخ: الأصحاب القول.

٤-٤) من «ص، ط، و» فقط.



أن يؤدّيه مع الذى يليه» (١).

الثالث: موضع الخلاف ما إذا لم يشترط عليه التعجيز بشىء بعينه، فلو شرط عند تأخير النجم عن محلّه، أو عند تأخيره إلى نجم آخر، أو إلى نجمين فصاعداً، أو إلى مدّه معيّنه، أتبع شرطه، وإنما الخلاف مع الإطلاق. وكذا لو شرط غير ذلك من الشروط السائغه (٢).

الرابع: المراد بالحدّ هنا العلامه و السبب (٣) لا الحدّ المصطلح، وإنما ذكره المصنف و غيره تبعاً لوروده فى النصوص (٤). وبالعلم فى قوله: «أو يعلم من حاله العجز» الظنّ الغالب المستند إلى قرائن الأحوال. و المعتبر ظنّ الحاكم عند التنازع، و ظنّ المولى بالنسبه إلى ما بينه و بين الله تعالى حيث لا يقع النزاع.

الخامس: يطلق النجم غالباً على الأجل، و أصله الوقت، و منه فى الحديث: «هذا إبان نجومه» (٥) يعنى النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم، أى: وقت ظهوره.

و يقال: كان العرب لا يعرفون الحساب و يبنون أمرهم (٦) على طلوع النجوم و المنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أدّيت حَقّك، فسمّيت الأوقات نجومًا، ثمّ أطلق على المال المَجْعول عليه فى ذلك الأجل، و هذا هو المراد هنا.

ص: ٤٣١

١- ١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٣٩.

٢- ٢) فى «ذ، د، خ، م»: السابقه.

٣- ٣) فى «د، و»: أو السبب.

٤- ٤) انظر الهامش (١) فى ص: ٤٢٨.

٥- ٥) انظر النهايه لابن الأثير ١: ١٧.

٦- ٦) فى «ق»: أمورهم.

و يستحبّ للمولى (١) مع العجز الصبر عليه.

### و الكتابه عقد لازم

و الكتابه عقد لازم (٢)، مطلقه كانت أو مشروطه. و قيل: إن كانت مشروطه فهي جائزه من جهه العبد، لأن له أن يعجز نفسه. و الأول أشبه.

و لا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعى، و لو امتنع يجبر. و قال الشيخ رحمه الله: لا يجبر.

و فيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابه وجوب السعى، فكان الأشبه الإيجاب. لكن لو عجز كان للمولى الفسخ.

قوله: «و يستحبّ للمولى.. إلخ».

لما فيه من إعانتة على التخلص من الرقّ، و إنظار المعسر بالدين، لأنه عليه بمنزله الدين، و لروايه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو ردّ في الرقّ فعجز قبل أن يؤدى شيئا، فقال أبو جعفر عليه السلام: لا يردّه في الرقّ حتى يمضى له ثلاث سنين» (١) بحمله على الاستحباب. و غيره من الأخبار (٢).

قوله: «و الكتابه عقد لازم.. إلخ».

اختلف الأصحاب في لزوم عقد الكتابه و جوازه على أقوال:

أحدها: أنها لازمه مطلقا، ذهب إليه المصنف و جملة (٣) المتأخرين، لأنها

ص: ٤٣٢

١- (١) الفقيه ٣: ٧٣ ح ٢٥٧، التهذيب ٨: ٢٦٧ ح ٩٧٣، الاستبصار ٤: ٣٤ ح ١١٦، الوسائل ١٦: ٨٨ ب «٤» من أبواب المكاتبه ح ١٤.

٢- (٢) راجع الوسائل ١٦: الباب المتقدم ح ٩ و ١٣، و ب «٥» ح ٣ و ٤.

٣- (٣) في «ذخ»: و جماعه، راجع المختلف: ٦٤١، اللمعه دمشقيه: ١٣٦، التنقيح الرائع ٣: ٤٧٠.

عقد و الأصل فى العقود اللزوم، لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) ولا يتحقق امتثال الأمر إلا على تقدير اللزوم، إذ الجائز لا يجب الوفاء به قطعاً.

و ما قيل: من أن الأمر مختصّ بالعقود اللازمه، للإجماع على أن مثل عقد الوديعة و العاربه و الوكاله لا يجب الوفاء به، أو أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم أو جواز، فلا تصلح الآيه للاحتجاج فى مواضع النزاع.

فيه: أن المأمور بالوفاء به عام، لأنه جمع محلى، فيدلّ على وجوب الوفاء بالجميع، و خروج الجائزه بدليل من خارج يبقى العام حجّه فى الباقي، و ذلك لا يوجب القول بأن المراد من الآيه ابتداء العقود اللازمه.

و أما حملة على التزام حكمه من لزوم (٢) و جواز فهو خلاف الظاهر، و إنما مقتضى الوفاء به الاستمرار عليه و العمل بموجبه، و ذلك يوجب السعى على المكاتب فى وفاء مال الكتابه و أدائه إلى المولى حيث يمكن، فليس له أن يعجز نفسه اختياراً، لأنه مناف للوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه.

و ثانيها: أنها لازمه من طرف السيد جائزه من طرف العبد مطلقاً. و هو قول الشيخ فى الخلاف (٣). و احتجّ عليه بإجماع الفرقه و أخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه ردّه فى الرقّ إذا كانت الكتابه مشروطه. و لا يخفى

ص: ٤٣٣

١-١ (١) المائده: ١.

٢-٢ (٢) فى «د، ق، ط»: لزومه و جوازه.

٣-٣ (٣) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٦٦١ مسألة (١٧).

فساد الدليل و عدم إفضائه إلى المطلوب. و ربما حمل قوله على أن المراد بالكتابة المشروطة بقريته الدليل. و فى التحرير (١) ادعى الإجماع على لزوم المطلقة. و هو مبنى على تخصيص قول الخلاف.

و يمكن الاحتجاج لجوازها (٢) فى القسمين من طرف المكاتب بأن الحظّ فى (٣) الكتابه للعبد فلا يتمكن السيد من إسقاط ما أثبتته من الحقّ و الحظّ، و صاحب الحظّ بالخيار فى حقّه. و هذا كما أن الرهن جائز من جهه المرتهن لازم من جهه الراهن. و بأن (٤) الكتابه تتضمن تعليق العتق بصفه فى العبد، و التعليق يلزم من جهه المعلق، و العبد لا يلزمه الإتيان بالصفه المعلق عليها، و هذان الدليلان شاملان للمطلقة و المشروطة.

و ثالثها: لزوم المطلقة من الطرفين و المشروطة من طرف المولى. و هو قول الشيخ فى المبسوط، فإنه بعد أن حكى خلاف قوم أنها لازمه من جهه المولى و جائزه من جهه العبد و آخرين أنها لازمه مطلقا قال: «و 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، فإن عجز لم يجبر على الاكتساب» (٥). و إلى هذا ذهب ابن إدريس (٦) أيضا.

ص: ٤٣٤

١- ١) تحرير الأحكام ٨٣: ٢.

٢- ٢) كذا فى «د»، و فى سائر النسخ: بجوازها.

٣- ٣) فى «ذ، خ، م»: من.

٤- ٤) فى «ص، د، ق، ط»: و لأنّ.

٥- ٥) المبسوط ٩١: ٦.

٦- ٦) السرائر ٢٩: ٣.

و وجهه: ما أشار إليه الشيخ في الخلاف (١) من جواز ردّه في الرقّ مع عجزه، فدلّ على أن له تعجيز نفسه و إلاّ- لوجب عليه التكبّس و لم يجر ردّه.

و لا- يخفى ضعفه، فإن جواز ردّه في الرقّ مع عجزه لا يدلّ على جواز تعجيزه نفسه اختياراً، و إنما يدلّ على أنه مع العجز حقيقة عن أداء ما عليه يجوز فسخها، و هذا لا نزاع فيه.

و بالجملة، فالقول بلزومها يستلزم عدم جواز تعجيز نفسه و وجوب سعيه في وفاء دينه كغيره، و القائل بجوازها يجوّزه، فلا يجوز الاستدلال بالجواز على الجواز و لا باللزوم على اللزوم، لأنه المتنازع.

و يتفرّع عليه إجباره مع الامتناع من السعي و عدمه، فإن قلنا باللزوم اجبر عليه كما يجبر على التكبّس اللائق بحاله في وفاء الدين، و إن قلنا بالجواز لم يجبر. و قول المصنف في تعليل الإيجاب: إن عقد الكتابه اقتضى وجوب السعي، قريب من استدلال الشيخ على الجواز بجواز تعجيزه نفسه، فإن الشيخ لا يسلم اقتضاء عقد الكتابه لوجوب السعي، و إنما يسلمه من يقول بلزومه من طرف المكاتب، فالأقتضاء و عدمه متفرّع على اللزوم و الجواز، لجواز التعجيز و عدمه، و كأنّ المصنف-رحمه الله- أراد بذلك أن الأمر العامّ بالوفاء بالعقد أوجب السعي، فأخذ المدلول و جعله دليلاً.

و رابعها: جواز المشروطه من الطرفين و المطلقة من طرف المكاتب خاصّه. و هو قول ابن حمزه (٢). و هو قول غريب لا شاهد له في الأخبار و لا

ص: ٤٣٥

١- ١) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٦٦١ مسألة (١٧).

٢- ٢) الوسيله: ٣٤٥.

الاعتبار، ولا يؤثر عن أحد من أصحاب الأقوال، مع مخالفته للأصل من لزوم العقد خصوصاً من طرف من لا حظ له في العتق.

و اعلم أن المراد بالجواز من طرف المكاتب خاصه أنه لا يجب عليه السعى في 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 في غيره من العقود من أن له فسخ العقد.

و للشيخ في المبسوط قول آخر (1) في تفسير الجواز و هو أنه لا يلزمه (2) التكتب له و إن قدر عليه، لكن لو كان معه مال و جب عليه دفعه، و اجبر على أدائه مع الامتناع كمن عليه دين و هو موسر.

و معنى لزومها من الطرفين أنه ليس لواحد منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمه، و مع ذلك قد يجوز فسخها للمولى على تقدير عجز المكاتب عن الاكتساب أو قدرته و تركه له، مع عدم إمكان إجباره عليه إلى أن يحصل الحدّ المجوّز للفسخ كما مرّ (3).

ص: ٤٣٦

١- ١) المبسوط ٩١: ٦.

٢- ٢) في الحجريتين: لا يلزم العبد.

٣- ٣) في ص: ٤٢٥-٤٢٦.

و لو اتّفقا (١) على التّقايل صحّ.

و كذا لو أبرأه (٢) من مال الكتابه. و ينعق بالإبراء.

و لا تبطل (٣) بموت المولى. و للوارث المطالبه بالمال، و ينعق بالأداء إلى الوارث.

قوله: «و لو اتّفقا. إلخ».

المراد أن هذا العقد قابل للتقايل، لأنه عقد معاوضه من الجانبين و إن كان فيه شائبه العباده بالعتق الذى لا يقبل التقايل، فإن العتق إنما جاء فى ضمن العقد و حصل بطريق المعاوضه كبيع القريب.

قوله: «و كذا لو أبرأه.. إلخ».

الإبراء من مال الكتابه بمنزله قبضه يوجب العتق. و عطف حكمه على حكم التقايل ليس بجيد، لأن التقايل يوجب انفساخ العقد و الإبراء يوجب تماميته بما هو بمنزله أداء المال، لكنهما لما اشتركا فى ارتفاع حكم الكتابه عطفه عليه لذلك.

قوله: «و لا تبطل. إلخ».

من حكم العقد اللانزم أن لا يبطل بموت المتعاقدين، و ذلك يتم فى طرف موت المولى مطلقا. و حينئذ فينتقل حقّ الكتابه من المال و التعجيز و ما يترتب عليه من الفسخ إلى الوارث، فإن أدى إليه المال عتق، و إلاّ كان حكمه كالمورث (١). و أما موت المكاتب فسيأتى حكمه بخلاف ذلك (٢).

ص: ٤٣٧

١- ١) فى «ذخ، م»: كالموروث.

٢- ٢) فى ص: ٤٥٨.

و يعتبر في الموجب: البلوغ، (١) و كمال العقل، و الاختيار، و جواز التصرف.

و هل يعتبر الإسلام؟ فيه تردد، و الوجه عدم الاشتراط.

قوله: «و يعتبر في الموجب البلوغ.. إلخ».

لا شبهه في اعتبار كماله المولى، لأنه تصرف مالى. و أما إسلامه ففي اعتباره قول مرتّب (١) على أنه عتق بعوض و أن العتق لا يقع من الكافر.

و المقدمتان ممنوعتان. و قد تقدّم (٢) البحث فيهما.

ثم إن كان المكاتب كافرا أيضا فلا كلام، لأن يده تقرّ عليه بدون الكتابة.

و إن كان مسلما ففي صحّ كتابته له قولان، من حيث أنه يجبر على نقله عن ملكه، و الكتابة كما عرفت لا توجب الانتقال التام عن الملك، لأنها متردّده بين الخروج عنه و البقاء و تمام الخروج موقوف على أداء المال، و من استلزامها رفع اليد في الجملة و تشبّث المكاتب بالحريّة و رفع الحجر عنه في كثير من الأعمال، خصوصا إذا جعلناها بيعا و لازمه من جهه المولى.

و ربما فرّق بين المطلقة و المشروطة، فاكتفى بالأولى دون الثانية، لأنه لا يخرج في المشروطة عن الرقيّه إلا بأداء جميع المال، و هو معرض للعجز اختيارا أو اضطرارا.

و يتفرّع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه كافرا فأسلم قبل الأداء، و أولى بالاكْتفاء هنا، لأن الاستداه أقوى من الابتداء. و على المنع من الاكْتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك. و الأقوى تساويهما حكما. و على تقدير الاكْتفاء بها

ص: ٤٣٨

١-١) في «ق، خ، م»: مترتب.

٢-٢) في ص: ٤١٧ و ٢٨٥.



فلو كاتب الذمى (١) مملوكه على خمر أو خنزير و تقابضا حكم عليهما بالتزام ذلك. و لو أسلما لم تبطل و إن لم يتقابضا، و كان عليه القيمة.

فعجز احتمال تسلط المولى على الفسخ-فبيع عليه بعده- عملا بمقتضى التعجيز، و عدم تخبيره هنا، لاستلزامه تملك المسلم اختيارا. قوله: «فلو كاتب الذمى. إلخ».

إذا كاتب الذمى عبده على خمر أو خنزير ثم أسلما، فإن كان ذلك بعد قبض العوض وقع العتق، و لا رجوع للسيد على العبد بشيء، لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به.

و إن ترافعا قبل القبض لم يحكم بفسادها. و لا سبيل إلى الرجوع بالعين، لتحريمه فى شرع الإسلام، فيرجع إلى القيمة، لأنها أقرب شىء إليه، و المحرم لم يفسد بل صح فيما بينهم، و لهذا لو قبضه لم يجب له غيره، و إنما تعذر الحكم به شرعا فوجب المصير إلى قيمته عند مستحليه، كما جرى العقد على عين و تعذر تسليمها.

و إن اتفق ذلك بعد قبض البعض مضى فى المقبوض و لزمه قيمه الباقي.

و قد سبق (١) الكلام على نظيره فى المهر و غيره و أن فيه قولاً بالسقوط، لأنه رضى بالعوض المحرم فيدام عليه حكم رضاه، و قد تعذر قبضه بالإسلام بالنسبة إلى المستحق عليه فسقطت المطالبة، لكن لم ينقلوه هنا مع أنه وارد.

ص: ٤٣٩

و يجوز لولئى اليتيم (١) أن يكاتب مملوكه، مع اعتبار الغبته للمولئى عليه. و فيه قول بالمنع.

و لو ارتدّ ثمّ كاتب (٢) لم يصحّ، إما لزوال ملكه عنه، أو لأنه لا يقترّ المسلم فى ملكه.

قوله: «و يجوز لولئى اليتيم. إلخ».

القول بالمنع للشيخ فى المبسوط (١)، استنادا إلى أن الكتابه شبيهه بالتبرّع من حيث إنها معامله على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك.

و الأظهر الصحّ مع الغبته، و هو قول الشيخ أيضا فى الخلاف (٢)، لأنّ الولئى موضوع لعمل مصالحه، و قد لا يحصل المال بدون المكاتبه، بل هو الغالب. و كسبه بعد العقد ليس مالا - محضا للمولى، و قبله ليس بموجود حتى تكون معامله عليه. و لصحيحه معاويه بن وهب قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى كاتبت جاربه لأيتام لنا و اشترطت عليها إن عجزت فهى ردّ فى الرقّ و أنا فى حلّ ممّا أخذت منك، قال: فقال: لك شرطك» (٣).

و موضع الجواز ما إذا كان يبعه جائزا لحاجه اليتيم إليه و نحوه، و هو المعبر عنه بالغبته، و إلاّ لم يجز كما هو قاعده بيع مال اليتيم.

قوله: «و لو ارتدّ ثمّ كاتب.. إلخ».

المرتدّ إن كان عن فطره انتقل ملكه عنه، و لم يقبل ملكا متجدّدا، فلا يتصوّر كتابته لعبد مسلم و لا - كافر. و إليه أشار بالعلّه الاولى. و إن كان عن ملّه

ص: ٤٤٠

١- (١) المبسوط ٩٥: ٦.

٢- (٢) الخلاف ٢ (طبعه كوشانپور): ٦٦٣، مسأله (٢٢).

٣- (٣) الكافى ١٨٥: ٦ ح ١، التهذيب ٢٦٥: ٨ ح ٩٦٨، الاستبصار ٣٣: ٤ ح ١١٣، الوسائل ٨٥: ١٦ ب «٤» من أبواب المكاتبه ح ١.

و يعتبر في المملوك: (١) البلوغ، و كمال العقل، لأنه ليس لأحدهما أهليته القبول.

صار بحكم الكافر، فيباع المسلم عليه قهراً، و لا تقرّ يده عليه، و إن بقى غيره من أملاكه. و إليه أشار بالعلّة الثانيه. و يفهم من الحكم بعدم صحّ كتابه المملّى للمسلم أنه لا يكفي في نقل المسلم عن ملك الكافر الكتابه و إلا لصحّت كتابته في موضع البيع. و لو كان المملوك كافراً صحّت كتابته له، لعدم المانع منه. و في التعليل بعدم قرار يده (١) على المسلم إيماء إليه.

قوله: «و يعتبر في المملوك. إلخ».

قيل على التعليل: إنه لا يلزم من عدم أهليتهما للقبول عدم صحّ كتابتهما مطلقاً، لأن للسيد عليهما ولاية فله القبول عنهما، خصوصاً مع المصلحه لهما فيها.

و أجيب: بأن الله تعالى قال وَ الَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ (٢) و الصبى و المجنون لا ابتغاء لهما. و لأن مقتضى الكتابه وجوب السعى و لا يجب عليهما شىء.

و فيه نظر، لأن الابتغاء شرط في الأمر بالكتابه فلا يلزم منه المنع منها مع عدم الأمر و عدم الابتغاء. و اقتضاء الكتابه وجوب السعى موضع النزاع، و قد تقدّم (٣). سلّمنا، لكن الوجوب مشروط بالتكليف، فجاز الحكم بعدم (٤) وجوبه

ص: ٤٤١

١-١) كذا في الحجريتين، و في النسخ الخطيه: يد المسلم عليه.

٢-٢) النور: ٣٣.

٣-٣) انظر ص: ٤٣٥.

٤-٤) في «ص، ط، د»: لعدم.

و فى كتابه الكافر(١) تردد أظهره المنع، لقوله تعالى فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١).

على غير المكلف لذلك، إذ الدليل على وجوبها (٢) ليس منافيا لذلك. و ربما قيل إنه إجماع فيكون هو الحجج.

قوله: «و فى كتابه الكافر.. إلخ».

المسألة مبنيّة على أن الخير المجعول شرطاً فى الكتابه هو الدين، أو هو و المال، أو المال خاصه. فعلى الأولين لا- تصحّ كتابه الكافر، لعدم الشرط المقتضى لعدم المشروط. و على الثالث يصحّ، لوجود الشرط. و يعلم من اختيار المصنف المنع و تعليقه بالآيه اختيار إرادته أحد [القولين] (٣) الأولين، بل الظاهر الثانى، لوروده فى الخبر الصحيح كما سلف (٤).

و لمانع أن يمنع من دلالة الآيه على المنع على جميع التقادير، لأن الشرط المذكور إنما وقع للأمر بها الدالّ على الوجوب أو الندب لا- لمطلق الإذن فيها، و لا يلزم من توقّف الأمر بها على شرط توقّف إباحتها عليه، و الدليل على تسويغ عقد الكتابه غير منحصر فى الآيه.

و أما الاستدلال بقوله تعالى وَ آتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ (٥) و الكافر لا يستحقّ الزكاه و لا الصلّه، لأنها موادّه له منهيّ عنها بقوله تعالى لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ (٦).

ص: ٤٤٢

١- ١) النور: ٣٣.

٢- ٢) فى إحدى الحجرّيتين: وجوبه.

٣- ٣) من الحجرّيتين فقط.

٤- ٤) فى ص: ٤١٥، هامش (٣).

٥- ٥) النور: ٣٣.

٦- ٦) المجادله: ٢٢.

و أما الأجل: (١) ففي اشتراطه خلاف، فمن الأصحاب من أجاز الكتابه حاله و مؤجله.

و منهم من اشترط (٢) الأجل، و هو أشبه، لأن ما فى يد المملوك لسيدّه فلا تصحّ معامله عليه، و ما ليس فى ملكه يتوقّع حصوله فيتعين ضرب الأجل.

ففيه: أن الإيتاء من الواجب مشروط بعجزه المقتضى لاستحقاقه له، فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه، فكما يمنع و يخصّ بالمحتاج لدليل جاز أن يخصّ بالمسلم كذلك للدليل الدالّ على عدم جواز دفع الزكاه إلى الكافر. و أما استلزام إعانتة المواده مطلقاً فممنوع، و قد حقّقناه فى باب الوقف و الصدقه (١)، و من ثمّ قيل بجواز كتابته كما يجوز عتقه. و لأنها معاوضه يغلب فيها جانب المائيه فلا يمنع (٢) بين (٣) المسلم و الكافر.

قوله: «و أما الأجل.. إلخ».

هذه المسأله تقدّمت (٤)، و إنما أعادها ليرتبّ عليها فروع الأجل التى بعده.

قوله: «و منهم من اشترط.. إلخ».

توجيه الدليل: أن معامله إن وقعت على ما فى يد العبد من المال فهو للمولى لا تصحّ معامله عليه له، و إن وقعت على غيره فهو متوقّع الحصول فلا بدّ من ضرب أجل له لئلا تتطرّق الجهاله و يفضى إلى التكليف بغير المقدور.

و فيه نظر، لأننا إن قلنا بجواز ملكه أمكن على المعين، و إن لم نقل لم يلزم

ص: ٤٤٣

١- ١) فى ج ٣٣٢: ٥.

٢- ٢) فى الحجرّيتين: تمنع.

٣- ٣) فى «خ، و، م»: من.

٤- ٤) فى ص: ٤٢٠.

و يكفى أجل واحد.(١) ولا حدّ في الكثرة إذا كانت معلومه.

من العجز عن العوض في الحال بطلان معاملته حالاً كما في معامله المعسر كذلك. و الجهاله ممنوعه، لإمكان حصول المال في كل وقت يتعقب العقد و لو بالاقتراض و نحوه. و قد أشرنا إلى ذلك فيما سلف (١).

قوله: «و يكفى أجل واحد.».

الاكتفاء بأجل واحد على تقدير اشتراط تأجيلها مذهب الأصحاب و كثير من العامه (٢)، للأصل، و عموم قوله تعالى فكاتبوهم (٣).

و خالف فيه بعضهم (٤) فاشترط كونه نجمين فصاعداً، لأنه المأثور عن الصحابه فمن بعدهم عملاً و قولاً، حتى نقل عن بعضهم (٥) أنه غضب على مملوك له فقال: لأعاقبتك و لا كاتبتك على نجمين، مشعراً بأنه غاية التضييق، و لما تقدّم (٦) من أن الكتابه مأخوذه من ضمّ النجوم بعضها إلى بعض، و أقلّ ما يحصل به الضمّ نجمان، و المعنى فيه أن الكتابه عقد إرفاق و من تتمته (٧) التنجيم.

و جوابه: أن ذلك كله لا يفيد الحصر، و لا حجّه في العمل بدون الإجماع و هو غير واقع، بل الواقع الخلاف في المسأله قديماً و حديثاً، و اشتقاق الكتابه جاز بناؤه على الغالب أو من الكتابه الخطيه كما تقدّم (٨) في تعريفها. و الأصل

ص: ٤٤٤

١-١) في ص: ٤٢١.

٢-٢) راجع المغنى لابن قدامه ٣٤٧:١٢-٣٤٩، الكافي في فقه أحمد ٤٢٠:٣-٤٢١.

٣-٣) النور: ٣٣.

٤-٤) راجع الحاوى الكبير ١٤٩:١٨.

٥-٥) انظر تلخيص الحبير ٢١٦:٤ ذيل ح ٢١٥٧.

٦-٦) في ص: ٤١٣.

٧-٧) في «ط، و»: تتميمه.

٨-٨) في ص: ٤١٤.

و لا بدّ أن يكون (١) وقت الأداء معلوما، فلو قال: كاتبتك على أن تؤدّي إليّ كذا في سنه، بمعنى أنها ظرف الأداء، لم يصحّ.

و عموم النصّ (١) يدفع ذلك كلّه.

و دخل في تجويز الكثرة (٢) من غير وقوف بها على حدّ-بعد أن تكون معلومه-ما إذا جعلناه إلى مدّه لا- يعيشان إليها غالبا، فيصحّ، للأصل، و ينتقل الحكم بعدهما إلى الوارث. و هو يتمّ في جانب المولى، لأنها لا- تبطل بموته، أما جانب المكاتب فيشكل بطلانها بموته مطلقا إذا كان مشروطا، و في الباقي بالنسبه في المطلق، فيكون اشتراط الزائد منافيا لمقتضى العقد. و قد أطلق الشهيد-رحمه الله- في بعض تحقیقاته جواز التأجيل كذلك مطلقا، و حكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت. و لا يخلو في جانب المكاتب من إشكال.

و قد اختلفوا في جواز التأجيل في البيع كذلك، و اختار في التذكرة (٣) جوازه. و هو متّجه، لأنه لا- مانع من انتقال الحقّ فيه إلى الوارث كما في فرض موت المولى هنا.

قوله: «و لا بدّ أن يكون. إلخ».

وجه البطلان: أن الأجل على هذا التقدير مجهول، لأن «في» لا يقتضى إلا الظرفيه، و لم يبيّن أنه يؤدّيها في دفعه واحده أو دفعات، و لا أنه يؤدّيها في أولها أو وسطها أو آخرها. و قال ابن الجنيد (٤): يجوز و يتخیر في دفعه في مجموع ذلك الوقت.

ص: ٤٤٥

١- ١) انظر الوسائل: ١٦: ٨٣ ب (١) و (٤) من أبواب المكاتبه.

٢- ٢) في «ط، ق، و»: الكثير.

٣- ٣) راجع التذكرة ١: ٥٤٩، فقد أطلق جواز التأجيل بالكثير.

٤- ٤) حكاة عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ٣: ٥٧٨.

و يجوز أن تتساوى النجوم(١)و أن تختلف.و فى اعتبار اتّصال الأجل بالعقد تردّد.

و لو قال:كاتبتك(٢)على خدمه شهر و دينار بعد الشهر،صحّ إذا كان الدينار معلوم الجنس،و لا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر.

و لو مرض العبد(٣)شهر الخدمه بطلت الكتابه،لتعدّر العوض.

قوله:«و يجوز أن تتساوى النجوم.إلخ».

منشأ التردّد:من أصاله الصحّ و وجود المقتضى لها من العقد المشتمل على الأجل و المال،و من أصاله بقاء الملك و عدم نقل مثله،و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (١).و الأظهر الأول،و هو اختيار الأكثر.و قد تقدّم (٢)الخلافاً فى نظائره من الإجاره و غيرها.

قوله:«و لو قال:كاتبتك..إلخ».

مرجع هذه الصوره إلى الجمع فى العوض بين المال و الخدمه.ثمّ إطلاق شهر الخدمه محمول على المتّصل بالعقد كنظائره،و شرط كون الدينار بعده يقتضى تأجيله إلى نجم واحد.و هو صحيح عندنا،و إنما يتوجّه عليه المنع عند من يشترط تعدّد النجوم.

قوله:«و لو مرض العبد.إلخ».

هذا إذا كانت مشروطه أو جعل خدمه الشهر مجموع العوض،أما لو كان قد جمع بينه و بين المال-كالصوره السابقه-و كانت مطلقه لم تبطل،و روى أداء

ص:٤٤٤

١-١) المبسوط ٧٤:٦-٧٥.

٢-٢) لاحظ ج ١٩٣:٥-١٩٤، و ج ٤٥٠:٧-٤٥٢.



و لو قال:على خدمه(١)شهر بعد هذا الشهر،قيل:تبطل على القول باشتراط اتّصال المدّه بالعقد،و فيه التردّد.

و لو كاتبه(٢)ثمّ حبسه مدّه،قيل:يجب أن يؤجّله مثل تلك المدّه، و قيل:لا يجب بل يلزمه أجرته لمدّه احتباسه،و هو أشبه.

## و أما العوض

و أما العوض:

فيعتبر فيه:أن يكون ديناً منجماً،معلوم القدر و الوصف،مما يصحّ تملكه للمولى.

المال و عتق منه بنسبته.و إطلاق المصنف البطلان يقتضى أن يكون هذا مقطوعاً عن الفرض السابق و إلا لم يتمّ الإطلاق.

قوله:«و لو قال:على خدمه..إلخ».

هذا من جمله أفراد المسائل المتفرّعه على اشتراط اتّصال الأجل بالعقد و عدمه فلا وجه لإفراده،و إنما خصّه حملاً للسابق على المال بأن شرط عليه مائه درهم مثلاً يؤدّيها بعد شهر أوّله بعد هذا الشهر،فذكر اشتراط الخدمه كذلك.

و هكذا(١)صنع الشيخ فى المبسوط(٢)و جماعه(٣).

قوله:«و لو كاتبه..إلخ».

القولان للشيخ فى المبسوط(٤).و وجه الأول:أن القدر الواجب من التأجيل الإمهال فى تلك المدّه،و لا قيمه له فيضمّنه بمثله.و وجه الثانى:أن

ص:٤٤٧

١-١ فى «خ،م»:و كذا منع.

٢-٢ راجع المبسوط ٦:٧٤،قواعد الأحكام ٢:١١٥،و فى الأخير ذكر المسألتين و لكن مع الحكم بالصحّه.

٣-٣ راجع المبسوط ٦:٧٥،قواعد الأحكام ٢:١١٥،و فى الأخير ذكر المسألتين و لكن مع الحكم بالصحّه.

٤-٤ المبسوط ٦:١٣٢.

فلا تصحّ الكتابه (١) على عين، و لا- مع جهاله العوض، بل يذكر في وصفه كلّ ما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع الجهاله. فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه في النسيئه، و إن كان عرضا وصفه كصفته في السلم.

المكاتب مضمون بالغصب كالقنّ فيضمن منافعه مدّه الحبس بالقيمه. و هذا أقوى.

قوله: «فلا تصحّ الكتابه. إلخ».

إنما لم تصحّ الكتابه على العين لأنها إن كانت بيد المملوك فهي للمولى فلا يتحقّق (١) المعاوضه بها، لأنها معاوضه على ماله بماله. و الفرق بينها و بين الدّين- مع اشتراكهما في هذا المعنى-: أن عقد الكتابه يخرج المملوك عن محض الرقيّه و يجعله قابلا للملك، فالكسب المتجدّد ليس للمولى و إن لم يصر إلى محض الحرّيه (٢)، فإنه واسطه بينهما كما سلف (٣).

و إن كانت العين لمالك خارج قد أذن في المعاوضه عليها لم يصحّ، من حيث إن العوض شرطه أن يجعل المعوّض في مقابلته بحيث يجعل كلّ منهما (٤) بدلا عن الآخر ليتحقّق المعاوضه من الجانبين، و لا تتمّ هذه المقابله و البدليه إلاّ مع ملك باذل كلّ من العوضين ما وقع بدله، و لما لم ينتقل المكاتب إلى ملك صاحب العين لم تنتقل العين إلى ملك المولى، لفقد الشرط. و مثله ما لو باعه عينا بعين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري و الثمن من غيره، أو باعه بثمان

ص: ٤٤٨

١- ١) في «خ، م»: تصحّ.

٢- ٢) كذا في هامش «ق، و» بعنوان «ظاهرا»، و الظاهر أنه الصحيح، و في سائر النسخ الخطيه و الحجرّيتين: الرقيّه.

٣- ٣) في ص: ٤١٤.

٤- ٤) في «خ، م»: من العوضين.

و يجوز أن يكاتبه (١) بأى ثمن شاء. و يكره أن يتجاوز قيمته.

و تجوز المكاتبه (٢) على منفعه، كالخدمه و الخياطه و البناء، بعد وصفه بما يرفع الجهاله.

فى ذمه غيره.

و حيث كان العوض موصوفا فى الذمه اعتبر وصفه بما يرفع الجهاله فى الجنس و الوصف الذى يختلف القيمه باختلافه، على الوجه المعتبر فى السلم و نحوه من المعاوضات على ما فى الذمه، نقدا كان أم عرضا.

قوله: «و يجوز أن يكاتبه. إلخ».

لما كانت الأدله على جواز الكتابه عامه أو مطلقه من غير تقييد بقدر من العوض جازت على القليل و الكثير، و لأنها معاوضه مائيه منوطه بالتراضى فلا- يتقدّر بقدر، و إن كان الأفضل أن لا يتجاوز القيمه بل إما أن يكون بقدرها أو أنقص. و المعتبر القيمه يوم المكاتبه.

قوله: «و تجوز المكاتبه.. إلخ».

كما يجوز المكاتبه على مال فى الذمه متجدد يجوز على الخدمه كذلك، لاشتراكهما فى المعنى، فإن ما يكتسبه المملوك من المال عوض المنفعه التى يبذلها فى مقابلته، فالمقتضى للصحه فيهما واحد.

و توهم الفرق بينهما، و القدرح فى جعل الخدمه عوضا للكتابه، من حيث إن المنفعه ملك للمولى فلا- يعاوض على ماله بماله، بخلاف المال المتجدد، فإنه ليس بموجود و لا- داخل تحت قدرته، بخلاف الخدمه، فإنها مقدوره له فكانت كالعين الحاضره، و من ثمّ جاز عتقه منجزا بشرط خدمه معيّنه بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه.

و إذا جمع بين كتابه (١) و بيع أو إجاره، أو غير ذلك من عقود المعاوضات، في عقد واحد صحّ، و يكون مكاتبته بحصّه ثمنه من البذل.

مندفع بما أسلفناه من أن عقد الكتابه يخرج المملوك عن ملك المولى محضا و إن كان انتقالا مترلزلا، و من ثمّ سقطت عنه نفقته و فطرته و لم يكن له استخدامه و غير ذلك من توابع الملك، فكانت منفعتة و ما يتجدّد من كسبه تابعه له في الانتقال عن ملكه، و يجوز جعله عوضا عن فكّ رقبته. و لَمّا كان العتق المنجّز يقتضى ملك المعتق منافع نفسه أيضا و كسبه اعتبر رضاه في اشتراط المال دون الخدمه، لأنها تصير كالمستثناه ممّا يخرج عن ملكه بالتحريم المتبرّع به، و هذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمه عوضا في الكتابه الواقعه برضا المكاتب، مضافا إلى عموم الأدلّه.

قوله: «و إذا جمع بين كتابه. إلخ».

قد تقدّم في البيع (١) و النكاح (٢) جواز الجمع بين عقود متعدّده صفقه واحده بعوض واحد، لأنّ المعتبر العلم بمجموع العوض و المعوّض و لا- يعتبر العلم بما يخصّ الأجزاء، و إن كان ممّا يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه، كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان أو بطلان بعض الصفقه، فيكتفى حينئذ بمعرفه ما يخصّ كلّ واحد بالحساب و نسبه بعضها إلى بعض، و هذا من ذلك القبيل.

فإذا قال للعبد: كاتبتك و بعثتك هذا الثوب بمائه إلى شهر مثلا، أو كاتبتك

ص: ٤٥٠

١- (١) في ج ٢٨٠: ٣.

٢- (٢) في ج ٢٧٧: ٨.

و كذا يجوز(١) أن يكاتب الاثنان عبدا، سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت، تساوى العوضان أو اختلفا. و لا يجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون صاحبه. و لو دفع شيئا كان لهما. و لو أذن أحدهما لصاحبه جاز.

و آجرتك الدار بكذا، أو جمع بين الثلاثة، فقال: قبلت الكتابه و البيع، أو قبلتهما جميعا، أو الجميع، صحّ، فإذا أدى المال المعين عتق و استقرّ ملكه للمبيع و استيجاره الدار و غير ذلك. فإن احتيج إلى معرفه ما يخصّه من مال الكتابه- بأن ظهر المبيع مستحقا و لم يجز المالك- و زع العوض على قيمه المملوك حين المكاتبه و على قيمه المبيع و أجره مثل الدار تلك المدّه و سقط من العوض ما قابل الفاسد.

و قد يتطرّق احتمال البطالين فى الصفقه المجتمعه كذلك، من حيث إنها بمنزله عقود متعدّده فيعتبر العلم بعوض كلّ واحد منفردا، خصوصا مع اختلاف أحكامها كالبيع و الكتابه و الإجاره. و تزيد الكتابه شبهه اخرى و هى: أن المكاتب لا يستقلّ بالتصرّف إلى أن يتمّ عقد الكتابه، فقد وقع البيع و الإجاره قبل ملكه للتصرّف، فوقع باطلين.

و جوابه: منع كون الصفقه المجتمعه كعقود متعدّده بل هى عقد واحد، كما لو باعه ثوبين بثمان واحد، بل ثوبا واحدا، فإن احتمال تبعض الصفقه آت، و هو غير قاذح إجماعا. و اختلاف الأحكام لا يقدح فى الجمع، لأنه يلزم كلّ واحد حكمه، و إنما الفائده جمع الكلّ فى صيغه واحده. و أما شبهه الاستقلال فمندفعه برضا المولى بذلك، فإن الحجر إنما كان لحقه.

قوله: «و كذا يجوز. إلخ».

إذا كاتبا العبد المشترك معا، أو وكلا رجلا فكاتب جميعه، أو وكل

أحدهما الآخر فكاتبه، صحّت الكتابه، سواء اتّفقت النجوم جنسا و أجلا و عددا أم لا، و سواء شرطا حصّه كلّ واحد من النجوم بحسب اشتراكهم فى العبد، أم شرطا تفاوتتا فى النجوم مع التساوى أو بالعكس، أم أطلقا، عملا بالعموم (١)، و تسلّط كلّ واحد من الشركاء على مكاتبه حصّته بما شاء منفردا فكذا مع الاجتماع.

و خالف فى ذلك بعضهم (٢) فمنع من اختلافهما فى القدر مع تساويهما فى الملك، حذرا من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائه - مثلا - و إلى الآخر مائتين ثمّ ارتفعت الكتابه بالعجز، فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثانى بخمسين، و يكون الثانى قد انتفع بها مدّه بقائها فى يده من غير استحقاق.

و جوابه: أن الاستحقاق طار من حين الفسخ و قبله كان ملكا للقباض مترلزلا، فلم يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه.

و أما عدم جواز دفعه إلى أحدهما بدون إذن صاحبه و كون ما دفعه لهما ففرع (٣) من فروع الدّين المشترك، و قد تقدّم (٤) الكلام فيه فى بابه. و قال ابن الجنيّد (٥) و ابن البرّاج (٦): يجوز أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر ما لم يشترط عليه أن يكون أداء الكتابه لهما جميعا، لأن لمن عليه الحقّ التخيير فى جهه

ص: ٤٥٢

١ - ١) النور: ٣٣.

٢ - ٢) انظر الحاوى الكبير ١٨: ٢٠٣، المغنى لابن قدامه ١٢: ٤٠٩.

٣ - ٣) كذا فى «و، خ» و فى سائر النسخ و الحجرّيتين: فرع.

٤ - ٤) فى ج ٣٣٤ - ٣٣٨.

٥ - ٥) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٤٦.

٦ - ٦) المهذب ٢: ٣٨٢.

و لو كاتب (١) ثلاثة في عقد واحد صحّ، و كان كل واحد منهم مكاتبا بحصّه ثمنه من المسمّى، و تعتبر قيمه وقت العقد. و أيّهم أدّى حصّته عتق، و لا يتوقّف على أداء حصّه غيره. و أيّهم عجز رقّ دون غيره. و لو اشترط كفاله كل واحد منهم صاحبه، و ضمان ما عليه، كان الشرط و الكتابه صحيحين.

القضاء و تعيين ما شاء فيه من أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقّه فقد اختار دفع ما يستحقّه المدفوع إليه في المدفوع و اختار منع الآخر منه فلا شركه فيه، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله. هذا كلّه إذا اتّحد العقد، أما لو تعدّد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن الجنيّد.

و اعلم أن الكتابه تكون بالنسبه إلى الموليين متعدّده و إن اتّحد العقد، فإذا أدّى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعتق، لكن بدون إذنه لا يتحقّق العتق في أحد النصيين. و لو عجز فعجزه أحدهما و صبر الآخر صحّ كما لو تعدّد.

قوله: «و لو كاتب. إلخ».

إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقه واحده فقال: كاتبتكم على ألف إلى نجوم معينه فإذا أدّيتم فأنتم أحرار، فقبلوا، صحّت الكتابه عندنا، و وزّع المال على قيمتهم. فلو كانت قيمه أحدهم مائه، و الثاني مائتين، و الثالث ثلاثمائة، فعلى الأول سدس المسمّى و على الثاني ثلثه و على الثالث نصفه. و الاعتبار بالقيمه يوم المكاتبه، لأن سلطنه السيّد تزول يومئذ. و قال بعض العامّه (١): يوزّع على عدد الرؤوس. و قد تقدّم (٢) مثله في عوض الخلع و الصداق المتعدّد.

ص: ٤٥٣

١-١) انظر المغنى لابن قدامه ١٢: ٤٧٧.

٢-٢) في ج ١٧١: ٨، و ج ٤٠٢: ٩.

ثمَّ كلٌّ واحد من العبيد يؤدّي ما عليه إما على التفاضل أو على التساوي، و إذا أدّى ما عليه عتق و لم يتوقّف عتقه على أداء غيره على الأظهر. و إن مات أحدهم أو عجز فهو رقيق، و غيره يعتق بأداء ما عليه، و لا ينظر إلى أن السيّد علّق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أدّيتم فأنتم أحرار، لأن الكتابه الصحيحه يغلب فيها حكم المعاضه، و لذلك إذا أبرأ السيّد المكاتب عتق و إذا مات لم تبطل الكتابه، بخلاف العتق المعلق. و قيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه، و إنما يعتقون معا إذا أدوا جميع المال. و وجهه قد علم ممّا قرّناه.

و قال ابن البرّاج: «إذا كاتب إنسان عبيدين كتابه واحده فمات أحدهما قيل للثاني: إما أن تختار أن تؤدّي 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 وفاء بقسطه من الكتابه أخذه السيّد من الكتابه، و كان على الثاني ما بقى من قسطه منها. و كذلك إذا ارتدّ أحدهما و لحق بدار الحرب. و إن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابه فإن السيّد يأخذ من ذلك جميع الكتابه و يعتقان معا، و يرجع ورثته على الحىّ بحصّته، و بقيه ذلك ميراث لهم» (١).

و هذا يدلّ على توقّف عتق كلّ منهما على أداء المال و زياده أحكام آخر نادره. و سيأتى (٢) إن شاء الله تعالى أن موت المكاتب يبطل الكتابه، سواء كانت مشروطه أم مطلقه و لم يؤدّ شيئا من المال. و حينئذ فيسقط قدر نصيبه من مال الكتابه، و لا ينحصر المال فى أحدهما، لأنه عوض بينهما (٣).

ص: ٤٥٤

١- (١) المهدّب ٣٨١: ٢-٣٨٢.

٢- (٢) فى ص: ٤٥٨.

٣- (٣) فى «خ»: عنهما، و فى الحجرّيتين: عتقهما.



معا فيقسط عليهما كالبيع، وإنما يؤدى الحى قدر نصيبه من مال الكتابه و يعتق.

إذا تقرّر ذلك، فلو شرط عليهم كفاله كلّ منهم لصاحبه فى عقد الكتابه صحّ على الأصحّ، للأصل، و عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١). فيلزم كلّاً منهم حكم الكفاله من وجوب إحضار الغريم عند الحلول و أداء ما عليه إلى آخر ما فصل.

و قيل: لا تصحّ الكفاله بناء على عدم لزوم مال الكتابه من جهه المكاتب، و الشرط كجزء من العوض فيتبعه فى الجواز.

و كذا يجوز أن يضمّن كلّ منهم ما فى ذمه الآخر. و حيثنذ فيعتقون جميعاً، لأن الضمان يحوّل ما فى ذمه كلّ منهم إلى الآخر فينزّل منزله الأداء، و يبقى المال ديناً فى ذمتهم لا- على وجه المكاتبه. و لو ضمّن أحدهم خاصّه تعلّق المال بدمته و عتق المضمون. و قال فى المختلف: «إذا رضى المولى بضمانهم كلّهم فهو كما لو لم يقع ضمان» (٢). و هو غريب، لما عرفت من ظهور الفرق. و لو جعلنا الضمان بمعنى ضمّ ذمه إلى ذمه تخير فى الرجوع بالجميع على من شاء. و فى كلام الشيخ (٣) إشعار به، و ذكر فى المسائل الحائريّات (٤) جواز ضمان اثنين مالا و اشتراط رجوعه على من شاء منهما، و هو دليل على ذلك أيضاً، و هو مذهب

ص: ٤٥٥

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور، ح ٤.

٢- (٢) المختلف: ٦٤٢.

٣- (٣) انظر المبسوط ٦: ٨١.

٤- (٤) المسائل الحائريّات (ضمن الرسائل العشر): ٣٠٤.

و لو دفع المكاتب (١) ما عليه قبل الأجل، كان الخيار لمولاه فى القبض و التأخير.

العامة [١]، لكن الأصحاب على خلافه.

قوله: «و لو دفع المكاتب. إلخ».

لأنه دين مؤجل فلا يجب قبوله قبل الأجل كغيره من الديون، و يجوز أن يتعلّق بالتأخير غرض صحيح لا يتم بدونه، فيجب الوفاء له بشرطه، للعموم (١).

و يؤيده روايه إسحاق بن عمّار عن الصادق عن أبيه عليهما السلام: «أن مكاتباً أتى عليّ عليه السلام و قال: إن سيّدى كاتبى و شرط عليّ نجوماً فى كلّ سنه، فجئته بالمال كلّ ضربه فسألته أن يأخذه كلّ ضربه و يجيز عتقى فأبى عليّ، فدعاه عليّ عليه السلام فقال: صدق، فقال له: مالك لا تأخذ المال و تمضى عتقه؟ قال: ما آخذ إلا النجوم التى شرطت و أتعرض من ذلك إلى ميراثه، فقال عليّ عليه السلام: أنت أحقّ بشرطك» (٢).

و أما صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال فى مكاتب ينقد نصف مكاتبته و يبقى عليه النصف فيدعو مواليه فيقول: خذوا ما بقى ضربه واحده، قال: «يأخذون ما بقى و يعتق» (٣) فمحمول على جواز الأخذ مع التراضى و لا - دلالة فيه على لزومه، و لو ظهر منه ذلك لزم تنزيله على ما ذكر

ص: ٤٥٦

(١-٢) لاحظ الصفحة السابقه، هامش (١).

(٢-٣) التهذيب ٨: ٢٧٣ ح ٩٩٨، الاستبصار ٤: ٣٥ ح ١١٩، الوسائل ١٦: ٩٨ ب (١٧) من أبواب المكاتبه ح ٢.

(٣-٤) الفقيه ٣: ٧٦ ح ٢٧٢ و فيه: عن أبي الصّبّاح، التهذيب ٨: ٢٧١ ح ٩٨٩ و ٩٩٠، الوسائل ١٦: ٩٨ ب (١٧) من أبواب المكاتبه ح ١.

و لو عجز المكاتب المطلق،(١) كان على الإمام أن يفكّه من سهم الرقاب.

و المكاتبه الفاسده(٢) لا يتعلّق بها حكم، بل تقع لاغيه.

حذرا من مخالفه غيره و مخالفه القواعد المقرّره فى نظائره.

و ابن الجنيد (١) أوجب على المولى قبوله قبل الأجل فى موضع واحد، و هو ما إذا كان المكاتب مريضا و أوصى بوصايا و أقرّ بديون و بذل لمولاه المال فليس له الامتناع، لأن فى امتناعه إبطال إقراره و وصيّته.

و لبعض (٢) العامّه قول بإجبار المولى على القبول حيث لا ضرر عليه به، لأن الأجل حقّ من عليه الدّين فإذا أسقطه سقط. و هو ممنوع، بل الحقّ مشترك بينهما.

قوله: «و لو عجز المكاتب المطلق. إلخ».

جواز الدفع إلى المكاتب من الزكاه مشترك بين القسمين، لكن وجوب الفكّ مختصّ بالمطلق من سهم الرقاب مع الإمكان، فإن تعذّر كان كالمشروط يجوز فسخ كتابته و استرقاقه أو ما بقى منه إن كان قد أدّى شيئا.

قوله: «و المكاتبه الفاسده. إلخ».

نّبّه بذلك على خلاف بعض العامّه (٣) حيث قسّدوا ما لا- يصحّ من الكتابه إلى باطله و فاسده، فالباطله هى التى اختلّ بعض أركانها، بأن كان السيّد صبّيا أو مجنونا أو مكرها على الكتابه، أو كان العبد كذلك، أو لم يجر ذكر عوض، أو ذكر ما لا يقصد ماليته كالدم و الحشرات، أو اختلّت الصيغه. و الفاسده هى التى

ص: ٤٥٧

١- ١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٤٥.

٢- ٢) انظر المغنى لابن قدامه: ٣٥٩-٣٦٠، روضه الطالبين ٨: ٥٠٠.

٣- ٣) انظر الوجيز ٢: ٢٨٥-٢٨٦، روضه الطالبين ٨: ٤٨٣.

و أما الأحكام: فتشتمل على مسائل.

**الأولى: إذا مات المكاتب، و كان مشروطاً، بطلت كتابه**

الأولى: إذا مات المكاتب، (١) و كان مشروطاً، بطلت كتابه، و كان ما تركه لمولاه، و أولاده رقاً.

و إن لم يكن مشروطاً، تحرّر منه بقدر ما أداه، و كان الباقي رقاً، و لمولاه من تركته بقدر ما فيه من رقّ، و لورثته بقدر ما فيه من حرّيه.

و يؤدّى الوارث من نصيب الحرّيه ما بقى من مال الكتابه. و إن لم يكن له مال، سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم، و مع الأداء ينعق الأولاد.

و هل للمولى إجبارهم على الأداء؟ فيه تردّد. و فيه روايه أخرى تقتضى أداء ما تخلف من أصل التركة، و يتحرّر الأولاد، و ما يبقى فلهم.

و الأول أشهر.

امتنعت صحّتها بشرط فاسد، أو بفوات شرط فى العوض، بأن كان خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم ينجمه.

ثمّ جعلوا الكتابه الباطله لاغيه كما ذكرناه، و الفاسده تساوى الصحيحه فى ثلاثه أمور: أحدها: أنه يحصل العتق بالأداء. و الثانى: أنه يستقلّ بالكسب، و يستتبع عند العتق ما فضل من كسبه، و كذا ولده من جاريته. و الثالث: أنه يستقلّ حتى يعامل السيد و يسقط عنه نفقته. و يفارقها فى أنها لا تلزم من جانب السيد فله فسخها، و تبطل بموت السيد.

و بالجملة، فالعتق عندهم يحصل من جهه التعليق لا من جهه الكتابه. و هذا كلّ عندنا لاغ، لأن الفاسد لا يترتب عليه أثر، و الإطلاق الشرعى محمول على الصحيح، و الأحكام مترتبه عليه.

قوله: «إذا مات المكاتب. إلخ».

إذا مات المكاتب قبل أداء جميع ما عليه بطلت كتابه، لأن موضوعها

الرقيه و غايتها العتق فإذا مات فات الموضوع و تعذرت الغايه التي شرع لها العقد.

ثم إن كان مشروطا بطلت من رأس و إن بقى عليه شيء يسير، فيملك المولى ما قبض و يسترق أولاده التابعين له فيها، و عليه مثونه تجهيزه كالقن.

و إن كان مطلقا و لم يؤد شيئا فكذلك. و إن أدى البعض تحرر منه بحسابه و بطل بنسبه الباقي، و تحرر من أولاده التابعين له بقدر حرّيته. و ميراثه لو ارثه و مولاه بالنسبه أيضا. و يستقر ملك و ارث لم يتبعه على نصيبه من نصيب الحرّيه، و نصيب من تبعه يتعلّق به ما بقى من مال الكتابه. و لو لم يخلف مالا فعليهم أداء ما تخلف، و يعتقون بأدائه. و هل يجبرون على السعى فيه؟ و جهان أصحهما ذلك، كما يجبر من تحرر بعضه على فكّ باقيه. و وجه العدم: بطلان المعامله و عدم وقوعها معهم فلا يلزمهم أدائها.

و الروايه التي أشار إليها- المتضمنه لأداء باقى مال الكتابه ممّا تركه من غير أن يقسم بين المولى و الوارث، و يتحرر الأولاد، و ما فضل منه فلهم- رواها جميل بن درّاج فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام فى مكاتب يموت و قد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريه و ترك مالا- فقال: «إن كان اشترط عليه أنه إن عجز فهو رقب رجوع ابنه مملوكا و الجاريه، و إن لم يشترط عليه صار ابنه حرّا، و ردّ على المولى بقيه مال الكتابه، و ورث ابنه ما بقى» [١]. و مثله روى أبو

الصَّبَّاح (١) و الحلبي (٢) و ابن سنان (٣) و غيرهم جميعا فى الصحيح بألفاظ مختلفه محصّيلها هذا الحكم. و بمضمونها عمل ابن الجنيد (٤).

و الأشهر بين الأصحاب هو الأول، و تشهد له صحيحه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب توفى و له مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه، و ما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه» (٥).

و صحيحه بريد العجلي عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم، و لم يشترط عليه حين كاتبه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ فى الرق، و المكاتب أذى إلى مولاه خمسمائه درهم، ثم مات المكاتب و ترك مالا و ترك ابنا له مدركا، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذى كاتبه، و النصف الباقي لابن المكاتب، لأنه مات و نصفه حرّ و نصفه عبد، فإذا أذى الذى كان كاتب أباه و بقى على أبيه فهو حرّ لا سبيل لأحد عليه من الناس» (٦).

ص: ٤٦٠

- 
- ١- (١) الفقيه ٣:٧٦ ح ٢٧٢، التهذيب ٨:٢٧١ ح ٩٨٩، الاستبصار ٤:٣٩ ح ١٢٩، الوسائل ١٦:٩٩ ب «١٩» من أبواب المكاتبه ح ٢.  
 ٢- (٢) الفقيه ٣:٧٦ ح ٢٧٢، التهذيب ٨:٢٧١ ح ٩٩٠، الاستبصار ٤:٣٩ ح ١٣٠، الوسائل ١٦:٩٩ ب «١٩» من أبواب المكاتبه ح ٢.  
 ٣- (٣) الفقيه ٣:٧٧ ح ٢٧٣، التهذيب ٨:٢٧٢ ح ٩٩١، الاستبصار ٤:٣٧ ح ١٢٥، الوسائل ١٦:١٠٠ «١٩» من أبواب المكاتبه ح ٣.  
 ٤- (٤) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٦٤٠-٦٤١.  
 ٥- (٥) التهذيب ٨:٢٧٤ ح ٩٩٩، الاستبصار ٤:٣٧ ح ١٢٤، الوسائل ١٦:٩٩ ب «١٩» من أبواب المكاتبه ح ١، و فى التهذيب و الوسائل: عن أبى عبد الله عليه السلام.  
 ٦- (٦) الكافي ٦:١٨٦ ح ٣، التهذيب ٨:٢٧٦ ح ١٠٠٦، الاستبصار ٤:٣٧ ح ١٢٣، الوسائل ١٦:٩١ ب «٧» من أبواب المكاتبه ح ١. و فى المصادر: أذى إلى الذى. ما بقى على.

و لو اوصى له بوصيّه،(١)صحّ له منها بقدر ما فيه من حرّيه،و بطل ما زاد.

و طريق الجمع بين هاتين و ما تقدّم بحمل أدائه ما بقى من نصيبه لا من أصل المال،و إرثه لما بقى إن كان فى النصيب بقيه.و هذا و إن كان خلاف الظاهر إلا أنه متعيّن،لمراعاة الجمع بين الأخبار الصحيحه.و فى التحرير (١)توقّف فى الحكم.و له وجه،لأن الأول أكثر،بل الصحيح من الجانب (٢)المشهور مختصّ بروايه بريد،و أما صحّحه روايه محمد بن قيس فأضافيه كما حقّقناه مرارا،فتعارض الكثره و الشهره.

قوله:«و لو اوصى له بوصيّه.إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن المكاتب المشروط لا تصحّ الوصيّه له مطلقا، و المطلق يصحّ له منها بنسبه ما فيه من الحرّيه.

و المستند روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب تحته حرّه فأوصت له عند موتها بوصيّه، فقال أهل المرأه:لا يجوز وصيّيها له لأنه مكاتب لم يعتق و لا يرث،فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه و يجوز له من الوصيّه بحساب ما أعتق منه.و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيّه فأجاز ربع الوصيّه.و قضى فى رجل حرّ أوصى لمكاتبته و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها.

و قضى فى وصيّه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه يجاز من وصيّيته بحساب

ص:٤٦١

١-١) تحرير الأحكام ٩١:٢-٩٢.

٢-٢) فى الحجرّيتين:جانب.

و لو وجب (١) عليه حدّ، أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبه الحرّيه، و بنسبه الرقيّه من حدّ العبيد.

ما أعتق منه» (١).

و قيل: تصحّ الوصيّه له مطلقا، لأن قبولها نوع اكتساب، و هو غير ممنوع منه. و فيه قوه، و الروايه ضعيفه باشتراك محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام بين الثقه و غيره، فتردّ لذلك.

هذا إذا كان الموصى غير المولى، أما هو فتصحّ وصيّه له مطلقا بغير إشكال، و يعتق منه بقدر الوصيّه، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع، و إن زادت فالزائد له. و لا فرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابه و أقلّ، لأن الواجب الآن هو المال. و يحتمل اعتبار قيمه لو نقصت، لأن ذلك حكم القنّ و المكاتب لا- يقصر عنه. و فيه: أنه خرج عن حكم القنّ بوجه، و صار مال الكتابه فى ذمّته، فكان اعتباره أولى.

قوله: «و لو وجب إلخ».

إذا وجب على المكاتب حدّ، فإن لم يتحرّر منه شيء- بأن كان مطلقا أو مشروطا لم يؤدّ شيئا- حدّ حدّ العبيد و إن كان قد خرج منهم من وجه، لأنه لم يصر حرّا محضا، و الحدّ مبنّى على التخفيف، فيرجح فيه جانب الأقلّ، و إن كان قد تحرّر من المطلق شيء حدّ من حدّ الأحرار بنسبه ما فيه من الحرّيه و من حدّ العبيد بنسبه ما فيه من الرقيّه، فإن انقسمت الأسواط على صحّه و إلا قبض من السوط بنسبه الجزء كما سيأتى [١] إن شاء الله تعالى. و فى صحيحه الحلبي عن

ص: ٤٦٢

(١-١) التّهذيب ٨: ٢٧٥ ح ١٠٠٠، الوسائل ١٠١: ١٦ ب (٢٠) من أبواب المكاتبه ح ٢.



و لو زنى المولى (١) بمكاتبته، سقط عنه من الحد بقدر ماله فيها من الرق، و حدّ بالباقي.

أبى عبد الله عليه السلام فى المكاتب: «يجلد الحدّ بقدر ما أعتق منه» (١).

و المراد بالحدّ هنا حدّ الأحرار، و سكت عن الجزء الآخر لظهوره أو لأنه لا يقصر عن الأقلّ فبين الأكثر.

و لو كان الذنب موجبا للحدّ على تقدير الحرّيه دون الرقيّه كالرجم انتفى رأسا و جلد. و مثله ما لو قذفه قاذف، فإنه يجب عليه من حدّ الأحرار بنسبه الحرّيه و يسقط ما قابل الرقيّه، إذ لا يجب الحدّ على قاذفه بل التعزير، و هو لا ينتصف بل يناط برأى الحاكم فيعزّره عن (٢) جزء الرقيّه بما يراه.

قوله: «و لو زنى المولى. إلخ».

هذا إذا كان ممّا يقبل التجزئه كالجلد، فلو لم يقبلها كالرجم سقط أيضا و وجب الجلد. و يمكن أن يقال: إن الرجم هنا منتف أصلا، لفقد شرطه و هو الإحصان المشروط بزنا الحرّ بالحرّه مع باقى الشرائط، و كذا القول فى السابقه، فيجب الجلد ابتداء لا لتعدّر تبعيض الرجم. و هذا أجود.

و خالف بعض العامّه (٣) فى حدّ المولى الواطئ للمكاتبه، لمكان ماله فيها من الملك و إن كان ضعيفا، و أوجب التعزير.

ص: ٤٤٣

١- ١) الفقيه ٣: ٢٩ ح ٨٦، التهذيب ٨: ٢٧٦ ح ١٠٠٥، الوسائل ١٠٢: ١٦ ب (٢٢) من أبواب المكاتبه ح ١.

٢- ٢) فى «م»: على.

٣- ٣) حليه العلماء ٦: ٢١١، المغنى لابن قدامه ١٢: ٣٨٩.

الثانية: ليس للمكاتب التصرف (١) في ماله، بيع و لا هبه و لا عتق و لا إقراض، إلا بإذن مولاه.

لنا: أنه و طء محرّم بمن قد صارت أجنبيّه فيجب الحدّ، و لا- يجب كملا- لما فيها من الملك الموجب لانتفاء الحدّ و إن كان مترزلا فيجب بالنسبه. و روى الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: «سئل عن رجل كاتب أمه له فقالت الأمه: ما أدت من مكاتبتى فأنا به حرّه على حساب ذلك، فقال لها: نعم، فأدّت بعض مكاتبتها و جامعها مولاها بعد ذلك، فقال: إن كان استكرهها على ذلك ضرب من الحدّ بقدر ما أدّت من مكاتبتها، و درى عنه من الحدّ بقدر ما بقى له من مكاتبتها، و إن كانت تابعته كانت شريكته في الحدّ ضربت مثل ما يضرب» (١).

و لو كانت مشروطه أو لم تؤدّ شيئا فلا حدّ لكن يعزّر، لتحريم وطيه لها مطلقا.

قوله: «ليس للمكاتب التصرف. إلخ».

المكاتب بقسميه ممنوع من:

التصرف في ماله بما ينافى الاكتساب و ما فيه خطر، كالبيع بالعين و بالنسيئه مع عدم الرهن و الضمين الموسر. و قيل: لا يجوز مطلقا، لأن الرهن قد يتلف و الضمين قد يعسر.

و الهبه بغير شرط عوض يزيد عن العين. و فى المساوى وجه بالجواز، إذ لا- ضرر فيه، لكن بشرط قبض العوض قبل تقييض العين، لأنه لا يجوز له البيع

ص: ٤٦٤

١ - (١) الكافي ٦: ١٨٦ ح ٤، الفقيه ٤: ٣٢ ح ٩٥ و فيه: عن الرضا عليه السلام، التهذيب ٨: ٢٦٨ ح ٩٧٧، الاستبصار ٤: ٣٦ ح ١٢١، الوسائل ١٦: ٩٣ ب (٨) من أبواب المكاتبه.

بدون القبض ففي الهبة أولى. و من أطلق المنع من الهبة نظر إلى أن الهبة لا- يقتضى العوض و إن شرط إلا- مع قبضه فيستلزم الخطر.

و العتق مطلقاً، لأنه تبرع محض، و منه شراء من ينعق عليه. و له قبول هبته مع عدم الضرر، بأن يكون مكتسباً قدر مئونه فصاعداً.

و الإقراض مع عدم الغبطه، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محلّ الأمن، أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى و نحو ذلك، فلا منع على الظاهر، بل المصلحة فيه واضحة، فهو من ضروب الاكتساب، و لكن المصنف و غيره (١) أطلقوا المنع من هذه الأشياء، و لا بدّ من تقييدها بما ذكرناه.

و فى معنى تصرّفات المنافيه للاكتساب تبسيطه فى الملايس و النفقه، و لا- يكلف التقتير المفرط، بل يلزم الوسط اللائق بحاله عادة. هذا كله مع عدم إذن المولى، أما لو أذن جاز، لأن الحق لا يعدوهما.

ص: ٤٦٥

و لا يجوز (١) للمولى التصرف في مال المكاتب، إلا بما يتعلق بالاستيفاء.

و لا يجوز له و طء المكاتبه بالملك و لا بالعقد. و لو طاوعت حدّت. و لا يجوز له و طء أمه المكاتب. و لو وطئ لشبهه كان عليه المهر.

و كلّ ما يكتسبه المكاتب قبل الأداء و بعده فهو له، لأن تسلط المولى زال عنه بالكتابه.

و لا- تتزوج المكاتبه إلا- بإذنه. و لو بادرت كان عقدها موقوفا، مشروطه كانت أو مطلقه. و كذلك ليس للمكاتب و طء أمه بيتاعها، إلا بإذن مولاه، و لو كانت كتابته مطلقه.

قوله: «و لا يجوز. إلخ».

قد تقدّم (١) أن المكاتب على مرتبه بين العتق و الرق، فليس له الاستقلال بالتصرف مطلقا، و لا يبقى سلطنه المولى عليه و تسلطه على ما بيده مطلقا.

فبالنسبه إلى ماله ينقطع عنه تصرف المولى، لأن الغرض منها تحصيله و تحصينه لفك رقبتة، فكما أنه ليس للمكاتب صرفه في غير ذلك إلا في القدر الضروري كما مرّ، كذلك ليس للمولى التصرف فيه بغير الاستيفاء، لا بمعنى أن يأخذه من المكاتب قهرا لأجل الاستيفاء، لأن المكاتب كالمديون في تخيره في جهه الوفاء، و تعيين الدين في أعيان ما بيده موكول إليه، بل المراد تصرفه فيه لأجل الاستيفاء في الجملة بحيث يصدر عن إذن المكاتب و تعيينه. و قد يجوز تسلط

ص: ٤٤٤

١- ١) في ص: ٤١٤.

المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطا و حلّ النجم فلم يؤدّه و كان بيده مال بقدره، و لو زاد فالتعيين موكول إليه، فإذا امتنع عين الحاكم كما فى كلّ ممتنع.

و من التصرف الممنوع منه و طء المكاتبه بالعقد و الملك، لعدم صيرورتها حزه تصلح للعقد، و خروجها بعقد المكاتبه عن محض الرقّ المسوّغ للوطء. فإن وطئها عالما بالتحريم عزّر إن لم يتحرّر منها شىء، و حدّ بنسبه الحرّيه إن تبعضت كما مرّ (١). و لو طأوعته هى حدّت حدّ المملوك إن لم تبعض، و إلا- فبالنسبه. و إن أكرهها اختصّ بالحكم، و لها مهر المثل. و فى تكرّره بتكرّره أوجه ثالثها:

اشترطه بتخلّل أدائه إليها بين الوطين. و رابعها: تعدّده مع العلم بتعدّد الوطاء، و مع الشبهه المستمرّه مهر واحد. و إذا وجب المهر فلها أخذه فى الحال، فإن حلّ عليها نجم و هما من جنس واحد جاز إمساكه تهاترا. و إن عجزت قبل أخذه سقط. و إن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبه به (٢). و ما يكتسبه المكاتب بعد العقد له و إن حجر عليه فيه على بعض الوجوه، لأن ذلك هو فائده الكتابه، إذ لولاه لتعدّر عليه الوفاء.

و ممّا يحجر عليه فيه تزوّجه بغير إذن المولى ذكرا كان أم أنثى، فإن بادرت بالعقد كان فضولا (٣)، لأنها لم تملك نفسها على وجه مستقلّ به. و فى روايه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبه و لا

ص: ٤٦٧

١- ١) فى ص: ٤٦٣.

٢- ٢) فى «ص، ط، م» و إحدى الحجرّيتين: المطالبه به من نصيب ما يكتسبه. و لم ترد الزيادة فى «خ، م» و شطب عليها فى «ق، و»، و فيها: و ما يكتسبه.

٣- ٣) فى «خ، م»: فضوليا.

نكاح و لا شهاده و لا حجّ حتى يؤدّى ما عليه» (١).

و كذا لا- يجوز له و طء أمه يبتاعها إلا- بإذن مولاه، لأن ذلك تصرف بغير الاكتساب، و ربما أنقص قيمتها، و يترتب عليها خطر الطلق، و لضعف (٢) ملكه على تقدير الأمن من الحبل. و لا فرق في ذلك بين المطلق و المشروط. و لو بادر و وطئ بغير إذنه فلا حدّ مع الشبهه، و إلا عزّر و لا مهر، لأن مهر جاريتيه لو ثبت كان له. فإن أولدها فالولد أنسب (٣) لشبهه الملك.

ثمّ لا يخلو: إما أن تأتي بالولد و هو مكاتب بعد فيكون ملكا له، لأنه ولد جاريتيه، لكن لا يملك بيعه لأنه ولده، و لا يعتق عليه لأن ملكه ليس بتام، بل يتوقف على عتقه، فإن عتق عتق و إلا رقّ للسيد، و هذا معنى تبعيه ولده له في الكتابه. و ثبوت الاستيلاء للأمه موقوف أيضا على حرّيه الولد، فإن عتق استقرّ الاستيلاء، و إن عجز رقّت مع الولد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك و ملكها لم تصر مستولده، لأن بالعجز تبين أنها علققت برقيق و أنه لا- استيلاء. و يحتمل أن لا- تصير مستولده مطلقا، لأن عتق الولد طار على الاستيلاء، فأشبهت الأمه الموطوءه بالنكاح، و حقّ الحرّيه للولد لم يثبت بالاستيلاء في الحال.

هذا إذا أتت بالولد و هو مكاتب. أما إذا أتت به بعد العتق، فإن كان لما دون سنّه أشهر من وقت العتق فكذلك، لأن العلوق وقع في الرقّ. و إن كان لما

ص: ٤٦٨

١- ١) الكافي ٦: ١٨٦ ح ٢، التهذيب ٨: ٢٦٨ ح ٩٧٦، الوسائل ١٦: ٩٠ ب (٦) من أبواب المكاتبه ح ٢، و فيه: عن أبي عبد الله عليه السلام.

٢- ٢) في «خ، م» و الحجريّتين: المضعف.

٣- ٣) كذا في «د» و الحجريّتين، و في «م، ط»: سبب، و في «خ»: بسبب، و في «و»: لسبب، و في «ق»: تشبّث، و في «ص»: نسب.

الثالثه: كل ما يشترطه (١) المولى على المكاتب، في عقد الكتابه، يكون لازماً، ما لم يكن مخالفاً للكتاب و السنه.

زاد عن سنه إلى أقصى الحمل احتمال أن تصير مستولده له عملاً بالأصل، و عدمه نظراً إلى الغالب. هذا إذا وطئ بعد الحرّيه بحيث يمكن استناده إليه، ترجيحاً لجانب الحرّيه و أصاله عدم التقدّم.

و إن لم يطأها بعد الحرّيه فالإشكال أقوى. و وجه الحكم به كونها فراشا يلحق به الولد في الجملة قبل الحرّيه و هو مستدام بعدها، و إمكان العلوق بعد الحرّيه قائم، فيكتفى به لثبوت الاستيلاء ظاهراً، و إن انتفى فيما بينه و بين الله تعالى. و الأقوى ثبوت الاستيلاء في الأول على تقدير حرّيته، فيسقط عنّا مؤنه هذا الاشكال.

قوله: «كل ما يشترطه إلخ».

عقد الكتابه قابل للشروط السائغه كظائره من عقود المعاوضات، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) فيلزم الوفاء بما يشترطانه ما لم يكن مخالفاً للمشروع. فلو شرط عليه عملاً- مخصوصاً زمن الكتابه أو بعد العتق بالأداء أو الاكتساب على وجه معيّن أو في مكان معيّن و نحو ذلك صحّ. و لو شرط عليها الوطء و عدم التكبّسب أو كون الولد المتجدّد رقاً و نحو ذلك بطل الشرط. و الأقوى تبعيه العقد له كظائره من الشروط الفاسده في العقد الصحيح لولاها.

ص: ٤٦٩

الرابعة: لا يدخل الحمل (١) في كتابه أمه، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابه كان [حكم] أولادها كحكمها، ينعق منهم بحسابها. و لو تزوجت بحرّ، كان أولادها أحرارا.

و لو حملت من مولاها، لم تبطل الكتابه. فإن مات و عليها شيء من الكتابه تحرّرت من نصيب ولدها. و إن لم يكن لها ولد، سعت في مال الكتابه للوارث.

قوله: «لا يدخل الحمل. إلخ».

إذا كانت المكاتبه حاملا- حال الكتابه و تيقن ذلك- بأن ينفصل لما دون سنّه أشهر من يوم الكتابه- لم يدخل في كتابه أمه- كالولد المنفصل- و إن قصده، لأن الصغير لا يكاتب، بخلاف مثله في التدبير، فإن الصغير يقبل التدبير، لأنه عتق متبرّع به يشترك فيه الصغير و الكبير، بخلاف المعامله. و لبعض العامه (١) قول أنه يدخل في الكتابه على وجه الاستتباع لا على وجه السرايه، كما يتبع الحامل في البيع. و هما ممنوعان.

و إن حدث الولد بعد الكتابه فلا- يخلو: إما أن يكون من زنا، أو من نكاح مملوك، أو من حرّ، أو من مولاها. فإن كان من حرّ فولدها أحرار لا- مدخل لهم في الكتابه. و إن كانوا من مملوك أو من زنا ثبت لهم حكم الكتابه، بمعنى اعتاقهم بعتق الأم أو بالأداء أو بالإبراء، لأن الولد كسبها فيتوقف أمره على رقّها و حرّيتها كسائر كسبها. و هذا هو المراد بكونهم بحكمها، لا أنهم يصيرون مكاتبين إذا لم يجر معهم عقد، و إنما المراد اعتاقهم بعتقها من وجه الكتابه، حتى لو فسخت الكتابه ثمّ عتقت الأم لم ينعق الولد.

ص: ٤٧٠



و هل يثبت حقّ ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى؟ وجهان، من أنه تابع للأم و حقّها له، و من أنه من جملة كسبها فيكون لها. و تظهر الفائده فيما لو قتله قاتل، فعلى الأول تكون القيمه للمولى كما لو قتلت الأم، و على الثانى تكون للمكاتبه تستعين به فى أداء النجوم.

أما كسب الولد و أرش الجنايه عليه فيما دون النفس و أرش الوطء بالشبهه لو كان جاريه، فموقوف على عتقها فيكون له، و إلا فللمولى ككسب الأم.

و لو عجزت الأم و أرادت الاستعانه بكسب ولدها الموقوف فى إجابتها وجهان مبتيان على أن الحقّ هل هو للمولى أو لها؟ فعلى الثانى لا إشكال فى جواز استعانتها به. و على الأول يحتمله أيضا، لأنها إذا رقت رقّ الولد و أخذ المولى كسبه و إذا عتقت عتق و قد يفضل شيء من الكسب فى إجابتها حظّ للولد، و عدمه، لأنه لا حقّ 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. فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقه فيه وجهان، أظهرهما أنها على المولى بناء على أن حقّ 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 فيكون نفقته عليها لتبعيه النفقه للكسب.

و إن كان الولد من مولاها فالولد حرّ، لأنها علقته به فى ملكه، و تصير مستولده له. و هل عليه قيمه الولد؟ يبنى على ما تقدّم من الوجهين، فإن قلنا حقّ الملك فيه للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبه، و إن قلنا الحقّ لها

الخامسة: المشروط رِق، (١) وفطرته على مولاہ. و لو كان مطلقا لم يكن عليه فطرته.

فعليه قيمه، و تستعين المكاتبه بها. فإن عجزت قبل الأخذ سقطت، و إن عتقت أخذتها. و إن ولدت بعد ما عجزت و رقت فلا شيء لها. و كذا لو ولدت بعد ما عتقت، لأنه حين تعذر تقويمه ليس بكسب مكاتبته (١).

ثم لا ترتفع الكتابه باستيلادها، بل هي مستولده و مكاتبه. فإن عجزت ثم مات السيد عتقت عن الاستيلاذ، و الأولاد الحادثون بعد الاستيلاذ من النكاح أو الزنا يتبعونها، و الحادثون قبل الاستيلاذ أرقماء للسيد. و إن مات السيد قبل عجزها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقى الباقي مكاتبا وسعت في عوضه للوارث. و في روايه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال في رجل وقع على مكاتبته فوطئها: إن عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهي على مكاتبته، و إن عجزت فردت في الرق فهي من أمهات الأولاد» (٢).

قوله: «المشروط رِق، إلخ».

المكاتب مطلقا قد خرج عن محض الرقيه و لم يصر إلى حاله الحرّيه، و هو مرتبه بينهما كما علم مرارا. و من سقوط أحكام الرقيه عنه سقوط نفقته عن مولاہ و تعلقها بكسبه، و قد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضا، لأنها تابعه للنفق، لكن قد أطلق جماعه (٣) من الأصحاب وجوب فطره المشروط على

ص: ٤٧٢

١- ١) في «ق، خ، م»: مكاتبه، و في «و»: مكاتبه.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٢٧٧ ح ١٠٠٨، الوسائل ١٦: ٩٦ ب (١٤) من أبواب المكاتبه ح ١.

٣- ٣) النهايه: ٥٥٢، السرائر ٣: ٢٩، قواعد الأحكام ١: ٢٧.

و إذا وجبت (١) عليه كفّاره كفّر بالصوم. و لو كفّر بالعتق لم يجزه.

و كذا لو كفّر بالإطعام. و لو كان المولى أذن له قيل: لم يجزه، لأنه كفّر بما لم يجب عليه.

مولاه و الحكم عليه بإطلاق الرقيّه، مع أن عليّ بن جعفر روى عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن المكاتب هل عليه فطره رمضان أو علي من كاتبه؟ فقال: الفطره عليه» (١) و لم يفرّق بين القسمين.

و فى الدروس (٢) اقتصر على نقل وجوب فطره المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب، ثمّ احتمل عدمه، محتجّاً بأنها تابعه للنفقة. و ابن البرّاج [١] صرّح بعدم وجوبها على المولى. و لا بأس بهذا القول، و إن كان الأشهر خلافه.

و أما المطلق فلا يجب فطرته على مولاه اتّفاقاً، و لا على نفسه إلا أن يتحرّر منه شىء فيجب بنسبه الحرّيه.

قوله: «و إذا وجبت. إلخ».

التكفير بالعتق شرطه قبول الملك و اليسار، و الثانى منتف عنه، و فى الأول ما قد عرفت، لأن ملكه غير تام. و التكفير بالإطعام مشروط بالأمر الثانى.

و لو أذن له المولى فى ذلك ففى الإجزاء و جهان، من أن المنع كان حقّ المولى و قد زال بإذنه، و من أن التكفير بالأمرين غير واجب عليه فلا يجزى عن الواجب، و إذن المولى لا يقتضى الوجوب بل غايتها الجواز.

ص: ٤٧٣

---

١- (١) مسائل عليّ بن جعفر: ١٣٧ ح ١٤٤، قرب الاسناد (الطبعة القديمه): ١٢٠، الفقيه ١١٧: ٢ ح ٥٠٢، التهذيب ٢٧٧: ٨ ح ١٠٠٧ و

أيضاً ٣٣٢: ٤ ح ١٠٤٠، الوسائل ١٠٢: ١٦ ب (٢٢) من المكاتبه ح ٢.

٢- (٢) الدروس الشرعيّه ٢٥٣: ٢.

السادسه: إذا ملك المملوك (١) نصف نفسه، كان كسبه بينه و بين مولاه، و لو طلب أحدهما المهاياه، أجزبر الممتنع، و قيل: لا يجبر، و هو أشبه.

و يمكن بناؤه على أن التبرع على المعسر بالكفاره التي ليست فرضه هل يجزى عنه أم لا؟- فإن قلنا بإجزائها أجزاً هنا بطريق أولى، و إلا فلا. و فى المختلف (١) ادعى الإجماع على أن التبرع عن المعسر بإذنه مجزى فيجزى هنا.

و هو الوجه. و فى المبسوط (٢) ادعى الإجماع على عدم الإجزاء، مع أنه فى باب الكفاره (٣) اختار الإجزاء، و جعله الأظهر فى روايات أصحابنا. و وافقه ابن إدريس (٤) على عدم الإجزاء. و إليه أشار المصنف بقوله: «قيل: لم يجزه».

قوله: «إذا ملك المملوك الخ».

وجه الإجماع: أن لكلّ منهما الانتفاع بنصيبه، و لا- يمكن الجمع بين الحقيين فى وقت واحد، فكانت المهاياه طريق الجمع بين الحقيين، و وسيله إلى قطع التنازع، و لا ضرر فيها. و يدلّ عليه ظاهر روايه عمّار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام فى مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه كيف تصنع الخادم؟ قال: «تخدم الثانى يوماً و تخدم نفسها يوماً» (٥). و من أن ذلك قسمه لغير معلوم التساوى فيتوقف على التراضى. و هذا هو الأصحّ، بل لا يظهر كونها قسمه.

و الروايه مع قطع النظر عن سندها لا تدلّ على تعيين ذلك. و على القول بوجوب

ص: ٤٧٤

١-١) المختلف: ٦٧٠.

٢-٢) المبسوط ١٢٣: ٦.

٣-٣) المبسوط ٢١٧: ٦.

٤-٤) السرائر ٢٩: ٣.

٥-٥) الفقيه ٧٤: ٣ ح ٢٦٠، التهذيب ٢٧٥: ٨ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٠٠: ١٦ ب (١٩) من أبواب المكاتبه ح ٤.

السابعه: لو كاتب عبده (١) و مات، فأبرأه أحد الوراث من نصيبه من مال الكتابه، أو أعتق نصيبه، صحّ و لا يقوم عليه الباقي.

الإجاباه إلى المهاياه يكفى المهاياه اليوميّه و لا يجب الأزيد.

قوله: «لو كاتب عبده. إلخ».

إذا كاتب عبدا و مات و خلّف ورثه قاموا مقامه فى أنهم إذا أعتقوه أو أبرأه عن النجوم عتق. و كذا لو استوفوا المال. و لو أبرأ أحدهم أو أعتق عتق نصيبه، خلافا لبعض العامّه (١) حيث قال: إنه لا يعتق بالإبراء حتى يبرئ الآخر أو يستوفى نصيبه، كما لو كان المورث حيّا و أبرأه عن بعض النجوم. و أوجب بأنه هناك لم يبرئه عن جميع ماله، فصار كما لو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم. و الوجهان مطردان فى العتق.

ثمّ على تقدير انعقاقه لا يسرى عليه نصيب الآخر، لانعقاد سبب حرّيته بالكتابه و لزومها. و مثله ما لو كاتب الشريكان العبد ثمّ أعتقه أحدهما، أو كاتب أحدهما نصيبه ثمّ أعتق الآخر، فإنه لا يسرى على الجزء المكاتب، لما ذكر من سبق انعقاد سبب الحرّيه للنصيب و قد يؤدّى و يعتق، و لأن المكاتب قد يتضرّر به من حيث إنه ينقطع عنه الولد و الكسب.

و يحتمل السرايه فى الجميع، لوجود سبب العتق باختياره، و كون المكاتب فى حكم الرقّ بالنسبه إلى قبول العتق.

و على الأول إن أدّى و عتق خلص. و إن عجز فاسترقّ ففى السرايه عليه بالعتق السابق و جهان، من وجود السبب المقتضى له، و من سبق الحكم بعدم السرايه فيستصحب، و لأن الواقع بالاختيار هو الكتابه و هى

ص: ٤٧٥

الثامنة: من كاتب عبده (١) وجب [عليه] أن يعينه من زكاته، إن وجبت عليه. ولا حد له، قلّه ولا كثره. ويستحبّ التبرع بالعطية إن لم تجب.

لا تقتضى العتق بذاتها، ولهذا لو أعتقه بعد ذلك صحّ، ولو عجز عاد رقاً، وإنما حكم بعتقه بالأداء ولا اختيار للقابض فيه. وعلى هذا يفرّق بين الإبراء والقبض، لأن الإبراء صدر باختياره وهو سبب العتق، فكان باختيار السبب مختاراً للمسبّب.

ويمكن بناء الحكم [فيه] (١) على أن الكتابه هل هي بيع أو عتق بعوض؟ فعلى الأول لا يسرى، لأن المولى لم يعتق، وإنما يملك العبد نفسه بالشراء وأداء العوض فيعتق. وعلى الثاني يحتمل السرايه وعدمها بتقريب ما سبق.

قوله: «من كاتب عبده. إلخ».

الأصل فى هذه المسألة قوله تعالى وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (٢). والمراد بالإيتاء أن يحطّ عنه شيئاً من النجوم، أو يبذل شيئاً و يأخذه فى النجوم. أما الثانى فظاهر، فإن البذل إيتاء وهو المأمور به فى الآية. وأما الحطّ فقد روى عن السلف قولاً و فعلاً. و روى العلاء بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله تعالى وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ قال:

«تضع عنه من نجومه التى لم تكن تريد أن تنقصه منها ولا تزيد فوق ما فى نفسك، فقلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام لمملوك له ألفاً من ستّه

ص: ٤٧٦

١ - ١) من «م» فقط.

٢ - ٢) النور: ٣٣.

آلاف» (١). و الوجه فى الثانى - وإن كان خلاف ظاهر الآيه - أن المقصود إعانته ليعتق، و الإعانه فى الحطّ محققه و فى البذل موهومه، فإنه قد ينفق المال فى جهه أخرى. و بهذا يظهر أن الحطّ أولى من الإعطاء.

و قد اختلف فى هذا الأمر هل هو للوجوب أو الندب؟ و فى أن المراد ب«مال الله» هو الزكاه الواجبه على المولى أم مطلق المال الذى بيده فإنه من عند الله؟ و فى أن ضمير المأمور هل هو عائد على قوله قبله: «فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا» أو على المكلفين مطلقا؟ فالشيخ فى المبسوط (٢) و جماعه [١] أوجبوا على السيد إعانه المكاتب بالحطّ أو الإيتاء و إن لم تجب عليهم الزكاه، و لا يجب على غيره. و هو مبنى على أن الأمر للوجوب، و أن المال أعمّ من الزكاه، و أن الخطاب متعلّق بالموالى.

و فى المختلف (٣) ذهب إلى الاستحباب مطلقا، و جعل «مال الله» أعمّ، فلم يوجب عليه الإعانه من الزكاه و لا من غيرها.

و المصنف اختار وجوب الإعانه على المولى إن وجبت عليه الزكاه فيها، و الاستحباب إن لم يجب. أما الأول فلأن أداء الزكاه واجب، و لا شىء من إعانه المديون فى وفاء دينه بواجب للأصل، فيختصّ هذا الأمر بما لو وجبت الزكاه،

ص: ٤٧٧

١ - ١) الكافى ٦: ١٨٩ ح ١٧، الفقيه ٣: ٧٣ ح ٢٥٦، التهذيب ٨: ٢٧٠ ح ٩٨٢، الوسائل ١٦: ٩٣ ب (٩) من أبواب المكاتبه ح ٢.

٢ - ٢) راجع المبسوط ٦: ٩٣ - ٩٤، فقد أطلق وجوب الإيتاء.

٣ - ٤) انظر المختلف: ٦٤١ - ٦٤٢.

و لأذن المكاتب من أصناف المستحقين، فيكون الدفع إليه واجبا في الجملة. و أما الثانى فلأصله عدم الوجوب، مع ما فيه من التعاون على البر، و إعانه المحتاجين، و تخليص النفس من ذل الرقيته و حقوقها.

و الأقوى وجوب الإيتاء من الزكاه إن وجبت، أو الحط عنه من مال الكتابه إن لم تجب، و اختصاص الحكم بالمولى، عملا بظاهر الأمر (١) المطلق المتعلق بالمأمورين بالكتابه. و يتخير في الثانى بين أن يعطيه، أو يحط عنه من النجوم شيئا يطلق عليه اسم المال. و يجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابه لا من غيره، عملا بظاهر الآيه (٢)، فقد قيل: إن المراد به مال الكتابه. و لو حط عنه كان إبراء لا يعتبر فيه القبول على الأقوى. و لو اعتبرناه وجب كالجنس.

و لو عتق قبل الإيتاء ففي سقوط الوجوب قولان، من فوات محلّه، و تعلق الخطاب بالمكاتبين و قد زال الوصف، و من كونه كالدين. و اختاره في الدروس (٣).

و لو دفع إليه من الزكاه و كان مشروطا بعجزه، ففي وجوب إخراج الزكاه لغيره، أو ردها إلى دافعها وجهان، من تبيين عدم الاستحقاق، و كونه طارئا على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلا له، و براءة ذمه المدافع حينئذ، و عوده إلى المولى إحداث ملك لا إبطال لما سلف، و من ثم بقيت المعامله السابقه بحالها و إن لم يرض بها المولى.

و يضعف بمنع كونه إحداثا، بل إعادته في الرق يقتضى نقض جميع ما

ص: ٤٧٨

١-١ (١) النور: ٣٣.

١-٢ (٢) النور: ٣٣.

١-٣ (٣) الدروس الشرعيه ٢٤٨: ٢.



التاسعة: لو كان له مكاتبان، (١) فأذى أحدهما و اشتبه، صبر عليه لرجاء التذكّر. فإن مات المولى، استخرج بالقرعه.

و لو ادّعى على المولى العلم، كان القول قوله مع يمينه، ثمّ يقرع بينهما لاستخراج المكاتب.

سبق، و من ثمّ عاد كسبه و أولاده ملكا له. و بقاء المعامله بسبب الإذن الضمّيّ بهما فى عقد المكاتبه، فإنها تستلزم الإذن فى التصرف بالمعامله و نحوها.

و الوجه وجوب صرفه على المستحقّين إن كانت منه، و إلا أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه. نعم، لو كان من المندوبه لم تجب الإعاده.

قوله: «لو كان له مكاتبان. إلخ».

إذا كاتب اثنين فى صفقه أو صفقتين ثمّ أقرّ بأنه استوفى نجوم أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما عمّا عليه، أمر بالبيان، فإن قال نسيته أمر بالتذكّر، و لا يقرع بينهما ما دام حيّاً، لأنّ الإنسان قد يتذكّر ما نسى و يبين له ما اشتبه عليه، و ذلك أقرب إلى الحقّ من القرعه. و لو قيل بالقرعه مع اليأس من التذكّر أو طول الزمان جدّاً كان حسناً، لتحقّق الاشتباه، و هى لكلّ أمر مشتبّه.

و لو ادّعى العلم على المولى فالقول قوله فى نفيه (١)، لأنّ ذلك لا يعلم إلا من قبله. و إن بين أحدهما و ادّعى التذكّر قبل قوله بغير يمين إن صدّقه الآخر أو سكت، و إن كذّبه و قال: استوفيت منّى أو أبرأتنى، فله تحليفه أيضاً. و يحلف هنا على البتّ لدعواه التذكّر. فإن حلف بقت كتابته إلى أن يؤدى. و إن نكل المولى حلف المكذّب و عتق أيضاً.

و لو نكل عن اليمين -المتوجّهه عليه قبل التذكّر- على نفى العلم حلف

مدعى الدفع و عتق. فإن ادعى كل منهما ذلك ففي تحليفهما معا و عتقهما وجهان، من أن ذلك هو مقتضى الدعوى، و من أن المعتق أحدهما خاصه فأحدهما كاذب فى يمينه، لكن هذا حكم على ما فى نفس الأمر فلا يقدر فيما يثبت بظاهر الحكم.

و لو مات المولى قبل التذکر تعينت القرعه، لليأس منه، و لكن لو ادعى أحدهما أو هما على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث. و ليس له أن يستوفى منهما و لا من أحدهما قبل القرعه و إن بذلا المال، لأن أحدهما برئ فأخذ المالىن ظلم. و كذا القول فى المورث. و لو بذلا مالا- آخر بقدر المتخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف ففى اعتاقهما بذلك وجهان، من وصول مال الكتابه إليه بأجمعه، و من أن شرطه أداء المكاتب و جاز فى كل منهما أن يكون ما أدى مال الكتابه. و يمكن أن يجعل بذلهما له و لو عين غير المؤدى طريقا إلى صحه الأداء، كما لو دفع المتبرع. و هذا أجود.

و اعلم أنه يظهر من قول المصنف: «ثم يقرع بينهما» بعد قوله: «و لو ادعى على المولى العلم كان القول قوله» أنه يقرع بينهما فى حياه المولى، و هو مخالف لقوله سابقا: «صبر عليه لرجاء التذکر» إلا أن يحمل على تصريحه بانتفاء الرجاء، و هو بعيد، و لا إشعار للفظ به. و قد صرح الشيخ (1) و الجماعه (2) بعدم القرعه ما دام حيا، لأن التذکر مرجو. و يمكن أن يحمل المولى فى قوله:

«و لو ادعى على المولى» ما يشمل الوارث، و يكون قوله: «ثم يقرع» مختصا

ص: ٤٨٠

١- ١) المبسوط ٩٦: ٦.

٢- ٢) انظر المهذب ٣٧٨: ٢، قواعد الأحكام ١١٨: ٢، تلخيص الخلاف ٤٢٣: ٣، مسأله (٢٤).

العاشره:يجوز بيع مال الكتابه(١)،فإن أدى المكاتب مال الكتابه انعتق.و إن كان مشروطا فعجز،و فسخ المولى،رجع رقًا لمولاه.

بما بعد الموت مؤكدا لقوله:«استخرج بالقرعه».و على التقديرين فالعباره ليست جيده.

قوله:«يجوز بيع مال الكتابه.إلخ».

المشهور بين الأصحاب جواز بيع مال الكتابه و نقله بغير البيع من سائر وجوه النقل،للأصل،خلافًا للشيخ في المبسوط (١)حيث منع منه،للهي عن بيع ما لم يقبض،و لأن النجوم لم تستقر،لجواز تعجيز نفسه إما مطلقا أو في المشروط.و هو مذهب جماعه (٢)من العامه.و يضعف بأن النهي تعلق بما انتقل بالبيع لا بمطلق ما لم يقبض،حتى إن العامه رووا (٣)ذلك عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم،و إنما قاس من عداه منهم على البيع،و لما كان القياس عندنا ممتعا اختص النهي بمورده.و نمنع جواز تعجيز نفسه مطلقا،لما تقدم (٤)من اختيار لزومها.

و إذا صحَّ البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشتري،فإن أذاه إليه عتق كما

ص:٤٨١

١-١) المبسوط ١٢٦:٦.

٢-٢) معالم السنن ٤:٦٤-٦٥،الكافي في فقه أهل المدينه ٢:٩٩٧،المغنى لابن قدامه: ١٢:٤٤٨،روضه الطالبين ٨:٥١٨.

٣-٣) انظر صحيح البخارى ٣:٨٨،صحيح مسلم ٣:١١٥٩،سنن ابن ماجه ٢:٧٤٩ ح ٢٢٢٦ و ٢٢٢٧،سنن الترمذى ٣:٥٨٦ ح

١٢٩١،سنن الدار قطنى ٣:٨ ح ٢٥،سنن البيهقى ٥:٣١٢.

٤-٤) فى ص:٤٣٢.

لو أذاه إلى المولى. و لو لم يدفعه أجمع و كان مشروطا فعجز و فسخ المولى (١) رجوع رقما لمولاه. و هل يبطل البيع؟ يحتمله، لأن الفسخ يوجب رفع أثر الكتابه، و من ثمَّ رجوع ولده رقًا و تبعه كسبه، و العدم، لمصادفه الملك حال البيع فلا يضرّه الفسخ الطارئ.

و على القول بعدم الصحه لا- يجوز للمكاتب تسليم النجوم إلى المشتري، و لا للمشتري مطالبته بها، و يحصل العتق بدفعها إلى السيد البائع.

و هل يحصل بتسليمها إلى المشتري؟ قيل: نعم، لأن السيد سلطه على القبض، فهو كما لو و كّل بالقبض و كيلا. و أصحهما- و هو اختيار الشيخ في المبسوط (٢) و الأ- كثر- المنع، لأنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده يضمّنه، بخلاف الوكيل، فإنه يقبض للموكل.

و فضّل [١] ثالث فقال: إن قال بعد البيع: خذها منه، أو قال للمكاتب:

ادفعها إليه، صار و كيلا و حصل العتق بقبضه، و إن اقتصر على البيع فلا، لأنه فاسد فلا عبره بما يتضمّنه.

و ردّ بأنه و إن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضه لا أنه يستتبه.

و القولان الأولان للعلامه في التحرير (٣) في موضعين من الكتابه.

ثمَّ إن قلنا بعدم عتقه فالسيد يطالب المكاتب و المكاتب يسترّد ما دفع إلى المشتري. فإن سلّمه المشتري إلى البائع لم يصحّ، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب،

ص: ٤٨٢

١- ١) في «خ، م»: المالک، و في الحجریتین: المال.

٢- ٢) المبسوط ١٢٦: ٦.

٣- ٤) تحرير الأحكام ٨٦: ٢ و ٩٣.

و يجوز بيع المشروط (١) بعد عجزه مع الفسخ. و لا يجوز بيع المطلق.

### الحادي عشره: إذا زوّج بنته من مكاتبه ثمّ مات، فملكته

الحادي عشره: إذا زوّج بنته (٢) من مكاتبه ثمّ مات، فملكته، انفسخ النكاح بينهما.

فأشبه ما لو أخذ من ماله بغير إذنه. و يحتمل الصحه، نظرا إلى تعيين المكاتب إياه لمال الكتابه بالدفع، و قد تقدّم (١) إطلاق جواز تصرّف المولى فى مال المكاتب بما يتعلّق بالاستيفاء فهنا أولى. لكن لما كان الحقّ تقييد ذلك المطلق لم يصحّ هنا و إن عيّنه المكاتب، لأن تعيينه مبنيّ على المعاوضه كتسليمه إلى المشتري.

قوله: «و يجوز بيع المشروط. إلخ».

لا إشكال فى جواز بيع المشروط بعد العجز، لأن المولى يتسلّط على الفسخ فكان بيعه فسخا، كما لو باع ذو الخيار أو باع المدبّر أو الموصى به أو نحو ذلك ممّا اشتمل على العقد الجائز. و لو تقدّم الفسخ البيع فالصحّه أوضح.

و أما المطلق فقد أطلق المصنف و الجماعة (٢) عدم صحه بيعه. و يجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدّا يجوز للمولى فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال و لم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه، كما يجوز فسخها حينئذ. و قد تقدّم (٣).

قوله: «إذا زوّج بنته. إلخ».

لا فرق فى ذلك بين المكاتب المشروط و المطلق، لأن الكتابه لم تخرجه

ص: ٤٨٣

١- ١) فى ص: ٤٦٦.

٢- ٢) راجع الخلاف (طبعه كوشانپور) ٦٦٦: ٢ مسألة (٣٤)، الجامع للشرائع: ٤١١، تلخيص الخلاف ٣: ٤٢٦ مسألة (٣٣).

٣- ٣) فى ص: ٤٥٧.

الثانيه عشره: إذا اختلف السيد (١) و المكاتب في مال الكتابه، أو في المدّه، أو في النجوم، فالقول قول السيد مع يمينه. و لو قيل: القول قول منكر زياده المال و المدّه، كان حسنا.

عن أصل الرقيّه و إن أخرجته عنها على بعض الوجوه كما عرفته مرارا.

و خالف في ذلك ابن الجنيّد فقال: «لو مات السيد و ابنته تحت المكاتب الذي شرط عليه الرقّ عند عجزه منع من الوطى، و إن أدّى كانا على النكاح، لأنها لم ترث من رقيته شيئا، و إن عجز بطل النكاح، فإن كان ممّن يعتق بما أدّى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابه» (١). هذا كلامه. و ما اختاره المصنف مذهب الشيخ (٢) و الأكثر، و هو الأظهر.

و احترز بقوله: «فملكته» عمّا لو لم تكن وارثه، بأن تكون قاتله أو كافره و هو كافر، فإن النكاح بحاله، و لو كان مطلقا و قد أدّى بعض المال بالحكم بحاله، لأن ملك الزوجه بعضه يوجب بطلان النكاح.

قوله: «إذا اختلف السيد. إلخ».

المراد باختلافهما في المال اختلافهما في قدره، بأن قال: كاتبك على ألفين، فقال: بل على ألف. و بالمدّه: الأجل، بأن قال: إلى سنه، فقال المكاتب:

بل إلى سنتين. و بالنجوم: أجزاء المدّه التي قسط المال عليها و جعل لكلّ قسط أجلا (٣) منها، بأن قال: جعلنا السنه- التي هي الأجل المتفق عليه- ثلاثه نجوم كلّ نجم أربعة أشهر بحيث يحلّ في كلّ نجم ثلث المال، فقال المكاتب: بل

ص: ٤٨٤

١- ١) المختلف: ٦٤٦.

٢- ٢) الخلاف (طبعه كوشانيور) ٦٦٦: ٢ مسألة (٣٥).

٣- ٣) في «م»: أجل.

جعلناها نجمين بحيث يحلّ في كلّ نصف سنه نصف المال، و نحو ذلك.

أما لو كان اختلافهما في عدد النجوم أو قدرها موجبا للاختلاف في أصل المدّة كان راجعا إلى النزاع في المدّة، بأن (1) اتفقا على أن الأجل نجمان و لكن ادّعى المولى أن كلّ نجم شهر و ادّعى المكاتب أن كلّ نجم شهران، أو اتفقا على أن النجم شهر و لكن اختلفا في قدر النجوم فقال المولى:

إنها نجمان و ادّعى المكاتب أنها ثلاثه، فهذا كلّه راجع إلى الاختلاف في المدّة. و الحكم في الجميع واحد، و هو تقديم قول السيد، لأصالة عدم الزائد عمّا يعترف به.

و أما وجه تقديم قوله في قدر المال فلأن المكاتب يدّعى العتق بما يدّعيه من المقدار، و المولى ينكره، و الأصل بقاء الرقّ. و بهذا يحصل الفرق بين الكتابه و البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثلث، فإن الكتابه ليست معاوضه حقيقه، لأنها معامله على مال المولى بماله، و الأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلا برضاه، لأنها أشبه بالتبرّع من شبهها بعقود المعاوضات.

و الأقوى ما اختاره المصنف و الأكثر من تقديم قول من ينكر الزيادة في المال و المدّة، التفاتا إلى الأصل الشهير، و لأن المولى باعترافه بأصل الكتابه و استحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب و على ماله. ثمّ هو يدّعى زياده في ذمّه المكاتب، و هو ينكرها، فيكون قوله مقدّما في ذلك.

ص: ٤٨٥

(١ - ١) في «خ، م» و إحدى الحجرّيتين: فإن.

الثالثه عشره: إذا دفع (١) مال الكتابه، و حكم بحرّيته، فإن عوض معييا، فإن رضى المولى فلا كلام، و إن رده بطل العتق المحكوم به، لأنه مشروط بالعوض.

و لو تجدد فى العوض عيب، لم يمنع من الردّ بالعيب الأول، مع أرش الحادث. و قال الشيخ: يمنع. و هو بعيد. قوله: «إذا دفع الخ».

قد تقرّر أن العوض فى الكتابه لا يكون إلا ديناً. ثمّ مستحقّ الدين فى ذمّه الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفه المشروطه فله رده و طلب ما يستحقّه، و لا يرتفع العقد. ثمّ إن كان المقبوض من غير جنس حقّه لم يملكه، إلا أن يعتاض من حيث يجوز الاعتياض.

و إن أطلع على عيب، نظر إن رضى به فهل يملكه بالرضا، أو بالقبض و إنما تأكّد الملك بالرضا؟ فيه وجهان. و إن رده فهل نقول: ملكه بالقبض ثمّ انتقل الملك بالردّ، أو نقول: إذا ردّ تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان. فهذه قاعده كليّه حقّقناها فى باب الصرف و بينى عليها مسائل قد سبقت (١).

منها: أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف فى الذمّه و جرى التقابض و تفرّقا ثمّ وجد أحدهما بما قبض عيباً و رده، فإن قلنا إنه ملك بالقبض صحّ العقد، و إن قلنا تبين أنه لم يملك فالعقد فاسد، لأنهما تفرّقا قبل التقابض.

و منها: إذا أسلم فى جاريه و قبض جاريته فوجد بها عيباً فردّها، فهل على المسلم إليه استبرأؤها؟ بينى على هذا الخلاف، فإن قلنا إنه يملك بالقبض و جب الاستبراء، لأنها رجعت إليه بملك جديد، و إن قلنا بعدم الملك فلا



استبراء، لبقائها على الملك السابق.

إذا تقرّر ذلك، فإذا وجد السيد ببعض النجوم المقبوضه أو جميعها عيبا فله الخيار بين أن يرضى به، وبين أن يرده و يطلب بدله. و لا فرق بين العيب اليسير [١] و الفاحش عندنا. فإن رضى به فالعتق نافذ لا محاله، و يجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق. و هل يحصل العتق عند الرضا، أو حصل من وقت القبض؟ وجهان أشبههما (١) الثاني.

و إن أراد الردّ و الاستبدال، فإن قلنا تبين بالردّ أن الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل، فإن أدى على الصفه المستحقه بعد ذلك فحينئذ حصل العتق.

و إن قلنا يحصل الملك فى المقبوض و بالردّ يرتفع فوجهان، أحدهما: أن العتق كان حاصلًا إلا أنه كان بصفه الجواز، فإذا ردّ العوض ارتدّ. و أصحهما: أنه تبين أن العتق لم يحصل، إذ العتق ليس من التصرفات التى يتطرّق النقض إليها، فلو حصل لما ارتفع، و لا يثبت العتق بصفه اللزوم إجماعا.

و لو طلب الأرش مع الرضا بالمعيب فله ذلك، و تبين حينئذ أنه لم يقبض كمال النجوم، فإذا أذاه حصل كمال العتق حينئذ. و إن عجز عنه و كانت مشروطه فللسيد استرقاقه، كما لو عجز عن بعض النجوم.

و لو فرض تجدد عيب فى العوض الذى ظهر معيبا لم يمنع العيب الحادث فى يد المولى الردّ بالعيب الأول مع أرش الحادث، لاستحقاقه الردّ أولا فيستصحب، و العيب الحادث يجبر بالأرش، و لأنها ليست معاوضه حقيقه، لأنها

ص: ٤٨٧

## الرابعة عشره: إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه

الرابعه عشره: إذا اجتمع (١) على المكاتب ديون مع مال الكتابه، فإن كان ما فى يده يقوم بالجميع فلا بحث. و إن عجز و كان مطلقا تحاصّ فيه الديان و المولى. و إن كان مشروطا قدّم الدين، لأن فى تقديمه حفظا للحقّين.

و لو مات و كان مشروطا بطلت الكتابه، و دفع ما فى يده فى الديون خاصّه. و لو قصر قسّم بين الديان بالحصص. و لا يضمّنه المولى، لأن الدين تعلق بذلك المال فقط.

معاوضه على مال المالك بماله، فليس لها حكم المعاوضات اللازمه، و لهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أخذ الكسب بلا عوض.

و قال الشيخ (١): يمنع العيب الحادث الرّد، لأنها معاوضه كالبيع. و هو بعيد، لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضه.

قوله: «إذا اجتمع. إلخ».

إذا اجتمع على المكاتب ديون غير مال الكتابه، فإما أن يكون للمولى أو لغيره أو لهما. ثمّ إما أن يفى ما فى يده بها، أو يقصر. ثمّ إما أن يكون مطلقا، أو مشروطا. و باختلاف هذه الصور الاثنى عشر تختلف الأحكام. فإن كان الدين للمولى، بأن كان له مع النجوم دين معاملة على المكاتب، أو أُرش جنايه عليه، أو على ماله، فإن وفى ما فى يده بها فلا بحث، و إلا فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر و تأخير النجوم فذاك، و إن تراضيا على تقديم النجوم عتق، ثمّ لا يسقط الدين الآخر، فللسيد مطالبته به.

و لو كان ما فى يده وافيا بالنجوم و لم يف بها و بالدين الآخر، فإن أداها عن

ص: ٤٨٨

النجوم برضا السيد فالحكم ما بيناه. و للسيد أن يمنعه من تقديم النجوم، لأنه لا يجد مرجعا للدين، و إذا تقدّمت النجوم عتق، فيأخذ ما فى يده عن الدين الآخر ثمّ يعجزه. و هل له تعجيزه قبل أخذ ما فى يده؟ وجهان، أحدهما: لا، لأنه قادر على أداء النجوم، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز. و أوجهما:

نعم، لأنه يتمكّن من مطالبته بالدينين معا و أخذ ما فى يده عنهما، و حينئذ فيعجز عن قسط من النجوم.

و لو دفع المكاتب ما فى يده و لم يتعرّضا للجبهه، ثمّ قال: قصدت النجوم، و أنكر السيد فالمصدّق المكاتب، لأنه أعرّف بقصده، كما لو كان عليه دينان بأحدهما رهن و أدّى أحدهما و ادّعى إرادته دين الرهن.

و إن كانت الديون لغير المولى أو لهما و لم يف ما فى يده بها، فإن لم يحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء فله تقديم ما شاء من النجوم و غيرها، كالحجر المعسر يقدّم ما شاء من الديون. و لكن الأولى أن يقدّم دين المعامله، فإن فضل شيء جعله فى الأرض، فإن فضل شيء جعله فى النجوم. و سيظهر وجه هذا الترتيب.

و إن حجر الحاكم عليه تولّى قسمه ما فى يده. و فى كيفيه القسمه وجهان:

أحدهما- و هو ظاهر اختيار المصنف-: قسمته على إقدار الديون من غير أن يقدّم بعضها على بعض، لأن جميع الديون متعلّق بما فى يده. و الأقوى أن ما انفرد منها يقسمه على إقدار الديون.

و أجودهما: أنه يقدّم دين المعامله، لأنه يتعلّق بما فى يده لا غير، و لأرش الجنايه متعلّق آخر و هو الرقبه، و كذلك حقّ السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبه.

ثمّ يقدّم أرش الجنايه على النجوم، لأن الأرض مستقرّ و النجوم عرضه للسقوط

إما باختيار المكاتب أو مع عجزه، ولأن حقَّ المجنّي عليه يقدّم على حقِّ المالك في القرن فكذا المكاتب.

هذا إذا كان مطلقاً. ولو كان مشروطاً قدّم الدّين على النجوم، لأن في تقديمه جمعا بين الحقّين.

و لو كان للمولى معهم دين معاملة ففي مساواته (١) لمال الكتابه أو لدين الأجنب وجهان أظهرهما الثاني، لأنه إذا سقط لم يكن له بدل كديون الغرماء، بخلاف دين النجوم، فإنه إذا سقط عاد المولى إلى الرقبه (٢). و وجه الأول أن ديون السيّد ضعيفه لأنها عرضه للسقوط بالتعجيز. و يبقى في التسويه بين الديون أو تقديم دين المعامله ما سبق.

و لو مات المكاتب قبل أن يقسّم ما في يده و كان مشروطاً انفسخت الكتابه و سقطت النجوم. و في سقوط دين أرش الجنايه وجهان:

أحدهما- و به قال الشيخ (٣)-: يسقط أيضاً، لأنه يتعلّق بالرقبه و قد تلفت، و تعلّقها بما في يده بحكم الكتابه فإذا بطلت الكتابه بطل ذلك التعلّق. و على هذا يتعيّن صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات.

و الثاني: أنه يتعلّق بالمال استصحاباً لحاله الكتابه، و لفوات المحلّ، مع كونه أقوى من دين المعامله. و على هذا فإن سؤنا بينهما في صوره التعجيز فهنا أولى، و إن قلنا بالترتيب احتمال بقاؤه استصحاباً لما كان في حال الحياه. و الأظهر التسويه، لأن الدّينين متعلّقان بما خلفه، و تأخر الأرش في الحياه كان لتوقع

ص: ٤٩٠

١-١) كذا في «خ، م» و في سائر النسخ: مساواتها.

٢-٢) كذا في «د، و» و في سائر النسخ: الرقبه.

٣-٣) المبسوط ١٣٩: ٦.

الخامسه عشره: يجوز أن يكاتب بعض عبده، إذا كان الباقي حرًا أو رَقًا له. و منعه الشيخ.

و لو كان الباقي رَقًا لغيره فأذن صحّ. و إن لم يأذن بطلت الكتابه، لأنها تتضمن ضرر الشريك. و لأن الكتابه ثمرتها الاكتساب، و مع الشركه لا يتمكن من التصرف.

توفيره و قد بطل ذلك التوقع. و على التقديرين، لا يضمن المولى ما فات من الدين، لأن تعلقه بمال المكاتب.

و اعلم أنه على تقدير التحاص (1) في ماله حيا و بقاء النجوم أو بعضها فللسيد تعجيزه إن كان مشروطا أو مطلقا مع اليأس من الوفاء كما مرّ. و إن بقيت الأروش أو بعضها فلمستحقّ الأرش تعجيزه أيضا لتباع رقبته في حقّه، و لكن لا يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقد حتى يفسخ، و لكن يرفع أمره إلى الحاكم حتى يعجزه. و لو أراد المولى أن يفديه و تبقى الكتابه ففي وجوب القبول وجهان، من أنه رقيق المولى في الجملة و له غرض في إتمام اعتاقه و في استيفائه لنفسه إن لم يتمّ فيمكن من الفداء، و من أن المولى إنما يفدى إذا تعلق الأرش بالرقبه و هذا لا يتحقّق ما دامت الكتابه باقيه. و أما صاحب دين المعامله فليس له التعجيز، لأن حقّه لا يتعلّق بالرقبه.

قوله: «يجوز أن يكاتب. إلخ».

إذا كاتب بعض العبد، فإما أن يكون باقيه حرًا، و لا إشكال في صحّته الكتابه، لأنها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال. و إما أن يكون باقيه أو بعض الباقي رقيقا، فالقدر الرقيق إما أن يكون له أو لغيره. فإن كان له فالمصنف

ص: ٤٩١

-رحمه الله- والأكثر- ومنهم الشيخ في الخلاف (١)- على الجواز، للأصل، و عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

و لأن بيع نصيبه و عتقه جائزان، و الكتابه لا تنفك عنهما.

و قال الشيخ في المبسوط (٣): لا- تصح، لأن الكتابه يلزمها رفع الحجر عن المكاتب في جهات الاكتساب و ما يتوقف عليه كالسفر، و ينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاه، و هو غير ممكن هنا، لتوقف السفر و التكسب على إذن السيد، و يشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاه، لأنه كسبه.

و أوجب بأن المنع من السفر و الاكتساب يرتفع بالمهاياه كارتفاعه عن الشريكين. و يمنع مشاركته في سهم المكاتبين من الزكاه، لأنه إنما يدفع لجهه الكتابه، و لأنه لا يملك النصيب بل يدفعه في كتابته.

و إن كان الباقي لغيره، فإن لم يأذن الشريك لم يصح، لعدم الاستقلال، و لأن نصيب الشريك يتبعض فيتضرر.

و إن كان بإذنه ففي الصحه قولان:

أحدهما- و هو الذي جزم به المصنف-: الصحه، لأنه يستقل في البعض المكاتب عليه، و إذا جاز إفراد البعض بالإعتاق جاز إفراده بالعقد المفضى إلى العتق.

و الثاني: لعدم، لما تقدم من أن الشريك يمنعه من التردد و المسافره و لا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه.

ص: ٤٩٢

١- ١) لم نجده فيه، و نسبه إليه في إيضاح الفوائد ٥٩٤: ٣.

٢- ٢) عوالى اللئالى ٢٢٢: ١ ح ٩٩.

٣- ٣) المبسوط ٩٨: ٦.

## إشاره

و أما اللواحق فتشتمل على مقاصد:

## الأول: فى لواحق تصرّفاته

الأول: فى لواحق تصرّفاته.

و قد بيّنّا: أنه لا يجوز أن يتصرّف بما ينافى الاكتساب-من هبه أو محاباه أو إقراض أو إعتاق-إلا بإذن مولاه. و كما يصحّ أن يهب من الأجنبي بإذن المولى، فكذا هبته لمولاه.

و نريد أن نلحق هنا

## مسائل

مسائل:

## الأولى: المراد من الكتابه تحصيل العتق

الأولى: المراد من الكتابه (١) تحصيل العتق، و إنما يتم بإطلاق التصرف فى وجوه الاكتساب. فيصحّ أن يبيع من مولاه و من غيره، و أن يشتري منه و من غيره. و يتوخّى ما فيه الغبطه فى معاوضاته، فيبيع بالحال لا- بالمؤجّل، إلا- أن يسمح المشتري بزياده عن الثمن، فيعجّل مقدار الثمن و يؤخّر الزياده. أما هو فإذا ابتاع بالدين جاز. و كذا إن استسلف. و ليس له أن يرهن، لأنه لا حظّ له، و ربما تلف منه. و كذا ليس له أن يدفع قراضا.

و الأقوى الجواز و إن لم يأذن، بتقريب ما سلف حجّه و جوابا. و القولان للشيخ فى الخلاف [١] و المبسوط (١).

قوله: «المراد من الكتابه. إلخ».

المكاتب كالحزّ فى معظم التصرفات، فيبيع و يشتري و يؤجر و يستأجر، و يأخذ بالشفعه، و يقبل الهبه و الصدقه، و يصطاد و يحتطب، و يؤدّب عبيده





إصلاحاً للمال، كما يفصدهم و يحتقنهم (١).

و لا- يصحّ منه التصرفات التي فيها تبرّع أو خطر، لأن المقصود تحصيل العتق فيحْتَاط له، ولأن حقّ السيّد غير منقطع عمّا في يده، فإنه قد يعجز فيعود إلى الرقّ. هذا هو القول الجملي (٢)، و في التفصيل صور قد تقدّم (٣) منها حكم بيعه و عتقه و هبته و إقراضه، و ما تقرّر من ذلك.

و لا فرق في البيع و الشراء بين وقوعهما مع سيّده و أجنبي، لا اشتراكهما في المقتضى. و لما كان الواجب عليه تحزّي ما فيه الغبطه و مظنّه الاكتساب فعليه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرّع و مشتمل على خطر، سواء باع بمثل قيمته أم أكثر، و سواء استوثق بالرهن و الكفيل أم لا، لأن الكفيل قد يفلس و الرهن قد يتلف. نعم، يجوز أن يبيع ما يساوى مائه بمائه نقداً و بمائه نسيئه.

و يجوز أن يشتري نسيئه بثمان النقد و لا- يرهن به، فإنه قد يتلف. و إن اشتراه بثمان النسيئه ففي جوازه و جهان، من اشتماله على التبرّع، و من عدم الغبن.

و فرقوا بين المكاتب و بين الوليّ حيث يبيع مال الطفل نسيئه و يرتهن للحاجه أو المصلحه الظاهره، فإن المراعى هناك مصلحه الطفل و الوليّ منصوب لينظر له، و هاهنا المطلوب العتق و المرعى (٤) مصلحه السيّد و المكاتب غير

ص: ٤٩٤

١- ١) في «ص، و»: و يحقنهم، و في «ط»: و يختنهم.

٢- ٢) في «م»: المجل.

٣- ٣) في ص: ٤٦٤.

٤- ٤) في «ق، خ، م»: و المراعى.

الثانية: إذا كان للمكاتب (١) على مولاه مال، وحلّ نجم، فإن كان المالان متساويين جنسا ووصفا تهاترا. ولو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل. وإن كانا مختلفين لم يحصل التقاص إلا برضاهما.

وهكذا حكم كلّ غريمين.

وإذا تراضيا كفى ذلك ولو لم يقبض الذى له ثمّ يعيده عوضا، سواء كان المال أثمانا أو إعراضا (١). وفيه قول آخر بالتفصيل. منصوب لينظر له.

و ربما قيل بمساواته للولّى فى مراعاة المصلحه، خصوصا مع دعاء الضروره إلى البيع و الرهن، كما فى وقت النهب، لما فيه من حفظ المال.

ومتى باع أو اشترى لم يسلم ما فى يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر، ولذلك ليس له السلم، لأن مقتضاه تسليم رأس المال فى المجلس و انتظار المسلم فيه، سيّما إذا كان الثمن مؤجلا. ومثله دفع المال قراضا. وله أن يأخذه، لأنه نوع تكسب.

قوله: «إذا كان للمكاتب. إلخ».

المولى فى معامله المكاتب كالأجنبى مع الأجنبى فى الأحكام، فإذا ثبت للمكاتب دين على مولاه عن معامله، و كان للمولى عليه النجوم أو دين معامله، ففى التقاص تفصيل و اختلاف لا يختص بالمولى و المكاتب.

و جملة القول فيه: أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين و للآخر دين على الأول، فإن اتحد الجنس و الصفه فالمقاصه قهريّه، سواء كانا نقدين أو عرضيين

ص: ٤٩٥

---

(١ - ١) كذا فى الشرائع الطبعه الحجرية و متن الجواهر و نسخه «ق» من المسالك الخطية، و فى الشرائع المطبوعه حديثا: أعواضا.

الثالثة: إذا اشترى (١) أباه بغير إذن مولاه لم يصح. وإن أذن له صح.

و كذا لو اوصى له به، و لم يكن فى قبوله ضرر، بأن يكون مكتسبا يستغنى بكسبه. و إذا قبله، فإن أدى مال الكتابه عتق المكاتب، و عتق الآخر مع عتقه. و إن عجز ففسخ المولى استرقهما. و فى استرقاق الأب تردّد.

مثليين، و إن اختلف الجنس أو الوصف و لو بالحلول و التأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيميين اعتبر التراضى، و لا يفتقر معه إلى قبضهما و لا إلى قبض أحدهما، و كذا لو كان أحدهما نقدا و الآخر عرضا.

و التفصيل الذى أشار (١) إليه المصنّف -رحمه الله- للشيخ فى المبسوط (٢).

و محصّيه: أن الدّينين إن كانا نقدين قبض أحدهما و دفعه عن الآخر، و إن كانا عرضيين فلا بدّ من قبضهما، و إن كان أحدهما نقدا فقبض العرض ثمّ دفعه عن النقد جاز، دون العكس. و كأنّ الشيخ يجعل المقاصّه بيعا فيلحقها أحكامه من بيع الدّين بالدّين و بيع العرض قبل القبض و غيرهما.

قوله: «إذا اشترى. إلخ».

لما كان تصرّف المكاتب مشروطا بالغبطه و ما فيه الاكتساب لم يصحّ أن يشتري من ينعق عليه من أب و ابن و غيرهما بغير إذن المولى، لما فيه من تفويت المال بالعتق.

و ربما قيل بالجواز، لأنه اشترى مملوكا لا ضرر على المولى فى شرائه، و لهذا كان كسبه له، و إن عاد المكاتب فى الرقّ عاد المملوك المشتري كالأجنبيّ.

ص: ٤٩٦

١- ١) فى الحجرّيتين: ذكره المصنّف.

٢- ٢) المبسوط ١٢٥: ٦.

و هو ضعيف، لأن صرف المال فى ثمنه مع عدم جواز بيعه و التكبب به غير سائغ له و إن لم يعتق فى الحال.

و لو وهب منه أو اوصى له به، فإن لم يقدر على التكبب لصغر أو زمانه و عجز و كان يلزمه نفقته لم يجر له قبوله، لأن نفقته تلزم المكاتب من حيث هو مملوكه و إن لم تجب عليه نفقه القريب. و إن كان كسوبا يقوم بكفايه نفسه جاز قبوله، بل ربما استحَب، لأنه لا ضرر عليه فى القبول. ثم لا يعتق عليه، لأن ملكه ضعيف، و إنما يعتق بعثقه و يرق برقه. و ليس له بيعه. و تكون نفقته فى كسبه، فإن فضل منه فضل كان للمكاتب [أن] (١) يستعين به فى أداء النجوم، لأنه بمنزله المملوك، فإن مرض أو عجز أنفق المكاتب عليه، لأنه من صلاح ملكه، و ليس هذا كالإنفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه، لأن ذلك مبنى على المواساه.

و المصنف - رحمه الله - تردّد فى استرقاق القريب إذا استرقّ المكاتب.

و وجه التردّد ما ذكرناه، و من تشبّه بالحرّيه بجريانه (٢) فى ملك ولده. و هذا وجه ضعيف. و لم يذكر غيره فى المسأله احتمالاً. و الوجه القطع بتبعيته له فى الاسترقاق و الانعتاق.

ص: ٤٩٧

١- ١) من الحجرّيتين فقط.

٢- ٢) فى «د، خ، م»: لجريانه.

الرابعة: إذا جنى عبد (١) المكاتب، لم يكن له أن يفتكه بالأرض، إلا أن يكون فيه الغبطه له.

و لو كان المملوك أب المكاتب، لم يكن له افتكاكه بالأرض و لو قصر عن قيمه الأب، لأنه يتعجل بإتلاف مال له التصرف فيه، و يستبقى ما لا ينتفع به، لأنه لا يتصرف في أبيه. و في هذا تردد.

قوله: «إذا جنى عبد. إلخ».

يتحقق الغبطه بقصور الأرض عن قيمته، فيفضل له ما ينتفع به، و كذا لو استغرقت قيمته و لكن كانت عينه تشتمل على منفعه تعود على المكاتب في مالهته بكسب و غيره. و الفرق بين قريبه و عبده حيث جاز فداء العبد دونه: أن الرقبه تبقى له فيصرفها في النجوم، بخلاف القريب، فإن ما يفكه به محض إتلاف معجل للمال في مقابله ما لا ينتفع [به] (١) بمالهته، لأنه لا يجوز له التصرف في رقبته ببيع و لا غيره، بل أمره موقوف كما مر.

و المصنف تردد في جواز فكه. و وجه التردد: ممّا ذكرناه، و من إمكان الاستعانه بثمنه كما مر (٢) على تقدير شرائه. و بالجملة، فالإشكال هنا يرجع إلى الإشكال في جواز شرائه و عدمه، فإن أجزناه فداه و إلا فلا.

ص: ٤٩٨

١ - ١) من «ص، ق، ط، د».

٢ - ٢) في ص: ٤٩٦.

## المقصد الثاني: في جنايه المكاتب و الجنايه عليه

المقصد الثاني: في جنايه المكاتب و الجنايه عليه و فيه قسمان:

### الأول: في مسائل المشروط

الأول: في مسائل المشروط و هي سبع:

### الأولى: إذا جنى المكاتب على مولاه عمدا

الأولى: إذا جنى المكاتب (١) على مولاه عمدا، فإن كانت نفسا فالقصاص للوارث، فإن اقتصّ كان كما لو مات. وإن كانت طرفا فالقصاص للمولى، فإن اقتصّ فالكتابة بحالها.

و إن كانت الجنايه خطأ فهي تتعلّق برقبته، و له أن يفدى نفسه بالأرش، لأن ذلك يتعلّق بمصلحته.

فإن كان ما بيده بقدر الحقيين فمع الأداء ينعتق، و إن قصر دفع أرش الجنايه، فإن ظهر عجزه كان لمولاه فسخ الكتابة.

و إن لم يكن له مال أصلا و عجز، فإن فسخ المولى سقط الأرش، لأنه لا يثبت للمولى في ذمّه المملوك مال، و سقط مال الكتابة بالفسخ.

قوله: «إذا جنى المكاتب. إلخ».

إذا جنى المكاتب على مولاه، فإما أن يكون متعلّق الجنايه نفسا أو ما دونها. و على التقديرين: إما أن يكون عمدا، أو خطأ. فإن كانت على نفسه عمدا فالقصاص للوارث، فإن اقتصّ بطلت الكتابة كما لو مات. و إن عفا على مال أو كانت الجنايه توجب المال تعلّق الواجب بما في يده، لأن المولى مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي، فكذلك في الجنايه. و ما الذي يلزم المكاتب؟ الأرش بالغ ما بلغ، أو الأقلّ منه و من قيمته؟ قولان، من عموم قوله صلى الله

عليه وآله وسلم: «لا يجنى الجاني على أكثر من نفسه» (١) فلو طولب بالزيادة لزم جنايته على أكثر من نفسه، ومن أنه كالحزب في المطالبة ما دامت المكاتبه باقيه خصوصا بالنسبه إلى المولى، لأن رقه يمنع استحقاق المولى مطالبته بمال الجنايه، فلو لم يعتبر فيه مناسبه الحزب لم يمكن الحكم باستحقاق المولى الأرش، وهو ظاهر اختيار المصنف حيث أطلق الأرش. والأقوى الأول.

ثم إن وفي ما فى يده بالأرش و مال الكتابه و فى الحقيين و عتق. و إن قصر عنهما أو لم يكن فى يده شىء و عجزه المولى سقط الأرش، إذ لا يثبت للمولى على مملوكه دين، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلق برقبته.

و لو أعتق المولى المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه من النجوم، فإن لم يكن فى يده شىء سقط الأرش، لأنه أزال الملك عن الرقبه التى كانت متعلق الأرش باختياره و لا مال غيرها.

وفيه وجه آخر أنه لا يسقط، لاستقلال المكاتب، و ثبوت حق المولى فى ذمته، ولأن العتق يولد (٢) إمكان تعلق دين المولى به، بخلاف الرقبه، فإنها تنافيه، و الكتابه المتوسطه بينهما تصحح ثبوت دين المولى فالحرية أولى.

و إن كان فى يده مال ففى تعلق الأرش به وجهان، أحدهما: المنع، لأن الأرش كان متعلقا بالرقبه و قد تلفت. و أظهرهما: التعلق. و التوجيه المذكور

ص: ٥٠٠

١- ١) الحديث بهذا اللفظ رواه عن أبى عبد الله عليه السلام فى التهذيب ١٠: ١٨٢ ح ٧١٢، الاستبصار ٤: ٢٦٧ ح ١٠٠٨، الوسائل ١٩: ٦١ ب (٣٣) من أبواب القصاص ح ١٠، و أخرجه بلفظ آخر عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى مسند أحمد ٣: ٤٩٩، سنن ابن ماجه ٢: ٨٩٠ ح ٢٦٦٩، سنن الترمذى ٤: ٤٠١ ح ٢١٥٩.

٢- ٢) فى «م»: يؤكّد.

الثانيه: إذا جنى على أجنبي (١) عمدا، فإن عفا فالكتابه بحالها. وإن كانت الجنايه نفسا، واقتصّ الوارث، كان كما لو مات. وإن كان خطأ، كان له فكّ نفسه بأرش الجنايه. ولو لم يكن معه مال، فلأجنبي بيعه في أرش الجنايه، إلا أن يفديه السيد، فإن فداه فالكتابه بحالها.

ممنوع، بل الأرش متعلق بالرقبه و بما في يده.

و لو أدّى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً، كما لو جنى على أجنبي و أدّى النجوم و عتق. و لو كانت الجنايه على طرف المولى فله القصاص، كما لو جنى على مملوكه.

قوله: «إذا جنى على أجنبي. إلخ».

إذا كانت جنايته على أجنبي فحكمها إن أوجبت القصاص و استوفاه المستحقّ كالسابق، لفوات المحلّ. و إن عفا أو أوجبت مالا أو كانت دون النفس نظر إن كان في يده مال طولب به ممّا في يده. و في وجوب أرش الجنايه أو الأقلّ منها و من القيمه ما تقدّم (١)، و أولى بالاكْتفاء بالأقلّ هنا، لأن الأرش يتعلّق برقبته و إن استرقّه المولى، بخلاف ما لو كانت على المولى، فمراعاة جانب الحرّيه ثمّ أقوى، و مراعاة جانب القرنّ هنا أقوى.

و إن لم يكن في يده مال و طلب مستحقّ الأرش تعجيزه عجزه الحاكم، ثمّ يباع كلّه في الجنايه إن استغرق الأرش قيمته، و إلا فيباع منه بقدر الأرش، و تبقى الكتابه في الباقي، فإذا أدّى حصّته من النجوم عتق ذلك القدر.

و لو أراد المولى أن يفديه من ماله و يستديم الكتابه فله ذلك، و على مستحقّ الأرش قبوله إن كانت الجنايه خطأ، و إن كانت عمدا فالتخيير للمجنّى

ص: ٥٠١



الثالثه: لو جنى عبد (١) المكاتب خطأ، كان للمكاتب فكّه بالأرّش، إن كان دون قيمه العبد. وإن كان أكثر لم يكن له ذلك، كما ليس له أن يبتاع بزياده عن ثمن المثل.

عليه كالقنّ.

و على تقدير اختياره فداءه لا يلزمه الاستمرار عليه، بل له أن يرجع عن اختياره و يسلمه للبيع، إلا إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاما بالفداء، لأنه فوّت بالإعتاق و البيع و التأخير متعلّق حقّ المجنّى عليه.

و لو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجنايه، و لا- يلزم المولى فداه و إن كان هو القابض للنجوم، لأنه يجبر على قبولها فالحواله على المكاتب أولى.

قوله: «لو جنى عبد. إلخ».

إذا جنى عبد المكاتب، فإما أن يجنّى على أجنبيّ، أو على سيّده و هو المكاتب، أو على سيّد سيّده، فهنا أقسام:

الأول: أن يجنّى على أجنبيّ، فإن كان عمدا و هو مكافئ فله القصاص، فإن عفا المستحقّ على المال أو كانت الجنايه موجهه للمال تعلق برقبته يباع فيه، إلا- أن يفديه المكاتب. و هل يفديه بالأرّش أو بالأقلّ منه و من قيمته؟ القولان. فإن قلنا بالأول- و هو ظاهر اختيار المصنف- فإن كان الأرّش قدر قيمته أو أقلّ فللمكاتب الاستقلال به، و إن كان أكثر لم يستقلّ به كما لا يستقلّ بالتبرّعات.

ثمّ الاعتبار بقيمه العبد يوم الجنايه، لأنه يوم تعلق الأرّش بالرقبه. و فيه وجه آخر: أنه يعتبر قيمه يوم الاندمال، بناء على أنه وقت المطالبه بالمال.

الرابعة: إذا جنى (١) على جماعه، فإن كان عمداً كان لهم القصاص.

وإن كان خطأً كان لهم الأرش متعلقاً برقبته. فإن كان ما في يده يقوم بالأرش، فله افتكاك رقبته. وإن لم يكن له مال، تساوا في قيمته بالحصص.

و ثالث: وهو اعتبارها يوم الفداء، لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه و يستديم (١) الملك فيه يومئذ. و رابع: وهو اعتبار أقلّ القيمتين من يوم الجنايه و يوم الفداء، احتياطاً للمكاتب و إيفاء للمال عليه. و الأوجه آتية في قيمه المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته.

هذا في عبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه. فأما من يتكاتب عليه و يتبعه فيها- كولدته من أمته، و كما لو وهب منه ولده أو والده حيث يجوز له القبول- فليس له أن يفديه بغير إذن السيد، لأن فداه كشرائه.

الثاني: أن يجنى على سيده، فله القصاص، و لا يحتاج إلى إذن السيد، فإن كانت الجنايه خطأً أو عفا على مال لم يجب، إذ لا يثبت للمولى على عبده مال.

الثالث: أن يجنى على سيد سيده، فهو كما لو جنى على أجنبي، فيباع في الأرش إلا أن يفديه المكاتب، و بقي من أحكام جنايه عبده أقسام آخر تأتي (٢).

قوله: «إذا جنى. إلخ».

هذه من جملة أقسام المسألة الثانية، و هي جنايه المكاتب على أجنبي،

ص: ٥٠٣

١- ١) في «خ، م»: و تسليم.

٢- ٢) في الصفحة التاليه.

## الخامسة: إذا كان للمكاتب أب، و هو رقه، فقتل عبدا له

الخامسة: إذا كان للمكاتب أب (١)، و هو رقه، فقتل عبدا له، لم يكن له القصاص كما لا يقتص منه في قتل الولد.

و لو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض، جاز له الاقتصاص، حسما لماده التوثب.

فإذا كانت جنايته على جماعه، فإن كان عمدا و كانت الجنايه عليهم دفعه، بأن قتل اثنين فصاعدا بضربه واحده أو هدم عليهم جدارا، فلهم القصاص جميعا، و الأرش فى الخطأ و ما يوجب مالا. فإن كان ما فى يده يفى بالجميع فله الفك، و إلا تساوا فى قيمته بالحصص. هذا إن أوجبا الأروش بالغه ما بلغت. و إن أوجبا الأقل من أروش الجنايات كلها و من قيمته تحاصوا فيه بالنسبه. و يستوى الأول و الأخير فى الأروش. و فى القصاص مع التعاقب قولان أظهرهما مساواته للأرش، فيشترك الجميع فيه ما لم يحكم به لأولياء الأول، فيكون لمن بعده.

و سيأتى (١) تحقيقه فى محله إن شاء الله.

و لو عفا بعضهم قسّم على الباقيين. و لو كان بعضها يوجب القصاص استوفى و سقط حق الباقيين، فلو عفا على مال شارك. و لو أعتقه المولى أو أبرأه من النجوم فعليه أن يفديه كما سبق. و إن أدى النجوم و عتق فضمان الجنايه عليه.

و فى الذى يلزمهما من الأرش و الأقل القولان.

قوله: «إذا كان للمكاتب أب. إلخ».

هنا مسألتان:

الأولى: إذا كان فى جملة عبيده أبوه فقتل عبدا له لم يكن للمكاتب

ص: ٥٠٤

الاقتصاص منه، لأنه لو قتل ولده لم يكن له قصاص فأولى أن لا يثبت للولد قصاص على الوالد في قتل عبده. و لو كان فيهم ابنه فقتل عبدا له فله أن يقتص منه.

و هل له أن يبيع أباه و ابنه إذا كانا في ملكه و جنيا على عبد آخر له جنايه موجبها المال؟ فيه وجهان أظهرهما العدم، لأنه لا يثبت له على عبده مال، و الأصل منع بيع الوالد. و وجه الجواز: أنه يستفيد به حصول أرش الجنايه، و يخالف غير أبيه و ابنه من عبيده، فإن تعلّق الأرش به لا يفيد شيئا، فإنه كان يملك بيعه قبل الجنايه.

الثانيه: إذا جنى بعض عبيده على بعض فله أن يقتص فيما يوجب القصاص، لأنه من مصالح الملك و لا- يحتاج فيه إلى إذن السيد. و فيه وجه ضعيف بتوقفه على إذنه.

و لو كانت جنايه بعض عبيده على بعض خطأ فلا شيء [له] (١) لأنه لا- يثبت له على ماله مال. و يخالف العبد في ذلك حكم المكاتب حيث تقدّم (٢) أن له أن يفدى نفسه من سيّده بالأرش لو كان هو الجاني. و الفرق أن المكاتب خرج عن محض الرقيّه و صار له ذمّه، بخلاف القنّ المحض، فإنه لا ذمّه له بالنسبه إلى المولى.

ص: ٥٠٥

١-١ من الحجرّيتين فقط.

٢-٢ في ص: ٤٩٩.

السادسه: إذا قتل المكاتب، (١) فهو كما لو مات، وإن جنّى على طرفه عمداً، وكان الجاني هو المولى، فلا قصاص، و عليه الأرش. وكذا إن كان أجنبياً حرّاً. وإن كان مملوكاً ثبت القصاص.

و كلّ موضع يثبت فيه الأرش فهو للمكاتب، لأنه من كسبه.

قوله: «إذا قتل المكاتب. إلخ».

الجنايه على المكاتب إما أن يكون على نفسه أو على ما دونها.

ففى الثانى له القصاص إن كانت توجهه، وليس للسيد منعه، كالمريض يقتصّ ولا- يعترض عليه الورثه، والمفلس يقتصّ ولا يعترض عليه الغرماء.

و فيه احتمال بالمنع، لأنه قد يعجز نفسه فيعود إلى المولى مقطوع اليد- مثلاً- بلا جابر.

و على الأول، فإن اقتصّ فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال، لكن لو كان المال دون أرش الجنايه أو عفا مجاناً ففى نفوذه بغير إذن المولى وجهان أصحهما النفوذ، بناء على أن موجب العمد القصاص لا المال. وإن كانت الجنايه موجباً للمال لم يصحّ عفوه بدون إذن المولى. وإن عفا ياذنه ففيه القولان السابقان.

و حيث يثبت المال لما دون النفس فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم، لأنه يتعلّق بعضو من أعضائه، فهو كالمهر تستحقّه المكاتبه، ولأن كسبه له، وهو عوض ما تعطلّ من كسبه بقطع العوض و ما فى معناه.

و إن كانت نفسا بطلت الكتابه و يموت رقيقا. ثمَّ إن كان القاتل المولى فليس عليه إلا الكفَّاره. و إن قتله أجنبيَّ فـللمولى القصاص مع المكافأه أو القيمه.

و له كسبه بطريق الملك لا الإرث.

و لو كان القتل بسرايه الجرح، فإن كان قبل أن يعتق و قد أدى أرش الجرح إلى المكاتب أكمل القيمه للمولى، و إلا دفع إليه تمام القيمه. و إن كان الجانى المولى سقط فيه الضمان و أخذ كسبه.

و إن كانت السرايه بعد ما عتق بأداء النجوم، فإن كان الجانى أجنبيًا فعليه تمام الـديه، لأن الاعتبار فى الضمان بحاله الاستقرار، و يكون ذلك لمن يرثه من أقاربه، فإن لم يكونوا فالمولى بالولاء إن ثبت به.

و إن كان الجانى المولى فعليه تمام الـديه أيضا، بخلاف ما لو جرح عبده القرق ثمَّ أعتقه و مات قبل السرايه حيث لا ضمان، لأن ابتداء الجنايه غير مضمون هنا و ها هنا ابتداؤها مضمون.

و لو حصل العتق بالتقاص، بأن كان قد جنى على طرفه و وافق أرش الجنايه مال الكتابه جنسا و وصفا، فالحكم كما لو حصل العتق بالأداء.

و لا يمنع من التقاص كون الـديه إبلا، فإن الواجب فى الابتداء نصف القيمه فى مثل اليد، و التقاص حينئذ يحصل، ثمَّ إذا سرت الجنايه بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل. و إذا عفا المكاتب عن المال و لم يصحح (١) عفوّه (٢) على ما

ص: ٥٠٧

١- ١) فى «و»: نصَّح، و فى «ص، خ، م»: يصحّ.

٢- ٢) فى «ص»: عتقه، و فى «خ، م» و الحجرَّيتين: عتق.

السابعه: إذا جنى (١) عبد المولى على مكاتبه عمدا، فأراد الاقتصاص، فللمولى منعه. و لو كان خطأ فأراد الأرش لم يملك منعه، لأنه بمنزله الاكتساب. و لو أراد الإبراء توقّف على رضا السيّد.

فضل (١) ثمّ عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه؟ وجهان أصحهما: نعم، لأن عفوه كان لاغيا. و وجه العدم: أن المانع كان حقّ غيره و قد زال، كما لو باع مال غيره فضولا- ثمّ ملكه، و أولى بالصحة هنا، لأن الأرش ملكه، فأشبهه تصرّف المفلس زمن الحجر. و فى بطلانها أو وقوفها وجهان سبقا.

و لو كان الجانى على طرف المكاتب عبده فله القصاص. و لو كانت الجنايه خطأ لم يثبت له على عبده مال.

قوله: «إذا جنى الخ».

منعه من الاقتصاص من عبد المولى قول الشيخ فى المبسوط (٢)، لبقاء الرقيّه المقتضيه للسلطنه، و كونه تصرّفا ليس (٣) باكتساب و لا يعين عليه.

و يضعّف بأن ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غير المولى، لورود الدليل فيه. و الأقوى جوازه، لعموم الآيه (٤)، و انقطاع سلطنه المولى عنه.

ص: ٥٠٨

١-١ فى «ص، و» و نسخه بدل «د» و الحجرّيتين: فضّل.

٢-٢ المبسوط ١٤٧: ٦.

٣-٣ فى «خ، م»: ليس فيه اكتساب.

٤-٤ المائده: ٤٥.

و أما المطلق: (١) فإذا أذى من مكاتبته شيئاً، تحرّر منه بحسابه.

فإن جنى هذا المكاتب، وقد تحرّر منه شيء، جنايه عمداً على حرّ، اقتص منه.

و لو جنى على مملوك لم يقتص منه، لما فيه من الحرّيه، و لزمه من أرش الجنايه بقدر ما فيه من الحرّيه، و تعلق برقبته منها بقدر رقبته.

و لو جنى على مكاتب مساو له اقتص منه. و إن كانت حرّيه الجانى أزيد لم يقتص، و إن كانت أقلّ اقتص منه.

و لو كانت الجنايه خطأ، تعلق بالعاقله بقدر الحرّيه، و برقبته بقدر الرقيه. و للمولى أن يفدى نصيب الرقيه، بنصيبها من أرش الجنايه، سواء كانت الجنايه على عبد أو حرّ.

و لو جنى عليه حرّ، فلا قصاص، و عليه الأرش. و إن كان رقاً اقتص منه.

قوله: «و أما المطلق. إلخ».

الضابط: أن المبعّض بالنسبه إلى ما فيه من الحرّيه كالحرّ فى الأحكام، و منها عدم قتل المملوك به و من هو أنقص حرّيه، و ثبوت خطئه على عاقلته، و تعلق الجنايه الموجه للمال بدمته، و غير ذلك. و بالنسبه إلى ما فيه من الرقيه كالعبد، و يلزمه تعلق الجنايه الموجه للمال برقبته، و جواز فكّ المولى له، و عدم قتل الحرّ و من هو أزيد حرّيه به، إلى غير ذلك من الأحكام. فيجتمع على المبعّض حكم الجنائين (١) حيث لا يتنافيان.

ص: ٥٠٩



## المقصد الثالث: فى أحكام المكاتب فى الوصايا

المقصد الثالث: فى أحكام المكاتب فى الوصايا.

وفيه مسائل:

### الأولى: لا تصح الوصية بركة المكاتب، كما لا يصح بيعه

الأولى: لا تصح الوصية (١) بركة المكاتب، كما لا يصح بيعه. نعم، لو أضاف الوصية به إلى عوده فى الرقّ جاز، كما لو قال: إن عجز وفسخت كتابته فقد أوصيت لك به.

و تجوز الوصية بمال الكتابه. و لو جمع بين الوصيتين لواحد أو لاثنتين جاز.

قوله: «لا تصح الوصية بالخ».

لما كانت الكتابه لازمه من جهه المولى فليس له التصرف فى رقبته و منفعتة، و لم تصح وصيته به كما لا يصح له بيعه، و كما لا تصح الوصية بعد غيره. نعم، لو قال: إن عجز مكاتبى هذا و عاد إلى الرقّ فقد أوصيت به لفلان، صح، كما لو أوصى بثمره نخلته و حمل جاريته المتجددين بعد الوصية.

ثم إن عجز فأراد الوارث إنظاره فـللموصى له تعجيزه ليأخذه، و إنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما فى المجنى عليه. و يحتمل تقديم الوارث، لأن الوصية له مشروطه بفسخ كتابته و لم يحصل الشرط.

هذا إذا كانت الوصية معلقه على فسخ كتابته مطلقا. أما لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر فى صحتها عجزه فى حياته. و فى التحرير (١) جعل الإطلاق محمولا على عجزه فى حياته، و إنما يكتفى بها (٢) بعد موته لو صرح به. و هو غير واضح.

ص: ٥١٠

١-١) تحرير الأحكام ٢:٩٠.

٢-٢) فى «خ، م»: بما.

الثانية: لو كاتبه مكاتبه (١) فاسده، ثم أوصى به جاز. و لو أوصى بما فى ذمته، لم يصح. و لو قال: فإن قبضت منه فقد أوصيت به لك، صح.

و أما الوصيه بالنجوم على المكاتب فهي صحيحه و إن لم تكن مستقره، كما تصح الوصيه بالحمل و إن لم يكن مملوكا فى الحال. فإن أذاها فهي 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.

و لو أوصى لواحد برقبته إن عجز و لآخر بالنجوم صحّت الوصيتان. ثم إن أدى المال أو أبرأه منه بطلت الوصيه الاولى، و إن رقى بطلت الثانية. لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته. فإن امتنع و أمهله فالوجهان السابقان.

و استوجه فى التحرير (١) عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث. و لو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئا فهو له. و لو اختلف الموصى له بالرقبه و بالمال فى الفسخ عند العجز قدم صاحب الرقبه، كما يقدم (٢) صاحب الرقبه على الوارث. قوله: «لو كاتبه مكاتبه. إلخ».

قد تقدم أن الكتابه الفاسده عندنا لا أثر لها البتّه، فإذا أوصى بما فى ذمته لم يصح، لأنه لم يثبت له بها شيئا فى ذمته. و إن أوصى برقبته صح كما لو أوصى برقبه عبده القن. و لو أوصى بما يقبضه منه صح، لأن الذى يقبضه منه ملكه

ص: ٥١١

١-١) المصدر السابق.

٢-٢) فى «ص، د، ط، م»: تقدم، و فى «خ»: قدم.

## الثالثه: إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقى عليه

الثالثه: إذا أوصى أن يوضع (١) عن مكاتبه أكثر ما بقى عليه، فهو وصيته بالنصف و زياده، و للورثه المشيئه فى تعيين الزياده.

و لو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه و مثله، فهو وصيه بما عليه، و بطلت فى الزائد.

و لو قال: ضعوا عنه ما شاء، فإن شاء و أبقى شيئا صحّ. و إن شاء الجميع قيل: لا يصحّ، و يبقى منه شيء بقريته حال اللفظ.

بواسطه أنه كسب مملوكه لا- من حيث إنه مال الكتابه، حتى لو صرح بالوصيه بما يقبضه منه من مال الكتابه لم يصحّ، كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض.

و ظاهر إطلاق المصنف و الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ فى المبسوط (١) عدم الفرق فى ذلك بين العالم بفساد الكتابه و الجاهل به، نظرا إلى حقيقه الحال و موافقه الوصيه ملك الموصى. و يحتمل الفرق، لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبه فعنده أن ما يأتى به لغو. و قد تقدّم مثله فى مواضع، ذكر منها فى كتاب الهبات من باع ما وهبه مع فساد الهبه، أو باع مال مورثه معتقدا بقاءه فظهر موته، أو أوصى برقبه معتقه فظهر فساد عتقه، فلينظر بحثه (٢) ثمّ.

قوله: «إذا أوصى أن يوضع. إلخ».

الوصيه بالوضع عن المكاتب صحيحه معتبره من الثلث، و يتبع فيها مقتضى اللفظ و القرينه كما فى نظائره من المحاورات اللفظيه. و قد ذكر هنا من ألفاظ الوصيه له ثلاث مسائل:

الاولى: أن يوصى المولى بأن يوضع عن المكاتب أكثر ما بقى عليه أو

ص: ٥١٢

١- ١) المبسوط ١٦١: ٦.

٢- ٢) انظر ج ٤٩: ٦ و ٥١ و ٥٢.

أكثر ما عليه، فيوضع عنه نصف ما عليه و زياده يتحقق بها الأكثرية، و تقدير الزيادة إلى اختيار الوارث. و الأظهر كون الزائد على النصف من جملة الوصية لا ابتداء عطية، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العطية، بل في الوصية، و غايته أن يكون تعيين الوصية مفوضاً إلى الوارث.

و هل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متموله، أم يكفي التمول بانضمامها إلى النصف؟ و جهان أظهرهما الثاني، لأن التمول إنما يعتبر في الوصية و غيرها مع الانفراد و أما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع و إلاّ- لزم عدم صحه الجميع، لأن أجزاءه تبلغ حدًا لا يتمول، و الوصية هنا بمجموع النصف و الزيادة لا بالزيادة وحدها.

الثانيه لو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه و مثله، فهو وصيته بجميع ما عليه و زياده، لأن ما يزيد عن النصف هو نصف الوصية فيكون مثله زائدا على مجموع المال، فيصح فيه و يلغو في الزائد، و مثله ما لو قال: ضعوا أكثر ممّا عليه، أو ما عليه و أكثر، و نحو ذلك.

و لو قال: أكثر ما عليه و نصفه، وضع عنه ثلاثه أرباع ما عليه و زياده شيء، و 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 مالا يتمول.

فهو فاسد، لما ذكرناه من أن الوصية بالمجموع لا بالزيادة منفردة، سواء نصّفها أم لا.

الثالثه: لو قال: ضعوا عنه ما شاء، أو: ما شاء من مال الكتابه، فإن أبقى

منه شيئاً فلا إشكال في الصحّ، وإن شاء الجميع قال الشيخ (1) في المبسوط: لا يصحّ. أما في الثاني فظاهر، لأن «من» للتبعيض، فكأنّه قال: ضعوا عنه بعض مال الكتابه، وأما في الأول فلأنّ المعنى: ضعوا من كتابته ما شاء، ف«من» مقدّره وإلا لقال: ضعوا عنه النجوم، وإذا كان هذا مضمراً كان كالصوره الأخرى.

و فيه نظر، لأنّ تقدير ما شاء من مال الكتابه بمعنى التبعيض غير لازم، بل يجوز أن يكون معناه ما يريده، و تقدير «من» للتبعيض غير متعين، لأنّه كما يحتمل التبعيض يحتمل التبيين، فيصحّ تعلّقها بالجميع.

نعم، يمكن أن يقال: إن «من» باشتراكها بين التبيين و التبعيض لا يدلّ على أحدهما بدون القرينه كما في كلّ مشترك، و حينئذ فالبعض معلوم على التقديرين و الجميع مشكوك فيه، لقيام الاحتمال، فيرجع الأمر إلى معنى التبعيض و إن لم يحمل عليه بخصوصه.

و لو دلّت القرينه على إرادته التبيين أو إرادته الجميع من غير اعتبار «من» عمل بها. و لعلّها موجوده في الصوره الأولى على إرادته ما يتناول الجميع.

و يظهر من المصنف خلاف ذلك، و أن ظاهر حال اللفظ يقتضى التبعيض.

فيمكن أن يريد بحال اللفظ ما ذكرناه من الافتقار إلى تقدير «من» التي لا يتيقن من معناها إلا التبعيض، و أن يريد به حال التركيب كما أشرنا إليه من أنه لو أراد الجميع لقال: ضعوا عنه النجوم.

و فيه نظر، للفرق بين الإرادتين، فإنه في الأولى جعل المشيئه إليه في إرادته البعض و الجميع، و هذا الغرض لا يتأدى بقوله: ضعوا عنه النجوم، لأن

ص: ٥١٤

الرابعة: إذا قال: ضعوا (١) عنه أوسط نجومه، فإن كان فيها أوسط عددا أو قدرا انصرف إليه. وإن اجتمع الأمران، كان الورثه بالخيار في أيهما شاءوا. وقيل: تستعمل القرعه. وهو حسن.

وإن لم يكن أوسط، لا قدرا ولا عددا، جمع بين نجمين ليتحقق الأوسط، فيؤخذ من الأربعة: الثاني والثالث، ومن الستة: الثالث والرابع.

مدلوله وضع الجميع خاصه لا- جعل المشيئه إليه في الجميع والبعض، والأغراض تتفاوت في ذلك، فلا يلزم من إرادته تعليق التقدير على المشيئه أن يريد بعض متعلقات المشيئه- وهو الجميع- كما لا يخفى.

قوله: «إذا قال: ضعوا إلخ».

الأوسط لفظ متواطئ يراد به الشيء بين الشيئين على السواء. والسيئته قد تكون بالزمان كوسط النهار المتوسط بين طرفيه، وبالمقدار بسبب زيادته ونقصانه كالاثنين المتوسطين بين الواحد والثلاثة. والمقدار هنا قد يكون في مال النجوم، وقد يكون في الآجال.

والنجم لفظ مشترك في هذا الباب بين أجل مال الكتابه و نفس المال المفروض في الأجل كما بيّناه سابقا (١) وقد تقدّم في الوصايا (٢) أنه إذا أوصى بلفظ يقع على شيئين فصاعدا-سواء كان مشتركا أو متواطئا- وجد في مال الموصى منها أفراد متعدده يتخير الوارث في تعيين أيها شاء، وأن فيه قولاً ضعيفا بالقرعه. وهذه المسأله من جزئيات تلك.

ص: ٥١٥

١-١) في ص: ٤٣١.

٢-٢) في ج ٢٠٠: ٦.

و المراد بالأوسط عددا في النجوم ما كان محفوفاً بمتساويين، كالثاني في الثلاثة، والثالث في الخمسة، والرابع في السبعة. و هو واحد إن كان العدد وترا كما ذكر، واثان إن كان زوجاً، كالثاني و الثالث في الأربعة، و الثالث و الرابع في الستة. و بالأوسط قدرا ما كان في جملتها ما هو أكثر منه مالا و ما هو أقل، كالدينارين بالنسبة إلى الدينار و الثلاثة، سواء تعدد الوسط و الطرفان أم اتحد.

فمتعدد (١) الوسط كما لو كانت الآجال أربعة منها واحد بدينار و آخر بثلاثة و اثنان كل واحد بدينارين. و متعدد الطرفين أو أحدهما كما لو كان في المثال واحد بدينارين و اثنان بدينار و اثنان بثلاثة.

و قد تختلف النجوم قدرا بحيث يتعدد الوسط بهذا المعنى مختلفاً، كما لو كان أحد الأربعة بدينار و الآخر بدينارين و الثالث بثلاثة و الرابع بأربعة، فالثاني محفوف بأقل منه و هو الأول و أكثر و هو الثالث، و الثالث كذلك بالنسبة إلى الثاني و الرابع. فكل واحد (٢) منهما وسط بهذا المعنى، فيحتمل إلحاقهما بالوسط المتعدد فيتخير الوارث، لوجود المعنى في كل منهما، و الحمل على الأكثر، لأنه حقيقى و الآخر إضافى. و بهذا قطع الشهيد في الشرح (٣).

و الكلام في الأوسط أجلا كالكلام في الأوسط قدرا، إلا أن المختلف هنا هو الآجال، بأن كان بعضها شهرا و بعضها شهرين و بعضها ثلاثة، إلى آخر ما فصل (٤) في الأوسط المقدارى.

ص: ٥١٤

١-١) في «ط، و، خ، م» و الحجريتين: فتعدد.

٢-٢) من الحجريتين فقط.

٣-٣) غايه المراد: ٢٤٩.

٤-٤) في الحجريتين: قرّر.

إذا تقرّر ذلك فنقول:النجوم الموصى بأوسطها إما أن يكون لها وسط بالعدد خاصّه، أو بالقدر، أو بالأجل، أو باثنين منها، فإما الأجل و القدر، أو أحدهما مع العدد، أو تجتمع الثلاثة، أو لا يكون له وسط واحد بواحد منها، إما لعدمه أصلا أو لتعدّده (١). و صور هذه الفروض لا يكاد تنحصر، و أصولها ترجع إلى ثمان، و ما يتفرّع عليها يستفاد منها، فلنقتصر عليها.

ألف: أن يكون له أوسط بالعدد خاصّه، كثلاثة أنجم أو خمسة متساويه المقادير و الآجال، أو متفاوتهما تفاوتاً لا- يفرض فيه أوسط. فالأوسط في الثلاثة عددا هو الثاني، و في الخمسة الثالث، لأنه محفوف بمتساويين. و إنما حمل على الواحد المذكور دون ما زاد، كالثلاثة الوسطى من الخمسة، فإنها أيضا محفوفة بمتساويين، لأن الوصية بنجم واحد فلا يصار إلى المتعدّد مع إمكان المتّحد المطابق للوصية. و لو فرض إرادته ما هو أعمّ من الواحد، بأن يريد ما صدق عليه الوسط مطلقا، كان من باب المتعدّد، فيتخير الوارث.

ب: أن يكون لها أوسط بالقدر خاصّه، كأربعة أنجم متساويه الآجال، قسط الأول دينار، و الثاني ديناران، و الثالث ثلاثة، و الرابع أربعة، فالثالث أوسط حقيقي بحسب المقدار، لأنه أكثر ممّا دونه مطلقا و أقلّ ممّا فوقه مطلقا. و الثاني أوسط أيضا بالقدر لكن بالإضافة إلى الثالث و الأول لا- مطلقا، فلذلك حملناه على الثالث خاصّه. و الأوسط بالأجل هنا منتف، لتساوى الآجال فيها. و أما الأوسط بالعدد فيوجد (٢) في الثاني و الثالث، لكنّه متعدّد فلا يحمل عليه الوصية

ص: ٥١٧

١- ١) في «خ، م» و الحجريتين: لتعدّره.

٢- ٢) في «خ، د، م»: فيؤخذ.



كما مَرَّ فليس في المثال أوسط على مقتضى الوصية إلا الثالث.

ج: أن يكون لها أوسط بالأجل خاصه، كأربعة أنجم متساويه المال لكن الأجل الأول منها شهر و الثاني شهران و الثالث ثلاثه و الرابع أربعة.

و التقريب فيه ما ذكر في القدر. و لو فرض أن كلاً من الثالث و الرابع ثلاثه أشهر فالثاني هو الوسط لا غير. و لو فرض اثنان منها كل واحد شهران و الآخر شهر و الرابع ثلاثه فكل واحد من المتفقين يصلح للوسطية، فيحتمل فيه تعدد الوسط و جعله من قسم الواحد المتعدد. و مثله يأتي في الوسط المقدارى.

د: أن يجتمع الأوسط بالعدد و القدر خاصه، إما في واحد كثلاثه أنجم متساويه الآجال، قسط الأول دينار و الثاني اثنان و الثالث ثلاثه، فالثاني وسط بهما فيحمل عليه مؤكداً. أو مفترقين كما لو كان قسط الأول دينارين و الثاني ديناراً، فالأول أوسط بالقدر و الثاني بالعدد.

ه: أن يجتمع العدد و الأجل، كثلاثه متساويه المال مختلفه الآجال.

فقد يجتمع الأوسطان في واحد أيضاً، كما إذا كان أجل الأول شهراً و الثاني شهرين و الثالث ثلاثه. و قد يفترقان، كما إذا كان أجل الأول شهرين و الثاني شهراً.

و: أن يجتمع القدر و الأجل خاصه مجتمعين، كأربعة أنجم أجل الأول شهر و قسطه دينار، و الثاني شهران بدینارين، و الثالث ثلاثه بثلاثه، و الرابع أربعة بأربعة، فالثالث أوسط بهما. و ليس هنا وسط بالعدد متحد، لأنه به الثاني و الثالث و قد تقدم أنه ملغى حيث يمكن الحمل على المتحد. و متفرقين، كما لو

كان الثانى شهرين بثلاثه دنانير،و الثالث ثلاثه أشهر بدينارين،و الآخران (١)بحالهما،فالثالث وسط بالأجل،و الثانى وسط بالقدر.

ز:أن يكون لها وسط بالمفهومات الثلاثه،إما مجتمعه كثلاثه أنجم أجل الأول شهر بدينار،و الثانى شهران بدينارين،و الثالث ثلاثه،بثلاثه،فالثانى وسط بالثلاثه.أو مفترقه،كما لو كان الأول شهرين (٢)بدينار،و الثانى شهرا (٣)بثلاثه دنانير،و الثالث ثلاثه أشهر بدينارين.فالأول وسط بالأجل،و الثانى بالعدد، و الثالث بالقدر،و قد يجتمع اثنان منها و يفترق عنهما واحد،و أمثله تظهر بأدنى تأمل.

ح:أن لا- يكون لها وسط واحد بحسبها و لا- بحسب كل واحد منها،كأربعه أنجم متساويه أموالا و آجالا،أو متفاوتة تفاوت لا يحصل فيه أوسط فرد،فإن حصل فيه أوسط زوج بأحدها أو بأزيد حمل عليه،لتعذر الحقيقه.لكن هل يؤخذ منهما واحد خاصيه يتخير الوارث،أو يؤخذ الاثنان،لأن مجموعهما هو الأوسط؟وجهان،و ظاهر الأصحاب القطع بالثانى.

و فيه نظر،لأنهم إذا سلموا أن الإطلاق محمول على الواحد و الانتقال إلى المجاز لتعذر الحقيقه فالمجاز متعدد باعتبارين،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.

ص:٥١٩

١- ١) فى ما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين:و الآخرين،و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) فى ما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين:شهران.شهر،و الصحيح ما أثبتناه.

٣- ٣) فى ما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين:شهران.شهر،و الصحيح ما أثبتناه.

## الخامسة: إذا أعتق مكاتبه في مرضه، أو أبرأه من مال الكتابه

الخامسة: إذا أعتق مكاتبه (١) في مرضه، أو أبرأه من مال الكتابه، فإن برئ فقد لزم العتق والإبراء، وإن مات خرج من ثلثه. وفيه قول آخر: أنه من أصل التركة.

فإن كان الثلث بقدر الأ-كث من قيمته و مال الكتابه عتق. و إن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل. فإن خرج الأقل من الثلث، عتق و ألغى الأكثر. و إن قصر الثلث عن الأقل، عتق منه ما يحتمله الثلث به، و بطلت الوصية في الزائد، و يسعى في باقى الكتابه. و إن عجز كان للورثة أن يسترقوا منه بقدر ما بقى عليه.

و اعلم أن فروض هذا القسم كثيره، و هى أدق و أخفى تصوّرا من السابقه، فعليك بتأملها. و قد لا يكون للنجوم وسط أصلا، كما لو كانت اثنين خاصه. و فى بطلان الوصية لفقد الموصى به، أو الحمل على واحد التفاتا إلى المجاز و بابه المتسع، نظر. قوله: «إذا أعتق مكاتبه. إلخ».

إذا كاتب عبدا فى الصحه ثم أعتقه أو أبرأه من النجوم فى المرض، فإن برئ من مرضه فلا كلام. و إن مات كان تصرّفه بالعتق و الإبراء من جمله التبرعات المنجزه، فإن جعلناها من الأصل فلا كلام أيضا. و إن قلنا إنها من الثلث- كما هو المشهور- فإن خرج كلّ واحد من القيمه و النجوم من الثلث، بمعنى أن الثلث يسع أحدهما مع التساوى أو الأ-كث منهما، عتق كلّ و سقطت عنه النجوم. و إن تفاوتتا و خرج أقلهما من الثلث دون الآ-خر اعتبر الأقل. فإن كان له سوى المكاتب مائتان، و كانت القيمه مائه و خمسين، و النجوم مائه، خرجت النجوم من الثلث، فيعتبرها و يحكم بنفوذ العتق. و لو كانت القيمه مائه، و النجوم

مائة و خمسين، فالقيمة خارجة من الثلث، فيعتبرها و يحكم بنفوذ العتق. و إنما كان كذلك لأن ملك السيد إنما يستقرّ على الأقلّ منهما، فإن كانت النجوم أقلّ فالكتابة لازمة من جهته، و قد ضعف ملكه في المكاتب، فليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً، و إن كانت القيمة أقلّ فهي التي تخرج عن ملكه، و العبد معرض لإسقاط النجوم بأن يعجز نفسه على قول الشيخ (١) أو يعجز.

و إن لم يخرج واحد منهما من الثلث، بأن كان يملك سوى المكاتب خمسين، فيضمّ أقلهما إلى الخمسين و ينفذ العتق في الثلثين (٢) من العبد. فإذا كانت القيمة مائة و خمسين، و النجوم مائة، ضممنّا النجوم إلى الخمسين و نفّذنا العتق في الثلثين و هو نصف العبد، و تبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإذا أذاه إلى الورثة عتق، و إن عجز فلهم ردّه إلى الرقّ. و إن كان يملك سوى المكاتب مائة و القيمة و النجوم كما صوّرنا عتق ثلثاه، و تبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة. و إن كانت القيمة مائة و النجوم مائة و خمسين فكذلك يعتق ثلثاه، و تبقى الكتابة في ثلثه بثلث مالها و هو خمسون.

هكذا أطلقه [المصنّف ك] [٣] الجماعة (٤). و هو يتمّ بلا- إشكال على القول بجواز الكتابة من جهة المكاتب، لكون مال الكتابة غير مستقرّ، أما على القول بلزومها فلا- يخلو اعتباره من إشكال، إلا- أن يتحقّق العجز بالفعل. و أيضاً فإنه إذا أدّى الخمسين في المثال زاد مال المولى، لأنه يثبت هذا المال بعقده و ورث منه،

ص: ٥٢١

١- ١) المبسوط ٩١:٦.

٢- ٢) في «ق»: ثلثها.

٣- ٣) من «خ، م» فقط،

٤- ٤) المبسوط ١٤٩:٦، إيضاح الفوائد ٦٢٣:٣.

السادسه: إذا أوصى بعتق (١) المكاتب، فمات و ليس له سواه، و لم يحلّ مال الكتابه، يعتق ثلثه معجّلا. و لا ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابه، لأنه إن أدى حصل للورثه المال، و إن عجز استرقّوا ثلثيه، و يبقى ثلثاه مكاتبا يتحرّر عند أداء ما عليه.

فينبغي أن يزيد ما يعتقه منه، فيدخلها (١) الدور، و يستخرج حينئذ بالجبر كنظائرها (٢).

قوله: «إذا أوصى بعتق. إلخ».

هذا الحكم ثابت سواء عجل عتقه أو أوصى به، و إنما خصّ الحكم بالوصيّه بالعتق ليكون مجزوما بكون المعتق ثلثه، للخلاف في الأول.

و تبه بقوله: «و لا- ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابه» على خلاف بعض الشافعيّه (٣)، حيث اعتبر في عتق الثلث وصول الثلاثين إلى الوارث، لأن نفوذ الوصيّه مشروط بكون ضعفها في يد الوارث، و لما لم يرجع هنا إلى الوارث ثلثا العبد و لا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق في الثلث.

و المصنف- رحمه الله- أشار إلى جوابه بقوله: «لأنه إن أدى حصل للورثه المال. إلخ». و محصّله: أن الورثه قد حصل لهم ضعفه يقينا و إنما الموقوف عين الحاصل، و ذلك لأن المكاتب إن أدى مال الكتابه عن الثلاثين حصل للورثه المال و هو ضعف ما عتق، و إن عجز استرقّوا ثلثيه و هو الضعف أيضا، فضعف الوصيّه حاصل على التقديرين و إن لم يكن متعيّنا في أحد

ص: ٥٢٢

١- ١) في «ط»: فيدخله.

٢- ٢) في «خ، و، م»: كنظائره.

٣- ٣) الحاوى الكبير ٢٨٥: ١٨.

السابعه: إذا كاتب المريض (١) عبده اعتبر من الثلث، لأنه معامله على ماله بماله، فجرت المكاتبه مجرى الهبه. وفيه قول آخر أنه من أصل المال، بناء على القول بأن المنجزات من الأصل.

فإن خرج من الثلث نفذت الكتابه فيه أجمع، و يعتق عند أداء المال. وإن لم يكن سواء صحت في ثلثه، و بطلت في الباقي. الأمرين.

و في الجواب نظر، لأن الوارث ممنوع من التصرف فيما حصل له قبل استقرار الأمر بتعيين أحد الأمرين، و الوصيه نافذه بغير مانع، فالشبهه غير منحسمه. و قد تقدّم الكلام على نظير المسأله فيما سبق [و] (١) في الوصايا.

و اعلم أن قول المصنف رحمه الله: «و يبقى ثلثاه مكاتباً» معطوف على قوله: «يعتق ثلثه معجلاً» و ما بينهما معترض بين الحكمين. قوله: «إذا كاتب المريض. إلخ».

في قوله: «لأنه معامله على ماله بماله» جواب عن سؤال مقدّر، تقريره:

أن الكتابه معاوضه مائيه، لأنها إما بيع العبد نفسه أو عتق بعوض فالعوض حاصل على التقديرين، و هو واصل إلى الورثه في مقابله (٢) العبد، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرع و المحاباه فلائى شىء يعتبر من الثلث؟ و تقرير الجواب: أن الكتابه و إن كانت معاوضه إلا أنها بحسب الصوره لا الحقيقه، لأن العوض و المعوض كليهما (٣) من مال المولى، إذ الكسب تابع

ص: ٥٢٣

١- ١) من «د، ق، و، ط»، و انظر ج ٢١٠: ٦.

٢- ٢) في «ط»: معامله.

٣- ٣) في ما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين: كلاهما، و الصحيح ما أثبتناه.

للمملوك، فهي معاوضه على ماله بماله، فكانت فى معنى التبرع المحض، فلذلك اعتبرت من الثلث مع عدم الإجازة، بخلاف المعاوضه المشتمله على عوض يدخل فى مال المالك من خارج كالبيع بثمان المثل و الإجاره، إذ ليس فيها تفويت مال و إن اشتملت على تبدل الأعيان، لأن المعتبر فى نظر العقلاء غالباً هو أصل المائيه دون خصوصيه العين. و بهذا يخالف ما إذا باع نسيئه فى مرض الموت بثمان المثل حيث يصح البيع فى الجميع، لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن، و ها هنا لو لم يكتب لحصل (1) له كسبه.

إذا تقرّر ذلك، فإذا كاتب فى مرض الموت و قلنا إن منجزاته من الثلث اعتبرت قيمه العبد من الثلث. فإن لم يملك شيئاً سواه و أدى النجوم فى حياه المولى، فإن كان كاتبه على مثلى قيمته عتق كله، لأنه يبقى للورثه مثلاه. و إن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه، لأنه إذا أخذ مائه و قيمته مائه فالجمله مائتان، فينفذ التبرع فى ثلث المائتين و هو ثلثا المائه.

و لو كاتبه على مثل قيمته و قبض نصف النجوم صحّت الكتابه فى نصفه.

و إن لم يؤدّ حتى مات السيد نظر إن لم تجز الورثه ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإن أدى حصّيته من النجوم عتق. و هل يزداد فى الكتابه بقدر نصف ما أدى و هو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل قيمه؟ فيه وجهان كما فى المسأله السابقه (2).

و وجه العدم: أن الكتابه قد بطلت فى الثلاثين فلا تعود. و هذا هو الذى جزم به

ص: ٥٢٤

١- ١) كذا فى «د، و»، و فى «ط» و الحجرّيتين: يحصل، و فى «ص، ق، خ، م»: لم يحصل.

٢- ٢) انظر ص: ٥٢١-٥٢٢.

إشارة

و أما الاستيلاء (١) فيستدعى بيان أمرين:

الأول: في كيفية الاستيلاء

الأول: في كيفية الاستيلاء.

و هو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه. و لو أولد أمه غيره مملوكا ثم ملكها لم تصر أم ولده.

و لو أولدها حرًا، ثم ملكها، قال الشيخ: تصير أم ولده، و في روايه ابن مارد: لا تصير أم ولد له.

المصنف و الجماعة (١). و وجه الزيادة: زياده ما صار بيد الوارث، فكان كما لو ظهر للميت دفين أو نصب شبكه في الحياه (٢) فيعقل فيها صيد بعد الموت، فإنه يزداد في الكتابه لذلك.

قوله: «و أما الاستيلاء. إلخ».

يدخل في العلوق إذا ولدته تامة و ناقصا، بل مضغه و علقه، لا نطفه في الأصح، لعدم اليقين بكونها مبدأ للنشوء و استعدادها للصوره الإنسانيه، بخلاف أختيها، و استصحابا لحكم الأمه. و فائده غير الحيّ إبطال التصرف المخرج عن الملك الواقع زمن الحمل، و انقضاء العده به للحره و الأمه من الزوج و الشبهه.

و يشترط في تحقق الاستيلاء كون الولد حرًا حال العلوق على الأظهر، بل لم ينقل المصنف فيه خلافا، لأن الاستيلاء إنما يثبت تبعاً لحرية الولد، و إلى ذلك أشار النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقوله في جاريه: «أعتقها ولدها» (٣). فلو

ص: ٥٢٥

١- (١) انظر المبسوط ١٥٠: ٦.

٢- (٢) في «خ، م»: حياته.

٣- (٣) سنن ابن ماجه ٨٤١: ٢ ح ٢٥١٦، سنن الدار قطنى ١٣١: ٤، مستدرک الحاكم ١٩: ٢، نصب الرايه ٢٨٧: ٣.



و لو وطئ المرهونه (١) فحملت، دخلت في حكم أمهات الأولاد.

كان مملوكا [له] (١) إما لكون الواطئ عبدا حاله الوطء و الحمل، أو باشتراط الرقيه في حال كونه حرًا و جؤزنا الشرط، لم تصر أم ولد، خلافا للشيخ (٢) و ابن حمزه (٣)، نظرا إلى الوضع اللغوى.

و كذا الخلاف فيما إذا أولد أمه غيره ولدا حرًا، بأن تزوجها في حال حرّيته و لم يشترط الرقيه ثمّ ملكها، عملا بالأصل، و الشك في السبب، و لأن الاستيلاء لم يثبت في الحال فلا يثبت بعد، مؤيدا بروايه ابن مارد عن الصادق عليه السلام في رجل يتزوج الأمه و يولدها ثمّ يملكها و لم تلد عنده بعد قال: «هي أمته إن شاء باعها ما لم يحدث بعد ذلك حمل، و إن شاء أعتق» (٤).

قوله: «و لو وطئ المرهونه، إلخ».

إذا وطئ الراهن أمته المرهونه فحملت صارت أم ولد، لوجود المقتضى له و هو علوقها في ملكه، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونها مرهونه و الرهن لم يخرجها عن ملكه و إن حظر عليه التصرف، فإن الاستيلاء يجمع الوطء المحرّم بعارض حيث يكون الملك متحققا، كالوطء [في] (٥) حاله الحيض و الإحرام.

و مقتضى قوله: «دخلت في حكم أمهات الأولاد» تحريم بيعها على المرتهن، و ذلك في معنى بطلان الرهن. و هو أحد الأقوال في المسألة، و به صرح

ص: ٥٢٦

١-١) من الحجريتين فقط.

٢-٢) المبسوط ١٨٧:٦، الخلاف (طبعه كوشانپور) ٦٧٤:٢ مسأله (٣).

٣-٣) الوسيله: ٣٤٢-٣٤٣.

٤-٤) التهذيب ٤٨٢:٧ ح ١٩٤٠، الوسائل ١٠٥:١٦ ب «٤» من أبواب الاستيلاء.

٥-٥) من الحجريتين فقط.

و كذا لو وطئ(١)الذمى أمتة،فحملت منه.و لو أسلمت بيعت عليه.و قيل:يحال بينه و بينها،و تجعل على يد امرأه ثقه.و الأول أشبه.

المصنف فى كتاب (١)الرهن،لعموم (٢)النهى عن بيع أمهات الأولاد.و فيه قول آخر أنه لا يبطل،و يقدم حق المرتهن لسبقه.و هذا أقوى.

قوله:«و كذا لو وطئ،إلخ».

الإسلام غير شرط فى الاستيلاء،لعموم (٣)،فلو أولد الكافر أمتة لحقها حكم أمهات الأولاد،لكن لو أسلمت قبله تعارض عموم (٤)تحريم بيع أم الولد و تحريم بقاء المسلم فى ملك الكافر الموجب لوجود السبيل له عليه المنفى بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (٥)فيجب إزاله السبيل عن أم الولد المسلمه.

و قد اختلف كلام الشيخ و غيره فى مزيله (٦)،ففى المبسوط (٧):تباع،و هو الذى اختاره المصنف،لأن السبيل لا ينتفى رأسا بدونه،و يكون بيعها مستثنى من عموم النهى لذلك،فإنه مخصوص بمواضع كثيره.

و قال فى الخلاف (٨):تجعل عند امرأه مسلمه تتولى القيام بها،جمعا بين

ص:٥٢٧

- 
- ١- ١) شرائع الإسلام ٢:٩٩.
  - ٢- ٢) الكافى ٦:١٩٣ ح ٥،الفقيه ٣:٨٣ ح ٢٩٩،التهذيب ٨:٢٣٨ ح ٨٦٢،الاستبصار ٤:١٢ ح ٣٦،الوسائل ١٦:١٠٤ ب (٢)من أبواب الاستيلاء ح ١.
  - ٣- ٣) انظر الوسائل ١٦:١٠٧ ب «٦» من أبواب الاستيلاء.
  - ٤- ٤) الكافى ٦:١٩٣ ح ٥،الفقيه ٣:٨٣ ح ٢٩٩،التهذيب ٨:٢٣٨ ح ٨٦٢،الاستبصار ٤:١٢ ح ٣٦،الوسائل ١٦:١٠٤ ب (٢)من أبواب الاستيلاء ح ١.
  - ٥- ٥) النساء:١٤١.
  - ٦- ٦) فى «خ،د»و الحجرتين:تنزيله.
  - ٧- ٧) المبسوط ٦:١٨٨.
  - ٨- ٨) الخلاف(طبعه كوشانپور)٢:٦٧٤ مسألة (٢).

الثانى: فى الأحكام المتعلقة بأم الولد.

وفيه مسائل:

**الأولى: أم الولد مملوكه، لا تتحرر بموت المولى**

الأولى: أم الولد (١) مملوكه، لا تتحرر بموت المولى، بل من نصيب ولدها. لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيا، إلا فى ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى، ولا - وجه لأدائه إلا منها. ولو مات ولدها رجعت مطلقا، و جاز التصرف فيها، بالبيع وغيره من التصرفات.

الحقّين، لأن الاستيلاء مانع من البيع ولا سبيل إلى بقاء السبيل فيجمع بينهما بذلك.

و للعلامه (١) قول ثالث أنها تستسعى، لأن العتق و الحيلولة إضرار بالملك (٢) و البيع منهى عنه، و السبيل واجب الإزالة، فوجب الاستسعاء. و هذا يوجب الاكتفاء بالكتابه بطريق أولى، لأنها تقطع تصرف المولى بخلاف الاستسعاء.

و الأصحّ الأول. و الحقّ فيه لله تعالى لا للمملوك، فلو رضى ببقائه فى ملك الكافر لم يجب إليه (٣).

قوله: «أم الولد. إلخ».

لا - خلاف فى كون أم الولد مملوكه ما دام المولى حيا، فيلحقها أحكام المماليك من جواز إجارتها و تزويجها و تحليلها للغير و وجوب نفقتها و غير ذلك من الأحكام، سوى البيع و نحوه من وجوه النقل عن ملكه، إلا فى مواضع مخصوصه أشهرها فى ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى و لا وجه له إلى أدائه

ص: ٥٢٨

١ - ١) المختلف: ٦٤٧.

٢ - ٢) فى «د»: بالمالك.

٣ - ٣) فى الحجرّيتين: البتّه.

الثانية: إذا مات مولاها، (١) وولدها حي، جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه. و لو لم يكن سواها، عتق نصيب ولدها منها، وسعت في الباقي. و في روايه: تقوّم على ولدها إن كان موسرا.

و هي مهجوره.

سواها، سواء كان حيا أم ميتا على ما يقتضيه إطلاق العبارة، و الأمر فيه كذلك.

و قد تقدّم البحث فيه في النكاح (١) و البيع (٢) فلا وجه لإعادته.

قوله: «إذا مات مولاها. إلخ».

لا شبهه في اعتاق نصيب ولدها منها بمقتضى الملك و عتق القريب به. و أما جعلها بأجمعها في نصيب ولدها مع ترك مولاها مالا غيرها فمستنده النص (٣)، و إلا- فهو حكم على خلاف الأصل حيث إن الملك قهري فلا يسرى. و لو لم يكن سواها عتق نصيبه منها وسعت في الباقي، كما في كل من أعتق بعضه و لم يسر الباقي على أحد.

و الروايه بتقويمها على ولدها هي موثقه و هيبن بن حفص عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات قال: «إن شاء يبيعها باعها، و إن مات مولاها و عليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ابنها قبل أمه يبعث في ميراث الورثه إن شاء الورثه» (٤).

ص: ٥٢٩

١-١) انظر ج ٤٦: ٨.

٢-٢) انظر ج ١٧٠: ٣.

٣-٣) لاحظ الوسائل ١٠٧: ١٦ ب «٦» من أبواب الاستيلاء، ح ١ و ٢.

٤-٤) التهذيب ٢٣٩: ٨ ح ٨٦٥، الاستبصار ٤: ١٤ ح ٤١، الوسائل ١٠٨: ١٦ ب «٦» من أبواب الاستيلاء ذيل ح ٤.

## الثالثه: إذا أوصى لأم ولده

الثالثه: إذا أوصى لأم ولده (١)، قيل: تنعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصيه. و قيل: تنعتق من الوصيه، فإن فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها. و هو أشبه.

و عمل بمضمونها الشيخ في النهايه (١). و في سندها ما لا يخفى. و هي مع ذلك مهجوره العمل عند غير الشيخ في النهايه، و قد رجع عنه في غيرها (٢).

فالمذهب (٣) عدم التقويم.

قوله: «إذا أوصى لأم ولده. إلخ».

وجه الأول: أن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث و إن منع من التصرف فيها قبل أداء الدين و الوصيه، فيعتق عليه نصيبه و يحتسب عليه الباقي كما مر. و في صحيحه (٤) أبي عبيده عن الصادق عليه السلام ما يدل عليه أيضا.

و وجه الثاني: أن الإرث متوقف على أداء الدين و الوصيه، لقوله تعالى:

مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (٥) فلا- يحكم لابنها بشيء حتى يحكم لها بالوصيه، فيعتق منها إن وفّت بقيمتها، و يكمل من نصيب ولدها إن قصر كما لو لم يكن هناك وصيه.

و المصنف- رحمه الله- اختار هنا الثاني، و في النكت (٦) اختار الأول.

و المسأله لا تخلو من إشكال، و الروايه لا تخلو من اضطراب. و قد تقدّم البحث

ص: ٥٣٠

١- (١) النهايه: ٥٤٧.

٢- (٢) انظر المبسوط ٦: ٦٨.

٣- (٣) في «م»: و المذهب، و في الحجريتين: فالوجه.

٤- (٤) الكافي ٧: ٢٩ ح ٤، الفقيه ٤: ١٦٠ ح ٥٥٩، التهذيب ٩: ٢٢٤ ح ٨٨٠، الوسائل ١٣: ٤٧٠ ب «٨٢» من أبواب أحكام الوصايا، ح ٤.

٥- (٥) النساء: ١١.

٦- (٦) النهايه و نكتها ٣: ١٥١.

الرابعة: إذا جنت أم الولد (١) خطأ، تعلقت الجنايه برقتها، و للمولى فكها. و بكم يفكها؟ قيل: بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمتها، و قيل: بأرش الجنايه، و هو الأشبه. و إن شاء دفعها إلى المجنى عليه.

و فى روايه مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام: جنايتها فى حقوق الناس على سيدها.

و لو جنت على جماعه، فالخيار للمولى أيضا بين فديتها، و تسليمها إلى المجنى عليهم أو ورثتهم، على قدر الجنايات.

فيها مستوفى فى الوصايا (١).

قوله: «إذا جنت أم الولد. إلخ».

وجه تخييره بين فداها و دفعها: أنها مملوكه له و المولى لا يعقل عبدا.

ثم إن اختار فداها فى مقداره قولان للشيخ، فى المبسوط (٢) يفديها بأقل الأمرين من قيمتها و أرش الجنايه، لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كان القيمه فهى بدل العين فىقوم مقامها، و الجانى لا- يجنى على أكثر من نفسه، و المولى لا- يعقل مملوكه، فلا يلزم الزائد.

و فى الخلاف (٣) يفديها بأرش الجنايه بالغا ما بلغ إن لم يسلمها، لتعلقه برقتها، و ربما رغب فيها رغب بالزياده لو دفعها. و هذا هو الذى اختاره المصنّف. و فى الأول قوّه. و ليس الحكم مختصا بأم الولد، بل بكلّ مملوك.

ص: ٥٣١

١- (١) انظر ج ٢٢٩: ٦.

٢- (٢) المبسوط ١٦٠: ٧.

٣- (٣) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٣٩٨: ٢ مسأله (٨٨).

## الخامسة وليده نصرانيه أسلمت عند رجل، و ولدت منه غلاما و مات

الخامسة: روى محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام: في وليده نصرانيه أسلمت عند رجل، و ولدت منه غلاما و مات، فأعتقت و تزوجت نصرانيا و تنصّرت و ولدت، فقال عليه السلام: ولدها لابنها من سيدها، و تحبس حتى تضع، فإذا ولدت فاقتلها. و في النهايه: يفعل بها ما يفعل بالمرتده. و الروايه شاذّه.

و للشيخ في المبسوط (١) قول ثالث أن أورش جنائتها على سيدها، لمنعه بيعها بالاستيلاء، فأشبهه عتق الجاني. و تدلّ عليه روايه مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنه قال: «أم الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، و متى كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإن ذلك على بدنّها، و يقاصّ منها للمالك» (٢).

قوله: «روى محمد بن قيس. إلخ».

هذه الروايه- مع ضعف سندها باشتراك محمد بن قيس بين الثقه و الضعيف و غيرهما، و بابن فضال- مخالفه للأصل من استرقاق ولدها الحرّ المتولّد من نصرانيّ محترم، و قتل المرأه المرتده خصوصا عن ملّه. و المختار ما ذكره في النهايه (٣) من إجراء أحكام المرأه المرتده عليها و بقاء ولدها على الحرّيه.

تمّ المجلّد العاشر و لله الحمد و يليه المجلّد الحادى عشر يا ذنه تعالى

ص: ٥٣٢

١-١) المبسوط ١٦٠:٧.

٢-٢) الكافي ٣٠٦:٧ ح ١٧، التهذيب ١٠:١٩٦ ح ٧٧٩، الوسائل ١٩:٧٦ ب «٤٣» من أبواب القصاص في النفس.

٣-٣) النهايه: ٤٩٩-٥٠٠.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات



الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](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  
اصبهان  
الغمامية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩