



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

تَيْمَّةُ الْمُحَدَّثَاتِ النَّاصِرَةِ

فِي

أَحْكَامِ الْعِتْرَةِ الطَّاهِرَةِ

تأليف:

الشيخ حسين آل عصفور

الجزء الأول

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تتمه الحقائق الناضره فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

حسين آل عصفور

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بى جا ، بى نا)

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٣	تتمه الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ١
٢٣	اشاره
٢٣	اشاره
٢٥	المقدمه
٢٦	نبذه من حياه المؤلف قدس سره
٢٧	كتاب المتاجر
٢٩	الروايات الوارده لتحديد أقصى الحمل
٣١	مقدمات التجاره قسم العقود
٣٢	فى كسب الصرف
٣٤	تحريم الاحتكار وكراهته
٣٦	الفوائد والغايات المترتبه للنكاح
٣٨	فى الكسب الحرام
٤٠	تتمه الكتاب الظهار المسأله الرابعه: لو ظاهر من زوجته الأمه ثم اشترها من مولاها، وفيها فروع ثلاثه
٤٢	بيع الأعيان النجسه
٤٤	الثانى: لو ظاهر من اربع نسوه له بلفظ واحد
٤٦	لو اختلف الزوجان فى الدخول وعدمه
٤٨	الثالث: لو ظاهر من امرأه واحده مرارا متعدده
٥٠	لو طلق الرجل زوجته فاعتدت وتزوجت ثم أتت بولد
٥٢	فى أن المحبوس ليسوا داخلين تحت إطلاق أهل الكتاب
٥٤	فى ما قاله الفقهاء فى المقام
٥٦	حكم تعليق الظهار
٥٨	عدم جواز اقتناء المؤذيات
٦٠	ما قصد به المحرم

- ٦٢ فيما لا يحمد من صفات النساء
- ٦٤ فيما أشكله المصنف في قول صاحب المسالك في أنه لا فرق في أهل الكتاب بين الحربى منهم والذمى
- ٦٦ حكم الوطاء قبل الاطعام على تقدير عجز المظاهر عن التعلق والصيام
- ٦٨ ما هو حرام بنفسه
- ٧٠ لو جامع المظاهر قبل التكفير
- ٧٢ لا فرق بين الحصر العام والحصر الخاص
- ٧٤ هل يحرم على المظاهر ما دون الوطاء؟
- ٧٦ لو عجز المظاهر عن الكفاره بخصالها الثلاث
- ٧٨ حكم عباده الجاهل
- ٨٠ فيما لو أسلمت زوجته الكافر قبل الدخول
- ٨٢ المسأله الثالثه: في وطاء الشبيهه
- ٨٤ اعتبار النيه في الذبح
- ٨٦ المقام الثانى: في سنن الولاده وما يستحب فعله المولود
- ٨٨ ما يجب فعله
- ٩٠ لو رفعت المظاهره أمرها إلى الحاكم
- ٩٢ فيما لو انتقلت زوجته الذمى من دين الكفر الذى كانت عليه إلى دين آخر من أديان الكفر
- ٩٤ لا يقع ظهار على طلاق ولاطلاق على ظهار
- ٩٦ جواز توكيل أهل الزكاه والخمس فى قبضهما وعدمه
- ٩٨ لو صدرت المظاهره من الزوجه للزوج
- ٩٩ المقصد الأول: فى أر كانه وهى أربعه: الركن الأول الحالف وهو المؤلى
- ١٠٠ ظاهر كلام الأصحاب الاقتصار فى النظر على الوجه والكفين
- ١٠٢ ومنها: حلق الرأس كمالا
- ١٠٤ الركن الثانى: المحلوف عليه
- ١٠٦ ومنها: ثقب الاذن
- ١٠٨ ومنها: الختان
- ١١٠ أصله طهاره الأشياء

- ١١٢ ----- فى اشتراط تقييد الايلاء بالتأييد والاطلاق أو بما تزيد على أربعة أشهر
- ١١٤ ----- فيما لو أسلم عن عمه وبنت أخيها أو خاله وبنت أختها
- ١١٦ ----- آداب التجاره
- ١١٨ ----- بيان أقسام اذن الموكل للوكيل فى التوكيل
- ١٢٠ ----- فيما إذا اختلفا فى قبض الثمن هل كان قبل التفرق أو بعده
- ١٢٢ ----- فروع أربع
- ١٢٤ ----- ومنها: العقيقه
- ١٢٦ ----- الركن الثالث: الصيغه ولا ينعقد عندنا إلا بأسماء الله تعالى
- ١٢٨ ----- الأخبار الوارده فى المقام
- ١٣٠ ----- أركان التجاره فى العقد
- ١٣٢ ----- فى أنه لا بأس ان يعطى الغنم والبقر بالضريبه
- ١٣٤ ----- نقد المصنف لما ذكره صاحب المسالك فى جواز تزويج المخالف
- ١٣٦ ----- المواضع المستثناه من تحريم النظر
- ١٣٨ ----- الركن الرابع: فى متعلق الصيغه والأخبار الوارده فى المقام
- ١٤٠ ----- عدم جواز مخالفه الوكيل لما عينه الموكل
- ١٤٢ ----- المقصد الثانى: فى أحكامه، وفيه مسائل منها
- ١٤٤ ----- فيما اختاره صاحب المدارك من عدم الحكم بمناكحه المخالفين مع قوله بإسلامهم
- ١٤٦ ----- فى المنع من مناكحه المخالفين مع القول بإسلامهم
- ١٤٨ ----- لو وطأ فى عده التربص لزمه الكفاره إجماعا
- ١٥٠ ----- فى جواز مناكحه المخالفين
- ١٥٢ ----- فى أن التمكن من النفقه ليس شرطاً " فى الكفاه
- ١٥٤ ----- فى مبتدأ المده المضروبه للايلاء والأخبار الوارده فى المقام
- ١٥٦ ----- فى أنه يجوز الجمع فى عقد واحد من المختلفات
- ١٥٨ ----- ما استدل به المشهور
- ١٦٠ ----- المقام الثانى: فى نظر الخصى إلى غير مالكته من الأجانب
- ١٦٢ ----- لو اختلفنا فى انقضاء المده

- ١٦٤ ----- قد دلت الآية على استثناء " التابعين غير اولى الإربه من الرجال " من تحريم النظر إلى الأجنبيةه
- ١٦٦ ----- لو جن المؤلى بعد ضرب المده
- ١٦٨ ----- حكم ما لو رفعت أمرها إلى الحاكم بعد ضرب المده لها
- ١٧٠ ----- المورد الثانى: فى مدته
- ١٧٢ ----- الفائدة العاشره: المشهور بين الأصحاب كراهيه الوطى فى الدبر كراهه مؤكده
- ١٧٤ ----- لو ادعى الإصابه منها فى الأربعة أو بعدها وأنكرت
- ١٧٦ ----- الروايات الوارده فى وطقى الدبر ودلالاتها
- ١٧٨ ----- المقام الثالث: فى الحضانه
- ١٨٠ ----- لا تتكرر الكفاره بتكرر الايلاء
- ١٨٢ ----- كون الوكيل أميناً " يقبل قوله فى التلف ونحوه
- ١٨٣ ----- كتاب اللعان سبب نزول ايه اللعان
- ١٨٤ ----- الروايات الوارده فى المقام ودلالاتها
- ١٨٦ ----- الفائدة الثانيه عشر: قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز وطقى الزوجه أكثر من أربعة أشهر
- ١٨٨ ----- المقصد الأول: فى سبب اللعان وهو: القذف وإنكار الولد، وفيه فصلان الفصل الأول: فى القذف والأخبار الوارده فى المقام
- ١٩٠ ----- حكم الدخول بالزوجه قبل إكمال التسع
- ١٩٢ ----- فى أحكام المتعلقه بالإقاله
- ١٩٤ ----- الأخبار الداله على عدم جواز التعريض بالخطبه
- ١٩٦ ----- الفائدة الثالثه عشر: فى خصائص النبى صلى الله عليه وآله
- ١٩٨ ----- فى حكم الحضانه مع فقد الأبوين
- ٢٠٠ ----- فيما لو تزوجت المطلقه ثلاثاً " وشرطت فى العقد أنه إذا حملها فلا نكاح بينهما
- ٢٠٢ ----- المطلب الأول: فى الزوجيه
- ٢٠٤ ----- لفظه الصريح نحويا زانيه أو قد زنيت أو
- ٢٠٦ ----- فى بطلان نكاح الشغار
- ٢٠٨ ----- الأخبار الوارده فى تخييره صلى الله عليه وآله النساء بين الإراده والمفارقة
- ٢١٠ ----- لو شهد أربعة على امرأه بالزنا وكان أحدهم زوجها
- ٢١٢ ----- تحريم الاستبدال بنسائه اللواتى كن عنده وقت نزول آيه " لا يحل لك النساء من... "

- ٢١٤ الفصل الثاني: في إنكار الولد
- ٢١٦ في كراهية تزويج الرجل ابنه من بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها
- ٢١٨ فروع ست
- ٢٢٠ وجوب صلاة الليل وتحريم الصدقة الواجبه وخائنه الأعين عليه صلى الله عليه وآله
- ٢٢٢ في خواص فاطمه عليها السلام بالنسبه إلى النكاح
- ٢٢٤ في ثبوت النفقه للمطلقه الرجعيه
- ٢٢٦ إذا طلق الرجل امرأته وأنكر الدخول فادعته وادعت أنها حامل منه
- ٢٢٨ إذا قذف امرأته بالزنا ونفى ولدها
- ٢٣٠ في كراهية تزويج المخنث والزنج والأكراد والخزر
- ٢٣٢ في كراهية تزويج الأعرابي بالمهاجره
- ٢٣٤ الفصل الأول: في الملاعن وشروطه فروع ثلاث
- ٢٣٦ القول بثبوت الخيار للبائع إذا اشترى الوكيل لموكله
- ٢٣٨ هل يملك ما ينشر في الأعراس بعد الأخذ أم لا؟
- ٢٤٠ الأخبار المرويه في استحباب المتعه وفضلها
- ٢٤٢ قبول شهاده الوكيل لموكله
- ٢٤٤ في أحكام العقود
- ٢٤٦ رؤيه الهلال
- ٢٤٨ الفصل الثاني: في الملاعنه وشروطها
- ٢٥٠ ما يدل على المنع من الالاحاق في المتعه متى أغناه الله بالأزواج
- ٢٥٢ في الصيغه التي بها ينعقد نكاح المتعه
- ٢٥٤ في اعتبار اللفظ الماضي في العقد
- ٢٥٦ الأخبار الوارده في المقام والبحث فيها
- ٢٥٨ الفائده السابعه عشر: في جمله من مستحبات الباه ومناهيه زياده على ما تقدم
- ٢٦٠ استحباب صلاه ركعتين والدعاء بعدهما وقت الدخول
- ٢٦٢ لو ادعت البائن أنها حامل
- ٢٦٤ أن النفقه هل هي للحامل أو للحمل

- ٢٦٦ ----- توجيه الروايات الواردة أنه إذا لم يسم الله وقت الجماع صار الولد شرك الشيطان
- ٢٦٨ ----- تنمه: لا تصير الأمه فراشا بالملك
- ٢٧٠ ----- في كراهه التمتع بالزانيه
- ٢٧٢ ----- في وجوب النفقه على الأبوين والأولاد
- ٢٧٤ ----- في الفرق بين ولدا لزوجه وولد الأمه
- ٢٧٦ ----- في وجوب نفقه الولد على أبيه دون امه
- ٢٧٨ ----- في كراهه التمتع ببيكر ليس لها أب
- ٢٨٠ ----- الأخبار الواردة بلزوم وقوع اللعان عند الامام
- ٢٨٢ ----- فيما إذا أسلم المشرك وعنده كتابيه بالعقد المنقطع
- ٢٨٤ ----- الفصل الثالث: في كيفية وقوع اللعان، والأمور السبع المعتبره فيه
- ٢٨٦ ----- الأول: في المملوك الاناسى
- ٢٨٨ ----- في جواز اقراض الجوارى
- ٢٩٠ ----- عدم مطلوبيه الجماع فى موضع لا يوجد فيه الماء وكذا فى الليله التى يريد السفر فيها
- ٢٩٢ ----- الثانى: فى نفقه البهائم المملوكه
- ٢٩٤ ----- فى مندوبات اللعان
- ٢٩٦ ----- إذا توقف حج المرأة على المحرم اعتبر استطاعتها له
- ٢٩٨ ----- المقصد الثالث: فى الأحكام، وفيه مسائل منها:
- ٣٠٠ ----- فيما لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحد هما أنه متعه وادعى الآخر الدوام
- ٣٠٢ ----- ان من جمله المكروهات الخطبه على خطبه المؤمن بعد إجابته الأول
- ٣٠٤ ----- فرقه اللعان عندنا فسخ لا طلاق
- ٣٠٦ ----- لو أكذب نفسه فى أثناء وبعد اللعان
- ٣٠٨ ----- استحباب التزين لمن عنده من النساء بالخطاب ونحوه
- ٣١٠ ----- لو قذفها فأقرت قبل اللعان
- ٣١٢ ----- لو قذفها فماتت قبل اللعان
- ٣١٤ ----- الإفاده الاجماليه
- ٣١٦ ----- اختلف فى اللعان هو أيمان أو شهادات؟

- ٣١٨ كراهه دخول المسافر ليلا إلى أهله
- ٣٢٠ المقصد الرابع: في اللواحق
- ٣٢٢ في أن المهر يتقدر بالمرضاه قل أو كثر
- ٣٢٤ ثالثها: الاختيار
- ٣٢٦ في القول بوجوب دفع المهر بالعقد
- ٣٢٨ في بيع الحيوان
- ٣٣٠ تتمه: يستحب التباعد من مجلس المتلاعنين عند اللعان إلا من أمر بشهادته كتاب العتق
- ٣٣٢ فيما إذا تبين فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجبه لذلك
- ٣٣٣ عدم خروج هدى القرآن عن ملك سائقه
- ٣٣٤ كتاب العتق وفيه مقاصد: المقصد الأول: في بيان فضله وشرفه وثمرته
- ٣٣٥ رابعها: القصد
- ٣٣٧ صحه الجمع بين الفاطميتين
- ٣٣٩ الوكاله في الطلاق
- ٣٤١ يتأكد العتق في شهر رمضان سيما العشر الأواخر منه وعشيه عرفه ويومها
- ٣٤٣ في جواز العزل للمتمتع وإن لم ترض في أن المتعه لا يقع بها طلاق
- ٣٤٥ في تحقيق ما يختص به الرق
- ٣٤٧ الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في عدم انعقاد النكاح بعباره الصبي ولا عباره المجنون لنفسه أو لغيره
- ٣٤٩ الأول: أن تكون زوجته
- ٣٥١ في أنه لو دفع المديون عروضاً " عما في ذمته من غير مساعره يحتسب بقيمتها يوم القبض
- ٣٥٣ في ثبوت التوارث بعقد المتعه
- ٣٥٥ الثاني: أن يكون العقد دائما "
- ٣٥٧ في النقد والنسيئه
- ٣٥٩ فيما لو ادعى الرجل أو المرأه الزوجيه وأنكر الآخر
- ٣٦١ الأخبار الوارده في غنيمه أهل الحرب
- ٣٦٣ الرابع: أن يعين المطلقه
- ٣٦٥ حكم الملتقط من دار الحرب

- المسأله الأولى: فى سبب المباشره وهو الاعتاق بالصيغه، وفيها فروع أربع ٣٦٧
- فى حكم إذا جحد المديون المال ولا بينه للمدعى ٣٦٩
- جواز اشتراط الخيار فى الصداق وعدم جواز اشتراطه فى العقد ٣٧١
- عدم وجوب قبول الغير النظر فى الوقف ٣٧٣
- فى الجمع بين الاخبار المختلفه فى مده التربص ٣٧٥
- فى القول من أن العده طهران ٣٧٧
- فى أنه يستحب ان يكون حسن القضاء ٣٧٩
- فيما يتفرع على القول بوجوب التربص ٣٨١
- فى أنه يستحب احتساب هديه الغريم من دينه ٣٨٣
- اختلاف الأصحاب فى الوقف على الكافر ٣٨٥
- حكم القران فى الطواف ٣٨٧
- حكم الطلاق من غير تربص لو خرج فى طهر لم يقربها فيه ٣٨٩
- فى انه يجب على المديون دفع جميع ما يملكه فى الدين مع طلب صاحبه ٣٩١
- هل يشترط تعيين المعتق والمقصد إليه معينا؟ ٣٩٣
- فى السلف ٣٩٥
- الركن الثالث: الصيغه ٣٩٧
- فى أقسام البيع ٣٩٩
- المسأله الثانيه: فى شرائط المعتق المباشر ٤٠١
- الفصل الرابع فى نكاح الإمام لا يجوز للعبد ولا للأمه أن يعقدا على أنفسهما نكاحا إلا بإذن السيد ٤٠٣
- الوقف على المؤمنين ٤٠٥
- فى أحكام السلف ٤٠٧
- أن العقل والتميز من شرائط المعتق المباشر ٤٠٩
- أن القصد والاختيار من شرائط المعتق المباشر ٤١١
- أن نيه التقرب إلى الله تعالى من شرائط المعتق المباشر ٤١٣
- فى تحريم بيع السلاح من أعداء الدين ٤١٥
- فيما لو كان الأبوان مملوكين ٤١٧

- المسأله الثالثه: فى شرائط المعتق المسأله الثالثه: فى شرائط المعتق ٤١٩
- فى المراهجه والمواضعه فى المراهجه والمواضعه ٤٢١
- ان الأب والجد هل لها ولايه النكاح على البكر البالغه الرشيده أم لا؟ ان الأب والجد هل لها ولايه النكاح على البكر البالغه الرشيده أم لا؟ ٤٢٣
- فيما قاله الشيخ من وقوع الطلاق بغير العربيه فيما قاله الشيخ من وقوع الطلاق بغير العربيه ٤٢٥
- فى عدم وقوع الطلاق بالكتابه من الغائب القادر على اللفظ فى عدم وقوع الطلاق بالكتابه من الغائب القادر على اللفظ ٤٢٧
- خيار المجلس خيار المجلس ٤٢٩
- فيما لو تزوج الحر أمه بدون إذن السيد ودخل بها قبل رضاه فيما لو تزوج الحر أمه بدون إذن السيد ودخل بها قبل رضاه ٤٣١
- الوقف على قومه وعشيرته الوقف على قومه وعشيرته ٤٣٣
- فى جواز عتق ولد الزنا وعدمه فى جواز عتق ولد الزنا وعدمه ٤٣٥
- فى اختلاف الأصحاب فى وقوع الطلاق بالتخيير، والاخبار الوارده فى الباب فى اختلاف الأصحاب فى وقوع الطلاق بالتخيير، والاخبار الوارده فى الباب ٤٣٧
- المسأله الرابعه: لو شرط المعتق فى عتقه على المملوك شرطاً سائفاً وفيها فروع ثلاث المسأله الرابعه: لو شرط المعتق فى عتقه على المملوك شرطاً سائفاً وفيها فروع ثلاث ٤٣٩
- خيار الحيوان خيار الحيوان ٤٤١
- فيما لو ادعت المرأه الحريه فتزوجها الحر من غير علمه بفساد دعواها فيما لو ادعت المرأه الحريه فتزوجها الحر من غير علمه بفساد دعواها ٤٤٣
- فى أحكام دين العبد فى أحكام دين العبد ٤٤٥
- لو أخذ مالا للمضاربه مع عجزه عنه لو أخذ مالا للمضاربه مع عجزه عنه ٤٤٧
- فى تقريب عدم وقوع الطلاق بالتخيير بوجوده فى تقريب عدم وقوع الطلاق بالتخيير بوجوده ٤٤٩
- الأول: نذر عتق أول مملوك يملكه فاتفق ملكه جماعه دفعه واحده الأول: نذر عتق أول مملوك يملكه فاتفق ملكه جماعه دفعه واحده ٤٥١
- الجمع بين الأخبار الوارده فى المقام الجمع بين الأخبار الوارده فى المقام ٤٥٣
- تفريعات على القول بالتخيير تفريعات على القول بالتخيير ٤٥٥
- الثانى: لو نذر عتق أول ما تلده أمته وكان ما تلده مملوكاً له فولدت توأمين الثانى: لو نذر عتق أول ما تلده أمته وكان ما تلده مملوكاً له فولدت توأمين ٤٥٧
- استدلال القائلين باستمرار الولايه عليها فى الدائم دون المنقطع استدلال القائلين باستمرار الولايه عليها فى الدائم دون المنقطع ٤٥٩
- الثالث: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال نعم الثالث: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال نعم ٤٦١
- إن الأب والجد متى كانا متصفين بشرائط الولايه فهل الولايه لهما أو لهما؟ إن الأب والجد متى كانا متصفين بشرائط الولايه فهل الولايه لهما أو لهما؟ ٤٦٣
- حكم متعه الصغيره حكم متعه الصغيره ٤٦٥
- سقوط اعتبار رضا الولي إذا عضلها عن النكاح سقوط اعتبار رضا الولي إذا عضلها عن النكاح ٤٦٧
- فيما لو تزوجت الحره بالعبد الغير المأذون له فى التزويج فيما لو تزوجت الحره بالعبد الغير المأذون له فى التزويج ٤٦٩

- ٤٧١ الاخبار الداله على وقوع الطلاق لو فسر الطلقه باثنين أو ثلاث ونقل قولين فى المسأله
- ٤٧٣ المسأله الخامسه: لو نذر كل عبد قديم أو أوصى بعته كذلك
- ٤٧٥ (البحث الثالث) فى المكاسب المباحه وهى ما عدا الامرين المتقدمين فى البحثين الأول والثانى
- ٤٧٧ المسأله السادسه: لو نذر عتق أمته أن وطأها فخرجت عن ملكه
- ٤٧٩ الأقوال الأربعة فى تحقق ملك العامل
- ٤٨١ المسأله السابعه: من أعتق بعض المماليك وله مال بناء على أن المملوك يملك شيئا
- ٤٨٣ اختلاف الأصحاب فى ولاية الوصى عن الأب أو الجد لتزويج الصغيره
- ٤٨٥ المسأله الثامنه حكم من أوصى بعته ثلث مماليكه
- ٤٨٧ فيما لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى حصه أحدهما
- ٤٨٩ فى تصريح الأصحاب على إلزام المخالفين بما الزموا به أنفسهم
- ٤٩١ نقد الأقوال المذكوره فى ولاية الوصى
- ٤٩٣ المسأله التاسعه: من اشترى أمه بثمان مؤجل نسيه ولم ينقذ من ثمنها فأعتقها ومات ولم يخلف سواها
- ٤٩٥ خيار التأجير
- ٤٩٧ فيما لو أعتقت الأمه وكانت تحت عبد
- ٤٩٩ فى عدم لزوم العلم التفصيلى بالمطلقه وكفايه العلم فى الجملة
- ٥٠١ المسأله العاشره: لو أوصى شخص بعته فخرج من الثلث
- ٥٠٣ المسأله الحاديه عشره: لو أعتق المالك مملوكه عن غيره بإذنه
- ٥٠٥ أقوال العلماء فى وقت انتقال المالك إلى الامر، وهى خمس
- ٥٠٧ فى أحكام الخيار
- ٥٠٩ فى بيان ما تتحقق به العداله هنا
- ٥١١ المسأله الثانيه عشره: لو نذر عتق العبد المقيد
- ٥١٣ حكم الأجنبى الذى يحل عبد غيره المقيد، وفيه أقسام ست
- ٥١٥ المسأله الثالثه عشره: لو أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت وليس له مال سواهن
- ٥١٧ المسأله الرابعه عشره: لو أعتق ثلاثه عبيد فى مرض الموت ولم يملك غيرهم بناء على أن المنجزات من الثلث
- ٥١٩ هل حل الطيب للقارن والمفرد مشروط أم لا
- ٥٢١ الفائده الثانيه: من أعتق عبدا وعلى العبد دين

- الفائدة الثالثة: من أعتق عبدا وعلى العبد دين ٥٢٣
- الفائدة الرابعة: لو أبق العبد ولم يعلم بموته ولا بحياته ٥٢٥
- الفائدة الخامسة: من أعتق أمه حبلى ولم ينص على ولدها بالعتق ٥٢٧
- الفائدة السادسة: فى مسنونات العتق ومكروهاته عند مباشرته ٥٢٩
- فيما لو اشترى أمه نسيه فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت منه ٥٣١
- فى عدم قبول شهادة النساء فى الطلاق ٥٣٣
- يجوز تعدد كل من العامل والمالك ٥٣٥
- المقصد الثانى: فى أقسام الطلاق الأول: الطلاق البدعى ٥٣٧
- الثانى: الطلاق السنى البائن ٥٣٩
- الثالث: الطلاق الرجعى العدى ٥٤١
- الرابع: الطلاق السنى بالمعنى الأخص ٥٤٣
- قد تكاثرت الاخبار بتقسيم الطلاق إلى طلاق العده وطلاق السنه ٥٤٥
- العيب وأحكامه ٥٤٧
- الجمع بين الأخبار الواردة فى المقام ٥٤٩
- البحث الأول: فى حكم عتق بعض المملوك ٥٥١
- الاخبار الواردة فى بيع الأمه ذات البعل ٥٥٣
- نقد كلام صاحب المسالك فى المقام ٥٥٥
- فيما لو بيع العبد وتحتته أمه ٥٥٧
- أقوال العلماء فى مسأله عتق أحد الشريكين حصته فى العبد المشترك ٥٥٩
- فى بقيه شروط السرايه ٥٦١
- عدم اعتبار كون الأرض ملكا لأحدهما ٥٦٣
- فى ما احتج الشيخ به على القول بالتفصيل ٥٦٥
- فى تناول الزوجه من مال زوجها ٥٦٧
- فى الجمع بين أخبار الباب ٥٦٩
- فى فروع المسأله: ٥٧١
- الفرع الأول: فى وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شرائط السريه، وهنا أقوال للفقهاء مختلفه وفروع مترتبه على هذه الأقوال ٥٧٣

- ٥٧٥ فى جواز تناول الماره من الثمره وشرائط ذلك
- ٥٧٧ الربا
- ٥٧٩ الفرع الثانى: لو كان المملوك بين ثلاثه وأعتق اثنان
- ٥٨١ الأخبار الوارده فى المقام
- ٥٨٣ الفرع الثالث: لو هرب المعتق
- ٥٨٥ الفرع الرابع: بيان المراد من اليسار فى الباب
- ٥٨٧ الفرع الخامس: لو ورت شقصا ممن ينفق عليه
- ٥٨٩ الفرع السادس: لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه وليس له غيره
- ٥٩١ لو طلق الحامل المدخول بها ثم راجعها وواقعها
- ٥٩٣ فى أن المريض بالنسبه إلى الثلث كالصحيح فى الكل
- ٥٩٥ هل يجب على المشتري مع إكمالها العده أن يستبرءها زياده على العده؟
- ٥٩٧ الفرع السابع: لو ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه بعتق نصيبه وإنكار صاحبه
- ٥٩٩ التسليم
- ٦٠١ الفرع الثامن: لو شهد بعض الورثه بعتق مورثهم لبعض العبيد
- ٦٠٣ الرد على من يقول باستحباب استيذان المرأه الشبيهة أبأها فى العقد
- ٦٠٥ الأولى: أن من ملك أحد أصوله أو أحد أولاده عتقوا عليه
- ٦٠٧ فى عدم انحصار النكاح بملك اليمين فى عدد بخلاف نكاحهن بالعقد
- ٦٠٩ فى وجه جمع الشيخ فى المقام
- ٦١١ فيما لو بيعت الأمه ولها زوج
- ٦١٣ الثانیه: لو ملك الرجل أو المرأه من جهه الرضاع من ينعق عليهما بالنسب
- ٦١٥ لو مضت المده والزرع باق
- ٦١٧ الثالثه: أنه ينعق بعضه كما ينعق جميعه بالملك
- ٦١٩ الرابعه: عدم جواز شراء المولى على الطفل والمجنون من ينعق عليهما بالقرابه
- ٦٢١ الخامسه: لو اشترى الزوج والولد أمه صفقه واحده وهى حامل بنت أو وهبت لها
- ٦٢٣ ان النسب يثبت بالنكاح الصحيح وإن حرم لعراض
- ٦٢٥ أصاله الصحه والفساد فى المعاملات

- السادسه: لو اشترى الوكيل بعض من ينعق على موكله جاهلا بالنسب ٦٢٧
- الأولى: فى عوارض آفات البدن ٦٢٩
- فى كراهه الطلاق للمريض ٦٣١
- فى اعتبار صيغه النكاح التحليل ٦٣٣
- الثانيه: فى بيان عتق من مثل به مولاه ٦٣٥
- أن المشهور عدم إرث الزوج من البائن ٦٣٧
- إذا استأجر أرضا " مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا " ٦٣٩
- الثالثه: فى إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه ٦٤١
- الرابعه: أن انحصار الإرث فى العبد موجب لعتقه ٦٤٣
- المقصد السابع: فى بيان العتق بالتدبير ٦٤٥
- فيما لو أحل السيد أمته لحر وحصل من التحليل ولد ٦٤٧
- فى تعليق التدبير ٦٤٩
- الأول: صيغه التدبير ٦٥١
- لو طلق المريض الأمه والكتائبه طلاقا " رجعيا " ٦٥٣
- صحه عقد المزارعه بين الثلاث والأربع ٦٥٥
- الفصل الأول: فى المحلل وشروطه ٦٥٧
- لو ادعى الزارع العاريه وانكر المالك وادعى الحصه والأجره ٦٥٩
- الثانى: شرائط المدبر ٦٦١
- الثالث: فى أحكام المدبر والمدبره ٦٦٣
- الرابع: لو حملت المدبره بمملوك بعد التدبير ٦٦٥
- هبه الزوجين للآخر ٦٦٧
- لو وقع التحليل على ما دون ثلاث طلاقات ٦٦٩
- الخامس: لو دبرها ثم رجع فى تدبيرها فأنت بعض المدبر ٦٧١
- فى الاستدلال على أن التحليل لم يهدم الطلاق الأول ٦٧٣
- وجوه أجوبه الشيخ عما نقله من أدله هذا القول ٦٧٥
- السابع: لو دبر المسلم عبده ثم ارتد ٦٧٧

- ٦٧٩ الثامن: لو دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد
- ٦٨١ التاسع: في صحة التدبير لمن تعذر عليه النطق
- ٦٨٣ العاشر: في بيان حقيقته التدبير
- ٦٨٥ في حصول التحليل بالذمي كالمسلم
- ٦٨٧ الحادي عشر: في فسخ التدبير
- ٦٨٩ لو كانت تحته أمه فطلقها تطليقتين ثم إنه اشتراها
- ٦٩١ في بيع المدبر
- ٦٩٣ الأخبار الداله على تأجيل العنين سنه بعد ظهور العنن
- ٦٩٥ في أن العنن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء
- ٦٩٧ في وقوع التحليل من الخصى
- ٦٩٩ الثاني عشر: لو مات المولى أو غيره ممن علق عليه التدبير
- ٧٠١ في قبول قول المرأة في موت الزوج وعدمه
- ٧٠٣ الثالث عشر: لو دبر المالك عبده وعليه دين مستوعب للحركه
- ٧٠٥ قبول قول منكر الاقباض وإن أقر بالهبه
- ٧٠٧ الرابع عشر: في أحكام تدبير بعض العبد
- ٧٠٩ الرهن في عقد الرهن
- ٧١١ في أن عيوب المرأة سبعة
- ٧١٣ الخامس عشر: أن الإباق مبطل للتدبير
- ٧١٥ الفصل الثاني: في الرجعه
- ٧١٧ السادس عشر: لو أبق المدبر المعلق تدبيره على مورث غيره مولاه
- ٧١٩ السابع عشر: في كسب المدبر بعد موت مولاه
- ٧٢١ التاسع عشر: في اجتماع التدبير والمكاتبه، وفيه مسائل
- ٧٢٣ الثانيه: لو دبره ثم كاتبه
- ٧٢٥ العشرون: في تدبير الحمل
- ٧٢٧ الحادي والعشرون: في رجوع البائع والزوج في التدبير بعد بيعه أو جعله صداقا وفيه فروع أربع
- ٧٢٩ لو ادعت الزوجه انقضاء العده بالحيض

- الثالث والعشرون: فى شراء الجاهل بالتدبير للعقد المدبر ٧٣١
- الرابع والعشرون: ما لو دبر المريض عبدا تجتمع فيه قيود أربعه، وفيه مقدمات خمس ٧٣٣
- فى عد الرتق من عله العيوب الموجبه للخيار ٧٣٥
- فى ذكر من عد المحدوده فى الفجور من عيوب النساء ٧٣٧
- الأولى: فى معنى المكاتبه شرعا ولغه ٧٣٩
- الاخبار الداله على أن الاشهاد على الرجعه يثبت الزوجيه ٧٤١
- الثانيه: فى حكم المكاتبه ٧٤٣
- بيان أوصاف السهم عند الإصابه للغرض ٧٤٥
- الحجر فى أسباب الحجر ٧٤٧
- الثالثه: فى بيان حقيقه المكاتبه ٧٤٩
- الرابعه: فى صيغه عقد المكاتبه ٧٥١
- الخامسه: فى اشتراط الاجل فى المكاتبه وعدمه ٧٥٣
- الأوصاف المطلوبه فى المرضعه والأخبار الوارده فى هذا المقام ٧٥٥
- السادسه: فى شروط المكاتبه باعتبار المعاقدين وغيرها ٧٥٧
- فى قوله ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث ٧٥٩
- الجمع بين الأخبار الوارده فى المقام ٧٦١
- أن المقصد إلى المكاتبه شرط فيها ٧٦٣
- فى اشتراط كون العوض دينا معلوما ٧٦٥
- فى أحكام الحجر على المفلس ٧٦٧
- فى اشتراط البلوغ وكمال العقل فى المملوك ٧٦٩
- الدعاء بالمأثور حين الوقوف بعرفات ٧٧١
- فى كيفيه اشتراط الاجل فى المكاتبه ٧٧٣
- فى عدم اشتراط العين فى العوض ٧٧٥
- فى اشتراط المعلوميه فى العوض ٧٧٧
- أولا: السفيه ٧٧٩
- فى جواز كتبه العبد المشترك بين اثنين فصاعدا ٧٨١

- ٧٨٣ الفصل الثالث: فى العدد وفيه مقامات:
- ٧٨٥ لو شرط على العبد فى عقد المكاتبه كفاله كل منهم لصاحبه
- ٧٨٧ السابعه: لو دفع المكاتب ما عليه من المال قبل الأجل
- ٧٨٩ حكم وقوع الرد بعد الموت والقبول وقبل القبض
- ٧٩١ التاسعه: فى موت المكاتب فى المكاتبه المشروطه
- ٧٩٣ انتقال حق قبول الوصيه إلى ورثه الموصى له لو مات
- ٧٩٥ ثانيا: المفلس
- ٧٩٧ العاشره: لو وجب عليه بعد المكاتبه وانعتاق بعضه حد
- ٧٩٩ المقام الثانى: فى المستقيمه الحيض وفى معنى القراء
- ٨٠١ الحاديه عشره: فى عدم جواز تصرف المولى فى مال المكاتب
- ٨٠٣ الاخبار الداله على أن المطلقه تبين عند الحيضه الثالثه
- ٨٠٥ الثانيه عشره: فى عدم جواز التصرفات الناقله للمكاتب بغير إذن مولاه
- ٨٠٧ هل للفحل أن ينكح فى اخوه المرتضع بلبنه أم لا ؟
- ٨٠٩ الثالثه عشره فى لزوم كل شرط يشترطه المولى على المكاتب ما لم يكن مخالفا للشريعه
- ٨١١ الرابعه عشره: فى حكم حمل الأمه المكاتبه
- ٨١٣ الضمان
- ٨١٥ لا ولايه للام مطلقا
- ٨١٧ الخامسه عشره: فى حكم فطره المكاتب وكفارته
- ٨١٩ السادسه عشره: فى حكم كسب المملوك إذا ملك نصف نفسه
- ٨٢١ الثامنه عشره: فى جواز إعانه المكاتب منه زكاه مولاه
- ٨٢٣ الاخبار الوارده فى المقام
- ٨٢٥ بطلانها بالموت والجنون والاعماء من أحد الطرفين
- ٨٢٧ التاسعه عشره: لو كان اثنين فى صفقه أو صفقتين ثم أقر باستيفاء نجوم أحدهما
- ٨٢٩ حكم الصور الخمسه إذا كان الرضاع لاحقا "
- ٨٣١ العشرون: فى حكم بيع مال الكتابه
- ٨٣٣ الحاديه والعشرون: لو زوج المولى بنته من مكاتبه ثم مات المولى ومملكته

- ٨٣٥ الثاني والعشرون: لو تنازع السيد والکاتب في قدر مال الكتابه أو في المده أو في النجوم
- ٨٣٧ الثالثه والعشرون: لو وجد السيد بعض النجوم المقبوضه أو جميعها عيبا
- ٨٣٩ الرابعه والعشرون: لو اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه
- ٨٤١ اشتراط أن لا يكون الموصى به زايذا " عن الثلث
- ٨٤٣ لو مات المكاتب المشروط قبل قسمه ما في يده
- ٨٤٥ الخامسه والعشرون: لو تعلقت المكاتبه ببعض الرقبه
- ٨٤٧ السادسه والعشرون: في تصرفات المكاتب
- ٨٤٩ السابعه والعشرون: في معامله المولى مع المكاتب له
- ٨٥١ الثامنه والعشرون: لو اشترى المكاتب أباه
- ٨٥٣ التاسعه والعشرون: لو جنى المكاتب على مواليه عمدا
- ٨٥٥ جواز امتلاكه إذا كان ينعقد عليه
- ٨٥٧ في أقسام جنايه العبد المكاتب
- ٨٥٩ حكم ادعاء أحد الزوجين الرضاع المحرم
- ٨٦١ الثلاثون: في عدم صحه الوصيه برقبه المكاتب
- ٨٦٣ الحاديه والثلاثون: لو قتل المكاتب
- ٨٦٥ شرائط الكفاله وأحكامها
- ٨٦٧ الثانيه والثلاثون: ما يترتب على لزوم المكاتبه من جهه المولى
- ٨٦٩ فيما ذهب إليه المرتضى في المقام
- ٨٧١ في أن المهر إذا ذكر في العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهاله
- ٨٧٣ الثالثه والثلاثون: لو أوصى بعق المكاتب فمات وليس له سواه
- ٨٧٥ صرح الأصحاب بأنه لا تقبل الشهاده بالرضاع مجمله
- ٨٧٧ الأولى: يتحقق به الاستيلاء
- ٨٧٩ الثانيه: في اشتراط حربه الولد في تحقق الاستيلاء
- ٨٨١ الرابعه: في عدم اشتراط كون الأمه المستولده خالصه للمستولد
- ٨٨٣ في أحكام الصلح
- ٨٨٥ الخامسه: هل يجوز للمولى بيع أم ولده لو كان ولدها حيا؟

- ٨٨٧ السادسة: فى حكم أم الولد لو مات ولدها قبل أبية
- ٨٨٩ السابعة: لو مات مولى أم الولد وولدها حى
- ٨٩١ لو طلقت فى أثناء الشهر
- ٨٩٣ لو ارتابت بالحمل قبل انقضاء العده
- ٨٩٥ فى التعدى عما اذن له فى الإجاره
- ٨٩٧ الثامنة: لو أوصى السيد لام ولده بمال
- ٨٩٩ فى نقل كلمات الأصحاب فى المقام
- ٩٠١ العاشره: فى ذكر روايه شاذه فى المقام
- ٩٠٣ لو كانت حاملا باثنين فولدت واحدا "
- ٩٠٤ تعريف مركز

تمه الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ١

اشاره

سرشناسه : آل عصفور، حسين بن محمد، ١١٤٧ - ١٢١٦ ق.

عنوان و نام پديد آور : تمه الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره / تاليف الشيخ حسين آل عصفور

مشخصات نشر : قم: مجهول (بى جا، بى نا) [١٤١٠]

مشخصات ظاهرى : ج ٢.

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ق ١٢

رده بندى كنگره : BP١٨٣/ب ٣ ح ٤ ١٣٠٠٠٤ى

رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٢٤

ص : ١

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على سيدنا محمد وآله الطيبين المنتجبين.

لا يخفى على ذوى الألباب ما لعلم الفقه من الأهميه فى نظر الدين الاسلامى

باعتباره القانون الإلهى الذى يعنى بتنظيم شؤون الحياه بجميع أبعادها، وعلماء

الدين وفقهاء المذهب قد بذلوا فى مختلف جوانب الفقه جهودا جباره ومساعى

مشكوره، حيث ألفوا العديد من المصنفات والموسوعات فى هذا الحقل، ومن

جملتها كتاب الحدائق الشهير للمحدث البحرانى قدس سره الذى حال الأجل بينه

وبين إتمامه، فقام بتتميمه ابن أخيه وتلميذه العلامة الخبير الشيخ حسين بن محمد

آل عصفور تغمده الله برحمته بأكمل به ما نقص من كتاب الظهار إلى آخر الكفارات

وسمى كتابه بـ "عيون الحقائق الناظره فى تتمه الحدائق الناظره".

ولما كانت مؤسسه النشر الاسلامى قد قامت بنشر كتاب الحدائق ضمن

خمسه وعشرين مجلدا، وتعميما للفائده تصدت لنشر كتاب العيون حيث بذلت

الوسع فى تحقيقه واستخراج مصادره، وقد بذل الأخ الألمعى الحاج كمال الكاتب

حفظه الله تعالى جهودا مضميه لاخرجه بهذه الصوره سائله الله أن يوفقه وإياها

لخدمه العلم وأهله، وما توفيقنا إلا بالله العزيز.

الشيخ حسين آل عصفور

نبذه من حياه المؤلف قدس سره

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على جزيل نواله، والصلاه والسلام على خير خلقه محمد وآله.

وبعد، فهذه لمحه خاطفه عن مصنف هذا الكتاب على أبلغ ما يكون به

الايجاز جاز فنقول:

أما نسبه:

فهو العلامه العارف والآيه العظمى فخر المله والشريعه الشيخ حسين ابن

المحقق البارع الشيخ محمد ابن الآيه الفاخره والحجه الباهره الشيخ أحمد ابن الشيخ

إبراهيم ابن الحاج أحمد بن صالح بن أحمد بن عصفور بن أحمد بن عبد الحسين بن

عطيه بن شبيهه الدرأزي ابن الأمير هلال ابن الأمير موسى ابن الأمير حسين ابن الأمير

مانع ابن الأمير عصفور ابن الأمير راشد بن عميره بن سنان بن غفيله بن شبانه بن عامر

ابن عوف بن مالك بن عوف بن عامر بن عقيل بن كعب بن ربيعه بن عامر بن

صعصعه بن معاويه بن بكر بن هوازن بن سليم بن منصور بن عكرمه بن خصفه بن

عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان جد النبي صلى الله عليه وآله

وهو ابن أخ الشيخ يوسف - قدس سره - مصنف كتاب " الحدايق الناضره "

وتلميذه وأحد المجازين بإجازته المبسوطه الموسومه بـ " لؤلؤه البحرين " .

وأما كلمات الاطراء والثناء عليه:

فلم يكد يخلو كتاب من كتب التراجم إلا النزر الشاذ من جمل الثناء عليه وإطرائه والإشادة بعلو كعبه في المعقول والمنقول وسمو درجته في الفقه والحديث والأصول حتى عده بعضهم من المجددين للمذهب على رأس المائة الثانيه بعد الألف كما ألمح إليه العلامة الأميني في شهداء الفضيله

قال في ترجمته المحقق المتبحر السيد محسن الأمين في أعيان الشيعة: كان متبحرا في الفقه والحديث طويل الباع كثيرا الاطلاع، انتهت إليه الرئاسة والتدريس. وقال عنه العلامة البحائه الشيخ آقا بزرك الطهراني في الكرام البرره: كان من المصنفين المكثرين المتبحرين في الفقه والأصول والحديث غيرها. إلى غير ذلك من الأقوال التي يقف عليها المتتبع. مؤلفاته ومصنفاته:

كان - قدس سره - من المكثرين المجيدين والمصنفين والمتبحرين حيث نمقت براعته في أكثر العلوم الشرعيه كالتفسير والحديث والأدب والشعر واللغه والكلام والمراثي، كما هو مثبت في تراجم مترجميه ما يعد من الرعيل الأول، حيث أتى ببنات فكره الصائب ودقه ذهنه الوقاد ما يبهر العقول ويخلب الأنظار، ومن عجائب أمره أنه كان يملئ كتبه الاستدلاليه الموسعه كأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع للفيض الكاشاني ورواشح العنايه الربانيه في شرح الكفايه الخراسانيه وكتاب السوانح النظرية في شرح البدايه الحريه للحر العاملی علی بعض تلامذته الذين اختصهم لهذا الغرض اعتمادا على حفظه للأقوال وأدله كل

مسأله بجزئیاتھا التفصیلیه فی سابق عهده بها من دون تجشم الرجوع إليها عند
التصنيف والتألیف، وتؤید هذه الدعوى النسخ الخطیه الموروثه عن مکتبته، حیث
نجد کیف أنها کتبت بخط تلامذته وختمت أجزاءها بخاتمه الشریف وإمضائه
فقط. ومما یدخل فی هذا المضمار إملاؤه کتاب " النفحه القدسیه " فی ثلاثه أيام

ص: ٥

الروايات الواردة لتحديد أقصى الحمل

على تلامذته من دون سبق تبويب أو ترتيب، وكذا ما حكى عنه الشيخ على البلادي في أنوار البدرين ما ملخصه:

إنه أتى لبلاد القطيف مسافرا لحج بيت الله الحرام فاجتمع فيها بالسيد محمد الصنديد، وكان عند الأخير من الكتب النادرة النفيسة ما لا توجد عند غيره وكان ضنينا بها فاستعار منه أحدها ثلاثة أيام ثم أرجعه إليه وسافر إلى مكة وبعد قضاء مناسكه عاود كرتة بالقطيف، فأمر السيد المزبور بأن يأتي بذلك الكتاب فأخرج إليه نسخه منه جديده وأخبره بأمرها، وأنه إنما أملاها في سفرته تلك اعتمادا على حفظه له مده استعارته فتعجب منه مع جملة الحاضرين فقابلوه فلم يجدوا شيئا منه يخالف الأصل إلا يسيرا لا يذكر.

وأما وفاته ومدفنه:

توفي - قدس سره - شهيدا سنة ١٢١٦ هـ بعد مضي ثلاثة أيام على أثر ضربه ضربها إياه ملعون من أعداء الدين بحربه في ظهر قدمه، وقد أرخ ذلك بعضهم بقوله:

قلت فيه لما يقولون أرخ: (غروي) (تاريخه) (غادره)

وقال آخر: (طود الشريعة قد وهى وتهدما.) وقال ثالث: (قمر الشريعة قد أفل).

ودفن بقريته الشاخوره وقبره اليوم مزار معروف، وقد جدد بناؤه أخيرا

بفن معمارى بديع.

ختام:

ونهيى فى ختام هذه الأسطر بجهود مؤسسه النشر الاسلامى المضمينه ومسايعها المشكوره على إحياء هذا الأثر مضافا لأصله " الحقائق " راجين من العلى القدير

أن يأخذ بيدها إلى ما فيه إنهاض الفكر الشيعى الأصيل وخدمه الدين الحنيف.

حرره حفيدا المصنف

الميرزا محسن آل عصفور والشيخ أبو أحمد آل عصفور

ص: ٦

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله المحمود لآلائه المشكور لنعمائه المعبود لكمالهِ المرهوب لجلاله
الذي ارتفع شأنه عن مشابهه الأنام وتقدس بكمال ذاته عن إحاطه دقائق الأفهام، وتعالى
فى عظمته أن تبلغ كنهه حقيقه الأوهام، وأفاض سبحانه الأفضال على جميع البريه
فشملهم بسوايغ الأنعام. أحمده على ما منحه من إرشاده وهدايته وأسأله العصمه من
الشيطان الرجيم وغوايته، وأصلى على أشرف من بعثه ببرهانه وآياته، وجعله
سيد متحمل رسالاته، سيدنا محمد صاحب شريعته ودلالاته، وعلى ابن عمه
على بن أبى طالب صلوات الله وسلامه عليه المختار لوصيته وخلافته، وعلى
الأئمه من ذريته وسلالته.

وبعد فإن أحق الفضائل بالتعظيم وأجراها باستحقاق التقدير وأتمها فى
استجلاب ثوابه الجسيم هو العلم بالأحكام الشرعيه والوظائف الدينيه إذ به تحصل
السعاده الأبدية والتخلص من الشقاوه السرمديه، فوجب على كل مكلف صرف
الهمه إليه بقدر القابليه وإنفاق هذه المهله اليسيره.

ولما نظرت أن قلم البحر الخضم العم الشيخ شيخ يوسف - قدس سره -
قصر عن تتمه كتابه المسمى بـ " الحقائق " من حيث عاجله القضاء المحتوم الذى
جارى على العموم عمدت على تتمته مستعينا بالله وبنبيه وبعترته الطاهرين صلوات

الله عليهم أجمعين وذلك لما جف منه قلم الناسخ وهو هذا: وقد ورد في الأخبار أنه مع اختلافهم في الحكم يؤخذ بخلاف ما إليه قضاتهم وحكامهم أميل (١) كما وقع في المقبوله الحنظليه، فيجوز أن يكون ذلك الوقت متلبسا بهذا المرجح لكنه لا يكون على سبيل التحقيق على أنه يمكن أن يكون الحامل للشيخ على ارتكاب التقيه في أحد الطرفين دون الآخر لقوه المشهور وضعف ما قابله فتوى ودليلا لأن صحيحه بريد العجلى (٢) كما في الفقيه وخبر الكناسى (٣) كما في التهذيب والكافى مؤيدان باطلاق صحيحه محمد بن مسلم (٤) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها قبل أن يواقعها فبانت منه، عليه الكفاره؟ قال: لا ".
وصحيح جميل (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث " قال: سألتناه عن الظهار متى يقع على صاحبه الكفاره؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها، أعليه كفاره؟ قال: لا، سقطت عنه الكفاره ".
وصحيحته الأخرى وابن بكير وحماد بن عثمان " (٦) كلهم عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: المظاهر إذا طلق سقطت عنه الكفاره ".

فيكون هذا موجبا لاختصاص التقيه بصحيح على بن جعفر المذكور إن أبقيناه على ظاهره، واحتمل فيه العلامه حملة على فساد النكاح لأنه عقيب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع فى العده فيكون باطلا.
واستحسنه بعضهم وأيده بأمرين: " أحدهما " تعقيب التزويج بالفاء المقتضيه

- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٦١، ح ٣٤، التهذيب ج ٨ ص ١٦ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٣.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ ح ١٠. الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٤.
- ٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٥.

تحریم الاحتكار وكراهته

للفوريه وذلك يقتضى عدم الخروج من العده " وثانيهما " أنه حكاية الحديث
تشعر به حيث قال " فراجعها الأول " ولم يقل تزوجها، ولا يخفى عليك ما فى هذا
التزويل والتأييد، لأن إطلاق التزويج محمول على الصحيح والشهر والشهران
مختلفان بين الظهار والطلاق لا بين الطلاق والتزويج، ثم تعقيب التزويج بالفاء
يقتضى التعقيب والفوريه بحسب الممكن لا مطلقا كما نبه عليه أهل العربية
وصححوه فى قولهم: تزوج فلان فلانه فولدت، فإن المراد به وجود الولاده فى
أول أوقات الامكان وذلك بعد مضى مده الحمل لا عقب التزويج بلا فصل، وكذلك
قول القائل: دخلت بغداد فالبصره، وأمثال ذلك كثير حينئذ. فيكون المراد من
الخبر أنه تزوجها فى أوقات الامكان شرعا وهو بعد انقضاء العده بلا فصل. هذا
إذا سلمنا دلالتها فى مثل هذا المقام على الفوريه. وعلى تقدير تسليم وقوع الشهر
والشهرين بين التزويج والطلاق فيمكن انقضاء العده بهما وبأقل منهما كما مر
بيانه فى تحقيق أقل المده التى يمكن خروج المطلقه فيها باعتبار عده الظهار.
وأما قوله " ثم طلقها فراجعها " فالكلام فى الفاء هنا كالكلام فى الأولى،
فإن المراجعه بعد الطلاق ليس المراد بها هو العود إلى نكاحها بالعقد الأول وإنما
المراد به التزويج، وأطلق عليه المراجعه من حيث إنها كانت زوجه له أولا فأقام عوده
لها بعقد جديد مقام الرجوع وهو رجوع لغه، ولهذا جاء فى مواضع عديده من
الأخبار إطلاق المراجعه إلى الزوجه فى الطلاق النسبى بالمعنى الأخص بأن يراجعها
بعقد جديد. فحملة فى هذا الخبر على الرجوع الشرعى وإبقاء العده الأولى فى
غايه السماجه (1) والبعد، على أنه يلزم ارتكاب المجاز فى قوله " ثم طلقها " لأن

الطلاق لا يتعقب النكاح الفاسد لأن تزوجها الثاني في العده مما يوجب فساده
والتحريم المؤبد إن كان دخل بها، أو كان عالماً بذلك وإن لم يدخل بها كما تقدم

في مباحث النكاح.

ص: ٩

١- (١) السماجه: القبح.

الفوائد والغايات المترتبة للنكاح

ثم استظهر شيخنا ثاني الشهيدين في المسالك حمل الكفاره في هذا الصحيح على الاستحباب جمعا، لأن الأخبار الأول النافيه للكفاره إذا أمضى الطلاق ولم يراجع في العده كما عليه المشهور أكثر عددا وأصح سندا فيوجب صرف هذه الحسنه إلى الاستحباب، وحينئذ فتسلم من الاطراح وتجامع لمؤدات تلك الصحاح هذا على تقدير تحقق التعارض للاغماض عن مرجحات الأولى.

ونقل الفاضل الهندي في كشف اللثام عن ابن حمزه قولاً ثالثاً وهو أنه إن جدد العقد المظاهر بعد العده لم تلزم الكفاره كالمشهور رجعياً أو بائناً. ويلزمه إن جدد على البائن في العده - ولعله لعموم النصوص - خرج ما لو خرجت من العده لصحيحه بريد وخبر يزيد الكناسي (1)، فيبقى الباقي، وليس هذا ببعيد لأن المراجع في العده سواء كانت مراجعه شرعيه أو لغويه الشامله للعقد عليها في العده مما تترتب عليه الكفاره في أخبار المراجع في العده، وإن كان المشهور لا يرضون به لأن المتبادر من الرجعه حيث تطلق هي المراجعه الشرعيه لظاهر صحيحه بريد وخبر يزيد الكناسي، وقد سمعتهما حيث قال فيهما " قال: إذا طلقها تطليقه فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا " وهي كما ترى في المراجعه الشرعيه.

وكذلك ما دل على إطلاق المراجعه مثل صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله والحسن بن زياد (2) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " قال: إذا طلق المظاهر ثم راجع فعليه الكفاره " يجب حملة على المراجعه الشرعيه حملاً للمطلق على المقيد،

ومع هذا كله لا تجب الكفاره بمجرد المراجعة بل لا بد من إرادته المسيس

والجماع لما تقدم من ترتب الكفاره على ذلك فى الأصح.

ص: ١٠

١- (١) الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٧.

فى الكسب الحرام

ويدل عليه هنا بخصوصه صحيحه الحلبي (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن الرجل يظهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه

كفاره، قلت: فإن أراد أن يمسه؟ قال: لا يمسه حتى يكفر ". وكان قوله

" ثم يريد أن يتم على طلاقها " مؤذن بأنه قد طلق بعد المظاهره، وهذا من القرائن

المقاليه الواضحه، وكذا قوله " فإن أراد أن يمسه " قرينه على المراجعه فى ذلك

الطلاق ولو بالامساس، فيكون قوله " لا يمسه حتى يكفر " يعنى بعد المراجعه أو

بما إذا أراد المراجعه بنفس المسيس،

أما ما جاء فى خبر موسى بن بكير النمري (٢) المرسل عن أبى عبد الله عليه السلام

" فى رجل ظاهر ثم طلق، قال: سقطت عنه الكفاره إذا طلق قبل أن يعاود

المجامعه، قيل: فإنه راجعها، قال: إن كان طلق لاسقاط الكفاره عنه ثم راجعها

فإن الكفاره لازمه له أبدا إذا عاود المجامعه، وإن كان طلقها وهو لا ينوى

شيئا من ذلك فلا بأس أن يراجع ولا كفاره عليه " فهو من الأخبار المشكله حيث

لم يذهب ذاهب إلى تفصيله المذكور، ولم يطابقه شئ الأخبار الوارده فى هذا

المضمار، وقد احتمل فيه محدث الوسائل حمل المراجعه المنفيه الكفاره معها عند

إرادته مطلق الطلاق على المراجعه بعد العده بعقد جديد لما تقدم فى صحيحه بريد وغيرها،

ويتحمل صدره أن الطلاق إذا وقع بقصد الفرار عن أثر الظهار غير عامل عمله

بدليل قوله " إن كان طلق لاسقاط الكفاره عنه " فلم يحصل قصد البينونه فيكون

لاغيا، كما أن الطلاق بقصد أن يراجع يقع لاغيا أو أنه وإن حصلت به البينونه

لكن الغايه الموجهه له غير حاصله به عقوبه من الشارع.

ولا ينافى هذا ما سيجيء عن قريب فى المسائل والفروع من أن المظاهر يلزم بالطلاق أو الرجوع بعد المرافعة للحاكم الشرعى بعد ثلاثة أشهر من المرافعة،

ص: ١١

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٨.
٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٦ وفيهما " بن أكييل النميرى " .

تمه الكتاب الظهار المسأله الرابعه: لو ظاهر من زوجته الأمه ثم اشتراها من مولاها، وفيها فروع ثلاثه

لأن ذلك الطلاق الملزوم به ليس لاسقاط الكفار به بل لتسريح المرأه بإحسان ولهذا يخير بينه وبين المراجعة والتكفير ولوجوب الوطء عليه بعد أربعة أشهر لبقائها على الزوجيه. وقد ألحق جماعه من الأصحاب كالمحقق والعلامة بالطلاق فى إسقاطه الكفار إذا بانت منه لو عاودها بعد العده الارتداد إذا كان عن مله وقد صدر منه، وكذلك لو كان منها مطلقاً. أما لو راجعها معه بعد التوبه منه أو منها فى العده حيث يصح الرجوع وجبت الكفار لأنه كالطلاق الرجعى. وأوجب ابن الجنيد الكفار فى الارتداد إذا جدد العقد بناء على وجوبها بمجرد التربص وعدم الطلاق، وكذا لو ماتت أو مات أحدهما فلا كفاره إذا كان قبل المس، إلا على قول الإسكافى، أما لو وطأها بعد موتها فالظاهر أن عليه كفارتين للعموم والاستصحاب لأن الموت لم يخرجها عن الزوجيه، ولهذا يغسلها وتغسله، وإن حرم وطؤها فى تلك الحاله عليه فإن محرمت الأزواج أسباب الكثيره كالحيض والاحرام والصيام والظهار والايلاء وكالمنكوحه قبل التسع إذا أفضاها لبقائها على الزوجيه وإن حرم وطؤها، وأمثال ذلك فى الأحكام كثيره.

المسأله الرابعه: لو ظاهر من زوجته الأمه ثم اشتراها من مولاها فقد بطل العقد، فلو وطأها بالملك لم تجب الكفار لما تقدم من أن البضع لا يستباح بسبيين، والسبب الطارئ أقوى. وكذا لو ملكها بالإرث أو بسائر الأسباب المملكه لأن العقد لا يجامع ملك اليمين، وقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار فى نكاح الأمه مثل موثقه سماعه (١) " قال: سألت عن رجلين بينهما أمه فزوجه من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، قال: حرمت عليه " وفى موثقه (٢)

الأخرى عنه عليه السلام مثله، إلا أنه قال " حرمت عليه باشرائه إياها وذلك أن

بيعها طلاقها "

ص: ١٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٤ ح ٦ وفيه (بشرائه)، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ٢.

بيع الأعيان النجسه

وإذا ثبت ذلك بمقتضى الاجماع والأدله زال التحريم المترتب على العقد واستباحها بالملك، وكان ذلك كما لو طلقها أو تزوجها بعد انقضاء العده، بل هنا أقوى لاختلاف جنس السبب الذاهب والعائد بخلاف ما لو تزوجها بعد البينونه، فإن السبب وإن تعدد إلا أنه متحد فى الجنس وإن اختلف فى الشخص وفى معناه عندهم ما لو اشتراها غيره ثم فسخ النكاح وزوجه إياها بعقد مستأنف، وقد تقدم فى أحكام نكاح الأمه ما يدل على أن له الفسخ كما فى صحيحه محمد بن مسلم (1) وخبر الحسن بن زياد وصحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (2) وغيرها من الأخبار. نعم، لو أقرها على نكاحه وجبت الكفاره لاستقرار النكاح المترتب عليه الظهار، ثم إنه على الأول لا يتوقف صحة العقد على الاستبراء ولا الاعتداد لأن الماء الواحد. ومثله أيضا ما لو طلقها بائنا ثم تزوجها فى العده كما تقدم خلافا لابن حمزه وللإسكافى وعلى المشهور، فتحصل الحيله بهذا فى إسقاط حكم الظهار بغير تكفير، لكنه لا ينطبق بما دل عليه خبر موسى بن أكيل النمري (3)، حيث إن طلاقه وقع فرارا عن كفاره الظهار، وقد عرفت الكلام فيه لكنه لا ينطبق على المذهب المشهور بل لأعامل بها. ولو قلنا بوقوع الظهار بملك اليمين كما هو الحق لدلاله المعتبره المستفيضه عليه وضعف المعارض لها وهو خبر حمزه بن حمران كما تقدم فى كلام جامع الأصل - قدس الله سره - فىمن ظاهر من أمته ثم باعها من غيره بطل حكم الظهار، فإن اشتراها منه لم يعد الظهار كما لو طلق بائنا ثم تزوجها، وأولى منه ما لو أعتقها ثم تزوجها لاختلاف السبب ولبيئوتها من النكاح الأول بالعتق.

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٣.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٧.
- ٣- (٣) والصحيح "موسى بن أكيل النميري".

الثانى: لو ظاهر من اربع نسوه له بلفظ واحد

فروع

الأول: لو ظاهر من زوجته الأمه ثم عاد ثم قال لمالكها: أعتقها عن
ظهارى، ففعل وقع عتقها عن كفارتها وانتقلت لمملكه آنا ما يستحق العتق عنه
وانفسخ النكاح بينهما لأن إعتاقها عنه بإذنه يتضمن تملكه - كما سيأتى فى
الكفارات وفى كتاب العتق - وقد تقرر بالنص والاجماع أنه إذا ملك زوجته
انفسخ النكاح، ومثله ما لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفاره أخرى ولو ملكها بعد ما
ظاهر منها وعاد فانفسخ النكاح بينهما ثم أعتقها عن ظهاره عنها، ومثله لو آلى
من زوجته الأمه ووطأها وحنث ولزمتها الكفاره فقال لسيدتها: أعتقها عن كفاره
عنى، ففعل فإنه يجوز وينفسخ النكاح لمملكه لها بهذا الأمر بعقدها كما فى مسأله
الظهار السابقه. ولو ظاهر من زوجته الذميه بناء على جواز نكاحها ثم نقضت
المرأه العهد فاسترقت فملكها ذلك الزوج المظاهر فأسلمت فأعتقها عن كفاره
ظهاره أو غيرها جاز.

الثانى: لو ظاهر من اربع نسوه له بلفظ واحد وجب عليه عن كل واحده

كفاره لانعقاد الظهار من الأربع بكلمه واحده بحيث يقول: أنتن على كظهر
أمى، فيصير بذلك مظاهرا منهن إجماعا، والنصوص بذلك مستفيضه وسيأتى ذكرها
ثم إن فارقهن بما يجب البيئونه من طلاق ونحوه ورفع به الظهار فلا كفاره
وإن عاد إليهن جمع، فالمسأله موضع خلاف، فالمعظم بل حكى عليه الاجماع فى
الخلاف عن كل واحده كفاره لأصالة تعدد المسبب بتعدد السبب وخالف الإسكافى
فلم يوجب سوى واحده، واحتج للمشهور بصحيحه حفص بن البختري (1) عن

أبى عبد الله عليه السلام وأبى الحسن عليه السلام " فى رجل كان له عشر جوار فظاهر منهم جميعا
كلهن بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات "

ص: ١٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ ح ١ وفيه " أو أبى الحسن "

لو اختلف الزوجان فى الدخول وعدمه

وصحيحه صفوان (١) " قال: سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا عليه السلام عن

رجل ظاهر من أربع نسوة، قال: يكفر لكل واحده كفاره. وسأله رجل ظاهر

من امرأته وجاريته، ما عليه؟ قال: عليه لكل واحده منهما كفاره عتق رقبه أو

صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا " ولعل لفظه " أو " للتقسيم أو للتخيير

لما يأتى إن شاء الله تعالى عن قريب من أن كفاره الظهار مرتبه لا مخيره.

واحتج لابن الجنيد بموثقه غياث بن إبراهيم (٢) عن الصادق عن أبيه عن

على عليهم السلام كما فى التهذيب والنهيه " فى رجل ظاهر من أربع نسوة، قال: عليه

كفاره واحده " وحمله الشيخ فى كتابى الأخبار على أن الوحده فيه جنسيته

ولا ينافى تعددها بالشخص. واحتمل فيها محدث الوسائل الحمل على الإنكار

وفيه بعد، وربما طعن عليها بضعف سندها بناء على ضعف الموثق وترجيح الحسن

عليه، لأن صحيحه حفص حسنه بالاصطلاح الجديد لاشتمالها على إبراهيم بن

هاشم، وحيث يطعن على روايه حفص بالحسن بناء على أنه دون الموثق أو

لأن حفص بن البخترى قد ضعفه محقق المعتمد فى مواضع عديده ورمى بلعب

الشطرنج. يجاب عن ذلك بأن مضمونه موافق للتعليل الموجب للوحده مع أنه

معتضد بالشهره، وربما بنى الخلاف على أن الغالب فى الظهار مشابهه الطلاق

أو الأيمان، فإن غلبنا مشابهه الطلاق لزمته أربع كفارات ولم يكن يختلف

الحال بين أن يظاهر بكلمه أو كلمات كما لو شرك بينهن بالطلاق بكلمه أو

كلمات بالاتفاق، وإن غلبنا مشابهه الأيمان كما احتج به الإسكافى لم يجب

إلا كفاره واحده كما لو حلف أن لا يكلم جماعه فكلهم فليس عليه إلا كفاره

واحدہ باتفاق، والظہار یمکن رجوعہ إلى الأصلین، لکن هذا البناء مہدوم
الأساس لعدم ثبوت الظہار إلى شیء من الأصلین المذكورین، وعلى تقدير

ص: ۱۵

-
- ۱- (۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۸ ح ۲۰، الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۵ ب ۱۴ ح ۲.
 - ۲- (۲) التہذیب ج ۸ ص ۲۱ ح ۴۳، الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۵ ب ۱۴ ح ۲.

الثالث: لو ظاهر من امرأه واحده مرارا متعده

الاعماض عن هذا كله فالمناسب إلحاقه بالطلاق لما ثبت أن شرائطه كشرائطه لأنه لا يكون إلا في طهر لم يقربها فيه - كما سمعت - ولا بد من شاهدة عدل يسمعان الطلاق ولا بد من القصد وارتفاع الغضب، وللأخبار الداله على أنه لا يقع إلا فيما يقع فيه الطلاق، على أنا لو سلمنا حسن خبر حفص ولا ينجبر بالشهره لكان الترجيح له حاصلًا لأن صحيحه صفوان التي سمعتها لا يلحقها شيء من هذه المطاعن فتكون هي الأساس والأصل في الاستدلال، على أنا في راحه من هذا كله لعدم ثبوت هذا الاصطلاح الجديد - كما قررناه غير مره - فعلى الأشهر من وجوب أربع كفارات، ولو حمل العود في بعضهن دون بعض كان الكفاره بعدد من حصل فيها العود، وعلى القول بوجوب وحده الكفاره كذلك يكون الحكم لوجوب الكفاره بالعود لواحد حتى لو طلق ثلاثا وجب الكفاره للرابعه

واحتمل شهيد المسالك على هذا أن لا تجب الواحده لتفريعه على اليمين كما لو حلف أن لا يكلم جماعه فلا تلزمه الكفاره بتكليم بعضهم، ويمكن الفرق بينه وبين اليمين أن كفاره اليمين سببها الحنث والحنث لا يحصل إلا بتكلم الجميع بخلاف الظهار، فإن سبب كفارته الامساک مع المخالفه لقوله والمخالفه تحصل بامساک واحده منهن بلا كلام كما تحصل بامساک الجميع، وإنما قيدنا الخلاف بالمظاهره بلفظ واحد، لأنه لو ظاهر عنهن بأربعه ألفاظ فإن الكفاره تعدد بتعدد هن بلا خلاف.

الثالث: لو ظاهر من امرأه واحده مرارا متعده ففي تعدد الظهار أقوال،

المشهور بين الأصحاب التعدد سواء كان فرق الظهار أو تابعه، اتحدت المشبه بها

أم تعددت لأصالة عدم التداخل، وللأخبار المستفيضة.

منها: صحيحه محمد بن مسلم (1) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن رجل

ص: ١٦

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٣ ب ١٣ ح ١.

لو طلق الرجل زوجته فاعتدت وتزوجت ثم أتت بولد

ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، قال: قال على عليه السلام: مكان كل مره كفاره "

وصحيحه الحلبي (١) كما فى الفقيه والكافى والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله

عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات " الحديث.

وصحيحه جميل (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى من ظاهر من امرأته خمس عشره

مره، قال: عليه خمسه عشر كفاره " .

وصحيحه محمد بن مسلم (٣) الأخرى كما فى التهذيب عن أبى جعفر عليه السلام

" قال: سألت عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، فقال عليه السلام: عليه

لكل مره كفاره " .

وخبر محمد بن مسلم (٤) كما فى الفقيه نحوه.

وموثقه أبى بصير (٥) بل صحيحته كما فى التهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام.

ومثله خبر أبى الجارود زياد بن المنذر (٦) " قال: سأل أبو الورد أبا جعفر

عليه السلام وأنا عنده عن رجل قال لامرأته: أنت على كظهر أمى مائه مره، فقال

عليه السلام: يطيق لكل مره عتق نسمة، قال: فيطيق إطعام ستين مسكينا مائه مره؟

قال: لا: قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مائه مره؟ قال: لا، قال: يفرق بينهما " .

وفى المبسوط: إن والى ونوى التأكيد أو أطلق لم يلزمه أكثر من كفاره، وإن

ص: ١٧

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٣ ب ١٣ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٤ وفيه " عن رجل عن أبى عبد الله "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٣ ب ١٣ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٤ ب ١٣ ح ٤ وفيهما " أو أكثر ما عليه؟ قال: عليه مكان كل مره

كفاره "

٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٩ وفيه " فقال: قال على عليه السلام: مكان " كل مره كفاره.

٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٦ مع اختلاف يسير.

٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٤ ب ١٣ ح ٥.

فى أن المحبوس ليسوا داخلين تحت إطلاق أهل الكتاب

نوى الاستئناف وفرق تعددت، تخلل التكفير أولاً. ونفى الخلاف عن الواحده إذا
نوى التأكيد والتعدد إذا فرق وتخلل التكفير، ونحوه ابن حمزه فى الوسيله والعلامه
فى التحرير صريحا.

وفى الخلاف للشيخ نحوه مفهوما فإنه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف لكنه
لم يفرق فيه بين التوالى والتفريق، ويمكن أن يكون المراد النهايه، فإنه ذكر فيه
أنه إذا ظاهر منها مره بعد أخرى تعددت الكفاره، وعند نيه التأكيد لم يظاهر
مره بعد أخرى، وهو ظاهر عباره القواعد وكثير من عبارات كعبارات النافع
والشرايع والجامع لأشعار لفظ التكرار بذلك

وذهب ابن الجنيد لقول ثالث مفصل لتعدد المشبه بها كالأم والأخت فتعدد
الكفاره واتحادها كالأم فتتحد الكفاره وإن فرق إلا أن يتخلل التكفير فتعدد
محتجا على ذلك لأنهما حرمتان هتكهما فيجب لكل واحد كفاره ومع
الاتحاد بأنه واحد والكفاره متعلقه على مطلق الظهر وهى تتناول الواحد والكثير،
وبصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (1) عن الصادق عليه السلام " فى رجل ظاهر من امرأته

أربع مرات فى مجلس واحد، قال، عليه كفاره واحد ". وحمله الشيخ على أن ذ
المراد كفاره واحده فى الجنس، واحتمل فيها فاضل الوسائل المظاهره بلفظ واحد
كأن يقول: أنت على كظهر أمى أربعا بخلاف ما لو كرر الصيغه. ثم قال: وأقرب
منه الحمل على ما لو كرر الصيغه بقصد تأكيد الظهر الأول لا إنشاء ظهار آخر،
فإن القصد والإرادته شرط فى الظهر كما مر. ثم قال: ويحتمل الحمل على الإنكار
وإنما خص التفصيل بالتأكيد وعدمه فى المبسوط بالتوالى لأن التأكيد بالمتفرق

غير معهود، وابن أبي عقيل وابن إدريس وابن زهره أطلقوا تكرير كلمه الظهار،
وفى المختلف: نفى البأس عما فى المبسوط من الفرق بعد أن رجح التعدد، قصد

ص: ١٨

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣ ح ٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٤ ب ١٣ ح ٦ وفيه " فى مجلس واحده " .

فى ما قاله الفقهاء فى المقام

التأكىء أو لا واستءل للفرق بالأصل والاتءاء مع قصد التأكىء، وعورء الأصل

بالأءىاء ومنع الاتءاء، فإن المؤكء ءىر المؤكء والأقوى ما ءهب إله المشهور

لاطلاع أءباره وصءتها وءعءءها، وإمكان ءمل ءىر ابن ءءاء على التءىه.

أو تءىءه بالمءلس الواحد اقءصار على مورءه، لكئه لا قابله له لهذا التءصىص.

وىظهر من القىوء المنفىه فى صءر العبارة المنقوله عن الأكثر أمور:

الأول: الرء بقوله " فرق الظهار أو تابعه " الرء على من فصل وفرق من

فءهائئا، بىن ما لو تابع وفرق فءكم بءعء الكفاره فى الثانى ءون الأول. وفى

صءىءه ابن ءءاء ما ىرءء إله لأنه ءكم بالاتءاء عنء اتءاء المءلس، وءلك

الأءبار ءءاله على ءعءءها مءلقه فىمكن ءملها على اءءلاف المءلس ءمعا بىن

الأءبار، وهذا قول موجه بالنسبه إلى ءءاله الأءبار عنء الءمع بىنها لو كانت

مءكافئه، إلا أن ءكافؤها كما ترى ءىر ءابء، ومع ءلك لم نقف على ءلك القائل

من أصءابنا. نعم نقله شىء المبسوط عن بعضهم، ومءقضى طرىقه فى ءلك الكءاب

نقل أقوال العامه فى مءابله أقوالنا سىما إذا لم ىصرء بقائله قء ىكون هذا القول لنا.

والثانى: إءلاق القول بءعء الكفاره فى كلام أولئك ىقضى عءم الفرق

بىن ما إذا قصد بالثانى وما بعءه التأكىء للأول وما إذا قصد الظهار أو أءلق كما

هو الظاهر والمءبارء. وقء سمء ما قلناه عن المءءلف مما أءاب به عن ءءه

الشىء باتءاء الظهار مع إراءه التأكىء، ءىء قال: ومنع الوحءه فإن التأكىء

ءىر المؤكء والمءلق موءوء فى كل فرد وهو ىستلزم ءعء المءلول بءسب ءعء

العله. لكئه ءزم بعءه بءم وءوبها كما لو قصد التأكىء كما سمء.

وبالجملة: أن كلام العلامة وكلام الشيخ لا يخلو عن اضطراب واختلاف
بالنسبة إلى تخلف هذه القيود، لكن الأخبار ليس سوى المطلق منها المنطبق
على المذهب المشهور ولا معارض لها سوى ما سمعت من صحيحه ابن الحجاج،

ص: ١٩

حكم تعليق الظهار

فهى إنما تخالفها فى صورته واحده وهى عند اتحاد المجلس وهى ضعيفه عن المقاومه
ومحتمله للتقيه كما هو قديم قول الشافعيه.

الثالث: قولهم " بما إذا لم يتخلل التكفير " فيه إشاره إلى أنه لو كفر عن

السابق ثم جدد الظهار فلا شبهه فى وجوب الكفاره به فيكون موضع الخلاف

مخصوصا بذلك، فيظهر بذلك وجه المخالفه بينه وبين من أطلق، والأخبار لا تساعد
على هذا التقييد بل شامله لمن كفر ومن لم يكفر.

وأما توجيهه بأن حكم الأول قد يسقط بالتكفير فلا يتوجه الاجتزاء بتلك

الكفاره عن الظهار المتأخر عنها مع أنه سبب قام فى إيجابها مع العود، والكفاره

المتقدمه على سبب الوجوب لا تجزى قطعاً، فلا يكون من معرض الخلاف فى شئ

مدفوع بالدليل المقرر للقول بالوحده المؤيد بصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج،

لكنك قد عرفت فى هذه التعاليل مما لا يشفى العليل ولا يبرد الغليل.

الرابع: قد عرفت مما سبق أن الظهار قابل للتعليق على شرط وللإطلاق

وإذا أطلق حرم عليه الوطء حتى يكفر بالنصوص والاجماع وظاهر الكتاب،

ولو علقه بشرط جاز الوطء ما لم يحصل الشرط، فلو وطأ قبله لم يكفر، ولو كان

الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ولا تستقر الكفاره حتى يعود، هذا

هو المشهور،

وقال الشيخ - رحمه الله - فى النهايه والصدوق فى الفقيه والمقنع والهدايه:

يجب بنفس الوطء الأول بناء على كون الاستمرار وطئاً ثانياً. وليس بجيد،

لأنه متحد وإن طال الزمان، مع أنه لا يكون مظاهراً إلا بهذا الوطء، وعلى

هذا فإنما يبيح عندهم مسماه وتجب الكفاره على قولهم ولو بالنزاع بعد المسمى

بل هو من أضعف الضعيف، فإن الوطاء أمر واحد عرفا من ابتدائه إلى النزاع

كما سمعت، والاطلاق منزل عليه، والمشروط عدم عند عدم شرطه. نعم لو نزاع

كاملا ثم عاد وجبت الكفاره وإن كان في حاله واحده. وأما الأخبار الداله عليه

ص: ٢٠:

فقد تقدم شطر منها.

فمنها: صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: الظهر

ضربان أحدهما فيه الكفاره قبل المواقعه و الآخر بعده، فالذى يكفر قبل المواقعه

الذى يقول: أنت على كظهر أمى ولا يقول: إن فعلت بك كذا وكذا، والذى

يكفر بعد المواقعه الذى يقول: أنت على كظهر أمى إن قاربتك "

ومثلها صحيحته (٢) الأخرى كما فى التهذيب.

وصحيحته زراره (٣) كما فى الكافى " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ظاهر

ثم واقع قبل أن يكفر، فقال لى: أوليس هكذا يفعل الفقيه "

وموثقه عبد الرحمن بن الحجاج (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث " قال:

إن كان منه ظهار فى غير يمين فإنما عليه الكفاره بعد ما يواقع "

وصحيحه ابن الحجاج (٥) أيضا: قال: الظهر على ضربين فى أحدهما الكفاره

إذ قال: أنت على كظهر أمى ولا يقول: أنت على كظهر أمى إن قاربتك "

وخبر زراره (٦) " قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام: إنى ظاهرت من أم ولدى

ثم وقعت عليها ثم كفرت، فقال، هكذا يصنع الفقيه إذا وقع كفر "

وصحيحه حريز (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: الظهر ظهاران أحدهما أن

ص: ٢١

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣٢، وفيه " هو الذى يقول: وإن قربتك "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٢ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ١.

٣- (٣) الكافى ج ٦ ص ١٥٩ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ ح ٥.

٤- (٤) الكافى ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣٣ وفيه " وإن كان منه الظهار "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٦.

- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٨ وفيهما "إن قربتك".
- ٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٢.

يقول: أنت على كظهر أمى ثم يسكت فذلك الذى يكفر، فإذا قال: أنت على

كظهر أمى إن فعلت كذا وكذا ففعل فعليه الكفاره حين يحنث "

ومرسله ابن بكير (١) " قال، قلت لأبى الحسن عليه السلام: إني قلت لامرأتى:

أنت على كظهر أمى إن خرجت من باب الحجره، فخرجت، قال: ليس عليك

قويت أم لم تقو "

وصحيحه محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: الظهار لا يقع إلا على

الحنث فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر "

فهذه الأخبار وإن أطلق بعضها فى نفي الكفاره، لكنه يجب رده وحمله

على ما لو علق الظهار على الوقاع كما فعله شيخ التهذيبيين ويرشد إليه قوله فى

كثير منها " أوليس هذا يفعل الفقيه " بمعنى أن الفقيه هو الذى يعلق ظهاره على

الجماع فلا تجب عليه الكفاره بمجرد جماعه الأول وإنما يجب بالعزم على المعاوده

بعد جماعه الأول. وقد دلت صحيحه محمد بن مسلم وغيرها على أن الظهار لا يقع

إلا على الحنث، وذلك لا يكون إلا إذا علق على شئ ووقع ذلك الشئ، فهناك

ليس له أن يواقع حتى يكفر، وقد كشف عن ذلك كله مجموع تلك الأخبار

بعد ضم بعضها إلى بعض، وأما حمل هذه الأخبار على بطلان الظهار بكونه معلقا

على شرط فانتفاء الكفاره لانتفاء انعقاده فيرده ما فصلته صحاح عبد الرحمن بن

الحجاج وقولهم فى الأخبار المطلقه " أوليس هكذا يفعل الفقيه "

وبالجملة أنه لا مستند لكلام الصدوق والشيخ فى إيجاب الكفاره فى المعلق

- ١- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٨ وفيهما "ابن بكير عن رجل من أصحابنا عن رجل قال " مع
زياده فى الحديث، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٣ وفيه " عن رجل " مع زياده.
- ٢- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٩ مع زياده فيهما.

فيما لا يحمد من صفات النساء

على الجماع بمجرد جماعه الأول كما تلوناه عليك سوى إجمال بعضها، وهو مردود إلى المفصل المحكم، وهذا هو الذي تقتضيه القواعد العامه. ثم إنه يتفرع على هذا الحكم أمور:

منها: ما لو علقه بفعل مثل دخول دار وتكلم زيد فإنه يقع بعد الدخول والتكليم سواء طال زمانه أم قصر ولا يقع قبله اتفاقا كما عرفت من الفتوى والأدله أما لو علقه بنفى فعله كقوله: إن لم تدخل الدار لم يقع إلا عند اليأس من الدخول كأن مات أحدهما قبله فيحكم بوقوعه قبيل الموت، ومن هذا الباب ما لو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت على كظهر أمي، فإنها تصير مظاهرا عند اليأس وذلك بالموت فيتبين أنه قبيل الموت صار مظاهرا ولا كفاره عليه لعدم العود بعده لأن الموت عقيب صيرورته مظاهرا، ولو علق النفي بـ "إذا" كقوله: إذا لم تدخلى وقع عند مضى زمن يمكن فيه ذلك الفعل من وقت التعليق فلم يفعل، والفرق بين الأداتين أن حرف الشرط لا إشعار له بالزمان، و (إذا) ظرف زمان كمتى فى تناول للأوقات، فإذا قيل: متى ألقاك صح أن يقال: متى شئت أو إذا شئت، فلا يصح: إن شئت، فقوله "إن لم تدخلى الدار"

معناه إن فاتك دخولها وفواته

بالموت، وقوله "إذا لم تدخلى الدار" معناه أى وقت فاتك الدخول فيقع الظهار بمضى زمان يمكن فيه الدخول به.

ومنها: ما لو علقه بالحمل فقال: إن كنت حاملا فأنت كظهر أمي،

فإن كان بها حمل ظاهر وقع فى الحال، وإلا فإن ولدت لدون سته أشهر من

التعليق بأن وقوعه حين التعليق لوجود الحمل حينئذ وإن ولدت لأكثر من
أقصى مدة الحمل أو بينهما أو وطئت بعد التعليق وأمكن حدوثه به بأن كان بين
الوطء والوضع ستة أشهر فأكثر لم يقع لتبين انتفاء الحمل فى الأول واحتمال
حدوثه بعد التعليق فى الثانى وإن لم يظأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به،
ففى وقوعه وجهان من احتمال حدوثه بغير الوطاء كاستدخال المنى والأصل عدم

ص: ٢٣

فيما أشكله المصنف في قول صاحب المسالك في أنه لا فرق في أهل الكتاب بين الحربى منهم والذمى

تقدمه، ومن أن ذلك نادر والظاهر وجوده عند التعليق، وهذا هو الأقوى.

ومنها: ما لو علقه بالحيض فقال: إن حضت حيضه فأنت على كظهر أمى

لم يقع حتى ينقضى حيض تام. ولو قال: إن حضت واقتصر وقع إذا رأت دما

محكوما بكونه حيضا، فإن كان معتاده ورأت في عاداتها وقع برؤيه الدم وإلا

فبمضى ثلاثه أيام على المشهور، وعلى القول بتحريضها برؤيه الدم كما هو المختار

يقع كذلك، ويحتمل توقفه على ثلاثه مطلقا إذ به يتحقق أنه ليس بدم فساد

والفرق بينه وبين العباده والتحریم عليه أن الظهار لا يقع إلا بيقين، وأحكام

الحيض مبنيه على الظاهر، ولهذا تقضى العباده التى تركتها لو نقصت عن الثلاثه

ولو فى ضمن عشره، ولو قال لها ذلك وهى حائض لم يقع إلا بحيضه مستأنفه،

ومهما قالت حضت فالقول قولها بخلاف ما لو علقها على دخول الدار فقالت دخلتها

فإنه يحتاج إلى البينه، والفرق عسر إقامه البينه على الحيض. وغايه اطلاع

غيرها مشاهده الدم وذلك لا يعرف إذا لم تعرف عاداتها، وقد تقدم فى الطلاق ما

يدل من النصوص والفتوى أن العده والحيض للنساء. ومثله ما لو قال: إن

أضمرت بغضى فأنت على كظهر أمى، لعسر الاطلاع عليه من غير قولها بخلاف

الأفعال الظاهره.

ومنها: ما لو تعدد الشرط كقوله: إن دخلت دار زيد أو كلمت عمرا فأنت

على كظهر أمى وقع بأى واحد من الشرطين وجد، ثم لا يقع بالآخر شئ لأنه

ظهار واحد، وكذا لو قدم الجزاء عليهما، وكذا إن قال: إن دخلت الدار وكلمت

زيدا أو قال: أن دخلت هذه الدار وإن دخلت الأخرى فأنت كظهر أمى. أما لو

قال: إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمي وإن دخلت الأخرى فأنت كظهر أمي

وقع الظهاران لتعدد الشرط والجزاء، ولو قال: إن دخلت الدار وكلمت زيدا

فلا بد من وجودهما معا لوقوعه، ولا فرق أن يتقدم الكلام أو يتأخر لأن الواو

لمطلق الجمع على أصح القولين، والفروع بهذا المعنى كثيرة مما يطول بها الاملاء،

ص: ٢٤

حكم الوطء قبل الاطعام على تقدير عجز المظاهر عن التعلق والصيام

وعند مراجعته القواعد المقرره فى الأصول والعربيه تستخرج أحكام المعلق من الظهر على التفصيل، وليس هذا التفریع من الاجتهادات المنهى عنها فى الأخبار لأنها مأخوذه من الصحاح الناطقه " إنما علينا أن نلقى إليكم الأصول وعليكم أن تفرعوا عليها " كما فى صحيحه البنزطى (١) وصحيحه زراره ومحمد بن مسلم (٢)، وحيث قد ثبت التعليق فى الظهر كان مترتباً على ما علق عليه كائناً ما كان.

الخامس: قد ثبت مما سبق فى الدليل والفتوى أن الظهر حيث تستكمل شرائطه يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الاطعام، أما تحريم الوطء قبل العتق والصيام فموضع وفاق بين المسلمين لقوله تعالى " فتحرير رقبه من قبل) ثم قال " فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا " (٣) وأما تحريمه قبل الاطعام على تقدير عجزه عن الأولين فعليه الأكثر منا ومن الجمهور لأن الله تعالى جعله بدلاً عنهما، وللأخبار النبويه وغيرها من الخاصيه والعاميه.

فمنها: صحيحه زراره كما فى الكافى عن غير واحد عن أبى بصير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إذا واقع المره الثانيه قبل أن يكفر فعليه كفاره أخرى ".
وصحيحه الحلبي (٥) كما رواه المحمدون الثلاثه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال " فإن واقع - يعنى المظاهر - قبل أن يكفر قال: يستغفر الله ويمسك حتى يكفر ".
وصحيحه الحلبي (٦) الأخرى كما فى التهذيب وقد تقدمت " قال: سألت

- ١- (١) بحار الأنوار ج ٢ ص ٢٤٥ ح ٥٤ وليس فيها "عليها".
- ٢- (٢) عوالي اللئالي ج ٤ ص ٦٣ ح ١٧ وفيه: عن زراره وأبي بصير وليس فيه "عليها".
- ٣- (٣) سورة المجادلة - آيه ٣ و ٤.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ٢.
- ٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤ وفيهما "إن أراد أن يمسه".

أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال:

ليس عليه كفاره، قلت: فإن أراد أن يمسه؟ قال: لا يسمها حتى يكفر،

قلت: فإن فعل فعله شيء؟ قال: إي والله إنه لآثم ظالم، قلت: عليه كفاره

غير الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبه "

وصحيحه حفص بن البختري عن أبي بصير (١) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت: فإن واقع

قبل أن يكفر؟ قال: فقال: عليه كفاره أخرى "

وصحيحه ابن مسكان عن الحسن الصيقل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت

له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه كفاره من قبل أن يتماسا، قلت:

فإنه أتاها قبل أن يكفر، قال: بئس ما صنع، قلت: عليه شيء؟ قال: أساء وظلم،

قلت: فيلزمه شيء؟ قال: رقبه أيضا "

وقال ابن الجنيد منا وبعض العامة: أنه إذا انتقل فرضه إلى الاطعام لم

يحرم الوطء قبله لأن الله تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم

يشترط ذلك في الاطعام. ويرده ما ذكرناه من ثبوت البدليه في الاطعام عنها وإطلاق

هذه الأدله.

وربما احتج لابن الجنيد بخبر زراره (٣) المروى من الصحيح وغيره كما

سبق عن قريب حيث قال " إني ظاهرت من أم ولدي ثم وقعت عليها ثم كفرت

قال: هكذا يصنع الرجل الفقيه إذ وقع كفر " وقال في حسنته (٤) " رجل ظاهر

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٦.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٢ وفيه "يعتق أيضا رقبه"، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٥ وفيهما "عليه الكفاره".
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٩ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٢.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ ح ٥ وفيهما "فقال لي: أوليس".

لو جامع المظاهر قبل التكفير

ثم واقع قبل أن يكفر، فقال: أليس هكذا يفعل الفقيه " بحملهما على ما لو كان فرضه الاطعام لعجزه عن الأولين. وأجيب عن ذلك بأنهما منزلان على الظهار المشروط بالمواقع، ويمكن الحمل على الانكار خصوصا الأول أو المزاح كقوله صلى الله عليه وآله (١)

لعمار: هكذا يتمرغ الحمار، على أن الأولى لا تدل إلا على التكفير إذا وقع.

وأما جواز التأخير وتعدد الكفاره به أو عدمه فلا دلالة على شئ من ذلك، وإن اعتمدنا على الثاني كان التأخير أفضل، وهو لا يقول به.

بقي هنا شئ وهو أن الأخبار السابقة قد تضمنت وجوب كفاره أخرى

لو جامع قبل التكفير كما هو مجمع عليه إذا كانت الكفاره صوما أو عتقا

وقد جاءت بإزائها أخبار بأنه ليس عليه إلا كفاره واحده.

فلا بد من الجمع بينها بوجه يدفع التنافي عنها مثل روايه زراره (٢) عن

أبي عبد الله عليه السلام " إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر فإنما عليه كفاره واحده ويكف عنها حتى يكفر "

وخبر السكوني (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال أمير المؤمنين عليه السلام: أتى رجل من الأنصار من بنى النجار إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إني ظاهرت من امرأتى فواقعتها قبل أن اكفر، قال، وما حملك على ذلك؟ قال: رأيت بريق خلخالها وبياض ساقها فى القمر فواقعتها، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: لا تقربها حتى تكفر، وأمره بكفاره واحده "

وخبر على بن جعفر (٤) كما فى التهذيب وصحيحه كما فى كتاب المسائل

- ١- (١) الفقيه ج ١ ص ٥٧ ح ٢، الوسائل ج ٢ ص ٩٧٧ ب ١١ ح ٨ وفيهما " كذلك يتمرغ الحمار " .
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ ح ٩ .
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٧ .
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٩ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٧ وفيهما " وأمره بكفاره الظهار " .

لا فرق بين الحصر العام والحصر الخاص

عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام في حديث ثم ذكر مثل خبر السكوني إلا أنه

قال " فأمره بكفاره الظهر وأن يستغفر الله تعالى ". وقد حملها الشيخ على أنه

أمر بكفارتين وإنما أفردتها للنوع أو الجنس، واحتمل فيها أن الوحده لمكان

الجهل لمعدوريه الجاهل، واستدل على ذلك بصحيحه محمد بن مسلم (١) عن

أبي جعفر عليه السلام " قال: الظهر لا يقع إلا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها

حتى يكفر، فإن جهل وفعل فإنما عليه كفاره واحده ".

ويمكن حمل أخبار الوحده على التقيه لأنه مذهب الشافعيه في أحد

قوليهما كما نقله شيخ الخلاف، ويشهد بذلك روايه السكوني (٢) له لأنه عامي،

وكذلك إسناد الروايه إلى علي عليه السلام.

السادس: لو وطأها خلال الصوم الذي للكفاره استأنف في المشهور سواء

كان بعد أن صام شهرا ومن الثاني صام يوما أم لا، لأنه صادق عليه أنه وطأها

قبل أن يكفر فلا يحصل الامتثال بالا كمال على هذا الوجه، لأن الأمور به هو

صيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، ولا فرق بين كون الجماع مفسدا للصوم

كما لو وقع نهارا أم لا، كما إذا وقع ليلا.

وذهب ابن إدريس إلى عدم البطلان بالوطء ليلا مطلقا لأن التابع عباره

عن إيقاع صوم اللاحق بعد السابق من غير فارق، وهو متحقق إن وطأ ليلا، ولا

يستأنف الكفاره لأنه لم يبطل من الصوم شيء وعليه إتمامه وكفاره أخرى

للوطء. وقد قر به ثاني الشهيدين في المسالك، إذ غايه ما استدلوا به أن يكون

قد أثم بالوطء خلال الصوم كما يَأْثَمُ به لو فعله قبل الشروع في الكفاره وإيجابه

كفاره أخرى، أما وجوب استئناف هذه فلا.

وقولهم "إن المأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس" لا ينفعهم

ص: ٢٨

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ١٢، الوسائل ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٩.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٧.

هل يحرم على المظاهر ما دون الوطء؟

لأن الاستئناف لا يوجب كون الشهرين واقعين بعد التماس وإذا لم يوجبه كان

بعض الشهرين قبل التماس، وهذا أقرب مما هو مأمور به من الأولين. ولئن

سلمنا لكن بمخالفته يحصل الإثم وا لكفاره كما لو واقع قبل الشروع فإنه إذا

صام بعده فقد صدق عليه أنه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماسا ومع ذلك يقع

مجزيا، فالأقوى إذا مختار ابن إدريس، ووافقه عليه العلامة في القواعد والشهيد

في الدروس ويحيى بن سعيد في الجامع.

وبالجملة: فإنه لا دليل على الاستئناف، وعلى الأول كما هو المشهور هل

يكفى الاستئناف عن كفاره الوطء قبل كمال التكفير على القول بلزوم كفارتين إن

وطأ قبل التكفير؟ إشكال، من التردد في كون الوطء قبل التكفير لاحتمال أن يراد

قبل الشروع فيه وقبل الاتمام. وعلى الثاني فالأقرب أن الوطء إن وقع ليلا وجب

الاتمام لا غير دون الاستئناف مطلقا قبل اتباع الشهر الأول بيوم وبعده، وفاقا

لأولئك الجماعة المذكورين لما عرفت من قوه دليلهم، ووجب التكفير ثانيا وفاقا

للجامع لابن سعيد لصدق الوطء قبل التكفير إذ لا تكفير بعد تمام الصيام. وكذا

إن واقع نهارا بعد أن صام من الثاني شيئا في الأصح، وإن واقع نهارا وكان قبله

استأنف لفقد التابع وكفر ثانيا بعد الاستئناف، فإن تقدم الوطء على التكفير

هاهنا أظهر.

السابع: هل يحرم عليه ما دون الوطء كالملاسه والقبله وغير ذلك من

الاستمتاع غير الجماع كما يحرم الجماع؟ فيه خلاف، فقال بعضهم بالأول،

وجماعه على الثاني، وظاهر الآيه وأكثر الأخبار الواردة قصره على المسيس لأنه

حقيقه فيه، واحتج الآخرون بأن المسيس يطلق على ما هو أعم من الجماع
ولاطلاق الأخبار الداله على تحريم المظاهر منها عليه الشامل لبقية الاستماعات
وإن كانت الكفاره مترتبه على إراداه الجماع. وممن ذهب إلى التحريم الشيخ
وجماعه، وإلى الجواز ابن إدريس لادعائه الاتفاق على إراداه الجماع بالمسيس هاهنا
لا تحريمها عليه للأصل من غير معارض فإن تشبهت بغيرها حتى وطأها أو استدخلت

ص: ٢٩

لو عجز المظاهر عن الكفاره بخصالها الثلاث

ذكره وهو نائم لم تفعل حراما.

ومبنى هذا الخلاف على المراد من الميسس في الآيه والروايه لأن الميسس لغه شامل لسائر الاستمتاع حقيقه لأنه تلاقى الأبدان، والأصل بقاؤه على ما كان لأن الأصل عدم النقل والاشتراك، ومن قال باختصاصه بالجماع فقد تمسك بأن الميسس يطلق على الوطء في قوله تعالى " من قبل أن تمسوهن " والأصل في الاطلاق الحقيقه واجب باستلزامه النقل أو الاشتراك، إذ لا خلاف في عموم معناه لغه، فجاز استعماله في بعض أفراده مجازا، والمجاز خير منهما كما تقرر في محله، وكثيرا ما يعدل في القرآن عما يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك ولأن مقتضى تشبيهها بالأم كون تحريمها على حد تحريمها إلى أن يكفر وهو متناول لغير الوطء من ضرابه، ويشكل بأن ذلك يقتضى تحريم النظر بشهوه والآيه لا تدل عليه. وظاهر بعض الأصحاب أنه غير محرم لعدم الدليل عليه، وأن الكلام فيما يدخل في مفهوم التماس لغه من ضراب الاستمتاع، وبأنها لم تخرج عن ملكه الاستمتاع بالظهار فأشبه الصوم والحيض، فاستصحاب الحمل فيما عدا موضع الوفاق هو الوجه.

واعلم أن تحريم المرأه شرعا تاره تختص بالوطء كحاله الحيض والصوم وتاره يعم كحاله الاحرام والاعتكاف وتاره يقع فيه الاختلاف كحاله الاستبراء والظهار واستمتاع المالك بالجاريه المرهونه، ومن قسم العموم الاستمتاع بالمعتده والمرتده والأمه المزوجه بغير المالك بالنسبه إليه والمعتده عن وطء الشبهه، ويلحق في الصوم النظر واللمس لمن يخشى الانزال بالوطء في التحريم.

الثامن: إذا عجز المظاهر عن الكفاره بخصالها الثلاث فهل لها بدل يتوقف

عليه حل الوطاء؟ قيل: نعم، وهو المشهور، وقيل: لا بدل لها في الظهر، وهو أحد

أقوال الشيخ الثلاثه، وهو مذهب المفيد وابن الجنيد، فعند تعذر الخصال الثلاث

لا بدل لها أصلاً بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدي الواجب منها، وسيجيء دليل

ص: ٣٠

حكم عباده الجاهل

هذا القول.

ثم إن القائلين بالبدل اختلفوا في المراد منه. فشيخ النهاية أن للاطعام بدلا وهو صيام ثمانيه عشر يوما، فإن عجز عنها حرم عليه وطؤها إلى أن يكفر. وقال ابنا بابويه: إنه مع العجز عن إطعام الستين يتصدق بما يطيق ثم يجامع. وقال ابن حمزه: إذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانيه عشر يوما، فإن عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام. وقال ابن إدريس: إذا عجز عن الخصال الثلاث فبدلها الاستغفار ويكفى في حال الوطء، ولا يجب عليه قضاء الكفاره بعد ذلك وإن تجددت قدرته عليها.

وللشيخ قول آخر بذلك لكن تجب الكفاره إن قدر. وقد احتج في المختلف للاجترأ بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث لأصالة براهه الذمه وإباحه الوطء، وإيجاب الكفاره مع العجز تكليف ما لا يطاق، والأصل عدم وجوب الطلاق، وبمعتبره إسحاق بن عمار (١) المعدوده عندهم في الموثق وعندنا في الصحيح عن الصادق عليه السلام " قال: الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر ربه وينوى أن لا يعود قبل أن يواقع، وقد أجزأ ذلك عنه من الكفاره، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، وإن تصدق بكفه وأطعم نفسه وعياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجا، وإن لا يجد ذلك فليستغفر ربه وينوى أن لا يعود، فحسبه ذلك والله كفاره " وبخبر داود بن فرقد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال " إن الاستغفار توبه وكفاره لكل من لم يجد السبيل إلى شئ من الكفاره ". وأورد على هذا الاستدلال بأن أصالة البراءه وإباحه الوطء انقطعا بالظهار، فإنه

-
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٦١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٤ ح ٤ وفيهما " وإن تصدق وأطعم ".
٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٢٠ ح ٤ وفيه " فإن الاستغفار "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٤ ح ٣.

فيما لو أسلمت زوجته الكافر قبل الدخول

حرم الوطء بإجماع المسلمين وأوجب الكفاره مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى الدليل القاطع.

ثم قال ثانی الشهيدين في المسالك بعد الرد بذلك: ومن العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال، أما الروايه فدلالته لا يخلوا من اضطراب لتضمن صدرها وجوب الكفاره إذا قدر عليه بعد الاستغفار وأخرها عدمه، مع أن العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثق خصوصا مع معارضته القرآن وما هو أقوى دلالة، والعلامه - رحمه الله - كالشيخ لا ينضب مذهب في العمل بالروايه مع أنه في أصول الفقه اشترط في الراوي الايمان والعداله، وفي فروع الفقه له آراء متعدده منها قبول الموثق - كما هنا - بل ما هو أدنى مرتبه منه. وفيه نظر من وجوه:

أما أولا: فلأن قطعيه تحريم الوطء بإجماع المسلمين وكذا إيجاب الكفاره مع العود لا ينفيان الاجتزاء بما دل الدليل الخاص على بدليته عن الكفاره عند العجز عنها - أعنى الاستغفار - على وجه يكون مراعى أجزاءه بعدم القدره ثم يجب القضاء بعد ذلك، ولا يضر هذا في اعتبار البدليه لأن هذا بدل مسوغ للمواقعه المضطر إليها، وفيه جمع بين الحقيين لأنه لم يستحل ذلك المحرم بغير كفاره أصلا بل الاستغفار كفاره لكل ذنب، كما دلت عليه تلك الروايات المعتمده وخبر داود بن فرقد وخبر أبي بصير الآتي الدال بعمومه في كل حق وإن أخرج الظهار منها مبالغه في عقوبه الظهار لثلاثا يتهاون الناس به، فلا معنى إذا لبقاء قطعيه تحريم الوطء ووجوب الكفاره.

وأما ثانياً: فلأن ما طعن به العلامة من علمه بالموثق خصوصاً مع معارضته

القرآن وما هو أقوى دلالة فهو طعن بما وقع منه - قدس سره - غير مره، فقد

عمل بالموثق في مسائل عديده في غير بيان ما يجبره، وأين المعارضه بين القرآن

وبين هذا الموثق؟ لأن القرآن إنما أوجب عليه الكفاره عند إرادته المسيس عند

ص: ٣٢

المسأله الثالثه: فى وطء الشبهه

القدره على ذلك وإلا لكان تكليفا بما لا يطاق، وهكذا فى كل مقام تجب فيه

الكفارته ولو كانت كفارته قتل النفس، على أن الحق أن إسحاق بن عمار مما

ثبت وثاقته فى كلام النجاشى من غير تعرض لفظحيته، وإنما ثبت الفطحيه

له فى كلام الشيخ، وليس فى إسحاق بن عمار الثابت وثاقته، بل لابن عمار بن

موسى الساباطى، وذلك ابن حيان الصيرفى، و لكن توهم جماعه الاتحاد فجمعوا

بين التوثيق والفطحيه فى روايات إسحاق بن عمار بقول مطلق، مع أنا لم نقف

على روايه لابن عمار الساباطى، فالحق عد حديثه فى الصحيح.

وأما ما قرره فى أصول الفقه من اشتراطه فى الراوى الايمان والعداله فذلك

مما لا يلتزمه فى كل روايه هذا المعترض لأنه يلزمه قصر عمله على الصحيح

وحده، مع أن ظاهرهم الاطباق على العمل بالموثقات والحسان بل الأخبار الضعاف

إذا كانت معصوده بالقرائن.

وأما ثالثا: فلأنه لا اضطراب فى الحقيقه فى هذه الروايات فإن صدرها إنما

دل على وجوب الصدقه فى الجمله إذا قدر عليها بعد الاستغفار، وأما عجزها فلا

يدل على كفايه الاستغفار مطلقا بل مقيد بإطلاقه بما فى صدرها حيث قال " وإن

لا يجد ذلك فليستغفر ربه وينوى أن لا يعود وحسبه بذلك و الله كفاره " وهو كما

ترى لا يبقى وجوب ذلك القدر من الصدقه بكفه بحيث يجزيه الاستغفار عنه

وإن قدر عليه مع إمكان حمل ذلك القدر على الاستحباب.

واحتج الشيخان ومن تبعهما على إيجاب ثمانيه عشر يوما بدلا مع العجز

عن الخصال بخبر أبى بصير (1) عن الصادق عليه السلام كما فى التهذيب والكافى " قال: سألته

عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام،

قال: يصوم ثمانية عشر يوماً لكل عشره مساكين ثلاثة أيام ". وبما رواه في الهدايه

ص: ٣٣

١- (١) لم نعثر عليه في الكافي، التهذيب ج ٨ ص ٢٣ ح ٤٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٨ ب ٨ ح ١.

اعتبار النية في الذبح

للصدوق (١) مرسلا " قال: قد روى أنه يصوم ثمانية عشر يوما " وقدح على الاستدلال

بهذه الرواية بضعف سندها بوهب بن حفص وباشتراك أبي بصير. وفيه أن هذا

غير قادح لأنه معضود بعمل هؤلاء الأجلاء وبما ورد في كفاره غير الظهار، كما

تقدم في كفاره شهر رمضان وغيره من الكفارات من بدليه الثمانية عشر عن

صيام الشهرين المتتابعين. وقد رواه الصدوق في الهداية مرسلا في خصوص الظهار

ويمكن حمله على الاستحباب أيضا لمعارضته لما دل على جواز الاكتفاء بالاستغفار.

وأما أدله بقيه الأقوال فيمكن أن يستدل للصدوق بأنه يتصدق بما يطيق

مع العجز عن إطعام الستين بقوله عليه السلام في خبر أبي بصير (٢) " إذا وجد السبيل

إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، وإن تصدق بكفه فأطعم نفسه وعياله

فإنه يجزيه إذا كان محتاجا " .

وبما رواه في كتاب الهداية (٣) والفقهاء (٤) مرسلا حيث قال " إن لم يجد

ما يطعم ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما " . وروى (٥) " أنه يتصدق بما يطيق "

وكأنه يختار في الفقيه الجمع في الأخبار بين صوم الثمانية عشر يوما أو يتصدق

بما يطيق فيكون مخيرا بينهما، إلا أنه في الفقيه عين الثمانية عشر ابتداء،

وأسند التصديق بما يطيق إلى الرواية وعكس في الهداية. وفي النهاية للشيخ اقتصر

على صيام ثمانية عشر يوما. وفي الشرايع والقواعد للمحقق والعلامة يصوم

ثمانية عشر يوما فإن عجز تصدق عن كل يوم بمد. وكأنهما جمعا بالترتيب

بين الأخبار، ولا بأس به وإن كان الأول أقوى. وأما تفصيل ابن حمزه بأنه إذا

عجز عن صوم الشهرين المتتابعين كان بدله صوم ثمانية عشر يوما، فإن عجز تصدق

-
- ١- (١) الجوامع الفقيهيه ص ٦٠.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٦ ح ٤ وفيهما " وإن تصدق وأطعم " ولعل سهو قد وقع في اسم الراوى فالصحيح إسحاق بن عمار.
 - ٣- (٣) الجوامع الفقيهيه ص ٦٠.
 - ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤١.
 - ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٤١.

المقام الثاني: فى سنن الولاده وما يستحب فعله المولود

عن كل يوم بمدين من طعام فلا أعرف له مستندا ولا مأخذا من الجمع بين الأخبار لأن الجميع خاليه عن هذا المقدار.

وأما القول الأخير أعنى قول المفيد وابن الجنيد والشيخ فى قوله الثالث بأن هذه الخصال الثلاث لا بدل لها أصلا بل يحرم عليه وطؤها إلا أن يؤدى الواجب أخذنا بظاهر القرآن وبروايه أبى بصير (١) عن الصادق عليه السلام " قال: كل من عجز عن الكفاره التى تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه فى يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفاره فالاستغفار له كفاره ما خلا يمين الظهر فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرم عليه أن يجمعها وفرق بينهما إلى أن ترضى المرأه أن يكون معها ولا يجمعها " وهذه الروايه من الصحيح كما فى التهذيب وإن أرسلها فى الكافى إلا أنها من مراسيل ابن أبى عمير وهى بمنزله الصحاح عندهم، والعجب من فقهاءنا المتأخرين كيف لم ينظموها فى سلك الصحيح!! وكأنهم لم يراعوا طريقها من التهذيب.

وخبر محمد بن سنان عن أبى الجارود بن المنذر (٢) " قال: سأل أبو الورد أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت على كظهر أمى مائه مره، فقال أبو جعفر عليه السلام: يطيق لكل مره عتق رقبه؟ فقال: لا، فقال: يطيق إطعام ستين مسكينا مائه مره؟ قال: لا، قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مائه مره؟ قال: لا، قال: يفرق بينهما ".

وهذا القول أقوى الأقوال لولا مخالفه المشهور وأخبار الاستغفار، وحمله على الاستحباب لا بأس به كما احتمله فاضل الوسائل.

واعلم أن المراد بالاستغفار في هذا الباب ونظائره كما هو مؤدى الأخبار

هو أن يقول: أستغفر الله مقترنا بالتوبه التي هي الندم على فعل الذنب والعزم

ص: ٣٥

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٦١ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٦ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٤ ب ٦ ح ١ وما في المصادر اختلاف

يسير.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٤ ب ٦ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

ما يجب فعله

على ترك المعاوذه على الذنب أبدا، ولا يكفى اللفظ المجرد عن ذلك وإنما جعله الشارع كاشفا عما فى القلب، كما جعل الاسلام فى اللفظ كاشفا عما فى القلب لكن اللفظ كاف فى البدليه ظاهرا، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبه التى هى من الأمور الباطنيه لم يترتب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى بل كان الوطاء معه كالوطء قبل التكفير فيجب عليه كفاره أخرى فى نفس الأمر وإن لم نحكم عليه ظاهرا.

التاسع: قد ثبت مما سبق من وجوب التكفير قبل المجامعه وجوب تكرر الكفاره بتكرر الوطاء فى المشهور، بل كاد أن يكون إجماعيا. ويدل عليه صدق الوطاء قبل التكفير على كل منهما، وكل وطاء قبل التكفير سبب للكفاره، والأصل عدم التداخل.

وصحيحه أبى بصير (١) المستفيضه عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إذا واقع المره الثانيه قبل أن يكفر فعليه كفاره أخرى ليس فى هذا اختلاف " .

وصحيحه الحلبي (٢) التى مر ذكرها " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام - وساق الحديث إلى أن قال: - قلت: إن أراد أن يمسه؟ - يعنى المظاهر - قال: لا يمسه حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعليه شئ؟ قال: أى والله إنه لآثم ظالم قلت: عليه كفاره دون الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبه " .

وحسنه أبى بصير (٣) " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت: فإن أراد أن يواقع قبل أن يكفر؟ قال: فقال: عليه كفاره أخرى " .

ومثلهما أيضا صحيحه ابن مسكان عن الحسن الصيقل (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام

ص: ٣٦

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤ وعبارته "يعنى المظاهر" زياده من المؤلف - قدس سره -.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

لورفعت المظاهرة أمرها إلى الحاكم

" قال: قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه كفاره من قبل أن يتماسا

قلت: فإن أتاها قبل أن يكفر؟ قال: بنس ما صنع، قلت: عليه شيء؟ قال:

أساء وظلم، قلت: فليزمه شيء؟ قال: رقبه أيضا "

وظواهر هذه الأخبار كما ترى التعميم ومن هنا أخذ بها المشهور، وخالف

ابن حمزه ففصل بين ما لو كفر عن الوطء الأول وبين عدمه، فعلى الأول يتكرر

وعلى الثاني فلا، محتجا بأن الأخبار الموجبه لكفاره أخرى للوطء تشمل الوطء

الواحد والمتعدد والأصل البراءة من التكرير، فإذا وطأ مرات التكفير لم

يكن عليه سوى كفاره. وأما إذا كفر عن الأول، فإذا وطأ ثانيا صدق عليه أنه

وطأ قبل التكفير فلزمته كفاره أخرى، وفيه نظر لأن الأخبار المذكوره قد

علقت التكفير عن تكفير الظهار على مواقعه قبل التكفير أعم من أن يكون

متحدا أو مكررا، والأخبار وإن لم تكن نصا في ذلك لكنها ظاهره فيه. فما

ادعاه الفاضل المحقق السيد محمد باقر المشهور بالهندي في كشف اللثام من قوه

قول ابن حمزه لعدم التنصيص في خبر أبي بصير في إيجاب التكرار مطلقا من أعجب

العجيب منه لأن الأحكام الشرعيه أكثرها مأخذها الظواهر، فكيف يجوز العدول

عنها والخلود إلى مجرد التعليل، فقول المشهور هو المعتمد.

العاشر: لو صبرت المظاهرة على ظهار زوجها ولم تعارضه فلا اعتراض عليها

في ذلك ولا على الزوج، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم خيره بين العود والتكفير

وبين الطلاق، فإن أبي عنهما أنظره ثلاثه أشهر من حين المرافعه لينظر في أمره،

فإذا انقضت المده ولم يختر أحدهما حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب بأن يمنعه

مما زاد على ما يسد الرمق ويشق معه الصبر إلى أن يختار أحد الأمرين، ولا

يجبره على أحدهما عينا بل يخيره بينهما - كما مر - لا من حيث الطلاق

الاجبارى لا يصح، لأن الاجبار يتحقق على التقديرين، فإنه أحد الأمرين المحمول

عليهما بجبر فهو محمول عليه فى الجملة، بل لأن الشارع لم يجبره إلا كذلك،

ص: ٣٧

فيما لو انتقلت زوجه الذمي من دين الكفر الذي كانت عليه إلى دين آخر من أديان الكفر

ولو أمر بإجباره على الطلاق بخصوصه لجاز كما جاء في الأخبار والفتوى في مواضع عديده، ولم يناف صحه الفعل وظاهر الأصحاب - رضوان الله عليهم - الاتفاق على هذا الحكم.

ويدل عليه بعد الاتفاق خبر أبي بصير (١) المتقدم المشتمل على وهيب بن حفص " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين - وساق الحديث إلى أن قال: - وإلا ترك ثلاثه أشهر، فإن فاء وإلا أوقف حتى يسأل: ألك حاجه في امرأتك أو تطلقها؟ فإن فاء فليس عليه شئ وهي امرأته، وإن طلق واحده فهو أملك برجعتها "

وهذا الخبر كما ترى مع ضعف أسناده واشتمال متنه على التخيير في الكفاره بين الخصال الثلاث لا يفي ببقية الأحكام، لكن الأصحاب استدلوا به على ذلك وهو استدلال في غير محله، وكأنهم قاسوه على الايلاء، حيث إنه سيأتى فيه هذا الالتزام بهذه الأحكام والتضييق عليه لو امتنع لكنهما متخالفان في المده لأن مده الايلاء مقدره بالأشهر وهذا بالثلاثه، ومن هنا استشكل جماعه من متأخري المتأخرين التقدير بها لنقصانها عن مده الجماع الواجب للزوجه، فيكون الحكم بإطلاقه مشكل لشموله لما إذا رافعه عقيب الظهار بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطء بعد مضي المده المضروبه، فإن الواجب وطؤها في كل أربعه أشهر، وأما غيره من الحقوق فلا يفوت بالظهار، إذ لا يحرم غير الوطء كما تقدم.

وتدل عليه صحيحه بريد العجلي (٢) المرويه في الفقيه وخبر يزيد

الكناسي (٢) كما في الكافي والتهذيب حيث قال فيهما " قلت له: فإن ظاهر منها

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤ ح ٥٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٣ ب ١٨ ح ١.
٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٢ ب ١٧ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

لا يقع ظهار على طلاق ولا طلاق على ظهار

ثم تركها لا يسمها إلا أنه يراها متجردة من غير أن يمسها، هل عليه شيء في ذلك؟ قال: هي امرأته وليس يحرم عليه مجامعتها، ولكن يجب عليه ما يجب على المظاهر قبل أن يجامع وهي امرأته، قلت: فإن رفعته إلى السلطان وقالت: هذا زوجي وقد ظاهر مني وقد أمسك مني مخافه ما يجب عليه ما يجب على المظاهر؟ فقال: ليس عليه أن يجبر على العتق والصيام والاطعام إذا لم يكن له ما يعتق ولم يقو على الصيام ولم يجد ما يتصدق به، فإن كان يقدر على أن يعتق فإن على الإمام أن يجبره على العتق أو الصدقة من قبل أن يماسها".

ويستفاد من عجز هاتين الروايتين وصدرهما أنه لا جبر مع العجز عن الكفاره ومع القدره يجبر عليها، ولكن يجمع بينه وبين خبر أبي بصير المتقدم بأن الخبر على الكفاره عند القدره جبر على جهه التخيير لا على جهه التعيين، كما قررناه فيما سبق من فتوى الأصحاب ومن الأخبار.

الحادى عشر: لا يقع ظهار على طلاق ولا طلاق على ظهار، بمعنى أنه لا يقع أحدهما مع إرادته الآخر فيكون وقوع كل واحد بصيغته المعده له مع إرادته فيقع على الآخر كما تفتى به العامه، لأنهم جعلوا الظهار طلاقا وبالعكس عند قصد أحدهما من الآخر.

ويدل على هذا الحكم ما رواه الصدوق في الفقيه (١) مرسلا عن الصادق عليه السلام

" قال: لا يقع ظهار على طلاق ولا طلاق على ظهار " فيكون " على " بمعنى

" مع " كما فى قوله تعالى " ويطعمون الطعام على حبه " (٢) " وإن

ربك لذو مغفره للناس على ظلمهم " (٣).

ويمكن أن يراد من صدر الخير أن الظهار لا يقع إلا على غير المطلقه،

ص: ٣٩

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ٢٠ ح ١.

٢- (٢) سورة الدهر - آيه ٨.

٣- (٣) سورة الرعد - آيه ٦.

جواز توكيل أهل الزكاه والخمس في قبضهما وعدمه

فعند تقديم الطلاق لا يقع به الظهار. وأما عجزه فيمكن أن يكون صدر تقيّه

حيث إن الظهار عندهم طلاق فلا يقع طلاق على طلاق بغير رجعه.

وبالجملة: فقه هذا الحديث من المتشابهات وما ذكرناه في معناه وإن

كان مقرباً له إلى الفقه الصحيح من وجه لكنه مبعد له من وجه آخر، إلا أنه

محتمل التقيّه.

الثاني عشر: قد جاء في خبر السكوني (١) المروى في الفقيه " قال: قال علي

عليه السلام في رجل آلى في امرأته وظاهر منها في مره واحده، قال: عليه كفاره واحده "

ورواه في الجعفریات (٢) بأسنادها المشهور عن علي عليه السلام مثله، وحكمه لا يخلو

عن إبهام وإشكال، ولهذا كثر فيه الاحتمال، فاحتمل فيه محدث الوسائل في

تعليقاته عليها أن المراد من اجتماع الايلاء والظهار أن يقول: والله أنت علي كظهر

أمي لا أجامعك، واحتمل العموم في جميع الصور، سواء تقدم الايلاء أو تأخر، إلا

أن في قوله عليه السلام " في كلمه واحده " إيماء لباقي الصور إن حملت الكلمه على

ظاهرها، ويحتمل حمل الكلمه على الكلام التام مثل قوله تعالى " كلا إنها

كلمه هو قائلها " (٣) وكذا في قوله عليه السلام " كفاره واحده " أشد إجمالاً لأنه

محتمل لتداخل الكفارتين لأن العتق منطبق عليهما، أو أنه إشاره إلى انعقاد الأول

منهما، فإن قدم الظهار فكفارته، كفارته وإن قدم الايلاء كانت الكفاره كفارته،

ويحتمل التداخل بأن تكون الكفاره عنهما سواء جعلها كفاره ظهار أو كفاره

إيلاء. ولكن هذه الفروع والاحتمالات المذكوره لم يتعرض لها أحد من فقهاءنا

بنفي ولا إثبات ولا حكم اجتماعهما وما الذي يصح منه وما لا يصح، لكن ظاهر

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ١٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٢- (٢) قرب الإسناد ص ١١٥ وفيه "وظاهر في ساعه واحده"
 - ٣- (٣) سوره المؤمنون - آيه ١٠٠.

لو صدرت المظاهره من الزوجه للزوج

فقيه الفقيه العمل بهذه الروايه لايراده لها ساكتا عليها، والأقرب حملها على

التقيه، وتؤيده روايه السكوني (١) لها عن علي عليه السلام.

الثالث عشر: لو صدرت المظاهره من الزوجه للزوج وقع لاغيا لأنها وظيفه

الرجل كالطلاق والايلاء، وهذا مجمع عليه.

وتدل عليه بالخصوص روايتا السكوني (٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام كما هما في الفقيه

والكافي " قال: إذا قالت المرأة: زوجي علي كظهر أمي فلا كفاره عليهما "

و أما بيان أحكام كفاره الظهار فسيأتي في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى.

ص: ٤١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ١٩ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧ وفيه " زوجي علي حرام "، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢٢ وفيهما " فلا كفاره عليها "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ٢١ ح ١.

المقصد الأول: فى أركانه وهى أربعه: الركن الأول الحالف وهو المؤلى

كتاب الايلاء

وهو لغه الحلف مأخوذ من آلى يؤلى إيلاء واليه والجمع الأليا مثل عطيه وعطايا ويقال ائتلا يأتلى ائتلاء، ومنه قوله تعالى " ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعه أن يؤتوا أولى القربى " (١).

وشرعا الحلف على الامتناع من وطء الزوجه مطلقا أو أكثر من أربعه أشهر وقد جاء القرآن به كما فى قوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعه أشهر " إلى قوله " وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " (٢). وقد جاءت الأخبار فى تفسير هذه الآيه شاهده بأن المراد بالايلاء هو المعنى الشرعى، وهو من باب تسميه الجزء باسم الكل، وقد كان طلاقا فى الجاهليه كالظهار فغير الشارع حكمه وجعل له أحكاما خاصه، فإن جمع الشرائط وإلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر فى اليمين ويلحقه حكمه. وقد اشتمل هذا الكتاب على مقصدين:

الأول: فى أركانه

وهى أربعه:

الأول الحالف:

وهو المؤلى، ويعتبر فيه العقل والبلوغ والاختيار والقصد، ولا يراعى فيه

ص: ٤٣

١- (١) وسره النور - آيه ٢٢.

٢- (٢) سورته البقره - آيه ٢٢٦ و ٢٢٧.

ظاهر كلام الأصحاب الاقتصار في النظر على الوجه والكفين

الحرية، فيقع من المملوك لعموم الكتاب والسنه سواء كانت زوجته حره أو أمه لمولى أو لغيره، لكن إذا كانت أمه للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقيه الولد فقد ينقدح عدم وقوع الايلاء منه لأن الحق فيه لمولاه فيتوقف على إذنه، ووجه الوقوع عموم الآيه، وأن المولى ليس له إجباره على الوطاء مطلقا.

والأقوى عندى اشتراط رضا المولى وإذنه فى أصل الايلاء، لأنه إن كان يمينا فلا يمينا لمملوك مع سيده كما دلت عليه النصوص والاجماع من غير فرق بين اليمين المطلقة أو الخاصه، وإن كان إيقاعا خاصا كالطلاق والظهار فقد دل الكتاب والسنه على الحجر عليه فى نفسه وماله لأنه عبد مملوك لا يقدر على شئ والايلاء شئ، وقد تقدمت تلك الأخبار الصحاح فى الطلاق وإن كان الأكثر قيدها بما إذا كان أمه للمولى وجعلوا طلاق الحره بيده، والأقوى أن طلاقه موقوف على رضا المولى كما جاء فى صحيح زراره (١) عن أبى جعفر عليه السلام وأبى عبد الله عليه السلام " قال: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد زوجه بيد من الطلاق، قال: بيد السيد " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ " (٢) أفشى الطلاق؟ " وظاهر استدلاله عليه السلام بالآيه اعتبار عموم حكمها فيكون إطلاق الحكم فى الايلاء مقيدا بهذه الآيه وبهذه الأخبار، وكذلك بالأخبار الوارده فى اليمين وهى مستفيضه، والعجب من الأصحاب هنا كيف غفلوا عن ذلك وأطلقوا الحكم كما ترى.

وكذلك يقع من الذمى وغيره من الكفار المقرين بالله ولا ينحل بالاسلام

خلافًا لمالك من العامه، ولم يخالف هنا الشيخ فى صحته من الذمى وقد خالف

فى الظهار مع أن المقتضى واحد، وقد وافق الشيخ هناك القاضى ابن البراج

ص: ٤٤

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣ ب ٤٥ ح ١ وما فى المصادر اختلاف

يسير.

٢- (٢) سورة النحل - آيه ٧٥.

ومنها: حلق الرأس كملا

وظاهر ابن الجنيد وابن شهر آشوب وظاهر المبسوط أيضا الاجماع على المنع فى ذلك، وقد استدل على المنع بأنه حكم شرعى فكيف يصح بمن لا يقر به وبأن من لوازمه التكفير إذا عاد وهو عباده لا تصح منه! فكان عليه أن يقول بالمنع هنا للمشاركه فى هذا المقتضى وإن كان ضعيفا حذرا من التحكم.

ويقع أيضا من الخصى السالم الأنثيين، ففى الأخبار أنه يولج أشد من إيلاج الفحل، ومن المجهوب إن بقى له ما يظأ به على القطع، أما لو لم يبق له فيه إشكال من العموم فيدخل، ومن عدم إمكان الوطء فينتفى لعدم إجباره بالفئه هنا، ومن انتفاء الاضرار من كونه مبتنيا على ترك الممتنع والمستحيل كأن يحلف لا يصعدن السماء، والأول خيره المبسوط والتحرير والارشاد والتبصره والتخليص (1) والشرايع، والثانى خيره المختلف، وعلى الأول - وهو الأقوى - تكون فئته كالعاجز عن الفئه ويكفى فى فئته بأن يقول باللسان إنى لو قدرت لفعلت، إلا أن المريض يقول إذا قدرت فعلت لأن قدرته متوقعه، وأورد عليه أن شرط الصحه مفقود فيه وهو مخصوص لعموم الآيه مع ظهور الفرق بينه وبين المريض لتوقع زوال عذره دونه ولا مكان مرافعته وضرب المده له، وقوله باللسان، ذلك غير نافع لأنه فى حكم العبث الذى لا يليق بمحاسن الشرع.

وأما الأشل ومن بقى من ذكره بعد الجب ما دون قدر الحشفه فهو كالمجهوب جميعه، ولو عرض الجب بعد الايلاء فوجهان، وهنا أولى بالوقوع لوجود الشرط حاله الايلاء وكان قصد الاضرار والايلاء صحيحا منه فى الابتداء. وقوى ثانى الشهيدين هنا بطلان اليمين لاستحاله بقائها مع استحاله الحنث ومجرد المطالبه باللسان،

وضرب المده لذلك قبيح كالمجبوب ابتداء، والاحتياط فى جميع هذه الصور الأخذ
بحكم الإيلاء فى وجوب التكفير عند إمكان الفئه وإن تخلف بعض اللوازم.
. أما العنز فهو داخل فى المرض ويقع من المطلق رجعيًا، كما فى المبسوط

ص: ٤٥

١- (١) كذا، والظاهر (التلخيص).

الركن الثاني: المحلوف عليه

ناقلا عليه الوفاق لبقاء الزوجيه، ويحتسب زمان العده من زمان التبرص كما ذكره فى المبسوط والخلاف والشرايع، وإنما يتم إن كان ابتداءؤها من اليمين - كما هو أحد القولين فى المسأله - فإنه إذا كانت من المرافعه لم يتصور إذا لم تستحق الاستمتاع بدون المراجعة فلا يحتسب مده العده منها كما أفتى به فى التحرير، وسيجئ تحقيق هذا الحكم فى أحكام الايلاء المتفرعه على أركانه. وكذا لو طلق رجعيًا بعد الايلاء ثم راجع فيحتسب زمان العده من المده إن ابتدأت المده من اليمين أو رفعت أمرها قبل الطلاق، ويقع عند جماعه من علمائنا من المظاهر فإنه أولى من المطلق لتتمام الزوجيه، وعند هؤلاء يقع الظهار من المولى أيضا، وقد تكلموا على المسأله فى الايلاء وتركوها فى الظهار، وقد سمعت الخبرين المرويين عن على عليه السلام كما فى الفقيه والجعفریات، وقد تقدم الكلام عليهما إلا أنه قبل الوقوف على كلامهم فى الايلاء. وسنذكره إن شاء الله تعالى فى الفروع الآتیه.

الثانى فى المحلوف عليه:

ويدخل فيه المولى منها وهو ترك جماع زوجته الدائمه قبلا للاضرار أكثر من أربعة أشهر أو مطلقا، وسيجئ بيان فائده هذه القيود فى هذا الفصل، ويشترط كونها منكوحه بالعقد الدائم فلا يقع بالمستمتع بها على الأقوى. وقد تقدم الكلام فى نكاح المتعه ولا بالموطوءه بالملك وكذلك المحلله له من الإمام. ويدل على اعتبار هذه الشروط قوله تعالى " للذين يؤولون من نسائهم " (١) لأن المتبادر من النساء الدائمات ولتخصيصها بقوله " فإن عزموا الطلاق " بعد قوله " للذين

يؤلون من نساءهم" وللأخبار المفسره للايلاء فى الآيه وغيرها.

ففى صحيحه أبى بصير (٢) كما فى تفسير القمى عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: الايلاء

ص: ٤٤

١- (١) سورة البقره - آيه ٢٢٤.

٢- (٢) تفسير القمى ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦.

ومنها: ثقب الاذن

هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر وإن رفعتة إلى الإمام أنظره أربعة أشهر ثم يقول له بعد ذلك إما أن ترجع إلى المناكحة وإما أن تطلق، فإن أبي حسنه أبدا".

وفى صحيحته الأخرى (١) وموثقته (٢) كما فى الكافى والتهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الايلاء ما هو؟ قال: هو أن يقول الرجل لامرأته والله لا أجامعك كذا وكذا، ويقول والله لأغيظنك فيتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة الأشهر، فإن فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله غفور رحيم، فإن لم يف جبر على أن يطلق، فلا يقع طلاق فيما بينهما ولو كان بعد أربعة أشهر ما لم ترفعه إلى الإمام".

وصحيحه بريد العجلي (٣) كما فى الكافى والتهذيب والعياشى " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى الايلاء: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسها ولا يجمع رأسه ورأسها فهو فى سعه ما لم تمض أربعة أشهر، فإن مضت أربعة أشهر وقف، فإذا أن يفئ فيمسها وإما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها " الحديث.

وفى موثقته (٤) كما فى الكافى عن أبى جعفر عليه السلام وأبى عبد الله عليه السلام " أنهما قالوا: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولاحق فى أربعة أشهر، ولا إثم عليه فى كفه عنها فى أربعة أشهر، فإن مضت أربعة أشهر قبل أن يمسها فسكتت

ص: ٤٧

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٣، تفسير العياشي ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٦ ب ٢ ح ١.

ومنها: الختان

ورضيت فهو في حل وسعه، فإن رفعت أمرها قيل له إما أن تفئي فتمسها وإما أن تطلق وعزم الطلاق أن تخلى عنها".

وصحيحه الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث "قال: أيما رجل آلى من امرأته - والايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا، والله لأغيطانك - ثم يغاضبها فإنه يتربص أربعة فيوقف، فإذا فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله غفور رحيم، وإن لم يف أجبر على الطلاق، ولا يقع بها الطلاق حتى يوقف".
ومثلها حسنته (٢) وخبر أبي الصباح الكناني (٣) وخبر سماعه (٤) وخبر أبي بصير (٥) كلها بهذه المنزلة في الدلالة على اشتراط الزوجية.

وأما ما يدل على انتفائه عن الأمه المملوكة صريحا فصحيحه أبي نصر

البنظي (٦) كما في قرب الأسناد عن الرضا عليه السلام "قال: سألته عن الرجل يؤلى من أمته؟ قال: كيف يؤلى وليس لها طلاق".

ويشترط أن يكون مدخولا بها كما عليه إجماع الطائفة، وليس هو موضع خلاف

كما في الظهار، ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم (٧) عن أحدهما عليهما السلام "قال: في غير المدخول بها: لا يقع عليها الايلاء ولا ظهار".

ورواه أبي الصباح الكناني (٨) عن أبي عبد الله عليه السلام "قال: لا يقع الايلاء إلا على امرأه قد دخل بها زوجها".

ص: ٤٨

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣.

- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٩ ح ٢.
- ٦- (٦) قرب الإسناد ص ١٦٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٧ ح ١.
- ٧- (٧) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
- ٨- (٨) التهذيب ج ٨ ص ٧ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ٢.

وصحيحه زراره (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يكون مؤليا حتى يدخل "

وخبير أبي الصباح الكناني (٢) أيضا " قال: سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل

آلى من امرأته ولم يدخل بها، فقال: أرأيت لو أن رجلا حلف أن لا يبنى بأهله

ستين أو أكثر من ذلك كأن يكون إيلاء؟ "

وموثقه أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: الرجل يؤلى من

امرأته قبل أن يدخل بها، فقال: لا يقع الإيلاء حتى يدخل بها "

وصحيحه الفضل بن يسار (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مملك

ظاهر من امرأته، فقال: لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها "

. وخبير محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام " لا تكون الملاعنه ولا الإيلاء إلا

بعد الدخول "

والعجب من أصحابنا كيف يختلفون في الظهار ولا يختلفون في الإيلاء مع

اشتراكهما في الأخبار الصحيحة المعتبره الداله على اشتراط الدخول مع أن المانع

من اشترطه استند إلى عموم الآيه وهو وارد في الإيلاء أيضا ولكن لم ينقلوا فيه

خلافًا! والمناسب إما نفي الخلاف عنهما أو إنباته فيهما. ونقل في المسالك عن

بعضهم الخلاف أيضا هنا لكنه نادر ولعله للعامه. واعتذر الفاضل الهندي عن ذلك

في كتابه شرح القواعد بأنه لما كانت الأخبار المشترطه للدخول في الإيلاء

أكثر منها في الظهار أوجب ذلك، وليس بعيد من الاعتذار، وأيضا لقوله

ص: ٤٩

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ٣ وفيهما " ولم يدخل بها، قال: لا ايلاء حتى يدخل بها، فقال: رأيت لو - أكان يكون "

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٦ ح ٤.

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢١ وفيه " الفضيل بن يسار "، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ١.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٥.

فى اشتراط تقييد الايلاء بالتأييد والاطلاق أو بما تزيد على أربعة أشهر

تعالى فإن فاءوا " فإن الله غفور رحيم " (١) فإن المراد بالفئه الرجوع إلى النكاح كما تدل عليه الأخبار وكلام المفسرين، ولا يتأتى فيمن لم يدخل بها فتكون الأخبار الواردة فى الايلاء مطابقه للقرآن بخلافها فى الظهار لعدم دلالة آيتها على الدخول.

ويقع بالزوجه الحره والمملوكه لعموم الأخبار والآيه، وحيث كانت الزوجه أمه للغير فحق المطالبه بضرب المده وبالفئه إليها لأن حق الاستمتاع بها لها لا للمولى، ويعتبر فى الكافره أن تكون ذميه، ومن هنا قيد بها لأنه لا يحل التزويج بغير الذميه لتحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداء واستدامه. نعم يمكن فرضه فى غير الكتابيه كما إذا آلى منها بعد أن أسلم قبلها وهى فى العده، لكنه نادر، فتلحقها أحكام الايلاء هنا لمكان إسلامه وإسلامها.

وأما اشتراط تقييد الايلاء والامتناع من الوطء بالتأييد والاطلاق أو

التقييد بمده تزيد على أربعة أشهر كما هو المتفق عليه لا ما دون الأربعة

ولا بقدرها بعد الاجماع والأخبار الواردة فى بيان ذلك وبيان إطلاق

الآيه مثل صحيحه الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث " قال: أيما رجل آلى

من امرأته فإنه يتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد أربعة أشهر " . وساق

الحديث إلى أن قال: " فإن لم يف جبر على الطلاق " .

ومثله صحيحته الأخرى كما فى الفقيه (٣) وخبر القاسم بن عروه (٤) عن

أبى جعفر عليه السلام " قال: قلت له: رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر، قال:

فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر " .

- ١- (١) سورة البقره - آيه ٢٢٦.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١.
- ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ١.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٥ ح ٢.

فيما لو أسلم عن عمه و بنت أخيها أو خاله و بنت أختها

وصحيحه بريد بن معاوية العجلي (١) عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام

أنهما قالا: " إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولاحق في أربعه

أشهر، ولا إثم عليه في كفه عنها في أربعه أشهر، فإن مضت الأربعه الأشهر قبل

أن يمسها فسكتت ورضيت فهو في حل وسعه، فإن رفعت أمرها قيل له إما أن تفئ

فتمسها وإما أن تطلق " الحديث.

ومثلها صحيحه أبي بصير ليث المرادي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في تفسير

القمي " قال: الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت

عليه فلها أن تصبر وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعه أشهر "

وعلى هذا فيكون لفظ " كذا وكذا " في صحيحه ليث المرادي (٣) عن أبي عبد الله

عليه السلام حيث قال في تعريف الايلاء " هو أن يقول الرجل لامرأته لا أجامعك كذا و

كذا " كناية عن المده الزائده عن أربعه أشهر. وكذا في روايه أبي بصير (٤) المتقدمه

وفي كل خبر عبر بهذه العبارة بدليل قوله أخيرا فيها " فيتربص به أربعه أشهر

ثم يؤخذ فيوقف بعد أربعه أشهر " وهكذا في خبر أبي بصير أيضا. كما أن التعبير

في خبر أبي الصباح الكناني (٥) وغيره بإطلاق الايلاء غير مقيد بمده زائده عن

الأربعه ولا محدوده بالدوام، والتأييد مجز في ذلك كما انطبق عليه الفتوى

وأكثر أخبار الباب.

ص: ٥١

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٦ ب ٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.

- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ٣.

آداب التجاره

فتلخص من هذا أن المؤلى إما أن يطلق الامتناع فيحمل على التأيد فيه فيكون مؤليا، وإما أن يقيد بالتأيد فهو ضرب من التأيد، وإما أن يقيد بالتوقيت إما بزمان مقدر أو بالتعليق بأمر مستقبل لا يتعين وقته، فهاهنا أيضا قسمان:

الأول، أن يقدره بزمان، فإن كان أربع فليُنظر، فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤليا والذي جرى يمين ويتحلل بعد المده وليس لها المطالبه كما إذا امتنع من غير يمين بالكليه، والحكمه فى تقدير المهله بهذه المده وعدم توجه المطالبه إذا حلف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها أن المرأه تصبر عن الزوج مده أربعة أشهر بعد ذلك يفنى صبرها، وأليس عليها الصبر، ويكفى فى الزياده عن الأربعة مسماها ولو لحظه، ولا يشترط كون الزياده بحيث تتأتى المطالبه فى مثلها، لكن إذا قصرت كذلك لم تتأتى المطالبه لأنها إذا مضت تنحل اليمين ولا مطالبه بعد انحلالها، وأثر كونه مؤليا فى هذه الصوره أنه يأنم بإيذائها، والاضرار بها يقطع طمعها بالتخلف عن الوطء فى المده المذكوره، ولو فرض كونه تاركا وطؤها مده قبل الايلاء فعل حراما بالنسبه إلى ما زاد عن أربعة أشهر من حين الوطء لأنه لا يجوز ترك وطء الزوجه أكثر من ذلك، ولا تنحل بذلك اليمين لأن الايلاء لا ينحل بذلك.

الثانى: أن يقيد الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا يتعين وقته، وحينئذ فينظر فيه فإن كان المعلق به أمرا يعلم عاده التأخر فيه عن أربعة أشهر كما لو قال حتى يقدم فلان أو حتى يأتى مكه والمسافه بعيدة لا تقطع فى أربعة أشهر أو

يستبعد فى الاعتقاد أن حصوله فى أربعة أشهر وإن كان ممكناً، كذا لو قال حتى

يخرج الدجال أو يأجوج ومأجوج أو تطلع الشمس من المغرب فهو مؤول قطعاً

نظر إلى التعيين بحصول الشرط وهى مضى أربعة أشهر قبل مجئ الغاية فى الأول

وعليه الظن بوجوده فى الثانى وإن كان ممكناً فى نفسه، ومثله قوله ما بقيت

ص: ٥٢

بيان أقسام اذن الموكل للوكيل فى التوكيل

فإنه وإن كان محتملا لموته فى كل وقت ولا ظن يقتضى بقاء أربعة أشهر إلا أن ذلك

موجب لحصول اليأس مده العمر، فهو كما لو قال لا أجامعك أبدا فإن أبدا كل

إنسان عمره. ولو قال ما بقى فلان فوجهان: (أحدهما) أنه كذلك لأن الموت المعجل

كالمستبعد فى الاعتقادات فيلحق بتعليقه على خروج الدجال ونحوه " والثانى "

عدمه لأنه كالتعليق بالمرض ودخول الدار وهو ممكن على السواء فى كل وقت.

وينبغى الفرق بين من يغلب على الظن بقاؤه أو موته فى المده فما دون

أو تساوى الاحتمالان بحسب القرائن الحاليه، وإن كان المعلق به مما يتحقق

وجوده قبل أربعة أشهر كذبول البقل وجفاف الثوب وتمام الشهر، أو يغلب على

الظن وجوده كمجئ المطر فى وقت غلبه الأمطار ومجئ زيد من القرية ومن

عادته حضور الجمعات أو قدوم القافله والغالب ترددها فى كل شهر لم يقع الايلاء

الشرعى ولكن تنعقد اليمين بشروطها، ولو كان المعلق ما لا يستبعد حصوله فى أربعة

أشهر ولا يتحقق ولا يظن حصوله كما لو قال حتى أدخل الدار وأخرج من

البلد أو أمرض أو يمرض فلان أو يقدم وهو على مسافه قريبه قد يقدم فيها وقد لا يقدم

لم يحكم بكونه مؤليا وإن اتفق مضى الأربعة ولم يوجد المعلق به بل يكون يمينا

لأنه لم يتحقق قصد المضاره فى الابتداء وأحكام الايلاء لا بمجرد اتفاق الضرر

للامتناع من الوطاء كما لو امتنع من غير يمين، وحينئذ فيرتفع اليمين لو وجد

المعلق به قبل الوطاء، وتجب الكفاره لو وطأ قبل وجوده حيث ينعقد اليمين،

وربما قيل إن التعليق بخروج الدجال ونحوه يلحق بالأمر المحتمل للأمرين

فلا يقع به ايلاء والأقوى الأول لكون المرء متعبدا بظنه ومعتقداته وقرائن

الأحوال والعادات، ولو قال والله لا أوطئك حتى أدخل هذه الدار لم يكن
إيلاء لأنه يمكنه التخلص من الوطء بالدخول لأن الإيلاء موجب بالتحريم إلى
أن يكفر، والاضرار بالمرأه لم يتحقق حيث قد علقه على شرط يمكنه فعله ورفع
كقوله لا أوطئك حتى أدخل الدار فإنه يمكنه في كل وقت دخول الدار

ص: ٥٣

فيما إذا اختلفا في قبض الثمن هل كان قبل التفرق أو بعده

فيتخلص من اليمين ولا يحصل لها الاضرار بذلك. نعم لو كان دخوله الدار ممتنعا

عاده لعارض لا يزول قبل اربعة أشهر ولو ظنا وقع الايلاء كما سبق، وإنما

أطلق من أطلق هذا الحكم بناء على الغالب من عدم المانع من دخول الدار، وأما

أنه لا يقع إلا في إضرار كما هو متفق عليه، فلو أنه لو وقع لصالح اللبن أو

التدبير في مرض لم يكن إيلاء وكان كالأيمان، وهذا الحكم دليله الاجماع المدعى

كما نقله غير واحد وإن أسنده المتأخرون إلى المشهور بين الأصحاب حيث لم

يظهر في الحكم مخالف يعتد به.

ويدل عليه من الأخبار روايه السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:

أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتى أرضعت غلاما وإنى

قلت لها لا أقربك حتى تفتطميه، فقال: ليس في الاصلاح إيلاء "

ومثله ما في كتاب الجعفریات (٢) بإسناده المشهور إلى علي عليه السلام قال:

وذكر مثله.

ويدل عليه أيضا ما تقدم في صحيحه الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:

الايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا، والله لأغيطانك ثم يغاضبها "

ومثلها صحيحه بريد (٤) وصحيحه ليث المرادي (٥) وصحيحه أبي الصباح

الكناني (٦) وقد تقدمتا، فإن الاغضاب قرينه الاضرار وهو الذي بنى عليه حكم

الايلاء، وأما ضعف المستند على الاصطلاح الجديد فهو عندهم منجبر بالشهره

ص: ٥٤

٢- (٢) قرب الإسناد ص ١١٥ مع اختلاف يسير.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١.

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.

٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣.

فروع أربع

والاجماع كما ذكره ثاني الشهيدين فى المسالك وهاهنا فروع:

الأول: لو قال لأربع نساء عنده " والله لا وطأتكن " لم يكن مؤلّيا فى

فى الحال، فإنه إنما التزم عدم جمعهن فى الوطء ولأن المؤلّى لا يجمع إلا بضرر ولا ضرر عليه هنا الآن بل له وطء ثلاث من غير حنث، فإذا وطأهن تعين التحريم فى

الرابعة، ويثبت لها الايلاء بعد وطئهن ولها المرافعة حينئذ، وليس لهن ولا

لأحد منهن المرافعة قبل ذلك إذ لا يتعين للايلاء إلا الرابعة وهى غير معينه قبل

ذلك، ولا إيلاء من البواقي، وتجب الكفاره بوطء الجميع، ولو وطأ واحده

قرب من الحنث وهو محذور غير محذور فلا يصير به مؤلّيا خلافا لبعض العامه،

ولو ماتت إحداهن قبل الوطء انحلت اليمين بخلاف ما لو طلق إحداهن أو ثلاثا

لأن حكم اليمين ثابت البواقي ولا مكان وطء المطلقات ولو بالشبهه، ولو وطأهن

أو بعضهن حراما فالأقرب ثبوت الايلاء فى البواقي لصدق الجمع فى الوطء، ويحتمل

العدم تنزيلا للاطلاق على المقصود شرعا بخلاف ما لو وطأ الميته إذ لا حكم

لوطئها لالتحاقها بالجمادات، ولذا لا يوجب المصاهره على إشكال فى ذلك وخروجها

عن الدخول فى الخطاب لتركب الانسان من جزءين والعمده فى الخطاب هو الجزء

العاقل وإن كان الوطء يتعلق بالبدن وهو خيره المبسوط و الشرايع ومن الاطلاق

الواقع فى الفتوى والأدله.

الثانى: لو قال " لا وطأت واحده منكن " وأراد لزوم الكفاره بوطء أى

واحدة كانت بأن أراد عموم التزام السبب تعلق الايلاء بالجميع وضربت المده لهن

عاجلا من غير أن ينتظر وطء واحده، فإن وطأ واحده حنث وانحلت اليمين فى

البواقى لأن الحنث لا يتكرر، فظهر أن المؤلى منها هى التى وطأها أولاً، ولو
طلق واحده أو اثنتين أو ثلاثه قبل الوطء كان الايلاء ثابتا فى الباقى، وكذا إن
مات بعضهن قبل الوطء بقى الايلاء فى الباقية لتعلقه بكل منهن، ولا يحنث
بوطء الميتة ولا تنحل يمينه فى غيرها على الأظهر، ويحتمل الحنث به فتنحل

ص: ٥٥

ومنها: العقيقه

يمينه فى غيرها. ولو قال هنا " أردت واحده معينه " قبل قوله فى تعيينها لاحتمال اللفظ له وهو أعرف بنيته، ويحتمل عدم القبول فى الظاهر لوقوع المختار على كل منهن واتهامه فى التعيين، وعلى القبول يؤمر بالبيان فإن بين ولم تنازعه الباقيات اختص حكم الايلاء بالمعينه وإلا فالقول قوله مع اليمين، وإن صدق الأخرى أخذ بإقراره ولم يقبل رجوعه عنها ولاعن الأولى، ولو أراد واحده مبهمه فى كونه مؤليا إشكال من العموم ومن الأصل، وأن حكم الايلاء أن يكون للمؤلى منها المطالبه وهو هنا مفقود، فإن أثبتناه كان له أن يعين واحده فيخص الايلاء بها كما فى الطلاق عند من جوزه فلا يقع الايلاء إلا من حين التعيين فالمده تحسب من حين اليمين لا التعيين لما مر فى الطلاق المبهم لأنه يقع من حين الايقاع ويقول فى التعيين " هى التى أردتها الآن أو أنشأت تعيينها عن الابهام " ويجوز تعلقه بكل من الإراده والانشاء، ويحتمل أن لا يكون مؤليا بنفس الحلف بل بعد التعيين إذا أراد مبهمه كما فى طلاق المبهمه، بل وإذا أراد معينه أيضا لأن كل واحده منهن ترجو أن لا تكون هى المعينه بعد الابهام أو فى اليمين فلا يمكنها المطالبه ما لم تتعين ومن حكم الايلاء المطالبه، ولو أطلق اللفظ فعلى أى الاحتمالين من عموم السلب يحصل إشكال من ظهور النكره فى سياق النفى فى العموم ومن الأصل والاحتمال.

الثالث: لو قال " لا وطأت كل واحده منكن " كان مؤليا من كل واحده كما

لو آلى من كل واحده بانفرادها فمن طلقها وفاها حقها ولم ينحل اليمين عن

البواقي فإنها بمنزله أن يؤلى من كل منهن منفرده، وكذا لو وطأها قبل الطلاق

لزمته الكفاره وكان الایلاء باقیا فی البواقی، کذا ذکر الأصحاب و غیرهم وهو

مبنى على أن يكون دخول (كل) بعد النفي يفيد عموم النفي مثل " إن الله لا يحب

كل مختال فخور " (١) لكنه خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا بالقرائن، فلا يفيد إلا

ص: ٥٦

١- (١) سورة لقمان - آیه ١٨.

الركن الثالث: الصيغه ولا ينعقد عندنا إلا بأسماء الله تعالى

نفى العموم كقوله (لا وطأتكن).

ولو قال (لا وطأتك سنه إلا مره) لم يكن عندنا مؤليا فى الحال لأن له الوطاء من

غير تكفير، والايلاء لا ينعقد إلا إذا كان بحيث إذا وطأ لزمته الكفاره، خلافا

لبعض العامه، فإن وطأ وقد بقى من السنه أكثر من أربعة أشهر صح الايلاء وكان

لها المرافعه وإلا بطل حكمه، ووحده المره وتعددتها مبنى على الايلاج والزرع

الكامل، ولو لم يطأها فى السنه أصلا لم تلزمه كفاره، فإنه إنما خلف على عدم

الوطاء أكثر من مره، واحتمل الوجوب بناء على أنه حلف على كل من النفى

والاثبات.

الرابع: لو قال " لا جامعتك إلا عشر مرات " لم يكن مؤليا ما لم يستوف

العدد، فإذا استوفى كان مؤليا إن بقيت من السنه المده أى أزيد من أربعة أشهر.

ولو قال " والله لا جامعتك مده كذا إن شئت " فقال شئت انعقد الايلاء عند

مجوزى تعليقه بالشرط، والأقوى عدمه، وعلى الجواز فهل تختص المشيئه بالمجلس؟

ففى المبسوط: أنه الأقوى عندنا ليكون جوابا لكلامه كالقبول فى البيع. وفيه

نظر، لأنه ليس الايلاء مشروطا فلا يتوقف إلا على تحقق شرطه، ولا دليل على

اتحاد المجلس، فمتى وجد الشرط تحقق الايلاء، وأما احتمال تعلق المشيئه ببقيه

المده عندنا خيرها فلا يتحقق الشرط، مثلا إذا قال " لا جامعتك سنه إن شئت " كان المعنى

إن شئت لا أجامعك فى السنه، فإن مضت أيام أو شهور ثم قالت " شئت أن لا تجامعنى "

لم يفهم منه تعلق المشيئه بما مضى من الزمان، وإن قالت " كنت قد شئت ذلك حين

قلت وإن لم أصرح به " لم يقبل منه لأنه إقرار فى حق الغير، وهذا هو المختار

وفاقا لتحريير.

الركن الثالث فى الصيغه:

ولا ينعقد عندنا إلا بأسماء الله تعالى لقوله صلى الله على وآله فى المستفيضه (1) (من كان

ص: ٥٧:

١- (١) صحيح مسلم ج ١١ ص ١٠٦ ح ٣.

حالفا فليحلف بالله أو فليصمت "

وفي صحيحه محمد بن مسلم (١) كما في العياشي " قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام

يقول: لا تتبعوا خطوات الشيطان، قال: كل يمين بغير الله فهو من خطوات

الشيطان "

وفيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:

كل يمين بغير الله فهو من خطوات الشيطان "

وفي خبر السكوني (٣) عن علي عليه السلام " قال: إذا قال الرجل: أقسمت أو حلفت

فليس بشئ حتى يقول أقسمت بالله أو حلفت "

وفي صحيحه علي بن مهزيار (٤) كما في الفقيه عن أبي جعفر الثاني عليه السلام

في حديث " قال: إن الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا

إلا به عز وجل "

وفي صحيحه محمد بن مسلم (٥) كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام " قال في حديث:

إن لله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به "

وصحيحه الحلبي (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا أرى للرجل أن يحلف

إلا بالله "

وفي خبر سماعه (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام: " قال: لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله "

ص: ٥٨

١- (١) تفسير العياشي ج ١ ص ٧٤ ح ١٥٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ب ١٦ ح ٤ وفيهما " فهى من خطوات "

٢- (٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٧٣ ح ٢٤٩ وفيه " سألت أبا عبد الله عن رجل حلف أن ينحر ولده، فقال: ذلك من خطوات الشيطان "، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ب ١٥ ح ٥.

- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٣٠١ ح ١١١، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ب ١٥ ح ٣.
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٦ ح ٥١، الوسائل ج ١٦ ص ١٥٩ ب ٣٠ ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٧ ص ٤٤٩ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٣.
- ٦- (٦) الكافي ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.
- ٧- (٧) الكافي ج ٧ ص ٤٥٠ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٥.

أركان التجاره فى العقد

وهذه الأخبار مستفيضه، وقد دلت بعمومها على المنع فى الايلاء وغيره من

الأقسام أن يقع بغير الله، ويدل عليه بالخصوص فى الايلاء صحيحه الحلبي (١) عن

أبى عبد الله عليه السلام أنه " قال: والايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا والله

لأغضبنيك ثم يغاضبها "

وروايه أبى الصباح الكنانى (٢) " قال: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته والله

لأغضبنيك ولأسوأنيك ثم يغضبها ولا يجامعها "

وصحيحه ليث المرادى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام وقد تقدمت مرارا " قال:

سألته عن الايلاء ما هو؟ قال: أن يقول الرجل لامرأته والله لا أجامعك كذا

وكذا، ويقول والله لأغضبنيك فيتربص "

وخبر أبى بصير (٤) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا آلى الرجل من

امرأته - والايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا - ثم يغاضبها "

والنصوص بهذا مستفيضه، فيحمل ما أطلق فيه الحلف من الأخبار على ذلك

ولا بد من التلفظ بالجمله القسميه، فلو قال لأتركن وطؤك لم يقع وإن أتى

باللام الموطيه اتباعا للمنصوص، ويقع بأى لسان كان للعموم، ولا يقع إلا مع القصد

لأن الأعمال بالنيات ولخبر رفع الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، ولو حلف بغير

الله تعالى أو بغير أسمائه المختصه أو الغالبه لم ينعقد كما لو حلف بالعتاق والظهار

والصدقه والتحریم.

ص: ٥٩

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢ وفيه " لا- والله لا- أجامعك ويقول والله "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما " والله

لأغيضنك "

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣ وفيهما " لأغيضنك ثم يهجرها ".
٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١ وفيهما " فقال: هو أن - لأغيضنك ".
٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢ وفيهما " والله لأغيضنك " .

فى أنه لا بأس ان يعطى الغنم والبقر بالضريبه

ويدل على الأول خبر أبى الصباح الكنانى (١) قال: سألت أبى عبد الله عليه السلام

عن قوله تعالى " لا يؤخذكم الله باللغو فى إيمانكم " (٢) قال: هو لا والله وبلى

والله وكلا والله لا يعقد عليها أو لا يعقد على شئ "

وخبر مسعده بن صدقه (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سمعته يقول فى قول

الله عز وجل " لا يؤخذكم الله باللغو فى إيمانكم " اللغو قول الرجل لا والله

وبلى والله ولا يعقد على شئ "

وصحيحه عبد الله بن سنان (٤) كما فى تفسير العياشى عن أبى عبد الله عليه السلام

مثله.

ويدل على الثانى ما فى نوادر أحمد بن محمد بن عيسى (٥) فى الصحيح عن

أبى الحسن عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يستكره على اليمين ويحلف بالطلاق والعتاق

وصدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله، وضع عن

أمتى ما أكرهوا عليه وما لا يطيقون وما أخطأوا "

وفى روايه السكونى (٦) كما فى التهذيب عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام

" قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل يمين فيها كفاره إلا ما كان من طلاق أو عتاق أو

أو عهد أو ميثاق "

وفى صحيحه الحلبى (٧) كما فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث " قال: سألته

ص: ٦٠

١- (١) تفسير العياشى ج ١ ص ١١٢ ح ٣٤١، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٥ ب ١٧ ح ٥.

٢- (٢) سورة البقره - آيه ٢٢٥.

٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٤٤٣ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٤ ب ١٧ ح ١.

- ٤- (٤) تفسير العياشي ج ١ ص ٣٣٦ ح ١٦٣ وفيه " هو قول الرجل - ولا يعقد قلبه "، الوسائل ج ١٦ ح ١٤٤ ب ١٧ ح ١.
- ٥- (٥) الوسائل ج ١٦ ص ١٤٤ ب ١٦ ح ٦.
- ٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٩٢ ح ٧٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٠ ب ١٤ ح ٧.
- ٧- (٧) الكافي ج ٧ ص ٤٤١ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٤١ ب ١٥ ح ١ وفيهما " الذي يوفى به ".

نقد المصنف لما ذكره صاحب المسالك في جواز تزويج المخالف

عن امرأه جعلت مالها هديا لبيت الله إن أعارت متاعها لفلانته، فأعار بعض أهلها

بغير أمرها، فقال: ليس عليه هدى، إنما الهدى ما جعل الله هديا للكعبة، فذلك

الذى يؤتى به إذا جعل الله " وساق الحديث إلى أن قال: " وعن الرجل يقول على

ألف بدنه وهو محرم بألف حجه، قال: ذلك من خطوات الشيطان " .

أما لعمر الله وقوله لاها الله فذلك داخل في اليمين، ومثله وأيم الله فيعتقد

به الايلاء لصحيحه الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا أرى للرجل أن يحلف إلا

بالله " وساق الحديث إلى أن قال: " فأما قوله لعمر الله وقوله لاها الله فإنما ذلك بالله

تعالى).

وفي صحيحه الأخرى (٢) كما في الفقيه " فأما قولك لرجل لعمر الله وأيم الله

فإنما هو بالله " .

ومثله رواه علي بن جعفر (٣) وصحيحته كما في قرب الأسناد وكتاب

المسائل له.

وكذا لا ينعقد بالكعبة والنبى صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام وإن أثم بهتكه حرمه

أسمائهم، وكذا بالترام صوم أو صلاه أو صدقه وغير ذلك كأن يقول: إن وطأتك

فعلى صوم لم ينعقد الايلاء ولا وجب ما التزمه إذ ليس من صيغ الالتزام.

وكذا لا ينعقد إن أتى بصيغه الالتزام بأن يقول مثلا: إن وطأتك على صلاه

أو صوم فإنه ليس من الايلاء فى شىء، لكن يلزمه ما التزمه حيث يكون هذا النذر

مستجمع الشرائط، ولو قال: إن وطأتك فعبدى حر عن الظهار لم يكن إيلاء قصد

به إنشاء التحرير معلقا بالوطء أولا ظاهر أم لا، لكن لو وطأ أزم بعقوب العبد لاققراره

بعته عن الظهار، فإن كلامه في صوره الخبر فهو إقرار بالظهار وبأنه التزم

ص: ٤١

-
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.
 - ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ح ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.
 - ٣- (٣) قرب الإسناد ص ١٢١، الوسائل ج ١٤ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.

المواضع المستثناة من تحريم النظر

عتق العبد عنه إن وطأها فيؤاخذ بإقراره.

وهل يلزم بعثقه معجلاً بعد الوطء؟ الأقرب المنع وفاقاً للقواعد لأن الظهار

لا يوجب الالتزام بالتكفير إلا مع مطالبتها، وإذا وطأ لم تبق مطالبه ثم لا يوجب

الالتزام بعثق عبد بعينه، والالتزام الاعتاق إن وطأها لا يفضى إليه بعده، ويحتمل

الالتزام لأن كفاره الظهاره تصير معجلاً بالوطء، وقد تعينت هنا في عتق هذا

العبد بالالتزام، ولأن الالتزام إذا تعلق بحق الغير لزمتم المبادره إليه والعتق

كذلك، ويجوز أن يريد بالتعجيل الايقاع بعد الوطء بعد مده التربص للظهار أو عند

العزم على الوطء. ووجه القرب أنه لا يتعين عليه بالظهار عتق هذا العبد وإنما

الترتم عتقه بعد الوطء فإنما يتعين بعده، واحتمال أن لا يكون ظاهراً إلا معلقاً بالوطء.

وهل يشترط تجريد هذه الصيغه عن الشرط؟ قولان، أقواهما العدم وفاقاً

للمبسوط والمختلف أخذاً بعموم الكتاب والسنة، فهو أشبه شئ بالظهار، وقد

ثبت فيه جواز التعليق، ولا يقاس على الطلاق والعتاق حيث لا يقعان معلقين بصفه

معينه لأنه منعنا منه النص والاجماع، وليس هاهنا ما يمنع منه، والظواهر

تتناوله ولأنهما ايقاعان والتعليق ينافى الايقاع والايلاء يمين والترام. والقول

الآخر للشيخ في الخلاف وابن حمزه وابن زهره وابن إدريس وابن سعيد والعلامه

في التحرير والارشاد والتلخيص للاجماع المنقول في الخلاف وللأخبار التي ادعاها

فيه أيضاً ولأصالة البراءه عند التعليق، ولعل المراد بالأخبار ما تضمنت تفسير

الايلاء وليس في شئ منها تعليقه بشرط أو صفه، وبالاجماع للاجماع على وقع غير

معلق، ولا دليل على وقوعه مشروطاً، لكن ابن زهره ادعى الاجماع على اشتراط

التجريد وهو ظاهر السرائر، ولو آلى من زوجه مستكملاً للشرائط وقال للأخرى
شركتك معها لم يكن إيلاء في الثانيه وإن نواه لعدم نطقه بالله تعالى، ولا عبره
بالكنايه فى الوطاء إذ لا يمين إلا بصريح اسمه تعالى.

ص: ٦٢

الركن الرابع: فى متعلق الصيغه والأخبار الوارده فى المقام

الركن الرابع فى متعلق الصيغه:

ولفظه الصريح بالنسبه إلى المحلوف عليه وهو تغيب الحشفه أو الفرج أو مرادفاته فى الفرج و هو القبل وذكر الحشفه اختصارا على أقل المسمى والايلاج كذلك أو مرادفاته ومثله النيك، وتختص البكر بالافتضاض، ونفاه فى المبسوط والخلاف بناء على اشتراط الدخول، وفيه أن الدخول المشترك يحصل بالوطء فى الدبر ولا دليل على اشتراط القبل. نعم يجوز المناقشه فيه بنفى صراحه لكون الافتضاض يعم ما بالوطء أو الإصبع ونحوه ذلك.

أما الجماع والوطء فإنه صريح فى العرف وإن لم يكن حقيقه فى الأصل فى ذلك فيقع معه الايلاء إن قصد، والأخبار الناطقه بالجماع كثيره، وقد مر كثير منها.

ففى صحيحه ابن مسكان كما فى تفسير القمى عن ليث المرادى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها " الحديث. ومثلها صحيحته الأخرى (٢) وقد تقدمت أيضا وفيها " الايلاء هو أن يقول الرجل لامرأته والله لا أجامعك كذا وكذا ".

وخبر أبى بصير (٣) وفيه " والايلاء هو أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا ثم يغاضبها ".

وخبر سماعه (٤) وقد تقدم وفيه " الايلاء أن يقول الرجل لامرأته لا أجامعك كذا وكذا ".

وصحيحه الحلبي (٥) " قال: الايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا ".

- ١- (١) تفسير القمى ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦.
- ٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.
- ٣- (٣) الكافى ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
- ٥- (٥) الكافى ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١.

عدم جواز مخالفه الوكيل لما عينه الموكل

ومثلها صحيحته الأخرى (١) كما فى الفقيه.

وبالجملة: فالأخبار بهذا المضمون مستفيضه.

أما المباشعه والملاسه والمباشره مع النيه ففيها خلاف أقربه الوقوع وفاقا للمبسوط والخلاف والسرائر لاشتهارها فى ذلك المعنى وورود الأخبار بالوقوع بأخفى منها كما سيجى، ويحتمل العدم للأصل الخفاء فإنها وإن اشتهرت فى ذلك لكنها ليست نصا فيه، أما الأخيرتان فظاهرتان، وأما الأولى فلأنها من البضع أى الشق أو البضعه أى الطائفه من اللحم لما فى الجماع من نوع شق ومباشره بضعه ببضعه. وفيه نظر فإنها وإن اشتقت من ذلك لكنها لا تستعمل إلا فى الجماع فلا تكون أخفى من الجماع، ولو قال " لا جمع رأسى ورأسك مخده أو لا ساقفتك أو لأطيلن غيبتى عنك ولأسوأنك " ففي المبسوط والشرايع يقع مع القصد وهو خيره التحرير والتلخيص والمختلف كصحيحه بريد بن معاويه (٢) عن الصادق عليه السلام " قال: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها فهو فى سعه ما لم تمض أربعة أشهر " الحديث.

وفى خبر الصباح الكناني (٣) عن الصادق عليه السلام " قال: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته: والله لأغيضنك ولأسوأنك ".

وفى صحيحه الحلبي (٤) وخبر أبى بصير (٥) المتقدمين " الايلاء أن يقول: لا والله لا أجامعك كذا وكذا والله لأغيضنك ".

وفى السرائر أنه لا يقع، وهو خيره الارشاد للأصل مع الخفاء وخصوص

- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.

المقصد الثاني: في أحكامه، وفيه مسائل منها

اللفظ الأول، وزاد في التحرير الوقوع بقوله لا أجنب منك أو لا أغتسل منك وأراد لا أجامعك لأغتسل أو لا أجامعك إلا في الدبر ولا أغب الحشفه أجمع، ولو قال " لا وطأتك في الحيض ولا في النفاس أو في دبرك " فهو محسن وليس بمؤول وما على المحسنين من سبيل.

المقصد الثاني: في أحكامه

وفيه مسائل:

الأولى: إذا وقع الايلاء على الوجه المعتبر الجامع للشرائط المعتبره كما دلت عليه الصحاح المعتبره فإن صبرت فلا بحث، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أنظره أربعه أشهر لينظر في أمره، فإن وطأ لزمته الكفاره وخرج عن الايلاء فلا يجب عليه بالوطء مره أخرى كفاره، وإن أتى به مؤبدا أو كان الوطاء الثاني في مده الايلاء اتفاقا لحصول الحنث فلا يحصل مره أخرى وإن أمكن أن يقال تعلق اليمين بكل جزء من أجزاء المده والحنث في الوطاء في جزء غيره بالوطء في جزء آخر، وكذا يخرج عنه إن طلقها وليس للزوجه مطالبتة بالفئه أو الطلاق في هذه المده، وهذه الأحكام كلها متفق عليها، وقد دلت عليها الأخبار الكثيره وقد تقدم طائفه منها.

ففي صحيحه بريد بن معاويه العجلي (1) عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام

" إنهما قالا: إذا آلى أن لا يقرب من امرأته فليس لها قول ولا حق في أربعه

أشهر ولا إثم عليه في كفه عنها في الأربعه الأشهر، فإن مضت الأربعه الأشهر

قبل أن يمسه فسكنت ورضيت فهو في حل وسعه، فإن رفعت أمرها قيل له: إما

أن تفي فتمسها وإما أن تطلق، وعزم الطلاق أن يخلي عنها، فإذا حاضت وطهرت
طلقها وهو أحق برجعها ما لم تمض ثلاثة قروء لهذا الإيلاء الذي أنزل الله تعالى

ص: ٦٥

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٦ ب ٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

فيما اختاره صاحب المدارك من عدم الحكم بمناكحه المخالفين مع قوله بإسلامهم

في كتابه وسنه رسوله صلى الله عليه وآله ."

وفي صحيحه الحلبي (١) المرويه في طرق عديده وقد تقدمت عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قد مر صدره وفيه " فإنه يتربص به أربعة أشهر، فإذا فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله غفور رحيم، وإن لم يف أجبر على الطلاق، ولا يقع بها طلاق حتى يوقف وإن كان أيضا بعد الأربعة الأشهر، ثم يجبر على أن يفئ أو يطلق ."

وصحيحه أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في تفسير القمي " قال: الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر، وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحه " الحديث.

وصحيحه الأخرى (٣) كما في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام " قال سألته عن الايلاء ما هو؟ " فساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " فتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة أشهر، فإن فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله غفور رحيم، وإن لم يف أجبر على الطلاق " الحديث.

وخبر أبي بصير (٤) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا آلى الرجل من امرأته " وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " ثم يتربص بها أربعة أشهر، فإن فاء والايفاء أن يصلح أهله أو يطلق عند ذلك " .

وخبر أبي الصباح الكناني (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما "ولا يقع بينهما" مع اختلاف يسير.
- ٢- (٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣.

فى المنع من مناكحه المخالفين مع القول بإسلامهم

آلى من امرأته " وساق الحديث إلى أن قال: " إذا مضت أربعة أشهر وقف وإن كان بعد حين، فإن فاء فليس بشئ وهى امرأته، وإن عزم الطلاق فقد عزم. وقال: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته والله لأغيضنك ولأسوأنك ثم يهجرها ولا يجامعها حتى تمضى أربعة أشهر فقد وقع الايلاء، وينبغى للإمام أن يجبره على أن يفى أو يطلق ".

ومثله خبر سماعه (١) وفيه " والايفاء أن يصالح أهله أو يطلق، فإن لم يفعل جبر على ذلك ".

وفى خبر أبى مريم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: المؤلى يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك بمعروف أو أسرح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهى واحده ". وأما ما جاء فى خبر أبى الجارود (٣) " أنه سمع أبى جعفر عليه السلام يقول فى الايلاء: يوقف بعد سنه، فقلت: بعد سنه؟ فقال: نعم يوقف بعد سنه " فلا ينافى ما قدمناه لأنه لم يذكر أنه قبل ذلك لم يوقف وإنما يدل بمفهوم الخطاب، ودليل الخطاب لا يعارض الصريح.

وكذا ما فى خبر أبى مريم (٤) " أنه سأله عن رجل آلى من امرأته أنه قال: يوقف قبل الأربعة الأشهر وبعدها " فيجب حمله على ما قاله الشيخ من أنه يوقف قبل أربعة أشهر لضرب المده لا لالزامه بالطلاق والفئه، وجوز حمله على اجتماع الظهر والايلاء لأنه مده الظهر ثلاثه أشهر.

وأما ما فى خبر عثمان بن عيسى (٥) عن أبى الحسن عليه السلام " أنه سأله عن رجل

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤ وفيهما " أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم وإن لم يف بعد أربعة أشهر حتى يصلح أهله أو يطلق جبر "

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٢.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٣.

٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٤.

لو وطأ في عده التبرص لزمه الكفارہ إجماعاً

آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟ قال: إذا مضت أربعة أشهر "

الثانية: لو وطأ في مده التبرص وهي الأربعة الأشهر المضروبه له لزمته

الكفارہ إجماعاً، وكذا بعدها وفاقاً للخلاف والنهايه والشرايع والبيان ومجمع

البيان وتفسير روض الجنان وأحكام القرآن للراوندى وهو ظاهر الأكثر.

وحكى الشيخ فى الخلاف عليه الوفاق المخالفه اليمين فتشمله العمومات ولخبر

منصور بن حازم (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى رجل آلى من امرأته أربعة أشهر

يوقف فإن طلق بانت منه وعليها عده المطلقه، وإلا كفر عن يمينه وأمسكها "

ومرسل تفسير العياشى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " سئل: إذا بانت المرأة

من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين ولا يقربها حتى

يكفر عن يمينه "

. وما أرسل عن الصادق عليه السلام كما فى الكتب المعتمده " قال: إذا فاء المؤلى فعلية الكفارہ "

وخالف الشيخ فى المبسوط فنفى الكفارہ بعد الأربعة، وربما كان وجهه

أن المؤلى قد صار بعد المده مأموراً بالوطء ولو تخيراً فلا تجب بفعله كفاره،

لأن المحلوف عليه إذا كان تركه أرجح جازت المخالفه من غير كفاره، ويضعف

بأن يمين الايلاء تخالف غيرها من الأيمان فى هذا المعنى ومن ثم انعقدت ابتداء

وإن كان تركه أرجح أو كان واجبا كما لو آلى فى وقت يجب فيه الوطء.

الثالثه: لو وطأ ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهاً بغيرها بطل الايلاء وانحل

يمينه - كما فى المبسوط - لحصول المخالفه واشتراط القصد غير معلوم وإن لم

يحنث بذلك، وجعله فى المبسوط نظير أن الذميه إذا كانت تحت مسلم وانقطع

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.
٢- (٢) تفسير العياشي ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٤ وفيهما " يكفر يمينه " .

في جواز مناحه المخالفين

حيضها كلفت الاغتسال، فإذا فعلت حل له وطؤها وإن كان هذا الغسل لا يجزيها في حق الله وإن أجزأ في حق آدمي، وقد يقال بعدم الانحلال لخروج مثل ذلك من متعلق اليمين كخروج الوطء في الدبر ولا كفاره عليه بهذا الحلف اتفاقاً لعدم الحنث ولا بما يفعله بعده عامداً على ما اختاره لانحلال اليمين، وربما يقال عليه الكفاره بعد ذلك وإن قلنا ببطلان الايلاء بناء على بطلان الايلاء على أنه ليس لها المطالبه بالفعل لأنه وفاها حقها لكنه لم يحنث وعليه الكفاره إذا حنث.

الرابعه: لا فرق بين الحر والعبد ولا بين الحره والأمه في مده التربص في إطلاق الكتاب والسنة والاجماع عندنا، خلافاً لمالك في العبد ولأبي حنيفه في الأمه فينصفان المده وهي حق للزوج كما تدل عليه الآيه والروايه، فليست محلاً للفئه كما دلت عليها الأخبار المتقدمه المستفيضه فإن فارقها فيها فقد أحسن وإنما وقت الفئه ما بعدها، ثم إنها إذا انقضت لم تطلق بانقضائها، خلافاً لأبي حنيفه فقد جعل المده وقت الفئه وقال: إذا لم يف فيها طلقت تطليقه بائنه.

وكان موثقه أبي بصير (1) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " في الرجل يؤلى من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يف فهي تطليقه ثم يوقف، فإن فاء فهي عنده على تطليقتين، فإن عزم فهي بائنه منه " وخبر منصور بن حازم (2) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المؤلى إذا وقف فلم يف طلق تطليقه بائنه " قد جاء توقيه لموافقتهم مذهب أبي حنيف في كل من الأمرين، أعنى أن انقضاء المده تطليقه والطلاق الذي يوقعه بعد المده لا يكون إلا بائناً.

وقد سمعت في صحيحه بريد العجلى (٣) التي مر صدرها ما ينفي ذلك كله

ص: ٦٩

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٤ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٤.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٤ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٥.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١.

فى أن التمکن من النفقه لیس شرطاً " فى الكفاءه

حیث قال: " فهو فى سعه ما لم تمض الأربعه الأشهر فإذا مضت أربعه أشهر وقف،

فأما ینى فیمسها وإما أن یعزم على الطلاق فیخلى عنها، حتى إذا حاضت

وتظهرت من حیضها طلقها تطليقه قبل أن یجامعها بشهاده عدلین، ثم هو أحق

برجعته ما لم تمض الثلاثه الأقرء " .

وكذلك خبر أبى مریم (1) عن أبى جعفر علیه السلام " قال: المؤلى یوقف بعد

الأربعه أشهر، فإن شاء أمسك بمعروف أو سرح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهى

واحده وهو أملك برجعته " .

وأما ما فى صحیحه منصور بن حازم (2) " قال: إن المؤلى یجبر على أن یطلق

تطليقه بئنه " وفى الكافى بعد هذا الكلام وعن غیر منصور " أنه یطلق تطليقه یملك

الرجعه، فقال له بعض أصحابه: إن هذا منتقض، فقال: لا، التى تشكو فتقول

تخیرنى وتمنعنى من الزوج یجبر على أن یطلقها تطليقه بئنه، التى تسكت ولا

تشكو إن شاء طلق فیها تطليقه یملك فیها الرجعه " .

ورواه الشیخ فى الخلاف واقتصر على روايه منصور وحذف الروایه الأخرى

والتوجيه، ثم حملة على من یرى الإمام إجباره على طلاق بئنه بأن یباريها ثم

یطلقها، وأن یركون مختصاً بمن تكون عند الرجل على تطليقه واحد فىكون

طلاقها بئنه. واحتمل محدث الوسائل كون لفظ البئنه مستعملاً فى المعنى اللغوى

فإن كل طلاق فهو بئنه یوجب التحريم على الزوج ما لم یرجع. وهذه المحامل

كلها بعیده، فالألیق بها الحمل على التقیه.

الخامسه: یرستفاد من صحیحه الحلبي وصحیحه لیث المرادى وروایه أبى

بصير وغيرها من الأخبار بأن المؤلى لو أراد طلاق الزوجه لم يكن له ذلك إلا بعد

ص: ٧٠

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٥ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٣.

في مبتدأ المده المضروبه للايلاء والأخبار الوارده في المقام

المرافعه وإن كان بعد الأربعة الأشهر، حيث قال في الأولى (١) " ولا يقع بها طلاق

حتى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر ثم يجبر على أن يفئ أو يطلق ". وفي

صحيحه ليث المرادى (٢) " ولا يقع طلاق فيما بينهما ولو كان بعد أربعة أشهر ما لم

ترفعه إلى الإمام ". وفي روايه أبي بصير (٣) " ولا يقع بينهما طلاق حتى يوقف

وإن كان بعد الأربعة الأشهر ". وفي روايه سماعه (٤) " ولا يقع طلاق فيما بينهما

حتى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر، فإذا أبي فرق بينهما الإمام ".

السادسه: لو آلى مده ودافع بعد المرافعه حتى انقضت سقط الايلاء وإن

أثم ولا كفاره مع الوطاء بعدها، ولو أسقطت حقها من المطالبه لم تسقط بالكلية

حتى لا يجوز لها تجديدها لتجدده في كل وقت، وهي إنما أسقطت ما مضى إذ

لا معنى لاسقاط ما لم يثبت في الذمه.

السابعه: قد اختلفت كلمه الأصحاب في مبتدأ المده المضروبه للايلاء وهي

الأربعة أشهر، ففي النهايه والمبسوط والغنيه والسرائر والجامع وظاهر غيرها أيضا

أنها من حين الترافع لا من حين الايلاء، وظاهر المبسوط الاجماع عليه. وقال ابن

أبي عقيل وابن الجنيد إنها من حين الايلاء، واختاره في المختلف وولده في شرح

القواعد وإليه مال المحقق واختاره في المسالك.

واحتج للأول بخبر العباس بن هلال (٥) المروى في العياشى عن الرضا عليه السلام

" قال: إن أجل الايلاء أربعة أشهر بعد ما يأتيان السلطان ".

ص: ٧١

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
- ٥- (٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٧ وفيهما "قال: ذكر لنا أن أجل".

في أنه يجوز الجمع في عقد واحد من المختلفات

وبصحيحه أبي بصير (١) كما في تفسير القمي عن الصادق عليه السلام وقد تقدمت

لقوله عليه السلام فيها " وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد: إما

أن تراجع إلى المناكحة وإما أن تطلق، فإن أبي حبسه أبداً "

وصحيحه البنظلي (٢) كما في قرب الأسناد عن الرضا عليه السلام " قال: سألته عن

الايلاء فقال عليه السلام: أن يوقف إذا قدمته إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر

ثم يقول له: إما أن تطلق وإما أن تمسك "

واحتج للقول الثاني بإطلاق القرآن وإطلاق الأخبار وبخصوص صحيحه

بريد بن معاوية (٣) عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون إيلاء " وساق الخبر إلى أن قال:

" وهو في سعه ما لم تمض الأربعة الأشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإما أن يفئ

وإما أن يعزم على الطلاق "

وصحيحه الحلبي (٤) وقد مر ذكرها بطرق عديدة عن أبي عبد الله عليه السلام وفيهما

" لكنه يتربص به أربعة أشهر فيوقف فإذا فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله

غفور رحيم وإن لم يف أجبر على الطلاق "

وخبر أبي الصباح الكناني (٥) وفيه " ولا يجامعها حتى تمضي أربعة أشهر فقد

وقع الإيلاء، وينبغي للإمام أن يجبره إما أن يفئ أو يطلق ". وقال فيه أيضا بعد ما

ص: ٧٢

١- (١) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦ وفيهما " له بعد ذلك " مع اختلاف يسير.

٢- (٢) قرب الإسناد ص ١٥٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٥ وفيهما " سأله صفوان وأنا حاضر "

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١ وفيهما " فإما أن يفئ فيمسها وإما "

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٢ ب ٩ ح ٣.

ما استدل به المشهور

سئل عن رجل آلى من امرأته بعد ما دخل بها " قال: إذا مضت أربعة أشهر وقف وإن كان بعد حين " .

وخبر أبي بصير (١) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا ثم يغاضبها، ثم يتربص بها أربعة أشهر، فإن فاء وهو وهو أن يصالح أهله أو يطلق عند ذلك " .

وصحيحه ليث المرادى (٢) كما فى التهذيب والكافى قد تقدم صدرها مرارا وفيها بعد صدور الايلاء " فيتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة أشهر فإن فاء وهو أن يصالح أهله " الحديث.

وخبر سماعه (٣) وفيه " الايلاء أن يقول الرجل والله لا أجامعك كذا وكذا فإنه يتربص أربعة أشهر، فإن فاء والايفاء أن يصالح أهله أو يطلق " .

وصحيحه منصور (٤) وخبره " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه وعليها عده المطلقة وإلا كفر عن يمينه وأمسكها " .

ومرسله تفسير القمى (٥) " قال: وروى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه بنى حظيره من قصب وجعل فيها رجلا آلى من امرأته بعد أربعة أشهر وقال: إما أن ترجع إلى المناكحة وإما أن تطلق " .

ص: ٧٣

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٣.

٥- (٥) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١١ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

المقام الثاني: في نظر الخصي إلى غير مالكته من الأجانب

وخبر أبي مريم (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: المؤلى يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك بمعروف أو سرح بإحسان "

وصحيحه الحلبي الأخرى (٢) قال: أيما رجل آلى من امرأته فإنه يتربص به أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد الأربعة الأشهر " إلى أن قال: " فإن لم يف أجبر على الطلاق "

وفى الجعفریات (٣) بإسنادها المشهور عن علي عليه السلام " أنه كأن يقول: إذا آلى الرجل من امرأته فلا شئ عليه حتى تمضى أربعة أشهر، فإن قامت المرأة تطلب إذا مضت الأربعة الأشهر وقف، فإذا أن يفئ أو يطلق مكانه، وإن لم تقم المرأة تطلب حقها فليس لها شئ "

وفى صحيحه بريد بن معاوية (٤) أيضا عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام " أنهما قالوا: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولاحق في أربعة أشهر ولا إثم عليه في كفه عنها في أربعة أشهر، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يسمها فسكنت ورضيت فهو في حل وسعه، وإن رفعت أمرها قيل له إما أن تفي فتمسها وإما أن تطلق، وعزم الطلاق أن يخلي عنها " الحديث.

وأما ما تقدم في خبر يونس بن يعقوب عن أبي مريم (٥) من قوله عليه السلام " قال: يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها " فقد عرفت الجواب عنها من أنه يوقف لضرب المدة لا لالزامه.

ص: ٧٤

- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١.
- ٣- (٣) قرب الإسناد ص ١١٥، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٣٠ ب ٥ ح ١.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٦ ب ٢ ح ١.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٣.

لو اختلفنا فى انقضاء المده

ومثل هذا الأخبار فى الدلاله على أن الأربعة من الايلاء خبر عثمان بن

عيسى (١) عن أبى الحسن عليه السلام " أنه عن رجل آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟

قال: إذا مضت أربعة أشهر وقف "

وبالجملة: فالأخبار بهذا المذهب مستفيضه مع مساعدتها بظاهر القرآن

ولمطابقتها للمده المضروبه فى إيجاب النكاح للمرأة وهو الأربعة أشهر فى غير الايلاء

ولهذا يلزم بالنكاح بعد الأربعة أشهر وإن لم يكن مؤلّيا، وأما الأخبار الأوله

فيمكن رجوعها إلى هذا المعنى لأنها لم تكن نسا فى الأول.

والذى يدل على إزمائه بذلك وإن لم يكن مؤلّيا صحيحه حفص بن البختري (٢)

عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إذا غاضت المرأة الرجل فلم يقربها من غير يمين أربعة

أشهر استعدت عليه، فإذا أن يفئ وإما أن يطلق، فإن تركها من غير مغاضبه أو

يمين فليس بمؤل "

وأما ما احتجوا به من أن ضرب المده حكم شرعى فهو باق على العدم

الأصلى فيتوقف ثبوته على حكم الحاكم ولأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس

أو غيره لأجل الفئه أو الطلاق إلا مع تحقق سببه فمدفوع بمنع احتياج المده إلى

الضرب، بل مقتضى الحكم الشرعى الثابت بالآيه والروايه ترتبه على مضى

المده المذكوره من حين الايلاء، وإثبات توقفها على المرافعه متوقف على

الدليل وهو منفى لقبوله للتأويل، وهذا الدليل الصريح أخرجه عن حكم العدم

الأصلى، وأصالة عدم التسليط قد انقطعت بالايلاء المقتضى له بالآيه والروايه

والاجماع، فتوقفه على أمر آخر خلاف الأصل.

الثامنة: لو اختلفنا فى انقضاء المده فالقول قول من يدعى بقاءها للأصل فى

عدم انقضائها، لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الايلاء إن جعلنا المده

من حينه أو زمان المرافعه إن جعلناها منها، والأصل عدم تقدم كل منهما.

ص: ٧٥

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٤.

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٥ ب ١ ح ٢ وفيهما "إذا غاضب الرجل امرأته".

قد دلت الآيه على استثناء " التابعين غير اولى الإربه من الرجال " من تحريم النظر إلى الأجنبية

ومثله ما لو اختلفنا فى زمان إيقاع الايلاء فالقول قول مدعى تأخره لأصالة عدم التقدم وفائدته حيث يجعل المده من حينه أو يكون الايلاء مقدرًا بمدته، فمدعى تقدمه يحاول انحلال اليمين، وليس هذه المسائل منصوصه بالخصوص وإنما رجعت إلى القواعد الكليه فى الدعوى وهى ثابتة لا يجوز التخلف عنها إلا بدليل خاص، وليس فليس.

التاسعه: المفهوم من الأخبار والفتوى أن الفئه الواجبه على الزوج بعد الايلاء وانقضاء المده من القادر هو غيبوبه الحشفه فى القبل فلا يكفى الدبر هنا لأنه الفرد الظاهر من الوطاء الواجب المزوجه وإن قام مقامه فى مواضع لاطلاق النصوص، وفئه العاجز إظهار العزم على الوطاء عند القدره على ذلك بأن يقول أو يكتب أنه يفى إذا قدر أو يشير إليه إشاره مفهمه، ويمهل العاجز إلى زوال عذره والقادر إن استمهل ما جرت العاده بإمهاله كخفه المأكول والأكل إذا كان جائعًا أو فى حال الأكل والراحه والتعب ومنه السهر والانتباه إذا كان نائمًا، وما قضى الشرع بإمهاله كالفراغ من الصوم والصلاه والاحرام والتقدير بثلاثه أيام من أقوال العامه وليس هو مذهبا لأحد من أصحابنا، وقد عبر الشارع عن هذا الوطاء بالصلح، ولهذا رتب عليه الكفاره كما مر فى الفتوى والأدله لا مجرد الامساك بمعروف فإنها باقيه على الزوجيه، وإنما منع من النكاح لأن الايلاء على خلاف الأصل عقوبه إليه بإرادته الاضرار كما وقع فى الظهار وإن كان حقه أن لا ينعقد.

العاشره: لو انقضت مده التربص وهناك ما يمنع من وطئها وهى عالمه بذلك كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبه - عند الشيخ - فيما إذا كان العذر من جهتها

فلا يطالب بالفئه القوليه كالعاجز عنده. وقال المحقق في الشرايع وتبعه جماعه من المتأخرين، يجب عليه فئه العاجز لأنه لا مانع منها بل هي ممكنه وإنما المانع من الله تعالى، وعلى كل تقدير فلا يجب لها المطالبه بالفئه فعلا إجماعا لمعدوريته والحال هذه ولا مضاره، ومثله ما لو كانت محرمة أو حائضا أو نفساء أو صائمه أو

ص: ٧٤

لو جن المؤلى بعد ضرب المده

معتكفه برضائه. ولو تجددت أعضارها فى إثناء العده قال فى المبسوط: تنقطع الاستدامه كذلك إلا الحيض والمراد بانقطاعها عدم احتسابها من المده، فإذا زال ذلك العذر ثبت على ما مضى من المده قبل العذر. ووجهه أن الحق لها والعذر من قبلها ومده التربص حق له فلا يحتسب له منها ما لا يقدر على الفئه فيها، وإنما استثنى من ذلك الحيض حيث إنه لا يقطعها إجماعاً لأنه لو قطع لم تسلم مده التربص أربعة أشهر لتكرره فى كل شهر غالباً، والأكثر لا يفرقون بينه وبين غيره فى عدم قطع الاستدامه لقيام فئه العاجز مقام الوطء من القادر وهو فى حكم العاجز، وهذا أقوى من أعضار الرجل، فلا يقطع المده ابتداءً ولا استدامه إجماعاً لاطلاق النصوص فى الانتظار أربعة أشهر من غير استفصال لأن حق المهله له والعذر منه، وكذا لا يمنع المرافعه له لو اتفقت على رأس المده فيؤمر بفئه العاجز أو الطلاق كما تقدم، وسيجى أيضاً.

الحاديه عشره: إذا جن المؤلى بعد ضرب المده احتسب المده عليه وإن كان مجنوناً، فإذا انقضت المده والجنون باق لم يرافع ولم يكلف بأحد الأمرين لارتفاع القلم عنه بل يتربص به حتى يفيق ثم يحكم عليه بذلك، بخلاف ما لو انقضت المده وبه عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض فإنه يؤمر بفئه العاجز إذا انقضت المده وهو محرم ألزمه نفسه ألزم بفئه المعذور، وكذا لو اتفق صائماً، ولو واقع أتى بالفئه وإن أثم، وكذا فى كل وطء محرم كالوطء فى الحيض لكنه لا يلزم بالوطء المحرم وإن أثم بفعله من نفسه وحصلت له الفئه لحصول الغرض سواء وافقته على ذلك أم أكرهها، ولا يجوز له موافقته لأنها معاونه على العدوان

المنهى عنه، واحتمل بعضهم جوازه لها لأنه ليس محرماً من طرفها، ومثله ما لو مكنت المسافر ومن طهرت من حيضها في أثناء النهار للصائم، ولو ارتد لاعتن فطره احتساب زمان الرده عليه وفاقا للمحقق وجماعه لتمكنه من الوطاء بالرجوع إلى الاسلام فهي ليست عذراً، خلافاً للشيخ وجماعه لجريانها إلى بينونه فليست

حكم ما لو رفعت أمرها إلى الحاكم بعد ضرب المده لها

كأهليه الزوجيه، وزمان عدتها مخالف لزمان التربص، فإن انقضاءه يقتضى
البيونيه وانقضاء زمان التربص يقتضى المطالبه بالفئه وتضاد الأثرين يقتضى تضاد
المؤثرين، ولأن الامتناع من الوطاء للرده لا للايلاء، ويندفع جميع ذلك بما ذكرنا
وبعموم النصوص مع أن انقضاء العده إنما يقتضى البيونيه إذا استمر الارتداد.
الثانيه عشره: إذا رفعت أمرها إلى الحاكم بعد ضرب المده لها خيرها
بين الفئه والطلاق، فإن طلق خرج من حقها ويقع الطلاق رجعيا إن لم يكن ما
يقتضى البيونيه للأصل والعمومات والخصوصات، وهى كثيره جدا كصحيحتى بريد
العجلى (١) وقد تقدمتا وفيهما " إذا مضت الأربعة أشهر ووقف فإما أن يفى فيمسها
وإما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها، حتى إذا حاضت وطهرت من محيضها
طلقها قبل أن يجامعها بشهاده عدلين، ثم هو أحق برجعته ما لم تمض الثلاثه
الأقراء "

وفى خبر أبى مريم (٢) المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام " قال: المؤلى يوقف بعد
الأربعة أشهر، فإن شاء أمسك بمعروف أو تسريح باحسان، فإن عزم الطلاق فهى
واحدته وهو. أملكك برجعته "

وربما بان طلاقها لا يكون إلا بائنا وإن كان أول طلقه لصحيحه منصور (٣)
وغيرها، وقد مر الجواب عنها، وحملها على التقيه هو أقرب محاملها. ثم إنه
إن فاء أيضا خرج من حقها كما تضمنته الآيه والروايات المستفيضه ووجب عليه
الكفارته، وقد مر جميع ذلك وبيننا ما فيه من الخلاف، ولو امتنع من الأمرين

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١ وص ١٣١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١ وص ٥٣٦ ب ٢ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ٢ وفيهما "امساك بمعروف".
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٥.

المورد الثاني: في مدته

حبس وضيق عليه في المطعم والمشرب على وجه لا يمكنه الإقامة عليه والصبر عاده حتى يفى أو يطلق، وسيأتي في الأخبار ما يدل على أنه يطعمه ربع القوت فإن أبي بعد ذلك إذا كان الأمر عليه إمام المسلمين وامتنع ضربت عنقه أو أضرم عليه النار في الحظيره التي أحبس فيها. وهذا الحكم مجمع عليه في الجملة والأخبار به مستفيضه.

فمنها خبر حماد بن عثمان (١) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام "قال في المؤلى إذا أبى أن يطلق قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له خطيره من قصب ويحسبه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق".

وصحيحه خلف بن حماد (٢) المرفوعه إلى أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب "في المؤلى إما أن يفى أو يطلق، فإن فعل وإلا ضربت عنقه". ومنها خبر غياث بن إبراهيم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام "قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلى أن يطلق جعل له حظيره من قصب وأعطاه ربع قوته حتى يطلق".

ومرسله صفوان (٤) الصحيحه إليه كما في العياشى عن أبي عبد الله عليه السلام "في المؤلى إذا أبى أن يطلق، قال: كان على عليه السلام يجعل له حظيره من قصب ويحسبه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق".

ص: ٧٩

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ١.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٢.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٣.

٤- (٤) تفسير العياشي ج ١ ص ١١٤ ح ٣٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١١ ح ٧.

الفائدة العاشرة: المشهور بين الأصحاب كراهيه الوطئ في الدبر كراهه مؤكده

ومرسل الفقيه (١) " قال: روى أنه إن فاء وهو أن يراجع الجماع وإلا

حبس في حظيره من قصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتى يطلق "

وفيه مرسلا (٢) " قال: روى أنه متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع

ضربت عنقه لامتناعه على إمام المسلمين "

ومرسله تفسير القمي (٣) عن أمير المؤمنين عليه السلام " أنه بنى حظيره من قصب

وجعل فيها رجلا آلى من امرأته أربعة أشهر، فقال: إما أن ترجع إلى المناكحة

وإما أن تطلق وإلا أحرقت عليك الحظيره "

وينبغي حمل الأخبار الداله على القتل على ما لو جحد الحكم من أصله بعد

خطاب إمام الزمان إليه به، ولا يجبره الإمام على أحدهما عينا بل تخيرا كما

تقدم في الظهار، ولا ينافى الاجبار الشرعى عينا أو تخيرا وقوع الطلاق كما سبق،

وقد روى أنه إن أبى فرق بينهما الإمام، ويمكن أن لا يريد به الطلاق، وقد

وقع التصريح بذلك أيضا في خبر سماعه (٤).

الثالثة عشره: وجوب العده على هذه المطلقة بالايلاء إذا كانت من أهل

الاعتداد، متفق عليه في النصوص والفتوى، ففي صحيحه محمد بن مسلم (٥) عن أبي عبد الله

عليه السلام " قال: سألته عن رجل آلى من امرأته حتى مضت أربعة أشهر، قال: يوقف

فإن عزم الطلاق اعتدت كما تعتد المطلقة، وإن أمسك فلا بأس "

ص: ٨٠

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ٢ وفيه " يرجع إلى الجماع "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٤.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٥.

٣- (٣) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١١ ح ٦.

- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

لو ادعى الإصابه منها فى الأربعة أو بعدها وأنكرت

وصحيحه عبد الله بن سنان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الإيلاء،

قال: إذا مضت أربعة أشهر ووقف، فإما أن يفئ وإما أن يطلق، قلت: فإن طلق

تعدده المطلقة؟ قال: نعم "

وصحيحه منصور بن حازم (٢) وروايته كما فى الفقيه والتهذيب " قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم

الطلاق بانت منه وعليها عده المطلقة وإلا كفر عن يمينه وأمسكها "

ويدل عليه أيضا ما تقدم فى صحيحتى بريد العجلي (٣) و (٤) حيث قال فى

آخرهما " ثم هو أحق برجعتهما ما لم تمض الثلاثة الأقراء "

الرابعة عشرة: إذا ادعى الإصابه منها فى الأربعة أو بعدها فأنكرت فالقول

قوله مع يمينه لتعذر البيئه، وهذا الحكم مما خولف فيه القواعد المقرره من

تقديم قول المدعى، وإنما أخرجوه منها لتعذر إقامه البيئه عليه أو لتعسرها غالبا

مع كونه من فعله الذى لا يعلم إلا من جهته وأصالة بقاء النكاح وعدم التسلط على

الاجبار على الطلاق، ولخبر إسحاق بن عمار (٥) عن الباقر عليه السلام " أن عليا عليه السلام سئل عن

المرأه تزعم أن زوجها لا يمسه ويزعم أنه يمسه، قال: يحلف ويترك. ويقول

الصادق عليه السلام فيما أرسل عنه كما فى بعض الكتب المعتمده " قال: فى فئه المؤلى: إذا قال

قد فعلت وأنكرت المرأه فالقول قول الرجل ولا إيلاء "

ص: ٨١

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٧ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) الفقيه ج ٢ ص ٣٤٠ ح ٤ مع زياده، التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١.

- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٦ ب ٢ ح ١.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

الروايات الواردة في وطئ الدبر ودلالاتها

ومثله في تقديم قوله في الإصابه مع مخالفه الأصل المذكور ما لو ادعى العين إصابتها في المده أو بعدها ثم إذا حلف على الإصابه وطلق وأراد الرجعه بدعوى الوطء الذى حلف عليه، قال في التحرير: الأقرب أنه لا يمكن وكان القول قولها في نفي العده الوطء على قياس الخصومات من أن البينه على المدعى واليمين على من أنكر، وإنما خالفناه في دعوى الإصابه لما ذكر من العله وهى منتفيه هنا كما لو اختلفنا في الرجعه ابتداء. وهذا التفريع لابن الحداد من الشافعيه ووافقه الأكثر واستقر به العلامه في التحرير، وأورد عليه شهيد المسالك أنه مشتمل على الجمع بين المتناقضين وهو غير تام على أصولنا من اشتراط الدخول في صحه الايلاء، ولهذا قال الشهيد الأول - رحمه الله - في نكت الارشاد: ما سمعنا فيه خلافا، وإنما فرعه على أصلهم من عدم اشتراطهم الدخول، ومع ذلك فلهم وجه آخر لأنه يمكن من الرجعه ويصدق في الإصابه في الرجعه، كما يصدق فيها لدفع التفريق لأن في الرجعه استيفاء ذلك النكاح أيضا، وهذا أوجه.

الخامسه عشره: إذا ظاهر ثم آلى صح الأمران عند جماعه وكذلك بالعكس فيكون هذا الفرع مرتبا على مطلق الجمع بين الظهار والايلاء فيلزمه حكمهما سواء قدم الظهار على الايلاء - كما وقع في كلام الأكثر - أم أخره لبقاء الزوجيه الصالحه لايقاع كل منهما عليه وإن كانت قد حرمت بالسبب

المتقدم فتحرم بالجهتين ولا تستباح بدون الكفارتين، لكن قد عرفت اختلاف المدتين في إمهاله لهما، فإن مده الظهار ثلاثه أشهر ومده الايلاء أربعه أشهر،

فإذا انقضت مدة الظهار فرافعته ألزم بحكم الظهار خاصة، فإن اختار

الطلاق فقد خرج من الأمرين، وإن اختار العود وعزم على الوطء لزمته كفاره

الظهار، فإذا كفر ووطأ لزمته كفاره الايلاء أيضا بحنثه في يمينه، وإن

توقفت كفاره الظهار على مدة تزيد على مدة الايلاء كما لو كان فرضه التكفير

المقام الثالث: فى الحضانه

بالصوم أو لم يتفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدته الايلاء أو كان الظهر متأخرا عنه بحيث انقضت منه قبل التخلص منه طولب بالأمرين معا ولزمه حكمهما، لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدته الايلاء ولما يكمل كفاره الظهر فإن حكم الايلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بفئه العاجز لأن الظهر مانع شرعى من الوطء قبل التكفير، فتجمع الكفارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئه والأخرى للعزم عليه، ولو أراد الوطء فى هذه قبل التكفير للظهر حرم عليه تمكينها منه كما سبق وإن أبيع لها من حيث الايلاء، ولو فعل حراما ووطأ حصلت الفئه ولزمته كفاره الظهر.

والأخبار خاليه عن تفاصيل هذا الحكم إذا لم يرد فى هذه المسأله إلا الخبران المتقدمان فى أحكام الظهر أحدهما خبر السكونى (1) عن على عليه السلام كما فى النهايه والآخر خبر الجعفرىات (2) عنه عليه السلام أيضا، إلا أنهما مجملان متشابهان لأنهما صورتهم هكذا " فى رجل آلى من امرأته وظاهر منها فى كلمه واحده، قال: عليه كفاره واحده " وهما كما ترى مشعران بوحده الكفاره، وقد احتملنا فيهما محامل كثيره ويمكن ردهما إلى هذا التفصيل ويكون وحدتهما باعتبار كل واحد منهما عند حصول فئه والأخذ بما فصلوه أنسب وأظهر.

السادسه عشره: لو آلى من الأمه المتزوج بها ثم اشتراها انهدم النكاح كما تقدم فى الظهر، فلو نكحها بملك اليمين لم يكن عليه شئ لخروجه من حكم الايلاء لبيئونه هذه، وكذا لو أعتقها وتزوجها لم يعد إيلاء عندنا لأنه تابع للزوجيه فيزول بزوالها، وكذا لو اشترته الزوجه حيث يكون مملوكا وأعتقته ثم تزوجت

به، وللعامه قول بعود الايلاء فيهما، أما لو طلق رجعيًا فرجع بها في العده عاد
حكم الايلاء ووجبت عليه الكفاره بالفئه بعد المراجعه، وقد تقدم ما يدل عليه

ص: ٨٣

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ١٩ ح ١.
 - ٢- (٢) الجعفریات ص ١١٥، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٢٩ ب ١٤ ح ١.

لا تتكرر الكفاره بتكرر الايلاء

من خبر منصور وصحيحه، أما لو بانّت وعقد عليها بعد العده فليس عليه حكم الايلاء، وأما ما جاء في مرسل العياشى (1) عن أبى عبد الله عليه السلام " أنه سئل إذا بانّت المرأه من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين ولا يقربها حتى يكفر " فهو محمول على الاستحباب أو التقية.

السابعه عشره: لا تتكرر الكفاره بتكرر الايلاء هنا سواء قصد الثانيه

التأكيد للأولى أو المغايره مع اتحاد الزمان كأن يقول والله لا وطأتك، أو يصرح بالتأبيد فيهما أو قال والله لا وطأتك خمسه أشهر والله لا وطأتك خمسه أشهر فإن اليمين إنما هي مبالغه فى الفعل أو الترك المحلوف عليه وإنما تغايرا بتغاير المحلوف عليه فإذا كررها على فعل واحد محلوف عليه فإنما زاد فى التأكيد والمبالغه ولا يجدى نفعا قصد المغايره، والأصل البراءه من التكليف.

ويصدق الايلاء بالواحد والمتعدد على سواء وإن اختلف الزمان كأن يقول والله لا أصبتك خمسه أشهر فإذا انقضت فوالله لا أصبتك خمسه أشهر والله لا أصبتك سنه، فإن أوقعنا الايلاء معلقا فهما إيلاءان ويتداخلان فى الأول فى خمسه وينفرد الثانى بباقى السنه أو السنه فيتربص به أربعة أشهر، ثم إن فاء أو دافع حتى انقضت السنه انحل وليس عليه بالفئه إلا كفاره واحده، وإن دافع حتى انقضت مده الأول بقى حكم مده الثانى وإن طلق ثم راجع أو جدد العقد عليها وأبطلنا مده التربص بالطلاق، فإن لم يبق من مده الثانى بعد الرجعه إلا الأربعة أشهر أو أقل انحل الثانى أيضا وإلا طالته بعد التربص.

وفى المبسوط وجمله أن مده الايلاء إذا طالت ووقف بعد أربعة أشهر، فإن

طلقها طلقه رجعيه فقد وفاها حقها لهذه المده، فإن راجعها ضربنا له مده أخرى،

فإذا انقضت وقف أيضا، فإن طلق ثم راجع ضربنا له مده أخرى، فإذا مضت

أوقفناه، فإن طلقها بانت منه لأنه قد استوفى الثلاث، وعلى هذا أبدا وفي الثاني

ص: ٨٤

١- (١) العياشي ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٤.

كون الوكيل أميناً " يقبل قوله في التلف ونحوه

لا تداخل بل هما إيلاءان متباينان لكل منهما حكم، فإن انقضت أربعه أشهر طالبته، فإن فاء في الخامس أو طلق وفاها حقها من الأول، وبقي الثاني إن واقع حتى انقضى الخامس انحل الأول وبقي الثاني، ثم له التبرص في الثاني أربعه أشهر إن لم يكن طلقها أو راجعها واحتسبنا العده من المده أو بقي أزيد من أربعه أشهر.

الثامنه عشره: لا خلاف في أن كفاره الايلاء كفاره يمين كما دل عليها الكتاب والسنة والاجماع، وسيجيء بيانها في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى.

وهو لغة مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعا للعن وأصله الطرد والابعاد،
وشرعا كلمات معلومه جعلت حجه للمضطر إلى قذف فراشه أو إلى نفى ولده،
وسميت لعانا لاشتمالها على كلمه اللعان، وخصت بهذه الصيغه القسميه لأن
اللعن كلمه غريبه فى مقام الحجج من الشهادات والأيمان والشئ يشتهر بما وقع
فيه الغريب، وعلى ذلك جواز معظم تسميه سور القرآن. ولم يسم بما يشتق
من الغضب لأن لفظ الغضب يقع فى جانب المرأه وجانب الرجل أقوى، وأيضا فلعانه
يسبق لعانها قد ينفك عن لعانها، أو لأن كلا من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها
ويطرده أو يحرم النكاح بينهما أبدا، وقد جاء بذلك الكتاب، قال الله تعالى
"والذين يرمون أزواجهم" (١) الآية، وسبب نزولها مما اختلف فيه الروايات
عندنا وعند العامه، ولا حجه لنا فى التعريض لما روته العامه وإن كان أكثر أصحابنا
قد اقتصروا على رواياتهم كما هى عادتهم وطريقتهم، فروى الصدوق فى الفقيه
فى الصحيح والشيخ فى التهذيب فى الصحيح أيضا والكلينى فى الكافى فى الحسن عن
عبد الرحمن بن الحجاج (٢) "قال: إن عباد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده
حاضر: كيف يلاعن الرجل المرأه؟ فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله

١- (١) سورة النور - آيه ٦.

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٦٣ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٩ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١٨٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ ح ١.

الروايات الواردة في المقام ودلالاتها

صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أرأيت لو أن رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع به؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل، وكان الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته، قال: فنزل الوحي من عند الله عز وجل بالحكم فيها، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى ذلك الرجل فدعاه فقال صلى الله عليه وآله: أنت الذى رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم، فقال صلى الله عليه وآله: انطلق فائتنى بامرأتك فإن الله عز وجل قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فأوقفها عند رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به، فشهد، قال: ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أمسك، ووعظه ثم قال له: اتق الله فإن لعنه الله شديده، ثم قال له: اشهد الخامسة أن لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين: قال: فشهد فأمر به فنحى، ثم قال صلى الله عليه وآله للمرأة: اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رآك به، قال: فشهدت ثم قال لها: أمسكى، فوعظها ثم قال لها: اتقى الله فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدى الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به، قال: فشهدت ففرق بينهما وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما".

وفى رساله المحكم والمتشابه (١) للمرتضى نقلا عن تفسير النعمانى بإسناده عن على عليه السلام وفى تفسير القمى (٢) مرسلا عنهم عليهم السلام " قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله لما رجع من غزاه تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إن امرأتى زنت بشريك ابن الشمحاط، فأعرض عنه، فأعاد عليه القول فأعرض عنه، فأعاد عليه ثلثه، قال: فدخل فنزل اللعان فخرج إليه فقال: ائتنى بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآنا،

فمضى فأتاه بأهله وأتى معها قومها فوافوا رسول الله صلى الله عليه وآله وهو يصلى العصر، فلما

ص: ٨٨

-
- ١- (١) المحكم والمتشابه ص ٧٢ ط دار الشبستري - قم، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩ مع اختلاف يسير.
٢- (٢) تفسير القمي ج ٢ ص ٩٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩ مع اختلاف يسير.

الفائدة الثانية عشر: قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز وطئ الزوجه أكثر من أربعة أشهر

فرغ أقبل عليهما فقال لهما: تقدما إلى المنبر فتلاعنا، فتقدم عويمر فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وآله آية اللعان "والذين يرمون أزواجهم" الآية، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم شهدت بأربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: العنى نفسك الخامسة فشهدت، وقالت فى الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وآله: اذهبا فلن تحل لك ولن تحلى له أبدا، فقال عويمر: يا رسول الله صلى الله عليه وآله فالذى أعطيتها؟ فقال: إن كنت صادقا فهو لها بما استحلتت فرجها، وإن كنت كاذبا فهو أبعد لك منه ".
وأما العامه فرووا عن ابن عباس أن القضيه نزلت فى هلال بن أميه قذف امرأته عند النبى صلى الله عليه وآله بشريك بن شمحاط، وفى روايتهم عن سهل بن سعد الساعدى أنها نزلت فى عويم العجلان، وليس فى أخبارنا ما يطابق هاتين الروائتين، وعلى كل تقدير فليس الحكم مختصا بموضع النزول لأن قضيته النزول لا تخصص الحكم الكلى، ولهذا جاء فى تفسير الآيه ما يدل على تعميمها وإعطاء الحكم الكلى. فما جاء فى روايه زرارہ (١) " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم" (٢) قال: هو القاذف الذى يقذف امرأته، فإذا قذفها ثم أقر أنه كذب عليها جلد الحد وردت إليه امرأته وإن أبى، إلا أن يمضى فليشهد عليها أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب - والعذاب هو الرجم - شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن

غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فإن لم تفعل رجمت، فإن فعلت درأت عن نفسها

ص: ٨٩

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٧.

٢- (٢) سورة النور - آيه ٦.

المقصد الأول: فى سبب اللعان وهو: القذف وإنكار الولد، وفيه فصلان الفصل الأول: فى القذف والأخبار الواردة فى المقام

الحد ثم لا تحل له إلى يوم القيامة " الحديث.

وقد اشتمل هذا الكتاب على ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: فى سببه

وهو أمران: القذف وإنكار الولد للنصوص من الكتاب والسنة خلافا للصدوق

فى الفقيه والهداىه وظاهر المقنع، فقال: لا لعان إلا بنفى الولد، وإذا قذفها ولم

ينتف من ولدها جلد ثمانين جلده.

واحتج له بخبر محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: لا يكون لعان إلا

بنفى الولد، وقال: إذا قذف الرجل من امرأته لاعنها "

وبخبر أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: لا يقع اللعان إلا بنفى الولد "

وأجاب الشيخ عن ذلك فى كتابى الأخبار بعد الطعن بالضعف والمعارضه

لكتاب الله والأخبار المستفيضه، لأنه محمول على ما لو قذفها بدون دعوى المشاهده

فإنه لا ينعقد اللعان إلا بنفى الولد.

وأجاب غيره بإضافه الحصر بالنسبه إلى مقتضى المقام، ويكون المراد أنه لا

لعان بمجرد الشبهه واحتمال كون الولد من الغير، ويدل عليه نصه عليه السلام فى

الخبر الأول بعد الحصر المذكور باللعان إذا قذفها، فيتناقض الكلام لو أبقينا الحصر

على حقيقته. وهذا المقصد مشتمل على فصلين:

الأول:

أن القذف إنما يكون سببا فى اللعان لو رمى زوجته المحضه الظاهره

بالعفه المدخول بها الزنا قبلا أو دبرا لعموم الأدله والاجماع كما نقله شيخ

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ١.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٥ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ٢ وفيهما " لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته ولا يكون إلا... ".

حكم الدخول بالزوجه قبل إكمال التسع

الخلاف، ولم يحك خلافا إلا عن أبي حنيفة في الدبر مع دعوى المشاهده وعدم إقامه البينه، فلو رمى الأجنبية أو أمته أو زوجته المشهوره بالزنا أو رمى غير المدخول بها أو رماها بغير الزنا من مقدماته أو لم يدع المشاهده فلا لعان. (أما) الأول فبالأصل والآيه والنصوص والاجماع وهى كثيره، بل قضيه النزول واضحه جليه.

(وأما) الثانى أعنى كونها محصنه فلأن رمى المشهوره بالزنا لا يوجب اللعان بل ولا حد القذف وإن أوجب التعزير - كما سيأتى فى الحدود - لأنه إنما شرع صونا لعرضها من الانتهاك، وعرض المشهوره بالزنا منتهك، ولم أر من اشترطه من الأصحاب إلا المحقق والعلامه فى الشرايع والقواعد، والمراد بالمحصنه - بفتح الصاد وكسرها - من العفيفه عن وطء محترم لا يصادف ملكا وإن اشتمل على عقد لا ما صادفه، وإن حرم كوقت الحيض والاحرام والظهار فلا يخرج به عن الاحصان وكذا وطء الشبهه ومقدمات الوطء مطلقا، أما التقييد بالدخول بها فليس بمتفق عليه لأنه موضع خلاف عندنا وعند العامه، وأما اشتراط دعوى المشاهده ليخرج ما إذا أطلق أو صرح بعدمها، وهذا الشرط مجمع عليه بين أصحابنا، واختاره بعض العامه ووجهه مع إطلاق الآيه أنه شهاده وهى مشروطه بالمشاهده، والأخبار الوارده فى النزول كما قد سمعت شاهده بذلك، وكذلك الأخبار المستفيضه فى غير النزول.

فمنها صحيحه الحلبي (1) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجلها رجلا يزنى بها ".

ومثله صحيحه محمد بن مسلم (٢) عنها أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل

ص: ٩١

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٤.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ٢ وفيهما " أنى رأيتك " .

في أحكام المتعلقة بالإفالة

يفترى على امرأته، قال: يجلد ثم يخلى بينهما ولا يلاعنها حتى يقول أشهد أني قد رأيتك تفعلين كذا وكذا".

وصحيحه الحلبي (١) عن أبي عبد الله " قال: إذا قذف الرجل امرأته، قال:

لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجلها رجلا يزني بها".

وموثقه أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال في الرجل يقذف امرأته: يجلد

ثم يخلى بينهما ولا يلاعنها حتى يقول إنه قد رأى بين رجلها من يفجر بها".

وصحيحه سليمان بن خالد (٣) عن أبي جعفر الثاني عليه السلام " قال: قلت له: كيف

صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قذف غيره

أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحد أو يقيم البينه على ما قال؟ قد سئل أبو جعفر

عليه السلام عن ذلك فقال: إن الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت

شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قال إنه لم يره قيل له أقم البينه على ما قلت

وإلا كان بمنزله غيره، وذلك أن الله جعل للزوج مدخلا لا يدخله غيره والد

ولا ولد يدخل بالليل والنهار فجاز له أن يقول، ولو قال غيره رأيت قيل له

وما أدخلك المدخل الذي ترى هذا فيه وحدك، أنت متهم ولا بد من أن يقام

عليك الحد الذي أو حب الله عليك".

ومثلها رواه محمد بن سليمان (٤) كما في الفقيه، ومرسله محمد بن أسلم

الجبلي (٥) كما في العلل عن بعض أصحابه عن الرضا عليه السلام وزاد " وإنما صار شهادته

ص: ٩٢

- ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٢١٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ١.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥ وفيهما "عن محمد بن سليمان".
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥.
- ٥- (٥) علل الشرايع ص ٥٤٥ ب ٣٣٦ ح ١ طبع النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

الأخبار الداله على عدم جواز التعريض بالخطبه

الزوج أربع شهادات بالله لمكان الأربعة الشهداء مكان كل شاهد يمين "

وخبّر أبى خالد الهيثمى الفارسى (١) كما فى المحاسن " قال: سئل أبى الحسن

عليه السلام " وذكر نحو مع الزيادة.

ورواه الكلينى عن الحسن بن يوسف عن محمد بن سليمان (٢) نحوه وذكر

الزيادة أيضا.

ومرسله أبان عن رجل (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: لا يكون لعان حتى

يزعم أنه قد عاين "

ويلزم على هذا الشرط أن الأعمى لو قذف زوجته حد لعدم إمكان اللعان

فى حقه لعدم إمكان المشاهده وإنما يتوجه لعانه بسبب نفى الولد. واستشكل

ثانى الشهيدىن الحكم بإمكان علمه بدون المشاهده، واحتمل فى إمكان المشاهده

فى لأخبار الشاهده بذلك تخصيصها بمن يمكن فى حقه أو يجعله كناية عن العلم

بذلك. وفيه نظر إذ قد عرفت من صراحه تلك الأخبار وأنها معلقه على العلم

الخاص، وعلى كل تقدير فلا يكفى الظن المقترن إلى القرائن أو الشيعاء المجرى

وينبه عليه سقوط اللعان بقذف المشهوره بالزنا، وقد أيد ثانى الشهيدىن ذلك

التأويل بعموم قوله تعالى " والذىن يرمون أزواجهم " وفيه ما فيه، حيث إن الأخبار،

التي جاءت فى سبب النزول مشتمله على دعوى المشاهده، وكذلك فتوى الأصحاب

قد أطلقوا اشتراط المعايينه نظرا إلى ظواهر تلك النصوص.

وأما اشتراط عدم البيئه فلظاهر قوله تعالى " ولم يكن لهم شهداء إلا

أنفسهم " فإن مفهومه أنه لو كان له بيئه لا يلاعن لامكان نفى الحد، إلا أن

- ١- (١) المحاسن ص ٣٠٢ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٩ ب ٤ ح ٦.
- ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٠٣ ح ٦ وفيه "الحسين بن سيف"، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ٣.

الفائدة الثالثة عشر: فى خصائص النبى صلى الله عليه وآله

الأصحاب قد اختلفوا فى ذلك، فذهب فى الخلاف والمختلف إلى عدم اشتراطه

للأصل ولأن النبى صلى الله عليه وآله لاعن بين عويمر العجلانى وزوجته كما روته العامه ولم

يسألها عن البينه، فلو كان عدمها شرطا لسأل. وقوى فى المبسوط الاشرط واختره

المحقق فى الشرايع وهو مذهب الأكثر لظاهر الآيه وظاهر الأخبار التى قدمناها

سيما الأخبار المعلله بإقامه شهادته أربع شهادات بالله مقام الأربعة الشهود.

وأما اشرط الدخول فيما إذا كان سببه القذف فهو مذهب الأكثر، وخالف

ابن إدريس فى ذلك لاطلاق الآيه وكثير من الروايات، إلا أن مذهب الأكثر

هو الأصح لصراحه الأخبار الوارده فى ذلك بالخصوص مثل روايه أبى بصير (١)

عن الصادق عليه السلام " قال: لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، ولا يكون

لعان إلا بنفى الولد ". وروايته الأخرى (٢) أيضا عنه عليه السلام " قال: لا يقع اللعان حتى

يدخل الرجل بأهله " .

وخبر محمد بن مضارب (٣) المروى بطرق عديده كما رواه المحمدون الثلاثة

عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد " .

وخبر محمد بن مسلم (٤) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: لا تكون الملاعنه ولا

الايلاء إلا بعد الدخول " .

وصحيحه أبى بصير ليث المرادى (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن

رجل تزوج امرأه غائبه لم يرها فقذفها، قال: يجلد " .

ص: ٩٤

- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ٢.
- ٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٤، ولم نعثر عليه فى الفقيه، التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٤.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٥.
- ٥- (٥) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٧.

فى حكم الحضانة مع فقد الأبوين

ومرسله ابن أبى عمير (١) الصحيحه إليه " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحد ويخلى بينه وبينها "

وخير محمد بن مضارب (٢) أيضا " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول فى رجل

لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاءنا إلا بعد أن يدخل بها يضرب

حدا وهى امرأته ويكون قاذفا "

وربما قدح فى هذه الأخبار بضعف طرقها حيث اقتصر على روايتى أبى بصير

ومحمد بن مضارب وذلك جريا على الاصطلاح الجديد. ومن هنا استحسن ثانى

الشهيدى فى المسالك مذهب ابن إدريس لقوه دليله عنده وهو إطلاق الآيه وما

أطلق من صحاح الأخبار. وفيه نظر لما سمعت أن هذه الأخبار فيها الصحيح وغيره

وإطلاق الآيه مقيد بها مع ما يضاف إلى ذلك من عمل الطائفة سوى ابن إدريس بها،

وكأن ابن إدريس حمل الأخبار المشترطه للدخول على أنه إذا كان السبب له نفى

الولد. وفيه نظر لأن الروايات التى ذكرناها المشترطه للدخول صريحه فى

أن سببه القذف، ويظهر من محقق الشرايع وغيره ممن تأخر عنه أن من

الأصحاب وإن لم يعرف بخصوصه من قال بعدم اشتراط الدخول فى اللعان مطلقا

لأنه جعل التفصيل قولا ثالثا، وهو غير متوجه لما عرفت من أن الدخول شرط

فى لحوق الولد بالاجماع والأخبار فلا يتوقف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه

فالحق انحصار الخلاف فى قولين، فالمشهور اشتراطه فيهما، والثانى التفصيل

المنسوب لابن إدريس. نعم يمكن أن يكون ذلك القول للعامه حيث لم يشترط فى

اللحوق الدخول كما مضى فى حكم الأولاد، وهاهنا مسائل:

الأولى: لو قذفها بزنا إضافه إلى ما بعد النكاح ففيه خلاف، ففي الخلاف

ص: ٩٥

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢١١ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥١ وفيه " حتى يدخل بها "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٢ ح ٨.

فيما لو تزوجت المطلقة ثلاثا " وشرطت في العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما

ليس له اللعان اعتبارا بحاله الزنا، وفي المبسوط له ذلك، واختاره الأكثر لاطلاق الآيه وإطلاق جملة من الروايات وأخبار خصوص الواقعة التي هي سبب الشرعيه لا يخصص العام وأما التعليل باعتبار حال القذف أو الزنا فهو تعيين لمحل النزاع لا عله برأسه، ولا يجوز قذفها مع الشبهه ولا مع غلبه الظن ولا بإخبار الثقة ولا بشياع أن فلانا زنى بها فإن الأصل تحريم قذف الزوجه كالأجنبي وإنه يلزمه الحد، إلا أنه لما كان في بعض الحالات التي لا يصل إليه الأجنبي قد أبيح له ذلك القذف بل قد يجب التخليص النسب جعل له الشارع طريقا مخلصا عن الحد باللعان، والأجنبي لا يتخلص عن الحد إلا ببينه تقوم على المقذوف أو بإقرار المقذوف. وبالجملة: فمقتضى هذا التعليل ووجه الحكمة أنه لو قذفها بزنا متقدم على نكاحه لها أن لا يكون لعان بينهما وإن كان الاطلاق في الكتاب والسنة يؤيد القول المشهور.

الثانيه: لو قذفها بغير الزنا كالسحق لم يثبت اللعان في المشهور وإن أثبت حتى لو ادعى المشاهده لأنه مشروط بالرمى بالزنا أو نفى الولد، وأما ثبوت الحد به فلأنه قذف بفاحشه توجب الحد كالزنا واللوط، وفي باب الحدود حصروا موجب الحدود بالقذف في الرمي بالزنا أو اللوط وهو يقتضى عدم ثبوت الرمي بالسحق بل التعزير خاصه، وبه صرح أبو الصلاح الحلبي وقربه في المختلف لأصاله البراءه من وجوب الحد، كما لو قذفه بإتيان البهائم.

واستوجهه ثاني الشهيدين، قال في المسالك: لأن النص لم يجى بالحد إلا على الرمي بالزنا واللوط وهو متجه، وسيجى إن شاء الله تعالى في الحدود

الكلام عليه منقحا.

الثالثة: إذا قذف زوجته في العده الرجعية كان له اللعان لأنها زوجته

يثبت بها الاحصان فله أن يلاعنها، كما يجوز أن يطلقها ويؤلى منها ويظاهر،

فيصح لعانه في الحال من غير مراجعه، وتترتب عليه أحكامه بخلاف ما إذا ظاهر

ص: ٩٦

المطلب الأول: فى الزوجيه

عنها وآلى، حيث يتوقف أمرهما على الرجعه، لأن حكم الإيلاء منوط بالمضاره ولا مضاره مع الطلاق والكفار بالظهار، وإنما تتعلق بالعود وإنما يحصل العود بالرجعه. وأما اللعان فمداره على الفراش، ولحوق النسب والرجعه فى ذلك كالمكروه بالفعل، وفى التأخير خطر بالموت فلم يتوقف أمره على الرجعه. أما لو كان الطلاق بائناً أو قذفها بعد استيفاء العده الرجعيه وإن أضافه إلى زمن الزوجيه فلا لعان بل يثبت الحد لأنها ليست زوجته حينئذ، والحكم مترتب فى الكتاب والسنة وإجماع الأصحاب على رمى الزوجه، ولأنها فى هذا الحال أجنبيه فلا ضروره إلى قذفها.

الرابعه: لو قذف زوجته المجنونه بالزنا فإن أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها وجب عليه الحد لتحقق القذف بالفاحشه المحرمه، وإن نسبه إلى حاله الجنون فلا حد لانتفاء قذفها بالزنا المحرم منها حينئذ. ولو كانت المقذوفه عاقله حال القذف ولكن أضافه إلى حاله جنونها فإن علم أن لها حاله الجنون واحتمل ذلك فى حقها فلا حد لانتفاء الزنا المحرم منها حينئذ، لكن يجب تعزيره للايذاء، وإن علم استقامه عقلها فمقتضى إطلاق عباراتهم أنه كذلك لتحقق القذف الصريح فتلغى الإضافه إلى تلك حاله، واحتمل ثانى الشهيدين فى المسالك العدم لأنه نسبها إلى الزنا فى تلك حاله. وإذا علم انتفاؤها لم تكن زانيه فيكون ما أتى به لغوا من الكلام ومحالاً فى العاده، فأشبه ما إذا قال زنيته وأنت رتقاء، فالأصح الأول، ثم التعزير والحد مترتبان على مطالبتهما فى حال الصحه، فإن أفاقت وطالبت بالحد أو التعزير كان له أن يلاعن لانتفائهما، وليس لوليها المطالبه

بها ما دامت حيه لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج الملاعنه وهو لا يصح
من الولي، وكذا ليس له مطالبه زوج أمته بالتعزير في قذفها ما دامت حيه،
فإن ماتت كان موضع خلاف، فالشيخ على أن له ذلك، واستحسنه المحقق لأن
الولي بالنسبه إلى المملوك بمنزله الوارث، وحق الحد والتعزير يورث كالمال،

ص: ٩٧

لفظه الصريح نحويا زانيه أو قد زنت أو

وربما استشكل ذلك من حيث إن انتقاله إلى المولى إن كان بحق الملك اقتضى ثبوته له في حال الحياه وليس كذلك. وإن كان بحق الإرث فالمملوك لا يورث اتفاقا.

ورد بأنه حق ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه، ويكون السيد أحق به

لا على جهة الميراث بل لأنه أولى من غيره وبأنه إنما لا يورث عنه المال، وأما غيره من الحقوق المختصة به فإنه يورث عنه، وتنظر ثاني الشهيدين في هذا الجواب، وذلك ظاهر لا يخفى، ومن هنا ذهب الأكثر إلى عدم انتقال ذلك الحق إلى المولى.

الخامسه: لفظه الصريح نحويا زانيه أو قد زنت أو زنى فرجك أو قبلك

أو دبرك أو بدنك دون عينيك ويدك ونحوهما، فإن المتبادر من زنائهم النظر واللمس

ولا لعان عندنا بجنايات القذف، فلو قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان حتى

يقول في الناس زناه وأنت أزنى منهن.

أما الأول فلأن ظاهره التفضيل على جميع الناس في الزنا، ومعلوم أن

الناس كلهم ليسوا زناه، وكما يحتمل أن يريد أزنى زناه الناس يحتمل إرادته

نفى الزنا عنها، بمعنى أنه لو كان الناس كلهم زناه فأنت أزنى منهم، وكلاهما خلاف

الظاهر، إلا أنه أراد أن يصرح أنها أزنى من زناه الناس فيكون قاذفا كما في المبسوط.

وأما في الثاني فلأنه إنما يتيقن إرادته النسبه إلى الزنا إذا نسب فلانا إليها،

ولما لم يصرح به احتمال إرادته النفي، أى لو كان فلانا زانيا فأنت أزنى منه إلا

أن يفسره بإرادته القذف، وقوى الشيخ في الخلاف كونه قذفا لهما بظاهره، وقواه

شارح القواعد في شرحه كشف اللثام لأن حقيقه لفظ التفضيل يقتضى التشريك

في أصل الفعل مع زياده في المفضل وإرادته النفي مجاز لا يصار إليه إلا مع القرينه

الصارفة عن الحقيقة، وعلى المشهور لو ثبت زنا فلان بالبينه أو الاقرار والقاذف

جاهل حين قال لها هذا القول - أعنى أنت أزنى منهم - لم يكن قاذفا، وإن كان عالما

بذلك فهو قاذف، ولو قال لها: يا زان بالتذكير فهو قاذف لصحة إطلاق الزانى

عليها، بمعنى ذات الزنا، على أنه لو سلم كونه لحنا فلا يضر لتحقق القذف نسبتها

فى بطلان نكاح الشغار

مع تعينها إلى الزنا وإن وقع اللحن فى اللفظ، وربما وجه بالترخيم وأورد عليه بأنه يختص بالأعلام وأجيب بشياع يا صاح فى تركيب يا صاحب، وبأن الترخيم إنما يسقط هاء التأنيث كقوله أفاطم مهلا بعض هذا التذلل، وقد أسقطت هنا مع الياء، وأجيب بأن ذلك هو القياس إذا كان فى آخر الكلمه حرف صحيح قبله مده، ويمكن إسقاط الهاء هنا للترخيم والياء للوقف على أحد اللغتين فى الوقف على الناقص. وللعامه قول بأنه ليس بقذف مطلقا، وآخر بأنه إن كان من أهل العربيه فليس بقذف وإلا فهو قذف.

وفى الخلاف للشيخ: أن الذى يقتضيه مذهبنا الرجوع إليه، فإن أراد القذف فهو قاذف وإلا فلا لأصله البراءه وانتفاء الدليل على حكم القذف، ولو قال: رأيتك تزنى فهو قاذف وإن كان أعمى لأنه صرح بنسبتها إلى الزنا وإن كذب فى دعوى المشاهده، نعم لا يثبت فى طرفه اللعان كما قدمنا عن قريب، ولو قذف أجنبيه ثم تزوجها وجب الحد ولا لعان، فلو نسبها إلى زنا هى مستكرهه عليه أو مشتبهه أو نائمه ففى كونه قذفا إشكال من أنه إنما نسبها إلى أمر غير ملوم عليه ولا مأثوم فيه، وبه قطع الشيخ وهو الوجه لأنه لا يسمى بالزنا فى عرف الشارع، ثم ظاهر الشيخ التردد فى التعزير، والأقرب التعزير للايذاء بالعار وانتهاك الأستار ولا لعان على الوجهين إلا لنفى الولد، أما على الثانى فظاهر، وأما على الأول فلأن اللعان على خلاف الأصل، والمتبادر من الرمى بالزنا الرمى بما لم يكن عن إكراه فيقتصر عليه، ولأنه الذى يوجب الانتقام منها.

وكذا لا لعان لو كان وطء شبهه من الجانيين إلا لنفى الولد وفى الحد والتعزير

ما قد عرفت فيما تقدم، ولو قذف نسوه بلفظ واحد تعدد اللعان لأنه يمين واليمين

لا يتداخل في حق الجماعة بلا خلاف، فإن تراضين بمن يبدأ بلعانها بدئ بها

وإن تشاحن أقرع بينهما أو بدأ الحاكم بمن شاء ولا يتحد برضاهن بلعان واحد

كما لو رضى المدعون بيمين واحده.

ص: ٩٩

الأخبار الواردة في تخييره صلى الله عليه وآله النساء بين الإرادة والمفارقة

ولو قال زنيته وأنت صغيره وجب التعزير للأيذاء دون الحد إذا لا إثم عليها، وفي المبسوط أنه إن فسره بما لا يحتمل القذف كأن يقول زنيته ولك ستنان أو ثلاث كان كاذبا بيقين ولا حد عليه ولا تعزير قذف ولكن تعزير سب وشتيم وليس له إسقاطه باللعان، وإن فسره بما يحتمله كأن يقول زنيته ولك تسع سنين أو عشر فهذه يتأتى فيها الزنا لكن لا حد عليه لأن الصغيره الناقصه لا يجب الحد برميها ويعزر تعزير قذف وله إسقاطه باللعان.

وإن قال: زنيته وأنت مشرکه كان عليه التعزير إن عهد لها ذلك أى حال شرك وإلا يعهد ذلك لها فالحد، فإنه لم يقذف المشرکه كما قلنا فى المجنونه بل قذف المسلمه العاقله، وما ذكره من القيد يكون لغوا، ويحتمل هنا سقوطه رأسا إذا لم يعهد لأنه لم يلزمها بزنا يلزمه إثمها وإنما جاء بمحال، فكان كلامه بتمامه لغوا، ولو ادعت عليه القذف فأنكر فأقامت شاهدين فله أن يلاعن إن ظهر لانكاره تأويلا كأن يقول: إنى كنت قلت لها زنيته وبذلك شهد الشاهدان ولكنه ليس بقذف لأنى صدقت فى ذلك وإلا فلا لعان ووجب الحد لأنه باللعان يكذب نفسه فإن أنشأ قذفا آخر كأن يقول: ما قذفتها ولكنها زانيه فله اللعان واندفع فذلك الحد أى الحد الذى شهدت به البينه أيضا لأنه لا يتكرر الحد إذا تكرر القذف بزنا واحد، فهنا أولى، إلا إذا كانت صورته إنكاره: ما قذفت ولا زنيته، فإن قذفه بعده ينافى شهادته الابراء أعنى شهادته ببراءتها إلا أن تمضى مده يحتمل فيها طريان الزنا فله اللعان حينئذ، ولو امتنعا عن اللعان فلما عرضا للحد أو استوفى بعض الجلدات رجعا إليه جاز للعموم واللعان وإن كان يمينا، ولا رجوع إلى

اليمن بعد النكول لكنه الحق هنا بالبينه لمفارقتة لليمن في أن النكول عن
اليمن يوجب انتقالها إلى الآخر، وليس كذلك اللعان، ومشا به لعانه للبينه
إثبات الحد عليها، ولو حد فأراد أن يلاعن بعده مكن منه إن أضاف نفى الولد
إليه وإلا فلا، إذ لا فائده فيه، لأن فائدته درء الحد وقد أخذ، وكذا لا تمكن

ص: ١٠٠

لو شهد أربعة على امرأة بالزنا وكان أحدهم زوجها

المرأة منه بعد إن حدث.

السادس: لو شهد أربعة على امرأة بالزنا وكان أحدهم زوجها ثبتت الملائنة على الزوج وجلدت ثلاثة حد القاذف ودرى الحد عنها كما هو مذهب جماعه من القدماء، وذهب الأكثر إلى ثبوت الحد عليها بذلك لأن الزوج أحد الشهود الأربعة.

ويدل على القول الأول خبر إبراهيم بن نعيم عن أبي يسار مسمع بن عبد الملك (١) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها: قال: يجلدون الثلاثة ويلاعنها زوجها ويفرق بينهما ولا تحل له أبداً ".

ومثله خبر زراره (٢) عن أحدهما عليهما السلام " قال في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن الزوج ويجلد الآخرون ".

وتمسك الأكثر بخبر إبراهيم بن نعيم الآخر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم ".

وبما رواه الصدوق في الفقيه (٤) مرسلاً " قال: روى أن الزوج أحد

الشهود " وقد رجح الشيخ وجماعه هذه الأخبار لموافقها لظاهر القرآن، أعنى

قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم " ومقتضاها

ما قد عرفت من اشتراط اللعان بنفى شهاده من سواه، وبالأحاديث الداله على

على ثبوت الزنا بشهاده أربع مطلقاً. وحملوا الأخبار الأوله على فسق الشهود،

وسيحيى زياده تحقيق لهذه المسأله فى الحدود إن شاء الله تعالى.

-
- ١- (١) التهذيب ج ١٠ ص ٧٩ ح ٧١ وفيه "نعيم بن إبراهيم"، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ٣ وفيهما "أبي سيار مسمع" وكذلك "بفجور" بدل "بالزنا".
- ٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨٢ و ١٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ١ و ٢
- ٣- (٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨٢ و ١٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ١ و ٢
- ٤- (٤) الفقيه ج ٤ ص ٣٧ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ٤.

تحريم الاستبدال بنسائه اللواتي كن عنده وقت نزول آيه " لا يحل لك النساء من... "

السابعه: إن من قال لامرأته: لم أجذك عذراء لم يثبت اللعان بذلك بينهما

بل عليه التعزير لأنه ليس بقذف صريح وإنما يترتب عليه الايذاء.

ويدل على هذا الحكم من الأخبار بعد الفتوى صحيحه زراره وروايته عن

أبي عبد الله عليه السلام وأبي جعفر عليه السلام قالاً " في رجل قال لامرأته: لم تأتني عذراء، قال:

ليس بشيء لأن العذره تذهب بغير جماع " والخبر الأول من التهذيب (١) والثاني

من العلل (٢).

وخبر إسحاق بن عمار عن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: في رجل

قال في امرأته: لم أجذك عذراء، قال: يضرب، قلت: فإذا قاذف؟ قال: يضرب فإنه

يوشك أن ينتهي "

وروى الكليني هذا الحديث من طريق العبيدي عن يونس (٤) وزاد فيه

" قال يونس: يضرب ضرب أدب ليس بضرب حد لثلا يؤذى امرأه مؤمنه بالتعريض "

أما ما في صحيحه الحلبي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " قال:

إذا قال الرجل لامرأته لم أجذك عذراء وليس له بينه، قال: يجلد الحد ويخلى بينه

وبين امرأته " وحمل الشيخ الحد هنا على التعزير لما مر ويأتي، وحمله غيره على

التصريح بالقذف من غير دعوى المعايينه.

ص: ١٠٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٧ ح ١.

٢- (٢) علل الشرايع ص ٥٠٠ ب ٢٦١ ح ١ وفيه " ما أتيتني وأنت عذراء، قال: ليس عليه شيء قد تذهب العذره من غير جماع "

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٧ ح ٢ وفيهما " لامرأته - فإن عاد؟ "

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٢١٢ ح ١١ وفيه " فإنه عاد - بضرب الحدود "، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٧ ح ٢ وفيهما " لامرأته "

٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٩٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦١٠ ب ١٧ ح ٣.

الفصل الثاني: فى إنكار الولد

ويدل على نفى الحد صريحا خبر حماد عن زياد بن سليمان (١) عن أبى

عبد الله عليه السلام " فى رجل قال لامرأته بعد ما دخل بها: لم أجدك عذراء، قال: لا حد عليه " وأسند الصدوق هذه الرواية إلى حماد بن زياد بن سليمان.

وأما ما فى صحيحه عبد الله بن سنان (٢) " قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا قال الرجل لامرأته: لم أجدك عذراء وليست له بينه يجلد الحد ويخلى بينه وبينها " ويحتمل مثل ما احتملته صحيحه الحلبي وإن كان التأويل الأخير بها أشبه بدليل قوله " وليست له بينه ".

المقصد الثانى: (٣)

فى بيان السبب الثانى فى اللعان وهو إنكار الولد، فإنما يثبت اللعان بنفى

الولد إذا كان يلحقه ظاهرا ولا ينتفى عنه بنفيه، وذلك بأن تضعه الزوجه الدائم

بسته أشهر فصاعدا من حين وطئه لم يتجاوزا أقصى مده الحمل كما تقدم فى أحكام

الأولاد، وكل ولد لا يمكن كونه منه فى النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج انتفاؤه منه

إلى لعان، كما لو ولدته لأقل من ستة من حين وطئه فى النكاح أو لأكثر من

أقصى مده الحمل فإنه لا يلحق به، وإذا نفاه انتفى لغير لعان، فلو تزوج المشرقى

بمغريبه كذلك وأتت بولد لسته أشهر من العقد خاصه لم يلحق به لعدم الامكان

عاده، ولا لعان عندنا ولا إلحاق، خلافا لبعض العامه، وفرعوا عليه فروعا واهيه

هى أضعف من بيت العنكبوت لأن ذلك لما يفضى إلى المحال، ولو دخل بها الزوج

وله أقل من عشر سنين فولدت لم يلحق به لأنه لم تجر العاده بإنزاله وإحباله

كما لو ولدت لأقل من ستة أشهر.

- ١- (١) الفقيه ج ٤ ص ٣٤ ح ٢ وفيه " حماد بن زياد عن سليمان بن خالد - بعد ما دخلت عليه "، التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٦ وفيه " حماد عن زياد عن سليمان "، الوسائل ج ١٥ ص ٦١٠ ب ١٧ ح ٤.
- ٢- (٢) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦١٠ ب ١٧ ح ٥.
- ٣- (٣) والصحيح " الفصل الثاني ".

فى كراهيه تزويج الرجل ابنه من بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها

ويظهر من الشيخ والفاضلين أن الامكان يحصل باستكمال عشر سنين، وربما قيل بالاكتفاء بالطعن فيها ولو ساعه واحده، والأخبار والعاده لم تشهد بشئ من المذهبين. ثم إذا حكمنا بثبوت النسب الحصول الامكان بسبب البلوغ فلا إشكال، وإن لم يثبت بالبلوغ مع إمكانه ثبت النسب دون البلوغ لأن النسب يثبت الاحتمال والامكان والبلوغ لا يكفى فيه الاحتمال، فلا يصح ملاعنه فى تلك الحال لو نفاه، لأن شرط الملاعنه الكمال بالبلوغ والعقل، لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام وكان رشيدا فله اللعان لأن ذلك مما يرجع إليه فيه ولا يعلم إلا من قبله غالبا. ثم إن مات قبل البلوغ شرعا لحقه الولد وورث منه وإن كان قد أنكره صغيرا، وإن بلغ فإن اعترف به أو لم ينكره ثبت نسبه، وإن أنكره عقيب البلوغ ولا عن انتفى عنه كغيره.

ولو وطأ الزوج دبرا فحملت الحق به فى المشهور لأن الوطء فى الدبر بمنزله الوطء فى القبل بالنسبه إلى كثير من أحكام الوطء لاطلاق الأدله ومنها إلحاق الولد، فإنه وإن لم يكن مسلك مجرى المنى الطبيعى إلى الرحم لكن لقربه منه يمكن استرسال المنى فى الفرج من غير شعور وإن كان نادرا، وظاهر هم الاتفاق على هذا الحكم. وظاهر الأخبار النافيه لحبل الذكر بأن لهم أرحاما منكوسه لأجل ذلك لا تحبل مما يدل على الاسترسال وإن وقع الوطء فى دبر النساء، وظاهر الأصحاب الاتفاق على هذا الحكم. وقد تنظر فى أصل الحكم جماعه منهم ثانى الشهيدين فى المسالك ومنهم العلامه فى التحرير لكنه خصه بحاله العزل. قال ثانى الشهيدين فى مسالكه: وتحرير موضع الحكم فيه لا يخلوا من خفاء

لأن ظاهره التعليل ما إذا وطأ دبرا وأنزل فحملت على وجه يمكن تولده من ذلك

الوطء فإنه لا ينتفى عنه إلا باللعان، بل لا يجوز له نفيه أيضا بمجرد ذلك

لامكان استرسال المنى إلى الفرج. وعلى هذا فلو وطأ دبرا ولم ينزل لم يلحق فيما

بينه وبين الله تعالى ووجب عليه نفيه كما لو لم يطأ أصلا، ولكن يبقى فيه أنهم

ص: ١٠٤

فروع ست

حكّموا بأنه لو وطأ في الفرج ولم ينزل ثم أتت بولد يمكن تولده من ذلك الوطء لحق به، وعلّوه بإمكان أن يسبقه المنى ولا يشعر به، ويدل عليه ما تقدم في أحكام الأولاد من الأخبار الشاهده لللاحق ولو عزل عنها معللا بذلك التعليل. ففي كتاب قرب الأسناد عن أبي البختری (1) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: إني كنت أعزل عن جاريتي فجاءت بولد، فقال صلى الله عليه وآله: الوكاء قد ينفلت، فألحق به الولد ". وهذا الاحتمال والخبر باطلاقه يجري في الدبر أيضا إلا أنه على بعد لأن الماء المستنزل من غير شعور المنزل يكون قليلا جدا لا يمكن عاده استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولد منه، إلا أن إلحاق الوطء في الدبر بالقبل يقتضى ذلك، والتعليل المذكور مجرد توجيهه للإمكان وليس هو مستند الحكم. وبالجملة: فالاستبعاد قائم في الجميع والإمكان مشترك فيهما وإن تفاوتت مراتبه.

فروع

الأول: لا يلحق ولد الخصى المحبوب ويلحق ولد الخصى والمحبوب، ولا ينتفى ولد أحدهما إلا باللعان تنزيلا على الاحتمال وإن بعد. وتحرير فروع هذه المسألة إن من لم يسلم ذكره وأثياه إما أن يفقدهما جميعا أو يفقد الذكر دون الأنثيين أو بالعكس.

ففي الأول لا يلحق الولد به في الأشهر من المذهب ولا يحتاج إلى اللعان لأنه لا ينزل ولم تجر العاده بأن يخلق الله من مثله وربما قيل بإلحاقه به لاطلاق أخبار الفراه، وإن الولد له ولأن معدن الماء الصلب وإنه ينتقل من ثقبه إلى

الظاهر وهما باقيان.

وفى الثانى يلحق به قطعاً لوجود أوعيه المنى وما فيها من القوه المحيله

ص: ١٠٥

١- (١) قرب الإسناد ص ٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ١١٣ ب ١٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

وجوب صلاه الليل وتحريم الصدقه الواجبه وخائنه الأعين عليه صلى الله عليه وآله

للدّم، والذّكر آله توصل الماء إلى الرحم بواسطة الأيلاج وقد يفرض وصول الماء
يغير إيلاج كالمساحقه مع عدم وصول الهواء إلى الماء، كما دلت عليه الأخبار
الوارده في أن المرأة المجامعه لو ساحت البكر فحبلت منه الحق الولد بصاحب
الماء، وسيجى في الحدود، وكذلك الخبر الدال على أن من أراق المنى على
ظاهر فرج المرأة من غير إيلاج وكانت بكرا فحملت الحق به الولد ولم يجزله
نفيه، وهو ما رواه في كتاب قرب الأسناد عن أبي البخترى (1) عن جعفر بن محمد عن أبيه
عليهم السلام " أن رجلا أتى على بن أبي طالب عليه السلام فقال: إن امرأتى هذه حامل وهى
جارية حدثه وهى عذراء وهى حامل فى تسعه أشهر ولا أعلم إلا خيرا وأنا شيخ
كبير ما اقترعتها وإنما لعلى حالها، فقال له على عليه السلام: نشدتك بالله هل كنت
تهريق على فرجها؟ قال: نعم، فقال على عليه السلام: إن لكل فرج ثقبين ثقب يدخل
فيه ماء الرجل وثقب يخرج منه البول " وساق الحديث إلى أن قال: " وقد ألحقت
بك ولدها، فشق عنها القوابل فجاءت بسلام فعاش " .

ومثلها ما فى كتاب إرشاد المفيد (2) مرسلا من طريق العامه والخاصه فى
القضيه التى التبس على عثمان حكمها حيث إن امرأه نحكها شيخ كبير فحملت
وزعم الشيخ أنه لم يصل إليها وأنكر حملها، فالتبس الأمر على عثمان وسأل المرأة
هل افتضك الشيخ؟ وكانت بكرا، فقالت: لا، فقال عثمان: أقيموا الحد عليها، فقال:
أمير المؤمنين عليه السلام: إن للمرأة سمين سم البول وسم المحيض، فلعل الشيخ كان ينال
منها فسأل ماؤه فى سم الحيض فحملت منه، فسألوا الرجل عن ذلك فقال: قد
كنت أنزل الماء فى قبلها من غير وصول إليها بالافتضاض، فقال أمير المؤمنين عليه السلام:

الحمل له والولد ولده، وأراد عقوبته على الإنكار له فصار عثمان إلى قضائه.

وفى الثالث يلحق أيضا على ما اختاره الشيخ والمحقق من غير تردد لأن

ص: ١٠٦

١- (١) قرب الإسناد ص ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ١١٤ ب ١٦ ح ١ وليس فيهما "قال: نعم".

٢- (٢) الارشاد ص ١١٢، الوسائل ج ١٥ ص ١١٤ ب ١٦ ح ٢.

فى خواص فاطمه عليها السلام بالنسبه إلى النكاح

آله الجماع باقيه وقد يبالغ فى الايلاج ويلتذ وينزل ماء رقيقا، ومدار الحكم على الوطاء - وهو سبب الظاهر - أولى من إرادته على الانزال الخفى ولأنه سبب الفراش، وقيل لا يلحق هنا لأن التولد موقوف على تولد المنى ومحل الخصيتان وهذا هو الغالب لكن لا ينفى الأول وإن بعد.

الثانى: إذا كان الزوج حاضرا وقت الولاده ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلا أن يؤخر بما جرت به العاده كالسعى إلى الحاكم، ولو قيل له إنكاره ما لم يعترف به كان حسنا، ولو أمسك عن نفى الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملا أو ريحا، وإذا أتت امرأته بولد فإن أقر بنسبه لم يكن له النفى بعد ذلك لأن للمولود حقا فى النسب وقد التزم تلك الحقوق، ولا يجوز إنكاره بعد لأنه حق آدمى، ثم الاقرار قد يكون صريحا وهو ظاهر وقد يكون فحوى مثل أن يهنى به فيقال له: بارك الله لك فى مولودك، أو: متعك الله به، أو: جعله لك ولدا صالحا، فيقول آمين، أو: استحباب الله دعاءك.

ففى روايه السكونى (1) عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام " قال: إذا

أقر الرجل بالولد ساعه لم ينتف عنه أبدا وإن لم يقر بنسبه وأراد

نفيه "

ففى كونه على الفور والتراخى قولان (أحدهما) وهو المشهور أن حق

النفى على الفور لأنه خيار يثبت لدفع ضرر التحقيق فيكون على الفور كالرد

بالعيب، ولأن الولد إذا كان منفيا وجب إظهار نفيه حذرا من استلحاق من ليس

منه، وقد يعرض بالتأخير عوارض مانعه منه كالموت فجأه فيفوت التدارك وتختلط
الأنساب.

(والقول الثاني) للمحقق في الشرايع أنه لا يشترط وقوعه على الفور لأصالة

ص: ١٠٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٣ ح ٦٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٤ ب ١٠٢ ح ١.

فى ثبوت النفقه للمطلقه الرجعيه

عدم الاشتراط ولوجود المقتضى للعان وهو نفى الولد وانتفاء المانع إذ ليس إلا السكوت، وذلك أعم من كونه إقرار فلا يدل عليه، ولأن أمر النسب خطير، وقد ورد الوعيد فى نفى من هو منه وفى استلحاق من ليس منه، وقد يحتاج إلى نظر وتأمل فتجب له المهله. وهذا أقوى. وظاهر المحقق عدم تحديد الامهال بمدته وعليه فلا يسقط إلا بالاعتراف به أو بالاسقاط. وإذا قلنا بفوريته فأخره بلا عذر سقط عذره ولزمه الولد، وإن كان معذورا لعدم الحاكم أو لتعذر الوصول إليه أو ببلوغ الخبر ليلا فأخر حتى يصبح أو حضرت الصلاه فقدمها أو احتاج لا حراز ماله أولا أو كان ذا جوع أو عاريا فأكل أو لبس أولا أو كان محبوسا أو مريضا لم يبطل حقه، وهل يجب عليه الاشهاد على النفى؟ وجهان، وقد سبق له نظائره كثيره، ولو أمكن المريض أن يرسل إلى الحاكم أو يعلمه بالحال أو يستدعى منه أن يبعث إليه نائبا من عنده فلم يفعل بطل حقه لأن مثل هذا متيسر له ومثله ملائم غريمه ومن يلزمه غريمه.

أما الغائب عن بلد التولد فإن كان فى الموضع الذى غاب إليه قاض ونفى الولد عند وصول خبره إليه عند وصول المطلوب ولو أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده جوازه وجهان: من منافاه الفوريه اختيارا ومن أن للتأخير غرضا ظاهرا وهو الانتقال منها بإظهار خبرها فى بلدها وعند قومها، وحينئذ فإن لم يمكن المسير فى الحال لعدم أمن الطريق ونحوه فينبغى أن يشهد على ذلك، وإن أمكنه فليأخذ فى السفر وعند التأخير يبطل حقه، فإن لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه.

ومن الأعداء المسوغه لذلك التأخير عند معتبرى الفوريه ما لو ظهر حمل،
فإنه مما يجوز له معه أن يؤخر نفيه إلى الوضع فإن متوهم الحمل مما كونه
ريحا فيفسد فله أن يصبر إلى أن ينفصل الحمل وحينئذ فله النفي. وإن قال:
عرفت أنه ولد ولكن أخرته طمعا في أن تجهض وتسقط فلا أحتاج إلى كشف الأمر

ص: ١٠٨

إذا طلق الرجل امرأته وأنكر الدخول فادعته وادعت أنها حامل منه

ورفع الستر عنها ففيه وجهان، والأقوى جواز التأخير.

ومن الأعداء ما لو أخر وقال: إني لم أعلم بولادتها وكان ذلك بحيث

يمكن توجه تلك الدعوى على حقه وذلك مما يختلف باختلاف المحال قريبا وبعدا.

ومثله ما لو قال: لم أصدق المخبر حيث إن مخبره فاسق أو صبي فيصدق بيمينه

في هذا العذر، وإن أخبره عدلان لم يعذر فإنهما مصدقان شرعا، ولو أخبره من

تقبل شهادته وأنثى ففيه وجهان:

(أحدهما) أنه يصدق ويعذر لأنه أخبره بمن لا يثبت بشهادته الحق.

(والثاني) أنه لا يصدق ويسقط حقه لأن روايته مقبولة، وسبيل هذا الخبر

سبيل المخبر لا سبيل الشهادة. ولو قال: عرفت الولاده ولم أكن أعلم أن لى حق

النفى فإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك عادة لم يقبل، وإن أمكن بأن كان حديث

العهد بالاسلام أو ناشئا في البوادي البعيده عن أهل الشرع قيل: وإن كان من

العوام الناشئين من بلاد الاسلام فوجهان أجودهما القول بيمينه مع إمكان صدقه.

الثالث: إذا طلق الرجل امرأته وأنكر الدخول فادعته وادعت أنها حامل

منه فإن أقامت بينه أنه أرخى سترا لا عنها وحرمت عليه وكان عليه المهر، وإن

لم تقم بينه كان عليه نصف المهر ولا لعان عليه وعليها مائه سوط وفاقا للشيخ في

النهايه، وخالف في المبسوط ونفى إثبات الدخول بالخلوه ولا يتوجه عليه الحد

لأنه لم يقذف ولا أنكر ولدا يلزمه الاقرار به. واختار هذا القول ابن إدريس

والمحقق والعلامة.

ومستند القول الأول صحيحه على بن جعفر وخبره (1) كما في كتاب التهذيب

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٣ ح ٣٦ وفيه " قال: إن قامت"، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٢ وفيه " فادعت أنها حامل منه ما حالها؟"، قرب الإسناد ص ١١٠ وفيه " فادعت أنها حامل ما حالها؟ قال: إذا قامت البينه"، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٠ ب ٢ ح ١ وفيه " فقال: إن قامت".

إذا قذف امرأته بالزنا ونفى ولدها

والمسائل وقرب الأسناد عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل طلق امرأته

قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل، فإن أقامت البينه على أنه أرخى سترا ثم

أنكر الولد لا عنها ثم بانث منه وعليه المهر كاملا " وهي كما ترى قد دلت على

أنه بتقدير إقامه البينه بإرخاء الستر يلزمه ثلاثة أشياء: اللعان والتحريم ووجوب

المهر عملا بظاهر الصحيح عند الخلوه بالحليله، ولا مانع من الوطء فيثبت المهر

واللعان تقديما للظاهر على الأصل مع أن الخلوه وإرخاء الستر قد أثبت جماعه بها

حكم الدخول والوطء، وحينئذ فيترتب على اللعان التحريم، فأما على تقدير

عدم إرخاء الستر فأثبت به الشيخ ثلاثة أحكام ووجوب نصف المهر وبقي اللعان

وهما لازمان لعدم الدخول ووجوب الحد عليها كاملا. وهذا لا يظهر من صريح

الروايه ولا من ظاهرها، ومن هنا قال المحقق: لم نظفر بمستنده. فلو علل باعترافها

بالوطء والحمل وعدم ثبوت السبب المحلل الذي ادعته لم يجد نفعاً في ذلك لأن

هذا لا يستلزم كونه عن زنا لأنه أعم، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل

انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدعه.

واحتج أهل القول الثاني بأن فائده اللعان من الزوج إما نفى الولد الذي

يحكم بلحوقه شرعا وهو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشا ولم يحصل،

وإما لنفى حد القذف عنه ولم يقذف، وإما لاثبات حد على المرأة وهو هنا منتف

بالشبهه ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصه لما تقدم من أن الخلوه لا توجب المهر

كاملا في الأصح كما هو المشهور في الفتوى والأخبار، وهذا وإن كان متوجها

نظرا إلى القواعد الكليه في هذه الأحكام كلها إلا أن الروايه صحيحه متكرره

فى الأصول المعآبره؁ فردها مطلقا مشكل بل ىنبغى أن يقيد بها تلك الأخبار

العامه وتخصص بها تلك الكليات لوجوب تقديم الخاص على العام.

الرابع: إذا قذف امرأته بالزنا ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين

للعان فيثبت عليه الحد للقذف وله إسقاطه باللعان؁ أما الولد فلا ىنتفى بدونه

ص: ١١٠

فى كراهيه تزويج المخنث والزنج والأكراد والخزر

لأن زنا الزوجه لا يوجب نفى الولد عن الفراش، فإن لاعن عنهما سقط الحد وانتفى الولد، وإن لاعن لأحدهما خاصه ترتب عليه حكمه وبقى ملزوما بحكم الآخر، وإن أقام بينه بزناها سقط عنه حد القذف لسقوط إحصانها ويعزر للإيذاء بتجديد الفاحشه، وهل له إسقاطه باللعان؟ فيه وجهان بل قولان:

(أحدهما) ثبوت الملاعنه دفعا للعقوبه ولقطع النكاح ورفع العار.

(والثانى) المنع، وهو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط لأن اللعان لاظهار الصدق وإثبات الزنا، والصدق ظاهر والزنا ثابت فلا معنى للعان، وهذا الذى دلت عليه الأخبار السابقه وتقدم تحقيقه وهو المنطبق عليه ظاهر الآيه، وأيضا فإن التعزير هنا للسب والإيذاء، فأشبهه قذف الصغيره التى لا يوطأ مثلها، ومثله ما لو ثبت زناها بإقرارها، والأجود هنا عدم اللعان أيضا فيعزر ويلاعن لنفى الولد، وكذا لو طلقها بائنا فأنت بولد يلحق به فى الظاهر لم ينتف إلا باللعان، فإن ولد المطلقه كغير المطلقه متى أمكن كونه منه لحق به لكونها فراشا له وإن زال الآن إلا أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه، فإذا ولدته لأقصى الحمل فما دون من وطء المطلق ولم يكن تزوجت أو تزوجت ولم يمض لها أقل الحمل من وطء الثانى الحق بالأول ولم ينتف عنه إلا باللعان، كما لو نفاه فى وقت النكاح ولا يقدر فيه زوال الزوجيه إذ لا طريق إلى نفى الولد اللاحق به ظاهرا بدون اللعان بخلاف ما لو قذفها بعد البيئونه فإنه يحد ولا لعان عملا بظاهر قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم " وهى الآن ليست بزوجه خلافا لبعض العامه، وقد تقدمت جملة من الأخبار فى أحكام الأولاد.

ففى روايه أبان بن تغلب (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج
امراً فلم تلبث بعد ما أهديت إليه إلا أربعة أشهر حتى ولدت جارية فأنكر ولدها

ص: ١١١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٧، التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ب ١٧ ح ١٠.

في كراهيه تزويج الأعرابي بالمهاجره

وزعمت أنها حبلت منه، قال: لا يقبل ذلك منها، وإن ترافعا إلى السلطان تلاعنا".

وفي موثقه أبي العباس (١) " قال: إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير،

وإن كان أقل من سته أشهر فهو للأول".

ومرسله جميل (٢) عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام " في المرأه تتزوج

في عدتها، قال: يفرق بينهما وتعدده واحده منهما، فإن جاءت بولد لسته أشهر

أو أكثر فهو للأخير، فإن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول".

ومثلها صحيحته (٣) المرويه في من لا يحضره الفقيه، والأخبار بهذا الحكم

مستفيضه جدا.

الخامس: لو ولدت المرأه تو أمين من زوج واحد فأقر بأحدهما ونفى

الآخر لم يسمع نفيه بل يلزمه الاقرار بهما معا، فلا ملاعنه بينهما في هذا الانكار.

ويدل عليه من الأخبار خبر أبي البختري (٤) كما في كتاب قرب الأسناد

عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أنه رفع إلى علي عليه السلام امرأه ولدت جاريه وغلما في

بطن وكان زوجها غائبا فأراد أن يقر بواحد وينفى الآخر، فقال: ليس ذلك

له، إما أن يقربهما جميعا وإما أن ينفيهما جميعا".

وحيث ينكرهما جميعا ثبتت الملاعنه ولم يحتج إلى اللعان إلى أكثر من لعان

واحد، وكذا لو نفى أولادا متعددين في الولاده دفعه واحده فليس عليه سوى لعان

واحد، نعم لو نفاهم متفرقين كان عليه لكل واحد لعان.

السادس: لو قال الزوج: لم ترن امرأتى هذه وهذا الولد ليس منى فلا حد

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ب ١٧ ح ١٢.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ب ١٧ ح ١٣.
- ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٤.
- ٤- (٤) قرب الإسناد ص ٧١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٢ ب ٧ ح ١ وفيهما "أمر امرأه" وكذلك "وإما أن ينكرهما".

الفصل الأول: فى الملاعن وشروطه فروع ثلاث

فلا لعان للقذف لأنه لم يقذفها ووجب اللعان لنفى الولد، ولو قال: هذا الولد من زنا أو: زنت فأنت بهذا الولد منه ووجب الحد للقذف وثبت اللعان له وللنفي ويكفى لهما لعان واحد، ولو قال: ما ولدتيه وإنما التقطيه أو استعرتيه فقالت: بل هو ولدى منك لم يضرب الحد ولم يحكم عليه - أى الولد - بالولادة إلا بالبينه لامكان إقامتها على الولاده، والأصل عدمها فهى المدعيه فكانت عليها البينه، ويقبل فيها شهاده النساء منفردات ومنضمات لأنه أمر لم تطع عليه الرجال غالباً، فإن لم يكن لها بينه حلف وانتهى عنه النسب بغير لعان إذ لم تثبت الولاده على فراشه، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين عليها، فإذا حلفت تثبت الولاده على الفراش ولحقه إلا أن ينفيه باللعان، وإن نكلت احتملت الوقوف إلى أن يبلغ الولد، فإن هذا اليمين تعلق به حقها وحق الولد جمعياً، فإذا بلغ فإن انتسب وحلف لحق به إلا أن ينفيه باللعان واحتمل عدم الوقوف لأنها حقها، فإذا نكلت سقطت فلا يثبت بعد.

المقصد الثالث (1): فى أركانه

وفيه ثلاثه فصول:

الأول فى الملاعن:

ويشترط فيه البلوغ والعقل لعدم الاعتداد بعباره غير هما، ولأن اللعان إما أيمان أو شهادات، ولا يصح شئ منهما من غير هما، ولصراحه الأخبار الوارده فى تفسير الآيه وفى أحكام اللعان أجمع لتعليق الحكم فيها على الرجل والمرأه، ولا يجاب الحد عليه بهذا القذف لو لم يلاعن، ولا يجب إلا بالبلوغ والعقل أما باعتبار

الولد فالأمر واضح لتنافي أولاده من غير البالغ لأنه لا يتخلق إلا من منيه وهو
شاهد بالبلوغ، ولا تشترط العدالة ولا الحرية ولا انتفاء الحد من قذف أو غيره

ص: ١١٣

١- (١) والصحيح " المقصد الثاني " .

القول بثبوت الخيار للبايع إذا اشترى الوكيل لموكله

عنه لعموم النصوص، وكون اللعان أيمان عندنا وهي تصح من الكل خلافا لبعض العامة بناء على كون اللعان شهادات فيعتبر في الملاعن ما يعتبر في الشاهد، وخص الحد عن كونه عن قذف للنص على عدم قبول شهادته في الآيه وبخصوص الملوكة أخبار كثيرة مثل:

صحيحه جميل بن دراج (١) كما في التهذيب والكافي عن الصادق عليه السلام " قال:

سألته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك والحره وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهوديه والنصرانيه "

وصحيحه محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام " أنه سئل عن عبد قذف امرأته، قال: يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار "

وصحيحه الحلبي (٣) كما في التهذيب والكافي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث

" قال: سألته عن المرأة الحره يقذفها زوجها وهو مملوك، قال: يلاعنها، وعن الحر تحته أمه فيقذفها، قال: يلاعنها "

وصحيحه منصور بن حازم (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له في عبد

قذف امرأته وهي حره، فقال: يتلاعنان، فقلت: أبنزله الحر سواء؟ قال: نعم "

ومرسلته (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: مملوك كان تحته حره فقذفها،

فقال: ما يقول فيها أهل الكوفة؟ قلت: يقولون يجلد، قال: لا، ولكن يلاعنها "

ص: ١١٤

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٤ ح ٧، التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٠.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٥ ب ٥ ح ١.

- ٤- (٤) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ٧.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ٩ وفيهما "كما يلاعن الحره".

هل يملك ما ينشر في الأعراس بعد الأخذ أم لا؟

وصحيحه هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المرأة الحره

يقذفها زوجها وهو مملوك، والحر يكون تحته المملوكه فيقذفها، قال:

يلاعنها "

وظاهر الأصحاب الاطباق على نفي اشتراطه الحره، وربما يفهم من

النافع وجود قائل باعتبار الحره. ويظهر من الشرايع وجود الروايه بذلك، ولعله

إشاره إلى ما رواه السكوني (٢) عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام " أن عليا عليه السلام

قال: ليس بين خمس من النساء وأزواجهن ملاعنه: اليهوديه تكون تحت المسلم

فيقذفها والنصرانيه والأمه تكون تحت الحر فيقذفها، والحره تكون تحت العبد

فيقذفها، والمجلود في الفريه لأن الله تعالى يقول " ولا تقبلوا لهم شهاده أبدا " (٣)

والخرساء ليس بينها وبين زوجها لعان باللسان "

وفي الخصال عن سليمان بن جعفر البصري (٤) عن جعفر بن محمد عن آباءه

عليهم السلام مثله.

وفي قرب الأسناد عن الحسين بن علوان (٥) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي

عليهم السلام " قال: أربع ليس بينهن لعان: ليس بين الحر والمملوكه، ولا بين الحره

والمملوك، ولا بين المسلم واليهوديه، ولا النصرانيه "

والعجب من ثانی الشهيدین فی المسالك حيث أنكر روايه المنع في المملوك

والحره، وقال أيضا: ولا به قائل معلوم. والظاهر أنه أراد به ما في النافع حيث إن

ص: ١١٥

- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢ وفيهما "لعان إنما اللعان باللسان".
- ٣- (٣) سورة النور - آيه ٤.
- ٤- (٤) الخصال ج ١ ص ٣٠٤ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢ وفيهما اختلاف يسير.
- ٥- (٥) قرب الإسناد ص ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير.

الأخبار المرويه فى استحباب المتعه وفضلها

ظاهره وجود القائل إلا أنه غير معلوم. ولا يشترط الاسلام فيه فى المشهور للأصل

والعموم، ويكون اللعان أيما فيقبل لعان الكافر ويترتب عليه أثره، خلافا

لأبى على الإسكافى فاشترطه بناء على كون اللعان شهادات ولا تقبل شهاده الكافره

وقد عرفت الجواب عن ذلك، وظاهر عباره الشرايع أن فى لعان الكافره روايتين

بالجواب والمنع.

قال شهيد المسالك فى شرحه لهذا الكلام: ولم نقف عليهما بالخصوص،

وربما حملة بعضهم على أن الروايتين فى لعان الكافر مطلقا الشامل للرجل والمرأه، فإن

الروايات المختلفه إنما وردت فى لعان الكافره - ثم قال: - " وفيه أن البحث هنا فى

الملاعن دون الملاعنه، وسيأتى البحث بخصوصها وفى شرائطهما، ويمكن أن تجعل

الأخبار الداله على صحه لعان الكافره وعدمه دالا على مثله فى الزوج الكافر من

حيث وجه المنع كونه شهاده وهى مشتركه بينهما، ويتصور لعان الكافر فيما إذا

كان الزوجان ذميين فترافعا إلينا ويمكن فرضه الزوجه مسلمه والزوج كافرا فيما

إذا أسلمت وأتت بولد يلحقه شرعا فأنكره " فالحق قبول لعان الكافر لزوجته

المسلمه والكافره.

وأما الأخبار الآتية فى شرائط الملاعنه المانع من لعان المسلم للكافره كما

تضمنه خبر السكونى وخبر الخصال وخبر قرب الأسناد وسيأتى أيضا خبر الجعفرىات

فسبيلها التقيه لأنه مذهب أولئك العامه، ولهذا اشتملت على العبد والحره

وعلى المجلود فى الفريه والتعليل بعدم قبول الشهاده وذلك أماره التقيه. وأما

الخرس فليس بمانع من لعان الزوج وإن منع من لعان الخرساء كما سيجئ

وتقدم فإن عقلت إشارته قبل لعانه بالإشارة في المشهور كما يصح منه الاقرار
والعقود والايقاعات لعموم النصوص من الكتاب والسنة ولأن اللعان إما يمين أو
شهاده وكلاهما ومن الأخرس مقبول كالصحيح، وقد حكى في الخلاف عليه الاجماع
والوفاق، وتوقف فيه ابن إدريس والعلامة في التحرير والمختلف، وقد أسنده

ص: ١١٦

قبول شهادة الوكيل لموكله

فى الخلاف أيضا إلى الأخبار ولعله أراد بها العمومات.

قال ابن إدريس (1): لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه لأن

أحدا من أصحابنا غير من ذكرناه - وعبر به الشيخ فى المبسوط والخلاف حيث

أجازه - لم يورد فى كتابه ولا وقفت على خبر بذلك ولا جماع عليه، والقائل بهذا

غير معلوم للمتمسك بالآيه بعيد لأنه لا خلاف فى أنه غير قاذف ولا رام على

الحقيقه، فالنطق منه بالشهادات فى حال اللعان متعذر والأصل براءه الذمه،

واللعان حكم شرعى يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى، وأيضا لو رجع عن اللعان

عند من جوزه له وجب عليه الحد، والرسول صلى الله عليه وآله قال: ادروا الحدود بالشبهات

ومن المعلوم أن فى إيمانه وإشاراته بالقذف شبهه، فإن أراد به القذف أو غيره

وهو غير معلوم يقينا بلا خلاف - ثم قال: - فإن قلنا يصح منه اللعان كان قويا

معتمدا لأنه يصح منه الاقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام.

وهذا الكلام كما ترى ينادى باضطرابه فى الفتوى وتردده فيها. ومن ثم

قال المحقق: وربما توقف فيه شاذ منا. وقد أجاب عنه المحقق بأن إشارته

مقبوله فيما هو أقوى من اللعان كالاقرار بالقتل وغيره إجماعا فيكون فى اللعان

كذلك، على أن فرض المسأله فيما إذا كانت إشارته مفهمه للمطلوب وإلا لسلمنا

عدم صحته، وحينئذ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته فى القذف والشهادة خلاف

الغرض، ودعوى الاتفاق على أنه قاذف ولا رام فاسده، إذ القذف مرجعه إلى

الرمى، فإن معناه لغه الرمى وهو غير مختص بلفظ، بل بما دل على الرمى

بالزنا فى معرض التعبير.

نعم يمكن أن يفرق بين الاقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس
وبين اللعان من حيث إنه يتعين التأديه بلفظ الشهاده والغضب، واللعن وإشارته
لا تفي بتفصيل الصيغ ولا ترشد إليه وإن أدت معناها، وإنهما يتوجه أن يصح منه

ص: ١١٧

١- (١) السرائر ص ٣٣١.

في أحكام العقود

ما لا يختص بصيغته ولا يمتنع إقامه الإشاره منه مقام العبارة المؤديه له دون ما يختص. أما النكاح والبيع ونحوهما من العقود اللازمه بصيغ خاصه فحقها المشاركه اللعان في المنع إلا أنه لما كان المقصود منها ما دل على المطلوب صريحا إذ لا نص على الاختصاص. فإذا أفادت إشارته ذلك كفت. ويمكن الجواب أيضا بأنه قد ثبت عن الشارع والاكتفاء بإشارته فيما علم اختصاصه بصيغته خاصه كتكبيره الاحرام في الصلاه وقراءه الحمد فيها ونحوهما من الأذكار المعينه فليكن هنا كذلك لأن الفرق بين الأمرين لا يخلو من إشكال، فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب وإن كان الشك فيه منقدها.

ويمكن الاستدلال للمانعين المترددين بما اشتملت عليه الروايات الثلاث التي مر ذكرها من التهذيب عن السكوني ومن الخصال ومن قرب الأسناد بل ومن الجعفریات أيضا من تعليل نفى اللعان عن الخرساء بينها وبين زوجها من أن اللعان باللسان، وبما روى في بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام كما فشرح القواعد للفاضل الهندي أنه قال: الخرساء والأخرس ليس بينهما لعان لأن اللعان لا يكون إلا باللسان. لكن يمكن تخصيص التعليل بالخرساء أو بهما معا عند اجتماعهما فلا يمنع في ملاعنه الأخرس الصحيحه عند إفهامه، وعلى كل تقدير فلا خلاف في نفى لعانه إذا لم تكن إشاره مفهمه.

واعلم أنه كما يمكن وقوع القذف واللعان معا من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحا ثم يعرض له الخرس قبل اللعان، ومعه يزول الاشكال الذي وجهه ابن إدريس من عدم تحقق القذف والرمى منه، ويبقى الكلام في اللعان خاصه وهو

منحصر فى الشهاده أو اليمين كما عرفت، وكلاهما يقعان من الأخرس، ولو كان

يحسن الكتابه فهى من جمله إشاراتة بل ربما كانت أوضح، فإذا لاعن بالكتابه

وأشار بما يدل على قصدها كان أكمل، وليكتب حينئذ كلمه الشهاده

وكلمه اللعن والغضب ويشير إليهما أربع مرات ولا يكلف أن يكتب أربع

ص: ١١٨

رؤية الهلال

مرات، ولو قذف ولا عن بالإشارة ثم عاد نطقه وقال: لم أرد اللعان بإشارتي قبل

قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب ويلزمه الحد. ولا يقبل فيما له حتى لا ترتفع

الفرقة ولا التحريم المؤبد، وله أن يلاعن في الحال لاسقاط الحد ولنفي النسب

إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حد النفي. ولو قال: لم أرد القذف أصلاً لم

يقبل قوله لأن إشارته أثبت القذف لفهامها ذلك وهو حق لغيره، ولو انقطع

كلام الصحيح بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس لعانه بالإشارة وإن لم يحصل

اليأس من نطقه لأنه فوري والأصل البراءة من التبرص إلى البرء، وللعامة قول

بالتبرص إن رجى البرء، وهاهنا فروع:

الأول: لا بد من الزوجية في الملاعن، فلا يقبل لعان الأجنبية بل يجب

عليه حد القذف إن لم يأت بالبينه وإن كان ذا قرابه ورحم لصيق.

ويدل عليه خبر محمد بن سليمان (1) المتقدم عن أبي جعفر الثاني عليه السلام حيث قال " قلت

له: كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله وإذا قذفها

غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحد أو أقيم البينه على ما قال؟ فقال: قد

سئل أبو جعفر عليه السلام عن ذلك فقال: إن الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك

بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قال له إنه لم يره قيل له أقم البينه

على ما قلت وإلا كان بمنزله غيره، وذلك لأن الله عز وجل جعل للزوج مدخلا

لم يدخله غيره لا والد ولا ولد بالليل والنهار فجاز له أن يقول رأيت ولو قال غيره

رأيت قيل له ما أدخلك هذا المدخل الذي ترى فيه هذا وحدك؟ أنت متهم

ولا بد أن يقام عليك الحد الذي أوجبه الله عليك ".

ومثلها روايه محمد بن أسلم الجبلى (٢) وقد تقدمت أيضا، وخبر أبى الهيثم

ص: ١١٩

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥.
٢- (٢) علل الشرايع ص ٥٤٥ ب ٣٣٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.

الفصل الثاني: فى الملاعنه وشروطها

الفارسى (١) كما تقدم، وخبر الحسين بن سيف (٢) كما فى الكافى.

لو ادعى عليه الولد المشبهه فأنكره انتفى عنه ولم يثبت اللعان وإن اعترف بالوطء لأنه نفى ولد من غير الزوجه، أما لو اعترف بالوطء ونفى وطاء غيره واستدخال المنى من غيره سقط اللعان وألحق به وإن كان إنكاره لغوا.

الثانى: لو قذف الطفل زوجته فلا حد ولا لعان وكذا المجنون لرفع

القلم عنهما حتى يبلغ ويفيق. وفى الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام " لا لعان بين الصبيين

حتى يدركا وإن أدركا لم يتلاعنا فيما رمى امرأته وهما صغيران " ولو أتت امرأه

لمجنون بولد لحق به نسبه، ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله، فإذا عقل كان له نفيه

حينئذ واستلحاقه، ولو ادعى أن القذف كان حال جنونه صدق إن عرف منه

ذلك مع يمينه لأصاله البراءه، وادراً أو الحد بالشبهات، وإلا فلا، فالقول قول

المقدوفه مع يمينها لأن الظاهر معها.

الثالث: لو ارتد الزوج فلاعن ثم عاد إلى الاسلام فى العده عرف صحته

بظهور بقاء الزوجيه، وإن أصر على الكفر ظهر بطلانه لظهور البيئونه فلا تحرم

عليه إن رجع إلى الاسلام، ولو ظن صحه النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحد

باللعان الفاسد على إشكال لفساد اللعان وظهور الأجنبيه ومن الحكم بالسقوط حين

لاعن، ولعله يكفى فى درء الحد، وكذا لا يندفع عن المرتد المصر الملاعن فى

ارتداده على إشكال من جهه أنها فى العده كالمطلقه الرجعيه لتمكن الزوج إلى

الاسلام ومن أنها كالبائن لكشف الاصرار عن البيئونه بالارتداد فتكون كالأجنبيه

فى تلك الحال.

ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل والسلامه من الصمم والخرس. أما الأولان

ص: ١٢٠:

-
- ١- (١) المحاسن ص ٣٠٢ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٠٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.

ما يدل على المنع من الالحاق في المتعه متى أغناه الله بالأزواج

فلأخبار التي قد سمعتها في الملاعن، وأن متعلق اللعان فيهما الرجل والمرأه وهما لا يكونان إلا بالغين عاقلين لالزامهما في الأيمان والشهادات ودرء الحد، ولا يكلف بذلك إلا البالغ العاقل.

وأما السلامه من الصمم والخرس فالأخبار بهما مستفيضه، وقد تقدم كثير منها في النكاح فيما لو حرم على التأييد مثل صحيح أبي بصير (١) " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء أو صماء، قال: إن كان لها بينه تشهد عند الإمام جلد الحد وفرق بينه وبينها ولا تحل له أبدا، وإن لم تكن لها بينه فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها منه ".

كذا في كتاب النكاح

من التهذيب، وفي كتاب اللعان منه من الكافي " وهي خرساء صماء " بحذف لفظه " أو " فالخبر واحد متنا وسندا، فالظاهر زياده لفضه " أو " في

كتاب النكاح، وحينئذ لا يكون لنا خبر يدل على نفى اللعان إذا كانت صماء خاصه إلا أن يفهم من قوله عليه السلام " لا تسمع ما قال " أو يكون انعقد الاجماع على عدم الفرق بين الخرس والصمم وللقيه الواحد في الكتاب الواحد اضطراب في هذا الحكم، ففي النكاح ربما اكتفى بأحدهما في التحريم المؤبد ونفى الملاعنه، وفي اللعان اعتبر اجتماعهما وربما كان العكس، وكل ذلك من اضطراب خبر أبي بصير في ذلك التعبير.

ومن هنا قال شهيد المسالك في اللعان عند شرحه لعباره الشرايع حيث

اشترط السلامه من الصمم والخرس: مقتضى العبارة أن السلامه منهما معا شرط

فى صحه لعانها مطلقا، فلو كانت متصفه بأحدهما صح لعانها لأن الشرط وهو
السلامه منها حاصل، وقد تقدم فى باب التحريم المؤبد من النكاح أن أحدهما
كاف فى تحريمهما مع القذف، ففى الفتوى اختلاف فى الموضوعين مع إمكان تكلف

ص: ١٢١

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٨، التهذيب ج ٨ ص ١٩٣ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٣ ب ٨ ح ٢ وما فى المصادر اختلاف

يسير.

فى الصيغه التى بها ينعقد نكاح المتعه

الجمع بينهما بحمل هذه على تلك، وقد تقدم المختار فى ذلك.

ثم قال: ومقتضى هذه العبارة أيضا لا يصح لعانها للقذف ولا لئفى الولد لأنه

جعل السلامه منهما معا شرطا فى صحه لعانها مطلقا الشامل لذلك، وقد تقدم

جعل قذفها موجبا لغير تحريمها بلا لعان، فنفى الولد غير داخل فيه لأن اللعان

سببين كما تقدم القذف ونفى الولد وأحدهما غير الآخر وقد يجتمعان كما لو قذفها

بالزنا ونفى ولدها، وقد ينفرد كل منهما عن الآخر بأن يقذفها بالزنا ويعترف

بولدها، أو ينفى ولدها ويبرئها من الزنا بأن يجعله ولد شبهه أو نكاح صحيح

سابق حيث يمكن، والموجود فى النصوص تحريمها بمجرد القذف بدون اللعان

وأنه يحد للقذف، ثم ذكر صحيحه أبى بصير المتقدمه.

ثم قال: والوجه اختصاص الحكم بالقذف وقوفا فيما خالف الأصل على

محل الوفاق ولعموم الآيه الشامل للزوجه مطلقا خرج منه المقذوفه فيبقى الباقي

ولأنه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه لو نفاه فحرمت عليه بدون لعان، فإن

انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجه الملحق به ظاهرا بمجرد النفى وهو باطل

بالاجماع، وإن لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق إليه لزم الحرج والضرر به

المنفيان شرعا آيه وروايه.

نعم فى روايه إسماعيل بن أبى زياد السكونى (1) عن أبى عبد الله عليه السلام " أن

عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء وبين أزواجهن ملاعنه - وعد منها

الخرساء، وقال: - إنما اللعان باللسان " وهو يقتضى نفى اللعان للأخرس،

لكنها قاصره من إفاده المطلوب لضعف سندها فلا يقاوم بعموم ما ثبت بالآيه والروايه

بل الاجماع، وإنما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محل الوفاق، وأيضا فإنه أومى
إلى العله بكون اللعان إنما يكون باللسان المقتضيه لنفى لعان الأخرس بالإشاره
وقد مر ما يدل على خلافه، وحينئذ يلاعنها لنفيه بالإشاره كما مر فى الأخرس

ص: ١٢٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢.

فى اعتبار اللفظ الماضى فى العقد

ويحد للقذف إن لم يقم عليها البينه وتحرم بغير لعان عليه مؤبداً، وإن أقام بينه سقط الحد وحرمت عليه أيضاً كما دلت عليه الروايه السابقه.

وربما قيل إنها لا تحرم لعدم قذفها بما يوجب اللعان، ويثبت عليها الحد بالبينه ولا ينتفى عنها بلعانها، والروايه تنافى ذلك وهى معتبره الأسناد، لكن فى الاكتفاء بها فى اثبات هذا الحكم نظر، وعبارات الأصحاب فى باب التحريم مصرحه باشتراط قذفها بما يوجب اللعان للآيه المذكوره، فيخرج منها ما لو أقام البينه وما لو لم يدع المشاهده، وإطلاق هذه الروايه وغيرها يتناول الجميع، والأولى الرجوع فى كل موضع يحصل منه الاشتباه إلى الحكم العام. انتهى كلامه رفع فى أعلا عليين مقامه، وإنما نقلناه بطوله لكثره فوائده ومحصوله.

لكن بقى هنا شئ وهو أنه لم يتعرض لسوى روايه السكونى وهى ليست منفرده بذلك، لأنك قد سمعت أن المعاضد لها من أخبار الباب ثلاثه أخبار آخر أحد ها خبر الخصال والثانى خبر قرب الأسناد عن الحسين بن علوان والثالث خبر الجعفریات، إلا أن الثلاثه مشتركه فى ضعف السند أيضاً على الاصطلاح الجديد، لكن قد عرفت غير مره أن هذا الاصطلاح الجديد غير معتبر إلا عند تعارض الأخبار، وفى الحقيقه لا تعارض هنا بينها وبين خبر صحيحه أبى بصير إلا فى حاله القذف دون حاله نفى الولد إذ لا معارض لها سوى العموم وكونها لضعفها غير مقابله لتقييد غيرها، لكن يبقى فيها الطعن باحتمال التقيه لاشتمالها على أصناف لا يمكن القول بها، وقد تقدم الكلام عليه منقحاً فلا حاجه إلى إعادته.

ويشترط فيها أيضاً أن تكون منكوحه بالعقد الدائم الصحيح، أما اشتراطه

مع القذف فهو مشهور بين الأصحاب، وقد ذهب إليه أكثر المتقدمين وجميع

المتأخرين حتى لم ينقل المحقق هنا فيه خلافاً، وكذا العلامة، لكن قد نقل

الخلافاً في نكاح المنقطع عن المفيد والمرضى لعموم الآيه، وسيجئ الكلام عليهما

وعلى ما احتج به، وأما بالنسبه إلى نفى الولد فالظاهر أنه موضع وفاق لأن

ص: ١٢٣

الأخبار الواردة في المقام والبحث فيها

ولد المتمتع بها ينتفى لغير لعان اتفاقا كما تقدم في حكم الأولاد، لكن ظاهر المفيد

في الرسالة الغريه أن خلافه في الجميع، وكذلك ظاهر يحيى بن سعيد، وبين

الكلامين تدافع.

ويدل على المشهور ما تقدم في نكاح المتعه من الأخبار التي أوردتها جامع

الأصل من صحيحه ابن أبي يعفور (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يلاعن الرجل

المرأه التي يتمتع منها "

وصحيحه عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يلاعن الحر الأمه

ولا الذميه ولا التي يتمتع بها "

وصحيحه على بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام مثلها.

واحتج المفيد والمرضى ويحيى بن سعيد بعموم الآيه، ولا ينافيه ورودها في

الدائم لأن خصوصيه السبب لا تخصص العام، وأجيب أن عمومها مخصوص بالروايات

الصحيحه بناء على ما ثبت من أن خبر الواحد يخصص الكتاب، والعجب من

شهيد المسالك في مباحث المتعه حيث طعن في خبر عبد الله بن سنان بعدم الصحه

لاشتراك ابن سنان بين عبد الله ومحمد بالضعف، ثم قال: والاشتراك يمنع الوصف

بالصحه. وفيه نظر لما عرفت أن لا اشتراك لأن محمدا لا يروى عن أبي عبد الله عليه السلام

بغير واسطه والقرينه العقلية معينه له، ومن هنا جزم في اللعان بالصحه وغفل

عما أورده هناك في المتعه.

وأما روايه على بن جعفر وإن ضعف طريقها في التهذيب لكنها في كتاب

المسائل له صحيحه.

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٨ وفيهما "يتمتع بها"، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ١.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ٢.
 - ٣- (٣) قرب الإسناد ص ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٥ ح ١٤.

الفائدة السابعة عشر: فى جملة من مستحبات الباه ومناهيه زياده على ما تقدم

وأما اعتبار اشتراك الدخول بها تقدم الكلام عليه مستوفى فلا حاجة

إلى إعادته، ودليل اشتراطه قد مر مفصلاً، وأن المخالف فيه غير معلوم وإنما

تؤذن به بعض العبارات. نعم خلاف ابن إدريس بالنسبة إلى التفصيل حيث اشترطه

فى لعان نفى الولد دون الرمى بالقذف، وقد عرفت ما يدفعه إذ لا متمسك له

سوى العمومات آيه وروايه، وقد قيدتها الأخبار المستفيضة المشترطه للدخول،

ويثبت اللعان بين الحر والمملوك كما هو المشهور، وصور هذه المسألة أربع

لأن الزوجين إما أن يكونا حرين أو مملوكين أو الزوجه حرة والزوج عبداً

وبالعكس. والثلاثة الأول لا خلاف فى ثبوت اللعان بينهما فيها، وإنما الخلاف فى

الرابع، فجوزه الأكثر الشيخ وأتباعه والمحقق والعلامة وعليه المتأخرون

قاطبه، ومنعه المفيد وسار مطلقاً، وفصل ابن إدريس فصحة فى نفى الولد

دون القذف.

حجه المشهور صحيحه جميل (١) عن الصادق عليه السلام وقد تقدمت فى شرائط

الملاعن " أنه سئل هل يكون بين الحر والمملوك لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك

والحرة وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهوديه والنصرانيه ".

وصحيحه الحلبي (٢) وقد تقدمت أيضاً " قال: سألت عن المرأة الحرة يقذفها

زوجها وهو مملوك، قال: يلاعنها. وعن الحر تحته أمه فيقذفها ".

وصحيحه محمد بن مسلم (٣) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحر يلاعن المملوك؟

قال: نعم إذا كان مولاها الذى زوجها إياه ".

وصحيحه حرير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى العبد يلاعن الحرة؟ قال: نعم

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٢.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٥ ب ٥ ح ١.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٥.
 - ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٤ وفيه "ولاعنها"، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ح ٦ وفيهما "زوجه إياها".

استحباب صلاه ركعتين والدعاء بعدهما وقت الدخول

إذا كان مولاه زوجها إياها لاعنها بأمر مولاه كان ذلك، وقال: بين الحر والأمة والمسلم والذميه لعان."

وصحيحه محمد بن مسلم الأخرى (١) " قال: سألته عن الحر يلاعن المملوكه؟ قال: نعم."

وصحيحه هشام بن سالم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن امرأه الحره يقذفها زوجها وهو مملوك الحر تكون تحته المملوكه فيقذفها، قال: يلاعنها."

وحجه المانعين عموم قوله تعالى: " ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهاده أحدهم أربع شهادات " (٣) والمملوكه ليست من أهل الشهاده.

وبصحيحه عبد الله بن سنان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يلاعن الحر أمته ولا الذميه ولا التي يتمتع بها."

وروايه على بن جعفر (٥) كما فى التهذيب وصحيحته كما فى المسائل عن

أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام " قال: سألته عن رجل مسلم تحته يهوديه أو نصرانيه أو أمه ينفى ولدها ويقذفها، هل عليه لعان؟ قال: لا."

وبخبر السكونى (٦) وقد مر وفيه " أن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس

من النساء وبين أزواجهن ملاعنه " وساق الحديث إلى أن قال: " والأمة تكون تحت الحر فيقذفها "

ص: ١٢٦

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٦ وفيه " يكون تحته الأمه "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ١٠.

٣- (٣) سورة النور - آيه ٦.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٤.

٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٧ وفيه " أو أمه فأولدها وقذفها فهل "، قرب الإسناد ص ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥

ح ١١ وفيهما اختلاف يسير.

٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢.

لو ادعت البائن أنها حامل

ومثلها خبر سليمان بن جعفر البصرى (١) كما فى الخصال عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام وقد تقدم أيضا.

وخبر الحسين بن علوان (٢) كما فى قرب الإسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام "قال: أربع ليس بينهن لعان: ليس بين الحر والمملوكه ولا بين الحره والمملوكه".

ومثلها ما فى كتاب الجعفرىات (٣) بإسنادها المشهور عن على عليه السلام.

وقد قدح على هذه الروايات بضعف أسنادها سوى الأولى، وبأنها مشتمله على تلك الأفراد التى قد ثبتت بالصحاح والفتوى الملاعنه فيها وبأنها مطابقه للتقيه وباحتمال أن تكون الأمه مملوكه غير مزوجه وبما إذا تزوجها بغير إذن مولاه.

وأما إطلاق الآيه فمخصص بتلك الأخبار الصحاح التى قد سمعتها مع صراحتها فى الترويح واحتمال هذه للملك.

واحتج ابن إدريس على تفصيله بأن قذف المملوكه لا يوجب الحد فلا يتوقف نفيه على اللعان، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجته وبأن اللعان حكم شرعى فيقتصر فيه على المتيقن والثانى باق على الأصل.

وأجيب عن ذلك بأن عموم "والذين يرمون أزواجهم" أخرجهم عن حكم

الأصل مضافا إلى النصوص المستفيضه من الصحاح وغيرها، وكما جاز اللعان لنفى

الحد جاز لنفى التعزير إذ ليس فى اشتراط كونه للحد وإن كان السبب موجبا

له لأن العبره بعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وقد ظهر أن مختار الأكثر هو

الأظهر، ويتعين حمل هذه الأخبار على التقيه ولا يشترط فيها الاسلام كما هو
مذهب الأكثر. وذهب جماعه منهم ابن الجنيد إلى اشتراط إسلامها فلا يلاعن

ص: ١٢٧

-
- ١- (١) الخصال ج ١ ص ٣٠٤ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢.
 - ٢- (٢) قرب الإسناد ص ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٣- (٣) الجعفریات ص ١١٤.

أن النفقه هل هي للحامل أو للحمل

المسلم الكافره، وابن إدريس على التفصيل كما فى الحر والمملوكه.

وقد احتج المشهور بما قدمناه من الأخبار المشتمله على التعميم وصحيحه

جميل لقوله فيها " وبين المسلم واليهوديه والنصرانيه ولا يتوارثا ". وبصحيحه

حريز عن أبى عبد الله عليه السلام وقد تقدمت أيضا فيها " بين الحر والأمه والمسلم والذميه

لعان " .

وبصحيحه أبى ولاد الحناط (١) كما فى مستطرفات السرائر نقلا من كتاب

المشيخه للحسن بن محبوب " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن نصرانيه تحت مسلم

زنت وجاءت بولد فأنكره المسلم، قال: فقال: يلاعنها، قيل: والولد ما يصنع به؟

قال: هو مع أمه ويفرق بينهما ولا تحل له أبدا " .

واحتج المانعون بما ذكروا فى اشتراط الحره فيها وبالأخبار التى قدمناها

مثل خبر على بن جعفر وصحيحه حيث قال فيه " عن رجل مسلم تحته يهوديه

أو نصرانيه أو أمه تنفى ولدها وتقذفه، (٢) هل عليه لعان؟ قال: لا " . وكذلك

بخبر السكونى وبخبر الخصال عن سليمان بن جعفر البصرى وقد مر عن قريب،

وبخبر الحسين بن علوان كما فى قرب الأسناد، وبخبر على بن جعفر كما فيه،

أيضا وبصحيحه كما فى كتاب المسائل. وحملت هذه الأخبار فى المشهور بعد الطعن

فيها بما مر من ضعف أسنادها سوى ما شذ منها وصحيحه عبد الله بن سنان وصحيحه

على بن جعفر بما لو أقر بالولد ثم نفاه أو يكون تزويج المسلم بها غير مشروع

أو بحملها على التقيه بقريته التعليل فى كثير منها بعدم قبول شهاده هؤلاء وعلى

كون الذميه مملوكه وما سوى التقيه متكلف. وأما ما احتج به ابن إدريس

على التفصيل هو عين ما احتج به على اشتراط الحره.

وظهر بهذا التحقيق قوه ما ذهب إليه المشهور من جواز الملاعنه مع الكافره

ص: ١٢٨

١- (١) السرائر ص ٤٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) كذا والصحيح " ينفى ولدها ويقذفها " كما تقدم قريبا.

توجيه الروايات الواردة أنه إذا لم يسم الله وقت الجماع صار الولد شرك الشيطان

وأنه من باب اليمين لا من باب الشهادات، ومما اختلف في اشتراطه أن لا تكون حاملا، والمشهور عدم اشتراطه، وذهب المفيد وسائر وأبو الصلاح إلى عدم جواز اللعان ما دامت حاملا، والأقوى الأول لعموم الآيه سواء كان لعانها عن نفى الولد أو القذف لشموله لهما ولوجود المقتضى وانتقاء المانع، إذ ليس مانع إلا كونها حاملا وهو لا يصلح للمانعيه، لأن شهاده الحامل ويمينها حال الحمل غير مناف له، والحمل غير مسوغ لتأخير ما يتوجه عليها فى الحد، ولأن النبى صلى الله عليه وآله وسلم لاعن بين هلال بن أميه وزوجته وكانت حاملا ونفى هلال الحمل، ولما ولدت جاء على صفات من قذفها به، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم: لولا الأيمان لكان لى ولها شأن. وبصحيحه الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " أنه سأله عن رجل لاعن امرأته وهى حبلى وقد استبان حملها وأنكر ما فى بطنها، فلما وضعت ادعاه وأقر به وزعم أنه منه، فقال: يرد عليه ولده ويرثه ولا يجلد لأن اللعان بينهما قد مضى ". ورواه الكليني (٢) بطريقين أحدهما من الضعيف والآخر من الصحيح عن الحلبي مثله.

واحتج المانع بروايه أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: يلاعن على كل حال إلا أن تكون حاملا " وطعن على الخبر بضعف الأسناد فلا يعارض الصحيح ولا يقيد إطلاق الكتاب وعمومه. واحتمل فيه الشيخ نفى ما يجب باللعان على الحد على تقدير نكولها أو على أن الحمل غير متيقن واللعان إنما يترتب على ما كان يقينا، ويمكن حمله على التقيه أيضا لأنه مذهب

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ٤.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٣ و ج ٧ ص ١٦١ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ٤ و ج ١٧ ص ٥٥٩ ب ٢ ح ٣ وما في المصادر اختلف يسير.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ٣ ح ١٣ وفيهما " كان أمير المؤمنين عليه السلام يلاعن في كل "

تتمه: لا تصير الأمه فراشا بالملك

العامة لاشتراطهم أن تكون حاملا، فالأصح إذا الجواز، ويتأخر الحد مع لنكول عن الوضع للأخبار النافيه لحد الحامل وبعد ثبوته إلى أن تضع، وهذا مجمع عليه أيضا.

وفى خبر سماعه بن حمران (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا كانت المرأه حبلى لم ترجم ".

تتمه

لا تصير الأمه فراشا بالملك، فلا يلحقه الولد الذى تأتى به وإن خلت له وخلا بها، وأمكن أن يكون منه بخلاف النكاح حيث يلحق الولد بمجرد الامكان كما تقدم فى أحكام الأولاد، لأن المقصود بالنكاح والتزويج هو الولد، وملك اليمين قد يقصد به ذلك وقد يقصد به التجاره والاستخدام، ولهذا لا يزوج من لا تحل له ويملك باليمين من لا تحل له، وإذا كان المقصود فى النكاح ذلك اكتفى فيه بمجرد الامكان.

وقد اختلف الأصحاب فى صيروره الأمه فراشا فى الوطء بالفعل إلى قولين وكان منشأهما اختلاف الروايات، فذهب الشيخ فى المبسوط والمحقق والعلامه وسائر المتأخرين إلى أن الأمه لا تصير فراشا لسيدها مطلقا، وذهب الباقرين إلى صيرورتها فراشا بالوطء، إلا أنهم اتفقوا على انتفاء ولدها بمجرد النفى كما سيجى تحقيقه، وقد تقدم فى أحكام الأولاد الكلام على هذا الحكم أيضا وذكر طائفه من أدلته، وإنما أعدناه هنا لزياده التحقيق واقتداء بالمحقق فى شرايعه. واستند أهل القول الأول إلى صحيحه عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله

عليه السلام " أن رجلا من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: إني ابتليت بأمر عظيم،

ص: ١٣٠

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ١٣ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٨ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٣ ب ٥٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

فى كراهه التمتع بالزانيه

أن لى جاريه كنت أطأها، فوطأتها يوما فخرجت إلى حاجه لى بعد ما اغتسلت منها ونسيت نفقه لى فرجعت إلى المنزل لأخذها فوجدت غلاما لى على بطنها، فعددت لها من يومى ذلك تسعه أشهر، فولدت جاريه، قال: فقال لى عليه السلام: لا ينبغي لك أن تقربها ولا تبيعها ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيا، ثم أوص لها عند موتك من مالك يجعل الله عز وجل لها منخرجا".

ومثلها خبر حريز (١) عن أبى عبد الله عليه السلام ومرسله آدم بن إسحاق (٢) عن رجل من أصحابنا عن عبد الحميد بن إسماعيل.

وفى معنى هذه أخبار أخر قد تقدمت فى أحكام الأولاد إلا أنها ضعيفه الأسناد. واحتج من أثبت الفراش بالوطء بأخبار عاميه تركنا التعرض لها لعدم

الفائده فى نقلها، وبروايه سعيد بن يسار (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

وقع على جاريه له تذهب وتجيى ولقد عزل عنها، ما تقول فى الولد؟ قال: أرى

لا يباع هذا الولد يا سعيد. قال: وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أتهمها؟ فقلت:

أما تهمه ظاهره فلا، فقال، فيتهمها أهلوك؟ فقلت: أما شئ ظاهره فلا، فقال:

فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟ "

وبصحيحته (٤) أيضا " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجاريه تكون للرجل

يطيف بها وهى تخرج فتعلق، فقال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما

ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد "

وصحيحه سعيد الأعرج (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجلين

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٢ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ ح ٣.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ ح ٤.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ب ٥٦ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ ح ٢.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ ح ٤.

فى وجوب النفقه على الأبوين والأولاد

وقعا على جاريه فى طهر واحد، لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده، لقول رسول

الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر "

وفى معناها روايه الحسن بن زياد الصيفل (1) عنه عليه السلام والطريق إلى الحسن

صحيح وفيها " الولد للذى عند الجاريه وليصر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد

للفراش وللعاهر الحجر "

وهذه الأخبار صريحه فى أن الأمه تصير فراشا للمولى بالوطء، وفى معناها

غيرها، والظاهر أنها مرجحه على الأخبار السابقه لصحه السند وكثره العدد.

وإذا تقرر ذلك الحكم فنقول مما يترتب على كون الموطوءه فراشا أن ولدها

الذى يمكن تولده من الوطاء بأن تلده لسته أشهر، فما زاد من حين الوطاء إلى

أقصى مده الحمل يلحق به ولا يتوقف على اعترافه به بل لا يجوز له نفيه فيما

بينه وبين الله تعالى وإن ظن أنه ليس منه لتهمه أمه بالفجور لأن الله تعالى قد

حكم بأن الولد للفراش، فإذا كان الفراش زوجه دائمه تحقق بالشهاد من حين

العقد وإمكان وصوله إليها.

ثم لها بالنسبه إلى الولد حكمان أحدهما فى ظاهر الأمر وهو أنه يحكم

بالحاق الولد الذى تلده بعد العقد وإمكان الوصول إليها فيما بين أقل الحمل وأكثره

بالزوج وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها، وسواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ

العاقل أم لا كالمجنون والصبى الذى يمكن تولده منه كابن العشره قبل أن يحكم

ببلوغه على ما سبق، ولو علمنا انتفاءه عنه إن كان غائبا عنه غيبه لا يمكن وصوله

إليها سرا ولا جهرا فى المده التى يمكن تولده منه ثم ولدته فى زمان إمكان كونه

منه وجب عليه أن يلحقه بنفسه وإن احتمل وظن خلاف ذلك كما قلناه. وإن
تيقن انتفاؤه عنه لكون تولده بدون ستة أشهر من حين وطئه أو لأكثر من أقصى
الحمل وجب عليه نفيه كما قررناه سابقا وإن كان في ظاهر الحال محكوماً بإلحاقه

ص: ١٣٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ ح ٣.

فى الفرق بين ولدا لزوجه وولد الأمه

به بأن كان قريبا منها بحيث يمكنه إصابتها، وإذا توقف ذلك النفى على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدمه الواجب، وإن أمكن إقامه البينه على ما يوجب انتفاؤه عنه حكم بموجبها من غير لعان إذا شهدت بذلك على وجه منضبط بأن لازمته ليلا ونهارا بحيث علمت انتفاء مجامعته لها قطعا وإن عسر ذلك وشذ.

وأما الأمه فقد عرفت مما ذكر عدم كونها فراشا بمجرد الملك قطعا،

ثم إذا وطأها وحكمنا بصيرورتها فراشا به فحكمه فى لحوق ولدها فى الحاليتين كما سبق، لكنه يفارق ولد الزوجه فى أمرين:

(أحدهما) عدم الحكم بلحوقه به إلا بثبوت وطئه لها إما بالاقرار منه أو

بالبينه المطلقه على ذلك، بخلاف ولد الزوجه، فيكفى فيه كما عملت إمكان

الوطء، والوجه ما سمعت من تعليل النصوص والفتوى أن المعبر فيها ثبوت

الفراش، ولما كان فى الزوجه متحققا بمجرد العقد وإمكان وصوله إليها كان المرتب

على ذلك ثبوت ذلك الانتساب، ولما كانت فراشيه الأمه غير متحققه إلا بالوطء

اعتبر ثبوته، فمرجع الأمر فيها إلى شئ واحد وهو ثبوت الفراش إلا أنه فى الزوجه

يظهر غالبا لغير الزوج بحضور العقد وعلمه بإمكان وصوله إليها، وفى الأمه لا يظهر

فى الغالب إلا منه لأن الوطاء من الأمور المستوره فلا يكشف إلا عنه الاقرار به

إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبينه نادرا.

(والثانى) أن ولد الزوجه حيث كان محكوما به للزوج ظاهرا لم ينتف

عنه بنفيه بل لا بد من اللعان وولد الأمه ينتف بغير لعان، والسرفيه أن الولد

الذى يظهر للزوج كونه منفيا عنه يليق بالحكمه الإلهيه أن يجعل له الشارع

الحكيم منهجا واضحا إلى نفيه ليخرج عنه من ليس منه ولما جعل الولد الزوجه طريقا إلى النفي باللعان وخصه بالزوجين بقوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم " فلا بد من طريق آخر يتوصل به لنفي ولد الأمه حيث يقتضى الحال نفيه، فإذا لم يمكن باللعان وبقي على الأصل اللاحق كما لو تعذر اللعان حيث أشرع لزم

ص: ١٣٣

فى وجوب نفيه الولد على أبيه دون امه

أن يكون ولد الأمه أقوى اتصالاً وأحسن حالاً من ولد الزوجه الدائمه، فشرع لذلك انتفاؤه بمجرد نفيه من غير لعان إذ ليس هناك طريق آخر.

ومخالفونا لما وافقونا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفى باللعان واختلفوا

فى طريق نفيه إذا علم انتفاؤه، فمنهم من سد الطريق عن نفيه نظراً إلى أن الولد

للفراش وليس هناك طريق إلى النفي، ومنهم من أجرى فيه اللعان للضروره

حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجه، ومنهم من نفاه بيمينه. وعلى تقدير

صيورتها فراشا بالوطء - كما هو القول الثانى - هل يستمر ذلك 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 بالبينه لا يتحقق

اللاحق به من غير الاعتراف؟ وجهان بل قولان:

من حصول شرط الفراش وهو الوطاء، فينزل منزله العقد الدائم على الحره،

لأن وطاء الأمه إما تمام السبب للفراشيه أو شرط فيها، فعلى التقديرين فيصير

الفراش به كالعقد، فيستمر الحكم حينئذ كاستمرار حكم الفراش فى العقد،

ولا يشترط بعد ذلك ظهور وطاء يلحق به الولد.

ومن ضعف فراشيه الأمه دلالة تلك النصوص الموجهه للاحق الولد به على

كونه مولوداً فى زمن يمكن تولده من ذلك الوطاء فيبقى غيره على الأصل ولا إشكال

فى انتفائه عنه بنفيه، وتظهر الفائده لو لم ينفه، فهل يتحقق اللاحق به ظاهراً

بسببيه الوطاء السابق؟ أم يتوقف على الاقرار به؟ بينى على الوجهين، والأقوى

الثانى وإن لم يحكم بفراشيتها بالوطء، فمقتضى كلام المحقق والعلامه ومن

تبعهما وقبلهما الشيخ أنه لا يلحق ولدها به إلا بالاقرار به وإن أقر بوطئها أو ما أقامت عليه البينة، وهذا الذي يناسب الحكم بعدم الفراش لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الاقرار.

وقال فخر المحققين في شرح قواعد أبيه: إن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق به الولد إلا بإقراره به أو بوطئها وإمكان اللحوق به. وكأنه حاول

ص: ١٣٤

في كراهه التمتع ببكر ليس لها أب

بذلك الجمع بين كلام الأصحاب وحكمهم بعدم فراشيتها مطلقا وبين حكمهم في باب أحكام الأولاد بلحوق ولد الأمه بالمولى الواطئ، وأنه يلزمه الاعتراف به حيث يمكن كونه منه. ولو وطأها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد بالاقرار به، فجعل مستند ذلك الوطء الواقع من المولى مجريا له مجرى الاقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئا، وضعف بأن إلحاقه مع وطئه لها من لوازم الفراش كما سبق، فعند جعله مرتبا على عدمه بلزوم الفرق بين الفراش وغيره إلا إذا جعل هذا الوطء الموجب للفراش كافيا في إلحاق الولد به بعد ذلك، وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصى الثابت كما هو أحد الاحتمالين فى المسأله فيجعل هذا الوطء القائم مقام الاقرار هو الوطء الذى يمكن استناده إلى الولد إليه (1) ومع ذلك ففيه مخالفه لما ذكروه الجميع فى معنى الفراش لاطباقهم على أن فائده لحقوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به وعدم لحوقه بمن لم تكن فراشا إلا بإقراره. والوجه أن الاكتفاء بالوطء فى هذا القسم ليس فى محله وإنما محله على تقدير كونها فراشا لأن الوطء لا بد من العلم به ليتحقق كون الأمه فراشا. وأما ما ذكروه فى باب إلحاق الأولاد فهو منزل على أن ذلك الحكم الذى يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى بمعنى أنه إذا وطأ الأمه وطء يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه ولا يجوز له نفيه عنه بتهمه إلا على تلك الروايه الشاذه. وأما بالنسبه إلينا فلا يحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا نحكم بكونها فراشا.

وهكذا القول فيما لو وطأها المولى وغيره فإنه نحكم به للمولى دون الغير

حيث يكون وطؤه فجورا، ولكن بالنسبة إلينا لا نحكم به له إلا باعترافه به.

وكذا القول فى ولد المتعه فإنه لا تجتمع النصوص الداله على الالحاق،

وتحتمه بمجرد العقد والوطء وبكونها ليست فراشا إلا بالاقرار والوطء وإلا يلزم

ص: ١٣٥

١- (١) كذا ولعل الصحيح "استناده الولد إليه".

الأخبار الواردة بلزوم وقوع اللعان عند الامام

زياده ولد المتعه على ولد الزوجه لنفى اللعان فيها كما سمعت من تلك النصوص

وقد سرى هذه الوهم والاشكال فى نفوس أقوام من مشايخنا منهم شيخنا

صاحب هذا الكتاب فى أحكام المتعه. فحكم بخصوصيه المتعه باللاحق على كل

حال، وأنه لا يتنقى عنه أبدا لعدم صلاحيه اللعان فيها، ولاعلان تلك الصحاح

بالتغليظ فى اللاحق مثل صحيحه محمد بن مسلم (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: قلت

له: أرأيت إن حملت - يعنى المتمتع بها - قال: هو ولده "

وصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع (٢) " قال: سألت رجل الرضا عليه السلام وأنا

أسمع عن الرجل يتزوج المرأه متعه ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها، فتأتى بعد

ذلك بولد فينكر الولد، فشدد فى ذلك وقال: يجحد! وكيف يجحد؟ إعظاما

لذلك، قال: فإن اتهمتھا؟ قال: لا ينبغى لك أن تتزوج إلا مأمونه "

وفى صحيحه ابن أبى عمير (٣) وغيره فيها " قال: الماء ماء الرجل يضعه حيث

يشاء، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره، وشدد فى إنكار الولد "

والجمع بما ذكرناه أوجه وأحسن لثلا يطرح أحد الدليلين.

ومن شرائطه أيضا أنه لا يصح إيقاعه إلا عند السلطان العادل أو من ينصبه

لذلك ولو عموما. ولو تراضيا برجل فلاعن بينهما ففى وقوع اللعان صحيحا جاريا

عليهما بنفس الحكم أو يعتبر رضاهما بعد الحكم فى لزومه قولان، المشهور

جوازه، والمراد بالعامى هنا هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى حال حضور الإمام

لكنه منصوبا من قبله لا عموما ولا خصوصا، وسماه عاميا بالإضافه إلى المنسوب

لأنه خاص بالنسبه إليه

-
- ١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٧٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ب ٣٣ ح ١ وفيه اختلاف يسير.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ب ٣٣ ح ٣ وفيهما "فإن اتهمها".
 - ٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ب ٢٣ ح ٥.

فيما إذا أسلم المشرک وعنده كتابيه بالعقد المنقطع

ويدل على أصل الحكم عندهم الأخبار الواردة في القضاء النافيه للتحاكم عند غير الإمام ومن نصبه الإمام لأنه حكم شرعى يتعلق به كفيات وأحكام وهيئات فتناط بالإمام وخليفته لأنه المنسوب لذلك كما فى المختلف، ولأن الحد يقيمه الحاكم فكذا ما يدرأه.

ولصحيح محمد بن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملاعن والملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة " الحديث.

وصحيح البزنطى (٢) وحسنه عن الرضا عليه السلام " قال: قلت له: كيف الملاعنه؟ قال: يعقد الإمام ويجعل ظهره إلى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه والمرأه عن يساره " .

وما روى مرسلا (٣) فى بعض الأصول المعتمده عن الصادق عليه السلام من قوله " واللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالى: إنى رأيت رجلا مكان مجلسى منها، أو ينتفى من ولدها فيقول ليس منى، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالى " .
وقوله عليه السلام (٤) " والملاعنه أن يشهد بين يدى الإمام أربع شهادات " .

وكذا ما أرسل (٥) عنه صلى الله عليه وآله وعن أمير المؤمنين عليه السلام من قولهما " إذا تلاعن المتلاعنان عند الإمام فرق بينهما " .

أما ما ذهب إليه المشهور من أنهما لو تراضيا بالفقيه الجامع حال الحضور فلاعن بينهما جاز فربما يستدعى عليه بعمومات الأخبار ويطلق لفظ الإمام على الفقيه الجامع لشرائط الفتوى حال الحضور والغيبه، إلا أنه لم يصرح فى المبسوط

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٤.
- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢ وفيه " أصلحك الله كيف "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٢ وفيهما " والمرأه والصبي ".
- ٣- (٣) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٥٩ وفيه " ليس هذا معنى ".
- ٤- (٤) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٦٠.
- ٥- (٥) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٢٨٢ ح ١٠٦١.

الفصل الثالث: فى كىفبه وقوع اللعان، والأمر السبع المعبره فىه

والوسيله بكونه عن العامه، وزاد فى المبسوط أنه يجوز عندنا وعند جماعه، وقال بعضهم لا يجوز، وهو مشعر بالاتفاق، مع أنه قال قبل ذلك: اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه. وقال أيضا: اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو خليفته إجماعا فلعله إذا لم يحصل التراضى بغيره، والمراد بالحاكم الإمام وخلفاؤه، فيعم الفقهاء فى الغيبه وبمن تراضيا عليه من الفقيه فى الغيبه إذ لا يجوز عند كل من تراضيا عنده إلا إذا لم يمكن الحاكم أو منصوبه. وجعلهما فى المختلف قولين واختار عدم الجواز إلا عند الحاكم أو من ينصبه، وتردد فى التحرير. وبالجملة: فينبغى القول بصحة إيقاعه من الفقيه فى زمن الغيبه لأنه المنصوب من قبل الإمام للأحكام والحوادث والحدود وأخذ الحقوق لعموم النصوص من الكتاب والسنة، والوالى بل الإمام له، على أن خبرى الإمام بالتعريف من النصوصيه فى امتناعه من غيره بل الظاهر العدم، فيثبت حكم اللعان إذا تلاعنا عند مستكمل الشرائط فى زمن الحضور وإن لم يكن منصوبا لجعله له حاكما فيلزمان بحكمه ولا يعتبر رضاهما بعد الحكم، وسيجى تحقيق هذه المسأله فى أحكام القضاء.

الفصل الثالث فى الكىفبه:

وصورته أن يقول الرجل أربع مرات: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما قذفها به، مع تعيينها بحيث تتميز عن الغير بالإشاره إن كانت حاضره وبالأوصاف مع الغيبه إن كان اللعان للقذف. وإن كان لطفى الولد خاصه فليقل فى أن هذا الولد ليس منى وإن جمع بينهما، ثم يعظه الحاكم

ويخوفه من لعنه الله إذا تمت الأربع ويقول له: إن كان حملك على ما قلت
غيره أو سبب فراجع التوبة، فإن عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة،
ثم يقول له: إن لعنه الله على إن كنت من الكاذبين، فإذا قال ذلك انتفى عنه

ص: ١٣٨

الأول: فى المملوك الاناسى

الحد وانتفى عنه النسب. ثم يقول الحاكم للمرأة: قولى - إن لم تقر بما رماها

به - أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به أربع مرات، وعليها تعيين الزوج

بحيث يمتاز عن غيره، ولا حاجه بها إلى ذكر الولد فإنه انتفى بأيمان الزوج

وشهاداته، وإنما تلاعنه لدرء الحد والعذاب عن نفسها،

فإذا قالت ذلك وعظها

خوفا من عذاب الله وقال لها: إن عقاب الله فى الدنيا أهون من عذاب الآخرة،

فإن رجعت إلى الاقرار ونكلت عن اليمين رجمها أو حدها بالجلد إن لم تستكمل

شرائط الرجم، وإن أصرت قال لها: قولى إن غضب الله على إن كان من الصادقين

فيما رمانى به، وحينئذ فيعتبر فى اللعان أمور:

الأول: التلفظ بالشهادة على الوجه الذى ذكرناه، فلو أبدل صيغه الشهاده

بغيرها كشهدت بالله أو أنا شاهد أو أحلف بالله أو أقسم بالله أو أولى أو أبدل لفظ

الجلاله بقوله أشهد بالرحمن أو بالخالق ونحوهما لم يقع لأنه خلاف المنقول شرعا.

وكذا لو أبدل كلمه الصدق والكذب بغيرها وإن كان بمعناها، كقوله: إنى

لصادق أو من الصادقين بغير لام التوكيد أو لبعض الصادقين أو أنها زنت. أو قالت

المرأه: إنه كاذب أو لكاذب، أو أبدل اللعن بالابعاد أو الطرد ولفظ الغضب بالسخط.

أو أحدهما بالآخر وإن كان الغضب أشد من اللعن، ولذلك خص بجانب المرأه

لأن جريمه الزنا منها أقبح من جريمه القذف، ولأن كل مغضوب عليه ملعون

ولا ينعكس.

وتدل على هذه الأحكام والتفاصيل النصوص التى جاءت فى بيان الكيفيه،

وقد تقدم منها الأخبار التي ذكرناها في سبب النزول مثل صحيحه ابن الحجاج (١).

وأما ما وقع من التعبير عن الشهادات بالله لمرسله الفقيه (٢) حيث قال: وفي

خبر آخر " ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها

ص: ١٣٩

١- (١) الفقيه ج ٢ ص ٣٤٩ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ ح ١.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

في جواز اقراض الجوارى

به، ثم يقول له الإمام: اتق الله فإن لعنه الله شديده، ثم يقول للرجل:

قل لعنه الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به، ثم تقوم المرأة فتحلف

أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثم يقول لها الإمام: اتقى الله فإن

غضب الله شديد، ثم تقول المرأة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها

به، فإن نكلت رجمت ويكون الرجم من ورائها ويتقى الوجه والفرج، وإن كانت

المرأة حبلى لم ترجم، وإن لم تنكل درئ عنها الحد وهو الرجم، ثم يفرق

بينهما فلا تحل له أبدا " الحديث، فممنز على الشهادات المذكوره إرجاعا

للمطلق لما يقيده والمجمل لما يفسره.

وقد تقدم خبر زراره (١) في تفسير الآيه وفيه " وإن أبى إلا أن يمضى فيشهد

عليها أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسه يلعن فيه نفسه إن كان من

الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب - والعذاب هو الرجم - شهدت

أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسه أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين

فإن لم تفعل رجمت وإن فعلت درأت عن نفسها الحد ثم لا تحل له إلى يوم القيامة "

وفى روايه الفضيل (٢) المعتبره بل الصحيحه " قال: سألته عن رجل افتري

على امرأته، قال: يلاعنها، فإن أبى أن يلاعنها جلد الحد " وساق الحديث إلى

أن قال: " والملاعنه أن يشهد عليها أربع شهادات بالله إنى رأيتك تزنى والخامسه

يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، والخامسه أن غضب الله عليها إن كان من

الصادقين "

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٨ وفيهما " رأيتك تزني " وفي التهذيب " والخامسه يلعن نفسه إن كان من الكاذبين، فإن أقرت رجمت، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسه... ". وكذا في الوسائل مع اختلاف يسير.

عدم مطلوبيه الجماع فى موضع لا يوجد فيه الماء وكذا فى الليله التى يريد السفر فيها

وفى روايه تفسير النعمانى (١) التى مر ذكرها فى سبب النزول مسنده إلى

على عليه السلام ومرسله كما فى تفسير القمى (٢) كما قد سمعت وفيها " أن رسول الله

صلى الله عليه وآله قال لعويمر الذى هو سبب النزول: اشهد أربع شهادات، فشهد أربع شهادات

بالله إنه لمن الصادقين و الخامسه أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم شهدت

أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله:

العنى نفسك فى الخامسه، وشهدت وقالت فى الخامسه أن لعنه الله عليها إن كان

من الصادقين فيما رماها به، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وآله: اذها ".

الثانى: قيام كل منهما عند لفظه كما عليه جماعه من القيام (٣) منهم الشيخ

فى المبسوط والصدوق قبله، لما رواه الصدوق فى الصحيح عن البنزطى (٤) عن الرضا

عليه السلام " قال له: أصلحك الله كيف الملائعنه؟ قال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى

القبله و يجعل الرجل عن يمينه والمرأه والصبى عن يساره ".

قال: وفى خبر آخر (٥) " ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرات " إلى أن

قال: " ثم تقوم المرأه فتحلف أربع مرات ". وبقضيه عويمر فيما روته العامه

والخاصه حيث قال: إنه صلى الله عليه وآله أمر عويمرا بالقيام فلما تمت شهادته أمر امرأته بالقيام.

والمشهور بين الأصحاب وإليه ذهب الشيخ فى الفقيه والمفيد وأتباعهما وأكثر

المتأخرين إلى أنهما يكونان قائمين عند تلفظ كل منهما لصحيحه عبد الرحمن

ابن الحجاج (٦) التى مر ذكرها فى نزول الآيه وفيها " قال أبو عبد الله عليه السلام: "

وحكى قصه الرجل الذى جاء إلى النبى صلى الله عليه وآله و أخبره عن أهله إلى أن قال:

- ١- (١) المحكم والمتشابه ص ٧٢ ط دار الشبستري - قم، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩.
- ٢- (٢) تفسير القمي ج ٢ ص ٩٨.
- ٣- (٣) كذا ولعل الصحيح " القوم " .
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٢.
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٣.
- ٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ١٨٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ ح ١.

الثانى: فى نطقه البهائم المملوكه

" فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات "

وصحيحه محمد بن مسلم (١) " قال: سألته عن الملاعن والملاعنه كيف يصنعان؟

قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلا بحذائه ويبدأ بالرجل "

وليسا بنصين على اجتماعهما فى القيام.

وفى صحيحه على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن الملاعنه

قائما يلاعن أو قاعدا؟ فقال: الملاعنه وما أشبهها من قيام " فهو دال على وجوب

القيام فى الجملة كما هو مذهب الأكثر.

ونص ابن سعيد على استحبابه ولم يتعرض له الصدوق فى الهدايه والمحقق

فى النافع، فربما لم يوجبه أيضا، ولعله للأصل وعدم نصوصيه ما ذكر فى الوجوب

وقد أرسل فى بعض الكتب (٣) عن الصادق عليه السلام " أنه قال: والسنة أن يجلس الإمام

للمتلاعنين ويقيمهما بين يديه كل واحد منهما مستقبلا القبلة "

لكن فى صحيحه البنظى (٤) " جعل الرجل عن يمينه والمرأه والصبى عن يساره "

وباقى الأخبار كونهما بين يديه، ولا منافاه لأن كونهما بين يديه لا ينافى كون

أحدهما عن اليمين والآخر على اليسار.

الثالث: النطق بالعربيه مع القدره كلا أو بعضا، موافقه للنصوص وظاهر

القرآن وظاهر الأصحاب، ويجوز مع التعذر النطق بغيرها للضرورة وحصول

الغرض من الأيمان، فيقتصر الحاكم إن لم يعرف لغتهما إلى مترجمين عدلين، ولا

يكفى الواحد ولا غير العدل كما فى سائر الشهادات، ولا يشترط الزائد فإن الشهاده

هنا إنما هى على قولهما لا على الزنا، خصوصا فى حقها فإنها تدفعه عن نفسها،

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٤.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٦.
- ٣- (٣) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٦٠.
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٢.

فى مندوبات اللعان

وللعامه قول باشرط اربعة شهود.

الرابع الترتيب، فيبدأ الرجل أولاً بالشهادات ثم اللعن وتعقب المرأة،

للنصوص المتقدمة المستفيضة.

فمنها صحيحه محمد بن مسلم وفيها " ويبدأ الرجل ثم المرأة " وكذا صحيحه

عبد الرحمن بن الحجاج وخبر تفسير النعماني وغيرهما من الأخبار الحاكيه

للكيفيه، فما أطلق يحمل على المفصل، فلو بدأت المرأة لم يجز للنصوص ولأنها

إنما تلاعن لدرء الحد عن نفسها ولا حد عليها ما لم يلاعنها الزوج، وللعامه

قول بجواز تقديمها.

الخامس: الموالاه بين الكلمات أى الشهاده، فإن تخلل فصل طويل لم يعتد

بها اقتصاراً فى خلاف الأصل على الواقع بحضرتة، وللأخبار الحاكيه للكيفيه،

نعم يفصل الخامسة بوعظ الإمام وكذلك لها.

السادس: إتيان كل منهما باللعان بل إلقاءه عليه، فلو بادر قبل أن

يلقيه عليه الإمام لم يصح لأنه يمين، فلو بادر به كان لغوا كما لو حلف قبل

الاحلاف، وللأخبار المبينه لكيفيه الملاعنه فإنها تضمنت ولأن الحد لا يقيمه

إلا الحاكم فكذا ما يدرأه.

السابع: أن يبدأ أولاً بالشهادات ثم باللعن على الترتيب المذكور فى

الأخبار، وكذا المرأة مقدمه الشهادات على الغضب، فلو قدم على الشهاده أو

قدمت الغضب عليها لعى لما ذكر، ولأن المعنى إن كان من الكاذبين فى الشهادات

الأربع فاعتبر تقديمها خلافا لبعض العامه.

وأما المندوبات فأمر سبعة:

الأول: جلوس الحاكم مستدبر القبلة ليكون وجههما إليها فيكون أدخل

فى التغلظ، وتدل عليه صححه محمد بن مسلم وصححه البزنطى، حيث قال فى

الأولى " يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلى القبلة " وفى

ص: ١٤٣

إذا توقف حج المرأة على المحرم اعتبر استطاعتها له

الثانية " ويجعل ظهره إلى القبلة " وأما وجههما إليها فيدل عليه ذلك الصحيحان أيضا والمرسل عن الصادق عليه السلام.

الثاني: وقوف الرجل عن يمين الحاكم والمرأة عن يمين الرجل، وظاهر صحيحه البنظري كما سمعت كون المرأة عن يساره أى يسار الإمام والصبي معها أيضا، واحتمل بعضهم فى الضمير أن يكون عائدا للرجل فيتخالف الضمائر، وهذا إن قاما معا.

الثالث: وعظ الحاكم وهو ثقة بعد الشهادات قبل اللعن للرجل وكذا المرأة قبل الغضب كما فعله صلى الله عليه وآله فى قضيه النزول وغيرها من الأخبار.

الرابع: التغليظ بالمكان بأن يلاعن بينهما فى أشرف البقاع وفى أرض الملاعنه، فإن كان بمكة فبين الركن والمقام وهو الحطيم لدلاله الأخبار على أنه أشرف البقاع، وإن كان فى المدينة فعند منبر الرسول ويدل عليه تفسير النعمانى عن على عليه السلام ومرسل تفسير القمى حيث أمر عويمر أن يتقدم مع امرأته إلى المنبر، والعامه قد رووا أنه على المنبر، ولا عبره بما رووه، قالوا: وإن كان فى سائر الأمصار فى الجامع، ولم نقف لهذا التعميم على مستند.

الخامس: التغليظ بالزمان بأن يلاعن بعد صلاة العصر، قال فى المبسوط: لقوله تعالى " تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله " (١) قيل فى التفسير: بعد العصر. وروى (٢) " أن النبى صلى الله عليه وآله قال: من حلف بعد العصر يمينا كاذبه ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان " وفى هذا الاستدلال نظر.

والأولى الاستدلال بما رواه النعمانى فى تفسيره (٣) عن على عليه السلام والقمى (٤).

- ١- (١) سورة المائدة - آيه ١٠٦.
- ٢- (٢) الفقيه ج ٤ ص ٧ فى المناهى، الوسائل ج ١٦ ص ١٢١ ب ٤ ح ١٤ وفيهما " يمين كاذبه صبرا " وليس فيهما " بعد العصر ".
- ٣- (٣) المحكم والمتشابه ص ٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩.
- ٤- (٤) تفسير القمى ج ٢ ص ٩٨.

المقصد الثالث: فى الأحكام، وفيه مسائل منها:

فى تفسيره مرسلا كما فى قضيه النزول لقوله " فوافوا رسول الله صلى الله عليه وآله وهو

يصلى العصر فلما فرغ أقبل عليهما وقال لهما: تقدا إلى المنبر فتلاعنا "

وأىضا قد جاء فى تفسير تلك الآيه - أى آيه الوصيه - تفسير الصلاه بصلاه

العصر كما فى بصائر الدرجات (١) لسعد بن عبد الله وفى تفسير النعمانى (٢) أىضا عن

على عليه السلام (٣).

السابع: جمع الناس لهما من التغليظ الموجب للارتداع ولأنه قائم مقام

الحدود، وقد أمر فيه بأن يشهد عذابهما طائفه من المؤمنين ولأنه صلى الله عليه وآله لاعن

بين عويمر وزوجته فى المسجد بعد فراغه من صلاه العصر بمحشد من الناس.

المقصد الثالث: فى الأحكام

وهو مشتمل على مسائل:

الأول: إذا قذف زوجته المدخول بها بزنا قد عاينه حيث يثبت اللعان

مستكمل الشرائط ولم يقم البيه تعلق به وجوب الحد عليه لدخوله فى عموم

" الذين يرمون المحصنات " فإذا لاعن تعلق بلعانه بعد كماله وقبل لعان المرأه

سقوط الحد عنه ووجوبه فى حق المرأه لقوله تعالى " ويدراً عنها العذاب "

والعذاب هو الحد كما تضمنته الأخبار السابقه مثل روايه زراره الوارده فى تفسير

الآيه، وغيرها من الأخبار، وسنذكرها، وقد تضمنت ذلك الايجاب.

وعن أبى حنيفه: إن قذف الزوج يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتى

يلاعن، فإذا لاعن وجب عليها اللعان فإن امتنعت حبست حتى تلاعن.

ويدل على هذا الحكم على مذهبنا روايه زراره (٤) التى مر ذكرها فى

- ١- (١) بصائر الدرجات ص ٥٥٤.
- ٢- (٢) المحكم والمتشابه ص ٧٦.
- ٣- (٣) والظاهر وقع سقط هنا وهو " التعليل بالقول " بقريته ترك الأمر السادس.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٧.

فيما لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعه وادعى الآخر الدوام

تفسير الآيه حيث قال فيها " فإذا قذفها ثم أقر أنه كذب عليها جلد الحد

وردت إليه امرأته. فإن أبي إلا أن يمضى فيشهد عليها أربع شهادات بالله إنه لمن

الصادقين والخامسه أن يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن

نفسها العذاب - والعذاب هو الرجم - وشهدت أربع شهادات " وقال فيها أيضا

" فإن لم تفعل رجمت وإن فعلت درأت عن نفسها الحد "

وفى صحيحه الفضيل (١) المتقدمه " فإن أبي أن يلاعنها جلد الحد وردت

إليه امرأته " وقال فيها " فإن أقرت رجمت، وإن أرادت أن تدرأ عنها العذاب

شهدت أربع شهادات بالله "

وفى مرسله (٢) الفقيه المتقدمه " فإن نكلت رجمت، فيكون الرجم من

ورائها " وقال فيها أيضا " فإذا كانت المرأه حبلى لم ترحم وإن لم تنكل درئ

عنها الحد وهو الرجم "

وفى خبر محمد بن الفضيل (٣) عن أبي الحسن عليه السلام " قال: سألته عن رجل

لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه، فقال: يرد عليه ولده، وقال:

إذا كذب نفسه جلد الحد "

وهذا وإن كان ظاهره عود الحد عليه إذا كذب

نفسه ولو بعد اللعان لكن يجب حمله على قبل اللعان كما حمله شيخ التهذيبن

أو يحمل الحد فيه على التعزير.

الثانيه: أنه يتعلق بلعانهما معا بالاجماع أمور أربعة: الفرق فلا تصير فراشا

ولا يغنى عنه ذكر التحريم المؤبد إذ تحرم مؤبدا ولا فراغ كالمفضاه قبل التسع

والتحريم المؤبد فلا تحل عليه أبدا، وسقوط الحدين عنهما، وانتفاء الولد عن

ص: ١٤٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٨.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٦ وفيهما "هل يرد عليه ولده؟ فقال: إذا أكذب نفسه".

ان من جمله المكروهات الخطبه على خطبه المؤمن بعد إجابته الأول

الرجل إن كان نفاه دون المرأه، ولو كان الزوج عبدا وشرط مولاه رقيه

الولد من زوجته المرأه الحره وأجزنا الشرط كما هو المشهور أو على مذهب

الإسكافي ففي حريته أولا عن الأب لنفيه إشكال من انتفائه عنه شرعا، ومن أنه

حق لغير المتلاعنين فإنه يؤثر فيه اللعان مع ثبوت حكم الفراش ظاهرا،

وكذا الاشكال في العكس إذا كانت الزوجه أمه والزوج حرا لغير شرط الرقيه

مع انتفائه عنه شرعا مع كونه نماء مملوكه فيكون رقا لمالكها ومن أن

اللعان إنما أثر في انتفاء نسبه من الملاعن، وأما تأثيره في الحريه التي

هي حق الله وحق الولد فغير معلوم مع تغليب الحريه، ولا تفتقر الفرقة

فيه إلى تفريق الحاكم بينهما بل تحصل عندنا، وكذا سائر الأحكام واللوازم

بنفس اللعان.

وتدل على هذه الأحكام ما قدمناه من الأخبار وغيرها مثل قوله في روايه

زراره " وإن فعلت عن نفسها الحد، ثم لا تحل له إلى يوم القيمه، قلت: رأيت

إن فرق بينهما ولهما ولد فمات، قال: ترثه أمه، وإن ماتت أمه ورثه أخواله "

وقال في صحيحه الفضيل " وإن لاعنها فرق بينهما ولن تحل له إلى يوم

القيامه " وقال أيضا فيها " فإن كان انتفى من ولدها الحق بأخواله "

وقال في صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج بعد ذكر الملاعنه بينهما في قضيه

النزول قال " ففرق بينهما وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعتما "

وقال أيضا في مرسله الفقيه " ثم يفرق بينهما لا تحل له أبدا "

وقال في روايه تفسير النعماني ومرسله القمي في قضيه عويمر بعد أن

لاعن بينهما صلى الله عليه وآله " اذهبا فلن تحل لك ولن تحلى له أبداً " .

وقد تقدم فى محرمات النكاح على سبيل التأييد أخبار كثيرة من الصحاح

وغيرها أن الملاعنه لا تحل له أبداً، ولا تحصل الفرقة عندنا بلعان الزوج خاصه

لتعليقه على التلاعن فى الأخبار، بل هى مصرحه بردها إليه بعد إقامه الحد عليها

ص: ١٤٧

فرقه اللعان عندنا فسخ لا طلاق

خلافًا لبعض العامة، فرتب على لعانه وحده الفرق والحرمة أبدا وانتفاء النسب.

ولو فرق بينهما قبل إكمال لعانهما كان التفريق لغوا عندنا وإن كان بعد لعان

ثلاث مرات من كل منهما أربعة تمام لعانه وثلاث من لعانها أو بعد اختلال شيء

من ألفاظ اللعان الواجبه خلافًا لأبي حنيفة فاكتفى بالأكثر.

الثالثة: فرقه اللعان عندنا فسخ لا طلاق لانتهاء ألفاظه خلافًا لأبي حنيفة،

ولو كان طلاقا لوجب فيه ألفاظه واعتبرت شرائطه من الطهر والسلامه من الحيض

وشهادة الشاهدين ولم تحرم مؤبدا ابتداء، ولا يعود الفراش عندنا لو أكذب نفسه

بعد كمال اللعان لاعلان النصوص بزواله بالتلاعن وخصوص صحيحه الحلبي (1) عن

أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الملاعنه التي يرميها زوجها وينتفى من ولدها ويلاعنها

ويفارقها ثم يقول بعد ذلك الولد ولدى ويكذب نفسه، فقال: أما المرأة فلا ترجع

إليه أبدا، وأما الولد فإنى أردته إليه إذا ادعاه "

وخبر محمد بن الفضيل (2) عن أبي عبد الله عليه السلام وقد تقدم عن قريب، وفيه

" أنه إذا أكذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ولا ترجع إليه امرأته أبدا "

وخبر أبي الصباح الكناني (3) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل لاعن

امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه بعد الملاعنه وزعم أن الولد ولده، قال:

لا ولا كرامه، لا يرد عليه ولا تحل له إلى يوم القيامة " وحمل الشيخ عدم رد

الولد لما ثبت من رده عليه بالرجوع على الرد الصحيح من الطرفين بحيث يتوارثان،

وليس كذلك هنا كما سيجيى.

وخبر أبي بصير (4) عن أبي عبد الله عليه السلام وفيه بعد السؤال عن ولد الملاعنه ومن

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٦ ح ١.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٦ وفيهما "عن أبي الحسن عليه السلام".
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٥.
 - ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٩٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٧.

لو أكذب نفسه في أثناء وبعد اللعان

يرثه " قلت: رأيت إن ادعاه أبوه بعد ما لاعنها، فقال: أردت عليه ولا تحل له

أمه إلى يوم القيامة " فلا يحل له بتكذيبه نفسه تجديد العقد عليها لصراحه

الأخبار بالتأييد خلافاً لأبي حنيفة.

الرابعة: لو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل عنه أو عن إتمامه ثبت عليه

الحد بالقذف ولم يثبت شيء من أحكام اللعان من سقوط الحد عنه والأحكام الباقية.

ففي صحيحه علي بن جعفر (١) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألت عن رجل

لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل في الخامسة، قال: إن نكل في

الخامسة فهي امرأته وجلد الحد، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها

فعلينا مثل ذلك "

وموثقه عباد بن صهيب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل أوقفه الإمام

للعان، فشهد شهادتين ثم نكل وأكذب نفسه قبل أن يفرغ من اللعان، قال: يجلد

حد القاذف ولا يفرق بينه وبين امرأته "

وصحيحه الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " سئل عن الرجل يقذف

امرأته، قال: يلاعنها ثم يفرق بينهما فلا تحل له أبداً، فإن أقر على نفسه قبل

الملاعنة جلد حداً وهي امرأته "

الخامسة: لو أكذب نفسه بعد اللعان سقط الحد وبقيت هي على التحريم

المؤبد ولحق به الولد لأخذه بإقراره، لكن فيما له لاقراره أولاً بالانتفاء منه،

ولذا يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرب به، وترثه الأم ومن يتقرب بها

أكذب نفسه أم لا.

وفى صحيحه الحلبي المتقدمه وغيرها من الأخبار التي قدمناها " أما الولد

ص: ١٤٩

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ ح ٣ وفيهما " عن أخيه أبي الحسن "
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٥ و ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ ح ١ و ٢.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٥ و ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ ح ١ و ٢.

استحباب التزین لمن عنده من النساء بالخضاب ونحوه

فإنی أردہ إلیہ إذا ادعاه ولا أدع ولده وليس له میراث، ویرث الابن الأب ولا

یرث الأب الابن، یکون میراثه لأخواله، فإن لم یدعه أبوه فإن أخواله یرثونه

ولا یرثهم " إلی غیر ذلك من الأخبار وهی کثیره.

وقوله علیه السلام " ولا یرثهم " موافق لعدہ من الأخبار، وقد عمل بها الشیخ

وجماعه. وفي عدہ أخرى " یرثونه ویرثهم " وعمل علیها المشهور، وتحقیق

ذلك سيجئ فی المیراث.

أمكن فی ثبوت الحد علیه بالتکذیب بعد اللعان قولان لاختلاف الروایات،

ففی صحیح الحلبي (1) عن الصادق علیه السلام " فی رجل لاعن امرأته وهی حبلى قد

استبان حملها وأنكر ما فی بطنها، فلما وضعت ادعاه وأقربه وزعم أنه منه،

فقال: یرد علیه ابنه ویرثه ولا یجلد لأن اللعان قد مضى " وكذا جاء فی خبرین

آخرین للحلبی من الحسن والآخر من الموثق أو من الضعیف، وهذا خیره النهایه

والتهدیب.

وفي خبر محمد بن الفضیل (2) " أنه سأل الكاظم علیه السلام عن رجل لاعن امرأته

وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل یرد علیه ولدها؟ قال: إذا أكذب نفسه

جلد الحد ویرد علیه ابنه ولا ترجع إلیه امرأته ".

وقد اختار هذا المذهب شیخنا فی المقنعه والمبسوط واستقر به العلامه فی

القواعد لما فیہ من زیاده هتكها وتكرار قذفها وظهور كذب لعانه مع أنه ثبت

علیه الحد بالقذف، فیستصحب إلی أن یعلم المزیل ولا یعلم زواله بلعان ظهر

كذبه، والأخبار الأوله إنما نفت الحد إذا أكذب فیما رماها به من الزنا كما

هو صريح المبسوط، وفيه نظر، لما عرفت من أن تلك الصحاح إنما نفت الحد
عنه لمكان اللعان، فلا معنى لهذا التخصيص، فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال لي

ص: ١٥٠

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ٤.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٤.

لو قذفها فأقرت قبل اللعان

بينه أقيمها أو لاعن ثانيا لم يقبل منه، لأن البيه واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه، والعقلاء مأخوذون بإقرارهم على أنفسهم، والبيه إنما تسمع إذا لم يكذبها قوله أو فعله، ولو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه كما لو اعترف به في حياته ثم مات، ولا يفيد هذا الاعتراف في حق الولد شيئا، ولو لم يكذب نفسه ولا لاعن ثبت عليه الحد كما سمعت، فإن أقيم عليه بعضه فبذل اللعان أوجب إليه الخبر " ادروا الحد بالشبهات " وكما أن اللعان يدرأ تمام الحد فأولى أن يدرأ بعضه.

السادس: لو قذفها فأقرت قبل اللعان سقط الحد عنه بالمره ولا يجب عليها الحد إلا بأربع مرات ولو كان هنا نسب لم ينتف إلا باللعان، وللزوج أن يلاعن بنفيه على إشكال إن لم تدع الزوجه النسب فإنه لا ينافى الاقرار بالزنا، و إذا ادعته فلا إشكال في ثبوت اللعان وإنما يشكل الأمر إذا صادفته على الانتفاء أو سكتت أو اعترفت بالجهل واحتمال الأمرين.

فعلى هذا إذا تصادقا على الزنا وعلى كون الولد ليس منه لا يوجب نفى النسب لثبوتة بالفراش، وتصادقهما إقرار في حق الغير، فلا يؤثر سقوط اللعان للقذف سقوطه للنسب. ومنشأ الاشكال كون اللعان على خلاف الأصل ولم يظهر لنا ثبوتة إلا إذا تكاذبا، ولا تكاذب هنا، ومن أنه إذا علم انتفاء الولد منه وجب عليه نفية، ولا طريق إلى انتفائه إلا اللعان والصبر إلى بلوغ الولد، واللعان معه لا يجوز إذ ربما مات أو مات الولد قبله أو قبل التمكن من اللعان، وحينئذ إنما يلتعن الزوج لأنها لا يمكنها الالتهان، ولو قذفها فاعترفت ثم أنكرت فأقام

شاهدين على اعترافها ففي القبول بها أو بالأربعة إشكال من عموم قوله تعالى
"والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء" [و\(١\)](#) وأن الغرض إثبات
الزنا لهتك العرض ودفع الحد واللعان عنه، وهو خيره المختلف والمبسوط هنا،

ص: ١٥١

١- (١) سورة النور - آيه ٤.

لو قذفها فماتت قبل اللعان

وفيه أيضا أنه مذهبنا أقر به القبول بها لأنه شهادته على الاقرار لا الزنا، وهو

خير السرائر والخلاف وموضع آخر من المبسوط لكنه إنما يقبل في سقوط الحد

عنه إذ يكفي فيه ثبوت الاقرار لا في ثبوت الحد عليها، فإنه لا يثبت إلا بثبوت

الزنا ولا يثبت إلا بأربعة شهود أو الاقرار أربعا.

السابعة: لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث لعدم التلاعن

الموجب للبينونه وعليه الحد للوارث لأنه حق آدمي وحقوق الأدميين تورث

له وله دفعه باللعان، وفاقا للشيخ وجماعه، ولعلمهم أرادوا به التعانه فإنه ربما

لا يكون للوارث اللعان فإنه يمكنه إذا قذفها بمحضور يمكن الوارث العلم

بكذبه والدليل على جواز دفعه باللعان لأنه لا تعلق بسقوط الحد بالتلعان الزوجه

ليفوت بموتها وإنما يتعلق بالتعانه فله الدفع به.

وفى النهايه والخلاف إنه لولا عنه رجل من أهلها فلا ميراث له ولا حد عليه

للاجماع المدعى فى الخلاف ولخبر أبى بصير (١) كما فى التهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام

" فى رجل قذف امرأته وهى فى قرية من القرى، فقال السلطان: ما لى بهذا علم عليكم

بالكوفه، فجاءت إلى القاضى لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا، فقالوا هؤلاء: لا ميراث

لك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلا عنه فلا ميراث له، فإن

أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها "

وخبر عمر وبن خالد بن زيد بن على (٢) عن آباءه عن على عليهم السلام " فى رجل

قذف فخرج فجاء وقد توفيت، فقال، يخير واحده من اثنتين، فيقال له: إن

شئت التزمت نفسك بالذنب فيقام فيك الحد فتعطى الميراث، وإن شئت أقررت

فلاعت أدنى قرابتها إليها فلا ميراث لك "

ص: ١٥٢

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ ح ١.
٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ ح ٢ وفيهما " قذف امرأته ثم خرج " مع اختلاف يسير.

والأقرب وفاقا للسرائر والمبسوط لا لعان بينه وبين الوارث لأنه خلاف الأصل فيقتصر على موضع اليقين، والخبران ضعيفان يمكن ورودهما مورد التقيه فيثبت الميراث وإن لاعن الوارث لعموم آيه الإرث، وإنما علم سقوطه لتلاعن الزوجين ولو ماتت قبل إكمال لعانها، شرعت فيه أم لا، فهو كالموت قبل اللعان في الميراث لعدم التلاعن.

ويأتى على قول النهايه ومقتضى هذين الخبرين أنه إن أقام الوارث مقامها ولاعن انتفى الإرث، ولو مات حينئذ ورثت.

الثامنه: لو قذفها ولم يلاعن فحد ثم قذفها به - أعنى بعين ما قذفها به

أولا - ففي الخلاف والمبسوط لا حد عليه لاتحاد القذف وإن تكرر لفظه فإنما هو تأكيد، ولأصالة البراءه وللإجماع المنقول فى الخلاف، والأقرب ما ذهب إليه المحقق من ثبوت الحد لتعدد القذف وإن اتحد المقذوف به، وكذا الخلاف لو تلاعنا، والأقرب سقوطه وفاقا للشيخ والمحقق لأن اللعان بمنزله البيئه والاقرار والنكول، ويحتمل ثبوت الحد لعموم الآيه وانتفاء دليل على السقوط، فإن اللعان إنما أسقط الحد بالقذف السابق ولم يسقط المقذوف به بالبيئه ولا بالاقرار.

ويدل على الحكم الأول وثبوت الحد ثانيا صحيحه شعيب (1) عن أبى عبد الله

عليه السلام كما فى الكافى والتهذيب " قال: سألته عن رجل قذف امرأته فتلاعنا ثم قذفها

بعد ما تفرقا أيضا بالزنا، عليه حد؟ قال: نعم عليه حد "

أما لو قذفها به الأجنبي فإنه يحد لأن اللعان حجه تختص بالزوج،

وإنما تسقط الحصانه فى حقه وإن صار فيها باللعان أجنبيا. ولو قذفها فأقرت ولو

مره ثم قذفها به الزوج أو الأجنبي فلا حد لأنها بإقرارها أسقطت الحصانه والحد، والعقلاء يؤخذون بإقرارهم. ولو لاعنها فنكلت ثم قذفها الأجنبي به

ص: ١٥٣

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢١٢ ح ١٠ وفيه "أعليه"، التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦١١ ب ١٨ ح ١ وما في المصادر "عن شعيب عن أبي بصير"

اختلف في اللعان هو أيمان أو شهادات؟

ففي المبسوط والخلاف لا حد أيضا لأن اللعان والنكول كالبينه، ولا حد في القذف لما ثبت بالبينه، والأقرب وفاقا للمحقق ثبوته لعموم آية الرمي ومنع سقوط الحصانه مطلقا.

التاسعه: إذا كانت المرأه غير برزه لا تخرج إلى مجالس الرجال أنفذ الحاكم إليها من يستوفى في الشهادات عليها في منزلها ولم يكلفها الخروج، وكذا لو كانت حائضا واللعان في المسجد.

وفي المبسوط: ويستحب أن يبعث معه بأربعة شهود أو ثلاثة لقوله تعالى " وليشهد عذابهما طائفه من المؤمنين ". وروى أصحابنا - كما سيجيء في الحدود -

أن أقله واحد، وهذا بناء على عدم حضورهما معا، فلو لاعن في المسجد وهي

على بابه من خارج أو في منزلها جاز، إلا على القول الأظهر من قيامهما عند

الحاكم واشتراط حضورهما كما اقتضته الأدله التي قدمناها في آية النزول،

و كذلك ما قدمنا من وجوب قيامهما عند الحاكم عند لعان كل منهما.

العاشره: اختلف في اللعان هل هو أيمان أو شهادات؟ فذهب الشيخ وجماعه

بل هو المشهور إلى الأول لصحته من الفاسق والكافر لقوله تعالى " بالله إنه لمن

الصادقين " و قولها " بالله إنه لمن الكاذبين " ولأن كلا منهما يلاعن لنفسه ولم يشهد

شهاده أحد لنفسه ولأنه لا معنى لكونه من المرأه شهاده وكذا منه، ولصحته

من الأعمى لو اتفقت له المشاهده قبل العمى، ولو كان من الشهادات لم يصح منه

حال عمائه.

وخالف ابن جنيد فجعله من الشهادات وفاقا للعامه، لظاهر قوله تعالى

" فشهاده أحدهم أربع شهادات " الآيه، ولخبر محمد بن سليمان الديلمي (1) المتقدم

مرارا بطرق عديدة حيث " سأل الجواد عليه السلام: كيف صار الزوج إذا قذف امرأته

كانت شهادته أربع شهادات بالله؟ فكيف لا يجوز لغيره صار إذا قذفها غير الزوج

جلد الحد ولو كان ولدا أو أخا؟ فقال: قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن هذا فقال:

ص: ١٥٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥ و ٦ وفيهما اختلاف.

كراهه دخول المسافر ليلا إلى أهله

ألا ترى إذا قذف الزوج امرأته قيل له: كيف علمت أنها فاعله؟ قال: رأيت ذلك

منها يعنى (١) كانت شهادته أربع شهادات بالله، وذلك أنه قد يجوز للزوج أن

يدخل المدخل التي لا تصلح لغيره أن يدخلها ولا يشهدا ولد ولا والد في الليل

والنهار، ولذلك صارت شهادته أربع شهادات " وساق الحديث إلى أن قال:

" وإنما صارت شهادة الزوج أربع شهادات لمكان أربع شهداء كان مكان كل شاهدين "

وللأخبار الناطقة بلفظ الشهادة كقوله صلى الله عليه وآله للرجل: اشهد أربع شهادات

بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به، وللمرأة: اشهدى أربع شهادات بالله إن

زوجك لمن الكاذبين.

وقول الصادق عليه السلام فيما مضى من الأخبار كخبر السكوني وخبر الخصال وخبر

الجعفریات وخبر الحسين بن علوان في قرب الأسناد: ليس بين خمس نساء وأزواجهن

ملاعنه - إلى قوله - والمجلود في الفريه لأن الله تعالى يقول " لا تقبلوا لهم شهادة

أبدا " ولو جوب التصريح بلفظ الشهادة ولأنه يدرأ الحد ولا شئ من اليمين،

كذلك لأن الله تعالى يقول " ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا " ولأنه إن نكل عنه ثم

عاد إليه مكن واليمين ليست كذلك.

والجواب عن هذا كله أن لفظ الشهادة في الأصل حقيقه عرفيه أو مجاز

مشهود في اليمين، وقد جاء التعبير في هذه الشهادات باليمين أيضا، ولمخالفته

لسائر الأيمان في بعض الأحكام. وخبر النفي عن خمس وأزواجهن مع كونها

ضعيفه الأسناد ليست نصا في كون اللعان شهادة بل الذي ينص عليه أنه لا تقبل

الشهادة منه عليها بالزنا وإن أكده باللعان.

الحادي عشره: أنه إذا قذف الزوجه توجه وجوب الحد عليه كما سمعت

أنه لا يسقطه باللعان ولا يجب عليه اللعان هنا ولا يطالبه أحد بأحدهما - أعنى

البينه أو اللعان - إلا الزوجه فإن الحد حق لها واللعان لاسقاطه. نعم لو ارثها

ص: ١٥٥

١- (١) فى المصدرين " بعينى " .

المقصد الرابع: فى اللواحق

المطالبه بالحد، وقيل باللعان أيضا كما سبق بعد موتها وعدم استيفائها له لما عرفت من الانتقال بالإرث لهم ولو أراد اللعان هو من غير مطالبه لم يكن له ذلك عندنا إن لم يكن لنسب يريد نفيه. ولو طلب نفى النسب احتمال أن يلاعن بينهما الحاكم بأن يطلب المرأه باللعان لانحصار طريق انتفاء النسب فيه، واحتمل عدمه لأنه خلاف الأصل فيقتصر على موضع اليقين.

وأما قصه حكم نزول اللعان كما سمعت وأنه أتاه عليه السلام فرماها فأمره بأن يأتي بزوجه فلا دلالة فيها على الابتداء باللعان من غير طلبها، وإنما دلت على إحضارها مجلس الحكم.

المقصد الرابع: فى اللواحق

الأول: لو شهد الشاهدان متهمان بقذفه الزوجه لم تقبل لمكان التهمه.
فإن خرجا من التهمه ثم أعادا الشهاده لم تقبل أيضا لأنها ردت التهمه فلا تقبل بعد.
ولو ادعى قذفها خاصه ثم زالت التهمه والعداوه كأن مضت مده عرف
صلاح الحال بينهم ثم شهدا بقذف زوجه أخرى قبلت لأنها لم يردا فى هذه الشهاده.
ولو شهدا بقذف زوجه ثم ادعى قذفه لهما فإن أضافا الدعوه إلى ما قبل
الشهاده بطلت لاعترافهما بأنه كان عدوا لهما حين الشهاده، وإن لم يضيفاها إليه
فإن كان ذلك قبل الحكم لم يحكم لأنه لا يحكم بشهاده أحد عدوين على آخر،
وإن كان بعده لم يبطل لأنه لم يظهر تقدم العداوه على الحكم.

ولو شهدا عليه أنه قذف زوجته وأمه بطلت فى حق الأم للتهمه، وببطلانها بطلت بالكلية لأنها إذا ردت فى البعض للتهمه ردت للجميع كما كانت ترد

شهادتهما بقذفها وقذف الزوجه.

وفى المبسوط: فإن شهادتهما لأمهما عندنا تقبل وعندهم لا تقبل لأنه متهم فى

حق الأم وشهادتهما فى حق الزوجه غير متهم فتقبل، ولو شهد أحدهما أنه أقر

ص: ١٥٦

فى أن المهر يتقدر بالمرضاه قل أو كثر

بالقذف والاقرار بالعربيه والآخر أنه أقر بغير ذلك بالعجميه أو فى وقتين بأن شهد

أحدهما بإقراره يوم الخميس وآخر به يوم الجمعة قلت: لاتحاد مقرية.

ولو شهدا بالقذف كذلك بطلت لأن ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر

ولم يستكمل شئ من القذفين عدد البيئه.

الثانى: لو ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر واستلحق أحدهما

لحقه الآخر ولا يقبل نفيه لأنهما فى حكم الولد الواحد، حتى أنه لو كان نفى

الأول ثم استلحق الثانى لحقه الأول أيضا، وكذا لو نفى أحدهما وسكت عن الآخر

لحقاه، لأنه لما سكت عن الآخر لحقه واستلزم لحوق الآخر.

ولو ولدت الأول فنفاه باللعان ثم ولدت الآخر لأقل من ستة أشهر افتقر

انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكال من الحكم بانتفاء الأول باللعان، وهذا يستلزم

انتفاء الثانى مع أصل البراءه من اللعان ثانيا ومن أصل اللحوق إلا مع التصريح

بالنفي واللعان وعدم الاكتفاء بالالتزام، وهذا خبر شيخ المبسوط.

وإن أقر بالثانى لحقه وتبعه الأول أيضا لاستلزام لحوقه به كما عرفت وهو

لا يرث الأول لانكاره أولا، فيكون بمنزله من أقر به بعد اللعان.

وهل يرث الثانى؟ إشكال من استلزام انتفائه من الأول انتفاءه من الثانى،

فكأنه أقر بأنه لا يرث منه كما أقر به من الأول، ومن أنه لا عبره بنفى النسب

بالتزام، والأصل اللحوق والتوارث، ولو كان بينهما ستة أشهر فصاعدا كان لكل

واحد حكم نفيه لامكان تعدد الحمل، فلا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر

ولا نفيه نفيه، فإن لاعن الأول بعد وضعه واستلحق الثانى أو ترك نفيه الحق به وإن

كان قد بانت أمه من الزوج باللعان لامكان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان، ولو
لاعنها قبل وضع الأول فأنت بآخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنهما بانت
باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول، فلا يمكنه وطؤها بالنكاح بعده، وذكرنا
انقضاء العده لتأكيد الحجه وإلا فهذه العده كعهه الطلاق البائن، ولو مات أحد

ص: ١٥٧

ثالثها: الاختيار

التوأمين قبل اللعان لئفيهما فله أن يلاعن لئفيهما خلافا لبعض العامه.

الثالث: القذف قد يجب وذلك بأن يرى امرأته قد زنت فى طهر لم يطأها

فيه فإنه يلزمه حذرا من اختلاط المائين واعتزالها حتى تنقضى العده أى عده

الحمل بالوضع وهو مضى أقصاها، فإن أتت بولد لسته أشهر من حين الزنا ولأكثر

من أقصى مده الحمل من وطئه لزمه نفيه ليتخلص من اللاحاق المستلزم للتوارث

وللنظر إلى بناته وأخواته.

ويلزم إذا رأى منها الزنا إن يقذفها بالزنا مبادره إلى نفي من يحتمل ولادتها

له إذ ربما لا يتمكن من اللعان إذا ولدت فيلحق به الولد.

الرابع: لو أقرت بالزنا وظن صدقها فالأقرب أنه لا يجب القذف وإن

أقرت أربعا للأصل ولعدم العلم وانتفاء المشاهده، ولأن اللعان إما يمين أو شهاده

ولا يتعلقان إلا بمعلوم ويحتمل الوجوب لثبوت العلم الشرعى بالاقرار فيجب القذف

لقطع امتزاج المائين، ولا يحل له القذف بدون الرؤيه إن شاء أن فلانا يزنى بها

وإن وجدهما مجردين، خلافا للعامه فلهم قول بالحل إذا غلب الظن أو بإخبار

ثقه يسكن إلى قوله.

وإذا عرف انتفاء الحمل منه لاختلال بعض شرائط اللاحاق به وجب الانكار

كما قدمناه لك وإن لم يرها تزنى، ولا قذفها بالزنا للتخلص من اللاحاق المستلزم

للتوارث والنظر إلى بناته وأخواته كما تقدم، ويمكن فهم وجوب النفي من قوله

عليه السلام " أيما امرأه أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شئ ولا أن

يدخلها جنته "

الخامس: لا يحل الإنكار للشبهه والظن بعد ثبوت النسب كما لا يحل القذف

لذلك ولا لمخالفه صفه الولد صفات الواطئ حتى لو كان من الأمه وشكك في

وطئها المتفرع عنه الولد إصغاء لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " الولد للفراش وللعاهر

الحجر " ولما عرفت من التشديد والتخويف من عقوبه من نفى من يمكن انتسابه له.

ص: ١٥٨

فى القول بوجوب دفع المهر بالعقد

ففى كتاب إكمال الدين عن أبى طاهر البلالى (١) " قال: كتب جعفر بن حمدان وخرجت إليه هذه المسائل: استحللت بجاريه وشرطت عليها أن لا أطلب ولدها ولم ألزمها منزلى، فلما أتى لذلك مده قالت لى: قد حبلت، ثم أتت بولد فلم أنكره " وساق الحديث إلى أن قال: " فخرج جوابها من صاحب الزمان عليه السلام: وأما الرجل الذى استحل بالجاريه وشرط عليها أن لا يطلب ولدها، فسبحان من لا شريك له فى قدرته، شرطه على الجاريه شرط على الله تعالى، هذا ما لا يؤمن أن يكون وحيث عرض له فى هذا لشك وليس يعرف الوقت الذى أتاها فليس ذلك بموجب للبراءه من ولده " .

وفى خبر عبد الله بن سنان (٢) المرسل عن بعض أصحابه عن أبى جعفر عليه السلام " قال: أتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: هذه ابنه عمى وامراتى لا أعلم منها إلا خيرا وقد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد ققط أفتس الأنف لا أعرف شبه فى أخوالى ولا فى أجدادى، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا، والذى بعثك بالحق نبيا ما أقعدت مقعده منى منذ ملكنى غيره، قال: فنكس رأسه رسول الله صلى الله عليه وآله مليا ثم رفع رأسه إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال: يا هذا إنه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعه وتسعون عرقا كلها تضرب فى النسب، فإذا وقعت النطفه فى الرحم اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه لها، فهذا من تلك العروق التى لم يدر كها أجدادك ولا أجداد أجدادك، خذى إليك ابنتك، فقالت المرأة: فرجت عنى يا رسول الله صلى الله عليه وآله " .

وفى خبر ابن مسكان (٣) عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله " قال: إن رجلا

أتى بامرأته إلى عمر فقال: إن امرأتى هذه سوداء وأنا أسود وأنها ولدت غلاما

ص: ١٥٩

-
- ١- (١) كمال الدين ص ٥٠٠ ح ٢٥ طبع مؤسسه النشر الاسلامى وفيه اختلاف يسير.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦١ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٨ ب ١٠٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ب ١٠٥ ح ٢.

فى بىع الءىوان

أبىض، فقال لمن بءضرتة: ما ترون؟ قالوا: نرى أن ترجمها فإنها سوءاء وزوءها أسوء وولءها أبىض، قال: فءاء أمىر المؤمنىن علىه السلام ووء به لءرءم فقال: ما ءالءما؟ فءءءاه، فقال للأسوء، أءءهم امرأءك؟ فقال: لا، قال: أفأءىءها وهى طامء، قال: ءء قالت لى لىله من اللىالى أنا طامء فظنءت أنها ءءقى البرء فوءءء علىها، فقال للمرأة: هل أءاك وأءء طامء؟ قالت: نعم سله ءء ءرءء علىه وأبىء، قال: قال: فانظلقا فإنه ابءكما فإنما ءلب الءم النطفه فابىض ولو ءء ءءرك أسوء، فلما أبىفع أسوء ".
وفى الفءىه (١) مرسلا " قال النبى صلى الله علىه وآله: من نعم الله على الرءل أن ىشبه ولءه ".

" قال: (٢) الصاءء علىه السلام: إن الله ءعالى إذا أراد أن ىءلق ءلءقا ءمع كل صوره بىنه وبىن آءم ءم ءلءقه على صوره إءءاهن، فلا ىقول أءءكم لولءه هذا لا ىشبهنى ولا ىشبه شىئا من آبائى ".
وءء ءاء ءءرىم انءفاء النسب على سبىل المبالءه والءءلظى، ففى موءقه أبى بصرى (٣) عن أبى عبء الله علىه السلام " قال: ءفر بالله من ءبرأ من نسب وإن ءق ".
ومءلها موءقه لىء المراءى (٤).

وفى مسءفىضه ابن فضال (٥) عن أبى ءعفر وأبى عبء الله علىهما السلام " أنهما قالا: ءفر بالله العظىم من انءفى من ءسب وإن ءق ".
الساءس: لا ءءوز الملاءنه بىن الزوءء والزوءه إذا كان مءلوءا فى الفرىه،
وءء ءءءم فى ءلك ءبر السءونى وءبر الءصال وءبر الءعفرىاء وءبر ءرب الأسناء

- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ب ١٠٥ ح ٣.
- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ب ١٠٥ ح ٦ وفيهما "فلا يقولن أحد".
- ٣- (٣) الكافي ج ٢ ص ٣٥٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢١ ب ١٠٧ ح ١.
- ٤- (٤) الكافي ج ٢ ص ٣٥٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٢ ب ١٠٧ ذيل ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٢ ص ٣٥٠ ح ٣ وفيه "الانتفاء"، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٢ ب ١٠٧ ح ٢.

تممه: يستحب التباعد من مجلس المتلاعنين عند اللعان إلا من أمر بشهادته كتاب العتق

حيث قال في جميعها: ولا المجلود في الفريه لأن الله تعالى يقول " ولا تقبلوا لهم شهادة

أبدا " هكذا أفتى به ابن الجنيد وتبعه محدث الوسائل، والمشهور على رده، حيث إن

اللعان ليس بشهادته على الحقيقة فتوجه التقيه في هذه الأخبار كما سمعت سابقا.

السابع: يثبت الحد على قاذف اللقيط وابن الملاعنه لبراءه ساحته من

المقذوف به لملاعنه أمه إياه ودرئها العذاب عنها بذلك.

ويدل عليه من النصوص بالخصوص مرسله الحسن بن محبوب (1) عن أبي

عبد الله عليه السلام " قال في قاذف اللقيط: بحد ويحد قاذف ابن الملاعنه ".

تممه

يستحب التباعد من مجلس المتلاعنين عند اللعان إلا لمن أمر بشهادته، لما

رواه محمد بن الحسن الطوسي (2) في مجالسه عن زريق عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:

إذا تلاعن اثنان فتباعد منهما فإن ذلك مجلس تنفر منه الملائكه، ثم قال: اللهم

لا تجعل إلى منهما مساعا، واجعلهما برأس من يكايد دينك ويضاد وليك ويسعى

في الأرض فسادا ".

ولحبس جرى القلم في تيممه هذا المجلد الأتم من مجلدات شيخنا الأفخم

وهو المجلد العاشر (3) من كتابه الموسوم بالحدائق الناضره، متعه الله بشمارها في

الجنان، وأسبل عليه رواشحا الماطره في السر والعيان، ونسأل الله سبحانه أن

يوقفنا لاتمام مجلداتها القاصره وأن ينجيها من العيوب والنقصان، وأن يعاملنا

بالامداد من أطفاه ما يكون لنا وسيله في البيان والتبيان، إنه كريم منان،

وعوائده الفضل والاحسان.

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٦ ح ١ وفيهما "يحد قاذف اللقيط ويحد قاذف ابن الملاعنه".

٢- (٢) أمالي الشيخ الطوسي ج ٢ ص ٣١١ طبع النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ٦١١ ب ١٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٣- (٣) حسب تجزئته صاحب الحدائق - قدس سره -.

فيما إذا تبين فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجبه لذلك

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أتم علينا نعمته بإتمام الدين وإكمال النعمه بما أفاض

علينا من رواشح جوده الغزار، ودفع عنا علائق عوائق ما يوجب النقمه فى دار

البوار، والصلاه والسلام على محمد وآله الغارسين لحدائق علوم الله وتلك الأسرار،

والمحيين لما دثر من رسوم ساحه قواعد الدين فى جميع الأعصار.

وبعد، فيقول أفقر عباد الله لربه الغفار: إني لما أوصى على والدى

الروحانى وشقيق والدى الروحانى والجسمانى فى إجازته إلى المفصله بأن أتمم

ما نقص من مؤلفاته وأشيد ما نقص من تلك المبانى والمعانى، فنظرت لقصود

همتى عن تجشم هذه اللجه التى تعجز عن سياحتها العلماء السابقون من القاضى

والدانى، ويقف جواد شأوهم عن الجرى فى ميدان رهان قصبات حلبتهم عن نيل

تلك الأمانى، قعدت كما قعد من له القدح المعلى والنصيب الأوفر فى تشيد

منازل هذه المعانى، ثم طفقت أنظر لما أوصى به على وأنها واجبه الامثال

لا يجوز أن ينشئ عنها ثانى، ولا يحددنى عنها محيد محب ولا شانى، فجردت حسام

عزيمتى وأغمضت النظر عن قصورى ونقصانى، وامتثلت ما جاء عن الأئمه المعصومين

عليهم السلام من الخبر المأثور أنه لا يسقط الميسور بالمعسور فهتف بى ذلك ونادانى أن

شمر الذيل وأسهر الليل وتدارك ما بقى من العمر بصرفه فى هذه المقاصد فإن

عدم خروج هدى القرآن عن ملك سائقه

الأعمار مشرفه للموت على التدانى، فاستعنت بالله وبالأئمه المعصومين عليهم السلام على إكمال أعز كتبه وأجمعها للمعانى والألفاظ والمباني ولأحكام الله المقرونة بالبراهين والدقائق وهى الباهره، وهو كتابه الموسوم بـ " الحقائق الناظره فى أحكام العتره الطاهره " فكملت ما نقص من الجزء العاشر من أجزاءها وهو كتاب الظهار إلى آخر ذلك الجزء المختوم بكتاب اللعان، ثم شرعت فى هذا الجزء وهو الجزء الحادى عشر حيث إنها مجزيه من مؤلفها على أربعة عشر جزء سالكا فيها ترتيب كتاب الشرايع للمحقق - قدس الله روحه وتابع فتوحه - فبقيت على مجراه الذى بنى عليه جاريا مبتدئا ومنتها إلى أن نصل إلى ختامه ويوفقنا الله إلى إتمامه، وقد وسمت هذه الأجزاء الباقية بـ " عيون الحقائق الناظره فى تتمه الحقائق الناظره فى أحكام العتره الطاهره " مستعينا بفيض الخيرات والنعم الخفيه والظاهره ومستشفعا بمحمد وآله العتره الفاخره والحجج الغامره والسحائب الماطره للرحمه الناشره والنعمه الزاهره، فها أنا أقول:

كتاب العتق وفيه مقاصد: المقصد الأول: في بيان فضله وشرفه وثمرته

كتاب العتق

وهو بالفتح مصدر وبالكسر اسم للمصدر، وهما لغة الخلوص ومنه سمي البيت الشريف عتيقا والخيل الجياد عتاقا، وشرعا خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرق بالنسبه إلى مطلق العتق وبالنسبه إلى المباشره الذي هو مقصود الكتاب الذاتى تخلص الآدمى أو بعضه من الرق منجزا بصيغه مخصوصه، وهو مشتمل على مقاصد ومباحث:

المقصد الأول

في بيان فضله وشرفه وثمرته

وفضله ورجحانه، متفق عليه كتابا وسنه وإجماعا من جميع فرق الاسلام،

وقد روت العامه والخاصه مستفيضا بل متواترا عنه صلى الله عليه وآله وأنه قال: من أعتق

مؤمنا أعتق الله بكل عضو عضوا له من النار. وقد اتفق أهل الاسلام على صحه

هذه الروايه لكنها قد جاءت بعبارات مختلفه.

أما ما جاء من طريقنا عن أئمتنا عليهم السلام فهي كثيره بالغه حد التواتر المعنوى

فمنها صحيحه معاويه بن عمار وحفص بن البختري (١) كما فى التهذيب عن أبى

عبد الله عليه السلام " أنه قال فى الرجل يعتق المملوكه، قال: يعتق الله عز وجل بكل

عضو منه عضوا منه النار ".

ص: ١٦٥

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢ ب ١ ح ١ وفيهما " يعتق المملوك " .

رابعها: القصد

وصحيحه الحلبي ومعاويه بن عمار وحفص بن البختري (١) كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام نحوه.

وصحيحه ربعي بن عبد الله عن زراره (٢) عن أبي جعفر عليه السلام "قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا من النار". وصحيحته الأخرى عن زراره (٣) أيضا عن جعفر عليه السلام مثله إلا أنه أسقط "العزيز الجبار".

وخبر بشير النبال (٤) "قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أعتق نسمة صالحه لوجه الله كفر عنه مكان كل عضو منه عضوا من النار".

وموثقه سماعه (٥) عن أبي جعفر عليه السلام "قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مسلما أعتق الله بكل عضوا منه عضوا من النار".

وخبر الحكم بن أبي نعيم (٦) كما في أمالي محمد بن الحسن الطوسي "قال: سمعت فاطمة بنت علي تحدث عن أبيها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق رقبه مؤمنه كان له بكل عضو فكأك عضو منه من النار".

وخبر محمد بن جمهور (٧) المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث "إن فاطمة بنت أسد قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوما: إني أريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها منك من النار".

ص: ١٦٦

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢ ب ١ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣ ب ١ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣ ب ١ ح ٢.

- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٤ وفيهما "كفر الله عنه".
- ٥- (٥) ثواب الأعمال ص ١٦٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٧.
- ٦- (٦) أمالي الطوسي ج ٢ ص ٤ طبع النجف الأشرف وفيه "فاطمه بنت محمد"، الوسائل ج ١٦ ص ٥ ب ١ ح ٨.
- ٧- (٧) الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٥.

صححه الجمع بين الفاطميتين

وروى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبي البلاد عن أبيه (1) مرسلا عن النبي صلى الله عليه وآله " أنه قال: من أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو له عضوا منه من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار، لأن المرأه نصف الرجل ".

فهذه جمله من ألفاظ الروايه المذكوره على اختلافهما طرقا ودلاله وامتونا ليس فيها اللفظ الذى ذكره المحقق فى شرايعه سوى ما فى خبر إبراهيم بن أبى البلاد لأنه قد نقلها بهذا اللفظ وهو " من أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو عضوا له من النار " وهى كما ترى لا تناسبها فى اللفظ، والعبارة سوى تلك المرسله وإن كان فيها زياده " العزيز الجبار " فكأنه تصرف فيها نظر إلى المعنى فى كل هذه الروايات. وخص المؤمن فى كثير منها إما لأن المراد به الإمامى وهو الاسلام بالمعنى الأخص، فتوافق الأخبار المذكوره فى الوصف المعلق عليه معنى، ولا حاجه إلى ما تكلفه ثانى الشهيدين من أن المراد به المسلم كما فى صحيحه زراره، أو حمل المطلق على المقيد كحمل لفظ المملوك فى الروايه على المسلم والمؤمن ثم جواز بقاء كل واحد من الثلاثه على أصله لعدم وجوب التقييد لحصول الثواب المذكور على عتق كل مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقا ذكرا وأنثى، واحتمل أن يخص ذلك بالذكر بقريه تذكير اللفظ ولتقييده بمرسله إبراهيم بن أبى البلاد إلا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر. إلى هنا كلامه فى مسالكه، وفى نظره نظر لأن إطلاق الصحيح الذى أبى تقييده بالمرسل لا يشمل إطلاقه الأثنى لتعليقه على الذكر فيكون موافقا للمرسل.

وروت العامه فى صحاحها (٢) عنه صلى الله عليه وآله " أنه قال: أيما رجل أعتق امرء

ص: ١٦٧

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٣ ح ١، وفيهما " بكل عضو منه عضوا من النار " مع اختلاف يسير.
- ٢- (٢) صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٥٢ وفيه اختلاف يسير وليس فيه " حتى الفرج بالفرج ".

مسلماستنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى الفرج بالفرج".

وفى هذه الروايه التعليق على الاسلام كما فى تلك الصحاح لكن يجب أن

يحمل على الاسلام الخالص الذى هو الايمان، وفيها دلالة على كون المعتق رجلا

لأن المرء مذكر المرأه فلا يتناول الأنثى.

وفى بعض ألفاظ رواياتهم (١) عنه صلى الله عليه وآله " من أعتق رقبه أعتق الله بكل عضو

منها عضوا منه من النار حتى فرجها بفرجه " وهذه شامله للذكر والأنثى إلا أنها

قابله للتقييد بذلك المرسل.

ومن الأخبار الداله على فضيلته بغير هذه العبارة ما رواه فى الصحيح الكلينى

عن معاويه بن وهب (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل " ولقد أعتق على ألف

مملوك لوجه الله تربث فيهم يده "

ومثله خبر زيد الشحام (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى الكافى والمحاسن وثواب

الأعمال " أن أمير المؤمنين عليه السلام أعتق ألف مملوك من كد يده "

وفى المحاسن عن أبى عبد الله البجلي (٤) عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام

" قال: أربع من أتى بواحد منهن دخل الجنة: من سقى هامه ظمئه أو أشبع

كبدا جائعه أو كسى جلده عاريه أو أعتق رقبه عانبه "

وفى المحاسن عن محمد بن مروان (٥) أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام أن أبا جعفر عليه السلام

ص: ١٦٨

١- (١) الجامع الصغير ص ١٦٥ وفيه " من أعتق رقبه مسلمه - حتى فرجه بفرجه "

٢- (٢) الكافى ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٧٥ وفيه " والله لقد أعتق ألف مملوك لوجه الله عز وجل دبرت فيهم يده "، الوسائل ج ١٦ ص ٣ ب ١ ح ٣ وفيه " دبرت "

- ٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٧٤ ح ٤، المحاسن ص ٦٢٤ ح ٨٠، لم نعثر عليه في ثواب الأعمال، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٦
- ٤- (٤) المحاسن ص ٢٩٤ ح ٤٥٦، الوسائل ج ١٦ ص ٥ ب ١ ح ٩ وفيه "أبي عبد الله المحلى - رقبه عائيه".
- ٥- (٥) المحاسن ص ٦٢٤ ح ٨١، الوسائل ج ١٦ ص ٥ ب ١ ح ١٠.

يتأكد العتق في شهر رمضان سيما العشر الأواخر منه وعشيه عرفه ويومها

مات وترك ستين مملوكا فأعتق ثلثهم عند موته "

ويتأكد العتق في شهر رمضان سيما العشر الأواخر منه وعشيه عرفه ويومها

ففي خبر محمد بن عجلان (١) كما في كتاب الاقبال وكتاب المناقب لابن شهر آشوب

" قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان على بن الحسين عليه السلام إذا دخل شهر رمضان

لا يضرب عبدا له ولا أمه " وساق الحديث وهو طويل إلى أن قال فيه: " إنه كان

يكتب جنائياتهم في كل وقت ويعفو عنهم آخر ليله من الشهر ثم يقول: اذهبوا

فقد عفوت عنكم وأعتقت رقابكم، قال: وما من سنة إلا وكان يعتق فيها آخر ليله من

شهر رمضان ما بين عشرين ونيف إلى أقل أو أكثر، وكأن يقول: إن لله في كل

ليله من شهر رمضان عند الافطار سبعين ألف عتق من النار كل قد استوجب النار،

فإذا كان آخر ليله من شهر رمضان أعتق فيها مثل ما أعتق في جميعه، وإنى لأحب أن

يرانى الله قد أعتقت رقابا من ملكى فى دار الدنيا رجاء أن يعتق رقبتى من النار، وما

استخدم خادما فوق حول، وكان إذا ملك عبدا فى أول السنة أو وسط السنة فإذا كان

ليله الفطر أعتق واستبدل سواهم فى الحول الثانى ثم أعتق، كذلك كان يفعل

حتى لحق بالله، ولقد كان يشتري السودان وما به إليهم من حاجه يأتى بهم عرفه

فيسد بهم تلك الفرج والخلال، فإذا أفاض أمر بعتق رقابهم وأمر بجوائز لهم من المال "

وفى صحيحه الحلبى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى الفقيه " قال: يستحب

للرجل أن يتقرب فى عشيه عرفه بالعتق والصدقه "

وفى صحيحه معاويه بن عمار وحفص بن البخترى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

- ١- (١) الاقبال ص ٤٧٧، المناقب ج ٤ ص ١٥٨ أورد قطعه من الروايه مع تفاوت يسير، بحار الأنوار ج ٤٦ ص ١٠٣ ح ٩٣.
- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٢ ح ١.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٢ ح ٢.

فى جواز العزل للمتعم وإن لم ترض فى أن المتعم لا يقع بها طلاق

فى حدیث " أنه قال: یتسحب للرجل أن یتقرب عشیه عرفه و یوم عرفه بالعتق والصدقه " .

وفى صحیحه الحلبي ومعاويه بن عمار وحفص بن البختري (١) كما فى الكافى عن أبى عبد الله علیه السلام مثله .

ومما يدل على فضیله العتق أيضا جعل الله تعالى له لقتل المؤمن والوطء

فى رمضان وللاثم فى مخالفه الله تعالى فيما عاهد علیه ونذره وحلف علیه، وقد

جعل الله النبى صلى الله علیه وآله موجبا للعتق من النار فقال صلى الله علیه وآله فى غير مره: أیما رجل أعتق

رجلا مسلما كان ذلك فكاكه من النار، ولأنه یخلص الآدمى المعصوم الدم من حرز الرق وتملك منافعہ وبه تكمل أحكامه .

ويدل على فضیله أيضا من الكتاب قوله تعالى " فلا اقتحم العقبه * وما

أدراك ما العقبه * فك رقبه * أو إطعام فى يوم ذى مسغبه " (٢) .

وفى صحیحه معمر بن خلاد (٣) " قال: كان أبو الحسن الرضا علیه السلام إذا

أكل أتى بصحفه فتوضع بقرب مائدته، فيعمد إلى أطيب الطعام مما يؤتى به، فيأخذ

من كل شئ شيئا فيوضع فى تلك الصحفه فيؤمر بها للمساكين، ثم يتلو هذه

الآیه " فلا اقتحم العقبه " ثم يقول: علم الله عز وجل أنه ليس كل إنسان

يقدر على عتق رقبه فجعل لهم سبيلا إلى الجنة " .

وفى خبر محمد بن عمر بن يزيد (٤) " قال: أخبرت أبا محمد الحسن علیه السلام أنى

أصبت بابنين وبقي لى ابن صغير، فقال: تصدق عنه، ثم قال حين حضر قيامى:

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٢ ح ٢.

٢- (٢) سورة البلد آية ١١ - ١٤.

٣- (٣) الكافي ج ٤ ص ٥٢ ح ١٢، الوسائل ج ٦ ص ٣٢٩ ب ٤٨ ح ١ وفيهما " فيضع - ثم يأمر بها".

٤- (٤) الكافي ج ٤ ص ٤ ح ١٠، الوسائل ج ٦ ص ٢٦١ ب ٤ ح ١ وفيهما " وبقى لى بنى".

فى تحقيق ما يختص به الرق

مر الصبى فليصدق بيده بالكسر " ثم ساق الحديث إلى أن قال: " فلا اقتحم العقبة * وما أدراك ما العقبة - إلى قوله - أو مسكينا ذا متربه، علم الله عز وجل أن كل أحد لا يقدر على فك رقبه، فجعل إطعام اليتيم والمسكين مثل ذلك تصدق عنه " .

والمراد بالعقبه فى الآيه كما رواه ابن شهر آشوب من طريق العامه عن أنس (1)

" قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى قوله تعالى " فلا اقتحم العقبة " : أن العقبة فوق الصراط عقبه كؤودا طولها ثلاثه آلاف عام، ألف عام هبوط وألف عام شوك وحسك وعقارب وحيات وألف عام صعود، أنا أول من يقطع تلك العقبة وثانى من يقطع تلك العقبة على بن أبى طالب عليه السلام " وقال بعد كلام طويل: لا يقطعها فى غير مشقه إلا محمد وأهل بيته " .

المقصد الثانى:

فيما يتحقق به الرق المترتب عليه الملك المترتب عليه العتق

يختص الرق بالحربى وإن كان كتابيا لم يقيم بشرائط الذمه، ثم يسرى الرق فى عقبه وإن أسلموا حتى يعرض المحرر لهم من ملك أو عتق أو تدبير أو كتابه أو استيلاء أو جذام أو عمى أو برص عند ابن حمزه، أو إقعاد أو تنكيل فى المشهور خلافا لابن إدريس فيه أو لأرث أو إسلام العبد قبل مولاه فى دار الحرب وخروجه قبله أو كون أحد الأبوين حرا إلا أن يشترط عليه الرق فيصح عند الأكثر، وسيجئ تفاصيل هذه الأسباب والكلام على أحكامها مفصله الدليل والفتوى عند الأصحاب، فيشتمل هذا المقصد على مسائل:

الأولى: فى تحقيق ما يختص به الرق وإن كان كتابيا على الأشهر، وقد
اتفقت كلمه الأصحاب على اختصاص الرق لأهل الحرب وهو من يجوز قتالهم
ومحاربتهم إلى أن يسلموا، سواء انحصرت الغايه فى إسلامهم كمن عدا اليهود

ص: ١٧١

١- (١) المناقب ج ٢ ص ١٥٥ طبع قم وفيه " إن فوق الصراط عقبه ".

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في عدم انعقاد النكاح بعبارة الصبي ولا بعبارة المجنون لنفسه أو لغيره

والنصارى والمجوس من فرق الكفار أم كان الاسلام أحد الغائتين كالفرق الثلاث

فإنهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمه من الجزية وغيرها.

وقد أفصحت عبارة المحقق في شرايعه وكذلك العلامة في قواعد بآن هذه

الفرق الثلاث إذا أخلوا بشرائط الذمه دخلوا في قسم أهل الحرب، وتدلل عليه

صحيحه زواره الآتى ذكرها، وربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم

الأول خاصة وإن جاز قتال الثاني في الجملة.

والوجه في هذا أن التسميه منتفيه عنهم ما داموا قائمين على شرائط الذمه

وإن كان في الأصل مشاركين للحربيين في الكفر وجواز القتال، إلا أن لهم عن

الاسلام بدلا وهو القيام بشرائط الذمه بخلاف الحربى المحض، فمن هنا أخرجوا

عن إطلاق الحربى عليهم. وعلى الاعتبارين فالمراد بأهل الحرب بالنسبه إلى هذا

الحكم وهو جواز استرقاقهم معناه الأعم للاتفاق على جواز استرقاق من عدا

الفرق الثلاث الملتزمين بشرائط الذمه، ولا فرق في جواز استرقاقهم بين أن ينصب

الحرب للمسلمين ويستقل بأمرهم أو يكونون تحت حكم الاسلام وقهره كمن بين

المسلمين من عبده الأوثان والنيران والغلايه وغيرهم، إلا أن يكونوا مهادين للمسلمين

بشرائطها المقرره في كتاب الجهاد، فيجب حينئذ الكف عنهم.

وتدل على هذا الحكم صحيحه رفاعه (1) " قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام:

إن الروم يغيرون على الصقالبه فيسرقون أولادهم من الجوارى والغلمان فيعمدون

إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائطهم

ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وإنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال:

لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوهم من الكفر إلى دار الإسلام."

ص: ١٧٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ح ١ وفيهما "من الشرك إلى دار الإسلام".

الأول: أن تكون زوجه

وصحيحته الأخرى (١) كما في التهذيب أيضا عن أبي الحسن عليه السلام مثله.

وموثقه إبراهيم بن عبد الحميد (٢) عن أبي الحسن عليه السلام " في شراء الروميات

فقال: اشترهن وبعهن "

وخبر زكريا بن آدم (٣) قال: سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو " إلى

أن قال: " وسألته عن سبى الديلم يسرق بعضهم من بعض ويغير المسلمون عليهم

بلا إمام، أيحل شراؤهم؟ قال: إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشرائهم "

وكذلك يجوز شراؤهم من آبائهم وأمهاتهم فيملكون بذلك لخبر عبد الله

اللحام (٤) الموثق " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري من رجل من أهل

الشرك ابنته فيتخذها، قال: لا بأس "

وخبر الآخر (٥) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأه رجل

من أهل الشرك يتخذها، قال: لا بأس "

وفى خبره الثالث (٦) الذي يقرب من الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

فأما ما رواه الشيخ والكليني عن زكريا بن آدم (٧) قال: سألت الرضا عليه السلام

عن قوم من العدو " إلى أن قال: " وسألته عن أهل الذمه أصابهم جوع فأتاه

ص: ١٧٣

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٢ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ١ وفيهما " من الشرك إلى دار الاسلام "

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ٣.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ٢.

٥- (٥) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٣ وفيه " يتخذها أم ولد "، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ٣.

٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٠ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ٣.

٧- (٧) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٥ وفيهما اختلاف يسير، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ١.

فى أنه لو دفع المديون عروضاً " عما فى ذمته من غير مساعره يحتسب بقيمتها يوم القبض

رجل بولده فقال: هذا لك أطعمه وهو لك عبد، فقال: لا تتبع حراً فإنه لا يصلح لك ولا من أهل الذمه".

ومثلها روايته الأخرى، فيجب حملها على ما لو كانوا قائمين بشرائط الذمه

حيث إنهم بمنزلة الأحرار، وإليه يرشد قوله عليه السلام " لا تتبع حراً".

وكذا كل من استرق عن أهل الذمه ولم يقم بشرائطها، لما عرفت من

أنهم فى تلك الحال حريون لا ذمه لهم وإن كان المسترق لهم ناصبياً أو باغياً.

ففى صحيحه العيص بن القاسم (١) كما فى التهذيب " قال: سألت أبا عبد الله

عليه السلام عن قوم مجوس خرجوا على أناس من المسلمين فى أرض الاسلام، هل يحل

قتالهم؟ قال: نعم وسبيهم".

وصحيحه البزنطى عن محمد بن عبد الله (٢) " قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام

عن قوم خرجوا وقتلوا أناساً من المسلمين وهدموا المساجد، وأن المتولى

هارون بعث إليهم فأخذوا وقتلوا وسبى النساء والصبيان، هل يستقيم شراء شئ

منهن ويطأهن أم لا؟ قال: لا بأس بشراء متاعهم وسبيهن".

وخبر زكريا بن آدم (٣) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو

صالحوا ثم خفروا، لعلمهم إنما خفروا لأنهم لم يعدل عليهم، أ يصلح أن يشتري

من سبيهم؟ قال: إن كان من عدو قد استبان عداوتهم فاشتر منهم، وإن كان

قد خفروا وظلموا فلا يبتاع من سبيهم".

وفى خبر إسماعيل بن الفضل (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبى الأكراد

- ١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ٣، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ٣.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ٤ وفيه " وأن المستوفى "، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ٤ وفيهما " متاعهن ".
- ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٦ ح ٤١ وفيه " لأنه لم يعدل عليهم "، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ١.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥ ح ١ وفيهما " ومن حارب من المشركين "

فى ثبوت التوارث بعقد المتعه

إذا حاربوا من حارب من المشركين، هل يحل نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم."

وخبر عمران (١) " قال: سألته عن سبى الديلم وهم يسرقون بعضهم من

بعض ويغير عليهم المسلمون بلا إمام، هل يحل نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم."

وفى صحيحه زراره (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قبل الجزية

من أهل الذمه على أن لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا لحم الخنزير ولا ينكحوا الأخوات

ولا بنات الأخ ولا بنات الأخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمه الله تعالى

وذمه رسوله صلى الله عليه وآله قال: وليست لهم اليوم ذمه."

أما ممالكك أهل الذمه فلا كلام فى جواز ملكيتهم إذا أقروا لهم بالعبودية

وكذا ممالكك أهل الحرب.

ففى موثقه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رقيق

أهل الذمه أشترى منهم شيئاً؟ فقال: اشتروا إذا أقروا لهم بالرق."

وموثقه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام مثله، وصحيفته (٤) كما فى التهذيب

عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

وخبر إسماعيل بن الفضل (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء مملوك

أهل الذمه؟ قال: إذا أقروا لهم بذلك فاشتر وانكح."

وصحيفته (٦) كما فى الفقيه مثله.

وموثقه (٧) كما فى التهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

ص: ١٧٥

وكذلك "أجل شراؤهم؟ فكتب: إذا أقروا بالعبودية فلا بأس بشرائهم".

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ١٥٨ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٩٥ ب ٤٨ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١ وفيهما "فقال: اشتر إذا".

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٥.

٥- (٥) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٧ وفيه "مملوكي"، الفقيه ج ٣ ح ١٣٩ ح ٤٨، التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١.

٦- (٦) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٧ وفيه "مملوكي"، الفقيه ج ٣ ح ١٣٩ ح ٤٨، التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١.

٧- (٧) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٧ وفيه "مملوكي"، الفقيه ج ٣ ح ١٣٩ ح ٤٨، التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١.

الثانى: أن يكون العقد دائما "

وكذا كل من أقر على نفسه بالرق مع جهاله حرته حكم برقه،

ويعتبر فى نفوذ إقراره كونه بالغا عاقلا كما هو المعتبر فى قبول الاقرار مطلقا،

وهل يعتبر مع ذلك رشده؟ الأكثر ومنهم المحقق على عدم اعتباره لأن السفه إنما

يمنع مع التصرف المالى، والاقرار بالرقية ليس إقرارا بمال لأنه قبل الاقرار

محكوم بحرته ظاهرا، فيكون إقراره مسموعا.

ولصحيحه عبد الله بن سنان (1) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الناس

كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية " وهو مدرک من عبد أو أمه، فاعتبر

البلوغ ولم يعتبر الرشده.

وربما قيل باعتبار الرشده، لأن إقراره وإن لم يتعلق بالمال ابتداء لكنه

قد كشف عن كونه مالا قبل الاقرار فإنه إخبار عن حق سابق عليه لا إنشاء من

حينه، ولما كان أن يكون بيده مال، فإن إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون

إقرارا بمال محض ولو بالتبعيه.

ورد الأول بأن ذلك لو منع قبول الاقرار لأدى إلى قبوله لأنه إذا لم

يقبل بقى على أصل الحرية فينفذ إقراره فيصير مالا فيرد حرا وذلك دور، والمال

جاز دخوله تبعا وإن لم يقبل الاقرار به مستقلا، كما لو استلحق واجب النفقه،

فقد قيل إنه ينفق عليه من ماله نظرا إلى كونه تابعا لا بالأصله أو يقال يصح

فى الرقيه دون المال لوجود المانع فيه دونها كما سمع فى الاقرار بالزوجه دون

المهر، وحيث يقبل إقراره لا يقبل رجوعه عن إقراره بعد ذلك لأنه يفضى إلى

تكذيب كلامه السابق ودفع ما ثبت عليه بغير موجب. وكذا لو أقام بينه لم

تسمع لتكذيبه لها بإقراره السابق إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً يندفع به التناقض
فيقول القبول، كما لو قال: لا أعلم بكوني قد تولدت بعد حريه أحد الأبوين
فجرى إقرارى على الظاهر حينئذ ثم انكشف لى سبق العتق على الاقرار بينه

ص: ١٧٤

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ١ وفيهما "سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان على
بن أبي طالب عليه السلام يقول: "

أو شىاع مفىء للعلم بءلك.

ولو أنكر له رقىءه بقى على الرقىءه المجهوله وىءءه حىئءء ءواز

رءوءه لأنه مال لا ىءعوه أءءء، وإقراره السابق ءء سقط اعءبارء برء المقر له،

فإءا لم ىصر حرا بءلك لا أقل من سماع ءءواء الحرىءه بعء ءلك. ووءه عءم

ءبول الاقرار الثانى مءلءا اسءلزام كونه رءا، وإقرار العقلاء على أنفسهم ءائز

وءكءىب المقر له لا ىرفء الاقرار فى نفس الأمر وإنما ىنءفى عنه ظاهرا، ومءى

صار رءا ىأقراره لا ىنفء إقراره بعء ءلك لأنه حىئءء ممنوع من ءءصرف المءربء

على الحرىءه، ولو لم ىكن ءء عىن المقر له ابتءاء ثم رءء وأظهر ءأوبلا مءءملا

فأولى بالءبول، وفى حكم الاقرار الشءاهءه علىءه بالرق صءىرا كان أو كبرىا كما

ءضمءءه صءىءه عبء الله بن سنان (١) المءءءمه المسنءء حكمهما إلى على علىء السلام أو

لأبى عبء الله علىء السلام بءىر واسطه إلى على ابتءاء كما فى الفقىءه حىء قال فىءا بعء ءوله

من عبء أو أمه " ومن شءءه علىءه بالرق صءىرا كان أو كبرىا " ولا ىسمع ءءواء

الحرىءه بعء ءبوء العبوءىءه علىءه بأى ءرىء كان إلا بالىءنه بل ىؤءء بءلامه السابق.

فى صءىءه العىص بن القاسم (٢) كما فى ءءهءىب والفقىءه عن أبى عبء الله

علىء السلام " قال: سأءءه عن مملوك اءعى أنه حر ولم ىأء بىءنه على ءلك، أشءرىءه؟

قال: نعم "

وءء ءاءء أخبار كءىره فى الاقرار وأنه ىؤءء به مءل ءبر مءءء بن الفضل

الهاشمى (٣) " قال: ءء لأبى عبء الله علىء السلام: رءل حر أقر بأنه عبء، فءال أبو

- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ١ وفيه "عليه شاهدان"، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ١.
- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٤٠ ح ٥٥، التهذيب ج ٧ ص ٧٤ ح ٣١، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٤.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٨٠، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

فيما لو ادعى الرجل أو المرأة الزوجيه وأنكر الآخر

عبد الله عليه السلام: تأخذه بما قال أو يؤدي المال "

وخبر الفضل (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حر أقر بأنه عبد

قال: يؤخذ بما أقر به "

ورواه الصدوق (٢) في الموثق نحوه إلا أنه أسقط لفظ " حر " وقال: " أو

يرد المال "

وخبر إسماعيل بن الفضل (٣) الموثق أيضا " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

حر أقر على نفسه بالعبودية، أستعبده على ذلك؟ قال: هو عبد إذا أقر على

نفسه "

الثانيه: لما ثبت أن الحربى فى فى الحقيقه للمسلمين جاز تملكه للمسلم

مطلقا، وجاز التوصل إليه بأى سبب من الأسباب ومنها شراؤه ممن يبيعه سواء

كان البائع أبا أو زوجا أم غير هما من الأرحام، وليس هذا فى الحقيقه يبيعا حقيقيا

إذ ليس هو ملكا له وإنما هو وسيله إلى وصول المسلم إلى حقه، فلا تلحقه أحكام

البيع ولا تشترط فيه شرائطه، وإنما السبب المملك له القهر والاستيلاء.

وفى الدروس جوز للمسلم الرد بالعيب وأخذ الأرش نظرا إلى أنه وإن

لم يكن يبيعا حقيقيا لكنه إنما بدل العوض فى مقابلته صحيحا. ويشكل بأن

الأرش عوض الجزء الفائت فى المبيع ولا مبيع هنا، وبأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف

يبطله مجرد الرد، وليس من الأسباب الناقله للملك شرعا فى غير البيع الحقيقى

وربما دفع هذا الاشكال بأن قدوم الحربى على البيع التزامه، ومن جمله تلك

اللوازم الرد بالعيب أو أخذ أرشه فرده عليه ينزل منزله الاعراض عن المال،

والثمن غايته أن يكون قد صار ملكا للحربي، والتوصل إلى أخذه جائز بكل

ص: ١٧٨

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٧٩، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٧ ح ٥٧، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٢٩ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

الأخبار الواردة في غنيمه أهل الحرب

سبب، وهذا منه بل أولى بأنه مقتضى حكم البيع.

وهذا كله إذا لم يكن مال الحربى معصوما، فإن دخل إلى دار الاسلام

بأمان فلا يحل أخذ ماله بغير سبب مبيح له شرعا، وحينئذ يتجه صحه البيع

ولزوم أحكامه التى من جملتها رده معيبا وأخذ أرشه.

الثالثه: قد عرفت مما سبق من الأخبار والفتوى أنه يستوى فى ذلك سبى

المؤمنين وأهل الضلال، والمراد بأهل الضلال ما يشمل المسلمين منهم والكافرين،

فلو سبى كافر مثله ملكه وجاز شراؤه منه كما جاء فى أخبار اللحام وغيره، وقد

جاء فى عده من الأخبار الواردة فى غنيمه أهل الحرب بأن ما فى أيديهم من العبيد

تغنم كأموالهم إلا ما ثبت بعد ذلك أنه مما غنموه من مال المسلمين وكانوا معروفين،

أو ما استرقوه من أنفس المسلمين فإنهم يرجعون إلى الحريه وترجع أموالهم

المغتنمه منهم.

ففى مرسله هشام بن سالم (1) عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام " فى

السبى يأخذه العدو من المسلمين من الأولاد المسلمين أو من مماليكهم فيحوزونهم،

ثم إن المسلمين بعد قاتلوهم فظفروا بهم فسبوهم وأخذوا منهم ما أخذوا من

مماليك المسلمين وأولادهم الذين كانوا أخذوهم من المسلمين، فكيف يصنع فيما

أخذه من أولاد المسلمين ومماليكهم؟ قال: فقال: أما أولاد المسلمين فلا يقام فى

سهام المسلمين ولكن يرد إلى أبيه أو أخيه أو إلى وليه بشهود، وأما المماليك

فإنهم يقومون فى سهام المسلمين فيباعون ويعطى مواليتهم قيمه أثمانهم من بيت

مال المسلمين "

وفى صحيحته (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سأله رجل عن الترك يغيرون

ص: ١٧٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٢ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٧٣ ب ٣٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢، الوسائل ج ١١ ص ٧٤ ب ٣٥ ح ٣.

الرابع: أن يعين المطلقه

على المسلمين فيأخذون أولادهم فيسرقون منهم، أيرد عليهم؟ قال: نعم المسلم أخو المسلم، والمسلم أحق بماله أينما وجدته."

وفى صحيحه الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام "قال: سألته عن رجل لقيه العدو فأصابوا منه مالا أو متاعا ثم إن المسلمين أصابوا ذلك، كيف يصنع بمتاع الرجل؟ فقال: إن كانوا أصابوه قبل أن يحوزوا متاع الرجل رد عليه، وإن كانوا أصابوه بعد ما أحرزوه فهو فئ للمسلمين وهو أحق بالشفعه".

وفى مرسله جميل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام "في رجل كان له عبد فأدخل دار الشرك ثم أخذ سبيا إلى دار الاسلام، قال: إن وقع عليه قبل القسمه فهو له، وإن جرى عليه القسمه فهو أحق بالثمن".

وهذه الأخبار بعد رد مطلقها إلى مفصلها يحكم للمسلمين بعين أموالهم قبل أن تقسم الغنيمه بين المسلمين وبعدها يرد عليهم القيمه لكي لا تنقض القسمه، بل يجوز أن يقال يرد عليهم على كل حال ويرجع المشتري على الإمام بثمان ذلك.

لصحيحه على بن رثاب (٤) عن طربال عن أبي جعفر عليه السلام "قال: سألت عن رجل كانت له جاريه فغار عليه المشركون فأخذوها منه، ثم إن المسلمين بعد غزوهم أخذوها فيما غنموا منهم، فقال: إن كانت في الغنائم وأقام البينه أن المشركين غاروا عليهم وأخذوها منه ردت عليه، وإن كان قد اشترت وخرجت من المغنم فأصابها ردت عليه برمتها وأعطى الذي اشتراها الثمن من المغنم من جميعه، فقليل له: فإن لم يصبها حتى تفرق الناس واقتسموا جميع الغنائم فأصابها بعد؟ قال: يأخذها

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣، الوسائل ج ١١ ص ٧٤ ب ٣٥ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ١٦٠ ح ٤ وفيه "القسم" في الموردین، الوسائل ج ١١ ص ٤٧ ب ٣٥ ح ٤ وفيه "وإن جرى عليه القسم".

حكم الملتقط من دار الحرب

من الذى فى يده، فإذا أقام البيئه فيرجع الذى هى فى يده إذا أقام البيئه على أمير الجيش بالثمن "

وبالجملة: أن ما فى أيديهم من ملك سواء كان بسبيهم أو بشرائهم فلا كلام فى جواز شرائه منهم كما جاز شراء ولدهم وأزواجهم، وكذا لو كان الكافر ذميا أو مسلما مبدعا فلا إشكال فى تملكه، وقد أباحت الأئمة عليهم السلام - كما سمعت من الأخبار - شراء ذلك منهم وكذا غير ذلك من ضروب التملكات وإن كانت جميعها للإمام أو بعضها من غير اشتراط إخراج الحصه المذكوره، وقد تقدم الكلام على ذلك فى مباحث الخمس، وأنهم قد حللوه لشيعتهم لتطيب ولادتهم.

الرابعه: إن الملتقط من دار الحرب مما يجوز استرقاقه تبعا للدار إذا لم يكن فيها مسلم أو مسالم كما تقدم فى أحكام اللقطه، لأنه يحكم بكونه رقا بمجرد وجوده فى دار الحرب لأنه لا يقصر عن كونه من جمله ذراريهم وهم لا يملكون إلا بالتملك، وإنما يجوز استرقاق اللقيط فى دار الحرب عند نيه التملك.

وأما ما ورد فى عدّه الأخبار مثل موثقه زرارّه (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: اللقيط لا يشتري ولا يباع "

ومثل صحيحه عبد الرحمن العزمى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام " قال:

المنبوذ حر فإذا كبر فإن شاء توالى الذى لقطه وإلا فليرد عليه النفقه وليذهب فليوال من شاء "

وصحيحه البنظى (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطه، فقال: لا تباع

- ١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ ح ١، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١ ب ٢٢ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٣ وفيه "تولى"، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١ ب ٢٢ ح ٣ وفيهما "إلى الذى التقطه".
- ٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٢ ب ٢٢ ح ٤ وفيهما "عن اللقيطه".

المسأله الأولى: فى سبب المباشره وهو الاعتاق بالصيغه، وفيها فروع أربع

ولا تشتري ولكن نستخدمها بما أنفقت عليها "

وصحيحه محمد بن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال،

حر لا يباع ولا يوهب "

إلى غير ذلك من الأخبار الجارية فى هذا المضمار، مما دل على أن اللقيط

حر لا يحل تملكه، فيجب أن تحمل على لقطه بلاد الاسلام أو بلاد الكفر الذى

فيها مسلم أو مسالم جمعا بين الأدله.

المقصد الثالث

فى الأسباب الموجبه للعتق وبيان شرائطها وتفصيل تلك الأسباب

وقد عرفت فيما سبق على سبيل الاجماع عدد تلك الأسباب، وقد ذكر حكم

بعضها فى أحكام النكاح والأولاد وبعضها فى الوصايا، وسيجئ بعضها فى الإرث

وبعضها قد تقدم فى البيوع فى حكم بيع الحيوان، ولنذكر الآن بقيه الأسباب على

سبيل التفصيل وهو يستدعى مسائل:

الأولى: فى سبب المباشره وهو الاعتاق بالصيغه، ولا بد له من صيغ الايقاع

وعبارته الصريحه التحرير وهو ما اتفق عليه فى النصوص والفتوى كأن يقول حررتك

أو أنت حره أو أنت حر لوجه الله.

ولقد استعملت هذه اللفظه فى قوله تعالى فى آيات الكفارات القرآنيه

المشتمله على العتق كالأيمان والظهار والقتل حيث قال فيها " فتحرير رقبه " (٢)

وقد اتفقوا أيضا على عدم وقوعه بالكنايات المحتمله له ولغيره وإن قصده بها

كفككت رقبتك أو أنت سائبه ولا سبيل لى عليك، وإن كان القرآن أتى ببعضها

كآيه فك رقبه أو إطعام، فإن الاستعمال أعم من الصريح بل من الحقيقة.

كما استعمال الطلاق بمعنى التسريح والفراق ولم يستعمل في الطلاق بالاتفاق

ص: ١٨٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٥، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٢ ب ٢٢ ح ٥.

٢- (٢) سورة النساء - آيه ٩٢.

في حكم إذا جحد المديون المال ولا بينه للمدعى

وهو قوله تعالى " أو تسريح بإحسان " (١) وقد أشارت الأخبار في تفسيرها أن المراد

بها الطلق الثالث، ومثل قوله " أو فارقوهن بمعروف " (٢) فإن المراد به الطلاق

وقد اختلفوا في لفظ الاعتاق كأعتقتك وأنت معتق أو عتيق للشك في كونه صريحا

به أو كناية، والأصح القطع بوقوعه به لدلالته عليه لغه وعرفا وشرعا، بل استعماله

فيه أكثر من التحرير.

كما لا يخفى على من اطلع على عبارات الفقهاء وكلام النبي والأئمة النجباء

عليهم السلام وصيغهم ومحاوراتهم ووصاياهم ومواضع مواريثهم، كما هو غير خفي على

من تأمل الأخبار الواردة في حكم من تزوج بمملوكته وجعل عتقها صداقها مثل

صحيحه على بن جعفر (٣) عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام " قال: سألته عن رجل

قال لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك مهرك، فقال: عتقت وهي بالخيار إن شاءت

تزوجته وإن شاءت فلا " .

ومثلها خبر محمد بن آدم (٤) عن الرضا عليه السلام " في الرجل يقول لجاريتته: أعتقتك

وجعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق والأمر إليها إن شاءت زوجته نفسها

وإن شاءت لم تفعل " .

وصحيحه عبيد بن زرار (٥) " أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل

لأمته: أعتقتك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك وهو جائز " .

وصحيحه الحلبي (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يعتق الأمه

ويقول مهرك عتقك، فقال: حسن " .

١- (١) سورة البقره - آيه ٢٢٩.

٢- (٢) سورة الطلاق - آيه ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ب ١٢ ح ١.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٢ ح ٢.

٥- (٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ١.

٦- (٦) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ٣.

جواز اشتراط الخيار فى الصداق وعدم جواز اشتراطه فى العقد

وموثقه عبيد بن زرارہ (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: رجل قال

لجاريته: أعتقك وجعلت مهرک عتقك، قال: فقال: جائز "

والأخبار بهذا المعنى بالغه حد التواتر المعنوى.

وفى صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) كما فى الفقيه " أنه سأل أبا عبد الله

عليه السلام فى رجل قال لغلامه: أعتقك أن أزوجك جاريته هذه فإن نكحت لزوجه

عليها فعليك مائه دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى، يجوز شرطه؟ قال:

يجوز عليه شرطه "

ومثلها صحيحه محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام " فى الرجل يقول لعبده:

أعتقك أن أزوجك ابنتى، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائه دينار،

فأعتقه على ذلك فتسرى أو تزوج، قال: عليه شرطه "

وفى كتب العتق المرويه عنهم التى يستحب أن تكتب للعبد المحرر كصحيحه

إبراهيم بن أبى البلاد (٤) " قال: قرأت عتق أبى عبد الله عليه السلام فإذا هو: هذا ما أعتق

جعفر بن محمد أعتق فلانا غلامه لوجه الله " إلى آخره كما سيجى.

وصحيحه عبد الله بن سنان (٥) عن غلام أعتقه أبو عبد الله عليه السلام " هذا ما أعتق

جعفر بن محمد، أعتق غلامه السندى على أنه يشهد أن لا إله إلا الله " وساق الكتاب

ص: ١٨٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ب ١١ ح ٦.

٢- (٢) الفقه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١٢ ح ١ وفيهما هكذا " سأله عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجك جاريته هذه فإن نكحت عليها أو تسريت فعليك مائه دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى، أعليه مائه دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه "

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير.

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ١.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١ وفيه "محمد بن سنان"، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ٢ وفيهما "غلامه السندی فلانا".

عدم وجوب قبول الغير النظر في الوقف

إلى أن قال: "أعتقه لوجه الله".

وكذلك أخبار الشرائط المصححة للعتق مثل صحيحه منصور بن حازم (١).

عن أبي عبد الله عليه السلام "قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك".

وقد جاء هذا اللفظ بعد أخبار يطول المقام بذكرها.

وكذلك الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام في اشتراط نيه التقرب في العتق مثل

قوله في المستفيض "لا عتق إلا ما أريد به وجه الله" فقد رواه هشام بن سالم ومعاوية

ابن عمار وابن أذينة وابن بكير (٢) وغير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام.

وكذا أخبار الوصيه وأخبار عتق السرايه.

وبالجملة: أن من تتبع أخبار العتق وأحكامها وبيان شرائطها وصيغها لم

يقف على ما دل على لفظ التحرير من الصيغ والاستعمال إلا نوادر من المواضع

أكثرها في النذور هي مثل أن يقول وينذر عتق أول مملوك يملكه كما جاءت

به صحيحه الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام "في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو

حر، فورث سبعة جميعا، قال: يقرع بينهم".

ومثلها خبر عبد الله بن سليمان (٤) وخبر الصيقل (٥).

وبالجملة: فالإتيان على المواضع التي جاءت بلفظ العتق مما يلحق بالمستحيل

وعلى هذا فيضعف قول من ذهب إلى المنع أو تردد في ذلك كما وقع للمحقق

في الشرايع، فإنه تردد أولا في الاجتزاء بها ثم قطع بالعدم، وهو كما ترى رد

للأخبار التي بلغت حد الاستفاضه بل التواتر المعنوي، وقد فسر العلامة الصيغه

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٨ ب ٥ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٧ ب ٤ ح ١.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٧ ح ١.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٢.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٣.

فى الجمع بين الاخبار المختلفه فى مده التربص

الصريحه التى لا تجزى ولا يقع العتق بها فك الرقبه وإزاله قيد الملك، وفى صراحتها نظر إذا قضى ما ورد التعبير بهما على سبيل الكنايه عن العتق فى الآيتين المتقدمتين، ولم يجعلوهما صريحين فيه، ولو سلمنا كونهما صريحين لالتزمنا بوقوعه بهما لعدم المانع منه شرعا.

وأما السائبه فهو المعتق يطلق على الذكر والأنثى. قال ابن الأثير فى نهايته: قد تكرر ذكر السائبه والسوائب، كان الرجل إذا أعتق عبدا يقال هو سائبه فلا عقد بينهما ولا ميراث. ومعناه الحقيقى أنه لا ولاء لمعتقه عليه كما سيجئ مصرحا به فى الأخبار. واختلفوا فيما لو قال لأمته يا حره وقصد العتق، فى تحريرها بذلك وجهان بل قولان، منشأهما أن حرف الإشاره إلى المملوك غير معتبر بخصوصه وإنما الغرض به تميزه وهو حاصل بالنداء، وصيغه التحرير حاصله بقوله حر أو ما فى معناها ومن النداء عن شبه الانشاء لأن الأصل فيه عرفا صيغه الأخبار باللفظ الماضى، والجمله الإسميه فى بعض الموارد كانت حر، وغايه استعمال النداء فيه أن يكون كنايه، والعتق لا يقع بها عندنا، وهذا هو الأقوى، ومن أوقعه بالكنايه من العامه قطع بوقوعه فى النداء بقصد الاعتاق قطعاً ومع الاطلاق أو قصد النداء بالاسم على خلاف، بمعنى أنه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهرا على أحد الوجهين. وأنت قد سمعت من الأخبار الوارده فى هذه الصيغه إنما دل على الجمله الإسميه أو الفعلية الصريحتين فى الانشائه، فكلمتا سواهما منحسر عن الاجزاء وإن قصد الانشاء، وعلى هذا بطل ما فرعه من الخلاف فيما لو كان اسمها حره أو اسمه حرا أو عتيقا فقال أنت حره أو أنت حر أو عتيق

ولم يدل دليل على قصد الانشاء.

أما لو قصد الانشاء فلا شبهه في وقوعه لصراحته فيه كما قد سمعت، وقد

انضم إليه القصد فكان أكد. وإن قصد الأخبار باسمه دون الانشاء انتفى العتق

باطنا قطعا وقبل قوله في عدم قصد العتق ظاهرا لاشتراك اللفظ بين معنيين، فهو

مرجع صرفه إلى أحدهما كما في كل مشترك، فإن اشتبه الحال بموته أو غيره

ص: ١٨٦

فى القول من أن العده طهران

ففى الحكم بعته عند هم وجهان بل قولان، وهذه الصوره هى موضع الخلاف ومنشئه كون اللفظ صريحا فيه، والصريح لا يحتاج إلى الاخبار عن قصده كما قد علم واحتمال إرادته الاخبار عن الاسم المخرج له عن الصراحه، وإذا قام الاحتمال استصحب بقاء الرق، وهذا هو الأولى ما لم تحصل قرينه خارجيه يرجح جانب الانشاء، فإن ترجمه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فإن انضم إليه قرينه أخرى زاد قوه وتعين العمل به.

وبعد ذلك الاحتمال ولو لم يكن اسمها حره فقال أنت حره ثم ادعى أنها أرادته عفيفه ففى قبوله منه وجهان من احتمال الأمرين، فلا يعلم ذلك إلا من جهته فيقبل قوله فى إرادته. وبهذا قطع العلامه فى القواعد ومن أنه خلاف الظاهر فينفذ العتق نظرا إلى الظاهر ولا يصدق فى هذا التأويل لأنه خلاف ما هو كالتص لمجازيه هذا المعنى، ولا إشكال هنا فى الحكم بالعتق لو لم يدع إرادته خلافه، بخلاف ما لو لم يكن اسم المملوك كذلك فإنه لا يحكم بالعتق إلا مع اعترافه بقصده، والفارق ظهور اللفظ فى العتق هنا واحتماله للأمرين على السواء هناك لمكان الاشتراك.

ولو ادعى المملوك فى هذه الصوره إرادته العتق فله إحلاف مولاه على عدم قصده، وهاهنا فروع:

الأول: لا يكفى عن اللفظ المذكور فى الصيغ الإشاره مع القدره على النطق ولا الكتابه لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعا، ولم يرد فى النصوص والفتوى ما يدل على وقوع العتق بذلك. هذا كله مع القدره، أما مع العجز

للخرس أو المرض فتكفي الإشارة المفهمه كما تجزى فى غيره من العقود اللازمه
والايقاعات.

ففى صحيحه الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " أن أباه حدثه أن أمامه بنت

ص: ١٨٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ١٦٩، الوسائل ج ١٦ ص ٥٩ ب ٤٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

في أنه يستحب ان يكون حسن القضاء

أبي العاص بن الربيع وأمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله فتزوجها بعد على عليه السلام

المغيره بن نوفل، وأنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن

والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان - والمغيره كاره لما يقولان :-

أعتقت فلانا وأهله؟ فتشير بذلك أن نعم وكذا وكذا، فتشير برأسها نعم أولا،

قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم."

وموثقه يونس بن يعقوب (١) عن أبي مريم ذكره عن أبيه " أن أمامه بنت

أبي العاص " وساق الحديث إلى أن قال: " فجعلا يقولان لها - والمغيره كاره

لذلك :- أعتقت فلانا وآله؟ وجعلت تشير برأسها، فأجازا ذلك لها " .

وخبر على بن جعفر وصحيحته (٢) كما في قرب الأسناد وكتاب المسائل عن

أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه، فجعل

أهلها يسأله: أعتقت فلانا وفلانا؟ فيؤمى برأسه أو تؤمى برأسها في بعض نعم وفي

بعض لا، وفي الصدقه مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز " .

وخبر محمد بن جمهور (٣) المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن فاطمه بنت

أسد أم أمير المؤمنين كانت أول امرأه هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله من مكه إلى

المدينه على قدميها " إلى أن قال: " قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوما: إنى أريد

أعتق جاريتي هذه، فقال: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من

النار، فلما مرضت أوصت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وأمرت أن يعتق خادمها

واعتقل لسانها فجعلت تؤمى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماء، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله

وصيتها " .

-
- ١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ١ وفيهما "فلانا وأهله" مع اختلاف يسير.
 - ٢- (٢) قرب الإسناد ص ١١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٣- (٣) الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٨ ب ٤٩ ح ٣.

فيما يتفرع على القول بوجوب التربص

والكتابه غير مجزيه اختيارا لأنها من جمله الإشاره بل هي من أقواها

وتجزى مع الاضطرار، ويدل على إجرائها اختيارا خبر زراره (١) " قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام فى رجل كتب إلى امرأته بطلاقها، وكتب بعق مملوكه

ولم ينطق به لسانه، قال: ليس بشئ حتى ينطق به لسانه "

وقد تقدم فى الطلاق ما يدل على الاكتفاء بالكتابه مع الغيبه فيه، وفى

صحيحه الشمالى (٢) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان

إلى امرأتى بطلاقها أو اكتب إلى عبدى بعقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال:

لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد الطلاق أو

العتق ويكون ذلك منه بالأهله والشهور ويكون غائباً عن أهله "

وهو كما ترى معارض لما سبق، ويمكن حمله على التقيه أو على من لا يقدر

على النطق كالأخرس أو على أن علم الزوجه بالطلاق والغلام بالعتق إما بسماع

العتق أو بالكتابه أو بانضمام التلفظ إليها ولو بالإشاره المفهمه.

وقد تقدم فى كتاب الطلاق صحيحتان إلى زراره أيضاً، أحدهما فى التهذيب

والأخرى فى الكافى، وصورتهما فى التهذيب (٣) " سألته عن رجل كتب إلى امرأته

بطلاقها أو كتب بعق مملوكه ولم ينطق به لسانه، قال: ليس بشئ حتى ينطق

به لسانه "

وصورتهما فى الكافى (٤) " قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته

أو عتق غلامه ثم بدا له، قال: ليس ذلك بطلاق ولا اعتاق حتى يتكلم به "

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٣٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦٠ ب ٤٥ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٢.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٠ ب ١٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٢ وفيهما "بعثت غلامه - بدا له فمجاه - عتاق".

فى أنه يستحب احتساب هديه الغريم من دينه

ومما يدل على جواز الكتابه عند الضروره صحيحه البزنطى (١) " أنه سأل

أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأه يصمت ولا يتكلم، قال: أخرس

هو؟ قلت: نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهه لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟

قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف

يطلقها؟ قال: بالذى يعرف منه من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه بها "

ومثله حسنه وخبره (٢) كما فى الكافى والتهذيب " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام "

وذكر مثله.

وكذلك يدل على الاكتفاء مع تعذر النطق خبر سدير (٣) كما فى الفقيه

والتهذيب وكتاب إكمال الدين وإتمام النعمه عن أبى جعفر عليه السلام " قال: دخلت

على محمد بن على بن الحنيفه وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيه فلم يجب، قال:

فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت: خط بيدك، فخط وصيته فى الرمل

ونسختها أنا فى صحيفه "

وكذا إذا تعسر النطق بالعربيه ومع الامكان لا تجزى سائر اللغات كما

تقدم فى خبره مسعده بن صدقه (٤) المروى فى كتاب قرب الأسناد، وقد أورده جامع

الأصل غير مره فى الكتب المتقدمه، ومع العجز يقع بأى لغه اتفق مع صراحتهما

فيه فى تلك اللغه، وقد تقدم فى كتاب الطلاق خبر وهب بن وهب (٥) وفيه إطلاق

ص: ١٩٠:

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٣ ح ١ وفيه " فيعلم منه بغضا - قلت: أصلحك الله "، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٩ ب ١٩ ح ١ وفيهما " يعرف به من أفعاله "

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٢٨ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٧٤ ح ١٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٩ ب ١٩ ح ١.

- ٣- (٣) الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٢٧، كمال الدين ص ٣٦ طبع مؤسسه النشر الاسلامي - قم، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٦ ب ٤٨ ح ١.
- ٤- (٤) قرب الإسناد ص ٢٤، الوسائل ج ٤ ص ٨٠٢ ب ٥٩ ح ٢.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٧ ب ١٧ ح ١.

اختلاف الأصحاب في الوقف على الكافر

جواز الطلاق بكل لسان، وحمل على ما لو تعذرت العرييه، كما يدل عليه خبر قرب الأسناد المشار إليه لقوله فيه " سمعت جعفر بن محمد عليه السلام يقول: إنك قد ترى من المحرم من العجم لا يراد منه ما يراد من العالم الفصيح، وكذا الأخرس في القراءه وفي التشهد أو ما أشبه ذلك، فهذا بمنزله العجم، والمحرم لا يراد منه ما يراد من العاقل المتكلم الفصيح " .

الثاني: لا بد من تجريد الصيغه المذكوره عن الشرط، فلو علقه على شرط متوقع أو صفة لم يصح كما هو المشهور بين الأصحاب. وجوزه القاضي ابن البراج وابن الجنيد من أصحابنا معلقا على شرط كان أو صفة وجوز الرجوع فيه قبل حصولهما كالتدبير وهو مذهب العامه. واستشهدوا عليه بالتدبير فإنه عتق معلق، وباقي الأصحاب خصوه بمورده، ومنع بعضهم كونه عتقا معلقا بل هو وصيته بالعتق كما سيجي تحقيقه.

وادعى في المختلف الاجماع على بطلان العتق المعلق على شرط، وليس هذا الاجماع في محله، فإن الخلاف كما سمعت متحقق، ومعلومه نسب المخالف على الوجه قاده، وقد تقدم الفرق بين الشرط والصفه، وأن المراد بالشرط ما جاز وقوعه في الحال وعدمه كمجئ زيد والصفه ما لا يحتمل وقوعها في الحال ويتيقن وقوعها عادة كطلوع الشمس، ولم يذكر الأصحاب في هذا المقام دليلا على المنع والبطلان سوى الاجماع المدعى، وقد عرفت ما فيه. وكذا لم يذكروا دليلا على الجواز سوى ما ذكرناه عنه، وأن أصاله الجواز وعدم ما يدل على المنع يقتضى عدم وقوعه. ومن هنا استظهر السيد في شرح النافع الجواز استنادا للدليل

المذكور، ولا فرق عند مانعه بين أن يكون التعليق وقع يمينا أو غيرها، وكذا

من جوز ذلك.

والذى يدل عليه من الأخبار صحيحه محمد بن مسلم (١) كما فى الفقيه عن

ص: ١٩١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٢٨ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٥٧ ب ١١ ح ٢ وفيهما "فليس هذا بشئ إنما هذا".

حكم القرآن في الطواف

أحدهما عليهما السلام " أنه سئل عن امرأه جعلت مالها هديا وكل مملوك لها حر إن كلمت أختها أبدا، قال: تكلمها فليس هذا شيئا، إن هذا وشبهه من خطوات الشيطان " .

وصحيحه زراره (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يقول: إن اشتريت فلانا أو فلانة فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين، وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك كله بشيء، لا يطلق إلا ما يملك، ولا يتصدق إلا بما يملك، ولا يعتق إلا بما يملك " .

وصحيحه علي بن جعفر (٢) كما في كتابه عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل يقول: إن اشتريت فلانا فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو صدقه، وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء " .

وصحيحه سعد بن أبي خلف (٣) " قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنى كنت اشتريت جاريه سرا من امرأتى وأنه بلغها ذلك فخرجت عن منزلى وأبت أن ترجع إلى منزلى وبقيت في منزل أهلها، فقال لها: إن الذى بلغك باطل، وإن الذى أتاك لهذا عدو لك أراد أن يستفزك، فقالت: لا والله لا يكون بينى وبينك شيء حتى تحلف لى بعق كل جاريه لك وبصدقه مالك إن كنت قد اشتريت جاريه وهى فى ملكك اليوم، فحلفت لها بذلك فأعادت اليمين، فقالت: قل كل جاريه لى الساعه فهى حره، فقلت لها: كل جاريه لى الساعه فهى حره، وقد اعتزلت جارىتى وهممت أن أعتقها وأتزوجها لهواى فيها، قال: ليس عليك فيما أحلفتك شيء " .

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٨٩ ح ٦١، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٨ ب ١٤ ح ٦ وفيهما "ولا يصدق".
 - ٢- (٢) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٧.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٤٤٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٢ ب ١٦ ح ٢.

حكم الطلاق من غير تربص لو خرج في طهر لم يقربها فيه

واعلم أنه لا يجوز عتق ولا صدقه إلا ما أريد به وجه الله وثوابه، وصحيحه

منصور بن حازم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " عن امرأه حلفت لزوجها بالعتاق والهدى

إن هو مات لم تتزوج بعده أبدا ثم بدا لها أن تتزوج، فقال: تبع مملوكها،

فإنى أخاف عليها من الشيطان. وليس عليها فى الحق شئ، وإن شاءت أن تهدى

هديا فعلت "

وصحيحته الأخرى (٢) " قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام: أما سمعت بطارق؟

إن طارقا كان نخاسا بالمدينه، فأتى أبا جعفر عليه السلام فقال: يا أبا جعفر إنى هالك

حلفت بالطلاق والعتاق والندور، فقال: يا طارق هذا من خطوات الشيطان "

وربما احتج لابن الجنيد والقاضى ومن قال بمقالتهم بما رواه الشيخ فى الصحيح

عن أبى على بن راشد (٣) " قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام: جعلت فداك إن امرأه

اعتل صبى لها فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلاانه حره، والجاريه ليست بعارفه،

فأىما أفضل جعلت فداك تعتقها أو تصرف ثمنها فى وجوه البر؟ فقال: لا يجوز إلا

عتقها "

وصحيحه البنزلى (٤) عن أبى الحسن عليه السلام " قال: قال: إن أبى عليه السلام كان

حلف على بعض أمهات أولاده أن لا يسافر بها، فإن سافر بها فعليه أن يعتق نسمة

تبلغ مائه دينار، فأخرجها يوما فأمرنى فاشتريت نسمة بمائه دينار، فأعتقها "

ص: ١٩٣

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٨٩ ح ٥٩، الوسائل ج ١٦ ص ٢١٢ ب ٤٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٨٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٨ ب ١٤ ح ٤ وفيهما " إنى حلفت "

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٣١٤ ح ٤٦، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢٩ ب ٧ ح ٢ وفيهما " لأبى جعفر الثانى - ففلاانه جاريتى حره "

وليس فيهما " جعلت فداك "

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٣٠٢ ح ١١٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٦ ب ١٨ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

فى انه يجب على المديون دفع جميع ما يملكه فى الدين مع طلب صاحبه

فأجيب عن هذين الحديثين: (أما) عن الأول فجعله من باب النذر كما هو الظاهر من سياقه، ولا إشكال فى جواز التعليق فيه كما هو متفق عليه، حيث وقع شكرا فى مقابله نعمه الله التى هى الشفاء، وهو وإن لم يصرح بكونه لله لكونه ليس فى مقام الحكايه لصوره عباره النذر وإنما أتى بما يدل على كونه نذرا، ومن هنا حملة شيخ التهذيبيين ومحدثا الوافى والوسائل على ذلك.

(وأما) الخبر الثانى فليس فيه تعليق العتق على شرط كما هو الظاهر ولا غيره، نعم فيه الحلف بالعتاق والتزامه له عليه السلام فسبيله التقيه لاجماع العامه على ذلك ولتصريح تلك الأخبار بأنه من خطوات الشيطان، فيكون داخلا فى آيه " ولا تتبعوا خطوات الشيطان " (١).

ويحتمل هذا الحمل الأول أيضا إن أخرجناه من باب النذر. والعجب من المحدثين والمجتهدين حيث أعرضوا عن هذه الأدله فى البين وكأنهم جعلوا وجه الفساد فيها هو جعلها يمينا لا من جهه التعليق، وهذا فى الحقيقه وإن أمكن لكن المانعين من التعليق لا يفرقون بين ما ليس يمينا أو كان من اليمين، وكذلك المجوزون فيكون الاستدلال بهذه الأخبار فى محله خصوصا فيما لم يشتمل على بيان منها، فلا يستثنى من هذه القاعده سوى التدبير والنذر والوصايا، وكل خبر اشعر بجواز ذلك والتزامه فسبيله التقيه.

الثالث: لو أسند الحريه فى هذه الايقاعات لأحد الجوارح مما لا تقال على النفس إلا بتجاوز بعيد كيدك أو رجلك أو وجهك أو رأسك حر أو حره وقصد العتق لم ينعقد.

أما لو قال بدنك أو جسدك فذلك موضع خلاف وإشكال، ولهذا صار في وقوعه

قولان: من جهة أن معناه اللغوى غير الذات، ومن دلالة عليه عرفا عاما وهو

مقدم على العرف الخاص الذى لا يعرفه إلا الآحاد، والأقوى وقوعه فى الثانى دون

ص: ١٩٤

١- (١) سورة البقره - آيه ٢٠٨.

هل يشترط تعيين المعتق والمقصد إليه معينا؟

الأولين، والرأس والوجه وإن أطلقا على الذات عرفا في بعض الأحيان إلا أنه خلاف المتبادر بخلاف البدن والجسد لأن أهل العرف لا يعرفون من معنى الذات سواهما، وأما مخالفتها النفس الناطقه فذلك موكول إلى دقائق الحكماء والمتكلمين والفلاسفه ومع ذلك فإطلاق هذين الشئيين على النفس إطلاق شايح ولو من المجازات المشهوره. واعلم أنه قد تقدم في كتاب الكفاله وقوع الخلاف المشهور في تعلقها بالوجه والرأس، والمشهور جوازه، معللين ذلك بأنه قد يعبر بهما على الجملة عرفا، وقد عللوه هنا بالعكس، وكأن وجه الفرق في الاستعمالين أن المقصد الذاتى فى الكفاله إحضار البدن والذات تابعه عرفا، وهنا بالعكس، فإن الحريه المقصوده من العتق متعلقها الذات والبدن تابع حيث تثبت المغايره بينهما وتلاحظ. وأما الفرق بينهما بأن المعتبر فى الكفاله العرف وفى العتق الشرع فهو تحكم محض وإن كان العرف متصرفا فى الفرق الأول أيضا.

الرابع: هل يشترط تعيين المعتق بصيغه المفعول والمقصد إليه معينا؟ قولان، للأصحاب والأكثر على العدم، والقول الآخر عدم الجواز للجهاله، وقد مضى مثل هذا الخلاف فى الطلاق والظهار والايلاء، والوجه فيها واحد، غير أن اشتراط عدم التعيين هنا أشهر، وهناك بالعكس، ولا وجه له إلا مراعاة الاحتياط فى الفروج وبناء العتق على التغليب.

ويمكن الاحتياج للمشهور بمثله من أعتق ثلث عبيده ولم يعين الثلث

فإنه يصح ويستخرج بالقرعه كما سيجىء، وقد اتفق عليه الفتوى والدليل،

وهو ما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مروان (1) عن موسى بن جعفر عليه السلام عن

أبيه عليه السلام " أن أبا جعفر عليه السلام مات وترك ستين مملوكا فأعتق ثلثهم فأقرعت

بينهم فأعتق الثلث "

ص: ١٩٥

١- (١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٦ وفيه " وأوصى بعق ثلثهم " بدل " فأعتق ثلثهم "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٥ ح ٢ وليس فيه " فأعتق ثلثهم " وفي المصدرين الأخيرين " فأخرجت عشرين فأعتقتهم " بدل " فأعتق الثلث "

فى السلف

وكذلك ما سيجى جواز عتق أول مملوك يملكه فيملك جماعه فإنه يتخير

أو يستخرج أحدهم بالقرعه كما تضمنته صحيحه الحلبي (١) الآتى ذكرها فى المسأله

عن أبى الله عليه السلام " فى رجل قال: أول مملوك أملكه مهو حر، فورث سبعة جميعا،

قال: يقرع بينهم ويعتق الذى قرع "

وفى روايه الصيقل (٢) أنه له الخيار حيث قال " فى رجل قال: أول مملوك

أملكه فهو حر، فأصاب سته، قال: إنما كان لله عليه واحد فليختر أيهما شاء

فليعتقه "

وهذا الحكم قريب من المختار المشهور فى هذه المسأله حيث إن المعتق

غير معين بل غير موجود فى الملك الآن، وهذا دليل على بناء العتق على التغليب

ولم أر من الأصحاب من استدل على هذين القولين بشئ من الأدله المنصوصه عليها

فى الأخبار سوى ما ذكرناه من التقريبات والاعتبار.

ثم إنه على القول بصحته اختلفوا فى مرجع تعيينه، فقليل: يرجع إلى

القرعه لأنها لكل أمر مشكل. واستضعفه جماعه من المتأخرين حيث لا معين

فى نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعه. وفيه نظر، لأن هذا وارد فيما لو ملك أول

مملوك يعتقه ولا معين هناك، وقد سمعت أن صحيحه الحلبي قد حكمت باستخراج

المعين بالقرعه.

وهل يقع العتق على هذا التقدير بالصيغه؟ أو هو التزام عتق فى الذمه

منحصر فى عبيده الذين أطلق فيهم؟ وجهان، تقدم مثلها فى الطلاق، ويتخرج

عليهما ما لو مات أحدهم بعينه هل يصح إن قلنا بحصول العتق عند التعيين؟

لم يصح لأن الميت لم يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الايهام في عبيدنا وقلنا

ص: ١٩٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٧ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٣ وفيهما "إنما كان نيته على واحد - أيهم".

الركن الثالث: الصيغه

ببطلان التعيين فى الميت تعين الآخر ولا حاجه إلى لفظه. وإن قلنا بالوقوع عند الايهام صح تعيينه، وحيث يتعين لا يصح له العدول عن المعين. فلو قال: عينت هذا بل هذا عتق الأول ولغى الثانى لأن التعيين حصل بالأول ولم يبق للعتق محل، بخلاف قوله، عتقت هذا بل هذا، وهذا كله عند العدول عند القرعه إلى تعيينه كما هو المشهور. وكأن دليلهم على ذلك خبر الحسن بن زياد الصيقل الوارد فى مسأله عتق أول ما يملكه، وفى وجوب الاتفاق على الجميع قبل التعيين والمنع من استخدامهم وجهان بل قولان، أحوطهما ذلك.

ولو جرى ذلك فى أمتين أو أكثر حرم الوطاء حتى يتعين المعتقده، فإن فعل ففى كون فعله تعيينا لغير الموطوءه وجهان سبق مثلهما فى الطلاق، فإن لم نجعله تعيينا وعين العتق فى الموطوءه فلا حد عليه.

وفى وجوب المهر وجهان مبيان على وقوع العتق بالتعيين والصيغه، فعلى الثانى يجب دون الأول.

ولو مات قبل التعيين فلهم فى المسأله قولان، أحدهما أن التعيين للوارث لقيامه مقام الموروث كما يخلفه فى خيار البيع والشفعه والحدود وكل حق موروث. وقال الشيخ وجماعه بتعين القرعه هنا لأن الوارث غير مطلع على قصد مورثه فلا يمكن التعيين. وفيه نظر، لأن معرفه قصده غير شرط، ولأن تعيين المورث مجرد تشهير لا يفتقر إلى شئ آخر، ووارثه قائم مقامه، إذ ليس هناك معتق معين فى نفس الأمر حتى يشتهبه على الوارث بعينه ومقصود المورث.

وربما أجب عن ذلك بأن التعيين وإن كان راجعا إلى الاختيار إلا أنه

مختص باختيار مبهم، وقد فات بالموت، ولأنه في حكم تكميل اللفظ فلا يؤخذ

إلا من التلفظ، ولا ريب أن القرعه على ذلك متعينة، والقرعه كما وضعت

لتعين المتعين في نفس الأمر كذلك جاءت لتعيين المختار عند الله.

أما لو أعتق معنا ثم اشتبه أرجى حتى يذكر، فإن ذكر عمل بقوله،

ص: ١٩٧

في أقسام البيع

ولو عدل بعد ذلك لم يقبل منه، فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيا لاحتمال التذكر. فأما لو ادعى الوارث العلم رجع إليه، وإن جهل أقرع بين عبده لتحقق الاشكال واليأس من زواله.

هكذا قرر الحكم الأكثر ولم يذكروا له مستندا من الأخبار. ومقتضى

عمومات أخبار القرعة وأنها لكل أمر مشكل استعمالها هنا، ولا يعتبر إمهاله للتذكر إلا بما يحصل به في العادة التذكر كما في سائر الأحكام.

ويدل عليه ما رواه الكليني والشيخ عن يونس (1) مقطوعا " قال في رجل

كان له عده مماليك فقال: أيكم علمني آيه من كتاب الله تعالى فهو حر، فعلمه

واحد منهم ولم يدر أيهم الذي علمه، أنه قال: يستخرج بالقرعة، قال: ولا

يستخرجه إلا إمام لأنه له على القرعة كلاما ودعاء لا يعلمه غيره "

ولعله أراد بالإمام هنا ما هو أعم من المعصوم ومن خلفائه من الفقهاء المتولين

للأحكام، ومع ذلك فيحمل هذا الاختصاص على سبيل الأولويه لتعذر معرفه

وظائف القرعة غالبا من غير الفقيه. ويحتمل أن يكون هذا من كلام يونس فتوى

منه، والحمل الأول أولى لأنه مستبعد أن يورده مثل الكليني والشيخ حجه ودليلا

على شئ من الأحكام وإن لم يسنده إلى الإمام، فاعتماد هؤلاء على مثل هذه

الروايات المقطوعه دليل على قطعهم بأن ذلك عن الإمام لأنها الطريقه المستعمله

في الصدر الأول. فالقول بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد، لأن التعيين هنا

ليس إنشاء بل إخبار عما وقع من المورث، فلا مدخل لتعيين الوارث حيث

يدعى العلم.

ثم على تقدير تعيين المعتق أو الوارث لو ادعى المماليك الذي لم يعينهم

أنه المراد بالقول قول المالك مع يمينه لأن ذلك لا يعلم إلا من قبله، وإنما

ص: ١٩٨

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٧ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٤٣، الوسائل ج ١٦ ص ٤٤ ب ٣٢ ح ١ وما في المصادر اختلاف

يسير.

المسأله الثانيه: فى شرائط المعتق المباشر

توجهت عليه اليمين لامكان اطلاع المملوك على الحال فتسمع دعواه بحيث يتوجه بها اليمين، فإن نكل على اليمين قضى عليه بعق المدعى مضافا إلى ما عينه إن قضينا بالنكول وإلا أحلف المملوك وأعتق.

ثم إنه استمر الاشتباه لانتظار التذکر أو لعدم تأتى القرعه منع من الوطاء والاستخدام لتحريم ذلك من الحر واشتباهه بمحصور، وعلى الانفاق على الجميع من باب مقدمه الواجب من وجوب الانفاق على المملوك، ولا يتم إلا بالانفاق على جميعهم، فإن مات فهل التذکر قام الوارث مقامه وخوطب بجميع خطاباته؟ فإن ادعى إطلاقه على المعتق قبل موته لأنه خليفته وربما ذكر له ذلك وأطلعه عليه، وإن لم يدع العلم فلا طريق سوى القرعه لأن المعتق هنا معين عند الله ومجهول عندنا، فيستخرج بالقرعه لا غير، ولا طريق إلى تعيين الوارث هنا مع عدم دعواه العلم

الثانيه: فى شرائط المعتق المباشر، يعتبر فيه فى المشهور البلوغ وكمال

العقل والاختيار والقصد إلى العتق والتقرب إلى الله تعالى كونه غير محجور عليه.

(أما) الأول فقد خالف فيه الشيخ واكتفى فى جواز العتق ببلوغ الصبى عشر

كما فى الصدقات والعطايا، بل أسند فى الدروس جواز ذلك فى العطايا والصدقات إلى المشهور.

ويمكن أن يحتج للمشهور بخبر حمزه بن حمران عن حمران (1) كما فى التهذيب

والكافى وفى مستطرفات السرائر " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على

الغلام أن يؤخذ بالحدود التامه وتقام عليه ويؤخذ بها؟ قال: إذا خرج عن اليتيم

وأدرک، قلت: فلذلك حد يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشره أو
أنبت أو أشعر قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامه وأخذ بها وأخذت له " وساق

ص: ١٩٩

١- (١) الكافي ج ٧ ص ١٩٧ ح ١، التهذيب ج ١٠ ص ٣٧ ح ١٣٢، السرائر ص ٤٨٢، الوسائل ج ١ ص ٣٠ ب ٤ ح ٢ وما في
المصادر اختلاف يسير.

الفصل الرابع فى نكاح الإمام لا يجوز للعبد ولا للأمه أن يعقدا على أنفسهما نكاحا إلا بإذن السيد

الحديث إلى أن قال: " إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وجاز أمرها فى البيع والشراء وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذ لها وبها، قال: والغلام لا يجوز له فى الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك ".

وصحيحه هشام بن سالم (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: انقطاع يتم اليتيم الاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله ".

وخبر أبى الحسين الخادم عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى الخصال (٢) " قال: سأله أبى وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ فقال: حتى يبلغ أشده؟ قال: وما أشده؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمانى عشره أو أقل أو أكثر ولم يحتلم، قال: إذا بلغ وكتب عليه الشئ جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا ".

إلى غير ذلك من الأخبار التى تقدمت فى العبادات والمعاملات وفى الحج.

وقد احتج الشيخ ومن تبعه على ما ذهبوا إليه من الاكتفاء بالعشر كما فى

الهبات والعطايا بروايه زراره (٣) كما فى الكافى والتهذيب عن أبى جعفر عليه السلام " قال:

إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز من ماله ما أعتق وتصدق على وجه المعروف

ص: ٢٠٠

- ٢- (٢) الخصال ص ٤٩٥ ح ٣ طبع مؤسسه النشر الاسلامى وفيه عن أبى الحسين الخادم يباع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ ب ٢ ح ٥.
- ٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٢٨ ح ١ وفيه "لا- يجوز له فى"، التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٣١، الوسائل ج ١٦ ص ٦٨ ب ٥٦ ح ٢ وفى الأخيرين "يجوز له من" وفى الكافى والوسائل "وتصدق وأوصى على حد معروف وحق".

الوقف على المؤمنين

فهو جائز " وفي نسخ التهذيب (١) " على حد المعروف حق فهو جائز " .

وربما وجد هذا الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام

" قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سريه - إلى أن قال: - وقضى

أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك جاريه قد ولدت منه بنتا وهي صغيرة غير أنها

تبين الكلام، فأعتقت أمها، فخاصم فيها موالى ابن الجارية، فأجاز عتقها الأم " .

ومثلها حسنته وموثقته (٣).

وقد وصف المحقق خبر العشر في النافع بالحسن، وقال شارحه السيد: لم

نقف على هذه الرواية حسنته كما ذكرها المصنف، والموجود في كتب الأخبار

والاستدلال ما رواه الشيخ عن موسى بن بكر عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام: " قال:

إذا أتى الغلام عشر سنين " ثم ذكر الحديث المتقدم ثم قال: وبمضمونها أفتى الشيخ

وجماعه، وضعفها بالارسال وغيرها يمنع من التمسك بها في إثبات هذا الحكم،

وكانه حمل الحسن على الاصطلاح الجديد الذي حدث بعد المحقق لأنه لم يصطلح

على هذا التقسيم في الدراية إلا في زمن ابن طاووس صاحب البشرى والعلامه،

وهذا منه عجيب، وأعجب منه قوله بأن الرواية مرسله مع أن الشيخ قد رواها

تاره معلقه على صفوان بن يحيى وتاره على موسى بن بكر وليس فيها مع الطرفين

إرسال، أما إلى صفوان فطريقه من الصحيح، وإنما ضعفت بموسى بن بكر،

وأما تعليقها على موسى بن بكر فلا يوجب الارسال أيضا لأن طريقه إليه في

المشيخة ليس من المراسيل في شيء، ومع ذلك فقد رواها الكليني في الكافي متصله

الاسناد بمشيخته إلى صفوان ثم عن موسى بن بكر ثم عن زراره.

-
- ١- (١) والصحيح الكافي وفيه "معروف".
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٦ ح ٣ وفيهما "موالى أبى الجاربه فأجاز عتقها للأم".
 - ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٣ ح ٧، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٣ وفيهما اختلاف يسير.

فى أحكام السلف

وأعجب منه ما وقع لجده فى المسالك حيث قال بعد ذكره لروايه زرارہ
عن الباقر عليه السلام مریدا بها هذه الروايه المذكوره: وفى طريق الروايه ضعف بموسى
ابن بكر فإنه واقفى غير ثقة وابن فضال فإنه فطحى وإن كان ثقة. مع أنه فى
باب الوصايا من التهذيب أوقفها على زرارہ فى موضع وأسندها إلى الباقر عليه السلام فى
آخر، فكيف مع هذه القوادح تثبت حكما مخالفا لأصول المذهب بل لاجماع المسلمين.
وفى هذا الكتاب أوصلها - يعنى المصنف - إلى الباقر عليه السلام.
وفى نكت النهايه قال: إنها موقوفه على زرارہ، وفى النافع جعلها حسنه،
ولعله أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث وهو أن تكون روايتها إماميه
وفيهم من الممدوح غير المعدل، فإن أمرها ليس كذلك لما عرفت من حال روايتها،
فهى ضعيفه لا حسنه، فإطراحها متعين.
ووجه التعجب يظهر مما سبق فى كلامنا على السيد، فإن ابن فضال إنما
كان فى بعض طرقها لأن الشيخ قد رواها من ثلاثه طرق، ليس فى الطريقتين
المذكورين فى كلامنا ذكر لابن فضال، ولا فى طريق الكافى أيضا، وفى الثلاثه
مصرح بإمامها بأنه أبو جعفر عليه السلام، فإيراده لها مقطوعه فى بعض المواضع غير مضر
مع أن هذا لا يعد قطعا بل إضمارا، والاضمار غير مضر لأن الاضمار عائد إلى
الإمام متعين حتى لو لم يصرح به فى بقيه هذه الطرق لحكمنا بكونه الإمام، فإن
الاضمار فى الأدله إنما نشأ من اقتطار الأدله بعضها من بعض، حيث إنهم فى تلك الأصول
كانوا يصدرون بالاسم الإمام مظهرا ثم يحيلون عليه بالاضمار، هذا إذا لم يصرح
فكيف إذا صرح به فى هذه الطرق كلها، فالتزام الاضمار فيه والقدرح به فى غايه البعد

من أمثالهم، فالحق أن الروايه متكرره الأسانيد فى أصول المعتمبره وهو الذى
أوجب وصفها بالحسن على طريقه القدماء لأن مدار الحسن والصحه على القرائن
التي من جملتها تعدد طرقها فى الأصول المتعدده فهى بريئه من القدح المذكور.
والعجب من هؤلاء المتأخرين حيث قبلوا مثل هذه الأخبار وجعلوها الحجه

ص: ٢٠٢

أن العقل والتمييز من شرائط المعتق المباشر

فى مثل العطايا والهبات، والمعروف ورودها فى العتق مع اشتغالها كما ترى على الجميع، فالأقوى الاكتفاء بذلك فى العتق كما فى العطايا والهبات، وهو مرید بتلك الصحيحه المذكوره لابن قيس وكذلك حسنته وموثقته.

وأعجب من هذا قوله - قدس سره - بعد ذلك الكلام: ويمكن حملها وحمل ما ورد فى معناها من جواز هبته وصدقته ووصيته، على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ لما تقدم من أن الولد يلحق به فى هذا السن بإمكان بلوغه بالمنى، بسبب أنه فى وقت إمكان البلوغ بمعنى أنه من حيث السن لا مانع من جهته وإن توقف على أمر آخر، وهذا خير من إطراح الروايات الكثيره. وهو كلام مضطرب لا يخفى اضطرابه على أدنى من له مسكه فى فهم الأخبار وضبط قواعد الفقه.

وقد صرح هو فى غير موضع لأن احتمال التولد منه وإن بنى عليه فى الانتساب لمكان الضروره، لكن لا يبنى عليه ما يتوقف على البلوغ على التحقيق بل يبقى محجورا عليه ممنوعا من التصرفات كلها إلى أن يتحقق عليه بلوغه، إلا فيما اكتفى فيه بسن العشر أو بسن دون البلوغ كما ثبت فى الوصايا والعطايا والهبات عند المشهور، وما تكلفه من الجمع حذرا من الاطراح فى الحقيقه إطراح لها وإن كانت من الصحاح وهدم للقواعد المقرره، لأن تلك مشروطه بتحقق تلك العلامات لا بمجرد الاحتمال، سيما خبر حمزه بن حمران وأخبار عبد الله بن سنان وغيرها من الأخبار مما ورد فى علامات البلوغ الذى بنى عليه الأحكام من المعاملات وغيرها.

فالأقوى إذا التزم تلك القواعد إلا إذا ثبت الدليل المخصص على سبيل التحقيق ويكون مخرجا من قاعده اشتراط البلوغ لا أنها تجعل دليلا على البلوغ،

كيف وسن البلوغ أقله ثلاثه عشر سنه كما ذهب إليه ابن الجنيد والصدوق وجمله

من مشايخنا من متأخري المتأخرين.

(وأما) اشتراط العقل والتميز فلبطلان المعاملات والعبادات الواقعه عليه

من المجنون.

ص: ٢٠٣

أن القصد والاختيار من شرائط المعتق المباشر

ويدل عليه بالخصوص صحيحه الفضلاء وهو زراره وبكير ومحمد بن مسلم
وبريد وفضيل بن يسار وإسماعيل الأزرق ومعمربن يحيى (١) عن أبي جعفر وأبي
عبد الله عليهما السلام " أن المدله ليس له طلاق ولا عتقه عتق ". والمدله - كمعظم - الساهى
القلب الذاهل العقل من عشق ونحوه وما لا يحصى ما فعل وما فعل به.
ويؤيده أيضا ما قدمناه من الأخبار الصحاح الصراح من أن السفیه والضعيف
باطلا التصرف، والمجنون هو الضعيف.
وخبر الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المرأه المعتوهه الذاهبه
العقل يجوز بيعها وهبتها وصدقته؟ قال: لا ".
(وأما) شرط القصد فتدل عليه الأخبار الوارده فى نفي صحه عتق السكران
مثل صحيحه زراره (٣) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه،
فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق ".
وخبر الحلبي (٤) الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن طلاق السكران،
فقال: لا يجوز ولا عتقه ".
وموثقته الأخرى (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يجوز عتق السكران ".
وخبره (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن طلاق السكران وعتقه،
فقال: لا يجوز ".

(وأما) شرط الاختيار فيدل عليه ما دل على بطلان عتق المكره بقول مطلق

ص: ٢٠٤

عتقه عتقا "

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٢ وفيه "بيعها وصدقته"، الوسائل ج ١٦ ص ٣٠ ب ٢١ ح ٣.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٢٩ ب ١٩ ح ٢.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٠ ب ٢١ ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢١ ح ٢.
- ٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢١ ح ٣.

أن ننه التقرّب إلى الله تعالى من شرائط المعتق المباشر

وإن بقى معه القصد مثل صحيحه زراره المتقدمه عن أبى جعفر عليه السلام " قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه، ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق "

وصحيحته الأخرى (١) كما فى التهذيب أيضا عن أبى جعفر عليه السلام " قال: سألته عن عتق المكره، فقال: ليس عتقه بعتق "

وصحيحتى عبد الله بن مسكان (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سمعته بقول: لو أن رجلا مسلما مر بقوم ليسوا بسطان فقهره حتى تخوف نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل ليس عليه شئ "

(وأما) المحجور عليه لسفه فلا يجوز عتقه للأخبار المانعه من تصرفاته كلها، كالأخبار الواردة فى تفسير الآيه " إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا " وما تقدم من صحيحه هشام بن سالم (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس عنه رشده وكان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله "

وخبر أبى الحسين الخادم (٤) كما فى الخصال وقد تقدم عن قريب وفيه " إذا بلغ وكتب عليه الشئ جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا "

(وأما) اشتراط نيه التقرّب فى صحه العتق هو أن يكون قاصدا به وجه الله تعالى، وثوابه على حد ما يعتبر فى غيره من العبادات وإن لم يتلفظ به، بخلاف صيغه الاعتاق فإن اللفظ معتبر فيها، وحيثئذ فيكفى أنه حر وما فى معناه قاصدا به القربه فالأخبار به مستفيضه وعليه الاجماع.

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٩ ب ١٩ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ ح ٢ وفيهما "عبد الله ابن سنان - حتى يتخوف على نفسه - ففعل لم يكن عليه شيء".
- ٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٦٨ ح ٢ وفيه "منه رشد"، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ ب ٢ ح ٥.
- ٤- (٤) الخصال ج ١ و ٢ ص ٤٩٥ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ ب ٢ ح ٥.

في تحريم بيع السلاح من أعداء الدين

فمن تلك الأخبار صحيحه هشام بن سالم وحماد وابن أذينة وابن بكير وغير

واحد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه قال: لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى " .

ورواه الصدوق (٢) مرسلا.

وخبر على بن أبي حمزه (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا عتق إلا ما طلب

به وجه الله عز وجل " .

وصحيحه حماد بن عثمان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا صدقه ولا عتق

إلا ما أريد به وجه الله عز وجل " .

وصحيحه الفضلاء (٥) " قال أبو عبد الله عليه السلام: ما صدقه ولا عتق إلا ما أريد

به وجه الله عز وجل " .

وصحيحه سعد بن أبي خلف (٦) عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام " أنه

قال: لا يجوز عتق ولا صدقه إلا ما تريد به وجه الله عز وجل وثوابه " .

وعلى هذا اختلف أصحابنا في جواز عتق الكافر حيث إن تأتي القرية منه

غير معلوم.

ف قيل: لا يصح مطلقا، واختاره ابن إدريس لأنه عباده شرعيه، وعليه

المحقق والعلامة وجماعه محتجين بذلك وباشتراطه نيه القرية وهو متعذر من

الكافر، ومن ثم أجمعوا على بطلان عبادته المشروطه بالنيه لا أن العباده مشروطه

ص: ٢٠٦

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٧ ب ٤ ح ١.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٠.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٧ ب ٤ ح ٢.

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ب ١٣ ح ٢.

٥- (٥) الكافي ج ٨ ص ٣٠ ح ٢ وفيه "لا صدقه"، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ب ١٣ ح ٣.

٦- (٦) الكافي ج ٧ ص ٤٤٢ ذيل ح ١٨، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٦ ذيل ح ٤٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٢ ب ١٦ ذيل ح ٢ وما في المصادر "ما أريد".

فيما لو كان الأبوان مملوكين

بالثواب حيث تقع صحيحه وهى مشروطه بدخول الجنه يثاب بها وفيها وذلك تمنع

فى حق الكافر (١).

ويدل على كونه عباده مشروطه بنيه القربه ما قدمناه من الأخبار من

قولهم " لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى " والمراد نفى الصحه لأنه أقرب المجازات

إلى نفى الحقيقه حيث كانت الحقيقه غير مراده.

وثانى الأقوال: عدم الاشتراط مطلقا، وهو مختار الشيخ فى كتابى الفروع،

واحتج على ذلك بأن العتق أصله فك ملكك وتصرف مالى ونفع للغير، والكافر

أهل لهذا كله، بل إن ملكه أضعف من ملك المسلم، ففكه أسهل، ولأن العتق

مبنى على التغليب، وجاز حمل الخبر على نفى الكمال كقوله صلى الله عليه وآله (٢) " لا صلاه

لجار المسجد إلا فى المسجد " ومن ثم انعقد الاجماع على بطلان عباره الكافر المحضه

دون عتقه، ونحوه من تصرفاته الماليه المشتمله على العبادات كالوقف والصدقه

ترجيحا لجانب الماليه على العباده.

وثالثها: القول بالتفصيل، واختاره جماعه من الأصحاب فيهم العلامه فى المختلف

فحكّموا بصحه عتق الكافر إن كان كفره بغير جحود الخالق من جحد نبى أو كتاب

أو غير ذلك، وبطلانه ممن كان كفره بجحد الخالق لتعذر حصول القربه ووجه

الله تعالى منه بخلاف الأول، لأن قوله عليه السلام فى المستفيضه " لا عتق إلا ما أريد به

وجه الله " يقتضى اشتراط إرادته التقرب المتوقفه على الاقرار بالتقرب إليه، وهذا

هو المعتمد لأن حملة على نفى الصحه أولى لأنه الأقرب إلى المراد، فيتفق وجود

المقتضى وهو عتق الجامع للشرائط التى منها إرادته وجه الله سبحانه وتعالى به،

فإن الكافر إذا كان مقرا بالله عز وجل أمكن وقوع ذلك منه، ولا يلزم من اشتراطه بالإرادته المذكوره حصول المراد لأن ذلك أمر آخر خارج عن الشرط المعترف.

ص: ٢٠٧

١- (١) كذا في النسخه.

٢- (٢) التهذيب ج ١ ص ٩٢ ح ٩٣، الوسائل ج ٣ ص ٤٧٨ ب ٢ ح ١ وفيهما "إلا في مسجده".

المسألة الثالثة: فى شرائط المعتق

وقولهم " إن العتق عباده فى صحته الاسلام لىترتب الثواب على فعله ممنوع لانتفاء الدليل عليه، وحينئذ فالبطلان فى الأول وهو الكافر الجاحد للإلهيه، فوجهه عدم تصور كونه مریدا بعته وجه الله تعالى، وقد ثبت اشتراط ذلك بالأخبار المستفيضة، وأن المراد به نفى الصحه وحملها على نفى الكمال لا يلتزمه الشيخ فى جمع الأحوال.

الثالثة: فى شرائط المعتق، يعتبر فى المعتق كونه مملوكا للمعتق بالفعل

كما هو المشهور بين الأصحاب، فلو أعتق غير المالك لا يقع صحيحا وإن أجازة

المالك لقوله صلى الله عليه وآله فى الخبر النبوى (١) المروى من الطرفين " لا عتق إلا بعد ملك "

وهو مقتضى لوجود الملك بالفعل فلا يجرى على مملوك الغير، حتى لو علقه على

الملك لم يفد شيئاً وكان لاغياً ."

و الأخبار بهذا عن أئمتنا عليهم السلام مستفيضة منها صحيحه منصور بن حازم (٢)

عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل

ملك ."

وموثقه أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: كان الذين من قبلنا يقولون:

لا عتاق ولا طلاق إلا بعد ما يملك الرجل ."

وموثقه الأخرى (٤) كما فى نوادر أحمد بن محمد بن عيسى مثله وزاد " كل

من أعتق ما لا يملك فهو باطل ."

وصحيحه عبد الله بن مسكان (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: من أعتق ما لا

يملك فلا يجوز ."

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٨٥.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٨ ب ٥ ح ١.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٣.
 - ٤- (٤) الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٣.
 - ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٩ ح ١٣٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٤.

وخبر مسمع (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك "

وخبر الحسين بن علوان (٢) كما في كتاب قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام " أنه كأن يقول: لا طلاق لمن لا ينكح ولا عتق إلا ما يملك. وقال علي عليه السلام: ولو وضع يده على رأسها "

وخبر الآخر (٣) أيضا كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام " قال: لا طلاق إلا من بعد نكاح ولا عتق إلا من بعد ملك "

وصحيحه علي بن جعفر (٤) كما في كتاب الرسائل له عن أخيه عن موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل يقول: إن اشترت فلانا فهو حر وإن اشترت هذا الثوب فهو صدقه وإن نكحت فلانه فهي طالق، قال: ليس ذلك بشئ "

وصحيحه الحلبي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه " أنه سئل عن رجل قال: كل امرأه أتزوجها ما دامت أم عاشت أمي فهي طالق، فقال: لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك "

ومثلها مرسله المقنع (٦) عن النبي صلى الله عليه وآله.

وصحيحه محمد بن قيس (٧) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن رجل قال: إن تزوجت فلانه فهي طالق وإن اشترت فلانا فهو حر وإن اشترت هذا الثوب

ص: ٢٠٩

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٨ ب ٥ ح ٢.

٢- (٢) قرب الإسناد ص ٤٢ وفيه " ولا عتاق "، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٥ وفيهما " لمن لا يملك "

٣- (٣) قرب الإسناد ص ١١٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٦.

- ٤- (٤) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٧.
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٢١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١٢ ح ١.
- ٦- (٦) المقنع ص ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١٢ ح ١.
- ٧- (٧) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٧ ب ١٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

ان الأب والجد هل لها ولاية النكاح على البكر البالغة الرشيدة أم لا؟

فهو فى المساكين، فقال: ليس بشئ، لا طلاق إلا ما يملك ولا عتق إلا ما يملك ولا صدقه إلا ما يملك".

وخبر النضر بن قرواش (١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث " قال: لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك".

وخبر زراره (٢) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: من قال فلانه طالق إن تزوجتها وفلانا حر إن اشتريته فليتزوج ويشترى فإنه ليس يدخل عليه طلاق ولا عتق".

وموثقه معمر بن يحيى (٣) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: سألتناه عن الرجل يقول: إن اشتريت فلانا أو فلانه فهو حر وإن اشتريت هذا الثوب فهو فى المساكين وإن نكحت فلانه فهى طالق، قال: ليس ذلك بشئ، لا يطلق الرجل إلا ما ملك ولا يعتق إلا ما ملك ولا يتصدق إلا بما يملك".

وموثقته الأخرى (٤) " أنه سمع أبا جعفر عليه السلام يقول: لا يطلق الرجل إلا ما ملك ولا يعتق إلا ما ملك ولا يتصدق إلا بما ملك".

فهذه الأخبار كما ترى تنادى بأن اشتراط الملك بالفعل شرط فى صحه العتق، وأن الفضولى منه باطل، وأن المعلق على الملك منه باطل لأمرين: وقوعه من غير المالك وتعليقه على الشرط، وقد استثنى من ذلك ما لو جعله نذرا أو ما فى معناه من العهد واليمين، مثل: لله على إعتاقه إن ملكته، فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء بالنذر، ولا يعتق بنفسه عند حصول الشرط ولو آنا ما،

ص: ٢١٠

- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٥١ ح ٨٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٨ ب ١٢ ح ٩ وفيهما "وفلان حر - وليشتر".
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٥٢ ح ٨٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٩ ب ١٢ ح ١٠ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٥٢ ح ٨٦ وفيه فى الموارد الثلاثة "ما يملك"، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٩ ب ١٢ ح ١١.

فيما قاله الشيخ من وقوع الطلاق بغير العريه

فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك. هكذا استدل المحقق.

وأجيب بجواز الاكتفاء بالعتق الضمني كملكك القريب الموجب للعتق أنا

ثم يعتق، إذ لا عتق قبل ملك.

هذا إذا كانت الصيغه: لله على أنه حر إن ملكته، أما إن كانت: لله على

إعتاقه، فلا إشكال في افتقار اعتاقه إلى الصيغه، ولو جعل نفس العتق يمينا لم

يقع لأن اليمين لا ينعقد بالعتاق ولا بالطلاق ولا بالظهار كما سيجيء في مباحث

كتاب الأيمان، ولاستلزامه التعليق في غير النذر، وقد سمعت فيما سبق أن

التعليق مفسد له، وأكثر الأخبار الواردة في فساد المعلق والحاكمه به إنما جاءت

في اليمين.

والفرق بين التعليق في اليمين والتعليق في غيره موكول إلى النيه، فإن

كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعه أو الزجر عنه إن كان معصيه

كقوله إن حججت فأنت حر أو إن زنيت كذلك قصدا للبعث في الأول والزجر

في الثاني فهو يمين وإن كان الغرض مجرد التعليق كإن قدم زيد أو دخلت الدار

أو طلعت الشمس فهو شرط أو صفة، والعتق لا يقع معلقا في الجميع كما تقدم.

ويتفرع على ما قلناه من اشتراط سبق الملك على العتق مما لو أعتق الأب

والجد لأبيه مملوك ولده الصغير من غير أن يقومه على نفسه ويشتره، أو كان

الولد بالغا رشيدا ولم يشتر منه لم يصح، لأنه ما لم يقومه على نفسه مع صغر

الولد وما لم يشتره من الكبير يكون عتقه فضوليا، وعتق الفضولي قد عرفت بطلانه

لتصريح تلك الأخبار ببطلانه صريحا، وبأنه لم يجز بعد اشتراط سبق الملكيه فيها.

وهذا الحكم مجمع عليه إلا في مسأله واحده وهو ما لو أعتق الأب مملوك

الولد الصغير بدون تقويم، أو كان الولد كبيرا أيضا، فإن للشيخ هنا خلافا تفرد

ص: ٢١١

فى عدم وقوع الطلاق بالكتابة من الغائب القادر على اللفظ

به فى كتابه النهايه والتهذيب حيث صححه استنادا إلى روايه حسين بن علوان (1)

عن زيد بن على عن آباءه عليهم السلام عن على عليه السلام " قال: أتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم رجل فقال:

يا رسول الله صلى الله عليك وآلك إن أبى قصد عمدا إلى مملوكى فأعتقه كهيئه

المضره لى، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أنت ومالك من هبه الله لأبيك، أنت سهم من

كنانته، يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ويجعل من يشاء عقيما،

جازت عتاقه أبيك، يتناول من ولدك ومالك وبدنك، وليس لك أن تتناول من

ماله ولا بدنه شيئا إلا بإذنه " فقدم على تخصيص تلك الأخبار المعبره الصحيحه

المجمع على مضمونها بهذه الروايه الشاذه الضعيفه برجال العامه والزبيديه، فالأولى

ارتكاب تأويلها بحسب ما يمكن، فإن تعذر ذلك فالواجب إطراحها وحملها على

التقيه.

وقد حملها جماعه على الاستحباب بمعنى أنه يستحب للولد أن يجيز ويمضى

ما أمره به أبوه بأن يعمد إلى ما يعتقه الأب فيعتقه.

واحتمل فى محدث الوسائل كون الأب شريكا فيه ويشهد إليه قوله " كهيئه

المضره لى " بأن كان للولد فيه أكثره. واحتمل فيه ممن كونه ينعق على الولد.

وأما على شراء الأب له مع صغر الولد واحتياجه إلى بيعه وعتقه إلى غير ذلك

من التأويلات واحتمل فيه الشيخ أيضا. ولا يمكن أن يؤيد بالأخبار الوارده

فى جواز تصرف الأب فى مال الولد فى نفقاته ومؤنثته وتوسعته، لأن تلك

قابلة أيضا للتقييد ومعارضه بما هو أقوى منها سندا ودلاله، وأن رسول الله

صلى الله عليه وآله وسلم إنما قال ذلك فى قضيه مخصوصه حيث ادعى الأب إنفاق مال الولد على

الولد فأنكره الولد بعد بلوغه فجادله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالتى هى أحسن لأن القول

ص: ٢١٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٨٢ وفيه " إن أبى عمدا إلى مملوك لى "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٨ ب ٦٧ ح ١ وفيه " إن أبى عمدا إلى مملوكى " وفيهما " يتناول والدك من مالك وبدنك " وليس فيهما " صلى الله عليك وآلك " .

هنا قول الأب كما مر تحقيقه في المكاسب وفي كتاب الحج.

الثانى: الاسلام عند الأكثر، ومنهم شيخ التهذيب والمفيد والمرضى والأتباع

وابن إدريس والمحقق والعلامة لقوله تعالى " ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون " (١)

نهى فى هذه الآيه فى قصد الخبيث بالانفاق، والأصل فيه التحريم المقتضى لفساد

العباده، وللأخبار الكثيره التى مر ذكرها فى اشتراط القربه لقوله عليه السلام فيها " لا اعتق

إلا ما أريد به وجه الله تعالى " .

ولخصص روايه سيف بن عميره (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: أيجوز

للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا " .

والقول بصحة عتقه مطلقا - كما هو للشيخ فى كتابى الفروع وقواه أول

الشهيدىن فى شرح نكت الارشاد - هو ثانى الأقوال فى المسأله للأصل وعمومات

الأخبار.

وما روى عن الحسن بن صالح (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إن عليا

أعتق عبدا له نصرانيا فأسلم حين أعتقه " .

وبما رواه فى كتاب قرب الأسناد عن البخترى (٤) عن جعفر بن محمد عن أبيه

عليهما السلام " أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا. ثم قال: ميراثه ما بين المسلمين عامه

إن لم يكن له ولى " .

وثالث الأقوال التفصيل وهو صحته مع النذر وبطلانه مع التبرع، وهو

للشيخ فى النهايه والاستبصار جمعا بين الخبرين السالفين بحمل صحه فعل على عليه السلام

١- (١) سورة البقره - آيه ٢٦٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٧ ح ٥.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٧ ح ٥.

٤- (٤) قرب الإسناد ص ٦٦، الوسائل ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٧ ح ٦ وفيهما "ميراثه بين المسلمين".

فيما لو تزوج الحر أمه بدون إذن السيد ودخل بها قبل رضاه

على أنه كان قد نذر عتقه لثلاثين في النهي عن عتقه في خبر سيف، وهو جمع بعيد كما سنطالعك عليه، وقد طعن في دليل الأول.

أما الآيه فلأنها إنما دلت على النهي عن إنفاق مال الخيث - وهو المال الردئ أو الحرام من المال - على ما استفاضت به الأخبار في تفسير الآيه كما مر في الزكاه والصدقات وذكره المفسرون، ولا يلزم منه تحريم عتق الكافر لأن الانفاق في الماله لا لاعتاق الخيث، وربما كانت ماله خير من ماله العبد المسلم، فهو من هذه الحيثيه ليس بخيث، مع أن إطلاق الانفاق على مثل ذلك تجوز بعيد لا يصار إليه إلا بدليل، ولو سلم تناوله للكافر منعنا من عموم النهي عن إنفاق الردئ مطلقا، بل في الصدقه الواجبه للاجماع في النصوص والفتوى على جواز الصدقه المندوبه بالردئ من المال والجيد. وإن كان الردئ أقل فضلا والمعتبره الداله على أنه مأمور بالصدقه ولو بشق تمره ومذقه من لبن وكراع من شاه.

وأما الخبر الأول فقد تقدم تحقيقه والمراد منه، وأن ليس المعتبر فيه إلا إرادته وجه الله تعالى وهي ممكنه في حق المعتق الكافر المقر بالله تعالى من مثله ومن المسلم إذا رجي بعته الخير واستجلا به إلى الاسلام، ونحو ذلك من المقاصد الجميله التي يمكن معها إرادته وجه الله تعالى. ويؤيده فعل على عليه السلام حيث أعتق ذلك العبد النصراني حيث علم أنه يترتب على عتقه استجلا به إلى الاسلام ولهذا أسلم.

وأما روايه سيف فهي ضعيفه السند بأبي حمزه البطائني مع أنها أخص من المدعى لأن موردها المشرك فلا يدل عليه بالعموم.

نعم، يمكن أن يستدل لهم على المنع بخبر صباح المزني عن ناجيه (١)

" قال: رأيت رجلا عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له: جعلت فداك إني أعتقت خادما

ص: ٢١٤

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ٩ وفيه " عليها غذا "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٧ ح ٣ وفيهما " ما فعلت الخادم؟ قال: حيه، قال: ردها إلى مملوكتها ". مع اختلاف يسير.

الوقف على قومه وعشيرته

لى وها أنا أطلب شراء خادم لى فما أقدر عليها، فقال: ما فعلت بالخادم؟ فقال:

بعته، فقال: ردها فى مملكتك ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم وتكونون

علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً". والمراد بالعارف هنا المؤمن أو

المستضعف لما يأتى من جواز عتقه.

وبخبر على بن أبى حمزه (1) وقد تقدم فى كتاب الوصيه " قال: سألت عبدا

صالحا عليه السلام عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين دينارا فلم يوجد

ما الذى سمى، قال: ما أرى لهم أيزيدوا على الذى سمى! قلت: فإن لم يجدوا؟

قال: فليشروا من عرض الناس ما لم يكن ناصيبا".

ولا ينافى هذا صحيحه على بن مهزيار عن أبى على بن راشد (2) " قال: قلت:

لأبى جعفر عليه السلام: إن امرأه من أهلنا اعتل صبى لها، فقالت: اللهم إن كشفت

عنه ففلا نه حره والجاريه ليست بعارفه، فأيهما أفضل جعلت فداك تعتقها أو تصرف ثمنها

فى وجه الله؟ قال: لا يجوز إلا عتقها " لاحتمال أن يكون المراد بغير العارفه المستضعفه

لصدقه عليها، ولا يستلزم سلب المعرفه النصب لأن نقيض الأخص أعم من نقيض الأعم،

والكفر إنما يستلزمه النصب، فلا تحصل المعارضه بين هذا الخبر وما تقدم لتعليق

المنع على النصب لأشعار خبر الأول لقوله عليه السلام " ما أغنى " إلى قوله " وغدا تكونون علينا ".

أما الأخبار التى احتج بها المجوز مطلقا فالعام منها مقيد بهذا الخاص،

وما دل على عتق على عليه السلام للنصرانى فلعلمه عليه السلام أنه يؤول له من ترغيبه فى

الاسلام ودخوله فيه.

وأما حديث قرب الأسناد فيمكن حمله على التقيه لمطابقتها لفتوى كثير منهم

ولأنه من مروياتهم.

ص: ٢١٥

١- (١) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ب ٧٣ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٦، الوسائل ج ١٦ ص ٧٤ ب ٦٣ ح ١.

فى جواز عتق ولد الزنا وعدمه

وأما دليل القول المفصل فقد عرفت أنه نفس الجمع بين الخبرين ولا دلاله

فى شئ من الخبرين على ذلك.

وأما الاستدلال بصحيحه على بن مهزيار فقد عرفت ما يرد عليها من قبولها

للتأويل، بل ينبغى أن يقال بالمنع فى النذر، والجواز فى غيره لقيام الدليل على

اشتراط الرجحان فى النذر سيما إذا كان المنذور العتق، ألا ترى إلى خبر على

ابن أبى حمزه الذى مورده بالوصيه قد أذن فى شرائه من عرض الناس حيث لا يوجد

المسلمه، واشترط أن لا يكون ناصيبا. فالأقوى إذا المنع من عتق الكافر وسيما

إذا كان مشركا أو ناصيبا وما أوهم الجواز يجب حمله على التقيه أو على ما لو

كان مستضعفا.

أما ولد الزنا فهو موضع خلاف لاختلافهم فى أن الأصل إسلامه لا كفره

إذا لم يظهر كلمه الكفره، والمشهور جواز عتقه على كراهه ما لم يظهر كلمه الكفر

أو يشرط أن يظهر كلمه الاسلام لما ثبت من التلازم الغالبى بين البغض لعلى عليه السلام

وبين كونه ولد زنا، والقول بعدم صحه عتقه بناء على كفره وإن أظهر الاسلام

للمرتضى وابن إدريس، والحق جواز عتقه إذا أظهر كلمه الاسلام بعد بلوغه،

وأما قبل ذلك فالأصل كفره، وقد جمعنا بين الأخبار فى كثير من مزبوراتنا.

ويدل على جواز عتقه صحيحه سعيد بن يسار (١) كما فى الفقيه عن أبى عبد الله

عليه السلام " قال: لا بأس بأن يعتق ولد زنا " .

ومثله خبره (٢) كما فى الكافى والتهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام مثله " .

وكذلك ولده لموثقه سعيد بن يسار (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى الرجل

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٦ ح ١.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢١٨ ح ١٣.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٤٨ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٦ ح ٢ وفيهما " فيولد لهما ولدا يعتق "

في اختلاف الأصحاب في وقوع الطلاق بالتخيير، والاختلاف الواردة في الباب

يكون عنده العبد ولد زنا فيزوجه الجارية فيولد له ولد يعتق ولده يلتمس به وجه الله؟ قال: نعم لا بأس فليعتق إن أحب. ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس فليعتق إن أحب."

وأما حديث " أن ولد الزنا لا ينجب " فهو لا يدل على كفره، فلا يجوز التمسك به في المنع لأن النجابه المنفيه مغايره للاسلام لغه وعرفا، وقد جاء نفى النجابه عن جماعه من آحاد المؤمنين ولو كان باعتبار صناعته كما جاء في الحايك أنه لا ينجب إلى سبعة آباء مثل ما ورد في ولد الزنا.

وجاء في خبر سعيد بن جناح (١) كما في الخصال رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام

" قال: سته لا ينجبون: السندی والزنجی والترکی والكردي والخوزی ونبك الرى " والخوزی أهل خوزستان والنبك المكان المرتفع، ويحتمل أن يكون إضافته إلى الرى بيانيه وفي بعض النسخ تقديم الباء على النون وهو بالضم أصل الشئ وخالصه.

وقد جاء فيهم أيضا أنه لا يدخل الايمان في قلوبهم كما جاء في خبر مطرق (٢) مولى معن كما في الخصال عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه قال: لا يدخل حلو الايمان في قلب سندی ولا زنجی ولا خوزی ولا كردی ولا بربری ولا نبك الرى ولا من حملته أمه من الزنا ".

وفي مرفوعه داود بن فرقد (٣) عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام " قال:

ثلاثة لا ينجبون: أعور يمين وأزرق كالفص ومولد السند ".

إلى غير ذلك من الأخبار الشاهده لمجامعه هذه الصفات المؤمن وإن لم يكن

-
- ١- (١) الخصال ج ١ و ٢ و ص ٣٢٨ ح ٢١ طبع مؤسسه النشر الاسلامى - قم.
- ٢- (٢) الخصال ج ١ و ٢ ص ٣٥٢ وفيه " الايمان قلب ". الخصال ج ١ و ٢ ص ١١٠ ح ٨٠ وفيه " أبى جعفر أو أبى عبد الله " ،
الوسائل ج ١٤ ص ٥٥ ب ٣١ ح ٣ وفيه " أعور عين " .

المسألة الرابعة: لو شرط المعتق في عتقه على المملوك شرطاً سائغاً وفيها فروع ثلاث

إيمانه كاملاً.

الرابعة: لو شرط المعتق في عتقه على المملوك شرطاً سائغاً من خدمه أو

غيرها لم ينافي القربه لزمه الوفاء به، وفاقاً للأكثر، فليزم العبد به.

أما لو شرط إعارته في الرق مع المخالفه فهو موضع خلاف، فالمشهور

أنه كذلك، وقيل: يبطل العتق لأنه اشتراط للاسترقاق ممن ثبت حرته. وقيل:

يبطل، بل قد نقل جماعه عليه الاجماع الشرط خاصه.

و يدل على الحكم الأول المستفيضه من النبويه وغيرها، ومنها الصحيحه

وغيرها (١) "المؤمنون عند شروطهم".

وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام " في

الرجل يقول لعبده: أعتقك على أن أزوجهك ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسريت

فعليك مائه دينار، فأعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرى، قال: عليه مائه دينار ".

ورواه في الصحيح عن يعقوب بن شعيب (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

رجل أعتق جارته وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل

فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا ".

وما رواه ابن بابويه في الصحيح عن أبي العباس البقباق (٤) عن أبي عبد الله

عليه السلام " قال سألت عن رجل قال: غلامى حر وعليه عماله كذا وكذا، قال: هو

حر وعليه العماله ".

وموثقه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: أوصى أمير

- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩ ح ٢١ وص ٧٥ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٣ ب ٤ ح ٣ و ٥ و ٧ وفيهما "المسلمون".
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١١ ح ١.
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٥ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ٢ وفيهما "كذا وكذا سنه".
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ١ وفيه "أبا نيزر"، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ١.

المؤمنين عليه السلام فقال: إن أبا نيروز ورباحا وجبيرا أعتقوا أن يعملوا في المال خمس سنين "

وموثقه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام بل صحيحته كما في التهذيب (٢) " قال: سألته عن رجل قال: غلامى حر وعليه عماله كذا وكذا سنه، قال: هو حر وعليه العماله "

وصحيحته الأخرى (٣) كما في الفقيه مثله، وزاد " قلت: إن ابن أبي ليلى يزعم أنه حر وليس عليه شئ، قال: كذب، إن عليا عليه السلام أعتق أبا نيروز وعياضا ورباحا وعليهم عماله كذا وكذا سنه ولهم كسوتهم ورزقهم بالمعروف فى تلك السنين "

وصحيحه إسحاق بن عمار (٤) وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه وغيره ويزوجه بابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده فى الرق، قال: له شرطه "

وصحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجهك جاريتى هذه، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك، فنكح أو تسرى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه " " قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام فى رجل أعتق مملوكه على أن يزوجه ابنته وشرطه عليه إن تزوج أو تسرى عليها فعليه كذا وكذا، قال: يجوز "

- ١- (١) فى الفقيه والتهذيب والوسائل "عن أبى العباس عن أبى عبد الله".
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٧ ح ٩٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ٢.
- ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٥ ح ٧ وفيه "أبا نيزر"، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ٣.
- ٤- (٤) الكافى ج ٦ ص ١٧٩ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٣ وليس فيهما "وغيره".
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٥ و ١٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١٢ ح ١ و ٢ وفيهما "فإن نكحت".

فيما لو ادعت المرأة الحريه فتزوجها الحر من غير علمه بفساد دعواها

وهل يشترط في لزوم الشرط على القول به قبول المملوك؟ قيل: لا، وهو

ظاهر اختيار المحقق، لأن المولى مالك العبد ومنافعه وله الضريبه عليه وهي

إلزامه بمال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمه أو مالا فقد فك ملكه عنه وعن

منافعه واستثنى بعضها فكان له ذلك.

وقيل - والقائل العلامه في التحرير -: ويشترط مطلقا لاقتضاء التحرير تبعيه

المنافع فلا يشترط شيئا منها إلا برضا المملوك.

وفصل العلامه في القواعد ما اشترط في اشتراط المال دون الخدمه. واختاره

فخر المحققين في شرحه على القواعد واستدلا على اشتراط قبوله في المال بما رواه

حريز (١) في الصحيح " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت

حر ولى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال فيقول له: لى مالك وأنت حر

إلا أن يرضى المملوك " فالمال للسيد، وفي وصفه الروايه بالصحه ونسبتها إلى

حريز نظر لأن حريز بن عبد الله السجستاني تأبى روايته هنا القبليه والبعديه، مع

مخالفته لما هو موجود في التهذيب لأن الراوى أبو حريز (٢) وهو غير موثق لأنه

واقفى فلا تكون الروايه من الصحيح، ومع ذلك فليست مما نحن فيه من شئ

لأن موردها مال العبد عند عتقه، لأنه لا يصير للسيد إلا باشتراطه حيث يكون

عالما به، وإذا كان غير عالما به فالمال للسيد كما جاء في عده أخبار معتبره، فعرفه

عليه السلام طريق الاشتراط بأن يكون سابقا على العتق لا من باب اشتراط المال في

مقابله عتقه أو مخالفته لشرطه كما علمت من الأخبار السابقه ومحل ذلك الخلاف.

- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٩٢ ح ١ وفيه " قال: يبدأ بالمال قبل العتق - برضا من المملوك ". التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ ح ٣٩ وفيه " أبي جرير قال: سألت أبا الحسن - برضا المملوك ". الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٥ وفيه " أبي جرير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام - برضا المملوك فإن ذلك أحب إلي ".
- ٢- (٢) وفي التهذيب " أبو جرير " .

فمن تلك الأخبار المشار إليها موثقه زواره (١) كما في الكافي والتهذيب والفقيه

عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إذا كان للرجل مملوك فأعتقه وهو يعلم أن له مالا ولم يكن استثنى السيد حين أعتقه المال فهو للعبد "

وصحيحه زواره وحسنه (٢) عن أحدهما عليهما السلام كما في الفقيه والكافي " في

رجل أعتق عبدا له وله مال، لمن مال العبد؟ قال: إن كان علم أن له مالا تبعه ماله وإلا فهو للمعتق " وزاد في الفقيه " وقال في رجل باع مملوكا وله مال: إن علم مولاه الذي باعه أن له مالا فالمال للمشتري، وإن لم يعلم البائع فالمال للبائع "

وخبره (٣) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبدا وللعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مالا تبعه ماله وإلا فهو له "

وصحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل أعتق عبدا له وللعبد مال وهو يعلم أن للعبد مالا فتوفي الذي أعتقه، لمن يكون مال العبد؟ يكون للذي أعتق العبد أو للعبد، قال: إذا أعتقه وهو يعلم أن له مالا فماله له وإن لم يعلم فماله لولد سيده "

وحيث كان مؤدى هذه الأخبار كما ترى وأنه لا يصير المال إذا كان معلوما للمولى إلا بالشرط عرفه طريقه الشرط ليصير ذلك المال له، فأمره أن يذكره

ص: ٢٢١

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٧، الوسائل ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٤ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٨ وفيه " عبدا له مال لمن مال العبد؟ - قال: إن علم مولاه " الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٢ و ٣.

- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٦ وفيه "أعتق عبدا له"، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٤.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ٦ وفيهما "أن له مالا - أ يكون".

لو أخذ مالا للمضاربه مع عجزه عنه

أولا فلا يمكن الاحتجاج به على هذه الدعوى، إذ لو كان كذلك لالتزم ذكره أولا قبل العتق كما هو مقتضى هذا الخبر، والعجب من غفله علمائنا عن مؤاده حتى احتجوا به لقول العلامة ومن تبعه.

وأعجب من هذا غفله السيد فى شرحه على النافع حتى قال بعد طعنه فى صحه الروايه: لكن لا بأس بالمصير إلى هذا القول اقتصارا فى الحكم بإلزام العبد شيئا لسيدته بدون رضاه على موضع اليقين.

فالحق لزوم ذلك الشرط مطلقا، سواء قدمه أو أخره، رضى به العبد أم لم يرض لاطلاق تلك النصوص.

أما الشرط الثانى وهو اشتراط إعادته فى الرق إن خالف وهو موضع الخلاف المتعلق بصحه العتق والشرط أو بطلانها معا أو صحه العتق خاصه وبطلان الشرط فالأخبار بالنسبه إلى هذه الأقوال كلها منتفيه سوى القول بصحتها لعموم المؤمنين عند شروطهم.

ولمعتبره إسحاق بن عمار (1) المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إن أغارها أن يرده فى الرق، قال: له شرطه ".

وقد ضعف المحقق هذه الروايه فى النكت لشذوذها وضعف سندها ومنافاتها لأصول المذهب.

وفيه نظر، لأن الخبر ليس بضعيف إلا من جهه رميهم لإسحاق بن عمار بالفطحيه ولم يثبت، وأما الشذوذ فلا معارض لها فى الأخبار بل عمل المشهور

عليها مع تأييدها ب " المؤمنون عند شروطهم " . أما ما استندنا إليه في البطلان
بأن صحه الشرط يستلزم عود من ثبت حرите إلى الرق وهو غير جائز ولا معهود

ص: ٢٢٢

١- (١) الكفى ج ٦ ص ١٧٩ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٣ وفيهما " إن هو أغارها " .

فى تقرب عدم وقوع الطلاق بالتخير بوجه

ففيه: أن هذه الكليه لم تثبت، وعلى تقدير ثبوتها فيجوز تخصيصها بالنص على

أنه لم يعتق عتقا مطلقا بل عتقا مشروطا بقيامه بالشرط، ومع المخالفه يعود فى

الرق كما جاء فى عتق المكاتبه المشروطه، وليس ذلك إلا من جهه الشرط.

وأما القول الثالث الذى هو مختار ابن إدريس وقواه فخر المحققين فى

شرح القواعد - وهو صحه العقد وبطلان الشرط - فوجهه: أن العتق مستكمل

الشرائط فتثبت صحته، وأما الشرط ففساده مختص به لأنه مخالف لمقتضى العتق،

إذ من شأن العتق الصحيح أن لا ينتقض وفساد الشرط لا يتعدى إلى العتق إلا بدليل،

كما ثبت فى كثير من شرائط النكاح والبيوع الباطله مع صحه الأنكحه والبيوع

كما تقدم فى كتاب البيع والنكاح لأنهما شيئان، ولا يلزم من فساد أحدهما لعارض

وهو مخالفته المشروع بطلان الآخر لأن بناء العتق على التغليب كما قررناه غير مره.

وبالجملة: أن المتبع فى هذا كله هو الدليل الخاص، ولا دليل من النصوص

لما سوى القول المشهور.

وأما ما وجهه ثانى الشهيدين فى المسالك بطلانهما معا بأن العتق مجردا عن

الشرط غير مقصود وبناء العتق على التغليب لا يدل على صحته من دون القصد

فهو من باب معارضه الدليل من الأخبار بالاعتبار.

تتمه

لو كان المشهور فى العتق خدمه زمان معين وأخل المعتق بالخدمه المشترطه

عليه تلك المده لم يعد إلى الرق بذلك الاخلال، وليس للمشروط له مطالبته

بالخدمه فى مثل ذلك المده للأصل وعدم كون الخدمه مثليا. وكذا ليس لورثته

إلزامه بالخدمة لو مات المعتقد المشتري لفوات الخدمة المعينه بالزمان.

وقد اختلفوا فى أنه هل تثبت مثل أجره الخدمة المشروطه للمالك أو ورثته؟ "

ص: ٢٢٣

الأول: نذر عتق أول مملوك يملكه فاتفق ملكه جماعه دفعه واحده

قال الشيخ فى نهايته وأتباعه وابن الجنيد: لا، لصحيحه يعقوب بن شعيب (١)

التي رواها المحدثون الثلاثة " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريتة و شرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا "

وقال ابن إدريس والمحقق والمتأخرون: إنه يجب عليه أجره مثل تلك

الخدمة لأنها حق متقدم بالمال فيثبت في الذمه قيمته وهو أجره المثل. وهذه

الروايات الصحيحه غير منافية لذلك لأنها إنما نفت مماثل الخدمة، ونحن نقول

به لأن مدة الخدمة المعينه قد فاتت وهى ليست مثليه حتى تلزم الخدمة فى مثلها

وإنما عليه أجره مثلها لأنها مستحقه عليه وقد فوتها عليهم، ونفى الاستخدام

لا يقتضى نفى الأجره الثانيه لهم عوضا عما فوت عليهم من الحق. وهذا حسن

وقد تقدم له فى أحكام المهور من النكاح ما يماثله كمن تزوج على تعليم سوره ثم

طلقها قبل الدخول وقبل أن يعلمها أو بعد أن علمها فإن المهر ينتصف هنا بنصف

أجره المثل على تعليمها.

ففى خبر زراره (٢) عن أبى جعفر عليه السلام كما فى الكافى والتهذيب " فى رجل تزوج

امراه على تعليم سوره من كتاب الله ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فبم يرجع

عليها؟ قال: بنصف ما يتعلم به تلك السوره "

وهاهنا فروع

الأول: لو نذر عتق أول مملوك يملكه فاتفق ملكه جماعه دفعه واحده

فلا كلام فى صحه النذر للدليل، وإن كان المنذور مبهما فإنه جائز فيه كما يجوز

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١١ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٤ وفيه "على سورة - فيما - يعلم به مثل"، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٣٨ وفيه "بم يرجع"،
الوسائل ج ١٥ ص ٢٧ ب ١٧ ح ١.

الجمع بين الأخبار الواردة في المقام

نذر العين الأصل والنصوص.

ثم إنه إن اتفق ملك واحد ببيع أو هبه أو ميراث أو غيرها من الأسباب عتق، وهل يشترط في عتقه أن يملك آخر بعده؟ وجهان، بل قولان مبنيان من أن الأولويه من الأمور النسبيه التي تقتضى أمرين: أحدهما ثبوتى وهو سبقه لغيره، والآخر عدمى وهو عدم سبق غيره له، وعلى الشك في اقتضائه الأمر الأول عرفاً، والأظهر عدم الاشتراط وإن ملك جماعه كما هو فرض المسأله المذكوره ثم ملكهم دفعه واحده، ففيه أقوال:

أحدها: لزوم عتق واحد منهم ويخرج بالقرعه، أما لزوم العتق فالمقتضى النذر لوجود شرطه، فوجب الوفاء به لأن الأوليه موجوده فى كل واحد منهم لأنه بملكه الجماعه صدق أنه ملك واحد لأنه من جمله الجماعه. وأما إخراجه بالقرعه فلانتفاء الأوليه عن أحدهم، ولصحيحه الحلبي (١) التي مر ذكرها عن الصادق عليه السلام " فى رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم ويعتق الذى يخرج سهمه ". وهذا مختار الشيخ فى النهايه وقبله الصدوق وجماعه.

ومثل صحيحه الحلبي خبر عبد الله بن سليمان (٢) " قال: سألته عن رجل قال:

أول مملوك أملكه فهو حر، فلم يلبث أن ملك سته، أيهم يعتق؟ قال: يقرع بينهم ثم يعتق واحد ".

وربما استشكل انعقاد النذر هنا لأنه إنما تعلق بعتق مملوك واحد يصدق عليه أنه أول، فإذا ملك جماعه لم يوجد الشرط.

وفيه: أن الأوليه صادقه مع الوحده والتعدد إلا أنها هنا محتمله التعلق

ص: ٢٢٥

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٧ ح ١ وفيهما " ويعتق الذي قرع ".
٢- (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٢ وفيهما " واحدا ".

تفريعات على القول بالتخيير

بكل واحد منهم، ولهذا حكم الشارع باستخراجه بالقرعه ليعلم ما عند الله فيما هو متساو بحسب الظاهر.

وقال ابن الجنيد: يتخير الناظر مع بقائه وقدرته إلا فالقرعه. واختاره

الشيخ في التهذيب والمحقق في نكت النهاية.

واستدل عليه في التهذيب بما رواه عن الحسن الصيقل (1) وكذلك الصدوق

في الفقيه " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو

حر، فأصاب سته، فقال: إنما كان لله عليه واحد فليتخير أيها شاء فليعتقه "

فأجاب عن روايه القرعه بالحمل على أن ذلك هو الأولى والأحوط وإن

كان التخيير جائزا.

واستجوده السيد في شرح النافع لو تكافأ السندان لكنه قال: إن روايه

القرعه صحيحه السند وفي طريق هذه الروايه عده من الضعفاء فلا تصلح لمعارضه

تلك الروايه. وكأنه - قدس سره - أراد بالضعف ما يشمل إهمال الحال، وإلا

فليس في طريقها من حكم بضعفه سوى إسماعيل بن يسار الهاشمي، وإلا فعبد الله

ابن غالب الذي هو في طريقها الظاهر أنه الأسدي الشاعر أخو إسحاق بن غالب

وهو ثقة، وأما الحسن الصيقل راويها فهو مهمل ولم يكن مقدوحا عليه، هذا

إن لم يكن متحدا بالعطار أو الضبي، وإلا كان ثقة فلم تتعدد الضعفاء فيها كما ترى.

ولهذا قال جده في المسالك: وهذه - يعني روايه الصيقل - ضعيفه السند

فإن في طريقها إسماعيل بن يسار وهو ضعيف والحسن الصيقل مجهول الحال.

فكان على السيد متابعه جده في هذا القدر والتحرز عن هذه العبارة الموهمه، وكأنه

- قدس سره - لم يراجع كلام جده هنا كمال المراجعة.

ص: ٢٢٦

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٩٢ ح ٢ وفيه "إنما كانت نيته"، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥ وفيه "إنما كان نيته"، الوسائل ج ١٤ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٣ وما في المصادر "نيته على واحد فليختر أيهم".

الثانى: لو نذر عتق أول ما تلده أمته وكان ما تلده مملوكا له فولدت توأمين

ومع هذا كله فالروايه الناطقه بالقرعه المؤيده بخبر عبد الله بن سليمان

- وقد مر ذكره - وهذه الروايه لا مؤيد لها، فحملها على تعذر القرعه حسن

وعند إمكانها فلا تخيير.

وأما الجمع بينهما بالاستحباب كما فعله العاملون بهذه الروايه الضعيفه

بحمل صحيحه الحلبي على الاستحباب ففيه نظر، لعدم التكافؤ فى العدد والسند،

فالعامل بها متعين لعدم المعارض فى الحقيقه، وتحمل هذه الضعيفه على ما قلناه

من تعذر القرعه، ويمكن حملها على التقيه لعدم اعتبار القرعه عند هم وإن رووها

فى صحاحهم لأنهم خصوا جوازها بزمن النبى صلى الله عليه وآله. وقد ذهب ابن إدريس إلى

بطلان هذا النذر من أصله لعدم تحقق محله لأنه لا يتحقق إلا مع الوحده، لأن

من يملك جماعه فى أول وهله لا أول لها لينعقد نذره، وقد عرفت الجواب عنه.

واحتمل العلامه فى القواعد حريه الجميع لتحقيق الأوليه فى كل واحد،

كمن قال من سبق فله عشره، ثم ضعفه بوجود الفرق بين الصيغتين بأن " من "

لعموم و " مملوك " للخصوص لأن المراد منها حال الايجاب فردا بعينه.

وقال شهيد الدروس: إنه لو أراد بمملوك الجنس ملغى فيه اعتبار الفرديه

ساوى " من " فى الحكم والعموم، وهو مشكل، لأن الجنس يتحقق بالواحد فلا يعتق

ما عداه، بخلاف " من " فإنها فى اللفظ موصوله وهى من صيغ العموم. ولو عبر فى هذا

النذر بصيغه الموصول بأن يقول أول ما أملكه من المماليك فهو حر وجب عتق

الجميع بغير إشكال.

الثانى: لو نذر عتق أول ما تلده أمته وكان ما تلده مملوكا له فولدت توأمين

عتقا جميعا، والوجه في ذلك أن " ما " في " ما تلده " موصولة فتتناول الجميع بخلاف

لفظ المملوك في المسألة السابقة فإنه نكره في الإثبات فلا تعم.

ويدل عليه من الأخبار خبر عبد الله بن الفضل الهاشمي (١) عن أبيه رفعه " قال:

ص: ٢٢٧

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣١ ح ١.

استدلال القائلين باستمرار الولايه عليها في الدائم دون المنقطع

قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل نكح وليده رجل أعتق ربها أول ولده تلده فولدت توأما، فقال: أعتق كلاهما "

لكن مورد الروايه كما ترى إنما هو النكره في سياق الاثبات. وظاهر كلام جملة من المتأخرين اعتبار عتقهما معا متوقف على التعبير بالموصول، وأنه لو تعلق النذر هنا بأول ولد تلده المرأه لم يتناول المتعدد وكأنهم لم يلتفتوا إلى هذا النص إما لعدم الوقوف عليه أو لضعفه بالارسال ومخالفته للقواعد.

وفيه نظر، لأن التوأمين إن دخلا في الأوليه لتنزيلهما منزله الولد الواحد فلا إشكال في صدق الأوليه عليهما، وإن نظر إلى كونهما متعددين تعلق العتق بمن تلده أولا، وإن خرجا دفعه أو اشتبه حاله فالمحكم فيه القرعه أو التخيير في المسأله الأولى، فالحق اتباع النص في ذلك.

وقد حكم بعتقها معا إما لصدق الأوليه عليهما معا أو لأنهما بمنزله الولد الواحد.

وقد اعتبر جماعه من المتأخرين في عتقهما معا عند التعبير ب " ما " الوارده دفعه واحده، وإن كان نادرا قالوا: إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأول.

وأطلق الأكثر الحكم من غير تقييد بالدفعه تبعا لاطلاق الروايه المذكوره.

قال ثانى الشهيدين في المسالك بعد نسبه هذا الكلام إلى الأكثر: وهو

حسن لو صلحت الروايه لاثبات الحكم، وهذا ظن منهم بأن التعبير وقع فيها بلفظ " ما " ولم نقف عليها كذلك.

هذا كله إذا ولدت الأول حيا وإلا عتق الثانى لأن الميت لا يصلح للعتق

ونذره صحيحا يدل على موته التزاما وقيل: يبطل هنا لفوات متعلقه. ولو
ولدته مستحقا للعتق كالمقعد والأعمى فالوجهان، وأولى بعدم عتق الثاني هنا
لصلاحيه الأول العتق، غايه الأمر اجتماع سببين لعتقه، وهذا غير مضر. أما
لو قال في نذره " أول حمل " عتق التوأمان مطلقا بغير إشكال الحمل اسم

ص: ٢٢٨

الثالث: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال نعم

التوأمين معا.

الثالث: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال:

نعم لم ينعق بهذا الاقرار إلا من سبق عتقه وإن كان ظاهر الصيغه العموم.

والأصل فى هذه المسأله موثقه سماعه (١) كما رواه شيخ التهذيبن " قال:

سألته عن رجل قال لثلاثه مماليك له: أنتم أحرار وكان له أربعة، فقال له رجل

من الناس: أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم أوجب العتق للأربعة حينئذ جميعهم؟

أو هو للثلاثه الذين أعتق؟ فقال: إنما يجب العتق لمن أعتق " .

وقد رواها الصدوق (٢) أيضا من الموثق، وهى مستند المشهور.

والظاهر أن مرادهم لا ينعق فى نفس الأمر إلا من سبق عتقه لأن قوله

" نعم " فى جواب ذلك السؤال لا يكفى فى حصول العتق. أما فى الظاهر فالحكم

مشكل لأنه يجب عليه الحكم بعتق الجميع لأن قوله " نعم " عقيب الاستفهام

عن عتق عبيده الذى هو جمع مضاف مفيد للعموم، فيفيد الاقرار بعتق جميع عبيده.

ويمكن أن يكون الاستفهام عن عبيده الذى سمع المستفهم بعتقهم فتكون الإضافه

عمديه فيلغى العموم عنها، فلا يدخل فى الظاهر والواقع إلا من أجرى العتق عليهم

لأن الاقرار إنما يجرى على الظواهر عموما وخصوصا حيث يجرى عن القرينه وإلا

فعند وجودها فلا يحكم إلا بما دلت عليه.

وبهذا اندفع ما أورده ثانى الشهيدين فى المسالك من البحث والاشكال حيث

قال: وفى هذا الحكم بحث، وفيه على إطلاقه إشكال، لأن الحكم إن كان جاريا على

ما فى نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقرارا بالعتق ظاهرا فالحكم كذلك، ولا

فرق فيه بين كون من أعتقهم بالغين حد الكثرة أو عدمه، فلو كان قد أعتق واحدا منهم وعين بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه، لأن الاقرار ليس من الأسباب

ص: ٢٢٩

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٢.

إن الأب والجد متى كانا متصفين بشرائط الولايه فهل الولايه لهما أو لها؟

الموجه لانشاء العتق فى الحال وإنما هو إخبار فيما سبق، فلا يصح إذا لم يكن [له] مطابق

[فى] الخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضائه، فما كان وقع عليه العتق انصرف

إليه وغيره يبقى على أصل الرق، قليلا كان أم كثيرا.

وإن كان جاريا على ظاهر الاقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع ممالিকে،

لأن " مماليك " جمع مضاف وهو يفيد العموم، و " نعم " يقتضى تقرير السؤال وإعادته

فيكون إقرار بعق الجميع، والروايه قاصره عن إفاده قصر الحكم على ما فى نفس

الأمر وإطراح الاقرار ظاهرا من حيث إنها مقطوعه ضعيفه السند، إلا أن الشيخ

لا يراعى فى علمه تصحيح الروايه خصوصا فى النهايه، وتبعه الجماعه زاعمين

انجبار الضعف بالشهره بل بصيغه جمع الكثره، فكيف ينصرف الاقرار إلى ما أعتقه

خاصه وتحصل المطابقه بين عتقه لواحد وبين قوله عتقت مماليكى.

ولأجل ذلك استقرب العلامه فى القواعد اشتراط الكثره فى المعتق ليطابق

لفظ الاقرار، والاشكال فيه أقوى من الاطلاق لأنه لا يجرى على الظاهر ولا على

ما فى نفس الأمر.

أما الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الاقرار عتق الجميع من حيث إن

" مماليك " جمع مضاف وقد أقره بالاقرار به.

وأما فى نفس الأمر فلأن العتق لم يقع فيه إلا على من باشر عتقه خاصه،

وصيغه الاقرار ليست من الأسباب المسببه لعتق باقى العدد المعبر فى الكثره منه

لما وقع عليه العتق.

واعتذر له ولده فخر الدين - رحمه الله - بأنه إذا أعتق ثلاثه من ممالিকে

يصدق قوله هؤلاء ممالكي حقيقه. فإذا قيل له: أعتقت ممالكك؟ فقال: نعم

وهو يقتضى إعادته السؤال وتقريره، فيكون إقراره بعتق الممالك الذين انعتقوا

فلا يلزمهم لأصالة البراءة، ولأن الإقرار إنما يحصل على التحقيق والتميقن

لا على ما فيه احتمال.

ص: ٢٣٠

حكم متعه الصغيره

ثم قال: وهل يشترط فى الاقتصار على كثيره بحيث يصدق عليه الجمع حقيقه
أم لا؟ قولان ومنشأهما: أن اللفظ إنما يحمل على الاقرار على أصل الحقيقه
ومن حيث أصل البراءه ومن جواز التجوز به، فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد
على الاشتراط ويلزم بعق ما يصدق عليه الجمع، ويكون فى الباقي كالمشبهه، ثم
جعل هذا البحث مبتنيا على الحكم بمجرد الاقرار ظاهرا، أما البحث عما فى نفس
الأمر فلا ينعق إلا ما وقع عليه العتق.

ثم قال - قد سره - بعد انتهاء الكلام إلى هذا المقام من كلام العلامة وابنه:
وفيه نظر من وجوه:

الأول: ظهور الفرق بين المتنازع فيه وهو قوله "أعتقت مماليكى" الذى
هو مقتضى قوله "نعم" جوابا لمن (1) "أعتقت مماليكك" وبين قوله عن ثلاثه
من مماليكه "هؤلاء مماليكى وإن اشتركا فى صيغه العموم، لأن لفظ العموم
يستغرق ما يصلح له ويدخل فيه دون غيره، فقوله "أعتقت مماليكى" يصلح الجميع
من هو داخل فى ملكه وإن بلغوا ألفا فيتناولهم العموم، وقوله "هؤلاء مماليكى"
إنما يتناول المشار إليهم دون غيرهم فلا يلزم من صدق قوله عن الثلاثه هؤلاء
مماليكى اختصاص الحكم بعق الثلاثه إذا قال أعتقت مماليكى الدال بلفظه
على الجميع.

الثانى: قوله "فيكون إقرارا بعق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم"
لا يتم إلا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فقد وجد الاقرار بالعتق الدال
بالوضع على الجميع فلا يختص بالبعث، وبهذا يقطع أصل البراءه، وقد اعترف

بأن الحكم مبنى على الظاهر لا على نفس الأمر حينئذ.

الثالث: قوله " إن الاقرار إنما نحمله على التحقيق والتمتق في نفس الأمر

لا على ما فيه احتمال " إن أراد به المتيقن بحسب مدلول اللفظ فمسلم، لكن لا

ص: ٢٣١

١- (١) والصحيح " لمن قال " .

سقوط اعتبار رضا الولي إذا عضلها عن النكاح

ينفعه في الاقتصار على الثلاثة لأن مدلول اللفظ والمتيقن منه يتناول لجميع ممالئكه بالنظر إلى عموم لفظه الاقرار، وإذا أراد المتيقن في نفس الأمر ويبقى المحتمل خروجه وإن دل عليه لفظ الاقرار فظاهر فساده لأن الانسان مؤاخذ بما دل عليه لفظه وإن احتمل في نفس الأمر براءته منها. وكذا لو قال أعتقت عبدي ولم يكن أعتق أحد منهم فإنه يؤخذ بإقراره ويحكم عليه بعتق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم.

الرابع: ترتيب الخلاف في الحكم على عتق واحد خاصه أو أقل الجمع

على الظاهر مع وجود اللفظ الدال على الجميع، والعموم غير مطابق، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعتق الجميع أو الجمع.

أما الاختصار على الواحد فلا يقتضيه اللفظ بوجه، ولا يقول أحد بأن من

أقر بشئ بصيغه الجمع فضلاً عن العموم يلزم واحد خاصه، وإنما الخلاف في

حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثة فصاعداً، أما على الواحد فليس محل نظر أصلاً.

ثم قال: والحق في هذه المسألة العمل بالظاهر والحكم بعتق الجميع

نظر إلى مدلول لفظه قوله، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحكم عليه إلا بعتق

من أعتقه خاصه ولا يزيد عنه إلى أقل الجمع ولو كان أقل منه قطعاً.

نعم لو دلت القرائن على أنه لا يريد باللفظ مدلوله كما لو مر على عشار

وأراد أن يأخذ عليهم مظلمه فأقر بذلك مع ظاهر إرادته بخلاف مدلول لفظه

اتجه عدم الحكم عليه به ظاهراً كما لا يحكم به باطناً.

وعليه دلت روايه الوليد بن هشام (١) " قال: قدمت من مصر ومعى رقيق

فمررت بالعاشر فسألني فقلت، هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة فدخلت على

أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعشار، فقال لي: ليس عليك شيء". فلم يحكم

عليه السلام بظاهر إقراره، وأقره على ما في نفس الأمر.

وكذلك الرواية السابقة ظاهره في إرادته ما في نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه السلام

ص: ٢٣٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧ ح ٤٨، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح ١.

فيما لو تزوجت الحره بالعبد الغير المأذون له في التزويج

" إنما يجب العتق لمن أعتق " إلى هنا كلامه - قدس سره - .

وفيه نظر من وجوه: أما (أولاً) ففي قوله " والروايه قاصره عن إفاده أصل

الحكم " إلى قوله " زاعمين انجبار الضعف بالشهره " لأن الروايه لا تصور فيها

بل هي واضحه فيما قلناه من قصر الحكم على ما في نفس الأمر، وليس فيها إطراح

للاقرار لأنه أقر بما استفهم عنه السائل المطلع على ما أعتقه من الاقرار، وأراد

بهذا السؤال معلوميه ما أخبر به بالاستظهار عليه من جهته فيكون بمنزله المثال

الذي ذكره العلامة، فالصيغه وإن كانت من صيغ العموم إلا أن القرينه

خصصتها وجعلت إضافتها عهديه كما أن اسم الإشاره في قوله " هؤلاء ممالكي "

مشيرا بها إلى ما أعتقه من الثلاثه صار مخصصا لهذه الصيغه.

(وثانيا) بأن الروايه لا قطع فيها ولا إرسال لأنها من باب الاخبار، وقد

أسمعناك فيما سبق أن هذا الاضمار إنما وقع على معين وهو المسؤول عن الأئمه

عليهم السلام في صدر الأسئلة، وإنما نشأ الاضمار من اقتطاع الأخبار بعضها من بعض،

وكذلك ليس مقدوحا عليها بالضعف كما زعمه، لأنها بالاصطلاح الجديد من الموثق

لأن رجاله ثقات إلا أنهم غير إماميين، وأما على طريقه القدماء فليس ببعيد أن

تكون من الصحيح لأن مدار الصحة عندهم على القرائن لا على وثاقه الرجل

وكونه إماميا كما يعلم من طريقه الشيخ بل من تأخر عنه كالمحقق كما مضى

الكلام عليه من قريب.

(وثالثا) في قوله " بل بصيغه جمع الكثره، فكيف ينصرف الاقرار إلى ما أعتقه

خاصه فتحصل المطابقه " إلى قوله " ولأجل ذلك استقرب العلامه في القواعد " لأن

جموع الكثره وصيغها لا تحمل على ذلك الاصطلاح الخاص فى الأقرير ولا فى الوصايا

لابتداء هذه الأحكام على العرف العام، وقد حقق هو هذا الحكم فى كثير من المسائل

فى الكتاب وغيره، فإن قاعده جمع الكثره والقله غير معتبره وإنما هما مشتركتان

فى القله والكثره نعم الخلاف إنما وقع فى تحديد القله من كونها ثلاثه أو اثنين.

ص: ٢٣٣

الآخبار الداله على وقوع الطلاق لو فسر الطلقه باثنين أو ثلاث ونقل قولين فى المسأله

وأما (رابعاً) فلأن قوله فى الاعتراض على العلامه من ظهور الفرق بين

المتنازعين فيه وهو قوله "أعتقت مماليكى" الذى هو مقتضى قوله "نعم" جواباً لمن

قال "أعتقت مماليكك" وكذا قوله "فدخل فيه دون غيره" لأن هذا الفرق غير

ظاهر فيما نحن فيه، لأن كلا من الصيغتين من صيغ العموم وجموع الكثره، وإنما

ادعى الفرق بينهما بحصول التخصيص فى الثانيه دون الأولى. وأنت قد عرفت أنه

لا فرق بينهما لوجود القرينه فى كل منهما

. نعم، أن استدلالهم على هذا الحكم فيما لو كان المعتوق واحداً أم اثنين

بهذه الروايه فى غير محله، لأنها إنما تدل على أن موضع هذا الحكم فيما

لو كان المعتوق ثلاثه فصاعداً ويكون المملوك أكثر عنه عدداً فينصرف المقر به

وإن كان بصيغه العموم الشامله لجميع لأفراد إلى ما وقع عليه العتق خاصه،

لكن بشرط أن لا ينقص عن الثلاثه ليتطابق الظاهر والواقع بعد تخصيص الظاهر.

بالقرينه، وهذا الذى قصده العلامه - قدس سره - ووجه به ابنه كلامه فى الجمله.

فالواجب قصر هذا الحكم على مدلول الروايه وموردها، وقد عرفت البحث

أن موردها الثلاثه فلا يجرى فيما لو كان المعتوق واحد أو اثنين، لأن تخصيص

صيغه الجمع التى ظاهرها العموم وإرجاعها إلى الواحد من المجازات البعيده التى

لا يصار إليها إلا فى مواضع نادره كقولهم "بنو فلان قتلوا زيدا" وإنما قتله واحد

منهم أو عند قصد التعظيم كآيه "الذين يؤتون الزكاه وهم راكعون" (1) حيث نزلت

فى على عليه السلام. وبهذا يتبين لك وجه النظر فى الوجوه التى تنظر بها على الشيخ

والعلامه.

والعجب منه أنه قد ذكر في آخر كلامه أنه لو دلت القرائن على أنه

لا يريد باللفظ مدلوله كمرور المالك على العاشر وإقراره بأن ممتلكه أحرار

حذرا من المظلمه فيلغى ذلك الاقرار ويعتمد على القرائن ونفس الأمر، ويلغى

ص: ٢٣٤

١- (١) سورة المائده - آيه ٥٥.

المسأله الخامسه: لو نذر كل عبد قديم أو أوصى بعته كذلك

الاقرار بالمره، ويمنع ذلك فى الروايه التى هى مورد هذا الحكم مع اشتمالها على تلك القرينه.

ولهذا قال فى آخر كلامه " وكذلك الروايه السابقه ظاهره فى إرادته ما فى نفس الأمر ". نعم فى قوله " لا الظاهر " نظر لأن الظاهر هنا مطابق لما فى نفس الأمر حيث إن السؤال مخصص للجواب وصارف الإضاافه عن الاستغراق إلى العهديه كما سمعت، فبطلت هذه المناقشات و المؤاخذات من أصلها.

الخامسه: لو نذر كل عبد قديم أو أوصى بعته كذلك انصرف إلى من مضى عليه من ملكه سته أشهر فصاعدا كما ذكره الشيخ فى النهايه وتبعه عليه جماعه من المتأخرين، حتى ابن إدريس الذى من شأنه القدح فى أخبار الآحاد والرد لها، وما ذاك إلا لصحه هذا المستند عنده.

والأصل فى هذا الحكم خبر داود النهدى (١) عن بعض أصحابنا " قال: دخل

أبو سعيد المكارى على أبى الحسن الرضا عليه السلام " وساق الحديث إلى أن قال: فقال

له: رجل قال عند موته كل مملوك لى قديم فهو حر لوجه الله، قال: نعم

إن الله يقول فى كتابه " حتى عاد كالعرجون القديم " (٢) فما كان من مماليكه أتى

له سته أشهر فهو قديم حر "

ورواه الشيخ بهذا الاسناد كما فى الكافى (٢) وبإسناد آخر لا يخلو عن شائبه

الارسال أيضا.

ورواه فى عيون أخبار الرضا عليه السلام (٣) بطريق معتبر " قال: دخل أبو سعيد

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٦٨ وفيه " فقال: رجل"، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٠ ح ١.
- ٢- (٢) سورة يس - آيه ٣٩.
- ٣- (٤) عيون أخبار الرضا ج ١ ص ٢٣١ طبع قم، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٠ ح ١.

(البحث الثالث) في المكاسب المباحة وهي ما عدا الامرين المتقدمين في البحثين الأول والثاني

المكارى " وذكر الحديث.

ورواه المفيد في إشاره (١) مرسلًا: قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل

أوصى فقال: أعتق عنى كل عبد قديم فى ملكى فلما مات لم يعرف الوصى، بم

يصنع؟ فسئل عن ذلك فقال: يعتق عنه كل عبد فى ملكه ستة أشهر، وتلا قوله

تعالى " والقمر قدرناه منازل حتى عاد كالعرجون القديم " وقد ثبت أن العرجون

إنما ينتهى بالشبه بالهلال فى تقوسه بعد ستة أشهر من أخذ الثمره منه "

والروايات الأولى كما ترى قد اشتملت على لفظ " المملوك " الشامل للذكر

والأنثى ولكن الشيخ عبر بلفظ " العبد " وتبعه من تأخر عنه. حتى أن العلامه

فى القواعد استشكل الحكم فى الآيه، وأورد عليه ولده فى الشرح الموسوم

بالايضاح بأن فى خبر أبى سعيد المكارى كل مملوك وهو يتناول الأمه فىكون

منصوفا عليها.

ثم أجاب عنه بأن المصنف - يعنى والده - لم يستند فى قوله إلى هذه

الروايه بل إلى إجماع الأصحاب وهو بلفظ العبد، وفيه ضعف لأن المسأله لم تكن

إجماعيه، لأن كثيرا من العلماء كابن الجنيد والصدوق وسائر لم يتعرضوا لها،

وإنما الأصل فيها الشيخ وطريقه فى النهايه الاستناد إلى مجرد الروايات من غير

بحث عن طرقها أو ندورها كما هو المعلوم من عادته، ولكن اتباع ابن إدريس

له مع تصلقه (٢) فى الأخبار حملهم على شبهه الاجماع، حيث إنه لا يعتمد على أخبار

الآحاد مطلقا، فعلمه بمضمونها مما يدل على فهمه أنه مجمع عليه. هذا أقصى

ما أمكن أن يوجه به كلامهم.

وأنت قد عرفت من الأخبار التي أوردناها في هذه المسألة بعضها بلفظ " المملوك "

ص: ٢٣٦

١- (١) ارشاد المفيد ص ١١٨ طبع بيروت، الوسائل ج ١٦ ص ٤١ ب ٣٠ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) كذا، ولعله " تصلبه " .

المسأله السادسة: لو نذر عتق أمته أن وطأها فخرجت عن ملكه

وبعضها بلفظ " العبد " وفي إطلاق كل من اللفظين على آخر في أماكن متعدده داله على أنهما مترادفان، وأنه في مقام التعميم والكلية يعتبر فيه تغليب الذكر على الأنثى، فالأمة داخله على التقديرين، والفرق تحكم وإن كان العموم في المملوك أظهر وأشهر.

واعلم أن المتأخرين اختلفوا في تعدى هذا الحكم من النذر الوصيه بالملك إلى النذر بالصدقه بالمال القديم، وكذلك في الاقرار وإبراء كل غريم قديم ونحو ذلك، لشبهه أن القديم من الحقائق الشرعيه في ذلك القدر فيتعدى معتضدا بتعليل الروايه واستدلالها بقوله " حتى عاد كالعرجون القديم " فإنه يقتضى ثبوت القدم بالمده المذكوره مطلقا ومن معارضه اللغه والعرف ومنع تخصيصه شرعا لضعف المستند العاجز عن إثبات الحقائق الشرعيه وقصر الاجماع المدعى لو تم على مورده، وهذا هو الأقوى.

ولو قصر الجميع عن سته أشهر ففي عتق أولهم تملكا اتحد أم تعدد، وبطلان النذر وجهان، وعلى الصحه لو اتفق ملك الجميع دفعه ففي انعتاق الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان أيضا، والأقوى الرجوع في غير موضع النصوص والوفاق المدعى من العرف، فإن لم يدل على اتصاف شئ من متعلق النذر بالقدم بطل اتباعا للنصوص المخرجه هذا اللفظ عن حقيقته اللغويه والعرفيه إلى الحقيقه الشرعيه، وهو قصره على المماليك من عبد أو أمه في النذور والوصيه، وفيما سواها فليس إلا القواعد اللغويه والعرفيه.

الساده: لو نذر عتق أمته إن وطأها فخرجت عن ملكه انحل النذر واليمين

وإن عادت له بملك مستأنف كما هو مجمع عليه بين الإصحاب.

وأما المستند في ذلك من الأخبار فهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم [\(١\)](#).

ص: ٢٣٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٥٩ ح ١ وفيهما " عن " محمد - عن ملكه " مع اختلاف يسير.

الأقوال الأربعة في تحقق ملك العامل

عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن الرجل تكون له الأمه فيقول يوم يأتيها فهي حره، ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها قد خرجت من ملكه " .

وأورد على هذا الاستدلال بعدم صراحتها في نذر العتق المعلق على الوطاء شكرا أو زجرا، بل الظاهر منها أن العتق وقع معلقا على شرط في غير النذر، وقد عرفت أن هذا مما يفسد العتق لاشتراط التنجيز فيه، لكن الأصحاب حملوها على النذر صرفا لهذا العتق المعلق على شرط إلى ما يصححه وهو النذر. وحملها ابن إدريس على ما إذا تعلق النذر بوطنها وهي في ملكه، ولا ريب في انحلال النذر بخروجها عن ملكه بهذا التقدير، كما أنه لا إشكال مع إطلاق النذر، ولا يبعد مساواته لصوره التعميم.

وفى تعدى حكمها إلى غير الأمه أو إلى التعليق بغير الوطاء وجهان بل قولان: من مخالفتها للأصل حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر، لأن غايته صيرورتها أجنبيه منه والنذر يصح تعلقه بالأجنبيه كندر عتقها إن ملكها وهي في غير ملكه ابتداء كما تقدم في نظائره. ومن حيث الايماء في الروايه إلى العله بقوله " قد خرجت عن ملكه " وذلك موجب للتعدى إلى ما يوجد فيه العله المنصوصه.

والأقوى الأول لأن هذه العلل ليست حقائق حقيقه وإنما وضعت تقريبا للأفهام وإلجاما للعوام.

لكن في هذه الروايه على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرف

للمالك في المال المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، وفيه خلاف مشهور،
وموضع الحكم بانحلال النذر ما إذا لم يعمم نذره ولو بالنذر ما يشمل الملك العائد،
وهذه الرواية مما تفردت بهذا الحكم حيث لم يكن في الباب سواها على ما بلغنا.
نعم هي من مرويات الفقيه والتهذيب، وفي كليهما من الصحيح.

ص: ٢٣٨

المسأله السابعه: من أعتق بعض المماليك وله مال بناء على أن المملوك يملك شيئاً

السابعه: من أعتق من المماليك وله مال بناء على أن المملوك يملك شيئاً

فى الجمله كما هو مذهب المشهور، لا كما زعمه ثانى الشهيدى فى المسالك من

أن الأكثر على العدم فهو للمولى سواء أعتق أم بقى على الرقيه ما لم يعلم أن

أصله من جهه خارجه.

ثم إنه على القول بجواز ملكه حيث يعتق وكان بيده مال فهو له، فإن علم

به المولى ولم يستثنه وإلا فهو للمولى، وقد قدمنا لك جملته من المعبره فى بيان

اشتراط المولى على العبد شيئاً من الشرائط حاله عتقه.

فمن تلك الأخبار صحيحه زواره (١) عن الباقر عليه السلام " قال: سألته عن رجل

أعتق عبدا له وللعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مال تبعه وإلا

فهو له "

وفى روايه أخرى عن زواره (٢) أيضا وقد تقدمت عن أبى عبد الله عليه السلام " قال:

إذا كاتب الرجل مملوكه وأعتقه وهو يعلم أن له مالا ولم يكن استثنى السيد

المال حين أعتقه فهو للعبد "

وقد توقف العلامه فى المختلف مع حكمه بعدم ملك العبد نظرا إلى صحه

هذه الروايه.

وفى الاستدلال بهما نظر، لأن (الأولى) وإن صح طريقها على الاصطلاحين

القديم والحديث إلا أنه ليس فيها ذلك الحكم مع استثناء المولى يكون له، بل

أطلق فيها أنه مع علمه بالمال ولم يستثنه فيكون للعبد.

(والثانيه) وإن دلت على الحكم المدعى فى القول لكن فى طريقها عبد الله بن

بكير وحاله مشهور لانتسابه إلى الفطحيه، لكن قد نقل الشيخ إجماع العصابه على

ص: ٢٣٩

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٤ وفيهما " سألت أبا جعفر عليه السلام " مع اختلاف يسير.
٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٤ ح ١ وفيه " أو أعتقه " .

اختلاف الأصحاب في ولاية الوصى عن الأب أو الجد لتزويج الصغيره

تصحیح ما یصح منه وإن كان فطحیا، لكن أيضا هذه العبارة مشتبهه ولهذا احتملوا

فيها معانی متعدده. فعلى هذا يمكن التمسك بظاها في صحه رواياته لمكان

هذا الاجماع، فيمكن الاستناد إلى روايته. فيجب حمل الأولى عليها بمعنى أنه لو

لم يستثنه حملا للمطلق على المقيد.

ثم على تقدير توقف ملك المولى على استثناء المال عند العلم به لا فرق عندهم

بين أن يقدم على العتق وبين أن يؤخره مع الاتصال لأنه كلام واحد لا يتم إلا

بآخره.

والشيخ قد اشترط تبعا للروايات الآتية تقديم الاستثناء على التحرير لروايه

جرير (1) التي نسبتها فخر المحققين في شرح القواعد لوالده إلى حريز ووضعها

بالصحة غفله عن القرينه القبليه والبعديه " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل

قال لمملوكه: أنت حر ولى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل العتق تقول: لى

مالك وأنت حر برضا المملوك " ولأنه إذا قدم التحرير انعتق بقوله: أنت حر،

فلا يقع الاستثناء موقعه. هذا كلامه.

وتنظر فيه ثانى الشهيدین فى المسالك بما حاصله: أن الروايه قد تضمنت

شرطا زائدا وهو اعتبار رضا المملوك وهم لا يقولون وبأنا نمنع حصول التحرير

قبل تمام الكلام لأن الشرط من جمله الصيغه، وهذا محقق.

وأما باقى الروايات التي أشرنا إليها فيما سبق فهي ترجع إلى موافقه هذه

الروايتين وليس فيها تعرض لما فى روايه أبى جرير الواقفى من تقديم هذا الشرط

هى مطلقه، لكن يمكن ردها من جهه الاطلاق إليها، والأحوط مراعاة ما

اشتملت عليه من التقديم والرضا، حيث إن باقى الروايات لا تأبى هذا التقييد.

ص: ٢٤٠

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ ح ٣٩، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٥ وفيهما "أبى جرير - قبل المال يقول: ".

المسألة الثامنة حكم من أوصى بعق ثلث ممالিকে

نعم قد جاء في بعض الروايات في هذا الحكم ما يدل على أن في بعض

معتقدات على عليه السلام وكان له مال وأنه جعل المال لهم معاً ثم جعل ما يخصه عليه السلام

للعبد، ولعل هذا على جهة الاستحباب أو لاحتمال أن يكون له مال في نفس

الأمر ولم يتعلق له علمه عليه السلام العادي، فاشترط جمع ذلك للعق من باب التفضيل

منه عليه السلام، وحينئذ فتنتطبق الأخبار على وتيره واحده.

ومن تلك الأخبار أيضاً صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد الله

عليه السلام " قال: سألت عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال وهو يعلم أن له مالا فتوفي

الذي أعتق العبد، لمن يكون مال العبد؟ يكون للذي أعتق العبد أو للعبد؟ قال:

إذا أعتقه وهو يعلم أن له مالا فماله له، وإن لم يعلم فماله لولد سيده "

وفي خبرين آخرين لزراره (٢) أحدهما من الصحيح والآخر من الضعيف

غير ما تقدم " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبداً وللعبد مال، لمن المال؟

فقال: إن كان يعلم أن له مالا تبعه وإلا فهو له "

وأما الخبر المشتمل على فعل على عليه السلام في جعله المال لعبده فهو خبر إسحاق

ابن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أن علياً عليه السلام أعتق عبداً فقال له: إن ملك

لي ولك وقد تركته لك "

الثامنة: إن من أوصى بعق ثلث ممالিকে استخرج ذلك الثلث بالقرعة،

وقد جرت عادة أصحابنا في مؤلفاتهم أن يذكروا هذه المسألة تارة في العتق وتارة

في الوصية، ثم إنه إذا تساوا عدداً وقيمه أو اختلفوا وأمكن التعديل أثلاثاً

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٨ وفيه " عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألته - أيكون للذي "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ٦.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٧ ح ٨٨، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ٧ وفيهما " أعتق عبدا له - ولكن قد تركته لك ".

فيما لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى حصه أحدهما

فلا بحث، وإن اختلفت قيمه ولم يكن التعديل أخرج ثلثهم قيمه وأطرح اعتبار العدد. وفيه تردد لمخالفته لاطلاق النصوص. وإن تعذر التعديل عددا وقيمه أخرجناها بالقرعه على الحره حتى يستوفى الثلث قيمه ولو بجزء من آخر. ثم إنه يقع هذا في حالين: (أحدهما) إذا أعتقا جزء مشاعا كالثلث مثلا والثاني) ما لو أعتق المريض الجميع فلم تنفذ وصيته إلا في الثلث واحتيج إلى إخراج الجزء المذكور استخرج بالقرعه.

وفي کیفیتها طرق، وهذه الطرق يشملها النص في ذلك، وهو صحيحه محمد ابن مسلم (١) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يكون له المملوك كون فيوصى بعتق ثلثهم، كان على عليه السلام يسهم بينهم ".

وصحيحه أبان عن محمد بن مروان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن أبي ترك ستين مملوكا فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقهم ". ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن مروان (٣) أيضا.

وهذه الأخبار كما ترى قد دلت على القرعه ولكن لم تشتمل على بيان طرقها فتشتمل الطرق المناسبه لها أجمع.

وقد ذكر الشهيد في الدروس في كيفية القرعه وجهين: (أحدهما) أن يكتب أسماء العبيد بعد تجزئتهم ثلاثه أجزاء وبعد التعديل، ثم يخرج على الحره أو الرقيه، فإن خرج على الحره كفت الواحده، وإلا أخرج رقتين. (وثانيهما) أن يكتب الحره في رقعته والرقيه في رقعته ويخرج على أسماء العبيد.

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٥، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٥ ح ١.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٦ وفيه "وأوصى بعق ثلثهم"، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٥ ح ٢.
- ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٣.

فى تصریح الأصباح على إلزام المخالفین بما إلزموا به أنفسهم

والذى روته العامه عن النبى صلى الله عليه وآله فى ذلك وذكره كثير من علمائنا تبعاً لهم

فى ذلك جمع كل ثلث فى رقعه وقد كانوا ستة فجزأهم ثلاثة أجزاء اثنين اثنين، وهو

الذى ذكره المحقق - رحمه الله - فى الشرايع وهو يتم مع تساويهم قيمه وقبول

العدد التجزئه أثلاثاً كالمسته، ولهذا كتب اسم كل اثنين فى رقعه من غير أن يتعرض

فى الكتابه للحريه والرقيه، ثم يسترها ويخرج، فإن أخرج على الحريه عتق

الاثنان الخارجان أول مره وصارت الأربعة المتخلفه أرقاء، وإن أخرج على

الرقيه استرق الخارجان واحتيج إلى إخراج أخرى، ويتخير حينئذ بين الاخراج

على الحريه أو الرقيه، وعلى أيهما أخرج حكم الخارج به وبقي من الرقعه

الأخرى للآخر.

وإن كتب فى الرقاع الحريه والرقيه كما هو فى الطريق الثانى من الطريقتين

المذكورين من غير أن يكتب أسماء العبيد بالطريق الثانى فليكتب فى رقعه حريه

وفى رقتين رقيه على نسبه المطلوب فى القله والكثره، ثم يخرج باسم أحد أجزاء

الثلاثة الذين ترتبوا سابقاً، فإذا خرجت رقعه الحريه انفصل الأمر، وإن خرجت

رقعه الرق استخرج المخصوصون بها وأخرجت كما مر.

والطريق الثالث الذى ذكره البعض أن يكتب رقاع فى الفرض المذكور إما

بأسماء الستة اسم كل واحد فى رقعه ثم يخرج على الحريه والرقيه كما مر

إلى أن يستوفى المطلوب، أو يكتب فى اثنين حريه وفى أربع رقيه ثم يخرج على

واحد واحد إلى أن يستوفيه. وهذا الطريق أعدل لأن جمع اثنين على حكم واحد

ويمنع من افتراقها فى الحريه والرقيه.

ومن الممكن خروج أحدهما حراً والآخر رقاً لكن المشهور بين الفقهاء
وهو الأول لوروده فى الروايه المشار إليها، والأقوى جواز العمل على الجميع
لعدم نهوض الروايه المذكوره بالتعيين هذا كله إن أمكن تجزئتهم أثلاثاً بالعدد
والقيمه كأن يكون قيمه كل واحد منهم مائه.

ص: ٢٤٣

نقد الأقوال المذكوره فى ولايه الوصى

وكذا لو اختلفت القيمه مع إمكان تعديلهم أثلاثا بالعدد كسته، قيمه ثلاثه منهم ستمائه كل واحد مائتان وثلاثه ثلاثمائه كل واحد مائه، فيضم كل خسيس إلى نفيس ويجعلان أثلاثا.

ولو اختلفت القيمه وأمكن التعديل بها دون العدد كما لو كان قيمه واحد مائتين وقيمه اثنين مائتين وقيمه ثلاثه مائتين ففى تعديلهم بالقيمه أو العدد وجهان، بل قولان، أظهرهما اعتبار القيمه فيجعل الواحد ثلثا والاثنين ثلثا والثلاثه ثلثا لأن المقصود الذاتى من العبيد المالىه دون الأشخاص، ووجه اعتبار العدد موافقه المروى من فعل النبى صلى الله عليه وآله مع استبعاد تساوى الستة فى القيمه بكل وجه، وفى بعض الأخبار أنهم كانوا متساوين قيمه.

ولو أمكن التعديل خاصه كست قيمه اثنين مائه واثنين مائه وخمسين واثنين ثلاثمائه قسموا ثلاثمائه بالعدد، فإن أخرج على الحريه فخرج اثنان مساويات الثلث قيمه فلا كلام، وإن خرجا ناقصين عتقا وأكمل الثلث من الباقين بالقرعه، وإن خرجا زائدين أعيدت القرعه بينهما وعتق من تخرجه الحريه ومن الآخر تتمه الثلث.

وإن لم يمكن تعديل عدد ولا قيمه كخمسه قيمه واحد مائه واثنين مائه واثنين ثلاثمائه ففى تجزئتهم وجهان: (أحدهما) تجزئته ثلاثه بالعدد مراعا لتقريب القيمه إلى التسويه ما أمكن، وإنما فعل ذلك تقريبا إلى المروى وإن لم يكن مثله. (والثانى) وهو الأصح الاعتداد بالطريق الثالث خاصه فتكتب خمس رقع وتخرج - كما فصل - إلى أن يستوفى الثلث ولو بجزء من واحد. وهذا مختار

المحقق فى الشرايع حتى لم يذكر غيره.

ولو كان قيمه الخمسه على السوى فعلى الطريق الأول يجزيه اثنين واثنين

وواحدا، وعلى الطريق الثانى يكتب خمس رقايع بأسمائهم ويخرج على الحريه

والرقيه إلى أن يستوفى الثلث قيمه. والوجه استعمال هذه فى جميع الفروع

ص: ٢٤٤

المسأله التاسعه: من اشترى أمه بثمان مؤجل نسيه ولم ينقذ من ثمنها فأعتقها ومات ولم يخلف سواها

لا سيما عند تعذر التعديل قيمه وعددا.

واعلم أن اعتبار القرعه فى كتابه الرقاع هو المعروف بين علمائنا لأنه

موافق للروايه عن النبي صلى الله عليه وآله ولروايات " من ولد وليس له ما للرجال ولا ما للنساء "

كما سيجى فى الميراث، ولبعده من التهمه، وينبغى أن تكون متساويه، وأن

تدرج فى بنادق من طين أو شمع وتجعل فى حجر من لم يحضر عملها، وأن تغطى

بثوب أو تحت المصلى ويدخل من يخرجها بيده من تحت الثوب، كل ذلك ليكون

أبعد من التهمه.

واختلفوا فى تعيين العمل بالرقاع وعدمه وإن كانت الرقاع أفضل. وتنظر

فى ذلك شهيد المسالك، قال: لعدم دليل مخصص، وكما روى من فعل النبي صلى الله عليه وآله

بالرقاع كذلك فيما روى أنه أقرع فى بعض الغنائم بالبرع وأنه أقرع مره أخرى

بالنوى. فلو قيل بجواز القرعه فى ذلك كله وأشباهه كان وجهها لحصول الغرض

وإن كان الوقوف مع المشهور أولى.

وفيه نظر، لأن هذين الخبرين من طريق العامه وليس من مروياتنا، ولم

يجى فى أخبارنا إلا الرقاع والبنادق فكذلك أصحابنا لم يذكروا سواهما، وفى

خبر الاحتياج والغيبه المرويين عن صاحب الزمان عليه السلام فيما خرجا من التوقيع

للحميرى النهى عن سوى الرقاع والبنادق فى الاستخاره والقرعه لكنه - قدس سره -

لم يقف على الروايه، واغتر بما روته العامه من الأخبار الموضوعه للغوايه،

ولكنهم - قدس الله أسرارهم - فى مقام الروايات إما إفراط أو تفريط على وجه

لا ينتهى إلى غايه. وهذا البحث آت فى جميع أفراد القرعه الواقعه فى القسمه

وغيرها بالخصوص لها في هذه الواقعة، لأن دائرتها في الأحكام والفتوى واسعة.

التاسعة: من اشترى أمه بثمن مؤجل نسيه ولم ينقد شيئاً من ثمنها فأعتقها

و تزوجها وجعل مهرها عتقها ومات ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه ورجعت

على البائع رقا، ولو جعلت كان ولدها رقا.

ص: ٢٤٥

خيار التأجير

وقد تكلموا على هذا الحكم فى موضعين بل فى مواضع ثلاثة: (أحدها) فى النكاح (والثانى) فى العتق (و الثالث) فى الميراث. وقد قدحوا فى مستند هذا الحكم فى أصله لمخالفته للقوانين المعتبره فى النكاح وفى العتق وفى الأولاد، ومن ذلك عدل مشهور المتأخرين عنها وقالوا لا يبطل العتق ولا يرق الولد وطعنوا فى أسنادها، وقد ذكرها المحقق فى شرايعه مرتين، مره فى النكاح ومره فى العتق، واستوفى شارحوا كلامه هنا فى النكاح، وقد تقدم من شارح الأصل كلام مستوفى فى نكاح الإمام، ولا بأس بإعاده بعض ذلك الكلام تشييدا لذلك البناء وتنبهها عما عسى قد أغفله عن المناقشات التى يترتب عليها إزاله بعض الاشكالات هنا.

وأصل مستندهم فى هذا الحكم موثقه أبو بصير (1) " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكرا إلى سنه فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال أو عقده (يوم اشتراها وأعتقها) يحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته، فإن عتقه وتزويجه جائز، وإن لم يكن للذى عتقها وتزوجها مال ولا عقد يوم مات يحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه ونكاحه باطل لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاه الأول، قيل له: فإن كان قد عقلت من الذى أعتقها وتزوجها فما حال ما فى بطنها؟ قال: ما فى بطنها مع أمها كهيتها "

قال المحقق فى النكت بعد ذكره لهذه الروايه: إن سلم هذا النقل فلا كلام

لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافيه لعله لا نتعلها: لكن عندى أن

هذا خبر واحد لا يعضده دليل فالرجوع إلى الأصل أولى.

ص: ٢٤٤

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٧١، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٥ ح ١ وما في المصادر " عن هشام بن سالم " مع اختلاف يسير وما بين القوسين ليست في الرواية.

فيما لو أعتقت الأمه وكانت تحت عبد

وفى الشرايع فى مباحث النكاح صرح بردها، وقبله الفاضل ابن إدريس لمخالفتها الأصول الشرعيه المقتضيه لصحه التزويج والعتق لمصادفتها الملك الصحيح وصدورهما من أهلها فى محلها الموجب لصحتها وحرية الولد. والمتأخرون حيث اعتنوا بشأنها لصحه سندها عندهم، حيث إنها تاره رواها هشام عن أبى بصير كما فى موضعين من التهذيب، وفى ثالث عن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام بغير واسطه وكذلك فى الكافى، وكذلك نسبها شهيد المسالك إلى الاضطراب.

ومع ذلك فقد قدحوا فى هشام المذكور لما ينسب له من العقائد الفاسده وإن كان الأقوى براءه ساحتها، فاحتاجوا بعد قبولها إلى تأويلها وردها إلى القواعد فحملها العلامه على وقوع العتق والنكاح والشراء فى مرض الموت بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق وحينئذ فترجع رقا وتبين بطلان النكاح.

واعترضه السيد عميد الدين بأنها قد حكمت يعود ولدها رقا كهيتها، وهذا التأويل لا يتمشى فى عود الولد لأن غايته بطلان العتق فى المرض فتبقى أمته، فإذا وطأ الحر أمته لا يرجع ولده رقا بل غايته أن أمه تباع فى الدين.

وابنه فخر المحققين أجاب عن هذا الاشكال بأنه ليس فى الروايه ما يدل على رقيه الولد، إذ ليس فيها سوى قوله فى شأنه " كهيتها " وهو أعم من أن يكون كهيتها فى حال حريتها قبل ظهور عجزه من الثمن فيكون حرا أو بعده فيكون رقا.

ورده أول الشهيدين في شرح نكت الارشاد بأن هذا إيراد على النص، فإن
المفهوم من قوله " كهيئتها " ليس إلا أن حكمه كحكمها في حال السؤال، وقد
حكم بذلك قبل رقيتها فيكون ولدها رقا. فتدل هذه العبارة بالمطابقه على
رقيته لأن هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى، وارتكاب هذا التأويل يمنع التعلق

ص: ٢٤٧

فى عدم لزوم العلم التفصلى بالمطلقه وكفايه العلم فى الجملة

بجميع النصوص وفى التزامه فساد لا يخفى على المتأمل ورجوع عن طريقه الاستدلال ونكوص.

ومع ذلك أنه لا يتم فى الولد ولا فى الأم أيضا من وجه آخر وهى من أن الروايه دلت على عودها رقا للبائع، وأين هذا من الحمل ومقتضاه لأن مقتضاه جواز بيعها فى دينه لا عودها إلى ملك بائعها. وحملها بعضهم على ما هو أبعد من فساد البيع وعلم المشتري به فىكون زانيا فتلحقه الأحكام.

ورد بأن الروايه قد فرقت فى هذا الحكم بين ما إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه وبين عدمه لصحة النكاح والعق فى الأول دون الثانى، وعلى القول بفساد البيع لا يمكن جوازهما، خلف شيئا أم لم يخلف. ونزلها ثالث على أنه فعل ذلك مضاره ومن شرائط العتق القرية. ورد بأنه لا يتم أيضا فى الولد.

وبالجملة: أن كلامه على هذه الروايه فى القبول والرد إفراط وتفريط وكلما أتوا به من النصوص والأجوبه عنها مخدوشه، فليس سوى تلقيها بالقبول وإخراجها بالاستثناء من تلك القوانين والأصول، صونا لأخبارهم عليهم السلام عن النقوض ومخالفة المنقول. نعم يجب الاقتصار على مؤداها فى قيد الثمن بالنسيه ويكون التزويج على هذه الهيئه ومهرها عتقها ووقوع وفاته وهى حامل وتكون النسيه إلى سنه، ومن عمل بها لم يعتبر ذلك كله، نظرا إلى عدم أدخليه مثل ذلك فى الحكم، وكذلك يعتبر بكارتها، ولا يصح إجراء حكمها فى العبد ولو اشتراه

نسيه أو مطلقاً فأعتقه، لما بينهما من الفرق عند الاقتصار على مورد النص المخالف
لقوانين العامه، وحيث إنه لا بد من قبولها لقوه طريقها وعمل القدماء بمضمونها
فلنقتصر على المنصوص بالخصوص، للسلامه من هدم تلك القواعد التي هي كالبناء
المرصوص.

ص: ٢٤٨

المسأله العاشره: لو أوصى شخص بعق عبده فخرج من الثلث

العاشره: إذا أوصى شخص بعق عبده فخرج من الثلث كما هو شأن الوصيه
لزم الورثه اعتاقه، فإن امتنعوا عتقه الحاكم عليهم جبرا فيحكم بحريته حين
الاعتقاق لا حين الوفاء، فيكون ما بين الاعتاق والوفاء من المده لم يخرج عن الرق
إذ لا ينفك عن آخر هذين الأمرين.

فلو اكتسب قبل الاعتاق وبعد الوفاء فلمن يكون كسبه؟ له لاستقرار سبب
العتق بالوفاء؟ أو للوارث لتحقق العتق عند الاكتساب؟ قولان، أحدهما للشيخ
وهو أن يكون كسبه في ذلك الوقت له، وهذا في المبسوط مستدلا بما ذكره
المحقق وغيره من استقرار سبب العتق الوفاء، ويتجه أن السبب المقتضى لانتقال
مال الوصى عن ملك الوارث وانصرافه إلى الوصيه مستند إلى الوصيه والموت.
فكل منهما جزء لسبب وبالموت يتم السبب، فيكون العبد الموصى بعقه بعد
الموت بمنزله الحر وإن توقفت حرته على الاعتقاق فيتبعه الكسب لكن لا يملكه
إلا بعد العتق لأنه قبله رق لا يملك، وإنما كان أحق به.

ورده المحقق بمنع استقرار السبب بالموت لأنه مركب من ثلاثه أشياء:
الوصيه والموت وإيقاع صيغه العتق. كما يتوقف ملك الوصيه لو كانت لمعين
على قبوله مضافا إلى وصيته، وموت الموصى قبل القبول لا يملك وإن حصل الأمران
الأخيران، ولو كان سبب العتق قديما واستقر وجب أن يثبت معلوله وهو العتق
وهذا لا يقول به حيث حكم بالرقيه، وإنما يتحرر بالاعتاق، وحيث لم يكن
تاما لم يثبت معلوله، وملكه له متوقف عليه ولما امتنع خلو الملك عن المالك
ولم يكن العبد مالكا قبل العتق تعين أن يكون لا وارث إذ لا ثالث لهما.

واستشكل ذلك ثانی الشهیدین فی المسالک بأن الله تعالى جعل الإرث بعد الوصیه النافذه كما هو صریح الكتاب والسنة والاجماع، والغرض هنا كذلك وذلك یمنع من ملك الوارث له لخروجه عن ملكه بالوصیه، غایته أن یمكن الملك مراعى بالاعتاق فیتبعه الكسب، ویكشف عن سبق ملكه له كما یمكن عن

ص: ۲۴۹

المسأله الحاديه عشره: لو أعتق المالك مملوكه عن غيره بإذنه

سبق الموصى له عن الوصيه من حين الموت، وفي حكم ما لو أوصى بعقار يوقف في بعض الجهات وأخرج من الثلث قبل أن يوقف فإن نماءه يسبل لتلك الجهات أما الموصى به على وجهه لا يتوقف على الصيغه كقوله أخرجوا عنى العين الفلانيه فى حجه ونحوها، فمأؤها بعد الموت وقبل الاخراج فى الجبهه تابع لها قطعاً لتعينها لتلك الجبهه وخروجها عن ملك الوارث بالموت.

الحاديه عشره: لو أعتق المالك مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب وغيرهم صحه ذلك العتق ووقوعه عن الأمر، خلافاً لابن إدريس حيث حكم بوقوعه عنه، نظراً إلى أن وقوع العتق عن الشخص مترتب على ملكه له، لقوله صلى الله عليه وآله فى الأخبار المستفيضه " لا عتق إلا فى ملك " وهو منتف عن الأمر قطعاً وموجود فى المعتق، فيقع عنه لا عن الأمر.

وقد أجاب القائلون بوقوعه عن الأمر بانتقال الملك إليه آناً ما، وهو عند نيه عتقه ليتحقق شرط صحه العتق، استدلوا على الأمرين بصحيحه بريد بن معاويه العجلي (١) عن الباقر عليه السلام " قال: سألته عن رجل كان عليه عتق رقبه فمات

قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه، وأن المعتق أصاب بعد ذلك مالا ثم مات وتركه، لمن يكون تركته؟ قال: فقال: إن كانت الرقبه التى كانت على أبيه فى ظهار أو شكر أو وجبت عليه فإن المعتق سائبه لا سبيل لأحد عليه " وساق الحديث إلى أن قال: " وإن كانت الرقبه على أبيه تطوعاً وكان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميت من

الرجال (٢) قال: وإن كان ابنه الذى اشترى الرقبه فأعتقها عن أبيه من ماله بعد

-
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ١٧١ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٥٣ ب ٤٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
- ٢- (٢) وفيهما هنا " قال: ويكون الذي اشتراه وأعتقه بأمر أبيه كواحد من الورثة إذا لم يكن للعتق قرابه من المسلمين أحرارا يرثونه " .

أقوال العلماء في وقت انتقال المالك إلى الأمر، وهي خمسة

موت أبيه تطوعا منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإن ولاءه وميراثه للذي

اشتراه من ماله وأعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته "

ووجه الولاء له أن ثبوت الولاء للآمر متوقف على انتقال الملك إليه ووقوع

العتق (عتقه خ ل) عنه تبرعا لا في حق واجب عليه وقد أثبت له فثبت اللزوم وهو

الملك له

وتنظر في هذا التوجيه جماعه بما حاصله: أنه قبل الموت لا يتصور الملك

له لأن المفروض أن الولد إنما اشترى النسمه بعد موته فكيف يحكم بملكه

لها قبل الشراء؟ وكذا بعد الموت لا يعقل ملك الميت لما قد تجدد سببه، والولاء

حكم شرعى إذا جعله الشارع حقا لمن أعتق عنه، وإن لم يكن مالكا صح،

وهو هنا كذلك.

ولا يلزم انتفاء ملك الميت بعد موته لما للغير. ويمكن الجواب بأن الميت

يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان وقد أحدث سببا له وإن له يتم كما لو نصب

شبكة وهو حي ثم وقع فيها الصيد بعد وفاته، وهنا كذلك لأن أمره بالعتق جزء

السبب المملك أو تمام السبب، والعتق شرط، فصح أن ينكشف به ملكه قبل موته

والروايه الصحيحه مؤيده لذلك. وقد اختلف العلماء في وقت انتقال الملك إلى

الأمر إلى أقوال:

أحدها: أن الملك يحصل عقب الفراغ من لفظ الاعتاق على الاتصال،

وفيه أنه يستلزم تأخر العتق عن الاعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك، واعتذروا

بأن تأخر الاعتاق عن العتق بسبب أنه إعتاق عن الغير، ومثله يقع في قوله:

أعتقت عبدي عنك بكذا وكذا درهما، فإن عتقه يتوقف على قبول المعتق عنه

ويلزم منه تأخر العتق عن الاعتراف.

ونسب المحقق - رحمه الله - هذا القول إلى التحكم، لأن الدليل الدال

على صحة هذا العتق إن سلم دلالاته على انتقال الملك فليس فيه توقيت له، فتخصيصه

ص: ٢٥١

فى أحكام الخيار

بهذا الوقت تحكم.

وثانيها: أنه يحصل الملك بشروعه فى لفظ الاعتاق، ويعتق إذا تم اللفظ بمجموع الصيغه فالجزء الأخير عله للعتق وهو ملك الأمر، والكل سبب لزوال ملكه عنه للاعتاق، وهو قول المفيد والعلامه وولده فخر المحققين فى شرحه على القواعد.

وفيه أنه يستلزم صيرورته ملكا للأمر قبل تمام الصيغه، فلو فرض ملكه قبل إكمالها خرج عن ملكه ولم يقع المعتق.

وثالثها: أنه يحصل الملك للمستدعى بالاستدعاء، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالاعتاق.

ويرد عليه ما ورد عليه ما ورد على السابق وزياده.

ورابعها: أنه يحصل الملك والعتق معا عند تمام الاعتاق، وفى هذا سلامه عن المحذور السابق، لأن اشتراط وقوع العتق فى الملك يقتضى تقديم الملك على العتق فلا يتم وقوعهما معا فى وقت واحد عند تمام لفظ العتق.

خامسها: أنه يحصل بالأمر المقترن بصيغه العتق فىكون تمام الصيغه كاشفا عن سبق الملك عليها وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء لو قطعها أو وقع خلل فيها، دال على عدم حصول الملك بالأمر لعدم حصول ما يعتبر فى صحته وهو اقترانه بالأمر بالعتق.

وفيه أن الاقتران المذكور يكون شرطا فى سبق الملك ولا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغه العتق فليزم تأخر الملك عن الاعتاق وإلا لتأخر الشرط عن

المشروط.

ولأجل كثره هذه المؤاخذات والنقوض وورود هذه الاشكالات على هذه

المقالات قال المحقق - رحمه الله - ونعم ما قال: إن الوجه في ذلك كله هو الاقتصار

على الثمره وهو صحه العتق من الأمر وبراءه ذمته من الكفار والحق الواجب،

ص: ٢٥٢

فى بيان ما تحقق به العدالة هنا

ولا يجب علينا البحث والتفتيش عن وقت الانتقال إليه فإن ذلك ظنون وتخمين لا يرجع إلى دليل صالح متين. ولو كان المعتق فى هذا الحال أب الأمر صح عتقه ولو فى الكفاره على إشكال. ووجهه احتمال عدم الاجزاء لأنه إما أن يكون ملكه قبل انعقائه أو لا، وأيا ما كان فالظاهر عدم الاجزاء.

(أما) الأول فلأن ملكه يستلزم عتقه عليه قهرا بالسبب لا اختيارا، فلا يصح عتقه عن الكفاره لاشتراطه بالاختيار.

(وأما) عن الثانى فلا يصح العتق أصلا فضلا عن عتقه فى الكفاره، لما ثبت أنه لا عتق إلا فى ملك، ولأن شرط العتق النيه لأنه عباده ولا يمكن تحققها إلا بعد تحقق الملك إذ قبل الملك لا يصح نيه العتق ويكون قبل تحقق العتق فتكون بينهما، وهذا محال لأنه لا فاصل بينهما متحقق فيه النيه.

ويحتمل الاجزاء لأن الموجب للعتق هنا الصيغه التى وضعها الشارع للعتق الصادر اختيار منه بالنيه لا غيرها، لأن ذلك الغير إما الملك أو النسب أو هما أو حكم الشارع بشرط وجود الملك والنسب، والظاهر انتفاء الأولين، إذ الملك عله معده لوجود خاصتها فيه، وكذا النسب لاجتماعه مع الملك ابتداء، وعله العدم لا تجامع الوجود ابتداء، وليس هذا محل تحقيقه.

ولو سلمنا فإنه إنما يقتضى مع عدم المانع، والمانع هنا من تأثير ذلك السبب موجود وهو الصيغه، فإن اقتضاءها الملك مشروط بكونها صالحه لكونها موجب العتق لأنها إن لم توجب هى ولا جزؤها الملك لم توجب العتق، وكونها صالحه للتأثير فى إيجاب العتق يمنع من إيجاب الملك أو النسب أو حكم الشرع

للعق لا بسببها فيعتق بها لا غيرها، وهذا الملك لا يصلح للاعتاق بالنسب ولا لكونه

شرطا له، وكذا النسب هنا لأنه إعتاق بالنيابة ولا شيء من العتق النسبي كذلك،

فكل عتق بالصيغ الموضوعة للعتق شرعا تجزى عن الكفاره، فالأولى إذا الاجزاء.

فلا يرد هنا ما قرروه من الاشكال على هذه المسأله وهو لزوم الدور الفقهي

ص: ٢٥٣

المسأله الثانيه عشره: لو نذر عتق العبد المقيد

وتقريره على ما ذكره شارح القواعد أن ثبوت ملكه المترتب عليه العتق عنه يؤدي إلى عدمه وكلما يستلزم ثبوته عدمه محال. أما الأولى فلأن ملكه يستلزم عدم اعتاقه لأن عتقه إما بوكاله عنه أولاً، فالأول محال لأنه قد يكون وكله في عتق عبد غيره فلا يصح لأن الوكاله معلقه حينئذ، والثاني محال لأن العتق لا يقف على الإجاره إذ لا يقع فضولياً بل يبطل إذا وقع على ملك الغير، وقد تقدمت أدلته المعتبره الصحيحه، وبطلان عتقه يستلزم عدم ملكه قطعاً، لأننا نجيب عن ذلك بأن عتقه بإذنه والإذن هنا يصح لأن الملك مستلزم للعتق، والإذن هنا يصح إيقافه على شرط إلا أنه ليس بوكاله.

الثانيه عشره: لو نذر عتق العبد المقيد انحل قيده وعتقه إن نقص وزن القيد عن عشره دراهم مثلاً فشهد عدلان عند الحاكم بالنقص فحكم بعتقه وأمر بحل قيد فظهر كذبهما عتق بحل القيد وظهر أنه لم يعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به.

وتقرير هذه المسأله على جهه التفصيل وإن كانت مسلوبه الدليل من النصوص، بالخصوص إنه إذا علق نذر العتق بكل واحد من شيئين وجعل كل واحد منهما سبباً تاماً، فأيهما حصل حصل وجود العتق به كما في المثال الذي ذكرناه، وتوجيهه مبنى على مسائل:

الأولى: أن إلزام الحاكم بالعتق بالقهر إن كان مطابقاً لنفس الأمر فهو ليس لاكراه، والعتق الصادر من المالك بالقهر المذكور صحيح لأنه قهر شرعي، وإنما يبطل التصرف بالاكراه إذا كان الاكراه غير شرعي، فإن كان شرعياً في

الظاهر وغير شرعى فى نفس الأمر لم يكن العتق صحيحا فى نفس الأمر وإن حكم

به الحاكم، فإذا ظهر كون القهر غير شرعى فى نفس الأمر ظهر بطلان العتق.

والثانية: إنه إذا نذر عتقه إن كان قيده ناقصا عن عشرة دراهم وعتقه انحل

بصيغه البناء للمجهول ترتب على حله من أى شخص كان.

ص: ٢٥٤

حكم الأجنبي الذي يحل عبد غيره المقيد، وفيه أقسام ست

الثالثة: أن الحاكم لا يأمر بحل القيد بمجرد الحكم بوجود العتق، بل

أوقع صيغه العتق الشرعيه إما هو أو وكيله أو الحاكم إن امتنع أو غاب أو مات

من غير وارث بالغ. فقولهم في المسأله " حكم بعته " أى بعد أن أُلزم بالعتق، فلما

عتق بأحد المذكورين حكم الحاكم بعته ثم أمر بحل قيده.

ثم إنه على تقدير كذبهما وعتقه بحل القيد هل يضمنان بقيمه العبد أم

لا؟ إشكال من أن الحكم - وهو العتق له - لم يحصل بشهادتهما بل بحل

قيده ولم يشهدا به، ولأنه لو باشرا الحل لم يضمنان، فعدم الضمان بشهادتهما

أولى، ومن أن شهادتهما الكاذبه سبب إتلافه، وكلما أتلفا شيئاً بسبب الشهاده الكاذبه

ضمنان، كما عليه النص والاجماع كما في غير هذه المسأله، ولأنه قد ثبت في أسباب

الضمنان للمتلف أن سبب السبب موجب للضمنان، فإن واضع الحجر في الطريق

- إذا عثر به غيره فوقع في بئر حفر ظلماً - ضامن دون الحافر، وأيضاً أنه السبب

الأولى.

وأما قولهم في الوجه الأول " أنه لو باشرا حله لم يضمنان " فهنا أولى، إنما لم

يضمنان قيمه العبد لأنهما سبب لوجوب العتق عليه يجعله سبباً والأصل له حصول

الثواب على الله تعالى لأنه فعل ما كلف به.

لا يقال: كيف يجامع عدم الضمان بالشهاده؟ لأننا نقول: إن شهاده الزور

يعاقب عليها ولا يعاقب على الحل لتشديد الشارع فيها، لكن في عدم ضمانها بالحل

منع سنصرح به، فالأصح أنه لا ضمان عليهما.

ولو حله أجنبي لم يضمن، عالماً كان بالندر أو جاهلاً به، نهى المالك أو

لا، على إشكال. ووجه هذه الفروع أنه إذا حله أجنبي وترتب عليه العتق المذكور

فإما أن يكون عالما النذر أولاً، وعلى كل تقدير فيما أن يكون حله بأمر المالك

أو مع نهى المالك أو لا مع أمره ولا نهيه، فالأقسام ستة:

الأول: أن يكون عالماً وأمره الملك.

ص: ٢٥٥

المسأله الثالثه عشره: لو أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت وليس له مال سواهن

والثانى: أن يكون جاهلا وأمره المالك، ولا إشكال فى أنه لا يضمن فى هاتين

الصورتين قطعا.

والثالث: أن يكون عالما ونهاه المالك، فيحتمل هنا الضمان لأن المتلف

من أوجد السبب الموجب للتلف لا من جعله سببا، ولا يوصف بالقبح هنا بل إنما

يوصف مع وجود التلف به، فإن من ألقى الغير إلى النار لا توصف بسببته النار

بالقبح هنا بل إنما يوصف باللقاء به وهو فعل الملقى، ولأنه تصرف فى ملك

الغير بغير إذنه وحصل التلف بسببه فيضمن، ويحتمل عدمه لأن سبب العتق النذر،

والحل ليس عقلا ولا شرعا بنفسه، وأن المالك يحصل له بعثته الثواب الدائم،

ولو ضمنه الغير لحصل للمالك العوض وزال ما يازاء المال، وليس كذلك.

الرابع: أن يكون جاهلا ونهاه المالك، والاشكال كما تقدم، وجاهل الحكم

لا يعذر فى حقوق الآدميين.

الخامس: أن يكون عالما ولا توجه أمر المالك ولا نهيه، والاشكال كما تقدم، والضمان فى الأولين أقوى.

السادس: أن يكون جاهلا ولا يأمر به ولا ينهاه، ووجه الاشكال ما تقدم.

الثالثه عشره: لو أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت وليس له مال سواهن

أخرجت واحده بالقرعه، فإن كان بها حمل تجدد لها بعد الاعتاق، فهو حر بالنص

والاجماع إن كان متولدا من حر، وإن كان سابقا على الاعتاق فهو موضع خلاف،

فالمشهور أنه لا يتحرر بتحرر أمه، وهو حمل كما سيجى.

والشيخ فى كتابى الأخبار والنهائيه على تحرره بتحرر أمه إذا كان حملا كما

فى خبر السكونى وخبر الجعفریات، وسيأتى ذكرهما فى الفروع الآتیه.

وقد سبقه إلى ذلك الإسكافي لدينك الخبرين ولأنه بمنزله الجزء منها،
وإنما أخرج بالقرعه لأن كل واحد منهن ثلث التركة، فلو كن مختلفات
فى القيمة أخرج الثلث خاصة ولو كان جزء من واحد، فما زادوا على تقدير

ص: ٢٥٦

المسأله الرابعه عشره: لو أعتق ثلاثه عبيد فى مرض الموت ولم يملك غيرهم بناء على أن المنجزات من الثلث

دخوله لا بد من تقويمه أيضا ليحتسب على الورثه.

ثم إن ولد قبل موت المعتق قوم منفصلا حال الوفاه - على ما تقرر فى

الوصيه - وإن بقى حملا إلى أن مات قوم حملا وإن انفصل بعد ذلك، ولأن الزياده

بالوضع حصلت فى ملك الوارث إن اتفقت، وهذه المسأله ليس فى النصوص ما يدل

عليها بالنصوص لكنه متفرع على كون المنجزات فى مرض الموت من الثلث.

وأما على تقدير أنها من الأصل يسقط هذا البحث من أصله، وقد تقدم فى

الوصايا الكلام على هذه المسأله، ومنه شيخنا هناك على أن المختار أنه من الأصل

لدلاله أكثر الأخبار على أن الانسان مسلط على ماله ما دامت الروح فيه.

الرابعه عشره: إذا أعتق ثلاثه عبيد فى مرض الموت وقلنا إن المنجزات

من الثلث ولم يملك غيرهم ثم مات أحدهم أقرع بين الميت والأحياء، فإن أخرجت

القرعه الميت حكم بحريته واسترق الحيان، وإن خرجت بأحد الحيين حكم

على الميت أنه مات رقا لكنه أنه لا يحتسب من التركه ويقرعه بين الحيين

قرعه أخرى أو يحرر منهما ما يحتمله الثلث من التركه الباقيه وهى الاثنان لأنه

ليس له سواهما، ولو عجز أحدهما عن الثلث أكمل من الآخر.

وتقرير هذه المسأله على التفصيل بأنه إذا أعتق ثلاثه أعبد فى مرض الموت

- وهو لا يملك غيرهم بعد موت السيد أو قبله - قبل قبض الوارث أقرع بين

الميت والحيين ولا ينزل الميت ابتداء كالمعدوم وأبقى للوارث مثلا ما فات،

لأن الميت إنما مات بعد عتقه فى نفس الأمر حيث يخرج القرعه بعتقه، وهو

قبل القرعه صالح للحريه والرقيه، فإذا أقرع بينهم ظهر حاله، فإن خرج عليه

سهم الحر به بان أنه مات حرا مورثا عنه، واسترق الآخراڤ على تقدير

تساويهم قيمه، فورثته يجهزوه إن كان له مال من أصل ماله، وإلا فعلى الوارث

إن أوجب موته التجهيز على الوارث، وربما قيل إنه من بيت المال ولم يثبت.

وإن خرج له سهم الرق لم يحسب على الورثه لأنهم ييغون المال ومنفعته،

ص: ٢٥٧

هل حل الطيب للقارن والمفرد مشروط أم لا

ويحتسب به على المعتق يبتغى به الثواب وتعاد القرعه بين الحيين وينزلان منزله

ما لو لم يكن سواهما مال وقد أعتقتهما. فمن خرج له سهم العتق أعتق ثلثاه

واسترق ثلثه والعبد الآخر، وإن خرج سهم العتق على أحد الحيين ابتداء أعتق

ثلثاه وبقي ثلثه والآخر رقا كما في المسأله الأولى بعد الاقراع الثانى ويبقى موت

الآخر رقا.

ولو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه وجهان، أقواهما نعم،

حتى لو خرجت القرعه لأحد الحيين عتق كله، وذلك لأن الميت دخل في

أيديهم وضمائمهم.

ووجه العدم أنهم لا يتسلطون على التصرف وإن ثبت أيديهم الحسبه، فيكون

كما لو مات قبل ثبوت أيديهم وقبضهم.

وظاهر عبارته المحقق - رحمه الله - في الشرايع القول الثانى لاطلاق كلامه

بعدم الاحتساب على الورثه، ولو كانت الضروره بحالها ومات اثنان أقرع بينهم

أيضا، فإن أخرج السهم الحريه على أحد الميتين أعتق نصفه خاصه وجعل للورثه

مثليه وهو العبد الحى. وإن خرج سهم الرق عليه أقرع بين الميت الآخر وبين

الحى، فإن خرج سهم الحريه على الميت الآخر أعتقنا نصفه وحولنا الحى للورثه

وهو مثلا ما أعتق، وإن خرج سهم الرق عليه لم يحتسب على الورثه وأعتق ثلث

العبد الحى.

ولو كان موت الميت منهم بالقتل الموجب للقيمته دخل القتل فى القرعه

مطلقا لأن قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيته، فلا يفوت الوارث المال، ثم إن

خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق أجمع وبقى للورثه الآخر وقيمه القتيل، وإن
خرج على القتيل ظهر كونه قتل حرا وعلى قاتله الديه لورثته. هذا كله مع تساويهم
فى القيمه كما فرضناه فى أصل المسأله.

ص: ٢٥٨

الفائدة الثانية: من أعتق عبداً وعلى العبد دين

أما لو اختلفت قيمته فالواجب عتق ثلث الجميع بالقيمة، فإن خرجت لواحد القرعة وكانت قيمته بقدر الثلث فذاك، وإن نقص أكمل من الآخر، ولو زاد كان فاضله رقا.

فوائد

الأولى: من أقر بعتق مماليكه للتقيه أو دفع الضرر لم يلزم بهذا الاقرار ولم يقع العتق عليهم.

لخبر الولد بن هشام (١) وغيره " قال: قدمت من مصر ومعى رقيق فمررت

بالعاشر فسألنى فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة ودخلت على أبى الحسن عليه السلام فأخبرته بقولى للعاشر، فقال لى: ليس عليك شئ "

ورواه الصدوق بإسناده عن الحسين بن سعيد (٢) نحوه.

الثانية: لو أقر أحد الورثة و شهد بعتق المملوك جازت شهادته فى حصته لا فى حصه الباقين، ولا تقع السرايه فى باقيه مع ضمان المقر لقيمه للورثة، وذلك إذا كان المقر مرضيا لعدالته، بل يستسعى العبد فى باقى قيمته.

لصحيحه محمد بن مسلم (٣) كما فى التهذيب و الفقيه، ولخبره (٤) كما فى التهذيب

عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن رجل ترك مملوكا بين نفر فشهد أحد هم أن الميت أعتقه، قال: إن كان الشاهد مرضيا لم يضمن، و جازت شهادته فى نصيبه، ويستسعى العبد فيما كان للورثة "

ص: ٢٥٩

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٨.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٤، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٧، الوسائل ج ٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ١.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢١.

الفائدة الثالثة: من أعتق عبدا وعلى العبد دين

وصحيحه منصور بن حازم (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل هلك وترك غلاما، فشهد بعض ورثته أنه حر، قال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته، وليستسعى فيما كان لغيره من الورثة "

وخبر منصور (٢) أيضا كما في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل مات وترك عبدا، فشهد بعض ولده أن أباه أعتقه، قال: تجوز عليه شهادته ولا يغرم، ويستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة "

وكذلك خبره (٣) المروى في الكافي ومرسلته (٤) المرويه في الكافي أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألت عن رجل مات وترك مملوكا، فشهد بعض ورثته أنه حر، فقال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته في نصيبه، واستسعى فيما كان لغيره من الورثة "

وسياتى تتمه المسألة في الاقرار.

الثالثة: إن من أعتق عبدا وعلى العبد دين لم يلزم السيد إلا أن يكون قد استدانه لمولاه أو أذن له بالتجاره واستدان فيها بإذنه.

كما تضمنته روايتا ظريف بياع الأكفان كما في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام لقوله في الأولى (٥) " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لى كنت أذنت له في الشراء والبيع فوق عليه مال للناس وقد أعطيت به مالا كثيرا، فقال أبو عبد الله

ص: ٢٦٠

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠١ ب ٢٦ ح ١.

٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ١.

- ٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٢ ب ٢٦ ح ٤ وفيهما " وترك غلاما مملوكا ".
- ٥- (٥) التهذيب ج ٦ ص ١٩٦ ح ٥٦، الوسائل ج ١٣ ص ١١٨ ب ٣١ ح ٢ وفيهما " مال الناس ".

الفائدة الرابعة: لو أبق العبد ولم يعلم بموته ولا بحياته

عليه السلام: إن بعته لزمك ما عليه وإن أعتقه فالمال على الغلام وهو مولاك
" والثانيه (١) " قال عليه السلام إن بعته لزمك وإن أعتفته لم يلزمك الدين، فأعتقه
ولم يلزمه شيء. "

ورواه الكليني (٢) مرسلا عنه عليه السلام. "

وفي خبر أشعث (٣) عن أبي الحسن عليه السلام " في الرجل يموت وعليه دين وقد
أذن لعبده في التجاره وعلى العبد دين، قال: يبدأ بدين السيد. "
وخبير شريح (٤) " قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في عبد بيع وعليه دين قال:
دينه على من أذن له في التجاره وأكل ثمنه. "

وهذان الخبران مقيدان لدينك الخبيرين وهما أعم من أن يعتق العبد وأن
لا يعتق. وقد تقدم الكلام من المصنف في كتاب الديون.

الرابعة: لو أبق العبد ولم يعلم بموته ولا بحياته فالأصل حياته فيجوز عتقه
ولو في الكفارات الواجبه على الأصح. وللأصحاب في هذه المسأله خلاف ذكره
في كتاب الكفارات وأعرضوا عنه في كتاب العتق، وربما ذكره بعضهم في العتق
أيضا، والمشهور بين أصحابنا ما ذكرناه، ومنع بعضهم تبعا لبعض الشافعيه،
واستوجه في المختلف فيه إلى الظن فيصح عتقه مع ظن حياته ويبطل مع ظن
وفاته واشتباه الحال، والأصح ما قلناه.

ويدل عليه من الأخبار صحيحه أبي هاشم الجعفرى (٥) كما في الكافى

ص: ٢٦١

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٢٩، الوسائل ج ١٦ ص ٦٧ ب ٥٥ ح ١.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ٦٨ ب ٥٥ ح ٢.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٩٩ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ٨٦ ح ١٣ وفيه " عن رجل له مملوك قد أبق منه يجوز... " وتنتهي الروايه فيه إلى " منه موتا "، التهذيب ج ٨ ص ٢٤٧ ح ١٢٣ وما في المصادر الثلاثه " كفاره الظهار " فقط، الوسائل ج ١٦ ص ٦٢ ب ٤٨ ح ١ وما في المصادر " يعرف " بدل " تعرف " .

الفائدة الخامسة: من أعتق أمه حبلى ولم ينص على ولدها بالعتق

والفقيه والتهديب " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أبق منه مملوكه، أيجوز

أن يعتقه في كفاره اليمين والظهار؟ قال: لا بأس به ما لم تعرف منه موتا. قال

أبو هاشم: وكان سألتني نصر بن عامر القمي أن أسأله عن ذلك " إلا أنه في الفقيه

أسقط لفظ اليمين.

وخبر أحمد بن هلال (١) كما في الفقيه " قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام

كان على عتق رقبه فهرب لي مملوك ولست أعلم أين هو يجزي عتقه؟ فكتب عليه السلام: نعم ".

الخامسة: أن من أعتق أمه حبلى ولم ينص على ولدها بالعتق لم يكن الولد

معتقا ولا يصح عتقه حملا بالانفراد إلا بضمه لأمه وتكون أمه مدبره عند علوقها

بالحمل فيقع الحمل مدبرا، وكذلك المكاتبه، وسيجيء بيان ذلك كله مفصلا.

وخالف الشيخ والإسكافي قبله فحكما بعثت الحمل بمجرد عتق أمه وإن

استثنى الحمل من العتق فيبلغ الشرط عندهما لما رواه الشيخ والصدوق بإسناديهما

عن السكوني (٢) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام " في رجل أعتق أمه وهي حبلى

فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمه حره وما في بطنها حر لأن ما في بطنها منها ".

وقد مضى في كتاب البيع نوع تحقيق لهذه المسألة حيث إن الشيخ وابن

الجنيد حكما بتبعيه الحمل للأمه في البيع عند إطلاق بيع الأم، كما حكما

بذلك في العتق، مستدلين بذلك بأن الحمل منزله العضو منها، وبخبر السكوني

المذكور بتنصيبه على تبعيه الأمه في العتق وإن استثنى. والأولى حمل هذا الخبر

على التقيه لمغايره الحمل لها، لأنه كثير ما يتحرر دونها كما لو كان والده حر

- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦٣ ب ٤٨ ح ٢ وفيهما "لست - يجزيني".
- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ١٣٦ ح ٨٤ وفيهما "عن جعفر عن أبيه عليهما السلام في رجل"، الوسائل ج ١٦ ص ٧٩ ب ٦٩ ح ١ وفيه "عن جعفر عن آبائه".

الفائدة السادسة: فى مسنونات العتق ومكروهاته عند مباشرته

ولأنه تلزمه أحكام لا تلزمها كإسلامه وعتقه دونها، ولأن الجنايه عليه غير الجنايه عليها، وأمثال ذلك من اللوازم المذكوره فى مظانها، وستجىء البينه زياده على ما هنا فى التدبير والمكاتبه.

السادسه: فى مسنونات العتق ومكروهاته عند مباشرته.

(فمنها) استجاب عتق من أغنى نفسه دون لم يكن كذلك كالولدان

الصغار والشيخ الكبير وإن جاز عتق الجميع.

ففى صحيحه هشام بن سالم (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن من أعتق من النسم؟ فقال: أعتق من أغنى نفسه "

وصحيحه على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل

عليه عتق رقبه وأراد أن يعتق نسمة، أيهما أفضل أن يعتق شيخا كبيرا أو شابا

أجرد؟ قال: أعتق من أغنى نفسه، والشيخ الكبير الضعيف أفضل من الشاب أجرد "

وخبره (٣) كما فى قرب الأسناد وصحيحه كما فى كتاب المسائل عن أخيه

موسى عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال فيهما " شابا جلدا " وقال فى آخره " من الشاب

الجرد "

وفى صحيحه محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن الصبى

يعتقه رجل؟ قال: نعم، قد أعتق عليه السلام ولدان كثيره "

(ومنها) أنه إذا أعتق من لا حيله له وكسب استحب نفقته عليه استجابا

مؤكدًا.

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٥ ح ٣ وفيهما "أعتق النسمة".
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ١٠، الوسائل ج ١٦ ص ٢١ ب ١٥ ح ٢ وفيهما "الشاب الأجرد".
- ٣- (٣) قرب الإسناد ص ١١٩ وفيه "الشاب الجلد"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٥ ذيل ح ٢.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٢١ ب ١٥ ح ١ وفيهما "يعتقه الرجل - أعتق على عليه السلام ولدانا".

فيما لو اشترى أمه نسيه فأعتقها ونزوحها وجعل عتقها مهرها فحملت منه

ففى صحيحه ابن محبوب (١) كما فى الكافى " قال: كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام وسألته عن رجل يعتق غلاما صغيرا أو شيخا كبيرا أو من به زمانه ولا حيله له، فقال: من أعتق مملوكا لا حيله له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، وكذلك كان أمير المؤمنين عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيله له ". (ومنها) استحباب عتق العبد على عتق الأمه لما تقدم فى خبر إبراهيم بن أبى البلاد (٢) والمروى فى الكافى مسندا وفى الفقيه مرسلا وفى ثواب الأعمال مسندا وكذا فى التهذيب " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار، وإن كانت أنثى أعتق الله بكل عضوين منها عضوا منه من النار، لأن المرأه نصف الرجل ". (ومنها) استحباب عتق الأرحام الذين لا يعتقون بالقرباه خصوصا الوراث وكراهه تملكهم.

ففى موثقه سماعه (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يملك ذا رحم، أيحل له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه، فإن مات ورثه دون ولده، وليس له أن يبيعه ولا يستعبده ".

وموثقه على بن جعفر (٤) عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام كما فى التهذيب وخبره (٥) كما فى كتاب قرب الأسناد وصحيحه كما فى كتاب المسائل له عن

ص: ٢٦٤

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٨١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٤ ح ١ وفيهما " عن الرجل ".
٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٨٠ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ٦٦ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٣، ثواب الأعمال ص ١٦٦ طبع طهران، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٣ ح ١.

- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٢ ح ١٠٨، وفيه "هل يحل له"، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٣ ح ١.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢ ح ١٠٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٢ وفيهما "أو عمه أو ابن عمه".
- ٥- (٥) قرب الإسناد ص ١٠٩ وفيه "رجل تزوج جاريه أخته أو عمته أو عمه أو ابن أخته فولدت ما حاله؟ قال: إذا كان الولد ممن يملكه عتق"، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٢.

فى عدم قبول شهادة النساء فى الطلاق

أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل زوج جاريتة أخاه أو ابن عمه أو ابن

أخيه فولدت، ما حال الولد؟ قال: إذا كان الولد يرث من ملكه شيئاً عتق ".

والظاهر أن هذا مبنى على كون الولد رقاً إما لكون أبويه رقيقين أو

بناء على اشتراط رقيته أو على تبعيته لأمه فى الرقيه وإن كان الأب حراً.

وموثقه محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: يملك الرجل أخاه وغيره

من ذوى قرابته من الرجال ".

وموثقه سماعه (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى رجل يملك ذا رحمه، هل يصلح

له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه ولا يتخذه عبداً وهو مولاه

وأخوه فى الدين، وأيهما مات ورثه صاحبه إلا أن يكون له وارث أقرب إليه منه ".

(ومنها) استحباب اختيار عتق المملوك فى الرخاء على بيعه والصدقه

بثمنه، واختيار البيع والصدقه على العتق فى الغلاء، وكراهه عتق الفاسق

وشارب الخمر.

لصحيحه بكر بن محمد الأزدي (٢) كما فى الكافى والفقيه عن أبى عبد الله عليه السلام

" قال: سأله رجل وأنا حاضر فقال: يكون لى الغلام فيشرب الخمر ويدخل فى

هذه الأمور المكروهه وأريد عتقه، فهل أعتقه أحب إليك أم يبيعه وأتصدق بثمنه؟

فقال: إن العتق فى بعض الزمان أفضل والصدقه فى بعض الزمان أفضل، فإن كان

الناس حسنه حالهم فالعتق أفضل، فإذا كانوا شديده حالهم فالصدقه أفضل، وبيع

هذا أحب إلى إذا كان بهذا الحال ".

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٣.
- ٢- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٩٤ ح ٤ وفيه " فهل عتقه "، الفقيه ج ٣ ص ٧٩ ضمن ح ٦ وفيه " فأعتقه "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٧ ب ٢٧ ح ١ وما في المصادر " وفي بعض الزمان الصدقة أفضل " مع اختلاف يسير.

يجوز تعدد كل من العامل والمالك

(ومنها) استحباب عتق المملوك الصالح وكراهه استخدامه.

ففى الفقيه (١) مرسلا وفى عيون أخبار الرضا عليه السلام (٢) مسندا وكذلك فى

صحيفه الرضا (٣) عن الرضا عليه السلام والأولى عن أبى جعفر عليه السلام حيث قال: " دخل أبو

جعفر الباقر عليه السلام الخلاء فوجد لقمه خبز فى العذره فأخذها وغسلها ودفعتها إلى

مملوك معه قال: تكون معك لآكلها إذا خرجت، فلما خرج عليه السلام قال للملوك:

أين اللقمه؟ فقال: أكلتها يا بن رسول الله، فقال: إنها ما استوت فى جوف

أحد إلا وجبت له الجنه، فاذهب أنت حر، فإنى أكره أن أستخدم رجلا من

أهل الجنه ". وفى العيون وصحيفه الرضا عليه السلام أسند الرضا القضييه إلى الحسين عليه السلام

وقد تقدمت فى أحكام الخلاء.

وخبر بشر النبال (٤) كما فى ثواب الأعمال " قال: سمعت محمدا أبا جعفر عليه السلام

يقول: من أعتق نسمة صالحه كفر الله بكل عضو منها عضوا منه من النار ".

(ومنها) تأكد استحباب عتق المملوك المؤمن بعد سبع سنين وكراهه

استخدامه بعدها وبعد العشرين السنه أكد.

ففى مرسله محمد بن عبد الله بن زرارہ (٥) عن بعض آل أعين عن أبى عبد الله

عليه السلام " فقال: من كان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا

يحل خدمه من كان مؤمنا بعد سبع سنين ".

ومرسله الحسين بن علوان (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: صحبه عشرين قرابه ".

ص: ٢٦٦

٢- (٢) عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٤٣ ب ٣١ ح ١٥٤ طبع طهران.

٣- (٣) مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٤١ ب ٢٤ ح ٢.

٤- (٤) ثواب الأعمال ص ١٦٦، الوسائل ج ١٦ ص ٣٨ ب ٢٨ ح ٢ وفيهما "بشير النبال - جعفر بن محمد" مع اختلاف يسير.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ١.

٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٩٩ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ٢ وفيهما "صحابه عشرين سنة قرابه".

المقصد الثاني: في أقسام الطلاق الأول: الطلاق البدعي

رواه في كتاب الاقبال عن الحسين بن علوان مثله.

وموثقه زراره (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إذا أتى المملوك ثمنه بعد سبع سنين فعليه أن يقبله " .

(ومنها) استحباب عتق المملوك إذا ضربه المولى ولو كان في حق، وقيده الأصحاب بما إذا ضربه فوق الحد أو ضربه ظلما، والأخبار لا تساعد على ذلك كما ستسمعها.

ففي روايه أبي بصير (٢) كما في كتاب الحسين بن سعيد وهو كتاب الزهد عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إن أبي ضرب غلاما له واحده بسوط وكان بعثه في حاجه فأبطأ عليه فبكى الغلام، فقال: الله تبعثني في حاجتك ثم تضربني! قال: فبكى أبي وقال: يا بني اذهب إلى قبر رسول الله فصل ركعتين وقل: اللهم اغفر لعلي ابن الحسين خطيئته، ثم قال للغلام: اذهب فأنت حر، فقلت: كان العتق كفاره للذنب؟ فسكت " .

وخبر عبد الله بن طلحه (٣) كما في ذلك الكتاب أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " أن رجلا من بني فهد كان يضرب عبدا له والعبد يقول: أعوذ بالله، فلم يقلع عنه، فقال: أعوذ بمحمد صلى الله عليه وآله، فأقلع عنه الرجل الضرب، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: يتعوذ بالله فلا تعيده ويتعوذ بمحمد فتعيده! والله أحق أن يجار عائذه من محمد، فقال الرجل: هو حر لوجه الله، فقال: والذي بعثني بالحق نبيا لو لم تفعل لواقع وجهك حر النار " .

والذي ذكره الأصحاب في هذا المقام أن من ضرب مملوكه فوق الحد استحباب

له التكفير بعقته، وظاهر القدماء كالشيخ وأتباعه أن ذلك على السبيل الوجوب.

ص: ٢٤٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٩ ح ١٣٧ وفيه "قمه ثمنه"، الوسائل ج ١٦ ص ٤٤ ب ٣٣ ح ٤.

٢- (٢) الزهد ص ٤٣ ب ٧ ح ١١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٢ ب ٣٠ ح ١.

٣- (٣) الزهد ص ٤٤ ب ٧ ح ١١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٢ ب ٣٠ ح ٢.

الثانى: الطلاق السنى البائن

وجعلوا المستند فى ذلك صحيحه أبى بصير (1) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: من

ضرب مملوكا حدا من الحدود من غير حد أوجه المملوك على نفسه لم يكن

لضاربه كفاره إلا عتقه "

وقد أنكر هذا الحكم رأسا ابن إدريس لعدم دليل يدل عليه. والمحقق

والعلامه وأكثر المتأخرين عدلوا إلى الاستحباب، واحتج له فى المختلف بأنه

فعل محرم، والعتق مسقط لذنب القتل وهو أعظم من الضرب، فاستحب العتق،

ولو استند إلى الروايه كان أجود، وإن لم تكن صريحه فيما ادعوا لأن ظاهرها

أنه إذا ضربه حدا من الحدود من غير موجب أوجه المملوك على نفسه، لا أنه

إذا ضربه زياده عن الحد بل لأنه ضربه حدا غير مستحق لضربه، والمتبادر من

الحد هنا هو المقدار من العقوبه المستحقه على ذلك الفاعل مع إطلاق الحد عليه

شرعا، فلا يدخل التعزير لأنه مقدر بنظر الحاكم، ويعتبر فيه حد العبيد لا

الأحرار. وقيل: يعتبر حد الأحرار ولأصالة بقاء الملك سليما عن تعلق حق الملك

على مالكة، وهذا إنما يتأتى على القول بالوجوب.

أما على القول بالاستحباب فلا، لأن المعلق على مفهوم كلى يتضمن فى

وجوده فى أى فرض من أفراده، وحمله على حد لا يتعلق بالمحدود بعيد جدا، ولا فرق

فى ذلك بين الذكر والأنثى لتناول المملوك لهما.

ومن هذا القبيل ما تقدم فى روايه الاقبال والمناقب فيما كان يصنعه على بن

الحسين عليه السلام بمماليكه فى شهر رمضان، حيث إنه يعتقهم فى مقابله ما يذنبون فى

هذا الشهر من المعاصى بعد كتابته عليهم حتى إذا كان آخر الشهر أوقفهم بين يديه

وعرفهم بذنوبهم ذنبا ذنبا ثم سألهم العفو عن تقصيراته فيهم ثم يعتقهم بعد عفوهم
عن تقصيراته.

وقد جاء استحباب العتق عند التماس العبد العفو عن تقصير فعله كما

ص: ٢٤٨

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٧، الوسائل ج ١٨ ص ٣٣٧ ب ٢٧ ح ١.

الثالث: الطلاق الرجعي العدي

صنعه على بن الحسين عليه السلام مع جاريتها التي توضيه على ما رواه ابن بابويه في الأموال عن

عبد الرزاق (١) " قال: جعلت جاريه لعلي بن الحسين عليه السلام تسكب الماء عليه وهو

يتوضأ للصلاة، فسقط الإبريق من يد الجارية على وجه فشجه فرفع على بن

الحسين رأسه إليها، فقالت الجارية: إن الله عز وجل يقول: والكاظمين الغيظ،

فقال لها: قد كظمت غيظي، قالت: والعافين عن الناس، قال لها: عفا الله عنك،

قالت: والله يحب المحسنين، قال: اذهبي فأنت حره "

(ومنها) ما لو اشترى حبلى فوطاً قبل مضي أربعة أشهر ومضى عشره أيام

كره له بيع الولد، سواء كان الحمل من زنا أو من غيره، وفاق لابن إدريس

والمحقق، وحرمه الشيخان وسالار وبنو زهره وحمزه والبراج. وادعى ابن زهره

عليه الاجماع، واستحب عندما سوى الشيخ وابن حمزه أن يعزل له قسطاً من ماله،

ويعتقه، وأوجب الشيخ وابن حمزه العتق وعزل القسط.

وتدل عليه صحيحه إسحاق بن عمار (٢) " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن

رجل اشترى جاريه حاملاً وقد استبان حملها فوطأها، قال: بئس ما صنع، فقلت:

ما تقول فيها؟ قال: عزل عنها أم لا؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان قد

عزل عنها فليتق الله ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا

يورث ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به فإنه قد غذاه بنطفته "

وموثقه غياث بن إبراهيم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: من جامع أمه

حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولا يسترقه لأنه شارك فيه، ولأن الماء

تمام الولد "

-
- ١- (١) الأمالى للشيخ الصدوق ص ١٦٨ ح ١٢ طبع مؤسسه الأعلمى.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٨ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٨٨ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

الرابع: الطلاق السنى بالمعنى الأخص

وخبر السكونى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " أن رسول الله صلى الله عليه وآله دخل على رجل

من الأنصار وإذا وليده عظيمه البطن تختلف، فسأل عنها فقال: اشتريتها يا رسول الله

وبها هذا الجبل، قال: أقربتها؟ قال: نعم، قال: أعتق ما فى بطنها، قال: يا رسول الله

بما استحق العتق؟ قال: لأن نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه "

وموثقه إسحاق بن عمار (٢) على ما فى الكافى عن أبى الحسن عليه السلام مثل صحيحته

المتقدمه.

(ومنها) ما لو انهدمت دار على قوم فبقى منهم صبيان أحدهما مملوك

والآخر حر فاشتبا فبقرع بينهما، فإن خرج السهم على أحدهما بحرته جعل

المال له واعتق الآخر. استحبابا فى المشهور، خلافا للشيخ وجماعه حيث ذهبوا

إلى الوجوب.

وتدل على هذا الحكم صحيحه حرىز (٣) عن أحدهما عليهما السلام " قال: قضى

أمير المؤمنين عليه السلام باليمن فى قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان أحدهما

مملوك والآخر حر، فأسهم بينهما فخرج السهم على أحدهما، فجعل المال له

وأعتق الآخر "

ومثلها صحيحته الأخرى (٤) كما فى التهذيب.

وموثقه محمد بن الحسين بن المختار (٥) " قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لأبى حنيفه:

يا أبا حنيفه ما تقول فى بيت سقط على قوم وبقى منهم صبيان أحدهما حر والآخر

مملوك لصاحبه. فلم يعرف الحر من المملوك؟ فقال أبو حنيفه: يعتق نصف هذا

ويعتق نصف هذا ويقسم المال بينهما، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليس كذلك، ولكن

- ١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٢ و ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ٣ و ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٢ و ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ٣ و ١.
- ٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ١٣٧ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٢ ب ٤ ح ١.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٩ ص ٣٦٢ ح ١٢، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٢ ب ٤ ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٧ ص ١٣٨ ح ٧، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٢ ب ٤ ح ٢.

قد تكاثرت الاخبار بتقسيم الطلاق إلى طلاق العده وطلاق السنه

يقرع بينهما، فمن أصابته القرعه فهو الحر، ويعتق هذا فيجعل مولى له "

ومثلها مرسله إرشاد المفيد (١) " قال: قضى على عليه السلام فى قوم وقع عليهم

بيت فقتلهم وكان فى جماعتهم امرأه مملوكه والأخرى حره، وكان للحره ولد طفل

من حر، وللجاريه المملوكه طفل مملوك من مملوك، فلم يعرف الحر من

الطفلين، فقرع بينهما، وحكم بالحرية لمن خرج سهم الحر عليه منهما،

وحكم بالرقية لمن خرج عليه سهم الرق منهما، ثم أعتقه وجعله مولاه،

وحكم فى ميراثهما بالحكم فى الحر ومولاه، فأمضى رسول الله صلى الله عليه وآله هذا القضاء "

(ومنها) استحباب عتق العبد فى المرض قبل أن تحضره أمارات الموت، فإن

حضرت أماراته كره عتقه.

ففى صحيحه على بن مهزيار (٢) " قال: كتبت إليه أسأله عن المملوك يحضره

الموت فيعتقه مولاه فى تلك الساعه فيخرج من الدنيا حرا، هل للمولى فى ذلك

أجر؟ أو يترك فيكون له أجره إذا مات وهو مملوك؟ فكتب: يترك العبد مملوكا

فى حال موته فهو أجر لمولاه، وهذا إذا أعتق فى هذا الحال لم يكن نافعا له "

وخبر الفضل بن المبارك (٣) " أنه كتب إلى أبى الحسن على بن محمد عليهما السلام

فى رجل له مملوك فمرض، أيعتقه فى مرضه أعظم لأجره؟ أو يتركه مملوكا؟

فقال: إن كان فى مرض فالتعق أفضل، لأنه يعتق الله عز وجل بكل عضو منه

عضوا منه من النار، وإن كان فى حال حضور الموت فيتركه مملوكا أفضل له

من عتقه "

- ١- (١) ارشاد المفيد ص ٩٤ طبع طهران (دار الكتب الاسلاميه)، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ٥.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٨ وفيه " وهذا عتق في هذه الساعه ليس بنافع له "، الوسائل ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٩٣ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(ومنها) لو شهد مملوكان بحريه ولد الميت وثبت بشهادتهما ذلك فيستحب لمن شهدا له بذلك أن يعتقهما ويكره أن يسترقهما.

وتدل عليه موثقه داود بن فرقد (١) كما في الفقيه والكافي " قال: سئل

أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان في سفر ومعه جاريتان وغلaman مملوكان، فقال

لهما: أنتما أحرار لوجه الله تعالى، واشهدا إن ما في بطن جاريتي هذه مني،

فولدت غلاما، فلما قدموا على الورثة أنكروهم واسترقوهم، ثم إن الغلامين

أعتقا بعد فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاهما الأول أشهدهما أن ما في بطن جاريتيه

منه، قال: تجوز شهادتهم للغلام ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له لأنهما أثبتا

نسبه ". والذي يدل على الاستحباب لأنهما يرجعان رقين بحسب الظاهر.

وصحيحه الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل مات وترك جارياه حبلين ومملوكين

فورثهما أخ له، فأعتق العبدین وولدت الجارياه غلاما، فشهدا بعد العتق أن

مولاهما كان أشهدهما أنه كان ينزل على الجارياه وأن الحبل منه، قال: تجوز

شهادتهما ويردان عبدین كما كانا ".

(ومنها) استحباب اشتراء العبد من مال الزكاه إذا كان تحت الشده أو كان

أبا لدى الزكاه ويعتق، وقد تقدم في الزكاه ما يدل عليه من الأخبار.

فمن تلك الأخبار خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن

الرجل يجتمع عنده من الزكاه الخمس مائه والست مائه يشتري منها نسمة ويعتقها،

قال: إذا يظلم قوما آخرين حقوقهم، قال: ثم مكث مليا ثم قال: إلا أن

- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٦، الفقيه ج ٤ ص ١٥٧ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ ب ٧١ ح ١.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٥٠ ح ٣٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦١ ب ٧١ ح ٢.
- ٣- (٣) الكافي ج ٣ ص ٥٥٧ ح ٢، الوسائل ج ٦ ص ٢٠٢ ب ٤٣ ح ١.

الجمع بين الأخبار الواردة في المقام

يكون عبدا مسلما في ضروره فيشترية ويعتقه " .

وخبر أبي محمد الوابشى (١) الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سأله بعض

أصحابنا عن رجل اشترى أباه من الزكاه - زكاه ماله - ، قال: اشتر خير رقبه لا

بأس بذلك " .

(ومنها) استحباب أن يكتب له كتابا بعد عتقه مشتملا على عتقه وكيفيته

كما في صحيحه إبراهيم بن أبي البلاد (٢) " قال: قرأت عتق أبي عبد الله عليه السلام فإذا هو:

هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق فلانا غلامه لوجه الله لا يريد به جزاء ولا شكورا

على أن يقيم الصلاة ويؤتى الزكاه ويحج البيت و يصوم شهر رمضان ويوالى أولياء

الله ويتبرأ من أعداء الله، شهد فلان وفلان وفلان ثلاثه " .

ورواه في المقنع مرسلا، ورواه الشيخ في التهذيب من الصحيح أيضا عن

الحسين بن سعيد عن إبراهيم بن أبي البلاد (٣).

وصحيحه عبد الله بن سنان (٤) كما في الكافي " عن غلام أعتقه أبو عبد الله عليه السلام:

هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق غلامه السندی فلانا على أنه يشهد أن لا إله إلا الله

وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله وأن البعث حق وأن النار حق،

وعلى أنه يوالى أولياء الله ويتبرأ من أعداء الله، ويحل حلال الله ويحرم حرام

الله، ويؤمن برسول الله، ويقر بما جاء من عند الله، أعتقه لوجه الله لا يريد به

جزاء ولا شكورا، وليس لأحد عليه سبيل إلا بخير، شهد فلان " .

(ومنها) كراهه عتق ولد الزنا وإن أظهر الايمان بقاء على جواز إيمانه

- ١- (١) الكافي ج ٣ ص ٥٥٢ ح ١، والوسائل ج ٦ ص ١٧٣ ب ١٩ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١ وفيه "فإذا هو شرحه: - ويتولى"، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ١.
- ٣- (٣) المقنع ص ١٥٥، التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ١.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ٢.

البحث الأول: فى حكم عتق بعض المملوك

وإلا كان حراما.

وقد تقدم فى الأخبار ما يدل عليه أيضا خبر عمار بن مروان (١) " قال: قلت

لأبى عبد الله عليه السلام: أن أبى حضره الموت فقيل: أوص، فقال: هذا ابنى - يعنى

عمرا - فما صنع فهو جائز " وساق الحديث إلى أن قال: " وأوصى بنسبه مؤمنه

عارفه، فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال: قد أجزت عنه " .

وزاد الكلينى (٢) فى روايته " إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على

أنها سمينه فوجدها مهزوله فقد أجزت " .

ومثلها روايه الفقيه (٣) أيضا.

(ومنها) استحباب عتق العبد عند الموت إذا كان ضربه فى حال حياته ولو

بحق.

لموثقه إسحاق بن عمار عن أبى بصير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: أعتق أبو جعفر

عليه السلام من غلمانة عند موته شرارهم وأمسك خيارهم، فقلت: يا أبة تعتق هؤلاء وتمسك

هؤلاء؟ فقال: إنهم قد أصابوا منى ضربا فيكون هذا بهذا " .

المقصد الرابع

فى عتق الشقص وما يترتب عليه من عتق السرايه

وما يشتمل على أبحاث: الأول: (٥) كما يجوز للمولى أن يعتق المملوك

ص: ٢٧٤

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ب ٩٥ ح ٢ وفيهما " فقيل له - عمر - قد أجزأت عنه " .

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ب ٩٥ ح ٣ وفيهما " مثل رجل - فقد أجزأت عنه " .

٣- (٣) الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٥.

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٢ ب ١٤ ح ١.

٥- (٥) كذا في النسخه.

الاخبار الواردة في بيع الأمه ذات البعل

بكمالها يجوز له أن يعتق جزء منه لقبوله للتبعيض. وهذا الحكم مجمع

عليه بين علماء الاسلام، والأخبار به مستفيضه، إلا أن علماءنا قد اختلفوا

في أنه لو أعتق البعض هل يسرى إلى ما بقى قهرا أو لا تجب السرايه وإنما يعتق

عنه ذلك الجزء خاصه؟ المشهور الأول لكنهم قالوا: من أعتق شقصا عبده سرى

المعتق فيه كله إذا كان المعتق صحيحا جائز التصرف.

وأما الأخبار الواردة فيه فروايه غياث بن إبراهيم (١) الموثقه عن جعفر عن

أبيه عليهما السلام " أن رجلا أعتق بعض غلامه. فقال على عليه السلام: هو حر كله ليس الله شريك "

وخبر طلحه بن زيد (٢) عن جعفر بن أبيه عليهما السلام " أن رجلا أعتق غلامه، فقال:

هو حر كله ليس الله شريك "

ومثلها مرسله المقنع (٣).

وخالف السيد جمال الدين أحمد بن طاووس في كتابه " ملاذ العلماء " الإماميه

فاستوجه عدم السرايه على معتق بعض مملوكه إلى الباقي، نظرا إلى ضعف تلك

الأخبار وعدم ثبوت الاجماع المدعى مع معارضه تلك بروايات تدل على عدمه

كروايه حمزه بن حمران (٤) التي صح سندها إليه عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته

عن رجل أعتق نصف جاريتيه ثم قذفها بالزنا، فقال: أرى أن عليه خمسين جلده

ويستغفر الله عز وجل، قلت: أرايت إن جعلته في حل أو عفت عنه، قال: لا

ضرب عليه إذا عفت عنه من قبل أن ترفعه، قلت: فتغطي رأسها عنه حين أعتق

نصفها؟ قال: نعم، وتصلي وهي مخمره الرأس، ولا تتزوج حتى تؤدي ما عليها

- ١- (١) التهذيب: ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٧ وفيه " فقال عليه السلام "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٥ ب ٦٤ ح ١.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٨، الوسائل ج ١٦ ص ٥٧ ب ٦٤ ح ٢.
- ٣- (٣) المقنع ص ١٦٠.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٩، الوسائل ج ١٦ ص ٧٥ ب ٦٤ ح ٣.

نقد كلام صاحب المسالك في المقام

أو يعتق للنصف الآخر."

وصحيحه النضر بن شعيب عن الحارثي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل توفي

وترك جاريه له أعتق ثلثها فزوجها الوصي قبل أن يقسم شيئا من الميراث أنها

تقوم وتستسعى هي زوجها في بقيه ثمنها بعد ما تقوم، فما أصاب المرأه من عتق أو

رق جرى على ولدها."

ورواه الصدوق في المقنع (٢) مرسلا مثله.

وصحيحه عبد الله بن سنان (٣) " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أعتقت ثلث

خادمتها عند موتها، على أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا، ولكن

لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثها، يستخدمها بحساب الذي له منها، ويكون لها

من نفسها بحساب الذي أعتق منها."

وصحيحه علي بن جعفر (٤) كما في كتاب المسائل له وفي كتاب قرب الإسناد

أيضا لكن بأسناد غير نقي عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل أعتق نصف

مملوكه وهو صحيح، ما حاله؟ قال: يعتق النصف ويستسعى في النصف الآخر

ويقوم قيمه عدل."

وموثقه الحلبي (٥) " قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أعتقت عند الموت

ثلث خادمتها، على أهلها أن يكاتبوها؟ قال: ليس ذلك لها: ولكن لها ثلثها فلتخدم

بحساب ما أعتق منها."

ص: ٢٧٦

٢- (٢) المقنع ص ١٦٠.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٧ وفيهما " خادمها ".

٤- (٤) قرب الإسناد ص ١٢٠، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٣، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٤ ح ٨.

٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٢، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٦ وفيهما " خادمها ".

فيما لو بيع العبد ونحته أمه

وخبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام " أن رجلا أعتق عبدا له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثه ".

ومرسله أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل يعتق جاريته ويقول لها عتقك مهرك ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال، يرجع نصفها مملوكا ويستسعيها في النصف الآخر ".

وموثقه يونس بن يعقوب (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل أعتق أمه وجعل عتقها صداقها ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: يستسعيها في نصف قيمتها فإذا أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمه، قال: وإن كان لها ولد فإن أدى عنها نصف قيمتها عتقت ".

وخبر عباد بن كثير (٤) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أعتق أم ولد له وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يعرض عليها أن تستسعى في نصف قيمتها فإن أبت هي فنصفها حر ونصفها رق ".

فهذه الأخبار مع صحتها وصراحتها قد دلت على عدم السرايه كما هو مختار السيد ابن طاووس، وقد أوردت هذه الصحاح بما سيأتى من ثبوت السرايه على الشريك كما هو ثابت بالصحاح المستفيضه والفتوى، وهذا يقتضى السرايه على ملكه بطريق أولى لاشتراكهما في الدلاله على سباق الشرع بتكمل العتق، فإذا أكمل والباقي لغيره واحتيج إلى أداء المال إليه لأن يكمل والباقي له أولى. وحينئذ تبقى الروايات مؤيده وإن ضعف سندها لأن الدليل غيرها.

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٦١، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٦.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ب ١٥ ح ٣.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ب ١٥ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ب ١٥ ح ٤.

أقوال العلماء في مسألة عتق أحد الشريكين حصته في العبد المشترك

وقد أجابوا عن صحيحه ابن سنان بإمكان حملها على ما إذا لم يملك غيرها فيحجر عليه فيما زاد عن الثلث واحتمل الشيخ في روايه حمزه بن حمران لا يملك نصفها الآخر. وكل هذه المحامل تكلفات مستغنى عنها ولا طريق للحمل سوى الترجيح، ولا شك في رجحان الأخيره، فالقول به قوى مع احتمال تلك الأخبار البقيه أيضا.

وأما الاستدلال بطريق الأولويه فبعد الاغماض عن كونها من القياس الذى لا نقول به يضعف عن معارضه هذه الصحاح، ويمكن حمل تلك الأخبار على أن ذلك الكلام كناية عن حثه على إعتاق الجميع وترغيب للمعتق فى ذلك، وسيأتى فى الموايىث ما يدل على عدم السرايه أيضا، وقد تقدم فى الوصايا ما يرشد إلى ذلك فى عتق العبد المشترك إذا أعتق أحد الشريكين حصته، قليله كانت أو كثيره، فإنه يقوم عليه إن كان مؤسرا ويسعى العبد فى فك ما بقى منه إذا كان المعتق معسرا، هذا هو المشهور.

وقال الشيخ: إنه لا يسرى عليه إلا إذا قصد الاضرار بالشريك وكان مع اليسار، وأما مع قصد القربه لا يقوم عليه مطلقا، وإن قصد الاضرار مع الاعسار فالعتق باطل ولا سرايه.

وفى المسأله أقوال أخر: (أحدها) أن المعتق يقوم عليه نصيب الشريك إن كان مؤسرا، ويسعى العبد فى فك باقيه إن كان معسرا، وهذا مختار المفيد والسيد المرتضى وابن بابويه.

(وثانيها) استسعاء العبد مطلقا من غير تقوم على الشريك، ذهب إليه أبو

الصلاآء الءلبى.

(وءالئها) وهو للأسكافى؁ وهو أنه إن أعتق وكان غير مضار ءءفر الشرىك

بىن إلزامه قىمه نصىبه إن كان مؤسرا أو بىن اسءساء العبد.

ولابن إءرىس قول ساءس وهو أنه لو أعتق مع قصد الاضرار بطل مع اليسار

ص: ٢٧٨

فى بقفه شروط السرايه

والاعسار، ولأن العتق شرط صحته التقرب، والمراد باليسار أن يملك حال العتق

زياده عن داره وخادمه ودابته وثيابه المعتاده وقوت يومه له ولعياله مما يسع

نصيب الشريك أو بعضه على الأقوى وأمر بعد العتق فلا تقويم.

وللسرايه هنا عند مثبتها كما هو المشهور شرطان آخران: (أحدهما)

كون العتق اختيار أو يكفى اختيار السبب كالشراء والأنتهاب للقريب، وفى التنكيل

إشكال من تحريم السبب ومن تأثيره فى ملكه، فلو ورث شقصا من قريبه لم يسر

عند المجلسين، وقال الشيخ يسرى.

(وثانيهما) أن لا يتعلق بالشقص حق لازم كالوقف والكتابه والاستيلاء،

وترجيحا لأشهر الحقين، وقيل بالسرايه للعموم، وسيجئ تحقيق هذه الشروط

فى ذيل فروع هذا البحث على التفصيل.

احتج للمشهور بصحيحه الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى جاريه كانت

بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان مؤسرا كلف أن يضمن، وإن كان

معسرا خدمت بالحصص ".

وصحيحه محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: من كان شريكا فى عبد

أو أمه قليل أو كثير فأعتق حصته وله سعه فليشتره من صاحبه ويعتقه كله، وإن

لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق، ثم يسعى العبد فى

حساب ما بقى حتى يعتق ".

وصحيحه سليمان بن خالد (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المملوك

يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٨، وفيه "أخدمت"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٧.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٣ وفيه "حصته ولم يبعه فليشتره".
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ٩ وفيهما "يقوم قيمه".

عدم اعتبار كون الأرض ملكاً لأحدهما

بيعه ولا مؤاجرتة، قال: يقوم قيمته فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك لما أفسده "

ومرسله حريز (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن رجل أعتق غلاماً بينه

وبين صاحبه، قال: قد أفسد على صاحبه، فإن كان له مال أعطى نصف المال، وإن

لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام ويوم للمولى يستخدمه، وكذلك إن

كانوا شركاء "

وحسنه الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المملوك بين شركاء

فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدرّون على بيعه

ولا مؤاجرتة، قال: يقوم قيمته فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك

عليه عقوبه لما أفسده "

وخبر سماعه (٣) " قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه،

فقال: هذا فساد على أصحابه يقوم قيمته ويضمن الذى أعتقه لأنه أفسده على

أصحابه "

وحسنه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٤) وخبره كما فى الكافى والتهذيب " قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فاعتق بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع

بالذى أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقى؟ قال: نعم يؤخذ بما بقى منه من قيمه

يوم أعتق "

ص: ٢٨٠

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ١١ فيهما " يوماً للغلام ويوماً للمولى ويستخدمه "

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٨٢ ح ١ وفيه " قيمه - عليه لما أفسده "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ١ وفيه " قيمه - فلا يستطيعون بيعه "

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٠ ح ٢٢ وليس فيه " هذا فساد على أصحابه "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٥ وفيه " يقوم قيمه "

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ٦ وفيه " بقيمته يوم "، التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٧ وفيه " يؤخذ بما بقي "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٦ وفيه اختلاف يسير.

في ما احتج الشيخ به على القول بالتفصيل

وحسنه الحلبي (١) أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن رجلين كان بينهما

عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مؤسرا كلف أن يعتقه كله وإلا يستسعى

العبد في باقي النصف الآخر "

ومثلها صحيحته (٢) كما في الفقيه.

وموثقه محمد بن قيس (٣) كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام ثم ذكر مثل

صحيحته المتقدمه.

واحتج الشيخ في النهايه والمبسوط وكتابي الأخبار من القول بالتفصيل

- وهو أنه إن قصد بالاضرار بالشريك فكه إن كان مؤسرا وبطل العتق إن كان

معسرا، وإن قصد القربه لم يلزمه فكه، وسعى العبد في حصه الشريك، فإن امتنع

استقر ملك الشريك على حصته - بما رواه الكليني في الحسن وابن بابويه (٤)

في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما

نصيبه، قال: إن كان مضرا كلف أن يعتقه كله وإلا استسعى العبد في النصف

الآخر "

وما رواه الشيخ وابن بابويه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) " قال: قلت

ص: ٢٨١

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٠ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٢ وما في المصادر " إن كان

مضارا - وإلا استسعى العبد في النصف الآخر "

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٨ وفيه " إن كان مضارا - استسعى العبد في النصف الآخر "

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ٦٨٣ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٣.

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٢ وما في المصادر " إن كان

مضارا "

٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٦ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١٢ وما فى المصادر اختلف
يسير.

فى تناول الزوجه من مال زوجها

ولأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما وفيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه، فقال:

إذا أعتق لوجه الله نصيبه مضاره هو مؤسر ضمن للورثه، وإذا أعتقه لوجه الله كان

الغلام وقد أعتق منه حصه من أعتق، ويستعملونه على قدر ما أعتق منه له ولهم،

فإن كان نصفه عمل لهم يوما وله يوما، وإن أعتق الشريك مضارا وهو معسر

فلا أعتق له لأنه أراد أن يفسد على القوم، وترجع القوم على حصصهم."

ولمضمون هذه الروايه أوجب الشيخ العمل بها لكونها صحيحه السند مفصله

والمفصل يحكم على المجمل.

ومن هنا عمد محدث الوافى حيث مال لمذهب الشيخ إلى أخبار حجه

المشهور فقيد إطلاقها به فقال - فى بيانات أخبار المشهور -: إطلاق هذه الأخبار

مقيد بما إذا كان المعتق مضارا غير مريد به وجه الله تعالى وكان ذا سعه من المال،

أما لو لم يكن ذا ولا ذاك استسعى العبد فى بقيته إن أراد كما يظهر من الأخبار،

الآتيه، ويستفاد من بعضها عدم وقوع العتق لو كان مضارا معسرا معا. وأشار بذلك

البعض إلى صحيحه محمد بن مسلم المفصله.

وكانهم حملوا صحيحه محمد بن قيس (1) الأخرى عن أبى جعفر عليه السلام " قال:

قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصيبه وهو صغير

وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذى حرر نصفه، قال: يقوم قيمه يوم حرر

الأول، وأمر المحرر أن يسعى فى نصفه الذى لم يحرر حتى يقضيه."

والمحرر هنا بفتح الراء بقرينه يسعى، فإنه إنما يقال فى العبد على ما لو

كان عتقه لوجه الله وكان معسرا، وإلا كان إطلاقه منافيا للأخبار السابقه التى هى

حجه المشهور وحجه الشيخ، وكان حجه لأبي الصلاح الحلبي.

ص: ٢٨٢

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٤ وفيه " فحرر أحدهما نصفه - وأمر الأول " .

فى الجمع بين أخبار الباب

وكذلك حملوا إطلاق خبر الحسن بن زياد (١) " قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجل أعتق شركا له فى غلام مملوك، عليه شىء؟ قال: لا "

وكذا موثقه يعقوب بن شعيب (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله، على ما لو قصد

بالعتق وجه الله لا الأضرار وأنه يستسعى العبد فيما بقى، ويستحب له أن يشتري

ما بقى ويعتقه واستدل بما مضى ويأتى وحملها المشهور على ما لو كان غير مؤسرا.

وكذلك إطلاق روايه على بن أبى حمزه (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن مملوك بين أناس فأعتق بعضهم نصيبه، قال: يقوم قيمه ثم يستسعى فيما بقى،

ليس للباقي أن يستخدمه ولا يأخذ منه الضريبه "

وكذلك إطلاق خبر السكونى (٤) عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام " أن رجلا

أعتق عبدا له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول:

يستسعى فى ثلثى قيمه للورثه " على ذلك التفصيل أيضا، وهو أن يكون المعتق معسرا.

وكان إطلاق هذه الأدله الداله على الاستسعاء للعبد مطلقا - إن أراد

ذلك - هو مستمسك أبى الصلاح الحلبي، وكان مستمسك ابن الجنيد هو وجه الجمع

بين هذه الأخبار الداله على الاستسعاء مطلقا وبين الأخبار الداله على تقويمه على

المولى عند اليسار بالتخير لصاحب الحصه الذى لم يعتق، وهو وإن كان له وجه

فى الجمع إلا أن الخبر المفصل الصحيح الذى تمسك به الشيخ وهو صحيحه محمد

ابن مسلم مما تأباه.

وأما خبر الصباح الكنانى (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٩ و ٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ٨.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٩ و ٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ٨.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ١٠ وفيه "ليس للباقي أن يستخدم".
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٦١، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٥.
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٦ وفيه "لا أريد أن تقومى - ولكن يقومها"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١٣ وفيها "للذى لم يعتق - لا أريد".

في فروع المسأله:

يكون بينهما الأمه، فيعتق أحدهما نصفه، فتقول الأمه للذي يعتق نصفه: لا تريد أن تعتقني ذرني كما أنا أخدمك، وإنه أراد أن يستنكح النصف الآخر، قال: لا ينبغي له أن يفعل، إنه لا يكون للمرأة فرجان، ولا ينبغي له أن يستخدمها ولكن يعتقها ويستسيها".

وكذلك خبر أبي بصير (1) مثله إلا أنه قال " وإن كان الذي أعتقها محتاجا يستسيها".

ففيهما إشاره إلى أن ذلك مع عجز المعتق، سيما الثانيه.

وقد أورد على الشيخ فيما جمع به إشكال حاصله أن المعتق لمضاره الشريك

مناف للقربه، فيتجه بطلان العتق إذا وقع على هذا الوجه مطلقا، سواء كان

المعتق مؤسرا أو معسرا، فإن لم يكن منافيا للقربه - كما ذكره في المختلف من

أن المراد به تقويمه على الشريك قهرا مع إعتاق نصيبه لوجه الله - اتجه صحه

العتق الواقع على هذا الوجه من المؤسر والمعسر أيضا، فالفرق بينهما لا يظهر له

وجه. وأيضا أن المعتق مضاره إذا قلنا إنه لا ينافى القربه كيف يجعل العتق

لوجه الله تعالى قسيما له.

ويمكن دفعه بأن المضاره مع اليسار قصد التقديم على الشريك، وذلك لا

ينافى وقوع التقرب من المعتق لا عتاق حصته، وبالمضاره مع الاعسار قصد تضييع

مال الشريك وإتلافه عليه، وذلك مناف للقربه، فيبطل العتق الواقع على هذا

التقدير، وبالعتق لوجه الله العتق على هذا الوجه مع الذهول عن التقديم على

الشريك إما للجهل بذلك أو للغفله عنه.

وهنا فروع بها تتبين أحكام هذه المسألة على جهة التفصيل وبها تتميز الأقوال
فذكرها كاشف عن أدلتها وبيان عللها مفصله وبيان الراجح من هذه الأقوال.

ص: ٢٨٤

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١٤ وفيهما "فليستسعها".

الفرع الأول: فى وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شرائط السريه، وهنا أقوال للفقهاء مختلفه وفروع مترتبه على هذه الأقوال

الأول: قد اختلف الأصحاب فى وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع

شرائط السرايه، فالشيخان والمحقق والعلامة وجماعه من المتأخرين على أنه عند

أداء قيمه. والشيخ فى المبسوط أنه مراعا بالأداء، فإذا حصل تبين كون العتق من

حين عتق نصيبه. وقال ابن إدريس: ينعقد بالاعتاق، أى باللفظ المقتضى العتق

نصيبه، لأن ذلك معنى السرايه شرعا.

والأقوى الأول لأن للأداء مدخلا فى العليه، ولهذا لا ينعقد مع الاعسار،

ولأنه لو أعتق بالاعتاق لزم الاضرار بالشريك بتقدير هويه أو تلف مال ولظاهر

صحيحه محمد بن قيس المتقدمه عن الباقر عليه السلام وموثقته حيث قال فيهما " من كان

شريكا فى عبد أو أمه، قليل أو كثير، فأعتق حصته وله سعه فليشترى من صاحبه

فيعتق كله " والمراد بشرائه منه هو تقويم على نفسه وأداء قيمته لشريكه لعدم

اعتبار الشراء الحقيقي إجماعا.

وأما الشيخ فى المبسوط فدليله ظواهر تلك الأخبار، وفيه جمع بين الأدله.

وأما ابن إدريس فقد تمسك بأن هذا مقتضى السرايه ومدلول الأخبار

الداله عليها من العامه والخاصه كقول النبى صلى الله عليه وآله " إذا كان العبد بين اثنين

فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله ". ويروى " فهو حر كله " ويروى

" فهو عتيق ". وقول على عليه السلام " فهو حر ليس لله شريك ". وقول الصادق عليه السلام فى صحيحه

سليمان بن خالد وغيرها مما تقدم ذكره " أنه قد أفسد على صاحبه " والافساد

إنما حصل بالعتق.

وقد توقف العلامة فى كثر من كتبه وولده فى شرح القواعد وأول الشهدىن
فى شرح الارشاد، مع أنه قد رجح فى الدروس اعتبار الأداء لصححه ابن قيس
وموثقته المتقدمين، وتنظر ثانى الشهدىن فى المسالك فى صحه الروايه المذكوره
بناء على أن ابن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقه وغيره، فلا تكون
الروايه صححه مطلقا وإنما صحتها بالنسبه إضافيه إلى غيره وذلك غير كاف فى

فى جواز تناول الماره من الثمره وشرائط ذلك

الحكم بها حيث يعتبر الصحيح أو يعارض غيره.

ثم قال: والحق أن الأخبار من الجانبين ليستا من الصحيح، والأخبار الداله

على اعتبار وقت العتق أكثر.

وفيه نظر من وجوه: أما (أولا) فلأن روايه محمد بن قيس لا إشكال فى صحتها،

كما جزم به غير واحد هنا، لأن الراوى فيها عنه عاصم بن حميد وهو قرينه

الثقه البجلي.

(وثانيا) أن اعتبار الصحه فيها وجعلها إضافيه مما لا وجه له بعد ثبوت

الاشتراك وليس فى الصحه إضافيه على مقتضى مصطلح أهل الدرايه من المتأخرين،

نعم يمكن ذلك على مصطلح القدماء حيث إن اعتبار الصحه عندهم مبنى على

القرائن لا على وثاقه الراوى وإماميته فتقبل الشده والضعف.

(وثالثا) أن قوله " والحق أن الأخبار من الجانبين ليستا من الصحيح " من

أغرب الغريب وأعجب العجيب لأن أكثر ما ذكرناه من الأخبار من الصحاح فى

الجانبين، فإن روايه سليمان بن خالد لا إشكال فى صحتها، كذلك صحيحه الحلبي

وصحاح ابن مسلم وصحيحه حريز، ولكنه - قد سره - لم يستوف تلك الصحاح

فى الذكر كما هى عادته الجاربه. وكذا قوله " إن الأخبار الداله على اعتبار

وقت العتق أكثر " لا يخلوا عن نظر لأنها ليست صريحه فيما ادعى بل ولا ظاهره "،

نعم هى فى نفسها كثيره.

ثم إنه يتفرع على هذه الأقوال فروع أخرى: (ومنها) ما لو عتق اثنان من

الشركاء الثلاثه مترتبين، فإن قلنا: ينعق بالاعتاق - كما هو مختار ابن إدريس

ومن تبعه - قوم على المعتق أولا. فإن قلنا بالأداء - كما هو المشهور - ولم يكن

الأول قد أدى قوم عليها. وإن قلنا بالمراعاة احتمال تقويمه عليهما أيضا لأن

عتق الثاني صادف ملكا فوق صحيحا فاستويا باقى الحصه الأخرى. ويحتمل

تقديم الأول لأنه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق حصته فيقع

ص: ٢٨٦

عتقه لغوا لكن فى الأول قوه.

(ومنها) اعتبار القيمه، فإن قلنا ينعق بالاعتاق اعتبرت من حينه قطعاً كما تدل عليها ظواهر تلك النصوص لا حالتها القيمه على وقت العتق. وكذا إذا قلنا بالمراعاة والكشف لمساواته للاعتاق فى تلك الحال. وإن قلنا بالأداء - كما هو المشهور - فوجهان: من كون التلف إنما يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله، ومن أن الحجر على المالك يحصل يوم العتق، وهو الذى اختاره المحقق فى الشرايع معللاً ذلك بالحيلولة، وله وجه وجيه تدل عليه تلك الأخبار. وفى المسأله وجه ثالث وهو اعتبار أقصى القيم من يوم الاعتاق إلى يوم الأداء، لأن الاعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف فيكون بمنزله جراحه العبد ثم يموت بعد مده، فإن المعتبر أقصى قيمته من حين جرحه إلى موته، وقد تقرر أن هذا الضمان بمنزله الاتلاف.

(ومنها) إذا أعسر المعتق بعد الاعتاق وقبل أداء القيمه، فإن أثبتنا السرايه بنفس الاعتاق فالقيمه فى ذمته. وإن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك، أما موته فلا يؤثر على الأقوال كلها، أما على التعجيل فظاهر، وأما على التوقف فلأن القيمه تؤخذ من تركته كالدين، والاعتاق صار مستحقاً عليه حاله الحياه، وقد يوجد سبب الضمان فى الحياه ويتأخر الوجوب عنها كمن حفر بئراً فى محل عدوانا فتردى فيها بهيمه وإنسان بعد موته.

(ومنها) ما لو مات العبد قبل أداء القيمه، فإن قلنا يحصل بالاعتاق مات حراً

موروثاً منه ويؤخذ قيمه الشريك. وكذا إن قلنا بالتبين والكشف وقف إلى

أداء القيمه، فإذا أديت بان الأمر كذلك.

وإن قلنا بتأخر السرايه إلى وقت الأداء فوجهان، أظهرهما أنها تسقط

لأن وجوب قيمه لتحصيل العتق و المیت غیر صالح له كما تقدم. والثانی المنع

لأنه مال استحق فی الحیاه فلا یسقط بالموت، وعلى هذا فقد تبین بالأداء أن

العتق حصل قبل موته وبهذا ینکشف ضعفه.

ص: ۲۸۷

الفرع الثاني: لو كان المملوك بين ثلاثة وأعتق اثنان

(ومنها) إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمه لم ينعق إن أثبتنا السرايه في الحال. ولو أخرناها لأداء القيمه فوجهان: أحدهما أنه لا ينفذ لأن المعتق استحق أن يملكه بالقيمه ليعتق عليه ويكون ولاؤه له، ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره. والثاني أنه ينفذ بمصادفته الملك ولأن المقصود يكتمل العتق وقد حصل، وأغنى عن التكليف بأداء القيمه، وهذا أقوى.

ثم إذا قلنا بنفوذ الاعتراف ففي نفي نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان: من أنه مالك ومن الحجر عليه في مثل هذه التصرفات وأخرجنا العتق لموافقته لمطلب الشارع منه، وهذا أقوى.

(ومنها) ما لو وطأ الجارية قبل أداء القيمه، فعلى القول بتعجيل السرايه يكون كوطء الحره فيلزمه حكمه في حالتى الاختيار والاجبار فليس عليه مهر في الأول ويلزمه المهر في الثانى، وعليه الحد مع العلم بالتححرر.

وإن قلنا بتوقفه على الأداء وجب نصف المهر بنصفها الحر مع الاقرار على القول بالمراعاة يحتمل ذلك أيضا لكونها حال الوطء مملوكه له، وثبوت جميعه لها بعد الأداء لانكشاف كونها حره حينئذ، ولا حد من جهه الحصه لحصول الشبهه بالاختلاف فى ملكه، وفروع الباب كثيره مبنيه على غيره.

الثانى: لو كان المملوك بين ثلاثة واعتق اثنان قوما حصه الثالث عليهما بالسويه، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت. هذا إن أعتقا نصيبهما معا كما لو وكل أحدهما الآخر أو علقا على شرط واحد.

وإن كان التعليق مترتبا فوجد الشرط، فإن كان أحدهما مؤسرا قوم عليه

نصيب الثالث، وإن كانا مؤسرين قوم نصيب الثالث عليهما بالسويه، لا على قدر الملكين، لأن القيمه الواجبه هنا حكمها حكم ضمان المتلفات، والحال هنا لا يفترق هنا فيها بين قله الأسباب وكثره أمثاله كمثال ما لو جرح واحد جراحه والآخر جراحات وسرت الجراحات أجمع فمات المجروح منها فإن الديه تكون

ص: ٢٨٨

الأخبار الواردة في المقام

عليهما بالسويه.

وللعامة قول بأن القيمة عليهما بحسب الأنصاء كالشفعه، فإذا أعتق النصف
وصاحب السدس عزم صاحب الثلث ثلاثة أرباع قيمه الثلث وصاحب السدس ربعها،
ويضعفه حصول الفرق، فإن الأخذ بالشفعه من توابع الملك موافقه فيكون على
قدر الملك كالثمره والتاج، بخلاف القيمة الواجبه هنا لما بيناه من الوجه. ومع
هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل بالشفعه أنها على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصاء
عند القول بها مع تعدد الشركاء، وقد دلت بعض الأخبار على ذلك كما ذكر
في الشفعه.

فعلى كل تقدير فتعتبر القيمة وقت العتق كما اقتضته الأخبار لأنه وقت
الحيلولة، سواء قلنا بانعاقه في العتق أم بالأداء، والأمر على الأول ظاهر.
وأما على الثاني فإنه وإن لم ينعق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلق به حق
العتق واستحق الشريك المطالبه بالقيمة وذلك فرع ثبوتها وإن توقف العتق بالفعل
على أمر آخر، ومعنى كونه وقت الحيلولة أنه يحجر على الشريك حصته
وإن لم تنتقل عن ملكه.

والعلامه - قدس سره - في كتبه قد وافق المحقق شيخه في إطلاق اعتبار
يوم العتق تبعاً لظواهر النصوص المذكوره، واستوجه الشهيد الثاني مقويا له،
ترتب القيمة على وقت العتق بالفعل، فإن جعلناه بالانعتاق اعتبرت حينئذ،
وكذا على القول بالمراعاة.

وعلى القول باشتراطه بالأداء تعتبر القيمة عنده، وهو الذي يظهر من كلام

المبسوط فإنه نقل القول بانعتاقه للعتق، ثم فرع عليه فروعا منها اعتبار قيمه
وقت العتق، ثم نقل القول الآخر. وأول الشهيدين في دروسه ظاهره ذلك أيضا
حيث أطلق اعتبار قيمه وقت الأداء بعد أن اختار اتصافه بالأداء ولم يذكر

ص: ٢٨٩

الفرع الثالث: لو هرب المعتق

اعتبارها يوم العتق، وهذا موافق لمختار ثانی الشهيدین، لكن الأخبار مما تأباه إلا أن يجعل ما فی الأخبار دليلاً على اعتبار قول ابن إدريس أو قول الشيخ فی المبسوط من المراعاة، والكل محتمل، وعلى كل تقدير فينبغي اعتبار قيمته يوم العتق.

الثالث: لو هرب المعتق صبر عليه حتى يعود، وإن أعسر نظر إلى اليسار بناء على أنه ينعق بالاعتاق لأن القيمة تكون دينا عليه و إن أداها برئ وعند هربه وإعساره ينتظر وقت الامكان، وهذا واضح.

أما لو قلنا متوقفه على الأداء - كما اختاره المحقق ومختار المشهور - فمقتضى التفريع أن الحكم كذلك أيضا، بمعنى أن حق العتق لا يبطل بذلك بل يستمر إلى أن يتمكن من الأداء لوجود السبب المقتضى له وهو الاعتاق. وأن يتوقف على شرط آخر أو على تمام السبب فلا يكون كالحق الفوري يبطل بالتأخير، وحينئذ فيبقى المعتق بالنسبة إلى الشريك رقيقا إلى أن يؤدي إليه القيمة، وهل يحتمل الحجر عنه بذلك؟ يحتمله، حذرا من تعطيل ملكه عليه بغير بدل، ومن أن عليه العتق قد ثبت فيلزم. وتظهر الفائدة في المنع عن نقله عن الملك ببيع أو هبه أو نحوها لا بالاستخدام.

ولو اختلفا في القيمة فقال المعتق قيمته مائه وقال الشريك قيمته مائتان مثلا فإن المملوك حاضرا والعهد قريب، أو قلنا إن المعتبر قيمته وقت الأداء فصل الأمر بمراجعته المقومين من أهل الخبره، وإن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد واعتبرنا قيمه يوم العتق، ففي المصدق يمينه منهما قولان:

(أحدهما) هو الذى اختار المحقق والعلامة وجماعه من المتأخرين أن القول
قول المعتق لأنه الغارم والأصل معه كما إذا اختلف المالک والغاصب فى المذهب
الأشهر والأقوى فى قيمه المغصوب بعد تلفه، فإن الغاصب مصدق والأصالة البراءة

من الزائد.

ص : ٢٩٠

الفرع الرابع: بيان المراد من اليسار فى الباب

(والقول الثانى) أن المعتق يملكه عليه قهرا فيصدق المتملك عليه فلا

ينزع من يده إلا بما يرضيه كما إذا اختلف الشفيع والمشتري فى الثمن المأخوذ به فإن المصدق المشتري.

وربما بنى القولان على الخلاف السابق، فإن قلنا: إن السرايه تتعجل بالعتق

فالمصدق المعتق لأنه هو الغارم. وإن قلنا بتأخرها فالمصدق هو الشريك لأنه

ملكه باق فلا ينتزع إلا بما يرضيه كما فى المشتري مع الشفيع.

والمحقق - رحمه الله - مع حكمه بتأخر العتق عن الأداء قدم قول المعتق وهو

خلاف البناء المذكور. ووجهه أنه المنكر حقيقه، حيث إن الأصل عدم الزيادة

على التقديرين.

ولو ادعى المعتق فيه عيبا فأنكر الشريك كان القول قول الشريك، لأن

الأصل عدم العيب وكون المملوك على الخلقه الأصلية، ولا فرق بين دعواه العيب

فى أصل الخلقه بأن يقول أكمه أو أخرس فيقول الشريك بل كان بصيرا ناطقا

وبين دعواه حدوث العيب بعد السلامه بأن زعم ذهاب بصره أو كونه آبقا أو سارقا

بل الحكم فى الثانى أولى وأظهر لأصالة عدم حدوث العيب مع اتفاقهما على

عدمها فى الابتداء.

الرابع: قد علمت مما سبق أن اليسار المعتبر هو أن يكون مالكا بقدر

قيمه نصيب الشريك فاضلا عن قوت يومه وليلته وليس المراد من اليسار فى هذا

الباب هو الغنى عرفا بل المراد من يملك من المال ما بقى بقيمه نصيب شريكه وإن

لم يملك غيره لظاهر تلك الأخبار سيما قوله عليه السلام " وله قوم عليه الباقي "

فيصرف في هذه الجهة كل عين تباع في الدين مما زاد عن قوت يومه له ولعياله

الواجبي النفقه ودست ثوب.

وظاهر المحقق في الشرايع أنه لا يستثنى له المسكن والخادم، والأقوى

استثناؤها كما في الدين لأن هذا من جملتها، وإطلاق كلام المحقق وجماعه

ص: ٢٩١

الفرع الخامس: لو ورث شقصا ممن ينفق عليه

يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه أو أكثر. فلا يمنع الدين السرايه - وهو أحد القولين في المسأله - لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه فيه حتى لو اشترى به عبدا فأعتقه نفذ فكذلك يجوز أن يقدم عليه، وعموم الأخبار السابقه يشملها، والشريك حينئذ أحد الغرماء، ولأنه لو طالبه صاحب الدين وجب عليه إبقاؤه وإن كان للباقيين ما يستغرق ماله، فلو كان وجود المستغرق يصير معسرا لحرم مطالبته على كل واحد منهم، كما تحرم مطالبه المعسر والمعتق أولى لبناء العتق على التغليب، ووجه القول بكونه معسرا التحاقه بالفقراء وذلك يحل له الزكاه. وفيه: منع الملازمه، فإن استحقاق الزكاه لا يلتزم الاعسار بل هو أعم

والملك متحقق. ويفهم من قولهم أن يكون مالكا بقدر قيمه نصيب الشريك أنه لو ملك البعض لم يعتق، وهو أحد القولين في المسأله. واستجوز ثانی الشهيدين في ذلك عتق الميسور منه وإن قل لعموم " إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " وخصوص قوله عليه السلام " وله مال قوم عليه الباقي " وهو قوى.

الخامس: ولو ورث شقصا ممن ينفق عليه فالمشهور بين الأصحاب عدم السرايه لأن من شروطها - كما تقدم - وقوع العتق بالأخبار كما دلت عليه تلك الأخبار لتعلقها على إعتاقه لا على مطلق انعتاقه لصراحته في المباشره للعتق اختيارا وهو ... (1) بالاختيار، ولأن الأصل عدم وجوب التقويم إلا ما أخرجه الدليل ولم يدل الدليل إلا على المباشره، فلا يرد ما قيل: إن دلالة تلك الأخبار على نفى السرايه فيها عدا المباشره من باب دليل مفهوم الخطاب وليس بحجه في الأقوى، ولما تقدم من أن التقويم سبيله سبيل غرامه المتلفات ولم يكن له في غير الاختيار صنع ولا

قصد إتلاف، بخلاف ما لو اشترى من ينعق عليه أو فعل أحد الأسباب الصادره

بالاختيار، فإن فعل السبب اختيار كفعل المسبب.

وقال الشيخ فى الخلاف: يسرى وإن ملكه بغير اختياره كالإرث، محتجا

ص: ٢٩٢

١- (١) كلمه غير مقروءه، ولعلها "المعتق".

الفرع السادس: لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه وليس له غيره

بالاجماع والأخبار. مع أنه في المبسوط ذهب إلى القول الأول، وما ادعاه من وجود الأخبار في ذلك لم نقف على شئ منها إلا أن يكون أشار بها إلى الأخبار المعللة لعتق السرايه بأنه ليس لله شريك. وقد عرفت من الأخبار ما يعارضها لدلالته على وقوع الشركه مع الله في العتق وحصول التبعض في مواضع عديده. والمعتمد هو القول المشهور قصدا للحكم المذكور بكونه مخالفا للأصل على محل النصوص.

السادس: لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه وليس له غيره لم يقوم على الورثه باقيه، وكذا لو أعتقه عند موته ونجز عتقه في مرض الموت أعتق من الثلث ولم يقوم عليه في المشهور.

أما عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت مورثه الوصى بذلك فلا أنه لم يعتقه عن نفسه وإنما أعتقه عن المورث إنفاذا لوصيته، فلا يكون من صنعه وفعله، فلا وجه للسرايه عليه ولا على الميت.

وإن كان وقت الوصيه مؤسرا لانتقال التركه للوارث بالموت فصار بالاعتاق مؤسرا فلا يقوم على من لا يملك شيئا بعد نفوذ العتق، كما لو وكله في عتق الشقص وهو مؤسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر.

والشيخ في الخلاف قوله بالسرايه عليه أيضا كالعتق القهري إن وسعه الثلث.

واختاره في الدروس محتجا سبق السبب على الموت وبروايه أحمد بن زياد

الواقفي (1) على ما رواها المحمديون الثلاثة عن أبي الحسن عليه السلام " قال: سألته عن

الرجل تحضره الوفاه وله مماليك لخاصه نفسه وله مماليك في شركه رجل آخر

فيوصى في وصيته: ممالكي أحرار، ما حال ممالكه الذين في الشركه؟ فكتب

عليه السلام: يقومون عليه إن كان ماله يحتمل فيه فهم أحرار."

ص: ٢٩٣

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٧، الفقيه ج ٤ ص ١٥٨ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٢٢ الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٣ ب ٧٤ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

لو طلق الحامل المدخول بها ثم راجعها وواقعها

وطعن فى الروايه بضعف راويها وبمعارضتها لخبر الجاربه المعتبر الصحيح

عن أبى عبد الله عليه السلام وبخبر الحارثى وبخبر النضر بن شعيب المحاربى (١) عن أبى

عبد الله عليه السلام " فى رجل توفى وترك جاربه أعتق ثلثها فزوجها الوصى قبل أن يقسم

شيئا من الميراث، أنها تقوم وتستسعى هى وزوجها فى بقيه ثمنها بعد ما تقوم، فما

أصاب المرأه من عتق أو رق جرى على ولدها " .

وبموثقه عبد الله بن سنان (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام " وقد تقدمت

الروايه " عن امرأه أعتقت ثلث خادمها بعد موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها شاءوا

أو أبوا؟ قال: لا، ولكن لها ثلثها وللوارث ثلثاها، ويستخدموها بحساب الذى

لهم منها، ويكون لها من نفسها بحساب الذى أعتق منها " .

ومثلها صحيحه هشام بن سالم وعبد الله بن مسكان (٣) جميعا عن أبى عبد الله

عليه السلام نحوه، وهى شامله للوصيه والمنجزه فى مرض الموت، وقد دلت على نفي

السرايه فيهما، إلا أنهما مطلقه، وذلك الخبر خاص ومقيد مع إمكان حملها على

ما إذا لم يكن لها سواها كما احتمله محدث الوسائل تبعا للشيخ.

ويمكن حمل الحديث المذكور على ما لو فهم الوصى من كلام الموصى أعتق

جميع العبيد على وجه يشمل المشترك والمختص ولو على وجه الشراء وإنفاذ الوصيه

بعد ذلك أو على التقيه، لأن المشهور بينهم السرايه فى جميع الحالات. والأحوط

العمل بمقتضى ذلك الخبر، حيث إنه لا معارض له فى الحقيقه لأنه خاص وما

عارضه عام. وعلى هذا فينبغى للشريك قبول القيمه وإنفاذ الوصيه للسلامه عن

الاختلاف فى النصوص والفتوى.

وأما إذا أعتقه المريض فإنه محجور عليه فيما زاد على الثلث بناء على مذهب

المشهور، حتى الشيخ القائل بالسرايه فكان في غير الثلث معسرا فلا يسرى عليه

ص: ٢٩٤

-
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٨، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٣ ب ٧٤ ح ١.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٥ ح ٣٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٤ ب ٧٤ ح ٣.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٤ ب ٧٤ ح ٣.

فى أن المرىض بالنسبه إلى الثلث كالصحيح فى الكل

وإن باشر العتق، فلو كان له فيه شريك فأعتق المرىض نصيبه نظر، فإن خرج جميع العبد من الثلث قوم عليه نصيب الشريك وعتق لأنه تصرف المرىض فى ثلث ماله كتصرف الصحيح، وإن لم يخرج إلا نصيبه عتق نصيبه ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك قوم عليه ذلك القدر على الخلاف.

وبالجملة: فالمرىض بالنسبه إلى الثلث كالصحيح فى الكل، وفيما زاد على الثلث معسر للحجر عليه عما زاد للميت عن الثلث، فالمعتبر إيساره عند نفوذ عتق الشقص فى ثبوت السرايه، فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاه لأن ذلك هو وقت خروجه عن الوارث وانتقال التركة إليه فيعتبر وصول مثليه إليه وإن كان قد نجز عتقه فى المرض فالمعتبر قيمته عند الاعتاق لأنه وقت خروجه عن ملك الوارث المعتبر فى نفوذه بقاء مقدار ملكه للوارث.

ثم لا يعتبر وجود الضعف حينئذ للاحتمال أن يتلف قبل موت المرىض بل المعتبر قيمته عند قبضه إياه، فلو فرض أنه لم يكن له مال عند العتق ولكن تجدد عند موته مقدار ذلك نفذ العتق، ولو انعكس فتلف المال قبل الموت أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحتسب عليه.

ولو كان عند الموت بقدر ضعفه ثم تجدد له زياده نماء بحيث تقابل حصه الشريك وضعفها لم يسر لأن الزيادة ملك الوارث لانتقال التركة إليه بالموت، ولهذا ظهر أن المعتبر فى التركة أقل الأمرين من حين الوفاه إلى حين قبض الوارث.

وللعلامه - قدس سره - قول بأن العتق المنجز والمؤخر سواء فى اعتبار

القيمه عند الموت إن نقصت قيمه المنجز، لأنه لو بقى عبدا لم يحفظ على الورثه

سوى قيمته الناقصه فلم يتلف عليهم أكثر منها. وأما إذا زادت القيمة كانت بمنزله
الكسب للعلم بعق شئ منه وقت الاعتاق، فإذا زادت قيمه المعتق لم يحتسب من
التركه ولا عليه.

وأما الرق فيحسب زيادته منها، فإن خلف ضعف قيمته فصاعدا من غيره

ص: ٢٩٥

هل يجب على المشتري مع إكمالها العده أن يستبرءها زياده على العده؟

أعتق كله، وإن خلف أقله أو لم يخلف شيئاً حسب نصيب الرقيه من التركة فتكثر التركة فيكثر العتق فيقل الرق فتتقص التركة فيقل المعتق، وذلك دور. فلو كانت قيمته وقت العتق مائه فصارت عند الوفاء مائتين ولم يخلف سواه فإن أعتق منه شيء وله من زياده القيمه شيء وللورثه شيئان بإزاء العتق فهو في تقدير أربعة أشياء فيعتق منه نصفه وهو الآن يساوى مائه وقد كان يساوى خمسين وللورثه نصفه الذى يساوى مائه وهو ضعف ما عتق منه.

ولو بلغت قيمته ثلاث مائه قلنا عتق منه شيء وله من الزيادة شيئان وللورثه شيئان ضعف ما عتق منه، فيصير في تقدير خمسة أشياء ثلاث له واثنان للورثه، فيعتق منه مائه وثمانون وللورثه مائه وعشرون.

فلو صارت قيمته مائتين وخلف السيد مائه غيره قلنا عتق منه شيء وله من نفسه باعتباره الزيادة شيء آخر وللمولى منه ومن المائه شيئان ضعف ما عتق منه، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء شيئان للعبد من نفسه وشيئان للورثه منه ومن المائه. فالشئ خمسة وتسعون فيعتق منه ثلاثه أرباعه وتسلم المائه والربع الآخر للورثه.

وعلى هذا لو فرض نقصان قيمه المنجز عند الوفاء عنها عند الاعتاق فعلى قول العلامة لا يتغير الحكم لو لم يكن غيره واعتبره القيمه عند الوفاء، وإن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن.

وعلى ما ذكره المحقق فى الشرايع ومن تبعه يلزم الدور المذكور لأن التركة معتبره بالوفاء فلا يحصل للوارث ضعف ما أعتق مورثهم لأن المعتق منه

ثلثه، فلو كانت قيمه عند الاعتاق مائه ورجعت إلى خمسين فثلثه يساوى عند

الاعتاق ثلاثه وثلثين وثلثا إن لم يكن لهم ضعفا إن لم يكن لهما ضعفهما (1) عند

الوفاه، وهو متعذر لأن الباقي منه قدر ما عتق فينقص المعتق عن الثلث، وكل

ص: ٢٩٦

١- (١) كذا فى النسخه.

الفرع السابع: لو ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه بعق نسيبه وإنكار صاحبه

ما فرض عتقه كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقله العتق والعتق بقله النصيب

فيقل النصيب، وهكذا. فنقول: عتق منه شيء ثم عاد إلى نصف شيء فبقي العبد،

في تقدير خمسين إلا نصف شيء يعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسون إلا نصف شيء

يعدل ستين، فإذا جبرت وقابلت صارت خمسين كامله تعدل ستين ونصفا، فالشئ

عشرون. ولما حكمنا رجوع الشئ إلى نصف شيء وتبين أن المعتق خمسه إلا

نصف شيء وخمس الستين ونصف وكان قيمه النصيب وهو خمس العبد عشرين يوم

العتاق تعادل عشره وبقي للورثة أربعه أخماسه وقيمه يوم الموت أربعون وهو ضعف

قيمه جزء المعتق منه يوم الاعتاق.

السابع: إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه وكانا مؤسرين أنك

أعتقت نصيبك وطالب بالقيمه وأنكر صاحبه فكل واحد منهما مصدق بيمينه

فيما أنكره، وإذا حلفا فلا مطالبه في القيمه. ثم إن أوقفنا العتق على الأداء كما هو

المشهور أو قلنا بالتوقف والتبين كما هو مذهب الشيخ في المبسوط فالعبد رق

كما كان، وهذا هو الذي جزم به محقق الشرايع مفرعا له على مذهبه.

وإن قلنا بتعجيل السرايه - كما هو مختار ابن إدريس - عتق جميع العبد

لاعتراف كل منهما بسرايه العتق إلى نصيبه.

ولو كان المدعى أحدهما خاصه على الآخر ولا بينه فالمصدق المنكر أيضا

مع يمينه، وإن حلف رق نصيبه، وإن نكل حلف المدعى اليمين المردوده واستحق

القيمه.

وهل يحكم بعق نصيب المدعى عليه؟ وجهان: من أن اليمين المردوده إما

كالبينه على المدعى عليه أو كإقراره، وكلاهما يوجبان العتق، ومن أن الدعوى
إنما توجهت عليه بسبب قيمه، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان أعتق عبده
وإنما ذلك وظيفه العبد، وهذا هو الأقوى.

ثم إن شهد هذا المدعى مع آخر عدل يثبت العتق بالشهادة الحسيه، وأما

ص: ٢٩٧

نصيب المدعى فيني على عتقه على أن السرايه حيث تتوقف على الأداء، فعلى الأول يعتق باعتراه بسرايه المدعى عليه إلى نصيبه سواء حلف المدعى عليه أم نكل.

وإن قلنا بالتوقف بقى إلى أن يأخذ قيمه، وإذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر إن كان المدعى عليه مؤسرا لأنه لم يتبين العتق، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبى وأعتقته وأنكر المدعى عليه، فإنه يعتق نصيب المدعى ولا يسرى ولأن نصيبه عتق لا باختياره بل قضيه لقوله أعتقت نصيبك، فكان كما لو ورث بعض من يعتق عليه.

ولو كان المدعى عليه معسرا أو أنكروا حلف لم يعتق شئ من العبد، فإن اشترى المدعى نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه لاققراره بأنه أعتقه ولا يسرى إلى الباقي.

أما لو كان المدعيان في المسألة الأولى معسرين لم يعتق أيضا إلا أن يشتري أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعتق ما اشتراه لاققراره بعتق شريكه له، ولا يسرى لأنه لم يثبت إعتاقه.

لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما أو يستسعى في قيمته لهما باعتراف كل منهما بأن نصيبه محل لاستسعاء العبد في فكه بسبب ادعائه عتق الآخر وعدم السرايه، بخلاف ما إذا كانا مؤسرين فإنه يدعى استحقاق قيمه في ذمه شريكه فلا يستوفيهما من المملوك. ويحتمل استيفاؤها منه لتعذر الأداء فينزل منزله الاعسار.

أما لو كان أحدهما مؤسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر خاصة إن قلنا
بتعجيل السرايه باتفاقهما عليه في الدعوى والاقرار، أما المؤسر فبدعوى المباشره،
وأما المعسر فبدعوى السرايه.

أما على القول باشتراط الأداء أو بجعل الأداء كاشفا لم يعتق نصيب المعسر،

ص: ٢٩٨

الفرع الثامن: لو شهد بعض الورثة بعثت مورثهم لبعض العبيد

أما نصيب المؤسر فلا يعتق مطلقا لانكاره المباشرة، ودعواه عتق المعسر لا يقتضى السرايه لفقد شرطها، ولا تقبل شهاده المعسر عليه لأنه يجر النفع إلى نفسه، لكنه يجب عليه أن يحلف و يبرأ من القيمه والعتق.

ثم إذا دفع المعتق قيمه نصيب شريكه وقلنا إن العتق متوقف على الأداء فهل ينعث عند الدفع أو بعده؟ قولان، وقد تردد المحقق فى الشرايع وجعل الأشبه أنه بعد الدفع ليقع العتق عن ملك، ولو قيل بالاقتران كان حسنا، وكان هذا من فروع الخلافات التى مر ذكرها المترتب على تعجيل السرايه أو توقفها. فإن قلنا بتعجيلها وقع بعد العتق بغير فصل، وكذا إن قلنا بالمراعاة كما عليه الشيخ فى المبسوط كون الأداء كاشفا عن سبقه.

وأما على ما اختاره المشهور من اشتراطه بالأداء فهو محل هذا الخلاف المذكور فشيخ المبسوط أنه يقع بعد أداء القيمه لما ذكرناه من وقوع العتق عن ملك لا اشتراط صحه العتق مطلقا بالملك السابق عليه لاستفاضه الأخبار من النبويه وغيرها بأن لا عتق إلا فى ملك أو بعد ملك، ولأنه يترتب عليه الولي وهو يقتضى وقوعه فى الملك.

واستوجه المحقق الاقتران، بمعنى أنهما يقعان معا ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمنا كما فى عتق المأمور، وهذا حسن. ويجئ على القول بتعجيل السرايه توجه الحكم بعثت صدورهما معا من غير تأخر السرايه عنه لما ذكر، ولظاهر قوله عليه السلام " هو حر كله ليس لله شريك " .

الثامن: قد تقدم فى جملة من الأخبار بأنه إذا شهد بعض الورثة بعثت مورثهم

لبعض العبيد عد إقرار وسرى فى سهمه العتق، فإن شهد اثنان من الورثه وكانا
عدلين ثبت العتق على جميع الورثه لوجوب المقتضى لقبول الشهاده وانتفاء المانع،
ولو لم يكونا مرضيين نفذ الاقرار فى نصبيهما خاصه.

وعلى كل تقدير فلا سرايه فى باقى أسهم الورثه إلا إذا تحققت شهاده

ص: ٢٩٩

الرد على من يقول باستحباب استيذان المرأة الثيبه أباه في العقد

العدلين، وذلك من باب الثبوت لا من باب السرايه " و ليس للعبد أن يحلف مع

الواحد منهما بناء على أن العتق لا يثبت بشاهد ويمين كما هو المشهور، وكذا

في المسائل السابقه.

وفي قواعد العلامه في هذا المحل حكم بثبوتة بحلف العبد مع الشاهد ووافق

المشهور على عدم الصحه في باب الشهادات.

وظاهر الصدوق - رحمه الله - في من لا يحضره الفقيه اشتراط عدم السرايه

على المقر من الورثه بالعداله كما هو ظاهر عده من المعبره مثل صحيحه محمد بن

مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن رجل ترك مملوكا بين نفر فشهد

أحدهم أن الميت أعتقه، قال: إن كان الشاهد مرضيا لم يضمن و جازت شهادته

في نصيبه فاستسعى العبد فيما كان للورثه " .

ومرسله منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل

مات وترك غلاما فشهد بعض ورثته أنه حر، فقال: إن كان الشاهد مرضيا جازت

شهادته في نصيبه و استسعى فيها كان لغيره من الورثه " .

وعلى هذا فيجب حمل إطلاق صحيحه منصور و خبر يونس عن منصور (٣)

أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل مات و ترك عبدا فشهد بعض ولده أن أباه أعتقه

فقال: يجوز عليه شهادته ولا يغرّم و يستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثه

على ما إذا كان مرضيا " حملا للمطلق على المقيد، فيدل على مفهومه على الضمان

مع انتفاء العداله لأنه أضرهم بهذا الاقرار.

والمشهور بين الأصحاب عدم السرايه مطلقا فكأنهم ألغوا مفهوم الخبرين

المفصلين وعملوا بالأخبار المطلقة لأن الاقرار لا يوجب العتق في نفس الأمر، كما

ص: ٣٠٠

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢١ وفيه " سألت أبا جعفر عليه السلام "، الوسائل ج ١٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ١ وفيهما " بين نفر - ويستسعى العبد " .
- ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ٢ وفيه " وترك غلاما مملوكا "، الوسائل ج ١٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ٢ .
- ٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠١ ب ٢٦ ح ١ .

الأولى: أن من ملك أحد أصوله أو أحد أولاده عتقوا عليه

أنه لا يوجب النقل والتمليك، ولعله اشتراطه العدالة للأمر باستسعاء العبد لا لانتفاء السرايه، والاحتياط لا يخفى.

والعجب من الأصحاب سيما المتأخرين حيث ذكروا هذا الفرع في كتبهم المبسوطه والمتون وشروحها ولم يتعرضوا لشيء من هذه الأدله ولم يتكلموا على مضامينها بنفى ولا إثبات، وكان عليهم أن ينقحوا مناط هذه الأخبار على وجه يندفع به التنافى بينها.

المقصد الخامس

فى أحكام العتق للقرايه

وفيه مسائل، وحيث إن جامع الأصل قد تكلم على هذا المقصد فى كتاب البيوع واستقصى البحث عنه كما هى طريقه كثير من الفقهاء، حيث يذكرون هذا المبحث فى موضعين من كتبهم أحدهما فى البيوع والثانى فى العتق، فلا بأس لو أعدنا الكلام عليه ثانيا ولو بتجديد ما تقادم عهده فنقول:

الأولى من تلك المسائل: أن من ملك الرجال البالغين ولو على وجهه

القهر أحد أصوله أو أحد أولاده وإن نزلوا ذكورا وإناثا عتقوا عليه، وكذلك

النساء البالغات، ويختص الرجل بعتق محارمه من النساء. والأصل فيه بعد الاجماع

عليه الأخبار المستفيضة قد تقدم كثير منها هناك.

من تلك الأخبار صحيحه محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: لا يملك الرجل

والديه ولا ولده ولا عمته ولا خالته ويملك أخاه وغيره من ذوى قرابته من الرجال "

وصحيحه عبيد بن زراره (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠١، الوسائل ج ١٦ ص ١١ ب ٧ ح ٢.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠٠ وفيه " لا يملك والديه ولا ولده و ولا أخته ولا ابنه أخيه ولا ابنه أخته - من ذوى القرباه
"، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٤ وفيه " لا يملك والده ولا والدته ولا أخته ابنه أخيه وا ابنه أخته ".

في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد بخلاف نكاحهن بالعقد

من ذوى قرابته، فقال: لا يملك والديه ولا أخته ولا ابنه أخته ولا عمته ولا خالته وهو يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته " .

وصحيحه أبى بصير وأبى العباس وعبيد بن زراره (١) كذلك كلهم عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه - وذكر أهل هذه الآيه من النساء - أعتقوا جميعا ويملك عمه وابن أخيه والخال ولا يملك أمه من الرضاعه ولا أخته ولا عمته " ثم ساق الحديث إلى أن قال: " يملك الذكور ما خلا والدا أو ولدا ولا يملك من النساء ذوات رحم فقلت: كيف؟ يجرى فى الرضاع؟ قال: نعم " .

وصحيحه محمد بن مسلم (٢) الأخرى كما فى التهذيب عن أبى جعفر عليه السلام " ثم قال: لا يملك الرجل والده ووالدته ولا عمته ولا خالته ويملك أخاه وغيره من ذوى القرابه من الرجال " .

وصحيحه محمد بن مسلم (٣) أيضا كما فى الكافى عن أبى جعفر عليه السلام مثله. وخير معاويه بن وهب عن عبيد بن زراره (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام " وذكر مثل صحيحته المتقدمه.

وصحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٥) وحسنه كما فى الكافى والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتخذ أباه أو أمه أو أخاه أو أخته عبيدا، فقال: أما الأخت فقد أعتقت حين يملكها، وأما الأخ فيسرقه، وأما الأبوان فقد

ص: ٣٠٢

- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠١ وفيه "والديه ولا ولده"، الوسائل ج ١٦ ص ١١ ب ٧ ح ٢ وفيهما "من ذوى قرابته".
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٧ ح ٢.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٤.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ٩٩ وفيه "عبدا"، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٥.

عتقا حين يملكهما "

وموثقه عبيد بن زرارہ (١) عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى التهذيب " قال: سمعته

يقول: لا يملك الرجل ذات محرم من النساء ولا يملك أبويه ولا ولده، وقال: إذا

ملك والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخته - وذكر أهل هذه الآيه من

النساء - أعتقوا "

وحسنه كليب الأسدى (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يملك

أبويه وإخوته، قال: إن ملك الأبوين فقد، عتقا، وقد يملك إخوته فيكونون

مملوكين ولا يعتقون "

وخبر سدير (٣) كما فى المجالس لابن بابويه " قال: قلت لأبى جعفر الباقر

عليه السلام: هل يجزى الولد والده؟ قال: ليس له جزاء إلا فى خصلتين: أن يكون

الولد مملوكا فيشتره فيعتقه، أو يكون عليه دين فيقضيه عند "

وموثقه أبى بصير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إذا ملك الرجل والديه أو

أخته أو عمته أو خالته وبنت أخيه أو بنت أخته - وذكر أهل هذه الآيه من النساء -

عتقوا جميعا، وقال: يملك الذكور ما خلا والدا أو ولدا ولا يملك من النساء ذوى محرم "

وخبر أبى عيينه (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: غلام بينى وبينه

رضاع، يحل له بيعه؟ قال: إنما هو مملوك، إن شئت أمسكته وإن شئت بعته،

ص: ٣٠٣

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١ ح ١٠٤ وفيه " وذكر هذه الآيه "، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١ ح ١٠٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٣ ب ٧ ح ٨.

٣- (٣) أمالى الصدوق مجلس ٧٠ ص ٣٧٣ ح ٩ طبع بيروت، الوسائل ج ١٦ ص ١٣ ب ٧ ح ١٠.

- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١٢ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٢.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٤.

فيما لو بيعت الأمه ولها زوج

ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران "

وأما ما يدل على معتوقات المرأة زياده على ما تقدم هناك وهنا فصحيحه

أبي حمزه (1) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: كل

أحد إلا خمسه: أبوها وأمها وابنها وابنتها وزوجها "

ومعنى عدم ملكها لزوجها أنها لا تملك مع بقاء الزوجيه لأنها إذا ملكته

بطل العقد وحرمت عليه ما دام عبداها. والمراد بالملك المنفى عن المذكورين

الملك المستقر، وإلا فأصل الملك متحقق في الجميع، وقد كشف عن ذلك أكثر

أخبار هذا الباب لأن ما دل منها على نفى الملك قرر في أثناء كلامه تعليل ذلك

بعته، وكيف يثبت العتق بغير ملك؟ ولا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه كالإرث

واختيارا بعقد معاوضه كالشراء ولو بمال المضاربه إذا ظهر للعامل ربح وكذلك

كغيرها من المعاملات كالهبة والوصيه، وفرق بين عتق القريب والسرايه، حيث

لم تثبت السرايه إلا عند الاختيار، لأن العتق صله وإكرام للقريب ولا يستدعى

الاختيار، والسرايه توجب التعميم والمؤاخذة، وإنما يليق ذلك بحاله الاختيار.

ويفهم من هذه الأخبار وإناطه الحكم بالرجل والمرأة أن الصبي والصبيه

لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، يعضده أصاله البراءة وإن كان خطاب

الوضع غير مقصور على المكلف.

وفى إلحاق الخنثى هنا بالرجل والمرأة نظر: من الشك في الذكوريه التي

هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك في عتقهم والتمسك بأصاله بقاء الملك،

ومن إمكانها فيعتقون ببناؤه على التغليب، وكذا الاشكال لو كان مملوكا، وإلحاقه

بالأنثى فى الأول والذكر فى الثانى لا يخلو من قوه، تمسكا بالأصل فىهما وقرابته
الشبهه بحكم قرابه النكاح الصحىح، بخلاف قرابه الزنا على المشهور والأقوى،
لأن الحكم الشرعى تابع للشرع لا للغه.

ص: ٣٠٤

١- (١) التهذىب ج ٨ ص ٢٤٢ ح ١٠٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٥ ب ٩ ح ١.

الثانية: لو ملك الرجل أو المرأة من جهه الرضاع من ينعتق عليهما بالنسب

الثانية: لو ملك الرجل من جهه الرضاع وكذا المرأة، من ينعتق عليهما

بالنسب؟ هل ينعتق عليهما؟ فيه روايتان، بل قولان ناشئان عن اختلاف الروايات،

أشهرهما ما ذهب إليه الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخرين إلا ابن إدريس على الانعتاق

كالنسب للروايات الآتية ذكرها ولما تقدم. وذهب المفيد وابن أبي عقيل وسالار

وابن إدريس إلى عدم الانعتاق.

والروايات الدالة على المذهب الأول مستفيضه منها صحيحه عبد الله بن سنان (١)

" قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاما لها من مملوكه حتى فطمته،

هل يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ أليس قد صار ابنها؟ "

وصحيحه الحلبي (٢) عنه عليه السلام " في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه "

وصحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في حديث قال:

وسألته عن المرأة ترضع عبدا أتنخذه عبدا؟ قال: تعتقه وهي كارهه، أو قال:

يعتقونه وهم له كارهون "

ومثلها روايته (٤) كما في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام.

وصحيحه الحلبي وعبد الله بن سنان (٥) جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام " في امرأة

أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه "

ص: ٣٠٥

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٣ وفيهما " تفضمه يحل لها بيعه فذهبت اكتبه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أوليس مثل هذا يكتب "

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٣ وفيهما " عن الحلبي وابن سنان عن أبي عبد الله عليه

السلام".

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ٩٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٢.

٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٢.

٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٣ ب ٨ ح ١.

وقد تقدم فى صحيحه أبى بصير وأبى العباس وعبيد بن زرارہ (١) من التهذيب والفقيه " لا يملك أمه من الرضاعه ولا أخته ولا عمته ولا خالته إذا ملكن عتقن، فقال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع " وفيها " قلت: يجرى فى الرضاع مثل ذلك؟ نعم يجرى فى الرضاع مثل ذلك " .

وموثقه أبى بصير (٢) مثلهما، وقال فيها: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "

وخبير مسمع كردين (٣) " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: امرأه لها أخت من الرضاعه أتبيعها؟ قال: لا، قلت: فإنها لا تجد ما تنفق عليها ولا ما تكسوها، قال: فإن بلغ الشأن ذلك فنعم إذا " لا ينافى ما تقدم، لأن النهى محمول على الكراهه بدليل قوله " فإن بلغ الشأن ذلك فنعم إذا " .

واحتج الذاهبون إلى العدم العدم بروايه أبى جميله عن أبى عينيه (٤) " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: غلام بينى وبينه رضاع، يحل له بيعه؟ قال: إنما هو مملوك إن شئت بعتة وإن شئت أمسكته " .

وروايه إسحاق بن عمار (٥) عن الكاظم عليه السلام " قال: سألته عن رجل كانت له خادمه فولدت جاريه فأرضعت خادمته ابنا له وأرضعت أم ولده ابنه خادمه فصار الرجل أبا ابنه الخادم من الرضاع، قال: نعم إن شاء باعها وانتفع بثمنها " .

ص: ٣٠٦

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٦٦ ح ٣ وفيه " فإذا ملكن عتقن - قلت: وكذلك يجرى فى الرضاع؟ " التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١٠ وفيه " فإنهن إذا ملكن "، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ١ .

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٢ .

- ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٣ ح ٧٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠ ب ٤ ح ٥.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٤ وفيهما "يحل لي بيعه".
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير.

الثالثه: أنه ينعق بعضه كما ينعق جميعه بالملك

وروايه عبد الله بن سنان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إذا اشترى الرجل أباه وأخاه وملكه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع ".

وروايه الحلبي (٢) عنه عليه السلام " فى بيع الأم من الرضاع، قال: لا بأس بذلك إذا احتاج ".

وأجيب عن هذه بعد الطعن وجميعا لضعف السند فلا تعارض الصحيحه، لأن

الأولى لا تدل على المطلوب لظهورها من أن المراد من الغلام الأخ.

وعن الثانيه بما أجابه به الشيخ بأن الضمير فى " باعها " عائد إلى المرضعه

الخادم دون ابنتها بقريته قوله فى آخرها " فيبيع الخادم وقد أرضعت ابنا له!

- متعجبا من ذلك - فقال: نعم، وما أحب له أن يبيعها ".

وعن الثالثه بأن الاستثناء عائد إلى الأخ دون الأب، ومع ذلك فهى مشتمله

على ما لا يقولون به من مشاركته الأخ للأب فى الانعتاق فلا يمكن الاعتماد عليها

ولا حاجه إلى ما تكلفه بعض علمائنا من جعله " إلا " فيها عاطفه بمعنى الواو

لمجيئها فى كثير من المواضع بمعناها، فيكون المعنى: إذ ملك الرجل أباه فهو حر

وما كان من جهه الرضاع.

وعن الرابعه بأن يكون إنما جاز بيع الأم من الرضاع لأب الغلام

دون الولد.

وأوجه المحامل فى هذه الأخبار التقيه، لأن المشهور بينهم على أنها

ضيعه عاجزه عن المعارضه لتلك الصحاح مع تكثرها.

الثالثه: كما ينعق جميعه بالملك ينعق بعضه لاشترائكهما فى المعنى المقتضى

للحكم والدليل ثم إن ملك البعض بغير اختياره كالإرث - فقد تقدم الخلاف في السرايه

على الباقي وإن ملكه باختياره بأن اشتراه أو أتهبه - فهل يسرى عليه؟ قولان: أحدهما

ص: ٣٠٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ ح ١١٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ ح ١١٩.

الرابعة: عدم جواز شراء المولى على الطفل والمجنون من يعتق عليهما بالقرابه

نعم، ذهب إليه شيخ المبسوط وجماعه لأن ملكه مع العلم بأنه يعتق عليه بمنزله مباشرته للعتق لتساويهما في السببيه، فيتناوله عموم " من أعتق شقصا " لأن فاعل السبب اختيارا كفاعل المسبب. وتردد المحقق في ذلك من حيث إنه إنما اختار الملك لا العتق فلا يصدق عليه أنه أعتق حقيقه. ويمنع أن اختيار السبب يمنع اختيار المسبب مطلقا أو فعله يقتضى فعله لأن المسبب يترتب على السبب على وجه الإيجاب لا الاختيار. واحتمل ثانی الشهيدين في المسالك التفصيل، والفرق بين العالم بالحكم والسبب فيسرى عليه والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسرى، إذ لا يتجه اختيار المسبب بدون السبب بذلك.

الرابعة: ليس للمولى على الطفل والمجنون أن يشتريا لهما من يعتق

عليهما بالقرابه، فإن فعل فالشراء باطل لأنه إتلاف مال محض، أما لو وهب

أقربيهما أو وصى به إليهما نظر، فإن كان الصبي معسر جاز له قبوله، فإذا قبله

عتق عليه لأنه لا ضرر فيه على الصبي، هذا إن قلنا بانعتاقه عليه.

أما لو لم يعتق عليه في الحال كما حققناه فيما سبق من أن العتق بالقرابه

يتوقف على ملك البالغ، ولا بأس بالقبول وبالشراء. ثم إنه يباع في الحال بل

هو في تلك الحال على تقدير انعتاقه عاجلا جمالا، وربما كان له فيهما منفعة،

وقد يكتسب فينفق على الصبي، ولا اعتبار بأن الصبي قد يؤسر فلا تجب النفقه عليه

وإنما يعتبر الحال.

وعلى هذا عند توجه المصلحه هل يجب على الولي القبول؟ وجهان: من

ظهور المصلحه للمولى عليه بتخليص قريبه من الرق مع انتفاء الضرر مع رجاء

النفع فى كثير من الحالات فكان أبلغ من حفظ ماله اليسر والتكسب به على بعض
الوجه وهو اختيار شيخ المبسوط، ومن أصاله العدم، وظاهر محقق الشرايع
والنافع لاقتصاره على مجرد الجواز، مع أنه لا ينافى الوجوب فيمكن رد اختياره
له وإن كان المولى عليه مؤسرا، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته فى الحال

ص: ٣٠٨

الخامسة: لو اشترى الزوج والولد أمه صفقه واحده وهى حامل بنت أو وهبت لها

بأن يكون زمنا أو غير كسوب لم يجز للمولى القبول لثلا يتضرر الصبى بالانفاق

عليه من ماله، وإن كان مما لا تجب نفقته كمحارمه من النساء غير العمودين

فعلى ما تقرر فى المعسر.

ولقد أحسن الشيخ فى المبسوط حيث قال: فإن كان صحيحا ولا يكون أبدا

إلا فقيرا فإنه مملوك نظر، فإن كان مكتسبا لم تجب نفقته على ولده فعلى وليه

أن يقبله، أما إذا أوصى له بالبعض أو وهب له، فإن كان المولى عليه معسرا قبله

قبله الولى لما تقدم من عدم دخول الضرر عليه به بل فيه الجمال والمنفعة بلا مؤونه

ولا تقويم عليه، وإن كان مؤسرا فإن لم تجب النفقه عليه ففيه حينئذ قولان:

(أحدهما) أنه لا يقبل لأنه لو قيل العتق على الصبى وإذا عتق سرى ولزمه

قيمه الشريك وفيه إضرار بالصبى.

(الثانى) يقبل ويعتق عليه ولا يسرى إذا تضرر الصبى، ووجهه أيضا بأن

الاختيار له فى حصول الملك.

وتنظر ثانى الشهيدين فى المسالك فى الوجه الأخير بأن اختيار الولى

كاختياره، وكيف كان فالمختار ما اختاره المحقق، والأكثر من عدم السرايه،

وهو اختيار الشيخ فى المبسوط، وإن ذهب فى الخلاف إلى السرايه لعدم الدليل

على ذلك.

الخامس: لو اشترى الزوج والولد أمه صفقه واحده وهى حامل بنت قومت

حصه الزوج على الابن وعتقت البنت عليهما معا لأنها بنت للزوج وأخت للابن

وليس لأحدهما على الآخر شئ.

وكذا لو وهبت لها وقبلها دفعه، ولو قبلها الابن أولاً عتقت هي وحملها
وغرم القيمة للزوج أو الواهب على إشكال، ووجهه في هذه المسألة أن قبول الزوج
تأخراً لا ينافي التواصل المشروط بين الأيحاب والقبول كالنفس، أو تم قبول الابن
عند قبول الأب مع اتصاله وعدم انقطاعه، والأشكال ناش من أن سبب ملك

ص: ٣٠٩

ان النسب يثبت بالنكاح الصحيح وإن حرم لعارض

الزوج العقد المركب من الايجاب والقبول، والمركب متأخر عن كل واحد من أجزائه، والمسبب لا يتقدم على السبب، فقبل القبول لا يملك الزوج، وإذا هلك غير الموهوب قبل القبول بطلت الهبه فتكون القيمه للواهب، وهذا هو الصحيح عند جماعه من محققى أصحابنا فخر المحققين والمحقق الثانى فى حواشى الارشاد وأول الشهيدين فى شرح نكت الارشاد.

ويحتمل أن يكون للموهوب لأن القيمه قائمه مقام العين وقد تعلق حق الزوج باستحقاق تملكها فيتعلق بالقيمه كذلك.

وهذا الاحتمال بعيد جدا بل ليس له وجه كما حققه فخر المحققين فى إيضاح القواعد لأن مستحق القيمه إنما هو المالك حقيقه لا من يملك إن يملك، ولا مع من ملكه مع السرايه ووجوب القيمه بعدها ومبنى هذه المسأله على أن

السرايه بلفظ هو سبب العتق، فعلى كونها للواهب يكون على الابن نصف القيمتين للواهب وعلى كونها للموهوب يغرم للزوج نصف قيمه الأم، ولو قبل الزوج

أولا عتق عليه الولد كله، ثم إذا قبل الابن عتق عليه الأم كلها، وإنما كان

كذلك لأنه إذا قبل الزوج أولا دخلت الزوجه وبنتها فى ملكه وانعتقت البنت

لمكان ملكه لها وملك الزوجه لأنها لا تنعتق على الزوج وإن انفسخ النكاح، ثم

إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان على الأول ويرد كل منهما الفضل

على صاحبه نصفه بالملك والنصف الآخر بالسرايه، ويضمن قيمه الولد للابن على

الاحتمال، فإذا قبل الابن ملك نصف الأم وانعتقت عليه بالملك والسرايه فيضمن

للزوج نصف قيمه الأم فيتقاصان ويرد من فضل على صاحبه المفضل.

هكذا قرر الحكم العلامه فى القواعد، وتنظر فيه ابنه فى شرحه عليها،
لأن التقاص مبنى على أن قيمه السرايه للموهوب له، فإذا كان الموهوب
له ممن ينعق عليه المملوك فى التقاص نظر، لأن العلامه على تقدير
أن تكون القيمه للموهوب له لم يوجب للزوج نصف قيمه البنت لأنها تنعق

ص: ٣١٠

أصله الصحة والفساد في المعاملات

عليه، وهو يقتضى أن لا يكون للولد مطالبته بقيمه نصف أخته لأنها تنعتق عليه أيضاً، فلا تقاص. فالحكم باستحقاق الابن الرجوع على الزوج بنصف قيمه البنت مع تقدم قبول الزوج وتقدم رجوع الزوج بنصف قيمه البنت على الابن لو تقدم قبول الابن والتقاص مما لا يجتمعان.

لكن العلامة لم يصرح بعدم تقويم نصف البنت على الزوج أولاً، ولما كان الحق عند القيمة للواهب كما تقدم في المسألة الأولى فإذا تقدم قبول الزوج كان نصف الأم له وبطل نكاحه ولم ينعتق عليه وله نصف البنت أيضاً وينعتق عليه ويسرى ويغرم قيمه البنت للواهب، ومع قبول الابن يملك نصف الأم وينعتق عليه ويسرى إلى النصف الذى يملكه الزوج وعليه قيمته للزوج، وإن تقدم قبول الابن انعتقت عليه وضمن نصف القيمة للواهب.

وليست الوصية كالهبة فى هذه المسائل والفروع لأن القبول فى الهبة جزء من السبب إجماعاً.

وأما من الوصية فبخلاف مشهور، فقال بعضهم: قبول الموصى أنه كاشف له عن قبول قوله بالموت، ورده يكشف عن عدم ملكه وبطلانها لأن استحقاقه يتعلق بالموت فأشبه الميراث، ولقوله تعالى " من بعد وصيه يوصى بها أو دين " (1) وكذلك

الأخبار الدالة على أنه يبدأ بالدين ثم الوصية ثم الميراث كما تقدم فى كتاب

الوصايا، وليس ثم غير مجرد الايصاء من غير اعتبار القبول، ولأنه جعل الميراث

بعد الايصاء، فقبل القبول إما أن لا يكون ملكاً لأحد وهو محال أو يكون ملكاً

للميت وهو محال لأنه بالموت خرج عن صلاحية الملكيه إذ الموت سبب تام لنقل

الملك عنه، ولا الوارث لأن البعيد لا يكون قبلا ولا غيرهم إجماعا فتعين الموصى

لهم فيكون القبول كاشفا.

ص: ٣١١

١- (١) سورة النساء - آية ١١.

السادسه: لو اشترى الوكيل بعض من ينعق على موكله جاهلا بالنسب

وقيل: القبول سبب، وهو الأقوى لأنه تملك بعقد فيتوقف على القبول

كسائر العقود، لأن العقد مركب وجزء السبب التام ناقص لا تام.

ويتفرع على القولين النماء المتجدد بين الايجاب والقبول، وعلى هذا فتكون

الوصيه كالهبه، ويتوجه كلام العلامه وإطلاقه، إلا أنه كما ترى موضع خلاف

فلا تكون المسأله إجماعيه كالهبه.

السادس: لو اشترى الوكيل بعض من ينعق على موكله جاهلا بالنسب،

فالكلام هنا فى موضعين:

أحدهما: هل يقع هذا الشراء أم يتوقف على إجازة المالك؟ فيه نظر ينشأ

من إطلاق الموكل الإذن فى شراء مملوك، وهذا مملوك وقع عليه الشراء، ومن

حيث إن الظاهر أن الموكل إنما أذن له فى شراء مملوك يستقر ملكه عليه،

وهذا ليس كذلك بل فيه إتلاف المال لأنه وقع بإزاء ملك لا يستقر مع إيجاب

نفقته عليه إن كان مما تجب نفقته، وحيث يصير الشراء فضوليا فيقع إما باطلا

أو موقوفا على الإجازة على الخلاف المشهور، والمختار البطلان.

ويتفرع على ذلك العتق، فمتى صح الشراء انعتق، فصحة الشراء والعتق هنا

متلازمان، والأقوى أن صحة الشراء موقوفه على تضمن وكالته شراء النسب الذى

ينعتق على الموكل.

ثانيهما: على القول بعتقه هل يقوم عليه الباقي أم لا؟ وفيه نظر، ووجهه

أنه ملك بعض قريبه بسبب اختيارى لأنه من وكيله وأفعاله منسوبه إلى اختيار موكله

وإلا لم يصح، ومن حيث إنه لو فعله الوكيل عالما لم ينفذ إلا مع إجازة الموكل،

فمع الجهل أولى لأنه غير مقصود للوكيل، لأن المقصد مشروط بالعلم ولأن
الشراء فى العالم اختيار للعتق لأنه اختيار للسبب بخلاف الجاهل، وعلى ما اخترنا
وهو أنه إن ضمنت الوكالة شراء القريب صح الشراء وانعتق وقوم عليه أيضا،
وإلا فلا.

ص: ٣١٢

الأولى: في عوارض آفات البدن

ولو اشتراه وهو جاهل بالسبب فاعتق فهل يقوم عليه؟ فيه نظر، منشأه

مبنى على مقدمتين: (أحدهما) اختيار السبب هل هو اختيار المسبب؟ (ثانيهما) أن

فاعل السبب هل هو فاعل المسبب أم لا؟ وهذه مسألة كلامية اختلف المتكلمون فيها

وتبعهم الفقهاء في الخلاف أيضا، إلا أن المشهور بين الفريقين أن فاعل السبب فاعل

المسبب سيما في الأسباب الشرعية، فعلى الأول يقوم عليه وعلى الثاني فلا.

وأما ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن قيس (1) عن الصادق عليه السلام ورواه

علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام من الصحيح وغيره كما مر في كتاب المضاربه

وفيهما "رجل دفع إليه رجل آخر ألف درهم مضاربه فاشترى أباه وهو لا يعلم،

فقال: يقوم، فإن كان درهم واحد أعتق ويستسعى في مال الرجال" فإن الضمير

في "أباه" الظاهر رجوعه إلى العامل والضمير في "يستسعى" للعبد المعتقد.

لكن في دلالة هذه الرواية على أحد المذهبين نظر لجواز كون العامل معسرا

فلا يقوم عليه، والأقوى الاعتقاد عليه مع اليسار ويقوم عليه الباقي لاختياره

السبب، ويستسعى العبد مع إعساره مثل ما لو أعتقه ابتداء.

المقصد السادس

في أحكام العتق بالعوارض وبقية الأسباب

وهو يشتمل على مسائل:

الأولى: في عوارض آفات البدن وهو العمى والجذام والاقعاد، وانعتاق

العبد والأمه بهذه الأسباب مشهور بين الأصحاب حتى كاد يكون إجماعا والروايات

به عن أهل البيت مستفيضة.

أما العمى والجذام فيدل عليها من الأخبار خير حماد بن عثمان (٢) عن

ص: ٣١٣

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢ ح ١٠٧ وفيه "محمد بن ميسر"، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٩ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢٣ ح ١. وما في المصادر "فقد عتق".

أبى عبد الله عليه السلام " قال: قال: إذا عمى المملوك عتق " . ورواه الصدوق مرسلًا .

وخبر السكونى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذ عمى

المملوك فلا رق عليه والعبء إذا جزم فلا رق عليه " هكذا فى الكافى، ورواه الصدوق

فى الفقيه بإسناده عن السكونى مثله إلا أنه قال " إذا عمى العبد " .

وخبر أبى البخترى (٢) كما فى الكافى والتهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام " قال:

إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا يجوز فى العتاق إلا الأعمى والمقعد ويجوز الأشل والأعرج " .

وخبر أبى البخترى (٣) أيضا كما فى الفقيه وقرب الأسناد مثله إلا أنه قال

" لا يجوز فى العتاق إلا الأعمى والأعور " . ورواه الصدوق فى المقنع مرسلًا .

وخبر إسماعيل الجعفى (٤) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: إذا عمى المملوك عتقه

صاحبه ولم يكن له أن يمسه " .

وصحيحه حماد بن عثمان (٥) كما فى محاسن البرقى عن أبى عبد الله عليه السلام

" قال: إذا عمى الغلام عتق " .

وقد إلحق ابن حمزه بالجذام البرص، وقال ثانى الشهيدى فى مسالكة بعد

نقله لذلك عنه: ونحن فى عوىص من إثبات حكم الجذام لضعف المستند إن لم يكن

إجماع، فكيف يلحق به البرص؟ وكأنه أشار بهذا الكلام إلى روايه السكونى

ص: ٣١٤

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٨٩ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٣ وفيه " أجزم "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٢ .

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٩٦ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٥، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٤ .

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ١٥، قرب الإسناد ص ٧٤، المقنع ص ١٦٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٥ .

٤- (٤) الكافى ج ٦ ص ١٨٩ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٦ وفيهما " أعتقه " .

٥- (٥) المحاسن ص ٦٢٥ باب اتخاذ العبيد والإماء، الوسائل ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٣ ح ٧.

فى اعتبار صيغه النكاح التحليل

حيث لم تضمن شئ من الأخبار المذكوره للجذام سواهما، إلا أن الاجماع قد نقله غير واحد.

وأما الاعداد فقد اعترف غير واحد من المتأخرين بأنه لم نقف له على مستند وأما المحقق فى النافع فنسبه إلى الأصحاب مؤذنا بعدم وقوفه على دليله، ولكن لم يظهر فيه مخالف، حتى ابن إدريس وافق عليه لشيبهه أنه إجماع، وهو من هؤلاء عجيب جدا.

وقد جاء فى الروايات ما يدل على ذلك مثل خبر أبى البخترى المتقدم بطرق عديده كما سمعت وفيها " لا يجوز فى العتاق إلا الأعمى والمقعد ويجوز الأشل والأعرج ".

وموثقه غياث بن إبراهيم (١) كما فى التهذيب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام " قال: لا يجوزى الأعمى فى الرقبه ويجزى عما كان فيه مثل الأشل والأقطع والأعرج ولا يجوز المقعد ".

وخبر السكونى (٢) كما فى التهذيب عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام " قال: العبد الأعمى والمجدوم والمعتوق والمقعد لا يجوز فى الكفارات لأن رسول الله صلى الله عليه وآله أعتقهم ".

وهذه الأخبار كافيه فى ثبوت هذا الحكم بعد قيام الاجماع عليه وبدونه.

وأما ما قاله ثانى الشهيدى فى المسالك بعد نسبه إلى الأصحاب العتق لهؤلاء بهذه الأسباب، وفى الحقيقه الحكمه فى انعتاق المملوك بهذه العوارض غير واضحه لأن عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرق لتجب نفقته على المولى

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٣١٩ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ٢٧ ح ٢ وفيهما " ما كان منه مثل الأقطع والأشل والأعرج والأعور "

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٢٤ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ٢٧ ح ٣ وفيهما " الأجدم والمعتوه لا يجوز "

الثانيه: فى بيان عتق من مثل به مولاه

فيقتصر منه على محل الوفاق أو النص الصالح لا ثبات الحكم.

وفيه نظر، لأن فكه من جبل العبوديه وقيودها ليس إلا لمكان راحته مع

اتصافه بصفات أهل الايمان وأهل البلاء والبلوى، مع أن العجز من الأسباب

المرجحه للعتق وسيما إذا جعل له ما يقوم بأكله ومؤونته.

الثانيه: فى بيان عتق من مثل به مولاه كما هو المشهور بين الأصحاب،

وعليه قد دلت جملة من الروايات، وتردد فيه المحقق فى الشرايع وجعل العتق

بالتكيل روايه، وخالف ابن إدريس ونسب الحكم إلى روايه الشيخ، ولا وجه

فى إخراجهم عن العوارض السابقه لأن مستند غير العمى أضعف منه وفتوى الأصحاب

مشتركة، ومستنده من الأخبار:

خبر جعفر بن محبوب (١) عن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى الكافى

والتهذيب "قال: كل عبد مثل به فهو حر".

وموثقه أبى بصير (٢) عن أبى جعفر عليه السلام "قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن

نكل مملوكه أنه حر لا سبيل له عليه سائبه يذهب فيوارى إلى من أحب فإذا

ضمن حدثه فهو يرثه".

وصحيحه هشام بن سالم (٣) كما فى الفقيه عن أبى جعفر عليه السلام مثله.

وموثقه (٤) كما فى الكافى مثله.

ورواه فى المقنع (٥) مرسلًا.

ص: ٣١٦

- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٥ الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢٢ ح ٢ وفيهما "فيتولى إلى من".
- ٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ٥.
- ٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ١٧٢ ح ٩.
- ٥- (٥) المقنع ص ١٦٠.

أن المشهور عدم إرث الزوج من البائن

ومرسله الفقيه (١) " قال: روى فى امرأه قطعت ثدى وليدتها أنها حره لا سبيل لمولاتها عليه ".

والروايه الأولى من هذه الروايات قد قدح فى طريقها شهيد المسالك بجهاله الراوى مع الارسال. وفى الثانى بأن فى طريقها عبد الحميد، و هو مشترك بين الثقه والضعيف، بل الظاهر أنه خارج عن القسمين لأن طبقتة أعلى من طبقتة فيكون مجهولا، وعلى التقديرين يضعف الطريق، وأبو بصير - قد عرفت مرارا - أنه مشترك فتكون ضعيفه، ومع هذا فقد وصفها فى المختلف بالصحه، و ليس كذلك.

وفيه نظر، لأن طريقها فى الفقيه من الصحيح لخلوها عن عبد الحميد وأبى بصير لأن راويها هشام بن سالم وإن كان رواها تاره عن نفسه وتاره عن أبى بصير إلا أن الظاهر أن المراد بأبى بصير ليث المرادى بتصريح جماعه بأن هشام بن سالم من قرائبه، فيكون ما ذكره فى المختلف هو الأوضح. ولعل وجه تردد المحقق فى هذا الحكم هو ما ظهر له فى بادى الرأى من ضعف المستند ومن اشتهاهه بين الأصحاب، وقربه إلى التردد مخالفه ابن إدريس، وإلا فقد عرفت أن الحكم ما تقدم سيما الجذام أولى بذلك.

وإذا تقرر ذلك فالتنكيل لغه فعل الأمر الفضيع بالغير، يقال: نكل به تنكيلا إذا جعله نكالا وغيره لغيره، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفيته أو نحو ذلك، و ليس فى كلام الأصحاب ما يدل على المراد بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم لا طلاق النصوص.

وفى بعض روايات العامه ما يدل على أن الجذع تنكيل حيث رووا (٢) " أن

زنباعا أبا روح وجد غلاما مع جاريه له فجدع أنفه وجبه، فأتى النبي صلى الله عليه وآله

ص: ٣١٧

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢٢ ح ٣.

٢- (٢) مسند أحمد بن حنبل ج ٢ ص ١٨٢ طبع بيروت.

إذا استأجر أرضاً " مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا "

فقال: من فعل هذا بك؟ قال: زنباع، فدعا النبي صلى الله عليه وآله فقال: ما حملك على هذا؟

فقال: كان الأمر كذا وكذا، فقال النبي صلى الله عليه وآله اذهب فأنت حر "

وفى روايه أخرى (١) من طريقهم " قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله صارخا

فقال له: مالك؟ قال: سيدى وافانى أقبل جاريه له فجب مذاكيري، فقال له

النبي صلى الله عليه وآله: اذهب فأنت حر "

ثم قال ثانى الشهيدين: وليس ببعيد. ويترتب على هذا أن المماليك الخصيان

يعتقون على مواليتهم إذا فعلوا بهم ذلك فلا يصح شراءهم لمن علم ذلك، وعلى اشتباه

كون الفعل من مولاه مبنى على بقاء أصاله الملك.

وعلى هذا حمل صحيحه رفاعه (٢) التي مر ذكرها في مقدم كتاب العتق وفي

البيوع، وإن كان ظاهرها أن ذلك فعل مواليتهم بهم لأن صورتها هكذا: " قلت

لأبى الحسن عليه السلام إن الروم يغيرون على الصقالبه فيسرقون أولادهم من الجوارى

والغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم، ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار،

فما ترى فى شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وإنما أظهروا عليهم من غير حرب

كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار الاسلام "

يحمل ما وقع فى السؤال من قوله " فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم " من أن ذلك

لم يقع من مواليتهم على سبيل اليقين وإنما هو على سبيل الظن والتخمين، ولو

تحقق ذلك أوجب له الانعتاق وأدخله فى التنكيل لعموم الدليل.

والجمع بين صحيحه رفاعه وبين ما رواه فى الجعفریات (٣) بالاسناد المشهور

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام " قال: رفع إلى على بن أبى طالب عليه السلام رجل

-
- ١- (١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٩٤ ب ٢٩ ح ٢٦٨٠ كتاب الديات طبع بيروت.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ١ وفيهما " وإنما أغاروا عليهم ".
 - ٣- (٣) الجعفریات ص ١٢٣.

الثالثة: فى إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه

أخصى عبده فأعتق على عليه السلام العبد وعاقبه، وقال: من مثل بعبده أعتقنا العبد مع تعزير شديد نعزر السيد". وفى الجعفریات (١) بإسنادها المشهور أيضا فى غير الخصى من التنكيل عن على بن الحسين عليه السلام " أنه قضى فى رجل جدع أنف عبده فأعتقه على عليه السلام وعزره". وفى (٢) أيضا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام " قال:

قضى على عليه السلام فى رجل جدع أنف عبده فأعتقه على عليه السلام وعاقبه".

وبهذا اتضح لك قوه هذا الدليل وتكثر الروايات به، وفيها الصحيح وغيره.

نعم يجب عند الشك فى بعض العقوبات وإطلاق التنكيل عليها كقلع العين الواحده

والأذن الواحده ونحو ذلك الرجوع فيه وفى كل موضع من مواضع الاشتباه إلى

حكم الأصل وهو استصحاب حكم الرق إلى أن يثبت المزيل، لكن الظاهر من

خبر الجعفریات الأخيره ومن مرسله الفقيه حصول التنكيل بقطع إذن واحد

وثدى واحد بإطلاق الخبرين المذكورين وإن احتملا إرادته الجنس.

الثالثة: فى إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه، فإن المروى

أنه من أسباب العتق.

واشترط الشيخ خروجه إلينا قبله أيضا لما رواه فى التهذيب والفقيه من قوله

عليه السلام " أيما عبد خرج قبل مولاه فهو حر".

وظاهر المحقق عدم اشتراط خروجه قبله، وبه صرح ابن إدريس لحصول

الاسلام المانع من ملك الكافر له، وهو ممنوع لأن الاسلام إنما يمنع من

دوام الملك وبقائه لا مطلقا، والمحقق فى الجهاد اشترط خروجه قبله، ولعله أجمل

الحكم فى كتاب العتق اتكالا على ما سبق.

وأما الروايه المشار إليها في التهذيب فقد رواها الشيخ عن السكوني (٣) عن

جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام " أن النبي صلى الله عليه وآله حيث حاصر أهل الطائف قال:

ص: ٣١٩

١- (١) الجعفریات ص ١٢٣.

٢- (٢) الجعفریات ص ١٢٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٦ ص ١٥٢ ح ١.

الرابعة: أن انحصار الإرث في العبد موجب لعنته

أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر، وأيما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد "

فيكون ما اشترطه المشهور تبعا للشيخ من خروجه قبل مولاه معتبر والاطلاق

لا مستند له، وضعف الروايه هنا في الاصطلاح الجديد غير مضر على مختار القدماء

لأن المدار في الصحه على القرائن لا على تعديل الرواه وجرحها.

الرابعة: قد بقى من الأسباب الموجهه للعنت انحصار الإرث فيه. ومقتضى

إلحاقهم السببيه على ذلك أنه ينعق بمجرد اشترائه، وليس كذلك لما سيأتى

في الأخبار الوارده به. وكذلك الفتوى في كتاب الميراث التصريح بعنته بعد

الشراء فتكون السببيه المنتسبه إلى الإرث وإلى الشراء بسببيه بعيده ومقوله

على ذلك بالتجوز، وسيأتى تفاصيل أحكامها وتفصيلها في أحكام الميراث إن شاء الله

تعالى، ولا بأس بذكر بعض الأخبار الوارده في ذلك لينكشف بها وجه السببيه،

وليكن هذا الكتاب مشتمل على ذكر جميع الأسباب.

فمنها صحيحه سليمان بن خالد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " سمعته يقول في

الرجل الحر يموت وله أم مملوكه، قال: تشتري من مال ابنها ثم تعتق ثم يورثها "

وصحيحه عبد الله بن سنان (٢) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في رجل

توفى وترك مالا وله أم مملوكه، قال: تشتري أمه وتعتق ثم يدفع إليها بقيه المال "

وصحيحه جميل (٣) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يموت وله ابن مملوك،

قال: يشتري ويعتق ثم يدفع إليه ما بقى "

والأخبار بهذا المعنى كثيره جدا، وأما تفاصيل شرائط هذا العنت وبيان

محال مواضعه المنصوبه والمختلف فيها والمتفق عليها فموكوله بياناتها إلى

-
- ١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٣٣٤ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٤٠٦ ب ٢٠ ح ٧ وفيهما " قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول "
 - ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١٤٧ ح ٢ و ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٤٠٤ ب ٢٠ ح ٢ و ٤.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ١٤٧ ح ٢ و ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٤٠٤ ب ٢٠ ح ٢ و ٤.

المقصد السابع: فى بيان العتق بالتدبير

المقصد السابع

فى بيان العتق بالتدبير

وهو مشتق من الدبر، والمراد به تعليق العتق بدبر الحياه، سمي تدبيراً لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا راجع إلى الدبر أيضاً لأن التدبير فى الأمر مأخوذ من لفظ الدبر لأنه نظر فى عواقب الأمر وإدباره، ولا خلاف بين علماء الاسلام فى صحه عتق المملوك معلقاً على وفاه مولاه.

واقصر المحقق وجماعه على تعريفه بما ذكرناه إيثارا لتعريف الفرد المتفق عليه لا الحصر، وإن كانت الصيغه تقتضيه من جهه أن المبتدأ منحصر فى الخبر، والحصر إضافى لا مطلقاً.

وقد اختلف الأصحاب - رضوان الله عليهم - فى صحته معلقاً على وفاه غير المولى فى الجمله، فذهب جماعه منهم المحقق والعلامه وقبلهما الشيخ وأتباعه إلى الصحه، وذهب ابن إدريس إلى المنع من تعليقه بوفاه غير المولى مطلقاً، وربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمى، ومنهم من علقه على موضع النص وهو من شرطت الخدمه له.

والذى وقفنا عليه من الأخبار الداله على جواز تعليقه على وفاه غير المولى صحيحه يعقوب بن شعيب (1) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة، فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها

بعد ما أبتقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد أعتقت."

ص: ٣٢١

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٤ ح ٢٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ب ١١ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

فيما لو أحل السيد أتمته لحر وحصل من التحليل ولد

وخبر محمد بن حكيم (١) كما في التهذيب " قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل زوج أتمته من رجل آخر وقال لها: إذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج، فقال: إذا مات الزوج فهي حرة تعتق، فعدتها عده المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه لأنها صارت حرة بعد موت الزوج ".
فالأحوط إذا القول بقصد التدبير على هذه الثلاثة الأصناف وهو المولى والمشروط له الخدمه والزوج، ويختص الأخيرين بالأمه، ولا يمكن أن يحتج بهذين الخبرين على التعميم كما وقع للشيخ وأتباعه بناء على أصل الجواز ولقبول العتق التأخير كقبوله للتنجيز، ولا تفاوت بين الأشخاص، وقد جاء معلقا بوفاه المولى مطلقا، فيجوز بوفاه غيره لمرجع هذا الاستدلال إلى القياس، ولأن الروايه الصحيحه المذكوره التي هي الركن الأعظم في الاستدلال إنما دلت على جواز تعليقه بوفاه المخدوم، فتعديته إلى غيره [و] غير الزوج من القياس أيضا، وهم لا يقولون به لعدم توجه قياس الأولويه، بل مورد هذا النص الصريح كما ترى الأمه، وكذلك خبر محمد بن حكيم إلا أن ثاني الشهيدين قال: وخصوصيه الذكوريه والأنوئيه قد يدعى أنها ملغاه.
وأما الأصل فمدفوع بأن التدبير إن كان عتقا معلقا فهم لا يقولون بجوازه مطلقا بل هو مقصور على محل النص والوفاق، وإن كان وصيه - كما هو القول المشهور - فلا يجوز تعليقه بوفاه غير المولى إجماعا.
وبهذا يحصل الفرق بين وفاه المولى وبين غيره بجواز التعليق وعدمه، فلا يجوز من جوازه معلقا على بعض الوجوه لمكان الدليل جوازه مطلقا.

وبالغ ابن إدريس في المنع من تعليقه بوفاه غير المولى مطلقا تمسكا بموضع

الوفاق وردا للخبر وإن صح طريقه لأنه عنده من أخبار الآحاد، وادعى أن

ص: ٣٢٢

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٧ ب ١١ ح ٢ وفيهما "من رجل حر" مع اختلاف يسير.

فى تعليق التدبير

التدبير شرعا تعليق عتق وفاه المولى فلا يتعدى إلى غيره، وبأنه لو صح معلقا على وفاه غيره للزم بطلانه بالإباق كما يبطل المعلق بموت السيد.

ورد دليله الأول بأنه مصادره ومقابله للنص بالاجتهاد، ورد النافى بمنع الملازمه. والفرق فى ذلك مقابله نعمه السيد بالكفر فقر بل بنقيض ذلك كقاتل العمد فى حرمانه الإرث بخلاف الأجنبى، وقد أسند المحقق فى شرايعه جواز تعليقه على موت الزوج إلى الدليل كمن جعلت له الخدمه.

وقال منازعه ثانى الشهيدى فى مسالكه: ومقتضى هذا الكلام وجود النقل على صحه ذلك.

ثم قال: وليس كذلك وإنما الوجود من النقل ما حكيناه من الروايه مشيرا بها إلى صحيحه يعقوب بن شعيب وهى مختصه بتعليقه على وفاه المخدوم فإن تعديته إلى غيره غير مسنده إلى النقل، فإن روعيت الملابسه فهى لا تخرج عن ربقه القياس، فلا وجه لاختصاصه بهذين لأن وجوه الملابسه لا تختص، فيجى على هذا جواز تعليقه بالوفاه مطلق الملابسه بل مطلق الناس لفقد ما يدل على غير المخدوم، وهو قول فى المسأله.

وقد سمعت مما سبق أنه ربما قيل بجواز تعليقه بموت غير آدمى لاشتراك الجميع فى معنى التدبير لغه، وهى تعليق العتق على الوفاه، فأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لغير المروى، وهو الأنسب، لكن تبقى فيه بأن النصوص وارده فى الأمه فتعديتها فى العبد لا يخلو من نظر. ومما اشتهر من خصوصيه الذكوريه والأنوثيه ملقاه وأن الطريق متحد لا يقطع الشبهه وإن كان متجها، إلى هنا كلامه.

وفيه نظر لما سمعت من صراحه خبر محمد بن حكيم الذي طريقه إليه من
الصحيح، وهو من مرويات التهذيب، وهو مشتمل على تعليق التدبير على موت
الزوج، فكيف هذا الانكار على المحقق مع أنهم بمرأى ومسمع منه؟ لكنهم
- قدس الله أرواحهم - لا يتدبرون في أخبار كتب الأربعة ولا لما فيها مودعه، فضلا

ص: ٣٢٣

الأول: صيغه التدبير

من غيرها مما هي متشعبه متسعه.

وأعجب منه سبطه في شرح النافع حيث تبعه في إنكار هذا النص، وما ذكره المحقق عنده في الشرايع غير ناجع حتى قال: "والحق للعلامه في بعض كتبه بتعليقه بوفاه المخدوم تعليقه بوفاه زوج المملوكه فواعجباه كيف نسب اللاحق للعلامه مع أن القائل بذلك الشيخ ومن تبعه في عده مواضع، ونص على ذلك محقق الشرايع، بل يظهر من المسالك أنه مذهب الأكثر هنا لك.

وأعجب من هذا قوله بعد أن حكى عن العلامه ذلك اللاحق وقال: وربما ظهر من العلامه في المختلف جواز تعليقه بوفاه غير المولى مطلقا، وهما ضعيفان لأن المنقول من الشارع جواز تعليقه بوفاه المولى ووفاه المخدوم، فيجب قصر الحكم على ذلك، ولكنهم - قدس الله أسرارهم - يقلد المتأخر منهم المتقدم من غير تتبع ولا تفهم، فالحق ما قلناه من قصر جواز التعليق على المنصوص، ولم نقف على هذين الموضوعين بعد وفاه المولى بالخصوص.

إذا تمهد هذا فنقول: إن الاتيان على مسائل التدبير وأحكامه يتوقف

على أمور:

الأول: الكلام على لفظه الصريح وصيغته التي وردت من الشارع واشتهرت

بين فقهاءنا، وقد جاءت بعبارات أصرحها " أنت حر بعد وفاتي " ولا ريب في وقوع

التدبير بها لدلالاتها على المطلوب صريحا وفي معناها " أنت عتيق أو معتق بعد وفاتي "

وكذا يقع بقوله: أعتقك بعد وفاتي أو حررتك قاصدا به الانشاء.

ويظهر من المحقق في شرايعه ونافعه قصد الصراحة والامضاء عند الجميع

على الأولى خاصة، أعنى قوله: أنت حر بعد وفاتى.

وعلى كل تقدير فهذه الصيغه تاره يقع بها مطلقا وتاره يقع بها مقيده

مثل أن يقول: إذا مت فعبدى حر أو أنت حر بعد وفاتى. وفى المقيد إذا قلت:

إذا مت فى سفرى هذا أو فى مرضى هذا أو فى سنتى هذه أو فى يومى أو فى هذا

ص: ٣٢٤

لو طلق المريض الأمه والكتايبه طلاقاً " رجعيًا "

البلد إلى غير ذلك من القيود الزمانيه والمكانيه، أو تقدير مصدر ذلك الفعل العلق عليه مثل: إن مت حتف أنفى.

وكذلك يصح تقييده بقيود متعدده ك: إن مت فى سنه كذا فى مكه

حتف أنفى ونحو ذلك فيعتبر فى عتقه اجتماع الشروط كلها.

والحق الشيخ فى المبسوط التدبير المقيد بالمعلق على شرط فى البطلان

نظرا إلى اشتراطهما فى التعليق.

وقد اختلف الأصحاب - رضوان الله عليهم - فى بعض الصيغ مثل قولهم:

أنت مدبر أو دبرتك، فى أنه هل هو صريح فيقع به التدبير وإن لم يقصده؟ أو

كتايه فيقع مع القصد؟ أو لا يقع به مطلقاً؟ على أقوال:

جزم المحقق فى الشرايع بالأخير منها وقول شيخ الخلاف لخلوه عن لفظ

العتق والحريه، ولا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلا مع التعرض للحريه،

ولأنه إما عتق بصفه أو وصيه به وكلاهما يفتقر إلى ذكر العتق، أما الأول

فظاهر وأما الثانى فلأن الوصيه لا بد لها من التصريح بمتعلقها.

والثانى: أنه يقع بذلك لصراحته فيه بظهور التدبير فى هذا المعنى وشهرته

فيه شرعاً، بل هو متبادر منه فيه عند كل أحد، كما أن البيع وغيره ظاهر فى

معناه حتى أن التدبير كان معروفاً فى الجاهليه، وقد أقره الشارع ولم ينقله من

هذا المعنى حتى يكون كتايه، وهذا لقول مختار شيخ المبسوط والعلامه فى

جمله من كتبه.

والثالث أنه كتايه يصح مع البيئه لا بدونها، والمراد بالبيئه هنا هو

نصب القرينه الكاشفه عن إرادته الالافظ به فى الاستعمال العتق بعد الوفاء فلا يحكم

به ابتداء، وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج، لأن فيه جمعا بين الدليلين

ولأصاله بقاء الرقيه إلى أن يثبت المزيل.

ويرد أنه لا يقع بالكنايات عندنا كنظائره، والأدله المتعارضه لا تجتمع

ص: ٣٢٥

صححه عقد المزارعه بين الثلاث والأربع

بذلك والأصالة عند مجوزه انقطعت بالصيغه المخرجه عنه.

وأوسط الأقوال أوسطها لدلاله جمله من الأخبار على استعمال لفظ التدبير

فيه من غير نصب قرينه كما لا يخفى على المتتبع لما دبره عليهم فى حياتهم وبعد

ممااتهم، بل لم يأت فى الأخبار سوى لفظ التدبير.

ففى صحيحه محمد بن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام كما فى الكافى

والتهذيب - عن رجل دبر مملوكا له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه "

وساق الحديث إلى أن قال: " فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه "

وحسنه الوشاء (٢) وروايته كما فى الفقيه والكافى " قال: سألت الرضا عليه السلام

عن الرجل يدبر المملوك وهو حسن الحال ثم يحتاج، أيجوز أن يبيعه؟ قال: نعم "

وفى صحيحه الحلبي (٣) وصحيحه محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام

والأولى عن أبي عبد الله عليه السلام " فى الرجل يعتق غلامه أو جاريته فى دبر منه ثم يحتاج

إلى ثمنه، أيبعه؟ قال: لا "

وصحيحه أبي مريم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سئل عن رجل يعتق جاريته

عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها فى حياته؟ قال: أى ذلك

شاء فعل "

والأخبار بهذا المعنى مستفيضه فى جميع أحكام التدبير كما سيأتى ذكرها

مفصله.

ص: ٣٢٦

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ١ وفيه " هل يجوز له "، الفقيه ج ٣ ص ٧١ ذيل ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٣ وما في المصادر " قال: نعم إذا احتاج إلى ذلك ".
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٣.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٢ وفيه " وجاريتته عن دبر "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٦ وفيهما " فقال: لا إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته ".
- ٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٤ وفيه " فقال: نعم "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ١.

الفصل الأول: فى المحلل وشروطه

نعم قد جاء فى صحيحه يعقوب بن شعيب المجوزه تعليق التدبير على من له الخدمه، وكذلك خبر محمد بن حكيم المجوزه تعليقه على موت الزوج التصريح بلفظ الحره لقوله فى الأولى ما سمعت "هى لفلان تخدمه ما عاش"، فإذا مات فهى حره "وفى الثانيه "إذا مات الزوج فهى حره" وتقدم فى أخبار الوصايا الاستعمال كل من الصيغتين، فلا إشكال إذا فى مساواتها هذه الصيغه المعبر فيها بلفظ التدبير للصيغ المعبر فيها بلفظ الحره ولفظ العتق فيهما فى الصراحه سواء، وليست من الكنايه فى شئ، فلا تحتاج إلى قصد المتكلم بها إلى لفظ مدلولها بل يحكم عليه بالقصد بمجرد سماع الصيغه منه وإن كان القصد فى الواقع معتبرا.

ولو كان المملوك لشريكين فقالا: إن متنا فأنت حر انصرف قول كل واحد منهما إلى نصيبه وتعلق عتقه على موته خاصه، وهذا عند قصد تدبير كل منهما نصيبه وتعلق عتقه على موته خاصه.

أما لو علق كل واحد من النصيين على موتهما معا أو أطلق اللفظ كذلك حينئذ ولم يقصدا واحدا معينا من الأمرين فموضع إشكال، للابهام الواقع فيه ولا فضائه إلى وقوع التدبير فى التعليق على موت غير المولى باعتبار نصيب الآخر، ثم إنه على تقدير الوقوع إن ماتا معا انعتق النصيبان دفعه، وإن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميت بشرطه وهو إذا وسع ثلثه ذلك التدبير وبقي نصيب الآخر موقوفا على موته، والكسب المتخلل بين المدبر والمالك الحى بنسبه الملك.

وإن قصد تعليق عتقه على موتهما معا كما هى الصوره الثانيه المختلف فيها بحيث لا يعتق منه شئ مع موت أحدهما بنى الحكم بالصحه على أحد أمرين:

أما جواز تعليق التدبير على وفاه غير المولى مع الملابسه أو مطلقا، أو جواز تعليق

العتق على الشرط كما هو مختار القاضى وابن الجنيد فى مطلق العتق.

فإن أجزنا ذلك صح أيضا وكان التدبير على الأول معلقا بموتهما معا،

فإن ماتا دفعه انعتق جميعه لحصوله شرطه، وإن ماتا على الترتيب بقى على الرق

ص: ٣٢٧

لو ادعى الزارع العاريه وانكر المالك وادعى الحصة والأجره

جميعه إلى أن يموت الآخر وهو بين الموتين لورثه الميت والحي، وإن لم يجز الأول وأجزنا الثاني كان عتقا بشرط وحكمه كالسابق إلا أنه ليس تدييرا بل عتق معلق على شرط لا يتم إلا بموتهما، وللورثه بين الموتين التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجاره، وليس لهم بيعه لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك.

وفى جوازه - لو جعلناه تدييرا - نظر من جواز الرجوع فى التديير، وهذا من جزئياته، وفى الارشاد جزم بعدم جوازه على هذا التقدير نظرا إلى ذلك. وإن لم نجوز التديير مطلقا على موت الغير مطلقا أو الملابس إما بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقا أو أجزناه بموت الزوج والمخدوم - كما هو المختار ودلت عليه الأخبار - كان لفظهما لاغيا.

وإن أطلق اللفظ ولم يعنى ما قصدا من تلك العبارة ففى حمله على أيهما قولان:

(أحدهما) للشيخ فى المبسوط والمحقق فى الشرايع، وهو الحمل على الأول لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضا لتعليق نصيب كل منهما على موت نفسه فيحمل على الصحيح صونا لكلامه عن الهذر وترجيحا لجانب الصحة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه.

(والثانى) حمله على الثانى بظهور معناه فيه لغه لأن اللفظ إنشاء، ولا يتحقق بالنسبه إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه بخلاف الحمل على السابق فإنه إنشاء بالنسبه إلى تعليق عتق نصيبه على وفاه نفسه، وإخبار بالنسبه إلى الحكم بعته أجمع على تقدير تعليقه على وفاتهما معا، وهذا هو الأظهر.

ثم على تقدير حمله عليه يترتب عليه ما يلزم الأصل الصحة والبطلان،

فعلى المشهور يتوجه البطلان، وعلى قول القاضى وابن الجنيد يصح:

واضطرب كلام العلامة فى كتبه، فى الارشاد والتحرير حكم بالبطلان،

واضطرب كلامه فى القواعد، فى صدر المسأله حكم بالصحة والتنزيل على المعنى

ص: ٣٢٨

الثانى: شرائط المدبر

الأول الصحيح، وفى آخرها خص الصحه بما إذا قصد توزيع الاجزاء على الاجزاء.
وأول الشهيدين فى دروسه اقتصر على بيان حكم المسأله على سبيل القصدین،
ولم يتعرض للاطلاق الذى هو موضع البحث والخلاف وفى اشتراط نيه القربه
بناء على أنه عتق بشرط، وعدمه بناء على أنه من الوصايا أو أنه معامله خارجه
عنهما، والأقوى عدم اشتراطها فيه لما سيأتى من ترجيح كونه وصيه بالعتق أو
لأنه أمر مستقل برأسه وإن شبههما، ولا دليل على اشتراطهما فيه، والأصل
يقتضى العدم وصحته بدونها.

نعم فى الأخبار التى قدمناها وسيأتى ما يشعر بأنه عتق معلق وسيما صحيحه
يعقوب بن شعيب وروايه محمد بن حكيم. إلا أنه قد شارك الوصيه فى جواز
الرجوع فيه ما دام حيا وفى إجزائه من الثلث حيث إنه قد علقه ولم يقع منجزا
وما علق من العتق قد بنت بالأدله الصحيحه جواز التصرف فيه قبل وقوع الشرط
وإن لم يكن تدبيراً. وقد سمعت تلك الأدله وسيجئ ما يرشد إليه أيضا منها.

فمراعه القربه كسائر العتق متجهه وإن شارك الوصيه فى هذه الأحكام
بمقتضى الدليل، وهل يشترط تجريده عن الشرط والصفه كما هو المشهور بين
الأصحاب؟ أم يجوز معلقا على الشرط والصفه كما هو مختار الإسكافى والقاضى
سواء تقدم على الموت أم تأخر كما إذا قال له: إن أديت إلى أو إلى ولدى كذا
فأنت حر بعد وفاتى؟ أقواها عدم جواز التعليق فيه كما تقدم فى غيره، وقد صرح
فى مختصره الأحمدي بذلك فى مواضع عديده، كما ذكره شهيد المسالك. وفى
المختلف أنكر ذلك كله وادعى على بطلان العتق المعلق بالشرط، والاجماع ممنوع

أما الدليل فقد تقدم ذكره مفصلاً وإن أنكر وجوده أولئك الفضلاء لعادتهم التي

قد ارتكبوها آخرها وأولاً.

الثاني: في شرائط المدبر، شرطه أن يكون بالغاً عاقلاً، وللشيخ قول

بجواز تدبير ابن العشر، وأن يكون مختاراً جائز التصرف، فلا يقع التدبير من

ص: ٣٢٩

الثالث: فى أحكام المدبر والمدبره

الصبى وإن كان مميزا، ولا يصح من المجنون ولا السكران ولا الملجئ إلى التدبير ولا من السفیه ولا من المحجور علیه فى الدين ولا من العبد إلا بإذن السيد. وبالجملة: أن كل ما يثبت من الشرائط لأصل العتق بالأدله والفتوى فهو ثابت للتدبير، فهو وإن لم يرد فيه بالخصوص أدله كما ورد فى غيره إلا أنه يستفاد فى جميع هذه الأحكام من تلك الأدله التى مر فيها الكلام لعمومها، هذا على تقدير أن يكون عتقا. وعلى تقدير جعله وصيه أو معامله ثالثه غيرهما فالأقرب جواز التعليق واعتبار باقى الشرائط لمشاركه الوصيه وسائر المعاملات العتق فيها.

الثالث: أن المدبر والمدبره باقيا على الرق ولم يخرجوا عن ملك مولاهما بالتدبير سواء جعلناه وصيه أم عتقا مطلقا أو معامله أخرى غيرهما فللمولى التصرف فيهما بالاستخدام وغيره.

ولو كان أمه فله وطؤها كما له التصرف فيها بغيره ولجواز وطء المستولده وحق المعتق فيها أكد لتحريم بيعها فى الجملة إجماعا، بخلاف المدبره فإنها أبعد من الحرية ما دام مولاهما حيا وإن كان فى جواز بيعها خلاف إذا لم يرجع فى التدبير، وسيجئ بيانه. فإن وطأها وحملت منه اجتمع فيها سببان للعتق بالتدبير والاستيلاء، والأول أسبق، والعتق فيهما متوقف على موت المولى، فإذا مات والولد حى عتقت من ثلثه بالتدبير، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر - أعنى الاستيلاء - فيحسب من نصيب ولدها، وتعتق إن وفى بذلك وإلا استسعت فى الباقي.

ويدل على جواز وطئها روايه أبى مریم (1) الصحيحه عن أبى عبد الله عليه السلام

" قال: سئل عن الرجل يعتق جاريتته عن دبر، أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع

خدمتها حياته؟ فقال: نعم أى ذلك شاء فعل "

ص: ٣٣٠

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

الرابع: لو حملت المدبره بمملوك بعد التدبير

ومرسله ابن أبي عمير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن المدبره يقع عليها سيدها؟ قال: نعم " .

الرابع: لو حملت المدبره بمملوك بعد التدبير بحيث يدخل في ملك مولاهما
تبعها في التدبير سواء كان الولد من عقد أم شبهه أم زنا، إلا أنه في الأولين ظاهر
لتبعيته لهما، أما في الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم لانتفاء السبب بينهما شرعا،
إلا أنه لما صدق عليه كونه ولدها لغه وكان جانب المايه والحيوانيه مغلبا
فيها ومن ثم كان الولد لمولاهما دون مولى الزانى لو كان عبدا أطلق الشيخ وتبعه
الأكثر كالمحقق والعلامة ومن تأخر عنهما بتبعيته لها في التدبير من غير فرق.
وكذلك الأخبار جاءت بذلك مطلقه بل عامه في أن ما ولدت فهم بمنزلتها،
ولا شبهه في أنه يصدق على ولدها من الزنا أنها ولدته فيكون بمنزلتها لمقتضى
هذا العموم والاطلاق وإن لم يلحق بها في باقى الأحكام.

وكذا القول في ولد المدبر إذا كانوا مملوكين لمولاه بأن ولدوا من أمته،
مدبره كانت أم لا أو من غيرها وقد شرط مولاه رقيتهم.

وتلك الأخبار الواردة فيها صحيحه أبان بن تغلب (٢) كما في الكافى والتهذيب
" قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكه ثم زوجها من رجل آخر
فولدت منه أولادا ثم مات زوجها وترك أولادا منها، قال: أولاده منها كهيتها،
فإذا مات الذى دبرها فهم أحرار " .

وخبر عثمان بن عيسى الكلابى (٣) عن أبي الحسن الأول عليه السلام " قال: سألته

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨١ ح ١٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٨ وفيه " أبطأها " وفيهما " عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه " .

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٥٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٨٩ ب ٥ ح ١ وما في المصادر " دبر مملوكته " مع اختلاف يسير.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

هبة الزوجين للآخر

عن امرأة دبرت جاريه لها فولدت الجارية جاريه نفيسه فلم تدر المرأة ما حال المولوده هي مدبره أو غير مدبره، فقال لى: متى كان الحمل بالمدبره؟ أقبل ما دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري أجنبي فيهما جميعا، فقال: إذا كانت المرأة دبرت وبها جبل ولم تذكر ما فى بطنها فالجارية مدبره والولد رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر فى تدبير أمه ".
ورواه الصدوق فى الفقيه (١) مرسلا نحوه وزاد فيه "لأن الحمل حدث بعد التدبير".

وخبر الوشاء (٢) كما فى الكافى وكذا التهذيب و [ح كما فى] الفقيه عن أبى الحسن الرضا عليه السلام "قال: سألته عن رجل دبر جاريته فقال: إن كان علم بجبل الجارية فما فى بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم كان ما فى بطنها رق ". وفى التهذيب بطريق صحيح عن الحسن بن على الوشاء (٣) مثله.

وخبر يزيد بن إسحاق شعر (٣) المعتبر عن أبى عبد الله عليه السلام "قال: سألته عن جارية أعتقت عن دبر من سيدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها وهم من ثلثه، وإن كانوا أفضل من الثلث استسعوا فى النقصان " الحديث.

وخبر أبى البخترى (٤) كما فى قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام "قال: ما ولدت الضعيفه المعتقه عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها يرقون برقها ويعتقون بعتهما، وما ولد قبل ذلك فهم مماليك لا يرقون برقها ولا يعتقون بعتهما ".

ص: ٣٣٢

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ ح ٩.
- ٤- (٥) قرب الإسناد ص ٦٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩١ ب ٥ ح ٥.

لوقع التحليل على ما دون ثلاث طلقات

أما ما فى روايه على بن جعفر وصحيحته (١) كما فى كتاب قرب الأسناد وكتاب المسائل له عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل قال: إذا مت فجاريته فلانه حره، فعاش حتى ولدت الجاربه أولادا ثم مات، ما حالها؟ قال: أعتقت الجاربه وأولادها مماليك ". فهما محمولان على التقيه أو على أنه قد صارت أولادها مماليك لغير المولى، أو على أنهم مماليك لعدم إحاطه الثلث بالأولاد. وأما ما يدل على حكم أولاد المدبر إذا كانوا من مملوكه المولى المدبر فصحيحه بريد بن معاويه العجلي (٢) المرويه فى التهذيب والكافى والفقيه " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكا له تاجرا مؤسرا، فاشتري المدبر جاربه بإذن مولاه فولدت منه أولادا فمات قبل سيده، قال: فقال: أرى أن جميع ما ترك المدبر من مال أو متاع فهو للذى دبره، وأرى أن أم ولده للذى دبرته، وأرى أن ولدها مدبرون كهيئه أبيهم، فإذا مات الذى دبر أباهم فهم أحرار ". وإذا تقرر ذلك فنقول: إن استمر المولى على تدبير الأم أو الأب فلا إشكال ولا خلاف فى تبعه الأولاد لهما، وإن رجع فى تدبير الأم أو الأب جاز أيضا لعموم الأدله الداله على جواز الرجوع فى التدبير ما دام حيا. ثم إذا رجع فيها فهل يجوز له الرجوع فى الأولاد منفردين أم لا؟ قولان، فالشيخ وتبعه المحقق فى الشرايع على أنه لا يجوز الرجوع فيهم مطلقا لصحيحه أبان بن تغلب الآتى ذكرها، وقد ادعى الشيخ فى الخلاف الوفاق. وقال ابن إدريس بجواز الرجوع وتبعه العلامه وولده فى إيضاح القواعد والشهيد الأول وأكثر المتأخرين لعموم الأدله على جواز الرجوع فى التدبير، ولأن تدبير الولد فرع

-
- ١- (١) قرب الإسناد ص ١١٩، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٨٦ وفيه " ما حالهم "، الوسائل ج ١٦ ص ٩١ ب ٥ ح ٦ و ٧.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٨، الفقيه ج ٣ ص ٧٣ ح ١٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ ح ١١، الوسائل ج ١٦ ص ٩٢ ب ٦ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

الخامس: لو دبرها ثم رجع في تدبيرها فأنت بعض المدبر

تدبير الأبوين، فلا يزيد الفرع على أصله. والأقوى الأول، فإننا نمنع عموم الدعوى بعد ورود هذه الرواية الصحيحة وغيرها المخرجه لهذا الفرد من عموم هذه القاعده. وتلك الروايه هي صحيحه أبان بن تغلب (1) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكته ثم زوجها وترك أولادا منها، قال: أولادها منها كهيتها فإذا مات الذى دبر أمهم فهم أحرار، قال: قلت له: أيجوز للذى دبر أمهم أن يرد فى تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيدها أن يبيع أولادها وأن يرجع عليهم فى التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع فى تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت هى بذلك ".

وأما الفرق بين حكم الفرع والأصل بعد النص، أن تدبير الأصل لما كان بمباشرة المالك جاز له الرجوع فى وصيته بخلاف الولد، فإن حكم تدبير هم قهرى من الله فلا اختيار له فيه، لكن ربما قدح فى الروايه من حيث اشتمالها على كون أبيهم حرا وهو يوجب تبعيتهم له فيها، وحملت تاره على اشتراط الرقيه كما هو اختيار المشهور، واستضعفه فى المسالك لعدم ظهوره منها. والأقوى أن هذا الخبر من هذه الأخبار الداله على تبعيه الولد لأحد الأبوين فى الرق كما عليه العامه ومختار الإسكافى من علمائنا، وقد تقدمت أخبار صحاح فى كتاب النكاح وأحكام الأولاد التى على ذلك فتكون داله على حكم التدبير، ويمكن حملها على تأخر حريه الأب عن الاستيلاء وإن كان بعيدا.

الخامس: أنه إذا دبرها ثم رجع فى تدبيرها فأنت بولد لدون سته أشهر

من حين الرجوع ولم يجاوز أقصى مدة الحمل من حين التدبير فلا كلام في بقاءه

على التدبير لتحقق علوقها به في زمن التدبير، كما لا إشكال في انتفاء تدبيره

ص: ٣٣٤

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٩٢ ب ٧ ح ١ وفيهما " زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها وترك أولاده منها - أولاد منها " مع اختلاف يسير.

فى الاستدلال على أن التحليل لم يهدم الطلاق الأول

لو ولدت لأقصى الحمل فصاعدا من حين الرجوع.

أما إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المحقق والأكثر أنه لا يكون تدبيرا

لاحتمال أن يكون تجدد بعد الرجوع، ولم يفرقوا فى ذلك بين أن يكون فراشا

وعدمه، ووجهه أصاله تقدمه وأصاله بقائه على ملك مالك التام، وقد تقدم الفرق بين

الحالين فى مواضع عديدة، فإنه إذا لم يكن لها زوج يمكن تجدده منه حكم

بوجوده إلى إقصاء الحمل حملا لحال المسلم على الصحيح، والفرق بين الأمرين

غير واضح.

أما لو دبرها حاملا قبل أن يعلم بالحمل فالمشهور بين الأصحاب أن الحمل

لا يتبع الحامل فى شئ من الأحكام إلا بالنص عليه بالتبعيه، فلا يتبعها فى

التدبير إلا مع التصريح بإدخاله، حتى أن الشيخ مع حكمه بالحاقها فى البيع

والعتق وافق فى المبسوط والخلاف هنا المشهور على عدم التبعيه، لكنه فى النهايه

ذهب إلى التبعيه أيضا عند العلم به وإلا فلا استناد إلى روايه الوشاء (1)

المتعدده الطرق، وقد مر ذكرها، وفيها الحسن والضعيف عن الرضا عليه السلام " قال:

سألته عن رجل دبر جاريته وهى حبلى، فقال: إن كان علم بحمل الجاريه فما فى

بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم فما فى بطنها رق "

وقد عمل بمضمونها كثير من المتقدمين والمتأخرين ونسبوا إلى الصحه،

وقد عرفت أن الصحه فيها بالاصطلاح المحدث غير ثابتة، والحق أنها باصطلاح

القدماء صحيحه لأن مدارهم فى الصحه على القرائن.

وأما باصطلاح المتأخرين فهى بطرق كأحد الطريقتين من الضعيف وفى

الفقيه وأحد طريق التهذيب من الحسن، واحتمل فيها شهيد المسالك الصحه
الإضافيه لأن الحسن كذلك وإن كان خلاف المصطلح، لأن روايه الحسن من الحسن
لأنه ممدوح وليس بثقه، بل ربما قدح فى روايته بعض المتأخرين حيث إنه كان

ص: ٣٣٥

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

وجوه أجوبه الشيخ عما نقله من أدله هذا القول

يقول بالوقف فرجع عنه لمعجزه شاهدها من الرضا عليه السلام ولم يعلم من رواياته أنها

قبل الرجوع أو بعده. إلا أن إطباقهم على عد رواياته في الحسن ربما كشف

عن كون روايته بعد الرجوع كما حققه شيخنا البهائي في جبل المتين.

وذهب المحقق في الشرايع والعلامه في جملة من كتبه تبعاً لشيخ المبسوط

والخلاف وابن إدريس إلى عدم تبعيتها مطلقاً، علم به أو لم يعلم، للأصل وانفصاله

عنها حكماً كظائره.

ولموثقه عثمان بن عيسى (1) عن الكاظم عليه السلام أو ضعيفته " قال: سألته عن

امرأه دبرت جاريه لها " وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " إن كانت المرأه

دبرت وبها جبل ولم تذكر ما في بطنها فالجاريه مدبره والمولود رق، وإن كان

إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه " .

وفي المسأله قول آخر بسرايه التدبير إلى الولد مطلقاً. وأقوى الأقوال

أوسطها لما سمعت من الأدله المطلقة والمفصله والمبينه والمجمله، وإن كان

الاحتياط في العمل بروايه الوشاء.

السادس: قد سمعت فيما سبق اشتراط البلوغ والتكليف، فلو دبر الصبي

لم يقع تدبيره. وذكر المحقق في الشرايع روايه مرسله في جواز تدبير ابن عشر

سنين إذا كان مميزاً ولم نقف عليها بعد التبع التام، وقد فسرها شارح كلامه

بالروايه المذكوره في مطلق العتق والوصيه، بناء على أن التدبير مختص فيهما

إلا أن فيه بخصوصه روايه كذلك.

وفيه نظر، لأن الظاهر من عبارته وجود روايته بالخصوص، والأظهر عدم

الصحة فيه، والمحقق - رحمه الله - رجح جواز وصيته كما هو المشهور فتوى
وروايه، عملا بالأخبار الكثيره، وتردد في العتق وجزم هنا بعدم صحة تدبيره مع
أنه راجع إليهما كما عرفت، ومثله العلامه في الارشاد في الوصيه والتدبير. وقال

ص: ٣٣٦

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٢ وفيهما "والولد رق".

السابع: لو دبر المسلم عبده ثم ارتد

ثانى الشهيدين فى المسالك: وبرجوعه إلى الرجوع أولى من الفرق بما لا يجدى.

أما اشتراط الاسلام فلا مستند له وفاقا للمحقق ومن تبعه، وشرطه ابن

إدريس وقد بنى الخلاف فى ذلك على أن التدبير هل هو وصيه أو عتق؟

فعلى الأول) يصح من الكافر مطلقا لعدم اشتراط نيه القربه، ولدلاله

الأخبار التى تقدم ذكرها فى الوصيه الداله على وجوب إنفاذها من الكافر،

يهوديا كان أو نصرانيا أو حربيا، لعدم اشتراط نيه التقرب فيها.

وعلى الثانى) يبنى على اشتراطها فى العتق وعدمه كما تقدم عن قريب

الكلام عليه، أو على أن المراد بها قصد القرب سواء حصل أم لا، فعلى الأول

لا يصح تدبير الكافر مطلقا، وعلى الثانى يصح، وعلى الثالث يصح ممن أقر الله

تعالى كالكتابى دون غيره، وأما الفرق بين الحربى والذمى فلا مدخل له فى هذا

الحكم إن جعلنا الحربى شاملا للكتابى الذى لا يلتزم أحكام الذمه، وقد تقدم

الكلام فى ذلك مستوفيا. وأن الأصح صحه التدبير من الكافر مطلقا لعموم أخبار

التدبير وعدم قيام دليل على اشتراط الاسلام فى العتق فضلا عن التدبير المحتمل

لأن يكون وصيه أو معامله غير الوصيه وغير العتق.

السابع: فلو دبر المسلم عبده ثم ارتد، فإن كان ارتداده عن غير فطره لم

يبطل التدبير لاستمرار الملك، فإن استمر على تدبيره إلى أن مات عتق المدبر

لوجود المقتضى له وانتفاء المانع، وإن كان عن فطره ففى بطلان التدبير وجهان

بل قولان:

من زوال ملك المرتد عن فطره والمدبر قابل للخروج عن ملكه، وقد

حصل سببه وهو الارتداد فيزول شرط استمرار الصحة لأن شرطها بقاء الملك إلى الموت، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

ومن سبق حق المدبر على حق الوارث فلا ينتقل إليه خصوصا عند من يمنع عن بيع المدبر، فإذا مات السيد انعتق ثلثه حسب إذ لا مال له سواه. وهل

ص: ٣٣٧

الثامن: لو دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد

يجعل للورثة الثلثان؟ يحتمله لعدم الفائدة في حبسه عنهم إن نقل بقبول توبته، وإلا

فالفائدة محتملة لتجدد مال آخر له على تقدير التوبة. أطلق الشيخ في المبسوط

القول ببقاء التدبير مع الارتداد، والأشهر التفصيل، وإن كان ما اختاره شيخ

المبسوط متجها لما ثبت في الأخبار من قبول توبته فيما بينه وبين الله. وربما قيل

بانعاقه بالارتداد عن فطره تنزيلا له منزله الموت، ولهذا تعتد امرأته وتقسم

تركته ونفذ وصاياه، وهو بعيد.

ولو ارتد قبل التدبير ثم دبر صح تدبيره إن كان ارتداده لا عن فطره،

وأطلق الشيخ - رحمه الله - الجواز، وهو قول ابن الجنيدي أيضا، وهو في الفطري

مشكل لانتقال أمواله إلى ورثته.

ثم إن المرتد بالنسبة إلى التدبير وما في معناه بمنزلة الكافر، فإن اشترطنا

فيه التقرب بطل تدبيره مطلقا، وإلا صح وقوعه من غير الفطري كالكافر. وأما

في الفطري ففيه إشكال، منشأ ما هو المشهور من انتقال ما له عنه فلا يتصور منه

التدبير المشروع بالملك، مضافا إلى ما علل به الملى، وأطلق الشيخ وابن الجنيدي

جوازه ويدل على انتقال المال عنه، وهذا بمذهب ابن الجنيدي أنسب، حيث إن

المرتد يستتاب مطلقا إذا لم يفرق بين الملى والفطري كالمشهور، إلا أن استفادة

الفرق بينهما وإثبات هذه الأحكام مع كونها مشهورة من النصوص مشكل، وسيأتي

البحث فيه إن شاء الله تعالى.

الثامن: إذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد نظر، فإن رجع السيد

عن التدبير بالقول بيع عليه وجوبا قولاً واحداً، وإلا ففي بيعه عليه قولان.

أظهر هما ذلك، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم، ولخبر حماد بن عيسى

عن أبي عبد الله عليه السلام كما في نهايه (١) الشيخ ومرسلته (٢) كما في الكافي والتهذيب

ص: ٣٣٨

١- (١) النهايه ص ٣٤٩ ح ٢ وفيه " أتى بعبد لدمى " .

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣٢ ح ١٩، التهذيب ج ٦ ص ٢٨٧ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٨١ ب ٧٣ ح ١ وما في المصادر " أتى بعبد لدمى " .

التاسع: فى صحه التدبير لمن تعذر عليه النطق

عن أبى عبد الله عليه السلام " أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا

فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده " . ولقوله صلى الله عليه وآله (1)

" الاسلام يعلوا ولا يعلى عليه " . وطاعه المولى علو منه وفى ملكه له إذلال للمسلم

ولا يؤمن أن يستخدمه فيذله

وقال ابن البراج: يتخير بين الرجوع فى التدبير فيباع وبين الحيلولة بينه وبين

كسبه للمولى وبين استسعائه. وحينئذ فينطق عليه من كسبه، فإن فضل منه شئ

فهو للمولى على القولين، فإذا مات قبل بيعه ورجوعه عتق من ثلاثه، فإن بقى منه

شئ سعى فيه للورثه إن كانوا مسلمين، وإلا يبع عليهم لبطلان التدبير بالموت.

التاسع: يصح التدبير لمن تعذر عليه النطق كالأخرس أو لمن اعتقل لسانه

بالمرض بالإشاره المفهمه لذلك، وكذا رجوعه، وكذلك بالكتابه عند نصب القرينه

كما تقدم فى العتق، كما يصح ذلك فى تصرفاتهم وسائر معاملاتهم لأن الإشاره

والكتابه قائمتان مقام اللفظ، سواء كان المانع أصليا أم عارضا، لعموم الأدله

ولخصوصها أيضا، وسواء أخرس بعد التدبير فيرجع بالإشاره أم قبله، لاشتراك

الجميع فى المقتضى ويشترط فيهم إشارته ولو بعدلين ليثبت به حيث يحصل النزاع.

وقد ثبت فى موثقه يونس بن يعقوب (2) التى مر ذكرها، وكذلك فى صحيحه

الحلبى (3) " أن أمامه بنت أبى العاص وأمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت

تحت على بن أبى طالب عليه السلام بعد فاطمه، فخلف عليها بعد على عليه السلام المغيره بن نوفل

وذكرت أنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها فجاءها الحسن والحسين

عليهما السلام ابنا على عليه السلام وهى لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان لها - والمغيره كاره لذلك -

-
- ١- (١) الفقيه ج ٤ ص ٢٤٣ ح ٣، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٦ ب ١ ح ١١.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٢٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٢ وفيهما "أعتقت فلانا وأهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم، وكذا"،
الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ١ وفيه اختلاف يسير.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ١٦٩، الوسائل ج ١٦ ص ٥٩ ب ٤٤ ح ١.

العاشر: فى بيان حقيقته التدبير

أعتقت فلانا وأهله؟ فجعلت تشير برأسها لا، وكذا وكذا؟ فجعلت تشير برأسها نعم لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها "

وصحيحه على بن جعفر (١) وروايته اللتان تقدمتا عن أخيه موسى عليه السلام " قال:

سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه فجعل أهلوهما تسائله: أعتقت

فلانا وفلانا؟ فيؤمى برأسه أو تؤمى برأسها فى بعض نعم وفى بعض لا، وفى

الصدقه مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز "

وكذلك فى خبر محمد بن جمهور (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام فى قضيه فاطمه بنت

أسد عندما اعتقل لسانها، فجعلت تؤمى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماء، فقبل رسول

الله صلى الله عليه وآله وصيتها، وكان من وصيتها أن أمرت بعق خادمها "

وبالجملة: فالأخبار بهذا المعنى مستفيضه وهو موضع وفاق، ولو فهم المملوك

ذلك منه خاصه ترتب حكم التدبير فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو وقع التدبير

من الصحيح بينه وبين عبده بغير إلهاد أحد، ولو أنك بعد ذلك فكانكار الصحيح

وهل يعد رجوعاً؟ فيه قولان، وستجى الإشارة إلى ذلك والتنبيه عليه، وقد خالف

بعض العامه فممنع من رجوعه بالإشاره وجوز تدبيره بها بناء على أن الرجوع

لا يصح عنده بالقول بل بالفعل، وغايه إشارته أن تقوم مقام القول فلا يزيد الفرح

على أصله.

العاشر: قد اختلف فى حقيقته التدبير فى أنه من أى باب؟ أهو من الوصيه

أم من العتق أم خارج عنهما وإن ناسبهما من وجوه مخصوصه؟ وعلى كل تقدير

فالمشهور بينهم أنه عتق لكن يصح الرجوع فيه ما دام حيا كالوصيه.

واضطرب كلام المحقق هنا في شرايعه فتاره جعله بصفه الوصيه وليس

بوصيه حقيقيه، وفي صدر كتاب التدبير في مقام التعريف له ما هو صريح في ذلك.

ص: ٣٤٠

١- (١) قرب الإسناد ص ١١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٨ ب ٤٩ ح ٣.

في حصول التحليل بالذمي كالمسلم

وفي النافع قطع بكونه وصيه، وهذا الاختلاف ناش عن اختلاف الأخبار لكونها في غاية الاختلاف.

وصحيحه ابن مسكان (١) كما في الكافي والتهذيب والفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث وأن للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها أو ينقص عنها ما لم يمت ".

وفي صحيحه معاوية بن عمار (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر فقال: هو بمنزله الوصيه يرجع فيما شاء منها ".

وموثقه زراره (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألت عن المدبر هو من الثلث؟ قال: نعم، وللموصى أن يرجع في وصيته أوصى في صحه أم مرض ".

وصحيحه محمد بن مسلم (٤) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المدبر من الثلث، وقال: للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحه أو مرض ".

وصحيحه معاوية بن عمار (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر قال: هو بمنزله الوصيه فيما شاء منها ".

وخبر أبي بصير (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المدبر مملوك ولمولاه أن يرجع

ص: ٣٤١

١- (١) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ٣، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٥ ب ١٨ ح ١ وما في المصادر " وينقض منها " .

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ٢ وفيه " يرجع فيها وفيما شاء "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ٢ ح ١.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

- ٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٥ ح ٣٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ ح ١.
- ٥- (٥) الكافي ج ٧ ص ٢٣ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ ح ٤ وفيهما "يرجع فيما شاء".
- ٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٢ ح ٣ وفيهما "وإن هو تركها ولم يغيرها حتى".

الحادى عشر: فى فسح التدبير

فى تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره، وإن تركه سيده على التدبير فلم يحدث فيه حدثا حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده وهو من الثلث، إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيه بدا له فغيرها قبل موته فإن هو تركها حتى يموت أخذ بها".

وصحيحه منصور (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: يرد من وصيته ما شاء ويجيز ما شاء ".

وهى كما ترى بعضها دال على أنه وصيه محضه وبعضها بمنزله الوصيه وإن كان التحقيق أنه بمنزله الوصيه لا عينها كما ذكره المحقق هنا، لأنه لو كان وصيه محضه لا فتقر إلى صيغه بعد الموت، ولا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها فى جميع الأحكام فى عتقه بل المراد أنه بمنزلتها فى الأحكام المسؤول عنها فى الروايات وهو كونه من الثلث وأنه يجوز الرجوع فيه ونحو ذلك، لكن فيه شائبه من العتق وليس بعق محضا كما قاله ابن إدريس وغيره، وإلا لما صح الرجوع فيه وكونه متردد بينهما فى بعض الأحكام ومستقلا بنفسه فى بعض، ومن ثم وقع بصيغه خاصه خارجه عن الأمرين أظهر لانطباق هذا القول على جميع أخبار الباب.

الحادى عشر: قد عرفت مما سبق أن التدبير من الايقاعات الجائزه القابله

للفسح كالوصيه، وفسحه قد يكون بالقول كقوله: رجعت فى هذا التدبير أو

أبطلته أو رفعته وما أشبه ذلك، وقد يكون بالفعل كأن ينقل المدبر لغيره بناقل

شرعى حتى لو كانت هبه غير مقبضه فإنها تبطله لدالتها على الرجوع، تصح
الهبه عند تمام شرائطها، خلافا لابن حمزه حيث شرط فى صحتها تقدم الرجوع
فيه بالقول وأولى بالرجوع ما لو أعتقه لأنه تعجيل مسبب التدبير - أعنى الحريه -

ص: ٣٤٢

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٧ ب ١٨ ح ٨.

لو كانت تحته أمه فطلقها تطليقتين ثم إنه اشتراها

فقد زاده خبر، وكذا يبطل توقيفه وإن لم يقبضه لدلالته على الرجوع كالمهبة،
والخلاف فيه كالخلاف فيها ومثله الوصيه به.

وأما بيعه فالأظهر أنه كذلك لما ذكر، ولأن الوصيه تبطل بإخراج الموصى
به عن ملك الوصى، والبيع ناقل للملك، والتدبير وصيه أو بمنزلتها كما مر.

ولذلك جملة من الأخبار على ذلك مثل صحيحه محمد بن مسلم (١) كما في

الكافي والتهذيب " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكا له ثم احتاج

إلى ثمنه، قال: هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمسكه حتى

يموت، فإذا مات السيد فهر حر من ثلثه "

وصحيحه إسحاق بن عمار (٢) " قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يعتق

مملوكه عن دبر ثم يحتاج إلى ثمنه، قال: يبيعه، قلت: فإن كان عن ثمنه غنيا؟

قال: إن رضى المملوك فلا بأس "

وصحيحه جميل (٣) كما في الفقيه والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

المدبر أبيع؟ قال: نعم إن احتاج صاحبه إلى ثمنه وإذا رضى المملوك حسن

فلا بأس "

وصحيحه محمد بن مسلم (٤) الأخرى " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل

دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن، قال: إذا احتاج إلى الثمن فهو له، يبيع

ص: ٣٤٣

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٩٥ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٤ ب ١ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٩ وليس فيه " فلا بأس "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٤.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٥ وليس في المصادر " حسن "

مع اختلاف يسير.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٧ وفيهما في آخر الصحيحه " فذلك من الثلث " .

فى بىع المدبر

إن شاء وإن شاء أعتق "

وخبر أبى بصير (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: المدبر مملوك ولمولاه أن

يرجع فى تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره "

وخبر الوشاء (٢) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يدبر المملوك وهو

حسن الحال ثم يحتاج له، يجوز له أن يبيعه؟ قال: نعم. إذا احتاج إلى ذلك "

هكذا فى الكافى والتهذيب ورواه فى الفقيه من الحسن.

ويدل عليه إطلاق صحيحه معاويه بن عمار المتقدمه، وكذلك موثقه زراره

وصحيحه محمد بن مسلم لقوله " المدبر بمنزله الوصيه يرجع بما شاء منها " كما

فى الأولى، وفى الثانى " المدبر من الثلث وللرجل أن يرجع فى ثلثه "، وفى

الثالثه " والموصى أن يرجع فى وصيته أوصى فى صحه أو مرض "

وفى صحيحه هشام بن الحكم (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل

يدبر مملوكه، أله أن يرجع فيه؟ قال: نعم هو بمنزله الوصيه "

قال الشيخ فى النهايه: لا يجوز بيعه قبل أن ينقض تدبيره إلا أن يعلم المبتاع

أنه يبيعه خدمته، وأنه متى مات هو كان حرا لا سبيل عليه.

وقال الصدوق: لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على الذى يبيعه إياه أو يعتقه

عند موته. وقريب منه قول ابن أبى عقيل.

وقال المفيد: متى مات البائع صار حرا لا سبيل عليه وإن لم يشترط وهو

قول الشيخ أيضا. ومستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفه، وقد تقدم منها

ما يدل على جواز الرجوع والبيع.

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٢ ح ٣.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٧١ ذيل ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٥ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.

٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ ح ٣.

الأخبار الداله على تأجيل العنين سنة بعد ظهور العنن

وقد دلت صحيحه محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " في الرجل يعتق

غلامه أو جاريته عن دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه، أيبعه؟ قال: لا، إلا أن يشترط

على الذى يبيعه إياه أن يعتقه عند موته "

ومثلها صحيحه الأخرى (٢) كما فى الفقيه.

وصحيحه الحلبي (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

وهذه الأخبار حجه الصدوق ومن قال بمقالته. وأما ما يدل على أحد

قولى الشيخ من جواز بيع الخدمه فروايه القاسم بن محمد (٤) عن على " قال: سألت

أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه فى حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها

فى حياته، فإذا مات أعتقت الجاريه، وإن ولدت أولادا فهم بمنزلتها "

وخبر السكونى (٥) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام " قال: باع رسول

الله صلى الله عليه وآله خدمه المدير ولم يبع رقبته "

وصحيحه أبى مريم (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام وقد تقدمت وفيها " الرجل يعتق

جاريته عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها فى حياته؟ فقال: أى ذلك شاء فعل "

وصحيحه أبى بصير (٧) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمه يعتقان

ص: ٣٤٥

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٢ وفيه " وجاريتها "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٦.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٢ وفيه " وجاريتها "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٦.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٣.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٤ ح ٢٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٨ ب ٣ ح ٣ وفيها: " جاريه له عن دبر فى حياته "

٥- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ٨٨ ب ٣ ح ٤.

٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٤ وفيه " فقال: نعم أى "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ١.

٧- (٧) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ٨٨ ب ٣ ح ٢ وفيهما "إلا أن يشاء - يبيعه قدر حياته".

فى أن العنن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء

عن دبر، فقال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء وليس له أن يبيعه إلا أن شاء العبد أن يبيعه فى حياته وله أن يأخذ ماله إن كان له مال ".

ورواها الصدوق (١) أيضا من الصحيح كما فى الفقيه إلا أنه قال فيها " مده حياته ".

ورواها فى المقنع (٢) مرسله.

وهذه حجه الشيخ مضافا إلى الجميع بين الأخبار التى دل بعضها على جواز بيعه مطلقا وبعضها على النهى عنه وبعض على الإذن فى بيع الخدمه مده حياته بحمل الأولى على بيع الخدمه. وحمل ابن إدريس بيع الخدمه على الصلح مده حياته لأن البيع لا يقع إلا على الأعيان. والعلامه على الإجاره مده فمده حتى يموت. والمحقق - رحمه الله - ومن تأخر عنه قطعوا ببطلان بيع الخدمه لأنها منفعه مجهوله. وأجيب عن ذلك بالجهاله غير قاده لجواز استثناء هذا بهذه الأخبار الوارده فيه بالخصوص على أن المقصود بالبيع فى جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير فيه للمده، فإذا وردت الأخبار الكثيره بجوازه فلم يبعد القول به، واختاره شهيد الدروس.

وعلى هذا فالمتجه جواز بيع الرقيه كما دلت عليه الأخبار المستفيضه

السابقه وبيع المنفعه منفرده إبقاء للتدبير على أصله كما دلت عليه الأخبار.

وأما حمل الشيخ بيع المدبر على بيع خدمته وحصره الجواز فيه إذا لم يرجع

فى التدبير فليس بجيد، لأن مقصود المشتري الرقيه فإذا لم يصح بيعها وصرّف

إلى بيع الخدمه فى المده المخصوصه كان اللازم بطلان البيع كما لو اشترى شيئا

على أنه جنس معين فظهره غيره.

وأما تنزيهه على أن البيع متناول للرقية مده الحياه كمشروط العتق

ص: ٣٤٦

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ح ٨.

٢- (٢) المقنع ص ١٥٨.

فى وقوع التحليل من الخصى

ففساد لتصریح الأخبار، والفتوى يتناول بيع الخدمه دون الرقيه، ولأن اعتاقه بالموت عن البائع لا من المشتري فيدل على عدم انتقال الرقيه إلى المشتري وإلا لكان عتقه عنه إذا لم يشترط عليه عتقه عن البائع بل انعتق بالتدبير السابق، والأصح صحه البيع فى رقبته وأن ذلك رجوع فى التدبير، ويترتب عليه بطلان التدبير.

ويمكن حمل الأخبار الناهيه عن البيع والاقتصار على بيع الخدمه على التقيه لأنه مذهب جماعه.

ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعا فى المشهور، لأنه أعم من الرجوع فلا يدل عليه، ولا مكان استناده الانكار له إلى نسيان التدبير فلم يقصد به الرجوع وقيل: يكون رجوعا لاستلزامه رفعه فى سائر الأزمان وكان أبلغ من الرجوع المقتضى لرفعه فى المستقبل خاصه، والأقوى هو المشهور إلا مع قصد الرجوع به، وحينئذ فيرجع إليه فى ذلك، وإن لم يعرف بالقصد لم يكن رجوعا. وكذا القول فى سائر الأحكام التى يجوز الرجوع فيها كالوكاله والوصيه وإنكار البيع الجائر. وأما إنكار الطلاق وإعداده رجعه فللنص الصحيح الوارد بكونه رجوعا مع كونه على خلاف الأصل، وقد تقدم تحقيقه فيه.

أما لو ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير فى نفس الأمر، لأن إنكاره وحلفه مع عدم البينه وإن اقتضيا ارتفاعه ظاهرا لكن لا يرتفع فى نفس الأمر فهو بحاله ما لم يحصل منه ما يدل على الرجوع، فلو مات على هذه الحاله انعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى.

وقد تظهر الفائده ظاهرا كما لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فإن

جعلنا الانكار رجوعا لم يعد باعترافه، وإلا بقى بحاله، فيثبت ظاهرا أيضا حيث

يعترف به.

وقد تظهر فائده أيضا كما لو كان الحلف لعدم البينه ثم وجدت بعد ذلك.

ص: ٣٤٧

الثانى عشر: لو مات المولى أو غيره ممن علق عليه التدبير

الثانى عشر: المدبر ينعق بموت مولاه من ثلث مال المولى، هذا إذا كان تدبيره معلقا على موت المولى ولم يكن مندورا ولا معاهدا عليه ولا يمينا لأنها وصيه متبرع بها، أو هو بمنزلتها فيكون بحكمها. ولو جعلناه عتقا فالعتق المعلق على الموت كذلك مثل المنجز فى مرض الموت كما مر تحققه فى المشهور فالمتأخر عنه أولى.

وقد تقدمت جملة من الأخبار داله عليه مثل صحيحه محمد بن مسلم (١) لقوله فيها "فهو مملوك" إلى قوله "فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه".

وفى صحيحه محمد بن مسلم (٢) الأخرى عن أحدهما عليهما السلام "قال: المدبر من الثلث".

وخبر الحسين بن علوان (٣) عن الزيدى عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام "قال: المعتق على دبر فهو من الثلث".

ومرسلته (٤) مثله.

وخبر أبى بصير (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام وتقدمه "قال: المدبر مملوك ولمولاه أن يرجع فى تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه" إلى أن قال: "وإن تركه سيده

على التدبير ولم يحدث فيه حدثا حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده، وهو من الثلث، إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيه" الحديث.

وصحيحه محمد بن مسلم (٦) "قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكا

ص: ٣٤٨

- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٢ ح ٤.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩٣ ب ٨ ح ٢.
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٣ ح ١٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩٣ ب ٨ ح ٢.
- ٥- (٥) الكافي ج ٦ ص ٦١٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩٣ ب ٨ ح ٣.
- ٦- (٦) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ٨٤ ب ١ ح ١.

فى قبول قول المرأه فى موت الزوج وعدمه

له ثم احتاج إلى ثمنه " وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه " .

وصحيحته الأخرى (١) " قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام: رجل دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن " وساق الحديث إلى أن قال: " وإن شاء أعتق وذلك من الثلث " .

وفى صحيحته الخامسة (٢) عن أحدهما عليهما السلام " قال: المدبر من الثلث وللرجل أن يرجع فى ثلثه " .

هذا كله إذا كان معلقا بموت المولى متبرعا به، فلو علقه بموت المخدوم أو الزوج ومات فى حياه المولى وصحته لم يعتبر من الثلث، إذ لا وجه له، فإنه كتعجيل العتق فى حال الحياه. وحينئذ فيجب حمل الأخبار المطلقة أو العامه مما قدمناها وتأتى فى كونها من الثلث على التدبير الغالب المتفق عليه وهو المعلق بموت المولى، بل فيها ما يدل عليه صريحا كقوله " فإذا مات السيد فهو حر لثلثه " .

ولو مات المخدوم فى مرض موت المولى أو بعده فهو من الثلث أيضا كالمعلق على وفاه المولى ولو كان واجبا بنذر أو شبهه كالعهد واليمين، فإن كان فى مرض الموت وكانت المنجزات من الثلث لم يتغير الحكم، وإن كان فى حال الصحه فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضا لأنه لا يصير واجب العتق بذلك إنما يجب تدبيره، فإذا دبره فقد برئ من النذر ولحقه حكم التدبير وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاه فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليه،

ومثله نذر الصدقه ونحوها بمال بعد الوفاء.

وفى التحرير ساوى بين الأمرين فى خروجه من الأصل ونقله أول الشهيدين

ص: ٣٤٩

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٧.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ٤.

الثالث عشر: لو دبر المالک عبده وعليه دين مستوعب للحركه

فى الدروس عن ظاهر الأصحاب، والأظهر الأول.

ولو جوزنا تعليق العتق على شرط كما هو مذهب القاضى والإسكافى كما
لو قال: فهو حر قبل مرض موتى بيوم مثلا خرج من الأصل، وكذا لو جعلنا
المنجزات من الأصل كما هو المختار فعلقه على آخر جزء من حياته، ولو نذر
عتقه أو الصدقه بالمال أو صرفه فى بعض الوجوه السابقه فى آخر يوم من أيام صحته
فكذلك، وفى آخر يوم من حياته على القول الآخر، ولا فرق فى اعتبار التدبير
بين المتبرع به من الثلث بين الواقع فى مرض الموت والصحه كالوصيه. ولو تعدد
المدبر بتعدد الصيغه وجب إخراج الأول فالأول وإن لم يسع الجميع الثلث إلى
أن ينقضى وبطل فى الزائد، وإن اتحدت الصيغه أو تعدده وجهل الترتب عتق
الثلث بالقرعه كما سبق فى العتق المنجز، و يكون حكمه فى الأمرين حكم
الوصيه.

الثالث عشر: لو دبر المالک عبده وعليه دين مستوعب للتركه بطل التدبير
وبيع المدبر فيه، لأن التدبير كالوصيه كما سمعت، ولا تراحم الوصيه الديون
فيتعين فى نفوذه كونه فاضلا من الثلث بعد أداء الدين وما فى معناه من الوصايا
الواجبه والعطايا المنجزه والمتقدمه عليه لفظا، ولا فرق فى المشهور بين الدين
المتقدم على إيقاع صيغه التدبير والمتأخر عنه كما هو الأصح. والقول بتقديمه
على الدين مع تقدمه عليه للشيخ فى النهايه وكتابى الأخبار وتمسك المشهور
بما تقدم من الأخبار الداله على أن التدبير كالوصيه، ولا إشكال فى وجوب تقدم
الديون عليها تقدمت أو تأخرت.

وبصحيحه الحلبي (١) وبحسنه كما في الفقيه والكافي " قال: قلت لأبي عبد الله

عليه السلام: رجل قال: إن مت فعبدى حر وعلى الرجال دين، فقال: إن توفى

ص: ٣٥٠

١- (١) لم نعثر عليه في الكافي، الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٢، التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ب ٣٩ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.

قبول قول منكر الاقباض وإن أقر بالهبة

وعليه دين قد أحيط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بالعبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حر إذا أوفى " .

واحتج الشيخ على ما فصل من الحكم بصحيحه على بن يقطين (١) " قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام عن بيع المدبر، قال: إذا أذن بذلك فلا بأس به، وإن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له، وإن كان دبره في صحه وسلامه فلا سبيل للديان عليه ويمضى تدبيره " .

وبموثقه أبي بصير (٢) كما في التهذيب والكافي الفقيه " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل دبر غلامه وعليه دين فرارا من الدين، قال: لا تدبير له، وإن كان دبره في صحه منه وسلامه فلا سبيل للديان عليه " .

وأجيب عنهما بحملهما على التدبير الواجب بنذر وشبهه، فإذا وقع كذلك

مع سلامته من الدين فلا سبيل للديان عليه فلا بأس، وإن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له.

ويمكن أن يستأنس المشهور بصحيحه البنظي عن الحسن بن علي بن

أبي حمزة (٣) عن أبي الحسن عليه السلام " قال: قلت له: أباي هلك وترك جاريتين فدبرهما

وأنا ممن أشهد لهما وعليه دين كثير، فما رأيك؟ قال: رضى الله عن أبيك ورفع

مع محمد صلى الله عليه وآله وأهله عليهم السلام قضاء دينه خير له إن شاء الله تعالى " .

وكذا لو نذر فرارا من الدين لم ينعقد نذره لأنه لم يتعمد به الطاعة،

وهو محمل بعيد، واحتمل فيه محدث الوسائل عدم استيعاب الدين للتركة،

وهو أقرب، ويحتمل التقيه لأنه مذهب بعض العامة.

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩٤ ب ٩ ح ١.
- ٢- (٢) لم نعثر عليه في الكافي، الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ٩٤ ب ٩ ح ٢ وما في المصادر "قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام".
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٦، الوسائل ج ١٦ ص ٩٥ ب ٩ ح ٣ وفيهما "قضاء دينه".

الرابع عشر: فى أحكام تدبير بعض العبد

الرابع عشر: إذا دبر بعض عبده لم يسر فى الباقي، بمعنى أنه ينعقد

معجلا بعد عتق الجزء المدبر، لأن التدبير ليس بعقد خالص محقق وإنما هو

وصيه به، وعلى تقدير كونه عتقا معلقا لم يقع بعد، فلا يدخل فى عموم قوله

"من أعتق شقفا" وبعد انعقائه لا يبقى المعتق مؤسرا بانتقال ماله عنه بالموت

بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفه فوجدت الصفه وهو مؤسر، وجوزنا التعليق

على الصفه فإنه يعتق النصيب ويسرى.

وللمرتضى قول بالسرايه هنا وهو قول بعض العامه كالعقد المنجز لأنه

يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاستيلاء الموجب التقويم حصص

الشركاء عليه، ويرد بمنع الاستحقاق أولا بجواز الرجوع ومنع الملازمه على تقدير

الاستحقاق مع عدم تحقق العتق بالفعل لعدم المقتضى.

والفرق بين الاستيلاء والتدبير ظاهر، إذ الاستيلاء كالاتلاف حيث إنه

يمنع التصرف بالبيع ونحوه من التصرفات المملكه ولا طريق إلى دفعه بخلاف التدبير.

ولو دبر بعض المملوك المشترك بينه وبين آخر لم يسر على الشرك كما

تقدم فى عتق السرايه، ولم يقوم عليه نصيب الشريك لما تقدم من الدليل، والمخالف

هنا كالسابق والدليل الدليل والجواب الجواب، بل هنا أولى بعدم السرايه كما

عليه أكثر الأصحاب.

ولبعض العامه هنا قول آخر وهو تخير الشريك بين أن يضمه القيمه وبين

أن يستسعى العبد وبين أن يدبر نصيبه أو يعتقه، ولو كان المالك واحدا ودبره

أجمع ثم رجع فى بعض التدبير فإنه صحيح كما تقدم، وكما يجوز له الرجوع

فى بعض الوصيه دون بعض ولشمول تلك الأخبار له، وحيث يرجع فى البعض
لا يسرى بما بقى فيه التدبير على ما رجع فيه إلى محض الرق لما تقدم من أنه
ليس بعق مطلقاً، والخلاف والدليل والجواب فيها واحد.

أما لو كان مشتركاً بين اثنين فدبراه معاً ثم عجل أحدهما العتق، فهل

ص: ٣٥٢

الرهن فى عقد الرهن

يقوم عليه نصيب الآخر؟ فى قولان، وقد تقدم الكلام عليه فى فروع عتق السرايه
أحدهما لا يسرى، فذهب إليه الشيخ فى المبسوط محتجا بأن له جهه يعتق بها
وهى التدبير فلا يحتاج إلى جهه أخرى، والوجه التقويم لأنه لم يخرج عن ملكه
فى التدبير فيدخل فى عموم " من أعتق شقفا "

أما لو كانت هذه الصورة بحالها لكن دبر أحد الشريكين حصته ثم عجل
عتقها سرى إلى نصيب الشريك قطعاً لعموم وتاميه الملك وعدم المانع منه هنا.
وكذلك ما لو كانت الصورة بحالها لكن كان المعتق هو الشريك الذى
لم يدبر، فهل يسرى إلى نصيب شريكه المدبر؟ فى القولان السابقان، فشيخ
المبسوط لا يسرى لأن حصه التدبير لها جهه عتق، والأكثر - وهو الأصح - على
ثبوت السرايه لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.

وليس فى أخبارنا ما يدل على أصل هذه الفروع سوى ما تقدم فى كتاب
النكاح من صحيحه محمد بن قيس وموثقته وصحيحه محمد بن مسلم وموثقته (1) عن
أبى جعفر عليه السلام " قال: سألته عن جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما
فرجها لشريكه، قال: هو له حلال، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها
حرا من قبل الذى مات ونصفها مدبر، قلت: رأيت إن أراد منهما الباقي أن
يمسها، أله ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها فيتزوجها برضا منها مثل ما أراد
قلت له: أليس قد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر الباقي منهما؟ قال: بلى،
قلت: فإن هى جعلت مولاهما فى حل من فرجها وأحلت له ذلك؟ قال: لا يجوز
له ذلك، قلت: لم يجوز لها ذلك كما أجزت للذى كان له حين أحل فرجها

لشريكه منها؟ قال: إن الحره لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من

نفسها يوم وللذى دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعه بشئ فى اليوم الذى

ص: ٣٥٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٩ و ج ٨ ص ٢٠٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ب ٤١ ح ١ وما فى المصادر اختلاف يسير.

فى أن عيوب المرأه سبعة

تملك فى نفسها فىتمتع منها بشئ قل أو كثر "

وهى صريحه فى عدم السرايه فى التدبير وإن كانت بين شريكين وعلى

جواز تعجيل عتق المدبر بعد تدبيره وإن كان بعضا منه.

وعلى هذا ينبغى حمل إطلاق صحيحه لىث المرادى (1) " قال: سألته عن

الرجلين تكون بينهما الأمه فىعتق أحدهما نصيبه فتقول الأمه للذى لم يعتق:

لا أبقى فقومنى وردنى كما أنا أخدمك، أرأيت الذى لم يعتق النصف الآخر أن

يطأها، أله ذلك؟ قال: لا ينبغى له أن يفعل لأنه لا يكون للمرأه فرجان، ولا

ينبغى له أن يستخدمها ولكن له أن يستسعيها، فإن أبت كان لها من نفسها يوم

وله يوم "

وكذا خبر أبى الصباح الكنانى (2) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن

الرجلين تكون بينهما الأمه فىعتق أحدهما نصيبه فتقول الأمه للذى لم يعتق نصيبه

لا أريد أن تقومنى، ردنى كما أنا أخدمك، وأنه أراد أن يستكح النصف

الآخر، قال: لا ينبغى له أن يفعل لأنه لا يكون للمرأه فرجان، ولا ينبغى أن

يستخدمها ولكن يقومها فىستسعيها " على أن العتق هنا فيها مراد به التدبير

وإن بعد من لفظها.

ويمكن حملها على ما تقدم حيث إن المعتق لىس بمؤسر فلا يقع السرايه

بل يكون الخيار لمالك النصف الثانى بين إبقائها واستسعاها بعد التقويم، كما

هو مذهب جماعه من المتأخرين. والعجب من الأصحاب قديما وحديثا حيث لم

يتعرضوا لشيء من هذه الأخبار فى مثل هذه المسائل والأحكام مع أنهم قد تعرضوا

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٣ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٦ ب ٤١ ح ٢ وما في المصادر اختلاف

يسير.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٢ وفيه " ذرني كما أنا"، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٦ ب ٤١ ح ٣ وفيهما " لم يعتق نصفه".

الخامس عشر: أن الإباق مبطل للتدبير

لها فى كتاب النكاح وقد حوا فى أحكامها المشتمله عليه وتلقاها بعضهم بالقبول وهو المعتمد، إلا أنه باعتبار التدبير وعدم السرايه به لم يطعن أحد فيها لمطابقتها قواعد التدبير والسرايه، فكان عليهم أن يذكرها هنا.

الخامس عشر: إذا أبق المدبر المعلق تدبيره على موت مولاه بطل تدبيره

وكان هو ومن يولد بعد الإباق رقا، فظاهر الأصحاب الاجماع على هذا الحكم

وفى الخلاف صرح بدعوى إجماعهم عليه، والأخبار به مستفيضه.

منها روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام كما فى الكافى (١) " قال: سألته

عن جاريه مدبره أبقت من سيدها مده سنين كثيره ثم جاءت بعد ما مات بأولاد

ومتاع كثير وشهد لها شاهدان أن سيدها قد كان دبرها فى حياته من قبل أن

تأبى، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنها وجميع ما معها فهو للورثه، قلت: لا

تعتق من ثلث سيدها؟ قال: لا، إنها أبقت عاصيه لله وليدها فأبطل الإباق

التدبير "

ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن مسلم (٢) ورواه أيضا مرسلا.

وموثقه العلاء بن رزين (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى رجل دبر غلاما له فأبى

الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد له وكسب مالا فمات

مولاه الذى دبره فجاء ورثه الميت الذى دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟

فقال: العبد وولده رق لورثه الميت، قلت: أليس قد دبر العبد؟ فذكر أنه لما

أبى هدم تدبيره ورجع رقا "

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ٢٠٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٩٥ ب ١٠ ح ١ وفيهما "أبي جعفر الأول" مع اختلاف يسير.
- ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٧ ح ٤، المقنع ص ١٦٢ وفيهما اختلاف يسير.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٥ ح ٢٩ وفيه "وولده لورثه الميت"، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ب ١٠ ح ٢.

الفصل الثاني: فى الرجعه

وقدح ثانى الشهيدى فى كل من الروائىن بضعف طرىقهما، ثم إنه أجاب عنهما بأنهما منجران بالصحه أو الاجماع، وهذا بناء على الاصطلاح الجدىد وعلى عدم الموثق فى الضعىف، وقد فرقوا بىن الإباق والارتداد حىث لم يكن الارتداد مبطلا للتدبىر مع اشتراكهما فى معصيه المولى، وكون الثانى أقوى من حىث إن معصيه الله تعالى أعظم، إلا أن الإباق لما كان يقتضى معصيه المولىن معا والمولى الآدمى محتاج إلى خدمته فقبول بنقىض مقصوده حىث قوتها علىه بخلاف معصيه الله تعالى بالارتداد فإنه غنى عنه ولا تعلق لذلك بالمولى المحتاج، وهو تعللىل متكلف مع النص الذى هو الأصل فى الحكم وىنتقىض بإباقه من عند المخدم الذى علق تدبىره على موته فإنه لا ىبطل بإباقه كما سىجى وتقدم أيضا مع اشتراكهما فى الحاجه، وإنما الفارق النص. وعلى هذا فلا ىبطل تدبىر المملوك الارتداد إلا أن ىلتحق بدار الحرب فىبطل للإباق، ولو مات مولاه قبل الالتحاق تحرر. وبالجمله: أن المشهور بىن علمائنا - حتى كان أن ىكون إجماعيا إلا من الإسكافى على ما سىجى - أن الارتداد لا ىبطل التدبىر مطلقا وإن حكم بقتله للأصل ما لم ىنظم إليه الإباق بأن ىلتحق بدار الحرب فىبطل من حىث الإباق كما تقدم. وخالف الإسكافى فى حىث اكتفى فى بطلان تدبىره بأحد أمرىن: ارتداده أو التحاقه بدار الحرب، فىبطل من حىث الإباق والارتداد معا. وكلاهما ممنوع، إذ لا دلىل على البطلان بمجرد الارتداد، وإلحاقه بالإباق قىاس مع وجود الفارق كما أشرنا إليه فى السابق من حاجه المولى وغناء الله تعالى، والتحاقه بدار الحرب لا ىشترط انضمام الأسىر إليه كما اشترطه هو فى الالتحاق بدار الحرب فى كلامه لكون الإباق

عله مستقلة للبطلان. فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده وقبل فراره إلى دار
الحرب أو إبقاه بغيره تحرر لوجود المقتضى للعتق، فإن قتل قبل مولاه من حيث
الارتداد بطل، كما لو مات حتف أنفه.

ص: ٣٥٦

السادس عشر: لو أبق المدبر المعلق تدبيره على مورث غيره مولاة

السادس عشر: لما كان بطلان التدبير بالإباق على خلاف الأصل فيقتصر

فيه على مورد النص فيه وهو إباقه من المولى المعلق تدبيره بوفاته.

أما لو جعل خدمته لغيره وعلق تدبيره على وفاه المخدوم لم يبطل بإباقه

للأصل وصحيحه يعقوب بن شعيب (1) التي مر ذكرها مرارا حيث قال فيها " عن الرجل

يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبق

الأمه قبل أن يموت بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها

بعد ما أبققت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد عتقت "

وباشتمالها على هذا الحكم ردها ابن إدريس ومن قال بمقالته لما ثبت من

الإباق على كل تقدير يلزمه إبطال التدبير فلا يكون هذا تدبيرا، وقد مر الكلام

في ذلك منقحا ومجابا عما أورده ابن إدريس.

وبقى ما لو علق تدبيره بوفاه الزوج أو غيره حيث يجوز ما بقى ومقتضى هاتين

القاعدتين تابع لخدمته، فإذا لم تكن مجعوله لغير المولى بطل تدبيره بإباقه وإن

لم يكن كذلك لم يبطل تدبيره بإباقه. وإن جعل خدمته لغيره وعلق تدبيره على

وفاه غير المخدوم كالزوج فأبق ففى بطلان تدبيره بذلك نظر، إذ كل واحد من

الروايات الواردة من الجانبين لا تتناول هذا الفرد، لأنه موردها فى البطلان المعلق

على وفاه المولى، وفى عدمه معلق على وفاه المخدوم والأصل يقتضى عدم البطلان.

ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره وعلق تدبيره

على وفاه المخدوم كان حسنا، لأن القاعدة والأصل بطلانه بالإباق وصار فى تعليقه

على وفاه المخدوم غير مبطل على خلاف ذلك الأصل بالنظر إلى ما ذكره الأصحاب

فيقتصر على مورده لأن ظاهرهم الاتفاق على أن الإيباق مبطل له إلا ما أخرجه

الدليل، هذا عند من أثبتته كما هو المختار.

أما عند من أسقط المعلق بوفاه غير المولى والمخدوم نظر إلى عدم النص

ص: ٣٥٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٤ ح ٢٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ب ١١ ح ١.

السابع عشر: في كسب المدبر بعد موت مولاه

الدال على الصحة. والاشكال مندفع لانتفاء ما بنى عليه هذا الحكم كما عرفت وبمقتضى التعليل الذى علل به البطلان بالإباق - أعنى مقابله نعمه المولى وخدمته بالإباق والكفر إن أوجب له البطلان - فتثبت الصحة فى التدبير المعلق على وفاه الزوج وإن حصل الإباق لعدم الوقوف على دليل يقتضى التعميم كما وقع للأصحاب فى هذا المقام.

السابع عشر: إذا اكتسب المدبر مالا بعد موت مولاه وانعتاقه فى الجملة فإن نهض به الثلث كان الجميع حرا ويكون الكسب تابعا له لوقوعه حال الحرية، وإن لم ينهض به الثلث وعتق منه شئ كان الكسب تابعا لما فيه من الرقيه والحرية بالنسبه، هذا إذا كان عتقه معلقا على وفاه المولى.

أما لو كان معلقا على وفاه غيره كمن جعلت له الخدمه أو كالزوج وتأخر موته عن موت المولى فإنه باق على التدبير والرقيه إلى أن يحصل موت المعلق عليه العتق أو الوصيه.

وهل يجوز للوارث الرجوع فى تدبيره فيما بين وفاه المولى والمخدوم كما كان ذلك جائزا للمولى؟ نظر: من إطلاق النصوص والفتاوى بجواز الرجوع فى التدبير ما لم يحكم بعتقه، ومن إمكان اختصاص ذلك برجوع المولى المدبر، ومن ثم لم يجر له الرجوع فى تدبير أولاد المدبر المتحددين بعد التدبير من حيث إنه لم يدبر وكان وارثه من حيث إنه لم يدبر هم فكان وارثه بالنسبه إلى تدبير المورث بمنزله المولى فى تدبير الأولاد. وربما فرق بينهما بأن الوارث قائم مقام المورثون ووارث حقه من المال وما يتعلق به من الحقوق كحق الخيار

والشفعة، وهذا منها بخلاف تدبير الأولاد لاستناده إلى الله تعالى لا إلى المولى
فذلك لم يكن له الرجوع فيه، وللنصوص الداله عليه وهي مفقوده هنا مع أصله
بقاء الملك على مالكة وجواز تصرف المالك في المملوك بأنواع التصرفات إلى
أن يثبت المزيل.

ص: ٣٥٨

التاسع عشر: فى اجتماع التدبير والمكاتبه، وفيه مسائل

الثامن عشر: إذا كان للمدبر مال غائب عن الورثه أو دين على معسر لم يمكن استيفاؤه لم يعتق جميع المدبر لأن عتقه موقوف على إيصال الورثه من التركه ضعفه.

وهل يعتق ثلثه معجلاً؟ فيه وجهان، أحدهما وهو الذى قطع به الأكثر وقواه شيخ المبسوط وقطع به المحقق فى الشرايع أنه يعتق لأن الغيبه لا تزيد على العدم، إذ لو لم يكن له إلا هذا المدبر انعتق ثلثه فكذلك عند الغيبه، وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له ويوقف الباقي، فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع وصار كسبه تابعا له.

والقول الثانى أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثه، لأن فى تنجيز العتق تنفيذاً لمتبرع به قبل تسلط الورثه عن الثلثين، إذ لا بد من التوقف فى الثلثين حتى يتبين حال الغائب كما تقدم نظيره فى الوصايا، فيما لو أوصى بعين تخرج من الثلث وكان باقى المال غائباً، فإن فى تسلط الموصى له الوجهين وأحدهما كما هنا.

ويتفرع على الوجهين فروع منها ما إذا كان قيمه المدبر مائه والغائب مائتين فحصته مائه، فعلى المختار يعتق ثلثاه لأن ثلثه عتق فى الحال، فإذا حضر مائه عتق بقدر ثلثها أيضاً، وعلى الثانى يعتق نصفه لحصول مثليه للورثه، فإن حضرت مائه وتلفت مائه استقر العتق فى ثلثيه وتسلط الورثه على ثلثه وعلى المائه وربما يخرج على الوجه الثانى أن للورثه التصرف فى الثلثين كما يحكم بعتق الثلث مراعاة للحقين المتلازمين، فإن حضر الغائب نقص تصرفه. والأصح خلاف ذلك كله، وكما يوقف كسبه فى الثلثين قبل وصول المال توقف نفقته بمعنى أنه

ينفق عليه منه، فإن وفى وإلا أكمل الوارث، فإن حضر المال وعتق المال رجع

الوارث بما غنم منها.

التاسع عشر: التدبير والمكاتبه حينئذ قد يجتمعان، ويتفرع على اجتماعهما

مسائل:

ص: ٣٥٩

الثانيه: لو دبره ثم كاتبه

الأولى: إذا كاتبه ثم دبره صح لعدم المنافاه، فإن الكتابه لازمه لا تبطل بطرو الجائر عليها، والكتابه وإن اقتضت تمليك المكاتب نفسه إلا أنه ليس ملكا تاما فلا يعارضه التدبير، ولهذا جائر تعجيل عتقه. وحينئذ فيجتمع فيه سببان موجبان للعتق أيهما سبق تحقق العتق به، فإن أدى مال الكتابه فى حياه المولى عتق وبطل التدبير ومن ثم جاز تعجيل عتقه. وحينئذ فيجتمع عليه الأمران فإن أدى مال الكتابه فى حياه المولى عتق وبطل التدبير، فإن عجز فعجزه المولى بطلت الكتابه وبقي التدبير، فإن مات الأداء والتعجيل عتق بالتدبير إن احتمله الثلث وتبعه ولده.

لكن يبقى البحث والكلام فى حكم كسبه فى حال الحياه بعد الكتابه فإنه تابع للكتابه غير تابع للتدبير، وفى بطلان الكتابه حينئذ وجهان سيأتيان فى أحكام الكتابه. مثلهما ما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، ولو جره أنها لا تبطل للأصل فإن بقى من الأحكام شئ ويتوقف عليها تأدى بها، ولو عجز الثلث من عتقه عتق ما يحتمله وسقط من مال الكتابه بحسبه وبقي الباقي مكاتبا.

الثانيه: أن يدبره أولا ثم يكاتبه، وفى ارتفاع التدبير به قولان مشهوران مبنيان على أن التدبير وصيه أو عتق، فعلى الأولى تبطل كما تبطل الوصيه بالعبد لانسان، ثم يكاتبه لأن العبد يصير بالكتابه ملكه لنفسه، فكان السيد قد زال ملكه عنه فيكون الحكم كما لو باعه، وهذا اختيار الشيخ.

والأكثر على الثانى لا يبطل، لأن مقصود " بالكتابه " العتق أيضا فيكون مدبرا ومكاتبا، خصوصا على القول بأن التدبير لا يبطل بالبيع، والأصل فيه اللزوم

من الطرفين إجماعاً، فعدم بطلانه بما وقع الخلاف في بطلانه، وعدمه أولى، وهذا

اختيار الإسكافي والقاضي.

وهو ظاهر الرواية الواردة في حكم هذه المسألة وهو ما رواه الشيخ والصدوق في

التهذيب والفتاوى في الصحيح عن أبي بصير ليث المرادي (١) "قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

ص: ٣٦٠:

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ٨٩ ب ٤ ح ١.

العشرون: فى تدبير الحمل

عن العبد والأمه يعتقان عن دبر، فقال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء "

أما ما جاء فى خبر وهب بن وهب (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أن عليا عليه السلام " قال: لا يباع المدبر " فمؤيد لهذا الخبر فى جواز المكاتبه بعد التدبير، ويجب حملة وحصره على الاستحباب لما تقدم من جواز بيعه من الأخبار الصحاح الصراح ولو يؤيده أيضا ما دل من الأخبار على جواز المكاتبه عموما، وعلى هذا يكون مدبرا مكاتبا كما لو دبر عبده المكاتب، فإن أدى النجوم عتق بالمكاتبه، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث وبقيت المكاتبه فى الباقي، وإن أدى قسطه عتق، ويقوى هذا مع تصريحه بعدم إرادته الرجوع، أما مع الاطلاق واشتباه الإراده فالأول أوجه.

الثالثه: أن يدبره أولا ثم يقاطعه على ما يكسبه ليعجل له العتق، وهذا

لا يقتضى إبطال التدبير قطعا، لأن عاقبه الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعله والمقاطعه غير لازمه لأحدهم وإن استحب الوفاء بها فلا تكون منافيا، والمال الذى يكتسبه للمقاطعه ملك المولى فلا يتغير حكم الرق.

ويؤيده ما فى صحيحه محمد بن مسلم (٢) المرويه فى الكافى والتهذيب عن أبى

جعفر عليه السلام " فى المملوك يعطى الرجل مالا ليشتريه ليعتقه، قال: لا يصلح له ذلك "

ووجه عدم الصلوح حيث إن مال المملوك مال لسيدته فلا يشتري ماله بماله

فكيف يصح عتقه من الأجنبى بعد شرائه من مال المملوك

العشرون: إذا دبر حملا صح ولا يسرى إلى أمه، ولو رجع فى تدبيره

صح، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير صح التدبير فيه لكشفه

عن وجوده وقت التدبير، وإن كان لأكثر يحكم تدبيره لاحتمال تجدده، وهذا

ص: ٣٦١

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٦ ص ٨٩ ب ٤ ح ٢.
٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٤ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٦٩، الوسائل ج ١٦ ص ٣٦ ب ٢٦ ح ١.

الحادى والعشرون: فى رجوع البائع والزوج فى التدبير بعد بيعه أو جعله صداقا وفيه فروع أربع

مذهب الشيخ وجماعه منهم المحقق فى الشرايع لاحتمال الحدوث.

وينبغى الفرق بينهما إذا كانت خاليه من القرائن وعدمه كما سبق فى نظائره،

لأن الأصل المذكور وإن كان ثابتا فى الحالين إلا أن الظاهر يعارضه وأصالة عدم وطء

متجدد وصيانه حال المسلم على تقديره من الحمل على الرق كما تقدم فى حكم

أولا التابعين للمدبرين فى التدبير. وكما يصح الرجوع فى مدبر المدبر بالمباشر

يصح الرجوع فى تدبير هذا الحمل قبل وضعه لأصول المقتضى له وانتفاء المانع

إذ لا مانع سوى كونه حملا، وهو لا يصلح المانعيه لدخوله فى العموم.

وخالف فى ذلك بعض العامه حيث منع من الرجوع فى التدبير للقول مطلقا

بل مقصور على الفعل وهو الاخراج عن الملك، والحمل لا يمكن إخرجه بالبيع

منفردا بل بالتبعيه لأمه، فإذا باعهما كذلك صح الرجوع عنده وإلا فلا. ولما

ثبت أن الرجوع جائز بالقول مطلقا كالفعل صح فى الحمل كغيره لاشتراكهما

فى التدبير، فلا فرق إذا إلا بما تقدم من أنه لا يكون بالفعل إلا فى موضع يصح

إفراده بالنقل كالهبة والصلح لا بدونه.

الحادى والعشرون: قد صرح جماعه ممن ذهبوا إلى أن البيع والامهار

من مدبر ليس رجوعا فى التدبير بل يبقى على تدبيره وإن قلنا بجواز رجوع

المدبر فى التدبير بعد نقله لغيره بناقل لازم كالبيع والاصداق، فيتفرع عليه

فرع هو موضع خلاف بينهم وهو أنه إذا رجع البائع والزوج فى التدبير بعد

بيعه أو جعله صداقا فهل ينتقل ملك الرقبه إلى المشتري والزوجه؟ أو يعود

إلى ملك البائع والزوج؟ فيه وجهان ينشآن: من انتقاله عنه إلى من نقله إليه

وإنما هو مترزل بقبوله للعتق بموت المولى لا بغيره بسبب التدبير لا بغيره
والتدبير قد أبطل فزال التزلزل بزوال سببه، ومن أنه باعه مدبرا وقد بقى حكم
التدبير على حاله مع البيع، والبيع متصرف إلى خدمته، وحكم التدبير أن
للمدبر الرجوع فيه وإبطاله فيرجع إليه.

ص: ٣٦٢

لو ادعت الزوجه انقضاء العده بالحيفى

والتحقيق أن نقول: إما أن البيع يتناول خدمته خاصه لا رقبته، أو نقول:

يتناول الرقبه وينتقل إلى المشتري مترلزلا. فعلى الأول يرجع بالرجوع إلى

البيع بمعنى استقرار ملك الرقبه، فإن بالتدبير يتزلزل ملك المدبر وبطلانه

يستقر كما كان أولا. وعلى الثانى الأقرب أن يعود إلى المنتقل إليه كالمشتري

والزوج لأن البائع أخذ العوض عن العين بعقد لازم وأبطل التدبير برجوعه فانتفى

التزلزل واستقر ملك المشتري، أو أن العتق كان حقا للمدبر بسبب التدبير

وقد زال فزال حقه، و يحتمل عوده إلى البائع أيضا لأنه إنما باعه على أنه مدبر

وأحكام التدبير ثابتة فيه ومن جملة جواز رجوع المدبر فيه وعود ملكه إليه

كما كان فى بيع الخيار، وهاهنا فروع:

الأول: أنه على القول بصحة التدبير مع البيع أو الاصداق وعدم جواز

رجوع المولى أو بعدم نفوذ الرجوع ينعق المدبر بمجرد موت المولى، وليس

العتق فسخا للبيع سواء قلنا بالانتقال المترلزلا أو بصرف العبد إلى خدمته بل بالثمن

كله للبائع وينعق المدبر ويزول حق المشتري منه.

الثانى: إذا قلنا ببطلان التدبير برجوع المولى فيه مع بقاء البيع، فإن

قلنا بانصراف البيع إلى خدمته ورجوع الرقبه إلى المولى كانت خدمته حياه

المولى للمشتري وبعده لورثه البائع.

الثالث: على القول بانتقال الرقبه انتقالا مترلزلا يحتمل استقرار ملك

المشتري على الرقبه ويستمر ملكه على خدمته أيضا، وليس للمولى فى مقابله

إزاله التزلزل شئ، وأما على احتمال رجوع الرقبه إلى المولى فتكون الخدمه

مدہ حیاتہ للمشتري لأن الرقبه تابعه هنا كما تقدم في ضمن الأبق إلى غيره في

البيع وأما بعد موته المولى لوارثه (١).

ص: ٣٦٣

١- (١) كذا في النسخه.

الثالث والعشرون: في شراء الجاهل بالتدبير للعقد المدبر

الرابع: أنه على تقدير رجوعه إلى المولى هل له أن يدبره مره أخرى أو يعتقه أم لا؟ الأقوى جوازهما لعدم المانع. وهل يجزى عن الكفاره أم لا؟ قولان، والأقوى أنه لا يجزى.

وكل هذه الفروع عندنا منتفيه لأنه بمجرد البيع والاصداق وما شابهما يبطل تدبيره.

الثاني والعشرون: هل يبطل التدبير بالعقود الفاسده كما يبطل بالعقود الصحيحه؟ قولان، وتحقيق هذين القولين هو أنه إذا تعقتبت هذه العقود الفاسده للتدبير فإما أن يعلم فسادها أولاً، وعلى التقديرين إما أن يقصد بها الرجوع أو لا، فالأقسام إذا أربعه:

الأول: أن يعلم فسادها ويقصد الرجوع بها، والأقرب أنه يكون رجوعاً وفاقاً للعلامه في القواعد لأن له الرجوع ويحصل بكل لفظ أو فعل يقصد به الرجوع.

الثاني: أن لا يعلم بفسادها فيقصد الرجوع فيكون رجوعاً كما تقدم

الثالث: أن يعلم بفسادها ولا يقصد الرجوع فلا يكون رجوعاً.

الرابع: أن لا يعلم بفسادها ولا يقصد به الرجوع فيكون رجوعاً لأنه أوقع

عقداً وأراد صحته، وإرادته أحد الضدين ينفي الآخر.

ويحتمل أن لا يقتضى البطلان لأنها عقود باطله فلا يترتب شيء من آثارها

عليها، وبطلان التدبير من جمله آثار الصحه فلا يحصل، ولأنه موقوف على أن

إرادته إيجاد أحد الضدين يستلزم إرادته نفي الآخر، وفيه منع لجواز الغفله عنه.

الثالث والعشرون: إذا كان المشتري للعبد المدبر جاهلاً بتدبيره وقلنا بأن

البيع لا ينقض التدبير بل ينتقل البيع إلى خدمته ومنافعه فإما أن يكون قد تصرف

أولاً، فإن كان قد تصرف فله الأرش سواء كان قد علمه قبل تحريره بموت

المولى أو بعده، فإن لم يتصرف كان له الرد سواء كان قد اعتق بموت المولى

أو لم يعتق.

ص: ٣٦٤

الرابع والعشرون: ما لو دبر المريض عبدا تجتمع فيه قيود أربعة، وفيه مقدمات خمس

ثم إن جاهل الحكم هنا هل يعذر كجاهل التدبير؟ فيه إشكال منشأه أن جاهل الحكم لو عذر لارتفعت الأحكام الشرعية، وعموم النص على أن جاهل الحكم لا يعذر ولأن قوله تعالى "فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون" (١) فيقتضى وجوب علم الأحكام بالأدلة على الكفاية، وقوله تعالى "فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون" (٢) فأوجب التعليم بالتقليد فلا يعذر، ومن أنه حكم خفى لا يكلف المسلم به، قيل: والأقوى عدم المعذورية.

الرابع والعشرون: إذا دبر المريض عبدا تجتمع فيه قيود أربعة:

الأول: أن تكون قيمته قبل التدبير ثلاثين.

وثانيها: نقص قيمته إلى أن صارت إلى عشره دراهم، فهذا النقص ليس

للسوق بل بسبب نقص صفه هي استقرار الملك، فإن التدبير يزيل الاستقرار.

وثالثها: كل جزء يبطل التدبير فيه تعود قيمه ذلك الجزء إلى ما كان

قيمه أولا وهي نسبته من الثلاثين، وكل جزء يصح تدبيره بقيمته نسبته من

العشره أى ينقص قيمته الأصليه إلى نسبته من العشره.

ورابعها: أن التنقيص بالبيع لا ينقص القيمة.

فبيان هذه المسأله متوقف على مقدمات:

(أولها) كلما يصح فيه البيع فقد وصل إليه العوض، عنه وببطلان التدبير

فيه ترجع الرقبه إلى المشتري، فلا فائده للبائع فى إبطال تدبيره ما يصح فيه البيع

ولأن التدبير بالنسبه إلى المشتري لازم كشرط العتق كما تقدم، فليس للمشتري

إبطاله، وكلما يصح فيه التدبير فقد بيع بقيمته بلا محاباه وتزلزل البيع وهو

بالمحاباه إن لم يخرج من الثلث، ومعنى التزلزل إن أجازها الوارث صح وإلا فلا.

ص: ٣٦٥

١- (١) سورة التوبه - آيه ٩.

٢- (٢) سورة النحل - آيه ١٦.

فى عد الرق من عله العيوب الموجبه للخيار

(وثانيها) كلما نقص بالتدبير من قيمه يحسب على العبد المدبر، لأنه

متبرع عليه به لأنه لنفعه ويفرض كالموجود بالنسبه إلى العبد.

(وثالثها) ما صح فيه التدبير لا يحسب على المشتري إلا بقيمه ناقصه، لأن

التدبير لازم بالنسبه إليه وهو من لوازم صحه البيع فيمضى بيعه من الأصل.

(ورابعها) أن الجزء الذى بطل فيه التدبير وعادت قيمته يحسب على الورثه

بالقيمه الزائده حيث رجعت إليهم.

(وخامسها) كلما حصل للورثه من ثمن الجزء الذى صح البيع فيه وهو ما

بطل فيه التدبير بقيمته الزائده يكون مثلى ما نقص من قيمه الجزء الذى صح

فيه التدبير لأنه المحسوب من الثلث، وأما ما قابل العوض الذى جعل ثمننا للجزء

الذى صح البيع فيه وصح التدبير فإن تدبيره بمضى من الأصل بوصول عوضه.

وإذا تقررت هذه المقدمات انكشف كون هذه المسأله من المسائل الدوريه

لأنه لا يمضى البيع والتدبير فى الكل لأنهما متلازمان، وصحتهما تسلتزم المحال

لاستلزامه تصرف المريض فى أكثر من الثلث، وكلما استلزم المحال كان محالا،

وهو بديهى لا يحتاج إلى البرهان.

وهاهنا ثلاثه أشياء: ما صح فيه التدبير وما بطل فيه التدبير والتركه، يتوقف

العلم بكل منهما على العلم بالآخرين وبالعكس، فالدور لازم من وجوه ثلاثه:

أولها: أنه يتعين معرفه كميته الترکه على معرفه ما بطل فيه التدبير، ومعرفه

كميه ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفه الترکه، لأنه إذا بطل من التدبير

شئ عادت قيمته الأولى فيجب على الورثه فيكون جزء من الترکه، فيتوقف العلم

بالتركه على العلم بما بطل فيه التدبير لتوقف العلم بالكل على العلم بالجزء،
ولكن معرفه ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفه كميته التركه بحيث يعلم
أن ثلثها ينقص عنه ولا يحتمله، فيتوقف معرفه كل منهما على معرفه الآخر.
وثانيها: أن يتوقف معرفه كميته ما صح فيه التدبير على معرفه كميته

ص: ٣٦٦

فى ذكر من عد المحدوده فى الفجور من عيوب النساء

التركه، وهذا ظاهر، ويتوقف معرفه التركه على معرفه ما صح فيه التدبير
لأنه لا يعلم كميه التركه حتى يعلم ما صح البيع فيه من الثمن للبائع واستقر
عليه ملكه، ولا يعلم ما صح البيع فيه من الثمن إلا مع معرفه قدر ما صح فيه البيع
من المبيع وذلك هو ما صح فيه التدبير، فقد توقف كل منهما على الآخر.
وثالثها: أنه لا يعلم قدر ما استقر فيه التدبير حتى يعرف استقرار ملك الورثه
على ضعفه كما علمت، وهذا الوصف لا يعلم إلا بعد معرفه قدر ما صح فيه فيدور.

والجواب من هذا كله بأن هذه الأدوار ترجع إلى دور المعينه لا دور
توقف، والمستحيل هو الثانى كما تقرر فى محله، وطريق استخراجه أن نقول:
قد صح البيع فى شئ من العبد بشئ من الثمن فيكون فى الذى صح فيه البيع
من العبد فى تقدير ثلاثه أشياء، لأن الثمن ثلث قيمه العبد، وكلما صح فيه
البيع صح فيه التدبير، وقيمه الأصلية محسوبه على العبد ويملك الوارث ضعفه.
وأما الجزء الذى حصل لهم من الثمن ليساويه فلا يحتسب تدبيره من الثلث
كما تقدم، فيكون للورثه من العبد ما صح لهم من الثمن أعنى مقابله ما صح البيع
فيه من الثمن أربعة أشياء منها من الثمن شئ يبقى ثلاثه أشياء من العبد لأنه لا
يملك المريض غير ذلك، فيكون العبد باعتبار قيمه الأولى فى تقدير ستة أشياء
فالشئ خمس لآن الثلاثين عند بسطها على الستة تخرج خمس فنقول:

صح البيع فى خمس من العبد وهى لسبب النقص باستقرار التدبير نصف
خمس من الثمن وهى فى تقدير خمس عشر، لأن العشره بالتدبير حسبت على
العبد فيملك الورثه ضعفها فيبطل البيع فى نصف العبد وهو يساوى خمس لو صح فيه

التدبير لكنه بطل فصار يساوى خمسة عشر فيحسب على الورثه العشره الزائده

فيصح البيع فى نصف العبد ويبطل من الثمن نصفه فى مقابله نصف العبد وهى خمس

هى قيمته مدبرا، أو نقول:

بطل البيع فى شئ من العبد ويبطل من الثمن شئ فى مقابله، فصار لتركه

البائع المدبر شئ من العبد وعشره الأشياء من الثمن، والشئ الذى من العبد

ص: ٣٦٧

الأولى: فى معنى المكاتبه شرعا ولغه

فى تقدير ثلاثه أشياء كما تقدم، فتجبر العشره بشئ من الثلاثه أشياء فيصير معه عشره وشيئان هى مثلا ما فات من التدبير، ولم يحصل فى مقابله للورثه عوض وهو شيئان فيكون عشره كامله وشيئان تعدل أربعة أشياء يسقط شيئان بمثلهما فيبقى شيئان يساوى عشره، فالشئى خمسه وهو المطلوب.

المقصد الثامن

فى عتق المكاتبه

وهو مشتمل على مسائل:

الأولى: فى معناها شرعا ولغه وهى الكتابه مصدران مزيدان مشتقان من المجرد وهو الكتب، وهو لغه الجمع والضم، يقال: كتبت القربه إذا كتبت رأسها ومنه الكتابه لما فيها من ضم الحروف بعضها إلى بعض. والكتيبه لانضمام بعضهم إلى بعض. فسمى هذا العقد كتابه لانضمام النجم فيه إلى النجم أو لأنها توثق بالكتابه من حيث إنها منجمه مؤجله، وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابه ولذلك قال الله تعالى " إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " (١).

وقد علم أن عقد الكتابه خارج عن حد المعاملات من جهه أنها معامله بين السيد وعبده، وأن العوضين للسيد وأن المكاتب على رتبه متوسطه بين الرق والحرية، وليس له استقرار الأحرار ولا عجز المماليك، ولذلك تكون تصرفاته متردده بين الاستقلال ونقيضه لأن الحاجه داعيه إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجانا، والمملوك يتشمر بالكسب تشمره إذا علق عتقه بالتدبير والأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لا يحتمل فى غيره كما احتمل للجها له فى ربح

القراض وعمل الجهاله للحاجه. وقد دل عليها الكتاب والسنة والاجماع، قال الله

تعالى " والذين يتتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم

خيرا " (٢).

ص: ٣٦٨

١- (١) سورة البقره - آيه ٢٨٢.

٢- (٢) سورة النور - آيه ٣٣.

الاخبار الداله على أن الاشهاد على الرجعه يثبت الزوجيه

وأما السنه الوارده فى تفسير هذه الآيه وغيرها فصحيحه الحلبي (١) عن أبى

عبد الله عليه السلام " فى قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: إن علمتم لهم ديناً ومالاً "

وصحيحه محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام " فى حديث قال: سألته عن

قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: الخير إن علمت أن عنده مالاً "

وصحيحه الحلبي (٣) كما فى التهذيب الحسنه كما فى الكافى " فى حديث

أنه قال فى قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: كاتبوهم إن علمتم لهم مالاً "

ومعتبره العلاء بن الفضل (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: إن علمتم لهم مالاً "

وخبر محمد بن مسلم (٥) الصحيح أيضا كما فى الفقيه عن أبى عبد الله عليه السلام

قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: الخير أن يشهد أن لا إله

إلا الله وأن محمد رسول الله صلى الله عليه وآله ويكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفه "

وفى المقنع (٦) مرسلاً قال: " روى فى تفسير قوله تعالى " إن علمتم فيهم خيرا "

إن علمتم لهم مالاً "

قال (٧) " روى فى تفسيرها: إذا رأيتموهم يحبون آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم فارفعوهم درجه "

ص: ٣٦٩

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ذيل ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩٩ ب ١ ح ٢.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٨ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٩ ب ١ ح ٣.
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٣ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٤ والصحيح "العلی بن الفضیل" كما فی المصدرین.
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٧٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٥.
- ٦- (٦) المقنع ص ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٦ و ٧.
- ٧- (٧) المقنع ص ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٦ و ٧.

الثانيه: فى حكم المكاتبه

الثانيه: قد اتفق الأصحاب على أنها غير واجبه مطلقا للأصل، كما لا يجب

التدبير وشراء القريب ليعتق، ولثلا يتسلط المملوك على سيده، ولكنها مستحبه

مع علم الخير للمملوك بها ولقوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " والإماميه

وأكثر العامه على أن الأمر هنا للاستحباب ولبعض العامه قول بالوجوب. وقد

اختلف فى الخير المعلق عليه رجحان الكتابه فى الآيه والأخبار.

وفى صحيحه الحلبي المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السلام أن المراد به الدين والمال

وهما المعبر عنهما فى عبارات الأصحاب بالأمانه والاكتساب، ووجه اعتبار الأمانه

لثلا يضيع ما يحصله فيصرفه إلى السيد فيعتق والقدره على الاكتساب ليتمكن

من تحصيل ما يؤديه.

وبعضهم فسره بالمال خاصه لصحيحه الحلبي الأخرى عن أبى عبد الله عليه السلام

" فى قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: كاتبوهم إن علمتم لهم

مالا ". وقد رجح هذا لأن فيه استعمال المشترك فى أحد معنيه وفى الأولى استعماله

فيهما معا وهو مجاز عند مجاز عند مجوزيه على أشهر القولين فلا يصار إليه

بدون القرينه.

ويرده أن القرينه هنا موجوده وهى الروايه المتقدمه الصحيحه المؤيده

بصحيحه محمد بن مسلم أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قد تقدمت وفيها " قال: الخير أن يشهد أن

لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله صلى الله عليه وآله ويكون بيده عمل يكتسب معه أو يكون له

حرفه " وبما فى المقنع مرسلا وقد مر أيضا حيث قال " وروى فى تفسيرها " إذا رأيتموهم

يحبون آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم ".

بل جاء فى موثقه سماعه (١) ما يدل على الاكتفاء بالدين وإن لم يكن لهم

مال كما هو مختار المحقق فى النافع " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكاتبه

ص: ٣٧٠

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٨٧ ح ١١ وفيه " وهو يعلم أنه لا يملك قليلا وكثيرا "، الوسائل ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢ ح ١.

بيان أوصاف السهم عند الإصابه للغرض

مولاه وهو يعلم أن ليس له قليل ولا كثير، قال: يكاتبه وإن كان يسأل الناس

ولا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض

والمؤمن معان ويقال: المحسن معان."

ورواه الشيخ من الموثق أيضا عن سماعه (1) وكذلك فقيه الفقيه إلا أنه قال " يرزق

العباد بعضهم من بعض والمحسن معان " بدون قوله " والمؤمن معان " فكأن اشتراط

المال لتأكيد الاستحباب.

فالقول بالاكْتفاء بالمال وحده والدين وحده قوى وأن تأكيد الاستحباب

بهما معا، فلا يقال بأن صحيحتي الحلبي وما وافقهما من النصوص في الجانبين متعارضه

على وجه لا يمكن الجمع، أو أن المشترطه للدين والمال معا مقدمه لأنها مثبتة

والمثبت مقدم، لأن جمعنا ما به بينهما دافع لهذا كله.

وإلى هذا الجمع مال ثانى الشهيدين فى المسالك حيث قال: نعم يمكن

إثبات أصل الاستحباب بوجود المال عن قدره على كسبه عملا بالروايه الصحيحه،

وبتأكيد الاستحباب مع وجود الوصفين نظرا إلى الخبر الآخر. إلا أن قول

المحقق فى الشرايع " ولو عدم الأمان كانت مباحه وكذا لو عدم أحدهما " ينافى

ذلك، انتهى وهو فى محله.

ولو فقد الشرطان معا لم يستحب لعدم المقتضى له، ولكن اختلفوا فى إباحته

بغير كراهه أو مع الكراهه إلى قولين: (أحدهما) للشيخ فى الخلاف وهى الإباحه

بلا كراهه (والثانى) فى المبسوط، والأقوى الأول لعدم الدليل على الكراهه.

ومفهوم المخالفه فى الآيه إنما ينفى تأكيد الاستحباب لأصل الإباحه، ولو

اتصف بالايمن خاصه لم يستحب عند جماعه لعدم المقتضى له.

وربما قيل بالاستحباب أيضا لاستعمال الخير فيه وحده، ولدلاله موثقه

ص: ٣٧١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧٦ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٧٢ ح ٢٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢ ح ١.

الحجر فى أسباب الحجر

سماعه على ذلك. فقد جاء فى تفسير قوله تعالى " فمن يعمل مثقال ذره خيرا يره " (١)

يعنى العمل الصالح وهو الدين، كذلك فى قوله تعالى " والبدن جعلناها لكم من

شعائر الله لكم فيها خير " (٢) أى ثواب، كما جاء إرادته المال وحده فى قوله

تعالى " وأنه لحب الخير لشديد " (٣) وقوله تعالى " إن ترك خيرا الوصيه " (٤).

وضعف ثانى الشهيدين هذا القول بأن استعمال المشترك فى أحد المعنيين

مجاز لا يجوز بدون القرينه كاستعماله فى المعنيين وهى منتفيه فى جانب الدين وحده

بخلاف المال، وقد ترجح جانبه بالروايه الصحيحه.

ثم قال: والتحقيق أن إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز

لأنه فى الشواهد المذكوره إنما استعمل فى العمل الصالح والثواب ونفس المال،

والمراد هنا الأمانه والقدرة على التكسب، وهما ليسا عملا صالحا ولا ثوابا ولا مالا

حقيقه وإنما يكون الكسب سببا فى المال، وإطلاق اسم السبب على المسبب

مجازا، كما أن إطلاق الأمانه القليليه على الأعمال الصالحه المتبادر منها إرادته

أعمال الجوارح والثواب ولا يعرفه إلا الله تعالى مجاز أيضا. وحينئذ فإطلاقه

عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل وهو موجود فى إرادتهما وإرادته الثانى

منها دون الأول فكان العمل به متعينا.

وفيه نظر يعلم مما حققناه، حيث إن موثقتى سماعه شاهدتان بالاستحباب

مع وجود الأمانه وهى الدين وحده، كما أن صحيحه الحلبي الوارده فى خصوص

المال وكذلك ما ضاهاها من الأخبار داله على الاكتفاء به، إلا أنه - قدس سره -

لما لم يرجع موثقتى سماعه اقتصر على اشتراط المال وحده فى الاستحباب ولم

- ١- (١) سورة الزلزله - آيه ٧.
- ٢- (٢) سورة الحج - آيه ٣٦.
- ٣- (٣) سورة العاديات - آيه ٨.
- ٤- (٤) سورة البقره - آيه ١٨٠.

الثالثه: فى بيان حقيقه المكاتبه

يكتف باشتراط الدين.

الثالثه: قد اختلف العلماء فى أصل الكتابه، هل هى عتق يعوض؟ أو بيع للعبد من نفسه؟ أو معامله مستقله؟ ومنشأ الاختلاف وجود خواص كل من الأمرين ويشتركان فى حصول العتق بالعوض، وتظهر الفائده فى لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار وكوقوعها بصيغه البيع وبالعتق بالعوض والأظهر أنها معامله مستقله تتبعها أحكام خاصه ولا يلزم من مشاركتها لبعض المعاملات فى حكم أن تلحق به مطلقا. والقول بأنها بيع لأبى الصلاح الحلبي وابن إدريس، والاستقلال مذهب الأكثر.

وأما القول بأنها عتق بعوض فقد نسب إلى بعض أصحابنا ولم نعرف قائله. ووجه بعدها عن شبه البيع أنه يقتضى المغايره بين المتعاقدين والمبيع، وهنا المبيع هو المشتري وهو يقتضى قبول المشتري للملك وهو منتف عن المملوك ويكون العوض ملكا للمشتري والمعوض ملكا للبائع، وهما الأمران للمولى وقد خالف شيخ المبسوط حيث حكم بأنها ليست بيعا وجوز إيقاعها بلفظ البيع لإفاده المراد منها. والأصح ما اختاره المحقق ومن تبعه من عدم صحتها بلفظ البيع لما تقدم من أن البيع انتقال عين مملوكه من شخص إلى شخص آخر فلا بد من تحقق إضافه الملك بين المشتري والمبيع لتوقف الإضافه على تباير المضافين، وهنا ليس كذلك، ولأن ملك العبد الحقيقى موقوف على حريره، وحريره موقوفه على تملكه فيدور، ولأن السيد لا يباع عبده، ومن ثم لا يصح بيعه مالا

آخر قولاً واحداً.

وعلى القول بصحة البيع - كما عليه الشيخ لدلاله بعض الأخبار عليه -

يثبت المال فى ذمته ويعتق فى الحال كما لو أعتقه على مال ولا يثبت على هذا مع

الكتابه خيار المجلس لأنها ليست بيعاً وهو مخصوص به، ومن جعلها بيعاً لزمه

ص: ٣٧٣

الرابعه: فى صيغه عقد المكاتبه

جواز لحوق الخيار.

وربما فهم من كلام الشيخ فى المبسوط أن الخيار منتف هناه وإن جعلنا بيعا وجعل ذلك وردا على من جعلها بيعا، هكذا فهم البعض من عباره المبسوط.

وفيه نظر، لأن تفریح الشيخ انتفاء الخيار إنما هو على مذهبه، و لهذا

قال: الكتابه تفارق البيع من وجوه: أحدها أن الكتابه لا بد فيها من أجل و البيع

ليس كذلك، ومنها لا بائع يشترط لنفسه الخيار والسيد لا يشترط فى عقد الكتابه

ويتفقان فى أن الأجل فيهما لا بد أن يكون معلوما، ولا يصح كل واحد منهما

إلا بعوض معلوم.

والمراد بقوله " أن الكتابه لا بد فيها من الأجل و البيع لا يفتقر إليه " أن البيع من

حيث هو لا يفتقر إلى الأجل وإلا فإن السلم منه مفتقر إليه، فلتكن الكتابه

كذلك إن اعتبرنا فيها الأجل، وبينهما مناسبه فى ذلك إلا أنه موضع خلاف

كما سيجى.

الرابعه: لا بد لهذه المعامله من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد

منه كما فى سائر عقود المعاملات، والقدر المتفق على صحته أن يقول له: كاتبتك على

ألف درهم مثلا تؤديه فى نجمين وأكثر فى كل نجم كذا، فإذا أديته فأنت حر،

فيقول: قبلت ولو لم يصرح بتعليق الحريه على الأداء ولكن قصده بقبله ففى

صحته قولان:

(أحدهما) نعم، وهو مختار المبسوط والشرايع، لأن الكتابه داله على ذلك

والتحرير غايتها فلا يجب التصريح بها كغيرها من غايات العقود، خصوصا لو جعلنا

الكتابه بىعا للعبء من نفسه لأنه مقتضى للعتق، فلا يحتاج إلى لفظ آخر وإنما
يفتقر إلى النيه، لأن لفظ المكاتبه مشترك بين المراسله والمخارجة، فاشتبهت
المشترك المعنوى فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ، وهذا قصد آخر غير القصد
المعتبر فى سائر العقود المميز عن عقد النائم والساهى، وقد تقدم تقريره مرارا.
(الثانى) وإليه ذهب فى خلاف وهو الظاهر من كلام الحلى اشترط التلفظ

ص: ٣٧٤

الخامسة: فى اشتراط الاجل فى المكاتبه وعدمه

بقوله " فاذا اديت فانت حر " يقتضيه اشتراك اللفظ - اعنى المكاتبه بين الامرين وبين

المعامله الخاصه الشرعيه - فلا بد من لفظ مائز يخرجها عن الاشتراك الى الصريح

و يرد عليه ان مفهومها الشرعى متبادر ومفهوم منها والاطلاق منزل عليه.

ويتخرج على هذا فى المسأله قول ثالث، وهو عدم اشتراط القصد الخاص

إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحه فى معناها، لأن اعتبار القصد المدعى فى

الاكتفاء باللفظ الأول يوجب عدم الاكتفاء به عند من منع من الكنايات واعتبر

اللفظ الصريح، فإن كان صريحا لم يفتقر إلى القصد المميز، وإلا لم يكن وإن ضم

إليه القصد. وقريب من هذا الخلاف ما تقدم فى التدبير من الاكتفاء بقوله " أنت مدبر "

ومخرج القولين فيهما على أنهما مشتهران فى معنيهما عند العوام بحيث لا يعرفهما

إلا الخواص فكانا كناية، وبعضهم فرق بين اللفظين اكتفى فى التدبير دون الكتابه

ووجه الفرق بينهما وجهان:

(أحدهما) أن التدبير واضح المعنى مشهور عند كل أحد حتى العوام،

بخلاف الكتابه فإن معناها الشرعى لا يعرفه إلا الخواص.

(و الثانى) أن التدبير كان مستعملا معروفا فى الجاهليه فى معناه الشرعى

والشرع إنما قرره ولم يستعمل فى معنى آخر، والكتابه تقع على العقد المعلوم

وعلى المخارجه وهو أن توصف على العبد المكتوب كل يوم خراجا ولا يوجب

له العتق به، فلا بد من المميز بين اللفظ عند إرادته ذلك المعنى منه وبينه عند

إرادته المعنى الآخر. وليس ثمه سوى النيه والقصد المخصوص.

والظاهر من الأقوال هو أن الكتابه كالتدبير وإن لم تتعقل معناها ابتداء

سوى الخواص لأنها قد صارت من الحقائق الشرعيه، فيحكم على التلفظ بها وإن

كان من العوام، وإن لم يعلم بقصده كسائر الألفاظ المنقوله.

الخامسه: قد اختلف العلماء فى اشتراط الأجل فى الكتابه وعدمه، فاعتبره

الأكثر كشيخ المبسوط وأتباعه ومحقق الشرايع وأكثر المتأخرين الوجهين.

ص: ٣٧٥

الأوصاف المطلوبة في المرضعه والأخبار الواردة في هذا المقام

(أحدهما) اتباع السلف ومن عهد النبي صلى الله عليه وآله وبعده، فإنهم لا يأتون بالكتابة إلا بعوض مؤجل، فكأنه إجماعى.

(والثانى) أنه لولا التأجيل لثبت الحلول فتتوجه المطالبه فى الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذ فيكون كالسلم فى شىء لا يوجد عند الحلول، ولأنه لا بد من ضرب أجل لئلا يتطرق الجهاله الداخلة فى الضرر المنهى عنه.

وفيهما نظر لمنع الاجماع على ذلك، ونقل أفراد خاصه لا يقتضى كون جميع ما وقع كذلك. سلمنا. لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره، فإن الاجماع المعتبر فى الاستدلال على مثل ذلك هو اتفاقهم على بطلان المتنازع فيه لا عدم استعمالهم

له، ولا يلزم من عدم ملكه فى الحال على تقدير تسليم عجزه عن الايفاء مطلقا لامكان ملكه عاجلا ولو بالاقتراض، بل قد يوصى له بمال ولو قبل الكتابه ويموت الموصى قبل عقد الكتابه أو يوهب منه عقيب العقد أو يتبرع عنه متبرع فلا يتحقق

العجز، وقد يفرض جريان عقد الكتابه على قدر من الملح وهما على مملحه

فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابه ولا يلزم البطلان فى الحال مطلقا.

وأجيب عنه بأن قبول الوصيه والهبه لا بد وأن يتأخر عن قبول الكتابه

فيكون العوض لازما قبل القدره والتمكن، وقد لا يتيسر القبول، والملح لا يملك

ما لم يأخذه، والأخذ متأخر عن الكتابه، وقد يعوق عنه عائق.

والحق أن مثل هذه التعاليل لا تصلح قادحا فى صحه العقود الشرعيه التى

جاءت الأخبار بإطلاقها فى صحتها من غير شرط شىء، ومن ثم ذهب شيخ الخلاف

وابن إدريس إلى جوازها حاله للأصل ولعموم قوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم

خيراً " خصوصاً على القول بأنها بيع خالص أو عتق بعوض فإنهما لا يتوقفان

على الأجل وإنما يتوجه القولان المذكوران على القول بكونها مستقلة.

ولو ملك شقفا من عبد باقيه حر فكاتب ما يملكه منه حالا ففي صحته وجهان

مبنيان على الوجهين السابقين. فعلى الأول لا يصح اتباعا لما جرى عليه

ص: ٣٧٤

السادسه: فى شروط المكاتبه باعتبار المعاقدين وغيرها

الأولون. وعلى الثانى يجوز لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه فلا يتحقق العجز فى الحال.

ويصح البيع من المعسر لأن الحريه مظنه القدره وإن لم يملك شيئاً آخر فإنه قادر على أداء الثمن من المبيع، وحيث يعتبر الأجل أو أزيد يشترط ضبط كل أجل لنسيه، ولا يشترط زيادته عن أجل واحد عندنا لحصول الغرض منه، ولو حصر الأجل فى حد يتعذر حصول المال فيه عاده بطل على الثانى دون الأول.

السادسه: فى شروطه باعتبار المتعاقدين وغيرها من الشرائط، وهى مشتمله على شرائط:

(أولها) بلوغ المولى وعقله، فلا تكفى العشر هنا وإن اكتفينا بها فى العتق سواء أذن الولى أولاً، ولا يصح من المجنون المطبق ولا الدائر جنونه إلا أن يصادف زمن الإفاقه، ولو كاتب المولى عنهما مع الغبطه والمصلحه فالأقرب الصحه، كما يصح البيع والعتق عنهما وفاقاً للشيخ فى الخلاف لأن الولى موضع لمصالحه، وقد لا يحصل المال منه بدون المكاتبه بل هو الغالب، وكسبه بعد العتق ليس مالا محضاً للمولى وقبله ليس بموجود حتى تكون المعامله عليه.

ولصحيحه معاويه بن وهب (1) كما فى الكافى والتهذيب والفقيه " قال: قلت

لأبى عبد الله عليه السلام: أنى كاتبته جاريه لأيتام لنا، واشترطت عليها إن عجزت فهى

رد فى الرق وأنا فى حل مما أخذت منك، قال: فقال: لك شرطك "

وذهب الشيخ فى المنع استناداً إلى أن الكتابه شبيهه بالتبرع من حيث إنها

معامله على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك، وهذا الاحتجاج نوع

مما ذكرناه من الوجه والدليل لصحته وصراحته.

ثم على تقدير الجواز يكون محله ما إذا كان بيعه جائزا لليتيم إليه

ص: ٣٧٧

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ١، ولم نعثر عليه في الفقيه، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٥ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٢ ب ٤ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

فى قوله ساقىتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقىك على هذا الآخر بالثلث

ونحوه وهو المعبر عنه بالغبطه، وإلا لم يجز كما هو قاعده بيع مال اليتيم.

ولو ارتد ثم كاتب لم يصح لزوال ملكه عنه، أو لأنه لا يقر المسلم فى

ملك المرتد، فإنه حيث يكون ارتداده عن فطره انتقل ملكه عنه ولم يقبل ملكا

متجددا، فلم يتصور كتابته لعبد مسلم ولا كافر وإن كان عن مله صار بحكم الكافر

وبياع المسلم عليه قهرا، ولا تقر يده عليه وإن بقى غيره من أملاكه. ويفهم من

الحكم بعدم صحه الكتابه الملى للمسلم أنه لا يكفى فى نقل المسلم عن ملك الكافر

الكتابى وإلا لصحت كتابته فى موضع البيع، ولو كان المملوك كافرا صحت كتابته

له لعدم المانع عنه، ومن الشرائط أن يكون المملوك بالغا عاقلا لتصح معاملته

كما يشترك فى المكاتب الذى هو المولى، قال الله تعالى " والذين يبتغون الكتاب "

والصبى والمجنون لا ابتغاء لهما، ولأن مقتضى الكتابه وجوب السعى ولا يجب

عليهما شئ، وهكذا قد احتجوا على الاشرط.

وفيه نظر، لأن الابتغاء شرط فى استحباب الكتابه ولا يلزم منه المنع منهما

مع عدم الأمر. نعم الاستحباب منتف، واقتضاء الكتابه وجوب السعى موضع

النزاع والخلاف كما تقدم. ولو سلمنا الوجوب كما ذكرتم لكن الوجوب

مشروط بالتكليف، فجاز الحكم على عدم وجوبه على غير المكلف لذلك إذ الدليل

على وجوبهما ليس منافيا لذلك، وربما قيل: إنه إجماع فيكون هو الحجبه،

والحق أن عدم الصحه لعدم الكمال، والكمال شرط فى المتعاملين.

واختلف فى اشرط الاسلام فى صحه المكاتبه لتعليقها على علم الخير،

والخير مفسر بالدين - كما قد سمعت فى عده من الأخبار - فإن كان فى كثير

منها الاكتفاء بالمال فعلى الأول يصح كتابه الكافر لعدم الشرط المقتضى لعدم

المشروط، وعلى الاكتفاء بالمال يصح لوجود الشرط، هكذا قرر.

والخلاف ومبني المانع أن يمنع من دلالة الآيه و الأخبار التي جاءت في

تفسيرها على المنع على جميع التقادير، لأن الشرط المذكور إنما وقع للأمر بها

الدال على رجحان من الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن فيها، ولا يلزم من

ص: ٣٧٨

الجمع بين الأخبار الواردة في المقام

توقف الأمر بها على شرط توقف إباحتها عليه، و الدليل على تسوية عقد الكتابه غير منحصر فى الآيه.

وأما الاستدلال بقوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " (١) والى الكافر لا

يستحق الزكاه ولا الصله لأنه مؤدات له منهى عنها بقوله تعالى " لا تجد قوما

يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله " (٢) ففیه على أن الآيه

المشتمله على هذا الايتان قد وقع فيها الأمر بالمكاتبه الراجحه، فالإيتان المذكور

فيها مترتب على المكاتب بالمكاتبه الراجحه المراعى فيها الدين والمال، ولا تدل

على وجوب الايتان فى مطلق المكاتبه، وأيضا أن الايتان من الواجب مشروط بعجزه

المقتضى لاستحقاقه له فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه، فكما يختص بالمحتاج

لدليل جاز أن يختص بالمسلم كذلك لدليل الدال على عدم دفع الزكاه للكافر،

وأما استلزام إعانته المؤدات مطلقا ممنوع، ومن ثم قيل بجواز كتابته كما يجوز

عتقه، ولأنها معاوضه روعى فيها جانب المالىه فلا يمنع الكفر منها وسميا إذا

كان المكاتب مسلما.

وأما إسلام المكاتب وهو المولى ففى اعتباره قول، مترتب على أنه عتق بعوض

وأن العتق لا يقع من الكافر، وقد تقدم الكلام فى ذلك العتق المحض وأنه لا

دليل على اشتراط الاسلام فى المعتق فكيف فى المكاتبه الذى لم يثبت كونه عتقا

بل معامله مستقله

ثم إنه إذا كان المكاتب والمكاتب كلاهما كافرين فلا كلام لأن يده تفر عليه

بدون الكتابه. وإن كان مسلما ففى صحته كتابته له قولان: من حيث إنه يجبر

على نقله من ملكه، والكتابه كما عرفت لا توجب الانتقال التام عن الملك لأنها

محتمله للخروج منهم والبقاء، وتمام الخروج موقوف فيها على أداء المال من

ص: ٣٧٩

١- (١) سورة النور - آيه ٣٣.

٢- (٢) سورة المجادله - آيه ٢٢.

أن المقصد إلى المكاتبه شرط فيها

حيث استلزامها رفع اليد في الجملة، وتثبت المكاتبه للحريه ورفع ذلك الحجر عنه في كثير من الأعمال خصوصا عند جعلها بيعا لازمه من جهه المولى، وربما قيل بالفرق بين مطلقتها ومشروطتها، فاكفى بالأولى دون الثانيه لأنه لا يخرج من المشروطه عن الرقيه إلا بأداء جميع المال وهو في معرض العجز اختيارا واضطرارا. ويتفرع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه في حال كفره فأسلم قبل كمال الأداء، وأولى بالاكْتفاء لأن الاستداه أقوى من الابتداء. وعلى المنع من الاكْتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك، والأقوى تساويهما حكما. وعلى تقدير الاكْتفاء بها ويتجدد له العجز يحتمل تسلط المولى على الفسخ، وحيث يفسخ يباع عليه قهرا لمقتضى التغرير وعدم تخيره هنا لاستلزامه تملك المسلم اختيارا. (ومن) الشرائط أيضا القصد إلى المكاتبه، فلا عبره بعقد الساهى والنائم والغافل والهازل، ولو تنازعا في القصد فالظاهر تقدم مدعى الصحه، ولا عبره بعقد السكران أيضا وإن أجرى عليه أحكام الصاحي في العبادات بحيث يؤمر بقضائها، وكذا سائر عقود باطله عندنا.

(ومنها) انتفاء الحجر، فلا تصح من السفیه إلا بإذن المولى، ولا من المفلس إلا بإذن الغرماء، ويصح من المريض مطلقا إن قلنا إن منجزاته من الأصل كما هو المختار، وعلى المشهور لا يصح إلا إذا قام به الثلث أو إجازة الوارث لأنه معامله على ماله بماله، ولو برئ لزم مطلقا، وتجوز من المكاتب لرقيته لكن مع الغبطه والمصلحه، أما غير المكاتب فلا تصح كتابته رقيقه إذا قلنا بملكه الأقوى إلا بإذن السيد الاختيار، فلا تقع من المكره إلا أن يرضى بعد زوال الاكراه

إن جوزنا العقد الفضولي فيه كما هو مذهب جماعه، والأقوى البطلان: ولو أظهر

دلاله الاختيار وقع كمتخالفه المكره فيما عين.

(ومنها) استيعاب الجميع عند جماعه، فلو كاتب نصف عبد لم يصح عند الشيخ

فى المبسوط ومن تبعه للزوم الناقض فى السعى سواء كان باقيه له أو لغيره ولا تسرى

ص: ٣٨٠

فى اشتراط كون العوض دينا معلوما

الكتابه. نعم لو أدى انعتق كله عند الشيخ، ويغرم السيد قيمه النصيب ولا يرجع به على العبد، والمختار جواز التبعض فيها كما فى الخلاف، وأولى منه لو كان بعضه حرا.

ويدل عليه من الأخبار موثقه أبى بصير (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر " وساق الحديث إلى أن قال: " ولها أن تتزوج فى تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدى جميع ما عليها فى نصف رقبتها " .

ولو كان نصفه حرا ويده مال فكاتبه على قدره فما دون حالا فالأقرب الصحه لاستغنائه هنا عن الأجل.

(ومنها) كون العوض دينا، فلو كاتبه على عين بطل، لأنها إن كانت للسيد فلا معاوضه وإن كانت لغيره فهى كجعل ثمن المبيع من غير مال المشتري، ولو أذن الغير فى الكتابه على عين يملكها فهى فى قوه المبيع، فإن جوزناه صح. وكذلك لو قلنا بأن العبد يملك فكذلك لارتفاع الحجر عنه برضا لمولى بمكاتبته بها.

(ومنها) كون العوض معلوم القدر و الجنس والوصف، فإن كان نقدا وصف بما يوصف به فى النسيه، وإن كان عوضا فكالسلم فتمتنع الكتابه على ما لا يمكن ضبط أوصافه كالجاريه وولدها والدره النفسه.

ويدل على ذلك من الأخبار صحيحه على بن جعفر (٢) كما فى كتاب المسائل له عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يكاتب مملوكه على وصيف فيضمن عنه ذلك: أيصلح؟ إذا سمي خماسيا أو رباعيا أو غيره فلا بأس " .

ومثله خبره (٣) في كتاب قرب الأسناد عن أخيه موسى عليه السلام مثله.

ص: ٣٨١

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٤.
 - ٢- (٢) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٥٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٤ ب ٤ ح ١٤.
 - ٣- (٣) قرب الإسناد ص ١٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٠١ ب ٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

فى أحكام الحجر على المفلس

(ومنها) كون العوض مما يملكه المولى، فلو كاتب المسلم عبده المسلم أو الذمى على خمر أو خنزير بطل، ولو كانا ذميين صح، ولو أسلما لم تبطل وإن لم يتقابضا وذلك لأن المعامله المذكوره صحيحه تقوم عبدا عند كونهما ذميين، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل قبض العوض أو بعده، ولا رجوع للسيد على العبد بشئ لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به، وإن ترافعا قبل القبض إلينا لم نحكم بفسادها، ولا سبيل إلى الرجوع بالتعين لتحريمه فى شرع الاسلام فيرجع إلى قيمه لأنها أقرب شئ، والمحرم لم يفسد بل صح فيما بينهم، ولهذا لو قبضهم لم يجب له غير، وإنما تعذر الحكم به شرعا فوجب المصير إلى قيمته عند مستحله كما لو جرى العقد على عين وتعذر تسليمها. وإن اتفق ذلك بعد قبض البعض مضى فى المقبوض ولزمه قيمه الباقي وقد ثبت ذلك الحكم فى نظيره كالمهر، وقد تقدم فى النكاح ما يدل عليه.

مثل خبر طلحه بن زيد (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجلين من

أهل الذمه أو من أهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأه وأمهرها خمرا وخنزير ثم أسلما، قال: ذلك النكاح جائز حلال لا يحرم من قبل الخمر والخنزير، وقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئا من ذلك يعطيها صداقها "

وخير عبيد بن زرار (٢) " قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: النصرانى يتزوج

النصرانيه على ثلاثين دنا خمرا أو ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلك ولم يكن

دخل بها، قال: ينظر كم قيمه الخنزير وكم قيمه الخمر ثم يدخل عليها وهما

على نكاحهما الأول "

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ١٠ وفيه " أو خنازير "، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ب ٣ ح ١ وفيهما " حرم عليهما أن يدفعا إليهما شيئاً من ذلك يعطياهما صداقهما ".

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ب ٣ ح ٢ وفيهما " ويرسل به إليهما ثم يدخل ".

فى اشتراط البلوغ وكمال العقل فى المملوك

ومقتضى هذه الأخبار استقرار أمر الكتابه، ويقوم ما كوتب عليه من الخبر
والخنازير عند عارفيه من أهل الاسلام أو من غيرهم مع الائتمان ويدفعه المكاتب
مثل ما يدفع ما لو كان مكاتبا على مال مستحل من الدارهم والدنانير ونحوها
ولا تبطل المكاتبه بالاسلام مع لزومها وإنما يتمول مالها إلى ذلك، وأما ما قبض
منه حال كفره فليس عليه بدل.

(ومنها) أنه يعتبر فى المملوك البلوغ وكمال العقل، فلو كان غير بالغ أو
عاقل لم تنعقد مكاتبتهما، فإن تولى السيد الطرفين وإن كان له ولاية عليهما بأن
الشرائط هنا معتبره فى الطرفين ولقوله تعالى "والذين يبتغون الكتاب" والصبى
والمجنون لا ابتغاء لهما، ولأن مقتضى الكتابه وجوب السعى وإن كان ملك المال
وهو لا يتأتى فى حقهما، وكذا إن يعلم فيه خيرا ولا خير فى الصغير ولا المجنون
لعدم الاعتداد بإيمانهما.

وقد تنظر ثانى الشهيدى فى الاستدلال بالآيه على ذلك، لأن الابتغاء شرط
فى الأمر بالمكاتبه الذى هو عبارته عن استحبابها ورجحانها، فلا يلزم منه المنع منها
عدم الأمر وعدم الابتغاء، واقتضاء الكتابه وجوب السعى موضع الخلاف كما قدمنا
لكن الوجوب مشروط بالتكليف فجاز الحكم بعدم وجوبه على غير المكلف كذلك،
إذ الدليل على وجوبها ليس منافيا لذلك. وربما قيل إنه إجماع فيكون هو الحججه،
وحق أن الحججه هو الحجر من الشارع على الصغير والمجنون، وحكمه بفساد
معاملته إلى البلوغ والرشد لأن الكتابه داخله فى الأخذ والعطاء المعلق بصحتهما
فى الأخبار على البلوغ والرشد وهو شامل للحر والعبد. وأما جواز المكاتبه من

ولى اليتيم لعبده لحصول الغبطه والمصلحه، ولصحيحه معاويه بن وهب، ولأن

المباشر لها الولى واستكمال الشرائط من الطرفين.

(ومنها) اشتراط الاسلام فى المكاتب، وقد تقدم أنه موضع خلاف وكلام،

وقد استظهر جماعه المنع لقوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " وهذه المسأله

ص: ٣٨٣

الدعاء بالمأثور حين الوقوف بعرفات

مبنيه على أن الخير المجعول في الكتابه هو الدين والمال معا؟ أو الدين وحده؟
والمال خاصه وحده؟

فعلى الأولين لا يصح كتابه الكافر لعدم الشرط المقضى للمشروط. وعلى
الثالث يصح لوجود الشرط، ويفهم من تعليلهم المنع بالآيه اختيار إرادته أحد
الأولين.

وقد استظهر جماعه الثانى لوروده فى الصحيحين كما سلف، ولمنع دلالة
الآيه على المنع على جميع المقادير لأن الشرط المذكور إنما وقع للأمر بها
الدال على الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن والإباحه، فلا يلزم من توقف
الأمر بها على شرط توقف إباحتها عليه، والدليل على تسويغ عقد الكتابه غير
منحصر فى الآيه.

وأما الاستدلال بقوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " والكافر
لا يستحق الزكاه ولا الصله، والكافر ليس أهلا لذلك فقد تقدم الجواب عنه وهو أن
الائتاء من الزكاه مشروط بعجزه وإيمانه فيخص الايتان بمن هذه صفته، ومن ثم
استظهر جماعه جواز مكاتبته كما يجوز عتقه، ولأنها معاوضه يغلب فيها جانب المالىه
فلا يمنع من المسلم والكافر.

(ومنها) اشتراط الأجل، وقد مر الكلام فيه والخلاف وتحقيق الأدله من
الطرفين، وهل يشترط اتصال الأجل بالعقد؟ فيه خلاف وتردد، منشأ أصاله
الصحه ووجود المقتضى لها من العقد المشتمل على الأجل والمال ومن أصاله بقاء
الملك وعدم نقل مثله، وهو اختيار الشيخ فى المبسوط، واستظهر الأكثر الأول

لا طلاق الأدله، وقد تقدم الخلاف فى نظائره من الإجازة وغيرها، وعندى أن اعتباره

أقوى وأحوط.

(ومنها) اشتراط أن يكون وقت الأداء معلوما مضبوطا لئلا يؤدي إلى الغرر

والجهالة، فلو قال: كاتبك على أن يؤدي إلى كذا فى سنه، يجعل السنه ظرفا

ص: ٣٨٤

فى كلففه اشتراف الاجل فى المكافه

للأداء لم يصح، ووجه البطلان ما قلناه، لأن الأجل على هذا التقدير مجهول لأن " فى " لا تقتضى إلا الظرفيه ولم يتبين أنه يؤديها فى دفعه واحده أو دفعات ولا أنها يؤديه فى أولها أو وسطها أو آخرها.

وقال ابن الجنيد بالجواز لعموم الأخبار ولصدق التأجيل بذلك، ويتخير فى دفعه فى مجموع ذلك الوقت.

(ومنها) أنه على تقدير اشتراط التأجيل هل يكفى الأجل الواحد؟ أم لا بد من التعدد؟ المشهور بين الأصحاب بل جميعهم الاكتفاء بأجل واحد، وهو مذهب أكثر العامه أيضا للأصل وعموم قوله تعالى " وكاتبوهم " وعموم الأخبار الوارده فى تفسير الآيه، وفى الكتابه بقول مطلق.

وخالف فيه بعض العامه واشترط كونه نجمين فصاعدا لأنه المأثور عن الصحابه قولاً وفعلاً، حتى نقل عن بعضهم أنه غضب على مملوك له فقال: لا عاقبك ولا كاتبك على نجمين، وهذا مشعر لأنه غايه التضييق، ولما تقدم من أن الكتابه مأخوذه من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان وأيضاً أن الكتابه عقد إرفاق ومن تتمته تعدد النجم.

والجواب عن ذلك كله لا يفيد الحصر، ولا حجه فى العمل بدون الاجماع والنصوص، وهو غير واقع، بل الواقع الخلاف فى المسأله قديماً وحديثاً، واشتقاق الكتابه جائزاً بناء على الغالب وهو الكتابه الراجحه كما تقدم فى تعريفها وهى الخطبه، وللأصل وعموم النص يدفع ذلك كله، ودخل فى تجويز الكثره من

غير وقوف بها على حد بعد ضبطها والعلم بها أنه لا فرق بين جعلها إلى مده لا يعيشان

إليها غالبا أو عدمه فيصح للأصل، وينتقل الحكم بعدهما إلى الوارث وسيما
في جانب المولى لأنها لا تبطل بموته. أما جانب المكاتب فيشكل بطلانها بموته
مطلقا إذا كان مشروطا، وفي الباقي بالنسبة إلى المطلق فيكون الاشتراط الزائد
منافيا لمقتضى العقد.

ص: ٣٨٥

فى عدم اشتراط العين فى العوض

وقد أطلق الشهيد - رحمه الله - فى بعض تحقيقاته جواز التأجيل لذلك مطلقا وحكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت، وهذا لا يخلو فى جانب المكاتب من إشكال. وقد اختلفوا أيضا فى جواز مثل هذا التأجيل فى البيوع المؤجله نسيه وسلما لهذه العله، واختار فى التذكرة جوازه، وهو متجه لأنه لا مانع من انتقال الحق فيه إلى الوارث كما فى فرض موت المولى هنا، وعلى هذا فيجوز أن تتساوى النجوم وإن تختلف.

ولو قال: كاتبك على خدمه شهر ودينار بعد الشهر صح إذا كان الدينار معلوم الجنس، ومرجع هذه المسأله إلى الجمع فى العوض بين المال والخدمه، ثم إطلاق شهر الخدمه محمول على المتصل بالعقد كظائره، وشرط كون الدينار بعده يقتضى تأجيل إلى نجم واحد وهو صحيح. وإنما يتوجه عليه المنع عند من شرط تعدد النجوم.

ولو مرض العبد شهر الخدمه وكانت مشروطه أو جعل خدمه الشهر مجموع العوض بطلت الكتابه لتعذر العوض.

أما لو جمع بينه وبين المال كالصوره السابقه وكانت المكاتبه مطلقه لم تبطل وروعى أداء المال وعتق بنسبته وإطلاق المحقق فى الشرايع البطلان يقتضى أن تكون هذه الصوره مقطوعه عن المسأله السابقه، وإلا لم يتم الاطلاق.

أما لو قال: على خدمه شهر بعد هذا الشهر، قيل: يبطل على القول باشتراط

اتصال المده بالعقد. وتردد فى ذلك المحقق لكنها من فروع اشتراط اتصال

الأجل بالعقد وعدمه، وإنما أفردوها بالذكر حملا للفرع السابق على المال كأن

يشترط عليه مائه دينار مثلاً يؤديها بعد شهر أوله بعد هذا الشهر فذكر اشتراط

الخدمه، وقد منع من ذلك الشيخ في المبسوط وجماعه.

(ومنها) أنه لا يشترط في العوض العين فتجوز المكاتبه على منفعه معينه من

خدمه أو خياطه أو بناء وتكون في الذمه كالعين.

ص: ٣٨٦

في اشتراط المعلوميه في العوض

وتوهم الفرق بينهما والقدرح في جعل الخدمه عوض الكتابه - من حيث إن المنفعه ملك المولى فلا يعاوض على ماله بماله، بخلاف الملك المتجدد فإنه ليس بموجود ولا داخل تحت قدرته، بخلاف الخدمه فإنها مقدوره له فكانت كالعين الحاضره، ومن ثم جاز عتقه منجزا بشرط خدمه معينه بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه - مندفع أسلفناه من أن مقتضى عقد الكتابه مخرج المملوك عن ملك المولى محضا وإن كان انتقالا مترلزلا ومن ثم حرم مناكحته وسقطت عنه فطرته ولم يكن له استخدامه وغير ذلك من توابع الملك، فكانت منفعتة وما يتجدد من كسبه تابعه لرقبته بالانتقال عن ملكه فجاز جعله عوضا عن فك رقبته. ولما كان العتق المنجز مقتضيا ملك المعتق منافع نفسه وكسبه اعتبر رضاه في اشتراطه المال دون الخدمه لأنها تصير كالمستثناه مما يخرج عن ملكه بالتحريم المتبرع به، وهذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمه عوضا في الكتابه الواقعه برضا المكاتب مضافا إلى عموم الأدله.

(ومنها) اشتراط المعلوميه في عوض المكاتبه، ولا يقدرح في معلوميتها الجمع بينها وبين شئ من المعاوضات مما يراعى فيها المعلوميه كالبيع والنكاح والإجاره لأن المعتبر العلم بمجموع العوض والمعوض، ولا يعتبر العلم بما يخص الأجزاء، وإنما يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان وبطلان بعض الصفقه، فيكتفى حينئذ بمعرفه ما يخص كل واحد بالحساب ونسبه بعضها إلى بعض، وهذا من ذلك القليل، قد تقدم ذلك في فروع البيع والنكاح. فإذا قال للعبد: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائه إلى شهر مثلا وكاتبتك

وآجرتك الدار بكذا، أو جمع بين الثلاثة فقال: قبلت الكتابه والبيع أو قبلتهما
جميعا أو الجميع صح وانعقدت العقود الثلاثه، فإذا أدى المال المعين عتق، واستقر
ملكه بالمبيع واستتجار الدار وغير ذلك مما يضاف إليها، فإذا احتيج إلى معرفه
ما يخصه من مال الكتابه كأن ظهر المبيع مستحقا ولم يجز المالك وزع العوض

ص: ٣٨٧

أولاً: السفية

على قيمه وقت الكتابه وعلى قيمه المبيع وأجره مثل الدار تلك المده ويسقط من العوض ما قابل الفاسد.

وربما تطرق احتمال البطلان فى الصفقه المجتمعه كذلك لأنها بمنزله عقود متعدده، فيعتبر العلم بعوض كل واحد على الانفراد خصوصا مع اختلاف أحكامها كالبيع والكتابه والإجاره، والكتابه أشدها شبهه، وهى أن الكتابه لا تستقل بالتصرف إلى أن يتم عقد الكتابه، وحينئذ يقع البيع والإجاره قبل ملكه للتصرف، فيقعا باطلين.

وجوابه منع كون الصفقه والمجتمعه عقودا متعدده بل هى عقد واحد كما لو باعه ثوبين أو أكثر بثمن واحد، فإن احتمال تعدد الصفقه آت كالبيع والكتابه والإجاره، بل فى ثوب واحد لو ظهر بعضه مستحقا وهو غير قاذق اتفاقا نصا وفتوى، واختلاف الأحكام لا يقدح فى الجميع لأنه يلزم كل واحد حكمه، وإنما القاعده جمع الكل فى صيغه واحده وأما شبهه الاستقلال فمندفعه برضا المولى بذلك، فإن الحجر عليه إنما كان لحق المولى. والأخبار المصرحه بالحجر عليه إنما هى

فيما لا يقع بإذنه كما وقع فى صحيحه معاويه بن وهب (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " أنه قال فى رجل كاتب مملوكه على نفسه وماله وأمه وقد شرط عليه أنه لا يتزوج فأعتق الأمه وتزوجها، قال: لا يصلح له أن يحدث فى ماله إلا الأكله من الطعام ونكاحه فاسد مردود ".

وكذا إطلاق خبر أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبه ولا نكاح ولا شهاده ولا حج حتى يؤدى جميع ما عليه إذا كان

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ١ وفيهما "كاتب على نفسه - أن لا يتزوج".
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٨ ح ٩ وفيهما "عن أبي جعفر - عجز عن نجم من نجومه"، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٢ وفيه اختلاف يسير.

فى جواز كتابه العبد المشترك بين اثنين فصاعدا

مولاه شرط عليه إن عجز فهو رد فى الرق ."

وصحيحه الحلبي (1) هى الكاشفه عن هذا التقييد لقوله فيها " فى المكاتب

يشترط عليه مولاه أن لا يتزوج إلا بإذن منه حتى يؤدى مكاتبته، قال: ينبغى

له أن لا يتزوج إلا بإذن منه إن له شرطه ."

وكما يجوز اجتماع هذه العقود مع المكاتبه وأنها لا تورث الجهاله كذلك

يجوز أن يكاتب الاثنان عبدا واحدا سواء اتفقت حصتهما أو اختلفت، تساوى

العوضان أو اختلفا، اتفقت النجوم أو اختلفت.

وبالجملة: فكتابه العبد المشترك بين اثنين فصاعدا مما لا إشكال فى جوازها

للعوم وتسلط كل واحد من الشركاء على مكاتبه حصته بما شاء منفردا وكذا

مع الاجتماع.

وخالف فى ذلك بعض العامه فمنع من اختلافها فى القدر مع تساويهما فى

الملك حذرا من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائه

مثلا وإلى الآخر مائتين، ثم ارتفعت الكتابه بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع

إلى الثانى خمسين ويكون الثانى قد انتفع بها مده بقائها فى يده من غير استحقاق.

وهذا مدفوع بأن الاستحقاق طار من حين الفسخ وقبله كان ملكا لقبضه

ملكاً متزلزلاً ولا يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه وأما عدم جواز

دفعه إلى أحدهما بدون إذن صاحبه وكون ما دفعه لهما فرع من فروع الدين

المشترك، ونقل عن الإسكافى والقاضى ابن البراج حواز أن يدفع إلى أحدهما دون

الآخر ما لم يشترطاً عليه أن يكون الدفع لهما جميعاً لأن لمن عليه الحق التخيير

فى جهه القضاء وتعيين ما شاء فى أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقه فقد اختار دفع
ما يستحقه المدفوع إليه فى المدفوع واختار منع الآخر منه فلا يشركه فيه كما
لو منعه من الاستيفاء فى بعض أمواله. والمشهور هو الأول حيث الدين لا يقبل

ص: ٣٨٩

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٥.

الفصل الثالث: في العدد وفيه مقامات:

القسمه إلا على جهه الحواله كما اقتضته النصوص المصرح بها في مباحث الديون

هذا كله عند اتحاد العقد، أما لو تعدد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن

الجنيد والقاضى. واعلم أن الكتابه تكون بالنسبه إلى الموليين متعدده في المعنى

وإن اتحد العقد، فإذا أدى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعق، لكن بدون إذنه

لا يتحقق العتق في أحد النصيين، ولو عجز فعجزه أحدهما ورده في الرق وصبر

الآخر صح كما لو تعدد.

ولو كانت العبيد ثلاثه وكاتبهم في عقد واحد بأن قول: كاتبكم على ألف إلى

أنجم معينه فإذا أديتموها فأنتم أحرارا فقبلوا صحت الكتابه عندنا ووزع المال

على قيمهم، فلو كانت قيمه أحدهم مائه والثاني مائتين والثالث ثلاثمائة فعلى الأول

سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه، والاعتبار بالقيمه يوم المكاتبه

لأنه اشترى منه لنفسه حين العقد وإن توقف عتقه على أدائها. وقال بعض العامه:

يوزع على عدد الرؤوس. وقد تقدم الكلام على نظيرها في عوض الخلع والصداق.

ثم إن كل واحد من العبيد يؤدي ما عليه إما على التفاضل أو على التساوى،

وينعق إذا أدى ما عليه ولا يتوقف عتقه على أداء غيره ما عليه، على الأظهر، وإن

مات أحدهم أو عجز فهو رق وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أن السيد

قد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أديتم فأنتم أحرار، لأن الكتابه الصحيحه

يغلب فيها حكم المعاوضه دون المعتق. وقيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه وإنما

يعتقون معا إذا أدوا جميع المال. وقد علم وجهه مما تقرر وما يجاب به عنه.

وقال القاضى ابن البراج: إذا كاتب إنسان عبيدين كتابه واحده فمات

أحدهما قبل الثاني فإما أن يختار أن يؤدي باقي الكتابه عنه وعن صاحبه

وأما أن يكاتب عن نفسه كتابه جديده، فأيهما اختار كان له ذلك، فإن

كان المتروك مالا فيه وفاء بقسطه من الكتابه أخذه السيد مما له من الكتابه وكان

على الثاني ما بقى من قسطه منها. ومثل ذلك ما إذا ارتد أحدهما ولحق بدار

الحرب ولم يقدر عليه فإنه بمنزله الميت وإن كان ما تركه فيه وفاء بجميع

ص: ٣٩٠

لو شرط على العبد في عقد المكاتبه كفاله كل منهم لصاحبه

الكتابه حتى حصه الثانى عتقا معا ورجع ورثه الميت على الحى بحصته وصار ذلك

ميراثا بينهم. هذا حاصل كلامه، وهو يدل على توقف عتق كل منهما على

أداء المال أجمع. وسيأتى إن شاء الله تعالى أن موت المكاتب يبطل الكتابه سواء

كانت مشروطه أم مطلقة ولم يؤد شيئا من المال، وحينئذ فيسقط قدر نصيبه من

مال الكتابه ولا ينحصر المال فى أحدهما لأنه عوض بينهما معا فيسقط عليهما كالبيع،

وإنما يؤدى الحى قدر نصيبه من مال الكتابه ويعتق.

وإذا تقرر ذلك فلو شرط عليهم فى عقد الكتابه كفاله كل منهما لصاحبه

صح على القول الأصح للأصل وعموم الأخبار "المؤمنون عند شروطهم" فيلزم كلا

منهما حكم الكفاله وهو وجوب إحضار الغريم عند الحلول أو أداء ما عليه، إلى

آخر ما فصل هناك فى أحكام الكفاله.

وقيل: لا تصح الكفاله هنا بناء على عدم لزوم مال الكتابه من جهه المكاتب

والشرط الكائن فى العقد كجزء من العوض فيتبعه فى الجواز، وكذا يجوز أن يضمن

كل منهما ما فى ذمه الآخر، وحينئذ فيعتقان جميعا لأن الضمان قد حول ما فى

ذمه كل منهما إلى الآخر كما هو مذهب الإماميه، فيترك منزله الوفاء ويبقى

المال دينا فى ذمه كل منهما، لا على وجه المكاتبه لحصول الوفاء بالضمان. ولو

ضمن أحدهما خاصه تعلق المال بذمته وعتق المضمون لفراغه من مال الكتابه.

وقال العلامة فى المختلف فيه: إذا رضى المولى بضمانهما كليهما فهو كما لو

لم يقع ضمان، وهو من غرائبه، لما عرفت من ظهور الفرق لتحول ما فى ذمته إلى

ذمه الآخر.

نعم لو جعلنا الضمان ضم ذمه إلى ذمه - كما عليه العامه - تخيرا بالرجوع
فى الجميع على من شاء، وفى كلام الشيخ فى المبسوط إشعار به. فكأنه قد اقتفى
أثر العامه فيه لعدم تدبره لمسائل الفروع عند بحثه مع العامه. وقد ذكر فى
المسائل الحائريات ما يقرب من ذلك، حيث جوز ضمان اثنين مالا واشترط رجوعه

ص: ٣٩١

السابعه: لو دفع المكاتب ما عليه من المال قبل الأجل

على من شاء منهما، وهو دليل على ذلك أيضا لأن هذا الشرط فاسد على مذهبنا لمنافاته للضمان، لأن الضمان ناقل للمال من ذمه إلى ذمه، وعليه إجماع أصحابنا، وكثيرا ما تقع لهم مثل هذه الغفلات عند مجاراتهم العامه فى المسائل.

السابعه: لو دفع المكاتب ما عليه من المال قبل الأجل كان الخيار لمولاه فى القبض والتأخير لأنه دين مؤجل، فلا يتحتم عليه قبوله قبل حضور أجله كما تقرر فى الديون، ويجوز أن يتعلق بالتأخير غرض صحيح لا يتم بدونه فيجب الوفاء له به لاشتراطه ذلك فى العقد، وهذا هو المشهور بين علمائنا.

وخالف الإسكافى فى مختصره الأحمدي فأوجب على مولاه القبول قبل الأجل، لكن لا مطلقا بل فى موضع واحد، وهو ما إذا كان المكاتب مريضا ووصى بوصايا وأقر بديون وبذل لمولاه المال فليس له الامتناع لأن فى امتناعه إبطال لاقاره ووصيته.

ولبعض العامه قول بإجبار المولى على القبول مطلقا حيث لا ضرر عليه لأن الأجل حق من عليه الدين فإذا أسقطه سقط، وهو ممنوع، فإن الحق مشترك بينهما.

والأخبار الواردة فى هذه المسأله معتبره إسحاق بن عمار (1) عن الصادق عن

أبيه عليهما السلام " قال: إن مكاتباً أتى عليا عليه السلام وقال: إن سيدى كاتبنى وشرط على

نجوما فى كل سنه، فجئته بالمال ضربه فسألته أن يأخذه كله ضربه ويجيز عتقى

فأبى على، فدعاه على عليه السلام فقال: صدق، فقال له: ما لك لا تأخذ المال و تمضى

عتقه؟ قال: ما آخذ إلا النجوم التى شرطت وأعرض بذلك إلى ميراثه، فقال على

عليه السلام: أنت أحق بشرطك".

وصحيح أبي الصباح الكناني (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في المكاتب يؤدي نصف

ص: ٣٩٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٣ ح ٣١، الوسائل ج ١٦ ص ١١٧ ب ١٧ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير. التهذيب ج ٨ ص ٢٧١ ح ٢٢،
الوسائل ج ١٦ ص ١١٦ ب ١٧ ح ١.

حكم وقوع الرد بعد الموت والقبول وقبل القبض

مكاتبته ويبقى عليه النصف ثم يدعو مواليه إلى بقيه مكاتبته فيقول: خذوا ما بقى
ضربه واحده، قال: يأخذون ما بقى ثم يعتق "

وصحيح الحلبي (1) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

وظاهر هذه الأخبار التنافي، وقد حملها الشيخ على الجواز دون الوجوب،

وينبغي حملها على الاستحباب لأن فيه تعجيلا للعتق المحبوب عند الله كما فهمه

محدث الوسائل وقد وافق صاحب المسالك الشيخ في الحمل على الجواز ثم قال:

ولا دلالة فيه على لزومه، ولو ظهر منه ذلك لزمه تنزيله على ما ذكر حذرا من

مخالفه غيره ومخالفه القواعد المقرره في نظائره.

ولا ينافي صحة طرق هذه المجوزه وضعف طريق المانع لعدم المنافاه على

ذلك، نعم لو صالحه المولى على هبه شئ من مال الكتابه على أن يعجل له مال الكتابه

صح، لكن يكون بلفظ الهبه لا بلفظ الحط والابراء للمنع من ذلك في صحيح

على بن جعفر (2) عن أخيه أبي الحسن موسى عليه السلام " قال: سألته عن الرجل كاتب

مملوكه فقال بعد ما كاتبه: هب لي بعضا واعجل لك ما كان من كاتبتي، أيحل

له ذلك؟ قال: إذا كان هبه فلا بأس وإن قال حط عني وأعجل لك فلا يصلح "

وقد رواه في قرب الأسناد عن عبد الله بن الحسن (3) فيكون من الضعيف.

وقد ذكره في كتاب المسائل (4).

ولعل الفرق بين الهبه والحط، حيث إن الهبه الاعطاء والدفع كما قال الله

تعالى " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " بخلاف الابراء فإنه إسقاط مجرد،

- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٣ ح ٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ١١٦ ب ١٧ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١١٤ ب ١٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٣- (٣) قرب الإسناد ص ١٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ١١٤ ب ١٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٣ وفيه اختلاف يسير.

التاسعه: فى موت المكاتب فى المكاتب المشروطه

والاسقاط إنما يتعلق بمحضر الدين، وعند تعجيله يكون عينا فلا يتعلق بها الابراء بل الهبه.

الثامنه: لو ظهر فساد الكتابه لاختلال شرائطها لا يتعلق بها حكم بل تقع لاغيه كما هو مذهب الجميع لنا والأكثر للعامه، وخالف البعض منهم فقسموا الكتابه إلى باطله وفساده، فالباطله هى التى اختل بعض أركانها بأن كان السيد صيبا أو مجنونا أو مكرها على الكتابه أو كان العبد كذلك أو لم يجز ذكر عوض أو ذكر ما لا يقصد ماليته كالدم والحشرات أو اختلت الصيغه. والفساده هى التى انتفت صحتها باشمالها على شرط فاسد أو بفوات شرط فى العوض كان مجهولا أو لم يتجه ثم جعلوا الكتابه الباطله لاغيه كما ذكرناه.

والفساده تساوى الصحيحه فى ثلاثه أمور: (أحدها) أنه يحصل العتق بالأداء. (والثانى) أنه يستقل بالكسب ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه و كذا ولده من جاريته.

(الثالث) أنه يستقل حتى تسقط عن السيد نفقته وتفارقها فى أنها لا تلزم من جانب السيد فله فسخها وتبطل بموت السيد.

وبالجملة: فالعتق عندهم يحصل من جهه التعليق لا من جهه الكتابه، وهذه الآثار كلها لا أصل لها عندنا لأن الفاسد لا يترتب عليه أثر، وإطلاق الشارع محمول على الصحيح، و الأحكام مترتبه عليه.

التاسعه: إذا مات المكاتب وكانت المكاتبه مشروطه بطلت الكتابه بالموت وكان ما تركه لمولاه وأولاده أرقاء، وإن لم تكن مشروطه تحرر منه بقدر

ما أداه وكان الباقي رقا لمولاه، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من الرق، وللوارث

بقدر ما انعتق منه، ويؤدى الوارث من سهم الحريه ما بقى من مال الكتابه،

ولو لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم، ومع الأداء ينعتق الأولاد.

وهل للمولى إجبارهم على الأداء ولو بالسعى؟ فيه خلاف، وقد تردد المحقق

فيه فى الشرايع، والأقوى أن له إجبارهم على ذلك كما يجبر من تحرر بعضه

ص: ٣٩٤

انتقال حق قبول الوصيه إلى ورثه الموصى له لو مات

على فك باقيه. ووجه العدم بطلان المعامله وعدم وقوعها معهم فلا يلزمهم أداؤها.

وذهب ابن الجنيدي في مختصره الأحمدي أنهم يؤدون ما تخلف من أصل الزكاه

ويتحرر الأولاد بذلك وما يبقى فلهم. والأول أشهر في الفتوى والروايه.

وتشهد المشهور صحيحه محمد بن قيس (١) عن الباقر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين

عليه السلام في مكاتب توفى وله مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه، وما لم يعتق

يحسب لأربابه الذين كاتبوه "

وصحيحه بريد العجلي (٢) عن الباقر عليه السلام " قال: سألته عن رجل كاتب عبدا له

على ألف درهم ولم يشترط عليه حين كاتبه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو رد في

الرق والمكاتب أدى إلى مولاه خمسمائه درهم، ثم مات المكاتب وترك مالا وترك

ابنا له مدركا، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه والنصف

الباقى لابن المكاتب لأنه مات ونصفه حر ونصفه عبد، فإذا أدى الذي كان كاتب

أباه عليه ما بقى على أبيه فهو حر لا سبيل لأحد عليه من الناس "

وتمسك ابن الجنيدي بصحيحه جميل بن دراج (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في

مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته وترك مالا، فقال: إن

كان اشتراط عليه أنه إن عجز فهو رق رجع ابنه مملوكا والجاريه، وإن لم

يشترط عليه صار ابنه حرا ورد على المولى بقيه مال الكتابه وورث ابنه ما بقى "

ومثل صحيح أبي الصباح الكناني (٤) وصحيح الحلبي (٥) وصحيح عبد الله بن سنان (٦)

ص: ٣٩٥

- ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٥٠ ح ٦، الوسائل ج ١٧ ص ٤١١ ب ٢٣ ح ٥ وفيهما اختلاف.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ٣٥١ ح ٧، الوسائل ج ١٧ ص ٤١١ ب ٢٣ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٧١ ح ٢٢، الوسائل ج ١٦ ص ١١٨ ب ١٩ ح ٢.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٩ ص ٣٤٩ ح ٣، الوسائل ج ١٧ ص ٤١٠ ب ٢٣ ح ٢.
- ٦- (٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٢ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ١١٩ ب ١٩ ح ٣.

ثانياً: المفلس

وغيرهم جميعاً من الصحيح بألفاظ مختلفه حصلها هذا الحكم، إلا أنها لا تخلو عن شائبه الاجمال.

وطريق الجمع بين هذه الروايات ما قاله الشيخ في كتابي الأخبار هو أنه إذا أدى الوارث ما بقى من نصيبه لا من أصل المال ورث الباقي إن كان في النصيب بقيه، وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أنه متعين في مقام الجمع بين الأخبار الصحيحه. والمحقق في الشرايع اعتمد مذهب المشهور وأسند ما قاله ابن الجنيد إلى الروايه. والعلامه في التحرير توقف في أصل الحكم لمعارضته هذه الروايات مع أكثره ما ذهب إليه ابن الجنيد وصحه جميعه ولانحصار الصحه في جانب المشهور عنده في روايه بريد لاشتراك محمد بن قيس عنده، فالصحه فيها غير متحققه إلا أنها أشهر، فتعارض الكثره والشهره.

ولو وصى له بوصيه صح له بقدر ما فيه من حريره، وبطل ما زال.

والمشهور بين الأصحاب أن المكاتب المشروط لا تصح الوصيه له مطلقاً، والمطلق تصح له بنسبه ما فيه من الحريره.

والمستند في ذلك صحيحه محمد بن قيس (1) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قضى

أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب تحت حره فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال أهل

المرأه: لا تجوز وصيتها له لأنه مكتب لم يعتق فلا يرث، فقضى عليه السلام: أنه يرث

بحساب ما أعتق منهم ويجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه. وقضى في مكاتب

قضى ربع ما عليه وأوصى له بوصيه فأجاز ربع الوصيه. وقضى في رجل حر

أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق. وقضى في

وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أنه يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه "

وقيل: تصح الوصيه له مطلقاً لأن قبولها نوع اكتساب، وهو غير ممنوع

ص: ٣٩٦

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٢١ ب ٢٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

العاشره: لو وجب عليه بعد المكاتبه وانعتاق بعضه حد

منه وفيه قوه، إلا أن العمل على الأول أحوط، وليست الروايه ضعيفه كما زعمه شهيد المسالك لعدم اشتراك محمد بن قيس لروايته عن الباقر عليه السلام وروايه عاصم بن حميد عنه. لكنه قد عمم الاشتراك هذا كله إذا كان الموصى غير المولى. أما هو فتصح وصيته له بغير إشكال فيعتق منه بقدر الوصيه، فإن كانت بقدر النجوم أعتق جميعه، وإن زادت فالزائد له. ولا فرق في ذلك بين كون قيمته بقدر مال الكتابه وأقل، حيث إن الواجب الآن هو المال. ويحتمل عند البعض اعتبار قيمه لو نقصت لأن ذلك حكم القن، والمكاتب لا يقصر عنه. وفيه أنه قد خرج عن حكم القن بوجه وصار مال الكتابه في ذمته فكان اعتباره أولى.

العاشره: لو وجب عليه بعد المكاتبه وانعتاق بعضه حد أقيم عليه من حد

لأحرار بحد الحرية، ومن حد العبيد بنسبه الرقيه. وإن لم يتحرر منه شئ

بأن كان مطلقا ولم يؤد شيئا أو مشروطا حد حد العبيد وإن كان قد خرج عن

حكم العبد بوجه لأنه لم يصر حرا محضاً والحد قد بنى على التحقيق فيرجح

فيه جانب الأقل.

ويدل على تبعض الحد في المبعوض صحيح الحلبي (1) عن أبي عبد الله عليه السلام

" في المكاتب يجلد الحد بقدر ما أعتق منه "

والمراد بالحد هنا حد الأحرار، وسكت عن الجزء لظهوره أو لأنه لا يقصر

عن الأقل فتبين الأكثر. ولو كان الذنب موجبا للحد بشرط الحرية دون الرقيه

كالرجم انتفى رأسا وجلد. ومثله ما لو قذفه قاذف فإنه يجب عليه من حد الأحرار

بحد الحريره ويسقط ما قابل الرقيه إذ لا يجب الحد على قاذفه بل التعزير وهو

لا يتنصف بل يناط بنظر الحاكم فيعزره عن جزء الرقيه بما يراه.

ص: ٣٩٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٦ ح ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٢ ب ٢٢ ح ١.

المقام الثاني: فى المستقيمه الحىض وفى معنى القرء

وفى صحىح محمد بن قىس (١) عن أبى جعفر علىه السلام " قال: قضى أمىر المؤمنىن

علىه السلام فى مكاتبه زنت، قال: ىنظر ما أخذ من مكاتبها فىكون فىها حد الحر،

وما لم يقبض فىكون فىه حد الأمه. وقال فى مكاتبه زنت وقد أعتق منها ثلاثه

أرباع وبقى ربع فجلدت ثلاثه أرباع الحد حساب الحره على مائه فذلك خمس

وسبعون جلده وربعها حساب العبد خمسىن سوطا ونصف فذلك سبعة وثمانون

جلده، وأبى أن ىرجمها وأن ىنفىها قبل أن ىثبت عتقها "

وفى صحىح آخر له (٢) عن أبى جعفر علىه السلام مثله، على أنه قال: " ىؤخذ

السوط به وكذلك الأقل والأكثر "

وفى صحىح محمد بن مسلم (٣) عن أبى جعفر علىه السلام " فى المكاتب قال: ىجلد الحد

بقدر ما أعتق منه، وذكر أنه ىجلد ببعض السوط ولا ىجلد به كله "

وفى خبر عباد بن كثر (٤) عن جعفر بن محمد علىهما السلام " فى المكاتبىن ذا فجرا ىضربان

من الحد بقدر ما أديا من مكاتبهما حد الحر وىضربان الباقى حد المملوك "

وسىجى بقیه الكلام علىه فى الحدود.

ولو زنى المولى بمكاتبه سقط عنه بقدر الحد ما له منها من الرق وحد

الباقى. هذا إذا كان مما ىقبل التجزئه كالجلد، فلو كان كالرجم مما لا ىقبلها سقط

أىضا وتعىن الجلد، وىمكن أن ىقال: إن الرجم هنا متنف أصلا لفقد شرطه

ص: ٣٩٨

١- (١) التهذىب ج ١٠ ص ٢٨ ح ٩٢، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ ح ٣ وفىهما " ىنظر ما أدت - الحره - وما لم تقض -

حساب خمسىن من الأمه اثنا عشر سوطا - سبعة وثمانون جلده والنصف "

٢- (٢) التهذىب ج ١٠ ص ٢٩ ح ٩٣، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ ح ٤ وفىهما " مثله إلا أنه قال: ىؤخذ السوط من نفسه

فيضرب وكذلك".

٣- (٣) التهذيب ج ١٠ ص ٢٨ ح ٩١ وفيه "قال: يجلد المكاتب على قدر ما أعتق منه"، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ ح ٢ وفيهما "فإن يجلد المكاتب على قدر".

٤- (٤) الفقيه ج ٤ ص ٣٣ ح ٩، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٥ ب ٣٣ ح ٧.

الحاديه عشره: فى عدم جواز تصرف المولى فى مال المكاتب

- أعنى زنا الحر بالحره - وكذا القول فى المسأله السابقه فىجب الجلد ابتداء لا لتعذر تبعض الرجم، وهو أجود.

ويدل على الحكم روايه الحسين بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام " قال: سئل عن رجل كاتب أمه له فقالت الأمه: ما أدت من مكاتبتي فأنا به حره على حساب ذلك، قال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها وجامعها مولاه بعد ذلك، فقال: إن استكرهها على ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبتها ودرى عنه من الحد بقدر ما بقى له من مكاتبتها، وإن كان تابعته كانت شريكته فى الحد و ضربت مثل ما يضرب ".

ولو كانت مشروطه ولم تؤد شيئا فلا حد، ولكن يعزر بتحريم وطئها لها بالمكاتبه مطلقا.

الحاديه عشره: لا يجوز للمولى فى مال المكاتب تصرف إلا بما يتعلق بالاستيفاء لأن الغرض منها تحصيله وتحسينه بقدر فك رقبتة، فليس مولاه المكاتب له إلا كسائر الديان، ويكون المكاتب مخيرا فى جهه الوفاء.

وكذلك ليس للمولى التصرف فى المكاتبه بوطء بعقد ولا ملك لعدم صيرورتها حره فلا تصلح للعقد، وخروجها بعقد المكاتبه عن محض الرق فلا يسوغ معه الوطاء بالملك، فإن وطأها عالما بالتحريم عزر إن لم يتحرر منها شئ، وحد بنسبه

الحرية إن لم تبعضت (٢)، فإن أكرهها اختص بالحد ولها مهر المثل.

وفى تكرره أوجه وأقوال ثالثها اشتراطه بتخلل أدائه إليها بين الوطئين.

ورابعها تعدده مع العلم لتعدد الوطاء. ومع الشبهه المستمره مهر واحد، وإذا وجب

المهر فلها أخذة في الحال، فإن حل عليها نجم وكان من جنس واحد جاز إمساكه

ص: ٣٩٩

١- (١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٩ ح ٩٤، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٦ ب ٣٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

٢- (٢) كذا في النسخة.

الآخبار الداله على أن المطلقه تبين عند الحيضه الثالثه

تهاتر، أو إن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبه به من نصيب ما يكسبه المكاتب بعد القدر له وإن حجر فيه عليه على بعض الوجوه

لأن ذلك هو فائده الكتاب إذ لولاه لتعذر عليه الوفاء

ومما يحجر عليه فيه تزوجه بغير إذن المولى ذكراً أو أنثى، فإن بادرت

بالعقد كان فضولاً لأنها لم تملك على وجه يشتغل به.

وفى روايه أبى بصير (١) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: المكاتب لا يجوز له عتق

ولا هبه ولا نكاح ولا شهاده ولا حج حتى يؤدى ما عليه "

وكذا لا يجوز له ولاء أمه يبتاعها إلا بإذن مولاها لأن ذلك تصرف بغير

الاكتساب وربما أنقص قيمتها، ويترتب عليها خطر الطلق ولضعف ملكه على

تقدير الأمر، ولا فرق فى ذلك بين المطلق والمشروط. ولو بادر ووطأ بغير إذنه

فلا حد مع الشبهه، وإلا عزر لأن مهر جاريتها لو ثبت كان له. ولو أولدها فالولد

له بشبهه الملك.

ثم لا يخلوا إما أن تأتي بالولد وهو مكاتب بعد فيكون ملكاً له لأنه ولد

جاريتها لكن لا يملك بيعه ولا يعتق عليه لأن ملكه ليس بتام بل يتوقف على

عتقه، فإن عتق عتق، وإلا فهو رق للسيد، وهذا معنى تبعيه ولده له فى الكتابه.

وثبوت الاستيلاء للأمه موقوف أيضاً على حريه الولد، فإن عتق استقر

الاستيلاء وإن عجز رقت مع الولد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر

مستولده لأن العجز يبين أنها عقلت برقيق وأنه لا استيلاء، ويحتمل أن لا مستولداً (٢)

مطلقاً لأن عتق الولد طار على الاستيلاء فأشبهته الأمه الموطوءه بالنكاح، وحق

الحريه للولد لم يثبت فى الاستيلاء فى الحال، هذا كله إذا أتت بولدها وهو مكاتب.

أما إذا جاءت به بعد العتق، فإن كان دون ستة أشهر من وقت التعليق كان

ص: ٤٠٠

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٢.

٢- (٢) كذا فى النسخه ولعل الصحيح " ويحتمل أن لا تكون مستولده ".

الثانيه عشره: فى عدم جواز التصرفات الناقله للمكاتب بغير إذن مولاه

كذلك لأن العلوق قد وقع فى حال الرق، وإن كان لما زاد عن سته إلى أقصى الحمل احتمال أن تكون بذلك مستولده له عملاً بالأصل وعدمه، نظراً إلى الغالب، هذا إذا كان وطؤه فى الحرية مع أصاله عدم التقدم.

وإن لم يظأها بعد الحرية انقده الأشكال أقوى من الأول، ووجه الحكم به كونها فراشا له فيلحق به الولد فى الجملة قبل الحرية وهو مستدام بعدها، وإن كان العلوق بعد الحرية قائم فيكتفى به لثبوت الاستيلاء فى الأول على تقدير حرية فيسقط منا مؤونه هذا الاستدلال.

ويدل على بعض هذه الأحكام صحيح على بن جعفر (1) عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عليهما السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى رجل وقع على مكاتبته فوطأها قال: عليه مهر أمثالها، فإن ولدت منه فهى على مكاتبتها، فإن عجزت ردت فى الرق فهى من أمهات الأولاد ".

وخبر السكونى (2) كما رواه المحمدون الثلاثة عن أبى عبد الله عليه السلام " أن أمير المؤمنين عليه السلام قال فى مكاتبه وطأها مولاه فتحمل قال: يرد عليها مهر مثلها وتسعى فى قيمتها فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد ".

الثانيه عشره: ليس للمكاتب التصرف فى ماله ببيع ولا هبه ولا عتق ولا إقرار ولا شئ من التصرفات الناقله إلا بإذن مولاه المكاتب له، وهو ممنوع من التصرف فى ماله بما ينافى الاكتساب وما فيه خطر كالبيع بالعين بالنسيه مع عدم الرهن والضامن المؤسر.

وقيل: لا يجوز مطلقاً لأن الرهن قد يعرض له التلف والضامن قد يعسر

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٧ ح ٤١، الوسائل ج ١٦ ص ١١٤ ب ١٤ ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٩٣ ح ٧ وفيه " عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي بن الحسين عليه السلام في مكاتبه "، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١١٥ ب ١٤ ح ٢ وفيهما " يطأها مولاها ".

هل للفحل أن ينكح في أخوه المرتضع بلبنه أم لا؟

والهبة بغير شرط عوض يزيد على العين كالبيع في المنع.

وفي المساوى قول بالجواز إذ لا ضرر فيه، لكن يشترط قبض العين قبل التقييض

لأنه لا يجوز البيع بدون القبض، ففي الهبة أولى ومن أطلق المنع من الهبة نظرا

إلى أن الهبة لا تقتضى العوض وإن شرط فلا يصح إلا مع عذره فيستلزم الخطر.

وكذا لا يجوز له العتق مطلقا لأنه تبرع محض، ومثله شراء من يعتق

عليه، وله قبول هبته مع عدم الضرر بأن يكون مكتسبا قدر مؤونته فصاعدا. وكذلك

الاقرار مع عدم الغبطة، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محل

الأمن أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى، ونحو ذلك مما فيه مصلحة ظاهره،

فلا منع، فهو من ضروب الاكتساب. والمحقق وغيره من فقهاءنا في مؤلفاتهم قد

أطلقوا المنع من هذه الأشياء، فلا بد من تقييدها بما ذكرناه، وفي معنى تصرفاته

المنافية للاكتساب بسطه في الملابس والنفقه، ولا يكلف بالتقتير المفرط بل يلزم

الوسط اللائق بحاله عادة، هذا كله إذا تجرد من إذن المولى. ومع الإذن يجوز

هذا كله لأن الحق المالى لا يعدوهما.

والذى يدل على هذه الأحكام صحيح معاوية بن وهب (١) الذى رواه المحمدون

الثلاثة عن أبى عبد الله عليه السلام " أنه قال فى رجل كاتب نفسه وماله وله أمه وقد شرط

عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمه وتزوجها فلا يصلح له أن يحدث فى ماله إلا الأكله

من الطعام ونكاحه فاسد مردود ".

وخبر أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: المكاتب لا يجوز له عتق

- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٢، الفقيه ج ٣ ص ٧٦ ح ١٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ١ وما في المصادر "كاتب على نفسه - قال: لا يصلح له".
- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ فيه "عجز عن نجم من نجومه"، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٢.

الثالثه عشره فى لزوم كل شرط يشترطه المولى على المكاتب ما لم يكن مخالفا للشريعه

ولا هبه ولا نكاح ولا شهاده ولا حج حتى يؤدى جميع ما عليه إذا كان مولاه قد

شرط عليه إن هو عجز فهو رد فى الرق "

وصحيح أبى بصير ليث المرادى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله وترك " النكاح

والشهاده والحج " وزاد " ولكن يبيع ويشترى: وإن وقع عليه دين فى تجارته

كان على مولاه أن يقضى عنه لأنه عبده "

وموثقه أبى بصير (٢) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريه

ثم إنه كاتبها على النصف الآخر - إلى أن قال: - فلها أن تتزوج فى تلك الحال؟

قال: لا، حتى تؤدى نصف ما عليها فى نصف رقبتها "

وصحيح الحلبي (٣) وحسنه عن أبى عبد الله عليه السلام " فى حديث أنه قال فى المكاتب

يشترط عليه مواليه أن لا يتزوج بإذن منه حتى يؤدى مكاتبته قال: ينبغى له أن

لا يتزوج إلا بإذن منه أن له شرطه "

وصحيح أبى بصير (٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: الرجل المسلم له أن

يتزوج المكاتبه التى قد أدت نصف مكاتبها؟ قال: فقال: إن كان سيدها حين

كاتبها شرط عليها إن هى عجزت فهى فى الرق فلا يجوز نكاحها حتى تؤدى

ما عليها "

الثالثه عشره: كلما يشترط المولى على المكاتب فى المكاتبين معا يكون

ص: ٤٠٣

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٣ وفيهما " أن يقضى ديه "

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٤ وفيهما " تؤدى جميع ما عليها فى "

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٥ وفيهما " مولاه أن لا يتزوج إلا بإذن منه "

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٦ وفيهما "مكاتبها - رد في الرق جميع ما عليها" مع اختلاف يسير.

الرابعه عشره: فى حكم حمل الأمه المكاتبه

لازما ما لم يكن مخالفا للكتاب والسنة لأن عقد الكتابه قابل للشروط السائغه
كنظائره من عقود المعاوضات، فيشمله عموم الصحاح المسلمه والمعتبره من النبويه
وغيرها فى قولهم " المؤمنون عند شروطهم " فيلزم الوفاء بما يشترطانه ما لم يكن
مخالفا للمشروع، وقد تقدم عن قريب أن له شرطه، وكذلك قد تقدم فى خبر
إسحاق بن عمار (1) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام حيث قال فى آخره " أنت أحق بشرطك " .

وأما عدم لزومه إذا خالف الكتاب أو السنة فلا أخبار الداله على جهه العموم
وهى كثيره، وقد تقدم منها جمله فى البيوع والنكاح.

ويدل عليه فى المكاتبه بالخصوص خبر عمر و (2) صاحب الكرايس عن أبى
عبد الله عليه السلام كما فى الكافى والتهذيب والفقيه " فى رجل كاتب مملوكه واشترط
عليه أن ميراثه له، فرفع ذلك إلى على عليه السلام فأبطل شرطه وقال: شرط الله قبل
شرطك " .

فلو شرط عليه عملا مخصوصا زمن الكتابه أو بعد العتق بالأداء والاكتساب
على وجه معين أو فى مكان معين ونحو ذلك صح، ولو شرط عليه الوطء وعدم
التكسب أو كان الولد المتجدد رقا ونحو ذلك بطل الشرط. وهل يبطل العقد
ببطلانه؟ فيه خلاف، والأقوى عدم البطلان لما سمعت من الأخبار فيما سبق واستوجه
الشهيدان وجماعه من متأخري المتأخرين تبعيه العقد له فى الفساد كنظائره من
الشروط الفاسده فى العقد الصحيح، لولاها والأخبار الوارده بأيدنا لا تساعدهم.

الرابعه عشره: لا يدخل الحمل فى كتابه أمه، لكن لو حملت بمملوك بعد
الكتابه كان أولادها كحكمها فينعتق منهم بحسابها، ولو تزوجت بحر كان

أولادها أحرارا، ولو حملت من مولاهما لم تبطل الكتابه، فإن مات وعليها شئ

ص: ٤٠٤

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٣ ح ٣١، الوسائل ج ١٦ ص ١١٧ ب ١٧ ح ٢.
٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١٥١ ح ٢ وفيه " عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه "، الفقيه ج ٣ ص ٧٨ ح ٢٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٧٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٦ ص ١١٥ ب ١٥ ح ١.

الضمان

من الكتابه تحررت من نصيب ولدها، وإن لم يكن لها ولد سعت في مال الكتابه للوارث.

وإنما لم يكن الولد مكاتبا إذا كانت حامله به حال الكتابه لأنه كالولد المنفصل وإن قصده، فإن الصغير لا يكاتب بخلاف مثله في التدبير، فإن الصغير يقبله لأنه عتق متبرع به مشترك فيه الصغير والكبير بخلاف المعامله. ولبعض المخالفين قول بدخوله في الكتابه على وجه الاستتباع لا على وجه السرايه كما يتبع المال في البيع وهو ممنوع.

أما الحادث بعد الكتابه فهو أقسام، لأنه إما أن يكون من زنا أو من نكاح مملوك أو من حر أو من مولاها. فإن كان من حر فولدها أحرارا لا مدخل لهم في الكتابه. وإن كانوا من زنا أو من مملوك ثبت لهم حكم الكتابه بمعنى انعتاقهم بعق الأم أو بالأداء لمال الكتابه أو بالابراء، وهذا هو المراد بكونهم بحكمها، لا أنهم يصيرون مكاتبين لأنهم لم يجر معهم عقد، وإنما المراد انعتاقهم بعقها من جهه الكتابه حتى لو فسخت الكتابه ثم عتقت الأم لم يعتق الولد.

وهل يثبت حق ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى؟ قولان: من أنه تابع للأم وحقها له، ومن أنه من جمله كسبها فيكون لها، وتظهر الفائده فيما لو قتله قاتل، فعلى القول الأول فقيمه للمولى كما لو قتلت الأم، وعلى الثاني فهو للمكاتبه تستعين به في أداء النجوم. أما كسب الولد وأرش الخيانه عليه فيما دون النفس وأرش الوطء بالشبهه لو كانت جاريه فموقوف على عتقها فيكون لها، وإلا فللمولى كسب الأم.

ولو عجزت الأم وأرادت الاستعانه بكسب ولدها الموقوف ففي إجابتها

وجهان مرتبان على أن الحق هل هو للمولى أو لها؟ فعلى الثانى لا إشكال فى جواز

استعانتها به، وأما على الأول فيحتمل أيضا كذلك لأنها إذا رقت رق الولد فيأخذ

المولى كسبه، وإذا عتقت عتق، وقد يفضل شئ من الكسب ففي إجابتها لحظ

ص: ٤٠٥

لا و لايه للام مطلقا

الولد وعدمه لأنه لا حق لها في كسبه لأن الكلام على تقديره، وتظهر الفائدة

أيضا في نفقه الولد، والوجه أنها في كسبه وما فضل فهو الموقوف.

فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقة ففيه قولان: أظهرهما أنها على المولى

بناء على أن حق الملك له وإن كان مراعىا. والثاني أنه من بيت المال، لأن

تكليفه النفقه من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به. وفيه وجه

ثالث احتمله البعض أنه على الأم، لأن كسبه قد تنتفع به فتكون نفقته عليها

لتبعيه النفقه للكسب.

وإن كان الولد من مولاها وكان مولاها حرا فالولد حر لأنها علقته به

في ملكه فتصير أم ولد له. وهل عليه قيمه الولد؟ يبني على ما تقدم من الوجهين

السابقين. فإن قلنا: حق الملك للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبه،

وإن قلنا: الحق لها فعليه قيمه وتستعين المكاتب بها، فإن عجزت قبل أخذها لها

سقطت لعودها للمالك، وإن عتقت أخذتها، وإن ولدت بعد ما عجزت وصارت

رقا فلا شيء لها. وكذا لو ولدت بعد ما عتقت لأنه حين تعذر تقويمه ليس بكسب

مكاتبته ثم لا ترتفع الكتابه باستيلادها بل هي أم ولد، ومكاتبته كما تقدم دليله،

فإن عجزت ثم مات السيد عتقت عن الاستيلاء، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاء

من النكاح أو السفاح يتبعونها في الحريه، والحادثون قبل الاستيلاء أرقاء للسيد

وتعتق من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً وسعت في عوضه للوارث.

وقد تقدم في صحيحه على بن جعفر (١) وروايته وخبر السكوني (٢) ما يرشد

إلى ذلك حيث قال في تلك الصحيحه " إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال في رجل وقع على

مكاتبته فوطأها: إن عليه مهر مثلها فإن ولدت منه فهي على مكاتبتها وإن عجزت

فردت في الرق فهي من أمهات الأولاد."

ص: ٤٠٦

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٧ ح ٤١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١٤.

الخامسه عشره: فى حكم فطره المكاتب وكفارتة

الخامسه عشره: المكاتب المشروط باق على رقيته لمولاه حتى يؤدى جميع ما عليه، ففطرته على مولاه كما تقم فى الزكاه، ولو كان مطلقا لم تكن عليه فطرته فى المشهور لخروجه عن محض الرقيه ولم يصير إلى حاله الرقيه وهى مرتبه بينهما كما علم مرارا، ومن هنا تسقط نفقته عن مولاه وتتعلق بكسبه، وكان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه وإن كانت مشروطه لأنها تابعه للنفقه.

لكن قد أطلق جماعه من الأصحاب وجوب فطره مشروطه على مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقيه مع أن صحيحه على بن جعفر (1) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن المكاتب هل عليه فطره رمضان أو على من كاتبه؟ أو تجوز شهادته؟ فقال: الفطره عليه ولا تجوز شهادته ". و لم يفرق فيها بين القسمين.

وأول الشهيدين فى الدروس اختصر على نقل وجوب فطره المشروط على مولاه وعن بعض الأصحاب ثم احتمل عدمه محتجا بأنها تابعه للنفقه.

وابن البراج صرح بعدم وجوبها على المولى أيضا، ولا بأس بهذا القول لأن الشهره غير كافيه فى الاستدلال.

وأما المطلق فلا تجب فطرته على مولاه قولاً واحداً ولا على نفسه إلا أن يتحرر منه شئ لأنه مملوك لا يقدر على شئ. وصحيح على بن جعفر شامل للمشروطه والمطلقه، فنفى عنها بهذا التعليل قول عليل، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه عملاً لتلك الصحيحه ولو وقعت عليه كفاره متعلقها العتق والاطعام، ولم يجز له أن يؤدى شيئاً من هذين الخصلتين إلا إذا أذن له المولى، لأن شرط التكفير بهما الملك واليسار وهو ملتفت عنه. أما الثانى فظاهر، وأما الأول فالأن ملكه

غير تام والتكفير بالاطعام مشروط بالأمر الثاني.

وعلى تقدير إذن المولى فى ذلك ففى الاجزاء وجهان، من أن المنع كون

الحق للمولى وقد زال بإذنه، ومن أن التكفير عليه بالأمرين غير واجب على

ص: ٤٠٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٧ ح ٤٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٢ ب ٢٢ ح ٢.

السادسه عشره: فى حكم كسب المملوك إذا ملك نصف نفسه

المملوك فلا يجزى عن الواجب، وإذن المولى لا يقتضى الوجوب بل غايته الجواز.

ويمكن بناؤه على أن التبرع على المتبرع بالكفاره التى ليست فرضه هل تجزى

عنه أم لا؟ فإن قلنا بإجرائها أجزاء هنا بطريق أولى وإلا فلا. والعلامه فى المختلف

قد ادعى الاجماع على أن التبرع عن المتبرع بإذنه مجزى هنا وهو الوجه.

والشيخ فى المبسوط معاكس لما فى المختلف حيث ادعى الاجماع على عدم الاجزاء

مع أنه فى باب الكفاره من ذلك الكتاب اختار الاجزاء وجعله الأظهر فى روايات

أصحابنا. ووافق ابن إدريس فى السرائر على عدم الاجزاء، والأقوى ما استظهره

فى الروايات، وهذه الاعتبارات لا تعارضها، فإن الأخبار تنادى بأن التبرع فى

الفرائض مجزى كالزكاه والفطره ونحوها.

السادسه عشره: إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه مشترك بينه وبين

مولاه ولو طلب أحدهما المهاياه من الآخر وقد اختلف الأصحاب فى وجوب الاجبار

عليها وعدمه إلى قولين، والأقوى عدم الوجوب. ووجه القول بالاجبار أن لكل

منهما الانتفاع بنصيبه، ولا يمكن الجمع بين الحقين فى وقت واحد، وكانت المهاياه

طريق الجمع بين الحقين ووسيله إلى قطع التنازع ولا ضرر فيها.

وتدل عليه موثقه عمار بن موسى الساباطى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى

مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه، كيف تصنع الخادمه؟ قال: تخدم الباقى

يوما وتخدم نفسها يوما "

وفى روايه مالك بن عطيه الصحيحه عن أبى بصير (٢) ذلك أيضا " حيث قال:

سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر

بعد ذلك، قال: فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنها رد في الرق

في نصف رقبتها، فإن شاء كان له يوم في الخدمة ولها يوما وإن لم يكاتبها، قلت: فلها

ص: ٤٠٨

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٦، الوسائل ج ١٦ ص ١١٩ ب ١٩ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٦ ص ١١٣ ب ١٢ ح ١.

الثامن عشره: فى جواز إعانه المكاتب منه زكاه مولاه

أن تتزوج فى تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدى جميع ما عليها فى نصف رقبتها".

وفى صحيح عبد الله بن سنان (١) " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أعتقت

ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا،

ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها. يستخدمها بحساب ما لم يعتق منها

ويكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها".

فهذه الأخبار تشهد بالمهاياه لكن لا تستلزم تحتمها والاجبار عليها، ومن هنا

ذهب أكثر المتأخرين إلى عدم تحتمها وذلك لأنها قسمه لغير معلوم التساوى

فتتوقف على التراضى، بل لا يظهر كونها قسمه. وعلى تقدير القول بوجوب

الإجابة إليها فيكفى المهاياه اليوميه ولا يجب الأزيد.

السابعه عشره: إذا كاتب عبدا شخص ثم مات وخلف ورثه قاموا مقامه

فى أنهم إذا أعتقوه أو أبروه من نجوم عتق، وكذا لو استوفوا المال ولو أبراه

البعض دون البعض أو أعتقه عتق نصيبه بالاجماع منا، خلافا لبعض العامه حيث قال:

إنه لا يعتق بالابراء حتى برأه الآخر. ولا تقع هنا سرايه بحيث يضمن الشريك حصته

الآخر، واحتمل بعض أصحابنا السرايه لوجود سبب العتق باختياره وكون المكاتب

فى حكم الرق بالنسبه إلى قبول العتق، وقد تقدم فى موثقه عمار وصحيحه أبى

بصير ما يدل على عدم السرايه.

ويمكن بناء الحكم هنا فى السرايه وعدمها على أن الكتابه هل هى عتق

بعوض أو بيع؟ وعلى الثانى لا يسرى لأن المولى لا يعتق وإنما ملك العبد نفسه

بالشراء وأداء العوض فعتق. وعلى الأول فتحتمل السرايه وعدمها وإن كان الأقوى

عدم السرايه.

الثامنه عشره: من كاتب عبده ترجح له أن يعينه من زكاته إن وجبت

ص: ٤٠٩

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٠ ب ٢٠ ح ١.

الاخبار الواردة في المقام

عليه، ولا حد له قله ولا كثره، فإن لم يكن له زكاه استحب له التبرع بالعطيه.
والأصل في هذه المسأله الكتاب وهو قوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " (١) وقد فسر الايتاء هذا بأحد أمرين: إما أن يحط شيئاً من النجوم أو يبدل له شيئاً فيأخذه فى النجوم. أما الثانى فظاهر لأن البدل إيتاء وهو المأمور به فى ظاهر الآيه، وأما الأول فقد روى فى السلف قولاً وفعلاً.
وفى روايه العلاء بن فضيل (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام " فى قوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " قال: يصنع عنه من نجومه التى لم يكن يريد أن ينقصه منها، فقلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك له ألفا من سبعة آلاف ".
وفى صحيحه محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن قول الله عز وجل " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " قال: الذى أضمرت أن تكاتبه عليه، لا تقول أكاتبه بخمسه آلاف وأترك له ألفا ولكن انظر إلى الذى أضمرت عليه فاعطه منه ".
وفى صحيح القاسم بن بريد (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن قول الله عز وجل " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " قال: سمعت أبى يقول: لا يكاتبه على الذى أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه ولكن يضع عنه ما نوى أن يكاتبه عليه ".

وإنما فسرت الآيه بذلك وإن كان خلاف ظاهرها لأن المقصود منها

إعانتة ليعتق والإعانه فى الحط محققه وفى البدل موهومه فإنه قد ينعتق المال

فى جهه أخرى، وبهذا يظهر لك أن الحط أولى من الاعطاء.

وبعد الاتفاق على رجحانه لظاهر الآيه اختلف فى أنه هل على جهه

- ١- (١) سورة النور - آيه ٣٣.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٠ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ب ٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
- ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ب ٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٨ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ب ٩ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

بطلانها بالموت والجنون والاعماء من أحد الطرفين

الوجوب أو الندب؟ وفى أن المراد بمال الله هو الزكاه الواجبه على المولى أم مطلق

المال الذى بيده فإنه من عند الله؟ وفى أن الضمير المأمور هل هو عائد على قوله

" وكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " أو على المكلفين مطلقا؟

فالشيخ فى المبسوط وجماعه أوجبوا على المولى إعانه المكاتب بالحط والايثاء

وإن لم يجب عليهم الزكاه ولم يجب على غيره، وهو مبنى على أن الأمر للوجوب

وأن المال أعم من الزكاه وأن الخطاب متعلق بالموالى.

وفى المختلف ذهب العلامة إلى الاستحباب مطلقا، وجعل مال الله أعم فلم

يوجب عليه الإعانه من الزكاه ولا من غيرها.

والمحقق اختار وجوب الإعانه على المولى إن وجبت عليه الزكاه فيها

والاستحباب إن لم تجب (أما الأول) فلأن أداء الزكاه واجب ولا شئ من إعانه المديون

فى وفاء دينه بواجب للأصل، فيختص هذا الأمر بما لو وجبت الزكاه ولأن

المكاتب من أصناف المستحقين، فيكون الدفع إليه واجبا عليه فى الجملة. (وأما

الثانى) فلاصالة عدم الوجوب، مع ما فيه من التعاون على البر وإعانه المحتاجين

وتخليص النفس من ذى الرقيه وحقوقها.

والحق والأقوى وجوب الايثاء من الزكاه إن وجبت وجوبا تخييريا بينها

وبين الحق عنه من مال الكتابه جمعا بين الأدله واختصاص الخطاب بالمولى عملا

بظاهر الأمر المطلق المتعلق بالمأمورين بالكتابه.

وربما قيل بوجوب الدفع من مال الزكاه عينا إن وجبت الزكاه، فإن لم

يكن زكاه وجب أن يدفع إليه من ماله أو يحط عنه من مال الكتابه.

ويجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابه لا من غيره عملا

بظاهر الآيه، فقد قيل: إن المراد به مال الكتابه ولو حط عنه كان إبراء فلا

يعتبر فيه القبول على الأقوى، ولو اعتبرناه وجب كدفع الجنس.

ولو أعتق قبل الايتاء ففي سقوط الوجوب قولان: من فوات محله وتعلق

ص: ٤١١

التاسعه عشره: لو كان اثنين فى صفقه أو صفقتين ثم أقر باستيفاء نجوم أحدهما

الخطاب بالمكاتبين وقد زال ذلك الوصف، ومن كونه كالدين فيجب مطلقا، واختاره فى الدروس.

ولو دفع إليه من الزكاه وكان مشروطا بعجزه ففى وجوب إخراج الزكاه لغيره أوردتها إلى دافعها وجهان: من ظهور عدم الاستحقاق وكونه طارئا على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلا له، وبراءه ذمه الدافع حينئذ وعوده إلى المولى إحداث ملك لا إبطال لما سلف، ومن ثم بقيت المعامله السابقه بحالها وإن لم يرض بها المولى ويضعف ويمنع كونه إحداثا بل إعاده فى الرق، فيقتضى نقض جميع ما سبق، ومن ثم أعاد كسبه وأولاده ملكا له وبقاء المعامله بسبب الإذن الضمنى فى عقد المكاتبه فإنها تستلزم الإذن فى التصرف بالمعامله ونحوها. والأقوى وجوب صرفه على المستحقين إن كانت منه وإلا أعادها دافعها ليصرفها بنفسه نعم لو كانت من المندوبه لم تجب الإعاده.

والأخبار الداله على اعطاء المكاتب من مال الزكاه مرسله إبراهيم بن هاشم (١)

كما فى التهذيب عن الصادق عليه السلام " قال: سألته عن مكاتب عجز عن مكاتبته وقد أدى بعضها، قال: يؤدى عنه من مال الصدقه، إن الله تعالى يقول فى كتابه " وفى الرقاب " (٢) ومرسل الفقيه نحوه.

وكذلك خبر تفسير العياشى (٣) وقد مر ذكره فى كتاب الزكاه.

التاسعه عشره: إذا كانا اثنين فى صفقه أو صفقتين ثم أقر باستيفاء نجوم

أحدهما أو براءته عما عليه أمر بالبيان والكشف عن ذلك، فإن ادعى النسيان أمر بالتذكر ما دام حيا، وقيل بالقرعه مع اليأس من التذكر لأنها لكل أمر مشكل،

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧٤ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٢١ ب ٢١ ح ١.
 - ٢- (٢) سورة التوبه - آيه ٦١.
 - ٣- (٣) تفسير العياشي ج ٢ ص ٩٣ ح ٧٦.

حكم الصور الخمسه إذا كان الرضاع لاحقا "

ولو ادعى على المولى العلم فالقول قوله فى نفيه لأن ذلك لا يعلم إلا من قبله وإن بين أحدهما وادعى التذكر قبل قوله بغير يمين إن صدقه الآخر أو سكت، وإن كذبه وقال: استوفيت منى وأبرأتنى فله تحليفه أيضا، ويحلف هنا على البت لدعوى التذكر.

ولو نكل على اليمين المتوجهه إليه قبل التذكر على نفى العلم حلف مدعى الدفع وعتق، فإن ادعى كل منهما ذلك فى تحليفهما معا وعتقهما وجهان بل قولان: من أن ذلك هو مقتضى الدعوى أو قاعده أصول الحكومه والقضاء، ومن المعتقد أحدهما خاصه، فأحدهما كاذب فى يمينه لكن غير مضر لكونه حكم على ما فى نفس الأمر وهو لا يقدر فيما يثبت بظاهر الحكم، وإن حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدى ولو مات المولى قبل التذكر فليس سوى القرعه.

ولو ادعى أحدهما أو هما معا على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث وليس له أن يستوفى منهما ولا من أحدهما قبل القرعه وإن بذل المال لأن أحدهما قد برئ منه، فأخذ المالىن معا ظلم.

وكذا القول فى المورث، ولو بذلا مالا آخر بقدر التخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف فى حصول الانعتاق بذلك وجهان ناشتان من وصول مال الكتابه إليه بأجمعه، ومن أن شرطه أداء المكاتب، وجاز فى كل منهما أن يكون ما أدى مال الكتابه ويمكن أن يجعل بذلهما له.

واعلم أنه قد ظهر من قول محقق الشرايع " ثم يقرع بينهما " بعد قوله " ولو ادعى على المولى العلم كان القول قوله " أنه يقرع بينهما فى حياه المولى وهو

مخالف لقوله سابقا " صبر عليه رجاء للتذكر " إلا أن يحمل على تصريحه بانتفاء

الرجاء وهو بعيد لا إشعار اللفظ به.

وقد صرح الشيخ فى المبسوط وجماعه ممن تأخر عنه بعد القرعه ما دام

حيا لأن التذكر منه مرجوء. ويمكن أن يحمل قوله " ولو ادعى على المولى

ص: ٤١٣

العشرون: فى حكم بيع مال الكتابه

العلم كان القول قوله " ما يشمل للوارث، وحينئذ فيحمل قوله " ثم يقرع على ما بعد الموت " مؤكدا لقوله " استخرج بالقرعه " وعلى كل تقدير فالعبارة ليست بجيده.

العشرون: المشهور بين أصحابنا جواز بيع مال الكتابه ونقله عن البيع من سائر وجوه النقل لا طلاق آيه " وأحل الله البيع " (1) خلافا للشيخ فى المبسوط حيث منع منه للنهى عن بيع ما لم يقبض، ولأن النجوم لم تستقر لجواز تعجيز نفسه إما مطلقا أو فى المشروط.

ويضعف بأن النهى تعلق بما انتقل بالبيع كما مر فى كتاب البيوع لا بمطلق ما لم يقبض، حتى أن العامه رووا ذلك عن النبى صلى الله عليه وآله، وأن ما عده جماعه من العامه من البيع من باب القياس، والقياس فى مذهبنا ممتنع، فيختصر النهى بمورده. ونمنع جواز تعجيزه نفسه مطلقا لما تقدم من اختيار لزومها، وإذا صح البيع لزم المكاتب دفع ذلك المال إلى المشتري، فإن أداه إليه عتق بأدائه كما لو أداه إلى المولى، ولو لم يدفعه أجمع أو كان مشروطا فعجز وفسخ المولى رجع رقا لمولاه.

وهل يبطل البيع؟ يحتمله لأن الفسخ يستلزم رفع أثر الكتابه، ومن ثم يرجع ولده أرقاء ويتبعه كسبه.

ويحتمل العدم لمصادفته الملك حال البيع فلا يضره الفسخ الطارئ على القول بعدم الصحه، ولا يجوز للمكاتب أن يسلم النجوم إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها، ولا يحصل العتق إلا بدفعها إلى السيد البائع، ولا يحصل تسليمها إلى المشتري لفساد البيع. وربما قيل: يحصل به لأن السيد قد سلطه على القبض فهو كما

لو وكله عليه.

والأصح ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط والأكثر المنع لأنه يقبض لنفسه

ص: ٤١٤

١- (١) سورة البقره - آيه ٢٧٥

الحاديه والعشرون: لو زوج المولى بنته من مكاتبه ثم مات المولى وملكته

حتى لو تلف بيده ضمن بخلاف الوكيل فإنه يقبض للموكل ولا يضمن إلا بالتفريط.

وفصل ثالث فقال: إن قال بعد البيع خذها منه أو قال للمكاتب ادفعها إليه

صار بذلك وكيلا وحصل العتق بدفعها إليه، وإن اقتصر على البيع فلا، لأنه يبع

فاسد، ولا عبره بما يتضمنه.

ورد بأنه وإن كان قد صرح بالإذن إلا أنه إنما أذن بحكم المعاوضه.

والقولان الأولان للعلامه في كتاب التحرير في موضعين من الكتابه.

ثم إن قلنا بعدم عتقه فالسيد يطالب المكاتب يسترجع ما دفع إلى المشتري

فإن سلم المشتري إلى البائع الوجه لم يصح لأنه قبضه بغير إذن المكاتب، فأشبهه

ما لو أخذه من ماله بغير إذنه. ويحتمل الصحه نظرا إلى تعين المكاتب إياه لمال

الكتابته بالدفع، وقد تقدم إطلاق جواز تصرف المولى في مال الكتابته بالاستيفاء،

فهنا أولى، لكن لما كان الحق تقييد ذلك المطلق لم يصح هنا وإن عينه المكاتب

لأن تعيينه مبنى على المعاوضه كتسليمه إلى المشتري، فيجوز بيع المكاتب المشروط

بعد عجزه عن الفسخ، ولا يجوز بيع المطلق لأن في المشروط بعد العجز يتسلط المولى

على الفسخ فكان بيعه فسخا كما لو باع ذو الخيار أو باع المدبر أو الموصى به أو

نحو ذلك مما اشتمل على العقد الجائر. ولو قدم تقدم البيع الفسخ فالصحه أوضح.

وأما المطلق فقد أطلق المحقق وجماعه عدم صحه بيعه، ويجب تقييده بما

إذا لم يبلغ حدا يجوز للمولى معه فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول

المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه كما يجوز فسخها حينئذ.

الحاديه والعشرون: إذا زوج المولى بنته من مكاتبه ثم مات المولى

وملكته البنت أو بعضه انفسخ النكاح بينهما من غير فرق بين المكاتب المشروط والمطلق

لأن الكتابه لم تخرجه عن أصل الرقيه وإن أخرجته عنها على بعض الوجوه

كما عرفته فيما سبق.

وخالف في ذلك ابن الجنيّد فذهب أنه لو مات السيد وابنته تحت المكاتب

ص: ٤١٥

الثانيه والعشرون: لو تنازع السيد والكاتب في قدر مال الكتابه أو في المده أو في النجوم

الذى قد شرط عليه الرق عند عجزه منع من الوطاء، وإن أدى كانا على النكاح لأنها لم ترث من رقبته شيئاً، وإن عجز بطل النكاح فإن كان ممن ينعق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابه.

وما اخترناه مذهب الشيخ والأكثر وهو الأظهر لثبوت تلك القاعده، وهو انفساخ النكاح بين الحره والعبد يملكها له كما هو مجمع عليه، والنصوص به مستفيضه، واحترزنا بقولنا " فملكته " عما لم تكن وارثه كانت قاتله أو كافر فهدو كافر، فإن النكاح بحاله ولو كان مطلقاً وقد أدى بعض المال فالحكم بحاله لأنه لا فرق في ملك الزوجه له بين كله وبعضه في كونه يوجب فسخ النكاح.

الثانيه والعشرون: إذا تنازع السيد والمكاتب في قدر مال الكتابه أو في المده أو في النجوم فالقول قول السيد مع يمينه عند الأكثر وربما قيل: القول قول المنكر زياده المال والمده كما هي القاعده في الدعوى.

ولو قال كاتبك على ألفين فقال بل على ألف أو قال إلى سنه فقال المكاتب بل إلى سنتين ونحو ذلك الاختلاف في قدر النجوم، والحكم في الجميع واحد وهو تقديم قول العبد لأصله عدم الزائد عما يعترف به. وأما وجه تقديم قول المولى في قدر المال فلأن المكاتب يدعى العتق بما يدعيه من المال والمولى ينكره والأصل بقاء الرق، وبهذا يحصل الفرق بين الكتابه والبيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو

المثمن، فإن الكتابه كما سمعت ليست معاوضه حقيقه لأنها معامله على مال المولى بماله، والأصل عدم خروج ذلك عن ملك سيده إلا رضاه لأنه أشبه شئ بالتبرع لا بعقود المعاوضات وإن كان القول هذا اختاره المحقق وأكثر المتأخرين

من تقديم قول من ينكر الزيادة في المال والمده التفاتا إلى الأصل الثابت بالشهره
والأخبار، ولأن المولى بإقراره بأصل الكتابه واستحقاقه العتق خرج عن أصله
بقاء ملكه على المكاتب وعلى ماله، ثم هو يدعى زياده في ذمه المكاتب والمكاتب
ينكرها فيكون قوله مقدا في ذلك.

ص: ٤١٦

الثالثه والعشرون: لو وجد السيد ببعض النجوم المقبوضه أو جميعها عيبا

الثالثه والعشرون: قد تقرر أن العوض فى الكتابه يكون ديننا، ومستحق

الدين فى ذمه الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفه المشروطه فله رده، وطلب

مال مستحقه لا يرتفع العقد. ثم إن كان المقبوض من غير جنس حقه لم يملكه

إلا أن يعتاض به حيث يصح الاعتياض.

وإن اطلع على عيب نظر، فإن رضى به فهو يملكه بالرضا أو بالقبض،

وإنما تأكد الملك بالرضا فيه وجهان وإن رده، فإن قلنا بملكه بالقبض ثم

انتقل الملك بالرد أو نقول إذا رد تبين أنه لم يملكه فيه قولان، وقد مر الكلام

على هذه الاحتمالات والأقوال فى باب الصرف من البيوع، وقد بنى عليها مسائل

قد سبق الكلام عليها، منها أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف فى الذمه وجرى

التقايض وتفرقا ثم وجد أحدهما بما قبض عيبا فرده فإن قلنا: إنه ملكه بالقبض

صح العقد، وإن قلنا: إنه تبين أنه لم يملكه فالعقد فاسد لأنهما تفرقا قبل

التقايض.

وإذا تقرر ذلك فالسيد إذا وجد ببعض النجوم المقبوضه أو جميعها عيبا فله

الخيار بين أن يرضى به وبين أن يرده ويطلب بدله، ولا فرق بين عيب اليسير

والفاحش، فإن رضى به كان العتق نافذا بلا إشكال لكون رضاه بالمعيب كالإبراء

عن بعض الحق. وهل يحصل العتق عند الرضا أو يحصل من وقت القبض؟ وجهان،

أقواهم الثانى. وإن أراد الرد والاستبدال فإن قلنا: تبين بالرد أن الملك لم يحصل

بالقبض فالعتق غير حاصل، وإن أدعى على الصفه المتحققه بعد ذلك حصل العتق،

وإن قلنا: يحصل الملك بالمقبوض وبالقبض وبالرد يرتفع فوجهان، أحدهما أن

العتق كان حاصلًا إلا أنه بصفه الجواز، فإذا رد العوض ارتد، وأصحهما أنه

تبين به أن العتق لم يحصل لأن العتق ليس من التصرفات التي يتطرق إليها النقص

غالبًا، فلو حصل لما ارتفع، ولا يثبت هنا العتق بصفه للزوم إجماعًا.

ولو طلب الأرش مع الرضا بالعيب فله ذلك، وتبين في أنه لم يقبض كمال

ص: ٤١٧

الرابعه والعشرون: لو اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه

النجوم، فإذا أده حصل كمال العتق حينئذ، وإن عجز عنه وكانت مشروطه فللسيد استرقاقه كم لو عجز عن بعض النجوم. ولو فرض تجدد عيب فى العوض الذى ظهر معينا لم يكن العيب الحادث فى يد المولى مانعا من الرد بالعيب الأول مع أرش الحادث لاستحقاقه الرد بالأول فيستصحب، والعيب الحادث يجبر بالأرش ولأنها ليست بمعاوضه حقيقه كما قررناه غير مره فليس لها حكم المعاوضات اللازمه، ولهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أحد الكسب بلا عوض. وذهب الشيخ فى المبسوط إلى منع العيب الحادث الرد لأنها معاوضه كالبيع، وهو بعيد جدا لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضه.

الرابعه والعشرون: إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه فإن

قام ما فى يده فى الجميع فلا بحث، وإن عجز وكان مطلقا تخاص فيه الديانون، والمولى وإن كان مشروطا وجب تقديم الدين لأن فى تقديمه حفظا للحقين، ولو مات وكان مشروطا بطلت الكتابه ودفع ما فى يده فى الديون خاصه وقسم بين الديان بالحصص، ولا يضمه المولى لأن الدين تعلق بذلك المال فقط، ويترتب على هذه الشقوق اثنا عشره صوره مختلفه الأحكام.

فإن كان الدين للمولى بأن كان له مع النجوم دين معامله على المكاتب أو

أرش جنايه عليه أو على ماله فإن وفى ما فى يده بها فلا بحث، وإلا فإن تراضيا

على تقديم الدين الآخر وتأخير النجوم فذاك، وإن تراضيا على تقديم النجوم

عتق، ولا يسقط الدين الآخر بل للسيد مطالبته به، ولو كان ما فى يده وافيا

بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضا السيد فالحكم

ما بيناه سابقا، وللسيد منعه من تقديم النجوم لأنه لا يجد مرجحا للدين، وإذا
تقدمت النجوم عتق فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر، وهل له تعجيزه قبل أخذ

ما في يده؟ قولان:

(أحدهما) لا، لقدرتة على أداء النجوم، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز.

ص: ٤١٨

اشتراط أن لا يكون الموصى به زائدا " عن الثلث

(والآخر) نعم، وهو أوجههما لأنه متمكن من مطالبته بالدينين معا وأخذ

ما فى يده عنهما، وحينئذ فيعجز عن قسط من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما فى يده ولم يتعرض للجبهه التى دفع لها ثم قال قصدت

النجوم فأنكر السيد ذلك فالقول قول المكاتب بيمينه لأنه أعراف بقصده، وذلك

بمنزله ما لو كان عليه دينان وعلى أحدهما رهن وأدى أحدهما وادعى بعد ذلك

إرادته دين الرهن فإن القول قوله كما تقدم، هذا الحكم ما لو كان الدين للمولى.

ولو كانت الديون لغير المولى أو لهما ولم يف ما فى يده بها فإن لم يحجر

عليه بعد لعدم التماس الغرماء كان له تقديم ما شاء من النجوم وغيرها وكان بمنزله

الحر المعسر قبل الحجر عليه يقدم ما شاء ويؤخر ما شاء وإن كان الأولى له أن

يقدم دين المعامله، فإن فضل شئ جعله فى الأرش و الجنائيات، فإن فضل شئ

جعله فى النجوم، وسيظهر وجه هذا الترتيب، وإن حجر عليه الحاكم تولى قسمه

ما فى يده، وفى كيفية تلك القسمة وجهان:

(أحدهما) وهو الظاهر من المحقق فى الشرايع وجماعه ممن تأخر عنه

قسمته على مقدار الديون من غير أن يؤثر بعضا على بعض بالتقديم أو بالمزيه

لأن جميع الديون قد تعلقت بما فى يده، ألا ترى أن من انفرد منها (1) بقسمه

على قدر الديون.

(وثانيهما) وهو أجودهما، أنه يقدم دين المعامله لتعلقه بما فى يده لا غيره

و لأرش الجنايه متعلق آخر وهو الرقبه، وكذلك حق السيد على تقدير العجز

يعود إلى الرقبه، ثم أرش الجنايه يقدم على النجوم لأن الأرش مستقر والنجوم

فى معرض السقوط إما باختيار المكاتب أو مع عجزه، ولأن حق المجنى عليه مقدم على حق المالك فى القن، فكذلك المكاتب، هذا كله إذا كانت المكاتبه مطلقه. أما لو كانت مشروطه قدم الدين على النجوم لأن فى تقديمه جمعا بين الحقين.

ص: ٤١٩

١- (١) كذا فى النسخه.

لومات المكاتب المشروط قبل قسمه ما فى يده

ولو كان للمولى دين معامله معهم ففى مساواتها لمال الكتابه أو لدين الأجانب وجهان، أظهر هما الثانى، لأنه لا بدل له كديون الغرماء بخلاف دين النجوم فإنه بسقوطه يعود للمولى إلى الرقبه، ووجه الأول أن دين السيد ضعيف فإنه معرض السقوط بالتعجيز ويبقى فى التسويه بين الديون أو تقديم دين معامله ما سبق. ولو مات المكاتب قبل قسمه ما فى يده وكانت الكتابه مشروطه انفسخت الكتابه وسقطت النجوم، وفى سقوط دين أرش الجنايه وجهان بل قولان:

(أحدهما) أنه قول الشيخ فى المبسوط وهو أنه يسقط أيضا لتعلقه بالرقبه وقد تلفت وتعلقها بما فى يده بحكم الكتابه، فإذا بطلت الكتابه بطل ذلك التعلق وعلى هذا يتعين صرف جميع ما خلفه إلى ديون المعاملات لانحصارها فيه.

(وثانيهما) أنه يتعلق بالمال استصحابا لحاله الكتابه ولفوات المحل مع كونه أقوى من ديون معامله، فعلى هذا فإن ساوينا بينهما حاله العجز فهنا أولى وإن رجحنا الترتيب المتقدم احتمل بقاؤه استصحابا لما كان ثابتا فى حاله الحياه، والأظهر التسويه لأن الدينين معلقا بما خلفه وتأخر الأرش فى الحياه كان لتوقع توفيته، وقد بطل ذلك التوقع، وعلى التقديرين لا ضمان على المولى لما فات من الدين لتعلقه بمال الكتابه.

واعلم أنه على القول بالتخاص فى ماله حيا وبقاء النجوم أو بعضها فللسيد تعجيزه إن كان مشروطا أو مطلقا مع اليأس من الوفاء كما مر تحقيقه وإن بقى الأرش عند تعجيزه لتباع رقبته فى حقه ولكنه لا يعجزه بنفسه لأنه لم يعقد حتى يفسخ ولكنه يرفع ذلك إلى الحاكم حتى يعجزه.

ولو أراد المولى فداءه وبقاء الكتابه ففى وجوب القبول وجهان مبنيان على

أنه رقيق المولى فى الجملة وله غرض فى إتمام اعتاقه، وفى استيفائه لنفسه أن لا يتم

فيمكن من الفداء، وعلى أن المولى إنما يفدى إذا تعلق الأرش برقبته وذلك

ص: ٤٢٠

الخامسه والعشرون: لو تعلقت المكاتبه ببعض الرقبه

غير متحقق ما بقيت الكتابه، وأما صاحب دين المعامله فليس له التعجير لأن حقه لا يتعلق بالرقبه.

الخامسه والعشرون: كما تقدم أن المكاتبه كما تتعلق بالرقبه أجمع كذلك تتعلق ببعض الرقبه، فعند تعلقها ببعض لا يخلو إما أن يكون باقيه حراً ولا إشكال فى صحه الكتابه لأنها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال أو أن يكون باقيه أو بعض الباقي رقيقاً، وقد مر الرقيق إما أن يكون له أو لغيره.

فإن كان له فالأكثر على الجواز للأصل وعموم قوله صلى الله عليه وآله "الناس مسطون على أموالهم" ولأن بيع نصيبه وعتقه جائزان والكتابه لا تنفك عنهما، وقال الشيخ فى المبسوط: لا تصح لأن الكتابه يلزمها رفع العجز عن المكاتب فى جهات الاكتساب وما يتوقف عليه كالسفر وينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاه، وهو هنا غير ممكن لتوقف سفره واكتسابه به على إذن السيد ويشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاه لأنه كسبه.

وأجيب بأن المنع من السفر والاكتساب يندفع بالمهاياه ويرتفع كارتفاعه عن الشريكين بها، ونمنع مشاركته فى سهم المكاتبين من الزكاه لأنه إنما يندفع لجهه المكاتبه بالخصوص ولأنه لا يملك النصيب بل يدفعه فى كتابته.

وإن كان الباقي لغيره، فإن لم يأذن الشريك يصح لانتفاء الاستقلال ولأن نصيب الشريك يتبعض عليه فيتضرر به ولا ضرر ولا إضرار فى الدين، وإن كان بإذنه فهو موضع خلاف للأصحاب إلى قولين:

(أحدهما) وهو الذى جزم به المحقق وقبله الشيخ فى المبسوط، الصحه

لأنه يستقل فى البعض المكاتب عليه، وإذا جاز أفراد البعض للاعتاق جاز أفراده
بالعقد المفضى إلى العتق.

(وثانيهما) وهو مختار الشيخ فى الخلاف، العدم لما تقدم من أن الشريك يمنع

ص: ٤٢١

السادسه والعشرون: فى تصرفات المكاتب

من التردد والسفر ولا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه، والأقوى الجواز وإن لم

يأذن بتقرير ما سلف حجه وجوابا، وليس فى المسأله بجميع شقوقها سوى

خبرين:

أحدهما: موثق أبى بصير (١) وقد تقدم فى الأبحاث السابقه " قال: سألت

أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد

ذلك، قال: فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنها رد الرق فى

نصف رقبتها، فإن شاء كان له يوم فى الخدمه ولها يوم وإن لم يكاتبها، قلت: فلها

أن تتزوج فى تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدى جميع ما عليها فى نصف رقبتها "

وهو نص فى الجواز فى المكاتبه المشروطه وأنه يلزمها المهاياه وهذا مما لا كلام

فيه كما سبق.

والثانى: صحيح عبد الله بن سنان (٢) كما فى الفقيه وقد تقدم أيضا وفيه " أنه

سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أعتقت ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها

إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا، ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها يستخدمها

بحساب ما لم يعتق منها، ويكون لها نفسها بحساب ما أعتق منها ". وهذا لم يكن نصا

فى الجواز ولكنه نص فى نفى الوجوب، ومورد الخبرين على تقدير دلالتهم جواز

المكاتبه فى البعض لا التبويض فى المكاتبه، لكن إطلاق الأدله كتابا وسنه يدل على

الجواز، وذلك كله مع عدم السرايه، ومعها فلا وجه لجوازها لصيرورته حرا بمجرد

عتق البعض كما مر عليه الكلام منقحا.

السادسه والعشرون: قد تقدم ما يدل على أن المكاتب كالحرف فى معظم

تصرفاته فيبيع ويشترى ويؤجر ويستأجر ويأخذ الشفعه ويقبل الهبه والصدقه

ص: ٤٢٢

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١١٣ ب ١٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٠ ب ٢٠ ح ١ وفيهما " بحساب الذي له منها " .

السابعه والعشرون: فى معامله المولى مع المكاتب له

ويصطاد ويحتطب ويؤدب عبيده إصلاحا للمال كما يفصدهم ويحقنهم، ولا تصح منه التصرفات التى فيها تبرع وخطر لأن المقصد تحصيل العتق فيحتاج له كمال الاحتياط، ولأن حق السيد غير منقطع عما فى يده فإنه قد يعود إلى الرق بعجزه، هذا هو القول الاجمالي، وفى تفصيله صور قد قدمنا الكلام على بعضها وهو حكم بيعه وعتقه وإقراضه وهبته وقررنا أحكامها كمال التقرير، ولا فرق فى البيع والشراء بين وقوعهما مع سيده وأجنبى لاشتراكهما فى المقتضى ولما كان الواجب عليه أن يتحرى ما فيه الغبطه ومظنه الاكتساب فيلزمه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض فى الحال تبرع مع اشتماله على الخطر سواء باع بالأقل أو بالأكثر أو بالمثل، وسواء استوثق بالرهن والكفيل أم لا، لجواز تقصير الكفيل وتلف الرهن.

نعم يجوز أن يبيع ما يساوى مائه نقدا وبمائه نسيه، ويجوز أن يشتري نسيه بثمان النقد ولا يرهن به فإنه قد يتلف وإن اشتراه بثمان النسيه ففى جوازه وجهان بل قولان مأخوذان من اشتماله على التبرع ومن عدم التيقن. وفرقوا هنا بين المكاتب والمولى حيث يبيع مال الطفل نسيه ويرتهن للحاجه أو المصلحه الظاهره فإن المراعى هنا كمصلحه الطفل والمولى منصوب لينظر له المصالح بخلافه ها هنا لأن المطلوب العتق والمراعى مصلحه السيد والمكاتب غير منصوب لينظر له، وربما قيل بمساواته للمولى فى مراعاته المصلحه خصوصا مع إعاده الضروره إلى البيع والرهن كما فى وقت النهب لما فيه من حفظ المال، ومتى باع أو اشترى فليس له قبض ما فى يده حتى يتسلم العوض لأن رفع يده عن المال

بلا عوض لا يخلو عن غرر، ولذلك لا يجوز له السلم لأنه يلزمه مقتضاه وهو تسليم

رأس المال في المجلس وانتظار المسلم فيه سيما إذا كان الثمن مؤجل ومثله دفع

المال مضاربه، نعم له أن يأخذه لأنه نوع تكسب.

السابعه والعشرون: قد ثبت أن المولى في معاملة المكاتب له كالأجنبي مع

ص: ٤٢٣

الثامن والعشرون: لو اشترى المكاتب أباه

الأجنبي في الأحكام، فإذا صح للمكاتب دين على مولاه عن معامله وكان للمولى عليه النجوم أو دين معامله ففي التقاص تفصيل واختلاف لا يختص بالمولى والمكاتب. وجمله القول فيه أنه إن اتحد الجنس والصفة فالمقاصه سواء كانا نقدين أو عرضين مثلين، وإن اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيمتين لم يكن قهريا واعتبر التراضى ولا يفتقر معه إلى قبضهما ولا إلى قبض أحدهما، ومثل ما لو كان أحدهما نقدا والآخر عرضا والقول بالتفصيل الذى أشار إليه المحقق فى الشرايع لشيخ المبسوط. وبالجملة: أن الدينين إذا كانا نقدين قبض أحدهما دفعه عن الآخر، وإن كانا عرضيين فلا بد من قبضهما معا، وإن كان أحدهما نقدا فقبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز دون العكس وكأنه - قدس سره - قد جعل المقاصه بيعا، فتلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين وبيع العرض قبل القبض وغيرهما.

الثامن والعشرون: إذا اشترى أباه فلا يخلوا إما أن يقع بإذن المولى أو بغير إذنه. فإن كان بغير إذنه لم يصح لأن تصرف المكاتب مشروط بالغبطه وما فيه الاكتساب، وربما قيل بالجواز لأنه اشترى مملوكا لا ضرر على المولى فى شرائه ولهذا كان كسبه، وإذا عاد المكاتب فى الرق عاد المملوك المشتري كالأجنبي وهو ضعيف لأن صرف المال فى ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسب به غير سائغ له وإن لم يعتق فى الحال.

وإن كان بإذنه صح، وكذا لو أوصى له به أو وهب منه، فإن كان لا يقدر على التكسب لصغر أو زمانه وعجزه وكان يلزمه نفقته لم يجز له قبوله لأن

نفقته تلزم المكاتب حيث إنه مملوكة وإن لم تجب عليه نفقه القريب، وإن
كان كسوبا يقوم بكفايه نفسه جاز قبوله، بل ربما مستحب لا ضرر عليه في
القبول، ثم لا يعتق عليه في الحال لأن ملكه ضعيف، وإنما يعتق بعنقه ويرق
برقه. وليس له بيعه، ويكون له نفقته في كسبه، فإن فضل من كسبه فضل كان

ص: ٤٢٤

التاسعه والعشرون: لو جنى المكاتب على مواليه عمدا

ذلك المكاتب يستعين به فى أداء النجوم لأنه بمنزله العبد المملوك، ولو مرض أو عجز أنفق عليه المكاتب لأنه من صلاح ملكه، وليس هذا كالانفاق على أقاربه الأحرار، حيث يمنع منه لأن ذلك مبنى على المواساه.

والمحقق - قدس سره - فى الشرايع قد تردد فى استرقاق القريب، ووجه

التردد ما ذكر سابقا ومن تشبته بالحريه، وهذان الوجهان يجريان فى ملك

ولده، وهذا وجه يضعف لم يذكره غيره فى المسأله احتمالا، فضلا عن القطع به

والوجه القطع بتبعيته له فى الاسترقاق والانعقاد.

التاسعه والعشرون: إذا جنى المكاتب على مواليه عمدا، فإن كانت نفسا

فالقصاص للوارث، فإن اقتصر بطلت الكتابه كما لو مات، وإن عفا على مال أو

كانت الجنايه توجب المال تعلق الواجب بما فى يده لأن حكم المولى مع المكاتب

فى جميع المعاملات كالأجنبى مع الأجنبى فكذلك يكون فى الجنايه.

وأما [هل] يلزم المكاتب الأرش فيه بالغا ما بلغ أو الأقل منه ومن قيمته؟

ففيه قولان: من عموم قوله عليه السلام (1) " لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه " فلو طولب

بأزيد من جنايته لم يجبر على أكثر من نفسه، ومن أنه كالحر فى المطالبه

ما دامت المكاتبه باقيه خصوصا بالنسبه إلى المولى لأن رقه يمنع استحقاق المولى

بمكاتبته لمال الجنايه فلا يعتبر فيه مناسبه الحر ولم يكن الحكم باستحقاق المولى

الأرش، وهو ظاهر اختيار المحقق فى الشرايع حيث أطلق الأرش، والأقوى الأول.

ثم إذا وفى ما فى يده بالأرش ومال الكتابه معا فقد وفى الحقين وعتق

وإن قصر عنهما أو لم يكن فى يده شئ وعجزه المولى وسقط الأرش إذ لا يثبت

للمولى على مملوكه دين، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي فإن الأرش يكون

متعلقا برقبته.

ولو أعتق المولى المكاتب بدون المكاتبه بعد جنايته أو أبر أمن النجوم فإن لم يكن

ص: ٤٢٥

١- (١) التهذيب ج ١٠ ص ١٨٢ ح ٩، الوسائل ج ١٩ ص ٦١ ب ٣٣ ح ١٠.

جواز امتلاكه إذا كان يعتق عليه

فى يده شئ سقط الأرش لأنه قد أزال الملك عن الرقبه التى كانت تتعلق الأرش
باختياره ولا مال له غيرها، وفيه وجه آخر أنه لا يسقط لاستقلال المكاتب وثبوت
حق المولى فى ذمته، ولأن العتق يؤكد إن كان تعلق دين المولى به، بخلاف
الرقبه فإنها متنافيه، والكتابه المتوسطه بينهما تصح بثبوت دين المولى،
فالحريه أولى.

وإن كان فى يده مال ففى تعلق الأرش به قولان: (أحدهما) لا، لأن
الأرش كان متعلقا بالرقبه وقد تلفت. (والثانى) نعم، وهو أظهرهما، لأن الأرش
متعلق بالرقبه وبما فى يده، ولو أدى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً كما لو
جنى على أجنبى وأدى النجوم وعتق لو كانت جنائته على طرف المولى فله القصاص
كما لو جنى على مملوكه.

وإذا جنى على أجنبى عمداً فإن عفا فالكتابه بحالها، وإن كانت الجنايه
على النفس واقتص الوارث كان كما لو مات.

وإن كان خطأ كان له فك نفسه بأرش الجنايه ولو لم يكن معه مال
فلأجنبى يبعه فى أرش الجنايه إلا أن يفديه السيد، فإن فداه فالكتابه بحالها. ثم
إن يبعه كله فى الجنايه مع استغراق الأرش لقيمته أجمع وإلا فيباع منه بقدر الأرش
خاصه وتبقى الكتابة فى الباقي، فإذا أدى حصته من النجوم عتق ذلك القدر،
وحيث إن للمولى أن يفديه من ماله وتستديم الكتابة فعلى مستحق الأرش قبوله
إن كانت الجنايه خطأ، وإن كانت عمداً فالخيار للمجنى عليه كالقن، وعلى
تقديم اختياره فداه لا يستلزمه الاستمرار عليه بل له الرجوع عنه ويسلمه

للبيع إلا إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاما بالفداء لأنه

فوت بالاعتاق والبيع، والتأخير متعلق حق المجنى عليه.

ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجنايه، ولا يلزم المولى فداؤه

وإن كان هو القابض للنجوم لأنه يجبر على قبوله فالحواله على المكاتب أولى.

ص: ٤٢٦

فى أقسام جنايه العبد المكاتب

وإذا جنى عبد المكاتب فإما أن يجنى على أجنبى أو على سيده وهو المكاتب

أو على سيد سيده وهو المكاتب فهاننا أقسام:

(الأول) أن يجنى على أجنبى، فإن كان عمدا وهو مكاف له فله القصاص

وإن عفا المستحق على المال أو كانت الجنايه موجبه للمال تعلق برقبته فتباع فيه

إلا أن يفديه المكاتب.

وهل يفديه بالأرش أو بالأقل منه أو من قيمته؟ قولان: فعلى القول بالأول

- كما هو اختيار المحقق فى الشرايع - فإن كان الأرش بقدر قيمته أو أقل فللمكاتب

الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقل به كما لا يستقل بالتبرعات، ثم الاعتبار

بقيمه العبد يوم الجنايه لأنه يوم تعلق الأرش بالرقبه.

وفيه وجه آخر وهو الاعتبار بقيمته يوم الاندمال، بناء على أن ذلك وقت

المطالبه بالمال.

وثالث وهو اعتبارها يوم الفداء لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه ويستديم

الملك فيه له.

ورابع وهو اعتبار أقل القيمتين من يوم الجنايه ويوم الفداء احتياطا

للمكاتب وإيفاء للمال عليه.

والأوجه آتیه كلها فى قيمه المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته هذا فى العبد

المكاتب الذى لا يتكاتب عليه، فأما من يتكاتب عليه ويبيعه فيها كولدته من أمته

فليس له أن يفديه بغير إذن السيد.

(والثانى) أن يجنى على سيده فله القصاص ولا يحتاج إلى إذن السيد،

فإن كانت الجنايه خطأ أو عفا على مال لم يجب إذ لم يثبت للمولى على عبده مال.

(الثالث) أن يجنى على أجنبي فيباع فى الأرش إلا أن يفديه المكاتب، وإذا

جنى على جماعه فإن كان عمدا وكانت الجنايه عليهم دفعه بأن قتل اثنين فصاعدا

بضربه واحده أو هدم عليهم جدارا فلهم القصاص جميعا، والأرش فى الخطأ. وما يوجب

ص: ٤٢٧

حكم ادعاء أحد الزوجين الرضاع المحرم

مالا فإن كان ما في يده وافيا بالجمع كان له الفك، وإلا تساوا في قيمته بالحصص،

هذا إن أوجبنا الأرش بالغه ما بلغت.

وإن أوجبنا الأقل من أرش الجنایات كلها ومن قيمته تخاصوا فيه بالنسبه،

ويستوى الأول والأخير في الأرش.

وفي القصاص مع التعاقب خلاف إلى قولين، أظهرهما مساواته للأرش فيشترك

الجميع فيه ما لم يحكم به لأولياء الأول فيكون لمن بعده، وسيجئ تحقيقه في

القصاص إن شاء الله تعالى.

ولو عفا بعضهم قسم على الباقين، ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفى

وسقط حق الباقين. ولو عفا على مال شاركهم، ولو أعتقه المولى أو أبراه من

النجوم فعليه أن يفديه كما سبق، وإن أدى النجوم وعتق فضمام الجنایه عليه

وفي الذي يلزمهما من الأرش والأقل الخلاف السابق.

وإذا كان للمكاتب أب وهو رقه فقتل عبدا له لم يكن له القصاص لأنه لو قتل

ولده لم يكن له قصاص، فأولى أن لا يثبت للولد قصاص على الوالد في قتل عبده. ولو

كان فيهم ابنه فقتل عبدا فله أن يقتص منه، وله أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه

وجنیا على عبد آخر له جنایه موجبها المال، فيه وجهان، أقواهما العدم لأنه

لا يثبت له على عبده مال والأصل منع بيع الوالد. ووجه الجواز أنه يستفيد به

حصول أرش الجنایه. وإذا جنى بعض عبيده على بعض فله أن يقتص فيما يوجب

القصاص لأنه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد، وفيه قول ضعيف

بتوقفه على إذنه. ولو كانت جنایه بعض عبيده على بعض خطأ فلا شيء لأنه لا

يثبت له على ماله مال، ويخالف العبد في ذلك حكم المكاتب، حيث قد تقدم أن

له أن يفدى نفسه من سيده بالأرش لو كان هو الجاني، والفارق بينهما كون

المكاتب قد خرج عن محض الرقبة وصار له ذمه، بخلاف القن المحض فإنه لا ذمه

له بالنسبة إلى المولى.

ص: ٤٢٨

الثلاثون: فى عدم وصيه برقبه المكاتب

الثلاثون: لا تصح الوصيه برقبه المكاتب كما لا يصح بيعه لأن المكاتبه لازمه من جهه المولى فليس له التصرف فى رقبته بنقض مكاتبته ولا بمنفعته، فلا تصح تلك الوصيه لأنها تصرف فى تمحض الرقبه كما لا يصح بيعه. وكما لا تصح الوصيه بعبد غيره فهو محجور عليه فى هذا كله إلا أن يحصل ما يوجب فسخها كما لو قال: إن عجز مكاتبى هذا وعاد إلى الرق فقد أوصيت به لفلان مثل ما لو أوصى بثمره نخله وحمل جاريته متجددين بعد الوصيه. ثم إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه، وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم الشرعى كما فى المجنى عليه. ويمكن تقديم الوارث لأن الوصيه له قد شرطت بفسخ كتابته ولم يحصل ذلك الشرط، وهذا كله إذا كانت الوصيه معلقه على كتابته مطلقاً.

أما لو كان قد قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر فى صحتها عجزه فى حياته. والعلامه فى التحرير جعل الاطلاق محمولاً على عجزه فى حياته وإنما يكتفى بها بعد موته عند التصريح به وهو غير واضح.

وأما الوصيه بالنجوم على المكاتب فهى صحيحه وإن لم تكن مستقره.

كما تصح الوصيه بالحمل المتجدد وإن لم يكن حينئذ مملوكاً، فإن

أداها فهى لمن أوصى بها إليه، وإن عجز فللوارث تعجيزه وفسخ الكتابه وإن أنظره الموصى له.

وهل يملك الموصى له إبراءه عن هذه النجوم الموصى بها أم لا؟ وجهان بل

قولان، أجمدهما ذلك لأنه حيث ملك الاستيفاء ملك الإبراء. ووجه العدم أن

ما ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبه على الورثه بهذا الابرء.

ولو أوصى لواحد برقبته ولشخص آخر صحت الوصيتان، ثم إن أدى

المال أو أبرئ منه بطلت الوصيه الأولى، وإن رق بطلت الوصيه الثانيه، لكن

استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته، فإن امتنع وأمهله فالقولان السابقان.

ص: ٤٢٩

الحاديه والثلاثون: لو قتل المكاتب

واستوجه العلامه فى التحرير عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسح الوارث، ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئا فهو له، ولو اختلف الموصى له بالرقبه والموصى له بالمال فى الفسخ عند حصول ذلك العجز وتحققه قدم صاحب الرقبه كما يقدم صاحب الرقبه على الوارث، هذا إن كان كاتبه مكاتبه صحيحه. أما لو كاتبه مكاتبه فاسده كانت لا أثر لها عندنا كما تقدم الكلام عليه، فإذا أوصى بما فى ذمته لم يصح، لأنه لم يثبت له بها شيئا فى ذمته، وإن أوصى برقبته صح كما لو أوصى برقبه عبده القن. نعم لو أوصى بما يقبضه منه صح لأن الذى يقبضه منه ملكه بواسطه أنه كسب مملوكه لا من حيث إنه مال الكتابه، حتى لو صرح بالوصيه بما يقبضه من مال الكتابه لم يصح كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض.

وظاهر إطلاق الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ فى المبسوط عدم الفرق فى ذلك بين العالم بفساد تلك الكتابه والجاهل به نظرا إلى حقيقه المال وموافقه الوصيه ملك الموصى. ويحتمل الصحه فى الجاهل لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبه فعنده أن ما يأتى به لغو، وقد تقدم فى مواضع عديده من كتاب الهبات أن من باع ما وهبه مع فساد الهبه أو باع مال مورثه معتقدا بقاءه فظهر موته أو أوصى برقبه معتقه فظهر فساد عتقه الخلاف هناك فليراجع، وإن كان الأقوى الفساد.

الحاديه والثلاثون: أنه إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات، وإن جنى على طرفه عمدا وكان الجانى هو المولى فلا قصاص وعليه الأرش، وكذا إن كان أجنبيا حرا كان أو مملوكا ثبت فيه القصاص، وكل موضع يثبت الأرش فهو للمكاتب

لأنه من كسبه.

وتفصيل هذه المسائل وتنقيحها بحسب الدليل هو أن المكاتب فى الجنايه عليه

ذو حالات وصور لأنه إما أن يكون على نفسه أو على ما دونها، ففى الثانى له

القصاص إن كانت توجهه، وليس للسيد منعه كالمريض يقتص ولا تعترض عليه

الورثه، والمفلس يقتص ولا تعترض عليه الغرماء.

ص : ٤٣٠

شروط الكفاله وأحكامها

وفيه احتمال آخر بالمنع لأنه قد يعجز عن نفسه فيعود إلى المولى كمقطوع اليد مثلا بلا جابر، وعلى الأول فإن اقتصر فذاك وإن عفا على مال ثبت المال. لكن لو كان ذلك المال أقل من أرش الجنايه أو عفا مجانا ففي نفوذه بغير إذن المولى قولان، أصحهما النفوذ بناء على أن موجب العمد القصاص لا الديه، وإن كانت الجنايه موجه للمال لم يكن له العفو بدون إذن المولى. وإن عفا بإذنه ففيه القولان السابقان حيث ثبت المال لما دون النفس من الجنايه فهو كسب من المكاتب، فيستعين به على أداء النجوم لأنه متعلق بعضو من أعضائه، فهو كالمهر تستحقه المكاتبه بوطئها ولأن كسبه له وهو عوض عما تعطل من كسبه بقطع العضو وما في معناه.

وإن كان الجنايه نفسا بطلت الكتابه ويموت رقيقا.

ثم إن كانت قاتله المولى فليس عليه سوى الكفاره، وإن كان قد قتله

أجنبي فللمولى القصاص مع المكافاه أو القيمه ويكون له كسبه بطريق الملك لا

الإرث ولو كان القتل السرايه الجرح، وإن كان قبل أن يعتق منه شئ وقد أدى

الجرح إلى المكاتب وجب عليه أن يكمل القيمه للمولى وإلا دفع إليه تمام القيمه.

أما إذا كان الجاني هو المولى سقط عنه الضمان وأخذ كسبه لأنه للمولى،

وإن كانت السرايه بعد ما عتق بأداء جميع النجوم فمع كون الجاني أجنبيا يجب

تمام الديه على الجاني لأن الاعتبار بالضمان بحاله الاستقرار ویرثها من یرث ماله

من أقاربه، فإن لم يكونوا له فالمولى أولى إن ثبت به، وإن كان الجاني هو

المولى ثبت عليه تمام الديه أيضا، وهذا بخلاف ما لو جرح عبده القن ثم أجرى

عليه عتقه ومات قبل السرايه حيث لا ضمان هنا لأن ابتداء الجنايه غير مضمون،

وهاهنا ابتداؤها مضمون ولو حصل العتق بالأداء.

ولا يمنع من التقصاص كون الديه إبلا فإن الواجب في الابتداء نصف قيمه

في مثل اليد، والتقصا إذا سرت الجنايه بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل.

ص: ٤٣١

الثانيه والثلاثون: ما يترتب على لزوم المكاتبه من جهه المولى

وإذا عفا المكاتب عن المال ولم يصحح عفوهُ على ما فضل ثم عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه أم لا؟ قولان، أصحهما نعم لأن عفوهُ وقع لاغياً. ووجه العدم أن المانع كان حق غيره وقد زال كما لو عمد إلى ما غيره فباعه فضولاً ثم ملكه، وهنا أولى بالصحة لأن الأرش ملكه، فأشبهه حينئذ تصرف المفلس من الحجر. ولو كان الجاني على طرف المكاتب عبده فله القصاص جزماً، ولو كانت الجنايه خطأ لم يثبت له عبده مال.

وإذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص فللمولى منعه، فلو كان خطأ فأراد الأرش كان له ولم يملك المولى منعه لأنه بمنزله الاكتساب، ولو أراد إبراء توقف على رضا السيد - وهذا قول الشيخ في المبسوط - لبقاء الرقيه المقتضيه للسلطنه وكونه تصرفاً ليس باكتساب وإلا تعين عليه. وضعف بأن ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غير المولى لورود الدليل فيه. واستوجه شهيد المسالك وقوى القول بجوازه لعموم آيه القصاص وانقطاع سلطنه المولى عنه.

الثانيه والثلاثون: (1) حيث إنه قد ثبت كون الكتابه لازمه من جهه

المولى فليس له التصرف في رقبته ومنفعته، لا تصح وصيته به كما لا يصح بيعه، كما لا تصح الوصيه بعبد غيره. نعم لو قال في وصيته: إن عجز مكاتبى هذا وعاد إلى الرق بعجزه فقد أوصيت به لفلان صح، كما لو أوصى بشمره نخلته وحمل جاريته المتجددين بعد الوصيه، ثم إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم الشرعى كما فى المجنى عليه، ويحتمل تقديم الوارث لأن الوصيه له مشروطه بفسخ مكاتبته ولم يحصل الشرط، هذا

كله حيث تكون الوصيه معلقه على فسخ كتابته مطلقا.

أما لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحتها عجزه حاله حياته، وجعل

ص: ٤٣٢

١- (١) لا- يخفى أن ما أفاده في هذه المسأله إلى قوله " ويحتمل الفرق لأن الجاهل... " - آخر الصفحه القادمه - هو نفس ما ذكره في المسأله الثلاثين مع اختلاف في بعض الألفاظ.

فيما ذهب إليه المرتضى في المقام

العلامة في التحرير الاطلاق كالتقييد مترتبا على عجزه في حياته، وإنما يكتفى بها بعد موته لو صرح به، وهذا غير واضح لعدم التبادر عند الاطلاق.

أما الوصيه بالنجوم على المكاتب فهي صحيحة وإن لم تكن مستقره، كما تصح الوصيه بالحمل وإن لم يكن مملوكا في الحال، فإن أداها فهي للموصى له وإن عجز فللوارث تعجزه وفسخ الكتابه وإن أنظره الموصى له.

وهل للموصى له إبرائه من النجوم أم لا؟ قولان أصحهما ذلك لأنه يملك الاستيفاء فيملك الابراء، ووجه العدم أنه إنما ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبه على الورثه الحاصل بالابراء.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز وآخر النجوم صحت الوصيتان ثم

إن أدى المال أو أبرأه منه بطلت الوصيه الأولى، وإن رق بطلت الوصيه

الثانيه، لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته، فإن امتنع وأمهله جاء

القولان السابقان.

واستوجه علامه التحرير فيه عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ

الوارث ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئا فهو له، ولو اختلف الموصى

له بالرقبه وبالمال في الفسخ عند العجز قدم صاحب الرقبه كما يقدم صاحبها على

الوارث.

أما لو كاتبه مكاتبه فاسده بأحد المفسدات الشرعيه - حيث لا أثر لها البتة -

ثم أوصى به جاز لأنه رقه غير محجور عليه في وصيته به. أما لو أوصى بما

في ذمته لم يصح، ولو أوصى بما قبضه منه صح لأن كسبه للمولى لا من حيث

إنه مال الكتابه.

وظاهر إطلاق المحقق والأصحاب بل صريح الشيخ فى المبسوط وغيره عدم الفرق فى ذلك بين العالم بفساد الكتابه والجاهل به نظرا إلى حقيقه المال وموافقه الوصيه ملك الموصى. ويحتمل الفرق لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبه فعنده

ص: ٤٣٣

فى أن المهر إذا ذكر فى العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهالة

إنما يأتى به إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر مما بقى عليه فهو وصيه بالنصف وزيادة وللورثة المشتبهه فى تعيين تلك الزيادة (١)، والأظهر كون ذلك الزائد على النصف من جملة الوصيه لا ابتداء عطيته، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فى العطيه بل فى الوصيه، وقصاراه أن يكون تعيين الوصيه مفوضا إلى الوارث لابهامه. وهل يعتبر فى الزيادة عن النصف أن تكون متموله فى نفسها أم يكفى التمول فيها بواسطة انضمامها إلى النصف؟ وجهان، الأظهر منهما الثانى لأن التمول إنما يعتبر فى الوصيه وغيرها عند الاستقلال والافراد، أما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، وإلا لجرى عدم الصحه فى الجميع لأن أجزاءه تبلغ حدا لا يتمول، والوصيه هنا مجموع النصف والزيادة، لا بالزيادة وحدها. ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه ومثله فهو وصيه بجميع ما عليه وزيادة لأن ما يزيد على النصف هو نصف الوصيه فيكون مثله زائد على مجموع المال، فيصح فيه ويلغو فى الزائد. ومثله ما لو قال: ضعوا أكثر ما عليه أو ما عليه وأكثر ونحو ذلك.

ولو قال: أكثر ما عليه ونصفه وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شئ، ولا يعتبر فيه أن يتمول ويقبل التنصيف إلى ما يتمول.

وأما توهم اعتبار تمول الزيادة دون نصفها بناء على أن ما يتمول يصح أن يقال له نصف مقيد به وإن يتمول بخلاف نصف ما لا يتمول فهو فاسد، لما ذكرناه من أن الوصيه بالمجموع لا بالزيادة منفردة سواء نصفها أم لا.

ولو قال: ضعوا عنه ما شاء أو ما شاء من مال الكتابه، فإن بقى منه شيئا فلا

إشكال في الصحه، وإن شاء الجميع ففيه خلاف، فالشيخ في المبسوط على أنه لا يصح

أما في الثاني فواضح لأن " من " للتبعيض، فكأنه قال في وصيته: ضعوا عنه بعض

مال الكتابه، وأما في الأول فلأن " من " وإن لم تكن ظاهره لكنها مقدره، فإن

ص: ٤٣٤

١- (١) كذا في النسخه، ولعل الصحيح " وللورثه تعيين تلك الزياده المشتببه " .

الثالثه والثلاثون: لو أوصى بعق المكاتب فمات وليس له سواه

المعنى ضعوا من كتابته ما شاء.

وفيه نظر لأن تقدير " ما شاء من مال الكتابه " بمعنى التبعض محتمل للتبيين فيصح تعلقها بالجميع. نعم يمكن أن يقال إن " من " لما كانت مشترك بين التبعض والتبيين كانت مبهمه فلا تدل على أحدهما إلا بالقرينه كما فى كل مشترك، وحينئذ فالنقص معلوم على الاحتمالين والجميع مشكوك فيه لقيام الاحتمال فيرجع الأمر إلى معنى التبعض وإن لم يحمل عليه بخصوصه، ولو عينت القرينه إرادته التبيين أو إرادته الجميع من غير تقدير " من " عمل بها، ولعلها موجوده فى الصوره الأولى بإرادته ما يتناول الجميع.

وتوقف المحقق فى ذلك بل يظهر منه أن الاعتبار بظاهر حال اللفظ،

ولا يتأتى ذلك لو قال: ضعوا عنه النجوم.

وبالجملة: فصدور هذه الوصايا ممن لم يكن له تعمق فى علم العرييه

يبعد هذه الاحتمالات ويتعين الحمل على ما هو المتعارف بين العوام. والفروع

فى هذا المقام كثيره، وإطاله البحث عنها مما تطول به المؤلفات مع كونها غير

منصوصه، فلنقتصر على هذا القدر منها على أن أكثرها فروع العامه قد استحسناها

الشيخ فى المبسوط وجرى على وتيره جماعه من متأخرى علمائنا.

الثالثه والثلاثون: إذا أوصى بعق المكاتب فمات وليس له سواه ولم تحل

مال الكتابه يعق ثلثه معجلا، ولا ينظر بعق الثلث حلول مال الكتابه كما عليه

بعض الشافعيه لأنه إن أدى حصل للورثه المال وإذا عجز استرقوا ثلثه ويبقى

ثلثاه مكاتبا، وذلك لأن المكاتب إذا أدى مال الكتابه عن الثلثين حصل للورثه المال

وهو ضعف ما عتق وهو الذى منع من عتقه عند العامه، وإن عجز استرقوا ثلثيه
وهو الضعف أيضا، فضعف الوصيه حاصل على التقديرين وإن لم يكن متعين فى
أحد الأمرين. هكذا أجاب المحقق عن ذلك.

وتنظر فيه ثانى الشهيدين فى المسالك لأن الوارث ممنوع من التصرف فيما

ص: ٤٣٥

صرح الأصحاب بأنه لا تقبل الشهاده بالرضاع مجمله

حصل له قبل استقرار الأمر بتعين أحد الأمرين، والوصيه نافذه بغير مانع، فما أورده العامه غير منسجم.

وإذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث فى المشهور لأنه معامله على ماله بماله فجرت المكاتبه مجرى الهبه، وأما على المختار وهو أن المنجزات من أصل المال فلا بحث ولا كلام، وعلى الأول فإن خرج من الثلث نفذت الكتابه فيه أجمع وينعتق عند أداء المال. وإن لم يكن سواء صحت فى ثلثه وبطلت فى الباقي. وإنما علل بذلك لأنها وإن كانت معاوضه إلا أنها بحسب الصوره لا الحقيقه لأن كلا من العوض والمعوض من مال المولى والكسب تابع للمملوك فهى 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 والإجازة إذ ليس فيهما تفويت مال وإن اشتملت على تبادل الأعيان لأن المعتبر هو أصل المال دون خصوصيته، وبهذا يخالف ما إذا باع لنسيه فى مرض الموت بثمان المثل حيث يصح البيع فى الجميع لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن، وهنا لو لم يكاتب لم يحصل له كسبه.

وإذا تقرر ذلك وقلنا بأن المنجزات من الثلث اعتبرت قيمه العبد من

الثلث، فإن لم يملك شيئاً سواه وأدى النجوم فى حياه المولى فإن كان مكاتبه له

على مثلى قيمته عتق كله لأنه يبقى للورثه مثلاه، وإن كاتبه على مثل قيمته عتق

منه ثلثاه لأنه إذا أخذ مائه وقيمه مائه فالجمله مائتان فينفذ التبرع فى ثلث

المائتين وهو ثلث المائه، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت

الكتابہ فی نصفہ، وإن لم یؤد حتی مات السید نظر إن لم یجز الورثہ ما زاد

علی الثلث فنلثہ مکاتب، فإن أدى حصته من النجوم عتق.

ولو زاد فی الكتابہ بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل

قیمتہ ففیہ وجہان، ووجه العدم أن الكتابہ قد بطلت فی الثلثین فلا تعود، وهذا

ص: ۴۳۶

الأولى: يتحقق به الاستيلاء

الذى جزم به المحقق ومن تأخر عنه. ووجه الزيادة زياده ما صار بيد الوارث فكان لو ظهر دفين للميت أو نصب شبكه فى الحياه فوجد فيها صيد بعد الموت فإنه يزداد فى الكتابه لذلك. والأول أقوى لانطباقه على القواعد الشرعيه ظاهرا.

المقصد التاسع

فى أحكام الاستيلاء

لأنه أحد الأسباب الموجبه للعتق نصا وفتوى، وفيه مسائل:

الأولى: فى به يتحقق وبيان شرائطه المتوقف تحققة عليها، وهو

يتحقق بعلوق أمته منه وهو فى ملكه، ويدخل فى العلق ما إذا ولدته تاما

وناقصا مضغه وعلقه لا نطفه فى الأصح لعدم اليقين بكونها مبدأ للنشر واستعدادها

لصوره الانسانيه بخلاف أختيها، واستصحابا لحكم الأمه الثابت بيقين وفائده

غير الحى إبطال التصرف المخرج عن الملك والواقع زمن الحمل وانقضاء المده

من الأمه والحره من الزوج والشبهه وهى لا تخرج عن الملك ما دام سيدها حيا

بالنص والاجماع.

فى صحيحه زراره (١) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: سألته عن أم الولد فقال: أمه "

ومثله حسنه (٢) كما فى الكافى.

وفى مرسل ابن أبى عمير (٣) " أنه سئل عن أم الولد أيقع عليها سيدها؟

قال: نعم "

وفى صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع (٤) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٣ ب ١ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٨١ ح ١٣٨، الوسائل ج ٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٨ وفيها "سئل عن المدبره".

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٣ ب ١ ح ٢ وفيهما "وهبه لها".

الثانيه: فى اشتراط حريه الولد فى تحقق الاستيلاء

يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه له بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أيجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده".

الثانيه: هل يشترط فى تحقق الاستيلاء كون الولد حراً حال العلق أم

لا؟ الأشهر والأظهر اشتراطه، بل لم ينقل فيه خلاف لأن الاستيلاء إنما ثبت

لها تبعاً لحريه الولد، وإلى ذلك أشارت الأخبار الآتى ذكرها لقوله عليه السلام فى بعضها

" جاريه أعتقها ولدها " فلو كان مملوكاً إما لكون الواطئ عبداً حاله الوطء والحمل

أو باشتراط الرقيه فى ولد الحر، وقد وقع الخلاف فيما إذا أولد أمه غيره ولداً

حراً بأن تزوجها فى حال حريته ولم يشترط الرقيه ثم ملكها بعد ذلك عملاً

بالأصل، والشك فى السبب بأن الاستيلاء لم يثبت فى الحال فلا يثبت بعد مؤيداً.

ولصحيحه ابن مارد (1) عن الصادق عليه السلام " فى الرجل يتزوج الأمه فتلد منه أولاداً

ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله ولم تلد منه بعد ما ملكها ثم يبدو له فى

بيعها، قال: هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتقها

ولا يمنع منه الوطء المحرم لعارض كما لو وطأ الأمه المرهونه عن الغير

فحملت صارت أم ولد لوجود المقتضى له وهو علقها فى ملكه وانتفاء المانع إذ

ليس إلا كونها مرهونه والرهن لم يخرجها عن ملكه، وإن حظر عليه التصرف

فإن الاستيلاء يجامع الوطء المحرم بالاتفاق كما لو وطأ حاله الحيض والاحرام

ووطأ المشتركه.

ومقتضى حكمهم بدخولها فى حكم أمهات الأولاد تحريم بيعها على المرتهن

وذلك فى معنى بطلان الرهن، وهو أحد الأقوال فى المسأله، وبه صرح المحقق

فى كتاب الشرايع فى كتاب الرهن منه لعموم النهى عن بيع أمهات الأولاد، بل

ص: ٤٣٨

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٨، الوسائل ج ٦ ص ١٢٥ ب ٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

الرابعة: فى عدم اشتراط كون الأمه المستولده خالصه للمستولد

جاء فى صحيحتى محمد بن مسلم (١) والحلبى (٢) جواز وطء الراهن حاله الرهانه لأمته

فىما بينه وبين الله عز وجل وإن كان له المنع ظاهرا. وقد عمل بهاتين الصحيحتين

بعض المحدثين من مشايخنا وحملها الأكثر على التقيه.

وفيه قول آخر أنه لا تبطل الرهانه ويقم حق المرتهن لسبقه، وهذا

هو الأقوى، فيصير من المسائل المستثناه من المنع من بيع أم الولد.

الثالثه: لا يشترط الاسلام فى المستولد للعمومات، فلو أولد الكافر أمته

لحقها حكم أمهات الأولاد، لكن لو أسلمت قبله تعارض تحريم بيع أم الولد

وتحريم بقاء المسلم فى ملك الكافر الموجب لحصول السبيل عليه المنفى آيه وروايه،

فيجب إزاله السبيل عن أم الولد المسلمه.

وقد اختلف كلام الشيخ وغيره فى مزيله، ففى المبسوط: تباع وتكون مستثناه

من المنع وهو الذى اختاره المحقق فى الشرايع بل فى أكثر كتبه، واختاره العلامه

وإن كان له قول آخر سيأتى ذكره. وقال الشيخ فى الخلاف، تجعل عند امرأه

مسلمه تتولى القيام لها جمعا بين الحقين لأن الاستيلاد مانع من البيع ولا سبيل

إلى بقاء السبيل، فيجمع بينهما بذلك. وللعلامه قول ثان أنها تستسعى لأن

العتق والحيلولة إضرار بذلك والبيع منهى عنه والسبيل واجب الإزاله فوجب

الاستسعاء، وهذا مما يوجب الاكتفاء بالكتابه بطريق أولى لأنها تقطع تصرف

المولى كما مضى بخلاف الاستسعاء، فالأول أقوى لأن الحق فى الله تعالى لا للمملوك،

فلو رضى ببقائه فى ملك الكافر لم يجب إليه.

الرابعة: لا يشترط فى الأمه المستولده أن تكون خالصه للمستولد بل يثبت

الاستيلاء ولو في المشتركة كما تقدم في النكاح وأحكام الأولاد، لأن الموطئ

لها على تلك الحال لم يكن زنا بل معصية يستحق عليها التعزير ويلحق به الولد وتقوم

ص: ٤٣٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٧ ح ٢٠، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٣ ب ١١ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٥ ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٣ ب ١١ ح ٢.

عليه الأم والولد يوم سقط حيا، وتتعلق بها أحكام أم الولد، وكذلك المشترك كان

لو وقعا عليها في طهر واحد فأولدها ثم أقرع بينهما فخرج الولد لأحدهما فإنها

تكون أم ولد بذلك ويغرم حصه الشريك الآخر من المولد والأم.

ففي صحيح أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه السلام كما في الفقيه وحسنه كما في

الكافي عن أبي جعفر عليه السلام " قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وآله عليا عليه السلام إلى اليمن فقال

له حين قدم: حدثني بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا

جاريه فوطئوها جميعا في طهر واحد فولد غلاما فاختلفوا فيه كلهم يدعيه فأسهمت

بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنت نصيبه "

ومرسله عاصم بن حميد (٢) وصحيح معاوية بن عمار (٣) وخبره عن أبي

عبد الله عليه السلام " قال: إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جاريه في طهر واحد فولدت فادعوه

جميعا أقرع الوالى بينهما، فمن قرع كان الولد ولده وترد قيمه الولد على صاحب

الجاريه "

ولا يلزم من ذلك نفى الضمان لقيمة الولد لا دعاء كل واحد منهم أنه ولده

وأنه لا يلحق بغيره، ولازم ذلك أنه لا قيمة له على غيره من الشركاء، بخلاف

ما لو كان الواطئ واحدا فإن الولد محكوم بلحوقه به.

ولما كان من نماء الأمه المشتركة جمع بين الحقين بإغرامه قيمة الولد لهم

وإلحاقه به لأننا نقول: إن الروايات قد صرحت بذلك فإن صحيحه معاوية بن

عمار مصرحه بالغرم في الولد بخصوصه غير متعرض للأم، فبطل ما قيل في هذه

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ١١، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ب ١٣ ح ٦ و ج ١٤ ص ٥٦٧ ب ٥٧ ح ٤
ما في المصادر اختلاف يسير.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٣٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ب ١٣ ح ٥.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٥٢ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ب ٥٧ ح ١.

الخامسة: هل يجوز للمولى بيع أم ولده لو كان ولدها حيا؟

الصحيحه من عدم الدلاله بحمل النصيب المضمون للشريك على النصيب من الأم لأنه من النصيب الواضح لهم باتفاق الجميع. وقد عرفت ما فيه بعد ثبوت النص المذكور فى الولد بالخصوص وإن كانت هذه الروايه الأخرى غير صريحه فى الولد بالخصوص. ولا فرق فى هذا الوطاء الصادر من الشريكين أو من الشركاء بين كونهم عالمين بتحريمه أو جاهلين.

وبالجملة: فحكم كل واحد بالنسبه إلى هذا الولد كولد من الأمه الموطوءه المنفرده من حيث الحكم بالحقوق وصيرورتها أم ولد فتلحقها أحكام أم الولد من العتق وغيره كما سيجئ تفصيله، وفى هذه الأخبار دلالة على شمول الحكم لأمه الكافر والمسلم كبقية أخبار الباب الوارده فى أم الولد فإنها مطلقه.

الخامسة: قد عرفت مما سبق أن أم الولد مملوكه لسيدها ما دام حيا

ولا تتحرر بمجرد موت المولى بل من نصيب ولدها كما سيجئ، لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيا إلا فى ثمن رقبتها إذا كان دينا على المولى، وفى مواضع مخصوصه تقدم عليها فى البيوع بعضها منصوصه وبعضها غير منصوصه، وليس مولاها ممنوعا من سوى البيع ونحوه من وجوه النقل عن ملكه فيجوز له إجارتها وتزويجها وتحليلها للغير ووجوب نفقتها وغير ذلك من الأحكام، ولا فرق فى جواز بيعها فى ثمن رقبتها بين حياته أو بعد موته.

ففى صحيحه عمر بن يزيد (1) عن أبى إبراهيم عليه السلام " قال: قلت له: أسألك؟

قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ فقال: فى فكاك رقابهن،

قلت: وكيف ذاك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ثم لم يرد ثمنها ولم

يدع من المال ما يؤدي عنه بيعت وأدى ثمنها، قلت: فتباع فيما سوى ذلك من

الدين؟ قال: لا "

ص: ٤٤١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٣ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٢ ح ١ وفيهما " ثم لم يؤد ثمنها - أخذ ولدها منها وبيعت "

السادسه: فى حكم أم الولد لو مات ولدها قبل أبيه

ومثله صحيحته الأخرى (١) إلا أنه قال أخذ ولدها منها وبيعت "

السادسه: أن أم الولد إذا مات ولدها قبل أبيه فهي أمه لا تنعتق بموت

سيدها ويجوز بيعها باتفاق.

ويدل عليه من الأخبار خبر أبي مخلد السراج (٢) " قال: قال أبو عبد الله عليه السلام

لإسماعيل وحقيبه والحارث النصرى: اطلبوا لى جاريه من هذا الذى تسمونه

كذبانوجه تكون مع أم فروه، فدلونا على جاريه رجل من السراجين وقد ولدت

له ابنا ومات ولدها، فأخبروه بخبرها فأمرهم فاشتروها، وكان اسمها رساله

فحول اسمها وسماها سلمى، فزوجها سالما مولاه فهي أم حسين بن سالم "

وفى صحيحه وهب بن عبد ربه (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " فى رجل زوج عبدا

له من أم ولد له ولا ولد لها من السيد، ثم مات السيد، قال: لا خيار لها على

العبد هي مملوكه للورثه "

وفى خبر أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " فى رجل اشترى جاريه يطأها

فولدت له ولدا فمات ولدها، قال: " إن شاءوا باعوها فى الدين الذى يكون على

مولاه من ثمنها، وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه "

ولو بقيت حاملا حتى مات مولاه ثم ولدت ولو سقطا انعتقت من سهم

ولدها.

ويدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام: " فى حديث أنه

ص: ٤٤٢

- ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٧ وفيه "لإسماعيل حقيبه"، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦ ب ٥ ح ١.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٧ ب ٥ ح ٤.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦ ب ٥ ح ٢.
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٧ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٣ ح ١ وفيهما "عن أبي عبد الله عليه السلام".

السابعه: لو مات مولى أم الولد وولدها حى

قال فى جاريه لرجل كان يأتيا فأسقطت سقطا منه بعد ثلاثه أشهر قال: هى أم ولد "

وخبر أبى البخترى (1) كما فى قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام

" قال: إذا سقطت الجارية من سيدها فقد عتقت "

السابعه: إذا مات مولى أم الولد وولدها حى وكان ولدها وارث أبيه

وترك ما يقوم حصته بثمن أمه جعلت فى نصيب ولدها وعتقت عليه، ولو لم يكن

سواها عتق نصيب ولدها منها وسعت فى الباقي.

وظاهر الأصحاب فى أكثر مؤلفاتهم القطع بهذا الحكم من غير فرق بين

كون ولدها صغيرا أو كبيرا، ولا يتوقف عتقها على عتق ولدها بصيغته مستقلة

بعد بلوغه أو تميزه وكونه يحسن الصيغته، نظرا إلى الاطلاق فى كثير من الأخبار.

وذهب الصدوق فى المقنع ووالده فى الرسالة التى عملها لابنه أنه إذا كان

صغيرا قومت عليه وحسب ثمنها من ميراثه، ولا تنعتق بمجرد ذلك التقويم بل

تبقى ملكا لولدها إلى أن يبلغ فيكون هو الذى يعتقها، فإن مات ولدها قبل

البلوغ ورثها وارثه.

واختار هذا المذهب شيخنا صاحب كتاب الأحياء، وتردد شيخنا صاحب كتاب

الحدائق فى هذا الحكم من أصله لتعارض المشهور وهذه الأدلة الناطقه بذلك.

والأقوى ما اختاره شيخنا صاحب الأحياء وقبله الصدوقان لأن الأدلة الداله على

ذلك التفصيل أصح سندا وأكثر عددا، مع أن عارضها ضعيف الأسناد مطلقا فى

المراد بمعزل عن التنصيص قابل للتقييد والتخصيص، أسانيد غير نقيه قابل للحمل

على التقيه لا جماع العامه عليه. وها أنا أسوق لك الأخبار من الطرفين لينكشف لك

الحق من القولين، وإن كان القول المشهور كاد أن يكون إجماعيا حيث إن الأكثر

لم يتعرضوا لما نقلناه عن الصدوقين.

ص: ٤٤٣

١- (١) قرب الإسناد ص ٧٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٥ ب ٣ ح ٢.

لو طلقت في أثناء الشهر

فمن أدله المشهور مقطوعه يونس (١) " حيث قال في أم ولد: إن كان لها

ولد وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقيه ثمنها "

وخبر أبي البختری (٢) المتقدم عن قرب الأسناد وقد مر عن قريب لأن

فيه " إذا سقطت الجارية من سيدها فقد عتقت "

وخبر الوليد بن هشام (٣) قال: قدمت من مصر ومعى رقيق فمررت بالعاشر

فسألنى فقلت: هم أحرار كلهم، فدخلت المدينة ودخلت على أبي الحسن عليه السلام

فأخبرته بقولى للعاشر، فقال: ليس عليك شئ، فقلت: إن فيهم جارية قد وقعت

عليها وبها حمل، قال: لا بأس، أليس ولدها الذى يعتقها إذا هلك سيدها صارت

من نصيب ولدها؟ "

وخبر أبى بصير (٤) المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام " قال: إن كان لها ولد قومت

على ولدها من نصيبه "

وأما الأخبار الواردة بما قلناه من التفصيل فصحيح محمد بن قيس (٥) المروى

فى الفقيه عن أبى جعفر عليه السلام " قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام أيما رجل ترك سريه

لها ولد وفى بطنها ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت، وإن لم يعتقها حتى

توفى فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله أحق، فإن كان لها ولد وترك مالا

جعلت فى نصيب ولدها ويمسكها أولياء بها حتى يكبر الولد، فيكون هو الذى

ص: ٤٤٤

- ٢- (٢) قرب الإسناد ص ٧٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٣ ح ١.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧ ح ٤٨، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- ٤- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦ ب ٥ ح ٢.
- ٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٨٣ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٦٨ ب ٥٦ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

لوارتابت بالحمل قبل انقضاء العده

يعتقها إن شاء، ويكونون هم يرثون ولدها ما كانت أمه، فإن أعتقها ولدها أعتقت،

وإن توفى عنها ولدها ولم يعتقها فإن شأؤوا أرقوا وإن شأؤوا أعتقوا".

وصحيح عبد الله بن سنان (١) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت

وله أم ولد له منها ولد، أ يصلح للرجل أن يتزوجها؟ فقال: أخبرت أن عليا

عليه السلام أوصى في أمهات الأولاد اللاتي كان يطوف عليهن، من كان لها ولد فهي من

نصيب ولدها، ومن لم يكن لها ولد فهي حرة، وإنما جعل من كان لها ولد من

نصيب ولدها كي لا تنكح إلا بإذن أهلها".

وفي صحيحه أخرى لمحمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير

المؤمنين عليه السلام في رجل ترك جاريه وقد ولدت منه ابنه وهي صغيرة، غير أنها تبين

الكلام، فأعتقت أمها، فخاصم فيها موالى أبي الجارية فأجاز عتقها".

وفي صحيح آخر له (٣) أيضا عن أبي جعفر عليه السلام "في رجل توفى وله جاريه وقد ولدت

منه بنتا" ثم ذكر مثل الحديث الأول من غير أن يسنده إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام.

وفي صحيح آخر له (٤) كما في التهذيب "قال: قضى على أمير المؤمنين عليه السلام في

رجل توفى وله سريه لم يعتقها، قال: سبق كتاب الله، فإن ترك سيدها مالا

تجعل في نصيب ولدها ويمسكها أولياء ولدها حتى يكبر ولدها فيكون المولود

هو الذي يعتقها، ويكون الأولياء الذين يرثون ولدها ما دامت أمه، فإن أعتقها

ولدها فقد عتقت، وإن مات ولدها قبل أن يعتقها فهي أمه، إن شأؤوا أعتقوا وإن

شأؤوا استرقوا".

وحمل هذه الأخبار الشيخ في التهذيبين على ما إذا كان ثمن الجارية دينا

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٧ ب ٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ذيل ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٥٨ ب ٥٦ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير
 - ٣- (٣) لم نعثر عليه.
 - ٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٨ ب ٦ ح ٢.

فى التعدى عما اذن له فى الإجاره

على صاحبها ولم يقض من ذلك شيئا، مستدلا بخبر وهب بن حفص عن أبى بصير (1)

" قال: سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات، قال: إن

شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاهما وعليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها

صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ابنه قبل أمه بيعت

فى ميراث الورثه إن شاء الورثه "

وفيه نظر، لأن تلك الأخبار المتقدمه نص فى انتفاء الدين ونهوض حصه

الولد بثمان رقبته، وأنها تبقى على الملك لابنها حتى إلى أن يكبر أو يبين

الكلام مع حصول التمييز بحيث يجرى عليها عتقا بصيغه مستقله تدل على عتقها

فكيف يجرى فيها هذا التأويل.

وأما خبر أبى بصير فهو بالدلاله على نقيض المدعى أشبه لقوله " فإن كان

ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر " على أنه قد اشتمل على ما لم يقل به أحد سوى

الشيخ فى النهايه وكتابى الأخبار من إلزام الولد بثمان رقبته وإن لم يترك أبوه

شيئا. ولهذا قال المحقق فى الشرايع مشيرا إلى هذه الروايه فى أحكام أم الولد

وفى روايه " تقوم على ولدها إن كان مؤسرا " وهى مهجوره.

وقال ثانى الشهيدى فى المسالك: وعمل بمضمونها الشيخ فى النهايه وفى

سندها ما لا يخفى، وهى مع ذلك مهجوره العمل عند غير الشيخ فى النهايه، وقد رجع

عنه فى غيرها، فالمذهب عدم التقويم.

والذى يؤيده ما قلناه ما جاء فى الأخبار الداله على عتق القرابه بالانتقال

إليه بالبيع ونحوه أنها وارده فى الرجل والمرأه وهما لا يقالان إلا على البالغين

فلا يدخل الصغير، ومع ذلك فقد صرحوا بالخلاف، وهنا غفلوا عن الخلاف في أم الولد.

فتبين لك بهذا التحقيق الأتيق أن أم الولد ما دام ولدها صغيرا غير مميز

ص: ٤٤٦

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٩ ب ٦ ذيل ح ٤

الثامنة: لو أوصى السيد لام ولده بمال

فهى فى حكم الرقن إلى أن يعتقها الولد.

وأما ما جاء فى صحيح زراره (1) عن أبى جعفر عليه السلام " قال: سألته عن أم

الولد، قال: أمه تباع وتوهب وتورث، وحدها حد الأمة " محمول على ما قبل

عتق ولدها لها كما تدل عليه هذه الأخبار، فىجب إرجاع كل خبر دل على

عتقها بمجرد الإرث إلى هذا التفصيل حملا للمطلق على المقيد والمجمل على المبين

وليس للتوقف فى المسألة وجه بعد ورود هذه الصحاح الصراح التى قد اعتمدها

الصدوقان بمجرد مخالفه الشهره، إذ رب مشهور لا أصل له.

والعجب من المحدثين من متأخري متأخري علمائنا كمحدث الوسائل

محدث الوافى كيف اعتمدوا جمع الشيخ بين الأخبار وركنوا إلى ذلك المحمل

البعيد مع كونهم من هذه الأخبار بمرأى ومسمع ومنتد ومجمع، لكن حسن

الظن بمن تقدم عليهم أوجب لهم الركون إليهم، ونحن لا يغنينا التقليد

والاتباع بعد الوقوف على هذه الأخبار الساطعه المنار وليست مخالفه للاجماع

وإن خالفت الاشتهار، فالاعتماد على مضمونها فى الفتوى والاحتياط لمالك أمهات

الأولاد أن ينجز عتقها خروجا من هذا الخلاف، والله العالم بالصواب وإليه المرجع

والمآب، وإنما بسطنا لسان الأقلام لأن هذه المسألة من المهام ومن المسائل التى

نسجت عليها عنكب الابهام ووقفت دون تحقيقها جياذ علمائنا الأعلام، ونسأل الله

الاعتصام والهدايه إلى حقيقه الحق فى الأحكام ومسائل الحلال والحرام.

الثامنة: قد تقدم فى كتاب الوصايا أن السيد إذا أوصى لأم ولده بمال

فهو من المسائل التى وقع فيها الخلاف بين الأصحاب لاختلاف الأخبار.

فقيل: تعتق في نصيب ولدها كسائر أمهات الأولاد التي لم يوص لهم بشئ

ويعطى الوصيه أجمع.

ص: ٤٤٧

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٣ ب ١ ح ١.

فى نقل كلمات الأصحاب فى المقام

وقيل: تعتق من الوصيه فإن فضل منهما شئ عتق من نصيب ولدها، وإن

نهضت به الوصيه وزادت دفع إليها. والأخبار الواردة فى المسأله أكثرها صريح

فىما ذهب إليه الصدوق من عتقها من الثلث ودفع الوصيه إليها.

فى صحیح البزنطى (١) "قال: نسخت من كتاب بخط على عليه السلام: فلان مولاك

توفى ابن أخ له وترك أم ولد له فأوصى لها بألف، هل تجوز الوصيه؟ وهل

يقع عليها عتق؟ وما حالها؟ رأيك فدتك نفسى، فكتب عليه السلام: تعتق من الثلث

ولها الوصيه".

وصحيحه أبى عبيده (٢) "قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد

وله منها غلام، فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفى درهم أو أكثر، للورثه أن

يسترقوها؟ فقال: لا، بل يعتق من ثلث الميث وتعطى ما أوصى لها به".

وخير الحسين بن خالد الصيرفى (٣) عن أبى الحسن الماضى عليه السلام "قال: كتبت

إليه فى رجل مات وله أم ولد وقد جعل لها شيئاً فى حياته ثم مات، قال: فكتب

لها ما أثناب به سيدها فى حياته".

ومرسله محمد بن يحيى (٤) عن أبى الحسن الرضا عليه السلام "فى أم الولد إذا مات

عنها مولاها وقد أوصى لها: قال: تعتق من الثلث ولها الوصيه".

وليس فى الباب ما يعارض هذه الأخبار موافقا لمذهب المشهور من عتقها من

مال الوصيه ودفع الباقي إليها أو عتقها من مال الولد ودفع الوصيه إليها سوى ما

ص: ٤٤٨

لها ولد".

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ ح ٤.

٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٢ وفيه " ما أثابها به "، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ ب ٨٢ ح ٢ وفيه " ما أمر سيدها ".

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ ح ٣ وفيهما " عمن ذكره عن أبي الحسن - تعتق في الثلث ".

العاشره: فى ذكر روايه شاده فى المقام

وجد فى كتاب العباس (١) مرسلا " قال: تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به " وهو خبر ضعيف غير معتد به موافقا لمذهب العامه.

وبالجملة: فقول الصدوق هو أقوى الأقوال الثلاثة، ومع ذلك لم يتعرضوا له فى الأقوال بل رجعوا قوله إلى قول المشهور وحملوا أخباره وهو عتقها من الثلث على عتقها من الوصيه لأن الوصيه من الثلث، ويدفعه تصريحها بأن العتق من الثلث والدفع لها كمال الوصيه، وبهذا تبين لك أن مذهب المشهور لا مستند له.

التاسعه: إذا جنت أم الولد خطأ على أحد تعلقت الجنايه برقبتهما وعلى المولى فكها، و اختلفوا بما ذا يفكها إلى قولين، وكلاهما للشيخ.

ففى المبسوط يفديهما بأقل أمرين من قيمتها وأرش الجنايه لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، وإن كان القيمه فهى بدل العين فيقوم مقامها، والجانى لا يجنى على أكثر من نفسه، والمولى لا يعقل مملوكه فلا يلزمه الزائد.

وفى الخلاف يفديها بأرش الجنايه بالغا ما بلغ إن لم يسلمها لتعليقه قيمتها وربما رغب فيها رغب بالزياده، وهذا هو مختار المحقق، والأول هو أشهر وأقوى.

للشيخ فى المبسوط قول ثالث وهو المنصوص أن أرش جنائتها على سيدها لمنعه من بيعها بالاستيلاء، ويدل عليه خبر مسمع بن عبد الملك (٢) عن الصادق عليه السلام

" أنه قال: أم الولد جنائتها فى حقوق الناس على سيدها، ومتى كان من حقوق

الله تعالى فى الحدود فإن ذلك على بدنهما ويقاص منها للمالك ". وعليه المعتمد

لأن ذينك القولين ليس لها مستند سوى الاعتبار وهو لا يعارض الأخبار.

العاشره: قد جاء فى صحيحه محمد بن قيس (٣) عن أبى جعفر عليه السلام " فى وليده

-
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ذيل ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ ح ٤.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ١٠ ص ١٥٤ ح ٥١، الوسائل ج ١٨ ص ٥٨٧ ب ١٤ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ١٠ ص ١٤٣ ح ٢٨، الوسائل ج ١٨ ص ٥٥٠ ب ٤ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

لو كانت حاملا باثنين فولدت واحدا "

نصرانيه فأسلمت عند رجل فأولدت لسيدها غلاما ثم إن سيدها مات فأصابها عتاق السريه فنكحت رجلا نصرانيا دبرانيا فهو العطار فتنصرت ثم ولدت ولدين وحملت آخر، فقضى فيها أن يعرض عليها الاسلام فأبت، قال: ما ولدت من ولد فإنه لابنها من سيدها الأول، وأحبسها حتى تضع ما فى بطنها، فإذا ولدت فاقتلها " .

وهى روايه شاذه قد اشتملت على أحكام مخالفه للقواعد لأن استراق أولادها لابنها من المسلم لا تنطبق عليه قاعده، وقتل المرأه فى الارتداد غير ثابت فى مذهبنا ولهذا قال الشيخ فى النهايه: إنها تجرى عليها أحكام الارتداد وينفى ولدها على الحريره، وكأنه مطرح لهذه الروايه بالكليه فتقتصر على محلها، ولا يتعدى حكمها لغيرها كما هو شأن القضايا الجزئيه الوارده فى كتاب القضاء عن أمير المؤمنين عليه السلام.

تم الجزء الأول من " عيون الحقائق الناظره فى تتمه الحدائق الناظره "

حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه

وسيليه - إن شاء الله - الجزء الثانى منه أوله " كتاب الاقرار "

سائلين الله عز شأنه أن يوفقنا لنشر أحكامه

بحق سيدنا محمد وآله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

