



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرف  
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com  
WWW. **Ghaemiyeh** .org  
WWW. **Ghaemiyeh** .net  
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

# موسوعة الشهيد الناجي

الجزء الرابع والعشرون  
مسائل الأقسام  
إلى الفقه شرع الإسلام

مركز البحوث والدراسات الإسلامية  
مركز البحوث والدراسات الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# موسوعة الشهيد الثاني

كاتب:

شيخ زين الدين بن علي بن احمد عاملي جُبَعي (شهيد ثاني)

نشرت في الطباعة:

مركز إحياء التراث الإسلامي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

5	الفهرس
16	موسوعة الشهيد الثاني المجلد 24
16	هوية الكتاب
17	اشارة
24	فهرس الموضوعات
45	كتاب الظهار
45	اشارة
45	تعريف الظهار
46	الأمر الأول في الصيغة
46	اشارة
56	في شرائط وقوع الظهار
68	الأمر الثاني في المظاهر و من يصحّ الظهار منه
71	الأمر الثالث في المظاهرة و من يقع عليه الظهار
77	الأمر الرابع في الأحكام
77	اشارة
77	الظهار محرم
78	لاتجب الكفارة بالتلفظ بل بالعود
84	إذا طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها عاد حكم الظهار
87	لو ظاهر من زوجته الأمة ثمّ ابتاعها
88	تعليق الظهار على مشيئة الغير
89	لو ظاهر من أربع بلفظ واحد
94	حكم الوطاء إذا أطلق الظهار أو علّقه بشرط
101	يحرم الوطاء على المظاهر قبل تكفير

104	إذا عجز المظاهر عن الكفارة
108	المظاهرة تصبر أو ترفع أمرها إلى الحاكم .....
111	الكفارات .....
111	إشارة .....
111	المقصد الأول في ضبط الكفارات .....
111	إشارة .....
113	الكفارات المرتبة .....
113	كفارة الظهر و قتل الخطأ .....
114	كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان .....
117	كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان .....
120	كفارة حلف النذر و كفارة الحنث في العهد .....
126	وجوب كفارة الجمع .....
127	المقصد الثاني فيما اختلف فيه .....
127	إشارة .....
127	كفارة الحلف بالبراءة .....
129	كفارة جز المرأة شعرها في المصاب .....
130	كفارة تنف المرأة شعرها في المصاب .....
131	كفارة وطء الحيض .....
133	كفارة الزواج بالمرأة في عدتها .....
135	كفارة من نام عن صلاة العشاء حتى جاوز نصف الليل .....
136	كفارة من نذر صوم يوم فعجز عنه .....
137	المقصد الثالث في خصال الكفارة .....
137	القول في العتق .....
137	إشارة .....
138	الوصف الأول: الإيمان .....

- 138 ..... اشارة
- 141 ..... اجزاء عتق الصغير و الأخرس لو كانا مسلمين
- 145 ..... الوصف الثاني: السلامة من العيوب
- 147 ..... الوصف الثالث أن يكون تامّ الملك
- 147 ..... اشارة
- 149 ..... يجزئ الأبق و المستولد
- 159 ..... شروط الإعناق
- 159 ..... اشارة
- 159 ..... الشرط الأول: النية معتبرة في الإعناق
- 171 ..... الشرط الثاني: تجريده عن العوض
- 174 ..... الشرط الثالث: أن لا يكون السبب محرماً
- 175 ..... القول في الصيام
- 175 ..... اشارة
- 175 ..... حدّ العجز عن العتق و انتقال الفرض إلى الصوم
- 179 ..... يتحقّق التابع في الشهرين
- 183 ..... لو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصحّ صومه
- 184 ..... القول في الإطعام
- 184 ..... اشارة
- 185 ..... قدر الطعام، عدد المصروف إليه و جنس الطعام
- 191 ..... هل يشترط الإيمان في مستحقّ للكفّارة؟
- 194 ..... كفّارة اليمين و تقدير الكسوة و الإطعام
- 198 ..... المقصد الرابع في أحكام الكفّارات
- 198 ..... اشارة
- 198 ..... كيفية صيام شهرين متتابعين
- 202 ..... إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق

- 205 ..... لا تُصرف الكفارة إلى من تجب نفقته على الدافع
- 209 ..... من وجب عليه صوم شهرين فعجز صام ثمانية عشر يوماً
- 213 ..... كتاب الإيلاء
- 213 ..... الأمر الأول في الصبغة
- 219 ..... الأمر الثاني في المؤلى و من يصح منه
- 221 ..... الأمر الثالث في المؤلى منها و من يقع عليها
- 224 ..... الأمر الرابع في أحكامه
- 224 ..... اشارة
- 224 ..... المدّة اللازمة لانعقاد الإيلاء
- 227 ..... مدّة التريّص أربعة أشهر
- 231 ..... لو انقضت مدّة التريّص ووجد مانع من الجماع
- 234 ..... إذا جمع بيت الطهار و الإيلاء
- 235 ..... إذا وطئ في مدّة التريّص
- 237 ..... إذا وطئ المؤلى ساهياً أو مجنوناً
- 244 ..... إذا كان تحت رجل أربع فقال:والله لا وطئتكنّ
- 246 ..... و لو قال:لا وطئت واحدة منكنّ، أو لا وطئت كلّ واحدة منكنّ
- 250 ..... هل يتكرّر الكفارة بتكرّر اليمين؟
- 253 ..... كتاب اللعان
- 253 ..... اشارة
- 253 ..... تعريف اللعان
- 255 ..... النظر الأول في أركانه
- 255 ..... الركن الأول في سبب اللعان
- 255 ..... السبب الأول: القذف
- 263 ..... السبب الثاني: إنكار الولد
- 274 ..... الركن الثاني في الملاعن



- 274 ..... شروط المتلاعن .
- 276 ..... يصح لعان الأخرس .
- 282 ..... الركن الثالث في الملاعنة .
- 282 ..... من شروط الملاعنة السلامة من الصمم والخرس .
- 284 ..... يشترط أن تكون منكوحهً بالعقد الدائم .
- 287 ..... يثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة .
- 289 ..... يصح لعان الحامل .
- 291 ..... هل تصير الأمة بالوطء فراشاً؟
- 294 ..... أحكام تترتب على كون الموطوءة فراشاً .
- 299 ..... الركن الرابع في كيفية اللعان .
- 299 ..... اشارة .
- 300 ..... صورة اللعان .
- 301 ..... الواجب في اللعان .
- 304 ..... المندوب في اللعان .
- 305 ..... تغليظ اللعان بالقول والمكان والزمان .
- 307 ..... هل اللعان أيمان أو شهادات؟
- 310 ..... النظر في الأحكام .
- 310 ..... اشارة .
- 311 ..... الأحكام التي يتعلّق بلعانهما معاً .
- 312 ..... لو أكذب الزوج نفسه في أثناء اللعان... أو نكلت الزوجة .
- 313 ..... و لو أكذب نفسه بعد اللعان، وهل يثبت عليه الحدّ بذلك؟
- 316 ..... إذا ادّعت الزوجة القذف فأنكر الزوج .
- 317 ..... إذا قذف امرأته بالزنى برجلٍ معيّن .
- 320 ..... إذا قذف زوجته فماتت قبل اللعان .
- 322 ..... إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها .

- 325 ..... إذا شهد على المرأة بالزنى أربعة رجالٍ أحدهم الزوج ..
- 329 ..... كتاب العتق
- 329 ..... فضيلة العتق
- 333 ..... من يجوز استرقاقه
- 335 ..... أسباب إزالة الرقّ:
- 335 ..... اشارة
- 335 ..... العتق بالمباشرة
- 335 ..... اشارة
- 335 ..... صيغة العتق
- 342 ..... هل يشترط تعيين المعتق؟
- 345 ..... شروط المعتق
- 348 ..... شروط المعتق
- 350 ..... عتق ولد الزنى
- 353 ..... لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق
- 358 ..... لو نذر عتق أوّل مملوك يملكه فملك جماعة
- 360 ..... لو نذر تحرير أوّل ما تلده فولدت توأمين ..
- 361 ..... لو كان له ممالك فأعتق بعضهم
- 365 ..... لو نذر عتق أمته إن وطئها
- 366 ..... لو نذر عتق كلّ عبد قديم
- 368 ..... مال العبد المعتق لمن؟
- 370 ..... إذا أعتق ثلث عبيده
- 375 ..... إذا أعتق مملوكه عن غيره
- 377 ..... العتق في مرض الموت
- 380 ..... العتق بالسراية
- 380 ..... اشارة

- 380 ..... شروط العتق بالسراية ..
- 385 ..... وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية .
- 392 ..... لو أوصى بعتق بعض عبده و ليس له غيره ..
- 396 ..... إذا ادعى كل واحدٍ من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه ..
- 399 ..... العتق بالملك ..
- 399 ..... اشارة ..
- 404 ..... متى يتحقق الانعقاد بالملك ؟ ..
- 405 ..... إذا أوصى لصبيٍّ أو مجنونٍ بمن ينعق ..
- 407 ..... العتق بالعوارض ..
- 407 ..... اشارة ..
- 407 ..... انعقاد العبد بالعمى و الجذام وغيرهما ..
- 409 ..... هل ينعق من مثّل به مولاه ..
- 413 ..... كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء ..
- 413 ..... التدبير ..
- 413 ..... تعريف التدبير ..
- 413 ..... هل يصحّ تعليق التدبير على وفاة غير المولى ؟ ..
- 417 ..... المقصد الأول في العبارة و ما يحصل به التدبير ..
- 417 ..... اشارة ..
- 417 ..... أقسام التدبير ..
- 421 ..... يشترط في الصيغة التدبير النيّة ..
- 422 ..... يشترط في الصيغة التدبير تجريدتها عن الشرط و الصفة ..
- 427 ..... المقصد الثاني في المباشر ..
- 427 ..... شروط المدبّر ..
- 432 ..... المقصد الثالث في الأحكام ..
- 432 ..... اشارة ..

- 432 .....التدبير بصفة الوصية
- 437 .....المدبرّ ينعتق بموت مولاه من الثلث
- 440 .....مسائل من تدبير بعض العبد و تقويم حصّة الشريك
- 441 .....إذا أبق المدبرّ بطل تدبيره
- 443 .....لا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ
- 443 .....ما يكتسبه المدبرّ لمولاه
- 445 .....إذا جنى المدبرّ
- 448 .....المال الذي يستفيده المدبرّ بعد موت مولاه لمن؟
- 455 .....المكاتبة
- 455 .....إشارة
- 455 .....تعريف المكاتبة
- 456 .....الكتابة مستحبة مع الأمانة و الاكتساب
- 458 .....بيان الفرق بين الكتابة و البيع
- 462 .....صيغة الكتابة
- 464 .....الكتابة قسمان: مشروطة و مطلقة
- 465 .....حدّ العجز عن مال الكتابة
- 470 .....الكتابة عقد لازم
- 474 .....شروط المكاتب
- 477 .....شروط المكاتب
- 480 .....هل يشترط الأجل في الكتابة؟
- 483 .....شروط عوض الكتابة
- 486 .....إذا جمع بين كتابة و بيع أو إجارة
- 488 .....لو كاتب ثلاثة في عقد واحد
- 493 .....أحكام المكاتبة
- 522 .....اللواحق

522	.....	اشارة
522	.....	المقصد الأول في لواحق تصرفاته
527	.....	المقصد الثاني في جنابة المكاتب و الجنابة عليه
535	.....	المقصد الثالث في أحكام المكاتب في الوصايا
548	.....	الاستيلاء
548	.....	اشارة
548	.....	الأمر الأول في كيفية الاستيلاء
551	.....	الثاني في الأحكام المتعلقة بأم الولد
556	.....	كتاب الإقرار
556	.....	اشارة
556	.....	النظر الأول في الصيغة
556	.....	اشارة
557	.....	المقصد الأول في الصيغة الصريحة
557	.....	اشارة
558	.....	يصح الإقرار بغير العربية
561	.....	ألفاظ الإقرار محمولة على المتفاهم منها عرفاً
568	.....	لو أقرّ لميتّ بمال و ادّعى انحصار وارثه
570	.....	إذا أقرّ بمالٍ معلقاً على الأجل
574	.....	المقصد الثاني في المبهمة
574	.....	اشارة
574	.....	إذا قال: له عليّ مال
576	.....	إذا قال: له عليّ شيء
577	.....	لو قال: له عليّ مال عظيم و نحوه
584	.....	إذا أقرّ بأعداد مختلفة و أتى فيما بمميتّ
587	.....	إذا قال: له عليّ كذا، أو كذا و كذا

591	الإقرار للمجهول
592	الإقرار بالمجهول
593	إذا أقرّ بمال ثمّ دفع وقال هذه كانت وديعة
596	إذا قال: له في هذه الدار مائة
598	إذا قال: له في ميراث أبي مائة
600	المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب
605	المقصد الرابع في صيغ الاستثناء
605	قواعد الاستثناء
605	إشارة
605	الأولى: الاستثناء من الإثبات نفي و من النفي إثبات
606	الثانية: الاستثناء من الجنس جائز
607	الثالثة: يكفي في صحّة الاستثناء بقاء بقية بعده
607	التفريع على القاعدة الأولى
623	النظر الثاني في المقرّ
623	شروط المقرّ
623	إقرار المجنون و المكره و السكران و المحجور عليه للسفه
625	إقرار المملوك
627	إقرار المفلس
627	إقرار المريض بالوصية
631	إقرار الصبيّ بالبلوغ
634	النظر الثالث في المقرّ له
634	شروط المقرّ له
635	الإقرار للحمل
641	النظر الرابع في اللواحق
641	إشارة

- 641 ..... المقصد الأول في تعقيب الإقرار بالإقرار
- 641 ..... إذا قال: هذه لفلان بل لفلان، أو قال غصبتها من فلان بل من فلان
- 644 ..... لو أقرّ بعيد لإنسان فأنكر المقرّ له
- 645 ..... لو أقرّ أنّ المولى أعتق عبده ثمّ اشتراه
- 649 ..... المقصد الثاني في تعقيب الإقرار بما يقتضي ظاهره الإبطال
- 654 ..... المقصد الثالث في الإقرار بالنسب
- 654 ..... إشارة
- 654 ..... شروط الإقرار بنسب الولد
- 657 ..... إذا أقرّ بغير الولد للصلب
- 658 ..... إذا أقرّ ولد الميّت بولد له آخر فأقرّ! بثالث
- 660 ..... إذا كان للميّت إخوة وزوجة فأقرّت له بولد
- 661 ..... إذا مات صبيّ مجهول النسب فأقرّ إنسان ببنته
- 665 ..... لا يثبت النسب إلاّ بشهادة رجلين عدلين
- 666 ..... لو شهد الأخوان بابن للميّت
- 667 ..... لو أقرّ بوارثين أولى منه ثمّ بآخرٍ أولى منهما
- 669 ..... لو أقرّ بزوجة للميّت ولها ولد
- 671 ..... ولو أقرّ بزوجة ثانية، أو ثالثة أو رابعة
- 673 ..... تعريف مركز

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون

مَسَالِكُ الْأَفْهَامِ إِلَى تَنْقِيحِ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ / 8

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية مركز إحياء التراث الإسلامي

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام / 8)

الناشر: المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي

الطباعة: مطبعة باقري

الطبعة الأولى: 1434 ق / 2013 م

الكمية: 1000 نسخة

العنوان: 143 : التسلسل : 267

حقوق الطبع محفوظة للناشر

العنوان قم، شارع الشهداء (صفائية)، زقاق آمار، الرقم 42

التلفون والفاكس: 7832833، التوزيع: قم 7832834: طهران 66951534 ص. ب: 37185 / 3858، الرمز البريدي: 16439 - 37156

وب سايت: www.pub.isca.ac.ir البريد الإلكتروني: nashr@isca.ac.ir

شهيد ثانی، زين الدين بن علي، 911 - 965 ق.



موسوعة الشهيد الثاني / الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية 1434ق. = 2013م.

30 ج.

ISBN 978-600-5570-74-8 . (دوره)

ISBN 978-600-5570-99-1 (ج24)

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا

کتابنامه.

مندرجات : ج. 17 - 28. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام -

1. اسلام - مجموعه ها. 2. محقق حلی، جعفر بن حسن، 602 - 676 ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد و تفسیر. 3.
- فقه جعفری - قرن 7ق. 4. محقق حلی، جعفر بن حسن، 602 - 676 ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام.

شرح الف. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی مرکز احیای آثار اسلامی ب. عنوان

8م 92ش / 6/ BP4

297/08

محرر الرقمي: آصف علي چنا

ص: 1

**اشاره**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: 2

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام/8

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

مركز إحياء التراث الإسلامي

ص: 3

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام / 8)

الناشر: المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي

الطبعة: مطبعة باقري

الطبعة الأولى: 1434 ق / 2013 م

الكمية: 1000 نسخة

العنوان: 143 : التسلسل: 267

حقوق الطبع محفوظة للناشر

العنوان قم، شارع الشهداء (صفائية)، زقاق آمار، الرقم 42

التلفون والفاكس: 7832833، التوزيع: قم 7832834: طهران 66951534 ص. ب: 37185 / 3858، الرمز البريدي: 16439 -

37156

وب سايت: [www.pub.isca.ac.ir](http://www.pub.isca.ac.ir) البريد الإلكتروني: [nashr@isca.ac.ir](mailto:nashr@isca.ac.ir)

شهاد ثاني، زين الدين بن علي، 911 - 965 ق.

موسوعة الشهيد الثاني / الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية 1434 ق. = 2013 م.

30 ج.

ISBN 978-600-5570-74-8 . (دوره)

ISBN 978-600-5570-99-1 (ج24)

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما

کتابنامه.

مندرجات : ج. 17 - 28. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام -

1. اسلام - مجموعه ها. 2. محقق حلي، جعفر بن حسن، 602 - 676 ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد و تفسير. 3.
- فقه جعفرى - قرن 7 ق. 4. محقق حلي، جعفر بن حسن، 602 - 676 ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام.

شرح الف. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامى مركز احياى آثار اسلامى ب. عنوان

8م 92ش / 6 / BP4

297/08

ص: 4

الجزء الثاني = (2-6) الرسائل / 1 : 2. كشف الريبة؛ 3. التبيهاة العلية؛ 4. مسكن الفؤاد؛ 5. البداية 6. الرعاية لحال البداية في علم الدراية.

الجزء الثالث = (7-30) الرسائل / 2 : 7. تخفيف العباد في بيان أحوال الاجتهاد؛ 8. تقليد الميت؛ 9. العدالة؛ 10. ماء البئر؛ 11. تيقن الطهارة و الحدث و الشك في السابق منهما؛ 12. الحدث الأصغر أثناء غسل الجنابة؛ 13. النية؛ 14. صلاة الجمعة؛ 15. الحث على صلاة الجمعة؛ 16. خصائص يوم الجمعة؛ 17. نتائج الأفكار في بيان حكم المقيمين في الأسفار؛ 18. أقل ما يجب معرفته من أحكام الحج والعمرة؛ 19. نيات الحج والعمرة؛ 20. مناسك الحج والعمرة؛ 21. طلاق الغائب؛ 22. ميراث الزوجة؛ 23. الحبوة؛ 24. أجوبة مسائل شكر بن حمدان؛ 25. أجوبة مسائل السيد ابن طراد الحسيني؛ 26. أجوبة مسائل زين الدين بن إدريس؛ 27. أجوبة مسائل الشيخ حسين بن زمعة المدني؛ 28. أجوبة مسائل الشيخ أحمد المازحي؛ 29. أجوبة مسائل السيد شرف الدين السماكي؛ 30. أجوبة المسائل النجفية.

الجزء الرابع = (31-43) الرسائل / 3 : 31. تفسير آية البسمللة؛ 32. الإسطنبولية في الواجبات العينية؛ 33. الاقتصاد والإرشاد إلى طريق الاجتهاد؛ 34. وصية نافعة؛ 35. شرح حديث «الدنيا مزرعة الآخرة»؛ 36. تحقيق الإجماع في زمن الغيبة؛ 37. مخالفة الشيخ الطوسي (رحمه الله) لإجماعات نفسه؛ 38. ترجمة الشهيد بقلمه الشريف؛ 39. حاشية «خلاصة الأقوال»؛ 40. حاشية

«رجال ابن داود»؛ 41. الإجازات؛ 42. الإنهاءات والبلاغات؛ 43. الفوائد

الجزء الخامس = (44) تمهيد القواعد

الجزء السادس - الجزء التاسع = (45) الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقية

الجزء العاشر والجزء الحادي عشر = (46) روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان

الجزء الثاني عشر = (47-49) المقاصد العليّة وحاشيتا الألفية

الجزء الثالث عشر = (50) الفوائد المليّة

الجزء الرابع عشر = (51 و 52) حاشية شرائع الإسلام وحاشية المختصر النافع

الجزء الخامس عشر = (53) حاشية القواعد (فوائد القواعد)

الجزء السادس عشر = (54) حاشية إرشاد الأذهان

الجزء السابع عشر - الجزء الثامن والعشرون = (55) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام

الجزء التاسع والعشرون - الفهارس

ص: 6

## فهرس الموضوعات

كتاب الظهار

تعريف الظهار...19

الأمر الأول في الصيغة...20

في شرائط وقوع الظهار...30

الأمر الثاني في المظاهر ومن يصحّ الظهار منه...42

الأمر الثالث في المظاهرة ومن يقع عليه الظهار...45

الأمر الرابع في الأحكام...51

الظهار محرم...51

لا تجب الكفارة بالتلفظ بل بالعود...52

إذا طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها عاد حكم الظهار...58

لو ظاهر من زوجته الأمة ثمّ ابتاعها...61

تعليق الظهار على مشيئة الغير...62

لو ظاهر من أربع بلفظ واحد...63

حكم الوطء فيما إذا أطلق الظهار أو علّقه بشرط...68

ص: 7



يحرم الوطء على المظاهر قبل التكفير...75

إذا عجز المظاهر عن الكفارة...78

المظاهرة تصبر أو ترفع أمرها إلى الحاكم...82

الكفارات

المقصد الأول في ضبط الكفارات...85

الكفارات المرتبة...87

كفارة الظهار وقتل الخطأ...87

كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان...88

كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان...91

كفارة خلف النذر وكفارة الحنث في العهد...94

وجوب كفارة الجمع في قتل المؤمن...100

المقصد الثاني فيما اختلف فيه...101

كفارة الحلف بالبراءة...101

كفارة جز المرأة شعرها في المصاب...103

كفارة نتف المرأة شعرها في المصاب...104

كفارة وطء الحيض...105

كفارة الزواج بالمرأة في عدتها...107

كفارة من نام عن صلاة العشاء حتى جاوز نصف الليل...109

كفارة من نذر صوم يوم فعجز عنه...110

المقصد الثالث في خصال الكفارة...110

القول في العتق...111



الوصف الأوّل: الإيمان...112

إجزاء عتق الصغير والأخرس لو كانا مسلمين...115

الوصف الثاني: السلامة من العيوب...119

الوصف الثالث: أن يكون تامّ الملك...121

يجزئ الأبق والمستولدة...123

شروط الإعتاق...133

الشرط الأوّل: النية معتبرة في الإعتاق...133

الشرط الثاني: تجريده عن العوض...145

الشرط الثالث: أن لا يكون السبب محرّماً...148

القول في الصيام...149

حدّ العجز عن العتق وانتقال الفرض إلى الصوم...149

يتحقّق التابع في الشهرين...153

لو عرض في أثناء الشهر الأوّل زمان لا يصحّ صومه...157

القول في الإطعام...158

قدر الطعام، عدد المصروف إليه وجنس الطعام...159

هل يشترط الإيمان في المستحق للكفّارة؟...165

كفّارة اليمين وتقدير الكسوة والإطعام...168

المقصد الرابع في أحكام الكفّارات...172

كيفية صيام الشهرين المتتابعين...172

إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثمّ وجد ما يعتق...176

لا تصرف الكفّارة إلى من تجب نفقته على الدافع...179

من وجب عليه صوم شهرين فعجز صام ثمانية عشر يوماً...183

ص: 9

الأمر الأوّل في الصيغة...187

الأمر الثاني في المؤلّي ومن يصحّ منه...193

الأمر الثالث في المؤلّي منها ومن يقع عليها...195

الأمر الرابع في أحكام الإيلاء...198

المدة اللازمة لانعقاد الإيلاء...198

مدة التبرّص أربعة أشهر...201

لو انقضت مدة التبرّص ووجد مانع من الجماع...205

إذا جمع بين الظهار والإيلاء...208

إذا وطئ في مدة التبرّص...209

إذا وطئ المؤلّي ساهياً أو مجنوناً...211

إذا كان تحت الرجل أربع فقال: والله لا وطئتكنّ...218

ولو قال: لا وطئت واحدة منكنّ أو لاوطئت كلّ واحدة منكنّ...220

هل يتكرّر الكفارة بتكرّر اليمين؟...224

## كتاب اللعان

تعريف اللعان...227

النظر الأوّل في أركانه...227

الركن الأوّل في سبب سبب اللعان...227

السبب الأوّل: القذف...229

شروط تحقّق اللعان بالقذف...229

لو قذها بزني أضافه إلى ما قبل النكاح...232

السبب الثاني: إنكار الولد...237

شروط تحقق اللعان بإنكار الولد...237

شروط إلحاق الولد بالأب...239

هل يلحق ولد الخصيِّ الم محبوب؟...241

إذا أتت امرأته بولد و أراد نفيه...242

إذا طلق الرجل و أنكر الدخول...245

لو قذف امرأته و نفى الولد و أقام بيّنة... 246

الركن الثاني في الملاعن...248

شروط الملاعن...248

يصحّ لعان الأخرس...250

الركن الثالث في الملاعنة...256

من شروط الملاعنة السلامة من الصمم والأخرس...256

يشترط أن تكون منكوحة بالعقد الدائم...258

يثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة...261

يصحّ لعان الحامل...263

هل تصير الأمة بالوطء فراشاً؟...265

أحكام تترتب على كون الموطوءة فراشاً...268

الركن الرابع في كيفة اللعان...273

صورة اللعان...274

الواجب في اللعان...275



تغليظ اللعان بالقول والمكان والزمان...279

هل اللعان هو أيمان أو شهادات؟...281

النظر في الأحكام...284

الأحكام التي يتعلّق بلعانهما معاً...285

لو أكذب الزوج نفسه في أثناء اللعان... أو نكلت الزوجة...286

لو أكذب نفسه بعد اللعان، وهل يثبت عليه الحدّ بذلك؟...287

إذا ادّعت الزوجة القذف فأنكر الزوج...290

إذا قذف زوجته بالزنى برجل معيّن...291

إذا قذف زوجته فماتت قبل اللعان...294

إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثم قذفها...296

إذا شهد على المرأة بالزنى أربعة رجال أحدهم الزوج...299

كتاب العتق

فضيلة العتق...303

من يجوز استرقاقه...307

أسباب إزالة الرقّ:...309

العتق بالمباشرة...309

صيغة العتق...309

هل يشترط تعيين المعتق؟...315

شروط المعتق...318

شروط المعتق...321

عتق ولد الزنى...323





- لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق...326
- لو نذر أعتق أول مملوك يملكه فملك جماعة...331
- لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين...333
- لو كان له ممالك فأعتق بعضهم...334
- لو نذر عتق كل عبدٍ قديم...339
- مال العبد المعتق لمن؟...341
- إذا أعتق ثلث عبيده...343
- إذا أعتق مملوكه عن غيره...348
- العتق في مرض الموت...351
- العتق بالسراية...353
- شروط العتق بالسراية...353
- وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية...358
- لو أوصى بعتق بعض عبده وليس له غيره...365
- إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه...369
- العتق بالملك...372
- متى يتحقق الانعقاد بالملك؟...377
- إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن ينعق عليه...378
- العتق بالعوارض...380
- انعقاد العبد بالعمى والجذام وغيرهما...380
- هل ينعق من مثل به مولاه؟...381
- كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء



هل يصحّ تعليق التدبير على وفاة غير المولى؟...385

المقصد الأوّل في العبارة وما يحصل به التدبير...389

أقسام التدبير...389

يشترط في صيغة التدبير النيّة و تجريدها عن الشرط و الصفة...393

المقصد الثاني في المباشر...399

شروط المدبّر...399

المقصد الثالث في الأحكام...404

التدبير بصفة الوصيّة...404

إنكار المولى للتدبير ليس رجوعاً...408

المدبّر ينعق بموت مولاه من الثلث...409

مسائل من تدبير بعض العبد وتقويم حصّة الشريك...412

إذا أبق المدبّر بطل تدبيره...413

لا يبطل تدبير المملوك لو ارتد...415

ما يكتسبه المدبّر لمولاه...415

إذا جُنّي على المدبّر بما دون النفس...417

إذا جُنّي المدبّر...417

المال الذي يستفيده المدبّر بعد موت مولاه لمن؟...420

المكاتبة...427

تعريف المكاتبة...427

الكتابة مستحبّة مع الأمانة والاكتساب...428

بيان الفرق بين الكتابة والبيع...430



صيغة الكتابة...434

الكتابة قسمان: مشروطة ومطلقة...436

حدّ العجز عن مال الكتابة...437

الكتابة عقد لازم...442

شروط المكاتب...446

شروط المكاتب...449

هل يشترط الأجل في الكتابة؟...451

شروط عوض الكتابة...454

إذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة...457

لو كاتب ثلاثة أعبد في عقد واحد...459

أحكام المكاتب...464

اللوحق...493

المقصد الأول في لواحق تصرفات المكاتب، وفيه مسائل...493

المقصد الثاني في جنابة المكاتب والجنابة عليه...498

المقصد الثالث في أحكام المكاتب في الوصايا، وفيه مسائل...506

الاستيلاء...519

الأمر الأول في كيفية الاستيلاء...519

الأمر الثاني في الأحكام المتعلقة بأم ولد...522

كتاب الإقرار

النظر الأول في الصيغة...527

المقصد الأول: الصيغة الصريحة...528



يصحّ الإقرار بغير العربية...529

ألفاظ الإقرار محمولة على المتفاهم عرفاً...532

إذا أقرّ لميت بمال و ادّعى انحصار وارثه...539

إذا أقرّ بمالٍ معلقاً على الأجل...541

المقصد الثاني في المبهمة...545

إذا قال: له عليّ مال...545

إذا قال: له عليّ شيء...547

لو قال: له عليّ مال عظيم ونحوه...548

إذا أقرّ بأعداد مختلفة و أتى فيها بمميّز...555

إذا قال: له عليّ كذا، أو كذا وكذا...558

الإقرار للمجهول...562

الإقرار بالمجهول...563

إذا أقرّ بمال ثمّ دفع وقال هذه كانت وديعة...564

إذا قال: له في هذه الدار مائة...567

إذا قال: له في ميراث أبي مائة...569

المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب...571

المقصد الرابع في صيغ الاستثناء...576

قواعد الاستثناء...576

الأولى: الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات...576

الثانية: الاستثناء من الجنس جائز...577

الثالثة: يكفي في صحة الاستثناء بقاء بقية بعده...578





التفريع على القاعدة الثانية 587

التفريع على القاعدة الثالثة... 591

النظر الثاني في المقرّ... 594

شروط المقرّ... 594

إقرار المجنون والمكره والسكران و المحجور عليه للسفه... 594

إقرار المملوك... 596

إقرار المفلس... 598

إقرار المريض بالوصية... 598

إقرار الصبي بالبلوغ... 602

النظر الثالث في المقرّ له... 605

شروط المقرّ له... 605

الإقرار للحمل... 606

النظر الرابع في اللواحق... 612

المقصد الأول في تعقيب الإقرار بالإقرار... 612

إذا قال: هذه لفلان بل لفلان، او قال غصبتها من فلان بل فلان... 612

لو أقرّ بعبد لإنسان فأنكر المقرّ له... 615

لو أقرّ أنّ المولى أعتق عبده ثمّ اشتراه... 616

المقصد الثاني في تعقيب الإقرار بما يقتضي ظاهره الإبطال... 620

المقصد الثالث في الإقرار بالنسب... 625

شروط الإقرار بنسب الولد... 625

إذا أقرّ بغير الولد للصلب... 628

إذا أقر ولد الميت بولد له آخر فأقرا بثالث...629

ص: 17

إذا كان للميت إخوة وزوجة فأقرت له بولد...631

إذا مات صبي مجهول النسب فأقر إنسان بينوته...632

لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين...636

لو شهد الأخوان بابن للميت...637

لو أقر بوارث أولى منه ثم بأخر أولى منهما...638

لو أقر بزوج للميتة ولها ولد...640

إن أقر بزوجة ثانية، أو ثالثة أو رابعة...642

ص: 18

و النظر فيه يستدعي بيان أمور خمسة:

كتاب الظهار

### تعريف الظهار

الظهار مأخوذ من الظهر؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته: «أنت عليّ كظهر أمي» وخصّ الظهر؛ لأنه موضع الركوب و المرأة مركوب الزوج. و كان طلاقاً في الجاهلية - كالإيلاء - فغيّر الشرع حكمه إلى تحريمها بذلك و لزوم الكفارة بالعود كما سيأتي (1)

و حقيقته الشرعية: تشبيه الزوج زوجته- و لو مطلقه رجعية في العدة- بمحرمة نسباً أو رضاعاً، قيل: أو مصاهرة (2) على ما سيأتي من الخلاف فيه (3).

و الأصل فيه قبل الإجماع آية «(وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ)» (4) و روي أنّ أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت من زوجته خولة بنت ثعلبة على اختلاف في اسمها و نسبها، فأتت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فاشتكت منه فأنزل الله تعالى قوله: «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ» الآيات (5)

ص: 19

1- يأتي في ص 52

2- قاله العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 405، المسألة 61

3- يأتي في ص 28.

4- المجادلة (58): 3

5- الفقيه، ج 3، ص 526 - 527، ح 4832: أسباب النزول الواحد، ص 227 - 228، ذيل الآية: والآيات في سورة المجادلة (58):

4-1

وهو أن يقول: «أنت عليّ كظهر أمي» وكذا لو قال: «هذه» أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الدالّة على تمييزها. ولا عبرة باختلاف ألفاظ الصفات، كقوله: «أنت منّي» أو «عندي».

ولو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً كالأم أو الأخت - فيه روايتان أشهرهما الوقوع.

قوله: «وهو أن يقول: «أنت عليّ كظهر أمي» وكذا لو قال: «هذه» أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الدالّة على تمييزها إلى آخره.

موضع الوفاق ومورد النص من صيغ الظهار قوله: «أنت عليّ كظهر أمي»<sup>(1)</sup>، وفي معناها «هذه»، وما شاكلها من الألفاظ الدالّة على تمييزها عن غيرها، ك«فلانة» باسمها ولقبها، ونحو ذلك. وفي معنى «عليّ» غيرها من ألفاظ الصلوات ك«منّي» و«عندي»، و«لديّ». وكذا لو ترك الصلّة فقال: «أنت كظهر أمي»، كما لو قال: «أنت طالق». ولم يقل: «منّي».

وقد يفرّق بينه وبين الطلاق؛ إذ يحتمل صيغة الظهار مجردة عن الصلّة كونها محرّمة على غيره حرمة ظهر أمه عليه، بخلاف الطلاق، فإنّه للإطلاق، وهي في حبسه دون حبس غيره. لكنّ الأشهر عدم الفرق. وفي التحرير استشكل الوقوع مع حذف الصلّة<sup>(2)</sup>. ووجهه ما ذكرناه.

وبقي هنا ألفاظ وقع الخلاف في وقوعه بها، فمنها ما لو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات

ص: 20

1- الكافي، ج 6، ص 152-155، باب الظهار، ح 1 و3 و4 و10؛ الفقيه، ج 3، ص 526، ح 4832

2- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 102، الرقم 5466

نسباً أو رضاعاً، كالأم من الرضاع والأخت منهما والعمّة والخالة و بنت الأخ و بنت الأخت منهما. وفي وقوعه بذلك قولان:

أحدهما - وهو الأشهر - الوقوع (1)؛ لاشتراك الجميع في تحريم الظهر كالأم. و لصحيحة زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهر فقال: «هو عن كلّ ذي محرّم، أمّ أو أخت أو عمّة أو خالة، و لا يكون الظهر في يمين»، قلت: كيف؟ قال: «يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع: أنت عليّ حرام مثل ظهر أمّي أو أختي، و هو يريد بذلك الظهر» (2)

و حسنة (3) جميل بن درّاج قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته قال: «هو الظهر» (4)

و يدلّ على تناوله للمحرّمات من الرضاع قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، (5) مضافاً إلى عموم قوله (6) عليه السلام: «هو من كلّ ذي محرّم»، و لاشتراك الجميع في المنكر و قول الزور، و لأنّ حرمة الرضاع كحرمة النسب، و لذلك يُسوّى بينهما في جواز الخلوة بها.

و الثاني: لا يقع بغير الأمّ مطلقاً. و هو قول الشيخ في الخلاف (7) و ابن إدريس (8): عملاً

ص: 21

1- وهو قول ابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة و اختاره أيضاً في مختلف الشيعة، ج 7، ص 405، المسألة 61؛ و ابن حمزة في الوسيلة، ص 334

2- الكافي، ج 6، ص 153 - 154، باب الظهر، ح 3؛ الفقيه، ج 3، ص 526، ح 4831؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 9. ح 26.  
3- في حاشية «خ، و»: «وجه حسنّها أنّ في طريقها إبراهيم بن هاشم، و قد وصفها بالصحة جماعة منهم العلامة في المختلف، و ولده في الشرح، و لعلّه بغير ما وجدته من الطريق. (م ب مجلسي قدس سره)». راجع مختلف الشيعة، ج 7، ص 401، المسألة 59؛ و إيضاح الفوائد، ج 3، ص 409

4- الكافي، ج 6، ص 155، باب الظهر، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 9، ح 28

5- الكافي، ج 5، ص 442، باب صفة لبن الفحل، ح 9؛ الفقيه، ج 3، ص 475، ح 4668.

6- أي قول أبي جعفر عليه السلام الذي تقدّم قبيل هذا

7- الخلاف، ج 4، ص 530-531، المسألة 10. ولكن يظهر منه التوقّف حيث ذكر قولين و لم يرجح أحدهما

8- السرائر، ج 2، ص 708 - 709

بظاهر الآية (1) وصحيحة سيف التمار عن الصادق عليه السلام، قال قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي فقال: «إنما ذكر الله تعالى الأمّهات، وإنّ هذا لحرام» (2). وقوله عليه السلام: «إنما ذكر الله تعالى الأمّهات» يشعر أنّ الظهار لا يكون إلا بالأمّهات؛ لأنّه حصر المذكورات في الظهار بالأمّهات. وللأصل، وضعف التشبيه؛ لأنّ الرضاع مكتسب فلا يساوي النسب في القوّة؛ ولذلك لا يتعلّق به النفقة والميراث والولاية.

وجوابه: أنّ تخصيص الأمّ بالذكر في الآية لا ينفى غيرها، كما لا يدلّ على ثبوته، ونحن نثبت بالأخبار الصحيحة (3) لا بالآية (4). وعدم ذكر غير الأمّهات المحتجّ به في رواية سيف لا يدلّ على نفيه أيضاً، مع أنه أجاب بالتحريم، ولعلّ السائل استفاد مقصوده منه؛ إذ ليس في السؤال ما يدلّ على موضع حاجته.

وأما ما قيل من أنّ الظهار سببه التشبيه بالنسب لا نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سبباً في التحريم كون التشبيه بالرضاع سبباً فيه، (5) فلا دلالة في قوله صلّى الله عليه وآله وسلم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (6) عليه.

ففيه: أنّ «من» في الخبر إما تعليلية مثلها (7) في قوله تعالى: «مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا...» (8) أو بمعنى «الباء» كما في قوله تعالى: «...يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ...» (9) والتقدير يحرم لأجل

ص: 22

1- المجادلة (58): 2

2- الكافي، ج 6، ص 157، باب الظهار، ح 18؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 10، ح 30

3- تقدّم تخريج بعض هذه الأخبار في ص 21، الهامش 2

4- المجادلة (58): 2

5- قاله فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 409

6- تقدّم تخريجه في ص 21، الهامش 5.

7- هكذا في النسخ، ولعلّ الصحيح: «مثلما» بدل «مثلها»

8- نوح (71): 25

9- الشورى (42): 45



الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، وكلاهما مفيد للمطلوب؛ لأنَّ التحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجماعاً،  
فيثبت بسبب الرضاع لذلك (1)

ثم اعرف أشياء:

الأول: التشبيه بالجدّة للأب أو للأمّ محرّم إن قلنا بتحريمه بجميع المحرّمات نسباً، وإن قصّرناه على الأمّ ففي تعدّيه إلى الجدّة مطلقاً وجهان، من أنّها أمّ ومن ثمّ حرمت بقوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» (2) والأصل في الاستعمال الحقيقة، ولأنَّ الجدّات لأب أمّهات ولدته، ويشاركن الأمّ في حصول العتق وسقوط القصاص ولزوم النفقة، ومن جواز سلبها عنها فيقال: ليست أمّي بل أمّ أبي وأمّ أمّي، ولقوله تعالى: «إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَآدِنُهُمْ» (3) وهي مفيدة للحصر، ولكن قد يدعى في هذه كونها ولدته ولو بواسطة. وعلى ما اخترناه من تعدّي التحريم إلى غير الأمّ يتعدّى إلى الجدّة بطريق أولى، وإنّما تظهر فائدة الخلاف على القول بعدم التعدّي (4)

الثاني: ظاهر القائلين بالتعدّي إلى المحرّمات بالرضاع عدم الفرق بين من لم تزَل محرّمة بالرضاع، كجدّة الرضاع التي أرضعت أباه وأمّه وأخته من الرضاع المولودة بعد أن ارتضع، وبين من كانت تحلّ له ثم حرمت عليه، كالتي أرضعته فصارت أمّاً وكأمّها وبناتها المولودة قبل أن ارتضع. فالتشبيه بالجميع يفيد التحريم؛ لعموم الأدلّة، وإن كان القسم الأول أقوى تحريماً من الثاني.

وربما فرّق بين الأمرين وخصّ التحريم بالقسم الأول، وعموم الأدلّة يدفعه.

الثالث: قد يفهم من قول المصنّف «ولو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً فيه روايتان» أنّ في التعدّي عن الأمّ قولين: أحدهما: قصره على الأمّ مطلقاً (5)، والثاني: تعدّيه

ص: 23

1- في بعض النسخ: «كذلك» بدل «لذلك»

2- النساء(4):23

3- المجادلة(58): 2

4- أي قول الشيخ وابن إدريس المتقدّم في ص 21-22

5- أي قول الشيخ وابن إدريس المتقدّم في ص 21-22.

و لو شَبَّهَها بيد أمّه أو شعرها أو بطنها، قيل: لا يقع؛ اقتصاراً على منطوق الآية. وبالوقوع رواية فيها ضعف. أمّا لو شَبَّهَها بغير أمّه بما عدا لفظة الظهر لم يقع قطعاً.

و لو قال: «أنت كأُمِّي»، أو «مثل أُمِّي»، قيل: يقع إن قصد به الظهر.

وفيه إشكال، منشؤه اختصاص الظهر بمورد الشرع، و التمسك في الحلِّ بمقتضى العقد.

إلى المحرّمات بالنسب و الرضاع مطلقاً(1). و ليس كذلك، بل الخلاف واقع في التعديّ إلى باقي المحرّمات نسباً مع القول بعدم التعديّ إلى المحرّمات بالرضاع، و في التعديّ من الأمّ إلى الأمّ من الرضاع و إن لم يتعدّ إلى المحارم النسبيّة، و في التعديّ إلى المحرّمات بالرضاع على تقدير القول بثبوته في محرّمات النسب. و تلخيص الخلاف في ذلك أنّه يقع في مواضع:

الأوّل: اقتصار الظهار على التشبيه بالأمّ النسبيّة.

الثاني: تعديّه إلى الأمّ من الرضاع لا غير.

الثالث: إلحاق الجدّات بها لا غير.

الرابع: إلحاق محارم النسب بها لا غير.

الخامس: إلحاق محارم الرضاع بهنّ.

السادس: إلحاق محارم المصاهرة أيضاً و سيأتي(2).

قوله: «و لو شَبَّهَها بيد أمّه أو شعرها أو بطنها - إلى قوله - لم يقع قطعاً».

اعلم أن النسبة الواقعة بين الزوجة و الأمّ أو ما في حكمها من المحارم بالتشبيه إمّا أن يكون بين جملة المشبّه و جملة المشبّه به، أو بين الجملة و غيره من الأجزاء، أو بين الجملة و الجملة، أو بين أجزاء المشبّه و جملة المشبّه به، أو بينه و بين ظهره، أو بينه و بين غيره من أجزائه. و على جميع التقادير، إمّا أن يكون المشبّه به الأمّ، أو غيرها من المحارم. فالأقسام

ص: 24

1- أي قول ابن الجنيّد و ابن حمزة و العلامة المتقدّم في ص 21

2- يأتي في ص 28

اثنا عشر، ذكر المصنّف بعضها، ونحن نشير إلى حكم الجميع:

الأول: أن يقع التشبيه بين جملة الزوجة وظهر الأمّ، كقوله: «أنت عليّ كظهر أمّي». وهذا هو الظهار المدلول عليه بالنصّ (1) والإجماع، وهو الأصل في مشروعيّة هذا الحكم. وقد تقدّم ما يدلّ عليه من الكتاب (2) والسنة (3).

ولا فرق في هذا القسم بين الحكم على ذات الزوجة كقوله: «أنت وذاذك»، وجملة هيكلها المحسوس، كقوله: «بدنك» و«جسدك» و«جسمك» و«جملتك» و«كلّك»؛ لأنّ الحكم بالتحريم متعلّق بالبدن والمفهوم عرفاً من الذات هو ذلك، وإن كان له عند آحاد المحقّقين معنى آخر لا يراد ذلك في التعليقات الشرعية المحمولة على المفهومات العرفيّة وما في معناها.

الثاني: أن يقع بين جملة الزوجة وجزء آخر من الأمّ غير الظهر، سواء كان ممّا لا يتمّ حياتها بدونه كوجهها ورأسها وبطنها، أم يتمّ بدونه كيدها، وسواء حلّت الحياة أم لا كشعرها. وفي وقوع الظهار كذلك قولان:

أحدهما: الوقوع. ذهب إليه الشيخ في كتبه الثلاثة، بل ادّعى عليه في الخلاف الإجماع (4)، وتبعه عليه القاضي (5)، وابن حمزة (6)، وقبله الصدوق في المقنع (7)؛ استناداً - مع شبهة دعوى الإجماع - إلى رواية سدير عن الصادق عليه السلام قال، قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كشعر أمّي أو ككفّها أو كبطنها أو كرجلها، قال: «ما عنى به إن أراد به الظهار فهو الظهار» (8).

ص: 25

1- الكافي، ج 1، ص 152-155، باب الظهار، ح 1 و 3 و 4؛ الفقيه، ج 3، ص 526 - 527، ح 4832

2- المجادلة (58): 3

3- تقدّم تخريجها في الهامش 1

4- النهاية، ص 526؛ المبسوط، ج 4، ص 170؛ الخلاف، ج 4، ص 530، المسألة 9

5- المهذب، ج 2، ص 298

6- الوسيلة، ص 334

7- لم نعر عليه في المقنع، ونسبه إليه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 400، المسألة 59

8- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 10، ح 29

الثاني - وهو الذي اختاره المرتضى وجعله في الانتصار ممّا انفردت به الإمامية (1)، و تبعه عليه المتأخرون - عدم الوقوع؛ لأصالة الإباحة إلا ما خرج عنها بدليل أو إجماع - وهو الظهر - فيبقى الباقي على الأصل، ولأنّ الظهر مشتقّ من الظهر، فإذا علّق بغيره بطل الاسم المشتقّ منه.

ولصحيحة زارة السابقة لما سأل الباقر عليه السلام عن كيفيته قال: «يقول: أنت عليّ حرام مثل ظهر أمي» (2). ومثلها رواية جميل عن الصادق عليه السلام - وقد قال له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته - قال: «هو الظهر» (3). وهو يعطي المساواة، وكذا الجواب الأول بعد السؤال يعطي أنّ المعنى ذلك لا غير، ولأنّ اللفظ الصريح الظهر المشتقّ من الظهر، وصدق المشتقّ يستدعي صدق المشتقّ منه. وهذا هو الأقوى.

والجواب عن حجة الشيخ بمنع الإجماع في موضع النزاع، والعجب في معارضته لدعوى المرتضى ذلك، ما هذه إلا مجازفة في الإجماع كما اتفق ذلك لهما كثيراً.

وأما الخبر فهو صريح في المطلوب لكنّه ضعيف السند بجماعة، وهم سهل بن زياد عن غياث بن إبراهيم، عن محمّد بن سليمان، عن أبيه، عن سدير و سهل ضعيف غال (4)، و غياث بترى (5)، و محمّد بن سليمان ضعيف أو مشترك بينه وبين الثقة (6)، فيسقط اعتباره، وكذلك أبوه (7)، و حال سدير إلى الضعف أقرب منها إلى غيره (8)، فسقط اعتبار الخبر.

ص: 26

- 
- 1- الانتصار، ص 322، المسألة 180
  - 2- سبق تخريجها في ص 21، الهامش 2
  - 3- الكافي، ج 1، ص 155، باب الظهر، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 9، ح 28
  - 4- رجال النجاشي، ص 185، الرقم 490
  - 5- رجال الطوسي، ص 142، الرقم 1542
  - 6- رجال النجاشي، ص 347، الرقم 937، و ص 365، الرقم 987، و ص 367، الرقم 994
  - 7- رجال النجاشي، ص 182، الرقم 482
  - 8- خلاصة الأقوال، ص 165، الرقم 479، وفيه: وقال السيّد عليّ بن أحمد العقيقي... كان اسمه سلمة، كان مخلطاً

الثالث: أن يشبه الجملة بالجملة، كقوله: «أنت عليّ كأُمِّي»، أو «بدنك أو جسمك عليّ كبدن أُمِّي أو جسمها»، ونحو ذلك. وفي وقوعه به قولان مبيّنان على السابق، فالشيخ حكم بوقوعه(1)؛ لأنّ صحّته مع تشبيهه بتلك الأجزاء يستلزم صحّته مع تشبيهها بنفسها بطريق أولى؛ لاشتمالها على تلك الأجزاء وزيادة ولاشتمال جملتها على ظهرها الذي هو مورد النصّ(2)، فيدلّ عليه تضمّناً.

و جوابه: منع الأصل والألوية، فإنّ الأسباب الشرعيّة لا تقاس. ويمنع من دخول الظاهر في ضمن قوله «أنت» و جاز أن يكون لتخصيصه فائدة باعثة على الحكم.

و ذهب الأكثر إلى عدم الوقوع بذلك؛ لفوات الشرط وهو التشبيه بالظهر، كما قد علم من السابق. ومحلّ الخلاف ما إذا لم يقصد بذلك التشبيه بها في الكرامة والتعظيم، وإلا لم يقع قولاً واحداً؛ لأنّ هذا اللفظ كناية فلا بدّ فيها من القصد إلى المراد.

الرابع: أن يشبه بعض أجزاء الزوجة بجملة الأمّ، كقوله: «يدك أو رأسك أو فرجك عليّ كأُمِّي». وفيه القولان السابقان، فالشيخ صحّحه(3)؛ لأنّه مركّب من أمرين صحيحين، وهما تشبيه الجزء والتشبيه بالجزء. وكلاهما ممنوع. وقد تقدّم ما يدلّ عليه.

الخامس: أن يشبه جزء الزوجة بظهر الأمّ، كقوله: «يدك أو فرجك كظهر أُمِّي» وهو صحيح أيضاً عند الشيخ(4) بطريق أولى. والأصحّ العدم؛ لما ذكرناه في الثاني من الأصل والدليل.

السادس: أن يشبه الجزء بالجزء، كقوله: «يدك عليّ كيد أُمِّي». وصحّحه الشيخ أيضاً مع قصد الظهار(5). ودليله مركّب من السابق و الأصحّ عدم الوقوع

السابع: أن يقع بين الزوجة بصورها الستّ وغير الأمّ من المحارم، فإن وقع بين الجملة

ص: 27

1- المبسوط. ج 4، ص 170

2- الكافي، ج 6، ص 152-155، باب الظهار، ح 1 و 3 و 4؛ الفقيه، ج 3، ص 526، ح 4832

3- المبسوط، ج 4، ص 170.

4- المبسوط، ج 4، ص 170.

5- المبسوط، ج 4، ص 170.

ولو شَبَّهها بمحرّمة بالمصاهرة تحريماً مؤبداً كأَمّ الزوجة، و بنت زوجته المدخول بها، و زوجة الأب و الابن، لم يقع به الظهار. و كذا لو شَبَّهها بأخت الزوجة أو عمّتها أو خالتها.

و الظهر مشبَّهاً به فقد تقدّم حكمه (1) و أنّ الأقوى صحّته. و إن وقع بينها و بين جزء من المحارم غير الظهر فقد قال المصنّف: «إنّه لا يقع قطعاً» و هو يؤذّن بعدم الخلاف و قال في المختلف: إنّ بعض علمائنا قال بوقوعه، و آخرين بعدمه (2). و كذا نقل الخلاف ابن إدريس (3)، و إن كان الأصحّ عدم الوقوع. و التقريب ما تقدّم.

و إن وقع بين الجملة و الجملة بغير لفظ الظهر فالقولان (4)، و أولى بالوقوع هنا منه في السابق. و الأصحّ العدم. و كذا في باقي الصور بطريق أولى.

و اعلم أنّ هذه الأقسام الاثني عشر تتركّب مع كلّ واحدة من تلك الصور الستّ السابقة، و تشعّب منها صور كثيرة لاتخفى مع حكمها عليك إذا لاحظت ما قرّناه في الموضوعين.

قوله: «و لو شَبَّهها بمحرّمة بالمصاهرة تحريماً مؤبداً كأَمّ الزوجة» إلى آخره.

هذا هو المشهور بين الأصحاب؛ تمسّكاً باستصحاب الحلّ في غير موضع النصّ و الوفاق، و قد دلّت الآية على حكم تشبيهها بظهر الأمّ (5)، و الروايات على إلحاق المحرّمات من النسب و الرضاع (6)، فيبقى الباقي على الأصل.

و ذهب في المختلف إلى وقوعه إذا شَبَّهها بالمحرّمات على التأييد بالمصاهرة؛ محتجّاً

ص: 28

1- تقدّم في ص 20 و ما بعدها

2- مختلف الشيعة، ج 7، ص 405، المسألة 62

3- السرائر، ج 2، ص 708-709

4- فالقول بالوقوع للشيخ في المبسوط، ج 4، ص 170؛ و القول بعدمه للشريف المرتضى في الانتصار، ص 322، المسألة 180

5- المجادلة (58): 2

6- الكافي، ج 5، ص 442، باب صفة لبن الفحل، ح 9؛ و ج 6، ص 153-155، باب الظهار، ح 3 و 10؛ الفقيه، ج 3، ص 475، ح 4668،

و ص 526، ح 4831؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 9، ح 26 و 28

ولو قال: «كظهر أبي» أو «أخي» أو «عمّي» لم يكن شيئاً. وكذا لو قالت هي: «أنت عليّ كظهر أبي» أو «أمّي».

بمشاركتها لمحرمات النسب و الرضاع في العلة(1).

ولا يخفى قصور الدليل؛ لأنّ العلة المستنبطة لا تقتضي تعدية الحكم عنده. نعم، يمكن الاحتجاج له بصحيفة زرارة السابقة عن الباقر عليه السلام وفيها: قال: «هو من كلّ ذي محرم»(2) فتدخل المحرمات بالمصاهرة مؤبداً في العموم. ولا ينافيه قوله بعد ذلك في الرواية: «إمّا أختاً أو عمّة أو خالّة»؛ لأنّ تعداد الثلاثة للمثال لا للحصر؛ للإجماع على عدم انحصار ذي المحرم في الثلاثة، والتمثيل بذي المحرم النسبي لا يفيد الحصر فيه. وفي هذا القول قوّة.

أمّا من لا تحرم مؤبداً - كأخت الزوجة و بنت غير المدخول بها ممّا تحرم جمعاً خاصّة - فحكمها حكم الأجنبية في جميع الأحكام؛ لأنّ تحريمها يزول بفراق الأم والأخت، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعاً، وتحلّ له كلّ واحدة ممّن ليست محرّمةً بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الأربع. وأولى بعدم الوقوع تشبيهها بعمّة الزوجة و خالتها؛ لأنّ تحريمهما ليس مؤبداً عيناً ولا جمعاً مطلقاً، بل على وجه مخصوص كما لا يخفى.

قوله: «ولو قال: كظهر أبي أو أخي أو عمّي لم يكن شيئاً» إلى آخره.

هذا الحكم محلّ وفاق استصحاباً للحلّ في غير موضع النص(3)، ولأنّ الرجل ليس محلّ الاستمتاع ولا في معرض الاستحلال. وتبّه بذلك على خلاف بعض العامة حيث حكم بوقوع الظهار بالتشبيه بمحارم الرجال(4). وأمّا قول المرأة ذلك فلا يفيد التحريم، ولا يلزم به شيء إجماعاً، وإنّما الحكم مختصّ بالرجال كالطلاق.

ص: 29

1- مختلف الشيعة، ج7، ص405. المسألة 61

2- سبق تخريجها في ص 21، الهامش 2

3- الكافي، ج6، ص152-155، باب الظهار، ح1 و3 و4؛ الفقيه، ج3، ص526، ح4832

4- حلية العلماء، ج7، ص166؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج8، ص559، المسألة 6166

. و يشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر.

. ولو جعله يميناً لم يقع.

قوله: «و يشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر.

الظاهر من كلام الأصحاب الاتفاق على اشتراط سماع الشاهدين لصيغة الظهار كالطلاق. وهو في رواية حمran - الحسنه - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (1).

و أما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم اشتراط العدالة في الشاهدين (2). وفي إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الإشكال. وقد تقدم في الطلاق رواية بالاجتزاء فيهما بالإسلام (3) كما أطلق هنا.

قوله: «ولو جعله يميناً لم يقع».

المراد بجعله يميناً جعله جزاءً على فعل أو ترك؛ قصداً للزجر عنه أو البعث على الفعل، سواء تعلّق به أو بها، كقوله: «إن كلمت فلاناً»، أو «إن تركت الصلاة، فأنت عليّ كظهر أمي» وهو مشارك للشرط في الصورة، و مفارق له في المعنى؛ لأن المراد من الشرط مجرد التعليق، و في اليمين ما ذكرناه من الزجر أو البعث، و الفارق بينهما القصد. و إنما لم يقع مع جعله يميناً؛ للنهي عن اليمين بغير الله (4)، و لأن الله تعالى جعل كفّارته غير كفّارة اليمين. و في حسنة حمran السابقة (5) قال: «لا يكون ظهار في يمين».

ص: 30

1- الكافي، ج6، ص153، باب الظهار، ح1؛ تهذيب الأحكام، ج8، ص10-11، ح33.

2- الطلاق (65): 2 وراجع وسائل الشيعة ج27، ص391-399، الباب 41 من كتاب الشهادات

3- الكافي، ج6، ص67-68، باب تفسير طلاق السنّة و العدة...، ح6؛ تهذيب الأحكام، ج8، ص49، ح152. و قد تقدم في ج7، ص294-295

4- الكافي، ج7، ص441-442، باب ما لا يلزم من الأيمان و النذور، ح12؛ الفقيه، ج3، ص364-365، ح4294 و ص372، ح4308؛ تهذيب الأحكام، ج8، ص301-302، ح1119، و ص312-313، ح1160

5- سبقت آنفاً



و لا يقع إلا منجزاً، فلو علّقه بانقضاء الشهر أو دخول الجمعة لم يقع على القول الأظهر. وقيل: يقع. وهو نادر.

و هل يقع في إضرار؟ قيل: لا. وفيه إشكال، منشؤه التمسك بالعموم.

وفي وقوعه موقوفاً على الشرط تردّد، أظهره الجواز.

قوله: «و لا يقع إلا منجزاً - إلى قوله - وهو نادر».

إذا علّق الظهار على شرط، كأن يقول: «إن دخلت الدار أو فعلت كذا فأنت عليّ كظهر أمّي»، مريداً به مجرد التعليق، فهل يقع الظهار عند وجود الشرط أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف، وجعله قول الأكثر و ما سواه نادراً(1) - العدم؛ لأصالة بقاء الحلّ، و الشكّ في السبب، و لرواية القاسم بن محمّد الزيات أنّه قال للرضا عليه السلام: «إني قلت لامرأتي: أنت عليّ كظهر أمّي إن فعلت كذا وكذا، فقال: «لا شيء عليك، و لاتعد»(2). و «لا شيء» للعموم؛ لأنّه نكرة في سياق نفي فيلزم منه نفي الكفارة اللازمة للظهار، و نفي اللازم يدلّ على نفي الملزوم. و في معناها مرسلّة ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام(3).

و روى ابن فضال مرسلّاً عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»(4)، و الطلاق لا يقع معلّقاً على الشرط كما تقدّم(5) فكذا الظهار.

ص: 31

1- هذا سهو من قلمه الشريف. لعلّ منشأه نقص العبارة في النسخة التي شرح عبارتها، كما صرّح به الجواهر (قدّس سرّه) حيث قال: و من الغريب ما وقع في المسالك في المقام و كان نسخته التي شرح عبارتها فيها سقط، كما لا يخفى على من لاحظ شرحه في المقام الذي قد جعل فيه الكلام في المسألة الثانية شرحاً للمسألة الأولى، و حكى عن المصنّف القول بالعدم و أنّه نسب القول بالجواز إلى الندره، مع أن صريح كلامه الجواز بالتردد، و كذا كلامه في النافع. راجع جواهر الكلام، ج33، ص109

2- الكافي، ج6، ص158، باب الظهار، ح24؛ تهذيب الأحكام، ج8، ص13، ح42؛ الاستبصار، ج3، ص260-261، ح933

3- الكافي، ج6، ص154، باب الظهار، ح4؛ تهذيب الأحكام، ج8، ص13، ح43؛ الاستبصار، ج3، ص261، ح934.

4- الكافي، ج6، ص154، باب الظهار، ح5؛ تهذيب الأحكام، ج8، ص13، ح44؛ الاستبصار، ج3، ص261، ح935.

5- تقدّم في ج7، ص274 و ما بعدها.

و القول بوقوعه معلّقاً للشيخ (1) و الصدوق و ابن حمزة (2)، و اختاره المصنّف في النافع (3) و العلامة (4)، و أكثر المتأخرين؛ لصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال: «أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا» ففعلت و جبت عليه الكفارة حين الحنث» (5).

و صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام قال: «الظهار على ضربين: أحدهما الكفارة فيه قبل المواقعة، و الآخر بعده. و الذي يكفر قبل الشروع فهو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي، و لا يقول: إن فعلت بك كذا و كذا. و الذي يكفر بعد المواقعة هو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك» (6).

و لعموم الآيات الدالة على وقوع الظهار (7) المتناولة لموضع النزاع. و عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (8) و لموافقته للحكمة، فإنّ المرأة قد تخالف الرجل في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه، و تمتنع عمّا يرغب فيه، و يكره الرجل طلاقها من حيث يرجو موافقتها، فيحتاج إلى تعليق ما يكره بفعل ما تكرهه أو ترك ما تريده، فإنّما أن تمتنع و تفعل فيحصل غرضه، أو تخالف

ص: 32

1- النهاية، ص 525؛ المبسوط، ج 4، ص 171؛ الخلاف، ج 4، ص 535-536، المسألة 20.

2- المقنع، ص 352؛ الوسيلة، ص 334.

3- المختصر النافع، ص 321.

4- مختلف الشيعة، ج 7، ص 406، المسألة 63؛ قواعد الأحكام، ج 3، ص 172.

5- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 12، ح 39؛ الاستبصار، ج 3، ص 259، ح 929، و فيهما بتفاوت يسير.

6- الكافي، ج 6، ص 160، باب الظهار، ح 32؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 12 - 13، ح 40؛ الاستبصار، ج 3، ص 260، ح 930.

7- المجادلة (58): 2 و 3.

8- تهذيب الأحكام، ج 7، ص 371، ح 1503؛ الاستبصار، ج 3، ص 232، ح 835.

فيكون ذلك جزاءً معصيتها لضرر جاء من قبلها. وهذا القول هو الأقوى.

والجواب عن حجة المانع ضعف طرق رواياته وبعدها عن الدلالة، فإنَّ القاسم بن محمّد مشترك بين الثقة والضعيف (1)، والأخيرتان مرسلتان، وفي طريقتهما ابن فضال (2) وابن بكير (3). وحالهما معلوم مع أنّه لم يذكر في الخبر الأوّل أنّ الشرط المعلق عليه وجد، فجاز كون الحكم بعدم الكفارة لذلك. والأخير لا يدلّ على موضع النزاع والظاهر أنّه يريد بموقع الطلاق الشرائط المعتبرة فيه من الشاهدين و طهارتها من الحيض وانتقالها إلى غير طهر الموافقة ونحو ذلك. هذا إذا سلّم اشتراط تجريد الطلاق عن الشرط.

واعلم أنّ التنجيز الذي اعتبره المصنّف وجعله موضع الخلاف يخرج به تعليقه على الشرط، وهو ما يجوز وقوعه عند التعليق وعدمه، و الصفة وهو الأمر الذي لا بدّ من وقوعه عادةً من غير احتمال تقدّم ولا تأخّر، كطلوع الشمس وانقضاء الشهر ودخول الجمعة، ومثّل التعليق بمثاليين مختصّين بالصفة، ومقتضاه أنّ الخلاف واقع في تعليقه بكلّ منهما. ووجه اشتراكهما في المقتضي وهو التعليق.

وربما قيل: إن الخلاف مختص بالشرط؛ عملاً بمدلول الأحاديث (4)، فإنّ متعلّقها الشرط، فتبقى الصفة على أصل المنع والأقوى جواز التعليق بالأمرين.

وربما قيل بأنّ الحكم بوقوعه معلقاً على الشرط يستلزم وقوعه معلقاً على الصفة بطريق أولى؛ لأنّ الصفة لازمة الوقوع بخلاف الشرط، فإنّه قد لا يقع فيكون إرادة إيقاع الظهار في الأوّل أقوى.

وفيه: أن التعليق بالصفة أقوى؛ لأن الشرط يمكن وقوعه في الحال، والمعلق على زمان

ص: 33

1- ليس له ذكر في كتب الرجال، كما في تنقيح المقال، ج 2، ص 25 (باب القاف).

2- رجال النجاشي، ص 34 - 35، الرقم 72؛ خلاصة الأقوال، ص 98 - 99، وفيهما كان الحسن بن عليّ بن فضال فطحياً.

3- الفهرست، الشيخ الطوسي، ص 304، الرقم 464، وفيه: فطحي المذهب.

4- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 332 - 336، الباب 16 من كتاب الظهار.

ولو قيّد بمدّة كأن يظهر منها شهراً أو سنةً، قال الشيخ: لا يقع. وفيه إشكال مستند إلى عموم الآية.

وربما قيل: إن قصرت المدّة عن زمان التريّص لم يقع. وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص وفيه ضعف.

يستحيل وقوعه في زمان إيقاعه وإن تحتم وقوعه في الزمان المستقبل، فالمكلف لم يرد إيقاع الظهار في زمان إيقاعه على تقدير تعليقه على الصفة، بخلاف الشرط، فإن المقصود منه وقوع المشروط عند حصول الشرط، وهو ممكن الحصول في الحال.

والحق أن مثل هذا لا يصلح لاختلاف الحكم، مع اشتراكهما في أصل التعليق، وعموم الأدلّة.

قوله: «ولو قيّد بمدّة كأن يظهر منها شهراً أو سنةً، قال الشيخ: لا يقع، وفيه إشكال مستند إلى عموم الآية» إلى آخره.

إذا وقت الظهار فقال: «أنتِ علىّ كظهر أمي يوماً أو شهراً» أو «إلى شهر أو سنة»، ففي صحّته أقوال:

أجودها أنه صحيح (1)؛ لعموم الآية (2)، ولأنه منكر من القول وزور كالظهار المطلق. وأيضاً فالمروي عن سلمة بن صخر الصحابي أنه كان قد ظاهر من امرأته حتّى ينسلخ رمضان ثمّ وطنها في المدّة، فأمره النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم بتحرير رقبة؟ (3)

والثاني: المنع (4)؛ لأنه لم يؤيّد التحريم، فأشبهه ما إذا شبّهها بامرأة لا تحرم عليه على

ص: 34

---

1- القول بالصحة لابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 432، المسألة 86.

2- المجادلة (58): 2.

3- يأتي بتمامه مع تخريجه في ص 36.

4- قاله الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 179؛ والخلاف ج 4، ص 542، المسألة 26؛ وابن البراج في المهذب، ج 2، ص 301.

التأييد. و لصحيحة سعيد الأعرج عن الكاظم عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته يوماً، قال: «ليس عليه شيء» (1).

وثالثها: التفصيل، فإن زادت المدة عن مدة التبرّص على تقدير المرافعة وقع وإلا فلا؛ لأنّ الظهار يلزمه التبرّص مدة ثلاثة أشهر من حين الترافع وعدم الطلاق، وهو يدلّ بالافتضاء على أنّ مدّته تزيد عن ذلك وإلا لانتفى اللزوم الدالّ على انتفاء الملزوم.

و إلى هذا التفصيل ذهب في المختلف (2). ولا بأس به، و الرواية الصحيحة لاتنافيه، وإن كان القول بالجواز مطلقاً لا يخلو من قوّة، و إلى ترجيحه أشار المصنّف بقوله «و هو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص»

وبيانه أنّ الدليل من الآية عامٌّ للموقّت مطلقاً والمؤبّد، و الحكم بالتبرّص تلك المدة على تقدير المرافعة لا يوجب تخصيص العامّ؛ لأنّ المرافعة حكم من أحكام الظهار، وهي غير لازمة، فجاز أن لاترافعه، فيحتاج إلى معرفة حكمه على هذا التقدير، و جاز أن لا يعلمها

بإيقاعه و يريد معرفة حكمه مع الله تعالى. و الحكم بتبرّصها تلك المدة على تقدير المرافعة محمول على ما لو كان مؤبّداً أو موقّتاً بزيادة عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفّر من غير أن يتوقف على المرافعة أو أن يفيدها فائدة.

وقوله في الخبر الصحيح «ليس عليه شيء» لا ينافي ذلك؛ لأنّنا نقول: إن الظهار بمجرّده لا يوجب عليه شيئاً، وإنّما تجب الكفّارة بالعود قبل انقضاء المدة، ولما كانت مدة اليوم قصيرة فإذا صبر حتّى مضى ليس عليه شيء. و هو طريق للجمع بينه وبين عموم الآية (3). و خصوص الرواية الواردة في صحّته مع توقيته شهراً.

ص: 35

- 
- 1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 14، ح 45؛ الاستبصار، ج 3، ص 262، ح 936. و ليس فيهما كلمة «يوماً».
  - 2- مختلف الشيعة، ج 7، ص 432، المسألة 86. وقد ذكر العلامة هذا التفصيل احتمالاً في المسألة.
  - 3- المجادلة (58): 2.

وجملة الرواية عن سلمة بن صخر قال: كنت امرءاً قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان، فرقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار ولا أقدر على أن أنزع. فبينما هي تخدمني من الليل إذ انكشف لي منها شيء فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري وقلت لهم: انطلقوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبروه بأمري. فقالوا: والله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، أو يقول فينا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مقالة يبقى علينا عارها، ولكن اذهب أنت واصنع ما بدا لك. فخرجت حتى أتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته خبري، فقال لي: «أنت بذاك؟» فقلت: أنا بذاك، فقال: «أنت بذاك؟ فقلت: أنا بذاك، فقال: «أنت بذاك؟ فقلت: نعم، ها أنا ذا فامض في حكم الله عز وجل، فأنا صابر له. قال: «أعتق رقبة» فضربت صفحة رقبتني بيدي وقلت: لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها. قال: «فصم شهرين متتابعين». فقال، قلت: يا رسول الله و هل أصابني ما أصابني إلا في الصوم؟ قال: «فتصدّق». قال، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشاً ما لنا عشاء. قال: «اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقل له، فليدفعها إليك، فأطعم عنك و سقاً من تمر ستين مسكيناً، ثم استعن بسائرهم عليك وعلى عيالك. قال: فرجعت إلى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، و وجدت عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم السعة والبركة، وقد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إليّ، قال: فدفعوها إليّ (1).

وفي رواية أخرى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً فقال: أطعمه ستين مسكيناً، وذلك لكل مسكين مد (2).

وإنما أتينا على الرواية مع طولها لما تشتمل عليه من الفوائد والنكت

ص: 36

1- السنن الكبرى، البيهقي، ج 7، ص 641، ح 15281؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 265، ح 2213؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 665، ح 2062.

2- المصنّف الصنعاني، ج 1، ص 431، ح 11528؛ السنن الكبرى البيهقي، ج 7، ص 640، ح 15278.

• لو قال: «أنت طالق كظهر أمي» وقع الطلاق ولغا الظهار، قصده أو لم يقصده.

وقال الشيخ: إن قصد الطلاق والظهار صحَّ إذا كانت الطلقة رجعيةً، فكأنه قال: أنت طالق، أنت عليّ كظهر أمي.

وفيه تردّد؛ لأن النية لا تستقلّ بوقوع الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه.

وكذا لو قال: «أنت حرام كظهر أمي».

قوله: «لو قال: أنت طالق كظهر أمي وقع الطلاق ولغا الظهار - إلى قوله - وكذا لو قال: أنت حرام كظهر أمي».

هنا مسألتان

[المسألة] الأولى: إذا قال لامرأته: «أنت طالق كظهر أمي»، فله أحوال:

أحدها: أن لا ينوي شيئاً، فيقع الطلاق؛ لإتيانه بلفظه الصريح، ولا يصحّ الظهار؛ لأنّ قوله «كظهر أمي» لا استقلال له، وقد انقطع عن «قوله أنت» بالفاصل الحاصل بينهما فخرج عن الأصل، وصار الأصل فيه أن تكون جملة صفة للطلاق، فحيث لم يقصد به الظهار لا يقع؛ لأنّ ما عدا اللفظ الصريح لا يقع بدون النية.

وثانيها: أن يقصد بمجموع كلامه الطلاق وحده، ويجعل قوله «كظهر أمي» تأكيداً لتحريم الطلاق، بمعنى أنّها طالق طلاقاً يصيرها كظهر أمّه بالفعل كالبائن، أو بالقوة كالرجعي، فيقع الطلاق دون الظهار. ولا خلاف في هذين القسمين.

وثالثها: أن يقصد بالجميع الظهار، فيحصل الطلاق أيضاً دون الظهار. أمّا حصول الطلاق فلفظه الصريح، والصريح لا يقبل صرفه إلى غيره، حتى لو قال لزوجته: «أنت طالق»، ثمّ قال: أردت به من وثاق غيري أو نحو ذلك، لم يسمع وحكم به عليه، بخلاف ما لو أتى

بالكناية حتى يصححه بها، والأصل في ذلك ونظائره أنّ اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً فموضوعه لا ينصرف إلى غيره بالنية.

وأما عدم حصول الظهار؛ فلا أنّ الطلاق لا ينصرف إلى الظهار، والثاني ليس بصريح في الظهار كما بيّناه، وهو لم ينو به الظهار، وإنّما نواه بالجميع. ويحتمل هنا لزوم الظهار؛ أخذاً بإقراره

ورابعها: أن يقصد الطلاق والظهار جميعاً، نظر فإن قصدهما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون الظهار أيضاً، لما تبين. وإن قصد الطلاق بقوله «أنت طالق» والظهار بقوله «كظهر أمي» وقع الطلاق. ثم إن كانت تبين بالطلاق لم يصحّ الظهار قطعاً. وإن كانت رجعية ففي صحة الظهار قولان:

أحدهما: وقوع الظهار أيضاً، وهو قول الشيخ (رحمه الله) (1)؛ لأنّ كلمة الخطاب السابقة وإن صرفت أولاً إلى الطلاق لكنّها تعود إلى الظهار أيضاً مع النية، ويصير كأنّه قال: «أنت طالق أنت كظهر أمي».

والثاني - وهو الأشهر - عدم وقوع الظهار (2)؛ لأنّ اللفظ ليس صريحاً فيه بانقطاع الخطاب عنه. والنية غير كافية عندنا في وقوع ما ليس بصريح، وإنّما يتوجّه هذا عند من يعتدّ بالكنايات (3) اعتماداً على النية. بل بعض من اعتدّ بالكناية (4) ردّ هذا أيضاً، بناء على ما ذكرناه من أنّنا إذا استعملنا قوله «أنت طالق» في إيقاع الطلاق لم يبق إلاّ قوله: «كظهر أمي» وأنّه لا يصلح كناية؛ إذ لا خطاب فيه.

وأيضاً فالأصل في هذا التركيب أن تكون الجملة الواقعة بعد النكرة وصفاً لها، فالعدول

ص: 38

1- المبسوط، ج 4، ص 172.

2- ذهب إليه ابن البراج في المهذب، ج 2، ص 300؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 413، المسألة 69.

3- كالشيخ في المبسوط، ج 4، ص 172.

4- كابن البراج في المهذب، ج 2، ص 298 و 300.



بها عن أصلها خلاف الصريح. وليس هذا كتعدّد الخبر على المبتدأ الواحد؛ لأنّ ذلك حيث يصلح الثاني للخبريّة بالوضع، وليس كذلك هنا. والأصحّ عدم وقوع الظهار.

ولو عكس فقال: «أنت كظهر أمي طالق»، وقصدهما معاً وقع الظهار؛ لصراحته. وفي وقوع الطلاق الوجهان؛ لأنّه من النية، وأنّه ليس في لفظ الطلاق مخاطبة ولا ما في معناها. والشيخ على أصله من وقوعهما معاً كالسابق (1). ولا فرق هنا بين الطلاق البائن والرجعي؛ لأنّ طلاق المظاهر منها صحيح على التقديرين، وإنّما الشكّ من عدم صراحة الصيغة.

المسألة الثانیة: لو قال: «أنت عليّ حرام كظهر أمي»، قال المصنّف: لا يقع به الظهار، وهو قول الشيخ في المبسوط (2)، سواء نواه أم لا. وهذا يخالف مذهب الشيخ في المسألة السابقة، بل وقوع الظهار هنا أقوى؛ لأنّ المتخلّل بين المسند والمسند إليه مؤكّد للحكم، بخلاف السابقة.

وحجّتهم ما سبق من انصراف الخطاب إلى الكلمة الأولى وهي قوله «حرام» فيلغو، لأنّها لا تقتضي الحكم بالظهار، وقوله «كظهر أمي» بقي خالياً عن المسند إليه لفظاً، والنية غير كافية، ومن ثمّ عطف المصنّف الحكم على السابق تنبيهاً على اشتراكهما في العلة المقتضية لعدم الوقوع.

والأقوى وقوع الظهار هنا؛ لصحيحة زرارة السابقة عن الباقر عليه السلام وقد سأله عن الظهار فقال: «يقول الرجل لامرأته: أنت عليّ حرام مثل ظهر أمي» (3) وهو نصّ في الباب، ولأنّ قوله «حرام» تأكيد لغرضه فلا ينافيه، فإنّ قوله «أنت عليّ كظهر أمي» لا بدّ له من القصد إلى معناه، وهو يستلزم القصد إلى التحريم، فإذا نطق به كان أولى. والعجب من تجويز الشيخ

ص: 39

1- لاحظ الهامش 1 من ص 38.

2- المبسوط، ج 4، ص 173.

3- سبق تخريجها في ص 21. الهامش 2.

. ولو ظاهر إحدى زوجته إن ظاهر ضررتها، ثم ظاهر الضرّة وقع الظهاران

و لو ظاهرها إن ظاهر فلانة الأجنبية، وقصد النطق بلفظ الظهار صحّ الظهار عند مواجهتها به. وإن قصد الظهار الشرعي لم يقع ظهار، و كذا لو قال: «أجنبية».

ولو قال: «فلانة» من غير وصف، فتزوجها و ظاهرها قال الشيخ: يقع الظهاران و هو حسن.

وقوعه بالكنايات(1) و ما هو أبعد من هذه مع خلوها من نصّ يقتضي صحّتها، و منعه من هذه الصيغة مع ورود النصّ(2) الصحيح بها.

قوله: «و لو ظاهر إحدى زوجته إن ظاهر ضررتها، ثم ظاهر الضرّة وقع الظهاران. و لو ظاهرها إن ظاهر فلانة الأجنبية» إلى آخره.

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط، فإن صحّحناه فعلق ظهار إحدى زوجته على ظهاره من الأخرى صحّ، فإن ظاهر من المعلق عليها صار مظاهراً منهما جميعاً، أمّا من إحداهما فبالتنجيز، و أمّا الأخرى فبموجب التعليق.

و لو قال: «إن ظاهرت من إحداكما»، أو «أيكما ظاهرت منها، فالأخرى على كظهر أمي» ثمّ ظاهر من إحداهما صار مظاهراً من الأخرى أيضاً.

و لو علق ظهار زوجته على ظهار الأجنبية، فإن ذكر اسمها و جعل الأجنبية وصفاً لم يكن منعقداً و إن خاطب الأجنبية بالظهار؛ لأنّ الظهار من الأجنبية غير منعقد، إلا أن يريد التلقظ بالظهار، فيصير بالتلقظ مظاهراً من زوجته، و يكون ذلك في قوّة تعليق ظهار زوجته

بتكليمه فلانة الأجنبية. و كذا لو قال: «إن ظاهرت أجنبية»، من غير تعيين.

ص: 40

1- المبسوط، ج 4، ص 170.

2- تقدّم آنفاً

ولو نكح الأجنبية ثمّ ظاهر منها فهل يقع الظهار بالزوجة الأولى؟ وجهان، من أنّه إذا نكحها خرجت عن كونها أجنبيّة، ومن أنّ ظهارها تعلّق بظهار «فلانة» وذكر الأجنبية في مثل ذلك للتعريف دون الشرط، كما لو قال: «لأدخل دار زيد هذه»، فباعها زيد ثمّ دخلها فإنّ في حنثه وجهين؛ نظراً إلى ترجيح الإشارة أو الوصف

و لو قال: «إن ظاهرت من فلانة أجنبيّة - أو هي أجنبيّة - فأنت علي كظهر أمي» فسواء نكحها و ظاهر عنها أو خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها لا يصير مظاهراً من زوجته التي علّق ظهارها؛ لأنّه شرط وقوع الظهار في حال كونها أجنبيّة، و ما دامت أجنبيّة لا ينقصد ظهارها، وإذا انعقد لم تكن أجنبيّة، فكان التعليق بشيء محال، و هو كما إذا قال: «إن بعث الخمر فأنت علي كظهر أمي»، و أتى بلفظ البيع لا يقع الظهار؛ تنزيلاً لألفاظ العقود على العقود الصحيحة، إلّا أن يقصد الصورة.

و لو قال: «فلانة» من غير وصف بكونها أجنبيّة و لاحاليّة(1)، و كانت أجنبيّة، صحّ التعليق و توقّف على ظهارها صحيحاً، فإن تزوّجها و ظاهر منها وقع الظهاران؛ لحصول الشرط.

و نسبة هذا القول إلى الشيخ(2) تشعر بشبهة فيه، غير أنّه حسن كما ذكره المصنّف لوجود المقتضي و انتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا كونها حال التعليق أجنبيّة، و ذلك لا يصلح للمانع، إذ لم يقيّد تعليق الظهار بها بوقت.

و وجه الشبهة أنّ الشرط كما علمت من تعريفه - ما يجوز حصوله حال التعليق وعدمه، و ظهار الأجنبيّة حال التعليق غير صحيح، و مجرد الصورة غير مقصود، من تعريفه؛ لأنّه

ص: 41

1- في بعض النسخ و الطبعة الحجرية: «خاليّة» بدل «حالية». و حال الرجل: امرأته. راجع لسان العرب، ج 11، ص 191 - 193، «حول».

2- المبسوط، ج 4، ص 176.

## الأمر الثاني في المظاهر و من يصحّ الظهار منه

[الأمر] الثاني في المظاهر

و يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد.

فلا يصحّ ظهار الطفل و لا المجنون و لا المكره و لا فاقد القصد بالسكر و الإغماء أو الغضب.

. و لو ظاهر و نوى الطلاق لم يقع طلاق؛ لعدم اللفظ المعبر، و لا ظهار؛ لعدم القصد.

الفرض، فكان ذلك أشبه بالصفة المتأخّرة عن التعليق.

و الحقّ أنّ ذلك لا يخرج عن أصل الشرطية؛ لأنّ المراد بتجويز وجوده بحسب ذاته مع قطع النظر عن الموانع الخارجيّة المقتضية لا متناعه حينئذ، و الأمر هنا كذلك، فإنّ ظهار «فلانة» حينئذٍ ممكن بحسب ذاته، و إنّما تخلّف لفقد شرط من شروطه و هو كونها أجنبيّة، كما يتخلّف لفقد غيره من الشروط التي لا يتيسّر ذلك الوقت.

و أيضاً فاشترط إمكان حصول الشرط حال التعليق لادليل عليه، و مفهوم الشرط متحقّق على التقديرين لغةً و عرفاً.

قوله: «و لو ظاهر و نوى الطلاق لم يقع طلاق؛ لعدم اللفظ المعبر، و لا ظهار؛ لعدم القصد».

بناءً هذا الحكم على أصولنا المفيدة لعدم وقوع الطلاق و الظهار بالكنيات واضح. و تبه به على خلاف العامّة حيث جوّزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع النيّة، حتى لو قال: «أنت طالق كظهر أمّي»، و نوى بقوله «كظهر أمّي» الطلاق وقع عليه طلاقان إن كان الأوّل رجعيّاً (1).

ص: 42

---

1- راجع الحاوي الكبير، ج 10، ص 435 - 437؛ و روضة الطالبين، ج 6، ص 242.

و يصحّ ظهار الخصيّ و المَجْبُوبِ إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء مثل

الملاسة.

. وكذا يصحّ الظهار من الكافر. و منعه الشيخ؛ التفاتاً إلى تعذّر الكفارة. و المعتمد ضعيف لإمكانها بتقديم الإسلام و يصحّ من العبد.

قوله: «و يصحّ ظهار الخصيّ و المَجْبُوبِ إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء مثل الملاسة».

الخصيّ و المَجْبُوبِ إن بقي لهما ما يمكنهما به الجماع المتحقّق بإدخال الحشفة أو قدرها فظهارهما صحيح مطلقاً؛ لأنّهما حينئذٍ في معنى الصحيح. وإن لم يمكنهما الإيلاج بني وقوع ظهارهما على أنّ الظهار هل يختصّ تحريمه بالوطء، أو يشمل جميع الاستمتاع؟ وسيأتي الكلام فيه(1). فإن حرّمنا الجميع صحّ ظهارهما أيضاً؛ لبقاء فائدة الظهار بالامتناع عن الاستمتاع غير الوطء. وإن قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار؛ لعدم فائدته.

هذا كلّه إذا لم نشترط الدخول بالمظاهرة، وإلا لم يقع منهما مطلقاً، حيث لا يتحقّق منهما الدخول.

قوله: «وكذا يصحّ الظهار من الكافر. و منعه الشيخ؛ التفاتاً إلى تعذّر الكفارة، و المعتمد ضعيف، لإمكانها بتقديم الإسلام. و يصحّ من العبد».

أصحّ القولين(2) وقوع الظهار من كلّ زوج مكّلف، مسلماً كان أم كافراً، حرّاً كان أم عبداً؛ لعموم قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ»(3)، وغيره من العمومات(4).

ص: 43

1- يأتي في ص 77.

2- القول بالوقوع لابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 708؛ و العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 399، المسألة 58؛ و القول بعدم الوقوع يأتي لاحقاً.

3- المجادلة (58): 3.

4- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 303 - 310، الباب 1 - 3 من كتاب الظهار.

ثم الكلام هنا في موضعين:

الأول: وقوعه من الكافر. وقد منعه الشيخ في كتابي الفروع (1) وابن الجنيدي (2)، استناداً إلى أن من يصحّ ظهاره تصحّ الكفارة منه؛ لقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» إلى آخره (3)، والكافر لا تصحّ منه الكفارة؛ لأنها عبادة تفتقر إلى النيّة، ولأنّ الظهار يفيد تحريماً يصحّ إزالته بالكفارة، فلا يتحقّق في حقّ الكافر، فلا يترتب أثر الظهار عليه.

وأجيب عليه بمنع عدم صحّتها منه مطلقاً، غاية توقيفها على شرط وهو قادر عليه بالإسلام (4)، كتكليف المسلم بالصلاة المتوقّفة على شرط الطهارة، وهو غير متطهّر لكنّه قادر على تحصيله.

وأورد: أنّ الذمّي مقرّر على دينه، فحمّله على الإسلام لذلك بعيد. وأنّ الخطاب بالعبادة البدنيّة لا يتوجّه على الكافر الأصلي.

وأجيب بأنّنا لانحمل الذمّي على الإسلام ولانخاطبه بالصوم، ولكن نقول: لانمكّنك من الوطء إلا هكذا، فإمّا أن تتركه أو تسلك طريق الحلّ.

الثاني: وقوعه من العبد. وهو مذهب علمائنا أجمع.

وخالف فيه بعض العامة؛ نظراً إلى أنّ لازم الظهار إيجاب تحرير الرقبة، والعبد لا يملكها (5).

ص: 44

1- المبسوط، ج 4، ص 166؛ الخلاف، ج 4، ص 525 المسألة 2.

2- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 399، المسألة 58.

3- المجادلة (58): 3.

4- راجع إيضاح الفوائد، ج 3، ص 404 - 405.

5- الحاوي الكبير، ج 10، ص 412 - 413؛ حلية العلماء، ج 7، ص 161؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 555، المسألة 6160.

## الأمر الثالث في المظاهرة و من يقع عليه الظهار

[الأمر] الثالث في المظاهرة

. ويشترط أن تكون منكوحةً بالعقد. ولا يقع بالأجنبية ولو علّقه على

النكاح

وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضراً وكانت مثلها تحيض. ولو كان غائباً صحّ.

وكذا لو كان حاضراً وهي يائسة أو لم تبلغ.

وأجيب بأنّ وجوبها في الآية مشروط بوجدانها، وقد قال الله تعالى: (فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا) (1) والعبد غير واجد فيلزمه الصوم.

قوله: «ويشترط أن تكون منكوحةً بالعقد. ولا يقع بالأجنبية ولو علّقه على النكاح».

هذا عندنا موضع وفاق. والأصل فيه أن الله تعالى علّق الظهار على الأزواج فقال: «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ» (2) فيبقى غيرهنّ على الأصل.

وخالف فيه بعض العامة، فصحّحه بالأجنبية إذا علّقه بنكاحها (3)، كما صحّحه كذلك في الطلاق (4).

قوله: «وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضراً وكانت مثلها تحيض. ولو كان غائباً صحّ».

هذا الشرط أيضاً موضع وفاق بين علمائنا وهو مختصّ بهم. ومستنده نصوصهم الصحيحة الدالة عليه، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام وقد سأله عن كيفيته قال: «يقول

ص: 45

1- المجادلة (58): 4.

2- المجادلة (58): 3.

3- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 578، المسألة 6188.

4- حلية العلماء، ج 7، ص 8-9؛ تحفة الفقهاء، ج 2، ص 196.

. وفي اشتراط الدخول تردّد، والمرويّ اشتراطه، و القول الآخر مستنده

التمسك بالعموم.

الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع: «أنت عليّ حرام كظهر أمي» (1).

ورواية حمران عنه عليه السلام: «لا يكون ظهار إلا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (2) وقول أبي عبد الله عليه السلام: «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق» (3).

قوله: «وفي اشتراط الدخول تردّد، والمرويّ اشتراطه» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في اشتراط الدخول بالمرأة وعدمه بالنسبة إلى صحّة الظهار، فذهب المفيد (4) والمرتضى (5) وابن إدريس (6) و جماعة (7) إلى عدمه؛ لعموم الآية (8) و ذهب الشيخ (9) والصدوق (10) وأكثر المتأخّرين إلى الاشتراط؛ لصحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال في غير المدخول بها: «لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار» (11)

ص: 46

- 
- 1- الكافي، ج 1، ص 153 - 154، باب الظهار، ح 3؛ الفقيه، ج 3، ص 526، ح 4831؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 9، ح 2؛ الاستبصار، ج 3، ص 258، ح 924.
  - 2- الكافي، ج 1، ص 153، باب الظهار، ح 1؛ الفقيه، ج 3، ص 534، ح 4848؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 10 - 11، ح 33.
  - 3- الكافي، ج 6، ص 154، باب الظهار، ح 5؛ الفقيه، ج 3، ص 536، ح 4830؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 13، ح 44؛ الاستبصار، ج 3، ص 261، ح 935.
  - 4- المقنعة، ص 524.
  - 5- لم نعثر على قول المرتضى، وحكاه عنه ابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 710.
  - 6- السرائر، ج 2، ص 710.
  - 7- منهم قطب الدين الكيذري في إصباح الشيعة، ص 456؛ وابن زهرة الحلبي في غنيّة النزوع، ج 1، ص 366-367.
  - 8- المجادلة (58): 2.
  - 9- النهاية، ص 526؛ المبسوط، ج 4، ص 167؛ الخلاف، ج 4، ص 526، المسألة 3.
  - 10- الهداية، ص 274.
  - 11- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 21، ح 65.



. وهل يقع بالمستمتع بها؟ فيه خلاف والأظهر الوقوع.

وصحيحة الفضيل بن يسار أنّ الصادق عليه السلام قال: «لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها»(1)

وقد تقدّم في رواية حمران: «لا يكون ظهار إلا على طهر بعد جماع»(2) وهذا هو الأصحّ؛ لتقديم الخاصّ على العامّ عند التعارض. ومن قدّم العامّ نظر إلى أنّ خبر الواحد ليس بحجّة كما هو أصل المرتضى وابن إدريس(3)، أو أنّ عموم الكتاب لا يخصّ بخبر الواحد وإن عملنا به.

قوله: «وهل يقع بالمستمتع بها؟ فيه خلاف. والأظهر الوقوع».

القول بالوقوع مذهب الأكثر؛ لعموم الآية(4)، فإن المستمتع بها زوجة.

والقول بعدم الوقوع لابن إدريس(5) وجماعة(6)؛ نظراً إلى انتفاء لازم الظهار، فإنّ منه المرافعة المرتبة(7) على الإخلال بالواجب من الوطء وإلزامه بأحد الأمرين، الفئنة أو الطلاق وهو ممتنع فيها، وإقامة هبة المدّة مقامه قياس، وانتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزومات.

وجوابه أنّ هذه اللوازم مشروطة بزوجةٍ يمكن في حقّها ذلك، فلا يلزم من انتفائها انتفاء جميع الأحكام التي أهمّها تحريم الاستمتاع من دون المرافعة

ص: 47

- 
- 1- الكافي، ج 6، ص 158، باب الظهار، ح 21؛ الفقيه، ج 3، ص 525، ح 4829؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 21، ح 66.
  - 2- تقدم تخريجها في ص 30، الهامش 1، وفيها هكذا: «لا يكون ظهار إلا على طهر بغير جماع» وهو خلاف مقصود من قال باشتراط الدخول.
  - 3- الذريعة إلى أصول الشريعة، ج 2، ص 517 وما بعدها السرائر، ج 1، ص 51.
  - 4- المجادلة(58): 2.
  - 5- السرائر، ج 2، ص 709.
  - 6- منهم الصدوق في الهداية، ص 274 حيث قال: ولا يقع الظهار إلا على موضع الطلاق وابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 408، المسألة 65.
  - 7- في «ق. م»: «المرتبة» بدل «المرتبة»

. وفي الموطوءة بالملك تردّد، و المرويّ أنّه يقع كما يقع بالحرّة.

وقد تقدّم البحث في ذلك في بابها من النكاح(1).

قوله: «وفي الموطوءة بالملك تردّد، و المرويّ أنّه يقع كما يقع بالحرّة»

اختلف الأصحاب أيضاً في وقوعه بالأمة الموطوءة بملك اليمين و لو مدبّرة أو أمّ ولد، فذهب جماعة منهم الشيخ(2) و ابن حمزة(3) و جماعة المتأخّرين(4)، إلى الوقوع، و هو أصحّ القولين: لدخولها في عموم «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ»(5) كدخولها في قوله تعالى «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»(6)، فحرّمت بذلك أمّ الموطوءة بالملك.

و خصوص صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: و سألته عن الظهار على الحرّة و الأمة، فقال: «نعم»(7).

و حسنة حفص بن البختري عن الصادق و الكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهنّ جميعاً فقال: «عليه عشر كفّارات»(8).

و موثقة إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال في الرجل يظاهر من جاريته، قال: «الحرّة و الأمة في هذا سواء»(9).

ص: 48

- 
- 1- تقدّم في ج 6، ص 433.
  - 2- النهاية، ص 527؛ الخلاف، ج 4، ص 529، المسألة 8.
  - 3- الوسيلة، ص 335.
  - 4- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج 2، ص 245 و العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 409، المسألة 66؛ و جمال الدين الحلّي في المقتصر، ص 291.
  - 5- المجادلة (58): 3.
  - 6- النساء (4): 23.
  - 7- الكافي، ج 6، ص 156، باب الظهار، ح 12؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 17، ح 5؛ الاستبصار، ج 3، ص 264، ح 947.
  - 8- الكافي، ج 1، ص 157، باب الظهار، ح 16؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 21، ح 67؛ الاستبصار، ج 3، ص 263، ح 943.
  - 9- الكافي، ج 6، ص 156، باب الظهار، ح 11؛ الفقيه، ج 3، ص 535، ح 4851؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 24، ح 76؛ الاستبصار، ج 3، ص 264، ح 945.

وقال المفيد(1) و المرتضى(2) وابن إدريس(3) و جماعة من المتقدمين(4): لا يقع بها؛ لقوله عليه السلام في الخبر السابق: «لا يكون ظهار إلا على مثل موضع الطلاق»(5).

ولأن الظهار كان في الجاهلية طلاقاً كما سبق(6)، و الطلاق لا يقع بها، ولأن المفهوم من «النساء» في الآية الزوجة. ولورود السبب فيها.

ولرواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام فيمن يظاهر من أمته قال: «يأتيها وليس عليه شيء»(7). ولأصل.

و جوابه: ضعف سند الأول فلا يعارض الصحيح، وإنما جعلناه في السابق شاهداً لا أصلاً.

و الثاني لا حجة فيه، وقد نقل: أنهم كانوا يظاهرون من الأمة أيضاً، ويعتزل سيدها فراشها؛ ولأن الطلاق أيضاً كان في الجاهلية، كما ينبت عليه قول الأعشى:

أيا جارتني بيني فإنك طالقة(8)

و نمنع الحمل على الزوجة مع وجود ما يصلح للأمة. و السبب ليس مخصصاً كما حقق في الأصول(9).

ص: 49

1- المقنعة، ص 524.

2- لم نعثر على قوله، وحكاه عنه ابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 709 - 710.

3- السرائر، ج 2، ص 709 - 710.

4- منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص 304؛ وابن البراج في المهذب، ج 2، ص 298؛ والكيدري في إصباح الشيعة، ص 456 بقوله: موجهاً ذلك إلى معقود عليها.

5- سبق تخريجه في ص 46، الهامش 2.

6- سبق في ص 19.

7- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 10، ح 32؛ الاستبصار، ج 3، ص 264، ح 948.

8- ديوان الأعشى الكبير، ص 117.

9- راجع نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج 2، ص 336.

. و مع الدخول يقع و لو كان الوطء دبراً صغيرةً كانت أو كبيرة، مجنوناً أو عاقلة.

و كذا يقع بالرتقاء و المريضة التي لا توطأ.

و الرواية الأخيرة ضعيفة السند أيضاً، فلا تعارض الصحيح و الأصل إنّما يتمّ مع عدم وجود دليل مخرج عنه.

و اعلم أنّه على القول بوقوعه بها يأتي فيها الخلاف السابق في اشتراط الدخول و عدمه؛ لتناول الروايات الدالّة عليه لها كما تناولت الحرّة. و توهم اختصاص ذلك الخلاف بالحرّة ضعيف جداً، بل باطل.

قوله: «و مع الدخول يقع و لو كان الوطء دبراً» إلى آخره.

وجهه أنّ إطلاق الدخول يشمل الدبر كما تحقّق في باب المهر و غيره(1)

و إطلاق الحكم يتناول الصغيرة و إن حرم الدخول بها، و الكبيرة المجنونة و العاقلة، و الرتقاء على تقدير وطئها في الدبر، و المريضة التي لا توطأ حال الظهار مع وجوده قبله؛ لتحقّق الشرط.

و لو لم نشترط الدخول فدخول الجميع أوضح.

و يمكن بناء الحكم على ذلك القول، بقريضة ذكر «المريضة التي لا توطأ» الشامل بإطلاقه للقبل و الدبر في سائر الأوقات، و إن لم تدخل الرتقاء في هذا العموم غالباً بالنظر إلى الدبر.

و مثله إطلاق المصنّف الحكم بصحة ظهار الخصيّ و المحبوب اللذين لا يمكنهما الوطء؛(2) فإنّه لا يتمّ مع القول باشتراط الدخول، فلا بدّ في إطلاق هذه الأحكام من تكلف.

ص: 50

1- راجع ج 6، ص 653 وما بعدها؛ و ج 7، ص 340 و 379 - 380.

2- راجع ص 43 (المتن).

وهي مسائل

### الظهار محرّم

الأولى: • الظهار محرّم؛ لاتّصافه بالمنكر. وقيل: لاعتقابه فيه؛ لتعقيبه بالعفو.

قوله: «الظهار محرّم؛ لاتّصافه بالمنكر. وقيل: لاعتقابه فيه؛ لتعقيبه بالعفو».

لا- خلاف بين العلماء في تحريم الظهار؛ لوصفه بالمنكر في قوله تعالى: «وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا»(1)، والمنكر والزور محرّمان.

ثمّ اختلفوا فقال بعضهم: إنّه يُعفى عنه ولا يعاقب عليه في الآخرة؛ لقوله تعالى بعد ذلك: «وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ»(2)، فعقّبته بالعفو وهو يستلزم نفي العقاب. وهذا القول ذكره بعض المفسّرين(3)، ولم يثبت عن الأصحاب.

وفيه نظر؛ لأنّه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو والغفران تعلّقهما بهذا النوع من المعصية، وذكره بعده لا يدلّ عليه، ونحن لا نشكّ في أنّه تعالى عفوّ غفور، سواء عفا عن هذا الذنب الخاصّ أم لم يعفّ.

نعم، تعقّبته له لا يخلو من باعث على الرجاء والطمع في عفو الله تعالى، إلاّ أنّه لا يلزم منه وقوعه به بالفعل.

ونظائره في القرآن كثيرة، مثل قوله تعالى: «وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا»(4)، مع أنّه لم يقل أحد بوجود عفو عن هذا الذنب المذكور قبله، مع أنّ الوصف يصدق مع عفو عن بعض أفراده دون بعض،

ص: 51

1- المجادلة (58): 2.

2- المجادلة (58): 2.

3- منهم الطبرسي في مجمع البيان، ج 9، ص 247؛ والبيضاوي في تفسيره، ج 4، ص 252، ذيل الآية 2 من سورة المجادلة (58).

4- الأحزاب (33): 5.

الثانية: • لا تجب الكفارة بالتلفظ، وإنما تجب بالعود، وهو إرادة الوطاء. والأقرب أنه لا استقرار لها، بل معنى الوجوب تحريم الوطاء حتى يكفر.

كما يصدق به في غيره، فلزوم العفو عنه مطلقاً غير لازم من الآية. والحق أنه كغيره من الذنوب أمر عقابها راجع إلى مشيئة الله تعالى. ونسبة المصنّف ذلك إلى القيل مشعر بعدم ظهوره عنده، والأمر كما ذكرناه.

قوله: «لا تجب الكفارة بالتلفظ، وإنما تجب بالعود، وهو إرادة الوطاء» إلى آخره.

لا خلاف في أنّ الكفارة الواجبة في الظهار تتعلق بالعود، لقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» (1)

لكن اختلفوا في المراد من العود فمذهب أكثر أصحابنا أنه إرادة الوطاء لا مجرد إمساكهنّ في النكاح، والقول كناية عنه، والإرادة مضمرة، مثلها في قوله تعالى: «فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ» (2)، و«إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا» (3)، أي أردت القراءة، وأردتم القيام.

واستدلوا عليه بصحيفة أبي بصير قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: «إذا أراد أن يواقع» (4).

وقال ابن الجنيد: «إنّ المراد به إمساكها في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه؛ محتجاً بأن العود للقول عبارة عن مخالفتها» (5).

يقال: قال فلان قولاً ثم عاد فيه وعاد له، أي خالفه ونقضه، وهو قريب من قولهم: عاد

ص: 52

1- المجادلة (58): 3.

2- المائدة (5): 6.

3- المائدة (5): 6.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 20 - 21، ح 64.

5- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 414 - 415، المسألة 72 نقلاً بالمعنى.

في هبته، و مقصود الظهار ومعناه وصف المرأة بالتحريم، فكان بالإمسك عائداً.

وهذان القولان للعامة (1) أيضاً. ولهم قول ثالث أنه هو الوطء نفسه (2). والأصح الأول.

و جواب الثاني أنّ حقيقة الظهار كما اعترفوا به تحريم المرأة عليه، وذلك لا ينافي بقاءها في عصمته، فلا يكون إبقاؤها كذلك عوداً فيه، وإنما يظهر العود في قوله بإرادة فعل ما ينافيه، وذلك بإرادة الاستمتاع أو به نفسه، لكنّ الثاني غير مراد هنا؛ لقوله: «فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» (3)، فجعل الكفارة مرتبة على العود وجعلها قبل أن يتماساً، فدلل على أنّ العود يتحقق قبل الوطء.

وبهذا يضعف القول الثالث.

وفي الثاني أيضاً أن قوله تعالى «ثُمَّ يَعُودُونَ» (4)، يقتضي التراخي بين الظهار والعود: لدلالة «ثُمَّ» عليه، وعلى قولهم لا يتحقق التراخي على هذا الوجه.

و لو قيل مثله في العزم - لجواز وقوعه بعد الظهار بلا فصل - لأمكن الجواب بجريانه على الغالب من أنّ المظاهر لا يقدم في الحال على مخالفة مقتضاه، وإنما يحصل ذلك منه بعد التروّي.

إذا تقرّر ذلك فنقول: لا إشكال في وجوبها بالعود، لكن هل هو وجوب مستقرّ، حتّى لو عزم بعد ذلك على ترك وطئها أو طلقها قبل المسيس وبعد العود تبقى الكفارة لازمة له، أم استقرار الوجوب مشروط بالوطء بالفعل، بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر؟

المشهور بين الأصحاب الثاني؛ لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: «ليس عليه كفارة»، قلت: إن أراد

ص: 53

1- راجع حلية العلماء، ج 7، ص 173؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 576 - 577، المسألة 6187.

2- راجع حلية العلماء، ج 7، ص 174؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 575، المسألة 6187.

3- المجادلة (58): 3.

4- المجادلة (58): 3.

أن يمسه؟ قال: «لا يمسه حتى يكفر» (1)، فإن ظاهرها أن جواز المس متوقف على التكفير، فمتى لم يفعل لا يستقر عليه، وإنما يكون شرطاً في جواز المس، وهو المراد من الوجوب غير المستقر، لا الوجوب بالمعنى المتعارف.

وقيل: إن الوجوب يستقر بإرادة الوطء وإن لم يفعل؛ لأن الله تعالى رتب وجوبها على العود بقوله: «ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» (2) أي فعلهم ذلك، والأصل بقاء هذا الوجوب المرتب (3).

و جوابه: منع دلالتها على الوجوب مطلقاً، بل غايته أن يدل على توقف التماس عليها، وذلك مطلوبنا. ولو سلم الوجوب فالمراد به المقيّد بقبليّة التماس و القبليّة من الأمور الإضافيّة لا يتحقّق بدون المتضايقين، فما لم يحصل التماس لا يثبت الوجوب، وذلك هو المراد من الوجوب غير المستقر.

فإن قيل: يلزم من هذا عدم وجوبها؛ لأن الواجب هو الذي لا يجوز تركه لا إلى بدل، وهذه الكفارة قبل المسيس يجوز تركها مطلقاً حيث يعزم على عدم المسيس إمّا مطلقاً أو مع فعل ما يرفع الزوجية. و يترتب على ذلك أنه لو أخرجها قبل المسيس لا تجزئ؛ لأنه لم تجب، و لأنّ نية الوجوب بها غير مطابقة. و هذا المعنى الذي أطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف، بل هو بالشرط أشبه.

قلنا: الأمر كما ذكرت، وإطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازي، وقد تبّهوا عليه بقولهم بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر، فهي حينئذٍ شرط في جواز الوطء. وإطلاق الواجب على الشرط من حيث إنه لا بُدّ منه في صحّة المشروط مستعمل كثيراً و منه وجوب الوضوء للصلاة المندوبة، و وجوب الترتيب في الأذان، بمعنى الشرطيّة فيهما. و أما نية الوجوب

ص: 54

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 18، ح 56؛ الاستبصار، ج 3، ص 265، ح 949.

2- المجادلة (58): 3.

3- راجع الجامع للشرائع، ص 484؛ وتحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 107، الرقم 5472.



ولو وطئ قبل الكفارة لزمه كفارتان. ولو كرّر الوطء تكرّرت الكفارة.

بالكفارة فجاز إطلاقها بهذا المعنى؛ لأن نية كل شيء بحسبه ولو لم نعتبر نية الوجه \_ كما حَقَّقناه في أبواب العبادات، لعدم الدليل الناهض عليه - تخلصاً (1) من الإشكال.

قوله: «ولو وطئ قبل الكفارة لزمه كفارتان. ولو كرّر الوطء تكرّرت الكفارة».

هذا هو المشهور بين الأصحاب المتقدمين منهم وجميع المتأخرين.

و مستنده صحيحة الحلبي السابقة عن الصادق عليه السلام وفي آخرها قلت: إن أراد أن يمسه؟ قال: «لا يمسه حتى يكفر»، قلت: فإن فعل فعله شيء؟ قال: «إي والله إنّه لآثم ظالم»، قلت: عليه كفارة غير الأولى؟ قال: «نعم يعتق أيضاً رقبة» (2).

وصحيحة أبي بصير قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: «إذا أراد أن يواقع»، قال، قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال، فقال: «عليه كفارة أخرى» (3).

وعن الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام، قال، قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: «عليه الكفارة من قبل أن يتماسا»، قلت: فإنّه أتاها قبل أن يكفر، قال: «بس ما صنع»، قلت عليه شيء؟ قال: «أساء و ظلم»، و قلت: فيلزمه شيء؟ قال: «رقبة أيضاً» (4).

وقال ابن الجنيد: «و المظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهر بالعقد الأول زماناً وإن قلّ فقد عاد لما قال، و لم يستحبّ له أن يطأ حتى يكفر. فإن وطئ لم يعاود الوطء ثانياً حتى يكفر، فإن فعل وجب عليه لكلّ وطء كفارة، إلا أن يكون ممّن لا يجد العتق ولا يقدر على الصيام وكفارته هي الإطعام، فإنّه إن عاود إلى جماع ثانٍ قبل الإطعام فالفقه لا يوجب عليه

ص: 55

1- كذا في النسخ. وفي جواهر الكلام، ج 33، ص 133 : تخلصنا. وعليه تكون «ولو» شرطية لا وصلية.

2- سبق تخريجها في ص 54، الهامش 1.

3- تقدّم تخريجها في ص 52، الهامش 4.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 18، ح 57؛ الاستبصار ج 3، ص 265، ح 950.

كفارة؛ لأنَّ الله شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الإطعام والاختيار أن لا يعاود إلى جماع ثانٍ حتَّى يتصدَّق(1).

ويدلُّ على ما اختاره من عدم تعدُّد الكفارة أيضاً صحيحة زرارة قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ظاهر، ثمَّ واقع قبل أن يكفِّر، فقال لي: «أوليس هكذا يفعل الفقيه؟»(2).

وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرَّات قال: «يكفِّر ثلاث مرَّات»، قلت: فإن واقع قبل أن يكفِّر؟ قال: «يستغفر الله ويمسك حتَّى يكفِّر»(3).

ورواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «إنَّ الرجل إذا ظاهر من امرأته ثمَّ غشيها قبل أن يكفِّر فإنَّما عليه كفارة واحدة، ويكف عنها حتَّى يكفِّر»(4).

وما تقدَّم من حديث سلمة بن صخر وأمر النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلَّم - بعد أن أخبره أنه واقع - بعتق رقبة، ولو وجبت عليه كفارتان لأمره بعتق رقتين(5).

وفي رواية أخرى عنه عن النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلَّم في المظاهر يواقع قبل أن يكفِّر، قال: «كفارة واحدة»(6).

ويمكن على هذا حمل الأخبار الواردة بتعدُّد الكفارة(7) على الاستحباب جمعاً بين الأخبار. مع أنَّ في تينك الروايتين رائحة الاستحباب؛ لأنه لم يصرَّح بأنَّ عليه كفارة

ص: 56

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 424، المسألة 77.

2- الكافي، ج 6، ص 159، باب الظهر، ح 30؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 20، ح 63؛ الاستبصار، ج 3، ص 267، ح 956.

3- الكافي، ج 1، ص 156، باب الظهر، ح 14؛ الفقيه، ج 3، ص 531، ح 4836؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 18 - 19، ح 59؛ الاستبصار، ج 3، ص 265 - 266، ح 952.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 20، ح 62؛ الاستبصار، ج 3، ص 266 - 267، ح 955.

5- تقدَّم في ص 34.

6- سنن ابن ماجه، ج 1، ص 666. ح 2064؛ الجامع الصحيح، ج 3، ص 502، ص 1198؛ السنن الكبرى البيهقي، ج 7، ص 634، ح 15258.

7- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 328 - 331، الباب 15 من كتاب الظهر.

أخرى إلا بعد مراجعات، وعدول عن الجواب كما لا يخفى. إلا أن الرواية الأولى من الصحيح، وكذلك الثانية، وليس في الباب صحيح غيرهما، فتأويلهما للجمع لا يخلو من إشكال.

و الشيخ حمل الروايات الدالّة على عدم تكرّر الكفارة على من فعل ذلك جاهلاً<sup>(1)</sup>. و استشهد عليه بصحيفة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الظهار لا يكون إلا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر، فإن جهل و فعل فإنما عليه كفارة واحدة»<sup>(2)</sup> و حمل الرواية الأولى منها على ما إذا كان الظهار مشروطاً بالمواقعة، فإن الكفارة لا تنجب إلا بعد الوطء، فلو أنه كفر قبل الوطء لما كان مجزئاً عمّا يجب عليه بعد الوطء، و لكان يلزمه كفارة أخرى إذا وطئ، فنّبّه عليه السلام على أن المواقعة لمن هذا حكمه من أفعال الفقيه الذي يطلب الخلاص من وجوب كفارة أخرى عليه، و ليس ذلك إلا بالمواقعة<sup>(3)</sup>.

و لا يخفى عليك بعد هذه المحامل. و قول ابن الجنيد لا يخلو من قوّة، و فيه جمع بين الأخبار، إلا أن الأشهر خلافه. و حيث نقول بتعدّد الكفارة فيستثنى منه ما لو فعل موجه نسياناً أو جهلاً، فإنّه لا يتعدّد؛ لما سبق، و لرفع حكم الخطأ والنسيان<sup>(4)</sup>.

و أما تكرّر الكفارة بتكرّر الوطء فيدلّ عليه الأخبار الدالّة على تعدّد الكفارة قبل الوطء<sup>(5)</sup> الشامل لذلك. و خصوص حسنة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إذا واقع المرّة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى، ليس في هذا اختلاف»<sup>(6)</sup>؛ و لأنّ كلّ واحد سبب لكفارة، و الأصل عدم تداخل المسبّبات عند تعدّد الأسباب.

ص: 57

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 19، ذيل الحديث 60؛ الاستبصار، ج 3، ص 266، ذيل الحديث 953.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 19 - 20، ح 61؛ الاستبصار، ج 3، ص 266، ح 954.

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 20، ذيل الحديث 63؛ الاستبصار، ج 3، ص 267، ذيل الحديث 956.

4- الكافي، ج 2، ص 462 - 463، باب ما رفع عن الأئمة، ح 1 و 2؛ الفقيه، ج 1، ص 59، ح 132؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 659، ح 2045.

5- وسائل الشيعة، ج 22، ص 328 - 331، الباب 15 من كتاب الظهار.

6- الكافي، ج 6، ص 157، باب الظهار، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 18، ح 58؛ الاستبصار، ج 3، ص 265، ح 951 بتفاوت.

## إذا طلقها رجعيًا ثم راجعها عاد حكم الظهار

الثالثة: • إذا طلقها رجعيًا ثم راجعها لم تحلّ له حتى يكفر. ولو خرجت من العدة ثم تزوّجها ووطئها فلا كفارة.

وكذا لو طلقها بائناً وتزوّجها في العدة ووطئها.

وكذا لو ماتا أو مات أحدهما أو ارتدا أو ارتد أحدهما.

وقال ابن حمزة: «إن تكرّر منه الوطء قبل التكفير الأوّل لم يلزمه غير واحدة، وإن كفر عن الأوّل لزمته عن الثاني، وهكذا (1)»

وما سبق (2) حجة عليه.

قوله: «إذا طلقها رجعيًا ثم راجعها لم تحلّ له حتى يكفر» إلى آخره.

إذا طلق المظاهر طلاقاً رجعيًا ثم راجعها فلا خلاف في أنه يعود الظهار وأحكامه. فتحرم عليه بالظهار السابق وتجب الكفارة بالعود، و لا تجب بالرجعة مجردة؛ لأنها لا تستلزم العزم على الوطء.

ولو طلقها بائناً أو رجعيًا وتركها حتى بانت ثم جدّد نكاحها - ولو في العدة إذا كان الطلاق بائناً - ففي عود الظهار قولان (3):

أحدهما - وبه قال المعظم - أنه لا يعود؛ لأصالة البراءة، والخروج عن العهدة بالطلاق، وصورته كالأجنبي بعد خروج العدة، واستباحة الوطء بعد ذلك ليس بالعقد الأوّل الذي لحقه التحريم بالظهار، بل بعقدٍ لم يلحقه ظهار، ولصورته أجنبيّة قبل العقد الثاني، فكما لا يصحّ ابتداء الظهار بها لا يصحّ استدامته؛ لأنّ حكمه معلق بالزوجة.

ولصحيحة بريد بن معاوية قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها

ص: 58

1- الوسيلة، ص 335، وفيه: التكفير عن الأوّل.

2- أي حسنة أبي بصير السابقة.

3- القول بعدم عود الظهار للمفيد في المقنعة، ص 524؛ والشيخ في النهاية، ص 526؛ وابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 300، والقول الآخر يأتي لاحقاً.

تطبيقاً، فقال: «إذا هو طلقها تطبيقاً فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار»، فقلت له: فله أن يراجعها؟ قال: «نعم، هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماساً»، قلت: فإن تركها حتى يحلّ أجلها و تملك نفسها ثم تزوّجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماساً؟ قال: «قد بانّت و ملكت نفسها»<sup>(1)</sup>. وهذا نص في الحكمين.

و ذهب أبو الصلاح<sup>(2)</sup> و سلاّر<sup>(3)</sup> إلى عود حكم الظهار بتزويجها و لو بعد العدة البائنة؛ لعموم الآية<sup>(4)</sup>، و خصوص حسنة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام أنّه سأله عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلقها بعد ذلك بشهر أو بشهرين فتزوّجت، ثمّ طلقها الذي تزوّجها فراجعها الأوّل، هل عليه فيها الكفّارة للظهار الأوّل؟ قال: «نعم، عتق رقبة أو صوم أو صدقة»<sup>(5)</sup>.

و أُجيب<sup>(6)</sup> بمنع دلالة الآية على ذلك؛ لأنّ العود إلى استباحة ما حرّمه الظهار في عقد إنّما يكون بإرادة الوطء في ذلك العقد.

و حمل الشيخ الحديث على التقيّة<sup>(7)</sup>.

وفيه نظر؛ لأنّ العامة مختلفون في ذلك<sup>(8)</sup> كالخاصّة، فلا وجه للتقيّة في أحد القولين.

و حملة العلامة على فساد النكاح؛ لأنّه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع في العدة فيكون باطلاً<sup>(9)</sup>.

ص: 59

- 
- 1- الكافي، ج 6، ص 161، باب الظهار، ح 34؛ الفقيه، ج 3، ص 529 - 530، ح 4834؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 16، ح 51. و فيما عدا الفقيه عن يزيد الكناسي.
  - 2- الكافي في الفقه، ص 303 - 304.
  - 3- المراسم، ص 160.
  - 4- المجادلة (58): 3.
  - 5- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 17، ح 52.
  - 6- المجيب هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 418، المسألة 73.
  - 7- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 17، ذيل الحديث 52.
  - 8- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 575، المسألة 6186.
  - 9- مختلف الشيعة، ج 7، ص 418، المسألة 73.

و استحسنه بعضهم (1)، وأيده بأمرين:

أحدهما: تعقيب التزويج بـ«الفاء» المقتضية للفورية، وذلك يقتضي عدم الخروج من العدة.

والثاني: أنّ حكاية الحديث تشعر به حيث قال: «فراجعها الأوّل»، ولم يقل: فتزوجها.

و لا يخفى عليك ما في هذا التنزيل والتأييد؛ لأنّ إطلاق التزويج محمول على الصحيح، والشهر والشهران متخلّان بين الظهار والطلاق، لا بين الطلاق والتزويج. ثمّ تعقيب التزويج بـ«الفاء» يقتضي التعقيب والفورية بحسب الممكن لا مطلقاً، كما تبّهوا عليه بقولهم: تزوّج فلان فولد له؛ فإنّ المراد به وجود الولادة في أوّل أوقات الإمكان، وذلك بعد مضيّ مدّة الحمل، لا عقيب التزويج بلا فصل، وكذلك قول القائل: دخلت بغداد فالبصرة، وأمثال ذلك كثير.

و المراد هنا أنه تزوّجها في أوّل أوقات الإمكان شرعاً، وهو انقضاء العدة.

هذا إذا سلّم دلالتها في مثل هذا المقام على الفورية. وعلى تقدير تسليم وقوع الشهر والشهرين بين التزويج والطلاق فيمكن انقضاء العدة بهما وبأقل منهما كما مر

الرابعة . لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد. و لو وطئها بالملك لم تجب الكفارة. و لو ابتاعها من مولاها غير الزوج ففسخ سقط حكم الظهار. و لو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفارة.

الظهار مطلقاً. وإن كان بعد الدخول فإن كان الارتداد من الرجل عن فطرة بانته، و سقط الحكم في حقه؛ لعدم إمكان تزويجها عند من لا يقبل توبته. و على القول بالقبول و جواز تزويجه بعد ذلك يسقط حكم الظهار كما لو طلق بانته، بل هنا أقوى؛ لأنها تعتدّ عدّة الوفاة. و إن كان الارتداد من المرأة، أو كان مليئاً و كان ذلك بعد الدخول - حيث اشترطناه في صحّة الظهار - فالعدّة رجعية، فيترتب حكمها من عوده مع العود في العدّة، و عدمه مع انقضائها قبل العود. و أمّا حكم المصنّف بأنّ ارتداد أحدهما يسقط الكفارة مطلقاً فليس مطلقاً.

قوله: «لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد» إلى آخره.

إذا كانت الزوجة المظاهر منها أمة فابتاعها الزوج المظاهر من مولاها بطل العقد؛ لما تقدّم من أنّ البضع لا يستباح بسبب (1)، و السبب الطارئ أقوى، و العقد لا يجمع ملك اليمين، فزال التحريم المترتب على العقد، و استباحها حينئذٍ بالملك، و كان ذلك كما لو طلقها و تزوجها بعد انقضاء العدّة، بل هنا أقوى؛ لاختلاف جنس السبب الذاهب و العائد، بخلاف من تزوجها بعد البيئونة، فإنّ السبب وإن تعدّد إلاّ أنّه متّحد في الجنس و إن اختلف في الشخص.

و في معناه ما لو اشتراها غيره ثمّ فسخ النكاح و تزوجه إيّاها بعقد مستأنف، و لا تتوقّف صحّة العقد على الاستبراء و لا الاعتداد؛ لأنّ الماء لواحد.

و مثله ما لو طلقها بانته ثمّ تزوجها في العدّة. و بهذا تحصل الحيلة على إسقاط حكم الظهار بغير تكفير.

و لو قلنا بوقوعه بملك اليمين فظاهر من أمته ثمّ باعها من غيره بطل حكم الظهار، فإن

ص: 61

الخامسة: • إذا قال: «أنتِ كظهر أمي إن شاء زيد»، فقال: شئت، وقع على القول بدخول الشرط في الظهار. ولو قال: «إن شاء الله» لم يقع ظهار.

اشتراها منه لم يعد، كما لو طلق بائناً ثم تزوجها. وأولى منه ما لو أعتقها ثم تزوجها، لاختلاف السبب كما مرّ.

فروع:

لو ظاهر من زوجته الأمة وعاد ثم قال لمالكها: «أعتقها عن ظهاري» ففعل، وقع عتقها عن كفّارته وانفسخ النكاح بينهما؛ لأنّ إعتاقها عنه يتضمن تملكه كما سيأتي (1)، وإذا ملك زوجته انفسخ النكاح، وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفّارة أخرى.

ولو ملكها بعد ما ظاهر منها وعاد فانفسخ النكاح بينهما ثم أعتقها عن ظهاره منها جاز.

ولو آلى من زوجته الأمة ووطئها ولزمتها الكفّارة، فقال لسيّدها: «أعتقها عن كفّارة عتيّ» ففعل، جاز وانفسخ النكاح كالظهار.

ولو ظاهر من زوجته الذميّة وعاد، ثمّ نقصت المرأة العهد فاسترقت فملكها الزوج وأسلمت، فأعتقها عن كفّارة ظهاره أو غيرها جاز.

قوله: «إذا قال: أنتِ كظهر أمي إن شاء زيد، فقال: شئت» إلى آخره.

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط، فإن صحّحناه صحّ هنا، وتوقّف وقوعه على حصول الشرط وهو المشيئة، فإن قال «شئت» وقع؛ لوجود المقتضي. ولا فرق بين تعليقه على مشيئتها ومشية غيرها، فلو قال: «أنتِ كظهر أمي إن شئت»، فقالت: «شئت»، وقع. ولو قالت: «شئت إن شئت» لم يقع؛ لأنّ المشيئة لا تقبل التعليق. وكذا القول في مشيئة الأجنبيّ.

ولو قال: «إن شئت وشاء فلان» توقّف وقوعه على مشيئتهما.

ولو علّقه على مشيئة صبيّ، فإن لم يكن مميّزاً لم تعتبر مشيئته. وكذا المجنون. وفي المميّز وجهان، من سلب عبارته شرعاً، وإمكان مشيئته عقلاً، وقبول خبره في نظائر ذلك.

ص: 62



السادسة: • لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كل واحدة كفارة.

ولو ظاهر من واحدة مراراً وجب عليه بكل مرة كفارة، فرّق الظهار أو تابعه. و من فقهاًنا من فصلّ و لو وطئها قبل التكفير لزمه عن كلّ، و طء كفارة واحدة.

و لو علّقه على مشيئتها فشاءت باللفظ كارهاً بالقلب وقع ظاهراً. و في وقوعه باطناً بالنسبة إليها وجهان من أنه تعليق بلفظ المشيئة، و لو كان بالباطن لكان إذا علّق بمشيئة زيد لم يصدّق زيد في حقّها، و من ظهور عدم الشرط و هو المشيئة عندها.

و لو قال: «أنت كظهر أمي إن شئت أو أبيت»، فقضيّة اللفظ وقوعه بأحد الأمرين، إمّا المشيئة أو الإباء، كما لو قال: «إن قمت أو قعدت». و ربما دلّ العرف على إرادته منجزاً، فإن انضبط قدّم و إلا فالمعتبر مدلوله لغةً. و لو قال: «شئت أو أبيت»، وقع في الحال قطعاً، إذ لا تعليق هنا.

و لو كان تعليقه على مشيئة الله، فإن قصد به التبرك كان كالمنجز، و إن قصد التعليق لم يقع، أمّا على رأي العدليّة فواضح؛ لأنّ الله تعالى لا يشأ الظهار؛ لكونه محرّماً. و أمّا على رأي الأشعريّة فللجهل بحصول الشرط.

و لو عكس فقال: «أنت كظهر أمي إن لم يشأ الله»، وقع إن كان عدليّاً؛ لما ذكرناه من العلة. فإنّ عدم مشيئة الله تعالى له معلومة. و قيده في القواعد بكون المظاهر يعلم التحريم(1). و ليس بواضح؛ لحصول الشرط على التقديرين.

و إن كان أشعريّاً فوجهان، أجودهما الوقوع مطلقاً.

قوله: «لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كلّ واحدة كفارة» إلى آخره.

هنا مسألتان:

الأولى: إذا ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة فقال: «أنتن عليّ كظهر أمي» صار مظاهراً منهنّ إجماعاً، ثم إن فارقهنّ بما يرفع الظهار فلا كفارة. و إن عاد إليهنّ جمع فقولان،

ص: 63

أشهرهما أنه يلزمه عن كل واحدة كفارة؛ لأنه أوجد الظهار و العود في حقهنّ جميعاً. ولحسنه حفص بن البختری عن الصادق و الكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهنّ كلهنّ جميعاً بكلام واحد، فقال: «عليه عشر كفارات» (1).

و الثاني: أنه لا يجب إلا كفارة واحدة، وهو قول ابن الجنيد (2)؛ لأنّ الظهار كلمة يقتضي مخالفتها الكفارة، فإذا تعلقت بجماعة لم يقتض الأکفارة واحدة كاليمين؛ و لرواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، عن عليّ عليه السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال: «عليه كفارة واحدة» (3).

و جوابه ضعف سند الرواية. و إذا عملنا بالحسن كان مضمونه رافعاً للتعليل الموجب للوحدة مع أنه معتضد بالشهرة.

و ربما بني الخلاف على أنّ المغلب في الظهار مشابهة الطلاق أو الأيمان، فإن غلبنا مشابهة الطلاق لزمته أربع كفارات، و لم يختلف الحال بين أن يظهر بكلمة أو كلمات، كما لا يختلف الحال بين أن يطلقهنّ بكلمة أو كلمات. و إن غلبنا مشابهة الأيمان لم تجب إلا كفارة واحدة، كما لو حلف أن لا يكلم جماعة فكلمهم. و الظهار يرجع إلى الأصليين.

فعلى الأشهر من وجوب أربع كفارات و حصّل العود في بعضهنّ دون بعض و جبت الكفارة بعدد من حصل فيها العود. و إن لم نوجب إلا كفارة واحدة كفى العود في بعضهنّ لوجوب الكفارة، حتى لو طلق ثلاثاً و جبت الكفارة للرابعة.

و يحتمل على هذا أن لا تجب، كما لو حلف أن لا يكلم جماعة لا تلزمه الكفارة بتكليم بعضهم. و يمكن الفرق بينه وبين اليمين أنّ كفارة اليمين إنّما تجب بالحنث، و الحنث

ص: 64

1- الكافي، ج 6، ص 157، باب الظهار، ح 16؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 21، ح 67؛ الاستبصار، ج 3، ص 263، ح 943.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 423، المسألة 76.

3- الفقيه، ج 3، ص 534، ح 4846؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 21 - 22، ح 6؛ الاستبصار، ج 3، ص 263 - 264، ح 944.

لا يحصل إلا بأن يكلم الجميع، وفي الظهار إنَّما وجبت الكفارة؛ لأنَّه بالإمساك خالف قوله، والمخالفة تحصل بإمساك واحدة كما تحصل بإمساك الجميع.

واحترز بقوله «ظاهر بلفظ واحد» عمَّا لو ظاهر عنهنَّ بأربعة ألفاظ، فإنَّ الكفارة تتعدَّد بتعدُّدهنَّ بغير خلاف؛ لتعدُّد الظهار لفظاً ومعنى.

الثانية: لو ظاهر من واحدةٍ مراراً متعدِّدةً ففي تعدد الظهار أقوال:

أحدها - وهو الأشهر - التعدد مطلقاً (1)، سواء اتَّحد المجلس أم تعدد، وسواء اتَّحدت المشبَّه بها أم اختلفت؛ لأنَّ كلَّ ظهار سبب تامٍّ موجب للكفارة مع العود بالآية (2)، وتعدُّد الأسباب يقتضي تعدُّد المسبَّبات، إلا أن يدلَّ دليل من خارج على التداخل أو الاتِّحاد، والصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرَّات أو أكثر، قال: «قال عليُّ عليه السلام: مكان كلِّ مرَّة كفارة» (3)، وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرَّات قال: «يكفَّر ثلاث مرَّات» (4)، ومثله رواية أبي بصير عنه عليه السلام (5).

وثانيها: تعدُّدها مع تراخي أحدهما عن الآخر أو تواليها من غير أن يقصد به التأكيد، وإلا فواحدة. وهو قول الشيخ في المبسوط (6)، وتبعه ابن حمزة (7).

ص: 65

- 
- 1- القول بالتعدد مطلقاً للشيخ في النهاية، ص 526؛ وابن أبي عقيل على ما حكاه عنه العلامة واختاره أيضاً في مختلف الشيعة، ج 7، ص 420. المسألة 75.
  - 2- المجادلة (58): 3-4.
  - 3- الكافي، ج 1، ص 156، باب الظهار، ح 12؛ الفقيه، ج 3، ص 531، ح 4837؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 22، ح 70؛ الاستبصار، ج 3، ص 262، ح 938.
  - 4- الكافي، ج 6، ص 156، باب الظهار، ح 14؛ الفقيه، ج 3، ص 531، ح 4836؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 18 - 19، ح 59؛ الاستبصار، ج 3، ص 265 - 266، ح 952.
  - 5- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 22، ح 71؛ الاستبصار، ج 3، ص 262 - 263، ح 940.
  - 6- المبسوط، ج 4، ص 174.
  - 7- الوسيلة، ص 334.

و ثالثها: التفصيل بتعدد المشبه بها كالأم والأخت - فتعدد الكفارة، واتحادها - كالأم - فتتحد وإن فرّق، إلا أن يتخلل التكفير فتتعدد. و هو قول ابن الجنيد؛ محتجاً مع التعدد بأنهما حرمتان انتهكهما فيجب لكل واحدة كفارة، و مع الاتحاد بأنه واحد(1)، و الكفارة معلّقة على مطلق الظهار، و هو يتناول الواحد والكثير، و برواية عبد الرحمن بن الحجاج(2) عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلس واحد، قال: «عليه كفارة واحدة»(3).

و الشيخ حمل هذا الخبر على أنّ عليه كفارة واحدة في الجنس لا تختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار، و ليس المراد أنّ عليه كفارة واحدة عن المرّات الكثيرة(4).

و لا يخفى بعد هذا التأويل في الغاية. و لو قيل بترجيح الأوّل - لأنّه أصح إسناداً و أكثر - كان أولى.

بقي في المسألة أمور:

الأوّل: يظهر من قول المصنّف «فرّق الظهار أو تابعه، و من فقهاؤنا من فصل» أنّ منهم من فرّق بين ما لو تابع و فرّق، فحكم بتعدد الكفارة في الثاني دون الأوّل(5). و في رواية ابن الحجاج ما يرشد إليه؛ لأنّه حكم باتّحاد الكفارة مع اتّحاد المجلس، و تلك الأخبار الدالّة على تعددها مطلقة فتحمل على اختلاف المجلس؛ جمعاً بين الأخبار.

و هذا قول موجه بالنسبة إلى دلالة الأخبار و طريق الجمع بينها، إلا أنّنا لم نقف على قائل

ص: 66

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 419، المسألة 75.

2- في حاشية «خ، و»: «في طريق هذا الخبر أبو بصير و هو مشترك بين الثقة و الضعيف ولكن في المختلف وصفه بالصحة، و هو ممنوع (م ب مجلسي قدس سرّه)». راجع مختلف الشيعة، ج 7، ص 420 - 421، المسألة 75.

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 23، ج 73؛ الاستبصار، ج 3، ص 263، ح 942.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 23، ذيل الحديث 73؛ الاستبصار، ج 3، ص 263، ذيل الحديث 942.

5- الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 174؛ ابن حمزة في الوسيلة، ص 334.

به من أصحابنا. نعم، نقله الشيخ في المبسوط عن بعضهم (1)، و مقتضى طريقته أنه من العامة (2) لا من أصحابنا.

الثاني: إطلاق قول المصنّف بتعدّد الكفّارة يقتضي عدم الفرق بين ما إذا قصد بالثاني وما بعده التأكيد للأوّل، وما إذا قصد الظهار أو أطلق. وهذا هو الظاهر من إطلاق جماعة (3)، والمتبادر من مذهب العلامة في المختلف؛ لأنّه أجاب عن حجة الشيخ باتّحاد الظهار مع إرادة التأكيد بقوله: «ونمنع الوحدة، فإنّ التأكيد غير المؤكّد والمطلق موجود في كلّ فرد، وهو يستلزم تعدّد المعلول بحسب تعدّد العلة» (4).

لكنّه بعد ذلك - وبعد أن نقل عن الشيخ في النهاية إطلاق القول بتعدّد الكفّارة (5)، وعن المبسوط بعدم وجوبها مع قصد التأكيد على ذلك الوجه (6)، وعن الخلاف قريباً منه (7) - قال: «و الظاهر أنّه غير مخالف لقوله في النهاية؛ لأنّ قوله في النهاية: ومتى ظاهر من امرأته مرّة بعد أخرى، وتأكيد الظهار ليس ظهاراً» (8).

وهذا يرشد إلى أنّ التأكيد لا يوجب التعدّد مطلقاً، وهو خلاف ما سبق منه وخلاف ما فصّله الشيخ، فإنّه قيّد اتّحاد الكفّارة مع قصد التأكيد بما لو وقع الظهار متتابعاً، وأوجب مع التفریق تعدّها مطلقاً

ص: 67

1- المبسوط، ج 4، ص 74.

2- انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 624، المسألة 6228؛ والمجموع شرح المهذب ج 17، ص 364.

3- منهم الشيخ في النهاية، ص 526؛ وابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 299؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 174.

4- مختلف الشيعة، ج 7، ص 421، المسألة 75.

5- النهاية، ص 526.

6- المبسوط، ج 4، ص 174.

7- الخلاف، ج 4، ص 535، المسألة 19.

8- مختلف الشيعة، ج 7، ص 421، المسألة 75.

## حكم الوطء إذا أطلق الظهر أو علّقه بشرط

السابعة: • إذا أطلق الظهر حرم عليه الوطء حتّى يكفّر. ولو علّقه بشرط جاز الوطء ما لم يحصل الشرط. ولو وطئ قبله لم يكفّر ولو كان الوطء هو الشرط ثبت الظهر بعد فعله، ولا تستقرّ الكفّارة حتى يعود. وقيل: تجب بنفس الوطء. وهو بعيد.

ويظهر من ولده في الشرح أنّ موضع الخلاف ما إذا لم يقصد التأكيد(1). وهو يدلّ بإطلاقه على ما ذكره والده أخيراً. وبهذا صرح في التحرير(2). وهذا هو المعتمد.

الثالث: موضع الخلاف على تقدير الحكم باتّحاد الكفّارة مخصوص بما إذا لم يتخلّل التكفير، أمّا لو كفّر من السابق ثمّ جدّد الظهر فلا شبهة في وجوب الكفّارة به؛ لأنّ حكم الأوّل قد سقط بالتكفير فلا يتوجّه الاجتزاء بتلك الكفّارة عن الظهر المتأخّر عنها، مع أنّه سبب تامّ في إيجابها مع العود، والكفّارة المتقدّمة على سبب الوجوب لا تجزئ قطعاً.

قوله: «إذا أطلق الظهر حرم عليه الوطء حتّى يكفّر - إلى قوله - وهو بعيد».

من حكم الظهر الصحيح تحريم الوطء إذا وجبت الكفّارة إلى أن يكفّر، فلو وطئ قبل التكفير عصى و حرم عليه العود ثانياً إلى أن يكفّر أيضاً، قال تعالى: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا»(3)

ثمّ إن كان الظهر مطلقاً غير معلّق على شرط فوقع الظهر يحصل بنفس الصيغة، و وجوب الكفّارة بالعود كما مرّ. وإن كان معلّقاً على شرط فوقعه مشروط بحصول ذلك الشرط قضيةً للتعليق، فيجوز الوطء قبل حصوله، فإذا حصل وقع الظهر حينئذٍ، ولحقه حكمه من تحريم الوطء وتوقّف وجوب الكفّارة على العود بعد وقوعه. ولا فرق في ذلك بين كون الشرط وطئاً وغيره؛ لاشتراكهما في المقتضي. فعلى تقدير كونه وطئاً، كما لو قال: «إن وطئتُك فأنتِ عليّ كظهر أمي» جاز له وطؤها أوّل مرّة، فإذا وطئ انعقد الظهر، وتوقّف وجوب الكفّارة على العزم على وطئها مرّةً أخرى

ص: 68

1- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 420.

2- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 108، الرقم 5474.

3- المجادلة (58): 3.

وقال الشيخ (رحمه الله): إذا كان الشرط هو الوطاء وجبت الكفارة بنفس الوطاء (1). وإن كان ابتداءه جائزاً، بناءً على أن الاستمرار وطاء ثانٍ. وعلى هذا فإنما يباح منه مسّاه، وتجب الكفارة ولو بالنزع بعد المسّاه.

وهو ضعيف، فإنّ الوطاء أمر واحد عرفاً من ابتدائه إلى النزع، والإطلاق محمول على العرف، والمشروط إنّما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله. نعم، لو نزع كاملاً ثم عاد وجبت الكفارة وإن كان في حالة واحدة.

ثم هنا مباحث وصور متفرّعة على التعليق يتدرّب بها على ما يرد من نظائرها، فإنّها غير منحصرة:

الأوّل: لو علّقه بفعل كقوله «إن دخلت دار فلان أو كلمته» وقع بعد الدخول والتكليم، سواء طال الزمان أم قصر، ولا يقع قبله كما قد عرفت.

ولو علّقه بنفي فعل كقوله «إن لم تدخل الدار» لم يقع إلا عند اليأس من الدخول، كأن مات أحدهما قبله، فيحكم بوقوعه قبل الموت. ومن هذا الباب ما لو قال: «إن لم أتزوج عليك فأنت عليّ كظهر أمي»، فإنّها تصير مظاهراً عند اليأس وذلك بالموت، فتبيّن أنّه قبل الموت صار مظاهراً ولا كفارة عليه؛ لعدم العود بعده؛ لأنّ الموت عقيب صيرورته مظاهراً.

ولو علّق النفي بـ«إذا» كقوله «إذا لم تدخل الدار» وقع عند مضيّ زمن يمكن فيه ذلك الفعل من وقت التعليق فلم تفعل.

والفرق بين الأداتين أنّ «إن» حرف شرط لا إشعار له بالزمان، و«إذا» ظرف زمان كـ«متى» في التناول للأوقات، فإذا قيل: «متى ألقاك»، صحّ أن يقول: «متى شئت»، أو «إذا شئت»، ولا يصحّ «إن شئت». فقوله «إن لم تدخل الدار» معناه: إن فاتك دخولها، وفواته بالموت. وقوله «إذا لم تدخل الدار» معناه: أيّ وقت فاتك الدخول، فيقع الظهار بمضيّ زمان يمكن فيه الدخول به

ص: 69

و يحتمل وقوعه في الموضوعين بمضَيّ زمن يمكن فيه الفعل؛ لدلالة العرف عليه. و يقوى الاحتمال مع انضباطه بذلك. وفي معنى «إذا»: «متى» و«أي وقت».

الثاني: لو علّقه بالحمل فقال: «إن كنتِ حاملاً فأنتِ كظهر أمي»، فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال، وإلا فإن ولدت لدون ستة أشهر من التعليق بان وقوعه حين التعليق؛ لوجود الحمل حينئذٍ. وإن ولدت لأكثر من أقصى مدة الحمل أو بينهما ووطئت بعد التعليق؛ و أمكن حدوثه به بأن كان بين الوطاء و الوضع ستة أشهر فأكثر لم يقع؛ لتبين انتفاء الحمل في الأول، و احتمال حدوثه بعد التعليق في الثاني. و إن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به ففي وقوعه وجهان، من احتمال حدوثه بغير الوطاء كاستدخال المنى، و الأصل عدم تقدمه و من أنّ ذلك نادر، و الظاهر وجوده عند التعليق. و هذا هو الأقوى. و قد تقدّم نظيره فيما لو أوصى للحمل (1).

و لو قال: «إن ولدتِ أنثى فأنتِ عليّ كظهر أمي»، فولدتها وقع حين الولادة. و لو قال: «إن كنتِ حاملاً بها»، تبين بولادتها وقوعه حين التعليق، و إن توقّف ظهوره على الولادة. و تظهر الفائدة في احتساب المدة من حينه لو كان قد وقّته بمدة.

الثالث: لو علّقه بالحيض فقال «إن حضتِ حيضة فأنتِ عليّ كظهر أمي» لم يقع حتّى ينقضي حيض تامّ. و لو قال «إن حضت» و اقتصر وقع إذا رأت دماً محكوماً بكونه حيضاً، فإن كانت معتادة و رآته في عاداتها وقع برؤية الدم، و إلا فبمضَيّ ثلاثة أيام. و على القول بتحريضها برؤية الدم مطلقاً أو مع ظنّه يقع كذلك. و يحتمل توقّفه على ثلاثة مطلقاً؛ إذ به يتحقّق أنه ليس بدم فساد.

و الفرق بينه و بين العباداة و التحريم أنّ الظهار لا يقع إلاّ بيقين و أحكام الحيض تثبت بالظاهر. و لو قال لها ذلك وهي حائض لم يقع إلاّ بحيضة مستأنفة.

ص: 70



و مهما قالت «حضت»، فالقول قولها، بخلاف ما لو علّقه على دخولها الدار فقالت: «دخلتها»، فإنّها تحتاج إلى البيّنة.

والفرق عسر إقامة البيّنة على الحيض، وغاية غيرها مشاهدة الدم، وذلك لا يعرف إذا لم تعرف عاداتها وأدوارها، فلعلّه دم فساد، فاكتفى الشارع فيه بقولها. وقد تقدّم في الطلاق ما يدلّ عليه من النصّ (1).

ومثله ما لو قال: «إن أضمرت بغضبي فأنت عليّ كظهر أمّي»، فقالت: «أضمرت»، فالقول قولها، لعسر الاطلاع، بخلاف الأفعال الظاهرة كدخول الدار؛ لسهولة إقامة البيّنة عليها.

الرابع: لو تعدّد الشرط كقوله «إن دخلت دار زيد أو كلّمته فأنت عليّ كظهر أمّي» وقع بأيّ واحد من الشرطين وجد، ثم لا يقع بالآخر شيء؛ لأنّه ظهار واحد. وكذا لو قدّم الجزاء عليهما. وكذا لو قال: «إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الدار وإن دخلت الأخرى فأنت عليّ كظهر أمّي». أمّا لو قال: «إن دخلت دار فلان فأنت عليّ كظهر أمّي وإن كلّمته فأنت كظهر أمّي»، أو «إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمّي وإن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمّي»، فوجد الشرطان وقع الظهاران؛ لتعدّد الشرط والجزاء.

ولو قال: «إن دخلت الدار وكّلّمت زيدا»، فلا بدّ من وجودهما معاً لوقوعه. ولا فرق بين أن يتقدّم الكلام أو يتأخّر؛ لأنّ «الواو» لمطلق الجمع على أصحّ القولين (2)، ويجيء على قول من يجعلها للترتيب (3) اشتراط أن يتقدّم الدخول على الكلام، كما لو قال: «إن دخلت الدار ثمّ كلّمته»، أو قال: «إن دخلت الدار فكّلّمته»، فإنّه يشترط جمعهما وتقديم الدخول في وقوعه.

ص: 71

- 
- 1- الكافي، ج 1، ص 101، باب أنّ النساء يصدّقن في العدة والحيض، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 165، ح 575؛ الاستبصار، ج 3، ص 356، ح 1276. و تقدّم في ج 7، ص 362.
  - 2- القول بأنّ الواو لمطلق الجمع للزجاجي في كتاب الجمل في النحو، ص 17؛ وابن هشام في شرح جمل الزجاجي، ص 115.
  - 3- مغني اللبيب، ج 1، ص 665 - 666.

و لو قال: «إن دخلت الدار، إن كلمت زيدا، فأنت عليّ كظهر أمي»، أو قدّم الجزاء عليهما فلا بدّ منهما في وقوعه. ويشترط تقدّم المذكور آخرًا - وهو الكلام - على المذكور أولًا - وهو الدخول - لأنه جعل الكلام شرطاً لتعلّق الظهار بالدخول، ويسمّى ذلك اعتراض الشرط على الشرط و التعلّق يقبل التعلّق، كما أنّ التنجيز يقبله، نظير قوله تعالى: «وَلَا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ» (1) والمعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم. وقيل: لا يشترط الترتيب، ويقع الظهار بحصولهما كيف اتفق؛ لأنه ذكر صفتين من غير عاطف، فلا وجه لاعتبار الترتيب.

الخامس: لو علّق الظهار على مخالفتها الأمر فقال: «إن خالفت أمري فأنت كظهر أمي». ثم قال لها: «لا تكلمي زيدا» أو «لا تخرجي من الدار» فكلمته أو خرجت لم يقع الظهار؛ لأنها ما خالفت أمره، وإنما خالفت نهيه. ويحتمل الوقوع؛ نظراً إلى أنّه يسمّى في العرف مخالفة أمره، ويقوى ذلك إن استقرّ العرف عليه، وإلا فالعبرة بالمعنى المصطلح عليه.

و لو قال: «إن خالفت نهبي فأنت كظهر أمي»، ثم قال لها: «قومي»، فقعدت، ففي وقوعه أوجه مبنية على أن الأمر بالشيء هل هو نهى عن ضده مطلقاً، أو ضده العام، أو ليس نهياً عنهما؟ فعلى الأول يقع الظهار بفعالها ما يخالف أمره دون الأخيرين. هذا كلّ إذا لم يدلّ العرف على شيء، وإلا عمل بمقتضاه مقدّماً على القاعدة الأصولية؛ لأنّ التعليقات تحمل على الأمور العرفية لا على القواعد الأصولية. هذا إذا انضبط العرف وإلا رجع إلى الاصطلاح.

السادس: لو علّقه بقذفها زيدا وقع بقذفها له حياً و ميتاً؛ لأنّ قذف الميت كقذف الحيّ في الحكم، وسواء سمع المقذوف القذف أم لا؛ لصدقه في الحالين، بخلاف ما لو علّقه

ص: 72

بكلامه، فإنه لا يقع إلا أن يسمع كلامها. ولو منع من السماع لعارضٍ كلغطٍ وذهولٍ وصممٍ فوجهان. ولو علّقه بالضرب لم يقع بضربه ميتاً.

وفي اشتراط إيلامه به وجهان أجودهما العدم؛ لأنه أعم لغةً وعرفاً.

ولو قال: «إن قذفته في المسجد» اعتبر كونها في المسجد دونه. ولو قال: «إن ضربته في المسجد اعتبر كون المصروب فيه. والفرق أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع عما يهتك حرمة المساجد، وهتك الحرمة تكون بالقذف والقتل في المسجد، وهو يحصل إذا كان القاذف فيه والقتل فيه.

السابع: لو علّقه بالرؤية فقال: «إن رأيت فلاناً فأنت عليّ كظهر أمي» وقع برؤيتها له حياً وميتاً، مستيقظاً ونائماً. ويكفي رؤية شيء من بدنه وإن قلّ. ولو كان كله مستوراً لم يقع. ولا تكفي رؤيته في المنام. ولو رأته في ماء صاف لا يمنع الرؤية فالأصح وقوعه؛ لأن الماء المتخلل بينهما كأجزاء الهواء بينهما، ولهذا لا تصح صلاة المستتر بالماء كذلك. وكذا لو رأته من وراء جسم شفاف كالزجاج.

ولو نظرت في المرأة أو الماء فرأته ففي وقوعه وجهان، من حصول الرؤية في الجملة، وكون المرئي مثاله لاشخصه. ولو كانت المرأة عمياء، فإن عرض عماها بعد إيقاعه الصيغة لم يقع بحضورها عنده؛ لأن ذلك لا يعد رؤية حقيقية. وإن كانت عمياء من حين إيقاعه احتمال كونه كذلك؛ لما ذكر، وحمله على حضورها عنده؛ لأن الأعمى يقول عرفاً: «رأيت اليوم فلاناً» ويريد الحضور عنده. والأقوى عدم وقوعه فيهما.

الثامن: لو علّقه بالمسّ وقع إذا مسّت شيئاً من بدنه، حياً كان أم ميتاً، ويشترط كون الممسوس ممّا تحلّه الحياة، فلا يقع بمسّ الشعر والظفر؛ إذ لا يقال لمن مسّها من إنسان: إنّه مسّه، مع احتمالها. وفي اعتبار كون مسّها بباطن كفّها أو يعمّ سائر بدنّها وجهان، أجودهما الثاني. والوجهان آتيان في مسّ المحدث للقرآن.

نعم، يشترط كونه بما تحلّه الحياة من بدنّها، كما يشترط ذلك في الممسوس. ومثله يأتي في مسّ الميت على الوجه الذي يوجب الغسل.

التاسع: لو قلنا بوقوعه معلّقاً على الصفة كالشرط - كما هو أقوى القولين (1) - فقال: «أنت عليّ كظهر أمي في شهر كذا» وقع عند استهلال هلاله؛ لأنّ اسمه يتحقّق عند مجيء أوّل جزء منه، كما أنّه لو علّق بدخول الدار فحصلت في أوّلها وقع ولم يعتبر توسّطها.

و لو قال: «في نهار شهر كذا»، أو «في أوّل يوم منه» وقع عند طلوع الفجر من اليوم الأوّل. وكذا لو قال: «في يوم كذا».

و لو قال: «في آخر الشهر» فأوجه، أصحّها وقوعه في آخر جزء منه؛ لأنّه المفهوم من اللفظ. والثاني: وقوعه في أوّل جزء من ليلة السادس عشر؛ لأنّ النصف الثاني كلّه آخر الشهر. والثالث: وقوعه في أوّل اليوم الآخر.

و لو قال: «عند انتصافه» وقع عند غروب شمس اليوم الخامس عشر وإن كان الشهر ناقصاً؛ لأنّه المفهوم من إطلاق النصف. ويحتمل وقوعه في أوّل اليوم الخامس عشر؛ لأنّه يسمّى النصف ولهذا يقال: ليلة النصف من شعبان مثلاً.

العاشر: الأمر المعلّق عليه إن فعله فاعله عامداً أو كان الغرض مجرد التعليق عليه - كقدوم الحاج و السلطان ومن لا يبالى بتعليقه - وقع الظهار عند حصول الشرط مطلقاً. وإن كان الغرض منه المنع كما لو قال: «إن دخلت دار فلان أو كلمته»، فكلمته ناسيةً أو جاهلةً بالتعليق أو مجنوناً أو مكرهاً، أو علّق هو ذلك على فعله قاصداً منع نفسه منه - ففي وقوعه وجهان، من وجود المعلّق به، وليس النسيان ونحوه دافعاً للوقوع، ومن عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «إنّ الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» (2). والمراد رفع المؤاخذه أو رفع الأحكام والتفصيل متوجّه نظراً إلى القصد.

ص: 74

1- القول بوقوع الظهار للشيخ في المبسوط، ج 4، ص 171.

2- سنن ابن ماجه، ج 1، ص 659، ح 2045؛ تلخيص الحبير، ج 1، ص 281 - 283، ح 450.

الثامنة: • يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفّر، سواء كفّر بالعتق أو الصيام أو الإطعام.

قوله: «يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفّر، سواء كفّر بالعتق أو الصيام أو الإطعام».

أما تحريم الوطء قبل العتق و الصيام فموضع وفاق بين المسلمين؛ لقوله تعالى: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا»<sup>(1)</sup>، ثم قال: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا»<sup>(2)</sup>

وَأما تحريمه قبل الإطعام على تقدير عجزه عن الأولين فالأكثر منا و من الجمهور عليه؛ لأنّ الله تعالى جعله بدلاً عنهما بقوله عقيب ذلك: «فَمَنْ لَمْ يَسَّ تَطْعَ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مَسَّةً كَيْفَا»<sup>(3)</sup> و البديل يجب مساواته للمبديل في الحكم، و المطلق محمول على المقيّد مع اتّحاد الواقعة. و لما روي أنّ النبي صلّى الله عليه و آله وسلّم قال لرجل ظاهر من امرأته: «لا تقربها حتّى تكفّر»<sup>(4)</sup>، و يروى: «اعتزلها حتّى تكفّر»<sup>(5)</sup> و هو شامل للخصال الثلاث.

و من طريق الخاصّة ما تقدّم من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمسه حتّى يكفّر، فإن فعل يعتق أيضاً رقبة»<sup>(6)</sup> و غيرها من الأخبار الشاملة للخصال الثلاث<sup>(7)</sup>.

و قال ابن الجنيد ممّا و بعض العامّة<sup>(8)</sup>: «إنّه إذا انتقل فرضه إلى الإطعام لم يحرم الوطء قبله؛ لأنّ الله تعالى شرط في العتق و الصيام أن يكون قبل العود، و لم يشترط ذلك في الإطعام»<sup>(9)</sup>.

و قد تقدّم جوابه

ص: 75

1- المجادلة (58): 3-4.

2- المجادلة (58): 3-4.

3- المجادلة (58): 3-4.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 19، ح 60؛ الاستبصار، ج 3، ص 266، ح 953.

5- الكافي، ج 6، ص 159، باب الظهر، ح 27.

6- تقدم تخريجها في ص 54، الهامش 1.

7- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 328 - 331، الباب 15 من كتاب الظهر.

8- الحاوي الكبير، ج 10، ص 521؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 567 - 568، المسألة 6178.

9- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 424، المسألة 77.

. و لو وطئها خلال الصوم استأنف. وقال شاذّ منّا لا يبطل التتابع لو وطئ ليلاً.

قوله: «ولو وطئها خلال الصوم استأنف. وقال شاذّ منّا لا يبطل التتابع لو وطئ ليلاً»

قد عرفت أنّ الوطء موقوف على فعل الكفّارة الذي لا يتمّ إلا بالإتيان بها أجمع، فمتى وطئ في خلال الصوم - سواء كان بعد أن صام شهراً و من الثاني يوماً أم لا - فقد صدق عليه الوطء قبل أن يكفّر، فلا يحصل الامتثال بالإكمال على هذا الوجه؛ لأنّ المأمور به هو صيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماساً.

و هذا الحكم لا يختصّ بالنهار، بل تحريم الوطء حاصل إلى أن يصوم شهرين، سواء كان في حالة مجوّزة للتفريق، كما لو صام شهراً و من الثاني يوماً أم لا، كما لو كان أقلّ من ذلك، و سواء كان الجماع مفسداً للصوم، كما لو وقع نهائياً أم لا، كما إذا وقع ليلاً. و إلى هذا ذهب الأكثر.

وقال ابن إدريس: «لا يبطل التتابع بالوطء ليلاً مطلقاً؛ لأنّ التتابع عبارة عن إتباع صوم اللاحق للسابق من غير فارق، و هو متحقّق وإن وطئ ليلاً. و لا يستأنف الكفّارة؛ لأنّه لم يبطل من الصوم شيء، و عليه إتمامه و كفّارة أخرى للوطء(1)»

و ليس قوله بذلك البعيد. و غاية ما استدّلوا به أن يكون قد أثم بالوطء خلال الصوم كما يَأثم به لو فعله قبل الشروع في الكفّارة، و إيجابه كفّارة أخرى، أما وجوب استئناف هذه فلا. و قولهم إنّ المأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس لا ينفعهم؛ لأنّ الاستئناف يوجب كون الشهرين واقعين بعد التماس و إذا لم نوجهه كان بعض الشهرين قبل التماس و هذا أقرب إلى ما هو مأمور به من الأولين. و إن سلّمنا لكن بمخالفته يحصل الإثم و الكفّارة. كما لو وقع قبل الشروع، فإنّه إذا صام بعده فقد صدق عليه أنّه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماساً، و مع ذلك وقع مجزياً

ص: 76

● وهل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة و الملامسة؟ قيل: نعم؛ لأنه مماثلة. وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير.

و الأقوى مختار ابن إدريس، و وافقه العلامة في القواعد(1) و الشهيد في الدروس(2).

قوله: «و هل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة و الملامسة؟ قيل: نعم؛ لأنه مماثلة. وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير»

اختلف العلماء في القدر المحرّم منها المعبّر عنه بالمسيس هل هو الوطء أم جميع الاستمتاع المحرّمة على غير الزوج كالقبلة و اللمس بشهوة و غيرها؟

فقال بعضهم بالثاني؛ لأنّ المسيس في قوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا»(3) حقيقة في تلاقي الأبدان لغة(4)، و الأصل عدم النقل و الاشتراك.

و قال بعضهم(5) بالأول؛ لأنّ المسيس يطلق على الوطء في قوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ»(6) و الأصل في الإطلاق الحقيقة.

و أجيب(7) باستلزامه النقل أو الاشتراك؛ إذ لا خلاف في عموم معناه لغةً، و جاز استعماله في بعض أفراد مجازاً، و هو أولى منهما، و كثيراً ما يعدل في القرآن عمّا يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك، و لأنّ مقتضى تشبيهها بالأُمّ كون تحريمها على حدّ تحريمها إلى أن يكفّر، و هو متناول لغير الوطء من ضروبه.

و يشكل بأنّ ذلك يقتضي تحريم النظر بشهوة، و الآية(8) لا تدلّ عليه، و ظاهر بعض

ص: 77

1- قواعد الأحكام، ج 3، ص 173.

2- الدروس الشرعية، ج 2، ص 147 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10)

3- المجادلة (58): 3.

4- الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 177؛ و لمعنى المسّ في اللغة راجع الصحاح، ج 2، ص 978، «مسس».

5- كابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 711؛ و قوّاه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 413، المسألة 70.

6- البقرة (2): 237.

7- المجيب هو فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 415.

8- المجادلة (58): 3.

التاسعة • إذا عجز المظاهر عن الكفارة أو ما يقوم مقامها عدا الاستغفار قيل: تحرم عليه حتى يكفر. وقيل: يجزئه الاستغفار. وهو أكثر.

الأصحاب أنه غير محرّم (1)؛ لعدم الدليل عليه، وإنما الكلام فيما يدخل في مفهوم التماس لغّة من ضرور الاستمتاع. وبأنها لم تخرج عن ملك الاستمتاع بالظهار، فأشبه الصوم والحيض. واستصحاب الحلّ فيما عدا موضع الوفاق هو الوجه.

واعلم أنّ تحريم المرأة شرعاً تارةً يختصّ بالوطء كحالة الحيض والصوم، وتارةً يعمّ كحالة الإحرام والاعتكاف، وتارةً يقع فيه الاختلاف كحالة الاستبراء والظهار واستمتاع المالك بالجارية المرهونة. ومن قسم العموم الاستمتاع بالمعتدة والمرتدة والأمة المزوجة لغير المالك بالنسبة إليه، والمعتدة عن وطء الشبهة في صلب النكاح، ويلحق في الصوم النظر واللمس لمن يخشى الإنزال بالوطء في التحريم.

قوله: «إذا عجز المظاهر عن الكفارة أو ما يقوم مقامها عدا الاستغفار» إلى آخره.

المظاهر إن قدر على إحدى الخصال الثلاث لم يحلّ الوطء حتى يكفر إجماعاً، وهو المعبر عنه في كلام المصنّف بالكفارة، وإن عجز عن الثلاث فهل لها بدل يتوقّف عليه حلّ الوطء؟ قيل: نعم. واختلفوا في البدل، فقال الشيخ في النهاية: إنّ للإطعام بدلاً وهو صيام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز عنها حرم عليه وطؤها إلى أن يكفر (2).

وقال ابنا بابويه: إنّه مع العجز عن إطعام السّتين يتصدّق بما يطيق (3).

وقال ابن حمزة: «إذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز تصدّق عن كلّ يوم بمدّين من طعام (4)»

ص: 78

1- راجع التنقيح الرائع، ج 3، ص 381.

2- النهاية، ص 527 بتفاوت في العبارة.

3- المقنع، ص 323؛ وحكاة العلامة عن والد الصدوق في مختلف الشيعة، ج 7، ص 421 - 422، المسألة 75.

4- الوسيلة، ص 354.



وقال ابن إدريس: إذا عجز عن الخصال الثلاث فبدلها الاستغفار(1)، ويكفي في حلّ الوطء، ولا يجب عليه قضاء الكفارة بعد ذلك وإن قدر عليها.

وللشيخ قول آخر بذلك لكن تجب الكفارة بعد القدرة(2).

وذهب جماعة - منهم الشيخ في قول ثالث(3)، والمفيد(4)، وابن الجنيد(5) - إلى أنّ الخصال الثلاث لا بدل لها أصلاً، بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدّي الواجب منها. وهذا هو الذي يقتضيه نصّ القرآن(6)، وإثبات حكم غيره يحتاج إلى دليل صالح، وهو منفيّ.

ويؤيده رواية سلمة بن صخر وأمر النبي صلّى الله عليه وآله وسلم إياه بالخصال، وأمره مع إقراره بالعجز أن يأخذ من الصدقة ويكفر(7)، ولو كان الاستغفار للعاجز كافياً لأمره به وكذا غيره من الأبدال. ورواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «كلّ من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه فيه الكفارة، فلاستغفار له كفارة، ما خلا يمين الظهار، فإنّه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها، وفرّق بينهما إلا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها»(8).

واحتجّ في المختلف للاحتزاء بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث بأصالة براءة الذمّة، وإباحة الوطء، وإيجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعاً(9).

ص: 79

- 1- السرائر، ج 2، ص 713.
- 2- الاستبصار، ج 4، ص 57، ذيل الحديث 196.
- 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 15، ذيل الحديث 47؛ النهاية، ص 525؛ المبسوط، ج 5، ص 155.
- 4- المقنعة، ص 524.
- 5- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 421، المسألة 75.
- 6- المجادلة (58): 3-4.
- 7- سنن أبي داود، ج 2، ص 265، ح 2213؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 665، ح 2062.
- 8- الكافي، ج 7، ص 461، باب النوادر، ح 5؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 16، ح 50؛ الاستبصار، ج 4، ص 56، ح 195.
- 9- مختلف الشيعة، ج 7، ص 422، المسألة 75.

و ما رواه إسحاق بن عمار - في الموثق - عن الصادق عليه السلام: «أن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربّه و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع وقد أجزأ ذلك عنه من الكفارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر، وإن تصدق بكفّه فأطعم نفسه و عياله فإنّه يجزئه إذا كان محتاجاً، و إلا يجد ذلك فليستغفر الله ربّه و ينو أن لا يعود فحسبه بذلك و الله كفارة»<sup>(1)</sup>.

و جوابه: أن أصالة البراءة و إباحة الوطء انقطعا بالظهار، فإنّه حرّم الوطء بإجماع المسلمين و أوجب الكفارة مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى دليل. و من العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال.

و أمّا الرواية فدلالته لاتخلو من اضطراب لتضمّن صدرها وجوب الكفارة إذا قدر عليها بعد الاستغفار و آخرها عدمه. مع أن العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثق، خصوصاً مع معارضة القرآن<sup>(2)</sup> و ما هو أقوى دلالة<sup>(3)</sup> و العلامة كالشيخ لاينضبط مذهبه في العمل بالرواية، و في أصول الفقه اشترط في الراوي الإيمان و العدالة<sup>(4)</sup>؛ و في فروع الفقه له آراء متعدّدة منها قبول الموثق<sup>(5)</sup> كما هنا، بل ما هو أدنى مرتبةً منه.

و احتجّ الشيخ على إيجاب صوم ثمانية عشر يوماً بدلاً مع العجز عن الخصال<sup>(6)</sup> برواية

ص: 80

1- الكافي، ج 7، ص 461، باب النوادر، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 320 - 321، ح 1190؛ الاستبصار، ج 4، ص 56، ح 196.

2- المجادلة (58): 3-4.

3- كرواية أبي بصير المتقدم تخريجها في ص 79، الهامش 8.

4- نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج 3، ص 417 - 418 و 420 - 421.

5- بعنوان المثال راجع مختلف الشيعة، ج 7، ص 422، المسألة 75، و فيه اعتمد على موثقة إسحاق بن عمار، و راجع أيضاً ص 464، المسألة 114، حيث اعتمد على موثقة عبد الرحمن بن الحجّاج.

6- النهاية، ص 527.

وهيب بن حفص(1)، عن أبي بصير، عن الصادق عليه السلام، قال: «سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام، قال: «يصوم ثمانية عشر يوماً لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام»(2)

و جوابه: ضعف السند بوهيب(3)، و اشتراك أبي بصير(4). و أمّا ما قيل في جوابه - إن إثبات بدل للواجب بالآية(5) بنص متأخر يوجب النسخ - فضعيف على ما حَقَّق في الأصول(6).

و بقیة الأقوال - خصوصاً تفصیل ابن حمزة(7) - ليس لها دليل معتدّبه.

نعم، ورد في كَفَّارة رمضان أنه مع العجز عن إطعام الستين يتصدق بما يطيق، رواه عبد الله بن سنان في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام(8). و يؤيده قوله عليه السلام: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»(9) و هو عام فيصلح حجة للصدوقين(10).

و اعلم أنّ المراد بالاستغفار في هذا الباب و نظائره أن يقول: أستغفر الله، مقترناً بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب و العزم على ترك المعاودة إلى الذنب أبداً. و لا يكفي اللفظ

ص: 81

1- في النسخ: «وهب بن حفص» و كذا في نسخة التهذيب المطبوع، و المثبت هو الصحيح كما في رجال النجاشي. راجع معجم رجال الحديث، ج 19، ص 206، الرقم 13186، و ص 211، الرقم 13199.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 23، ح 74.

3- رجال النجاشي، ص 431، الرقم 1159، وفيه: وهيب بن حفص... روى عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام و وقف.

4- راجع خلاصة الأقوال، ص 234 - 235، الرقم 798، و ص 416، الرقم 1687.

5- المجادلة (58): 3-4.

6- راجع نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج 3، ص 106 - 107.

7- الوسيلة، ص 354.

8- الكافي، ج 4، ص 102، باب من أظفر متعمداً من غير عذر...، ح 3؛ الفقيه، ج 2، ص 115، ح 1886؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص

321، ح 984؛ الاستبصار، ج 2، ص 96، ح 313.

9- مسند أحمد، ج 3، ص 307، ح 10229؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 975، ح 1337/412.

10- راجع ص 78.

العاشرة: • إن صبرت المظاهرة فلا اعتراض وإن رفعت أمرها إلى الحاكم خيّر بين التكفير والرجعة أو الطلاق، وأنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة. فإن انقضت المدّة ولم يختَر أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتّى يختار أحدهما. ولا يجبره على الطلاق تضييقاً، ولا يطلّق عنه.

المجرّد عن ذلك، وإتّما جعله الشارع كاشفاً عمّا في القلب كما جعل الإسلام باللفظ كاشفاً عن القلب. واللفظ كافٍ في البدليّة ظاهراً، وأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبة التي هي من الأمور الباطنة لم يترتب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى، بل كان الوطء معه كالوطء قبل التكفير، فيجب عليه به كفارة أخرى في نفس الأمر وإن لم يحكم عليه بها ظاهراً.

قوله: «إن صبرت المظاهرة فلا اعتراض» إلى آخره.

منفعة الوطء أو مطلق الاستمتاع المترتب تحريمه على الظهار مشتركة بين الزوجين، إلّا أنّ المظاهر أدخل الضرر على نفسه، فإذا أراد العود فوسيلته إلى الحلّ الكفارة. وأمّا المرأة فإن صبرت فلا اعتراض لأحد، وليس له أن يحملها على المرافعة. وإن لم تصبر ورفعت أمرها إلى الحاكم خيّر بين العود والتكفير وبين الطلاق، فإن أباي منهما أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة لينظر في أمره، فإذا انقضت المدّة ولم يختَر أحدهما حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب، بأن يمنعه ممّا زاد على ما يسدّ الرمق ويشقّ معه الصبر إلى أن يختار أحد الأمرين. ولا يجبره على أحدهما عيناً، بل يخيّر بينهما كما مرّ، لا من حيث إنّ الطلاق الإجمالي لا يصحّ؛ لأنّ الإجماع يتحقّق على التقديرين، فإنّه أحد الأمرين المحمول عليهما تخييراً، فهو محمول عليه في الجملة، بل لأنّ الشارع لم يجبره إلّا كذلك، ولو أمر بإجباره على الطلاق بخصوصه لجاز، كما صحّ الإجماع في مواضع كثيرة، ولم ينفِ صحّة الفعل. وظاهر الأصحاب الاتّفاق على هذا الحكم.

والموجود فيه من الأخبار رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: «إن أتاها فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستّين مسكيناً،

وإلا ترك ثلاثة أشهر، فإن فاء وإلا أوقف حتى يسأل ألك حاجة في امرأتك أو تطلقها؟ فإن فاء فليس عليه شيء، وهي امرأته، وإن طلق واحدة فهو أملك برجعته»(1).

وفي طريق الرواية ضعف. وفي الحكم على إطلاقه إشكال؛ لشموله ما إذا رافعته عقيب الظهر بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطاء بعد مضي المدة المضروبة، فإن الواجب وطؤها في كل أربعة أشهر مرة، وغيره من الحقوق لا يفوت بالظهار، أما إذا لم نحرم غير الوطاء فظاهر، وأما إذا حرمناه فيبقى لها حق القسم على بعض الوجوه، وهو غير مناف للظهار. وفي الرواية أمور أخر منافية للقواعد.

ص: 83

---

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 24 - 25، ح 80؛ الاستبصار، ج 3، ص 255، ح 914.



و يلحق بذلك: النظر في الكفّارات

و فيه مقاصد:

### المقصد الأول في ضبط الكفّارات

وقد سبق الكلام في كفّارات الإحرام، فلنذكر ما سوى ذلك.

وهي مرتّبة و مخيّرة و ما يحصل فيه الأمان و كفّارة الجمع.

قوله: «ويلحق بذلك النظر في الكفّارات، وفيه مقاصد: الأول في ضبط الكفّارات».

الكفّارة اسم للتكفير، و أصلها الستر؛ لأنّها تستر الذنب، و منه الكافر؛ لأنّه يستر الحقّ، و يقال لليل كافر؛ لأنّه يستر من يفعل فيه شيئاً. و تكفير اليمين فعل ما يجب بالحنث فيها، و كفّارة الظهار ما يجب بالعود فيه.

وقد ورد القرآن بلفظ «الكفّارة» كقوله تعالى: «فَكَافَرْتَهُ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ»<sup>(1)</sup>.

وهي أنواع كثيرة، منها: كفّارة الظهار، و استطراد الباب كلّه عندها لمناسبة ذكرها، و كونها تجمع الخصال الثلاث التي هي - مع البحث عن أحكامها - عمدة الباب.

ص: 85

وقد عرّفها بعضهم (1) بأنها: طاعة مخصوصة مسقطة للعقوبة أو مخففة غالباً.

وقيد بالأغلبية لتدخل كفارة قتل الخطأ فيها، فإنها ليست عقوبة.

وينتقض في طرده بالتوبة، فإنها طاعة مخصوصة، بل هي من أعظم الطاعات، ثم قد تكون مسقطة للذنب كما إذا كان الذنب حقّ الله تعالى ولم يجب قضاؤه، وقد تكون مخففةً له كما إذا اقترنت بوجوب القضاء أو ردّ الحقّ ونحوه.

وكذا ينتقض بقضاء العبادات؛ فإنه طاعة مسقطة للذنب المترتب على التهاون في الفعل إلى أن خرج الوقت، أو مخففة له من حيث افتقار سقوطه رأساً إلى التوبة.

واعلم أنّ الكفارة الواجبة إن لم تكن عن ذنبٍ - ككفارة قتل الخطأ - فوجوبها على التراخي؛ لأنّ مطلق الأمر لا يقتضي الفور على أصحّ القولين.

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

وأطلق بعضهم (2) وجوبها على الفور؛ مستدلاً بأنها كالتوبة الواجبة لذلك؛ لوجوب الندم على كلّ قبيح أو إخلالٍ بواجب. ولا يخفى فساده على إطلاقه، فإنّ منها ما ليس مسبباً عن قبيح.

ثمّ على تقدير فعلها لا يكفي في إسقاط استحقاق العقاب حيث يكون عن ذنب، بل لا بدّ معها من التوبة المشتملة على ترك الذنب في الحال، والندم على فعله فيما سلف، والعزم على عدم العود إليه في الاستقبال، ولو وجب معها قضاء العبادات - كإفساد الصوم - فلا بدّ معها

ص: 86

1- كالسيوري في التنقيح الرائع، ج 3، ص 391.

2- كالسيوري في التنقيح الرائع، ج 3، ص 391.



فالمرتبة ثلاث كفارات:

الظهار، وقتل الخطأ و يجب في كل واحدة العتق، فإن عجز فالصوم شهرين متتابعين، فإن عجز فإطعام ستين مسكيناً.  
من القضاء للقادر عليه. و مثله القول في الحدود و التعزيرات على المعاصي.

### كفارة الظهار و قتل الخطأ

قوله: «فالمرتبة ثلاث كفارات الظهار، وقتل الخطأ» إلى آخره.

وجوب الكفارتين على الترتيب هو الذي يقتضيه ظاهر القرآن، قال تعالى: «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ - إِلَى قَوْلِهِ: - فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»، ثم قال: «فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا»<sup>(1)</sup>، وقال تعالى في كفارة القتل «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ»، ثم قال: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»<sup>(2)</sup> و هو نص في الترتيب فيهما.

و يؤيد ذلك الأخبار الكثيرة<sup>(3)</sup>، و قد تقدّم ما يتعلق بالظهار منها<sup>(4)</sup>.

وفي القتل روى عبد الله بن سنان - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال: «إذا قتل خطأ أدى ديته إلى أوليائه ثم أعتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مدّاً مدّاً»<sup>(5)</sup>.

و لانعلم في كفارة الظهار مخالفاً، لكن روى معاوية بن وهب - في الصحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المظاهر قال: «عليه تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً، و الرقبة تجزئ ممن ولد في الإسلام»<sup>(6)</sup> و «أو» ظاهرة في التخيير، و الأولى حملها

ص: 87

1- المجادلة (58): 3-4.

2- النساء (4): 92.

3- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 359 و ما بعدها، الباب 1 من أبواب الكفارات.

4- تقدّم في ص 37 و 82.

5- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 322 - 323، ح 1196.

6- الكافي، ج 6، ص 158، باب الظهار، ج 22؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 321 - 322، ح 1192؛ الاستبصار، ج 4، ص 58، ح

## كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان

وكفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال إطعام عشرة

مساكين، فإن عجز صام ثلاثة أيام متتابعات.

على الترتيب للجمع، و موافقة الآية، وإن كان ذلك خلاف الظاهر. وأما قتل الخطأ فالكثير على أن كفارته مرتبة؛ لما ذكرناه.

وقال سلالر: إنها مخيرة(1).

وهو ظاهر المفيد، حيث جعلها كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان(2)، وذكر في كفارة رمضان: أنها مخيرة(3). والمذهب هو الأول.

قوله: «وكفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال إطعام عشرة مساكين، فإن عجز صام ثلاثة أيام متتابعات».

ما ذكره المصنّف من الكفارة في ذلك هو المشهور بين الأصحاب روايةً وفتوىً، رواه الصدوق عن بريد بن معاوية العجلي، عن الباقر عليه السلام في رجل أتى أهله في يوم يقضيه من شهر رمضان قبل الزوال: «لا شيء عليه إلا يوماً مكان يوم، وإن أتى أهله بعد زوال الشمس فإنّ عليه أن يتصدّق على عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ، فإن لم يقدر صام يوماً مكان يوم، و صام ثلاثة أيام كفارة لما صنع»(4).

قال الصدوق عقيب هذه الرواية: «وقد روي أنّه إن أفطر قبل الزوال فلا شيء عليه، وإن أفطر بعد الزوال فعليه الكفارة مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان(5)»

ص: 88

1- المراسم، ص 187.

2- المقنعة، ص 570 - 571.

3- المقنعة، ص 569.

4- الفقيه، ج 2، ص 149، ح 2002؛ و رواه الكليني أيضاً في الكافي، ج 4، ص 122، باب الرجل يصبح وهو يريد الصيام...، ح 5؛ و الشيخ في تهذيب الأحكام، ج 4، ص 278، ح 844.

5- الفقيه، ج 2، ص 149، ذيل الحديث 2002.

و هذا يدلّ على اختياره الأول. وفي كتابه المقنع عكس الحال، فجعل الأول روايةً، و الثاني فتوى، فقال: «و إذا قضيت صوم شهر رمضان كنت بالخيار في الإفطار إلى زوال الشمس، فإن أفطرت بعد الزوال فعليك مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان. وقد روي أنّ عليه إذا أفطر بعد الزوال إطعام عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ من طعام، فإن لم يقدر عليه صام يوماً بدل يوم، و صام ثلاثة أيام كفارة لما فعل(1).

و في طريق الرواية الأولى الحارث بن محمّد، و هو مجهول(2).

و الرواية الثانیة - الدالة على أنّها كفارة رمضان - رواها زرارة - في الموثّق - عن الباقر عليه السلام أيضاً، قال: سألته عن رجل صام قضاءً من شهر رمضان فأتى النساء، قال: «عليه من الكفارة ما على الذي أصاب في رمضان ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان»(3).

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

و روى الشيخ - في الصحيح - عن هشام بن سالم قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وقع على أهله و هو يقضي شهر رمضان، قال: «إن كان وقع عليها قبل صلاة العصر فلا شيء عليه بصوم يوماً بدل يوم، و إن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم و أطعم عشرة مساكين، فإن لم يمكنه صام ثلاثة أيام كفارة لذلك»(4).

و هذه كالأولى في الكفارة، إلا أنّها مخالفة لها في الوقت. و هي أصحّ ما في الباب من الروايات، ولكن لم يعمل بمضمونها أحد.

ص: 89

1- المقنع، ص 200 - 201.

2- راجع رجال النجاشي، ص 140، الرقم 363؛ و رجال الطوسي، ص 191 - 192، الرقم 2374 و 2376.

3- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 279، ح 846؛ الاستبصار، ج 2، ص 121، ح 393.

4- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 279، ح 845؛ الاستبصار، ج 2، ص 120 - 121، ح 392.

و الشيخ (رحمه الله) حمل الخبر الدالّ على أنّها كفّارة رمضان على من فعل ذلك؛ استخفافاً به و تهاوناً بما يجب عليه من فرض الله تعالى، فيجب عليه حينئذٍ من الكفّارة ما يجب على من أفطر يوماً من شهر رمضان عقوبةً له و تغليظاً عليه، فأما من أفطر معتقداً أنّ الأفضل إتمام صومه فليس عليه إلا ما تقدّم إتمام عشرة مساكين أو صيام ثلاثة أيام(1). و هذا الحمل يوجب قولاً آخر للشيخ في المسألة(2).

وله قول ثالث في النهاية: إنّها كفّارة يمين(3). و هو قول سلالر(4).

وقال ابن أبي عقيل: ليس عليه شيء(5). و يدلّ على مذهبه رواية عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها: فإن نوى الصوم ثم أفطر بعد ما زالت الشمس، قال: «قد أساء و ليس عليه شيء إلا قضاء ذلك اليوم الذي أراد أن يقضيه»(6).

و الشيخ حمل قوله عليه السلام «و ليس عليه شيء» على أنّه ليس عليه شيء من العقاب؛ لأنّ من أفطر في هذا اليوم لا يستحقّ العقاب و إن أفطر بعد الزوال، و تلزمه الكفّارة(7).

و هذا اعتراف من الشيخ بعدم تحريم الإفطار، فتبعد مجامعته حينئذٍ للكفّارة.

و لو حملوها على الاستحباب - لاختلاف تقديرها في الروايات، و اختلاف تحديد وقت ثبوتها، و قصورها من حيث السند عن إفادة الوجوب - لكان جيّداً.

و يؤيّد رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة تقضي شهر رمضان فيكرهها

ص: 90

1- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 279؛ ذيل الحديث 846؛ الاستبصار، ج 2، ص 121، ذيل الحديث 393.

2- راجع النهاية، ص 164.

3- النهاية، ص 572.

4- المراسم، ص 187.

5- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 3، ص 319، المسألة 65.

6- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 280، ح 847؛ الاستبصار، ج 2، ص 121 - 122، ح 394.

7- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 280، ذيل الحديث 847؛ الاستبصار، ج 2، ص 122، ذيل الحديث 394.

. و المخبيرة كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان - مع وجوب صومه - بأحد الأسباب الموجبة للتكفير.

زوجها على الإفطار، قال: «لا ينبغي له أن يكرهها بعد الزوال» (1). و «لا ينبغي» ظاهرة في الكراهة، و هو يناسب ما حكم به الشيخ من عدم تحريم الإفطار بعد الزوال، ولكن في طريقها سماعة، وهو واقفي (2).

و على كل تقدير فالحكم مختص بقضاء رمضان، و لا يتعدى إلى قضاء غيره و إن كان معيّنًا على الأقوى؛ للأصل.

قوله «و المخبيرة كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان» إلى آخره. وجوب كفارة شهر رمضان على التخيير هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخان (3) و أتباعهما (4)، و جملة المتأخرين (5).

و يدلّ عليه من الأخبار صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أفطر في شهر رمضان متعمداً يوماً واحداً من غير عذر، قال: «يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً، فإن لم يقدر تصدق بما يطيق» (6).

و للشيخ قول آخر في المبسوط: أنها مرتبة إذا كان الإفطار بالجماع (7).

ص: 91

- 
- 1- الكافي، ج 4، ص 122، باب الرجل يصبح و هو يريد الصيام...، ح 6؛ الفقيه، ج 2، ص 149، ح 2003؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 278، ح 842؛ الاستبصار، ج 2، ص 120، ح 390.
  - 2- راجع رجال الطوسي، ص 337، الرقم 5021؛ و خلاصة الأقوال، ص 356، الرقم 1410.
  - 3- الشيخ المفيد في المقنعة، ص 345 و 569؛ و الشيخ الطوسي في النهاية، ص 571.
  - 4- ابن البراج في المهذب، ج 2، ص 422؛ و سلالر في المراسم، ص 187؛ و ابن حمزة في الوسيلة، ص 353.
  - 5- منهم ابن ادريس في السرائر، ج 1، ص 379؛ و العلامة في قواعد الأحكام، ج 1، ص 378؛ و الشهيد في غاية المراد، ج 1، ص 258 - 259 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 1).
  - 6- الكافي، ج 4، ص 101، باب من أفطر متعمداً من غير عذر...، ح 1؛ الفقيه، ج 2، ص 115، ح 1886؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 205 - 206، ح 594؛ الاستبصار، ج 2، ص 95-96، ح 310.
  - 7- المبسوط، ج 4، ص 195 و 591، فيه: و كفارة الجماع على الخلاف.

و ابن أبي عقيل جعلها مرتبة مطلقاً(1)؛ لما رواه الصدوق أنّ رجلاً من الأنصار أتى النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فقال: هلكت و أهلكت، فقال: «وما أهلكك؟» قال: أتيت امرأتي في شهر رمضان و أنا صائم. فقال له النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «أعتق رقبة»، قال: لا أجد. قال: «صم شهرين متتابعين»، قال: لا أطيق. قال: «تصدّق على ستين مسكيناً»، قال: لا أجد. قال: فأتي النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم بعرق خمسة عشر صاعاً من تمر، فقال له النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «خذها فتصدّق بها»، فقال له الرجل: والذي بعثك بالحقّ ما بين لابتيها أحوج منّا إليها، فقال: «خذه و كله و أطعم عيالك، فإنّه كفارة لك»(2).

و أجيب بعدم دلالته صريحاً على الترتيب، و جاز إطلاق الأمر بأحد أفراد الواجب المخير كذلك(3).

مع أنّ الشيخ رواه - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام، و فيه: أنّ رجلاً أتى النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فقال: هلكت يا رسول الله، فقال: «ما لك؟» قال: النار يا رسول الله، قال: «و ما لك؟» قال: وقعت على أهلي، قال: «تصدّق و استغفر ربك(4)»، فبدأ بالصدقة. و هو دليل على عدم ترتبها على الخصلتين الآخرين، و إلاّ لبين له صَلَّى الله عليه وآله وسلم. و في تمام هذا الحديث أنّ الرجل قال: والذي عظم حقّك ما تركت في البيت شيئاً قليلاً - و لا كثيراً، قال: فدخل رجل من الناس بمكتل من تمر فيه عشرون صاعاً، تكون عشرة أصوع بصاعنا، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «خذ هذا التمر فتصدّق به»، فقال: يا رسول الله على من أتصدّق؟ و قد أخبرتك أن ليس في يدي قليل و لا كثير، قال: «فخذه و أطعمه عيالك و استغفر الله عزّ و جلّ»، قال: فلمّا رجعنا قال أصحابنا: إنّه بدأ بالعتق فقال: «أعتق أو صم أو تصدّق»(5). و هذا أيضاً يدلّ على التخيير.

ص: 92

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 3، ص 305، المسألة 54.

2- الفقيه، ج 2، ص 115 - 116، ح 1887؛ معاني الأخبار، ص 336، باب معنى العرق واللابتين، ح 1؛ المقنع، ص 192.

3- راجع مختلف الشيعة، ج 8، ص 238، المسألة 70.

4- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 206، ح 595؛ الاستبصار، ج 2، ص 80، ح 245؛ و راجع الكافي، ج 4، ص 102، باب من أفطر متعمداً...، ح 2.

5- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 206، ح 595؛ الاستبصار، ج 2، ص 80، ح 245؛ و راجع الكافي، ج 4، ص 102، باب من أفطر متعمداً...، ح 2.

وفيه: أنّ الاستغفار يجب عند العجز، وهو أولى من جعل إطعام أهله كفارة، كما في الحديث السابق.

واعلم أنّ إطلاق المصتف الحكم فيمن أفطر بأحد الأسباب الموجبة للتكفير يشمل المحلّل منها والمحرّم، وكذلك إطلاق الرواية الصحيحة(1). والحكم به على الإطلاق هو المشهور بين الأصحاب.

وذهب جماعة منهم الشيخ في كتابي الأخبار(2)، والصدوق(3) إلى أنّ ذلك مختصّ بمن أفطر على المحلّل، أمّا من أفطر على محرّم - يعني أفسد صومه به - فإنّ الواجب عليه كفارة الجمع؛ لما رواه الصدوق عن عبد الواحد بن عبدوس النيسابوري، عن علي بن محمّد بن قتيبة، عن حمدان بن سليمان، عن عبد السلام بن صالح الهروي قال، قلت للرضاء عليه السلام: يا ابن رسول الله، قد روي عن آبائك فيمن جامع في شهر رمضان وأفطر فيه ثلاث كفارات، وروي عنهم أيضاً كفارة واحدة، فبأيّ الخبرين أخذ؟ قال: «بهما جميعاً، فمتى جامع الرجل حراماً أو أفطر على حرام في شهر رمضان عليه ثلاث كفارات: عتق رقبة، وصيام شهرين متتابعين، وإطعام ستين مسكيناً، وقضاء ذلك اليوم. وإن كان نكح حلالاً أو أفطر على حلال كفاه كفارة واحدة»(4).

وطريق الرواية صحيح فيمن عدا ابن عبدوس، فحاله مجهول. قال في المختلف: إنّ ابن عبدوس لا يحضرني حاله، فإن كان ثقةً فالرواية صحيحة يتعيّن العمل بها(5).

وفي التحرير جزم بصحتها، فقال: روى ابن بابويه في حديث صحيح عن الرضاء عليه السلام وساق الحديث(6).

ص: 93

1- هي صحيحة عبد الله بن سنان المتقدم تخريجها في ص 91، الهامش 6.

2- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 208، ذيل الحديث 604؛ الاستبصار، ج 2، ص 97، ذيل الحديث 315.

3- الفقيه، ج 2، ص 188، ذيل الحديث 1894.

4- الفقيه، ج 3، ص 378، ح 4334.

5- مختلف الشيعة، ج 3، ص 314، المسألة 60.

6- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 373، الرقم 5964.

. و كفارة من أفطر يوماً نذر صومه على أشهر الروايتين. وكذا كفارة الحنث في العهد. وفي النذر على التردد.

و الواجب في كل واحدة عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً على الأظهر.

و ذكر ابن بابويه أنه وجد ذلك في روايات أبي الحسين الأسدي فيما ورد عليه من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري أحد نواب صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف(1). و طريقه جيد أيضاً، فلا بأس بالعمل بمضمونه.

قوله: «و كفارة من أفطر يوماً نذر صومه على أشهر الروايتين» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في كفارة خلف النذر على أقوال:

أحدها: أنها كفارة رمضان مطلقاً. ذهب إليه الشيخان(2) و أتباعهما(3)، و المصنّف، و العلامة في المختلف(4). و أكثر المتأخرين(5)؛ لصحيفة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام قال: من جعل لله عليه أن لا يركب محرماً سمّاه فركبه، قال: و لا أعلمه إلا قال: «فليعتق رقبةً، أو ليصم شهرين متتابعين، أو ليطعم ستين مسكيناً»(6)

و ثانيها: أنها كفارة يمين مطلقاً. ذهب إليه الصدوق(7)، و المصنّف في النافع(8) لحسنة

ص: 94

- 
- 1- الفقيه، ج 2، ص 118، ذيل الحديث 1894.
  - 2- الشيخ المفيد في المقنعة، ص 562؛ و الشيخ الطوسي في النهاية، ص 570.
  - 3- منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص 225؛ و ابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 421؛ و ابن حمزة في الوسيلة، ص 353.
  - 4- مختلف الشيعة، ج 8، ص 235، المسألة 68.
  - 5- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج 2، ص 260؛ و ابن فهد في المهذب البارع، ج 3، ص 557؛ و فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 4، ص 78.
  - 6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 314، ح 1165؛ الاستبصار، ج 4، ص 54، ح 188.
  - 7- الفقيه، ج 3، ص 367، ذيل الحديث 4301.
  - 8- المختصر النافع، ص 324.



الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إن قلت: لله عليّ كذا، فكفارة يمين»<sup>(1)</sup>

ورواية حفص بن غياث عنه عليه السلام قال: سألته عن كفارة النذر، فقال: «كفارة النذر كفارة اليمين»<sup>(2)</sup>. ورواه العامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «كفارة النذر كفارة يمين»<sup>(3)</sup>.

وثالثها: التفصيل، فإن كان النذر لصوم فأفطره فكفارة رمضان، وإن كان لغير ذلك فكفارة يمين. ذهب إلى ذلك المرتضى<sup>(4)</sup>، وابن إدريس<sup>(5)</sup> والعلامة في غير المختلف<sup>(6)</sup>.

ووجه الجمع بين الروايات؛ حيث دلّ بعضها على أنّ كفارته كفارة رمضان فيناسبه حملة على إفطار نذر صوم معيّن؛ لمشاركته لصوم رمضان في الوجوب المعيّن، وحمل غيره على غيره. وهو أولى من العمل بأحد الجانبين خاصّةً، المستلزم لإطراح الآخر مع تقاربها في القوّة.

ويدلّ على حكم إفطار المنذور روايات أخرى:

منها: رواية القاسم الصيقل، أنّه كتب إليه: يا سيدي رجل نذر أن يصوم يوماً لله، فوقع ذلك اليوم على أهله، ما عليه من الكفارة؟ فأجابته: «يصوم يوماً بدل يوم، وتحرير رقبة مؤمنة»<sup>(7)</sup>. ومثله عن ابن مهزيار أنّه كتب إليه يسأله عن ذلك<sup>(8)</sup>.

ص: 95

- 
- 1- الكافي، ج 7، ص 456، باب النذور، ح 9؛ الفقيه، ج 3، ص 364، ح 4293؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 306، ح 1136؛ الاستبصار، ج 4، ص 55، ح 193، ولم ترد «كذا» في المصادر.
  - 2- الكافي، ج 7، ص 457، باب النذور، ح 13؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 307، ح 1141؛ الاستبصار، ج 4، ص 54، ح 186.
  - 3- مسند أحمد، ج 5، ص 138، ح 16850؛ صحيح مسلم، ج 3، ص 1265، ح 1645/13؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 187، ح 2127 - 2128؛ سنن أبي داود، ج 3، ص 241، ح 3323.
  - 4- رسائل الشريف المرتضى، ج 1، ص 246، المسألة 63.
  - 5- السرائر، ج 3، ص 59.
  - 6- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 364؛ إرشاد الأذهان، ج 1، ص 97.
  - 7- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 286، ح 865؛ الاستبصار، ج 2، ص 125، ح 406.
  - 8- الكافي، ج 7، ص 456 - 457، باب النذور، ح 12؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 286، ح 866؛ الاستبصار، ج 2، ص 125، ح 407.

وهذا هو الموجب لجزم المصنّف بحكم المفطر، و تردّده في غيره. لكن في طريق الروائتين محمد بن عيسى، والمسؤول فيهما غير مذكور، وإن كان الظاهر أنّه الإمام.

لا يقال: الخبر الأوّل صحيح، فيكون مقدّمًا على الحسن و الضعيف لو عملنا بالجميع، كيف و الحسن لا يشتمل رواية على وصف العدالة التي هي شرط في الراوي؟ فيكون العمل بالصحيح متعيّنًا لذلك.

لأنّ نقول: الخبر الأوّل وإن كان قد وصفه بالصحة جماعة من المحقّقين - كالعلامة (1) و ولده (2) و الشهيد في الشرح (3) - إلا أنّ فيه منعاً بيّنًا؛ لأنّ عبد الملك بن عمرو لم ينصّ أحد عليه بالتعديل، وإنّما هو ممدوح مدحاً بعيداً عن التعديل، و لم يذكره النجاشي و لا الشيخ في كتابيه. و ذكره العلامة، و نقل عن الكشي أنّ الصادق عليه السلام قال له: «إنّه يدعو له، حتّى أنّه يدعو لدابّته» (4). و هذا غاية أن يقتضي المدح لا التوثيق، مع أنّ الرواية منقولة عنه. و مثل هذا لا يثبت به حكم، و غايته أن يكون من الحسن.

و الأولى أن يريدوا بصحّتها توثيق الرجال إسنادها إلى عبد الملك المذكور، و هي صحّة إضافية مستعملة في اصطلاحهم كثيراً. و حينئذٍ فلا يترجّح على الروايات الأخرى، بل يمكن ترجيح تلك بوجوه:

الأوّل: أنّ حسنة الحلبي في ذلك الجانب من أعلى مراتب الحسن؛ لأنّ حُسنها باعتبار دخول إبراهيم بن هاشم في طريقها، و هو من الأجلّاء الأعيان كما ذكرناه غير مرّة بخلاف تلك الرواية، فإنّ الظاهر أنّها لا تلحق أدنى مراتب الحسن فضلاً عمّا فوقه، فكانت تلك أرجح على كلّ حالٍ، فيكون العمل بمضمونها أولى.

ص: 96

1- مختلف الشيعة، ج 8، ص 235، المسألة 68.

2- إيضاح الفوائد، ج 4، ص 78.

3- غاية المراد، ج 3، ص 323 - 324 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3).

4- خلاصة الأقوال، ص 206 - 207، الرقم 663؛ و لقول الكشي راجع اختيار معرفة الرجال، ص 389، ح 730.

الثاني: تأييدها برواية حفص بن غياث، وهو وإن كان عامياً إلا أن الشيخ قال: إن كتابه معتمد عليه (1).

الثالث: اتفاق روايات العامة التي صححوها عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وهي وإن لم تكن حجة إلا أنها لا تقصر عن أن تكون مرجحة.

الرابع: تأييدها بصحيفة علي بن مهزيار قال: كتب بNDAR مولى إدريس يا سيدي، إني نذرت أن أصوم كل سبت، وإن أنا لم أصمه ما يلزمني من الكفارة؟ فكتب وقرأته: «لا تتركه إلا من علة، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نويت ذلك، وإن كنت أفطرت فيه من غير علة فتصدق بقدر كل يوم على سبعة مساكين» (2).

وبمثله عبّر الصدوق في المقنع، إلا أنه قال بدل «سبعة»: «عشرة»، فيكون بعض أفراد كفارة اليمين. ولعل «السبعة وقعت سهواً في نسخة التهذيب، ويؤيده رواية الصدوق لها على الصحيح، فقال في المقنع «وإن نذر الرجل أن يصوم كل يوم سبت أو أحد أو سائر الأيام فليس عليه أن يتركه إلا من علة، وليس عليه صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نوى ذلك، فإن أفطر من غير علة تصدق مكان كل يوم على عشرة مساكين» (3).

هكذا عبّر الصدوق، وهو عندي بخطه الشريف، وهو لفظ الرواية، ويكون اقتصاره على إحدى خصال كفارة اليمين كإقتصار رواية إفطار المنذور في مكاتبة الصيقل (4)، على «تحرير رقبة» من خصال كفارة رمضان.

ص: 97

1- الفهرست الشيخ الطوسي، ص 158، الرقم 242.

2- الكافي، ج 7، ص 456، باب النذور، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 286، ح 86؛ الاستبصار، ج 2، ص 125 - 126، ح 408.

3- المقنع، ص 401.

4- تقدمت مكاتبته في ص 95.

الخامس: أن الحكم في هذه الأخبار وقع بطريق القطع، وفي الخبر السابق (1) ما يظهر منه رائحة التردد، لقوله: «قال: ولا أعلمه إلا قال كذا» وهو يشعر بتردد الراوي في مقول الإمام، وإن كان قد أتى بلفظ العلم الدال على الجزم، إلا أن قرينة المقام تقتضي أن يريد بالعلم هنا معناه الأعم، وهو مطلق الرجحان وإن لم يمنع من النقيض، فيجامع الظن؛ إذ لو أراد العلم القطعي لقال ابتداءً «قال: فليعتق رقبة» إلى آخره، وهو واضح.

و الشيخ (رحمه الله) جمع بين الأخبار بحمل الخبر الأول على المتمكن من إحدى الخصال الثلاث، والأخبار المتضمنة لكفارة اليمين على من عجز عن ذلك (2).

و استدلل عليه بصحيفة جميل بن صالح عن أبي الحسن موسى عليه السلام أنه قال: «كل من عجز عن نذر نذره فكفارة يمين (3)». و هو قول رابع في المسألة.

و لسائر (4)، و الكراحي (5)، قول خامس: أنها كفارة ظهار. و هو يقتضي كونها مرتبة.

وفيهما أقوال أخر نادرة.

و أما خلف العهد فأصحاب القول الأول في النذر الحقوه به؛ لرواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: أنه سأله في رجل عاهد الله في غير معصية، ما عليه إن لم يف بعهد الله؟ قال: «يعتق رقبة، أو يتصدق بصدقة، أو يصوم شهرين متتابعين» (6).

ص: 98

1- و هو صحيفة عبد الملك بن عمر و المتقدم تخريجها في ص 94، الهامش 6.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 306، ذيل الحديث 1136؛ الاستبصار، ج 4، ص 56، ذيل الحديث 194.

3- الكافي، ج 7، ص 457، باب النذور، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 306، ح 1137؛ الاستبصار، ج 4، ص 55، ح 192.

4- المراسم، ص 187.

5- الحاكي عنه هو الشهيد في غاية المراد، ج 3، ص 324 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 3)

6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 309 - 310، ح 1148؛ الاستبصار، ج 4، ص 55، ح 189.

و الظاهر أنّ المراد بالصدقة إطعام ستين مسكيناً؛ لرواية أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال: «من جعل عليه عهد الله و ميثاقه في أمر فيه لله طاعة فحنت فعليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً»(1).

و هاتان الروايتان ضعيفتا الإسناد(2)، إلاّ أنّه لا معارض لهما.

و المفيد جعلها ككفارة قتل الخطأ(3). و لم نقف على مستنده.

و اضطرب كلام العلامة في كلّ واحد من القواعد و الإرشاد، فأفتى في القواعد أولاً بأنّ كفارة خلف العهد كبيرة مخيرة مطلقاً(4)، ثم أفتى في موضع آخر من باب الكفارات بأنّها كفارة يمين مطلقاً(5).

و في الإرشاد أفتى أولاً بالتفصيل في العهد كالنذر، فإن كان صوماً فأفطره فكفارة رمضان، و إلاّ فكفارة يمين(6)، ثم بعد ذلك أفتى بأنّها كفارة يمين مطلقاً(7).

و لا يخفى أنّ المصير إلى التفصيل في النذر إنّما هو لاختلاف الروايات و للتوصّل إلى الجمع بينها، و الأمر في العهد ليس كذلك، بل إنّما أن يحكم فيه بالكبيرة المخيرة؛ نظراً إلى ما ذكرناه من الروايات الخاصة فيه، و إنّما أن يجعل فيه كفارة يمين؛ التفاتاً إلى ضعفها و كونه كاليمين في الالتزام. و لأصالة البراءة من الزائد.

ثمّ عدّ إلى عبارة المصنّف، و اعلم أنّ قوله «وكذا كفارة الحنث في العهد، و في النذر

ص: 99

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 315، ح 1170؛ الاستبصار، ج 4، ص 54. ح 187.

2- في حاشية «خ، و»: «في طريق الأولى محمّد بن أحمد الكوكبي و هو مجهول، و في طريق الثانية إسماعيل مطلق، و حفص بن عمر و أبوه مجهولان (منه قدّس سرّه)»

3- المقنعة، ص 569.

4- قواعد الأحكام، ج 3، ص 296.

5- قواعد الأحكام، ج 3، ص 307.

6- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 97.

7- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 100.

. وما يحصل فيه الأمران كفارة اليمين و هي عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فإن عجز صام ثلاثة أيام.

## وجوب كفارة الجمع

و كفارة الجمع هي كفارة قتل المؤمن عمداً ظلماً. و هي عتق رقبة و صوم شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكيناً.

على التردد» يقتضي إيجاب الكفارة المخيرة في خلف العهد والنذر مطلقاً، كما في حكمه إذا كان صوماً فأفطره، لكن في الإفطار بجزم، و في باقي أفراد النذر و مطلق العهد على تردد.

وقوله بعد ذلك «والواجب في كل واحدة عتق رقبة - إلى قوله - على الأظهر» يقتضي العود إلى ترجيح وجوب الكفارة المخيرة في الجميع بعد التردد، وهو نظير ما يتفق في قوله «فيه تردد، أظهره كذا».

قوله: «وما يحصل فيه الأمران كفارة اليمين» إلى آخره.

أي يجتمع فيها التخيير و الترتيب.

فالأول في الخصال الثلاث الأول، و الثاني في الصيام، فإنه مرتب على العجز عن الثلاث السابقة.

والحكم في هذه الكفارة محلّ وفاق بين المسلمين من حيث إنها منصوطة في القرآن(1).

قوله: «و كفارة الجمع هي كفارة قتل المؤمن عمداً ظلماً» إلى آخره.

المراد بالمؤمن هنا المسلم و من بحكمه، كولد الصغير و المجنون، ولا فرق فيه بين الذكر و الأنثى، و الحرّ و العبد. و يشترط كون القتل مباشرة لا تسببياً، كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى(2).

ص: 100

1- المائدة(5): 89.

2- يأتي في ج 12، ص 645 - 646.

وهي سبع:

كفارة الحلف بالبراءة

الأولى: • من حلف بالبراءة فعليه كفارة ظهار، فإن عجز فكفارة يمين. وقيل: يأثم ولا كفارة. وهو أشبهه.

قوله: «من حلف بالبراءة فعليه كفارة ظهار» إلى آخره.

لا خلاف في تحريم الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الأئمة عليهم السلام. وقد روي أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ سمع رجلاً يقول: أنا بريء من دين محمد، فقال له رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «ويلك أبرئت من دين محمد؟! فعلى دين من تكون؟» قال: فما كلمه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حتى مات (1).

وعن يونس بن ظبيان، قال، قال لي: «يا يونس، لا تحلف بالبراءة منّا، فإنه من حلف بالبراءة منّا صادقاً أو كاذباً فقد برئ منّا» (2).

واختلف في أنه هل تجب بذلك كفارة أم لا؟ فذهب الشيخان (3) وجماعة (4) إلى وجوب كفارة ظهار، فإن عجز فكفارة يمين. وهو الذي نقله المصنّف.

وقال ابن حمزة: يلزمه كفارة النذر (5).

ص: 101

1- الكافي، ج 7، ص 438، باب كراهية اليمين بالبراءة...، ح 1؛ الفقيه، ج 3، ص 373، ح 4313؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 284، ح 1041.

2- الكافي، ج 7، ص 438، باب كراهية اليمين بالبراءة...، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 375، ح 4320؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 284، ح 1042.

3- الشيخ المفيد في المقنعة، ص 558 - 559؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص 570.

4- منهم سلّار في المراسم، ص 185؛ وابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 421.

5- الوسيلة، ص 349.

وقال الصدوق: إنه يصوم ثلاثة أيام، ويتصدّق على عشرة مساكين(1). والكلّ ضعيف لا يرجع إلى مستند صالح، فلذلك اختار المصنّف: أنّه يَأْتُم ولا كَفَّارة.

ولكن روى محمّد بن يحيى - في الصحيح - قال: كتب محمّد بن الحسن الصفّار إلى أبي محمد العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلّى الله عليه وآله وسلّم، فحنث، ما توبته وكفّارته؟ فوقع عليه السلام: «يطعم عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ، ويستغفر الله عزّ وجلّ»(2).

وبمضمونها أفتى في المختلف(3). ولا بأس بالعمل بمضمونها؛ لصحّتها.

وقال المصنّف في نكت النهاية: «الحقّ عندي أنّه لا كفّارة في شيء من ذلك؛ لأنّ ما ذكره الشيخان لم يثبت، وما تضمّنته الرواية نادر، فلا تنهض المكاتبة بالحجّة؛ لما يتطرّق إليها من الاحتمال»(4).

واعلم أنّ ظاهر عبارة المصنّف ترتّب الكفّارة على مجرد التلفّظ بذلك وإن لم يخالف. وهو الذي يقتضيه إطلاق الشيخ(5) والقاضي(6) والصدوق(7) وجماعة(8).

والمفيد(9) صرّح بترتّبها على المخالفة، وكذلك في المختلف(10)؛ استناداً إلى ما دلّت عليه

ص: 102

- 
- 1- المقنع، ص 408.
  - 2- الكافي، ج 7، ص 461، باب النوادر، ح 7؛ الفقيه، ج 3، ص 378، ح 4333؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 299، ح 1108.
  - 3- مختلف الشيعة، ج 8، ص 163، المسألة 1.
  - 4- نكت النهاية، ج 3، ص 65.
  - 5- النهاية. ص 570.
  - 6- المهذّب، ج 2، ص 421.
  - 7- المقنع، ص 408.
  - 8- منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص 229؛ والشهيد في اللمعة الدمشقيّة، ص 111 وما بعدها (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13).
  - 9- المقنعة، ص 558 - 559.
  - 10- مختلف الشيعة، ج 8، ص 163، المسألة 1.



الثانية: • في جز المرأة شعرها في المصاب عتق رقبة، أو صيام شهرين

متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً. وقيل: مثل كفارة الظهار. والأول مروى.

وقيل: تأثم ولا كفارة؛ استضعافاً للرواية وتمسكاً بالأصل.

المكاتبة المذكورة. وهذا أقوى؛ وقولاً فيما خالف الأصل على مورد النص.

قوله: «في جز المرأة شعرها في المصاب عتق رقبة» إلى آخره.

القول الأول لابن البراج (1)؛ استناداً إلى رواية خالد بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا خدشت المرأة وجهها أو جزت شعرها أو تنفتته، ففي جز الشعر عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً» (2).

والمفهوم من «في» الإيجاب، مثل: «في أربعين شاة»، و«في النفس المؤمنة مائة من الابل»؛ لأنها للسببية. وإنكار بعضهم (3) إفادتها ذلك مردود.

نعم طريق الرواية ضعيف، فإن خالد بن سدير غير موثق، وقد قال الصدوق: إن كتابه موضوع (4).

وفي طريقه أيضاً محمد بن عيسى، وهو ضعيف (5).

والقول بوجوب كفارة الظهار لسائر (6)، وابن إدريس، وأسندته إلى ما رواه بعض الأصحاب (7). وهو مستند وإبهام؛ فلذلك قال المصنف: إنه تأثم ولا كفارة تمسكاً بالأصل واستضعافاً للحكم الناقل عنه. وهذا هو الأقوى.

ص: 103

1- المهذب، ج 2، ص 424.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 325، ح 1207.

3- هو فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 4، ص 82.

4- حكاة عنه الشيخ الطوسي في الفهرست، ص 174، الرقم 269.

5- الفهرست الشيخ الطوسي، ص 402، الرقم 612.

6- لم نثر عليه في المراسم نعم نسبه إليه الشهيد في غاية المراد، ج 3، ص 328 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 3).

7- السرائر، ج 3، ص 78.

الثالثة: • تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب وخدش وجهها، و شقّ الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين.

واعلم أنّ الكفارة على تقدير وجوبها مترتبة على جزء في المصاب، والمفهوم منه جرّ جميعه.

و المراد من الجرّ القصّ، فلا يلحق به النتف ولا الإحراق ولا القرض بالسّن.

ويحتمل قوياً إلحاق الحلق. ولا يلحق جرّه في غير المصاب به على الأقوى. وألويّة دخوله ممنوعة؛ لجواز اختصاص المصاب بما فيه من إشعار السخط بقضاء الله تعالى.

و ظاهر الرواية وقوع ذلك منها مباشرة، فلو تسببت به ففي إلحاقه نظر أقربه العدم؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين. ولو فعلت ذلك لحاجة فلا شيء إجماعاً.

قوله: «تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب وخدش وجهها» إلى آخره.

لم ينقل المصنّف في ذلك خلافاً، مع أنّه صدر المقصد بالمواضع المختلف فيها. و الوجه في ذلك عدم ظهور مخالف في أكثرها، مع ضعف المستند في الجميع، فإنّ الرواية السابقة عن خالد بن سدير بطريق محمّد بن عيسى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شقّ ثوبه على أخيه أو على أمّه أو على أخته أو على قريب له، قال: «لا بأس بشقّ الجيوب، فقد شقّ موسى بن عمران جيبه على أخيه هارون عليهما السلام. ولا يشقّ الوالد على ولده ولا زوج على امرأته وتشقّ المرأة على زوجها. وإذا شقّ زوج على امرأته أو والد على ولده فكفّارته حنث يمين، ولا صلاة لهما حتّى يكفّرا ويتوبا من ذلك. وإذا خدشت المرأة وجهها أو جرّت شعرها أو نتفتها، ففي جرّ الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً. وفي خدش الوجه إذا أدمت وفي النتف كفارة حنث يمين. ولا شيء في لطم الخدود سوى الاستغفار والتوبة، ولقد شققن ولطن الخدود الفاطميّات على فقد الحسين عليه السلام، وعلى مثله تلطم الخدود وتشقّ الجيوب»<sup>(1)</sup>. وقد عرفت حال الرواية.

ص: 104

1- سبق تخريجها في ص 103، الهامش 2.

الرابعة: • كفارة وطء الحيض مع التعمد والعلم بالتحريم والتمكّن من التكفير، قيل: تستحبّ، وقيل: تجب، وهو الأحوط.

واعلم أنّ الكلام في نطف الجميع أو البعض كالكلام في الجزّ.

والمراد من الشعر هنا شعر الرأس؛ لأنّه المفهوم منه عرفاً.

والمراد بخدش الوجه قطع شيء من جلده، وإن لم يبلغ حدّ الخارصة. وفي الرواية تقييد بكونه مدمياً، والفتاوى مطلقة، بل صرّح بعضهم (1) بعدم اعتباره، وهو مطالب بالمستند، ولعلّه يعتمد على ما يظهر من الإجماع لا على الفتوى مجردة.

ولا يلحق به اللطم من غير خدش، ولا خدش غير الوجه من سائر الجسد.

ولا يتعدّى الحكم إلى الرجل، كما أنّ حكم شقّ الثوب لموت الولد والزوجة مخصوص، به فلا تجب على المرأة بشقّه مطلقاً، وإن كان محرماً على الجميع؛ لما فيه من إضاعة المال. ويدخل في الولد الذكر والأنثى وإن نزل، لا ولد الأنثى على الأقوى. ولا كفارة بشقّه

على غيرهما من الأقارب مطلقاً وإن حرم. وروي جوازه على الأب والأخ (2). ولا تلحق أمّ الولد والسريّة بالزوجة. نعم، يلحق المتمتّع بها والمطلقة رجعيّاً، والمعتبر مسمّى الشقّ لمسمّى الثوب.

قوله: «كفارة [وطء] الحيض مع التعمد والعلم بالتحريم والتمكّن من التكفير» إلى آخره.

القول بالوجوب للشيخين (3) والمرتضى (4)، وابن إدريس (5) وجماعة (6)؛ استناداً إلى روايات

ص: 105

1- هو العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 369، الرقم 5958.

2- الفقيه، ج 1، ص 174، ح 511.

3- الشيخ المفيد في المقنعة، ص 55؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص 571؛ والجمل والعقود ضمن الرسائل العشر، ص 162.

4- الانتصار، ص 126، المسألة 26.

5- السرائر، ج 1 ص 144؛ وج 3، ص 75-76.

6- منهم الصدوق في المقنع، ص 51 قال فيه: «وروي...» و 322؛ وسلار في المراسم، ص 43 - 44؛ وابن البرّاج في المهذب، ج 1،

ص 35 وج 2، ص 432؛ والراوندي في فقه القرآن، ج 1، ص 54.

مختلفة التقدير، ضعيفة الإسناد، وأشهرها رواية داود بن فرقد عن أبي عبد الله عليه السلام في كفارة الطمث أنه: «يتصدق إذا كان في أوله بدینار، وفي أوسطه بنصف دينار، وفي آخره بربع دينار»، قلت: فإن لم يكن عنده ما يكفر؟ قال: فليصدق على مسكين واحد، وإلا استغفر الله ولا يعود، فإن الاستغفار توبة وكفارة لمن لم يجد السبيل إلى شيء من الكفارة»(1). وفي طريقها ضعف وإرسال.

والقول بالاستحباب للشيخ أيضاً في النهاية(2)، وأكثر المتأخرين(3). وهو الأقوى؛ للأصل، وصحیحة العیص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل واقع امرأته وهي طامث قال: «لا يلتمس فعل ذلك، قد نهى الله أن يقربها»، قلت: فإن فعل أعلیه الكفارة؟ قال: «لا أعلم فيه شيئاً، يستغفر الله»(4). وغيرها من الأخبار(5).

و العجب من ذهاب المرتضى وابن إدريس إلى الوجوب، مع عدم عملهما بخبر الواحد الصحيح فضلاً عن الضعيف، ولكنهما استندا إلى ما فهماه من كونه إجماعاً؛ نظراً إلى العلم بنسب المخالف، وهو مشترك الإلزام.

والأصح الاستحباب؛ للتسامح في أدلة السنن ومقدارها بحسب أوقات الحيض مقرر في بابه(6).

ص: 106

1- تهذيب الأحكام، ج 1، ص 164، ح 471؛ الاستبصار، ج 1، ص 134، ح 459.

2- النهاية، ص 26.

3- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج 2، ص 261؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج 1، ص 107، الرقم 259؛ وقواعد الأحكام، ج 1، ص 216؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 1، ص 56؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 1، ص 321.

4- تهذيب الأحكام، ج 1، ص 164، ح 472؛ الاستبصار، ج 1، ص 134، ح 460.

5- تهذيب الأحكام، ج 1، ص 165، ح 472-474؛ الاستبصار، ج 1، ص 134-135، ح 460-462.

6- راجع ج 1، ص 65.

. ولو وطئ أمته حائضاً كُفِّر بثلاثة أمداد من طعام.

## كفارة الزواج بالمرأة في عدتها

الخامسة: • من تزوج امرأة في عدتها فارق وكُفِّر بخمسة أصوع من دقيق. وفي وجوبها خلاف، والاستحباب أشبه.

واحترز بقوله «مع التعمد والعلم عن الجاهل والناسي، فلا شيء عليهما مطلقاً. والحكم مختص بالرجل، فلا كفارة على المرأة مطلقاً.

قوله: «ولو وطئ أمته حائضاً كُفِّر بثلاثة أمداد من طعام».

هذا متفرع على السابق، فمن نفى الوجوب في وطء الزوجة نفاه هنا، ومن أثبته أثبته. ثم اختلفوا هنا، فالشيخ في النهاية(1)، وابن بابويه(2) على الوجوب بما ذكره، وكذلك المرتضى مدعياً الإجماع(3)، والباقون على الاستحباب، وهو أقوى؛ تمسكاً بالبراءة الأصلية، واستضعافاً لمستند الحكم، وتساهلاً بأدلة السنن.

قوله: «من تزوج امرأة في عدتها فارق وكُفِّر بخمسة أصوع من دقيق» إلى آخره.

القول بوجوب هذه الكفارة للشيخ في النهاية(4)؛ ظاهراً، ولا بن حمزة(5) صريحاً، وكذلك العلامة في القواعد(6) والتحرير(7)، وولده في الشرح(8).

والمستند رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن امرأة تزوجها رجل فوجد لها زوجاً، قال: «عليه الحد وعليها الرجم؛ لأنّه قد تقدّم بعلم وتقدّمت هي بعلم،

ص: 107

1- النهاية، ص 571 - 572.

2- المقنع ص 52.

3- الانتصار، ص 364، المسألة 204.

4- النهاية، ص 572.

5- الوسيلة، ص 354، وعبارة الوسيلة كعبارة النهاية.

6- قواعد الأحكام، ج 3، ص 297، وفيه: «على رأي».

7- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 370، الرقم 5960.

8- ايضاح الفوائد، ج 4، ص 83

وكفّارته إن لم يقدّم إلى الإمام أن يتصدّق بخمسة أصوع دقيماً»(1).

وروى الصدوق عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة ولها زوج فقال: «إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدّق بخمسة أصوع دقيماً بعد أن يفارقها»(2). والمفهوم من «عليه» الوجوب.

وحملوا المعتدّة على ذات البعل أما في العدّة الرجعيّة فظاهر، وأما في البائن؛ فلعدم فرق الأصحاب بين العدّتين، فالفرق إحداث قول ثالث. ولا يخفى عليك ضعف هذا الاستدلال، وعدم المانع من إحداث مثل هذا القول الثالث لمن يعتمد مثل هذه الرواية؛ لأنّ قول المعصوم ليس بمتحقّق في أحد القولين، ومن الجائز كونه قائلاً بخلاف قولهما، كما لا يخفى على المنصف.

ثمّ في الرواية ضعف باشتراك أبي بصير بين جماعة منهم الثقة(3) والضعيف(4)، وفي طريقها أيضاً إسماعيل بن مرار وحاله مجهول.

ثمّ فرض المسألة في المعتدّة دون المزوّجة مع ورود النصّ فيها ليس بجيد، وإن تمّ الحمل لا وجه لجعل الفرع أصلاً، ومن ثمّ أنكر ابن إدريس الوجوب(5)، وكذلك المصنّف؛ عملاً بالأصل. وهو أقوى.

نعم، لا بأس بالاستحباب لما ذكرناه، مع أنّ الرواية لا تدلّ على الوجوب؛ لعدم لفظ الأمر ومعناه

ص: 108

1- تهذيب الأحكام، ج 10، ص 21، ح 62؛ الاستبصار، ج 4، ص 209، ح 781.

2- الفقيه، ج 3، ص 470، ح 4641.

3- رجال النجاشي، ص 441 الرقم 1187؛ اختيار معرفة الرجال، ص 238 - 239، ح 431 و 443.

4- رجال الطوسي، ص 346، الرقم: 5172؛ خلاصة الأقوال، ص 416، الرقم 1687.

5- السرائر، ج 3، ص 77.

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

واعلم أن «الأصوغ» بإسكان الصاد وضَمّ الواو، أو بالهمزة المضمومة مكان الواو(1)، أما «أصيع» بلا واو ولا همزة فهو لحن، وما وجد في الرواية ونهاية الشيخ بغير همز ولا واو فذلك بحسب صورة الخط؛ لكنها مهموزة كما هو أحد لغاتها، والكتابة واحدة، وبواسطة ذلك اشتبه الحال على ابن إدريس، فأورد على الشيخ السهو في الخط(2)، وليس كذلك، وقال الشهيد (رحمه الله): وجدته بخط الشيخ بيده في النهاية كذلك، وعليه همزة، إيداناً بأنها مهموزة(3).

قوله: «من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً، على رواية فيها ضعف، ولعل الاستحباب أشبه».

القول بوجوب ذلك للمرتضى مدّعياً الإجماع(4)، وللشيخ في النهاية(5)؛ استناداً إلى رواية عبد الله بن المغيرة عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة ولم يقم إلا بعد انتصاف الليل قال: «يصلّيها ويصبح صائماً»(6).

والإجماع ممنوع، والرواية مرسلّة، ومع ذلك لا تدلّ على الوجوب؛ إذ لا أمر، ولا يلزم من عطفه على الصلاة الواجبة وجوبه. والأصح الاستحباب كما اختاره المصنّف

ص: 109

1- الصحاح، ج 3، ص 1247؛ لسان العرب، ج 8، ص 215، «صوغ».

2- السرائر، ج 3، ص 77.

3- غاية المراد، ج 3، ص 329 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 3)؛ ولكلام الشيخ الطوسي راجع النهاية، ص 572.

4- الانتصار، ص 365، المسألة 205.

5- النهاية، ص 572.

6- الكافي، ج 3، ص 295، باب من نام عن الصلاة...، ح 11؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 323، ح 1200.

السابعة: • من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكيناً مدين، فإن عجز تصدق بما استطاع، فإن عجز استغفر الله. وربما أنكر ذلك قوم؛ بناءً على سقوط النذر مع تحقق العجز.

المقصد الثالث في خصال الكفارة

وهي العتق والإطعام والصيام.

قوله: «من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكيناً مدين - إلى قوله - بناءً على سقوط النذر مع تحقق العجز».

هذا قول الشيخ (رحمه الله) (1)، وتبعه عليه جماعة منهم المصنّف، والعلامة في بعض كتبه (2).

والمستند رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل عليه صياماً في نذر ولا يقوى قال: «يعطي من يصوم عنه كل يوم مدين» (3). وفي بعض الروايات «مد» (4).

والجميع مشترك في ضعف السند، والقصور في الدلالة على المدعى؛ إذ ليس فيها ما يدل على الأمر المفيد للوجوب، ولا على وجوب الصدقة بما استطاع على تقدير العجز عن المدين أو المد، ومع ذلك يخالف الأصول المقررة: فإن العجز عن المنذور يوجب سقوطه بغير كفارة.

فالقول بالاستحباب أجود.

قوله: «في خصال الكفارة وهي العتق والإطعام والصيام».

ص: 110

1- النهاية، ص 571.

2- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 97.

3- الكافي، ج 7، ص 457، باب النذور، ح 15؛ الفقيه، ج 3، ص 374، ح 4317؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 306، ح 1138.

4- الكافي، ج 4، ص 143، باب كفارة الصوم، ح 2؛ الفقيه، ج 2، ص 154، ح 2013 و 2014؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 313، ح 946.



القول • في العتق

ويتعيّن على الواجد في الكفّارات المرتّبة.

ويتحقّق الوجدان بملك الرقبة، وملك الثمن مع إمكان الاتباع.

ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف:

اللام في «الكفّارة» إما للمعهود الذكري، وهي المذكورة سابقاً(1) الموجبة للخصال الثلاث على الترتيب ككفّارة الظهر، أو هي خاصّة بقرينة ذكر الترتيب في أول البحث عن كلّ خصلة.

وأحكام المخيرة وكفّارة الجمع يستفاد ممّا يذكر في المرتّبة.

وأما الكسوة، فإنّها وإن كانت من خصال الكفّارة، إلا أنّها مختصّة بكفّارة اليمين، فأدرجها في آخر بحث الإطعام(2).

وإنّما خصّ البحث بالمرتّبة؛ لأنّها المعقود لأجلها الكلام، والمستطرد بسببها باقي الأقسام وهي كفّارة الظهر، وإلا ففي الكفّارات ما لا تجتمع فيه الخصال مطلقاً، وفيها ما لا عتق فيه كما لا يخفى.

قوله: «في العتق ويتعيّن على الواجد في الكفّارات المرتّبة» إلى آخره.

حكم الشارع على من وجب عليه الكفّارة بالعتق مرتّب على وجودها بالفعل أو بالقوّة، كما ينّبّه عليه قوله تعالى -بعد قوله «فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ» - : «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِدْقٌ يَوْمَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»(3)، والوجدان أعمّ من الملك؛ لأنّه يشمل - لغةً وعرفاً - من لا يملك الرقبة، ولكنّه يقدر على شرائها بما يملكه من الثمن فاضلاً عن المستثنيات، كما يعتبر فيها مع وجودها على ملكه أن تكون فاضلةً عنها. وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى(4)

ص: 111

1- سبق في ص 85.

2- راجع ص 168.

3- المجادلة(58): 4.

4- يأتي في ص 149 - 150.

الوصف الأول: • الإيمان

وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً، وفي غيرها على التردد، والأشبه اشتراطه. والمراد بالإيمان هنا: الإسلام أو حكمه.

ويستوي في الإجزاء الذكر والأنثى، والصغير والكبير. والطفل في حكم المسلم، ويجزئ إن كان أبواه مسلمين أو أحدهما ولو حين يولد.

وفي رواية: لا يجزئ في القتل خاصة إلا البالغ الحنث. وهي حسنة.

قوله: «الإيمان وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً - إلى قوله - وهي حسنة»

اتفق العلماء على اشتراط الإيمان في المملوك الذي يعتق عن كفارة القتل بقوله تعالى في كفارة قتل الخطأ: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» (1) وحملوا الكفارة الواجبة في قتل العمدة عليه؛ لاتحاد جنس السبب وهو القتل.

واختلفوا في اشتراطه في باقي الكفارات حيث يجب فيها العتق، فالأكثر على الاشتراط؛ حملاً للمطلق على المقيّد وإن اختلف السبب، على ما يقوله جمع من الأصوليين (2).

ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال: سألته أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: «لا» (3).

ولقوله تعالى: «وَلَا يَتَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» (4)، والكافر خبيث والكفارة إنفاق، والنهي يدلّ على الفساد؛ ولأنّ الذمّة مشغولة بالعتق يقيناً، وبدون المؤمن لا يخرج عن عهدة التكليف يقيناً، فلا يجزئ في رفع ما وجب باليقين إلا اليقين.

وفي الكلّ نظر.

ص: 112

1- النساء(4): 92.

2- 2. راجع المدة في أصول الفقه، الشيخ الطوسي، ج 1، ص 330؛ الإحكام في أصول الأحكام الأمدى، ج 3، ص 7.

3- الفقيه، ج 3، ص 142 - 143، ح 3526؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 218، ح 78؛ الاستبصار، ج 4، ص 2، ح 1.

4- البقرة (2): 267.

أما الأول؛ فلأنَّ الجمع بين المطلق والمقيّد إنّما يجب حيث يحصل التنافي بينهما، وذلك مع اتّحاد السبب لا مع اختلافه؛ إذ لا منافاة بين أن يقول الشارع: «أعتق رقبةً مؤمنةً» في كفّارة القتل ولا- تجزئ الكافرة، وبين قوله في كفّارة الظهار ونحوها: «تجزئ الكافرة». و القول بوجوب حمل المطلق على المقيّد مع اختلاف السبب قد تبين ضعفه في الأصول. وهؤلاء المحقّقون القائلون باشتراط الإيمان مطلقاً لا يقولون بذلك القول، وإنّما مشوا فيه هنا مع قائله. ورواية سيف ضعيفة السند(1)، وأخصّص من المدعى.

وأما النهي عن إنفاق الخبيث فالظاهر منه - وهو الذي صرح به المفسّرون(2)- أنّه الرديء من المال يعطى الفقير، وربما كانت الماليّة في الكافر أكثر منها في المسلم، والإنفاق لماليته لا لمعتقده مع أنّ مثل هذا لا يطلق عليه الإنفاق لغةً ولا عرفاً.

وأما شغل الذمّة بالعتق فيتفرّغ منه بامتنال ما أمر به الشارع، فإذا أمر بتحرير رقبة وأطلق برئت الذمّة بامتنال الأمر كذلك، ولا يراد من الخروج عن عهدة التكليف في هذا وغيره إلا ذلك.

نعم، القائلون بالقياس قاسوا على كفّارة القتل غيرها بجامع الكفّارة، واستأنسوا له باشتراط العدالة في الشاهدين من قوله: «وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ»(3)، مع إطلاق قوله تعالى: «وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ... وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ»(4)، وغير ذلك من المطلقات(5). ومثل هذا لا يجدي عند أصحابنا.

ص: 113

1- راجع اختيار معرفة الرجال، ص 0552، ح 1042.

2- راجع مجمع البيان، ج 1، ص 381؛ وتفسير البيضاوي، ج 1، ص 224؛ والكشاف، ج 1، ص 314، ذيل الآية 267 من سورة البقرة (2).

3- الطلاق(65): 2.

4- البقرة(2): 282.

5- كالأية 2 من سورة النور (24).

وذهب جماعة - منهم الشيخ في المبسوط (1) والخلاف (2)، وابن الجنيد (3) - إلى عدم اشتراط

الإيمان في غير كفارة القتل؛ للأصل، وعملاً بالإطلاق.

إذا تقرّر ذلك، فالمراد بالإيمان هنا الإسلام، وهو الإقرار بالشهادتين. لا معناه الخاصّ وهو التصديق القلبي بهما؛ لأنّ ذلك لا يمكن الاطلاع عليه، وإنّما التكليف متعلّق بإظهار الشهادتين، ولا معناه الأخصّ وهو اعتقاد الإماميّة؛ لأنّ ذلك أمر متأخّر عن الإيمان المعتر

في الكفارة، واصطلاح خاصّ، والأصل عدم اشتراطه بعد انصرافه إلى غيره.

وربما قيل باشتراط الإيمان الخاصّ؛ لشبهة أنّ الإسلام لا يتحقّق بدونه، أو بدلالة النهي

عن إنفاق الخبيث عليه (4). وضعفهما واضح.

ولا فرق بين الصغير والكبير في ذلك، ولا بين الذكر والأنثى؛ عملاً بالعموم (5). ويتحقّق الإسلام في الصغير بالتبعية لأبويه أو أحدهما، ومن ثمّ يقتل به المسلم. ولا فرق في تبعيته لهما بين كونهما مسلمين حين يولد وبعده، ولا بين موته قبل أن يبلغ ويعزب (6) عن الإسلام وبعده عندنا. وللعمامة في هذا اختلاف.

والرواية التي أشار إليها بعدم إجزاء الصغير في كفارة القتل رواها معمر بن يحيى في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر من امرأته، يجوز عتق المولود في الكفارة؟ فقال: «كلّ العتق يجوز فيه المولود، إلّا في كفارة القتل، فإنّ الله تعالى

ص: 114

1- المبسوط، ج 4، ص 597.

2- الخلاف، ج 2، ص 187، المسألة 33.

3- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 250، المسألة 80؛ وممن لا يشترط الإيمان ابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 414.

4- راجع إيضاح الفوائد، ج 4، ص 85.

5- النساء (4): 92

6- في «خ»: «يَعْرُب» بدل «يعزب».

. ولا يجزئ الحمل ولو كان أبواه مسلمين وإن كان بحكم المسلم.

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

ولا يفتقر مع وصف الإسلام في الأجزاء إلى الصلاة، ويكفي في الإسلام الإقرار بالشهادتين. ولا يشترط التبري مما عدا الإسلام.

يقول: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» يعني بذلك مقرة قد بلغت الحنث» (1). ومثله روى الحسين بن سعيد عن رجاله عن الصادق عليه السلام (2).

وبمضمونها عمل ابن الجنيدي (3)، وهو قول موجه، إلا أن المختار الأول؛ للحقوق أحكام الإيمان به والارتداد بعد بلوغه ولو لم يسبق تلفظه بالشهادة بعد البلوغ فيكون حقيقة، ولقوله تعالى: «وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَمَا أَلَتْنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ» (4)، أي ألحقنا بهم ذرياتهم في الإيمان، فدل على أنهم مؤمنون، ولدخوله

في الوصية للمؤمنين ولو لا الحقيقة لما دخل. وهذه الأدلة لا تخلو من شيء.

قوله: «ولا يجزئ الحمل ولو كان أبواه مسلمين وإن كان بحكم المسلم» إلى آخره.

هنا مسائل:

الأولى: يعتبر في أجزاء الصغير انفصاله حياً قبل الإعتاق، فلا يجزئ الحمل وإن انفصل بعد ذلك حياً، ولا يكون ذلك كاشفاً عن صحة العتق ولا تمام السبب، وسواء انفصل لما دون ستة أشهر من حين العتق أم لأكثر؛ لأن الحمل لا يلحقه حكم الأحياء شرعاً، ومن ثم لا تجب فطرته وإن كان أبواه مسلمين وكان بحكم المسلم، حتى أن الجاني عليه يضمنه كالمسلم على تقدير موته بعد انفصاله حياً

ص: 115

1- تفسير العياشي، ج 1، ص 426، ح 1063؛ الكافي، ج 7، ص 462 - 463، باب النوادر، ح 15؛ والآية في سورة النساء (4): 92.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 320، ح 1187.

3- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 250، المسألة 80.

4- الطور (52): 21.

الثانية: يصحّ إسلام الأخرس بالإشارة المفهومة كما تصحّ عقوده بالإشارة. فإذا كان أبواه

كافرين فأسلم بالإشارة المفهومة حكم بإسلامه وأجزأ عتقه.

وفي حكمه الأعجمي الذي لا يفهم لغته، وروي أنّ رجلاً جاء إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ومعه جارية أعجمية أو خرساء فقال: يا رسول الله عليّ عتق رقبة، فهل تجزئ عتبي هذه؟ فقال لها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «أين الله»؟

فأشارت إلى السماء، ثمّ قال لها: «من أنا»؟ فأشارت إلى أنّ رسول الله، فقال له: «أعتقتها فإنّها مؤمنة»<sup>(1)</sup>.

قيل: وإتّما جعلت الإشارة إلى السماء دليلاً على إيمانها؛ لأنّهم كانوا عبدة الأصنام، فأفهمت بالإشارة البراءة منها؛ لأنّ الإله الذي في السماء ليس هو الأصنام، ولا يراد بكونه فيها التحيّز، بل على حدّ قوله: «وَهُوَ الَّذِي فِي السَّمَاءِ إِلَهٌ»<sup>(2)</sup>.

ولا يفتقر الأخرس مع إسلامه بالإشارة المفهومة إلى الصلاة؛ لأنّها فرع الإسلام، والمعتبر

ثبوت أصله، ولما ذكرناه من الأدلّة.

وقال بعض العامّة: لا يحكم بإسلامه إلّا إذا صَلَّى بعد الإشارة<sup>(3)</sup>؛ لأنّ الإشارة غير صريحة في الغرض فتؤكّد بالصلاة. وحمله بعضهم على ما إذا لم تكن الإشارة مفهومة<sup>(4)</sup>.

الثالثة: المعتبر في اتّصافه بالإسلام أن يشهد أن لا إله إلّا الله وأن محمّداً رسول الله؛

لأنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ كان يكتفى بذلك من الأعراب ومن يُظهر الإسلام.

ولا يشترط التبرّي ممّا عدا الإسلام من الملل الباطلة؛ للأصل، وعدم نقله عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ

ص: 116

1- مسند أحمد، ج 5، ص 526، ح 18961؛ صحيح مسلم، ج 1، ص 381 - 382، ح 537/33؛ المعجم الكبير، ج 19، ص 398، ح 937؛ السنن الكبرى للبيهقي، ج 7، ص 638، ح 15272.

2- لم نعثر على القائل به؛ والآية 84 في سورة الزخرف (43).

3- حلية العلماء، ج 7، ص 184.

4- روضة الطالبين، ج 6، ص 257.

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

حيث كان يقبل من الكافر الإسلام. واعتبر بعض العامة ذلك (1). وفصّل آخرون فقالوا: «إن كان الكافر ممّن يعترف بأصل رسالة النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلّم، كقوم من اليهود يقولون: إنّه رسول مبعوث إلى العرب خاصّةً، فلا بُدّ من هذه الزيادة في حقّه، وإن كان ممّن ينكر أصل الرسالة كالوثني - فيكفي لإسلامه الكلمتان (2).

وإنّما يعتبر الإقرار بالشهادتين معاً في حقّ من ينكرهما كالمعطلّ والوثني، فلو كان موحداً لله تعالى وهو منكر للرسالة كفى إقراره بها.

وفي الاكتفاء بها من اليهودي والنصراني وجهان، أصحّهما عدم؛ لأنّهما مشركان في التوحيد كما تبه عليه تعالى بقوله - بعد حكايته عن مقالتهم - : «سُبْحٰنَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ» (3).

وإشراكهم باعتقاد إلهية عيسى والعزير وعلى تقدير اختصاص هذا الاعتقاد ببعض فرقهم لا وثوق منهم، بخلافه، فلا يكتفى منهم بدون الشهادتين.

قوله « ولا يحكم بإسلام المسيبي من أطفال الكفار» إلى آخره.

ما ذكره المصنّف من عدم الحكم بإسلام الطفل المسيبي المنفرد عن أبويه الكافرين هو المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخّرين؛ لعدم دليل صالح للحكم بالإسلام، وثبوت كفره قبل الانفراد عنهما فيستصحب.

وقول النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلّم: «كلّ مولود يولد على الفطرة، وإنّما أبواه يهودانه» (4)، الحديث لا يدلّ على الحكم بإسلامه على تقدير انفراده؛ لأنّه قد حكم عليه بالكفر قبل الانفراد، ولا دليل على زوال ذلك. ومجرّد ولادته على الفطرة - لو سلّم كون المراد بها الإسلام المحض - فقد

ص: 117

1- راجع روضة الطالبين، ج 6، ص 257.

2- راجع روضة الطالبين، ج 6، ص 257.

3- التوبة (9): 31.

4- الفقيه، ج 2، ص 49. ح 1670 بتفاوت يسير.

. ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردد. وهل يفرق بينه وبين أبيه؟

قيل: نعم، صوتاً له أن يستزلاه عن عزمه وإن كان بحكم الكافر.

زال ذلك بتبعية الأبوين، وليست التبعية علة في حال وجودهما خاصةً، بدليل أنهما لو ماتا عنه لم يحكم بإسلامه إجماعاً وإن كان في دار الإسلام. وكذا لو آجراه لمسلم مدة تتصل بالبلوغ ونحو ذلك.

وقال الشيخ في المبسوط: إنه يتبع السابي(1): محتجاً بأن هذا الطفل لا حكم له بنفسه، وليس هاهنا غير السابي فيحكم بإسلامه كما حكم بانتقاله بذلك من الحرية إلى الرقبة. واختاره الشهيد في الدروس(2).

وللأصحاب قول آخر أنه يتبعه في الطهارة لا غير؛ لمكان الحرج.

وتظهر فائدة الخلاف في جواز عتقه عن الكفارة إن اعتبرنا الإسلام، وفي لحوق أحكام المسلمين به من الصلاة عليه ودفنه على تقدير موته قبل البلوغ، وفي اشتراط إعرابه بالإسلام بعد البلوغ بغير فصل إن لم نحكم بإسلامه بالتبعية.

والأقوى الحكم بطهارته، وبقاء الشك في غيرها من أحكام الإسلام. وقد تقدم البحث

في هذه المسألة مستوفى في كتاب الجهاد(3).

قوله: «ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردد» إلى آخره.

وجه التردد من ارتفاع القلم عنه الموجب لسلب عبارته وتصرفاته التي من جملتها الإسلام، ومن تمام عقل المميز، واعتبار الشارع له في مثل الوصية والصدقة ففي الإسلام أولى، ولأن الإسلام يتعدى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبيه مؤمناً، فمباشرة للإيمان مع عدم إيمان أبيه أقوى. والوجه عدم الحكم بإسلامه بذلك.

والقول بالترقية بينه وبين أبيه؛ حذراً من أن يستزلاه عما عزم عليه من الإسلام حسن.

ص: 118

1- المبسوط، ج 1، ص 560.

2- حكاه عنه الشهيد في الدروس الشرعية، ج 2، ص 31 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10).

3- تقدم في ج 2، ص 454 وما بعدها.



الوصف الثاني: • السلامة من العيوب

فلا يجزئ الأعمى، ولا الأجدم، ولا المقعد، ولا المنكّل به؛ لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب.

ويجزئ مع غير ذلك من العيوب، كالأصم والأخرس، ومن قطعت إحدى يديه أو إحدى رجليه. ولو قطعت رجلاه لم يجزئ؛ لتحقق الإقعاد.

وينبغي القول بتبعيته حينئذٍ للمسلم في الطهارة إن لم نقل بقبول إسلامه؛ حذراً من الحرج والضرر اللاحقين بمن يحفظه من المسلمين إلى أن يبلغ؛ إذ لو بقي محكوماً بنجاسته لم يرغب في أخذه، لاقتضائه المباشرة غالباً، وليس للقائلين بطهارة المسبّي دليل أوجبها بخصوصها دون باقي أحكام الإسلام سوى ما ذكرناه ونحوه.

قوله: «السلامة من العيوب فلا يجزئ الأعمى ولا الأجدم - إلى قوله - لتحقق الإقعاد». العيوب الكائنة بالمملوك إن كانت موجبة لعتقه، كالعمى والجدام والإقعاد والتنكيل من مولاه، فلا اشتباه في عدم إجزائه في الكفارة؛ لسبق الحكم بعتقه على إعتاقه لها، وإلا فإن لم تنقص ماليته ولا - تخلّ باكتسابه، كقطع بعض أنامله ونقصان إصبع من أصابعه ونحو ذلك. فلا خلاف في كونه مجزئاً. وإن أوجبت نقص الماليّة وأخلّت بالاكْتساب وأضرّت به ضرراً بيّناً - كقطع اليدين أو إحداهما - فالأظهر عندنا أنه لا يمنع؛ لعموم قوله تعالى: «فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ» (1) الشامل للناقصة والتامة.

وقال ابن الجنيّد: «لا يجزئ الناقص في خلقه ببطلان الجارحة إذا لم يكن في البدن سواها، كالخصي والأصم والأخرس وإن كان أشلّ من يد واحدة أو أقطع منها جاز» (2)

ص: 119

1- النساء (4): 92.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 264، المسألة 91.

. ويجزئ ولد الزنى. ومنعه قوم؛ استسلاًفاً لوصفه بالكفر، أو لقصوره عن صفة الإيمان. وهو ضعيف.

وقال الشيخ في المبسوط: فأما مقطوع اليدين والرجلين، أو اليد والرجل من جانب

واحد، فإنه لا يجزئ بلا خلاف(1).

وقال بعد ذلك - وبعد تفصيل مذاهب الناس في ذلك :

والذي نقوله في هذا الباب: إن الآفات التي ينعق بها لا يجزئ معها، فأما من عدا هؤلاء

فالظاهر أنه يجزئه(2)

وهذا موافق لما ذكرناه، لكنّه يخالف ما ذكره سابقاً.

قوله: «ويجزئ ولد الزنى، ومنعه قوم؛ استسلاًفاً لوصفه بالكفر» إلى آخره.

الأصح أن ولد الزنى كغيره من المكلفين بالنسبة إلى الإسلام والإيمان، فإذا بلغ وأعرب

عن نفسه بالشهادتين فهو مسلم، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، فيجزئ عتقه عن الكفارة. وقال السيد المرتضى: لا يجزئ. واستدل عليه بإجماع الفرقة ويقول تعالى: «وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ»، وهو يتناول ولد الزنى(3).

وكذا منع منه ابن الجنيد؛ محتجاً بالآية(4)

وجوابه: منع الإجماع ودلالة الآية، فإنه مع إظهار الإسلام لا يُعدّ خبيثاً، ولو سلّم فعتقه

لا يعدّ نفقةً كما أسلفناه.

وروى سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنى»(5)، وهو شامل للكفارة وغيرها.

ص: 120

1- المبسوط، ج 4، ص 193.

2- المبسوط، ج 4، ص 194.

3- الانتصار، ص 367 المسألة 209؛ والآية في سورة البقرة (2): 267.

4- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 264، المسألة 91.

5- الكافي، ج 6، ص 182، باب عتق ولد الزنى...، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 144، ح 3531؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 227، ح 816

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

هذا مع بلوغه وإظهاره الإسلام، أمّا قبل بلوغه ففي إجزائه نظر؛ إذ ليس مسلماً بنفسه، ولا تابعاً فيه لغيره؛ لانتفائه عن الأبوين شرعاً وإن كان ولدًا لهما لغةً، والظاهر عدم إجزائه حينئذٍ.

نعم، هو طاهر إذا كان متولّداً من مسلمين وإن انتفى عنهما؛ لأصالة الطهارة، وكون

النجاسة متوقّفة على الحكم بكفره ولو تبعاً، وهو منفيّ على الأصحّ.

ولو كان متولّداً من كافرين ففي الحكم بنجاسته نظر، من عدم إلحاقه بهما حتّى يتبعهما

في النجاسة، ومن أنّه من أجزائهما لغةً وإن انتفى شرعاً.

ويقوى الإشكال لو تولّد من مسلم وكافر.

قوله: «أن يكون تامّ الملك فلا يجزئ المدبّر ما لم ينقض تدبيره» إلى آخره.

القول بعدم إجزاء عتق المدبّر ما لم ينقض تدبيره قبل العتق للشيخ في النهاية<sup>(1)</sup> وتلميذه القاضي<sup>(2)</sup> وابن الجنيّد<sup>(3)</sup>؛ لحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يجعل لعبده العتق إن حدث به حدث، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفّارة يمين أو ظهار، أيجزئ عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبة الواجبة؟ قال: «لا»<sup>(4)</sup>. ومثله موثّقة عبد الرحمن<sup>(5)</sup>.

ص: 121

1- النهاية، ص 569.

2- المهدّب، ج 2، ص 414.

3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 267، المسألة 96.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 248 - 249، ح 900.

5- الفقيه، ج 3، ص 122 - 123، ح 3468؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 265، ح 967.

. ولا المكاتب المطلق إذا أدى من كتابته شيئاً. ولو لم يؤدّ أو كان مشروطاً، قال في الخلاف: لا يجزئ. ولعلّه نظر إلى نقصان الرقّ؛ لتحقق الكتابة وظاهر كلامه في النهاية أنّه يجزئ ولعلّه أشبه من حيث تحقق الرقّ.

وقال الشيخ في كتابي الفروع (1) وابن إدريس (2) والمتأخرون (3): يجزئ، ويكون عنقه فسخاً للتدبير؛ لأنّه بمنزلة الوصية يبطلها التصرف الناقل عن الملك ويقع صحيحاً كما مرّ في بابه (4)، وهذا هو الأشهر.

ويمكن حمل الرواية على من جعل ذلك بوجهٍ لازم، أو تحمّل على الكراهة.

قوله: «ولا المكاتب المطلق إذا أدى من كتابته شيئاً» إلى آخره.

يمكن توجيه عدم إجزاء عنقه أيضاً بأنّ الكتابة معاملة بين السيّد والمملوك، وهي لازمة من قبل السيّد على ما يأتي (5) مطلقاً، وقد خرج بها عن الملك خروجاً متزلزلاً، حتّى قيل: إنّها بيع للعبد من نفسه (6). والأصل لزوم العقود، والآية تتضمّن الأمر بالوفاء بها (7). والعتق يستلزم الملك، وبقاؤه في المكاتب غير معلوم، ومن ثمّ لم تجب فطرته ولا نفقته، وانتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرف وغيره وإن نهاه السيّد. والحجر عليه في بعض التصرفات؛ مراعاةً لوفاء الدين لا يقتضي كونه باقياً في الرقّ. وعوده إليه على تقدير العجز أمر متجدّد، وقد بيّنا أن خروجه غير مستقرّ، فالقول بعدم الجواز متوجّه لذلك.

ص: 122

1- المبسوط، ج 4، ص 183 و 599؛ الخلاف ج 4، ص 545، المسألة 31.

2- السرائر، ج 3، ص 73.

3- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج 2، ص 264؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 377؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 4، ص 88؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج 3، ص 403.

4- مرّ في ج 5، ص 272 - 273.

5- يأتي في ص 443.

6- قال به أبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص 318؛ وابن إدريس في السرائر، ج 3، ص 26.

7- المائدة (5): 1.

. و بجزئ الأبق إذا لم يعلم موته.

نعم، يمكن توجيه الجواز من حيث إن تعجيل عتقه محض الإحسان إليه، وتحريره المحض متوقف على أداء المال، فهو متردد بين الأمرين. ولا يرد أن الأمر منحصر في الرقية أو الحرية؛ لأن المدعى وجود الحرية المتزلزلة فيه، وفيها معنى الحرية من وجه والرقية من آخر، وهي إلى الأول أقرب.

وبالجملة، فالحكم موضع التردد إن لم ترجح جانب المنع، وقد مال إليه في المختلف(1).

والأقوى صحة عتقه ما لم يتحرر منه شيء؛ استصحاباً لحكم الرقية إلى أن يثبت المزيل، ولا ثبوت قبل أداء المطلق شيئاً من مال الكتابة أو كونه مشروطاً، فحكم الرق مستصحب، ولجواز التبرع بعتقه اتفاقاً، وذلك دليل بقاء الرقية. وثبوت المعاملة ووجوب الوفاء بها مسلم لكن لا يقتضي خروجه عن الرقية. وكونها بيعاً للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا كما سيأتي(2).

قوله: «وبجزئ الأبق إذا لم يعلم موته».

الأصالة بقاءه حياً، ومن ثم وجبت فطرته، ويستمر حكم الرق إلى أن ينقطع خبره ويمضي عليه مدة لا يعيش إليها عادةً.

ويؤيده رواية أبي هاشم الجعفري - في الحسن - قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قد أبق منه مملوكه يجوز أن يعتقه في كفارة الظهار؟ قال: «لا بأس به ما لم يعرف منه موتاً»(3).

واستوجه في المختلف الرجوع فيه إلى الظن، فيصح عتقه مع ظن حياته، ويبطل مع ظن وفاته أو اشتباه الحال(4). ومختار المصنف أصح.

ص: 123

1- مختلف الشيعة، ج 8، ص 100، المسألة 48 وص 139، المسألة 98.

2- يأتي في ص 430 وما بعدها.

3- الكافي، ج 6، ص 199 - 200، باب الإباق، ح 3؛ الفقيه، ج 3، ص 144، ح 3530؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 247، ح 890.

4- مختلف الشيعة، ج 7، ص 432، المسألة 85.

و كذلك تجزئ المستولدة؛ لتحقق رقيتها.

وقال بعض الشافعية: لا يصح عتقه عن الكفارة مطلقاً، لنقصان الملك (1). وهو ممنوع. و المغصوب كالأبق.

قوله: «وكذلك تجزئ المستولدة؛ لتحقق رقيتها».

المشهور بين الأصحاب جواز عتق أمّ الولد في الكفارة كما يجوز عتقها تبرعاً؛ لبقاء الملك وإن امتنع بيعها على بعض الوجوه، فإنّ عدم جواز البيع لا يقتضي زوال الملك، و لجواز بيعها على بعض الوجوه.

وفي بعض الأخبار عن زين العابدين عليه السلام: «أمّ الولد تجزئ في الظهار» (2). وهو شاهد.

ومنع منه بعض الأصحاب (3)، وهو مذهب بعض العامة (4)؛ لنقصان الرقّ باستحقاقها العتق لجهة الاستيلاء. وهو ممنوع، فإنّها إنما تستحقّ العتق بعد الموت لا مطلقاً، وإثما الثابت في حياة المولى المنع من التصرف بما يوجب نقل الملك، وتنجز العتق إحسان محض وتعجيل لما تشبّث به وأهلها الشارع له.

هذا إذا أعتقها المولى عن كفارته. أما عتقها عن كفارة غيره، إمّا بأن يبيعها لتعتق عن الكفارة، أو بمجرد أمر منّ عليه الكفارة للمالك بالعتق، ففي الصحّة إشكال آخر من حيث نقلها عن ملك المولى قبل العتق حقيقةً أو ضمناً، وهو ممتنع. وفيه وجه بالجواز من حيث استلزامه تعجيل العتق. وقد تقدّم الكلام فيه (5)، وسيأتي (6) أيضاً

ص: 124

1- راجع المجموع شرح المهذب، ج 11، ص 330.

2- الفقيه، ج 3، ص 535، ح 4853؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 319، ح 1185.

3- هو ابن الجنيدي على ما حكاه عنه السيوري في التنقيح الرائع، ج 3، ص 404؛ وراجع المهذب، ج 2، ص 415.

4- الحاوي الكبير، ج 10، ص 472؛ حلية العلماء، ج 7، ص 187؛ روضة الطالبين، ج 6، ص 261.

5- تقدّم في ص 123.

6- يأتي في ص 131.

• ولو أعتق نصفين من عبيدين مشتركين لم يجزئ؛ إذ لا يسمّى ذلك نسمة.

ولو أعتق شقصاً من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه، فإن نوى الكفارة وهو موسر أجزاء إن قلنا: إنه ينعق بنفس إعتاق الشقص وإن قلنا: لا ينعق إلا بأداء قيمة حصّة الشريك فهل يجزئ عند أدائها؟ قيل: نعم؛ لتحقق عتق الرقبة وفيه تردد، منشوه تحقّق عتق الشقص أخيراً بسبب بذل العوض لا بالإعتاق.

ولو كان معسراً صحّ العتق في نصيبه، ولا يجزئ عن الكفارة ولو أيسر بعد.

قوله: «ولو أعتق نصفين من عبيدين مشتركين لم يجزئ؛ إذ لا يسمّى ذلك نسمة».

المأمور به في الكفارة تحرير رقبة، وهي حقيقة في الواحدة الكاملة، فلو أعتق نصفين مملوكين لم يجزئ؛ لعدم صدق اسم الرقبة.

وقال بعض العامة: يجزئ، تنزيلاً للأشفاص منزلة الأشخاص، ولذلك تجب الزكاة على من ملك نصف ثمانين شاة(1)

ولهم قول آخر: إن باقي العبيدين إن كان حرّاً جزءاً وإلا فلا(2).

والفرق أنه إذا كان الباقي حرّاً أفاد الإعتاق الاستقلال والتخلّص من الرق، وهو مقصود من الإعتاق.

وكذا القول فيما لو أعتق ثلثاً من واحد وثلثين من آخر.

قوله: «ولو أعتق شقصاً من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه - إلى قوله - لتحقق عتق الرقبة».

إذا أعتق الموسر نصيبه من العبد المشترك سرى إلى نصيب صاحبه. وهل تحصل

ص: 125

---

1- الحاوي الكبير، ج 10، ص 485؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 11، ص 281، المسألة 8063؛ روضة الطالبين، ج 6، ص 263.

2- الحاوي الكبير، ج 10، ص 485؛ روضة الطالبين، ج 6، ص 263.

ذلك؛ لاستقرار الرقّ في نصيب الشريك. ولو ملك النصيب، فنوى إعتاقه عن الكفّارة صحّ وإن تفرّق العتق؛ لتحقق عتق الرقبة.

السراية بنفس اللفظ، أو بأداء القيمة، أو يتوقّف فإذا أدى القيمة تبين حصول العتق من وقت اللفظ؟ أوجه تأتي إن شاء الله تعالى.

وعلى الأوجه يتفرّع إعتاق العبد المذكور عن الكفّارة، فالمشهور بين الأصحاب صحّته إذا نوى عتقه عن الكفّارة، أما في نصيبه فظاهر، وأمّا في الباقي؛ فلأنّ سبب استحقاق عتقه إعتاق نصيبه، وقد اقترنت به نيّة الكفّارة، والعتق في الباقي يتبع العتق في نصيبه، فكما يتبعه في أصل العتق جاز أن يتبعه في الوقوع عن الكفّارة.

ولا فرق في الإجزاء على هذا بين أن يوجّه العتق على جميع العبد وبين أن يوجّهه على نصيبه؛ لحصول العتق بالسراية في الحالتين.

ويحتمل قوياً اشتراط نيّة العتق لجميع؛ لأنّه مأمور بإعتاق رقبة بالنيّة، فلا يكفي نيّة نصيبه وإن تبعه الباقي بحكم الشرع، فإنّ ذلك غير كافٍ في صرفه إلى الكفّارة.

هذا إذا قلنا بالسراية عند اللفظ أو بالوقف وأدى القيمة.

وإن قلنا: إنّ العتق إنّما يحصل بأداء القيمة ففي الإجزاء وجهان، تردّد فيهما المصنّف، من تحقّق عتق الرقبة الذي هو مقصود الشارع، ومن منع كون المقصود عتقها مطلقاً بل عن الكفّارة، وعتق الباقي إنّما حصل بسبب بذل العوض لا بسبب الكفّارة.

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

أحدهما - واختاره في المبسوط(1) - أنه تكفي نيّته عند اللفظ؛ لأنّ النيّة اقترنت بالعتق، إلا أنّ العتق حصل على ترتّب وتدرّج.

والثاني: أنّه لا بُدّ من التجديد لتقترن النيّة بعتق نصيب الشريك كما اقترنت بعتق نصيبه.

ص: 126



ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة، ونوى عند أداء القيمة صرف العتق في نصيب الشريك إليها أجزاً أيضاً؛ لاقتران النية بحالة حصول العتق.

هذا إذا كان موسراً، فأما المعسر فإن عتقه يوجد في نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه، فإن ملك بعد ذلك مالا وأيسر لم ينفذ العتق فيه؛ لأن الرق قد استقر فيه للشريك فلا يجوز إزالته بعد استقراره، لكن إن ملكه وأعتقه ابتداءً أجزاً؛ لأن عتق الرقبة قد حصل وإن كان متفرقاً.

ومنع ابن الجنيد من إجزاء هذا العتق عن الكفارة؛ لأن عتق السراية حصل بغير قصده بل بالسنة عليه<sup>(1)</sup>، ويصدق أن يقال: ما أعتق جميع العبد، وإنما أعتق نصيبه وعتق عليه الباقي بحكم الشرع. وهذا قول موجه، إلا أن الأشهر الإجزاء.

واعلم أنه يفرق بين هذه المسألة وبين السابقة - على القول بإجزاء العتق بالسراية عن الكفارة، مع أن إعتاقه لنصفي العبدین أبلغ من عتق النصف الواحد وقد حكم بإجزائه - أن من شرط الإجزاء أن ينوي عتق الجميع عن الكفارة كما بيّناه، أو ينوي عتق نصيبه ويطلق؛ ليسري العتق على الباقي ويتبع ما نواه على الوجه الآخر، والأمران منفيان في السابقة، فإنه بنية عتق النصفين من الاثنين عن كفارة واحدة قد صرح بعدم إرادة عتق الباقي من العبد الواحد عن الكفارة على تقدير السراية، ونية العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفارة فلم يقع مجزئاً عنها لذلك، ولو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفارتين جاءت المسألة الثانية بأسرها، وصح عتقهما عن الكفارة، وسرى إليهما على ما فصل.

وفي معنى عتق ما يملكه من العبد عن الكفارة مع يساره لو أعتق بعض عبد يملكه بأسره عن الكفارة، فإنه يسري إلى الجميع، ويجزئه إذا نوى ذلك أو لم ينو ما ينافي الكفارة.

ص: 127

1-1 حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 267، المسألة 96.

ولو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجزئ المرتهن. وقال الشيخ: يصح مطلقاً إن كان موسراً، ويكلف أداء المال إن كان حالاً أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً. وهو بعيد.

ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة فللشيخ قولان والأشبه المنع.

وإن قتل خطأ قال في المبسوط: لم يجزئ عتقه؛ لتعلق حق المجني عليه برقبته. وفي النهاية: يصح ويضمن السيد دية المقتول وهو حسن.

قوله: «ولو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجزئ المرتهن إلى آخره. وجه البعد أن الراهن ممنوع من التصرف في المرهون بالإجماع، فأخراج هذا الفرد من التصرف تحكّم، وعموم قوله عليه السلام: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»<sup>(1)</sup> يشملهما.

نعم، لو أجاز المرتهن نفذ؛ لأن المنع كان لحقه، فإذا أجاز زال المانع وصادف وقوع العتق من أهله.

واستند الشيخ في صحة العتق إلى عموم قوله تعالى: «فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ»<sup>(2)</sup>، وأن الراهن مالك لها، وهو مع يساره واجد فيتناوله العموم<sup>(3)</sup>. وهو ممنوع.

قوله: «ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة فللشيخ قولان. والأشبه المنع» إلى آخره.

قد اختلف كلام الشيخ في هذه المسألة اختلافاً فاحشاً؛ لأنه في الخلاف منع من صحة عتق الجاني عمداً، وجوز عتقه إذا كانت الجناية خطأ، واستدل على ذلك بإجماع الفرقة<sup>(4)</sup>.

ص: 128

1- أورده العلامة في مختلف الشيعة، ج5، ص439، امسألة 70؛ و النوري في مستدرک الوسائل، ج13، ص426، ح6

2- النساء(4): 92؛ المائدة(5): 89؛ المجادلة(58): 3.

3- الخلاف، ج4، ص545-546، المسألة 32.

4- الخلاف، ج4، ص546، المسألة 33.

ولو أعتق عنه معتق بمسألته صحّ، ولم يكن له عوض. فإن شرط عوضاً،

كأن يقول له: [أعتق] وعليّ عشرة، صحّ ولزمه العوض.

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

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

و عكس في المبسوط وقال:

الذي يقتضيه مذهبنا أنه إن كان عامداً نفذ العتق؛ لأنّ القود لا يبطل بكونه حرّاً، وإن كان

خطأً لا ينفذ؛ لأنه يتعلّق برقبته، والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه (1).

والمصنّف اختار مذهبه في الخلاف، وهو صحّة العتق مع كون الجناية خطأ (2)، وبطلانه مع العمد؛ لأنه مع العمد يكون التخيير إلى أولياء المقتول، إن شأؤوا قتلوه وإن شأؤوا استرقّوه، وصحّة عتقه تستلزم إبطال ذلك، أمّا الخطأ فالخيار إلى المولى، إن شاء افتكّه بالأرث أو القيمة على الخلاف، وإن شاء دفعه إلى أولياء المقتول، فإذا أعتقه يكون قد اختار الافتكاك. لكن هذا يتمّ مع يساره، فلو كان معسراً لم ينفذ عتقه؛ لتضرّر أولياء المقتول به وإسقاط حقّهم منه.

والأقوى صحّته مع الخطأ والعمد؛ مراعى بفكّه له في الخطأ، واختيار أولياء المقتول

الفداء في العمد، وبذله له أو عفوهم عن الجناية.

قوله: «ولو أعتق عنه معتق بمسألته صحّ» إلى آخره.

إذا وجب على شخص كفارة تتأدى بالعتق فأعتق عنه غيره بنيّة الكفارة، فإن كان ذلك بمسألة من عليه الكفارة صحّ، سواء شرط له عوضاً

كقوله: «أعتق عبدك عن كفّارتي ولك

عليّ عشرة دنانير» أم لم يشترط بأن قال له: «أعتق عبدك عن كفّارتي» ففعل. ووجه الصحّة في الموضوعين أنّ المعتق كالنائب عن الأمر على

التقديرين، وكالوكيل عنه

ص: 129

1- المبسوط، ج 4، ص 184.

2- وهو قوله في النهاية أيضاً كما نقله عنه الماتن وحسنه. راجع النهاية، ص 753.

في الإعتاق، فيكون الأمر كأنه أعتق الرقبة عن الكفارة، فيدخل في عموم: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» (1)، ولا مانع من ذلك إلا عدم كونه مالكا لها، ولكن سيأتي أن الملك ينتقل إليه على وجه ليصح العتق (2).

وإن تبرع المعتق عنه من غير سؤاله قال الشيخ في المبسوط :

صحَّ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه، سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً إن لم يكن المعتق وارثاً، فإن كان وارثاً صحَّ عتقه عن الميت وإن لم يكن من مال الميت (3).

وفرق بين الوارث والأجنبي بأن الوارث مخاطب بأداء الحقوق الواجبة على المورث، وله التخيير في جهات القضاء، وقائم مقامه في قبول قوله فيما كان يقبل قوله فيه، وفي تعيين الوصية المبهمة والمطلقة على وجه، مع تكليفه بما عليه من الصلاة والصوم بخلاف الأجنبي. ولا يخفى عليك أن هذه الفروق خارجة عن موضع الفرض، ولا يقتضي عموم الولاية؛ لأن الفرض كونه غير وصي، ومن ثم قال المصنف (رحمه الله): «الوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز»؛ لأن التبرع حاصل من كل واحد منهما؛ لما ذكرناه من أن الفرض كونه غير وصي، ولا يلزم من قيامه مقامه في بعض الأحكام قيامه في غيره. وحينئذٍ فيما أن يمنع من الإجزاء فيهما؛ نظراً إلى وقوع العتق من غير مالك، ولا من هو في حكمه كالوكيل والمأمور، ولا عتق إلا في ملك، أو صحته فيهما التفاتاً إلى أن المتبرع نوى العتق عن ذي الكفارة فيقع عنه؛ لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما الأعمال بالنيات» (4)، ولأنه لو لم يقع عنه ما وقع أصلاً، أمّا عن المعتق؛ فلأنه لم ينو عن نفسه ولا عمل إلا بنية، وأمّا عن الآخر؛ فلأنه الفرض ولأنه جار مجرى قضاء الدين الجائز تبرعاً من الأجنبي والوارث ودين الله

ص: 130

1- النساء(4): 92؛ المائدة(5): 89؛ المجادلة(58): 3.

2- يأتي بغير هذا.

3- المبسوط، ج 4، ص 187 - 188.

4- تهذيب الأحكام، ج 1 ص 83، ح 218؛ وج 4، ص 186، ح 519.

. وإذا قال: «أعتق عبدك عني» فقال: أعتقت عنك، فقد وقع الاتفاق على الإجزاء. ولكن متى ينتقل إلى الأمر؟ قال الشيخ (رحمه الله): ينتقل بعد قول المعتق: «أعتقت عنك»، ثم يعتق بعده. وهو تحكّم. والوجه الاقتصار على الشمرة، وهو صحّة العتق وبراءة ذمّة الأمر، وما عداه تخمين.

أحقّ أن يقضى، وتوقّف العتق على الملك يندفع بالملك الضمني كما قيل به مع السؤال.

والمصنّف (رحمه الله) لم يرجّح أحد الأمرين، وإنما منع الفرق. والوجه الإجزاء عن الميّت مطلقاً. وفي وقوعه عن الحيّ نظر، وإن كان الوقوع لا يخلو من قوّة.

قوله: «وإذا قال: أعتق عبدك عني، فقال: أعتقت عنك» إلى آخره.

إذا قال له: «أعتق عبدك عني» ففعل، وقع العتق عن الأمر بغير خلاف ممّن يعتدّ به، ولا بدّ من الحكم بدخوله في ملك المعتق عنه، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا عتق إلا في ملك»<sup>(1)</sup>. وقد اختلف العلماء في وقت دخوله، وذكروا فيه وجوها:

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

وفيه: أنّه يستلزم تأخر العتق عن الإعتاق بقدر ما يتوسّطهما الملك.

واعترضوا عنه بأنّ تأخر العتق عن الإعتاق بسبب أنّه إعتاق عن الغير، ومثله واقع في قوله: «أعتقت عبدي عنك بكذا» فإنّ عتقه يتوقّف على قبول المعتق عنه، ويلزم منه تأخر العتق عن الإعتاق

والمصنّف (رحمه الله) نسب هذا القول إلى التحكّم؛ لأنّ الدليل الدالّ على صحّة هذا العتق إن سلّم دلّته على انتقال الملك فليس فيه توقيت له، فتخصيصه بهذا الوقت تحكّم.

وثانيها: أنّه يحصل الملك بشروعه في لفظ «الإعتاق»، ويعتق إذا تمّ اللفظ بمجموع الصيغة، فالجزء عدّة للعتق وهو ملك الأمر، والكلّ سبب لزوال ملكه عنه بالإعتاق. وهو

ص: 131

---

1- الكافي، ج 1، ص 179، باب أنّه لا عتق إلا بعد ملك، ح 1 و 2؛ الفقيه، ج 3، ص 116، ح 3448؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 217، ح 773 و 774؛ الاستبصار، ج 4، ص 5. ح 14 و 15، بتفاوت يسير.

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

قول المفيد (1) والعلامة (2) وولده فخر الدين (3).

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

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

ويرد عليه ما ورد على السابق وزيادة.

ورابعها: أنه يحصل الملك والعتق معاً عند تمام الإعتاق.

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

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

وفيه: أن الاقتران المذكور يكون شرطاً في سبق الملك، ولا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغة العتق، فيلزم تأخر الملك عن الإعتاق، وإلا لتأخر الشرط عن المشروط.

ولأجل هذه الإشكالات ونحوها قال المصنّف (رحمه الله) - ونعم ما قال: إن الوجه الاقتصار على الثمرة، وهو صحّة العتق عن الأمر وبراءة ذمته من الكفارة، ولا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه؛ فإن ذلك تخمين لا يرجع إلى دليل صالح.

قوله: «ومثله إذا قال له: كل هذا الطعام» إلى آخره.

ص: 132

1- لم نعر عليه في كتبه، نعم، نسبه إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 4، ص 91.

2- قواعد الأحكام، ج 3، ص 299.

3- إيضاح الفوائد، ج 4، ص 90 - 91.

ويشترط في الإعتاق شروط:

**الشرط الأول: النية معتبرة في الإعتاق**

الأول: • النية؛ لأنه عبادة يحتمل وجوهاً، فلا يختصّ بأحدها إلا بالنية. ولا بدّ من نية القربة، فلا يصحّ العتق من الكافر، ذميّاً كان أو حربيّاً أو مرتداً؛ لتعذر نية القربة في حقّه.

هذه المسألة تشبه السابقة في اشتباه وقت انتقال الملك إلى الآكل. فقيل: إنّه ينتقل إلى ملك المأذون له في الأكل بتناوله بيده(1). وقيل: بوضعه في فيه. وقيل: بازدراد اللقمة(2). واتفق الكلّ على أنّه لا يملك بوضعه بين يديه.

ويشترط على الأقوال جواز إطعامه لغيره على الأول لا على الباقي. ولا فرق في ذلك بين الإذن صريحاً كما ذكره المصنّف، وبقرائن الأحوال كوضع الطعام بين يدي الضيف.

والأقوى ما اختاره المصنّف، من أنّ المأذون لا يملكه مطلقاً، وإنّما يستبيح الأكل بالإذن؛ الملك على مالكة، وعدم حصول شيء من الأسباب الناقلة عنه شرعاً، بل هو إباحة محضة من غير تمليك، لكنّها مختصة بالنوع المأذون فيه لفظاً أو بقرينة الحال. فيرجع في تقييم الضيفان بعضهم بعضاً، ووضع شيء منه بين يديه، وإطعام غيرهم من السائل والهّـر وغيرهما، إلى الإذن المستفاد من اللفظ أو القرينة، ومع الشكّ يحرم التصرف بغير الأكل مطلقاً؛ عملاً بالمتيقّن من الإباحة، وللنهي عن أكل مال الناس بالباطل(3). ومثله القول في أخذ شيء منه للمأذون له في الأكل لغلامه أو ليأكله في وقت آخر.

قوله: «النية؛ لأنه عبادة يحتمل وجوهاً، فلا يختصّ بأحدها إلا بالنية» إلى آخره.

النية معتبرة في الكفّارة؛ لأنها عبادة تقع على وجوه مختلفة، فلا يتميّز المقصود منها إلا بالنية؛ لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «إنما الأعمال بالنيات»(4).

ص: 133

1- قاله الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 188 - 189.

2- قاله العلامة في مختلف الشيعة، ج 1، ص 270، المسألة 98.

3- النساء (4): 29.

4- تقدّم تخريجه في ص 130، الهامش 4.

ويعتبر فيها نيّة القربة؛ لقوله تعالى: «وَمَا أُمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ» (1)

وهذا هو القدر المتفق عليه منها، وسيأتي الخلاف في اشتراط نيّة التعيين وعدمه (2). ويتحصّل من ذلك أنّ المعتر نيّة العتق عن الكفارة تقرّباً إلى الله تعالى.

ومقتضى العبارة أنّ نيّة الوجوب غير معتبرة فيه، إمّا لأنّه لا يقع عن الكفارة إلّا واجباً فلا يفتقر إلى التمييز به، أو لأنّ نيّة الوجه لا دليل على اعتبارها في مطلق العبادات، وما تقدّم من ثبوته في تلك الكفارات المختلف فيها على وجه الاستحباب يحصل لمراد بالتعيين إن اعتبرناه (3)، وإلا اعتبر ذكر ما يميّز الواجب عن غيره وإن لم يجعل غايةً كغيره من العبادات.

إذا تقرّر ذلك فقد فرّع المصنّف (رحمه الله) على اعتبار نيّة القربة به أنّه لا يصحّ من الكافر، كتابياً كان أم غيره: محتجاً بتعدّد نيّة القربة في حقّه.

وفيه نظر؛ لأنّه إن أراد بنيّة القربة المتعدّدة منه نيّة إيقاع الفعل طلباً للتقرّب إلى الله تعالى بواسطة نيل الثواب أو ما جرى مجرى ذلك، سواء حصل له ما نواه أم لا منعنا من تعدّد نيّة القربة من مطلق الكافر؛ لأنّ من اعترف منهم بالله تعالى وكان كفره بجحد نبوة النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم أو غيره من الأنبياء أو بعض شرائع الإسلام يمكن منه هذا النوع من التقرّب، وإتّما يمتنع من الكافر المعطل الذي لا يعترف بوجود الله تعالى، كالدّهري وبعض عبدة الأصنام.

وإن أراد بها إيقاعه على وجه التقرّب إلى الله تعالى بحيث يستحقّ بها الثواب، طالبناه بدليل على اشتراط مثل ذلك، وعارضناه بعبادة المخالف من المسلمين وعتقه؛ فإنّه لا يستتبع الثواب عنده مع صحّة عتقه. وفي صحّة عبادات غيره بحث قرّر في محلّه (4)؛

وبالجملة فكلّاهم في هذا الباب مختلف غير منقّح؛ لأنّهم تارة يحكمون ببطلان عبادة

ص: 134

1- البيّنة (98): 5.

2- يأتي في ص 135.

3- تقدّم في ص 100 وما بعدها.

4- راجع ج 1، ص 375.



الكافر مطلقاً؛ استناداً إلى تعذر نيّة القربة منه ومقتضى ذلك إرادة المعنى الثاني ؛ لأنّ ذلك هو المتعدّر منه لا الأوّل، وتارة يجوّزون منه بعض العبادات كالعتق، وسيأتي تجويز جماعة من الأصحاب له منه(1) مع اشتراط القربة فيه؛ نظراً إلى ما ذكرناه من الوجه في الأوّل.

وقد وقع الخلاف بينهم في وقفه وصدقته وعتقه المتبرّع به، ونحو ذلك من التصرفات الماليّة المعترف فيها القربة. واتفقوا على عدم صحّة العبادات البدنيّة منه؛ نظراً إلى أنّ المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه ولو بفكّ الرقبة من الرقّ فيرجح فيه جانب الغرامات، بخلاف العبادات البدنيّة، ومن ثمّ ذهب بعض العامة إلى عدم اشتراط النيّة في العتق والإطعام واعتبرها في الصيام(2)، إلّا أنّ هذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه. وسيأتي له في العتق زيادة بحث إن شاء الله(3).

ثمّ عدّ إلى العبارة. واعلم أن قوله «ذميّاً كان الكافر أو حربياً أو مرتدّاً» لا يظهر للتسوية بين هذه الفرق مزيّة؛ لأنّ الكافر المقرّ بالله تعالى لا يفرّق فيه بين الذمي والحربي وإن افرقا في الإقرار بالجزية، فإنّ ذلك أمر خارج عن هذا المطلوب. وإتّما حقّ التسوية بين أصناف الكفار أن يقول: سواء كان مقرّاً بالله تعالى كالكتابي، أم جاحداً له كالوثني ؛ لأنّ ذلك هو موضع الإشكال ومحل الخلاف

وأما ما قاله بعضهم: «من أنّ الكافر مطلقاً لا يعرف الله تعالى على الوجه المعترف، ولو عرفه لأقرّ بجميع رسله ودين الإسلام»(4)

فهو كلام بعيد عن التحقيق جدّاً، ولا ملازمة بين الأمرين، كما لا ملازمة بين معرفة

ص: 135

1- يأتي في ص 320.

2- الوجيز في فقه الشافعي، الغزالي، ج 2، ص 87 و 89.

3- يأتي في ص 320 وما بعدها.

4- لم نعثر على قائله.

ويعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة على الأشبه.

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

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

المسلم لله تعالى ومعرفة دين الحق من فرق الإسلام، «وكلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ» (1).

قوله: «ويعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة - إلى قوله - تجديدها إلى الزوال».

إذا تعدّدت الكفّارات على واحدٍ، فإنّما أن يتحد السبب جنساً - والمراد به هنا الحقيقة النوعية كما هو استعمال الفقهاء في نظائره - أو يتعدّد. وعلى تقدير تعددها فإنّما أن تتماثل الكفّارات ككفّارة قتل الخطأ والظهار، أو تختلف كأحدى الكفّارتين مع كفّارة اليمين وكفّارة رمضان على القول الأصحّ من أنّها مخيرة.

فإن اختلفت الأسباب والمسببات قال الشيخ في الخلاف: «وجب التعيين؛ لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «إنّما الأعمال بالنيات» (2)، فما لم يحصل فيه النيّة لا يجزئ، ولأنّ الأصل شغل الذمّة ولا يقين ببراءتها مع الإطلاق، ولا متناع الصرف إليهما جميعاً، وللبعض ترجيح بلا مرجح» (3).

وهذا هو الذي اختاره المصنّف وابن إدريس (4).

وفي المبسوط اكتفى بالإطلاق مطلقاً (5)؛ لأصالة البراءة من اشتراطه وحصول الامتثال، وجاز انصرافه إلى واحدة لا بعينها، فيبقى في ذمّته أخرى كذلك.

ص: 136

1- الروم (30): 32.

2- تقدّم تخريجه في ص 130، الهامش 4.

3- الخلاف، ج 4، ص 549 - 550. المسألة 39.

4- السرائر، ج 2، ص 718؛ وج 3، ص 71.

5- المبسوط، ج 4، ص 594.

ويشكل بأنه مع اختلافها حكماً - ككفارة الظهار واليمين - إن تخيّر بعد العتق بين عتق آخر والإطعام كان العتق [الأول] منصرفاً إلى المرتبة وهو خلاف الفرض، وإن تعيّن العتق ثانياً كان منصرفاً إلى المخيرة وهو خلاف التقدير أيضاً.

ولأجل هذا الاشكال فصل العلامة في المختلف، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفارات حكماً لا مع اتفاقها(1).

ويرد عليه ما لو كانت إحداها كفارة جمع والأخرى كفارة مرتبة، فإن حكمهما مختلف والمحذور مندفع؛ لأن العتق ثانياً متعين من غير المحذور المذكور، لاشتغال الذمة بعتق معين ثانياً على كل تقدير، إلا أن يجعل هذا من أفراد متفق الحكم، من حيث اشتراكهما في تعيين العتق ابتداءً، لكنه خلاف المفهوم من مختلف الحكم.

ويمكن اندفاع الإشكال بأن الشيخ صرح في المبسوط بجواز التعيين بعد الإبهام،(2) فينصرف العتق إلى التي صرفه إليها كما لو عيّن في الابتداء، وبقي حكم الأخرى بحاله، فلا محذور حينئذٍ.

ويمكن دفعه أيضاً بالتزام تعيين العتق ثانياً على تقدير كون إحداها مرتبة والأخرى مخيرة، ولا يلزم انصراف العتق أولاً إلى المخيرة بل إلى كفارة مطلقة ممّا في ذمته، وتبقى أخرى مطلقة كذلك مترددة بين المرتبة والمخيرة، فإذا اختار غير العتق لم يحصل براءة الذمة ممّا هو متعلق بها؛ لأنه ليس مخيراً، وإن اختار العتق برئت ذمته على التقديرين، فتعيّن العتق لذلك لا لانصرافه إلى المخيرة وإن شاركه في المعنى. وهذا كمن عليه كفارة مشتبهة بين المخيرة والمرتبة، فإنه يتعيّن عليه العتق لتيقن براءة الذمة منهما، وإن لم يكن العتق متعيّناً عليه في نفس الأمر، بل من باب مقدّمة الواجب، لتوقّف البراءة عليه.

ص: 137

1- مختلف الشيعة، ج 8، ص 249، المسألة 79.

2- المبسوط، ج 4، ص 594.

وإن تعددت الكفارة واتحد جنس سببها فالمشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين، بل قال الشهيد في الشرح:

إنه لا- يعرف لأحد من العلماء قولاً- باشتراط التعيين والشيخ في الخلاف نقل الإجماع على عدم اشتراطه. لكن المصنف هنا جعل فيه إشكالاً<sup>(1)</sup>.

وكان وجه اشتراك الجميع في أن كل واحدة عمل وكل عمل يفتقر إلى النية، فكل كفارة تفتقر إلى النية.

وجوابه القول بالموجب، فإنه إذا نوى الكفارة مطلقاً فقد حصل العمل بنية، وبرئت الذمة من واحدة مطلقة مما في الذمة، وبقي الباقي كذلك. والذي يدل عليه الخبر<sup>(2)</sup> وجوب القصد إلى العمل، أما كونه مشخّصاً بجميع وجوهه فلا يدل عليه.

وهذا البحث كله إذا كفر بالعتق وفي معناه التكفير بالإطعام والكسوة. وأمّا الصوم فقد قال المصنف (رحمه الله): «إنّ الأشبه بالمذهب أنّه لا بدّ فيه من نية التعيين مطلقاً».

والفرق بينه وبين باقي الخصال أنّه من العبادات البدنيّة والأمر فيها أضيق، ولذلك لا يجزئ فيها التوكيل، بخلاف الماليّة. وبأنّ العبادات الماليّة نازعة إلى الغرامات فاكتفي فيها بأصل النية. وبأنّ العبادات البدنيّة مراتب متفاوتة، وما يتعلّق بها من النصب والتعب يختلف موقعه ووجوهه، فالمشقة في صلاة الصبح - مثلاً - من وجه وفي صلاة الظهر من وجه آخر، لاختلاف الوقت وأعداد الركعات، بخلاف العتق فإنه أمر واحد لا اختلاف فيه، فلم يحتج فيه إلى التعيين إمّا مطلقاً أو على بعض الوجوه.

ص: 138

1- غاية المراد، ج 3، ص 334 - 335 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج (3))؛ ولقول الشيخ راجع الخلاف، ج 4، ص 549، المسألة 38.

2- تقدّم تخريجه في ص 130، الهامش 4.

الأول: • لو أعتق عبداً عن إحدى كفاراته صحّ لتحقق نيّة التكفير؛ إذ لا عبرة بالسبب مع اتّحاد الحكم.

وفي قول المصنّف «الأشبه بالمذهب أنّه لا بدّ من التعيين» إيماء إلى عدم تحقّق الوفاق عليه، وأنه محتمل للخلاف.

ووجه تعبيره بذلك أنّ ظاهر الشيخ في المبسوط اشتراك جميع خصال الكفّارات في جواز الإطلاق؛ لأنّه قال - بعد أن فرض المسألة في الكفّارات المتّحدة الجنس ككفّارات اليمين - : فإن أبهم النيّة فلم يعيّن بل نوى كفارة مطلقاً أجزاءه؛ لقوله تعالى: «فَكَفَّرْتَهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ

مسكين» (1) ولم يفرّق.

ثم قال بعد ذلك: «فأمّا إذا كانت أجناساً، مثل: إن حنث وقتل وظاهر ووطئ في رمضان فالحكم فيها كلّها كما لو كان الجنس واحداً، فإنّه لا يفتقر إلى تعيين النيّة» (2)

وظاهر هذا عدم الفرق بين الصوم وغيره؛ فلذا قال المصنّف ما قال.

وباقى الأصحاب لم يتعرّضوا للبحث عن التعيين وعدمه إلا في العتق، والظاهر أنّهم أحالوا الباقي عليه. وفي الحقيقة تلك الفروق لا تخلو من تكلف، ولا توجب تعيين نيّة التعيين مطلقاً، فلو قيل بمساواته لغيره من الخصال كما يظهر من إطلاق الشيخ كان حسناً.

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

قوله: «لو أعتق عبداً عن إحدى كفّاراته صحّ، لتحقق نيّة التكفير» إلى آخره.

المراد بالحكم المتّحد هنا وجوب العتق عن الكفّارة، سواء اختلفت مع ذلك في حكم

1- المائدة(5): 89.

2- المبسوط، ج 4، ص 594.

الثاني: • لو كان عليه كفّارات ثلاث متساوية في العتق والصوم والصدقة فأعتق ونوى القربة والتكفير، ثمّ عجز فصام شهرين متتابعين بنية القربة والتكفير، ثمّ عجز فأطعم ستين مسكيناً كذلك، برئ من الثلاث ولو لم يعين.

الترتيب والتخيير أم لا؛ لأنّ ذلك متفرّع على قول الشيخ بعدم وجوب التعيين مطلقاً<sup>(1)</sup>، فتعيّن تفسير الحكم بما ذكرناه.

وأما الحكم الذي جعل في المختلف عدم وجوب التعيين مترتباً على اتّحاده<sup>(2)</sup>، فالمراد به ما هو أخصّ من ذلك، وهو حكمها في الترتيب والتخيير، كما يرشد إليه مثاله وتعليله.

وحينئذٍ فإن كانتا مع اختلاف سببهما متفقتين في الجمع أو الترتيب أو التخيير برئ من العتق عن إحداهما، ولزمه في الأوّل عتق رقبة أخرى مطلقةً كذلك، فتبرأ ذمته منهما وكذا في الثاني أو المركّب منهما. وأمّا الثالث فإنّه بالعتق يبرأ من إحدى الكفّارتين، ويتخيّر ثانياً بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقاً، فبرأ منهما.

ولو كانت إحداهما مرتّبة والأخرى مخيرةً برئت ذمته من إحداهما أيضاً لا على التعيين، وتعيّن عليه العتق ثانياً عن إحداهما كذلك؛ لتوقّف البراءة ممّا<sup>(3)</sup> في ذمته المتردّد بين الأمرين عليه، إن لم يصرف ذلك المطلق الأوّل بعد العتق إلى واحدة معيّنة، وإلاّ لزمه حكم الأخرى خاصةً. ولو عجز ثانياً عن العتق تعيّن عليه الصوم، لما ذكرناه من العلة في العتق.

قوله: «لو كان عليه كفّارات ثلاث متساوية في العتق والصوم والصدقة» إلى آخره.

المراد بتساويها في الثلاثة تساويها حكماً كالترتيب وإن اختلفت سبباً؛ لأنّه متفرّع على عدم اشتراط التعيين مطلقاً. ويمكن أن يريد تساويها كمّيّة وإن اختلفت في الترتيب والتخيير. فلو اجتمع عليه كفّارة ظهار وقتل وإفطار رمضان فأعتق ونوى الكفّارة مطلقاً برئ من واحدة غير معيّنة إن لم يعيّن بعد ذلك لأحدها، فإذا عجز عن العتق ثانياً فصام شهرين

ص: 140

1- المبسوط، ج 4، ص 594.

2- مختلف الشيعة، ج 8، ص 249، المسألة 79.

3- في «م»: «عمّا» بدل «ممّا».

الثالث: • لو كان عليه كفارة ولم يدر أهى عن قتل أو ظهار؟ فأعتق ونوى القربة والتكفير أجزاءه.

الرابع • لو شك بين نذر وظهار فنوى التكفير لم يجزئ؛ لأن النذر لا يجزئ فيه نية التكفير. ولو نوى إبراء ذمته من أيهما كان جاز. ولو نوى العتق مطلقاً لم يجزئ؛ لأن احتمال إرادة التطوع أظهر عند الإطلاق. وكذا لو نوى الوجوب؛ لأنه قد يكون لا عن كفارة.

متتابعين برئ من أخرى كذلك، فإذا عجز عن الصوم فأطعم ستين مسكيناً برئ من الجميع.

واشترط العجز عن المرتبة السابقة؛ ليجري الحكم على المرتبة والمخيرة، فإن الثلاث إن كانت مرتبة أو مجتمعة من الأمرين فاشترط العجز في محله، وإن كانت كلها مخيرة وفعل الثلاث خصال كما ذكر برئ من الثلاث وإن لم يكن حال فعل الصوم والإطعام عاجزاً عن السابق لكن فائدة القيد شمول الأقسام ولا يضرب هنا أيضاً؛ لأن العجز لا يغير الحكم وإن لم يكن معتبراً.

وبقي من الأقسام ما لو اجتمع عليه ثلاث كفارات جمع فأعتق ونوى الكفارة مطلقاً، فإنه يبرأ من عتق واحدة غير معينة، فإذا صام كذلك برئ من صوم واحدة كذلك، فإذا أطعم فكذلك. ثم إن لم يصرفه إلى واحدة معينة، وإلا افتقر في بقية الخصال إلى الإطلاق.

قوله: «لو كان عليه كفارة ولم يدر أهى عن قتل أو ظهار؟» إلى آخره.

لا إشكال في الإجزاء تفرعاً على القول بعدم وجوب التعيين كما فرضه المصنف؛ لأن هذه النية مجزئة على هذا القول وإن علم بنوع الكفارة فمع الجهل أولى. ولو اشترطنا التعيين مع العلم احتمال سقوطه مع الجهل كما في هذه الصورة، ووجوب التردد بين الأمرين،

كالصلاة المشتبهة حيث وجب تعيينها ابتداءً فكذا مع الجهل، فتردد النية بين المشكوك فيها. وهذا أولى.

قوله: «لو شك بين نذر وظهار فنوى التكفير لم يجزئ» إلى آخره. المعتبر من النية المطلقة حيث لا يجب التعيين نية يشترك فيها جميع ما في ذمته من

الخامس . لو كان عليه كفارتان وله عبدان فأعتقهما ونوى نصف كل واحد منهما عن كفارة صحّ؛ لأن كل نصف تحرّر عن الكفارة المرادة به وتحرّر الباقي عنها بالسراية. وكذا لو أعتق نصف عبده عن كفارة معيّنة صحّ؛ لأنه ينعق كله دفعةً.

الأمر المتعدّدة من كفّارات أو غيرها، فإذا علم أنّ في ذمّته عتق رقبة وشكّ بين كونها بسبب نذر - بأن نذر عتق رقبة - أو كفارة ظهار، فالأمر الجامع بين الأمرين في النيّة أن ينوي أمراً يشترك فيه النذر والكفارة، وهو أن ينوي العتق عمّا في ذمّته من النذر أو الكفارة، ولو نوى به التكفير لم يجزئ؛ لاحتمال كون ما في ذمّته من العتق منذوراً والنذر لا يجزئ فيه نيّة التكفير، وبالعكس، بخلاف ما لو علم أنّه عن كفارة واشتبهت بين ظهار - مثلاً - ويمين وقتل وغير ذلك، فإنّه إذا نوى التكفير أجزاء؛ لاشتراك الجميع فيه. وكذا لا يجزئ لو نوى العتق مطلقاً وإن كان مشتركاً بين الأمرين؛ لأنه ظاهر في إرادة التطوّع به، فلا بدّ من ضميمة تدلّ على صرفه إلى ما في ذمّته كنيّة العتق الواجب عليه ونحوه.

ولو نوى به الوجوب مطلقاً، فقد قال المصنّف «إنّه لا يجزئ». معللاً بأنّ الوجوب قد يكون لا عن كفارة فلا يجزئ عنها؛ لأنّ المعبر نيّتها في الجملة وهي لا تتأدّى بالأعمّ، كما لو نوى العتق الواجب وفي ذمّته كفارة محقّقة، فإنّه لا يجزئ بل لا بدّ من ضميمة كونه عن كفارة.

وقال في القواعد: لو نوى العتق الواجب أجزاء(1). مع أنّه وافق على عدم أجزاء نيّة الوجوب، والفرق غير واضح.

قوله: «لو كان عليه كفارتان وله عبدان فأعتقهما» إلى آخره.

إذا كان عليه كفارتان وله عبدان، فأعتق نصف أحدهما عن كفارة ونصف الآخر عن الأخرى صحّ، وسرى العتق إليهما، وانعتق كل واحد عن الكفارة التي نوى بها عتق نصفه مباشرةً. هذا إذا نوى بعتق النصف ذلك؛ لأنه في قوّة نيّة عتق الجميع عن الكفارة. أما لو نوى

ص: 142



اختصاص النصف المعين المعتقد مباشرة بالكفارة دون ما يحصل بالسراية لم يصح العتق عن الكفارة مطلقاً، أمّا النصف الواقع مباشرة فلعدم الاكتفاء به، وعدم أجزاء ضميمية الباقي من رقبة أخرى؛ لعدم صدق الرقبة على النصفين، وأمّا المعتقد بالسراية فلعدم نية الكفارة به بل نية عدمها.

ومثله ما لو لم يكن عليه إلا كفارة واحدة فأعتق نصف عبده عنها. وقد تقدّم البحث في ذلك (1)، وأن ابن الجنيّد منع من صحّة العتق عن الكفارة على هذا الوجه (2). وهو قول وجيه.

واعلم أنّ قول المصنّف «فأعتقهما ونوى نصف كلّ واحدٍ منهما عن كفارة» يتبادر منه أو يشمل ما لو أعتقهما جميعاً ونوى في كلّ واحدٍ منهما بنصفه الواحد عن إحدى الكفارتين والنصف الآخر عن الأخرى. وفي الحكم بالصحة على هذا التقدير إشكال؛ لأنّ العتق مباشرة على هذا الوجه لا يقع عن الكفارة، والسراية مشروطة بصحة العتق في البعض، وليس أحد النصفين أولى بالصحة من الآخر، وقد نوى في كلّ واحد من العبدین العتق عن كلّ واحد من الكفارتين، فترجيح وقوع أحد النصفين عن واحدة دون الآخر ترجيح من غير مرجح، وإذا لم يقع ذلك مباشرة فأولى أن لا يقع سراية؛ لأنّها فرع.

و الأولى تنزيل العبارة على ما ذكرناه سابقاً من نية العتق عن إحداهما بنصف أحدهما خاصّةً ونصف الآخر عن الأخرى، من غير تعرّض لوقوع النصف الآخر من كلّ واحدٍ عن الأخرى؛ لتحقّق السراية تبعاً للعتق مباشرة.

وعبارة القواعد في هذه المسألة أجود من عبارة المصنّف حيث قال:

لو كان عليه كفارتان فأعتق نصف عبده عن إحداهما ونصف الآخر عن الأخرى صحّ، وسرى العتق إليهما (3).

ص: 143

1- تقدّم في ص 127.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 267، المسألة 96.

3- قواعد الأحكام، ج 3، ص 301.

. أما لو اشترى أباه أو غيره ممن يعتقد عليه ونوى به التكفير، قال في المبسوط: يجزئ، وفي الخلاف لا يجزئ وهو أشبه؛ لأن نية العتق تؤثر في ملك المعتق لا في ملك غيره، فالسراية سابقة على النية، فلا يصادف حصولها ملكاً.

قوله: «أما لو اشترى أباه أو غيره ممن يعتقد عليه ونوى به التكفير» إلى آخره.

هذه المسألة تشبه السابقة من حيث إن العتق يقع إجبارياً، والنية عند سببه، وقد اختلف فيها كلام الشيخ، فالموجود في المبسوط في باب الكفارات: عدم الإجزاء(1). وهو الذي صرح به في الخلاف(2) أيضاً؛ لقوله تعالى: «فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ»(3)، والمفهوم منه فعل الحرّية بالاختيار وهنا الحرّية إجبارية؛ ولأن النية معتبرة وهي هنا متعدّدة؛ لأنها ليست قبل الملك؛ لاستحالة إيقاعها على ملك الغير، ولا بعده؛ لحصول العتق، ولا في حاله؛ إذ لا استقرار له. وبهذا يحصل الفرق بينها وبين ما سبق من عتق المملوك المشترك(4)؛ لأن النية في تلك صادفت ملكاً للبعض فأثرت فيه وتبعه الباقي، بخلاف هذه، فإن الملك حال الشراء - الذي هو محلّ النية - منتف عن المعتق، وبعده يحصل العتق.

ونقل المصنّف عن المبسوط الإجزاء(5)، واستدلوا له بأنّ الملك سابق على السراية قطعاً كسبق العلة على المعلول؛ لأنّ العتق مشروط بالملك، والسبب سابق على الملك، ضرورة سبق السبب على مسببه، والنية مقارنة للسبب، فالسراية لم تصادف إلا عبداً معتقاً عن كفارة فلا سراية(6). وحينئذٍ يمنع حصول العتق هنا إلا عن الكفارة؛ لأنه إنّما يعتق بالقرابة لو لم يوجد سبب أسبق، وقد وجد نية الكفارة

ص: 144

- 1- المبسوط، ج 4، ص 185.
- 2- الخلاف، ج 4، ص 547، المسألة 35.
- 3- المجادلة (58): 3.
- 4- سبق في ص 125 - 126.
- 5- راجع المبسوط، ج 4، ص 424 - 425.
- 6- في الحجرّيتين زيادة «فيه».

## الشرط الثاني: تجريده عن العوض.

• فلو قال لعبد: «أنت حرّ وعليك كذا» لم يجزئ عن الكفارة؛ لأنه قصد العوض.

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

وما ذكره من الفرق بين هذه وعتق المشترك أنّ النية إنّما أثرت في المملوك، أمّا ما سرى إليه العتق من ملك الغير فلم يكن مملوكاً حال النية، وإنّما ترتبت السراية على عتق البعض وحكم بملك المعتق له ضمناً قبل السراية، والأمر هنا كذلك، بل الملك هنا حقيقي لا ضمّني؛ لأنّ الانعتاق مسبّب عن ملك القريب له فإذا قارنته النية فقد قارنت العتق واشتركا في مقارنتها للسبب.

وربما فرّق بين الأمرين بأنّ العتق بالنسبة إلى السراية إلى حصّة الشريك سبب فاعلي له، والشراء بالنسبة إلى عتق القريب سبب مُعدّ لا فاعلي؛ لأنّه يجعل المحلّ قابلاً لتأثير السبب(1) في العتق، والسبب الفاعلي فيه هو النسب، وفاعل قبول المحلّ لأثر يفعله غيره غير

فاعل لذلك الأثر، والمعتبر في العتق المطلوب في الكفارة كون المعتق فاعلاً له كما مرّ.

وفيه نظر؛ لاشتراك الأمرين في أصل السببية التي لها مدخل في التأثير في العتق، والفاعل له حقيقةً هو الله تعالى، وإنّما هذه اعتبارات نصبها الله تعالى علامة لحكمته لا فاعلةً في الحكم، فإمّا أن يصحّ العتق عن الكفارة فيهما؛ نظراً إلى السببية، أو لا فيهما؛ لعدم مباشرته للصيغة التي جعلها الشارع موجبةً للعتق بذاتها.

قوله: «فلو قال لعبد: «أنت حرّ وعليك كذا» لم يجزئ عن الكفارة؛ لأنه قصد العوض - إلى قوله - فلم يجزئ فيما بعده».

من شرائط صحّة العتق عن الكفارة تمحصه للقربة، وهو يستلزم تجريده عن اشتراط عوض على المملوك أو على غيره أو عليهما؛ لأنّ عتقه على العوض ينافي تمحص

ص: 145

1- في «و» وإحدى الحجرتين: «النسب» بدل «السبب».

ولو قال له قائل: «أعتق مملوكك عن كفارتك ولك عليّ كذا» فأعتقه لم يجزئ عن الكفارة. وفي وقوع العتق تردّد. ولو قيل بوقوعه هل يلزم العوض؟ قال الشيخ: نعم. وهو حسن. ولورد المالك العوض بعد قبضه لم يجزئ عن الكفارة؛ لأنّه لم يجزئ حال الإعتاق فلم يجزئ فيما بعده.

الإخلاص في عتقه، سواء ابتداء المالك بذلك فقال: «أعتقتك وعليك كذا» أو «علي فلان»، أم جعله جواباً للسؤال كقوله: «أعتقني ولك عليّ كذا» أو «أعتق مملوكك عن كفارتك ولك عليّ كذا» لاشتراك الجميع في المقتضي، فلا يقع عن الكفارة إجماعاً لما ذكر

وهل يقع العتق مجرداً عنها؟ وجهان، من أنّه عتق صدر من أهله في محلّه، ولأنّ قصده للعتق عن الكفارة يستلزم قصد مطلق العتق؛ لأنّ المطلق موجود في ضمن المقيد، وقد تعدّر العتق عن الكفارة لمانع العوض فيقع المطلق؛ لأنّ العوض لا ينافيه؛ لجواز اشتراطه على المملوك ابتداءً وجعل الأجنبي عليه. وهو قول الشيخ في المبسوط (1).

ومن أنّه لم ينو العتق مطلقاً وإنّما نواه عن الكفارة، فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نيّة، وقد قال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: «إنّما الأعمال بالنيّات» (2).

ويتفرّع على ذلك لزوم العوض للأمر أو للعبد، فحكم الشيخ بلزوم العوض تقرّياً على القول بصحّة العتق المطلق؛ لأنّه فعل ما أمر به فاستحقّ العوض كغيره من الأعمال. واستحسنه المصنّف.

وأورد عليه في المختلف: «أنّ الحكم بلزوم العوض وعدم الإجزاء عن الكفارة مما لا يجتمعان، والثاني ثابت إجماعاً، فينتفي الأول، وبيانه أنّ الجعل إنّما هو عن العتق في الكفارة لا عن مطلق العتق، ولم يقع فلا عوض» (3).

ص: 146

1- المبسوط، ج 4، ص 186 - 187.

2- تقدّم تخريجه في ص 130 ، الهامش 4.

3- مختلف الشيعة، ج 8، ص 269، المسألة 97.

وأجاب السيّد عميد الدين: «بأنّ لا نسلم عدم اجتماعهما ؛ لأنّه جعل له العتق عن الكفّارة وقد فعل ، ولم يجعل له عن الإجزاء عن الكفّارة؛ لأنّ الإجزاء حكم شرعي ليس فعلاً للمكّلف فيصحّ الجعل عليه»<sup>(1)</sup>

وأورد عليه شيخنا الشهيد (رحمه الله): «بأنّ الجاعل على فعل شرعي جعالةً كالحجّ مثلاً إنّما طلب الصحيح الذي له صلاحية الإجزاء بخروج المكّلف عن العهدة؛ لدلالة اللفظ حقيقةً عليه، ولم يطلب صورته التي هي أعمّ من الصحيح والفاقد، فكذلك الجاعل عن الكفّارة إنّما جعل على عتق مجزئ عن الكفّارة، حملاً للفظ على حقيقته، وصرفاً له عن المجاز، أعني الحمل على الصورة، وحيث لم يوجد ما طلبه لا يستحقّ شيئاً»<sup>(2)</sup>

وأجاب السيد ب: «أنّ الحقيقة وإن كانت مطلوبة إلا أنّ هذا الموضوع يمتنع فيه الحقيقة؛ لأنّ وقوع العتق عن الكفّارة مُحال، فكان طالباً للمُحال»<sup>(3)</sup>

فحينئذٍ حمل لفظه على الصورة بتلك القرينة، والمجاز يصار إليه بقرينة.

وردّه الشهيد: «بأنّ مقتضى للمجاز هنا تحصيل حكم شرعي؛ لئلا تخرج أفعال المكّلف عن الشرع، والبطلان وعدم صحّة الجعالة حكم شرعي فلم لا يحمل عليه؟»<sup>(4)</sup>

والحقّ أنّ الجعالة على شيء لا يستحقّ بها الجعل إلا بفعل مقتضى الجعالة بجميع أوصافها، فخرج هذا الفرد عن القاعدة لا وجه له.

ولا فرق بين عجز المجعول له عن فعل مقتضى الجعالة وقدرته عليه. فإذا لم نقل

ص: 147

1- حكاة عن مجلس درسه الشهيد في غاية المراد، ج 3، ص 333 - 334 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3)؛ وراجع أيضاً كنز الفوائد، ج 3، ص 265.

2- غاية المراد، ج 3، ص 333 - 334 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3).

3- غاية المراد، ج 3، ص 333 - 334 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3).

4- غاية المراد، ج 3، ص 333 - 334 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3).

## الشرط الثالث: أن لا يكون السبب محرّماً.

الشرط الثالث: • أن لا يكون السبب محرّماً.

فلو نكّل بعبده، بأن قلع عينيه أو قطع رجله، ونوى التكفير انعتق ولم يجرى عن الكفارة.

بصحة عن الكفارة لا يستحقّ عليه جعلاً.

نعم، لو علم بالقرائن أنّ غرضه من ذلك إنّما هو تخليص المملوك من الرقّ، وتقييده بالكفارة ليكون وسيلةً إلى إجابة المالك إلى ملتمسه اتّجه استحقاق الجعل عليه وإن لم يقع الكفارة؛ لأنّها ليست مقصودة بالذات حينئذٍ، وإنّما المقصود العتق المقتضي للخلوّص من الرقّ كيف اتّفق وقد حصل.

وقوله «إنّه على تقدير عدم وقوعه عن الكفارة طالب للمُحال فيحمل على الصورة» إنّما يتوجّه مع علمه بالحكم وهو عدم وقوعه عن الكفارة، أمّا مع جهله به فلا- يكون طلبه لوقوعه عنها طلباً للمُحال في زعمه، وإن كان في نفس الأمر كذلك، فصرفه إلى الصورة غير جيّد؛ لعدم القرينة الموجبة لحمله على المجاز على هذا التقدير.

إذا تقرّر ذلك، فلو قال المعتق بعد ظهور الحال له أو مطلقاً: أنا أردّ العوض ليكون العتق مجزئاً عن كفّارتي، أو ردّه بالفعل لم ينقلب مجزئاً؛ لأنّه إذا لم يجرى حال الإعتاق لم يجرى بعده.

نعم، لو قال في الابتداء عقيب الالتماس: أعتقته عن كفّارتي لا على الألف، كان ردّاً لكلامه وأجزأه عن الكفارة.

واعلم أنّ لبعض الشافعيّة هنا وجهاً بصحة العتق وإجزائه عن الكفارة وسقوط العوض؛ لأنّ العتق حاصل كما تقرّر، والعوض ساقط، فأشبهه ما إذا قال: «صلّ الظهر لنفسك ولك عليّ كذا» فصلّي، تجزئه صلاته ولا يستحقّ العوض (1).

قوله: «أن لا يكون السبب محرّماً. فلو نكّل بعبده، بأن قلع عينيه أو قطع رجله» إلى آخره. لمّا كانت الكفارة عبادةً وطاعةً مشروطةً بنية القربة كان التسبّب إلى العتق عنها بسبب

ص: 148

1- روضة الطالبين، ج 6، ص 266؛ وراجع حلية العلماء، ج 7، ص 193.

ويتعيّن الصوم في المرتبة مع العجز عن العتق.

### حدّ العجز عن العتق وانتقال الفرض إلى الصوم

ويتحقّق العجز إمّا بعدم الرقبة وعدم ثمنها، وإمّا بعدم التمكن من شرائها وإن وجد الثمن. وقيل: حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة.

ولو وجد الرقبة وكان مضطراً إلى خدمتها أو ثمنها؛ لنفقته وكسوته لم يجب العتق.

ولا يباع المسكن ولا ثياب الجسد. ويباع ما يفضل عن قدر الحاجة من المسكن. ولا يباع الخادم على المرتفع عن مباشرة الخدمة، ويباع على من جرت عادته بخدمة نفسه، إلا مع المرض المحجوج إلى الخدمة.

محرم غير مجزئ عنها لا محالة. فلو نكّل بعبده ناوياً به العتق عن الكفارة عتق عليه قهراً كما سيأتي إن شاء الله (1) ولا يقع عن الكفارة؛ للذهبي عن السبب المنافي لقصد الطاعة به (2). وبهذا يفرّق بينه وبين شراء القريب الذي يعتق بملكه بنية الكفارة؛ لأنّ السبب مباح إن لم يكن راجحاً، وبين عتق بعض المملوك بنية لسري عليه العتق، بل المذكور بهذا النوع أشبه؛ لاشتراكهما في وقوع النية حال الملك، بخلاف شراء القريب، وإنما اختلفا بجواز السبب وتحريمه.

قوله: «ويتحقّق العجز إمّا بعدم الرقبة وعدم ثمنها - إلى قوله - المحجوج إلى الخدمة».

الكفارة المرتبة ككفارة الظهار يتوقّف فرض الصوم فيها على عدم وجدان تحرير الرقبة. كما تبه عليه تعالى بقوله: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا... فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ» (3). فإن كان في ملكه عبد فاضل عن حاجته فواجبة الإعتاق. وإن احتاج إلى

ص: 149

1- يأتي في ص 381 وما بعدها.

2- دعائم الإسلام، ج 2، ص 409. ح 1427؛ الجعفریات المطبوع مع قرب الإسناد، ص 208، ح 783 - 785.

3- المجادلة (58): 3-4

خدمته لمرضه أو كبره أو زمانته أو ضخامته المانعة له من خدمة نفسه عادةً فهو كالمعدوم، كما أنّ الماء المحتاج إليه للعطش كالمعدوم في جواز التيمّم. وكذا لو كان من أهل المروّات ومنصبه يأبى من أن يخدم نفسه ويباشر الأعمال التي تستخدم فيها المماليك، فلا يكلف صرفه إلى الكفّارة. والمعتبر في ذلك العادة الغالبة.

ولو لم يملك عين الرقبة وملك ثمنها وقدر على شرائها فهو واجد.

ويشترط أن يكون فاضلاً عن حاجة دينه - ولو لم يطالب به - و مسكنه وثياب بدنه اللانثقة به عادة، و دابة ركوبه المحتاج إليها لعادة أو عجز، ونفقته وكسوته اللانثقة بحاله، ونفقة عياله الواجبي النفقة، ومنه كسوتهم وما لا بدّ منه من الأثاث.

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

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

ويظهر من المبسوط ترجيح المعنى الأوّل؛ لأنّه قال: «إمّا أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفاية، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام؛ لأنّه واجد، وإن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد عليه شيئاً فإنّ فرضه الصيام»<sup>(1)</sup>

وفي الدروس قطع بالمعنى الثالث وهو اعتبار قوت يوم وليلة<sup>(2)</sup>.

ص: 150

1- المبسوط، ج 4، ص 596.

2- الدروس الشرعية، ج 2، ص 142 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).



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

وهذا أقوى؛ لأن الكفارة بمنزلة الدين، فيستثنى فيها ما يستثنى فيه. وأمّا الكسوة المحتاج إليها في الوقت، فمستثناة وإن بقيت بعد ذلك مدّة طويلة بغير خلاف. وكذلك المسكن والخادم

وحيث كان المعتر قوت اليوم واللييلة، فلو كانت مؤنثه تستدرّ من ضيعة أو تجارة ويحصل منهما كفايته بلا مزيد، ولو باعهما لتحصيل عبد لارتدّ إلى حدّ المساكين كلّ ذلك، واستثنى من ثمنه ما ذكروا. ولو اعتبرنا قوت السنة أو الدوام لم يقع.

واختلف كلام العلّامة، ففي التحرير أوجب بيعهما (1)، وفي القواعد قطع بعدم الوجوب (2). مع أنه لم يبيّن المراد من النفقة المستثناة له، ولكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت اليوم واللييلة.

ولا فرق مع وجدان الثمن والرقبة بين بذل مالها له بثمن المثل فما دون وأزيد منه على الأقوى؛ لتحقق القدرة إلا مع الإجحاف المفرط المؤدّي إلى الضرر.

ولو لم يملك الرقبة ولا ثمنها، وبذل له أحدهما هبةً فالأقوى عدم وجوب القبول؛ دفعاً للمنة. وفي استحباب القبول وجهان، أمّا الجواز فلا ريب فيه، كما يجزئ لو تكلف العاجز أصلاً بالاستدانة، وبالموجود مع الدين غير المطالب به، وبالنفقة المستثناة حيث يستثنى له ما يحتمل ذلك.

قوله: «ولو كان الخادم غالباً بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه» إلى آخره.

الخادم المستثنى له والمسكن إن كانا معدومين استثنى له ثمن ما يليق به منهما عادةً،

ص: 151

1- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 390، الرقم 5978.

2- قواعد الأحكام، ج 3، ص 302.

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

كيفية وكميّة، ولا يستثنى له النفيس الزائد عن المعتاد. وإن كان موجوداً له بالفعل وهو بقدر الحاجة واللائق بحاله فلا كلام. وإن كان زائداً في النفاسة بحيث يمكن الاعتياض بثمنه ما يكفيه ويفضل منه ثمن رقبة مع كونه غير زائد عن حاله عادة ففي وجوب بيعه الاعتياض عنه بما دونه وجهان، من تحقّق القدرة على الرقبة مع مراعاة المستثنى، فإنّ المعتبر منه النوع لا الشخص، فيجب البيع؛ لتوقّف الواجب عليه، ومن أنّه عين المستثنى مع عموم النهي عن بيع الخادم والمسكن (1).

وهذا هو الأقوى، خصوصاً إذا كان مألوفاً، فإنّ فراق المألوف إضرار بالمكّلف، وقد روعي في حاله ما هو نظير ذلك أو دونه.

قوله: «ومع تحقّق العجز عن العتق يلزم في الظهر والقتل خطأ صوم شهرين متتابعين. وعلى المملوك صوم شهر» إلى آخره.

إذا انتقل فرضه في المرتبة إلى الصوم فالواجب منه صوم شهرين متتابعين إن كان حرّاً إجماعاً، وإن كان عبداً فالمشهور أنّه على النصف مطلقاً.

وذهب جماعة من الأصحاب - منهم أبو الصلاح (2) وابن إدريس (3) وابن زهرة (4) - إلى أنّه في الظهر كالحرّ؛ استناداً إلى عموم الآية (5).

ص: 152

1- راجع وسائل الشيعة، ج 18، ص 339، الباب 11 من أبواب الدين والقرض.

2- الكافي في الفقه، ص 304.

3- السرائر، ج 2، ص 713 وج 3، ص 74.

4- غنية النزوع، ج 1، ص 369.

5- المجادلة (58): 3-4

والأقوى المشهور؛ لصحيحة محمد بن حمران عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن المملوك أعليه ظهار؟ فقال: «نصف ما على الحرّ صوم شهر، وليس عليه كفارة من صدقة ولا عتق»<sup>(1)</sup>. والآية مخصوصة بهذا الخبر بناءً على جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد، مع أنّ ظاهر الآية أنّ الأمر فيها متوجّه إلى الحرّ، بقرينة الأمر بتحرير الرقبة والإطعام، فتكون مخصوصة ابتداءً.

### يتحقّق التابع في الشهرين

ويتحقّق التابع في الشهرين بصوم شهر متتابع ومن الثاني شيئاً ولو يوماً، فإذا فرّق بعد ذلك لم يقدح في التتابع إجماعاً منّا، ولكن هل يَأْثَمُ؟ قيل: نعم؛ لأنّ تتابع الشهرين إنّما يتحقّق لغةً وعرفاً بإكمالهما، فإذا لم يحصل فلا أقلّ من الإثم، ولا استبعاد في الإجزاء معه للنصّ<sup>(2)</sup>.

وذهب الأكثر إلى عدم الإثم بذلك؛ للأصل ولأنّ التابع إن صدق بذلك فلا وجه للإثم؛ لتحقّق الامتثال وإلا لم يجزئ والصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «والتتابع أن يصوم شهراً ومن الآخر أيّاماً أو شيئاً منه»<sup>(3)</sup> الحديث. ووجه مع الخبر أنّ التابع وقع صفةً للشهرين لا للأيام، وتتابع الشهرين يحصل بالشروع في الثاني متابعاً للأول.

وفيه نظر. والأولى الاعتماد على النصّ.

ولو كان المكفّر بالصوم عبداً فالمشهور تحقّق المتابعة بخمسة عشر يوماً، فيجوز تفريق الباقي. وكذا لو وجب على الحرّ صوم شهر متتابع بنذر وشبهه؛ لرواية الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل جعل على نفسه صوم شهر فصام خمسة عشر يوماً ثمّ عرض له أمر، فقال: «جائز له أن يقضي ما بقي عليه، وإن كان أقلّ من خمسة عشر يوماً»

ص: 153

1- الكافي، ج 6، ص 156، باب الظهار، ح 13؛ الفقيه، ج 3، ص 535، ح 4852؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 24، ح 79.

2- راجع وسائل الشيعة، ج 10، ص 371، الباب 3 من أبواب بقية الصوم الواجب.

3- الكافي، ج 4، ص 138، باب من وجب عليه صوم شهرين...، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 283، ح 856.

. والعذر الذي يصحّ معه البناء الحيض والنفاس والمرض والإغماء والجنون. أمّا السفر فإن اضطرَّ إليه كان عذراً، وإلا كان قاطعاً للتتابع. ولو أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما لم ينقطع التتابع. ولو أفطرتا لم يجزئ له حتى يصوم شهراً تاماً» (1). ومثله روى موسى بن بكر عن الصادق عليه السلام (2).

وفي طريق الروايتين ضَعُفُ بموسى بن بكر (3)، لكنَّ العمل بمضمونهما مشتهر بين الأصحاب أو متفق عليه. ومع ذلك فهما ظاهران في الشهر المنذور، أما ما يجب كفارة على العبد فلا، لكن الحقه الشيخ (4)، وأتباعه (5). والمصنّف تردّد فيه في الصوم (6) وجزم به هنا. واعلم أنّه مع الإخلال بالمتابعة حيث تعتبر يفسد صوم الماضي و يجب الاستئناف، وهل يأثم بذلك؟ قيل: «نعم» (7)؛ لأنّه إبطال للعمل وهو منهى عنه (8).

ويحتمل عدم الإثم؛ لأنّ العبادة لم تبطل في نفسها؛ إذ صوم كلّ يوم منفكّ عن الآخر، فإذا مضى النهار وحكم بانعقاده لا يلحقه البطلان بعد ذلك.

نعم، اللازم من الإخلال بالمتابعة عدم الإجزاء عن الكفارة، لا بطلان ما مضى رأساً. وتظهر الفائدة في حصول الثواب على ما مضى صحيحاً في الجملة على الثاني دون الأوّل. و يظهر من الشيخ فخر الدين (9) الإجماع على الإثم بالإخلال بالمتابعة. وفيه نظر.

قوله: «والعذر الذي يصحّ معه البناء الحيض - إلى قوله - وفي المبسوط قال بالفرق».

ص: 154

- 1- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 285، ح 864.
- 2- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 285، ح 863.
- 3- خلاصة الأقوال، ص 406، الرقم 1639، قال: «واقفي».
- 4- راجع المبسوط، ج 1، ص 380 - 381.
- 5- الوسيلة، ص 146.
- 6- راجع ج 1، ص 570.
- 7- قال به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 4، ص 100.
- 8- في الآية 33 من سورة محمد صلّى الله عليه وآله وسلّم (47)
- 9- إيضاح الفوائد ج 4، ص 100.

خوفاً على الولد، قال في المبسوط ينقطع، وفي الخلاف: لا ينقطع، وهو أشبه. ولو أكره على الإفطار لم ينقطع التابع - سواء كان إجباراً كمن وجر الماء في حلقة، أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل - وهو اختيار الشيخ في الخلاف، وفي المبسوط قال بالفرق.

لما بين اشتراط التابع في صوم الشهرين تبه على مواضع يمنع الصوم ولا يقطع التابع، ومواضع مختلف فيها:

فمنها: عروض الحيض والنفاس. وهما غير قاطعين للتابع إجماعاً؛ لأنّهما طبيعيتان لا اختيار فيهما للمكلّف، فلو قطعاً التابع لزم عدم إمكان الصوم عن الكفارة لذات الحيض غالباً وهو حرج، والتأخير إلى بلوغ سن اليأس تغرير بالواجب وغير موثوق بالبقاء إليه. وفي معناهما المرض المانع من الصوم والإغماء؛ لاشتراك الجميع في المقتضي وهو عدم اختيار المكلّف في الإفطار، خلافاً لبعض العامة، حيث حكم بقطع المرض فارقاً بينه وبين الحيض، بأنّ المرض لا ينافي الصوم بذاته، وإنما خرج عنه بفعله بخلاف الحيض (1). وجوابه منع عدم المنافاة، فإنّ المرض الذي يتضرّر معه بالصوم مانع منه وإن لم يفطر بنفسه، فكان كالحيض. ويدلّ على حكم الأمرين صحيحة رفاعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهراً ومرض قال: يبني عليه، الله حبسه»، قلت: امرأة كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت وأفطرت أيام حيضها، قال: «تقضيتها»، قلت: فإن قضيتها ثم ينست من الحيض قال: «لا تعيدها، أجزاء ذلك (2)». ومثله صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (3).

ومنها: السفر. فإن عرض في الأثناء ولم يكن ضرورياً قطع التابع اتفاقاً؛ لأن القطع جاء من قبل المكلّف، فكان كالإفطار بغيره. وإن كان ضرورياً - وهو الذي يخاف بتركه على

ص: 155

- 1- راجع الحاوي الكبير، ج 2، ص 500؛ وروضة الطالبين، ج 6، ص 277.
- 2- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 284، ح 859؛ الاستبصار، ج 2، ص 124، ح 402.
- 3- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 284، ح 860؛ الاستبصار، ج 2، ص 124، ح 403.

نفسه أو ماله وما في معناه - جاز الإفطار ولم يقطع التتابع؛ لأنه بالاضطرار إليه كالمضطر إلى الإفطار بالمرض ونحوه، ويجب تقييده بما إذا لم يعلم قبل الشروع فيه بعروض السفر في أثنائه، وإلا كان الشروع فيه مع العلم بعروضه كالشروع فيه في زمان لا يسلم له صوم ما يحصل به التتابع. ومنها: لو أفطرت الحامل أو المرضع. فإن كان للخوف على أنفسهما لم يقطع التتابع؛

لأن ذلك بمنزلة المرض ولو أفطرتا خوفاً على الولد فللشيخ قولان: أحدهما أنه كذلك؛ لاشتراكهما في الضرورة المسوغة للإفطار، فكان عذاراً(1). -وهو-

الأقوى والثاني: أنه يقطع التتابع؛ لأنهما يفطران لغيرهما، بخلاف المريض(2)؛ ولهذا فارقنا المريض في لزوم الفدية في رمضان، وفي حكم إفطارهما لضرورة الولد إفطار منقذ الغير من الهلاك.

ومنها: المكروه على الإفطار لا ينقطع بتابعه، سواء رفع اختياره أصلاً، كما لو وجر في جوفه ما يفطر به أم لا، كما إذا توعدده بالضرب حتى أفطر؛ لاشتراكهما في الإكراه المسوغ للإفطار، فكان عذاراً.

خلافاً للشيخ، حيث فرّق بينهما، فجعل الثاني قاطعاً للتتابع؛ لأنه فعل المفطر باختياره بخلاف الأول(3).

وهو ممنوع؛ لاشتراك الأمرين في الإكراه عرفاً، فيدخل تحت عموم قوله: «رفع عن

أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه»(4).

ومن المواضع المختلف في قطعه بها ولم يذكره المصنّف ما لو نسي النية في بعض أيام

ص: 156

1- الخلاف، ج 4، ص 555، المسألة 50.

2- المبسوط، ج 4، ص 197.

3- المبسوط، ج 4، ص 197.

4- الخصال، ص 417، باب التسعة، ح 9.

## لو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصح صومه

. ولو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصح صومه عن الكفارة كشهر

رمضان والأضحى - بطل التابع.

الشهر الأول ولم يذكر إلا بعد الزوال، فإن الصوم يفسد، ولكن هل يقطع التابع؟ وجهان، من ارتفاع حكم النسيان بالخبر، وانقطاع التابع حكم من أحكامه فيكون مرتفعاً، ومن أن المعبر وجوب شهرين متتابعين وبطلان يوم منها لا تتحقق المتابعة، وترك النية بإهماله؛ إذ

هو مخاطب بإيقاعها كل ليلة، فالتفريط منسوب إليه؛ إذ كان يجب عليه الاستعداد لها. وفي الدليل من الجانبين نظر؛ لأن ظاهر الحديث ارتفاع المؤاخذه عليه لا جميع الأحكام والقدرة على دفع النسيان مطلقاً بديهى البطلان والأقوى أنه عذر حيث لا تقصير. قوله: «ولو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصح صومه عن الكفارة» إلى آخره. حيث كان التابع واجباً وجب تحري زمان يسلم فيه القدر المعبر منه من باب مقدمة الواجب. فلو شرع فيه في زمان لا يسلم فيه شهر ويوم، كما لو شرع فيه في أول شعبان أو بعد العشر الأول من ذي القعدة ونحو ذلك لم يصح. وفي صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله أنه قال في رجل صام في ظهار شعبان، ثم أدركه شهر رمضان، قال: «يصوم شهر

رمضان ويستأنف الصوم، فإن صام في الظهار فزاد في النصف يوماً فضى بقيته»<sup>(1)</sup>. ثم إن علم ابتداء بعدم السلامة لم ينعقد الصوم أصلاً؛ لعدم اجتماع الشرائط المعبرة فيه حينئذ. وإن لم يعلم بذلك حتى شرع، كما لو ابتداء به تاسع ذي القعدة فاتفق نقصان الشهر انقطع التابع حينئذ؛ لتبين عدم الشرط.

ويحتمل عدم جواز الشروع فيه على هذا الوجه؛ لعدم الوثوق بإكمال العدد.

ويضعف بأن الوثوق غير مشروط، والأصل عدم نقصان الشهر.

ويحتمل على هذا أن يعذر في انقطاع التابع؛ لأن النقصان وقع بغير اختياره بعد أن حكم بصحته.

ص: 157

1- الكافي، ج 4، ص 139، باب من وجب عليه صوم شهرين...، ح 5؛ الفقيه، ج 2، ص 152، ح 2008؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 283، ح 857، بتفاوت يسير.

. ويتعين الإطعام في المرتبة مع العجز عن الصيام.

ويجب إطعام العدد لكل واحد مد، وقيل: مدان ومع العجز مد، والأول أشبه.

ولا يجزئ إعطاء ما دون العدد المعتبر وإن كان بقدر إطعام العدد. ولا يجوز التكرار عليهم من الكفارة الواحدة مع التمكن من العدد. و يجوز مع التعذر.

وعلى كل حال، فقول المصنّف «لو عرض في أثناء الشهر الأول - إلى قوله - بطل التتابع ليس بجيد؛ لأن بطلان التتابع فرع صحة الصوم، ومتى عرض ذلك في أثناء الشهر الأول كما مثل فالشرط معلوم فقد ابتدأ فلا ينعقد الصوم، ولا ينسب الحكم إلى بطلان التتابع، إلا أن يحمل على ما لو احتمل السلامة فعرض المانع كما صوّرناه.

وكذا قوله «عرض في أثناء الشهر الأول فإنّ الحكم غير مقصور عليه. والأولى التعبير بعروض المانع من الصوم في أثناء العدد المعتبر في التتابع ليشمل ذلك اليوم الذي بعد الشهر الأول.

هذا كله في حق العالم بالأهلة. أما المحبوس الذي يصوم بالظن لو توخى شهرين فعرض المانع من الصوم قبل أن يكمل شهراً ويوماً، فالأقوى عدم انقطاع التتابع لأن ذلك عذر في حقه كالمرض والحيض وغيرهما.

قوله: «ويتعين الإطعام في المرتبة مع العجز عن الصيام - إلى قوله - وأدونه الملح». إذا عجز في المرتبة عن صوم الشهرين انتقل فرضه إلى الإطعام، قال تعالى: (فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) (1)

ص: 158



## قدر الطعام، عدد المصروف إليه و جنس الطعام

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

ويتحقّق العجز عنه بالمرض المانع منه، أو ما يحصل به مشقة شديدة وإن رجي برؤه أو بالخوف من زيادته أو بالهرم ونحوه. ولا يلحق به السفر وإن منع حالته؛ لأنّه مستطيع للصوم بالإقامة غالباً. نعم، لو تعذرت أمكن الجواز.

ثم الكلام في هذه الجملة يقع في مواضع: أحدها: - في قدر الطعام والمشهور خصوصاً بين المتأخرين أنه قدر مدّ لكلّ مسكين. وقد تقدم في حديث الأعرابي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعاً، فقال: خذ هذا فأطعم عنك ستين مسكيناً<sup>(1)</sup>. وهذا المبلغ إذا قسّم على ستين كان لكل واحدٍ منهم

مد؛ لأنّ الصاع أربعة أمداد. وروى عبد الله بن سنان - في الصحيح - عن الصادق: «إذا قتل خطأ أدى دية ثمّ أعتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مدّاً مدّاً»<sup>(2)</sup>. ولقوله تعالى: (فَأَطْعَمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) <sup>(3)</sup> 3 الشامل للمد وما فوقه وما دونه، لكن خرج ما

دونه بالإجماع فيبقى الباقي مجزئاً.

وقال الشيخ في كتبه الثلاثة الفروعية: أقله مدان<sup>(4)</sup>؛ محتجاً بإجماع الفرقة وطريقة

الاحتياط.

وجوابه منع الإجماع، والاحتياط قد يكون في الأقل كما إذا أوصى بالكفارة ولم يبين القدر وله أطفال ونحو ذلك.

ص: 159

1- تقدّم تخريجه في ص 92، الهامش 2.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 322 - 323، ح 1196.

3- المجادلة(58): 4.

4- النهاية، ص 569؛ المبسوط، ج 4، ص 202؛ الخلاف، ج 4، ص 560 - 562، المسألة 62.

والمعتبر من المد الوزن لا الكيل عندنا؛ لأن المد الشرعي مركب من الرطل، والرطل مركب من الدرهم والدرهم مركب من وزن الحبات، ويسمى درهم الكيل. ويتركب من المد

الصاع، ومن الصاع الوسق.

فالوزن أصل الجميع، وإثما عدل إلى الكيل في بعض المواضع تخفيفاً. وتظهر الفائدة في

اعتبار الشعير بالكيل والوزن، فإنهما مختلفان جداً بالنسبة إلى مقدار البر بالكيل.

وثانيها: المصروف إليه وهو ستون مسكيناً. ولا يجزئ الصرف إلى ما دون الستين وإن راعى العدد في الدفع بأن دفع إلى مسكين واحد في ستين يوماً، خلافاً لأبي حنيفة حيث اجتزأ بالصرف إلى واحد في ستين يوماً<sup>(1)</sup>، ولا يجزئ الصرف إليه دفعةً إجماعاً. لنا: أن إطعام الستين مسكيناً يشتمل على وصف وهو المسكنة، وعلى عدد وهو الستون، فكما لا يجوز الإخلال بالوصف لا يجوز الإخلال بالعدد، كما أن قوله تعالى «وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ»<sup>(2)</sup> فيه تعرض لوصف وعدد، وكما لم يجزئ الإخلال بالوصف

لم يجزئ الإخلال بالعدد، حتى لا يكون شهادة واحد مرتين كشهادة اثنين. ولا فرق بين كون العدد مجتمعين في بلدٍ واحدٍ أو بلدان كثيرة مع إمكان التوصل إليهم. فيجب السعي على إطعام العدد؛ لتوقف الواجب عليه، فإن تعذر الوصول إلى العدد جاز حينئذ الاقتصار على الممكن، وفرق العدد عليهم بحسب الأيام، حتى لو لم يـجـد سـدسـ وسـ واحد فرّق عليه في ستين يوماً.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده لا يخلو من ضعف، والآية ظاهرة في عدم

إجزاء ما دون العدد مطلقاً فيبقى في الذمة إلى أن يوجد.

مع أنه روى إسحاق بن عمار - في الموثق - قال: سألت أبا إبراهيم عن إطعام عشرة -

ص: 160

1- راجع المبسوط، السرخسي، ج 7، ص 19.

2- الطلاق (65): 2.

مساكين أو إطعام ستين مسكيناً، أجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه؟ فقال: «لا، ولكن يعطى إنساناً إنساناً كما قال الله تعالى» (1)

والشيخ (2) وجماعة (3) حملوا ذلك على حالة الاختيار ووجود العدد، أما مع تعذره فيجزئ؛ الرواية السكوني عن أبي عبد الله قال: «قال أمير المؤمنين: إن لم يجد في الكفارة إلا الرجل والرجلين فليكرّر عليهم حتى يستكمل العشرة، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غداً» (4). ولا يخفى عليك ضعف سند هذه الرواية (5)، لكن الحكم مشهور لا راد له.

وثالثها: جنس الطعام. والمعتبر منه القوت الغالب من الحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما. وأما قوله تعالى في كفارة اليمين «مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ» (6) فإما كناية عن الغالب أو محمول على الفضل، ويجزئ التمر والزبيب. ويستحب أن يضم إليه الأدم، وهو ما جرت العادة بأكله مع الخبز، مانعاً ك--ان ك--الزيت

والدبس، أو جامداً كالجبين واللحم.

وقال المفيد: يجب ضمه إليه (7)، وتبعه تلميذه سلالر (8) لرواية أبي بصير عن أبي جعفر وقد سأله عن: أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ فقال: «ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك».

ص: 161

- 1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 298، ح 1103؛ الاستبصار، ج 4، ص 53 - 54، ح 185.
- 2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 298، ذيل الحديث 1103؛ الاستبصار، ج 4، ص 54، ذيل الحديث 185.
- 3- راجع كشف الرموز، ج 2، ص 265؛ والسرائر، ج 3، ص 70 - 71؛ والدروس الشرعية، ج 2، ص 149 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10).
- 4- الكافي، ج 7، ص 453، باب كفارة اليمين، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 298، ح 1102؛ الاستبصار، ج 4، ص 53 . ح 184.
- 5- راجع خلاصة الأقوال، ص 316. الرقم 1238.
- 6- المائدة (5): 89.
- 7- المقنعة، ص 568.
- 8- المراسم، ص 186.

ويجوز أن يعطى العدد متفرقين ومجتمعين إطعاماً وتسليماً.

ويجزئ إخراج الحنطة والدقيق والخبز.

ولا يجزئ إطعام الصغار منفردين ويجوز منضمين. ولو انفردوا احتسب

الاثنان بواحد.

قلت : وما أوسط ذلك؟ قال: «الخلّ والزيت والتمر والخبز، يشبعهم به مرة واحدة»<sup>(1)</sup>. ورواية أبي جميلة عن أبي عبد الله قال كفارة اليمين عتق رقبة، وإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم، أو كسوتهم، والوسط الخل والزيت، وأرفعه الخبز

واللحم»<sup>(2)</sup>، وحملتا على الاستحباب؛ لصدق الطعام بدونه.

ولحسنه الحلبي عن أبي عبد الله في قول الله عزّ وجلّ: (مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ) قال: «هو ما يكون - إلى أن قال - وإن شئت جعلت لهم إداماً، والإدام أدناه ملح وأوسطه الزيت والخل، وأرفعه اللحم»<sup>(3)</sup>

قوله: «ويجوز أن يعطى العدد متفرقين ومجتمعين إطعاماً وتسليماً» إلى آخره. ما تقدّم من تقدير الإطعام بالمد والمدين<sup>(4)</sup>، إنّما هو مع تسليمه إلى المستحق، وذلك غير لازم بل يتخيّر بينه وبين أن يطعمه إلى أن يشبع؛ لصدق الإطعام بذلك، بل ربما كان أدخل في معناه. وحينئذ فلا يتقدر بقدر. وكما يجوز إطعام العدد وتسليمهم مجتمعين، يجوز متفرقين؛ لصدق الإطعام على التقديرين. كتاب الظهار

ص: 162

1- الكافي، ج 7، ص 454، باب كفارة اليمين، ح 14؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 296، ح 1095؛ الاستبصار، ج 4، ص 52، ح 178، وفيه: «لا تعولون».

2- الكافي، ج 7، ص 452، باب كفارة اليمين، ح 5؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 296، ح 1097؛ الاستبصار، ج 4، ص 52، ح 179.

3- الكافي، ج 7، ص 453، باب كفارة اليمين، ح 7؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 297، ح 1098؛ الاستبصار، ج 4، ص 53، ح 183.

4- تقدّم في ص 158 - 159.

ثم إن سلم المد فلا- فرق بين الكبير والصغير. وإن اقتصر على الإطعام اشترط كونهم كباراً أو مختلطين من الصغار والكبار، فلو انفرد الصغار بالأكل احتسب الاثنان منهم بواحد. أما جواز احتساب المختلطين فلصدق إطعام العدد وفي حسنة الحلبي السابقة أنه يكون في البيت من يأكل أكثر من المد، ومنهم من يأكل أقل من المد، فبين ذلك بقوله تعالى: (مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ) (1). وظاهر النص والفتوى عدم الفرق بين كون الكبار بقدر الصغار وأقل. ويدل على عدم أجزاء الصغار منفردين رواية غياث عن أبي عبد الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يجزئ

إطعام الصغير في كفارة اليمين، ولكن صغيرين بكبير (2).

والرواية ضعيفة السند (3)، لكن ضعفها منجبر بالشهرة عندهم وظاهرها وإن كان يقتضي عدم أجزاء الصغير مطلقاً، إلا أنها محمولة على حالة انفرد الصغار جمعاً بينها وبين رواية أبي بصير السابقة (4)، ورواية يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواء والرجال والنساء، أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ فقال: «كلهم سواء» (5). ويمكن أن يقال في هذه الرواية: إنها تدل على حكم التسليم، ولا نزاع في استواء الصغير والكبير فيه، إنما الكلام في الإطعام وهي لا تدل عليه. ورواية أبي بصير المتضمنة لاختلاف الأكلين في البيت لا تدل على التسوية أيضاً بين الصغير والكبير؛ لأن الاختلاف في الأكل

يتحقق في الكبار أيضاً.

ص: 163

1- المائدة (5): 89.

2- الكافي، ج 7، ص 454، باب كفارة اليمين، ح 12؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 297، ح 1100؛ الاستبصار، ج 4، ص 53، ح 182.

3- في طريقها غياث بن إبراهيم التميمي، وهو بترى. راجع خلاصة الأقوال، ص 385، الرقم 1547.

4- سبقت في ص 161 - 162.

5- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 297، ح 1101؛ الاستبصار، ج 4، ص 53، ح 181، وفيهما: «أطعم» بدل «أعطي».

وتبقى رواية غياث لا معارض لها إن اعتبرت لكن عموم الآية(1) يقتضي الاكتفاء بالصغير في الإطعام كالكبير مطلقاً. وحينئذ فيمكن أن يقال: خرج منه ما إذا انفرد الصغار بالاتفاق عليه فيبقى الباقي، ولا التفات حينئذ إلى دلالة الروايات وإن كانت هي أصل

الوفاق على حكم الصغار.

إذا تقرّر ذلك فتمام البحث يتوقف على أمور

الأول: الواجب على تقدير الإطعام إشباعه مرّة واحدة على المشهور؛ لصدق الإطعام

المأمور به في الآية بها، ولرواية أبي بصير السابقة وقال فيها: «يشبعهم به مرّة واحدة»(2).

وقال المفيد(3)، وجماعة(4): يشبعه في يومه.

وقال ابن الجنيد: يشبعه في الغداء والعشاء(5). والأصح الأول. الثاني: لا يتقدر الإشباع بقدر بل ما يحصل به عادة، سواء زاد عن المدّ أم نقص. فلو لم يكفه المدّ زاده حتى يشبع، كما أنه لو شبع بدون كفى

الثالث: يجزئ إخراج المدّ من الحنطة والدقيق والخبز، وإن توقف الأولان على عمل زائد إلى أن يصير مأكولاً بالفعل؛ للعموم(6).

وقال ابن الجنيد: تجب مؤونة طحنه وخبزه وأدمه(7). وفي حسنة هشام بن الحكم عن

ص: 164

1- المجادلة (58): 4، قوله تعالى: (فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا).

2- سبق تخريجها في ص 162، الهامش 1.

3- المقنعة، ص 568.

4- منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص 227؛ وسالار في المراسم، ص 186؛ وابن البراج في المهذب، ج 2، ص 415، وفيه: «في يوم».

5- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 245، المسألة 77.

6- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 374، الباب 10 من أبواب الكفّارات، وص 375، الباب 12 وص 380، الباب 14 من هذه الأبواب.

7- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 245، المسألة 77.

## هل يشترط الإيمان في مستحق للكفارة؟

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

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

أبي عبد الله : «في كفارة اليمين مدّ من حنطة وحنفة، لتكون الحنفة في طحنه وحنطه»<sup>(1)</sup>. وهو محمول على الأفضلية جمعاً. الرابع: المعبر إخراج عين الطعام، فلا- تجزئ القيمة. نعم لو أراد الاقتصار على بعض الواجب جاز شراؤه من المستحق بعد احتسابه عليه ثم احتسابه على غيره على كراهة فيتأدى الواجب بمد واحد.

الخامس: لا يجوز نقصان المستحق عن المد، على تقدير التسليم وإن كثر المستحقون وضاق العدد، بل يتخيّر منهم بعدد الواجب، فلو دفع الستين إلى مائة وعشرين أجزاء عنه نصف المخرج، ووجب أن يكمل لستين منهم ثلاثين مداً كلّ واحدٍ نصف مد. ثم إن علم الباقيون بالحال جاز الرجوع عليهم بما زاد وإلا فمع بقاء العين خاصة. وكذا لو دفع إلى الواحد أزيد من مد.

السادس: لا تقدير في الكبر والصغر شرعاً فيرجع فيهما إلى العرف. ولا يختص الكبير بالبالغ، بل العبرة بكثرة الأكل وقلته بحيث يقارب الأكل المتوسط من

الكبار، ولعلّ بلوغ عشر سنين يقارب ذلك غالباً. السابع: لو أخرج الحنطة أو الزبيب ونحوهما اشترط كونه سليماً من العيب وممازج--ة

غيره كالزؤان والتراب. ويعفى عن المعتاد منهما ومن نحوهما. قوله: «ويستحب الاقتصار على إطعام المؤمنين ومن هو بحكمهم كالأطفال» إلى آخره. للأصحاب في اشتراط الإيمان في المستحق للكفارة أقوال:

ص: 165

1- الكافي، ج 7، ص 453، باب كفارة اليمين، ح 9؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 297، ح 1099.

أحدها: أنه ليس بشرط بل يكفي الإسلام حيث لا يكون محكوماً بكفره من فرقهم كالناصب. وهو مختار المصنّف؛ لعموم قوله تعالى: (فِإطْعَامُ سَيِّئِينَ مَسْكِينًا) (1) و (وَإطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ) (2)، وخصوص صحيحه يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواء، والرجال والنساء، أو يفضّل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ فقال: «كلّهم سواء، ويتمّ إذا لم يقدر من المسلمين وعيالاتهم تمام العدة التي تلزمه أهل الضعف ممن لا ينصب» (3). وموثقة إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن الكاظم وقد سأله عن الكفارة وقال قلت: فيعطيه ضعفاء من غير أهل الولاية؟ قال: «نعم وأهل الولاية أحبّ إلي» (4).

وثانيها: اشتراطه مع الإمكان، فإن لم يجد تمام العدة كذلك جاز إعطاء المستضعف من المخالفين. وهو قول الشيخ في النهاية، وقواه في المختلف (5). وليس عليه نص بخصوصه لكنّه حمّله على الزكاة، فقد اختلفت الأخبار في اعتبار الإيمان فيها، فجمع الشيخ بينها بحمل أخبار الجواز على المستضعف (6).

وثالثها: اشتراط كونه مؤمناً أو مستضعفاً. وهو قول الشيخ في المبسوط، والعلامة في

الإرشاد.

أما في المبسوط، فإنه جعل مصرفها مصرف زكاة الفطرة (7)، وقد جوّز صرف زكاة الفطرة

ص: 166

- 
- 1- المجادلة (58): 4.
  - 2- المائدة (5): 89.
  - 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 297، ح 1101؛ الاستبصار، ج 4، ص 53، ح 181. 4. تهذيب الأحكام، ج 8، ص 298، ح 1103؛ الاستبصار، ج 4، ص 53 - 54. ح 185.
  - 4- النهاية، ص 570.
  - 5- مختلف الشيعة، ج 8، ص 255، المسألة 88.
  - 6- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 88، ذيل الحديث 259؛ الاستبصار، ج 2، ص 51، ذيل الحديث 172.
  - 7- المبسوط، ج 4، ص 592.



إلى المستضعف (1)، وحمل الروايات الدالة على جواز صرفها إلى غير أهل الولاية على المستضعف منهم.

وأما في الإرشاد، فإنه منع من إعطائها المخالف، واستحب فيه أن يكون من المؤمنين وأولادهم (2)، فبقي المستضعف خارجاً عن القسمين، ويقتضي جواز إطعامه منها. ورابعها اشتراط الإيمان حتى لو لم يجد آخرها إلى أن يتمكن. وهو قول ابن الجنيد (3) وابن البراج (4)، وابن إدريس (5) والعلامة في القواعد والتحرير (6).

وخامسها اشتراط الإيمان كذلك والعدالة. وهو قول ابن إدريس؛ لأنه جعل مصرفها مصرف الزكاة، واشترط في مستحق الزكاة العدالة (7).

ودليل هذه الأقوال كلها راجع إلى دليلهم في الزكاة، والملازمة ممنوعة.

وقول المصنف هنا هو الأقوى.

واعلم أنّ المصنف لم يبين في الكتاب ما يعتبر في المستحق زيادة على الإسلام ولا ريب في اعتبار «المسكنة»؛ لأنها منصوص الآية (8)، ولا يتعدى إلى غيره من أصناف مستحقي الزكاة غير الفقير حتى الغارم، وإن استغرق دينه ماله إذا ملك مؤونة السنة. وكذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاة أو الاستدانة، وإلا ففي جواز أخذه نظر من حيث إنه حينئذ في معنى المسكين، ومن أنه قسيم له مطلقاً. ويظهر من الدروس (9) جواز أخذه لها حينئذ.

ص: 167

- 1- المبسوط، ج 1، ص 333.
- 2- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 100.
- 3- لم نعر على من حكاه عنه.
- 4- المهدّب، ج 2، ص 415.
- 5- السرائر، ج 3، ص 74.
- 6- قواعد الأحكام، ج 3، ص 304؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 386، ذيل الرقم 5977.
- 7- السرائر، ج 1، ص 459؛ وج 3 ص 74.
- 8- المجادلة (58): 4.
- 9- الدروس الشرعية، ج 2، ص 150 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10)

## كفارة اليمين و تقدير الكسوة و الإطعام

الأولى: • كفارة اليمين مخيرة بين العتق والإطعام والكسوة. فإذا كسا الفقير وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة، ومع العجز ثوباً واحداً. وقيل: يجزئ الثوب الواحد مع الاختيار. وهو أشبه.

واختلف في الفقير، والأقوى جواز دفعها إليه، إما لكونه أسوأ حالاً كما ذهب إليه بعضهم (1)، أو لأنّ كل واحدٍ من المسكين والفقير يدخل في الآخر حيث ينفرد بالذكر، وإنما يبحث عن الأسوأ حالاً منهما على تقدير الاجتماع كآية الزكاة (2)

قوله: «كفارة اليمين مخيرة بين العتق والإطعام والكسوة» إلى آخره.

الكسوة ورد الأمر بها مطلقاً في كفارة اليمين، فيجب لمن أرادها ما يحصل بها مسماها عرفاً. وقد اختلف الأصحاب في تقديرها لذلك، فمنهم من حملها على عرف الشرع في الصلاة، ففرّق بين الرجل والمرأة، وهو ابن الجنيّد، فاعتبر للمرأة درعاً وخماراً، واكتفى للرجل بثوب يجزئه في مثله الصلاة (3).

ومنهم من أطلق الثوبين، كالمفيد (4)، وسأله (5)

ومنهم من أطلق الثوب، كالشيخ في المبسوط (6)، وابن إدريس (7)، والمصنّف، والعلامة في المختلف والتحرير والإرشاد (8)

ص: 168

1- راجع الخلاف، ج 4، ص 229، المسألة 10؛ والمبسوط، ج 1، ص 338؛ والوسيلة، ص 128؛ والسرائر، ج 1، ص 456.

2- التوبة (9): 60 .

3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 247، المسألة 78.

4- المقنعة، ص 568.

5- المراسم، ص 186.

6- المبسوط، ج 4، ص 597.

7- السرائر، ج 3، ص 70.

8- مختلف الشيعة، ج 8، ص 247، المسألة 78؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 386، ذيل الرقم 5977؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص

ومنهم من فصل فاعتبر الثوبين مع القدرة، واكتفى بالثوب مع العجز كالشيخ في النهاية(1)، وابن البراج(2)، وأبي الصلاح(3)، والعلامة في القواعد(4)، وولده(5). ومنشأ الاختلاف الأخبار، فروى الحلبي - في الصحيح - عن أبي عبد الله: «في كفارة اليمين يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مدّ من حنطة أو من دقيق وحنفة، أو كسوتهم، لكل إنسان ثوبان»(6) الحديث ومثله روى علي بن أبي حمزة عنه(7).

. وروى أبو بصير - في الصحيح - قال: سألت أبا جعفر إلى قوله - قلت: كسوتهم، قال: ثوب واحد»(8).

وروى الحسين بن سعيد عن رجاله، عن الصادق صلى الله عليه وسلم قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: وفي كفارة اليمين ثوب يوارى، عورته، وقال: ثوبان»(9).

وروى محمد بن قيس عن أبي جعفر إلى قوله، قلنا: فمن وجد الكسوة؟ قال: «ثوب يوارى عورته»(10).

ص: 169

- 
- 1- النهاية، ص 570.
  - 2- المهذب، ج 2، ص 415.
  - 3- الكافي في الفقه، ص 227.
  - 4- قواعد الأحكام، ج 3، ص 305.
  - 5- إيضاح الفوائد، ج 4، ص 107.
  - 6- الكافي، ج 7، ص 451-452، باب كفارة اليمين، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 295، ح 1091 و 1092؛ الاستبصار، ج 4، ص 51، ح 174.
  - 7- الكافي، ج 7، ص 452، باب كفارة اليمين، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 295، ح 1092؛ الاستبصار، ج 4، ص 51، ح 175.
  - 8- الكافي، ج 7، ص 454، باب كفارة اليمين، ح 14؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 296، ح 109؛ الاستبصار، ج 4، ص 52، ح 178.
  - 9- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 320، ح 1187.
  - 10- الكافي، ج 7، ص 452، باب كفارة اليمين، ح 4؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 295، ح 1093؛ الاستبصار، ج 4، ص 51، ح 176.

وروى معمر بن عثمان قال: سألت أبا جعفر عمّن وجبت عليه الكسوة في كفّارة اليمين؟ قال: ثوب يوارى عورته»(1).

والشيخ جمع بين هذه الأخبار بحمل وجوب الثوبين على من يقدر عليهما، ووجوب الواحد على من لا يقدر إلا عليه(2). وهو حمل بعيد ليس في الأخبار إشعار به. ولو جمع بينها بحمل الثوبين على الأفضلية والثوب على الإجزاء كان أجود.

ويمكن ترجيح الثوبين مطلقاً، بأن خبرهما الصحيح أصح من خبر أبي بصير الصحيح؛ لاشتراك أبي بصير(3)، وصحّته إضافية كما بيّناه مراراً، بخلاف صحيح الحلبي، وباقي الأخبار شواهد؛ لأنها ضعيفة الإسناد أو مرسلّة؛ فإنّ محمّد بن قيس الذي يروي عن الباقر لا مشترك بين الثقة وغيره(4)، وخبر حسين بن سعيد مرسل ومعمّر بن عثمان مجهول(5)، لكن يعضده إطلاق الكسوة في الآية(6)؛ فإنّها صادقة بالثوب الواحد.

واعلم أنّ المعتبر في الثوب أو الثوبين ما يتحقّق به الكسوة عرفاً، كالجبة والقميص والإزار والسرّاويل والمقنعة للأثني، دون المنطقة والخفّ والقلنسوة وأقلّه ما يستر العورتين، كالمنزّان اعتيد لبسه وإلا فلا. ولو صلح كسوة للصغير دون الكبير كفى إن دفعه بنية الصغير دون الكبير. والمعتبر في جنسه ما يعدّ معه كسوة عرفاً، كالقطن والكتان والصوف، والحرير للنساء، والفرو والجلد المعتادين وكذا القنّب والشعر إن اعتيدا، وإلا فلا

ص: 170

1- الكافي، ج 7، ص 453، باب كفّارة اليمين، ح 6، وفيه: عن معمر بن عمر؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 295 - 296، ح 1094؛ الاستبصار، ج 4، ص 51 - 052 ح 177.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 296، ذيل الحديث 1095: الاستبصار، ج 4، ص 52، ذيل الحديث 178.

3- أبو بصير: ليث بن البخترى المرادي وهو ثقة. راجع خلاصة الأقوال، ص 234، الرقم 798. وأبو بصير: يحب يحيى بن قاسم الأسدي وهو واقفي. راجع خلاصة الأقوال، ص 416، الرقم 1687.

4- راجع رجال النجاشي، ص 322 - 323، الرقم 880؛ وخلاصة الأقوال، ص 400. الرقم 1611.

5- راجع جامع الرواة، ج 2، ص 253؛ ومعجم رجال الحديث، ج 19، ص 289، الرقم 12555.

6- المائدة (5): 89.

الثانية • الإطعام في كفارة اليمين مد لكل مسكين، ولو كان قادراً على المدين. ومن فقهاءنا من خصّ المد بحال الضرورة والأول أشبه.

الثالثة كفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين.

الرابعة . من ضرب مملوكه فوق الحدّ استحب له التكفير بعقته.

و تجزئ كسوة الصغار وإن انفردوا؛ للعموم(1). ويستحب الجديد، ويجزئ غيره، إلا أن ينسحق أو يتخرق.

قوله: «الإطعام في كفارة اليمين مد لكل مسكين، ولو كان قادراً على المدين». قد تقدم في صحيحة الحلبي ما يدل على إجزاء المد مطلقاً(2). والقول بالتفصيل للشيخ(3). وقد تقدّم الخلاف في الكفارة المرتبة(4)، والمختار فيهما واحد.

قوله: «كفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين».

لأن الإيلاء يمين خاصة، وهو الحلف على ترك وطء الزوجة على ما سيأتي تفصيله(5)، وإثما يتميز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصة، أما الكفارة فواحدة.

قوله من ضرب مملوكه فوق الحدّ استحب له التكفير بعقته».

هذا الحكم ذكره الشيخ(6) وأتباعه(7)، والمستند صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر قال: من ضرب مملوكاً حداً من الحدود، من غير حد أوجب المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفارة إلا عتقه(8). وظاهرهم أنه على سبيل الوجوب.

ص: 171

1- راجع ص 169، فإن في الروايات: «أو كسوتهم».

2- تقدّم تخريجه في ص 169، الهامش 6.

3- النهاية، ص 569.

4- تقدّم في ص 158 - 159.

5- سيأتي في ص 187 وما بعدها.

6- النهاية، ص 573.

7- منهم ابن البراج في المهذب، ج 2، ص 424.

8- الكافي، ج 7، ص 263، باب النوادر، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 10، ص 27، ح 85.

المقصد الرابع في الأحكام المتعلقة بهذا الباب

وهي مسائل

### كيفية صيام شهرين متتابعين

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

وأنكره ابن إدريس؛ لعدم دليل يدل عليه (1).

واختار المصنّف والعلامة (2) وأكثر المتأخرين الاستحباب واحتج له في المختلف بأنه فعل محرم، والعتق مسقط لذنب القتل وهو أعظم من الضرب فاستحب العتق (3). ولو استند إلى الرواية كان أجود. والمتبادر من الحد المتجاوز هو المقدار من العقوبة المستحقة على ذلك الفاعل مع إطلاق الحدّ عليه شرعاً، فلا يدخل التعزير ويعتبر فيه حد العبيد لا الأحرار. وقيل: يعتبر حدّ الأحرار (4)؛ لأنه المتيقن والملك سليمان عن تعلق حق العتق على مالكة وهذا يتأتى على القول بالوجوب، أما على الاستحباب فلا؛ لأنّ المعلق على مفهوم كلي يتحقّق بوجوده في ضمن أي فرد فرض من أفرادها، وحمله على حد لا يتعلّق بالمحدود بعيد جداً (5). ولا فرق في المملوك بين الذكر والأنثى؛ لتناوله لهما.

قوله: «من وجب عليه شهران فإن صام هلالين فقد أجزأه» إلى آخره. إذا أراد صوم الشهرين، فإن ابتداء من أول الهلال اعتبر الشهر الهلالي؛ لأنه المراد عند

ص: 172

1- السرائر، ج 3، ص 79.

2- قواعد الأحكام، ج 3، ص 297؛ مختلف الشيعة، ج 8، ص 243، المسألة 75.

3- مختلف الشيعة، ج 8، ص 243، المسألة 75.

4- إيضاح الفوائد، ج 4، ص 84.

5- في بعض النسخ والطبعة الحجرية هنا زيادة: «مع أنّ ظاهر الرواية ما ذكرناه من اعتبار حد العبد حدّاً».

الإطلاق شرعاً، إلا أن يمنع من حملة عليه مانع وهو منتف هنا. فإن جاء ناقصاً كفى، وإن أكمل الشهرين كذلك اقتصر على الهلالين وإن كانا ناقصين.

وإن شرع فيه في أثناء الشهر - ويتحقق ذلك بمضي يوم منه فصاعداً - اعتبر ذلك الشهر الذي ابتدأ فيه بالعدد وهو ثلاثون يوماً؛ لعدم إمكان حملة على الهلالي هنا. ثم إن استمر بعد دخول الشهر الثاني إلى آخره فالأقوى احتساب الثاني بالهلال، وإكمال الأول ثلاثين من الثالث.

أما الأول فلصديق اسم الشهر عليه فلا - مانع من حملة على الهلالي وأما الثاني فلبناؤه من حين الشروع فيه على أنه عددي فيلزم إكماله ثلاثين. ولا يتعين إكماله من الشهر الذي يليه؛ لأن الغرض من الإكمال يحصل سواء أكمل من الذي يليه أم من غيره، لكن إكماله منه يلزم منه اختلال الشهر الثاني وجعله عددياً مع إمكان جعله هلالياً على أصل وضعه بخلاف إكماله من الثالث، فكان أولى. والقول الآخر - الذي نقله المصنّف - أنه يكفي إكمال الأول من الثالث بقدر ما فات من الشهر الأول خاصةً. فلو فرض كونه ناقصاً وقد مضى منه عشرة أيام مثلاً فصام الباقي وهو تسعة عشر، كفى إكماله من الشهر الثالث عشرة أيام خاصةً. ووجه هذا القول ما أشرنا إليه من أن المعبر شرعاً هو الهلالي، فإذا فات منه شيء اعتبر منه استدراكه فيتحقق كماله. وعلى الأول يصوم من الثالث أحد عشر. وهو الأقوى. وفي المسألة قول ثالث: أنه مع انكسار الأول ينكسر الجميع ويبطل اعتبار الأهلة؛ لأن الشهر الثاني لا يدخل حتى يكمل الأول، وتمامه بعدد من الثاني فينكسر الثاني أيضاً. وقد أشرنا إلى جواب الثالث. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة مراراً (1)

ص: 173

الثانية • المعترف في المرتبة حال الأداء لا حال الوجوب. فلو كان قادراً على العتق فعجز صام، ولا يستقر العتق في ذمته.

قوله: «المعترف في المرتبة حال الأداء لا حال الوجوب» إلى آخره.

مذهب الأصحاب أن الاعتبار في مراتب الكفارة بحال أدائها، لا بـحـال وجوبها؛ لأنّ خصال الكفارة عبادات فيراعى فيها حالة الأداء كمنظورها من العبادات، فإنّ النظر في القدرة على استعمال الماء مثلاً والعجز عنه إلى حالة الأداء.

وكذلك في الصلاة النظر في القدرة على القيام والعجز عنه إلى حالة الأداء، حتى لو عجز عن القيام عند الوجوب وقدر عند الأداء يصلي صلاة القادر، ولو انعكس الحال انعكس الحكم.

وخالف في ذلك بعض العامة هنا، فجعلوا الاعتبار بحالة الوجوب<sup>(1)</sup>؛ نظراً إلى أنّ الكفارة نوع تطهير يختلف حاله باختلاف الوقت، كما في الحد مثلاً، فإنه لو زنى وهو رقيق ثم أعتق، أو بكر ثم صار محصناً، يقام عليه حدّ الأرقاء والأبكار.

ويتفرع على ذلك ما لو كان قادراً على العتق وقت الوجوب فلم يعتق ثم أعسر، فينتقل إلى الصيام على الأول. ولو كان عاجزاً عن العتق قادراً على الصوم ثم تجدد عجزه عنه وجب عليه الإطعام مع تمكنه منه، وعلى الثاني يبقى الواجب وقت الوجوب في ذمته، ولا ينتقل عنه. ولو انعكس فكان معسراً وقت الوجوب ثم أيسر وجب العتق أو كان عاجزاً عنه وعن الصوم ثم قدر على الصوم وجب على الأول دون الثاني، لكن لو تبرع به أجزاءً، كما لو تكلف الفقير العتق ولو بالاقتراف مع احتمال العدم؛ لأنه ليس من أهله. ومما يتفرع عليه ما لو كان المكفّر عبداً حالة الوجوب فأعتق قبل أن يشرع في الصوم وأيسر، فإنه يجب عليه العتق؛ لقدرة عليه بناءً على اعتبار حالة الأداء، ولو اعتبرنا حالة الوجوب لم يجب العتق.

ص: 174

---

1- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 618، المسألة 6222؛ وفي الوجيز، ج 2، ص 88، قال: الاعتبار في اليسار والإعسار بوقت الوجوب على قول.



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

وربما قيل بعدم وجوبه عليه على القولين؛ لأنّ كفارة العبد لا تكون بالعتق، ويفرّق بينه وبين العاجز الحرّ إذا تجددت قدرته بأن الرقية مانع السبب، والعجز مانع الحكم، فإذا قدر عمل السبب عمله بخلاف ما إذا اعتق؛ لفقد سبب الحكم بالعتق حين وجوب الكفارة، وعدم كونه من أهل الإعتاق حينئذ.

واعلم أنه على تقدير اعتبار حالة الأداء لا يخلو تعيين الواجب قبله من غموض؛ لأنّ المحكوم بوجوبه حال المخاطبة بها من الخصال ليس هو المراد عند الأداء؛ لعدم اجتماع شرائطه حينئذ، بل إمّا أن يقال: الواجب أصل الكفارة ولا يوصف خصلة على التعيين بالوجوب، أو يقال: يجب ما يقتضيه حال الوجوب ثمّ إذا تبدل الحال تبدل الواجب، كما أنه يجب على القادر صلاة القادرين ثمّ إذا عجز تبدلت صفة الصلاة. ولعلّ هذا أشبه.

قوله: «إذا كان له مال يصل إليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه» إلى آخره. إذا كان ماله غائباً أو حاضراً ولا يجد الرقبة في الحال وهي مما يتوقع وجودها غالباً لم ينتقل فرضه في المرتبة إلى الصيام، بل يجب الصبر إلى أن يتمكن؛ لأن الكفارة على التراخي والوجدان متحقّق في الجملة، وتقدير أن يموت لا يفوت بل تؤدي من تركته. هذا في غير الظهار. أما فيه فإن لم يتضرّر بترك الجماع فكذلك، وإلا، فوجهان، مما ذكر ومن لزوم الضرر أو المشقة المنفيين شرعاً<sup>(1)</sup>، فكان بسبب ذلك بمنزلة الفاقد. وفي الانتقال إلى الصوم قوّة.

والفرق بينه وبين المريض المتضرّر بالصوم حيث جاز له الانتقال إلى الإطعام وإن رجا البرء. أنّ الله تعالى قال: «فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَّامٌ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ»<sup>(2)</sup>، ولا يقال لمن يملك مالاً

ص: 175

1- راجع سورة الحجّ (22) 78؛ ووسائل الشيعة، ج 25، ص 427 الباب 2 من كتاب إحياء الموات.

2- المجادلة (58): 4.

## إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق

الرابعة: • إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق لم يلزمه العود

وإن كان أفضل، وكذا لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثم زال العجز.

جماً غائباً عنه: إنه غير واجد للرقبة، وقال في الصيام: «فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا»<sup>(1)</sup> ويقال للعاجز بالمرض الناجز: إنه غير مستطيع للصوم، وأيضاً فوصول ال-م--ال يتعلق باختياره غالباً، والاختيار في مقدمات الشيء، والتسبب إليه كالاختيار في نفسه، وزوال المرض لا يتعلّق بالاختيار.

ولو وجد من يبيعه نسيئة إلى أن يحضر ماله الغائب ففي وجوب الشراء وجهان، م--ن تحقّق الوجدان حينئذ، والعوض موجود في نفسه، ومن احتمال تلف المال قبل وصوله

فيتضرر بالدين

وأطلق كثير من وجوب الاستدانة حينئذ. وينبغي تقييده بالوثوق بسلامته غالباً، وإلا

فعدمه أوجه.

قوله: «إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق» إلى آخره. وجه عدم لزوم العتق حينئذ مع صدق الوجدان الموجب لعدم أجزاء الصوم أنّه عند الشروع كان فاقداً، ومن ثمّ شرع البديل، فلو لم يسقط التعبد بالعتق لم يكن الصوم بدلاً، ومتى ثبت السقوط استصحب والخطاب تعلّق بالعتق قبل الشروع في الصوم لا بعده، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما قال: سُئل عمن ظاهر في شعبان ولم يجد ما يعتق، قال: ينتظر حتى يصوم شهرين متتابعين، فإن ظاهر وهو مسافر انتظر حتى يقدم، وإن صام

وأصاب مالاً فليمض الذي ابتداء فيه»<sup>(2)</sup>.

وقال ابن الجنيد: لو أيسر قبل صوم أكثر من شهر وجب العتق<sup>(3)</sup>؛ لصحيحة محمد بن مسلم

ص: 176

1- المجادلة (58): 4.

2- الكافي، ج 1، ص 156، باب الظهار، ح 12؛ الفقيه، ج 3، ص 532 ح 4839؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 17، ح 53؛ الاستبصار، ج 3، ص 267، ح 957.

3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 433، المسألة 87.

الخامسة: • لو ظاهر ولم ينو العود فأعتق عن الظهر قال الشيخ: لا يجزئه؛

لأنه كفر قبل الوجوب، وهو حسن.

أيضاً عن أحدهما في رجل صام شهراً من كفارة الظهر ثم وجد نسمة، قال: «يعتقها ولا يعتد بالصوم»<sup>(1)</sup>. وهي محمولة على الأفضل؛ جمعاً بينها وبين صحيحته الأخرى. وكذا البحث فيما لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثم قدر على الصوم، فإنه

لا يجب العود إليه؛ لما ذكر من التعليل، ويزيد هنا أنه لا معارض من جهة النص. ويتحقق الشروع في الصوم بدخول جزء من اليوم ولو لحظة، وفي الإطعام بشروع

المسكين في الأكل إن كفر به، وتسليم مد إليه إن كفر بالتسليم. واعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع في الصوم يصير مراعي بآكمال الصوم على الوجه المأمور به، فلو عرض في أثناءه ما يقطع التتابع ووجدت القدرة على

له

العتق حينئذ - إما باستمرار السابق أو بأمر متجدد - وجب العتق لوجود المقتضي وهو القدرة عليه قبل أن يشرع في الصوم؛ لأنه ببطان السابق ينزل منزلة من لم يصم أصلاً بالنسبة إلى الكفارة، وإن لم يحكم ببطان صوم الأيام السابقة في نفسها بالنسبة إلى

الثواب عليها.

ولو فقدت القدرة على الإعتاق قبل أن يجب استئناف الصوم بقي حكم الصوم بحاله. ومثل هذا ما لو وجد التيمم الماء بعد الشروع في الصلاة إذا لم نقل بالقطع، فإنه لا يفسد التيمم، إلا أن يستمر وجدان الماء إلى أن فرغ من الصلاة وتمكن من استعماله، فإن فقد قبل ذلك بقي التيمم بحاله. ولو فرض قطعه الصلاة ولو بسبب محرم قبل فقدان الماء بطل التيمم حينئذ وكلف بالطهارة المائية.

قوله: «لو ظاهر ولم ينو العود فأعتق عن الظهر» إلى آخره.

لا خلاف في أنّ كفارة الظهر لا تجب إلا إذا ظاهر وعاد، لكن سببها هل هو الظهر

ص: 177

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 17، ح 54؛ الاستبصار، ج 3، ص 268، ح 958.

السادسة ولا تدفع الكفارة إلى الطفل؛ لأنه لا أهلية له، وتدفع إلى وليه.

والعود شرط، أو العود خاصةً، أو السبب مركب منهما؟ أوجه أظهرها الوسط. ويتفرع على ذلك ما لو كفر قبل العود وبعد الظهر، فإن جعلنا السبب هو العود لم تجزئ؛ لأن الأصل في الواجب أن لا يقدم على وقته، ولأنها قبل العود لم تكن واجبةً فلا تقع مجزئة عن الواجب.

وهذا هو الذي نقله المصنّف عن الشيخ(1) واستحسنه، ولا نعلم للأصحاب قولاً بخلافه. نعم، لو جعلنا السبب هو الظهر والعود شرطاً أو جعلنا العود جزء السبب احتمال جواز تقديمها، كما يجوز تقديم الزكاة على الحول مع وجود بعض سببها - وهو ملك النصاب - وعدم تمامه بالحول وهو قول لبعض الشافعية(2). والشيخ وافقهم على تعجيل الزكاة على

الحول(3)، ووافق هنا على عدم أجزاء الكفارة. وكلاهما عندنا ممنوع.

قوله: «لا تدفع الكفارة إلى الطفل؛ لأنه لا أهلية له، وتدفع إلى وليه» إذا أعطي الطفل من الكفارة، فإن كانت العطية بتسليم المد اعتبر تسليمه لوليه؛ لأن الطفل محجور عليه في أمواله وقبضها إلا بإذن الولي.

وقال الشيخ في الخلاف: يجوز دفعه إلى الطفل: محتجاً(4) بالإجماع وعموم قوله تعالى: فَأَطْعَمُ سَيِّئِينَ مَسْكِينًا(5)

مع أنه في المبسوط قال: لا تدفع الكفارة إلى الصغير؛ لأنه لا يصح منه القبض، لكن تدفع إلى وليه ليصرفها في مصالحه، مثل ما لو كان له دين لم يصح قبضه(6)

ص: 178

- 
- 1- الخلاف، ج 4، ص 559، المسألة 58.
  - 2- راجع الحاوي الكبير، ج 10، ص 451؛ وروضة الطالبين، ج 6، ص 252.
  - 3- لم نعثر على موافقة الشيخ لهم، نعم جوّز على وجه القرض. راجع الخلاف، ج 2، ص 43، المسألة 46؛ والمبسوط، ج 1، ص 316؛ والنهاية، ص 183.
  - 4- الخلاف، ج 4، ص 564، المسألة 68.
  - 5- المجادلة (58): 4.
  - 6- المبسوط، ج 4، ص 203.

## لا تُصرف الكفّارة إلى من تجب نفقته على الدافع

السابعة: • لا تُصرف الكفّارة إلى من تجب نفقته على الدافع، كالأب والأم والأولاد والزوجة والمملوك، لأنّهم أغنياء بالدافع، وتدفع إلى من سواهم وإن كانوا أقارب.

وإن كانت بالإطعام فالأقوى جوازه بدون إذن الولي؛ إذ ليس فيه تسليط للطفل على ماله؛ لأنّ الطعام ملك للدافع لا ينتقل إلى ملك الأكل إلا بالازدراء، فلا يصادف ذلك تصرفه

في ماله فكان سانعاً، ولأنّ الغرض من فعل الوليّ إطعامه وهو حاصل، والدافع-ع-م-ح-س-ن

محض فينتفي عنه السبيل(1)، ولعموم قوله تعالى: (فَإِطْعَمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا)(2) و يحتمل المنع بدون إذن الولي كالتسليم؛ لأن مقتضى عموم ولايته توقف التصرف في مصالح الطفل على أمره.

والكسوة في معنى التسليم؛ لاقتضائها التمليك، بخلاف الإطعام. وربما احتمل في الكسوة عدم توقفها على إذن الولي؛ لأنها من ضرورات الطفل، ولا يمكن الولي ملازمتها وهي ملبوسة له فتكون في معنى الإطعام والأصح الأول.

قوله: «لا تصرف الكفّارة إلى من تجب نفقته على الدافع» إلى آخره.

لما كانت المسكنة - المتحققة هنا بعدم القدرة على مؤونة السنة - شرطاً في المستحق وكانت نفقة العمودين والزوجة والمملوك واجبة على الأب والابن والزوج والمولى، كان المنفق عليه غنياً بذلك، فلا يجوز أن يعطى من الكفّارة؛ لفقد شرط الاستحقاق. وعلى هذا

فلا فرق في عدم جواز الصرف إليهم بين كون الدافع هو من تجب عليه النفقة وغيره. وإنما خص المصنّف الحكم بمن تجب عليه النفقة لفائدة، هي أن عدم جواز دفعه إليهم منها غير مقيد ببذله النفقة لهم وعدمه؛ لأنه بقدرته على الإنفاق عليهم يصيرون بالنسبة إليه بمنزلة الغني، فلا يجوز له صرفها إليهم، حتى لو منعهم من أنفقهم وصاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبة إليه؛ لأنّ الشرط مقدور عليه من جهته والتقصير واقع منه، فلم يفترق الحال

ص: 179

1- إشارة إلى الآية 91 من سورة التوبة (9).

2- المجادلة (58): 4.

الثامنة • إذا وجبت الكفارة في الظهر وجب تقديمها على المسيس، سواء كفر بالإعتاق أو بالصيام أو بالإطعام.

بين بذله النفقة وعدمه بخلاف الأجنبي، فإنّ تحريم دفعه الكفارة إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقة ليصيروا أغنياء، فلو لم يكن باذلاً لهم وصاروا محتاجين جاز لغيره أن يعطيهم منها؛ لتحقّق الوصف فيهم، وعدم قدرة ذلك الدافع على تحصيل الشرط؛ لأنه متعلّق بفعل غيره، اللهمّ إلا أن يكون الدافع حاكماً شرعياً ويمكنه إجبار المنفق عليها، فيكونون حينئذ كالأغنياء بالقوّة بالنسبة إليه أيضاً. واعلم أنه لا يحتاج إلى تقييد واجب النفقة بكون المُنْفِق غنياً؛ لأنه إذا لم يقدر ع--ل-ى الإنفاق لا يحكم عليه بوجوب النفقة عليه، والأمر في العبارة مفروض في ذلك. وأنه لا فرق في الزوجة بين الناشز والمطبعة، وإن كانت الناشز لا تجب نفقتها وهي فقيرة بذلك؛ لقدرتها على تحصيل الغنى بالطاعة فكانت غنيّة بالقوّة كالمكتسب لقوت سنته إذا ترك التكسب مختاراً. والحكم في الأب ونحوه من الأقارب مخصوص بنفقة نفسه، فلو كان له زوجة لم يجب على الولد الإنفاق عليها. وهل يجوز للولد إعطاء الأب لأجل الإنفاق عليها؟ ظاهر العبارة وغيرها العدم. ويؤيده أن المعطى غني بالنظر إلى نفقة نفسه فلا يستحقها، وفقير بالنظر إلى نفقة الزوجة فلا يجب عليه الإنفاق عليها؛ لأنه المفروض، فلا يجوز. نعم، لو كانت فقيرةً جاز الدفع إليها كغيرها. وكذا القول في أولاد الأب؛ لأنهم إخوة، وفي زوجة الابن أما أولاده فإنهم أولاد. قوله: «إذا وجبت الكفارة في الظهر وجب تقديمها على المسيس» إلى آخره. هذه المسألة تقدمت في باب الظهر، وبيننا الوجه في ذلك، وفائدة التسوية بين الأمور الثلاثة، وأنّ ابن الجنيد فرق بينهما فأوجب الكفارة للوطء قبل العتق والصيام دون الإطعام(1)، فلا وجه لإعادته، كما لا وجه لإعادتها.

ص: 180

---

1- تقدّم في ص 75، وحكاها عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 424، المسألة 77.

التاسعة • إذا وجب عليه كفارة مخيرة كفر بجنس واحدٍ، ولا يجوز أن يكفر بنصفين من جنسين.

العاشرة: • لا يجزئ دفع القيمة في الكفارة؛ لاشتغال الذمة بالخصال، لا بقيمتها.

قوله: «إذا وجب عليه كفارة مخيرة كفر بجنس واحد» إلى آخره.

وذلك بأن يعتق نصف رقبة مثلاً ويصوم شهراً، أو يصوم شهراً ويطعم ثلاثين مسكيناً، أو يطعم خمسةً ويكسي خمسةً في كفارة اليمين وإنّما لم يجزئ ذلك؛ لأن الله تعالى أوجب الخصال المخصوصة مفصلةً على ذلك الوجه المرتب أو المنخّير، والتفصيل يقطع الاشتراك. ولأنّ من أعتق نصف رقبة وصام شهراً - مثلاً - لا يصدق عليه أنه حرّر رقبةً ولا صام شهرين متتابعين، فلا يكون قد أتى بالمأمور به، فيبقى في العهدة. نعم، يجوز له في الخصلة الواحدة التفريق في أصنافها، بأن يطعم بعض المستحقين ويسلم إلى بعضهم، أو يطعم البعض نوعاً من القوت الغالب والبعض الآخر غيره، أو يكسو بعضهم نوعاً من الثياب والبعض الآخر غيره، ونحو ذلك؛ لصدق اسم الإطعام والكسوة على هذا الوجه.

قوله: «لا يجزئ دفع القيمة في الكفارة؛ لاشتغال الذمة بالخصال، لا بقيمتها». إذ لا يصدق على من دفع قيمة الطعام أنه أطعم، ولا من دفع قيمة الكسوة أنه كسى والأمر متعلّق بعين الخصال. وهو إجماع، وإنّما خالف فيه بعض العامة (1) من حيث اشتراكهما في المقتضي، وهو منفعة المسكين. ويضعف، بأنّ مطلق المنفعة غير مقصودة، بل المنفعة على الوجه المأمور به، وهو منتف في القيمة.

ص: 181

---

1- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 11، ص 257، المسألة 8024؛ مختصر المزني، ج 9، ص 221.

الحادية عشرة: • قال الشيخ من قتل في الأشهر الحرم وجب عليه صوم شهرين متتابعين من الأشهر الحُرْم وإن دخل فيهما العيد وأيام التشريق، وهـ-ي رواية زرارة والمشهور عموم المنع.

قوله: «قال الشيخ: من قتل في الأشهر الحُرْم وجب عليه صوم شهرين»(1) إلى آخره.

قد عرفت أنه يشترط تتابع الشهرين المتحقق بتتابع شهر ويوم، وأنه لو شرع فيه على وجه لا يتم فيه ذلك - بأن يتخلله مانع من الصوم كالعيد ورمضان - لا يقع الصوم صحيحاً، ولا يجوز صوم العيد لأجل ذلك. وهو إجماع، لكن استثنى الشيخ (رحمه الله) من ذلك صورةً واحدةً، وهي ما لو كانت الكفارة قد وجبت بسبب القتل في أشهر الحرم، فإنه يجب عليه صوم شهرين منها، وإن دخل فيهما العيد وأيام التشريق فيصومها معها ويحتسبها من العدة(2). والمستند رواية زرارة عن أبي جعفر قال: سألته عن رجل قتل رجلاً خطأً في الشهر الحرام، قال: «تغلّظ عليه الدية، وعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين من أشهر الحرم». قلت: فإنه يدخل في هذا شيء، قال: «وما هو؟» قلت: يوم العيد وأيام التشريق، قال: يصوم، فإنه حق لزمه»(3).

وهذه الرواية شاذة، وفي طريقها سهل بن زياد(4)، ومخالفة لغيرها من الأخبار الصحيحة(5) والإجماع الدال على تحريم صوم العيد مطلقاً فالإعراض عنها متعين. وتضمنت القتل خطأً فيمكن إلحاق العمد بطريق أولى؛ لأنّ ظاهرها أن ذلك على وجه التغليظ عليه فيكون في العمد أولى. وظاهرها أنّ ذلك على وجه الوجوب كما ذكره المصنّف، لكنّه غير صريح فيه.

ص: 182

1- لم ترد هذه المسألة في نسخة «أ» من نسخ الشرائع.

2- الخلاف، ج 4، ص 555، المسألة 52.

3- الكافي، ج 4، ص 139، باب من وجب عليه صوم شهرين...، ح 8؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 297، ح 896؛ الاستبصار، ج 2، ص 131، ح 428.

4- راجع رجال النجاشي، ص 185، الرقم 490.

5- راجع وسائل الشيعة، ج 10، ص 513 وما بعدها، الباب 1 من أبواب الصوم المحرّم والمكروه، وص 516 - 518، الباب 2 من هذه الأبواب.



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

واعلم أنّ هذه المسألة تقدمت في كتاب الصوم، (1) وبواسطة ذلك اختلفت نسخ الكتاب بذكرها هنا وعدمه، فكان المصنّف ألحقها في بعض النسخ لمناسبة الباب، وأزالها من بعض حذراً من التكرار. قوله: «كل من وجب عليه صوم شهرين فعجز صام ثمانية عشر يوماً» إلى آخره. إطلاق وجوب الشهرين يشمل ما لو وجبا بسبب كفارة أو نذرٍ وما في معناه، وما لو وجبا في الكفارة تعييناً أو تخيراً؛ لأن الواجب المخير بعض أفراد الواجب بقول مطلق. وفي الحكم بذلك على إطلاقه إشكال، وفي مستنده، قصور، لكن العمل بذلك مشهور بين الأصحاب.

وقد تقدّم في الظهار رواية أبي بصير (2) عن أبي عبد الله المتضمنة لوجوب صوم ثمانية عشر يوماً لمن عجز عن الخصال الثلاث.

وروى عبد الله بن سنان في الحسن عن أبي عبد الله في رجل وقع على أهله في شهر رمضان فلم يجد ما يتصدق به على ستين مسكيناً، قال: «يتصدق ما يطيق» (3).

وجمع الشهيد (رحمه الله في الدروس بين الخبرين بالتخير بين الأمرين (4). وفي اشتراط التتابع في الثمانية عشر وجهان، من أصالة البراءة، وكون التتابع واجباً في الأصل فكذا في البدل. والملازمة ممنوعة.

ص: 183

1- تقدّمت في ج 1، ص 571.

2- تقدّمت روايته في ص 80-81.

3- الكافي، ج 4، ص 102، باب من أفطر متعمداً من غير عذر...، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 206، ح 596؛ الاستبصار، ج 2، ص 96، ح 313.

4- الدروس الشرعية، ج 1، ص 192 - 193 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 9).

وخرج العلامة وجوب الإتيان بالممكن من الصوم والصدقة وإن تجاوز الثمانية عشر (1)؛ عملاً بعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» (2) حتى لو أمكن الشهران متفرقين وجب مقدماً على الثمانية عشر.

وفي الجمع بين ذلك والحكم بالثمانية عشر بخصوصه نظر. وقطع النظر عن هذا البديل والرجوع إلى العموم (3) أولى من تكلف هذا الجمع وعلى تقدير ثبوته لا وجه لوجوب الزائد عنه وإن قدر عليه؛ لأن قصد (4) البديلة يوجب ذلك.

وفهم بعضهم (5) أن الصدقة بعد العجز عن صوم الثمانية عشر عن كل يوم من أيام الستين لا الثمانية عشر. وهو لا يتم على إطلاقه؛ لأن من جملة موجب الشهرين الكفارة المخيرة كما قررناه، والانتقال فيها إلى صوم الثمانية عشر مشروط بالعجز عن الستين، فكيف يرجع إليها بعد الخروج منها؟ ثم على تقدير إرادة ما يعم المخيرة لا وجه للتقييد بالعجز عن الشهرين في الانتقال إلى الثمانية عشر لأنها مشروطة بالعجز عن الإطعام أيضاً. وبالجملة ليس لهذا الحكم مرجع يعتد به حتى يلحظ ويرتب عليه ما يناسبه من الأحكام. وأما الاستغفار بعد العجز عن جميع ذلك، فهو بديل مشهور بين الأصحاب ومختص بهم، ولا يختص عندهم بكفارة، بل يجرى في جميع الكفارات عند العجز عن خصالها، إلا الظهار فقد تقدم فيه الخلاف (6)، وقد تقدم في رواية أبي بصير عن الصادق صلى الله عليه وسلم قال: «كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما

ص: 184

1- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 392، الرقم 5984.

2- مسند أحمد، ج 3، ص 307، ح 10229؛ سنن الدار قطني، ج 2، ص 534، ح 2668، بتفاوت

3- كالأية 4 من سورة المجادلة (58)؛ وعموم الأحاديث الدالة على وجوب الكفارة المرتبة، راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 359 وما بعدها، الباب 1 من أبواب الكفارات.

4- في بعض النسخ والحجريتين: «قضية» بدل «قصد».

5- لم نتحققه.

6- تقدم في ص 78.

تجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار»(1) الحديث. وفي الطريق ضَعْفٌ.

وروى زرارة عن أبي جعفر قال: سألته عن شيء من كفارة اليمين إلى أن قال، قلت: فإنه عجز عن ذلك، قال: «فليستغفر الله عز وجل ولا يعود»(2). وفي طريقها ابن بكير(3) وابن فضال(4).

مع أنه لم ينقل جعله بدلاً في الكفارات التي سئل عنها النبي صلى الله عليه وسلم في رمضان والظهاره(5) وغيرهما(6)، وقد تقدّم بعضه(7)، مع اعتراف السائل بالعجز عن الخصال(8)

ويظهر من الأصحاب الاتفاق على جعل الاستغفار بدلاً في غير الظهار. والمعتبر منه مرة واحدة بالنية عن الكفارة، ضاماً إلى اللفظ الندم على ما فعل، والعزم على عدم العود إن كانت

عن ذنب، وإلا كفى مجرد الاستغفار وكان وجوبه تعبداً أو عن ذنب غيره على تقديره. ولو تجددت القدرة على الكفارة بعده ففي وجوبها وجهان. وفي رواية إسحاق بن عمار

في المظاهر: «يستغفر ويظاً، فإذا وجد الكفارة كفر»(9). وقد تقدم البحث في ذلك كله(10)

ص: 185

- 
- 1- تقدّم تخريجه في ص 79، الهامش 8.
  - 2- الكافي، ج 7، ص 453 - 454، باب كفارة اليمين، ح 11؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 298، ح 1104؛ الاستبصار، ج 4، ص 52 - 53، ح 180.
  - 3- راجع الفهرست الشيخ الطوسي، ص 304، الرقم 464.
  - 4- راجع رجال النجاشي، ص 35، الرقم 72.
  - 5- راجع الاستبصار، ج 3، ص 266، ح 953.
  - 6- الفقيه، ج 2، ص 115 - 116، ح 1887.
  - 7- تقدّم في ص 36.
  - 8- الكافي، ج 2، ص 162 - 163، باب البر بالوالدين...، ح 18.
  - 9- الكافي، ج 7، ص 461، باب النوادر، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 320 - 321، ح 1190؛ الاستبصار، ج 4، ص 56، ح 196.
  - 10- تقدّم في ص 78 وما بعدها.



. ولا ينعقد الإيلاء إلا بأسماء الله سبحانه مع التلفظ، ويقع بكلّ لسان مع القصد إليه.

## كتاب الإيلاء

### الأمر الأول في الصيغة

هو لغة: الحلف، يقال: آلى يؤلي إيلاءً وأليّةً، والجمع ألياء، مثل عطية وعطايا. ويقال: اتلى يأتلي اتلاءً، ومنه قوله تعالى: «وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى» (1)

وشرعاً: حلف الزوج الدائم على ترك وطء زوجته المدخول بها قبلاً، مطلقاً أو زيادةً عن أربعة أشهر للإضرار بها. وهو من باب تسمية الجزئي باسم الكلّي.

والأصل فيه قوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ» (2) الآية. وقد كان طلاقاً في الجاهلية كالظهار، فغير الشرع حكمه، وجعل له أحكاماً خاصةً إن جمع شرائطه، وإلا- فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين ويلحقه حكمه. قوله: «ولا ينعقد الإيلاء إلا بأسماء الله سبحانه مع التلفظ - إلى قوله - وهو حسن»

ص: 187

1- لسان العرب، ج 14، ص 40، «ألا»؛ والآية في سورة النور (24): 22.

2- البقرة (2): 226.

واللفظ الصريح: «والله لا أدخلت فرجي في فرجك أو يأتي باللفظة

المختصة بهذا الفعل، أو ما يدلّ عليها صريحاً.

والمحتمل كقوله: «لا جامعتك» أو «لا وطنتك». فإن قصد الإيلاء صحح ولا يقع مع تجرّده عن النية. أما لو قال: «لا جمع رأسي ورأسك بيت» أو «مخدّة» أو «لا ساققتك»، قال في الخلاف لا يقع به إيلاء، وقال في المبسوط: يقع مع القصد وهو حسن

لما كان الإيلاء ضرباً من مطلق اليمين لم ينعقد إلا بالله تعالى أو أسمائه الخاصة، على ما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في اليمين (1)، وقد قال: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت» (2). ولا تكفي نيته، بل يعتبر التلفظ به بأي لغة اتفق؛ لاشتراك اللغات في إفادة المعنى المقصود.

ثم متعلّق الإيلاء إن كان صريحاً في المراد منه لغةً وعرفاً كإيلاج الفرج في الفرج، أو عرفاً كاللفظة المشهورة في ذلك، فلا شبهة في وقوعه. وإن وقع بغير الصريح فيه كالجماع والوطء الموضوعين لغةً لغيره (3)، وعبر بهما عنه عرفاً عدولاً عما يستهجن التصريح به إلى بعض لوازمه، فإن قصد به الإيلاء وقع أيضاً بغير خلاف، كما لا إشكال في عدم وقوعه لو قصد بهما غيره. أما لو أطلق ففي وقوعه نظراً إلى صراحتهما عرفاً، أو عدمه نظراً إلى احتمالهما غيره من حيث عمومهما لغةً قولان، أصحهما الوقوع كالصريح (4)؛ وفي الأخبار تصريح بالاكْتفاء بلفظ الجماع، وفي صحيحة أبي بصير عن الصادق

ص: 188

1- يأتي في ج 9، ص 47 وما بعدها

2- مسند أحمد، ج 2، ص 77 - 78، ح 4579، وفيه: «وإلا فليصمت»: صحيح البخاري، ج 6، ص 2449، ح 6272/6270.

3- لسان العرب، ج 8، ص 53؛ المصباح المنير، ص 109، «جمع»، وص 664، «وطئ».

4- وهو قول العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 270؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 4، ص 13.

قال: سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: «هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك» (1) الحديث، ولم يقيّد بالقصد الزائد على اللفظ الصريح، فإنه معتبر في جميع الصيغ، وأجاب به لفظ «ما هو؟» المطلوب به نفس الماهية فيكون حقيقةً فيه، ولا ينافيه دخول غيره فيها بدليل خارج أو بطريق أولى. وأما قوله «لا جمع رأسي ورأسك مَحْدَّةً» - بكسر الميم وفتح الخاء، سمّيت بذلك؛ لأنّها موضع الخدّ عند النوم (2) - وقوله «لا ساقفتك» - أي لا اجتمعت أنا وأنت تحت سقف - ففي وقوع الإيلاء بهما مع قصده قولان:

أحدهما: عدم الوقوع. وهو قول الشيخ في الخلاف (3) وابن إدريس (4)، والعلامة (5)؛ لاحتمال هذه الألفاظ لغيره احتمالاً ظاهراً، فلا يزول بها الحلّ المتحقّق ولا يرتفع بها أصلته، كما لا يقع الطلاق بالكنيات وإن قصده بها.

والثاني - واختاره في المبسوط (6)، واستحسنه المصنّف والعلامة في المختلف (7) - الوقوع لحسنة بريد بن معاوية عن الصادق أنه قال: «إذا إلى أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر» (8)، ولأنّه لفظ استعمل عرفاً فيما نواه، فيحمل عليه كغيره من الألفاظ.

ص: 189

- 
- 1- الكافي، ج 6، ص 132، باب الإيلاء، ح 9؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 3، ح 4؛ الاستبصار، ج 3، ص 253، ح 906.
  - 2- الصحاح، ج 1، ص 468، «خدد».
  - 3- الخلاف، ج 4، ص 515، المسألة 7.
  - 4- السرائر، ج 2، ص 722.
  - 5- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 57.
  - 6- المبسوط، ج 4، ص 133.
  - 7- مختلف الشيعة، ج 7، ص 437، المسألة 88.
  - 8- الكافي، ج 6، ص 130، باب الإيلاء، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 3، ح 3؛ الاستبصار، ج 3، ص 255، ح 915.

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

وفيه نظر؛ لأن الرواية ليست صريحة؛ لاحتمال كون الواو» للجمع، فيتعلق الإيلاء بالجميع، فلا يلزم تعلقه بكل واحد. وتوقفه على النية يدل على كونه كناية، والكنائيات

لا تكفي عندنا. وخروج هذين من بين الكنائيات يحتاج إلى دليل صالح، وهو منتف. والفرق بين هذه الألفاظ وغيرها من الصريح حيث افتقرت إلى النية - على القول بالوقوع بها - مع توقف الصريح على القصد أيضاً أن هذه النية أمر زائد على القصد المعبر في كل لفظ، بمعنى أنه لا يحكم عليه بما يوقعه بالكناية إلا أن يصرح بك--ون-ه-ن--وى ب-ه الإيلاء ونحوه بخلاف الصريح، فإنه يحكم عليه بالوقوع ظاهراً وإن لم يظهر قصده، حملاً للفظ العقلاء على مدلوله الظاهر وقصده إليه، حتى لو فرض دعواه عدم قصده إلى الصريح لا يسمع ظاهراً، ويحكم عليه بالوقوع، وإن كان فيما بينه وبين الله تعالى

غير واقع عليه.

واعلم أنه حيث لا يقع الإيلاء بهذه الألفاظ ونحوها يقع اليمين على طبق ما قصده منها وإن لم يوافق الظاهر منها؛ لأن اليمين تتعين بالنية حيث تقع الألفاظ محتملة، وتتخصص وتقتيد حيث تكون عامة أو مطلقة، فإن قصد بقوله: «لا جمع رأسي ورأسك مخدة» ونحوه الجماع وقع يميناً وإن لم يقع إيلاء، فيلحقه حكم اليمين، وإن قصد به كونهما مجتمعين على مخدة واحدة انعقد كذلك. وكذا القول في غيره من الألفاظ حيث لا يقع إيلاء. فيعتبر حينئذ في اليمين الأولوية أو تساوي الطرفين، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى (1).

قوله ولو قال: لا جامعتك في دبرك، لم يكن مؤلياً». لأن الجماع على هذا الوجه لا حق للزوجة فيه، ولا ينصرف إليه الإطلاق، بل هو

إحسان إليها لا إضرار، فلا يقع به الإيلاء، بل يقع يميناً مطلقاً، فيلحقه حكمه.

ص: 190

1- يأتي في ج 9، ص 71.



. وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟ للشيخ قولان أظهرهما اشتراطه

فلو علقه بشرط أو زمانٍ متوقع كان لاغياً.

قوله: «وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟» إلى آخره.

القول باشتراط تجريده عن الشرط والصفة للشيخ في الخلاف (1) وأتباعه (2) وابن إدريس (3) والمصنّف وأحد قولي العلامة (4)؛ لأصالة عدم وقوعه في محل الخلاف واحتج في الخلاف عليه بإجماع الفرقة، مع أنه قال في المبسوط بوقوعه معلقاً بالشرط والصفة (5)، وقواه في المختلف؛ لعموم القرآن (6) السالم عن المعارض (7)، وهو قاطع للأصل الذي ادعوه على عدمه.

ولا ريب في قوّة هذا القول، وقد تقدّم مثله في الظهار (8)، إلا أنه هناك منصوص الوقوع، فلذا حكموا به

والعجب من إطباقهم على عدم وقوع الطلاق معلقاً مع أنّ هذا الدليل العام السالم عن المعارض وارد فيه حرفاً بحرف والظاهر أنّ الحامل للمتأخرين على عدم القول ب-ه م-أ فهموه من أنه إجماع وهو حجة برأسه بخلاف ما هنا، فإنّ الشيخ وإن ادعى الإجماع إلا أن فساد هذه الدعوى واضح فسهل القول بوقوعه؛ نظراً إلى الدليل. والشيخ في المبسوط صرح بأنّ المانع له من القول بوقوع الطلاق معلقاً على الشرط إنّما هو إجماع الفرقة (9)، وإلا كان الدليل يدلّ عليه كما يدلّ على وقوع الإيلاء والظهار.

ص: 191

1- الخلاف، ج 4، ص 517، المسألة 12.

2- منهم ابن حمزة في الوسيلة، ص 335؛ وابن زهرة في غنيّة النزوع، ج 1، ص 363.

3- السرائر، ج 2، ص 722.

4- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 114، الرقم 5482؛ تلخيص المرام، ص 233؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 57، وفيه: «على رأي».

5- المبسوط، ج 4 ص 134، وفيه: لا يقعان بصفة.

6- البقرة (2): 226.

7- مختلف الشيعة، ج 7، ص 437، المسألة 79.

8- تقدّم في ص 31 وما بعدها.

9- المبسوط، ج 4، ص 134.

. ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها أو بالصدقة أو التحريم لم يقع ولو قصد الإيلاء. ولو قال: «إن أصبتك فعلي كذا، لم يكن إيلاء.

. ولو آلى من زوجة وقال للأخرى: «شركتك معها» لم يقع بالثانية ولو نواه؛ إذ لا إيلاء إلا مع النطق باسم الله.

قوله: «ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها أو بالصدقة أو التحريم لم يقع» إلى آخره. مذهب الأصحاب أن الإيلاء يختص باليمين بالله تعالى: لما ذكرناه من أنه يمين خاص ولا يمين إلا بالله. ووافقنا على ذلك كثير من العامة (1).

وقال بعضهم: لا- يختص به، بل إذا قال: «إن وطئتك فعبي حرّ، أو مالي صدقة، أو حلائلي محرمات» كان مؤلياً (2)، فيلزمه مع الوطاء كفارة الإيلاء أو الوفاء بالملتزم. ومثله ما لو قال: «إن أصبتك فعلي كذا» بل أولى بعدم الوقوع؛ لأنه كناية لا يقع به عندنا وإن ذكر اسم الله تعالى.

قوله: «ولو آلى من زوجة وقال للأخرى: شركتك معها لم يقع بالثانية» إلى آخره. إذا آلى من زوجته بأن قال: «والله لا أجامعك» مثلاً، ثم قال لامرأة له أخرى: «أشركتك معها»، أو «أنت شريكته» أو «مثلها» ونوى بذلك الإيلاء عنها لم يصير مؤلياً من الثانية؛ لأنّ

عماد الإيلاء ذكر اسم الله تعالى فلا ينعقد بالكناية في المحلوف به وإن قلنا بوقوعه بالكناية في المحلوف عليه.

وهذا هو الموجب لذكر المسألة للتنبية على الفرق بين الأمرين، فإن الكنايات عن الوطاء ممّا يحسن، فتوسّع فيه على الخلاف السابق (3)، بخلاف الكناية عن اسم الله تعالى فإنّ التصريح باسمه عماد اليمين حتى لو قال: «به لأفعلن كذا ثمّ قال: «أردت بالله»، لم تنعقد يمينه.

ص: 192

1- راجع الحاوي الكبير، ج 10، ص 343، وفيه على قولين والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 504 - 505، المسألة 6105؛ وروضة الطالبين، ج 1، ص 206، قال فيه: قولان.

2- راجع الحاوي الكبير، ج 10، ص 343، وفيه على قولين والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 504 - 505، المسألة 6105؛ وروضة الطالبين، ج 1، ص 206، قال فيه: قولان.

3- سبق في ص 188 وما بعدها.

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

## الأمر الثاني في المؤلّي و من يصحّ منه

الأمر الثاني في المؤلّي

ويعتبر فيه البلوغ، وكمال العقل والاختيار والقصد

وهذا ما اتفق عليه الكلّ، وإن اختلفوا في مثل قوله: «أنت طالق، ثمّ قال لأخرى: شركتكِ معها» فقد قال جمع بوقوعه؛ لأنّ الكناية فيه عن الطلاق، وهو مما قد قيل بوقوعه أيضاً<sup>(1)</sup>، ككناية المحلوف عليه هنا.

قوله: «ولا يقع إلا في إضرار» إلى آخره.

اشتراط وقوع الإيلاء بقصد الإضرار بالزوجة بالامتناع من وطنها هو المشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف يعتد به. فلو قصد بذلك مصلحتها - بأن كانت مريضةً، أو مُرضعاً لصلاحها أو صلاح ولدها - لم يقع إيلاء، بل يقع يميناً يعتبر فيه ما يعتبر فيه.

ومستند هذا الشرط من الأخبار<sup>(2)</sup> ضعيف، وعموم الآية<sup>(3)</sup> يقتضي عدمه، فإن تمّ الإجماع فهو الحجّة وإلا فلا. وعلى القاعدة المشهورة فضعف المستند منجبر بالشهرة، وهو رواية السكوني عن أبي عبد الله قال: أتى رجل أمير المؤمنين، فقال: يا أمير المؤمنين، إنّ امرأتي أرضعت غلاماً وإني قلت: والله لا أقربك حتى تقطّميّه، قال: ليس ف--ي الإصلاح إيلاء<sup>(4)</sup>.

ص: 193

1- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 527، المسألة 6127.

2- منها في الكافي، ج 9، ص 130 و 132، باب الإيلاء، ح 2 و 3 و 7 و 9.

3- البقرة (2): 226.

4- الكافي، ج 1، ص 132، باب الإيلاء، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 7، ح 18.

. ويصحّ من المملوك، حرّة كانت زوجته أو أمةً . ومن الذمّي، ومن الخصي . . وفي صحّته من المجهوب تردّد أشبهه الجواز، وتكون فينته كفيئة العاجز.

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

أما إذا كانت حرّة فظاهر؛ إذ لا حق للمولى في وطنه، وعموم الآية(1) يتناوله. وأما إذا كانت أمةً للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقية الولد فقد ينقذ عدم وقوع الإيلاء منه؛ لأنّ الحق فيه لمولاه، فيتوقف على إذنه. ووجه الوقوع عموم الآية(2)، وأن المولى ليس له إجباره على الوطء مطلقاً.

قوله: «ومن الذمّي».

لأنه مقرّ بالله تعالى فيصحّ حلفه. وامتناع صحة الكفارة منه ما دام كافراً لا يقدح في صحّته؛ لأنّ الشرط مقدور عليه بتقديمه الإسلام والشيخ وافق هنا على صحّته من الذمّي(3) وإن خالف في الظهار، مع أنّ المقتضي واحد. والتقييد بالذمي من حيث اعترافه بالله تعالى، أن لا يكون على وجه الحصر فيه، بل الضابط وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى وينبغي ليتوجه حلقه به

قوله: «وفي صحّته من المجهوب تردّد أشبهه الجواز، وتكون فينته كفيئة العاجز». لما كان متعلّق الإيلاء وطء الزوجة وشرطه الإضرار بها اعتبر إمكان ذلك في حقه، بأن يكون صحيح الذكر ليتمكنه الجماع وإن كان خصياً؛ لبقاء آلة الجماع. أما المجهوب، فإن بقي له بقية يمكنه الجماع بها فلا إشكال في صحة إيلائه، وإلا ففي صحّته قولان:

أحدهما: المنع(4)؛ لما ذكرناه من فقد شرط الصحة وهو الإضرار بها، وعدم إمكان متعلق

ص: 194

1- البقرة (2): 226.

2- البقرة (2): 226.

3- الخلاف، ج 4، ص 521، المسألة 20.

4- وهو قول العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 440، المسألة 92.

## الأمر الثالث في المؤلى منها و من يقع عليها

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

الحلف، كما لو حلف لا يصعد إلى السماء. وهذا هو الأصح.

والثاني - وهو مذهب الشيخ في المبسوط (1) - الوقوع، وقواه المصنّف؛ لعموم الآية (2). ولا يقدح عجزه كما يصحّ إيلاء المريض العاجز، ويطلب بفيئة العاجز بأن يقول باللسان: «إني لو قدرت لفعلت كالمريض، إلا أنّ المريض يقول: «إذا قدرت فعلت»؛ لأنّ قدرته متوقّعة.

وفيه: أن شرط الصحة مفقود، وهو مخصص لعموم الآية (3).

والفرق بينه وبين المريض واضح؛ لتوقع زوال عذره دونه. ورافعته وضرب المدّة له ليقول باللسان ذلك في حكم العبث الذي لا يليق بمحاسن الشرع.

والأشّل ومن بقي من ذكره بعد الجبّ ما دون قدر الحشفة كالمجبوب جميعه.

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

قوله - في المؤلى منها-: «ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد لا بالملك، وأن تكون

مدخولاً بها».

من شرط المؤلى منها أن تكون زوجة، لقوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ» (4) فلا يقع بالمنكوحة بملك اليمين، بل يقع يميناً مطلقاً.

ص: 195

1- المبسوط، ج 4، ص 161-162.

2- البقرة (2): 226.

3- البقرة (2): 226.

4- البقرة (2): 226.

وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد أظهره المنع.

واشترط الأصحاب كونها مدخولاً بها؛ لصحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال في غير المدخول بها: «لا يقع عليها إيلاء ولاظهار» (1)

ورواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يقع الإيلاء إلا على امرأة قد دخل بها زوجها» (2)

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام قال: «سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل آلى من امرأته ولم يدخل بها، قال: لا إيلاء حتى يدخل بها، قال: أرايت لو أنّ رجلاً حلف أن لا يبنى بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أكان يكون إيلاء؟» (3)

وقد تقدّم في الظهار خلاف في ذلك (4)، مع اشتراكهما في الأخبار الصحيحة الدالة على اشتراط الدخول، وأنّ المانع من اشتراطه استند إلى عموم الآية (5) وهو وارد هنا ولكن لم ينقلوا فيه خلافاً. والمناسب اشتراكهما في الخلاف، وربما قيل به هنا أيضاً لكنّه نادر.

قوله: «وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد أظهره المنع».

المشهور بين الأصحاب اشتراط الدوام في المؤلى منها، إمّا لأنّ المتبادر من «النساء» الدائمات، أو لتخصيصها في قوله تعالى: «وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ» (6) بعد قوله: «لِلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ» (7) الدالّ على قبول المؤلى منها له، وهو منتفٍ عن المتمتّع بها؛ ولأنّ لازم صحّته جواز مطالبته بالوطء وهو غير مستحقّ للمتمتّع بها، والحلّ في موضع النزاع.

ص: 196

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 21، ح 65.

2- الكافي، ج 6، ص 133، باب أنه لا يقع الإيلاء إلا بعد دخول الرجل بأهله، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 7، ح 16.

3- الكافي، ج 6، ص 134، باب أنه لا يقع الإيلاء إلا بعد دخول الرجل بأهله، ح 4؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 7، ح 17.

4- تقدّم في ص 46 - 47.

5- المجادلة (58): 2.

6- البقرة (2): 227.

7- البقرة (2): 226.

. ويقع بالحرّة و المملوكة.

و المرافعة إلى المرأة لضرب المدّة، وإليها بعد انقضائها المطالبة بالفيئة ولو كانت أمة، و لا اعتراض للمولى.

و يقع الإيلاء بالذميّة كما يقع بالمسلمة.

و ذهب المرتضى (رضي الله عنه) إلى وقوعه بها(1)؛ لعموم الآية، فإنّها من جملة النساء. و عود الضمير إلى بعض المذكور سابقاً لا يقتضي تخصيصه عند جماعة من الأصوليين(2). و مطالبتها مشروطة بالدوام نظراً إلى الغاية، و هو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبة، كما يقع وإن لم يطالب. و الأصالة انقطعت بالإيلاء الثابت بالآية. و قد تقدّم البحث في هذه المسألة في النكاح(3).

قوله: «و يقع بالحرّة و المملوكة - إلى قوله - كما يقع بالمسلمة».

كما لا فرق في المولى بين الحرّ و الرقيق و المسلم و الكافر، فكذا لا فرق في المولى منها بين الحرّة و الأمة و لا بين المسلمة و الذميّة؛ لدخول الجميع في عموم قوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ»(4). و حيث كانت الزوجة أمةً فحقّ المطالبة بضرب المدّة و بالفيئة إليها؛ لأنّ حق الاستمتاع لها لا للمولى.

و قيّد الكافرة بالذميّة نظراً إلى تحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداءً و استدامةً، مع أنّه يمكن فرضه في غير الكتابيّة إذا آلى منها بعد أن أسلم قبلها و هي في العدة، فإنّه يقع كما سبق في بابه(5).

ص: 197

1- راجع الانتصار، ص 277، المسألة 153، فإنّه قال بعدم لحوق الإيلاء المتمتع بها؛ نعم نسبه إليه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 131.

2- راجع الإحكام في أصول الأحكام الأمدي، ج 2، ص 535؛ نهاية الوصول على علم الأصول، ج 2، ص 314؛ تهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص 153، نقلاً عن قاضي عبد الجبار و جماعة المعتزلة والأشاعرة.

3- تقدّم في ج 1، ص 431.

4- البقرة (2): 226.

5- سبق في ج 6، ص 344 - 345.

وهي مسائل :

### المدة اللازمة لانقضاء الإيلاء

الأولى: • لا ينقصد الإيلاء حتى يكون التحريم مطلقاً، أو مقيّداً بالدوام، أو مقروناً بمدة تزيد عن أربعة أشهر، أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلا بعد انقضاء مدة التربص يقيناً أو غالباً، كقوله [وهو] بالعراق: «حتى أمضي إلى بلاد الترك و أعود»، أو يقول: «ما بقيت».

و لا يقع لأربعة أشهر فما دون و لا معلقاً بفعل ينقضي قبل هذه المدة يقيناً أو غالباً أو محتملاً على السواء.

قوله: «لا ينقصد الإيلاء حتى يكون التحريم مطلقاً، أو مقيّداً بالدوام» إلى آخره.

الحالف على الامتناع من وطء زوجته إما أن يطلق الامتناع فيحمل على التأييد، فبه يحصل الانتفاء المطلق و يكون مؤلياً. وإما أن يقيد به بالتأييد فهو ضرب من التأكيد. وإما أن يقيد بالتأقيت إما بزمان مقدر، أو بالتعليق بأمر مستقبل لا يتعين وقته. فهنا قسمان:

الأول: أن يقدره بزمان نظر، فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤلياً، و الذي جرى يمين، و تنحل بعد المدة، و ليس لها المطالبة - كما إذا امتنع من غير يمين - قيل: و الحكمة في تقدير المهلة بهذه المدة، و لم تتوجه المطالبة إذا حلف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها، أن المرأة تصبر عن الزوج مدة أربعة أشهر و بعد ذلك يفنى صبرها أو يشق عليها الصبر (1)

و يكفي في الزيادة عن الأربعة مسماها و لو لحظةً. و لا يشترط كون الزيادة بحيث تتأتى المطالبة في مثلها، لكن إذا قصرت كذلك لم تتأتى المطالبة؛ لأنها إذا مضت تنحلّ اليمين

ص: 198

1- لم نعر على القائل به، و انظر المبسوط، ج4، ص131-132.



و لا- مطالبة بعد انحلالها، و أثر كونه مؤلماً في هذه الصورة أنه يَأْتُم بِأَيْدِئِهَا و الإضرار بها، بقطع طمعها بالحلف عن الوطء في المدة المذكورة.

و لو فرض كونه تاركاً و طأها مدّة قبل الإيلاء يفعل حراماً بالنسبة إلى ما زاد عن أربعة أشهر من حين الوطء؛ لأنّه لا يجوز ترك وطء الزوجة أزيد من ذلك، و لا تنحلّ بذلك اليمين؛ لأنّ الإيلاء لا ينحلّ بذلك.

الثاني: أن يقيّد الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا يتعيّن وقته، فينظر إن كان المعلق به أمراً يعلم تأخّره عن أربعة أشهر - كما لو قال: حتّى يقدم فلان، أو حتّى أتى مكّة و المسافة بعيدة لا تُقطع في أربعة أشهر - أو يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر وإن كان محتملاً - كما لو قال: «حتّى يخرج الدجّال» أو «يأجوج و مأجوج» أو «تطلع الشمس من المغرب» - فهو مؤلّ؛ نظراً إلى اليقين بحصول الشرط - و هو مضيّ أربعة أشهر قبل مجيء الغاية - في الأوّل، و غلبة الظنّ بوجوده في الثاني وإن كان محتملاً في نفسه.

و مثله قوله: «ما بقيت» فإنّه وإن كان محتملاً لموته في كلّ وقت و لا ظنّ يقتضي بقاءه أربعة أشهر، إلّا أنّ ذلك موجب لحصول اليأس مدّة العمر، فهو كما لو قال: «لا أجامعك

أبدًا»، فإنّ أبد كلّ إنسانٍ عمره.

و لو قال: «ما بقي فلان» فوجهان:

أحدهما: أنّه كذلك؛ لأنّ الموت المعجّل كالمستبعد في الاعتقادات، فيلحق بالتعليق

بخروج الدجّال و نحوه.

و الثاني: عدمه؛ لأنّه كالتعليق بالمرض و دخول الدار، و هو ممكن على السواء في كلّ وقت. و ينبغي الفرق بين من يغلب على الظنّ بقاؤه أو موته في المدّة فما دون، أو يتساوى الاحتمالان بحسب القرائن الحاليّة.

و إن كان المعلق به ممّا يتحقّق وجوده قبل أربعة أشهر - كذبول البقل، و جفاف الثوب، و تمام الشهر - أو يغلب على الظنّ وجوده - كمجيء المطر في وقت غلبة الأمطار، و مجيء

• ولو قال: «والله لا وطنتك حتى أدخل هذه الدار» لم يكن إيلاء؛ لأنه يمكنه التخلص من التكفير مع الوطء بالدخول، وهو منافٍ للإيلاء.

زيد من القرية وعادته الحضور في الجمعيات، أو قدوم القافلة والغالب ترددها في كل شهر - لم يقع الإيلاء، لكن ينعقد يميناً بشرطه.

ولو كان المعلق به ممّا لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر ولا يتحقق ولا يظنّ حصوله - كما لو قال: «حتى أدخل الدار»، أو «أخرج من البلد»، أو «أمريض، أو يمرض فلان» أو «يقدم» وهو على مسافة قريبة قد يقدم وقد لا يقدم - لم يحكم بكونه مؤلياً وإن اتفق مضيّ أربعة أشهر ولم يوجد المعلق به، بل يكون يميناً؛ لأنه لم يتحقق قصد المضارة في الابتداء، وأحكام الإيلاء منوطة به لا بمجرد اتفاق الضرر بالامتناع من الوطء، كما لو امتنع من غير يمينٍ. وحينئذٍ فترتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطء، وتجب الكفارة لو وطئ قبل وجوده حيث تنعقد اليمين.

وفي وجه أنّ التعليق بخروج الدجال ونحوه يلحق بالأموار المحتملة للأمرين، فلا يقع به إيلاء. والأظهر الأول؛ عملاً بالظنّ الغالب المستند إلى الاعتقادات وقرائن الأحوال والعادات(1).

قوله: «ولو قال: والله لا وطنتك حتى أدخل هذه الدار لم يكن إيلاءً» إلى آخره.

لما كان الإيلاء موجباً للتحريم إلى أن يكفر، والإضرار بالمرأة لم يتحقق حيث يعلق على شرطٍ يمكنه فعله ورفع كقوله: «لا وطنتك حتى أدخل الدار» فإنه يمكنه في كل وقت دخول الدار، فيتخلص من اليمين ولا يحصل لها الإضرار بذلك بتحريم الوطء أربعة أشهر فصاعداً.

نعم، لو كان دخوله الدار ممتنعاً عادةً لعارضٍ لا يزول قبل أربعة أشهر ولو ظناً وقع الإيلاء كما سبق. وإنما أطلق المصنّف الحكم بناءً على الغالب من عدم المانع من دخول الدار، أو اتكالاً على ما أسلفه من القاعدة.

ص: 200

---

1- في حاشية «خ»، و: «(فرع: لو قال: والله لا- أجامعك، ثم قال: أردت شهراً أو شهرين مثلاً، لم يقبل ظاهراً؛ لأنّ المفهوم منه التأييد، بخلاف ما لو كان يميناً محضاً، فإنه يقبل منه نيّة التقييد والتخصيص مع احتمال القبول هنا أيضاً؛ نظراً إلى أنّه يمين في الجملة. (م ب مجلسي قدس سره)».

الثانية: • مدّة التربّص في الحرّة والأمة أربعة أشهر، سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً. و المدّة حقّ للزوج، وليس للزوجة مطالبة فيها بالفيئة، فإذا انقضت لم تطلّق بانقضاء المدّة، ولم يكن للحاكم طلاقها.

وإن واقفته فهو مخيّر بين الطلاق والفيئة، فإن طلق فقد خرج من حقّها، وتقع الطلقة رجعيّة على الأشهر، وكذا إن فاء.

وإن امتنع من الأمرين حبس وضيّق عليه حتّى يفيء أو يطلق، ولا يجبره الحاكم على أحدهما تعييناً.

قوله: «مدّة التربّص في الحرّة والأمة أربعة أشهر، سواء كان الزوج حرّاً» إلى آخره. للزوج مهلة بعد انعقاد الإيلاء لا يطالب فيها بشيء، فإن واقع لزمته كفّارة اليمين و انحلّ الإيلاء، وإن أصرّ فللمرأة مطالبة ورفعته إلى القاضي ليفي، أو يطلق، حتّى لو رفعته أمهله القاضي إلى انقضاء المدّة - وهي أربعة أشهر على ما نصّ عليه في القرآن (1) - وهذه المدّة حقّ للزوج كالأجل في الدين المؤجّل حقّ للمديون.

ولا فرق فيها بين كون الزوجين حرّين أو رقيقين أو بالتفريق؛ لعموم الآية (2)، ولأنّها شرّعت لأمر جبليّ وهو قلة الصبر عن الزوج، وما يتعلّق بالجبلة والطبع لا يختلف بالحرّيّة والرق، كمدّة العنة والرضاع والحيض.

وعند بعض العامة أنّها تنتصف بالرق. ثمّ منهم من ينصفها برقّ الزوجة، ومنهم من ينصفها برقّ الزوج (3). وإلى خلافهما أشار المصنّف بقوله في الحرّة والأمة... سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً.

ص: 201

1- البقرة (2): 226.

2- البقرة (2): 226.

3- في حاشية (خ، و): «أبو حنيفة ينصفها برقّ الزوجة، ومالك ينصفها برقّ الزوج، وعن أحمد روايتان: إحداهما كمذهبنا، والأخرى كمذهب أبي حنيفة. (م ب مجلسي قدس سرّه)». راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 528، المسألة 6129.

ثم إذا انقضت المدّة لم يطلّق بانقضائها الزوجيّة، ولأنّ الله تعالى قال - بعد التريّص أربعة أشهر - : «فَإِنْ فَاءُ وَفَإِنْ اللَّهَ غُفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (1). فدلّ ذلك على بقاء تخييره فيهما بعد المدّة، وهو ينافي وقوع الطلاق بالفعل، خلافاً لبعض العامة حيث حكم بوقوعه (2).

ثم إن فاء ورجع إلى زوجته كّفّر وسقط عنه حكم الإيلاء، وإن طلق خرج من حَقّها. وهل يقع الطلاق رجعيّاً حيث لا يكون لبيّنوته سبب آخر؟ المشهور بين الأصحاب ذلك؛ لوجود المقتضي له وهو وقوعه بشرائط الرجعي، وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلاّ كونه طلاق مؤلّ مأموراً به تخييراً، وهو لا يقتضي البيّنونة؛ لأنّ الطلاق الرجعي يحصل [به] الغرض أيضاً لاختلال النكاح به وصورته إلى حال البيّنونة.

ولحسنه بريد بن معاوية قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في الإيلاء: «إذا آلى الرجل لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجمع رأسه و رأسها، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة أشهر ووقف فإمّا أن يفيء فيمسّها، وإمّا أن يعزم على الطلاق فيخلّي عنها، حتّى إذا حاضت وتطهرت من محيضها طلقها تطليقةً قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثم هو أحقّ برجعته ما لم تمض الثلاثة الأقرء» (3).

وربما قيل بوقوع الطلقة بانتهاء؛ لصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المؤلى إذا وقف فلم يفئ طلق تطليقةً بانتهاء» (4).

وحملت هذه الرواية - مع شذوذها - على من اختار الطلاق البائن؛ إذ هو مخير بين أن يطلق بانتهاء ورجعيّاً. وحملها الشيخ على من كانت عنده تطليقة واحدة، فإنّ طلاقه بعد ذلك

ص: 202

1- البقرة (2): 226 - 227.

2- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 529، المسألة 6130؛ وبدائع الصنائع، ج 3، ص 256.

3- الكافي، ج 1، ص 130، باب الإيلاء. ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 3، ح 3؛ الاستبصار، ج 3، ص 255، ح 915.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 4، ح 6؛ الاستبصار، ج 3، ص 256، ح 917.

• ولو آلى مدّة معيّنة ودافع بعد المرافعة(1) حتى انقضت المدّة، سقط حكم الإيلاء، ولم تلزمه الكفارة مع الوطء.

يقع بائناً(2). وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أنّ فيه جمعاً بين الأخبار.

ثمّ على تقدير طلاقه رجعيّاً، إن استمرّ عليه فذاك، وإن رجع عاد الإيلاء وسيأتي تنمّة حكمه(3).

وإن امتنع من الأمرين لم يطلق عنه الحاكم؛ لأنّ «الطلاق بيد من أخذ بالساق»(4) بل يحبسه ويعزّره ويضيق عليه في المطعم والمشرب، بأن يطعمه في الحبس ويسقيه ما لا يصبر عليه مثله عادةً إلى أن يختار أحدهما. وفي رواية حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلّي أن يطلق جعل له حظيرةً من قصب ويحبسه فيها، ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق»(5).

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام: «أنّه كان يحبسه في الحظيرة و يعطيه ربع قوته حتى يطلق»(6).

واعلم أنّ إجباره على أحد الأمرين لا ينافي صحّة الطلاق؛ لأنّه إجبار بحقّ، والمنافي غيره. وأيضاً فإنّه لم يجبره عليه عيناً بل على أحد الأمرين، وفي تحقّق الإجبار على هذا الوجه بحث سبق في الطلاق(7).

قوله: «ولو آلى مدّة معيّنة، ودافع بعد المرافعة حتى انقضت المدّة» إلى آخره.

لأنّ الكفارة إنّما تجب مع الحنث في اليمين، ولا يتحقّق إلا مع الوطء في المدّة المعيّنة.

ص: 203

1- في نسختي «أ. ع» من الشرائع: «المواقفة» بدل «المرافعة».

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 4، ذيل الحديث 5.

3- يأتي في ص 226 وما بعدها.

4- كما ورد في الخبر. راجع سنن ابن ماجه، ج 1، ص 672، ح 2081؛ و سنن الدارقطني، ج 3، ص 289، ح 3926 - 3927.

5- الكافي، ج 1، ص 133، باب الإيلاء، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 6، ح 13.

6- الكافي، ج 1، ص 133، باب الإيلاء، ح 13؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 6 - 7، ح 15.

7- لم نعره عليه في كتاب الطلاق. نعم، في كتاب الظهار جزم بتحقّق الإجبار في الجملة. راجع ص 82.

• ولو أسقطت حقها من المطالبة لم تسقط المطالبة؛ لأنه حق يتجدد، فيسقط بالعمو ما كان لا ما يتجدد.

وأما إذا انقضت سقط حكم اليمين، سواء رافعه وألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا؛ لاشتراكهما في المقتضي وإن أثم بالمدافعة على تقدير المرافعة.

قوله: «ولو أسقطت حقها من المطالبة لم تسقط المطالبة؛ لأنه حق يتجدد، فيسقط بالعمو ما كان لا ما يتجدد».

إسقاط الحق والعمو عنه والإبراء منه بمعنى واحد. و شرط صحته ثبوت متعلقه في الذمة، فلا يصح إسقاط ما يتجدد فيها وإن وجد سببه. و لما كان حقها في المطالبة يثبت في كل وقت ما دام الإيلاء باقياً فهو ممّا يتجدد بتجدد الوقت، فإذا أسقطت حقها منها لم يسقط إلا ما كان منها ثابتاً وقت الإسقاط، وذلك في قوة عدم إسقاط شيء؛ لأنّ الآن الواقع بعد ذلك بلا فصل يتجدد فيه حق المطالبة و لم يسقط بالإسقاط، فلها المطالبة متى شاءت.

و كذا القول في نظائره من الحقوق المتجددة بحسب الوقت، كحق القسمة للزوجة، وحق الإسكان في موضع معين حيث نقول بصحته، و نحو ذلك.

ومن هذا الباب ما لو علمت بإعسار الزوج فرضيت، ثم أرادت الفسخ على قول من يجوز به (1) فلها ذلك؛ لتجدد الضرر بفوات النفقة يوماً فيوماً. و يخالف ما إذا رضيت بعدة الزوج، ثم أرادت الفسخ - حيث لا يبطل خيارها لفوات الفوريّة، بأن جهلت الفوريّة أو نحو ذلك ممّا سبق (2) - فإنّها لا تُمكن منه.

و فرّق بأنّ العنة عجز حاضر و خصلة ناجزة لا تبسط على الأيام، و حق الاستمتاع و النفقة يبسطان عليها، وبأنّ العنة عيب و الرضى بالعيب يسقط حق الفسخ.

ص: 204

1- كالتبرسي في المؤلف من المختلف، ج 2، ص 291، المسألة 15.

2- سبق في ج 6، ص 572 - 573.

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

### لو انقضت مدّة التربّص و وجد مانع من الجماع

الثاني: • لو انقضت مدّة التربّص و هناك ما يمنع من الوطء كالحيض والمرض، لم يكن لها المطالبة؛ لظهور عذره في التخلّف و لو قيل: لها المطالبة بفيئة العاجز عن الوطء كان حسناً

قوله: «لو اختلفا في انقضاء المدّة فالقول قول من يدّعي بقاءها» إلى آخره.

إذا اختلفا في انقضاء المدّة المضروبة للتربّص به - وهي أربعة أشهر - بأن ادّعت انقضاءها ليلزم بالفيئة أو الطلاق، و ادّعى هو بقاءها، فالقول قوله؛ لأصالة عدم انقضائها؛ لأنّ مرجع دعوى انقضائها إلى تقدّم زمان الإيلاء إن جعلنا المدّة من حينه، أو زمان المرافعة إن جعلناها منها، و الأصل عدم تقدّم كلّ منهما.

ومثله ما لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء فالقول قول مدّعي تأخّره؛ لأصالة عدم التقدّم. وفائدته تظهر حيث يجعل المدّة من حينه، أو يكون الإيلاء مقدّراً بمدّة، فمدّعي تقدّمه

يحاول انحلال اليمين.

قوله: «لو انقضت مدّة التربّص و هناك ما يمنع من الوطء» إلى آخره.

إذا وجد مانع من الجماع بعد مضي المدّة المحسوبة نظر أهو فيها أم في الزوج؟ فإن كان فيه فسيأتي حكمه، وإن كان فيها، بأن كانت مريضة بحيث لا يمكن وطؤها، أو محبوسة لا يمكنه الوصول إليها لم تثبت المطالبة بالفيئة فعلاً إجماعاً؛ لأنّه معذور و الحال هذه ولا مضارّة. وكذا لو كانت محرمة أو حائضاً أو نفساء أو صائمة أو معتكفة فرضاً(1)

و هل يؤمر بالفيئة قولاً كالعاجز؟ منعه الشيخ(2)؛ لأنّ الامتناع من جهتها.

ص: 205

1- في «خ»: «برضاه» بدل «فرضاً».

2- المبسوط، ج 4، ص 153 - 154.

. ولو تجددت أعضاؤها في أثناء المدة، قال في المبسوط: تنقطع الاستدامة عدا الحيض. وفيه تردد. ولا تنقطع المدة بأعذار الرجل ابتداءً ولا اعتراضاً، ولا تمنع من المرافعة (1) انتهاءً.

وقال المصنّف (رحمه الله) وجماعة المتأخرين (2): تجب عليه فيئة العاجز؛ لظهور العجز في الجملة، ولأنه لا مانع منها، بل هي ممكنة، وإنما المانع من الله تعالى. وهذا حسن.

قوله: «ولو تجددت أعضاؤها في أثناء المدة» إلى آخره.

المراد بقطع أعضاها المتجددة للاستدامة عدم احتسابها من المدة، فإذا زال العذر ثبت على ما مضى من المدة قبل العذر.

ووجه ما اختاره الشيخ من قطعها للاستدامة (3) أن الحق لها والعذر من قبلها، ومدة التبرّص حق له، فلا يحسب عليه منها ما لا قدرة له على الفئنة فيه.

واستثنى من ذلك الحيض، فإنه لا يقطعها إجماعاً؛ لأنه لو قطع لم تسلم مدة التبرّص أربعة أشهر، لتكرّره في كل شهر غالباً.

والأكثر على عدم الفرق بينه وبين غيره في عدم قطع الاستدامة؛ لقيام فيئة العاجز مقام الوطاء من القادر، وهو في حكم العاجز. وهذا قوي.

أمّا أعذار الرجل فلا تنقطع المدة ابتداءً ولا استدامة إجماعاً؛ لأنّ حق المهلة له، والعذر منه. وكذا لا تمنع المرافعة (4) لو اتّقت على رأس المدة، فيؤمر بفئنة العاجز أو الطلاق كما سيأتي (5).

ص: 206

1- في نسخة «أ» من الشرائع: «المواقفة» بدل «المرافعة».

2- منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 180، قال فيه: «ويحتمل...»؛ ولكن نسب إليه الوجوب ولده في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 433.

3- المبسوط، ج 4، ص 154 - 155.

4- في «م»: «المواقفة» بدل «المرافعة».

5- سيأتي بعيد هذا.



الثالث: • إذا جنَّ بعد ضرب المدة احتسبت المدة عليه وإن كان مجنوناً، فإن انقضت المدة و الجنون باقى تربص به حتى يفيق.

الرابع: • إذا انقضت المدة وهو محرم أُلزم بفيئة المعذور. وكذا لو اتفق صائماً. ولو واقع أتى بالفيئة وإن أثم. وكذا في كل وطءٍ محرّم كالوطء في الحيض والصوم الواجب.

قوله: «إذا جنَّ بعد ضرب المدة احتسبت المدة عليه» إلى آخره.

الأعذار الحاصلة بالزوج لا تمنع من احتساب المدة ابتداءً ولا استدامةً؛ لأنَّ التمكن حاصل من جهتها والمانع من قبله، وهو المقصود بالإيلاء وقصد المضائة. ويستوي في ذلك الموانع الشرعية كالصوم والإحرام والاعتكاف، والحسدية كالمرض والحبس والجنون. فإذا فرض جنونه في أثناء المدة لم يقطع استدامتها، فإذا انقضت المدة والجنون باقى لم يرفع عنه، بل يتربص به حتى يفيق ثم يحكم عليه بذلك، بخلاف ما لو انقضت المدة وبه عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض، فإنه يؤمر بفيئة العاجز.

قوله: «إذا انقضت المدة وهو محرم أُلزم بفيئة المعذور» إلى آخره.

إذا انقضت المدة أُلزم بأحد الأمرين: الفيئة أو الطلاق كما مرّ، فإن اختار الفيئة ولم يكن له مانع من الوطء ففيئته الوطء، وإن كان معذوراً عذراً حسدياً - كالمرض والحبس - أو شرعياً - كالإحرام والصيام - أُلزم بفيئة المعذور، كما يلزمه ذلك في أعضائها بطريق أولى. وسيأتي تحقيق الفيئة بالأمرين (1).

ولا يلزم بالوطء المحرّم، لكن لو فعل أثم وحصلت الفيئة؛ لحصول الغرض، سواء وافقته على ذلك أم أكرهها. وهل يجوز لها موافقته؟ يحتمله؛ لأنه ليس محرّماً من طرفها. والأقوى التحريم؛ لأنه معاون على العدوان المنهبي عنه (2). ومثله تمكين المسافرة ومن طهرت من حيضها في أثناء النهار للصائم، ويبيع من لم يخاطب بالجمعة بعد النداء ممن خوطب بها

ص: 207

1- يأتي في ص 217.

2- المائة (5): 2.

الخامس: • إذا ظاهر ثم آلى صحَّ الأمران، ويوقف بعد انقضاء مدّة الظهر، فإن طَلَّق فقد وفي الحقّ، وإن أبى ألزم التكفير و الوطء؛ لأنّه أسقط حقّه من التربّص بالظهار، و كان عليه كفّارة الإيلاء.

قوله: «إذا ظاهر ثم آلى صحَّ الأمران» إلى آخره.

إذا جمع بين الظهر و الإيلاء لزمه حكمهما، سواء قدّم الظهر على الإيلاء - كما فرضه المصنّف - أم أّخره؛ لبقاء الزوجيّة الصالحة لإيقاع كلّ منهما عليها و إن كانت قد حرمت بالسبب الآخر، فتحرم من الجهتين و لاتستباح بدون الكفّارتين. لكن قد عرفت اختلاف المدّة في إمهاله لهما، فإن مهلة الظهر ثلاثة أشهر، و مهلة الإيلاء أربعة، فإذا انقضت مدّة الظهر فرافعته ألزم بحكم الظهر خاصّةً، فإن اختار الطلاق فقد خرج من الأمرين، و إن اختار العود و عزم على الوطء لزمته كفّارة الظهار، فإذا كفر و وطئ لزمته كفّارة الإيلاء أيضاً. لحنثه في يمينه.

وإن توقفت كفّارة الظهر على مدّة تزيد على مدّة الإيلاء، كما لو كان فرضه التكفير بالصوم، أو لم يتفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدّة الإيلاء، أو كان الظهار متأخراً عنه بحيث انقضت مدّته قبل التخلّص منه طولب بالأمرين معاً، و لزمه حكمهما. لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدّة الإيلاء و لمّا يكمل كفّارة الظهار، فإنّ حُكِمَ الإيلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بالفيئة و تعجيل الوطء، و حُكِمَ الظهار تحريمه إلى أن يُكفّر. و طريق الجمع إلزامه حينئذٍ للإيلاء بفيئة العاجز؛ لأنّ الظهار مانع شرعي من الوطء قبل التكفير، فتجتمع الكفّارتان بالعزم على الوطء، إحداهما للفيئة و الأخرى للعزم عليه.

و لو أراد الوطء في هذه الحالة قبل التكفير للظهار حرم عليها تمكينه منه كما سبق، و إن أُبيح لها من حيث الإيلاء. و لو فعل حراماً و وطئ حصلت الفيئة، و لزمته كفّارة الظهار

و كفّارة الإيلاء.

السادس . إذا آلى ثم ارتد قال الشيخ: لا تحتسب عليه مدة الردة؛ لأنّ المنع بسبب الارتداد لا بسبب الإيلاء. و الوجه الاحتساب؛ لتمكّنه من الوطء بإزالة المانع.

### إذا وطئ في مدة التبرّص

المسألة الثالثة: • إذا وطئ في مدة التبرّص لزمته الكفّارة إجماعاً. ولو وطئ بعد المدة، قال في المبسوط: لا كفّارة، وفي الخلاف: تلزمه. و هو الأشبه.

قوله: «إذا آلى ثم ارتد قال الشيخ: لا تحتسب عليه مدة الردة» إلى آخره.

المراد بالردة هنا ما كانت عن غير فطرة؛ إذ لو ارتد عن فطرة كان كالميت يبطل معها التبرّص.

ووجه ما قاله الشيخ (رحمه الله) من عدم احتساب مدة الردة (1) ما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من التعليل بأنّ المنع حينئذٍ بسبب الارتداد الموجب لرفع النكاح و جريان عدّته إلى البيّنونة، فلا يحتسب مدّته من مدة الإيلاء المقتضية لاستحقاق المطالبة بعدها بالوطء؛ لتضادّ المؤثّرين المقتضيين لتضادّ الأثرين، كما لا يحتسب زمان العدة.

وذهب الأكثر و منهم المصنّف إلى احتساب مدّته منها؛ لتمكّنه معها من الوطء بالرجوع، فلا يكون عذراً. و يفارق العدة بأنّ المرتد إذا عاد إلى الإسلام تبيّن أنّ النكاح لم ينخرم و الطلاق الماضي مع لحوق الرجعة لم ينهدم، و من ثمّ ظهر أثره بتحريمها بالثلاث وإن رجع في الأوّلين.

قوله: «إذا وطئ في مدة التبرّص لزمته الكفّارة إجماعاً» إلى آخره.

متى وطئ المؤلّي في المدة التي يتناولها اليمين فقد حنث في يمينه و وجبت الكفّارة، سواء كان وطؤه في مدة التبرّص أم بعدها. أمّا الأوّل فموضع وفاق. و أمّا الثاني فلمشاركته له في المقتضى لها، و هو مخالفته لمقتضى اليمين، و لعموم قوله تعالى: «ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ» (2) و هذا مذهب الأكثر حتّى الشيخ في الخلاف مدّعياً عليه الإجماع (3) أيضاً.

ص: 209

1- المبسوط، ج4، ص157 .

2- المائدة (5): 89.

3- الخلاف، ج4، ص520، المسألة 18.

وقال في المبسوط: «إذا آلى منها ثم وطئها عندنا عليه الكفارة، سواء كان في المدّة أم بعدها، وقال قوم: إن وطئها قبل المدّة فعليه الكفارة، و إن وطئها بعدها فلا كفارة عليه وهو الأقوى» (1).

وهذا يدلّ على اختياره العدم ورجوعه عن الأوّل، ولم يذكر عليه دليلاً.

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

رجحان فعله في الجملة، فلا تجب به كفارة.

وجوابه: أنّ يمين الإيلاء تخالف مطلق اليمين في هذا المعنى، ومن ثمّ انعقد ابتداءً وإن كان تركه أرجح بل واجباً، كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطء، والأصل استصحاب هذا الحكم، والدليل الدالّ على وجوب الكفارة له مع الحنث يشملها، فلا وجه لتخصيص هذا الفرد من بين أفراد الإيلاء بنفي الكفارة مع رجحان المخالفة.

وفي رواية منصور عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل آلى من امرأته فمرّت به أربعة أشهر، قال: «يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عدّة المطلقة، وإلا كفر يمينه وأمسكها» (2). وهي نصّ في الباب.

واعلم أنّ مذهب الشيخ في المبسوط وإن كان شاذّاً، إلّا أنّه موافق لأصول أصحابنا في اليمين المطلق. وله أن يجيب عن حجّتهم بأنّ وجوب الكفارة في الإيلاء مع أولويّة الخلاف خلاف الأصل، فيقتصر فيها على موضع الوفاق. ولا حجة لهم في الآية؛ لأنّها وردت في مطلق اليمين لا في الإيلاء، وهم لا يقولون بعمومها في ذلك، بل يخصّونها بما ذكرناه، فكيف يحتجّون بعمومها على الإيلاء المخالف لمطلق اليمين في الأحكام ويطرحون

ص: 210

1- المبسوط، ج 4، ص 153.

2- ائقيّه، ج 3، ص 525، ح 4828؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 8، ح 21؛ الاستبصار، ج 3، ص 254، ح 910.

الرابعة • إذا وطئ المؤلى ساهياً أو مجنوناً أو اشتبهت بغيرها من حالته، قال الشيخ: بطل حكم الإيلاء؛ لتحقق الإصابة، ولم تجب الكفارة؛ لعدم الحنث.

عمومها في بابها؟! وبهذا يظهر منع مشاركة ما بعد المدّة لما قبلها في المقتضي.

وأما الرواية فهي وإن كانت نصّاً في الباب، إلا أنّها ضعيفة السند؛ لأنّ في طريقها «القاسم» مطلقاً، وهو مشترك بين جماعة منهم الثقة (1) والضعيف (2)، و«أبان» و«الظاهر أنّه ابن عثمان»، وكان ناووسياً وإن كان ثقةً (3)، ومنصور الراوي عن الإمام مطلقاً أيضاً، وهو مشترك بين الثقة وغيره (4)، وإن كان الظاهر أنّه ابن حازم.

واستدلّ في المختلف للمشهور بقول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم: «من حلف على يمينٍ فرأى غيرها خيراً فليأت الذي هو خير، و ليكفر عن يمينه» (5)، ولم يفصل.

وهذا الاستدلال عجيب منه (رحمه الله) لأنّ الرواية عامّة قد وردت في مطلق اليمين، وأنتم لا تقولون بمضمونها كذلك، بل تقولون: إنّه متى رأى غيرها خيراً فليأت التي هي خير ولا يكفر. والعامّة يعملون بمضمونها (6)، ويوجبون كفارة اليمين مطلقاً؛ عملاً بالآية (7) و الرواية. فالاستدلال بها للإيلاء دون غيره ليس بسديد. ومع ذلك فاعتمادنا على المذهب المشهور من وجوب الكفارة على المؤلى مطلقاً.

قوله: «إذا وطئ المؤلى ساهياً أو مجنوناً أو اشتبهت بغيرها من حالته» إلى آخره.

ص: 211

1- راجع خلاصة الأقوال، ص 230 - 231، الرقم 777 - 783.

2- راجع خلاصة الأقوال، ص 388 - 389، الرقم 1558 - 1565.

3- راجع خلاصة الأقوال، ص 74، الرقم 121.

4- راجع رجال الطوسي، ص 164؛ وخلاصة الأقوال، ص 275، الرقم 1000 و 1001، ص 408، الرقم 1649 - 1651.

5- مختلف الشيعة، ج 7، ص 439، المسألة 91؛ والرواية في سنن ابن ماجه، ج 1، ص 181، ح 2108؛ وصحيح مسلم، ج 3، ص 1272، ح 12 / 1650؛ ومسند أحمد، ج 2، ص 415، ح 6868.

6- راجع الحاوي الكبير، ج 15، ص 290 - 291؛ و المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 11، ص 223 - 224، 290-291، المسألة 7990.

7- المائدة (5) : 89.

لا- إشكال في عدم وجوب الكفارة بالوطء ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهاً بغيرها؛ لأنه لا تقصير منه، ولعموم: «رفع عن أمّتي الخطأ و النسيان»(1). وإنما الكلام في انحلال اليمين، فالشيخ حكم بانحلالها و بطلان الإيلاء(2)، و تبعه عليه جماعة منهم العلامة جازماً به(3) من غير نقل خلاف.

و وجهه: أنه قد وجد المحلوف عليه في الحقيقة و تحققت الإصابة، إلا أنه لم يؤخذ من حيث عدم التقصير، فكان كما لو خالف عمداً، و إن اختلفا في وجوب الكفارة و عدمها من حيث تقصير العاقد.

و المصنّف نسب القول إلى الشيخ مشعراً بضعفه أو توقّفه فيه. و له وجه؛ لاختلال الفعل

الصادر عن الإكراه و النسيان، و لذلك لم يحكم(4)، بوجوب الكفارة.

و الحلف على النفي يقتضي الدوام، و النسيان و ما في معناه لم يدخل تحت مقتضاها؛ لأنّ الغرض من البعث و الزجر في اليمين إنّما يكون عند ذكرها و ذكر المحلوف عليه، حتّى يكون تركه لأجل اليمين. و البحث آتٍ في مطلق اليمين إذا خولف مقتضاها جهلاً أو نسياناً.

ثمّ إن حكمنا بانحلال اليمين حصلت الفيئة و ارتفع الإيلاء. و إن لم نحكم به فوجهان: أحدهما: أنه لا تحصل الفيئة و تبقى المطالبة؛ لأنّ اليمين باقية.

و الثاني: تحصل؛ لوصولها إلى حقّها و اندفاع الضرر. و لا فرق في إيفاء الحقّ بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون و العقل، كما لو ردّ المجنون وديعةً إلى صاحبها؛ و لأنّ وطء المجنون كوطء العاقل في التحليل و تقرير المهر و تحريم الربيبة و سائر الأحكام، فكذلك هنا.

و لا يلزم من عدم وجوب الكفارة ثبوت الفيئة؛ لأنّها حقّ لله و الفيئة حقّ المرأة، و يعتبر

ص: 212

1- الكافي، ج 2، ص 462 - 463، باب ما رفع عن الأمة، ح 1 و 2 بتفاوت؛ الفقيه، ج 1، ص 59، ح 132.

2- المبسوط، ج 4، ص 158 - 159.

3- قواعد الأحكام، ج 3، ص 180؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 116، الرقم 5484.

4- في بعض النسخ: «نحكم» بدل يحكم».

الخامسة: • إذا ادعى الإصابة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه؛ لتعدّر البيّنة.

في حقّ الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يعتبر في حقّ الأدمى. والأصحّ الأول.

قوله: «إذا ادعى الإصابة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه؛ لتعدّر البيّنة».

هذا الحكم ممّا خالف القواعد المقرّرة من تقديم قول النافي، وإنّما أخرجوه منها لما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من تعدّر إقامة البيّنة على ذلك أو تعمّدها، فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه لزم الحرج؛ ولأنّ الأصل بقاء النكاح وعدم تسلّط الزوجة على نقضه بوجه من الوجوه.

ويؤيد ذلك رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: «أن عليّاً عليه السلام سئل عن المرأة تزعم أنّ زوجها لا يمسه، ويزعم أنّه يمسه، قال: يحلّف ويترك» (1).

ومثله في تقديم قوله في الإصابة المخالف للأصل، ما لو ادعى العتّين إصابتها في المدّة أو بعدها.

ثمّ إذا حلف على الإصابة وطلّق، وأراد الرجعة بدعوى الوطء الذي حلف عليه قال في التحرير: الأقرب أنّه لا يمكن، وكان القول قولها في نفي العدّة والوطء على قياس الخصومات (2)، من أنّ البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر (3)، وإنّما خالفناه في دعوى الإصابة لما ذكر من العلة وهي منتفية هنا، كما لو اختلفا في الرجعة ابتداءً.

وهذا التفريع لابن الحدّاد من الشافعية (4)، ووافقه الأَكثَر، واستقرّ به العلامة في التحرير (5). وهو - مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين - لا يتمّ على أصولنا من اشتراط الدخول في صحّة الإيلاء.

ص: 213

- 1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 8، ح 25 .
- 2- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 116، الرقم 5485.
- 3- السنن الكبرى البيهقي، ج 10، ص 427، ح 21201.
- 4- راجع روضة الطالبين، ج 1، ص 231-232.
- 5- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 116، الرقم 5485 .

السادسة: • قال في المبسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء. وفيه تردّد.

قال الشهيد (رحمه الله): «ما سمعنا فيه خلافاً، وإنّما فرّعه على أصلهم من عدم اشتراطه، ومع ذلك فلهم وجه آخر، بأنّه يُمكن من الرجعة، ويُصدّق في الإصابة للرجعة كما يُصدّق فيها، لدفع التفريق؛ لأنّ في الرجعة استيفاء ذلك النكاح أيضاً» (1).

وهذا أوجه.

قوله: «قال في المبسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء. وفيه تردّد». المشهور بين الأصحاب أنّ مدّة التريّص تحتسب من حين المرافعة لا من حين الإيلاء، ذهب إلى ذلك الشيخان (2) والأتباع (3) وابن إدريس (4)، والعلامة في غير المختلف (5)، والشهيد (6). وغيرهم (7).

وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد: إنّها من حين الإيلاء (8) واختاره في المختلف (9) وولده في الشرح (10) وإليه يميل المصنّف في تردّده هنا. وهو الأقوى.

ص: 214

- 1- لم نعر عليه في مظانّه.
- 2- الشيخ المفيد في المقنعة، ص 522؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص 527؛ والمبسوط، ج 4، ص 155.
- 3- منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص 302؛ وابن البراج في المهذّب، ج 2، ص 302؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص 336.
- 4- السرائر، ج 2، ص 720.
- 5- قواعد الأحكام، ج 3، ص 179، قال فيه: «فيه نظر»؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 58، وقال فيه: «على رأي»؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 115، الرقم 5484، وقال فيه: «قال الشيخ: مبدؤها من حين المرافعة لا من حين الإيلاء وفيه نظر»
- 6- غاية المراد، ج 3، ص 216 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3).
- 7- الجامع للشرائع، ص 487.
- 8- حكاها عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 438، المسألة 90.
- 9- مختلف الشيعة، ج 7، ص 439، المسألة 90.
- 10- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 432.



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

لنا: قوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ» (1) رَبَّتْ التَّرَبُّصُ عَلَى الْإِبْلَاءِ، فلا يشترط بغيره.

و حسنة بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون إيلاءٌ إلا إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسه و لا يجمع رأسه و رأسها، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإمّا أن يفيء و إمّا أن يعزم على الطلاق» (2). و نحوه روى الحلبي في الحسن (3)، و أبو بصير عنه عليه السلام (4).

احتجّ الأوّلون بأنّ ضرب المدّة حكم شرعي باقٍ على العدم الأصلي، فيتوقّف ثبوته على حكم الحاكم؛ و لأصالة عدم التسلّط على الزوج بحبس أو غيره لأجل الفينة أو الطلاق

إلا مع تحقّق سببه.

و جوابه: منع احتياج المدّة إلى الضرب، بل مقتضى الحكم الشرعي الثابت بالآية و الرواية ترتبه على مضيّ المدّة المذكورة من حين الإيلاء. و إثبات توقّفها على المرافعة يحتاج إلى الدليل و هو منفيّ. و هذا الدليل أخرجه عن حكم العدم الأصلي. و أصالة عدم التسلّط قد انقطعت بالإيلاء المقتضي له بالآية و الرواية و الإجماع، فتوقّفه على أمر آخر صار خلاف الأصل.

قوله: «الذمّيان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار بين الحكم بينهما» إلى آخره.

أمّا حكمه بينهم بمقتضى شرعنا فواضح؛ لعموم قوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ» (5)

ص: 215

1- البقرة (2): 226.

2- الكافي، ج 1، ص 130، باب الإيلاء، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 3، ح 3؛ الاستبصار، ج 3، ص 255، ح 915.

3- الكافي، ج 6، ص 130، باب الإيلاء، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 524، ح 4827؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 2، ح 1؛ الاستبصار، ج 3، ص 252 - 253، ح 904.

4- الكافي، ج 1، ص 131، باب الإيلاء، ج 3، ص 132، ح 9؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 2 - 3، ح 2 و 4؛ الاستبصار، ج 3، ص 253، ح 105 و 906.

5- البقرة (2): 226.

الثامنة : • فيئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل، وفيئة العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدرة.

ولو طلب الإمهال مع القدرة أمهل ما جرت العادة به، كتوقع خفة المأكول، أو الأكل إن كان جائعاً، أو الراحة إن كان متعباً.

الشامل للمسلم والكافر ولأنهم مكلفون بفروع الإسلام، وقد قال تعالى: «لِتَحْكَمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» (1)

وَأَمَّا جواز ردهم إلى أهل نحلتهم فلاقرارهم عليها المقتضي لجواز الإعراض عنهم في ذلك، وقد قال تعالى: (فَإِنْ جَاءوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ) (2)، والمراد بالإعراض عنهم ردهم إلى أحكامهم.

وقال بعض العلماء: إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى: «وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (3)

وفيه نظر؛ لعدم المنافاة بينهما، فإن الإعراض عن الحكم بينهم مما أنزله الله أيضاً. والنسخ على خلاف الأصل، فلايثبت بمثل هذا الاحتمال. وهذا الحكم غير مختص بالإيلاء، بل هو مشترك بين سائر الأحكام.

قوله: «فيئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل، وفيئة العاجز إظهار العزم» إلى آخره.

قد تكرر أن المؤلى بعد المدّة يطالب بالفيةة أو الطلاق، والمقصود الآن الكلام في أن

الفيةة بم تحصل؟

وبيانه أن المؤلى إن كان قادراً على الوطء-بأن لا يكون له عنه مانع شرعي ولا عقلي ولا حسي- فأقل فيئته في الثيب أن يغيب الحشفة، و في البكر إذهاب العذرة بالوطء، وهو

ص: 216

1- النساء (4): 105.

2- المائدة (5): 42.

3- المائدة (5): 49؛ وراجع الكشاف، ج 1، ص 635؛ ومجمع البيان، ج 3، ص 196، حكاة عنه جماعة؛ والتفسير الكبير، الفخر الرازي، ج 6، الجزء الحادي عشر، ص 242، ذيل الآية 42 من سورة المائدة (5)، حكاة عن جماعة.

التاسعة • إذا آلى من الأمة ثم اشتراها وأعتقها وتزوجها لم يعد الإيلاء. وكذا

لو آلى من الحرّة ثم اشترته وأعتقته وتزوج بها.

راجع إلى الأول؛ لأنّ تغييب الحشفة يزيل العذرة، فتغييب الحشفة يفيد الغرض فيهما، فلذا أطلقه المصنّف.

ولا تحصل الفيئة له بما دون الفرج كالدبر وغيره.

وإن كان عاجزاً عن ذلك فبيئته باللسان، وهو أن يرجع عن الإيذاء والإضرار، فيقول: إذا قدرت فيأت. ولو استمهل الفيئة باللسان لم يجب بحال، فإنّ الوعد به أمر متيسّر. ثمّ إذا زال المانع طوّل بفيئة القادر أو الطلاق من غير استئناف مدّة.

وأمّا فيئة القادر فيمهل فيها بما جرت العادة إمهاله فيه بقدر ما يتهيأ له ذلك عادةً، فيمهل الصائم إلى أن يفطر، والشبعان إلى أن يخفّ عنه ثقل الطعام، فإنّه مانع من الغرض، والجائع إلى أن يأكل ما يتهيأ به لذلك، ولا يمكن من أن يشبع فيفضي إلى مهلة أخرى، وإن كان يغلبه النعاس فحتّى يزول ما به.

وبالجملة ما به يحصل التهيأ والاستعداد لذلك. ولا يتقدّر بيوم أو بثلاثة أيام عندنا، بل

بما يزول معه المانع عرفاً.

قوله: «إذا آلى من الأمة ثمّ اشتراها وأعتقها وتزوجها لم يعد الإيلاء» إلى آخره.

لما كان الإيلاء متعلّقه الزوجة فالتحريم المستند إليه هو تحريم ما حلّ بالزوجيّة، فيكون دائراً معها وجوداً وعدمًا، فإذا زالت بطلاق أو شراء أو عتق زال التحريم؛ لزوال متعلّقه، وإن عاد الحلّ بأمر جديد بأن تزوّجها أو حلّت له بالشراء ونحو ذلك. لكن يشترط في الطلاق أن يكون بائناً، وإلا توقف زوال التحريم على انقضاء العدة، فلوراجع فيها بقي التحريم.

وما فرضه المصنّف - كغيره - من زوال التحريم بشراء الأمة ثمّ عتقها وتزويجها<sup>(1)</sup> ليس على وجه الانحصار فيه، بل يزول التحريم بمجرد شرائها؛ لبطلان العقد بذلك، وإنّما يستبيحها

ص: 217

1- في «خ»: «تزوجها» بدل «تزوجها».

العاشرة: • إذا قال لأربع: «والله لا-وطنتكن» لم يكن مؤلياً في الحال، و جاز له وطء ثلاث منهن، ويتعين التحريم في الرابعة ويثبت الإيلاء. ولها المرافعة، و يضرب لها المدّة، ثمّ تقفه بعد المدّة.

ولو ماتت واحدة قبل الوطء انحلت اليمين؛ لأنّ الحنث لا يتحقّق إلاّ مع وطء الجميع وقد تعذّر في حقّ الميئة؛ إذ لا حكم لوطنها.

وليس كذلك لو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً؛ لأنّ حكم اليمين هنا باقٍ فيمن بقي، لإمكان الوطء في المطلقات ولو بالشبهة.

بالمك و هو حكم جديد غير الأوّل، كاستباحتها بعقدٍ آخر. وقد تقدّم ذلك في الظهار (1).

و أمّا على تقدير كون المؤلي عبداً فاشترته الحرّة، فتوقّف حلّها حينئذٍ على العتق واضح؛ لأنّها لا تباح له بالعقد و هو مملوك لها وإن كان التحريم قد زال بالشراء، لزوال العقد كما زال بالطلاق البائن وإن لم يفرض تزويجه لها. و تظهر الفائدة فيما لو وطئها قبل العقد بشبهة أو حراماً، فإنّه لا كفّارة؛ لزوال حكم الإيلاء بزوال الزوجية.

قوله: «إذا قال لأربع: والله لا وطنتكن لم يكن مؤلياً في الحال» إلى آخره.

هذه مسألة شريفة، كثر اعتناء الفضلاء ببحثها و الخلاف فيها وفي أقسامها. و هي مبنيّة على أصل هو أنّ المؤلي من علّق بالوطء مانعاً منه بيمين كما مرّ، فإذا كان الوطء بهذه المثابة كان مؤلياً، أمّا إذا لم يتعلّق المانع بالوطء لكن كان الوطء مقرّباً من الحنث فهو محذور لكنّه لا يحرم، فلا يكون مؤلياً به عندنا؛ لأنّه لا يتعلّق به لزوم شيء و لا يلحقه به ضرر.

إذا تقرّر ذلك، فإذا كان تحته أربع نسوة فقال: «والله لا وطنتكن» فالكلام فيه يتعلّق

باليمين و الحنث، ثمّ الإيلاء.

أمّا الأوّل، فمتعلّق اليمين جماعهنّ جميعاً؛ لأنّ اليمين معقودة على الكلّ من حيث هو كلّ، و محصّل حلفه أن لا يجمعهنّ على الوطء، فإذا وطئهنّ لم يلزمه إلاّ كفّارة واحدة؛ لأنّ

ص: 218

اليمين واحدة و معناها سلب العموم في وطنهنّ، لا عموم السلب.

وعلى هذا، فلو مات بعضهنّ قبل الوطء انحلت اليمين؛ لأنّه تحقّق امتناع الحنث، ولا

نظر إلى تصوّر الإيلاج بعد الموت، فإنّ اسم الوطء يطلق على ما يقع في الحياة.

وفيه وجه أنّ الحنث يتعلّق بوطء الميئة أيضاً، ومن ثمّ تثبت العقوبة على وطء الميئة.

والحقّ أنّه مجاز؛ لعدم تبادر الذهن إليه عند الإطلاق. والعقوبة عليه لا تدلّ على الحقيقة،

بل هي على الفعل المحرّم كيف كان.

ولو طلّقهنّ أو بعضهنّ قبل الوطء لم تنحلّ اليمين، بل تجب الكفّارة بالوطء بعد البيونة

وإن كان زنيّاً؛ لأنّ الاسم يشمل الحلال والحرام. ويمكن فرض الحلال بالشبهة.

والمراد بثبوت الكفّارة في هذه الحالة على تقدير وطء الباقية في النكاح مع وطنهنّ؛ لتحقّق الحنث في الحلف على وطء الزوجة، فوطء

المطلقات شرط الحصول الحنث في وطء الزوجة، لا أنّ الإيلاء يبقى متعلّقاً بهنّ لما تقدّم من أنّ الطلاق البائن يبطل اليمين (1).

وأما الثاني - وهو الإيلاء - فقد حكم المصنّف (رحمه الله) بأنّه لا يحصل إيلاءً في الحال، بل يجوز له وطء ثلاث منهنّ، فإذا وطنهنّ صار

مؤلياً من الرابعة وتقريب الوطء للواحدة والاثنين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء كما مرّ.

وفي المسألة المسألة وجه ضعيف أنّه يكون مؤلياً منهنّ كلّهنّ، من حيث إنّ وطء كلّ واحدة

مقرّب للحنث، وقد منع نفسه من وطنهنّ باليمين بالله تعالى، فكان مؤلياً كما لو قال: «لا أطأ واحدة منكنّ».

وفيه أن تمكّنه من وطء كلّ واحدة منهنّ بغير حنث يدلّ على عدم تأثير يمينه قبل وطء

الثلاث، وهو معنى قولنا: إنّه غير مؤلٍ في الحال.

ولهذه المسألة صور ثلاث، أحدها هذه، والباقيتان تأتيان إن شاء الله تعالى.

ص: 219

## ولو قال: لا وطئت واحدة منكن، أو لا وطئت كل واحدة منكن

ولو قال: «لا وطئت واحدة منكن تعلق الإيلاء بالجميع، وضربت المدّة لهنّ عاجلاً. نعم، لو وطئ واحدة حنث وانحلت اليمين في البواقي.

ولو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً كان الإيلاء ثابتاً فيمن بقي.

ولو قال في هذه: «أردت واحدة معيّنة»، قبل قوله؛ لأنه أبصر بنيته.

قوله: «ولو قال: لا وطئت واحدة منكن» تعلق الإيلاء بالجميع» إلى آخره.

هذه هي الصورة الثانية من صور المسألة، وهي ما إذا قال للأربع: «والله لا وطئت واحدة منكن». ولها أحوال أربعة:

إحداها: أن يريد الامتناع عن كلّ واحدة منهنّ، فيكون مؤلياً منهنّ جميعاً.

وليس التعميم هنا كالتعميم في قوله: «والله لا-أجامعكن»؛ لأنّ اللفظ هناك تناول كلّهنّ، ولا يحصل الحنث بجماع بعضهنّ، وها هنا اليمين تتعلّق بأحادهنّ وتنزل على كلّ واحدة منهنّ على البدل، فيكون مؤلياً منهنّ جميعاً؛ لتعلق الكفّارة بوطاء أئمة واحدة منهنّ وطئها؛ لأنّ قوله: «لا وطئت واحدة نقيض قوله: «وطئت واحدة» التي هي موجبة جزئية أو في قوتها، فيكون نقيضها سالبة كليةً، فتفيد عموم السلب لا سلب العموم، عكس السابقة.

ولهنّ المطالبة بعد المدّة، فإن طلق بعضهنّ بقي الإيلاء في حقّ الباقيات، وإن وطئ بعضهنّ حصل الحنث؛ لأنه خالف قوله: «لا أجامع واحدة منكن» فتتحلّ اليمين، ويرتفع الإيلاء في حقّ الباقيات.

الثانية: أن يريد الامتناع عن واحدة منهنّ لا غير فيقبل قوله؛ لاحتمال اللفظ. ويحتمل عدم القبول؛ لأنّ اللفظ يقع على كلّ واحدة على البدل، وهو متّهم في إخراج بعضهنّ عن موجب اللفظ. ويضعّف بأنّه أعرف بنيته، مع احتمال اللفظ لما ادّعاه.

ثمّ لا يخلو إمّا أن يريد واحدة بعينها، أو واحدة غير معيّنة. فإن أراد الأوّل فهو مؤل عنها ويؤمر بالبيان كما في الطلاق. وإذا بيّن واحدة فإن صدق الباقيات فذاك، وإن ادّعت غيرها أنّه عنها وأنكر فهو المصدّق بيمينه، فإن نكل حلفت المدّعية وحكم بكونه مؤلياً عنها أيضاً. فإن أقرّ في جواب الثانية أنّه عنها أخذناه بموجب إقراره وطالبناء بالقيّة أو الطلاق

ولا يقبل رجوعه عن الأول. وإذا وطئهما في صورة إقراره تعددت الكفارة، وإن وطئهما في صورة نكوله ويمين المدعية لم يتعدّد؛ لأنّ يمينها لا تصلح لإلزام الكفارة عليه. ولو ادّعت واحدة أولاً أنّك عنيتني، فقال: ما عنيتك، أو ما آليت منك، وبمثله أجاب ثانيةً وثالثةً، تعيّنت الرابعة للإيلاء.

وإن أراد واحدةً غير معيّنة ففي كونه مؤلياً وجهان، مثلهما (في [ طلاق المبهمه(1)]. فإن قلنا به أمر بالتعيين ويكون مؤلياً من إحداهنّ لا على التعيين. وإذا عيّن واحدةً لم يكن لغيرها المنازعة. وفي كون المدّة من وقت التعيين أو وقت اليمين - إذا جعلنا مدّة الإيلاء من حينه - وجهان، مبيّنان على أنّ الطلاق المبهم إذا عيّن يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ. فإن لم يعيّن ومضت أربعة أشهر، فإن أوقعنا الإيلاء من حينه وطالبن أمر بالتعيين ثمّ الفيئة أو الطلاق. ولو فاء إلى واحدةٍ أو اثنتين أو ثلاث أو طلق لم يخرج عن موجب الإيلاء لاحتمال أنّ المؤلي عنها الرابعة. وإن قال: «طلّقت التي آليت عنها» خرج عن موجب الإيلاء، لكنّ المطلّقة مبهمه، فعليه التعيين.

الثالثة: أن يريد تحريم كلّ واحدة واحدة فيقبل قوله أيضاً؛ لاحتمال اللفظ له؛ لأنّ السلب داخل على نكرة فيفيد العموم كما مرّ، فيقع الإيلاء على كلّ واحدة واحدة لا على سبيل البدل، وتتعدّد اليمين كما سيأتي في القسم الثالث.

الرابعة: أن يطلق اللفظ، فلم ينو التعميم ولا التخصيص بواحدة. وفيه وجهان: أحدهما،

أنّه يحمل على التخصيص بواحدة؛ لأنّ اللفظ محتمل له وهو أقلّ المحملين.

وعلى هذا، فيكون الحكم كما لو أراد واحدةً لا بعينها وأشبههما الحمل على التعميم؛ لأنّه المعنى المشهور عند الإطلاق والاستعمال، ولذلك يقال: النكرة عند النفي تعمّم، وأصالة الإباحة وحدوث التحريم بسبب الإيلاء الذي لا يعلم وجوده قد انتفى بوجود اللفظ الظاهر في معناه العام.

ص: 221

1- راجع ج 7، ص 239 - 240. وما بين المعقوفين أثبتنا من الحجريّتين.

. ولو قال: «لا وطئت كل واحدة منكن كان مؤلياً من كل واحدة، كما لو آلى من كل واحدة منفرداً. وكل من طلقها فقد وقأها حقها ولم تنحل اليمين في البواقي. وكذا لو وطئها قبل الطلاق لزمته الكفارة، وكان الإيلاء في البواقي باقياً.

قوله: «ولو قال: «لا وطئت كل واحدة منكن كان مؤلياً من كل واحدة» إلى آخره.

هذه هي الصورة الثالثة، وهي أن يقول للنسوة الأربع: «لا وطئت كل واحدة منكن».

فقد ذكر المصنف (رحمه الله) وغيره<sup>(1)</sup>: أنه يكون مؤلياً منهن جميعاً؛ لتعلق المحذور بوطء كل واحدة منهن وهو الحنث ولزوم الكفارة. وتضرب المدّة في الحال، فإذا مضت فلكل واحدة منهن مطالبته بالفينة أو الطلاق. فإن طلقهن سقطت المطالبة، وإن طلق بعضهن فالبقيات على مطالبتهن.

وإن وطئ واحدة فالمشهور أن اليمين لا تنحل؛ لأن هذه الصيغة في قوّة اليمين المتعدّدة، فإنّ قوله «لا أجامع كل واحدة» يتضمّن تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلّق بصواحباتها، حتّى أفرد كل واحدة بيمين كأنّه قدره قائلاً: «والله لا أجامع هذه» و«والله لا أجامع هذه إلى آخرهن».

ولو قيل بانحلال اليمين - لأنها يمين واحدة كما لو قال: «والله لا أجامع واحدة منكن» كان وجهاً، لاشتراكهما في العموم، وإن كانت هذه أكد عموماً. ويجري الكلام فيما لو قال: «والله لا كلمت كل واحد من هذين الرجلين» ونظائره. هذا جملة ما أوردوه في هذه الصورة.

ويمكن أن يقال هنا كما قيل في السابقة - من أنه إن قصد بقوله «لا أجامع كل واحدة» المعنى الذي قرّره أتجه بقاء الإيلاء في حقّ البقيات، وإلا كان الحكم فيها كالحكم فيما إذا قال: «والله لا أجامعكن» فلا يحصل الحنث ولا تلزم الكفارة إلا بوطء الجميع. ولا يكون مؤلياً في الحال على ما قرّر هناك لوجهين:

أحدهما: أنه إذا وطئ بعضهن - كالواحدة مثلاً - صدق أن يقال: إنه لم يطأ كل واحدة

ص: 222

1- كالشيخ في المبسوط، ج 4، ص 150؛ وابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 722؛ والعلامة في إرشاد الأذهان، ج 2، ص 59؛ وقواعد الأحكام، ج 3، ص 177؛ وتحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 118، الرقم 5490.



الحادية عشرة: • إذا آلى من الرجعية صحّ، ويحتسب زمان العدة من المدّة.

وكذا لو طلقها رجعيّاً بعد الإيلاء وراجع.

منهنّ وإتما وطئ واحدةً منهنّ، كما يصدق أنّه لم يطأهنّ وإتما وطئ إحداهنّ، وذلك يدلّ على أنّ مفهوم اللفظين واحد.

والثاني: أنّ قول القائل «طلّقت نسائي». وقوله «طلّقت كلّ واحدة من نسائي»، يؤدّيان معنىً واحداً، وإذا اتّحد معناهما في طرف الإثبات فكذلك في طرف النفي. فيكون معنى قوله «لا- أجامع كلّ واحدة منكرت» معنى قوله «لا- أجامعكنّ» خصوصاً على ما ذكره الشيخ عبد القاهر (1) ومن تبعه من أنّ كلمة «كلّ» في النفي إذا دخلت في حيّزه - بأن قدّم عليها لفظاً، كقوله: «ماكلّ ما يتمنى المرء يدركه» وقولنا: «ما جاء القوم كلّهم» و «ما جاء كلّ القوم» أو تقديراً بأن قدّمت على الفعل المنفّى وأعمل فيها؛ لأنّ العامل رتبته التقدّم على المعمول. كقولك: «كلّ الدراهم لم آخذ» - توجه النفي إلى الشمول خاصّةً دون أصل الفعل، وأفاد الكلام ثبوته لبعض أو تعلّقه ببعض. وفي هذا المقام بحث، وله جواب لا يليق بهذا المحلّ.

قوله: «إذا آلى من الرجعية صحّ، ويحتسب زمان العدة من المدّة» إلى آخره.

قد تكرر أنّ المطلّقة رجعيّاً بمنزلة الزوجة، فيقع بها الإيلاء كما يقع بالزوجة. ثمّ إن قلنا بأنّ المدّة تضرب من حين الإيلاء - وإن لم ترافعه الزوجة - احتسب زمان العدة من المدّة. وإن قلنا إنّها من حين المرافعة فليس للمطلّقة المرافعة؛ لأنّها لا تستحقّ عليه الاستمتاع، فلا يحتسب منها شيء من العدة، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المدّة حينئذٍ.

ولو طلقها بعد بعد الإيلاء طلاقاً رجعيّاً فمقتضى كلام المصنّف (رحمه الله) أن المدّة

لا تنقطع، بل يحتسب زمان العدة من المدّة، فإن راجع طولب بأحد الأمرين مع انقضائها. ووجهه أنّه وإن كانت الزوجيّة قد اختلّت إلا أنّه متمكّن من الوطء بالرجعة، فلا يكون الطلاق عذراً كالردّة، وإن افترقا بأنّ النكاح معها لا ينخرم، والطلاق بالرجعة لا يهدم؛ لأنّ هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم هنا؛ لاشتراكهما في التمكّن من الوطء بإزالة المانع من قبل الزوج.

ص: 223

1- راجع دلائل الإعجاز، ص 284 - 285.

الثانية عشرة: • لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين سواء قصد التأكيد أو لم يقصد، أو قصد بالثانية غير ما قصد بالأولى، إذا كان الزمان واحداً.

نعم، لو قال: «والله لا وطئتك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتك سنة». فهما إيلاءان ولها المرافعة لضرب مدّة التربص عقيب اليمين. ولو واقفته فماتل حتى انقضت خمسة أشهر فقد انحلت اليمين. قال الشيخ: ويدخل وقت الإيلاء الثاني. وفيه وجه ببطلان الثاني؛ لتعليقه على الصفة على ما قرره.

والشيخ منع من احتساب المدّة فيهما؛ محتجاً بأنّ الطلاق رفع النكاح وأجراها إلى البيونة(1)، بمعنى أنّها في العدة في زمان يقتضي مضيّه البيونة، فلا يجوز احتساب هذه المدّة من مدّة يقتضي مضيّها المطالبة بالوطء وهو زمان التربص؛ لتضادّ الأثرين المقتضي لتضادّ المؤثرين. وكذا الردّة.

ووافقه في التحرير على انهدامها(2)، وأنّه إن راجع ضربت له مدّة أخرى، ووقف عند انقضائها، فإن فاء أو طلق وقى، فإن راجع ضربت له مدّة أخرى، ووقف بعد انقضائها، وهكذا. وقول المصنّف لا يخلو من قوّة.

قوله: «لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين، سواء قصد التأكيد أو لم يقصد» إلى آخره.

لا إشكال في عدم تكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين إذا قصد التأكيد بما عدا الأوّل. أمّا إذا أطلق أو قصد التأسيس فظاهر الأصحاب أنّه كذلك؛ لصدق الإيلاء مع تعدّد اليمين، فتكفيه كفّارة واحدة. ولا يخلو من إشكال، خصوصاً مع قصد التأسيس؛ فإنّ كلّ واحدٍ سبب مستقلّ في إيجاب الكفّارة، والأصل عدم التداخل. والبحث آت في مطلق اليمين؛ لاشتراكهما في المقتضي. هذا إذا اتّحد زمان المحلوف عليه إمّا مطلقاً أو مقيداً، كأن قال: «والله لا وطئتك والله لا وطئتك» أو قال: «والله لا وطئتك خمسة أشهر والله لا وطئتك خمسة أشهر» مثلاً.

ص: 224

1- المبسوط، ج 4، ص 155-157.

2- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 120، الرقم 5492.

أما إذا اختلف زمان اليمينين كما لو قال: «والله لا وطئتكَ خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتكَ سنة فقد أتى يمينين كل واحدٍ منهما تشتمل على مدة الإيلاء، لكن الأولى منجزة والثانية معلقة على صفةٍ، فإن لم نقل بصحة المعلق اختصّ البحث بالأول. وإن جوّزناه فلها المطالبة بعد مضيّ أربعة أشهر بموجب اليمين الأول إن قلنا: إن المدة من حين الإيلاء، وإلا فلها المرافعة لضرب المدة، فإن بقي منها بعد ضربها ما يزيد عن أربعة أشهر ألزم بأحد الأمرين بعدها للأول. وإن أخرت المطالبة حتّى مضيّ الشهر الخامس فلا مطالبة بموجب تلك اليمين؛ لانحلالها. وإن طالبت في الخامس أو ضربت المدة من الأول، فإن فاء إليها في الخامس خرج عن موجب الإيلاء الأول، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحت مدة الإيلاء الثاني، فإن طلق سقطت عنه المطالبة في الحال، ثم إن راجعها في الشهر الخامس بني على أنّ الطلاق الرجعي هل يقطع المدة أم لا؟ فإن لم نقل بقطعها بالحكم كما سبق، وإلا ضربت المدة للإيلاء الثاني عند دخوله.

ولو وطئها بعد الرجعة في باقي الشهر انحلت اليمين الأولى وبقيت الثانية. وكذا لو طلق

بانئاً؛ لأنّ الطلاق البائن إنّما يحلّ الإيلاء الحاصل لا المتوقع.

ولو عقد اليمينين على مدّتين تدخل إحداهما في الأخرى، كما إذا قال: «والله لا أجامعك خمسة أشهر»، ثم قال: «والله لا أجامعك سنة» فإذا مضت أربعة أشهر فلها مطالبته، فإن فاء انحلت اليمينان. وإذا أوجبنا الكفارة فالواجب كفارة واحدة أو كفارتان على ما سبق. وإن طلقها ثم راجعها أو جدّد نكاحها، فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقلّ لم يعد الإيلاء، وتبقى اليمين. وإن بقي أكثر من أربعة أشهر، أو لم نقل ببطلان المدة عاد الإيلاء بالرجعة. وفي تجديده ما سبق.

ولو قال: «فإذا مضت الخمسة فوالله لا أجامعك» كان مؤلّياً بعد الخمسة دائماً، وأتى فيه ما ذكر (1).

1- في حاشية (و): «من أنّه إن كان الطلاق بانئاً لا يعود، وإن كان رجعيّاً يعود. (منه قدّس سرّه)».

الثالثة عشرة: • إذا قال: «والله لا أصبتك سنةً إلا مرة» لم يكن مؤلياً في الحال؛ لأن له الوطء من غير تكفيرٍ. ولو وطئ وقع الإيلاء. ثم ينظر فإن تخلف من المدّة قدر التربص فصاعداً صحّ، وكان لها الموافقة. وإن كان دون ذلك بطل حكم الإيلاء.

قوله: «إذا قال: «والله لا أصبتك سنةً إلا مرة» لم يكن مؤلياً في الحال» إلى آخره.

إذا قال: «لا أجامعك سنةً إلا مرة» لم يكن مؤلياً في الحال عندنا؛ لأنه لا يلزمه بالوطء شيء؛ لاستثنائه الوطء مرةً. فإذا وطئها نظر إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فهو مؤلٍ من يومئذٍ؛ لحصول الحنث ولزوم الكفارة لو وطئ. وإن بقي أربعة أشهر فما دونها فهو حالف وليس بمؤلٍ.

وعند بعض العامة يكون مؤلياً في الحال (1)؛ لأنّ الوطأة الأولى وإن لم يحصل بها الحنث فهي مقربة منه، كما سبق مثله في حلقه على وطء الأربع (2)

وعلى هذا القياس لو قال: «لا أجامعك إلا عشر مراتٍ» أو عدداً آخر. فعلى ما اخترناه

لا يكون مؤلياً إلى أن يستوفي ذلك العدد ويبقى من السنة مدّة الإيلاء.

ولو قال: «إن أصبتك في هذه السنة فوالله لا أصبتك فيها» أو أطلق لم يكن مؤلياً في الحال أيضاً. وبني وقوعه بعد الإصابة على جواز المعلق على الشرط، بخلاف الأولى. والفرق بينهما أنّه في الصورة الأولى عقد اليمين في الحال واستثنى وطأه واحدة، وها هنا اليمين غير معقودة في الحال وإنّما تنعقد إذا أصابها، فلا يثبت الإيلاء قبل انعقاد اليمين. ولو قال: «لا أجامعك سنةً إلا يوماً» فهو كما لو قال: «إلا مرةً».

فرع على المسألة السابقة: لو لم يطأها في السنة أصلاً، هل تلزمه الكفارة؟ وجهان، نعم؛ لأنّ اللفظ يقتضي أن يفعل مرةً؛ لأنّ الاستثناء من النفي إثبات، ولا؛ لأنّ المقصود باليمين أن لا يزيد على واحدة. ولو وطئ في هذه الصورة ونزع ثمّ أولج ثانياً لزمته الكفارة بالإيلاج الثاني؛ لأنّه وطء مجدّد. مع احتمال العدم مصيراً إلى العرف، والإيلاجات المتتابعة في العرف تُعدّ وطأة واحدةً، كما أنّ اسم الأكلة يقع على ما يحويه جلسة على الاعتياد.

ص: 226

1- راجع الحاوي الكبير، ج 10، ص 366؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 8، ص 516، المسألة 6113، وفيه: «وهو قول زفر».

2- سبق في ص 218 وما بعدها.

والنظر في أركانه وأحكامه.

وأركانه أربعة:

الركن الأول في سبب اللعان

الأول في السبب

وهو شيطان:

كتاب اللعان

### تعريف اللعان

هو لغةٌ: مصدر لا عن يلاعن، وقد يستعمل جمعاً «اللعن»، وهو الطرد والإبعاد<sup>(1)</sup>.

وشرعاً: كلمات معلومة جعلت حجةً للمضطّر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به،

أو إلى نفي ولد.

وسمّيت لعاناً لاشتغالها على كلمة اللعان، وخصّت بهذه التسمية؛ لأنّ اللعان كلمة غريبة في مقام الحجج من الشهادات والأيمان، والشيء يشتهر بما يقع فيه من الغريب، وعلى ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن. ولم يُسمّ بما يشتقّ من الغضب؛ لأنّ لفظ الغضب يقع في جانب المرأة وجانب الرجل أقوى، وأيضاً فلعانته يسبق لعانها، وقد ينفكّ عن لعانها، أو لأنّ

ص: 227

---

1- لسان العرب، ج 13، ص 387، «لعن».

كلًّا من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها؛ إذ يحرم النكاح بينهما أبداً.

والأصل فيه قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» (1) الآيات.

وسبب نزولها ما روي عن ابن عباس (رضي الله عنه): أن هلال بن أمية كذب امرأته عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم بشريك بن سحماء، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «البينة أو حدّ في ظهرك»، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «البينة وإلا حدّ في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً، إني لصادق، ولينزلنّ الله تعالى ما يبرئ ظهري من الحدّ. فنزل جبرئيل عليه السلام وأنزل قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» الآيات (2).

وروي سهل بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني قال: يا رسول الله، رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتله فيقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «قد أنزل فيك وفي صاحبك قرآناً، فاذهب فأت بها»، فأتى بها، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (3).

وذكروا أن الآيات وردت في قصة هلال (4)، وقوله في القصّة الثاويّة: «أنزل فيك وفي صاحبك» حُمل على أن المراد أنه بين حكم الواقعة بما أنزل في حق هلال، والحكم على الواحد حكم على الجماعة.

ص: 228

1- النور (24): 6-9.

2- صحيح البخاري، ج 2، ص 949، ح 2526؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1129، ح 1492/1؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 668، ح 2067؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 276، ح 2254؛ والآيات 6 - 9 من سورة النور (24).

3- سنن الدارمي، ج 2، ص 150، باب في اللعان؛ صحيح البخاري، ج 5، ص 2033، ح 5002؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1129، ح 1492/1؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 667، ح 2066؛ سنن أبي داود ج 2، ص 273 - 274، ح 2245؛ سنن النسائي، ج 1، ص 171، ح 3463.

4- التبيان، ج 7، ص 366؛ مجمع البيان، ج 7، ص 127 - 128؛ الكشف، ج 3، ص 215 - 216؛ الجامع لأحكام القرآن، ج 1، ص 183، ذيل الآية 10 من سورة النور (24).

#### السب الأول: القذف

الأول: القذف

. ولا يترتب اللعان به إلا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها بالزني قبلاً أو دبراً، مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة. فلورمي الأجنبية تعين الحدّ ولا لعان. وكذا لو قذف الزوجة ولم يدع المشاهدة.

ولو كان له بيّنة فلا لعان ولا حدّ وكذا لو كانت المقدوفة مشهورةً بالزني.

قوله: «ولا يترتب اللعان به إلا على رمي الزوجة المحصنة -إلى قوله- في حقّه بنفى الولد». قد ذكرنا أنّ اللعان حجّة شرّعت للزوج من حيث أنّه قد يضطرّ إلى القذف ولا تساعده البيّنة، فيحتاج إلى دفع الحدّ عن نفسه وإلى الانتقام منها. وهذا المعنى يقتضي اختصاصه بالنكاح، فلا لعان للأجنبي؛ لأنّه لا ضرورة له في القذف. والأصل فيه مع ذلك أنّ الله تعالى خصّ الحكم بالزوجة بقوله: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ»<sup>(1)</sup>

والمحصنة - بفتح الصاد وكسرهما. والمراد بها هنا - العفيفة عن وطءٍ محرّم لا يصادف ملكاً وإن اشتمل على عقدٍ، لا ما صادفه وإن حرم كوقت الحيض والإحرام والظهار، فلا تخرج به عن الإحصان وكذا وطء الشبهة ومقدمات الوطء مطلقاً.

وقيدها بالدخول بها - مع ما سيأتي من الخلاف في هذا الشرط<sup>(2)</sup> - للتمييز على موضع الوفاق أو على ما يختاره.

واشراطه بدعوى المشاهدة يخرج ما إذا أطلق أو صرّح بعدمها. وهذا الشرط مذهب الأصحاب وبعض العامة<sup>(3)</sup>. ووجهه - مع إطلاق الآية<sup>(4)</sup> - أنّه شهادة به، وهي مشروطة

ص: 229

1- النور (24): 6.

2- يأتي في ص 259.

3- المدوّنة الكبرى، ج 3، ص 114؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 9، ص 4؛ المجموع شرح المهذب، ج 17، ص 385.

4- النور (24): 6.

ويتفرّع على اشتراط المشاهدة سقوط اللعان في حقّ الأعمى بالقذف؛ لتعدّر المشاهدة. ويثبت في حقّه بنفي الولد.

بالمشاهدة. وبه أخبار كثيرة منها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجلها رجلاً يزني بها»(1). ومثله حسنة محمد بن مسلم(2).

ويلزم من هذا الشرط أنّ الأعمى لو قذف زوجته حدّاً؛ لعدم إمكان اللعان في حقّه من حيث عدم المشاهدة، وإنّما يتوجّه لعانه بسبب نفي الولد.

ويشكل بإمكان علمه بدون المشاهدة.

واشترط المشاهدة لو سلّم يمكن حمله على من يمكن في حقّه، أو على جعله كنايةً عن العلم بذلك، وأنّه لا يكفي الظنّ المستند إلى القرائن أو الشياخ منفرداً. وينبّه عليه سقوط اللعان بقذف المشهورة بالزنى ويؤيده عموم قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ»(3).

ويمكن الفرق بين الشياخ المجرد وبين المنضمّ إلى القرائن المفيدة للعلم عادةً، فإنّه قد يذكره غير ثقةٍ فينتشر، أو يشيعه عدوّ لها أوله، أو من طمع فيها فخاب. كما لا يصحّ القذف بمجرد القرينة بأن يراها معه في خلوة، أو يراه يخرج من عندها؛ لأنّه ربما دخل لخوف أو سرقة أو طمع، بخلاف ما إذا اجتمع الأمران، أو انضمّ إليهما أو إلى الشياخ قرائن أفادت العلم. إلا أنّ الأصحاب أطلقوا اشتراط المعاينة؛ نظراً إلى ظاهر النصوص(4).

وأيضاً فيمكن استناده إلى البيّنة أو إقرارها، وذلك يسقط الحدّ عن الأجنبي؛ لسقوط

ص: 230

1- الكافي، ج 6، ص 163 - 164، باب اللعان، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 187، ح 650؛ الاستبصار، ج 3، ص 372، ح 1327.

2- الكافي، ج 6، ص 166، باب اللعان، ح 15؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 186، ح 648؛ الاستبصار، ج 3، ص 372، ح 1326.

3- النور (24): 6.

4- وسائل الشيعة، ج 22، ص 416 وما بعدها، الباب 4 من كتاب اللعان.



• ولو كان للقاذف بيّنة فعُدل عنها إلى اللعان قال في الخلاف يصحّ، ومنع في المبسوط؛ التفاتاً إلى اشتراط عدم البيّنة في الآية. وهو الأشبه.

الإحصان، وإن وجب التعزير للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة.

ومقتضى العبارة أنّ الزوج ليس له إسقاطه باللعان لفقد شرطه وبه صرح الشيخ (1) (رحمه الله) وتوقف العلامة في التحرير، مقتصراً على نسبته إلى الشيخ (2).

وأما اشتراط عدم البيّنة فلظاهر قوله تعالى: (وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ) (3)؛ فَإِنْ مَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ لَا يَلَاعَنُ؛ لِإِمْكَانِ نَفْيِ الْحَدِّ بِإِقَامَتِهَا.

قوله: «ولو كان للقاذف بيّنة فعُدل عنها إلى اللعان» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في أنّ اللعان هل هو مشروط بعدم البيّنة من قبل الزوج على الزنى أم لا؟ فذهب في الخلاف (4)، والمختلف (5) إلى عدم اشتراطه؛ للأصل، ولأنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم لاعن بين عويمر العجلاني وزوجته (6) ولم يسألها عن البيّنة، فلو كان عدمها شرطاً لسأل.

وقوى في المبسوط الاشتراط (7)، واختاره المصنّف والأكثر؛ لاشتراط عدم الشهود في الآية (8). ولأنّ ابن عبّاس (رضي الله عنه) روى في حديث هلال أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال له: «البيّنة وإلا حدّ في ظهرك» (9) ثمّ نزلت الآية (10) فلاعن بينهما. ولأنّه إذا نكل عن اللعان يحدّ، فيلزم حينئذٍ حدّه مع وجود البيّنة.

ص: 231

1- المبسوط، ج 4، ص 221.

2- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 131، الرقم 5510.

3- النور (24): 6.

4- الخلاف، ج 5، ص 8، المسألة 3.

5- مختلف الشيعة، ج 7، ص 454 - 455، المسألة 104.

6- تقدّم تخريجه في ص 228، الهامش 3.

7- المبسوط، ج 4، ص 211.

8- النور (24): 6.

9- تقدّم تخريجه في ص 228، الهامش 2.

10- النور (24): 6.

. ولو قذفها بزني أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ

وهل له إسقاطه باللعان؟ قال في الخلاف ليس له اللعان؛ اعتباراً بحالة الزني. وقال في المبسوط: له ذلك؛ اعتباراً بحالة القذف. وهو أشبه.

ولأنّ اللعان حجّة ضعيفة؛ لأنّه إمّا شهادة لنفسه أو يمين، فلا يعمل به مع الحجّة القويّة

وهي البيّنة.

وأجابوا عن الأوّل بأنّ هذه الأدلّة رفعت الأصل. وجاز علم النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم بالحال فلم يسأل عن البيّنة، فإنّ وقائع الأحوال إذا تطرّق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال وسقط بها الاستدلال.

وفي حجّة الثاني أيضاً نظر؛ لأنّ عدم الشهداء في الآية خرج مخرج الوصف، ومفهومه ضعيف. وجاز بناؤه على الأغلب أو على الواقع في الواقعة، كقوله تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ» (1)

وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم لهلال وقع لدفع حدّ القذف، ولا خلاف في أنّه لا يندفع بدون البيّنة إذا لم يلاعن، ولأنّها أيضاً واقعة مخصوصة لا تقيد انحصار الحكم في مضمونها. وليس فيها تصريح بعدم وجود البيّنة، لكنّ ظاهرها ذلك.

وإنّما يحدّ إذا نكل عن اللعان إذا لم يمكنه دفع الحدّ بالبيّنة، كما لو أقامها ابتداءً بعد القذف.

ولا نسلم أنّ اللعان حجّة ضعيفة وإن كانت شهادة لنفسه؛ لثبوتها بالنصّ (2)، كما يثبت حكم البيّنة التي يجوز كذبها. وعلى كلّ حال فالأقوى اشتراط عدم البيّنة.

قوله: «ولو قذفها بزني أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ» إلى آخره.

إذا قذف زوجته بزني، فإنّما أن يضيفه إلى زمان الزوجيّة أو إلى ما سبق عليها أو يطلق.

ص: 232

1- الإسراء (17): 31.

2- الآية 6 - 9 من سورة النور (24)؛ وراجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 407 وما بعدها، الباب 1 من كتاب اللعان.

. ولا يجوز قذفها مع الشبهة، ولا مع غلبة الظن وإن أخبره الثقة، أو شاع أن فلاناً زنى بها.

وفي الأوّل والأخير لا إشكال في ثبوت اللعان. أما الوسط ففيه قولان (1) منشؤهما، عموم قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» (2) الشامل لجميع الأقسام، وخصوص الواقعة التي سبب الشرعية. ويضعف بأن خصوص السبب لا يخصص العام. فما اختاره المصنّف من ثبوته مطلقاً أقوى. وأمّا التعليل باعتبار حال القذف أو الزنى فهو تعيين لمحلّ النزاع لا علة برأسه.

قوله: «ولا يجوز قذفها مع الشبهة، ولا مع غلبة الظن وإن أخبره الثقة» إلى آخره.

الزوج كالأجنبي في تحريم قذف الزوجة وفي أنه يلزمه الحدّ، إلا أن الزوج مختصّ بأنه قد يباح له القذف وقد يجب، وبأنّ الأجنبي لا يتخلّص عن الحدّ إلا ببيّنة تقوم على زنى

المقذوف أو بإقرار المقذوف، وللزوج طريق ثالث إلى الخلاص وهو اللعان.

والسبب في اختصاص الزوج، أنّها إذا لطخت فراشه اشتدّ غيظه عليها وعظمت عداوته واحتاج إلى الانتقام والتبرّد منها، ولا يكاد تساعده البيّنة والإقرار فايح له القذف، وشرّع له طريق الخلاص وله دفع العقوبة عن نفسه باللعان.

ثمّ جواز قذفه لها على هذا الوجه مشروط بتيقّن زناها بأنّ رآها بعينه تزي، لا بمجرد الشبهة ولا بالظنّ ولا بالسماع من ثقة، سواء كان من أهل الشهادة أم لم يكن، ولا بالشياع بين الناس بزناها بمعين أو غير معين لجواز عدم مطابقة الخبر في ذلك، وعرض المؤمن كدمه؛ خلافاً لبعض العامة حيث جوّز قذفها بجميع ذلك (3).

ص: 233

1- القول بعدم ثبوت اللعان للشيخ في الخلاف، ج 5، ص 16، المسألة 15؛ والقول بثبوت اللعان أيضاً له في المبسوط ج 4، ص 222؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 457، المسألة 106.

2- النور (24): 6.

3- حلية العلماء، ج 7، ص 206؛ الحاوي الكبير، ج 11، ص 17؛ وراجع أيضاً روضة الطالبين، ج 6، ص 303.

. وإذا قذف في العدة الرجعية كان له اللعان. وليس له ذلك في البائن، بل يثبت بالقذف الحد ولو أضافه إلى زمان الزوجية.

ثم ما لم يكن هناك ولد فلا يجب على الزوج القذف، بل يجوز أن يستر عليها ويفارقها بغير طريق اللعان ولو أمسكها لم يحرم؛ لما روي أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال له: إن له امرأة لا ترد يد لامس، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: «طلقها»، قال: إني أحبها، قال: «فأمسكها» (1).

وإذا كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه وجب عليه نفيه؛ لأن ترك النفي يتضمن الاستلحاق، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه، كما لا يجوز نفي من هو منه، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء» (2). فنص على المرأة ومعلوم أن الرجل في معناها.

قوله: «وإذا قذف في العدة الرجعية كان له اللعان» إلى آخره.

إذا قذف زوجته المطلقة، فإن كانت الطلقة رجعية وقذفها في العدة أو قذفها ثم طلقها كذلك فله أن يلاعنها، كما يجوز أن يطلقها ويؤلي عنها ويظهر؛ لأنها بمنزلة الزوجة. ويصح لعانه في الحال، ويترتب عليه أحكامه من غير توقف على الرجعة بخلاف ما إذا ظهر عنها أو آلى، حيث يتوقف أمرهما على الرجعة؛ لأن حكم الإيلاء منوط بالمضارة ولا مضارة مع طلاقها، والكفارة في الظهار تتعلق بالعود، وإنما يحصل العود بالرجعة. وأما اللعان فمداره على الفراش ولحوق النسب، والرجعية في ذلك كالمنكوحة، وفي التأخير خطر بالموت فلم يتوقف أمره على الرجعة.

وإن كان الطلاق بائناً أو قذفها بعد العدة الرجعية وإن أضافه إلى زمن الزوجية فلا لعان، بل يثبت الحد؛ لأنها ليست زوجة حينئذٍ، والحكم مرتب على رمي الزوجة، ولأنها حينئذٍ.

ص: 234

1- تهذيب الأحكام، ج 10، ص 59 - 60، ح 216.

2- سنن الدارمي، ج 2، ص 153 باختلاف يسير؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 279، ح 2263؛ سنن النسائي، ج 6، ص 179 - 180، ح 3478؛ المستدرک علی الصحیحین، ج 2، ص 566 - 567، ح 2868

. ولو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان ولو ادعى المشاهدة، ويثبت الحدّ.

• ولو قذف زوجته المجنونة ثبت الحدّ، ولا يقام عليه إلا بعد المطالبة، فإن أفقت صحّ اللعان. وليس لوليّها المطالبة بالحدّ ما دامت حيّةً.

أجنبيّة فلا ضرورة إلى قذفها. نعم، لو كان هناك ولد يلحق به فله اللعان لنفيه؛ لمكان الحاجة إلى نفيه، كما في صلب النكاح، وسيأتي (1).

قوله: «ولو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان ولو ادعى المشاهدة، ويثبت الحدّ».

لا إشكال في عدم ثبوت اللعان بذلك، لأنّه مشروط بالرمي بالزنى أو نفي الولد. وأمّا ثبوت الحدّ به؛ فلاّنه قذف بفاحشةٍ يوجب الحدّ كالزنى واللواط.

وفي باب الحدود حصر موجب الحدّ من القذف في الرمي بالزنى أو اللواط، وهو يقتضي عدم ثبوت الحدّ بالرمي بالسحق، بل التعزير خاصّةً، وبه صحّح أبو الصلاح (2) وقربه في المختلف (3)؛ لأصالة البراءة من وجوب الحدّ كما لو قذفه بإتيان البهائم وهو متّجه؛ لأنّ النصّ لم يرد بالحدّ إلا على الرمي بالزنى واللواط (4)، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه (5).

قوله: «ولو قذف زوجته المجنونة ثبت الحدّ» إلى آخره.

إذا قذف المجنونة بالزنى، فإن أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها وجب عليه الحدّ؛ لتحقّق القذف بالفاحشة المحرّمة، وإن نسبه إلى حال جنونها فلا حدّ؛ لانتفاء قذفها بالزنى المحرّم

منها حينئذٍ

ولو كانت المقدوفة عاقلةً حال القذف ولكن أضافه إلى حالة جنونها، فإن علم أنّ لها

ص: 235

1- يأتي في ص 247.

2- الكافي في الفقه، ص 418.

3- مختلف الشيعة، ج 9، ص 281، المسألة 140.

4- راجع وسائل الشيعة، ج 28، ص 175 - 177، الباب 2 و 3 من كتاب الحدود والتعزيرات.

5- يأتي في ج 12، ص 115.

. وكذا ليس للمولى مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها. فإن ماتت قال الشيخ: له المطالبة. وهو حسن.

حالة جنونٍ أو احتمال فلا حدّ؛ لانتفاء الزنى المحرّم منها حينئذٍ، لكن يعزّر للإيذاء. وإن علم استقامة عقلها فمقتضى العبارة -كأكثر- أنّه كذلك؛ لتحقّق القذف الصريح، فتلغى الإضافة إلى تلك الحالة. ويحتمل العدم؛ لأنّه نسبها إلى الزنى في تلك الحالة، وإذا علم انتفاؤها لم تكن زانيةً، فيكون ما أتى به لغواً من الكلام ومحالاً، فأشبهه ما إذا قال: «زنيّت وأنت رتقاء». والأصحّ الأوّل.

ثمّ الحدّ والتعزير يترتبان على مطالبتها في حال الصحّة، فإن أفاقت وطالبت بالحدّ أو التعزير كان له أن يلا عن إسقاطهما، وليس لوليّها المطالبة بهما ما دامت حيّةً؛ لأنّ طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنة، وهي لا تصحّ من الولي.

قوله: «وكذا ليس للمولى مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها» إلى آخره.

لا فرق في عدم استحقاق المولى حقّ التعزير الثابت بقذف أمته بين كون القاذف زوجها

وغيره، وإنّما خصّ الزوج؛ لأنّه محلّ البحث هنا.

هذا إذا كانت حيّةً، أما إذا ماتت فهل ينتقل حقه إلى المولى؟

قال الشيخ: نعم (1)، واستحسنه المصنّف؛ لأنّ المولى بالنسبة إلى المملوك بمنزلة الوارث، وحق الحدّ والتعزير يورث كالمال.

وربما استشكل ذلك من حيث إنّ انتقاله إلى المولى إن كان بحقّ الملك اقتضى ثبوته له

في حال الحياة وليس كذلك. وإن كان بحقّ الإرث فالمملوك لا يورث.

وردّ بأنّه حقّ ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه. ويكون السيد أحقّ به لا على جهة الميراث بل لأنّه أولى من غيره. وبأنّه إنّما لا يورث عنه المال، أمّا غيره من الحقوق المختصة به فإنّه يورث عنه. وفي هذا الجواب نظر لا يخفى.

ص: 236

. السبب الثاني: إنكار الولد

ولا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه لستة أشهر فصاعداً من حين وطئها، ما لم يتجاوز حملها أقصى مدة الحمل، وتكون موطوءةً بالعقد الدائم. ولو ولدته تاماً لأقل من ستة أشهر لم يلحق به، وانتفى بغير لعان.

قوله: «السبب الثاني: إنكار الولد» إلى آخره.

إذا ولدت الزوجة الدائمة ولداً، فإن أمكن كونه منه وجب عليه إلحاقه به وحرّم عليه نفية؛ لأنّ الولد لاحق شرعاً بالفراش. ولا فرق بين أن يجد ريبةً تخيل إليه فساداً أو عدمه، ولا بين أن يشابه لونه وخلقه لون الأب وخلقه أو لون من يتّهمها به وخلقه وعدمه.

وقد روي أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: «أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»<sup>(1)</sup>.

وإن علم انتفاءه عنه وجب عليه نفية، حذراً من لحوق من ليس منه بسكوته.

ثمّ على تقدير علمه بانتفائه عنه، إمّا أن يعلم ذلك ظاهراً كما يعلمه الزوج، بأن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العقد، أو بطول المسافة بينهما، بأن يتزوَّج المشرقي مغربيّةً فأتت بولد في وقت لا يمكن نسبته إلى الزوج، فينتفي بغير لعان، أو يحتمل كونه منه مع علمه بعدمه بأن ولدته على فراشه بعد مضيّ أقلّ مدة الحمل من حيث التزويج، ولكن كان لوطئه لها أزيد من أقصى الحمل، فهو لاحق به ظاهراً؛ لكونها فراشاً بحيث يمكن إلحاقه به، وهو يعلم انتفاءه عنه فيجب عليه حينئذٍ نفية باللعان.

وبهذا يحصل الفرق بين ولادتها له لدون أقلّ الحمل ولأزيد من أقصاه حيث حكم

ص: 237

---

1- سنن الدارمي، ج 2، ص 153، باب من جحد ولده وهو يعرفه؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 279، ح 2263؛ سنن النسائي، ج 1، ص 179 - 180، ح 3478؛ المستدرک على الصحيحين، ج 2، ص 566 567، ح 2868.

. أما لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا.

بانتهائه في الأول بغير لعانٍ وسكت عن الآخر؛ لأنه لا يعلم انتفاءه مطلقاً، بل قد يعلم كما لو غاب عنها مدّة تزيد على ذلك بحيث لا يمكن وصوله إليها عادةً، وقد لا يعلم إذا أمكن وطؤه لها.

وفي عباراتهم في تأدية الحكم في هذه الصورة قصور. ففي القواعد، أطلق انتفاء اللعان في صورتين(1).

وفي التحرير، حكم بانتهائه في الأولى كما هنا وبشوته في الثانية وأطلق(2). وليس كذلك، بل الحقّ التفصيل كما ذكرناه.

وفي هذا الكتاب سكت عن هذه الصورة في النشر، ويظهر منه في أولها عدم اللعان مطلقاً.

واعلم أنّ اشتراط عدم نقصانه عن ستّة أشهر مختصّ بالولد التامّ، فلو وضعته لدونها غير تامّ اعتبر إمكان إلحاقه به عادةً ويختلف ذلك باختلاف حالاته. وتظهر الفائدة في انقضاء عدّتها بوضعها لو كان قد طلقها، ثمّ أتت به في العدة ولم يلاعن فيها، فإنّه يثبت نسبه مع إمكانه وتبين بوضعه. وقد تقدّم في الطلاق ما يدل على وقت الإمكان(3).

قوله: «أما لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا».

إذا اختلفا في مدّة الحمل بعد الوطء، فقال الزوج: إنّها من حين الدخول أقلّ من ستّة أشهر أو أكثر من أقصى الحمل فلا يمكن لحوقه به، وادبعت كونها بين الطرفين وأنّه لاحق به، واشتبه حال الصادق منهما كان انتسابه إليه ممكناً، وقد ولد على فراشه فلا ينتفى إلا باللعان.

ص: 238

1- قواعد الأحكام، ج 3، ص 183.

2- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 127، الرقم 5503.

3- تقدّم في ج 7، ص 414 وما بعدها.



. ولا يلحق الولد حتّى يكون الوطء ممكناً والزوج قادراً. فلو دخل الصبيّ لدون تسع فولدت لم يلحق به.

ولو كان له عشر فما زاد لحق به؛ لإمكان البلوغ في حقّه ولو نادراً.

ولو أنكر الولد لم يلاعن؛ إذ لا حكم للعان، ويؤخر اللعان حتّى يبلغ ويرشد.

ولو مات قبل البلوغ أو بعده ولم ينكره ألحق به، وورثته الزوجة والولد.

قوله: «ولا يلحق الولد حتّى يكون الوطء ممكناً والزوج قادراً» إلى آخره.

قد عرفت أنّ شرط اللعان إمكان لحوق الولد به لولا اللعان، أمّا إذا لم يمكن فهو منفيّ بلا لعان. ولعدم الإمكان صور قد تقدّم بعضها، ومنها أن لا يكون الزوج صالحاً للتولّد، وإن قدر على الإيلاج كابن التسع فما دونها.

ويظهر من المصنّف والعلامة (1) وقبلهما الشيخ (2) أنّ الإمكان يحصل باستكمال عشر سنين. وربما قيل بالاكْتفاء بالطعن فيها ولو ساعةً واحدةً. ولا قاطع على شيءٍ منهما.

ثمّ إذا حكمنا بثبوت النسب لحصول الإمكان لا نحكم بسبب ذلك بالبلوغ؛ لأنّ النسب يثبت بالاحتمال، والبلوغ لا يكفي فيه الاحتمال. لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام فله اللعان؛ لأنّ ذلك ممّا يرجع إليه فيه، ولا يعلم إلّا من قبله غالباً.

ثمّ إن مات قبل البلوغ شرعاً لحقه الولد وإن كان قد أنكره صغيراً، وإن بلغ فإن اعترف به

أو لم ينكره ثبت نسبه، وإن أنكره عقيب البلوغ ولا عن انتفى عنه كغيره.

ويفهم من قوله «أو بعده ولم ينكره» أنّه لو أنكره لم يلحق به بمجرد إنكاره وليس ذلك بمراد؛ لأنّ دلالة المفهوم ضعيفة، بل المراد من العبارة ما دلّت عليه بمنطوقها، وهو أنّه إذا لم ينكره بعد البلوغ يلحق به، وأمّا حكم ما لو أنكره فمسكوت عنه، واللازم فيه أن يرجع إلى القواعد المقرّرة سابقاً من أنّه متى أمكن إلحاقه به لا ينتفي عنه بدون اللعان، فإنكاره بعد البلوغ أحد جزئي السبب الموجب لنفيه، لإتمامه كما يفهمه مفهوم العبارة.

ص: 239

1- قواعد الأحكام، ج 3، ص 183.

2- المبسوط، ج 4، ص 213 - 214.

. ولو وطئ الزوج دبراً فحملت لحق به؛ لإمكان استرسال المنى في الفرج وإن كان الوطء في غيره.

وفائدة قوله «ولم ينكره» أنه لا عبرة لإنكاره قبل البلوغ أصلاً، ولا يترتب عليه لعان، وإنما يترتب على إنكاره بعده، فمتى لم ينكره بعده فالأمر على حاله، وإن أنكره ترتب عليه باقي الأحكام.

قوله: «ولو وطئ الزوج دبراً فحملت لحق به؛ لإمكان استرسال المنى في الفرج وإن كان الوطء في غيره».

قد تقدّم أنّ الوطء في الدبر بمنزلة الوطء في القبل بالنسبة إلى كثير من أحكام الوطء<sup>(1)</sup>. ومنها إلحاق الولد فإنه وإن لم يكن مجرى المنى الطبيعي إلى الرحم، لكن لقربه منه يمكن استرسال المنى في الفرج من غير شعور وإن كان نادراً. وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، وإلا فهو محلّ النظر.

وتحرير موضع الحكم فيه لا يخلو من خفاء؛ لأنّ ظاهر التعليل ما إذا وطئ دبراً وأنزل، ثم حملت على وجه يمكن تولّده من ذلك الوطء، فإنه لا ينتفي عنه إلا باللعان، بل لا يجوز له نفيه أيضاً بمجرد ذلك؛ لإمكان استرسال المنى إلى الفرج. وعلى هذا فلو وطئ دبراً ولم ينزل لم يلحق به فيما بينه وبين الله تعالى، ووجب عليه نفيه كما لو لم يطأ أصلاً.

ولكن يبقى فيه أنّهم حكموا بأنّه لو وطئ في الفرج ولم ينزل، ثم أتت بولد يمكن تولّده من ذلك الوطء لحق به. وعلّوه بإمكان أن يسبقه منى ولا يشعر به، ومثل هذا يأتي مع الوطء في الدبر، إلا أنّه على بُعد؛ لأنّ الماء المسترسل من غير شعور المنزل يكون قليلاً جداً. لا يمكن عادةً استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولّد منه، إلا أنّ إلحاق الوطء في الدبر بالوطء في القبل يقتضي ذلك.

والتعليل المذكور مجرد توجيه للإمكان، وليس هو مستند الحكم.

وبالجملة فالاستبعاد في الجميع قائم والإمكان مشترك، وإن كانت مراتبه متفاوتة.

ص: 240

1- تقدّم في ج 6، ص 653؛ وج 7، ص 379 وما بعدها.

. ولا يلحق ولد الخصيِّ المَحبوب على تردّد. ويلحق ولد الخصيِّ أو المَحبوب. ولا ينفى ولد أحدهما إلا باللعان؛ تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد.

قوله: «ولا يلحق ولد الخصيِّ المَحبوب على تردّد. ويلحق ولد الخصيِّ أو المَحبوب» إلى آخره.

من لم يسلم ذكره وأُثبيء، فإما أن يفقدهما جميعاً، أو يفقد الذكر دون الأنثيين، أو بالعكس: ففي الأوّل: لا يلحقه الولد في ظاهر المذهب. ولا يحتاج إلى اللعان؛ لأنّه لا ينزل، ولم تجر العادة بأن يخلق لمثله ولد. وربما قيل بإلحاقه به؛ لأنّ معدن الماء الصلب وأنّه ينفذ في ثقبه إلى الظاهر، وهما باقيان.

وفي الثاني: يلحق به قطعاً؛ لوجود أوعية المنّي وما فيها من القوّة المحيلة للدم، والذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الإيلاج، وقد يفرض وصول الماء بغير إيلاج، كالمساحقة مع عدم وصول الهواء إلى الماء أو مطلقاً.

وفي الثالث: يلحقه أيضاً على ما اختاره الشيخ(1) والمصنّف من غير تردّد؛ لأنّ آلة الجماع باقية، وقد يبالغ في الإيلاج فيلتدّ وينزل ماءً رقيقاً. وإدارة الحكم على الوطء وهو السبب الظاهر أولى من إدارته على الإنزال الخفيّ، ولأنّه سبب الفراش.

وقيل: لا يلحق هنا؛ لأنّ التولّد موقوف على تولّد المنّي، ومحلّه الخصيتان(2). وهذا هو الغالب، لكن لا ينفى الولد وإن بعد.

وقول المصنّف «تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد» تعليل لهذا القسم؛ لأنّه هو الفرض البعيد المختلف فيه، دون الخصيِّ خاصّةً، وإن كان بحثه فيهما معاً؛ لأنّ ذلك لا إشكال فيه.

ص: 241

1- المبسوط، ج 4، ص 214 - 215.

2- العزيز شرح الوجيز، ج 9، ص 409؛ وراجع أيضاً المجموع شرح المهذب، ج 19، ص 50.

. وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار لم يكن له إنكاره بعد ذلك، إلا أن يؤخر بما جرت العادة به كالسعي إلى الحاكم. ولو قيل له إنكاره ما لم يعترف به كان حسناً.

ولو أمسك عن نفى الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين؛ لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملاً أو ريحاً.

قوله: «وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار» إلى آخره.

إذا أتت امرأته بولدٍ فإن أقرّ بنسبة لم يكن له النفي بعد ذلك؛ لأنّ للمولود حقاً في النسب، فإذا أقرّ [به] فقد التزم تلك الحقوق، ومن أقرّ بما يوجب عليه حقاً من حقوق الآدميين لم يتمكّن من الرجوع عنه.

وإن لم يقرّ بنسبه وأراد نفيه ففي كونه على الفور أو التراخي قولان:

أحدهما - وهو المشهور - أنّ حق النفي على الفور؛ لأنّه خيار يثبت لدفع ضررٍ متحقّق فيكون على الفور، كالردّ بالعيب. ولأنّ الولد إذا كان منفياً عنه وجب إظهار نفيه؛ حذراً من استلحاق من ليس منه كما مرّ، وقد تعرض بالتأخير عوارض مانعة منه كالموت فجأة، فيفوت التدارك، وتختلط الأنساب، وذلك ضرر يجب التحرّز منه على الفور، ولأنّه لو لا اعتبار الفور أدى إلى عدم استقرار الأنساب.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنّف - أنّه لا يشترط وقوعه على الفور؛ لأصالة عدم الاشتراط، ولوجود المقتضى للعان وهو نفى الولد وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلاّ السكوت، وهو أعمّ من كونه إقراراً فلا يدلّ عليه، ولأنّ أمر النسب خطير وقد ورد الوعيد في نفي من هو منه وفي استلحاق من ليس منه<sup>(1)</sup>، وقد يحتاج إلى نظر وتأمل، فوجب أن يكون له مهلة فيه. وهذا أقوى

ص: 242

---

1- راجع وسائل الشيعة، ج 21، ص 506-507، الباب 1-7 من أبواب أحكام الأولاد؛ وراجع أيضاً سنن الدارمي، ج 2، ص 153؛ وسنن أبي داود، ج 2، ص 279، ح 2263؛ وسنن ابن ماجه، ج 2، ص 916، ح 2744.

وظاهر المصنّف عدم التحديد بمدة. وعليه فلا يسقط إلا بالاعتراف به أو بالإسقاط.

وإذا قلنا بأنه على الفور، فلو أخره بلا عذرٍ سقط حقه ولزمه الولد. وإن كان معذوراً، بأن لم يجد الحاكم أو تعذر الوصول إليه أو بلغه الخبر ليلاً فأخر حتى يصبح، أو حضرته الصلاة فقدّمها أو أحرز ماله أولاً، أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس أولاً، أو كان محبوساً أو مريضاً أو ممرّضاً لم يبطل حقه. وهل يجب عليه الإشهاد على النفي؟ وجهان وقد سبق له

نظائر كثيرة.

ولو أمكن المريض والممرّض أن يرسل إلى الحاكم ويعلمه بالحال، أو يستدعي منه أن يبعث إليه نائباً من عنده، فلم يفعل بطل حقه؛ لأنّ مثل هذا متيسّر له. ومثله ملازم غريمه، ومن يلازمه غريمه.

وأما الغائب، فإن كان في الموضع الذي غاب إليه - قاضٍ، ونفى الولد عند وصول خبره إليه عنده فذاك. وإن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففي جوازه وجهان، من منافاة الفورية اختياراً، ومن أنّ للتأخير غرضاً ظاهراً، وهو الانتقام منها بإشهار<sup>(1)</sup> خبرها في بلدها وقومها. وحينئذٍ فإن لم يمكنه المسير في الحال - لخوف الطريق ونحوه - فينبغي أن يشهد، وإن أمكنه فليأخذ في السير، فإن أخر بطل حقه. وإن لم يكن هناك قاضٍ فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوّزناه.

ومن الأعداء المسوّغة للتأخير على القول بالفورية ما لو ظهر حمل، فإنه يجوز له أن يؤخر نفيه إلى الموضع فإن المتوهم حملاً قد يكون ريحاً فتفتش. فلو صبر إلى أن انفصل الولد: فقال: أخرت إلى أن أتحقّق الحال فله النفي. وإن قال: عرفت أنه ولد ولكن أخرت طمعاً في أن تجهض فلا احتاج إلى كشف الأمر ورفع الستر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل حقه؛ لتأخير النفي مع القدرة عليه ومعرفة الولد، فصار كما لو سكت

ص: 243

1- في «خ»: «باشتهار» بدل «باشهار»

. ومتى أقر بالولد صريحاً أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك، مثل أن يبشّر به فيجب بما يتضمّن الرضى كأن يقال له: «بارك الله لك في مولودك» فيقول: «آمين» أو «إن شاء الله» أمّا لو قال مجيباً: «بارك الله فيك» أو «أحسن الله إليك» لم يكن إقراراً.

عن نفيه بعد انفصاله طمعاً في أن يموت.

والثاني: أنّ له النفي؛ لأنّ مثل هذا عذر واضح في العرف، ولأنّ الحمل لا يتيقن صرفاً.

فلا أثر لقوله: عرفت أنّه ولد. وهذا لا يخلو من قوّة.

ومن الأعدار ما لو أقر وقال: إني لم أعلم أنّها ولدت وكان غائباً أو حاضراً بحيث يمكن ذلك في حقّه، ويختلف ذلك بكونه في محلّة أخرى أو في محلّتها أو في دارها أو في دارين.

ولو قال: أخبرت بالولادة ولكن لم أصدّق المخبر نظر وإن أخبره فاستق أو صبّي صدّق

بيمينه وعذر. وإن أخبره عدلان لم يعذر؛ لأنّهما مصدّقان شرعاً.

وإن أخبره عدل، حرّ أو عبد، ذكر أو أنثى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنّه يُصدّق ويعذر؛ لأنّه أخبره من لا يثبت بشهادته الحقّ.

والثاني: أنّه لا يصدّق ويسقط حقّه؛ لأنّ روايته مقبولة، وهذا سبيله سبيل الأخبار.

ولو قال: عرفت الولادة ولم أكن أعلم أنّ لي حقّ النفي، فإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك عادةً لم يقبل. وإن أمكن بأن كان حديث العهد بالإسلام، أو ناشئاً في بادية بعيدة عن أهل الشرع قبل. وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام فوجهان، أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه.

قوله: «ومتى أقر بالولد صريحاً أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك» إلى آخره.

قد عرفت أنّ الإقرار بالولد يوجب الالتزام به، ولا يجوز إنكاره بعده؛ لأنّه حقّ آدمي.

ثمّ الإقرار قد يكون صريحاً وهو ظاهر. وقد يكون فحوى، مثل أن يهنّأ به وقيل له: «بارك الله لك في مولودك» أو «متّعك الله به» أو «بالولد الذي رزقك الله» أو «جعلك لك

. وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول، فادّعتّه وادّعت أنّها حامل منه فإن أقامت بيّنة أنّه أرخى ستراً لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر. وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر ولا لعان وعليها [الحدّ] مائة سوطٍ.

وقيل: لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول وهو الوطء، ولا يكفي إرخاء الستر، ولا يتوجّه عليه الحدّ؛ لأنّه لم يقذف، ولا أنكر ولداً يلزمه الإقرار به. ولعلّ هذا أشبه

ولداً صالحاً» أو «هنّئت به فارساً» فقال: «أمين» أو «استجاب الله دعاك».

ولو أجاب بما لا يتضمّن الإقرار كقوله: «بارك الله فيك» أو «أحسن الله إليك» أو «جزاك الله خيراً» أو «بشّرك الله بالخير» أو «أسمعك ما يسرّك» أو «رزقك مثله» لم يبطل حقّه من النفي؛ لأنّه لا يتضمّن الإقرار، بل الظاهر أنه قصد مكافأة الدعاء بالدعاء، خصوصاً الجواب الأخير.

وقال بعض العامّة: هو إقرار كالسابق (1). وضعفه ظاهر.

قوله: «وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول، فادّعتّه وادّعت أنّها حامل منه» إلى آخره.

القول الأوّل للشيخ في النهاية (2). ومستنده صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنّها حامل، قال: «إن أقامت البيّنة على أنّه أرخى ستراً ثمّ أنكر الولد لاعنها ثمّ بانّت منه، وعليه المهر كمالاً» (3).

فقد دلّت هذه الرواية على أنه بتقدير إقامة البيّنة بإرخاء الستر يلزم ثلاثة أشياء: اللعان، والتحرّيم، ووجوب المهر؛ عملاً بظاهر حال الصحيح عند الخلوة بالحليلة وعدم المانع من الوطء، فيثبت المهر واللعان، ويترتّب عليه التحريم.

ص: 245

1- الحاوي الكبير، ج 11، ص 153؛ حلية العلماء، ج 7، ص 236؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 9، ص 51، المسألة 6276.

2- النهاية، ص 523.

3- الكافي، ج 6، ص 165، باب اللعان، ح 12؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 193، ح 677.

. ولو قذف امرأته ونفى الولد وأقام بيّنةً سقط الحدّ، ولم ينتف الولد إلا باللعان.

وعلى تقدير عدم إرخاء الستر أثبت الشيخ ثلاثة أحكام: وجوب نصف المهر، ونفي اللعان - وهما لازمان لعدم الدخول - ووجوب الحدّ عليها كمالاً.

وهذا لا يظهر من الرواية. قال المصنّف (رحمه الله): ولم نظفر بمستنده (1).

ولو عدّل باعترافها بالوطء والحمل، وعدم ثبوت السبب المحلّل الذي ادّعتة فهذا لا يستلزم كونه عن زنى؛ لأنّه أعم، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاصّ المحلّل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدّعه.

والقول الثاني لابن إدريس (2)، واختاره المصنّف والعلامة (3).

ووجهه أنّ فائدة اللعان من الزوج إمّا نفى ولدٍ يحكم بلحقه شرعاً، وهو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشاً ولم يحصل، وإمّا لنفي حدّ القذف عنه ولم يقذف، وإمّا لإثبات حدّ على المرأة، وهو هنا منتفٍ بالشبهة. ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصّةً؛ لما تقدّم من أنّ

الخلوة لا توجب المهر كمالاً. وهذا متوجّه، إلا أنّ الرواية صحيحة، فردّها مطلقاً مشكل. قوله: «ولو قذف امرأته ونفى الولد وأقام بيّنة سقط الحدّ، ولم ينتف الولد إلا باللعان».

إذا قذف امرأته بالزنى ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين لللعان، فيثبت عليه الحدّ للقذف وله إسقاطه باللعان، وأمّا الولد فلا ينتفي بدونه؛ لأنّ زنى الزوجة لا ينفي الولد عن الفراش. فإن لاعن لهما سقط الحدّ وانتفى الولد. وإن لاعن لأحدهما خاصّةً ترتّب عليه حكمه وبقي الآخر. فإن أقام بيّنة بزناها سقط عنه حدّ القذف؛ لسقوط إحصانها، ويعزّر

للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة.

وهل له إسقاطه باللعان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنّه يلاعن؛ دفعاً للعقوبة، ولقطع النكاح، ودفع العار.

ص: 246

1- نكت النهاية، ج 2، ص 456.

2- السرائر، ج 2، ص 702.

3- قواعد الأحكام، ج 3، ص 184.



. ولو طلقها بانئاً، فأنت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف إلا باللعان.

ولو تزوّجت وأت بولد لدون ستّة أشهر من دخول الثاني، ولتسعة أشهر فما دون من فراق الأول لم ينتف عنه إلا باللعان.

والثاني: المنع وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط (1)؛ لأنّ اللعان لإظهار الصدق وإثبات الزنى، والصدق ظاهر، والزنى ثابت، فلا معنى للعان. وأيضاً فإنّ التعزير هنا للسب والإيذاء، فأشبهه قذف الصغيرة التي لا توطأ مثلها.

ومثله ما لو ثبت زناها باعترافها. والأجود هنا عدم اللعان، فيعزّر ويلاعن لنفي الولد.

قوله: «ولو طلقها بانئاً، فأنت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف إلا باللعان. ولو تزوّجت وأت بولد لدون ستّة أشهر» إلى آخره.

قد تقدّم في أحكام الأولاد (2) أنّ ولد المطلقة يلحق بالمطلق متى أمكن كونه منه؛ لكونها فراشاً له وإن زال، إلا أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه به. فإذا ولدته لأقصى الحمل فما دون من وطء المطلق ولم يكن تزوّجت أو تزوّجت ولم يمض لها أقلّ الحمل من وطء الثاني، ألحق بالأول، ولم ينتف عنه إلا باللعان، كما لو نفاه في صلب النكاح. ولا يقدر فيه زوال الزوجية؛ إذ لا طريق إلى نفي الولد اللاحق به ظاهراً بدونه، بخلاف ما لو قذفها بعد البينونة، فإنّه يحدّ ولا لعان؛ عملاً بظاهر قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ» (3)، وهى الآن ليست زوجةً.

ولبعض العامة قول بنفي اللعان في الحالين؛ لانتفاء الزوجية التي هي مناط اللعان (4). وله وجه

ص: 247

1- المبسوط، ج 4، ص 221.

2- تقدّم في ج 7، ص 85 - 86.

3- النور (24): 6.

4- في حاشية «و»: «هو أبو حنيفة». راجع الحاوي الكبير، ج 11، ص 35.

. ويعتبر كونه بالغاً عاقلاً. وفي لعان الكافر روايتان، أشهرهما أنه يصحّ. وكذا القول في المملوك.

قوله - في الملاعن : « ويعتبر كونه بالغاً عاقلاً. وفي لعان الكافر روايتان أشهرهما أنه يصحّ. وكذا القول في المملوك ».

لا- إشكال في اعتبار بلوغ الملاعن وعقله؛ لأنّ عبارة الطفل والمجنون مسلوّبة الاعتبار شرعاً؛ لرفع القلم عنهما (1). ولأنّ اللعان إمّا شهادات أو أيمان، والطفل والمجنون ليسا من أهل الشهادة ولا اليمين، ولا يقتضي قذفهما اللعان بعد البلوغ والإفاقة. نعم، يعزّر المميّز على القذف.

وأما اشتراط الإسلام فنفاه الأكثر، وجوّزوا لعان الكافر؛ لعموم آيات اللعان (2). وأصالة عدم الاشتراط.

وخالف في ذلك ابن الجنيّد فشرط إسلام المتلاعنين معاً (3) نظراً إلى أنّه شهادات، والكافر ليس من أهلها. ويضعّف بمنع كونه شهادات محضّة، بل هو إلى الأيمان أقرب. وسيأتي تحقيقه.

وأما قول المصنّف: إنّ في لعان الكافر روايتين بالجواز والمنع، فلم نقف عليهما بالخصوص. وربما حمّله بعضهم على أنّ الروايتين في لعان الكافر مطلقاً الشامل للرجل

ص: 248

---

1- كما ورد في الخبر. راجع الخصال، ص 94، باب الثلاثة، ح 40 وسنن ابن ماجه، ج 1، ص 658، ح 2041؛ وسنن أبي داود، ج 4، ص 141، ح 4402 و 4403.

2- النور (24): 6-9.

3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 441 المسألة 93.

والمرأة، فإن الروايات المختلفة إنما وردت في لعان الكافرة(1).

وفيه: أن البحث هنا في الملعن دون الملعنة، وسيأتي البحث فيها بخصوصها وفي شرائطها(2).

ويمكن أن تجعل الأخبار الدالة على صحة لعان الكافرة وعدمه دالاً على مثله في الزوج الكافر، من حيث إن وجه المنع كونه شهادة وهي مشتركة بينهما. ويتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين فترافعا إلينا.

ويمكن فرض الزوجة مسلمة والزوج كافراً فيما إذا أسلمت وأتت بولد يلحقه شرعاً، فأنكره

وقوله « وكذا [القول في] المملوك» يظهر منه أن في لعانه روايتين، وأن الأشهر الصحة. وليس كذلك، بل فيه روايات بالصحة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: أنه سئل عن عبد قذف امرأته قال: «يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار»(3).

وحسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن الحرّ بينه وبين المملوكة لعان، فقال: «نعم، وبين المملوك والحرّة، وبين العبد وبين الأمة، وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة»(4).

وليس فيه رواية بالمنع، ولا به قائل معلوم، وابن الجنيد المانع من لعان الكافر

ص: 249

1- راجع وسائل الشيعة، ج 22، ص 419 وما بعدها، الباب 5 من أبواب كتاب اللعان، ح 2، 4، 6، 11، 15.

2- يأتي في ص 256 وما بعدها.

3- الكافي، ج 1، ص 165، باب اللعان، ح 14؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 188، ح 651؛ الاستبصار، ج 3، ص 373، ح 1330.

4- الكافي، ج 1، ص 164، باب اللعان، ح 7؛ تهذيب الأحكام، ج 18، ص 188، ح 652؛ الاستبصار، ج 3، ص 373، ح 1331.

. ويصحُّ لعان الأخرس إذا كان له إشارة معقولة، كما يصحُّ طلاقه وإقراره. وربما توقّف شاذّ منّا؛ نظراً إلى تعذّر العلم بالإشارة. وهو ضعيف؛ إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل.

ولا يصحُّ اللعان مع عدم النطق وعدم الإشارة المعقولة.

صرّح بعدم اشتراط الحرّية فيهما(1).

والأولى أن يريد بقوله «وكذا القول في المملوك» مجرّد تشبيه الحكم بالصحة من دون ان يشير إلى الخلاف.

قوله: «ويصحُّ لعان الأخرس إذا كان له إشارة معقولة، كما يصحُّ طلاقه وإقراره، وربما توقّف شاذّ منّا» إلى آخره.

الأخرس إن لم يكن له إشارة مفهومة ولا كتابة لم يصحّ قذفه ولا لعانه ولا سائر تصرّفاتة

اتفاقاً؛ لتعذّر الوقوف على ما يريده.

وإن كان له إشارة فالمشهور صحّة قذفه ولعانه، كما يصحّ بيعه ونكاحه وطلاقه وغيرها، بل أولى؛ لأنّ اللعان ممّا تدعو إليه الضرورة، وليس كالشهادات حيث لا تقبل من الأخرس عند بعضهم(2)؛ لأنّ المغلّب في اللعان معنى الأيمان دون الشهادات. وأيضاً فإنّ الشهادة يقوم بها الناطقون فلا ضرورة إلى أن يتحمّلها الأخرس واللعان مختصّ بالأزواج، فإذا كان الزوج أخرس لم يكن بدّ من تصحيحه منه ليتأدّى به هذا الغرض المطلوب، بل الواجب على بعض الوجوه.

وعلى ما سيأتي من مذهب أصحابنا من قبول شهادة الأخرس(3) فلا إشكال.

واستدلّ عليه الشيخ بعموم الآية وإجماع الفرقة وأخبارهم(4).

ص: 250

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 441، المسألة 93.

2- الحاوي الكبير، ج 17، ص 43: حلية العلماء، ج 8، ص 246؛ روضة الطالبين، ج 8، ص 219.

3- يأتي في ج 11، ص 389.

4- الخلاف، ج 1، ص 268، المسألة 17 و 18.

وخالف في ذلك ابن إدريس فقال: «لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه؛ لأنّ أحداً من أصحابنا غير من ذكرنا -وعنى به الشيخ في المبسوط والخلاف حيث أجزه (1)- لم يوردها في كتابه، ولا وقفت على خبر بذلك ولا إجماع عليه، والقائل بهذا غير معلوم، والتمسك بالآية بعيد؛ لأنّه لا خلاف أنّه غير قاذفٍ ولا رامٍ على الحقيقة، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر والأصل براءة الذمّة، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي. وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحدّ، والرسول صلّى الله عليه وآله وسلم قال: «ادروا الحدود بالشبهات» (2) ومن المعلوم أنّ في إيمائه وإشارته بالقذف شبهة هل أراد به القذف أو غيره؟ وهو غير معلوم يقيناً بلا خلاف»

ثمّ قال: «فإن قلنا يصحّ منه اللعان كان قوياً معتمداً؛ لأنّه يصحّ منه الإقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام» (3).

وهذا الكلام يدلّ على اضطرابه في الفتوى وتردده فيها، ومن ثمّ قال المصنّف (رحمه الله) «وربما توقّف فيه شاذّ منّا» إلى آخره.

وأشار المصنّف إلى جوابه بأنّ إشارته مقبولة فيما هو أقوى من اللعان -كالإقرار بالقتل وغيره - إجماعاً، فليكن في اللعان كذلك. والمفروض أنّ إشارته مفهومة للمطلوب، وإلا لسلمنا عدم صحّته. وحينئذٍ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته في القذف والشهادة

خلاف الفرض.

ص: 251

1- المبسوط، ج 4، ص 215 - 216؛ الخلاف، ج 5، ص 12، المسألة 8.

2- الفقيه، ج 4، ص 74، ح 5149.

3- السرائر، ج 2، ص 701 - 702.

ودعوى الاتفاق على أنه غير قاذفٍ ولا رامٍ فاسدة؛ إذ القذف مرجعه إلى الرمي، فإنَّ معناه لغةً الرمي (1)، وهو غير مختصّ بلفظ، بل بما دلَّ على الرمي بالزنى في معرض التعبير.

نعم، يمكن أن يفرّق بين الإقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس وبين اللعان، من حيث إنّه يتعيّن فيه تأديه بلفظ الشهادة واللعن والغضب، والإشارات لا ترشد إلى تفصيل الصيغ وإن أدّت معناها، وإنّما يتوجّه أن يصحّ منه ما لا يختصّ بصيغة، فلا يمنع إقامة الإشارة منه مقام العبارة المؤدّية له دون ما يختصّ. وما يظهر من اختصاص النكاح والبيع ونحوهما من العقود اللازمة بصيغ خاصة فليس المقصود منها إلا ما دلَّ على المطلوب صريحاً؛ إذ لا نصّ على الاختصاص، فإذا أفادت إشارة الأخرس ذلك كفت.

ويمكن الجواب بأنّه قد علم من الشارع الاكتفاء بإشارته فيما علم منه إرادة صيغة خاصة، كتكبيرة الإحرام في الصلاة وقراءة الفاتحة ونحوهما من الأذكار المتعيّنة (2)، فليكن هنا كذلك. إلا أنّ الفرق بين الأمرين لائح.

وبالجملة فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب، وإن كان الشكّ فيه منقداً.

واعلم أنّه كما يمكن وقوع القذف واللعان معاً من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحاً ثمّ يعرض له الخرس قبل اللعان، ومعه يزول الإشكال الذي عرض لابن إدريس من عدم تحقّق القذف والرمي منه، ويبقى الكلام في اللعان خاصّةً، وهو منحصر في الشهادة أو اليمين، وكلاهما يقع من الأخرس.

ص: 252

1- لسان العرب، ج 9، ص 276، «قذف».

2- الكافي، ج 3، ص 315، باب قراءة القرآن، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 5، ص 93، ح 305.

. ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف إلا باللعان. ولو أفاقت فلاعت صح، وإلا كان النسب ثابتاً والزوجية.

. ولو أنكر ولد الشبهة انتفى عنه، ولم يثبت اللعان.

ولو كان يُحسن الكتابة فهي من جملة إشاراته، بل ربما كانت أوضح، فإذا لا عن بالكتابة وأشار بما يدل على كان أكمل. وليكتب حينئذٍ كلمة الشهادة وكلمة اللعن والغضب، ويشير إليها أربع مرّات، ولا يكلف أن يكتب أربع مرّات.

ولو قذف ولا عن بالإشارة ثم عاد نطقه وقال: «لم أرد اللعان بإشارتي» قبل قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب ويلزمه الحدّ، ولا يُقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة ولا التحريم المؤبد. وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحدّ ولنفي النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حدّ النفي، ولو قال: «لم أرد القذف أصلاً» لم يقبل قوله؛ لأنّ إشارته أثبتت حقاً لغيره.

قوله: «ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف إلا باللعان. ولو أفاقت فلاعت صح، وإلا كان النسب ثابتاً والزوجية».

لما كان حكم الولد أن يلحق بالفراش بالنص (1) والإجماع إلى أن يدلّ دليل على انتفائه عنه لم يفرّق في ذلك بين ولد العاقلة والمجنونة؛ لاشتراكهما في المقتضي للإلحاق. ولما كان اللعان مشروطاً بكمال الملاعن انتظر زوال المانع من جهتها، فإن أفاقت لاعنته وإلا فلا سبيل إلى نفيه.

وكذا لو عرض له الجنون بعد نفيه وقبل اللعان.

قوله: «ولو أنكر ولد الشبهة انتفى عنه، ولم يثبت اللعان».

الموطوءة بالشبهة لا تصير فراشاً للواطئ بحيث يلحق به الولد بمجردّه، بل يتوقف

ص: 253

---

1- الكافي، ج 5، ص 491، باب الرجل يكون لها الجارية...، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 168، ح 587؛ الاستبصار، ج 3، ص 367، ح 1.

. وإذا عرف انتفاء الحمل - لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها - وجب إنكار الولد واللعان؛ لئلا يلتحق بنسبة من ليس منه.

ولا يجوز إنكار الولد للشبهة، ولا للظنّ، ولا لمخالفة صفات الولد صفات الواطئ.

لحوقه على اعترافه به، أو اعترافه بأنه لم يطأها - في ذلك الوقت الذي يمكن إلحاق الولد به فيه - غيره؛ لأنّ ذلك يستلزم كونه منه أيضاً، وهو في قوّة الاعتراف به فيلحق به، وإلا فلا. قوله: «وإذا عرف انتفاء الحمل - لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها - وجب إنكار

الولد واللعان إلى آخره.

اختلال شروط إلحاق الولد قد يظهر للزوج وغيره بأن ولدته بعد تزويجه بها كاملاً لأقلّ

من ستّة أشهر، فينتفي عنه حينئذٍ وإن لم ينفه، ولا يفتقر إلى اللعان.

وقد يظهر للزوج خاصّةً، كما لو ولدته لستّة أشهر فصاعداً من حين التزويج وخلوته بها.

ولكنّه لم يدخل بها فيما بينه وبين الله تعالى في وقت يمكن إلحاقه به.

وفي هذا القسم يحكم بلحوقه به ظاهراً، ولا ينتفي عنه إلا باللعان؛ لأنّها فراش والولد لاحق بالفراش.

ويجب عليه في هذا القسم نفيه، ولعانها لأجل ذلك؛ حذراً من أن يلحق بنسبة من ليس منه، ويترتب عليه حكم الولد في الميراث والنكاح ونظر محارمه، وغير ذلك من المحذورات التي لا ترتفع إلا بنفيه.

وربما قيل بعدم وجوب نفيه<sup>(1)</sup>، وإثما يحرم التصريح باستلحاقه كذباً دون السكوت عن النفي، وذلك لأنّ في اقتحام اللعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها على ذوي المروءات، فيبعد إيجابه.

ولا فرق بين أن يتيقن مع ذلك أنّها زنت وعدمه، بأنّ جوّز كونه من زوج آخر قبله أو

ص: 254



وطء شبهة، وإن حرم قذفها في الثاني؛ لأنَّ الغرض نفي الولد ورفع استلحاقه به، سواء كان لاحقاً بغيره في نفس الأمر أم لا.

ولو اجتمعت شروط الإلحاق، بأن ولدته في المدّة التي بين أقلّ الحمل وأكثره من حين وطئه لحق به ظاهراً، وحرم عليه نفيه وإن استراب به، بل وإن حَقَّق زناها، أو جاء الولد مخالفاً له في الخلق والخُلُق، بل مشابهاً لمن اتَّهمها به، أو حَقَّق زناه بها؛ لأنَّ الولد شرعاً لاحق بالفراش، والعرق نَزاع، وقد روي أنّ رجلاً قال للنبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال: «هل لك من إبل؟» قال: نعم، قال: «ما لونها؟» قال: حمرة، قال: «هل فيها أورك(1)؟» قال: نعم، قال: «أتى ترى ذلك؟» قال: نزعة عرق، قال: «فلعلّ هذا نزعة عرق(2)».

وروي عبد الله بن سنان عن بعض أصحابنا، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أتى رجل من الأنصار إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: هذه ابنة عمّي وامرأتي لا أعلم إلا خيراً، وقد أتتني بولد شديد السواد، منتشر المنخرين، جعد، ققط، أفتس الأنف، لا أعرف شبهه في أخوالي ولا في أجدادي، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا والذي بعثك بالحق نبياً ما أقعدت مقعده منّي منذ ملكني أحداً غيره، قال: فنكس رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رأسه ملياً، ثم رفع بصره إلى السماء، ثم أقبل على الرجل فقال: «يا هذا، إنّه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعة وتسعون عرقاً تضرب في النسب، فإذا وقعت النطفة اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه بها، فهذا من تلك العروق التي لم تدركها أجدادك، خذي إليك ابنك» فقالت المرأة: فرّجت عنّي يا رسول الله(3).

ص: 255

- 
- 1- الأورك من الإبل الذي في لونه بياض إلى سواد الصحاح، ج 4، ص 1565، «ورق».
  - 2- صحيح البخاري، ج 5، ص 2032، ح 4999؛ وج 6، ص 2511 - 2512، ح 6455، وص 26682667، ح 6455؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1137 - 1138، ح 1500/20؛ سنن النسائي، ج 1، ص 178، ح 3475.
  - 3- الكافي، ج 5، ص 561، باب نوادر، ح 23.

من شروط الملاعة السلامة من الصمم والخرس

ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس.

قوله - في الملاعة -: ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل والسلامة من الصمم والخرس». مقتضى العبارة أنّ السلامة منهما معاً شرط في صحّة لعانها مطلقاً، فلو كانت متّصفاً بأحدهما خاصّة صحّ لعانها؛ لأنّ الشرط - وهو السلامة منهما - حاصل.

وقد تقدّم في باب التحريم من النكاح (1) أنّ أحدهما كافٍ في تحريمها مع القذف، ففي الفتوى اختلاف في الموضوعين، مع إمكان تكلف الجمع بينهما بحمل هذه على تلك. وقد تقدّم المختار في ذلك ثمّ (2).

ومقتضى هذه العبارة أيضاً أنّه لا يصحّ لعانها للقذف ولا لنفي الولد؛ لأنّه جعل السلامة منهما معاً شرطاً في صحّة لعانها مطلقاً الشامل لذلك، وفيما تقدّم جعل قذفها موجباً لتحريمها بغير لعان (3)، فنفي الولد غير داخل فيه؛ لأنّ للعان سبعين - كما تقدّم (4) - : القذف ونفي الولد، وأحدهما غير الآخر، وقد يجتمعان كما لو قذفها بالزنى ونفي ولدها، وقد ينفرد كلّ منهما عن الآخر، بأن يقذفها بالزنى ويعترف بولدها، أو ينفي ولدها ويبرئها من الزنى، بأن جعله ولد شبهة أو نكاح صحيح سابق حيث يمكن.

والموجود في النصوص تحريمها بالقذف بدون اللعان، وأنّه يحّد للقذف، ففي صحيحة أبي بصير قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنى وهي خرساء أو صمّاء لا تسمع، فقال: «إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلده الحدّ وفرّق بينهما، ثم لا تحلّ له أبداً، وإن لم يكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها منه» (5).

ص: 256

1- تقدّم في ج 6، ص 333 - 334.

2- تقدّم في ج 6، ص 333-334.

3- تقدّم في ج 6، ص 333-334.

4- تقدّم في 229 و 237.

5- الكافي، ج 6، ص 166، باب اللعان، ح 18؛ الفقيه، ج 4، ص 50 - 051 ح 5076؛ تهذيب الأحكام، ج 7، ص 310 - 311، ح 1288.

والوجه اختصاص الحكم بالقذف؛ وقولاً فيما خالف الأصل على محلّ الوفاق، ولعموم الآية(1) الشامل للزوجة مطلقاً، خرج منه المقذوفة فيبقى الباقي، ولأنه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه - لو نفاه - فحرمت عليه بدون لعان إن انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجة الملحق به ظاهراً بمجرد النفي وهو باطل إجماعاً، وإن لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق إليه لزم الحرج والضرر به المنفيان شرعاً(2)

نعم، في رواية إسماعيل بن أبي زياد السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، أن علياً عليه السلام قال: «ليس بين خمس من النساء وأزواجهن ملاعنة وعدّ منها الخرساء وقال: «إنما اللعان باللسان»(3). وهي تقتضي نفي اللعان للأمرين. لكنّها قاصرة عن إفادة المطلوب؛ لضعف سندها، فلا تقاوم ما ثبت بعموم الآية(4) والرواية(5) بل الإجماع، وإنّما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محلّ الوفاق.

وأيضاً، فإنّه أوماً إلى العلة يكون اللعان إنّما يكون باللسان، المقتضية لنفي لعان الأخرس بالإشارة، وقد تقدّم ما يدلّ على خلافه(6).

وحينئذٍ فيلاعنها لنفيه بالإشارة كما مرّ.

ويحدّ للقذف إن لم يتم عليها البيّنة وتحرم بغير لعان. وإن أقام بيّنة سقط الحدّ، وحرمت

ص: 257

1- النور (24): 6.

2- الحج (22) 78؛ راجع الكافي، ج 5، ص 292 وما بعدها، باب الضرار؛ والفقيه، ج 3، ص 103، ح 3426؛ و تهذيب الأحكام، ج 7، ص 146 - 147، ح 647 و 650 و 651.

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 197، ح 693؛ الاستبصار، ج 3، ص 375، ح 1338.

4- النور (24): 6.

5- الكافي، ج 6، ص 163، باب اللعان، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 540، ح 4861؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 184 - 185، ح 644؛ الاستبصار، ج 3، ص 370 - 371، ح 1322.

6- تقدّم في ص 250.

## يشترط أن تكون منكوحةً بالعقد الدائم

• وأن تكون منكوحةً بالعقد الدائم.

أيضاً، كما دلّت عليه الرواية السابقة(1).

وربما قيل بأنها لا تحرم حينئذٍ؛ لعدم قذفها بما يوجب اللعان، ويثبت عليها الحدّ بالبيّنة، ولا ينتفي عنها بلعانها. والرواية تنافي ذلك وهي معتبرة الإسناد، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر.

وعبارة الأصحاب في باب التحريم مصرّحة باشتراط قذفها بما يوجب اللعان لولا الآفة المذكورة، فيخرج منها ما لو أقام البيّنة وما لو لم يدع المشاهدة، وإطلاق هذه الرواية وغيرها(2) يتناول الجميع. والأولى الرجوع في كلّ موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العامّ.

قوله: «وأن تكون منكوحةً بالعقد الدائم».

اشتراط دوام العقد في صحّة اللعان بالنسبة إلى نفي الولد موضع وفاق، ولأنّ ولد المتمتّع

بها ينتفى بغير لعان اتفاقاً.

وأما اشتراطه مع القذف فهو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه أكثر المتقدّمين وجميع المتأخّرين، حتّى لم ينقل المصنّف هنا فيه خلافاً وكذلك العلّامة، وقد سبق نقله الخلاف في النكاح المنقطع(3).

وحجّة المشهور صحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتّع بها»(4)

ص: 258

1- هي رواية أبي بصير المتقدّم تخريجها في ص 257، الهامش 1.

2- راجع وسائل الشريعة، ج 22، ص 427 - 428. الباب 8 من كتاب اللعان.

3- تقدّم في ج 6، ص 432، وفي حاشية «خ، و»: «أجمل البحث في هذه المسألة في المختلف في باب النكاح و وعد ببحثها هنا، ثم لم يذكرها، وكذلك صنع ولده فخر الدين في شرحه. (منه رحمه الله)»

4- الكافي، ج 6، ص 166، باب اللعان، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 189 - 190، ح 659.

. وفي اعتبار الدخول بها خلاف، المرويّ أنّه لا لعان. وفيه قول بالجواز. وقال ثالث: بثبوتة بالقذف دون نفي الولد.

وصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّيّة ولا التي يتمتّع بها»<sup>(1)</sup>. ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام<sup>(2)</sup>.

وقال المفيد<sup>(3)</sup> والمرضى<sup>(4)</sup>: يقع بها؛ لعموم الآية<sup>(5)</sup>. ولا ينافيه ورودها في الدائم؛ لأنّ خصوص السبب لا يخصّص العامّ.

وأجيب<sup>(6)</sup> بأنّ عمومها مخصوص بالرواية الصحيحة، بناءً على أنّ خبر الواحد يخصّص الكتاب. وتحقيق المقدمات في الأصول. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة في النكاح<sup>(7)</sup>.

قوله: «وفي اعتبار الدخول بها خلاف، المرويّ أنّه لا لعان. وفيه قول بالجواز. وقال ثالث: بثبوتة بالقذف دون نفي الولد».

الكلام في هذا الشرط كالذي قبله، فإنّ الولد قبل الدخول لا يتوقّف نفيه على اللعان إجماعاً، بل هو منتفٍ عنه؛ لعدم وجود شرائط الإلحاق، فلا إشكال في انتفاء لعانها

بهذا السبب.

وأما لعانها بالقذف فقد اختلفوا في اشتراط الدخول فيه وعدمه.

ص: 259

1- الفقيه، ج 3، ص 538، ح 4858؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 188، ح 653؛ الاستبصار، ج 3، ص 373، ح 1332.

2- تهذيب الأحكام، ج 7، ص 476، ح 1912؛ الاستبصار، ج 3، ص 374، ح 1337.

3- خلاصة الإيجاز، ص 37 (ضمن مصنّفات الشيخ المفيد، ج 6).

4- الانتصار، ص 276، المسألة 153.

5- النور (24): 6.

6- المجيب هو المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 13، ص 35؛ وحاشية شرائع الإسلام، ج 2، ص 330 (ضمن: حياة المحقق الكركي وآثاره، ج 11).

7- تقدّم في ج 6، ص 431 وما بعدها.

فذهب الشيخ (1)، وأتباعه (2)، وابن الجنيدي (3) إلى اشتراط الدخول؛ لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، ولا يكون لعان إلا بنفي الولد» (4).

ولرواية أخرى عنه عليه السلام: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله» (5).

ورواية محمد بن مصادف قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: «لا يكون ملاءماً حتى يدخل بها، يضرب حدّاً وهي امرأته، ويكون قاذفاً» (6). وفي طريق الروايتين ضعف (7).

وذهب ابن إدريس إلى عدم اشتراطه (8)؛ لعموم الآية (9). وهو حسن، إلا أنه جعل التفصيل باشتراطه بالدخول لنفي الولد وعدمه للقذف، جامعاً بين الأدلة والأقوال، بمعنى حمل ما دلّ على اشتراط الدخول على ما إذا كان لنفي الولد والآخر على القذف. وليس كذلك؛ لأن الروايات - التي استدلّ بها مشترط الدخول - بعضها صريح في أنه بسبب القذف لا نفي الولد والأقوال تابعة للأدلة.

ص: 260

1- النهاية، ص 522.

2- منهم ابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 309؛ وابن زهرة في غنيّة النزوع، ج 1، ص 378؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص 336.

3- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 446، المسألة 95.

4- الفقيه، ج 3، ص 535، ح 4854؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 185 - 186، ح 646؛ الاستبصار، ج 3، ص 371، ح 1324.

5- الكافي، ج 6، ص 162، باب اللعان، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 192، ح 671.

6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 197، ح 692.

7- راجع رجال النجاشي ص 185، الرقم 490؛ ورجال الطوسي، ص 313، الرقم 4656.

8- السرائر، ج 2، ص 698.

9- النور (24): 6.

. ويثبت اللعان بين الحرِّ والمملوكة. وفيه رواية بالمنع. وقال ثالث: بثبوتُه بنفي الولد دون القذف.

ويظهر من المصنّف وغيره(1) أنّ من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان بالسببين؛ لأنّه جعل التفصيل قولاً ثالثاً. وقائله غير معروف، وهو غير موجّه؛ لما عرفت من أنّ الدخول شرط لحوق الولد، فلا- يتوقّف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه. والحقّ رجوع الخلاف إلى قولين، الاشتراط فيهما، والتفصيل.

قوله: «ويثبت اللعان بين الحرِّ والمملوكة. وفيه رواية بالمنع» إلى آخره.

الزوجان إمّا أن يكونا حرّين أو مملوكين أو الزوجة حرّة والزوج عبداً أو بالعكس. والثلاثة الأوّل لا خلاف في ثبوت اللعان بينهما فيها. وإمّا الخلاف في الرابع، فجوّزه الأكثر، كالشيخ(2) وأتباعه(3) والمصنّف وتلميذه العلامة(4) والمتأخّرين. ومنعه المفيد(5) وسالار(6). والتفصيل بصحّته في نفي الولد دون القذف لابن إدريس(7).

حجّة الأولين عموم الآية(8)، وخصوص الرواية، كحسنة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام أنّه سأل: هل يكون بين الحرِّ والمملوكة لعان؟ فقال: «نعم، وبين المملوك والحرّة، وبين العبد والأمة، وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة». (9)

ص: 261

1- كالعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 186.

2- الخلاف، ج 5، ص 7، المسألة 2؛ المبسوط، ج 4، ص 210؛ النهاية، ص 523.

3- منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص 309.

4- مختلف الشيعة، ج 7، ص 443، المسألة 93.

5- المقنعة، ص 542.

6- المراسم، ص 164.

7- السرائر، ج 2، ص 697.

8- النور (24): 6.

9- الكافي، ج 6، ص 164، باب اللعان، ح 7؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 188، ح 652؛ الاستبصار، ج 3، ص 373، ح 1331.

وحجّة المانع عموم قوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ» (1)، والمملوكة ليست من أهل الشهادة. وخصوص صحيحة ابن سنان أنّ الصادق عليه السلام قال: «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّية» (2).

وجوابه: منع كونه شهادة، بل هو يمين كما سيأتي (3). ولو سلّم لزم اشتراط حرّيتهما معاً ولا قائل به، وإتّما الخلاف في المملوكة إذا كان زوجها حرّاً. وقد تقدّم البحث في ذلك (4).

ونمنع من صحّة الرواية، فإن ابن سنان مشترك بين عبد الله ومحمّد، والأوّل ثقة (5)، والثاني ضعيف (6)، وليس في الرواية ما يدلّ على أنّه الثقة. وإطلاق جماعة الحكم بصحّتها نظراً إلى ثقة من عدا ابن سنان فهي صحّة إضافية كما قرّرناه مراراً، وقد يغفل عنه من لا يتفطن للأصول فتزّل قدمه.

والصدوق حملها على الأمة الموطوءة بملك اليمين. قال: «لأنّ محمّد بن مسلم روى عن أبي جعفر عليه السلام أنّه سأله عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال: «نعم، إذا كان مولاها زوجه إياها» (7)، والحديث المفسّر يُحكم على المطلق (8).

وحملها العلامة على ما إذا لم يكن زوجه إياها مولاها (9)؛ لمفهوم الرواية.

ص: 262

1- النور (24): 6.

2- تقدّم تخريجها في ص 259، الهامش 1.

3- يأتي في ص 281.

4- تقدّم قبيل هذا بقليل.

5- راجع رجال النجاشي، ص 214، الرقم 558.

6- راجع رجال النجاشي، ص 328، الرقم 888.

7- الفقيه، ج 3، ص 538، ح 4857.

8- الفقيه، ج 3، ص 538، ذيل الحديث 4858، وفيه: «على المجمل بدل على المطلق».

9- مختلف الشيعة، ج 7، ص 443، المسألة 93.



. ويصحُّ لعان الحامل، لكن لا يقام عليها الحدُّ إلا بعد الوضع.

واحتجَّ ابن إدريس بأنَّ قذف المملوكة لا يوجب الحدَّ، فلا يتوقَّف نفيه على اللعان، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجةً. وبأنَّ اللعان حكم شرعي فيقتصر فيه على المتيقَّن، والباقي باقٍ على الأصل (1).

وجوابه: أنَّ عموم «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ» (2) أخرجه عن حكم الأصل، مضافاً إلى النصوص (3). وكما جاز اللعان لنفي الحدِّ جاز لنفي التعزير؛ إذ ليس في الآية اشتراط كونه للحدِّ وإن كان السبب موجباً له؛ لأنَّ العبرة بعموم اللفظ كما مرَّ وقد ظهر أنَّ مختار المصنِّف والأكثر أظهر.

واعلم أنَّ من جملة الشروط المختلف فيها بالنسبة إلى الملاعنة كونها مسلمةً، فقد ذهب جماعة (4) - منهم ابن الجنيد (5) - إلى اشتراط إسلامها، فلا يلعن المسلم الكافرة. وحتَّتهم تظهر من حجةٍ مشترط الحريَّة فيها. ولم يشترط الأكثر. وابن إدريس على تفصيله (6). وحجة الجميع تظهر من حجة اشتراط الحريَّة وعدمه.

والمصنِّف تبه على الخلاف في الملاعن الكافر وأهمل ذكره في الملاعنة، وكان العكس أولى؛ لظهور الخلاف فيها واختلاف الروايات، وقد أشرنا إليه في رواية جميل وابن سنان.

وظهر ممَّا قرَّناه قوة القول بعدم اشتراط إسلامها بتقريب الدليل.

قوله: «ويصحُّ لعان الحامل، لكن لا يقام عليها الحدُّ إلا بعد الوضع».

اختلف العلماء في جواز لعان الحامل إذا قذفها أو نفى ولدها قبل الوضع فذهب الأكثر

ص: 263

1- السرائر، ج 2، ص 697 - 698.

2- النور (24): 6.

3- لاحظ وسائل الشيعة، ج 22، ص 419. الباب 5 من أبواب كتاب اللعان.

4- منهم المفيد في المقنعة، ص 542؛ وسألار في المراسم، ص 164؛ وابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 697-698..

5- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 441، المسألة 92.

6- السرائر، ج 2، ص 697.

إلى جوازه؛ لعموم الآية(1)، ووجود المقتضي وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا كونها حاملاً وهو لا يصلح للمانع؛ لأنَّ شهادة الحامل ويمينها حال الحمل غير منافٍ له، والحمل غير مسوّغ لتأخير ما يتوجّه عليها منها في غيره، ولأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لاعن بين هلال بن أمية وزوجته وكانت حاملاً ونفى هلال الحمل، ولما ولدته جاء على صفات من قذفها به، فقال النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»(2).

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى، ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه، قال: «يرد إليه الولد ولا يجلد؛ لأنه قد مضى التلاعن»(3).

ثم إن تم اللعان منهما فلا كلام. وإن نكلت عنه أو اعترفت فتوجّه عليها الحدّ لم تحدّ إلى أن تضع كغيرها ممن يثبت عليها الحدّ حاملاً.

وقال المفيد(4)، وسنار(5) وأبو الصلاح(6): لا تلاعن الحامل حتى تضع حملها.

لرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: تلاعن على كلّ حال إلا أن تكون حاملاً»(7).

وفيه ضعف السند، وحمل على نفى ما يجب باللعان من الحدّ على تقدير نكولها، أو على أنّ الحمل لا ينتفي، واللعان حجة ضرورية فيشترط فيه نفى الولد. والأصحّ الجواز.

ص: 264

1- النور (24): 6.

2- مسند أحمد، ج 1، ص 394 - 395، ح 2132؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 276، ح 2254.

3- الكافي، ج 1، ص 164، باب اللعان، ح 8؛ الفقيه، ج 4، ص 325، ح 5700؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 190، ح 660؛ الاستبصار، ج 3، ص 375، ح 1339.

4- المقنعة، ص 542.

5- المراسم، ص 164.

6- الكافي في الفقه، ص 310.

7- تهذيب الأحكام، ج 7، ص 190، ح 661؛ الاستبصار، ج 3، ص 375، ح 1340.

## هل تصير الأمة بالوطء فراشاً؟

. ولا تصير الأمة فراشاً بالملك. وهل تصير فراشاً بالوطء فيه روايتان، أظهرهما أنّها ليست فراشاً ولا يلحق ولدها إلا بإقراره ولو اعترف بوطئها. ولو نفاه لم يفتقر إلى لعان.

قوله: «ولا تصير الأمة فراشاً بالملك. وهل تصير فراشاً بالوطء؟» إلى آخره.

الأمة لا تصير فراشاً بالملك حتى يلحقه الولد الذي تأتي به - وإن حلت له (1) وخلا بها وأمكن أن يكون منه - إجماعاً.

بخلاف النكاح، حيث يلحق الولد بمجرد الإمكان؛ لأنّ مقصود النكاح هو الاستمتاع والولد، وملك اليمين قد يقصد به ذلك، وقد يقصد به التجارة والاستخدام؛ ولهذا لا يتزوج من لا - تحلّ له ويملك بملك اليمين من لا تحلّ له، وإذا كان المقصود في النكاح ذلك اكتفي فيه بمجرد الإمكان.

وهل تصير الأمة فراشاً بالوطء؟ فيه قولان، مشؤهما اختلاف الروايات. فذهب الشيخ في المبسوط (2)، والمصنّف والعلامة (3) وسائر المتأخرين (4) إلى أنّ الأمة لا تصير فراشاً مطلقاً.

واستندوا في ذلك إلى صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: أن رجلاً من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال له: إني ابتليت بأمر عظيم، إن لي جارية كنت أطؤها، فوطئتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت منها، ونسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لآخذها، فوجدت غلاماً لي على بطنها، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر

ص: 265

1- في بعض النسخ: «خلت له»، وفي بعضها: «خلت به» بدل «حلت له».

2- المبسوط، ج 4، ص 265.

3- قواعد الأحكام، ج 3، ص 187.

4- راجع قواعد الأحكام، ج 3، ص 187؛ وإيضاح الفوائد، ج 3، ص 446 - 448؛ واللمعة الدمشقية، ص 258 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13).

فولدت جاريةً، قال: فقال لي عليه السلام: «لا ينبغي لك أن تقرّبها، ولا تبيعها، ولكن أنفق عليها مالك ما دمت حيّاً، ثم أوص لها عند موتك من مالك حتّى يجعل الله عزّ وجلّ لها مخرجاً»(1). وفي معناها أخبار(2) أخر لا تساويها في صحّة السند.

وأما صيرورتها فراشاً بالوطء، فيدلّ عليه ما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم لما تنازع إليه سعد وعبد بن زَمعة - عام الفتح - في ولد وليدة زَمعة وكان زَمعة قد مات، فقال سعد: يا رسول الله، إن أخي كان قد عهد إليّ فيه، وذكر لي أنّه ألمّ بها في الجاهليّة، وقال عبد: هو أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله: «يا عبد بن زَمعة، هو لك، الولد للفراش وللعاهر الحجر»(3).

ووجه الاستدلال أنّه أثبت الفراش لزَمعة وألحق الولد به من غير أن يستلحقه.

ومن طريق الخاصّة رواية سعيد بن يسار(4): قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على

ص: 266

1- الكافي، ج 5، ص 488، باب الرجل يقع على جاريته...، ح 1؛ الفقيه، ج 4، ص 314، ح 5680؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 179، ح 628؛ الاستبصار، ج 3، ص 364، ح 1307.

2- راجع وسائل الشيعة، ج 21، ص 166، الباب 55 من أبواب نكاح العبيد والإماء.

3- سنن الدارمي، ج 2، ص 152، باب الولد للفراش؛ صحيح البخاري، ج 2، ص 724، ح 1948، وص 773، ح 2105؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1080، ح 1457/36، وص 1081، ح 1458/37؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 282، ح 2273.

4- في حاشية «خ، و»: «اعلم أنّه اتفق لشارحي القواعد هنا سهو فاحش في الاستدلال، وهو أنّهما عقيب رواية سعيد بن يسار المذكورة استشهاداً برواية الشيخ في التهذيب عن محمد بن الحسن الصفّار، عن يعقوب بن يزيد قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في هذا العصر رجل وقع على جاريته ثم شك في ولده، فكتب: «إن كان فيه مشابهة فهو ولده، ومتى اتّهم الرجل جاريةً له بالفجور ثم جاءت بالولد لم يكن له نفيه، ولزمه الإقرار به». [تهذيب الأحكام، ج 8، ص 181، ح 932 وذيل الحديث] فتوهّم الشارحان أنّ هذا المذكور كلّ من لفظ الرواية فذكره والدلالة على مطلوبهما لا تتمّ إلّا في قوله «ومتى اتّهم الرجل» إلى آخره. والحال أنّ هذا الكلام إلى آخره من كلام الشيخ ذكره على عادته من الفتوى ثمّ عقبه بالاستشهاد عليه من الأخبار، وذكر عقيبه - دليلاً عليه - رواية سعيد بن يسار التي ذكرناها نحن عقيب روايته الأخرى. وإذا خرج قوله «ومتى اتّهم الرجل» إلى آخره من رواية الصفّار سقطت دلالتها على المطلوب؛ لأنّه شرط في كونه له المشابهة، فلذلك تركناها نحن في الدلالة وذكرنا باقي الروايات الصحيحة الواضحة الدلالة، ولم نذكرها دليلاً على المطلوب فتأمل. (منه رحمه الله)». راجع كنز الفوائد، ج 2، ص 680؛ وإيضاح الفوائد ج 3، ص 447 - 448.

جارية له تذهب وتجيء، ولقد عزل عنها، ما تقول في الولد؟ قال: «أرى أن لا يباع هذا الولد يا سعيد»، قال: وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال: «أتتَّهمها؟» فقلت: أمّا تهمة ظاهرة فلا، فقال: «فيتَّهمها أهلُك؟» فقلت: أمّا شيء ظاهر فلا، فقال: «وكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟» (1)

وروى سعيد بن يسار - في الصحيح - قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق، قال: يتَّهمها الرجل أو يتَّهمها أهله؟ قلت: أمّا ظاهرةً، فلا قال: «إذن لزمه الولد» (2).

وروى سعيد الأعرج - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهرٍ واحدٍ لمن يكون الولد؟ قال: «اللَّذي عنده؛ لقول رسول الله صلَّى الله عليه وآله وسلَّم: الولد للفراش وللعاهر الحجر» (3).

وفي معناها رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام، والطريق إلى الحسن صحيح، وفيها: «الولد للَّذي عنده الجارية وليصبر؛ لقول رسول الله صلَّى الله عليه وآله وسلَّم: الولد للفراش وللعاهر الحجر» (4)؛

ص: 267

1- الكافي، ج 5، ص 489، باب الرجل يكون له الجارية...، ح 4؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 181، ح 634؛ الاستبصار، ج 3، ص 366، ح 1312.

2- الكافي، ج 5، ص 489، باب الرجل يكون له الجارية...، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 181، ح 633؛ الاستبصار، ج 3، ص 366، ح 1311.

3- الكافي، ج 5، ص 491، باب الرجل يكون له الجارية...، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 169، ح 589؛ الاستبصار، ج 3، ص 368، ح 1317.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 119، ح 588؛ الاستبصار، ج 3، ص 368، ح 1316.

وهذه الأخبار صريحة في أنّ الأمة تصير فراشاً للمولى بالوطء. وفي معناها غيرها(1). وظاهر الحال أنّها مرجّحة على السابق؛ لصحّة السند والكثرة.

### أحكام تترتب على كون الموطوءة فراشاً

إذا تقرّر ذلك فنقول: ممّا يترتب على كون الموطوءة فراشاً أنّ ولدها الذي يمكن تولّده من الواطئ - بأن تلده لستّة أشهر فما زاد من حين وطئه إلى أقصى مدّة الحمل - يلحق به، ولا يتوقّف على اعترافه به، بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ظنّ أنّه ليس منه لتهمة أمّه بالفجور؛ لأنّ الله تعالى جعل الولد للفراش، فإذا كان الفراش زوجةً دائمةً تحقّق فراشها من حين العقد وإمكان وصوله إليها.

ثمّ لها بالنسبة إلى الولد حكمان:

أحدهما: في ظاهر الأمر، وهو أنّه يُحكم بالحق الولد - الذي تلده بعد العقد وإمكان الوصول إليها فيما بين أقلّ الحمل وأكثره - بالزوج، وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها، وسواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل، أم لا كالمجنون والصبيّ الذي يمكن تولّده منه كابن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق.

ولو علمنا انتفائه عنه - بأن كان غائباً عنها غيبةً لا يمكن وصوله إليها سرّاً ولا جهراً في المدّة التي يمكن تولّده منه - حكمنا بانتفائه عنه وإن لم ينفه.

والثاني: فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا وطئها وطأً يمكن تولّده منه، ثمّ ولدته في وقت إمكان كونه منه وجب عليه إلحاقه به وإن احتمل أو ظنّ خلاف ذلك كما قلناه. وإن علم انتفائه عنه - بأن ولدته لدون ستّة أشهر من حين وطئه، أو لأكثر من أقصى الحمل - وجب عليه نفيه كما قدّمناه سابقاً. وإن كان في ظاهر الحال محكوماً بإلحاقه به - بأن كان قريباً منها يمكنه إصابتها، فإذا توقّف نفيه على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدّمة الواجب.

ص: 268

1- راجع وسائل الشريعة، ج 21، ص 169 - 170، الباب 56 من أبواب نكاح العبيد والإماء، وص 173، الباب 58 من هذه الأبواب.

وإن أمكن إقامة البيّنة على ما يوجب انتفاءه عنه حكم بموجبها من غير لعان إذا شهدت بذلك على وجه منضبط، بأن لازمته ليلاً ونهاراً بحيث علمت انتفاء مجامعته لها قطعاً. وأمّا الأمة فقد عرفت أنّها لا تكون فراشاً بمجرّد الملك قطعاً.

ثم إن وطئها وحكمنا بكونها تصير فراشاً به فحكمه في لحوق ولدها في الحالين كما

سبق، لكنّه يفارق ولد الزوجة في أمرين:

أحدهما أنّه لا يحكم بلحوقه به إلا مع ثبوت وطئه لها، إمّا بإقراره به أو بالبيّنة، بخلاف

ولد الزوجة فإنّه يكفي إمكان الوطء.

والوجه فيه أنّ المعتبر فيهما ثبوت الفراش؛ ولمّا كان في الزوجة متحقّقاً بالعقد وإمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك، ولمّا كانت فراشيّة الأمة لا تتحقّق إلا بالوطء اعتبر ثبوته. فمرجع الأمر فيهما إلى شيء واحد وهو ثبوت الفراش، إلا أنّه في الزوجة يظهر غالباً لغير الزوج بحضور العقد والعلم بإمكان وصوله إليها، وفي الأمة لا يظهر غالباً إلا منه؛ لأنّ الوطء من الأمور الخفيّة فاعتبر إقراره به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبيّنة نادراً.

والثاني: أنّ ولد الزوجة إذا كان محكوماً به للزوج ظاهراً لا ينتفي عنه بنفيه إلا باللعان،

وولد الأمة ينتفي بغير لعان.

والسرّ فيه أنّ الولد الذي يظهر للزوج كونه منفيّاً عنه يليق بالحكمة أن يجعل له الشارع طريقاً إلى نفيه؛ ليخرج عنه من ليس منه، ولمّا نصب لولد الزوجة طريقاً إلى النفي باللعان وخصّه بالزوجين بقوله: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ»<sup>(1)</sup>، فلا بدّ من طريق آخر لنفي ولد الأمة حيث يقتضي الحال نفيه، فإذا لم يمكن باللعان وبقي على أصل الإلحاق - كما لو تعدّر اللعان حيث يشرّع - لزم أن يكون ولد الأمة أقوى اتّصلاً وأحسن حالاً من ولد الزوجة الدائمة، فشرّع لذلك انتفاؤه بمجرّد النفي بغير لعان؛ إذ ليس هناك طريق آخر.

ص: 269

والعامة لما وافقوا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفي باللعان اختلفوا في طريق نفيه إن علم انتفاؤه، فمنهم من سدّ الطريق عن نفيه؛ نظراً إلى أن «الولد للفراش» وليس هناك طريق إلى النفي(1). ومنهم من جوّز نفيه باللعان للضرورة؛ حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجة(2). ومنهم من نفاه بيمينه(3).

ثمّ على تقدير صيرورتها فراشاً بالوطء، هل يستمرّ كذلك ما دامت على ملكه، أم يختصّ الحكم بالولد الذي يمكن تولّده من ذلك الوطء خاصّةً، حتّى لو أتت بولدٍ بعد أقصى الحمل من الوطء الذي ثبت بإقراره أو البيّنة لا يلحق به بدون الاعتراف به؟ وجهان، من حصول شرط الفراش وهو الوطء، فنزّل منزلة العقد الدائم على الحرّة؛ لأنّ وطء الأمة إمّا تمام السبب للفراشيّة أو شرط فيها، وعلى التقديرين حصل الفراش به كالعقد، فيستمرّ الحكم حينئذٍ كما استمرّ حكم الفراش بالعقد ولم يشترط بعد ذلك ظهور وطءٍ يلحق به الولد، ومن ضعف فراشيّة الأمة، ودلالة تلك النصوص الموجبة لإلحاق الولد به على كونه مولوداً في وقت يمكن تخلّقه من ذلك الوطء(4)، فيبقى غيره على الأصل. ولا إشكال في انتفائه عنه بنفيه، إنّما تظهر الفائدة لو لم ينفه، فهل يلحق به ظاهراً بمجرد الوطء السابق أم يتوقّف على الإقرار به؟ يبني على الوجهين، والأظهر الثاني.

وإن لم يحكم بكونها فراشاً فمقتضى كلام المصنّف والشيخ(5) والعلامة(6) وغيرهم(7) أنّه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره به وإن أقرّ بوطنها أو ثبت بغير الإقرار.

ص: 270

1- حلية العلماء، ج 7، ص 224 - 225.

2- حلية العلماء، ج 7، ص 224 - 225.

3- الجامع لأحكام القرآن، ج 6، ص 186، ذيل الآية 6 من سورة النور (24).

4- راجع وسائل الشيعة، ج 21، ص 173، الباب 58 من أبواب نكاح العبيد والإماء.

5- المبسوط، ج 4، ص 265؛ الخلاف، ج 5، ص 48، المسألة 67.

6- قواعد الأحكام، ج 3، ص 187؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 61.

7- كالشهيدي في اللمعة الدمشقيّة، ص 258 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13).



وهذا هو الذي يناسب الحكم بعدم الفراش؛ لأنّ الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

وقال فخر الدين في شرحه: «إنّ معنى كونها ليست فراشاً أنّه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره به أو بوطنها وإمكان الحوقه به»<sup>(1)</sup>.

وكأنّه حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشاً مطلقاً، وبين حكمهم في باب إلحاق الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطئ، وأنّه يلزمه الإقرار به حيث يمكن كونه منه، وأنّه لو وطنها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد بإقراره به، فجعل مستند ذلك

الوطء الواقع من المولى وأقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئاً.

ويضعف بأنّ إلحاقه به مع وطنه لها من لوازم الفراش كما سبق، فلو جعل مترتباً على عدمه لم يبق فرق بين الفراش وغيره.

اللهمّ إلا أن يجعل الوطء الموجب للفراش كافياً في إلحاق الولد بعد ذلك، وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصي الثابت، كما هو أحد الاحتمالين في المسألة، ويجعل هذا الوطء القائم مقام الإقرار هو الوطء الذي يمكن استناد الولد إليه، ومع ذلك ففيه مخالفة لما ذكره الجميع في معنى الفراش، فإنّهم أطبقوا على أنّ فائدته لحوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به، وعدم لحوقه بمن ليست فراشاً إلا بإقراره.

والوجه أنّ الاكتفاء بالوطء في هذا القسم ليس في محله، وإنّما محله على تقدير كونها فراشاً؛ لأنّ الوطء حينئذٍ لا بدّ من العلم به ليتحقّق به كون الأمة فراشاً كما قد تحقّق. وأمّا ما ذكره في باب إلحاق الأولاد فهو منزل على أنّ ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى، بمعنى أنّه إذا وطئ الأمة وطءاً يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه، ولا يجوز له نفيه عنه بتهمة أمّه إلا على تلك الرواية

ص: 271

الشاذة (1)، وأما بالنسبة إلينا فلا نحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا نجعلها فراشاً. وهكذا القول فيما لو وطئها المولى وغيره، فإنه يحكم به للمولى دون الغير إذا كان وطؤه فجوراً، ولكن بالنسبة إلينا لا نحكم به إلا باعترافه به.

وكذا القول في ولد المتعة، فإنهم حكموا بكونها ليست فراشاً مع حكمهم أيضاً بلحوق الولد به وورود النصوص بذلك، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قلت له: أ رأيت إن حملت؟ قال: «هو ولده» (2).

وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت رجل الرضا عليه السلام - وأنا أسمع - عن الرجل يتزوج المرأة متعةً ويشترط عليها أن لا تطلب ولدها، فتأتي بعد ذلك بولدٍ فينكر الولد، فشدد في ذلك وقال: «يجحد! وكيف يجحد؟» إعظاماً لذلك، قال الرجل: فإن اتهمها؟ قال: «لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونةً، إن الله يقول: «الزاني لا ينكح إلا زانيةً أو مشركةً والزانية لا ينكحها إلا زانٍ أو مشركٌ وحرم ذلك على المؤمنين» (3).

ولا فرق في الحكم بلحوق الولد به على التقديرين بين كونه قد عزل عنها وعدمه. وقد تقدم البحث فيه (4).

وفي حسنة ابن أبي عمير وغيره قال: «الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكره، وشدد في إنكار الولد» (5).

ص: 272

- 
- 1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 180، ح 631؛ الاستبصار، ج 3، ص 367، ح 1313.
  - 2- الكافي، ج 5، ص 464، باب وقوع الولد، ح 1، وفيه: «... إن حبلت»؛ تهذيب الأحكام، ج 7، ص 269، ح 1154؛ الاستبصار، ج 3، ص 149، ح 547، وص 152، ح 557.
  - 3- الكافي، ج 5، ص 454، باب أنه لا يجوز التمتع إلا بالعفيفة، ح 3؛ الفقيه، ج 3، ص 459 - 460، ح 4590؛ تهذيب الأحكام، ج 7، ص 269، ح 1157؛ الاستبصار، ج 3، ص 153، ح 560؛ والآية في سورة النور (24): 3.
  - 4- تقدم في ج 7، ص 93 - 94.
  - 5- الكافي، ج 5، ص 464، باب وقوع الولد، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 7، ص 269، ح 1155؛ الاستبصار، ج 3، ص 152، ح 558.

. ولا يصحّ إلا عند الحاكم، أو من ينصبه لذلك. ولو تراضيا برجل من العامة فلا عن بينهما جاز.

ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم. وقيل: يعتبر رضاها بعد الحكم.

قوله: «ولا يصحّ إلا عند الحاكم، أو من ينصبه لذلك» إلى آخره.

المراد بالحاكم هو الإمام، وبمنصوبه من نصبه للحكم عموماً أو للعان خصوصاً. ويشترط في منصوبه ما يشترط في غيره ممّن ينصبه الإمام للحكم بين الناس؛ لأنّ اللعان ضرب من الحكم، بل هو من أقوى أفراده؛ لافتقاره إلى سماع الشهادة أو اليمين والحكم بالحدّ، ودفعه بالشهادة بعد ذلك أو اليمين، وحكمه بنفي الولد وغير ذلك. وبهذا يفرّق بينه، وبين الفرقة بغيره، كالطلاق حيث لا يتوقّف على الحاكم.

والمراد بالرجل العامي الذي يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الإمام لكنّه غير منصوب من قبله. وسماه عامياً بالإضافة إلى المنصوب، فإنّه خاصّ بالنسبة إليه.

وقد اختلف في جواز اللعان به نظراً إلى أنّ حكمه يتوقّف على التراضي والحكم هنا لا يختصّ بالزوجين المتراضيين بل يتعلّق بالولد أيضاً، فلا- يؤثّر رضاها في حقّه، إلاّ أن يكون بالغاً ويرضى بحكمه، خصوصاً لو اعتبرنا تراضيهما بعد الحكم؛ لأنّ اللعان لا يقع موقوفاً على التراضي؛ لأنّه لازم بتمامه لزوماً شرعياً. والأظهر الصّحة ولزوم حكمه من غير أن يعتبر رضاها بعده. والقولان للشّيخ في المبسوط(1) والخلاف(2).

وسياتي تحقيقه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى(3).

ص: 273

1- راجع المبسوط، ج 4، ص 256، وج 5، ص 523.

2- الخلاف، ج 6، ص 241، المسألة 40.

3- يأتي في ج 11، ص 23.

• وصورة اللعان: أن يشهد الرجل بالله أربع مرّات إنّه لمن الصادقين فيما رماها به ثمّ يقول: [إنّ] عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين.

ثمّ تشهد المرأة بالله أربعاً: إنّه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثمّ تقول: إنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

ويشتمل اللعان على واجبٍ وندبٍ.

هذا كلّه في حال حضور الإمام كما ذكرناه . أما في حال الغيبة، فينفذ فيه حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى ؛ لأنّه منصوب من قبل الإمام على العموم كما يتولّى غيره من الأحكام، ولا يتوقّف على تراضيهما بعده ؛ لأنّ ذلك مختصّ بقضاء التحكيم.

قوله: «وصورة اللعان: أن يشهد الرجل بالله أربع مرّات إنّه لمن الصادقين فيما رماها به» إلى آخره.

كلمات اللعان خمس. وهي أن يقول الزوج أربع مرّات: أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنى ويميّزها، ثمّ يقول في الخامسة: إنّ لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى، ويعرّفها كالسابق.

وإذا كان هناك ولد ينفيه يتعرّض إليه في الكلمات الخمس، فيقول: إنّ الولد الذي ولدته - أو هذا الولد إن كان حاضراً - من الزنى، أو: ما هو منّي، ولو جمع بينهما كان أولى، لرفع احتمال الإرادة بكونه ليس منه المشابهة في الخلق والخلق.

وتقول المرأة أربع مرّات: «أشهد بالله إنّه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى»، وفي الخامسة: [إنّ] غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى.

ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد؛ لأنّ لعانها لا يؤثّر فيه. ولو تعرّضت له لم يضرّ، فتقول: «وهذا الولد ولده» ليستوي اللعانان ويتقابلا.

. فالواجب التلّفظ بالشهادة على الوجه المذكور. وأن يكون الرجل قائماً عند التلّفظ وكذا المرأة، وقيل: يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم. وأن يبدأ الرجل أولاً بالتلّفظ على الترتيب المذكور وبعده المرأة. وأن يعيّنهما بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها واسم أبيها أو صفاتها المميّزة لها عن غيرها. وأن يكون النطق بالعريّة مع القدرة. ويجوز غيرها مع التعدّر. وإذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغة افتقر إلى حضور مترجمين ولا يكفي الواحد. وتجب البداية بالشهادات ثمّ باللعن، وفي المرأة تبدأ بالشهادات ثمّ بقولها: إنّ غضب الله عليها.

ولو قال أحدهما عوض «أشهد بالله»: «أحلف» أو «أقسم» أو ما شاكله لم يجزئ.

قوله: «فالواجب التلّفظ بالشهادة على الوجه المذكور- إلى قوله- أو ما شاكله لم يجزئ». يعتبر في اللعان أمور:

الأول: التلّفظ بالشهادة على الوجه الذي ذكرناه، فلو أبدل صيغة الشهادة غيرها، كقوله: شهدت بالله» أو «أنا شاهد» أو «أحلف بالله» أو «أقسم» أو «أولى» أو أبدل لفظ الجلالة كقوله: «أشهد بالرحمن» أو «بالخالق» ونحوه لم يقع؛ لأنّه خلاف المنقول شرعاً.

وكذا لو أبدل كلمة الصدق والكذب وغيرها وإن كان بمعناها، كقوله: «إني لصادق» أو «من الصادقين بغير لام التوكيد أو «لبعض الصادقين» أو «أنها زنت» أو قالت المرأة: «إنه كاذب» أو «لكاذب» أو أبدل اللعن بالإبعاد أو الطرد أو لفظ الغضب بالسخط أو أحدهما بالآخر، وإن كان الغضب أشدّ من اللعن؛ ولذلك خصّ بجانب المرأة؛ لأنّ جريمة الزنى منها أقبح من جنابة القذف منه، ولأنّ كلّ مغضوبٍ عليه ملعون ولا ينعكس والوجه في الجميع اتّباع المنصوص (1).

ص: 275

الثاني: قيام كلٍّ منهما عند لفظه، على ما اختاره المصنّف وقبله الصدوق(1) والشيخ في المبسوط(2)، ورواه الصدوق قال: سألت البنزطي أبا الحسن الرضا عليه السلام فقال له: أصلحك الله كيف الملاعنة؟ قال: «يقعد الإمام ويجعل ظهره إلى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه، والمرأة والصبي عن يساره»(3).

قال: وفي خبر آخر: «ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرّات - إلى أن قال - ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرّات»(4).

وذهب الأَكثَر - ومنهم الشيخ في النهاية(5) والمفيد(6) وأتباعهما(7) - وأكثر المتأخّرين - إلى أنّهما قائمين عند التلقّظ كلّ منهما؛ لصحيفة عبد الرحمن الحجّاج قال: إنّ عبّاد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام - وحكى قصة الرجل الذي جاء النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم وأخبره عن أهله إلى أن قال: - «فأوقفهما رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات»(8). الحديث.

وحسنة محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلاً بحذائه، ويبدأ بالرجل ثمّ بالمرأة»(9). وهذا أصحّ.

ص: 276

- 
- 1- المقنع، ص 355.
  - 2- المبسوط، ج 4، ص 228.
  - 3- الفقيه، ج 3، ص 536، ح 4855.
  - 4- الفقيه، ج 3، ص 536، ح 4856.
  - 5- النهاية، ص 502.
  - 6- المقنعة، ص 540.
  - 7- الكافي في الفقه، ص 309؛ المراسم، ص 163؛ المهذّب، ج 2، ص 307؛ الوسيلة، ص 338.
  - 8- الكافي، ج 6، ص 163، باب اللعان، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 540، ح 4861؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 184، ح 644؛ الاستبصار، ج 3، ص 370، ح 1322.
  - 9- الكافي، ج 6، ص 165، باب اللعان، ح 10.

الثالث: أن يبدأ الرجل أولاً بالشهادة، ثم باللعن على الترتيب المذكور، ثم المرأة مقدّمة للشهادة ثم الغضب؛ للاتّباع. فلو بدأت المرأة باللعان لغا؛ ولأنّ لعانها لإسقاط الحدّ، وإنّما يجب الحدّ عليها بلعان الزوج، فلا حاجة بها إلى أن تلاعن قبله، خلافاً لبعض العامة حيث جوّز تقدّم كلّ منهما(1).

وكذا لو قدّم اللعن على الشهادة أو قدّمت الغضب عليها؛ لما ذكر، ولأنّ المعنى: إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع فاعتبر تقدّمها، خلافاً لبعض العامة(2)، استناداً إلى عدم اختلاف المعنى، وهو ممنوع.

الرابع: أن يعيّنهما بما يزيل الاحتمال باسمها، رافعاً نسبها قدر ما يحصل به التميّز، إن كان له زوجتان فصاعداً، وإلا اكتفى بقوله: «زوجتي» ولو كانت حاضرةً تخيّر بين ذلك وبين الإشارة إليها، ولو جمع بين الإشارة والتسمية كان أولى؛ لأنّ اللعان مبنيّ على التغليظ والاحتياط، فتؤكّد الإشارة بالتسمية. والقول في تعريفها له غائباً وشاهداً كالعكس.

الخامس: أن يكون النطق في جميع ذلك باللفظ العربي بالعربيّة مع القدرة؛ لأنّ الشرع

ورد بها فلا عدول عنها عند القدرة، وبدونها يأتي بالممكن منهما. فإن تعدّد جميع ذلك لاعن بأيّ لسان شاء؛ لحصول الغرض من الشهادة واليمين.

ثمّ إن كان الحاكم يُحسن تلك اللغة فلا حاجة إلى المترجم وإلا افتقر إلى مترجمين، ولا يكفي الواحد؛ لأنّها شهادة ولا يفتقر إلى الزائد، أمّا في جانب المرأة؛ فلا تُها تلعن عن نفّي الزنى لا- لإثباته، وأمّا في جانب الرجل فلا تُهما ليسا شاهدين بالزنى وإنّما يشهدان على لفظه. السادس: أن يبتدئ بالشهادات ثمّ يعقبها باللعن، ثمّ تبتدئ المرأة بالشهادات ثمّ بالغضب؛ للاتّباع.

ص: 277

1- الحاوي الكبير، ج 11، ص 45 و 57؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 9، ص 38 - 39، المسألة 6267.

2- راجع الحاوي الكبير، ج 11، ص 60 - 61؛ وحلية العلماء، ج 7، ص 231.

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

واعلم أن قوله «وتجب البداءة بالشهادات» إلى آخره مستدرك؛ للاستغناء عنه بقوله «فالواجب التلّفظ بالشهادة على الوجه المذكور» وقوله «وأن يبدأ الرجل بالتلفظ على الترتيب المذكور وبعده المرأة».

وكذا لا- وجه لإعادة قوله «ولو قال أحدهما عوض أشهد بالله: أحلف» إلى آخره لدخوله في السابق. ولو آتته عطفه ب«الفاء» لجاز كونه تفصيلاً بعد الإجمال، أمّا مع عطفه

ب«الواو» فلا وجه لإعادته.

قوله: «والندب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة، وأن يقف الرجل عن يمينه» إلى آخره. هذه جملة من سنن اللعان وهي امور:

الأول: أن يجلس الحاكم مستدبراً للقبلة ليكون وجههما إليها، كجلوسه لغيره من مواضع الحكم.

الثاني: أن يقف الرجل مقابل وجهه عن يمينه، وتقف المرأة عن يمين الرجل إن اعتبرنا وقوفهما، وإلا كانت على يمينه إلى أن يفرغ ثم يقوم.

وقد دلّ على هذين رواية أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام قال، قلت: أصلحك الله كيف الملاعنة؟ قال: «يقعد الإمام، ويجعل ظهره إلى القبلة، ويجعل الرجل عن يمينه، والمرأة عن يساره»<sup>(1)</sup>.

وليس في الرواية أنّ الزوجين يستقبلان، وكذلك أطلق المصنّف وجماعة.

الثالث: أن يحضر جماعة من أعيان البلد وصلحائه، فإنّ ذلك أعظم للأمر وللاتّباع، فقد حضر اللعان على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم جماعة من الصحابة منهم ابن عبّاس وابن عمر

ص: 278

---

1- الكافي، ج 6. ص 165، باب اللعان، ح 11؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 191، ح 667.



## تغليظ اللعان بالقول والمكان والزمان

. وقد يغلظ اللعان بالقول والمكان والزمان.

ويجوز اللعان في المساجد والجوامع، إذا لم يكن هناك مانع من الكون في المسجد.

وسهل بن سعد، وهم من أحداث الصحابة(1)، فاستدلّ به على أنّه حضر جمع كثير، فإنّ العادة أنّ الصغار لا يحضرون وحدهم.

وأقلّ ما تتأدّى به الوظيفة أربعة نفر، فإنّ الزنى يثبت بهذا العدد، فيحضرون لإثباته.

الرابع: أن يعظه الحاكم بعد الشهادات ويخوّفه بالله تعالى، ويخبره أنّ عذاب الآخرة أشدّ من عذاب الدنيا، ويقرأ عليهم: «الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا»(2).

ويروى أنّه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال للمتلاعنين: «حسابكما على الله، أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟»(3).

وعن الصادق عليه السلام أنّه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال للرجل لما شهد: «أتق الله فإنّ لعنة الله شديدة، ثمّ قال له: اشهد الخامسة»(4).

وكذا يفعل بالمرأة قبل ذكر الغضب، وفي الرواية أنّه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال لها: «أتقي الله فإنّ غضب الله شديد، ثمّ قال لها: اشهدي الخامسة»(5).

قوله: «وقد يغلظ اللعان بالقول والمكان والزمان» إلى آخره.

تغليظ اللعان بهذه الأمور مشروع في الجملة، أعمّ من كونه واجباً أو مندوباً أو جائزاً بالمعنى الأخصّ، وليس في عبارة المصنّف ما يدلّ على واحد منها بعينه.

ص: 279

1- سنن أبي داود، ج 2، ص 274، ح 2247، وص 275، ح 2251؛ الحاوي الكبير، ج 11، ص 45؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 7، ص 663، ح 15338 وذيّل الحديث 15339: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 9، ص 61، المسألة 6285.

2- آل عمران (3): 77.

3- ورد نصّه في روضة الطالبين، ج 1، ص 330، وبدون الذيل في السنن الكبرى، البيهقي، ج 7، ص 663، ح 15339؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1131، ح 1493/5؛ صحيح البخاري، ج 5، ص 2035-2036، ح 5006.

4- الكافي، ج 6، ص 163، باب اللعان، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 537، ح 4856؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 184 - 185، ح 644؛ الاستبصار، ج 3، ص 370، ح 1322.

5- الكافي، ج 6، ص 163، باب اللعان، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 537، ح 4856؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 184 - 185، ح 644؛ الاستبصار، ج 3، ص 370، ح 1322.

فإن اتفقت المرأة حائضاً أنفذ الحاكم إليها من يستوفي الشهادات. وكذا لو كانت غير برزة لم يكلفها الخروج عن منزلها، وجاز استيفاء الشهادات عليها فيه.

وصرح غيره (1) بالاستحباب، وأطلق كثير كما ذكر.

والأظهر أن التغليظ بالمكان والزمان مستحب.

وأما التغليظ بالقول، فإن فسّر بأنه تكرار الشهادات أربع مرّات - كما فسّره به في التحرير (2) - فلا ريب في وجوبه، بل هو ركن فيه. وإن فسّر بذكر ما يناسب من أسماء الله تعالى المؤذنة بالانتقام - كما سيأتي في يمين الدعاوي (3) - فهو مستحب، ولا يخلّ بالموالاة؛ لأنه من متعلقاته.

والمراد بالتغليظ بالمكان أن يجري اللعان في أشرف المواضع من البلد، كبين الركن والمقام إن كان بمكة، وهو المسمّى بالحطيم، وفي الروضة وهي ما بين قبر النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم ومنبره إن كان بالمدينة، وفي المسجد الأقصى عند الصخرة إن كان بيت المقدس، وفي سائر البلاد في المسجد الجامع عند المنبر أو المشاهد المشرفة إن اتفق عندها. ويلاعن بين أهل الذمة إذا ترفعوا إلينا في الموضع الذي يعظّمونه كالكنيسة لليهود، والبيعة للنصارى.

وهل يلاعن بين المجوس في بيت النار؟ وجهان، من أنه ليس له حرمة وشرف، بخلاف البيعة والكنيسة، ومن أن المقصود تعظيم الواقعة وزجر الكاذب عن القذف، واليمين في الموضع الذي يعظّمه الحالف أغلظ. ويجوز أن يراعى اعتقادهم بشبهة الكتاب، كما روعي

في قبول الجزية.

ص: 280

1- كيحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص 481؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 189 - 190؛ والشهيد في اللمعة الدمشقيّة، ص 259 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 13).

2- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 134، الرقم 5515.

3- يأتي في ج 11، ص 139 وما بعدها.

. وقال الشيخ (رحمه الله): اللعان أيمان وليست شهادات. ولعلّه نظر إلى اللفظ، فإنه بصورة اليمين.

أمّا بيت الأصنام فلا- عبدة به في لعان الوثنيين مطلقاً؛ لأنّه لا أصل له في الحرمة عند الله تعالى بخلاف السابق، واعتقادهم غير مرعيّ بمجرد، فيلاعن بينهم في مجلس الحكم.

ولو كان الزوج مسلماً والمرأة ذمّيةً لاعتن كل واحد منهما في الموضع الذي يعظّمه.

والتغليظ بالزمان إيقاعه في وقتٍ شريف كيوم الجمعة وبعد العصر، فإنّ اليمين الآثمة حينئذٍ أغلظ عقوبةً. وفسّر قوله تعالى: «تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ» (1) بعد صلاة العصر (2).

وعن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم أنّه قال: «ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم: رجل حلف يميناً على مال مسلمٍ فاقتطعه، ورجل حلف على يمين بعد صلاة العصر فقد أعطى سلعته أكثر ممّا أعطى وهو كاذب، ورجل منع فضل الماء» (3).

وإنّما يغلظ في المساجد حيث لا يكون هناك مانع يمنع منها، كما لو كانت المرأة حائضاً أو مريضةً أو غير برزة، فيبعث إليها نائباً ليستوفي منها الشهادات.

ولا يشترط فيه الاجتهاد، كما لا يشترط فيمن يرسله لتحليفها في الدعاوي.

ولو أحضر الحائض إلى باب المسجد ولا عنها كان أقرب إلى التغليظ.

والمراد بغير البرزة من لا تعتاد الخروج إلى مجامع الرجال.

قوله: «وقال الشيخ (رحمه الله): اللعان أيمان وليست شهادات» إلى آخره.

اختلف العلماء في اللعان، هل هو شهادات أو أيمان؟

فذهب ابن الجنيّد إلى الأوّل (4)، وهو الظاهر من مذهب المصنّف؛ لكثرة إطلاقه عليه الشهادة.

ص: 281

1- المائدة (5): 106.

2- التبيان، ج 4، ص 45: مجمع البيان، ج 3، ص 257؛ الكشف، ج 1، ص 687، ذيل الآية 106 من سورة المائدة (5).

3- صحيح البخاري، ج 2، ص 34 - 835، ح 2240؛ تلخيص الحبير، ج 3، ص 228، ح 1628.

4- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 7، ص 445، المسألة 94.

ونسبة القول بكونه يميناً إلى الشيخ(1). وهو اختيار العلامة في القواعد(2).

وذهب الشيخ(3)، والعلامة في المختلف(4)، وجماعة أخرى(5) إلى أنه أيمان.

واستدلّ للأوّل بقوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ»(6) الآيات، فقد أطلق عليه لفظ الشهادة في خمسة مواضع وكتّى عنها في موضعين.

وقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ للرجل الذي لاعن بينه وبين زوجته: «اشهد أربع شهاداتٍ بالله إنك لمن الصادقين، إلى أن قال للمرأة: اشهدي أربع شهاداتٍ بالله إن زوجك لمن الكاذبين»(7).

وقول الصادق عليه السلام: «إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَيْسَ بَيْنَ خَمْسِ نِسَاءٍ وَأَزْوَاجِهِنَّ مَلَاعِنَةٌ - إِلَى أَنْ قَالَ - وَالْمَجْلُودُ فِي الْقَرْيَةِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا»»(8).

وبأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهادة.

وبأنه يدرأ به الحدّ عنه ويثبت به عليها كالبيّنة بخلاف اليمين؛ فإنّها لا تدخل في الحدود.

وبأنه إذا امتنع من اللعان ثمّ رغب فيه يُمكن منه، كمن يمتنع من إقامة البيّنة ثمّ أراد إقامتها، والناكل عن اليمين لا يعود إليها

ص: 282

- 
- 1- المبسوط، ج 4، ص 210.
  - 2- قواعد الأحكام، ج 3، ص 192.
  - 3- المبسوط، ج 4، ص 210؛ الخلاف ج 5، ص 7، المسألة 2.
  - 4- مختلف الشيعة، ج 7، ص 445، المسألة 94.
  - 5- منهم ابن البرّاج في المهذّب، ج 2، ص 313؛ وفخر الدين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 445؛ والمحقق الكركي في حاشية شرائع الإسلام، ج 2، ص 341 (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره، ج 11).
  - 6- النور (24): 6.
  - 7- الكافي، ج 6، ص 163، باب اللعان، ح 4؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 184 - 185، ح 644.
  - 8- الخصال، ص 304، باب الخمسة، ح 83؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 197، ح 693؛ الاستبصار، ج 3، ص 375، ح 1338؛ والآية في سورة النور (24): 4.

واستدلّ للثاني بقوله تعالى: «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ» و «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ» (1) بيباء القسم وذكر «الله» المقسم به، ولفظ الشهادة لا يتوقّف على جعلها بالله.

وبقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَهْلَالِ بْنِ أُمِيَّةَ: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو إنك لصادق» (2).

وأنّه لما أتت المرأة بالولد على النعت المكروه، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» (3).

وبأنّه يصحّ من الفاسق والكافر، وشهادتهما غير مقبولة.

ويستوي فيه الذكر والأنثى، وليسا في الشهادة مستويين.

وبأنّ اللعان يؤتى به في معرض الخصومة، ويلاعن الملاعن لنفسه، وشهادة الإنسان لنفسه غير مقبولة.

وأجاب في المختلف عن تسميته شهادة: «بأنّ الله تعالى قد سمى اليمين شهادةً كما في قوله تعالى: «قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ» (4).

وفيه نظر؛ لأنّ الواقع من المنافقين شهادة مؤكّدة باليمين بقرينة اللام الموطّئة للقسم،

وذلك لا يخرجها عن الشهادة، والأصل في الاستعمال الحقيقة.

والأولى أن يقال: إنّ يمين فيه شائبة الشهادة، بدليل ما ذكرناه من الخواصّ المنافية لكونه شهادة محضة مع تسميته شهادةً. وبهذا يجمع بين الأدلّة.

ويتفرّع على القولين لعان الكافر والمملوك على الوجه الذي لا يقبل فيه شهادته. أمّا المرأة فلعانها مقبول وإن كانت شهادتها في مثل ذلك غير مقبولة. وإن جعلناه أيماناً

ص: 283

1- النور (24): 6 و 8.

2- المستدرک علی الصحیحین، ج 2، ص 566، ح 2867؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 7، ص 648، ح 15294؛ تلخيص الحبير، ج 3، ص 227، ح 1624.

3- مسند أحمد، ج 1، ص 395، ح 232؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 278، ح 2256؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 7، ص 648، ح 15292.

4- مختلف الشيعة، ج 7، ص 444 المسألة 93؛ والآية 1 من سورة المنافقين (63).

وأما أحكامه

فتشتمل على مسائل:

الأولى: • يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل، وبلعانه سقوط الحدّ في حقّه ووجوب الحدّ في حقّ المرأة.

ومع لعانهما ثبوت أحكام أربعة: سقوط الحدّين، وانتفاء الولد عن الرجل دون المرأة، وزوال الفراش، والتحرّيم المؤبّد.

فلا إشكال وإلا كان خارجاً بالنصّ، كما قبلت شهادتها في الوصيّة بالمال ونظائرها به.

قوله: «يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل» إلى آخره.

الذي يفتح به أحكام اللعان أنّ الزوج غير محمولٍ على اللعان بعد القذف، بل إذا امتنع حدّ كالأجنبي إذا قذف ولم يقم البيّنة، لكنّه يمكن من اللعان؛ للضرورة الداعية إليه.

وكذا المرأة غير محمولةٍ على اللعان بعد لعان الرجل، فإن تركته حدّت؛ لقيام شهادته

الأربع مقام أربعة شهودٍ عليها بالزني، وإن لاعنته سقط عنها الحدّ.

وعند بعض العامة (1) أنّ قذف الزوج لا يوجب الحدّ عليه، لكنّه يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتّى يلاعن، واللعان عقوبة القذف دون الحدّ.

وكذلك قال: إذا لاعن الرجل لا تحدّ المرأة، بل تحبس إلى أن تلاعن.

لنا: دخوله في عموم قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» (2)، وقوله تعالى: «وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ» (3). ولا عذاب عليها بدون الشهادة سوى الحدّ، والحبس لا يسمّى عذاباً، بل لا دليل

ص: 284

1- في ح- حاشية (و): «هو أبو حنيفة وأحمد. (منه رحمه الله)». راجع الحاوي الكبير، ج 11، ص 82.

2- النور (24): 4.

3- النور (24): 8.

عليه بخلاف الحدِّ، فإنَّ شهادته عليها بمنزلة إقامة الشهود على الزني، ومن ثمَّ اندفع به عنه الحدِّ، فكان قرينةً لكون العذاب هو الحدِّ.

وقول النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلَّم لهلال بن أمية لما قذف زوجته: «البيّنة أو حدّ في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحقِّ إني لصادق ولينزلنَّ الله ما يبرئ ظهري من الحدِّ، فنزلت الآيات فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد والنبي صَلَّى الله عليه وآله وسلَّم يقول: «إنَّ الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟ ثم قامت فشهدت، فلمَّا كان عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنَّها موجبة، فتلكأت ونكصت حتَّى ظننَّا أنَّها ترجع، ثم قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم فمضت، الحديث. وفي آخره: فقال النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلَّم: «لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن»(1).

### الأحكام التي يتعلّق بلعانهما معاً

ثم يتعلّق بلعانهما معاً أربعة أحكام:

أحدها: سقوط الحدّين كما عرفت(2).

والثاني: انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة إن كان اللعان لنيفيه.

وفي حديث ابن عباس: أنّ النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلَّم لمَّا لاعن بين هلال وامرأته فرّق بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها، ومن رماها أورمى ولدها فعليه الحدّ(3). قيل: وكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب(4).

والثالث: زوال الفراش

والرابع: التحريم المؤبّد.

ص: 285

1- مسند أحمد، ج 1، ص 395، ح 232؛ سنن أبي داود، ج 2، ص 276، ح 2254؛ السنن الكبرى البيهقي، ج 7، ص 648، ح 15293؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 668، ح 2067.

2- راجع ص 284.

3- مسند أحمد، ج 1، ص 394، ح 2132؛ السنن الكبرى البيهقي، ج 7، ص 647 - 648، ح 15292.

4- السنن الكبرى البيهقي، ج 7، ص 648، ذيل الحديث 15292 نقلاً عن عباد بتفاوت.

## لو أكذب الزوج نفسه في أثناء اللعان... أو نكلت الزوجة

. ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل ثبت عليه الحدّ، ولم تثبت عليه الأحكام الباقية.

ولو نكلت هي أو أقرت رجمت وسقط الحدّ عنه ولم يزل الفراش، ولا يثبت التحريم.

ويدلّ عليهما قول النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلّم في ذلك الحديث: «ففرّق رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم بينهما وقال: «لا يجتمعان أبداً»(1).

وبعض العامة نفى تأبّد التحريم وقال: لو أكذب نفسه كان له أن يجدّد نكاحها(2).

والحديث الصحيح حجة عليه.

ولك أن تردّ هذه الأحكام إلى ثلاثة؛ لأنّ زوال الفراش يدخل في التحريم المؤبّد، وإنّما جمع بينهما لأنّ التحريم المؤبّد قد يجامع الفراش كالمفوضة. وهذه الفرقة تحصل ظاهراً وباطناً، سواء كان الزوج صادقاً أم هي صادقة، خلافاً لبعض العامة حيث حكم بأنّه مع صدقها لا يحصل باطناً(3).

قوله: «ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل ثبت عليه الحدّ» إلى آخره.

لما كان ثبوت هذه الأحكام مترتباً على اللعان الذي لا يتحقّق إلا بإكماله فبدونه لا يثبت شيئاً منها؛ عملاً بالاستصحاب. فإذا أكذب نفسه أو نكل قبل إكماله ولو بكلمة واحدة ثبت عليه حدّ القذف، وبقيت الزوجيّة والولد وإن أقرت هي أو نكلت فكذلك وحدّها الرجم؛ لأنّها محصنة، لكن بشرط أن يكون اللعان لقذفها بالزنى، فلو نفى الولد ولم يقذفها بل جوّز كونه لشبهة لم يلزمها الحدّ إلا أن تقرّ بموجبه.

ص: 286

1- السنن الكبرى البيهقي، ج 7، ص 657، ذيل الحديث 15318، وص 658. ح 15322؛ لحاوي الكبير، ج 11، ص 75.

2- الحاوي الكبير، ج 11، ص 75: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 9، ص 34، المسألة 6222.

3- العزيز شرح الوجيز، ج 9، ص 406.



## ولو أكذب نفسه بعد اللعان، وهل يثبت عليه الحدّ بذلك؟

• ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرّب به، وترثه الأمّ ومن يتقرّب بها ولم يعد الفراش ولم يزل التحريم. وهل عليه الحدّ؟ فيه روايتان، أظهرهما أنّه لا حدّ.

ويؤيّد ما ذكر من الحكم حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها: «فإن أقرّ على نفسه قبل الملاعنة جلد حدّاً، وهي امرأته» (1).

وفي رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل لا عن امرأته فحلف أربع شهادات، ثم نكل عن الخامسة، فقال: «إن نكل عن الخامسة فهي امرأته ويجلد، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك» (2).

واعلم أنّه يكفي في ثبوت الحدّ عليه نكوله أو إقراره ولو مرّة واحدة قبل إكمال اللعان؛ لأنّ موجب الحدّ - وهو القذف - متحقّق أمّا نكولها أو إقرارها، فإن كان بعد لعانه كفي فيه المرّة أيضاً؛ لأنّ لعانه كإقامة البيّنة عليها، فلا يحتاج إلى مجامعة إقرارها، وإنّما لعانها يسقط الحدّ عنها، فبدونه يبقى بحاله. أمّا لو أقرت قبل لعانه اعتبر كونه أربع مرّات كغيره من الأقارير بالزني إذا لم يثبت عليها بعد بالشهادة. وسيأتي (3).

قوله: «ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب» إلى آخره.

إذا تلاعنا وأكذب نفسه بعد اللعان لم يتغيّر الحكم المترتب على اللعان من التحريم المؤبّد وانتفاء الإرث، إلا أنّه بمقتضى إقراره يرثه الولد من غير عكس، ولا يرث أقرباء الأب ولا يرثونه، إلا مع تصديقهم في قول؛ لأنّ الإقرار لا يتعدّى المقرّ.

واختلف في الحدّ هل يثبت عليه بذلك أم لا؟ بسبب اختلاف الرواية.

فروى الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لا عن امرأته وهي حبلى، ثم ادّعى ولدها بعد

ص: 287

1- الكافي، ج 6، ص 163 - 164، باب اللعان، ح 6: تهذيب الأحكام، ج 8، ص 187، ح 650.

2- الكافي، ج 1، ص 165، باب اللعان، ح 12 باختلاف يسير؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 191، ح 665.

3- يأتي في ص 292.

ما ولدت وزعم أنه منه، فقال: «يردّ إليه الولد ولا تحلّ له؛ لأنه قد مضى التلاعن»<sup>(1)</sup>، فلو كان الحدّ باقياً لذكره، وإلا لتأخر البيان عن وقت الخطاب.

وعليها عمل الشيخ<sup>(2)</sup> والمصنّف والعلامة في أحد قوليه<sup>(3)</sup>.

ويؤيدها أنّ الحدّ سقط باللعان بحكم الشارع، ولم يتجدّد قذف، فلا وجه لوجوبه.

وروى محمّد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام أنّه سأل عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه، هل يردّ عليه ولدها؟ قال: «إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، وردّ عليه ابنه، ولا ترجع إليه امرأته أبداً»<sup>(4)</sup>.

وبها أخذ المفيد<sup>(5)</sup> والعلامة في القواعد<sup>(6)</sup>. وهو الأقوى؛ لأنه أكّد باللعان القذف؛ لتكراره إيّاه فيه. والسقوط إنّما يكون مع علم صدقه أو اشتباه الحال، أمّا مع اعترافه بكونه كاذباً فهو قذف محض، فلا تكون زيادته مسقطاً للحدّ. والرواية بثبوته ناصّة عليه، والأخرى لا تنافيه. مع أنّ في طريق الروایتين من هو مشترك بين الثقة والضعيف، وإنّما نجعلها شاهداً على ما اخترناه بالوجه العامّ.

واعلم أنّ الشيخ في التهذيب حمل الرواية الأخيرة على إكذاب نفسه قبل إتمام اللعان<sup>(7)</sup>. ولا يخفى ما فيه؛ لأنه لو كان كذلك لم يزل الفراش ولم يثبت التحريم المؤبد، وقد حكم في الرواية بأنّها لا ترجع إليه أبداً.

ص: 288

- 
- 1- الكافي، ج 6، ص 164، باب اللعان، ح 8 بتفاوت يسير الفقيه، ج 3، ص 538 - 539، ح 4858؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 194 - 195، ح 682.
  - 2- النهاية، ص 521.
  - 3- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 135، الرقم 5518؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 61.
  - 4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 194، ح 681؛ الاستبصار، ج 3، ص 376، ح 1342.
  - 5- المقنعة، ص 542.
  - 6- قواعد الأحكام، ج 3، ص 191.
  - 7- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 194، ذيل الحديث 681.

. ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحدّ، إلّا أن تقرّ أربع مرّات. وفي وجوبه معها تردّد.

الثانيّة: • إذا انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس لعانه بالإشارة، وإن لم يحصل اليأس منه.

قوله: «ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحدّ، إلّا أن تقرّ أربع مرّات» إلى آخره.

إذا اعترفت بعد اللعان بالزنى لم يجب عليها الحدّ بمجرد الإقرار إجماعاً، لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أنّ حدّ الزنى لا يثبت على المقرّ إلّا أن يقرّ به أربع مرّات (1).

وعلى تقدير إقرارها به أربعاً، ففي وجوب الحدّ عليها قولان، أشهرهما وجوبه، ذهب إليه الشيخ في النهاية (2) وأتباعه (3) وابن إدريس (4)، والعلامة (5): لعموم ما دلّ على وجوب الحدّ على من أقرّ أربعاً مكلفاً حرّاً مختاراً (6).

والمصنّف تردّد في ذلك؛ نظراً إلى أنّها أقرّت بزنى سقط حدّه باللعان، لقوله تعالى: «وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ» (7) فلا يعود.

والأوّل أقوى؛ لما ذكر في السابق.

قوله: «إذا انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس» إلى آخره.

إذا قذف الناطق ثمّ اعتقل لسانه وعجز عن الكلام لمرض وغيره نظر إن كان لا يرجح

ص: 289

- 
- 1- يأتي في ج 12، ص 43.
  - 2- النهاية، ص 521 - 522.
  - 3- المهذب، ج 2، ص 308؛ إصباح الشيعة، ص 462.
  - 4- السرائر، ج 2، ص 701.
  - 5- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 62، وفيه: «على رأي»؛ وفي تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 135، الرقم 5518، على إشكال؛ وكذا في قواعد الأحكام، ج 3، ص 191.
  - 6- راجع وسائل الشيعة، ج 28، ص 103 وما بعدها، الباب 16 من أبواب حدّ الزنى.
  - 7- النور (24): 8.

الثالثة: • إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر، فأقامت بيّنة لم يثبت اللعان وتعيّن الحدّ؛ لأنّه يُكذّب نفسه.

زوال ما به فهو كالأخرس، وقد تقدّم القول فيه (1). وإن كان يرجى ففي انتظار زواله وجهان:

أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف - لا، ويلاعن بالإشارة؛ لحصول العجز في الحال، وحدّ القذف مضيق، وربما يموت فيلحق به نسب ليس منه، وذلك ضرر.

والثاني: أنّه ينتظر زواله ولا- يغيّر الحكم بالعوارض التي تطرأ وتزول؛ لتمكّن الإتيان بصريح الكلمات المعتمدة في الشهادات واللعن والغضب. والمذهب هو الأول.

قوله: «إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر» إلى آخره.

إذا ادّعت المرأة على زوجها أنّه قذفها فله في الجواب أحوال:

أحدها: أن يسكت فتقيم عليه البيّنة، فله أن يلاعن.

وليس السكوت إنكاراً للقذف، ولا تكذيباً للبيّنة في الحقيقة، ولكنّه جعل كالإنكار في قبول البيّنة. وإذا لاعن قال: «أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما أثبت عليّ من رميي إيّاها بالزنى».

وثانيها: أن يقول في الواجب: «لا يلزمني الحدّ»، فأقامت البيّنة على القذف، فله اللعان أيضاً. ويجوز أن يريد بقوله «لا يلزمني الحدّ» أنّي صدقت فيما قلت وسأحقّقه باللعان فلا يكون على حدّ.

وثالثها: أن ينكر القذف فتقيم الشاهدين عليه.

وقد أطلق المصنّف (رحمه الله) فيه أنّه لا- يجاب إلى اللعان لو أراه وتعيّن الحدّ؛ لأنّه بلعانه يكذّب نفسه في إنكاره القذف؛ لأنّه ينكر نسبتها إلى الزني فكيف يشهد بالله إنّه لمن الصادقين فيما نسبها إليه؟!

ويحتمل جواز اللعان؛ لأنّه لم ينكر زناها وإنّما أنكر القذف والقذف يستعمل في القول

الرابعة: • إذا قذف امرأته برجلٍ على وجه نسبهما إلى الزنى كان عليه حدّان وله إسقاط حدّ الزوجة باللعان. ولو كان له بيّنة سقط الحدّان.

الباطل، فيجوز أن يريد أن قولي صادق وليس بقذف باطل، وإن لم يتلفظ بالتأويل، ولأنّ قوله مردود عليه بالبيّنة، فصار كأنه لم ينكر .

والوجه أنّه إنّ أظهر لإنكاره هذا التأويل ونحوه من التأويلات المحتملة قبل، وإلا فلا؛ لأنّه خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفي في نفيه مجرد الاحتمال.

وعلى تقدير عدم القبول أو عدم التأويل لو أنشأ قذفاً في الحال فله أن يلاعن لأجله ويسقط به الحدّ وإن كانت هي صادقة في دعواها؛ لأنّ من كرّر قذف امرأته كفاه لعان واحد.

ورابعها: أن لا يقتصر في الجواب على إنكار القذف بل قال: «ما قذفت وما زنت»، فيحدّ ولا لعان هنا قطعاً؛ لأنّه شهد بعفّتها وبرائها فكيف تحقّق زناها باللعان وقوله الأوّل يكذّبه؟! وليس له أن يقيم البيّنة والحال هذه؛ لأنّه كذب الشهود بقوله: «ما زنت».

وفي هذه الحالة لو أنشأ قذفاً ففي جواز لعانه وجهان، من إطلاق الحكم بثبوته بالقذف، ومن أن إقراره ببراءتها ينافي اللعان. والوجه تقييد جواز اللعان بمضنيّ مدّة بعد الدعوى يمكن فيها الزني.

وعلى تقدير جواز اللعان ففي سقوط حدّ القذف الذي قامت البيّنة عليه وجهان، من أنّ قوله «ما زنت» يمنع من صرفه إلى الأوّل، ومن إطلاق سقوط الحدّ باللعان الواحد للقذف المتعدّد. والأقوى الأوّل.

قوله: «إذا قذف امرأته برجلٍ على وجه نسبهما إلى الزنى كان عليه حدّان» إلى آخره.

إذا قذف زوجته بالزنى برجلٍ معين، بأن قال: «زنيّت بفلان»، فهو قذف لهما بلفظٍ واحدٍ، فيثبت الحدّ لهما، لكن سيأتي إن شاء الله تعالى في الحدود(1) أنّه مع قذف متعدّد بلفظ واحد لهم حدّ واحد إن جاؤوا به مجتمعين، وإن تفرّقوا فلكلّ واحد حدّ، وهذه من أفراد تلك.

ص: 291

الخامسة • إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزمها الحدّ إن أقرت أربعاً، وسقط عن الزوج ولو أقرت مرةً. وإن كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان، وكان للزوج أن يلاعن لنيفه؛ لأنّ تصادق الزوجين على الزني لا ينفي النسب؛ إذ هو ثابت بالفراش وفي اللعان تردّد.

وحينئذٍ نقول: إن جاء به متفرّقين فلا إشكال في تعدّد الحد، وأنّ له إسقاط حدّها باللعان دون حدّه كما ذكره المصنّف.

وإن جاء به مجتمعين، فإن لاعن الزوجة سقط حدّها وحدّ الرجل كما لو جاء متفرّقين؛ لأنّ الحدّ لهما يتداخل ويجتزئ منه بواحدٍ، ولم يحصل هنا حدّ فكان كما لو لم يطلبه. وإن لم يلاعن وحدّها لها تداخل الحدّان؛ بناءً على القاعدة المقرّرة، وإن كان إطلاقه وجوب الحدّين هنا لا يخلو من منافرة للقاعدة، لكن طريق الجمع ما قرّره.

ولا فرق في عدم سقوط حدّه للرجل بين أن يذكره في لعانها، بأن يقول: «أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميتها به من الزني بفلان»، وعدمه عندنا؛ لأنّ اللعان بالنسبة إلى إسقاط حدّ القذف مختصّ بالزوجة.

خلافاً لبعض العامة، حيث أسقط حدّه مع ذكره في لعانها؛ نظراً إلى أنّ اللعان حجّة في ذلك الزني في طرف المرأة، فكذا في طرف الرجل: لأنّ الواقعة واحدة، وقد قامت فيها حجّة مصدّقة(1).

وجوابه: أنّ اللعان إنّما يثبت حجّة على قذف الزوجة كما تضمّنته الآية(2)، لا على قذف غيرها، فيبقى حكم قذفه على الأصل. ولو فرض تعدّد صيغة القذف بالنسبة إليهما تعدّد الحدّ مطلقاً كما ذكر(3).

قوله: «إذا قذفها فأقرت قبل اللعان» إلى آخره.

إذا قذفها بالزني وصادقته عليه قبل اللعان سقط الحدّ عنه؛ لاعترافها بعدم الإحصان،

ص: 292

1- الحاوي الكبير، ج 11، ص 62؛ الوجيز، ج 2، ص 94؛ العزيز شرح الوجيز، ج 9، ص 384.

2- النور (24): 6.

3- قبيل هذا.

السادسة • إذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت فأقام شاهدين باعترافها، قال الشيخ: لا يقبل إلا أربعة، ويجب الحدّ.

وفيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهادة بالإقرار لا بالزنى.

ولم يجب عليها؛ لعدم حصول موجبه إلا أن تقرّ أربعاً. فإن ولدت من الوطاء الذي تصادقا عليه أنّه زنى فهو لاحق بهما شرعاً؛ لأنّها فراش والولد للفراش، وقولهما في نفيه غير مقبول؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير، فإن تلاعنا انتفى عنه حينئذٍ، ذكر جميع ذلك الشيخ في المبسوط (1). وكلّه جيّد في محلّه، إلا قوله بصحّة اللعان لنفيه، فقد تردّد فيه المصنّف.

ووجهه من ثبوت نسب الولد ظاهراً على ما قرّرناه، فإذا نفاه الرجل مع عدم سبق إقراره به دخل تحت عموم اللعان لنفي الولد (2) الملحق به ظاهراً، ومن أنّ اللعان هنا غير متصوّر؛ لأنّ الزوجة لا يمكنها أن تقول: «أشهد بالله أنّه لمن الكاذبين في نفي الولد عنه» مع تصديقها إيّاه على الزنى، وعلى تولّد الولد من الزنى، فإنّ ذلك فرض المسألة.

وإنّما يتّجه اللعان مع تصديقها له على الزنى دون تولّد الولد منه، أمّا مع دعواها كونه من الزوج أو إطلاقها فلا

والأقوى ثبوته هنا، وانتفاؤه في الأوّل.

قوله: «إذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت فأقام شاهدين» إلى آخره.

إذا قذفها وادّعى اعترافها بالزنى فأنكرت، فهل يثبت الزنى بإقرارها بشاهدين أم لا بدّ من أربع؟ قولان منشؤهما كون الغرض من الإقرار إثبات الزنى الموجب لإقامة الحدّ وهتك العرض، فكان كالشهادة على نفس الزنى فلا بدّ من الأربعة، وهو من باب اتّحاد طريق المسألتين لا القياس. وهو اختيار الشيخ في هذا الباب (3)، وقوّاه في المختلف (4).

ص: 293

1- المبسوط، ج 4، ص 232.

2- راجع وسائل الشريعة، ج 22، ص 429، الباب 9 من أبواب كتاب اللعان.

3- المبسوط، ج 4، ص 257.

4- مختلف الشريعة، ج 8، ص 543، المسألة 103.

السابعة . إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورثها الزوج، وعليه الحد للوارث. ولو أراد دفع الحد باللعان جاز.

وفي رواية أبي بصير: «إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له، وإلا أخذ الميراث». وإليه ذهب في الخلاف والأصل أن الميراث يثبت بالموت، فلا يسقط باللعان المتعقب.

ومن أن المشهود عليه إقرار فأشبهه سائر الأقارير وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف في باب الشهادات(1)، وابن إدريس(2)، ويظهر من المصنّف الميل إليه هنا.

ثم على تقدير توقّف ثبوت الزنى على الأربعة هل يكفي الاثنان في سقوط الحدّ عن القاذف، أم لا بدّ من الأربعة كالسابق؟ قال الشيخ في المبسوط بالثاني(3): لأنها شهادة على الزنى فلا يقبل أقلّ من أربعة.

وقيل: يكفي هنا اثنان(4)؛ لأنها شهادة على الإقرار بالزنى لا عليه نفسه، وهو لا يستلزم ثبوت الزنى بمجرد؛ لأنّ الحدّ يسقط عنه بإقرارها مرّة واحدة ولا- يثبت عليها الزنى إلاّ بإقرارها أربعاً، فيثبت الإقرار بشاهدين بالنسبة إلى إسقاط الحدّ، كما يثبت بهما المال وموجب القصاص، بل هنا أولى؛ لأنّ الحدود مبنية على التخفيف. وهذا أقوى.

قوله: «إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورثها الزوج» إلى آخره.

قد عرفت ممّا سبق أنّ من أحكام اللعان ما يترتب على لعانه خاصّة من غير أن يتوقّف على لعانها(5)، وهو سقوط الحدّ عنه وثبوته عليها، وأنّ منه ما يترتب على لعانها معاً، كالفرقة المؤبّدة الموجبة لنفي التوارث وانتفاء نسب الولد عن الأب. فإذا فرض موتها قبل اللعان

ص: 294

1- المبسوط، ج 5، ص 534؛ الخلاف، ج 1، ص 251، المسألة 3.

2- السرائر، ج 2، ص 115 - 116.

3- المبسوط، ج 4، ص 257.

4- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 455.

5- سبق في ص 284.



لم يسقط حكم ما يترتب على لعانه خاصةً؛ لعدم المانع منه، فله أن يلاعن بعد موتها لنفي الحدّ عنه من غير احتياج إلى لعان الوارث، ولكنّه لا ينفي الميراث ولا النسب؛ لترتّبهما على التلاعن من الجانبين وقد فات بموتها، والأصل أن لا يقوم غيرها مقامها فيه.

وقال الشيخ في النهاية: إن قام رجل من أهلها فلاعنه سقط الحدّ عنه، وسقط إرثه (1). وتبعه عليه القاضي (2) وجماعة (3).

والمستند رواية أبي بصير عن الصادق عيه السلام قال: «إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وإن أبي أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها» (4).

ورواية عمرو بن خالد، عن زيد بن علي، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام في رجل قذف امرأته فخرج فجاء وقد توفيت قال: «يخيّر واحدة من ثنتين يقال له: إن شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام فيك الحدّ وتعطى الميراث، وإن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها ولا ميراث لك» (5).

والروايتان ضعيفتان، الأولى بالإرسال، والثانية برجال الزيدية. والأصل أن لا يقوم غير الزوجة مقامها في اللعان، وأن لا يزول الإرث الذي قد ثبت بالموت.

وأما ما قيل في ردّه من أنّ الوارث لا يمكنه القطع بنفي فعل غيره، ولا يكفي يمينه على نفي العلم، وأنّ الاجتزاء بأيّ وارث كان مع التعدّد ترجيح من غير مرجّح. فلا يصلح للمنع، لإمكان اطلاع الوارث وعلمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصوراً، بأن يدّعي عليها أنّها زنت في ساعة كذا بفلان أو مطلقاً، وقد كان الوارث ملازماً لها أو للمنسوب إليه في تلك الساعة على وجه يعلم انتفاء الفعل، كما في نظائره من الشهادات على النفي المحصور. ولما كان المعتر لعان واحد من طرف الزوجة اكتفي بلعان وارث واحد؛ لقيامه مقام لعانها،

ص: 295

1- النهاية، ص 523.

2- المهدّب، ج 2، ص 310.

3- الوسيلة، ص 337 - 338.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 190، ح 664.

5- الفقيه، ج 3، ص 539. ح 4859؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 194. ح 679.

## إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها

الثامنة: • إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به قيل: لا حدّ، وقيل: يحدّ؛ تمسّكاً بحصول الموجب وهو أشبهه. وكذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثمّ قذفها به، وهنا سقوط الحدّ أظهر.

ولو قذفها به الأجنبي حدّ. ولو قذفها فأقرت ثمّ قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حدّ.

ولو قذفها ولاعن فنكلت ثمّ قذفها الأجنبي قال الشيخ: لا حدّ كما لو أقام بينة. ولو قيل: يحدّ كان حسناً.

ومع التعدّد يتخير الوارث أن يبذل الجميع أو يقرع بينهم مع التشاح. فمثل ذلك لا يصلح لإبطال الحكم لو ثبت بنصّ يعتمد عليه، وإنّما الوجه في ردّه ضعف مستنده.

قوله: «إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به - إلى قوله - ولو قيل: يحدّ كان حسناً».

هنا مسائل خمس:

الأولى: تكرار القذف قبل اللعان من غير أن يتخلله الحدّ لا يوجب زيادة عن حدّ واحد ولا لعان واحد إجماعاً.

وإن تخلّل الحدّ ثمّ قذف فهل يجب الحدّ ثانياً؟ اختلف كلام الشيخ فيه، فأثبتته في الخلاف (1)، ونفاه في المبسوط (2).

ومبنى القولين على أنّ كلّ واحدٍ من القذف المتعدّد سبب تامّ في إيجاب الحدّ، والأصل مع تعدّد الأسباب أن يتعدّد المسبّب، خرج منه ما إذا لم يتخلّل الحدّ فيبقى الباقي، وأنّ الحدّ في القذف إنّما يثبت مع اشتباهه صدق القاذف وكذبه لا مع الحكم بأحدهما، وكذبه هنا معلوم بقوله تعالى: «فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ» (3).

ص: 296

1- الخلاف، ج 5، ص 41، المسألة 53.

2- المبسوط، ج 4، ص 253.

3- النور (24): 13

ويضعف الثاني بأنّ المعترف في سقوط الحدّ ظهور كذبه لا وصفه به بمجرد الذمّ مع تجويز صدقه في نفس الأمر، فلا يزول بذلك ما دلّ على إيجاب الحدّ مع القذف المعلوم الموجب لزيادة الهتك الموهوم لدعوى الصدق في السابق. فما اختاره المصنّف من ثبوت الحدّ ثانياً أقوى. هذا إذا كان القذف الثاني بمتعلّق الأوّل، كما تبه عليه المصنّف بقوله: «ثمّ قذفها به». أما لو قذفها بزيّةٍ أُخرى فلا إشكال في ثبوت الحدّ عليه ثانياً.

الثانية: أن يتخلّل اللعان بين القذفين. وقد اتفق قولاً الشيخ هنا على سقوط الحدّ(1)؛ لأنّ اللعان مساوٍ للبيّنة والإقرار من المرأة في سقوط الحدّ ثانياً.

وقيل: يحدّ هنا أيضاً(2)؛ لأنّ اللعان إنّما أسقط الحدّ الذي وجب عليها بلعانه، ولم يثبت زناها به ولا أقرت ولا نكلت فمع القذف الثاني وجد موجب الحدّ؛ لعموم الآية(3)، واللعان المتقدم لا يصلح لإسقاطه؛ لاستحالة تقدّم المسبّب على السبب. والأوّل أقوى.

الثالثة: أن يقذفها به الأجنبي فيجب عليه الحدّ، سواء كان قبل تلاعنهما أم بعده؛ لوجود المقتضي له وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا تلاعن الزوجين وهو مفقود في طرف الأجنبي؛ لأنّه قاذف محض ولم يوجد له مسقط.

وربما احتمل سقوطه عنه أيضاً؛ نظراً إلى أنّ لعان الزوج كإقامة البيّنة عليها بالزني، وهي مسقطه لإحصانها المقتضى لسقوط الحدّ عن قاذفها.

وقيام اللعان مقام البيّنة مطلقاً ممنوع، وإنّما قام مقامها في سقوط الحدّ عن الزوج لا مطلقاً.

الرابعة لو قذفها، فأقرت، ثمّ قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حدّ لسقوط إحصانها باقرارها به كما يسقط بالبيّنة.

ص: 297

1- راجع المبسوط، ج 4 ص 253؛ والخلاف، ج 5، ص 41، المسألة 53.

2- لم نعر على قائله.

3- النور (24): 4.

التاسعة • لو شهد أربعة والزوج أحدهم، فيه روايتان، إحداهما ترجم المرأة، والأخرى تحد، الشهود ويلاعن الزوج.

ومن فقهاءنا من نزل ردّ الشهادة على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف. وهو حسن.

ويكفي في سقوط الحد، إقرارها به مرّة واحدة وإن لم يثبت عليها الحدّ بدون الأربع؛ لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(1)</sup>، واختصاص حكم المتعدّد بثبوت الزني والإحصان غيره.

ولا فرق في هذه الحالة بين قذفها بالزنيّة الأولى وبغيرها؛ لاشتراكهما في المقتضي، وهو

سقوط إحصانها بالإقرار.

الخامسة: لو قذفها الزوج ولاعن فنكلت، ثمّ قذفها الأجنبي فهل يجب عليه الحدّ؟

قولان:

أحدهما - للشيخ في كتابي الفروع<sup>(2)</sup> - لا حدّ عليه؛ لأنّ النكول كالبيّنة وهي مسقطة للحدّ؛ لأنّها مزيلة للإحصان.

والثاني للأكثر ومنهم المصنّف - ثبوت الحدّ؛ لعموم: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ»<sup>(3)</sup>

ويمنع زوال الإحصان بنكولها وقيامه مقام البيّنة مطلقاً وإن لزم به ما نكل عن الحلف عليه ظاهراً؛ لأنّ ذلك لعدم تخلصها عن الدعوى باليمين لا لكونها أقرت، ولأنّ اليمين محذورة فبالنكول عنها كما يحتمل حقيّة المدعي يحتمل قصد السلامة من محذور اليمين، والمزيل للإحصان الأوّل دون الثاني. وهذا أقوى.

قوله: «لو شهد أربعة والزوج أحدهم فيه روايتان» إلى آخره.

ص: 298

- 
- 1- أورده العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 259، ذيل المسألة 226، وص 370، ذيل المسألة 337، ص 543. ذيل المسألة 258: وولده في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 428؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج 5، ص 233.
  - 2- الخلاف، ج 5، ص 41، المسألة 54؛ المبسوط، ج 4، ص 253.
  - 3- النور (24): 4.

## إذا شهد على المرأة بالزنى أربعة رجالٍ أحدهم الزوج

إذا شهد على المرأة بالزنى أربعة رجالٍ أحدهم الزوج، ففي ثبوته عليها بشهادتهم قولان، منشؤهما اختلاف الروائين، فذهب الأكثر ومنهم الشيخ (1) وابن إدريس (2) والمصنّف وأكثر المتأخّرين - إلى قبول شهادة الزوج وثبوت الحدّ على المرأة لوجود المقتضي على ثبوت الزنى وهو شهادة أربعة عدولٍ وانتفاء المانع؛ لأنّ شهادة الزوج مقبولة لزوجته وعليها، ورواية إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام أنّه سأله عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: «تجوز شهادتهم» (3)، ومعنى الجواز الصّحّة، والصحيح ما يترتّب أثره عليه وهو ثبوت الحدّ على المشهود عليه.

وذهب الصدوق (4)، والقاضي ابن البراج (5) مع آخرين إلى الثاني؛ لرواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنى، أحدهم زوجها، قال: «يلاعن، ويجلد الآخرون» (6). ويؤيدها قوله تعالى: «لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شَهَدَاءَ» (7) إن جعل الضمير في «جاءوا» راجعاً إلى القاذفين ومنهم الزوج، فإنّه لا يقال: جاء الإنسان بنفسه بمعنى أتى بها.

والأصحّ الأوّل.

والرواية الثانیة ضعيفة السند بمحمد بن عيسى (8)، وإسماعيل بن خراش فإنّه مجهول (9).

ص: 299

1- الخلاف، ج 5، ص 43، المسألة 59؛ النهاية، ص 690.

2- السرائر، ج 3، ص 430.

3- تهذيب الأحكام، ج 1، ص 282، ح 776؛ الاستبصار، ج 3، ص 35، ح 118.

4- المقنع، ص 440.

5- راجع المهذب، ج 2، ص 525. قال فيه: وقد ذكرت في كتابي «الكامل»: أنّ الأقوى في نفسي في ذلك أنّهم يحدّون، ولا يجب على المرأة حدّ.

6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 184، ج 643؛ الاستبصار، ج 3، ص 36، ح 119.

7- النور (24): 13.

8- الفهرست، ص 402، الرقم 612.

9- راجع معجم رجال الحديث ج 4، ص 11، الرقم 1265. وفي حاشية «خ، و»: «في التهذيب رواها موقوفةً على زرارة وهو ضعف آخر. (منه رحمه الله)». ولعلّه سهو من قلمه الشريف (قدّس سرّه) فإنّ الشيخ رواها مسندة عن أحدهما عليهما السلام. فراجع.

العاشرة: • إذا أُخْلِ بشيء من ألفاظ اللعان الواجبة لم يصحّ. ولو حكم به حاكم لم ينفذ.

والأولى موافقة للأصول، معتضدة بقوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ» (1). فإنّ ظاهرها أنّه إذا كان غيره فلا لعان، وبقوله تعالى: «وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» (2)، قيل: الخطاب للحكام وهم أعمّ من أن يكونوا غير الزوج أو معه؟ (3)

والشيخ حمل الرواية الثانية على اختلاف بعض شرائط القبول (4)، وابن إدريس على سبق قذف الزوج (5)، وهو من جملة اختلاف الشرائط. ولا بأس بالحمل؛ لأنّه طريق الجمع حيث لا تطرح الرواية لضعفها.

ولا بن الجنيّد قول ثالث بأنّ الزوجة إن كانت مدخولاً بها ردّت الشهادة وحدّوا ولاعن الزوج، وإلا حدّت هي (6).

وكأنّه قصد الجمع بذلك أيضاً، وخص الردّ بحالة الدخول؛ لاشتغال روايته على لعان الزوج وهو مشروط بالدخول، فتعيّن حمل الأخرى على غيره.

ولا وجه لهذا بعد ضعف الرواية عن مقاومة أدلّة القبول.

قوله: «إذا أُخْلِ بشيء من ألفاظ اللعان الواجبة لم يصحّ» إلى آخره.

نّبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة حيث ذهب إلى أنّ الحاكم إذا حكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان نفذ، وقام الأكثر مقام الجميع، وإن كان الحاكم مخطئاً في الحكم (7).

ص: 300

1- النور (24): 6.

2- النساء (4): 15.

3- لم نعثر عليه.

4- النهاية، ص 690.

5- السرائر، ج 3، ص 431.

6- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 9، ص 138، المسألة 2.

7- المبسوط، السرخسي، ج 7، ص 51.

الحادية عشرة: • فرقة اللعان فسخ، وليست طلاقاً.

وضعه، ظاهر، فإنَّ الحكم حينئذٍ خطأ بالإجماع فلا ينفذ، كسائر الأحكام الباطلة باختلال بعض شروطها وأركانها.

قوله: «فرقة اللعان فسخ، وليست طلاقاً».

خالف في ذلك أبو حنيفة أيضاً، فجعلها فرقة طلاق(1).

لنا: أنّها تحصل بغير لفظ فضلاً عن لفظ الطلاق فكانت كفرقة الرضاع والرّدة. وتظهر الفائدة في عدم اشتراط جمعها لشرائط الطلاق من كون الزوجة طاهراً من الحيض طهراً لم يقربها فيه، إلى غير ذلك من شرائطه، وفيما لو علّق ظهار امرأة أخرى بطلاق هذه فلا عنها.

وفي تنصّف المهر لو كان قبل الدخول - حيث نجوّزه قبله - من حيث كونه فسخاً من جهتها؛ إذ لم تحصل الفرقة إلاّ بلعانها، أو لا؛ نظراً إلى اشتراكهما في السبب الموجب؛ إذ هو اللعان من الجانبين نظر. وعلى الثاني يثبت الجميع؛ لأنّ تنصّفه قبل الدخول مشروط بالطلاق أو بدليل خاصّ.

\*\*\*

تمّ الجزء الرابع من كتاب مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام.

وفرغ من تسويده مصنّفه الفقير إلى الله تعالى زين الدين بن عليّ بن أحمد أواخر شهر جمادى الآخرة سنة ثلاث وستين وتسعمائة حامداً مصلياً مسلماً(2)

ص: 301

---

1- المبسوط، السرخسي، ج 7، ص 47؛ بدائع الصنائع، ج 3، ص 358؛ وحكاه عنه أيضاً الشيخ في الخلاف، ج 5، ص 25، المسألة 26.  
2- في نسخة (و): «بسم الله خير الأسماء، وقع المرور وبلغ النظر على هذا المجلّد الشريف وعرضه على أصله المنيف الذي بخطّ شارحه السعيد، و تصحيح الألفاظ وتبيين المعاني، وتعليق الحواشي والرجوع إلى الأصول الأربعة، ومقابلة المدارك الشريفة بقدر الوسع والطاقة البشرية مع تشتّت الأحوال وتراكم الأهوال، في أوقات مختلفة وأحوال متفرقة، آخرها عند غروب الشمس من اليوم التاسع عشر من شهر رمضان المبارك سنة 1119. وكتب العبد الأحقر محمّد جعفر عفي عنه حامداً مسلماً».





. وفضله متفق عليه، حتى روي: من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلّ عضو منه عضواً له من النار».

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَبِهِ نَسْتَعِينُ

كتاب العتق

هو لغةً: الخلوص (1)، ومنه سمي البيت الشريف عتيقاً، والخيل الجياد عتاقاً.

وشرعاً: خلوص المملوك الأدمي أو بعضه من الرقّ بالنسبة إلى مطلق العتق، وبالنسبة إلى المباشرة التي هي مقصود الكتاب الذاتي، تخلّص الأدمي أو بعضه من الرقّ منجزاً بصيغة مخصوصة.

قوله: «وفضله متفق عليه، حتى روي: من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلّ عضو منه عضواً له من النار»

اتفق أهل الإسلام على فضيلة العتق. و الرواية التي أشار إليها رواها الخاصة والعامة عنه صلى الله عليه وآله وسلم لكن بعبارات مختلفة.

فروي زرارة - في الصحيح - عن الباقر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو منه عضواً من النار» (2).

ص: 303

---

1- لسان العرب، ج 10، ص 235؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 3، ص 179، «عتق».  
2- الكافي، ج 6، ص 180، باب ثواب العتق...، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 216، ح 769.

وروى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبي البلاد، عن أبيه مرسلاً، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللهُ الْعَزِيزَ الْجَبَّارَ بِكُلِّ عَضْوٍ لَهُ عَضْوٌ مِنْهُ مِنَ النَّارِ، فَإِنْ كَانَتْ أُنْثَى أَعْتَقَ اللهُ الْعَزِيزَ الْجَبَّارَ بِكُلِّ عَضْوَيْنِ مِنْهَا عَضْوًا مِنَ النَّارِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ نِصْفَ الرَّجُلِ (1)»

وفي الصحيح عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله جعفر بن محمد عليه السلام أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَعْتَقُ الْمَمْلُوكَ قَالَ: «يَعْتَقُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنَ النَّارِ» (2)

فهذه جملة ألفاظ الرواية على اختلافها من طرق الأصحاب، وليس فيها اللفظ الذي نقله المصنّف (رحمه الله)، فكأنّه نقلها بالمعنى.

وخصّ المؤمن إمّا لأنّ المراد به المسلم كما في الرواية الصحيحة، أو حمل المطلق على المقيّد كما يحمل لفظ المملوك في الرواية الأخرى على المسلم أو المؤمن.

ويجوز إبقاء كلّ واحد من الثلاثة على أصله، و حصول الثواب المذكور على عتق كلّ مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقاً، ذكراً أو أنثى. وأن يخصّ ذلك بالذكر بقريئة تذكير لفظه، و تقييده بما في الرواية الأخرى، إلّا أنّ تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر.

وروى العامة في الصحيحين أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ امْرَأً مُسْلِمًا اسْتَنْقَذَ اللهُ تَعَالَى بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ حَتَّى الْفَرْجِ بِالْفَرْجِ» (3). وفي هذه الرواية التقييد بالإسلام و كون المعتق رجلاً؛ لأنّ «الامرأ» مذكّر «الامرأة» فلا يتناول الأنثى.

وفي بعض ألفاظ رواياتهم عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ حَتَّى فَرْجِهَا بِفَرْجِهِ» (4). وهذه شاملة للذكر والأنثى المسلم وغيره.

ص: 304

- 
- 1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 216، ح 770؛ ورواه أيضاً الكليني في الكافي، ج 6، ص 180، باب ثواب العتق...، ح 3.
  - 2- الكافي، ج 6، ص 180، باب ثواب العتق...، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 216، ح 768.
  - 3- صحيح البخاري، ج 2، ص 891، ح 2381؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1148، ح 1509/24.
  - 4- صحيح مسلم، ج 2، ص 1147، ح 22 - 1509/23؛ السنن الكبرى للبيهقي، ج 10، ص 459، ح 21307 و 21308.

. ويختصّ الرقّ بأهل الحرب، دون اليهود و النصارى و المجوس القائمين بشرائط الذمة، و لو أخلّوا دخلوا في قسم أهل الحرب.

و اعلم أنّ ممّا يدلّ على فضيلة العتق جعل الله تعالى إيّاه كفّارة لقتل المؤمن(1)، و الوطء في رمضان(2)، و للاثم في مخالفة الله تعالى فيما عاهده عليه و نذره و حلف عليه(3).

و قد جعله النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم موجِباً للعتق من النار فقال: «أيّما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاهه من النار»(4).

و لأنّه يخلّص الآدمي المعصوم الدم من ضرر الرقّ، و يملكه منفعه، و يكمل أحكامه. قوله: «و يختصّ الرقّ بأهل الحرب، دون اليهود و النصارى و المجوس» إلى آخره.

المراد بأهل الحرب من يجوز قتالهم و محاربتهم إلى أن يسلموا، سواء انحصرت الغاية في إسلامهم كمن عدا اليهود و النصارى و المجوس من فرق الكفّار، أم كان الإسلام أحد الغايتين كالفرق الثلاث، فإنّهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمة من الجزية وغيرها.

و إلى شمول أهل الحرب لمن ذكر أشار المصنّف بقوله «و لو أخلّوا دخلوا في قسم أهل الحرب».

و ربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم الأوّل خاصّةً، و إن جاز قتال القسم الثاني في الجملة.

و الوجه على هذا في التسمية أنّهم ليس لهم ما داموا على الكفر إلّا الحرب، لا تقبل منهم فدية إلى أن يسلموا بخلاف الفرق الثلاث، فإنّهم قد يحرم حربهم إذا التزموا بشرائط الذمة، فلم يكونوا أهل حرب من حيث هم كفّار من إحدى الفرق الثلاث، بل من جهة عدم التزامهم بأحد الأمرين

ص: 305

1- النساء (4): 92.

2- تهذيب الأحكام، ج 4، ص 208، ح 604؛ الاستبصار، ج 2، ص 97، ح 315.

3- المائدة (5): 89.

4- السنن الكبرى البيهقي، ج 10، ص 459 - 460، ح 21309.

. و كل من أقر على نفسه بالرق مع جهالة حرّيته حكم برقه.

وعلى الاعتبارين، فالمراد بأهل الحرب بالنسبة إلى هذا الحكم - وهو جواز استرقاقهم - معناه الأعم، للاتفاق على جواز استرقاق من عدا الفرق الثلاث الملتزمين بشرائط الذمة.

ولا فرق في جواز استرقاقهم بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين و يشتغلوا بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الإسلام وقهره كمن بين المسلمين من عبدة الأوثان و النيران و الغلاة و غيرهم، إلا أن يكونوا مهادين للمسلمين بشرائطها المقررة في كتاب الجهاد، فيجب حينئذ الكف عنهم إلى انقضاء المدّة المقررة.

قوله: «و كل من أقر على نفسه بالرق مع جهالة حرّيته حكم برقه».

يعتبر في نفوذ إقراره كونه بالغاً عاقلاً كما هو المعتبر في قبول الإقرار مطلقاً، وإثماً أهمل اشتراطه استسلاًفاً لذكره في كتاب البيع (1)، و لكونه قاعدة معلومة.

و هل يعتبر مع ذلك رشده؟ الأكثر و منهم المصنّف على عدم اعتباره؛ لأنّ السفه إنّما يمنع من التصرف المالي و الإقرار بالرقية ليس إقراراً بمال؛ لأنّه قبل الإقرار محكوم بحرّيته ظاهراً فيكون إقراره مسموعاً، و لعموم صحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كان عليّ عليه السلام يقول: الناس كلّهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية و هو مدرك من عبد أو أمة» (2) فاعتبر البلوغ و لم يعتبر الرشد.

وقيل: يعتبر الرشد (3)؛ لأنّ إقراره وإن لم يتعلّق بمال ابتداءً لكنّه كشف عن كونه مالاً قبل الإقرار، فإنّه إخبار عن حقّ سابقٍ عليه لا إنشاء من حينه؛ لإمكان أن يكون بيده مال، فإنّ إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون إقراراً بمال محض و لو بالتبعية.

و يضعف الأول بأنّ ذلك لو منع قبول الإقرار لأدى إلى قبوله؛ لأنّه إذا لم يقبل بقي على أصل الحرّية فينفذ إقراره فيصير مالاً فيردّ، فيصير حرّاً، و ذلك دور. و المال جاز دخوله

ص: 306

1- راجع ج 3، ص 296.

2- الكافي، ج 6، ص 195، باب نوادر، ح 5؛ الفقيه، ج 3، ص 141، ح 3518؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 235، ح 845.

3- من القائلين به العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 198.

. وكذا الملتقط في دار الحرب.

تبعاً وإن لم يقبل الإقرار به مستقلاً، كما لو استلحق واجب النفقة، فقد قيل: إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعاً لا أصلاً، أو يقال: يصح في الرقبة دون المال؛ لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الإقرار بالزوجة دون المهر.

وحيث يقبل إقراره لا يقبل رجوعه بعد ذلك؛ لاشتماله على تكذيب كلامه السابق، ورفع ما ثبت عليه بغير موجب.

ولو أقام بينة لم تسمع؛ لأنه قد كذبها بإقراره السابق، إلا أن يظهر لإقراره تأويلاً يدفع التناقض فيقوى القبول، كما لو قال: لم أعلم بأنني تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرق ثم ظهر لي سبق العتق على الإقرار بالبينة أو الشيع المفيد لذلك.

ولو أنكر المقر له رقبته بقي على الرقبة المجهولة، ويتجه حينئذ جواز رجوعه؛ لأنه مال لا يدعيه أحد، وإقراره السابق قد سقط اعتباره برد المقر له، فإذا لم يصبر حرّاً بذلك لا أقل من سماع دعواه الحرية بعد ذلك.

ووجه عدم قبول الإقرار الثاني مطلقاً استلزام إقراره الأول كونه رقاً، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز. وتكذيب المقر له لا يرفع صحة الإقرار في نفس الأمر، وإنما ينتفي عنه ظاهراً. ومتى صار رقاً بإقراره لا ينفذ إقراره بعد ذلك؛ لأنه حينئذ ممنوع من التصرف المترتب على الحرية ولو لم يكن قد عين المقر له ابتداءً ثم رجع وأظهر تأويلاً محتملاً فأولى بالقبول.

قوله: «وكذا الملتقط في دار الحرب».

أي يجوز استرقاقه، كما يجوز استرقاق أهل الحرب تبعاً للدار، لا أنه يحكم بكونه رقاً بمجرد وجوده في دار الحرب؛ لأنه لا يقصر عن كونه من جملة ذراريهم وهم لا يملكون إلا بالتملك.

وإنما يجوز استرقاق اللقيط في دار الحرب إذا لم يكن فيها مسلم يمكن تولده منه عادةً،

ذكر أن المسلم أم أثنى، وإلا حكم بإسلامه وحرّيته.

. و لو اشترى إنسان من حربي ولده أو زوجته أو إحدى ذوي أرحامه كان جائزاً و ملكه؛ إذ هم فيء في الحقيقة.

. و يستوي سبي المؤمنين و الضلال في استباحة الرق.

قوله: «و لو اشترى انسان من حربي ولده أو زوجته» إلى آخره.

لما كان تملك أهل الحرب جائزاً للمسلم مطلقاً جاز التوصل إليه بكل سبب و منه شراؤه ممن يعينه على الاستقلال به، سواء كان البائع أباً أم زوجاً أم غيرهما من الأرحام، و ليس هذا في الحقيقة بيعاً حقيقياً، وإنما هو وسيلة إلى وصول المسلم إلى حقه، فلا تلحقه أحكام البيع، و لا يشترط فيه شرائطه، وإنما السبب المملك له القهر و الاستيلاء.

و في الدروس جواز للمسلم الرد بالعيب و أخذ الأرش (1)؛ نظراً إلى أنه و إن لم يكن بيعاً حقيقياً لكنه إنما بذل العوض في مقابلته سليماً.

و يشكل بأن الأرش عوض الجزء الفائت في المبيع و لا مبيع هنا، و بأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرد الرد؟ و ليس من الأسباب الناقلة للملك شرعاً في غير المبيع الحقيقي.

و يمكن دفع الإشكال بأن قدوم الحربي على البيع التزام بأحكام البيع التي من جملتها الرد بالعيب أو أخذ أرشه، فردّه عليه ينزل منزلة الإعراض عن المال و الثمن، غايته أن يكون قد صار ملكاً للحربي، و التوصل إلى أخذه جائز بكل سبب و هذا منه، بل أولى؛ لأنه مقتضى حكم البيع.

و هذا كله يتم إذا لم يكن مال الحربي معصوماً، بأن دخل إلى دار الإسلام بأمان، فلا يجوز أخذ ماله بغير سبب مبيح له شرعاً.

و حينئذ يتجه صحة البيع و لزوم أحكامه التي من جملتها جواز ردّه معيباً و أخذ أرشه.

قوله: «و يستوي سبي المؤمنين و الضلال في استباحة الرق».

أراد بالضلال ما يشمل المسلمين منهم و الكافرين، فلو سبى كافر مثله ملكه و جاز

ص: 308

## أسباب إزالة الرق:

### إشارة

• وإزالة الرق تكون بأسباب أربعة: المباشرة، والسراية، والملك، والعوارض.

### العتق بالمباشرة

### إشارة

أمّا المباشرة فالعتق، والكتابة، والتدبير.

### صيغة العتق

. أمّا العتق فعبارته الصريحة: «التحرير». وفي «الإعتاق» تردّد.

و لا يصحّ بما عدا «التحرير»، صريحاً كان أو كنايةً و لو قصد به العتق، كقوله: «فككت رقبتك» أو «أنت سائبة».

شراؤه منه، و كان الكلام في شرائه منه كالكلام في شراء ولده و زوجته منه.

و لو كان كافراً ذمياً أو مسلماً مبدعاً فلا إشكال في تملكه، و قد أباح الأئمة عليهم السلام لشراء ذلك منهم و غيره من ضروب التملكات (1)، و إن كان للإمام كلاً أو بعضه من غير اشتراط إخراج الحصّة المذكورة.

قوله: «و إزالة الرق تكون بأسباب أربعة» إلى آخره.

أراد بالسبب المزيل للرق هنا ما يشمل التامّ و الناقص، فإنّ من هذه الأسباب ما يكفي في إزالة الرق، كالإعتاق بالصيغة و شراء القريب و التنكيل و الجذام و الإقعاد.

و منها ما يتوقّف على أمر آخر، كالكتابة؛ لتوقّفها على أداء المال، و التدبير؛ لتوقّفه على موت من علّق عتقه على موته، و الاستيلاء؛ لتوقّفه على موت المولى أيضاً، و موت المورث؛ لتوقّفه على دفع القيمة إلى مالكة، و غير ذلك ممّا يفصل في محلّه.

قوله: «أمّا العتق فعبارته الصريحة: التحرير. وفي الإعتاق تردّد» إلى آخره.

لا بدّ لوقوع العتق من صيغة تدلّ عليه، كغيره من الأحكام المتوقّف وقوعها على الصيغ الخاصة.

وقد اتفق الأصحاب على وقوعه بالتحرير، كأن يقول: «حرّرتك» أو «أنت حرّ» و قد استعملت هذه اللفظة فيه في قوله تعالى: «فَتَحْرِيْرُ

رَقَبَةٍ» (2)

- 1- تهذيب الأحكام، ج 7، ص 77، ح 328 - 330؛ الاستبصار، ج 3، ص 83، ح 280 و 281.
- 2- النساء (4): 92.



وَاتَّقُوا أَيْضاً عَلَى عَدَمِ وَقُوعِهِ بِالْكُنَايَاتِ الْمَحْتَمَلَةِ لَهُ وَلِغَيْرِهِ وَإِنْ قَصَدَهُ بِهَا، كَقَوْلِهِ: «فَكَكَّتْ رَقَبَتَكَ» أَوْ «أَنْتِ سَائِبَةٌ» أَوْ «لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ» وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفُوا فِي لَفْظِ الْإِعْتَاقِ لِك- «أَعْتَقْتِكَ» أَوْ «أَنْتِ مَعْتَقٌ» أَوْ «عَتِيقٌ» مِنَ الشُّكِّ فِي كَوْنِهِ صَرِيحاً فِيهِ أَوْ كُنَايَةً. وَالأَصَحُّ الْقَطْعُ بِوُقُوعِهِ بِهِ؛ لِدَلَالَتِهِ عَلَيْهِ لُغَةً وَعَرَفاً وَشُرْعاً، بَلِ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ أَكْثَرَ مِنَ التَّحْرِيرِ كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ أَطَّلَعَ عَلَى عِبَارَاتِ الْفُقَهَاءِ وَكَلَامِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَالْأَنْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَصِيغِهِمْ وَمَحَاوِرَاتِهِمْ.

وَقد تَقَدَّمَ مِنْهُ مَا لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ (1): «أَعْتَقْتِكَ وَتَزَوَّجْتِكَ» وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا عَتَقَ إِلَّا مَا أُرِيدُ بِهِ وَجِهَ اللَّهُ تَعَالَى» (2)، وَغَيْرَ ذَلِكَ (3) مِمَّا لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْدَادٍ لِكَثْرَتِهِ.

وَقَوْلِ الْمَصْنُوفِ - بَعْدَ تَرَدُّدِهِ فِي وَقُوعِهِ بِالْإِعْتَاقِ - «وَلَا يَصَحُّ بِمَا عَدَا التَّحْرِيرَ» إِلَى آخِرِهِ إِذَا رَجِعَ عَنِ التَّرَدُّدِ إِلَى الْجُزْمِ بِعَدَمِ وَقُوعِهِ بِلَفْظِ الْعَتَقِ، أَوْ مَتَجَوِّزَ فِي إِرَادَةِ مَا عَدَا الصِّيغَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ.

وَقَوْلُهُ «صَرِيحاً كَانَ أَوْ كُنَايَةً» يَدُلُّ عَلَى وَجُودِ صِيغَةٍ أُخْرَى صَرِيحَةً فِيهِ وَلَا يَقَعُ بِهَا.

وَفَسَّرَهَا الْعَلَّامَةُ بـ «فَكَ الرِّقَبَةَ، وَإِزَالَةَ قَيْدِ الْمَلِكِ» (4). وَفِي صِرَاحَتِهِمَا نَظَرٌ، وَإِنْ اسْتَعْمَلْتَ الأُولَى فِيهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: «فَكَ رَقَبَةً» (5)، فَإِنَّ الاسْتِعْمَالَ أَعَمَّ مِنَ الصَّرِيحِ بَلْ مِنَ الْحَقِيقَةِ، كَمَا اسْتَعْمَلَ الطَّلَاقُ بِلَفْظِ «التَّسْرِيحِ» وَ«الفِرَاقِ» بِقَوْلِهِ تَعَالَى: (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) (6).

ص: 310

- 
- 1- تَقَدَّمَ فِي ج 6، ص 480 - 481.
  - 2- الكافي، ج 6، ص 178، بَابُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ عَتَقَ إِلَّا مَا أُرِيدُ بِهِ وَجِهَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، ح 1؛ الفقيه، ج 3، ص 115، ح 3444؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 217، ح 772.
  - 3- الكافي، ج 1، ص 178، بَابُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ عَتَقَ إِلَّا مَا أُرِيدُ بِهِ وَجِهَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 217، ح 773 و 774.
  - 4- قواعد الأحكام، ج 3، ص 200.
  - 5- البلد (90): 13.
  - 6- البقرة (2): 229.

. ولو قال لأُمته: «يا حرّة» وقصد العتق، ففي تحريرها تردّد، والأشبه عدم التحرير؛ لبعده عن شبه الإنشاء.

«أَوْفَارِ قُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (1)، ولم يجعلوهما صريحين فيه. ولو سلّمنا كونهما صريحين فيه لالتزمنا بوقوعه بهما؛ لعدم المانع منه شرعاً.

والمراد بـ«السائبة» المعتق، يطلق كذلك على الذكر والأنثى.

قال ابن الأثير في النهاية: «قد تکرّر في الحديث ذكر السائبة والسائب، كان الرجل إذا أعتق عبداً فقال: هو سائبة، فلا عقل بينهما ولا ميراث» (2).

قوله: «ولو قال لأُمته: يا حرّة، وقصد العتق ففي تحريرها تردّد» إلى آخره.

إذا قال لأُمته: «يا حرّة» أو قال لبعده: «يا حرّ» أو «يا معتق» فإن قصد النداء باسمه الموضوع قبل ذلك، أو أحدث له ذلك الاسم وناداه به لم يعتق قطعاً، لعدم المقتضي؛ إذا اللفظ غير صريح، والقصد غير حاصل.

وإن قصد به العتق ففي وقوعه وجهان أو قولان (3)، منشؤهما أنّ حرف الإشارة إلى المملوك غير معتبر بخصوصه، وإنّما الغرض به تمييزه وهو حاصل بالنداء، وصيغة التحرير حاصله بقوله «حرّ» أو ما في معناه، ومن بعد النداء عن شبه الإنشاء؛ لأنّ الأصل فيه عرفاً صيغة الإخبار باللفظ الماضي أو الجملة الاسميّة في بعض الموارد كـ«أنت حرّ» وغاية استعمال النداء فيه أن يكون كناية وعتق لا يقع بها عندنا. وهذا أشبه.

ومن أوقعه بالكناية من العائمة (4) قطع بوقوعه بالنداء بقصد الإعتاق قطعاً، ومع الإطلاق أو قصد النداء بالاسم على خلاف، بمعنى أنّه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهراً على أحد الوجهين.

ص: 311

1- الطلاق (65): 2.

2- النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 2، ص 431، «سب».

3- القول بالوقوع للعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 201: ومن القائلين بعدم الوقوع فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 476.

4- روضة الطالبين، ج 8، ص 381؛ بدائع الصنائع، ج 4، ص 68.

. ولو كان اسمها حرّة فقال: «أنت حرّة» فإن قصد الإخبار لم تنتعق، وإن قصد الإنشاء صحّ. ولو جهل منه الأمران ولم يمكن الاستعلام لم يحكم بالحرّيّة؛ لعدم اليقين بالقصد.

وفيه تردّد، منشؤه التوقّف بين العمل بحقيقة اللفظ، والتمسك بالاحتمال.

قوله: «ولو كان اسمها حرّة فقال: «أنت حرّة» فإن قصد الإخبار لم تنتعق» إلى آخره.

إذا كان اسمها حرّة أو اسمه حرّاً أو عتيقاً، فقال: «أنت حرّة» أو «أنت حرّ» أو «عتيق» فإن قصد الإنشاء فلا شبهة في وقوعه؛ لأنّه لفظ صريح فيه وقد انضمّ إليه القصد فكان أكد. وإن قصد الإخبار باسمه دون الإنشاء لم يقع العتق باطناً قطعاً، ويقبل قوله في عدم قصد العتق ظاهراً؛ لأنّ اللفظ مشترك بين المعنيين فيرجع إليه في صرفه إلى أحدهما كما في كلّ مشترك. ومثله ما لو كان اسمها طالق فقال: «أنت طالق».

وإن لم يعلم قصده رجع إليه فيه وقبل تفسيره. فإن اشتبه الحال بموته أو غيره ففي الحكم بعنقه وجهان، من أنّ اللفظ صريح فيه والصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن قصده كما قد علم، ومن خروجه عن الصراحة باحتمال إرادة الإخبار عن الاسم، ومع قيام الاحتمال يستصحب حكم بقاء الرقّ. وهذا أولى إن لم تحصل قرينة خارجية ترجح جانب الإنشاء، فإنّ ترجيحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فإن انضمّ إليه قرينة أخرى زاده قوّة، وكان العمل به أقوى.

ولو لم يكن اسمها حرّة فقال: «أنت حرّة» ثمّ قال: أردت أنّها عفيفة، أو بقوله: «أنت حرّ» العفيف أو كريم الأخلاق، ففي قبوله منه وجهان، من احتمال الأمرين فلا يعلم ذلك إلّا من جهته فيقبل قوله في إرادته، وبه قطع في القواعد (1)، ومن أنّه خلاف الظاهر.

ولا إشكال هنا في الحكم بالعتق لو لم يدع إرادة خلافه، بخلاف ما لو كان اسم المملوك ذلك، فإنّه لا يحكم بالعتق إلّا مع اعترافه بقصده. والفرق ظهور اللفظ في العتق هنا،

ص: 312

و لا بدّ من التلقّف بالصريح . و لا تكفي الإشارة مع القدرة على النطق، و لا الكتابة.

. و لا بدّ من تجريده عن الشرط، فلو علّقه على شرط مترقّب أو صفة لم يصحّ.

و احتماله للأمرين على السواء هناك على ما تقرّر .

و لو ادّعى المملوك في هذه الصورة إرادة العتق فله إحلاف المولى على عدم قصده.

قوله: «و لا تكفي الإشارة مع القدرة على النطق، و لا الكتابة».

لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعاً، و لم يرد من الشارع هنا وقوع العتق بذلك. هذا مع القدرة، أمّا مع العجز فتكفي الإشارة المفهومة كغيره من العقود اللازمة و الإيقاعات، و لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ أباه حدّثه: «أنّ أمّامة بنت أبي العاص - و أمّها زينب بنت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، فتزوّجها بعد علّيّ عليه السلام المغيرة بن نوفل - أنّها وجعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن و الحسين و هي لا تستطيع الكلام، فجعلوا يقولان - و المغيرة كاره لما يقولان: أعتقت فلاناً و أهله؟ فتشير برأسها: نعم، و كذا و كذا، فتشير برأسها: نعم أم لا. قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم»(1). و الكتابة من جملة الإشارة، بل هي من أقواها.

و كذا يعتبر النطق بالعربيّة مع الإمكان، و مع العجز يقع بأيّ لغة اتّفق مع صراحتها فيه في تلك اللغة.

قوله: «و لا بدّ من تجريده عن الشرط، فلو علّقه على شرط مترقّب أو صفة لم يصحّ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و الكلام في دليله كمنظّاره فيما سبق(2).

و جوّزه القاضي ابن البرّاج(3)، و ابن الجنيد(4) من أصحابنا معلّقاً على الشرط و الصفة،

ص: 313

1- الفقيه، ج 4، ص 198، ح 5458؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 258، ح 936.

2- سبق في ص 31؛ و ج 5، ص 63؛ و ج 7، ص 274 - 275 و 550.

3- المهذّب، ج 2، ص 359.

4- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 49 المسألة 9.

. وكذا لو قال: «يدك حرّة» أو «رجلك» أو «وجهك» أو «رأسك».

أمّا لو قال: «بدنك» أو «جسدك» فالأشبه وقوع العتق؛ لأنّه هو المعنيّ بقوله: «أنت».

و جواز الرجوع فيه قبل حصولهما كالتمييز. وهو مذهب العامة (1)، واستشهدوا عليه بالتمييز، فإنّه عتق معلق، وباقي الأصحاب خصّوه بمورده.

وربما منع من كونه عتقاً معلقاً، بل هو وصيّة بالعتق، كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى (2).

وفي المختلف ادّعى الإجماع على بطلان العتق المعلق على الشرط (3). وليس بجيد، بل الخلاف متحقّق، ومعلوميّة نسب المخالف على هذا الوجه غير قادحة.

وقد تقدّم الفرق بين الشرط والصفة (4)، وأنّ المراد بالشرط ما جاز وقوعه في الحال وعدمه كمجيء زيد، والصفة ما لا يحتمل وقوعها في الحال وتعيّن وقوعها عادة كطلوع الشمس.

قوله: «وكذا لو قال: يدك حرّة أو رجلك» إلى آخره.

المعهود شرعاً تعلق العتق بذات الإنسان المشار إليه بقوله «أنت» أو «هذا» أو «عبدي» أو «زيد». سواء جعلنا الإنسان جسماً أم جسمائياً.

أمّا إذا قال: «بدنك أو جسدك حرّ» ففي وقوعه وجهان، من أنّه خلاف الذات الإنسانيّة عند المحقّقين، ومن دلّته عليه عرفاً عاماً، وهو مقدّم على العرف الخاصّ الذي لا يعرفه إلاّ الآحاد، مع وقوع الخلاف فيه، وهو المراد من قول المصنّف «لأنّه هو المعنيّ بقوله: أنت» بمعنى أنّهما في العرف بمعنى واحد وإن كانا مختلفين في التحقيق، ولأنّ المملوكيّة

ص: 314

1- الكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج 2، ص 414؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 295 وما بعدها. المسألة 8641، وص

300 - 301، المسألة 8643؛ روضة الطالبين، ج 8، ص 382؛ بدائع الصنائع، ج 4، ص 87.

2- يأتي في ص 404.

3- مختلف الشيعة، ج 8، ص 107، المسألة 58.

4- تقدّم في ص 33 - 34.

. وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا. فلو قال: «أحد عبيدي حرّ» صحّ، ويرجع إلى تعيينه. فلو عيّن ثم عدل لم يقبل.

والمالكية ضدّان يتواردان على الموضوع الواحد و المملوكية تتعلّق بالهيكل المحسوس قطعاً، وكذا المالكية المترتبة على الحرّية.

و الأقوى الوقوع بذلك، إلا أن يكون القائل معتقداً أنّ الإنسان خلاف ذلك و ادّعى قصد شيء فيرجع إليه فيه.

و على القولين لا يقع لو علّقه ببعض الأعضاء، كاليد و الرجل و الوجه و الرأس، و إن كان الوجه و الرأس قد يطلق على الذات عرفاً؛ لأنّه خلاف المتبادر، و لعدم نقل مثل ذلك شرعاً.

و اعلم أنّه قد تقدّم وقوع الكفالة المتعلقة بالوجه و الرأس (1)، معللاً بأنّه قد يعبر بهما عن الجملة عرفاً.

و الفرق بين الكفالة و العتق أنّ القصد الذاتي منها إحضار البدن و الذات تابعة عرفاً، و هنا بالعكس، فإنّ الحرّية المقصودة من العتق متعلّقة بالذات و البدن تابع إذا جعلناه غيره.

و أمّا الفرق بينهما بأنّ المعتبر في الكفالة العرف، و في العتق الشرع، فلا يخلو من تحكّم و إن كان العرف منصرفاً في الفرق الأوّل أيضاً.

قوله: «وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا» إلى آخره.

القول بعدم اشتراط التعيين للشيخ (رحمه الله) (2) و الأكثر؛ لأصالة عدم الاشتراط و وجود المقتضي للصحة و هو صيغة العتق الصادرة من أهلها، و عدم ظهور المانع؛ إذ ليس إلا كونه مبهماً و هو لا يصلح للمانع؛ لأنّ الإبهام واقع في الشرع كثيراً.

وقيل: يشترط التعيين (3)؛ لأنّ الحكم المعين لا بدّ له من محلّ معيّن و هو ممنوع.

ص: 315

1- تقدّم في ج 4، ص 97.

2- المبسوط، ج 4، ص 437.

3- لم نعثر على قائله. قال عميد الدين - في كنز الفوائد، ج 3، ص 9- : ولم نقف لأحد منهم على قول باشتراط التعيين. لكنّ الشيخ نجم الدين قال في الشرائع: «وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا وهو يؤذن باحتمال اشتراطه عنده»

وقد تقدّم البحث فيه في الطلاق(1)، و الوجه فيهما واحد غير أنّ عدم اشتراط التعيين هنا أشهر، و هناك بالعكس، و لا وجه له إلا مراعاة الاحتياط في الفروج و بناء العتق على التغليب.

و حيث قلنا بصحّته مبهماً فالمرجع إليه في التعيين.

وقيل: يرجع إلى القرعة؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل(2). و هو ضعيف؛ إذ لا معيّن هنا في نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعة.

و هل يقع العتق بالصيغة، أو هو التزام عتق في الذمّة منحصر في عبده الذين أطلقه فيهم؟ و جهان، تقدّم مثلهما في الطلاق(3).

و يتخرّج عليهما ما لو مات أحدهم فعينه هل يصحّ؟ إن قلنا بحصول العتق عند التعيين لم يصحّ؛ لأنّ الميت لا يقبل العتق. و على هذا فلو كان الإبهام في عبيد، و قلنا ببطلان التعيين في الميت تعيّن الآخر و لا حاجة إلى لفظة. و إن قلنا بالوقوع عند الإبهام صحّ تعيينه.

و حيث يعيّن لا يصحّ له العدول عن المعين، فلو قال: عيّنت هذا بل هذا عتق» الأول و لغا الثاني؛ لأنّ التعيين حصل بالأوّل فلم يبق للعتق محلّ، بخلاف قوله: «عتقت هذا بل هذا» و في وجوب الإنفاق على الجميع قبل التعيين و المنع من استخدامهم و جهان، أجودهما ذلك.

و لو جرى ذلك في أمّتين أو إماء حرم الوطاء، فإن فعل ففي كونه تعييناً لغير الموطوءة و جهان، سبق مثلهما في الطلاق(4)، فإن لم نجعله تعييناً و عيّن العتق في الموطوءة فلا حدّ عليه. و في وجوب المهر و جهان، مبنيان على وقوع العتق بالتعيين أو بالصيغة، فعلى الثاني يجب دون الأوّل.

ص: 316

1- تقدّم في ج 7، ص 239.

2- راجع الفقيه، ج 3، ص 92، ح 3392؛ و تهذيب الأحكام، ج 1، ص 240، ح 593؛ و ج 9، ص 258، ح 970.

3- تقدّم في ص 241.

4- تقدّم في ج 7، ص 242.

. ولو مات قبل التعيين قيل: يعين الوارث، وقيل: يقرع، وهو أشبه؛ لعدم اطلاع الوارث على قصده.

. أمّا لو أعتق معيّنًا ثمّ اشتبه أُرجئ حتّى يذكر. فإن ذكر عمل بقوله. ولو عدل بعد ذلك لم يقبل. فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيًّا؛ لاحتمال التذكّر.

فإن مات وادّعى الوارث العلم رجوع إليه. وإن جهل يقرع بين عبيده؛ لتحقق الإشكال واليأس من زواله.

ولو ادّعى أحد مماليكه أنّه هو المراد بالعتق فأنكر فالقول قوله مع يمينه. وكذا حكم الوارث. ولو نكل قضى عليه.

قوله: «ولو مات قبل التعيين قيل: يعين الوارث، وقيل: يقرع» إلى آخره.

وجه تعيين الوارث أنّه خيار تعلّق بالمال، فيخلف الوارث المورث فيه كما يخلفه في خيار البيع والشفعة.

و القول بالقرعة للشيخ(1): لما أشار إليه المصنّف من التعليل بأنّ الوارث لا يطّلع على قصد المورث، فلا يمكنه التعيين.

وفيه: أنّ معرفة قصده غير شرط؛ لأنّ تعيين المورث مجرد تشهّ لا يفتقر إلى شيء آخر، والوارث قائم مقامه، وليس هناك معتق معيّن في نفس الأمر حتّى يشتهبه على الوارث تعيينه

و مقصود المورث.

ويمكن الجواب بأنّ التعيين وإن كان راجعاً إلى الاختيار إلّا أنّه مختصّ باختيار المبهّم وقد فات ولأنّه في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفّظ، ولا ريب أنّ القرعة أولى.

قوله: «أمّا لو أعتق معيّنًا ثمّ اشتبه أُرجئ حتّى يذكر. فإن ذكر عمل بقوله» إلى آخره.

إذا أعتق معيّنًا في نفسه أو سمّاه ثمّ نسيه آخر الأمر رجاء أن يتذكّر؛ لأنّ المعتق هنا معيّن في نفس الأمر بخلاف السابق، فإن ادّعى أنّه ذكر عمل بقوله؛ لأنّ ذلك ممّا لا يعلم إلّا من

ص: 317



. ويعتبر في المعتق البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد إلى العتق، والتقرب إلى الله تعالى، وكونه غير محجور عليه.

وفي عتق الصبي - إذا بلغ عشرًا - وصدقته تردّد. ومستند الجواز رواية زرارة عن أبي جعفر عليها السلام.

ولا يصحّ عتق السكران.

قبله، وتعيّن من عينه المعتق. فإن عدل عنه إلى غيره لم يقبل في حقّ الأول، وعتق الثاني أيضاً مؤاخذه له بإقراره، كما لو أقرّ لزيد بمال ثمّ قال: بل لعمر وبخلاف السابق، فإنّ التعيين حصل بالأول فلم يبق له محلّ.

وإن استمرّ الاشتباه انتظر التذكّر ما دام حيّاً، ومنع من الوطاء والاستخدام؛ لتحريم ذلك من الحرّ، واشتباهه بمحصور، وعليه الإنفاق على الجميع من باب مقدّمة الواجب؛ لوجوب الإنفاق على المملوك، ولا يتمّ إلا بالإنفاق على الجميع.

فإن مات قبل التذكّر قام الوارث مقامه إن ادّعى اطلاعه على المعتق، لأنّه خليفته، وربما ذكر له ذلك وأطلعه عليه. وإن لم يدّع العلم فالوجه القرعة؛ لأنّ المعتق هنا معيّن عند الله تعالى ومجهول عندنا فيستخرج بالقرعة.

والقول بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد؛ لأنّ التعيين هنا ليس إنشاءً بل إخباراً عمّا وقع من المورث فلا مدخل لتعيين الوارث حيث لا يدعي العلم.

ثمّ على تقدير تعيين المعتق أو الوارث، لو ادّعى بعض المماليك الذين لم يعيّنهم أنّه المراد فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأنّ ذلك لا يعلم إلاّ من قبله. وإنّما توجّهت عليه اليمين لإمكان اطلاع المملوك على الحال من قبله، فتسمع دعواه بحيث يتوجّه بها اليمين. فإن نكل عن اليمين قضى عليه بعتق المدّعي مضافاً إلى ما عيّنه إن قضينا بالنكول، وإلاّ أحلف المملوك وعتق.

قوله: «ويعتبر في المعتق البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد إلى العتق» إلى آخره. اشتراط كونه غير محجور عليه بعد اشتراط بلوغه وعقله تعميم بعد التخصيص، فإنّ غير

المحجور يقتضي البلوغ وكمال العقل.

و القول بجواز عتق من بلغ عشرًا في المعروف للشيخ (رحمه الله) (1)؛ استناداً إلى رواية زرارة عن الباقر عليه السلام (2).

وفي طريق الرواية ضعف بموسى بن بكر، فإنه واقفي غير ثقة (3)، و ابن فضال، فإنه فطحى وإن كان ثقة (4)، مع أنه في باب الوصايا من التهذيب أوقفها على زرارة في موضع (5)، وأسندها إلى الباقر عليه السلام في آخر (6)، فكيف مع هذه القوادح تصلح لإثبات حكم مخالف لأصول المذهب، بل لإجماع المسلمين؟! وفي هذا الكتاب وصلها إلى الباقر عليه السلام، وفي نكت النهاية قال: إنها موقوفة على زرارة (7)، وفي النافع جعلها حسنة (8). ولعله أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث، وهو أن يكون روايتها إمامية، وفيهم من الممدوح غير المعدل، فإن أمرها ليس كذلك، لما عرفت من حال روايتها فهي ضعيفة السند لا حسنة.

و أمّا حالها في الوصل والوقف، فإن الراوي أوصلها تارةً وقطعها أخرى، وهو عدل من علل الحديث يقدر في اعتباره، وعلى كل حال فاطراحها متعين.

ويمكن حملها وحمل ما ورد في معناها من جواز وقفه وصدقته ووصيته على أن ابن العشر محلل إمكان البلوغ، كما تقدم من أن الولد يلحق به في هذه السن (9)؛ لإمكان بلوغه بالمني، فسبب أنه في وقت إمكان البلوغ و جواز التصرف أطلقوا جواز تصرفه، والمراد

ص: 319

1- النهاية، ص 546.

2- الكافي، ج 7، ص 28، باب وصية الغلام والجارية...، ح 1؛ الفقيه، ج 4، ص 197، ح 5454؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 248، ح 898.

3- رجال الطوسي، ص 343، الرقم 5108؛ خلاصة الأقوال، ص 406، الرقم 1639.

4- رجال النجاشي، ص 257 - 258، الرقم 676؛ خلاصة الأقوال، ص 93، الرقم 15.

5- تهذيب الأحكام، ج 9، ص 181، ح 729.

6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 248، ح 898.

7- نكت النهاية، ج 3، ص 23.

8- المختصر النافع، ص 334.

9- تقدم في ج 3، ص 535.

. ويبطل باشتراط نيّة القربة عتق الكافر، لتعدّرها في حقّه. وقال الشيخ في الخلاف يصحّ.

به إذا انضمّ إليه ما يدلّ على البلوغ، بمعنى أنّه من حيث السنّ لا- مانع من جهته وإن توقّف على أمرٍ آخر. وهذا خيرٌ من أطراح الروايات الكثيرة.

واعلم أنّ المعتبر من التقرب في العتق أن يقصد به وجه الله تعالى و ثوابه، على حدّ ما يعتبر في غيره من العبادات وإن لم يتلفظ به، بخلاف صيغة الإعتاق، فإنّ اللفظ معتبر فيها. و حينئذٍ فيكفي قوله «أنت حرّ» و ما في معناه قاصداً به القربة.

قوله: «و يبطل باشتراط نيّة القربة عتق الكافر، لتعدّرها في حقّه» إلى آخره.

للأصحاب في اشتراط إسلام المعتق و عدمه أقوال:

أحدها: اشتراطه، ذهب إليه ابن إدريس (1) و المصنّف، و العلامة في أكثر كتبه (2)، و جماعة (3)؛ محتجّين باشتراط نيّة القربة و هي متعدّرة من الكافر، و من ثمّ أجمعوا على بطلان عباداته المشروطة بالنيّة، و لأنّ العبادة ملزومة للثواب حيث تقع صحيحةً، و هو مشروط بدخول الجنة ليثاب بها فيها، و ذلك ممتنع في حقّ الكافر.

و يدلّ على كونه عبادة مشروطة بنيّة القربة الروايات المتظافرة عنهم عليهم السلام من قولهم: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى» (4)، و المراد نفي الصحة؛ لأنّه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة حيث كانت الحقيقة غير مرادة.

و ثانيها: عدم الاشتراط مطلقاً، و هو قول الشيخ في كتابي الفروع (5)؛ محتجّاً بأنّ العتق؛

ص: 320

- 
- 1- السرائر، ج 3، ص 4 و 20.
  - 2- قواعد الأحكام، ج 3، ص 198؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 189 ، الرقم 5624؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 67 ، وفيه: «على رأي»؛ مختلف الشيعة، ج 8، ص 62، المسألة 20.
  - 3- منهم السيّد المرتضى في الانتصار، ص 372، المسألة 216؛ وسألار في المراسم، ص 191؛ وابن حمزة في الوسيلة. ص 341.
  - 4- تقدّم تخريجه في ص 310، الهامش 2.
  - 5- الخلاف، ج 1، ص 371، المسألة 12؛ المبسوط، ج 4، ص 441.

. ويعتبر في المعتق الإسلام و الملك. فلو كان المملوك كافراً لم يصح عتقه. وقيل: يصح مطلقاً. وقيل: يصح مع النذر.

فك ملك و تصرف مالي و نفع للغير، و الكافر أهل لذلك، بل ملكه أضعف من ملك المسلم ففكّه أسهل، و لبناء العتق على التغليب.

و جاز حمل الخبر على نفي الكمال، كقوله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: «لا صلاة لجار المسجد إلا فيه» (1)، و من ثمّ وقع الاتفاق على بطلان عبادة الكافر المحضّة دون عتقه و نحوه من تصرفاته الماليّة المشتملة على العبادة كالوقف و الصدقة؛ ترجيحاً لجانب الماليّة على العبادة.

و ثالثها: التفصيل (2)، فإن كان كفره بجحد الإلهية أصلاً لم يصح؛ لتعدّد قصد القربة و وجه الله تعالى منه حينئذٍ. و إن كان بجحد رسولٍ أو فريضةٍ مع إقراره بالله تعالى - كالكتابي - صح؛ لأنّ قوله عليه السلام: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى» يقتضي اشتراط إرادة التقرب المتوقّفة على الإقرار بالمتقرب إليه.

و حملة على نفي الصحّة أولى؛ لأنّها أقرب إلى المراد من نفي الكمالية كما ذكرناه.

ثم لا يلزم من اشتراطه بالإرادة المذكورة حصول المراد؛ لأنّ ذلك أمر آخر لا يدلّ عليه الخبر.

وكونه عبادة مطلقاً ممنوع بل من هذا الوجه، و هو لا يمنع وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى، و بهذا فارق غيره من العبادات المحضّة. و هذا أقوى.

قوله: «ويعتبر في المعتق الإسلام و الملك» إلى آخره.

القول باشتراط إسلام المملوك المعتق للأكثر، و منهم الشيخ في التهذيب (3) و المفيد (4)

ص: 321

1- تهذيب الأحكام، ج 1، ص 92، ح 244؛ وج 3، ص 6، ذيل الحديث 16؛ سنن الدارقطني، ج 2، ص 97، ح 5/1536.

2- هو قول العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 62، المسألة 20.

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 219، ذيل الحديث 783.

4- المقنعة، ص 548.

و المرتضى (1) و الأتباع (2) و ابن إدريس (3) و المصنّف و العلامة (4)؛ لقوله تعالى: «وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» (5) نهى عن قصد الخبيث بالإتفاق، و الأصل فيه التحريم المقتضى الفساد العبادة.

و قولهم عليهم السلام: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى» (6)

و رواية سيف بن عميرة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: «لا» (7).

وفيه نظر، أما الآية فإثماً دلّت على النهي عن إنفاق الخبيث، و هو الرديء من المال يعطاه الفقير على ما ذكره المفسّرون (8)، و لا يلزم منه تحريم عتق الكافر؛ لأنّ الإنفاق لماليته لا لاعتقاده الخبيث، و ربما كانت ماليته خيراً من ماليّة العبد المسلم، فهو من هذه الجهة ليس بخبيث.

و لو سلّم تناوله للكافر منعنا من عموم النهي عن إنفاق الرديء مطلقاً، بل في الصدقة الواجبة؛ للإجماع على جواز الصدقة بالرديء من المال و الجيد، و الأمر بالصدقة بشقّ تمرّة (9)

و أما الخبر الأوّل فقد تقدّم أنّ المعتبر فيه إرادة وجه الله تعالى، و هي ممكنة في حق المعتق الكافر المقرّ بالله تعالى لمثله، و من المسلم إذا رجا بعثته الخير و استجلابه إلى

ص: 322

1- الانتصار، ص 372 - 373، المسألة 216.

2- الكافي في الفقه، ص 318؛ المراسم ص 191؛ الوسيلة، ص 341.

3- السرائر، ج 3، ص 4.

4- قواعد الأحكام، ج 3، ص 197.

5- البقرة (2): 267.

6- تقدّم تخريجه في ص 310، الهامش 2.

7- الفقيه، ج 3، ص 142. ح 3526؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 218، ح 782؛ الاستبصار، ج 4، ص 2، ح 1.

8- مجمع البيان، ج 1، ص 381؛ الكشاف، ج 1، ص 314، ذيل الآية 267 من سورة البقرة (2).

9- الكافي، ج 4 ص 4، باب فضل الصدقة، ح 11.

. ويصحّ عتق ولد الزنى. وقيل: لا يصحّ، بناءً على كفره. ولم يثبت.

الإسلام، ونحو ذلك من المقاصد الجميلة التي يمكن معها إرادة وجه الله تعالى، ويؤيده ما روي أن علياً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فأسلم حين أعتقه(1).

ورواية سيف - مع ضعف سندها بابن أبي حمزة(2) - أخصّ من المدعى، فلا يدلّ عليه.

والقول بصحّة عتقه مطلقاً للشيخ في كتابي الفروع(3)، وقوّاه الشهيد في الشرح(4)؛ للأصل. وما روي من فعل عليّ، عليه السلام و ضعف دليل المشترك. وهذا أقوى مع تحقّق قصد القربة، وهو غير منافٍ للقول بصحّة عتقه مطلقاً؛ لأنّ عدم القربة ينافي عتق المسلم فضلاً عن الكافر.

والقول بالصحّة مع النذر و بطلانه مع التبرّع للشيخ في النهاية(5) والاستبصار(6)؛ جمعاً بين الخبرين السالفين، بحمل فعل عليّ عليه السلام على أنّه كان قد نذر عتقه؛ لأنّ ينافي النهي عن عتقه مطلقاً في خبر سيف.

وهو جمع بعيد لا إشعار به من الخبر أصلاً، مع ضعف سند الخبرين، وقصورهما عن الدلالة على إثبات الحكم، وإنّما يصلحان شاهداً كما ذكرناه.

قوله: «ويصحّ عتق ولد الزنى. وقيل: لا يصحّ، بناءً على كفره. ولم يثبت».

القول بعدم صحّة عتق ولد الزنى للمرتضى(7) و ابن إدريس(8) بناءً على كفره. وهو ممنوع.

ص: 323

- 
- 1- الكافي، ج 1، ص 182، باب عتق ولد الزنى...، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 219، ح 783؛ الاستبصار، ج 4، ص 2، ح 2.
  - 2- اختيار معرفة الرجال، ص 404، ح 756؛ الفهرست الشيخ الطوسي، ص 283، الرقم 419؛ الرجال ابن الغضائري، ص 83، الرقم 107؛ رجال الطوسي، ص 339، الرقم 5049؛ خلاصة الأقوال، ص 362، الرقم 1426.
  - 3- المبسوط، ج 4، ص 441؛ الخلاف، ج 1، ص 370، المسألة 11.
  - 4- غاية المراد، ج 3، ص 241 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 3)
  - 5- النهاية، ص 544.
  - 6- الاستبصار، ج 4، ص 2، ذيل الحديث 2.
  - 7- الانتصار، ص 367، المسألة 209.
  - 8- السرائر، ج 3، ص 10.

. ولو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه ولو أجازته المالك.

. و لو قال: «إن ملكتك فأنت حرّ» لم ينعقد مع الملك، إلا أن يجعله نذراً.

و الحقّ جواز عتقه مطلقاً. أمّا بعد بلوغه وإسلامه فواضح؛ إذ لو لم يقبل منه لزم تكليف ما لا يطاق. و أمّا قبله؛ فلائّه وإن لم يحكم بإسلامه من حيث عدم تبعيته للمسلم، لكن لا يحكم بكفره؛ لعدم تبعيته للكافر، فيلزم من صحّة عتق الكافر صحّة عتقه بطريق أولى.

و حديث «إنّ ولد الزنى لا ينجب» (1) - مع تسليم سنده - لا يدلّ على كفره؛ لأنّ النجاسة المنفيّة مغايرة للإسلام لغّةً و عرفاً.

و روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنى» (2).

قوله: «و لو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه ولو أجازته المالك».

المشهور بين الأصحاب أنّ عتق غير المالك لا يقع صحيحاً وإن أجازته المالك؛ لقوله: «لا عتق إلا بعد ملك» (3)، الدالّ على نفي الصحّة؛ لأنّه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة.

و روي ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز» (4).

. و لأنّه عبادة أو فيه شائبة العبادة، وهي لا تقبل الفضول.

و لبعض العامة قول شاذ بوقوعه عن المعتق الموسر و يقومّ عليه (5).

قوله: «و لو قال: «إن ملكتك فأنت حرّ» لم ينعقد مع الملك، إلا أن يجعله نذراً».

ص: 324

1- لم نظفر عليه بهذا اللفظ في الجوامع الحديثية: نعم، ورد ذلك بتفاوت في المحاسن، ج 1، ص 195 - 196، ح 337 و 338؛ وثواب الأعمال وعقاب الأعمال، ص 311، باب عقاب الزاني والزانية، ح 9 و 10.

2- الكافي، ج 1، ص 182، باب عتق ولد الزنى...، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 144، ح 3531؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 218، ح 780.  
3- الكافي، ج 6، ص 179، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 217، ح 774؛ الاستبصار، ج 4، ص 5، ح 15.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 249، ح 902.

5- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 239، المسألة 8574، و ص 268 - 269، المسألة 8603؛ المجموع شرح المهذب، ج 16، ص 5.

. ولو جعل العتق يميناً لم يقع، كما لو قال: «أنت حرّ إن فعلت» أو «إن فعلت».

و لو أعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم صحّ. و لو أعتقه و لم يقوّمه على نفسه، أو كان الولد بالغاً رشيداً لم يصحّ.

إذا علّق عتقه على ملكه له، ففساد العتق من جهين: وقوعه من غير المالك، و تعليقه على الشرط. و يستثنى من ذلك ما لو جعله نذراً أو ما في معناه، كـ«لله عليّ إعتاقه إن ملكته» فيجب عتقه عند حصول الشرط؛ لعموم الأمر بالوفاء بالنذر(1).

و لا ينعق بنفسه عند حصول الشرط؛ لأنّ العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه و لو آنأ، فلو عتق بمجرّد ملكه لزم العتق في غير ملك، كذا استدلّ عليه المصنّف.

و أُجيب(2) بجواز الاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب آنأ ثم يعتق. هذا إذا كانت الصيغة:«لله عليّ أنّه حرّ إن ملكته» و نحوه، أمّا لو كانت«لله عليّ إعتاقه» فلا إشكال في افتقاره إلى الصيغة.

قوله:«و لو جعل العتق يميناً لم يقع» إلى آخره.

لا فرق بين تعليقه على الشرط و جعله يميناً من حيث الصيغة. وإّما يفترقان بالنيّة، فإن كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعةً، أو الزجر عنه إن كان معصيةً -كقوله: «إن حججت فأنت حرّ» أو «إن زנית» قصداً للبعث في الأوّل و الزجر في الثاني - فهو يمين، و إن كان الغرض مجرّد التعليق كـ«إن قدم زيد» أو «دخلت الدار» أو «طلعت الشمس» - فهو شرط أو صفة، و العتق لا يقع معلقاً في الجميع، و قد تقدّمت الإشارة إلى الفرق فيما سلف(3).

قوله:«و لو أعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم صحّ» إلى آخره.

لا فرق في اشتراط كونه مملوكاً للمعتق في صحّة العتق بين كونه ملكاً لأجنبي أو لولده الصغير و الكبير.

ص: 325

1- الحجج (22): 29؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 310، ح 1149 و 1151 و ص 311، ح 1154، وغيرها.

2- المجيب هو الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية، ج 2، ص 157 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

3- تقدّمت في ص 33.



. ولو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء به. ولو شرط إعادته في الرقّ إن خالف أُعيد مع المخالفة؛ عملاً بالشرط. و قيل: يبطل العتق؛ لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبت حرّيته.

نعم، لو كان صغيراً فقوّم مملوكه على نفسه بالبيع مع المصلحة ثم أعتقه صحّ؛ لوجود المقتضي للصحة حينئذٍ وهو كونه مملوكاً للمعتق. و لو كان الولد كبيراً لم يصحّ عتق الأب المملوكه مطلقاً على الأصحّ؛ للعموم.

خلافاً للشيخ في النهاية (1) حيث صحّحه؛ استناداً إلى رواية الحسين بن علوان، عن زيد بن علي، عن آبائه، عن عليّ عليه السلام قال: «أتى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم رجل فقال: يا رسول الله، إنّ أبي عمد إلى مملوك لي فأعتقه كهية المضرة لي، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: أنت و مالك من هبة الله لأبيك، أنت سهم من كنانته يهب لمن يشاء إناثاً و يهب لمن يشاء الذكور، و يجعل من يشاء عقيماً، جازت عتاقة أبيك، يتناول والدك من مالك و بدنك، و ليس لك أن تتناول من ماله و لا من بدنه شيئاً إلا بإذنه» (2).

و هذه الرواية ضعيفة السند برجال الزيدية (3)، و الأولى حملها على استحباب إجازة الولد الأبيه ما يفعله في ماله.

قوله: «و لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء به» إلى آخره.

إذا شرط على العبد أمراً سائغاً في نفس صيغة الإعتاق صحّ الشرط و العتق؛ لعموم: المؤمنون عند شروطهم» (4)، سواء كان الشرط خدمةً مدّة معيّنة أم مالاً معيّناً أم غيرهما، و يكون ذلك عتقاً و شرطاً لاعتقاً معلقاً على شرط.

ص: 326

1- النهاية، ص 545.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 235 - 236، ح 849.

3- خلاصة الأقوال، ص 106، ذيل الحسن بن علوان الكلبي، الرقم 33 و ص 338، الرقم 6؛ تنقيح المقال، ج 22، ص 254 - 261، الرقم 971؛ وراجع الاستبصار، ج 1، ص 66، ذيل الحديث 196.

4- تقدّم تخريجه في ص 32، الهامش 8.

و ظاهر العبارة أنه لا يشترط قبول المملوك؛ لأنه حكم بلزوم الوفاء به بمجرد الشرط. و هو أحد الأقوال في المسألة.

و وجهه أنه مالك له مستحق لمنافعه و كسبه، و له الضريبة المقدورة له عليه، فهي إيجاب مال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمة أو مالا فقد فك ملكه عنه و عن منافعه و استثنى بعضها، فله ذلك؛ لعموم الخبر(1)، و أصالة الصحة.

وقيل: يشترط قبوله مطلقاً كالكتابة(2)؛ لاقتضاء التحرير تبعية المنافع، فلا يصح شرطه شيئاً منها إلا بقبول المملوك.

و فصل ثالث، فشرط رضاه إن كان المشروط عليه مالا، و نفاه إن كان خدمة(3)

و الفرق أن الخدمة مستحقة للمولى بالأصالة، فشرطها كاستثناء بعض المملوك عن النقل، بخلاف شرط المال، فإنه غير مملوك للمولى عليه، و لا يجب على المملوك تحصيله بل بذل العمل، سواء ترتب عليه المال أم لا. و نمنع من جواز إلزامه بالضريبة. و قد تقدم الكلام فيه . (4) و هذا أقوى.

إذا تقرر ذلك، فإن أطلق عليه الشرط لزمه الوفاء به، و مع الإخلال يستقر في ذمته - مالا كان أو خدمة كالدين و إن شرط عليه مع ذلك إعادته في الرق إن خالف، ففي صحة العتق و الشرط، أو بطلانهما، أو صحة العتق خاصة، أقوال.

اختار أولها الشيخ في النهاية(5)، و أتباعه(6)؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، و خصوص

ص: 327

1- هو خير الحسين بن علوان المتقدم في ص 326.

2- قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 202؛ و ولده في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 478.

3- راجع تحرير الأحكام الشرعية، ج 4 ص 202، الرقم 5653، وفيه: هل يشترط في وجوب الخدمة قبول العبد؟ الوجه ذلك.

4- تقدم في ج 7، ص 199.

5- النهاية، ص 542.

6- المهذب، ج 2، ص 35؛ الوسيلة، ص 341؛ إصباح الشيعة، ص 472.

ولو شرط خدمةً زمان معيّن صحّ. ولو قضى المدةً أبقاً لم يعد في الرقّ. وهل للورثة مطالبته بأجرة مثل الخدمة؟ قيل: لا، والوجه اللزوم.

رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرقّ، قال: «له شرطه» (1)

وأجاب المصنّف في النكت بشذوذ الرواية، وضعف سندها، ومنافاتها لأصول المذهب، فيجب اطراحها، واختار بطلانها معاً (2)؛ لتضمّنه عود من ثبتت حرّيته رقاً وهو غير جائز ولا معهود.

ولا يرد مثله في المكاتب المشروط؛ لأنه لم يخرج عن الرقّة وإن تشبّث بالحرّية فلم يعد إليها؛ إذ لم يخرج عنها.

ومعنى قول السيّد له: فإن عجزت فانت ردّ في الرقّ المحض الذي ليس بكتابة لا مطلق الرقّ. والردّ وإن كان مسبقاً بالمفارقة إلا أنّها تصدق بالخروج عن محض الرقّة، وهي أعمّ من مطلقها، فلا يلزم من انتفائها انتفاؤها؛ لأنّ عدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ، أو أراد المفارقة مجازاً؛ تسمية للشيء باسم ما يؤول إليه، أو إقامة للسبب مقام المسبّب.

واختار ابن إدريس صحّة العتق وبطلان الشرط (3)؛ لأنّهما شيان، فلا يلزم من فساد أحدهما - لعارض مخالفته للمشروع - بطلان الآخر. وقوّاه فخر الدين في شرحه؛ محتجاً ببناء العتق على التغليب (4).

والأصحّ بطلانها معاً؛ لأنّ العتق مجرداً عن الشرط غير مقصود، وبناء العتق على التغليب لا يدلّ على صحّته من دون القصد.

قوله: «ولو شرط خدمة زمان معيّن صحّ» إلى آخره

ص: 328

1- الكافي، ج 1، ص 179، باب الشرط في العتق، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 222، ح 795.

2- نكت النهاية، ج 3، ص 10.

3- راجع السرائر، ج 3، ص 11.

4- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 479.

. ومن وجب عليه عتق في كفارة لم يجزئه التدبير .

اشترط خدمة زمان معيّن من جملة الشروط السائغة التي يصحّ اشتراطها على المملوك، بل هي أوضح ما يشترط عليه كما عرفته.

ثم إن وفي بالمدة فلا كلام، وإن أخلّ بها فليس للمالك ولا لورثته إلزامه بالخدمة في مثلها من المدة قطعاً؛ لأنّ الزمان المعيّن للخدمة قد فات، وهي ليست مثليّةً. وكذا لا يعاد في الرقّ بالإخلال؛ لما تقدّم (1). فهل يثبت عليه أجره مثل الخدمة المشروطة للمالك أو ورثته؟

قال الشيخ في النهاية (2)، وأتباعه (3) وابن الجنيّد: (4) لا؛ لصحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريةً و شرط عليها أن تخدمه خمسين سنة فأبقت، ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها؟ قال: «لا» (5).

والمصنّف وقبله ابن إدريس (6) والمتأخرون ذهبوا إلى لزوم الأجر؛ لأنّها حق متقوم بالمال فيثبت في الذمة بقيمته وهي أجره المثل.

و الرواية الصحيحة غير منافية لذلك؛ لأنّه إنّما نفى استخدامها ونحن نقول به، لأنّ مدّة الخدمة المعيّنة قد فاتت، وهي ليست مثليّةً حتى تلزمه الخدمة في مثلها، وإنّما عليه أجره مثلها؛ لأنّها مستحقّة عليه وقد فوّتها عليهم، ونفي الاستخدام لا يقتضي نفي الأجر الثابتة لهم عوضاً عمّا فوّت عليهم من الحقّ. وهذا حسن.

قوله: «و من وجب عليه عتق في كفارة لم يجزئه التدبير».

المعتبر في العتق عن الكفارة كونه منجزاً، فلا يجزئ عنه التدبير وإن نوى به التكفير،

ص: 329

1- تقدّم قبيل هذا.

2- النهاية، ص 542.

3- المهذب، ج 2، ص 359؛ إصباح الشيعة، ص 472.

4- الحاكي عنه العلامة في مختلف الشيعة ج 8، ص 49، المسألة 9.

5- الكافي، ج 6، ص 179، باب الشرط في العتق، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 117، ح 3451؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 222، ح 797.

6- السرائر، ج 3، ص 11.

. وإذا أتى على المؤمن سبع سنين استحَبَّ عتقه.

. ويستحبُّ عتق المؤمن مطلقاً. ويكره عتق المسلم المخالف وعتق من لا يقدر على الاكتساب. ولا بأس بعتق المستضعف.

ومن أعتق من يعجز عن الاكتساب استحَبَّ إعانته.

و لرواية إبراهيم الكرخي قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن هشام بن أذينة سألني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث لسَيِّده حدث، فمات السَيِّد و عليه تحرير رقبة واجبة في كفارة، أيجزئ عن الميِّت عتق العبد الذي كان السَيِّد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبة التي كانت على الميِّت؟ فقال: «لا» (1).

قوله: «وإذا أتى على المؤمن سبع سنين استحَبَّ عتقه».

مستند الحكم رواية محمد بن عبد الله بن زرارة، عن بعض آل أعين، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا تحلَّ خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين» (2).

و هي محمولة على استحباب عتقه بعد المدّة، للإجماع على أنّه لا يعتق بنفسه. و الرواية وإن كانت مرسلّة إلا أنّ دليل السنن يتأدّى بمثلها.

قوله: «ويستحب عتق المؤمن مطلقاً. ويكره عتق المسلم المخالف» إلى آخره.

لا إشكال في استحباب عتق المؤمن مطلقاً؛ لما فيه من الإحسان إليه و تخليصه من نقص الرق. وقد تقدّم في صدر الكتاب ما يدلّ على تأكّد الاستحباب (3).

و يكره عتق المخالف؛ لقول الصادق عليه السلام: «ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم و يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلاّ عارفاً» (4). و هو محمول على الكراهة كما سلف.

ص: 330

1- الكافي، ج 6، ص 194، باب نوادر، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 231، ح 837.

2- الكافي، ج 6، ص 196، باب نوادر، ح 12؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 230، ح 831.

3- تقدّم في ص 303 وما بعدها.

4- الكافي، ج 6، ص 196، باب نوادر، ح 9.

ويلحق بهذا الفصل مسائل:

### لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة

الأولى: • لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة قيل: يُعتق أحدهم بالقرعة، وقيل: يتخيّر ويعتق، وقيل: لا يعتق شيئاً؛ لأنه لم يتحقق شرط النذر. والأول مروى.

و كذا يكره عتق العاجز عن القيام بكفايته، إلا أن يعينه بالإفراق. قال الرضا عليه السلام: «من أعتق مملوكاً لا حيلة له، فإنّ عليه أن يعوله حتى يستغني عنه، وكذلك كان عليّ عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له» (1).

وروى هشام بن سالم - في الصحيح - قال: سألته عن النسمة، فقال: «أعتق من أغنى نفسه» (2).

وروى الحلبي - في الصحيح - قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم» (3). وقد تقدّم البحث عن حقيقة المستضعف في تضاعيف الكتاب مراراً (4).

قوله: «لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة» إلى آخره.

إذا نذر عتق أول مملوك يملكه صحّ النذر وإن كان المنذور مبهماً كما يجوز نذر المعين؛ للأصل والنص (5).

ثم إن اتفق ملك واحد ببيع أو هبة أو ميراث أو غيرها عتق. وهل يشترط لعنته أن يملك آخر بعده؟ وجهان، من أن الأوليّة تقتضى أمرين: أحدهما ثبوتى وهو سبقه لغيره، والآخر عدمي وهو عدم سبق غيره له، ومن الشكّ في اقتضائه الأمر الأول عرفاً. والأظهر عدم الاشتراط.

ص: 331

1- الكافي، ج 6، ص 181، باب عتق الصغير، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 218، ح 778.

2- الكافي، ج 6، ص 181، باب عتق الصغير، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 218، ح 779.

3- الكافي، ج 6، ص 182، باب عتق ولد الزني، ح 3.

4- راجع ج 1، ص 440؛ وج 6، ص 386.

5- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 92 الباب 57 من كتاب العتق

وإن ملك جماعةً دفعةً ففيه أقوال:

أحدها: لزوم عتق واحدٍ منهم، و يخرج بالقرعة. أمّا لزوم العتق فلوجود شرط النذر فوجب الوفاء به؛ لأنّ الأُوليّة موجودة في كلّ واحد منهم، لأنّه بملك الجماعة صدق أنّه ملك واحداً؛ لأنّه من جملة الجماعة.

و أمّا إخراجها بالقرعة فلانتفاء الأُوليّة عن أحدهم؛ ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعةً جميعاً، قال: «يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج سهمه» (1). وهذا قول الشيخ في النهاية (2) والصدوق (3) وجماعة (4).

وثانيها: أنه يصحّ، ويتخيّر النادر مع بقائه وقدرته عليه، وإلا فالقرعة. وهو قول ابن الجنيد (5) والشيخ في التهذيب (6) والمصنّف في النكت (7) والشهيد في الشرح (8)؛ لرواية الحسن الصيقل أنّه سأل الصادق عليه السلام عن رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ، فأصاب ستّة، قال: «إنّما كانت يتّنه على واحد، فليختر أيّهم شاء فليعتقه» (9).

وحمل القائلون بهذه الرواية رواية القرعة على الاستحباب جمعاً بين الأخبار

وفيه نظر؛ لأنّ رواية القرعة صحيحة السند، وهذه ضعيفة السند، فإنّ في طريقها

ص: 332

1- الفقيه، ج 3، ص 92، ح 3398؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 225، ح 811.

2- النهاية، ص 543.

3- المقنع، ص 462 - 463.

4- المهذّب، ج 2، ص 360؛ إصباح الشيعة، ص 473؛ مختلف الشيعة، ج 8، ص 50، المسألة 10؛ إيضاح الفوائد، ج 3، ص 480.

5- حكاها عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 50، المسألة 10.

6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 226، ذيل الحديث 812.

7- نكت النهاية، ج 3، ص 14.

8- غاية المراد، ج 3، ص 246 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

9- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 226، ح 812؛ الاستبصار، ج 4، ص 5، ص 17.

الثانية: • لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين.

إسماعيل بن يسار وهو ضعيف (1)، والحسن الصيقل [وهو] مجهول الحال (2)، فالعمل بالأخرى متعين؛ لعدم المعارض.

و ثالثها: بطلان النذر؛ لفقد صفته المعتبرة فيه وهي وحدة المملوك، ولا أول للمملوكين دفعةً إلا الجملة وعتقها غير مقصود، ولأصالة البراءة.

وأجيب (3) بظهور الأول بما ذكر، وبالنص وهو مخرج بحكم الأصل عنه.

قوله: «لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين».

التوأمين هما الولدان في بطن [واحد]، وإنما عتقا معاً دون المملوك المتعدد في السابقة؛ لأنّ المنذور هنا - وهو متعلق «ما» - عام فيشمل الجميع بخلاف المملوك، فإنه نكرة في سياق الإثبات فلا تكون عامةً.

ولو أنّ المنذور في الأول كان أول ما يملكه، والثاني أول ولد تلده؛ لانعكس الحكم. وهذا الفرق يتم مع إرادته ب«ما» كونها موصولةً لتعم، فلو قصدتها مصدريةً كانت بمعنى مملوك.

ولو أطلق ففي حمله على أيهما وجهان من اشتراكها (4) المانع من حملها على أحدهما بغير قرينة و المتيقن منه هو الواحد، ومن احتمال ظهورها في العام كما هو ظاهر حكم الأصحاب، والرواية (5)، مؤيدة وإن لم تصلح لتأسيس الحكم.

ولو قصد ب«مملوك الجنس احتمال مساواته ل«ما»؛ لصلاحيته للجميع كما يصلح

ص: 333

1- رجال النجاشي، ص 29، الرقم 58؛ خلاصة الأقوال، ص 317، الرقم 1242.

2- الفهرست الشيخ الطوسي، ص 132، الرقم 189؛ رجال الطوسي، ص 131، الرقم 1341، و ص 133 الرقم 1382، و ص 180، الرقم 2156.

3- المجيب هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 51، المسألة 10.

4- في بعض النسخ: «اشتراكهما» بدل «اشتراكها».

5- الكافي، ج 6، ص 195، باب نوادر، ح 7؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 231، ح 834.



الثالثة: • لو كان له ممالك فأعتق بعضهم، ثم قيل له: هل أعتقت ممالكك؟

فقال: نعم، انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصةً.

للوّاحد، و الوجه الفرق، فإنّ صلاحية الجنس للواحد و المتعدّد يمنع من حمله على المتعدّد بغير قرينة، و المتيقّن منه هو الواحد.

و يشترط في الحكم بعقدهما معاً على تقديره ولادتهما دفعةً وإن كان نادراً؛ إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأوّل. و أطلق الأكثر الحكم من غير تقييد بالدفعة تبعاً لإطلاق الرواية، و هو حسن (1) لو صلحت لإثبات الحكم.

هذا إذا ولدت الأوّل حيناً، وإلا عتق الثاني؛ لأنّ الميّت لا يصلح للعتق، و نذره صحيحاً يدلّ على حياته التزاماً.

وقيل: يبطل هنا؛ لفوات متعلّقه.

و لو ولدته مستحقّاً للعتق كالمقعد فالوجهان. و أولى بعدم عتق الثاني هنا؛ لصلاحية الأوّل للعتق و غايته اجتماع سببين لعتقه.

قوله: «لو كان له ممالك فأعتق بعضهم» إلى آخره.

هذه المسألة ذكرها الشيخ (2) و الجماعة (3) بهذا الإطلاق. و الأصل فيها رواية سماعة قال: سألت عن رجل قال لثلاثة ممالك له: أنتم أحرار، و كان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ قال: نعم، أوجب العتق لأربعة حين أجملهم، أو هو للثلاثة الذين أعتق؟ فقال: «إنما يجب العتق لمن أعتق (4).

و في هذا الحكم بحث، و فيه على إطلاقه إشكال؛ لأنّ الحكم إن كان جارياً على ما في نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقراراً بالعتق ظاهراً فالحكم كذلك، و لا فرق عليه بين كون

ص: 334

1- في حاشية «خ»، و): «قصورها من حيث السند؛ فإنّها مرسلة، و في متنها بحث منه رحمه الله».

2- النهاية، ص 544.

3- المهذّب، ج 2، ص 360؛ السرائر، ج 3، ص 12؛ قواعد الأحكام، ج 3، ص 202.

4- الفقيه، ج 3، ص 115، ح 3446؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 226، ح 813.

من أعتقهم بالغين حدّ الكثرة وعدمه، فلو كان قد أعتق واحداً منهم وعبر بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه؛ لأنّ الإقرار ليس من الأسباب الموجبة لإنشاء العتق في الحال، وإنّما هو إخبار عمّا سبق، فلا يصحّ إذا لم يكن مطابقاً لخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضاه، فما كان قد وقع عليه العتق انصرف إليه، وغيره يبقى على أصل الرقّ قليلاً كان أم كثيراً.

وإن كان جارياً على ظاهر الإقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع مماليكه؛ لأنّ «ممالك» جمع مضاف وهو يفيد العموم، و«نعم» يقتضي تقرير السؤال وإعادته، فيكون إقراراً بعتق الجميع.

و الرواية قاصرة الدلالة عن إفادة قصر الحكم على ما في نفس الأمر وإطراح الإقرار ظاهراً، من حيث إنّها مقطوعة ضعيفة السند إلا أنّ الشيخ لا يراعي في عمله تصحيح الرواية خصوصاً في النهاية، وتبعه الجماعة زاعمين انجبار الضعف بالشهرة، فلذلك رتبوا الحكم على ما في نفس الأمر.

ثمّ إنّ يشكّل بما لو كان المعتق دون العدد الكثير وقد أجاب به بل بصيغة جمع الكثرة، فكيف ينصرف الإقرار إلى ما أعتقه خاصّةً وتحصل المطابقة بين عتقه لواحد وبين قوله: أعتقت مماليكه؟ ولأجل ذلك استقرّب العلامة في القواعد اشتراط الكثرة في المعتق (1) لتطابق لفظ الإقرار والإشكال فيه أقوى من الإطلاق؛ لأنّه لا يجري على الظاهر ولا على ما في نفس الأمر. أمّا الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الإقرار عتق الجميع من حيث إنّ «ممالك» جمع مضاف مفيد للعموم وقد أقرّه في الإقرار به. و أمّا في نفس الأمر؛ فلأنّ العتق لم يقع فيه إلا على من باشر عتقه خاصّةً، وصيغة الإقرار ليست من الأسباب المنشئة لعتق باقي العدد المعتبر في الكثرة تتمّةً لما وقع عليه العتق

ص: 335

واعتذر له ولده فخر الدين (رحمه الله): «بأنه إذا أعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله: هؤلاء مماليكه حقيقة، فإذا قيل له: له: أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم، وهي تقتضي إعادة السؤال و تقريره، فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا، فلا يلزم بغيرهم؛ لأصالة البراءة، ولأن الإقرار إنمّا نحمله على التحقيق و المتيقن لا على ما فيه احتمال»

ثم قال: «و هل يشترط في الاقتصار عليه كثرة بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة أم لا-؟ قولان. و منشأ القولين أنّ اللفظ إنمّا يحمل على الإقرار على أصل الحقيقة، و من حيث أصل البراءة، و من جواز التجوّز به فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد، و على عدمه لا يكتفى بالواحد، و يلزم بعتق ما يصدق عليه الجمع، و يكون في الباقي كالمشبه».

ثم جعل هذا البحث مبنياً على الحكم بمجرد الإقرار ظاهراً، أمّا البحث عمّا في نفس الأمر فلا ينعقد إلا ما أوقع عليه العتق(1).

وفي هذا الكلام نظر من وجوه:

الأول: ظهور الفرق بين المتنازع و هو قوله: «أعتقت مماليكه» الذي هو مقتضى قوله «نعم» جواباً لمن قال: «أعتقت مماليكك؟»، و بين قوله عن ثلاثة من مماليكه: «هؤلاء مماليكه» و إن اشتركا في صيغة العموم؛ لأنّ لفظ العموم يستغرق ما يصلح له و يدخل فيه دون غيره، فقوله «أعتقت مماليكه» يصلح لجميع من هو داخل في ملكه و إن بلغوا ألفاً، فيتناولهم العموم، و قوله «هؤلاء مماليكه» إنمّا يتناول المشار إليهم دون غيرهم، فلا يلزم من صدق قوله عن الثلاثة «هؤلاء مماليكه» اختصاص الحكم بعتق ثلاثة إذا قال «أعتقت مماليكه» الدالّ بلفظه على الجميع.

ص: 336

الثاني: قوله «فيكون إقراراً بعق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم» لا يتم إلا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فقد وجد الإقرار بالعق الدالّ بالوضع على الجميع فلا يختصّ بالبعض، وبهذا ينقطع أصل البراءة. وقد اعترف بأنّ الحكم مبنيّ على الظاهر لا على نفس الأمر.

الثالث: قوله «إنّ الإقرار إنّما نحمله على التحقيق والمتيقّن لا- على ما فيه احتمال» إن أراد به المتيقّن بحسب مدلول اللفظ فمسلمّ لكن لا ينفعه في الاقتصار على الثلاثة؛ لأنّ مدلول اللفظ والمتيقّن منه متناول لجميع مماليكه بالنظر إلى عموم لفظ الإقرار.

وإن أراد المتيقّن في نفس الأمر ونفي المحتمل خروجه وإن دلّ عليه لفظ «الإقرار» فظاهر فساده؛ لأنّ الإنسان مؤاخذ بما يدلّ عليه لفظه وإن احتمل في نفس الأمر خلافه، كما لو قال: «لفلان عليّ ألف»، فإنّه يحكم عليه بها؛ لدلالة لفظه على كونها مستحقّةً عليه وإن كان من المحتمل في نفس الأمر براءته منها. وكذا لو قال: «أعتقت عبيدي» ولم يكن قد أعتق أحداً منهم، فإنّه يؤخذ بإقراره، ويحكم عليه بعق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم.

الرابع: ترتيب الخلاف في الحكم بعق واحدٍ خاصّةً أو أقلّ الجمع على الظاهر مع وجود اللفظ الدالّ على الجمع والعموم غير مطابق، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعق الجميع أو الجمع، أمّا الاقتصار على الواحد فلا يقتضيه اللفظ بوجه. ولا يقول أحد بأنّ من أقرّ بشيء بصيغة الجمع فضلاً عن العموم يلزمه واحد خاصّةً، وإنّما الخلاف في حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثة فصاعداً، أمّا الواحد فليس محلّ نظر أصلاً.

والحقّ في هذه المسألة العمل بالظاهر، والحكم عليه بعق الجميع؛ نظراً إلى مدلول لفظه، وأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحكم عليه إلاّ بعق من أعتقه خاصّةً، ولا يزيد عنه إلى أقلّ الجمع لو كان أقلّ منه قطعاً.

نعم، لو دلّت القرائن على أنّه لا يريد باللفظ مدلوله- كما لو مرّ على عاشر فأراد أن يأخذ

الرابعة • لو نذر عتق أمته إن وطئها صحَّ. فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين، ولو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين.

عليهم مظلمة فأقرَّ بذلك، مع ظهور إرادته بخلاف مدلول لفظه - اتَّجه عدم الحكم عليه به ظاهراً كما لا يحكم به باطناً. وعليه دلَّت رواية الوليد بن هشام قال: قدمت من مصر و معي رقيق، فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلَّهم، فقدمت المدينة فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر فقال: «ليس عليك شيء»<sup>(1)</sup>. فلم يحكم عليه بظاهر إقراره، وأقرّه على ما في نفس الأمر.

وكذلك الرواية السابقة ظاهرة في إرادة ما في نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه السلام: «إنما يجب العتق لمن أعتق»<sup>(2)</sup>.

قوله: «لو نذر عتق أمته إن وطئها صحَّ» إلى آخره.

مستند هذا الحكم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة، ثم يبيعها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك، قال: «لا بأس أن يأتيها قد خرجت عن ملكه»<sup>(3)</sup>. وما وقفت على رادّها إلا ما يظهر من ابن إدريس<sup>(4)</sup>

و ظاهرها يدلّ على صحّة تعليق العتق على شرط مطلقاً، لكنّ الأصحاب لما لم يقولوا به حملوها على النذر.

وفي تعدّي حكمها إلى غير الأمة وإلى التعليق بغير الوطاء وجهان، من مخالفتها للأصل حيث إنّ خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر؛ لأنّ غايته أن تصير أجنبيّة منه و النذر يصحّ تعلقه بالأجنبيّة، كنذر عتقها إن ملكها وهي في ملك غيره ابتداءً كما تقدّم في

ص: 338

1- الفقيه، ج 3، ص 140، ح 3517؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 227، ح 815.

2- سبق تخريجه في ص 334، الهامش 4.

3- الفقيه، ج 3، ص 115، ح 3445؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 226، ح 814.

4- السرائر، ج 3، ص 12 - 13.

الخامسة: • لو نذر عتق كل عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه سنة أشهر فصاعداً.

نظائره(1)، و من الإيماء في الرواية إلى العلة بقوله: «قد خرجت عن ملكه» وذلك يوجب التعدي إلى ما توجد فيه العلة المنصوصة.

وفي الرواية أيضاً- على تقدير حملها على النذر - دلالة على جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، وفيه خلاف مشهور. و موضع الحكم بانحلال النذر ما إذا لم يعمم نذره و لو بالنية بما يشمل الملك العائد، و إلا فلا إشكال في بقاء الحكم.

قوله: «لو نذر عتق كل عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه سنة أشهر فصاعداً».

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية(2)، و تبعه عليها جماعة المتأخرين(3) حتى ابن إدريس(4).

و الأصل فيها رواية داود النهدي عن بعض أصحابنا قال: دخل أبو سعيد المكاربي على أبي الحسن الرضا عليه السلام فقال له: أسألك عن مسألة رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حرّ لوجه الله، قال: «إن الله عزّ وجلّ يقول في كتابه: «حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ»(5) فما كان من ممالিকে أتى له سنة أشهر فهو قديم حرّ»(6).

و الرواية كما ترى اشتملت على لفظ «المملوك» الشامل للذكر و الأنثى، ولكنّ الشيخ عبر بلفظ «العبد» و تبعه المصنّف و الجماعة، و تمادى الأمر إلى أن توقّف العلامة في

ص: 339

1- تقدّم في ص 31.

2- النهاية، ص 544.

3- الجامع للشرائع، ص 401؛ قواعد الأحكام، ج 3، ص 203؛ الدروس الشرعية، ج 2، ص 164 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

4- السرائر، ج 3، ص 13.

5- يس(36): 39.

6- الكافي، ج 1، ص 195، باب نوادر، ح 6؛ الفقيه، ج 3، ص 0155 ح 3567؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 231، ح 835.

تعدّي الحكم إلى الأمة(1)؛ من حيث إنّ هذا الحكم على خلاف الأصل لا دليل عليه من جهة العرف ولا اللغة، وإّما مستنده، الشرع، مع أنّ الرواية ضعيفة السند(2) مرسله.

واعتذر فخر الدين (رحمه الله) عن ذلك بأن المسألة إجماعية، وأن الإجماع لم يقع إلا على العبد(3)؛ فلذلك استشكل والده حكم الأمة. والإجماع على وجهه يكون حجة ممنوع، بل كثير من العلماء كابن الجنيّد وسألار والصدوق لم يتعرّضوا لها، وإّما الأصل فيها الشيخ، وطريقته في النهاية الاستناد إلى الروايات من غير مراعاة طريقها كما هو المعلوم من عادته، ولكن أتباع ابن إدريس له حملهم على شبهة الإجماع، حيث إنّه لا يعتمد أخبار الآحاد مطلقاً، فعمله بمضمونها يدلّ على فهمه أنّه إجماع.

واعلم أنّ المتأخّرين اختلفوا في تعدّي الحكم إلى نذر الصدقة بالمال القديم والإقرار به وإبراء كلّ غريم قديم ونحو ذلك، بشبهة أنّ القديم قد صار حقيقة شرعية في ذلك القدر فيتعدّي؛ معتضداً بتعليل الرواية بقوله: «حَتَّى عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ»(4)، فإنّه يقتضي ثبوت القدم بالمدة المذكورة مطلقاً، ومن معارضة اللغة والعرف، ومن منع تحقّقه شرعاً لضعف المستند، وقصر الإجماع المدعى على مورده.

ولو قصر الجميع عن ستّة أشهر، ففي عتق أولهم تملكاً اتّحد أم تعدّد، أو بطلان النذر وجهان. وعلى الصّحّة لو اتّفق ملك الجميع دفعةً ففي انعقاد الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان. والأقوى الرجوع في غير موضع الوفاق إلى العرف، فإن لم يدلّ على اتّصاف شيء من متعلّق النذر بالقدم بطل.

ص: 340

- 
- 1- قواعد الأحكام، ج 3، ص 203.
  - 2- راجع الرجال، ابن الغضائري، ص 96 - 97، الرقم 143؛ و خلاصة الأقوال، ص 255، الرقم 871.
  - 3- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 483.
  - 4- يس(36): 39.

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

قوله: «من أعتق عبده وله مال فماله لمولاه» إلى آخره.

هذه المسألة مبنية على أن المملوك هل يصلح لأن يملك شيئاً حال كونه مملوكاً أم لا؟ فالأكثر على العدم؛ عملاً بظاهر الآية (1).

وقيل: يصح أن يملك (2)؛ عملاً بروايات (3) كثيرة دالة عليه، ومنها الصحيح (4). والأولى حملها على إباحة تصرّفه فيما يأذن له فيه من فاضل الضريبة وغيره. فإن أحلنا ملكه وكان بيده مال فهو للمولى، سواء أعتق أم بقي على الرقبة ما لم يعلم أن أصله من جهة خارجة عن المولى. وإن جوّزنا ملكه فأعتقه وبيده مال فهو له إن علم به المولى ولم يستثنه، وإلا فهو للمولى؛ لصحيفة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال لمن المال؟ فقال: «إن كان يعلم أن له مالاً تبعه ماله، وإلا فهو له» (5).

وفي رواية أخرى عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه وهو يعلم أن له مالاً، ولم يكن استثنى السيد المال حين أعتقه فهو للعبد» (6).

وتوقف العلامة في المختلف مع حكمه بعدم ملك العبد؛ نظراً إلى صحة الرواية (7).

وفي الاستدلال بها نظر؛ لأن الأولى وإن كانت صحيحة إلا أنه ليس فيها أنه مع استثناء المولى يكون له، بل أطلق فيها أنه مع علمه بالمال يكون للعبد.

ص: 341

1- النحل (16): 75.

2- المقنع، ص 463؛ النهاية، ص 542 - 543؛ الكافي في الفقه، ص 318.

3- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 47 الباب 24 من أبواب كتاب العتق.

4- كرواية زرارة في الكافي، ج 6، ص 190، باب المملوك يعتق...، ح 3.

5- الكافي، ج 6، ص 190، باب المملوك يعتق وله مال، ح 4؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 223، ح 803؛ الاستبصار، ج 4، ص 10، ح 30.

6- الكافي، ج 1، ص 190، باب المملوك يعتق وله مال، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 117، ح 3453؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 223، ح 804؛ الاستبصار، ج 4، ص 10، ح 31 بتفاوت.

7- مختلف الشيعة، ج 8، ص 45، المسألة 5.



والتأنيّة وإن دلّت على الحكم المدّعى في القول، إلّا أنّ في طريقها ابن بكير وحاله مشهور(1)، لكن نقل الكشّي إجماع العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه وإن كان فطحياً(2)، فعلى هذا يمكن الاستناد إلى روايته، وتحمل الأولى على ما لو لم يستثنه؛ حملاً للمطلق على المقيد.

ثمّ على تقدير توقّف ملك المولى على استثناء المال لا- فرق بين أن يقدم العتق على الاستثناء ويؤخّره مع الاتّصال؛ لأنّ الكلام جملة واحدة لا يتمّ إلاّ بأخره.

واشترط الشيخ تقديم الاستثناء على التحرير(3) الرواية أبي جرير قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال المملوكه: أنت حرّ ولي مالك، قال: «لا يبدأ بالحرّيّة قبل العتق، يقول: لي مالك وأنت حرّ برضى المملوك»(4). ولأنّه إذا قدم التحرير انعتق بقوله: أنت حرّ، فلا يقع الاستثناء موقعه.

وفيه نظر؛ لأنّ الرواية تضمّنت اعتبار رضى المملوك ولا يقولون به ونمنع حصول التحرير قبل تمام الكلام؛ لأنّ الشرط من جملة الصيغة.

واعلم أنّ العلامة في المختلف أسند الرواية إلى حريز وجعلها صحيحة(5) وتبعه ولده(6) والشهيد في الدروس(7) وجماعة(8).

ص: 342

1- الفهرست، الشيخ الطوسي، ص 304، الرقم 464؛ خلاصة الأقوال، ص 195، الرقم 609.

2- اختيار معرفة الرجال، ص 375، ح 705.

3- النهاية، ص 543.

4- الكافي، ج 1، ص 191، باب المملوك يعتق وله مال، ح 5؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 224، ح 806؛ الاستبصار، ج 4، ص 11، ح 33، وفيها: «لا يبدأ بالحرية قبل المال»؛ ورواه الصدوق في الفقيه، ج 3، ص 153، ح 1، عن حريز بتفاوت.

5- مختلف الشيعة، ج 8، ص 44، المسألة 5.

6- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 478.

7- الدروس الشرعية، ج 2، ص 165 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

8- وفي حاشية «خ، و»: «تبعهم على وصفها بالصحة وكونه جريراً ابن فهد والمقداد في المهذب والتنقيح. (منه رحمه الله)». المهذب البار، ج 4، ص 57؛ التنقيح الرائع، ج 3، ص 446، ولكن نقلا الرواية عن أبي جرير.

السابعة • إذا أعتق ثلث عبده - وهم ستة - استخرج الثلث بالقرعة. و صورتها: أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة، ثم يخرج على الحرّية أو الرقبة. فإن أخرج على الحرّية كفت الواحدة، وإن أخرج على الرقبة افتقر إلى إخراج اثنين.

وإذا تساوا عدداً وقيمةً، أو اختلفت القيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً فلا بحث.

وإن اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمةً وطرح اعتبار العدد. وفيه تردّد.

وإن تعدّد التعديل عدداً وقيمةً أخرجنا على الحرّية حتّى يستوفي الثلث قيمةً. ولو قصرت قيمة المخرج أكملنا الثلث ولو بجزء من آخر.

والموجود في الكافي والتهديب والاستبصار «أبو جرير» بالجيم، وهو الصواب؛ لأنّ حريراً لم يرو عن الكاظم عليه السلام، بخلاف أبي جرير - وهو زكريّا بن إدريس الأشعري - فقد روى عن الصادق عليه السلام والكاظم عليه السلام والرضا عليه السلام (1)، وهو ممدوح غير موثّق، فيكون من الحسن لا من الصحيح، ففيما نقلوه خللان، لفظي ومعنوي.

قوله: «إذا أعتق ثلث عبده - وهم ستة - استخرج الثلث بالقرعة. و صورتها: أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة» إلى آخره.

إذا أعتق جزءاً من عبده مشاعاً كالثلث، أو أعتق المريض الجميع فلم ينفذ إلا في الثلث، واحتيج إلى إخراج الجزء المذكور استخرج بالقرعة.

وفي كيفيتها طرق:

أحدها: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع، ثم يخرج على الرق أو الحرّية.

والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق و الحرّية ويخرج على أسماء العبيد.

ص: 343

1- راجع رجال النجاشي، ص 173، الرقم 457؛ ورجال الطوسي، ص 210، الرقم 2726؛ و خلاصة الأقوال، ص 152، الرقم 439.

والمروِّي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَوَالِهِ وَسَلَّمَ فِي ذَلِكَ جَمْعُ كُلِّ ثَلَاثٍ فِي رَقْعَةٍ، وَقَدْ كَانُوا سِتَّةً فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ اثْنَيْنِ (1).

وَهُوَ الَّذِي فَرضَهُ. المصنَّف. وَهُوَ يَتَمَّعُ مَعِ تَسَاوِيهِمْ قِيَمَةً، وَقَبُولِ الْعَدَدِ لِلتَّجْزِئَةِ أَثَلَاثًا كَالسِتَّةِ.

وَعَلَى هَذَا، فَلَهُ كِتَابَةُ اسْمِ كُلِّ اثْنَيْنِ فِي رَقْعَةٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَعَرَّضَ فِي الْكِتَابَةِ لِلْحَرِيَّةِ وَالرَّقِيَّةِ، ثُمَّ تَسْتَرُ وَتَخْرُجُ فَإِنْ أَخْرَجَ عَلَى الْحَرِيَّةِ عَتَقَ الْإِثْنَانَ الْخَارِجَانَ أَوَّلَ مَرَّةٍ، وَصَارَتِ الْأَرْبَعَةُ الْمُتَخَلِّفَةُ أَرْقَاءً. وَإِنْ أَخْرَجَ عَلَى الرَّقِيَّةِ اسْتَرْقَ الْخَارِجَانَ وَاحْتِيَجَ إِلَى إِخْرَاجِ أُخْرَى، وَيَتَخَيَّرُ حِينَئِذٍ بَيْنَ الْإِخْرَاجِ عَلَى الْحَرِيَّةِ وَالرَّقِيَّةِ، وَعَلَى أَيُّهُمَا أَخْرَجَ حَكَمَ لِلْخَارِجِ بِهِ، وَبَقِيَ مِنْ فِي الرَقْعَةِ الْأُخْرَى لِلْآخِرِ.

وَإِنْ كَتَبَ فِي الرَقْعِ الْحَرِيَّةِ وَالرَّقِيَّةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكْتُبَ أَسْمَاءَ الْعَبِيدِ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي فَيَكْتُبُ فِي رَقْعَةٍ: «حَرِيَّةٌ» وَفِي رَقْعَتَيْنِ: «رَقِيَّةٌ» عَلَى نِسْبَةِ الْمَطْلُوبِ فِي الْقَدَّةِ وَالكَثْرَةِ، ثُمَّ يَخْرُجُ بِاسْمِ أَحَدِ الْأَجْزَاءِ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ تَرْتَبُوا سَابِقًا. فَإِنْ خَرَجَتْ رَقْعَةُ الْحَرِيَّةِ أَنْفَصَلَ الْأَمْرَ، وَإِنْ خَرَجَتْ رَقْعَةُ الرَّقِّ اسْتَرْقَ الْمَخْصُوصُونَ بِهَا وَأَخْرَجَتْ أُخْرَى كَمَا مَرَّ.

وَالطَّرِيقُ الثَّلَاثُ: أَنْ يَكْتُبَ سِتَّ رَقَاعٍ فِي الْفَرْضِ الْمَذْكُورِ، إِمَّا بِأَسْمَاءِ السِتَّةِ اسْمِ كُلِّ وَاحِدٍ فِي رَقْعَةٍ، ثُمَّ يَخْرُجُ عَلَى الْحَرِيَّةِ أَوْ الرَّقِيَّةِ كَمَا مَرَّ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَطْلُوبَ. أَوْ يَكْتُبُ

فِي اثْنَيْنِ «حَرِيَّةٌ» وَفِي أَرْبَعٍ «رَقِيَّةٌ» ثُمَّ يَخْرُجُ عَلَى وَاحِدٍ وَاحِدٍ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ.

وَهَذِهِ الطَّرِيقُ أَعْدَلُ؛ لِأَنَّ جَمْعَ كُلِّ اثْنَيْنِ عَلَى حَكْمٍ وَاحِدٍ يَمْنَعُ مِنْ افْتِرَاقِهِمَا فِي الرَّقِيَّةِ وَالْحَرِيَّةِ، وَمِنْ الْمُمْكِنِ خُرُوجَ أَحَدِهِمَا حُرًّا وَالْآخَرَ رَقًّا، لَكِنَّ الْمَشْهُورَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ هُوَ الْأَوَّلُ؛ لَوُرُودِهِ فِي الرَّوَايَةِ. وَالْأَقْوَى جَوَازُ الْعَمَلِ عَلَى الْجَمِيعِ.

ص: 344

1- صحيح مسلم، ج 3، ص 1288، ح 1668/56؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 28، ح 3958 بتفاوت؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 473. ح 21364، وص 485، ح 21406، وص 481، ح 21390.

هذا كله إذا أمكن تجزيتهم أثلاثاً بالعدد والقيمة، كستة قيمة كل واحد منهم مائة.

وكذا لو اختلفت القيمة مع إمكان تعديلهم أثلاثاً بالعدد، كستة قيمة ثلاثة منهم ستمائة، كل واحد مائتان، و ثلاثة ثلاثمائة كل واحد مائة، فيضم كل خسيس إلى نفيس ويجعلان ثلثاً. ولو اختلفت القيمة وأمكن التعديل بها دون العدد، كما لو كان قيمة واحد من الستة مائتين، و قيمة اثنين مائتين، و قيمة ثلاثة مائتين، ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان، أظهرهما اعتبار القيمة، فيجعل الواحد ثلثاً و الاثنين ثلثاً و الثلاثة ثلثاً؛ لأن المقصود الذاتي من العبيد المالية دون الأشخاص.

ووجه اعتبار العدد موافقة المروي من فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم، مع استبعاد تساوي الستة قيمة بكل وجه، وفي بعض الأخبار أنهم كانوا متساوين قيمة. (1)

ولو أمكن التعديل عدداً خاصةً، كستة قيمة اثنين مائة، و اثنين مائة و خمسون، و اثنين ثلاثمائة، فسّموا ثلاثة بالعدد، فإن أخرج على الحرّية فخرج اثنان يتساويان في الثلث قيمة فلا كلام، وإن خرجا ناقصين عتقا و أكمل الثلث من الباقيين بالقرعة، و إن خرجا زاندين أُعيدت القرعة بينهما و عتق من تخرجه للحرّية، و من الآخر تتمّة الثلث.

وإن لم يمكن التعديل عدداً و لا قيمةً كخمسة قيمة واحد مائة و اثنين مائة، و اثنين ثلاثمائة، ففي تجزيتهم وجهان:

أحدهما: تجزيتهم ثلاثة بالعدد، مراعاةً لتقريب القيمة إلى التسوية ما أمكن. و إنما فعل

ذلك تقريباً إلى المرويّ و إن لم يكن مثله.

و الثاني - و هو الأصحّ - الاعتبار بالطريق الثالث خاصةً، فيكتب خمس رقاع و يخرج كما فصل إلى أن يستوفي الثلث و لو بجزء من واحد. و هذا هو الذي اختاره المصنّف و لم يذكر غيره.

ص: 345

1- لم نعر على الرواية المفروض فيها تساوي القيم، نعم، عنون المسألة ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 6، ص 613، المسألة 4789 والكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج 2، ص 411.

الثامنة • من اشترى أمةً نسيئةً ولم ينقد ثمنها، فأعتقها وتزوجها ومات ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه، وردت على البائع رقاً. ولو حملت كان ولدها رقاً. وهي رواية هشام بن سالم. وقيل: لا يبطل العتق ولا يرق الولد. وهو أشبه.

ولو كانت قيمة الخمسة متساوية فعلى الأول يجزئهم اثنين واثنين واحداً، وعلى الثاني يكتب خمس رقاع بأسمائهم ويخرج على الحرية أو الرقية إلى أن يستوفي الثلث قيمةً. والوجه جواز استعمال هذه في جميع الفروض، خصوصاً مع تعدد التعديل كما ذكر.

واعلم أن اعتبار القرعة بكتابة الرقاع هو المعروف بين الفقهاء؛ لأنه موافق للرواية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وأبعد عن التهمة. وينبغي أن تكون متساوية، وأن تُدرج في بنادق، وتجعل في حجر من لم يحضر عملها وأن تغطى بثوب، ويدخل من يخرجها يده من تحت الثوب، كل ذلك ليكون أبعد عن التهمة.

وفي تعيين العمل بالرقاع نظر؛ لعدم دليل مخصص، وكما روي من فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالرقاع، كذلك روي أنه أقرع في بعض الغنائم بالبر، وأنه أقرع مرةً أخرى بالنوى(1)، فلو قيل بجواز القرعة بذلك كله وأشباهه كان وجهاً لحصول الغرض، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى.

وهذا البحث آتٍ في جميع أفراد القرعة الواقعة في القسمة وغيرها.

قوله: «من اشترى أمةً نسيئةً ولم ينقد ثمنها» إلى آخره.

قد تقدّم البحث في هذه المسألة والكلام على الرواية مستوفي في كتاب النكاح(2). ومحصله أنها ضعيفة الأسناد(3) مضطربة، وإن كان قد وصفها بالصحة جماعة(4)، ومخالفة

ص: 346

1- تلخيص الحبير، ج4، ص212، ذيل الحديث 2149.

2- تقدّم في ج6، ص488.

3- والضعف من جهة أبي بصير، المشترك بين ليث بن البخري المرادي الثقة ويحيى بن القاسم الأسدي الواقفي، راجع خلاصة الأقوال، ص234، ارقم 798، وص416، الرقم 167.

4- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج2، ص169؛ والعلامة في المختلف الشيعية، ج7، ص291، المسألة 204؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج3، ص159؛ والشهيد في غاية امراء، ج3، ص89(ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج3)

التاسعة • إذا أوصى بعق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه الحاكم. و يحكم بحرّيته حين الإعتاق لا حين الوفاة. و ما اكتسبه قبل الإعتاق و بعد الوفاة يكون له؛ لاستقرار سبب العتق بالوفاة. و لو قيل: يكون للوارث؛ لتحقق الرق عند الاكتساب كان حسناً.

لأصول المذهب الدالة على صحّة البيع و العتق - لمصادفتها ملكاً صحيحاً - و انعقاد الولد حرّاً، فلا مقتضى لبطلان ذلك و رجوع الولد إلى الرقيّة. و تكلف بحملها على ما يوافق الأصول متكلفون بغير ثمره، فيراجع تحقيق ذلك ثمّة. و ما اختاره المصنّف و جعله أشبه هو المذهب.

قوله: «إذا أوصى بعق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه» إلى آخره.

القول بكون كسبه بين الموت و الإعتاق له للشيخ في المبسوط؛ مستدلاً بما أشار إليه المصنّف من استقرار سبب العتق بالوفاة(1).

و تنقيحه أنّ السبب المقتضى لانتقال مال الموصي عن ملك الوارث و انصرافه إلى الوصيّة مستند إلى الوصيّة و الموت، فكلّ منهما جزء السبب، و بالموت يتمّ السبب، فيكون العبد الموصى بعتقه بعد الموت بمنزلة الحرّ و إن توقفت حرّيته على الإعتاق، فيتبعه الكسب، لكن لا يملكه إلا بعد العتق؛ لأنّه قبله رقيق لا يملك و إنّما كان أحقّ به.

وردّه المصنّف (رحمه الله) بمنع استقرار السبب بالموت، بل هو مركّب من ثلاثة أشياء: الوصيّة و الموت و إيقاع صيغة العتق، كما يتوقّف ملك الوصيّة إن كانت لمعيّن على قبوله مضافاً إلى الوصيّة و موت الموصي، فقبل القبول لا يملك و إن حصل الأمان الآخران. و لو كان سبب العتق قد تمّ و استقرّ لزم أن يثبت معلوله و هو العتق، و هو لم يقل به حيث حكم برقه، و إنّما يتحرّر بالإعتاق و متى لم يكن تاماً لم يثبت معلوله، و الملك متوقّف عليه. و لمّا امتنع خلوّ الملك من مالك، و لم يكن العبد مالكاً لنفسه قبل العتق فهو للوارث، إذ لا ثالث.

ص: 347

العاشرة: • إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر وينتقل إلى الأمر عند الأمر بالعتق؛ ليتحقق العتق في الملك. وفي الانتقال تردّد.

ويشكل بأنّ الله تعالى جعل الإرث بعد الوصية النافذة(1)، و الفرض هنا كذلك وذلك يمنع من ملك الوارث، غايته أن يكون الملك مراعىً بالإعتاق فيتبعه الكسب ويكشف عن سبق ملكه، كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصية من حين الموت. وفي حكمه ما لو أوصى بعين توقف في بعض الجهات.

أمّا الموصى على وجه لا يتوقّف على صيغة كقوله: «أخرجوا عني العين الفلانية في حجة» ونحوها، فمماؤها بعد الموت وقبل الإخراج في الجهة تابع لها قطعاً؛ لتعيينها لتلك الجهة و خروجها عن ملك الوارث بالموت.

قوله: «إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر» إلى آخره.

إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب وغيرهم صحّة العتق ووقوعه عن الأمر، خلافاً لابن إدريس حيث حكم بوقوعه عن المعتق(2)؛ نظراً إلى أنّ وقوع العتق عن الشخص مترتب على ملكه له؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا عتق إلا في ملك»(3)، وهو منتفٍ عن الأمر و موجود في المعتق، فيقع عنه لا عن الأمر .

و التزم القائلون بوقوعه عن الأمر بانتقال الملك إليه ليتحقق شرط صحّة العتق عنه، و استدّلوا على الأمرين بصحيفة بريد بن معاوية العجلي عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه، وأنّ المعتق أصاب بعد ذلك ما لا ثمّ مات و تركه، لمن تكون تركته؟ قال، فقال: «إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو واجب عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل

ص: 348

1- النساء (4): 11 - 12.

2- السرائر، ج 3، ص 20 - 21.

3- الكافي، ج 1، ص 179، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 217، ح 774؛ الاستبصار، ج 4، ص 5، ح 15.

لأحد عليه - إلى قوله - وإن كانت الرقبة على أبيه تطوعاً وقد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمةً فإنّ ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال»، قال: «وإن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإنّ ولاءه و ميراثه للذي اشتراه من ماله و أعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته»<sup>(1)</sup>.

ووجه الدلالة أنّ ثبوت الولاء للأمر فرع انتقال الملك إليه و وقوع عنقه عنه، و قد أثبت له فيثبت الملزوم.

وفيه نظر؛ لأنّه قبل الموت لا يمكن تصوّر الملك؛ لأنّ المفروض أنّ الولد إنّما اشترى النسمة بعد موته، فكيف يحكم بملكه لها قبل الشراء؟! و بعد الموت لا يعقل ملك الميت لما قد تجدد سببه. و الولاء حكم شرعي إذا جعله الشارع حقاً لمن أعتق عنه و إن لم يكن مالكاً صحّ، و هو هنا كذلك، و لا يقتضي<sup>(2)</sup> التزام ملك الميت بعد موته لمال الغير.

و يمكن الجواب بأنّ الميت يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان قد أحدث سبباً له و إن لم يتمّ كما لو نصب شبكةً حيّاً ثم وقع فيها صيدٌ بعد وفاته، و هنا كذلك؛ لأنّ أمره بالعتق جزء لسبب الملك أو تمام السبب و العتق شرط، فصحّ أن ينكشف به ملكه قبل موته، و الرواية الصحيحة مؤيدة لذلك.

و قد اختلف العلماء في وقت انتقال الملك إلى الأمر على أقوال كثيرة، تقدّم البحث فيها في باب الكفّارات<sup>(3)</sup>، فلتراجع منه.

و المصنّف هنا تردّد في وقت الانتقال، من حيث إنّ اشتراط وقوع العتق في الملك يقتضي سبق الملك عليه فيحصل بالأمر، و من أنّه لو لم يعتق عنه لم يملك إجماعاً.

ص: 349

1- الكافي، ج 7، ص 171، باب ولاء السائبة، ح 7؛ الفقيه، ج 3، ص 137، ح 3509؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 254، ح 925؛ الاستبصار، ج 4، ص 23، ح 76.

2- في بعض النسخ: «ولا ينبغي» بدل «ولا يقتضي»

3- تقدّم في ص 131.



الحادية عشرة: • العتق في مرض الموت يمضي من الثلث. وقيل: من الأصل. والأول مروى.

تفريعان:

الأول: • إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ولا مال له سواهنّ أخرجت واحدة بالقرعة. فإن كان بها حمل تجدد بعد الإعتاق فهو حرّ إجماعاً. وإن كان سابقاً على الإعتاق قيل: هو حرّ أيضاً. وفيه تردد.

وإن كان قد أمره فدلّ على أنّ الأمر بمجرّده لا يكفي في الملك، بل العتق موجب لملك الأمر أو شرط فيه، فلا يكون المشروط والمسبّب متقدّماً، ومن أنّ عدم تقدّمه على العتق يفوّت المطلوب منه وهو وقوع العتق في ملك، وقد قال المصنّف فيما تقدّم: «الوجه الاقتصار على الثمرة، وهو صحّة العتق وبراءة ذمّة الأمر وما عداه تخمين (1)». وهذا وجه حسن.

قوله: «العتق في مرض الموت يمضي من الثلث. وقيل: من الأصل والأول مروى».

هذه المسألة جزئي من جزئيات منجزات المريض المتبرّع بها، وقد تقدّم الخلاف في كونها من الأصل أو من الثلث (2). وتحقيق القولين في الوصايا.

وفي نسبة القول الأول إلى الرواية مطلقاً ضرب من التردد؛ لأنّ مجرّد الرواية به لا تدلّ على ترجيحه؛ لجواز كون الرواية مردودة بوجه من الوجوه، وهو هنا كذلك، فإنّها ضعيفة السند كما بيّناه سابقاً (3)، والمصنّف في تلك المسألة أيضاً لم يرجح أحد القولين وعذره واضح، وإن كان القول الأول هو الأشهر.

قوله: «إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ولا مال له سواهنّ» إلى آخره.

ص: 350

1- تقدّم في ص 131.

2- تقدّم في ج 5، ص 449.

3- تقدّم في ج 5، ص 451 وما بعدها.

الثاني: • إذا أعتق ثلاثة في مرض الموت لا يملك غيرهم ثم مات أحدهم، أفرع بين الميِّت والأحياء. ولو خرجت الحرِّيَّة لمن مات حكم له بالحرِّيَّة ولو خرجت على أحد الحيِّين حكم على الميِّت بكونه مات رقاً، لكن لا يحتسب من التركة. ويقرَع بين الحيِّين ويحرَّر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية. ولو عجز أحدهما عن الثلث أكمل الثلث من الآخر. ولو فضل منه كان فاضله رقاً.

القول بتبعية الحمل لأُمِّه في العتق وغيره للشيخ(1) (رحمه الله) وابن الجنيْد(2): لأنَّه كالجزء منها.

والأكثر على أنَّه في حكم المنفصل، فلا يتبعها في العتق ولا في البيع ولا غيرها ما لم يصرَّح بإدخاله

وفي قول المصنِّف «أُخرجت واحدة بالقرعة» تنبيه على أنَّ كلَّ واحدة منهنَّ ثلث التركة، فلو كنَّ مختلفات في القيمة أُخرج الثلث خاصَّةً ولو من جزء منها أو بجزء من غيرها فما زاد. وعلى تقدير دخوله معها في العتق يعتبر من الثلث كأُمِّه، بمعنى تقويمها به واعتبار قيمتها(3). وعلى تقدير عدم دخوله لا بدَّ من تقويمه أيضاً ليحتسب على الورثة.

ثمَّ إنَّ ولد قبل موت المعتق قوِّم منفصلاً حين الوفاة على ما تقرَّر في الوصيَّة. وإن بقي حملاً إلى أن مات قوِّم حملاً وإن انفصل بعد ذلك؛ لأنَّ الزيادة بالوضع حصلت في ملك الوارث إن اتَّقت

قوله: «إذا أعتق ثلاثة في مرض الموت لا يملك غيرهم ثمَّ مات أحدهم، أفرع بين الميِّت والأحياء» إلى آخره.

إذا أعتق ثلاثة أعبد في مرض الموت وهو لا يملك غيرهم، فمات أحدهم قبل موت السيِّد أو بعده قبل قبض الوارث أفرع بين الميِّت و الحيِّين، ولا ينزل الميِّت كالمعدوم وإن

ص: 351

1- النهاية، ص 545.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 59، المسألة 17.

3- في بعض النسخ: «قيمتها» بدل «قيمتها».

أبقينا للوارث مثلي ما فات؛ لأنّ الميّت إنّما مات بعد العتق، فهو صالح للحرّية والرّقبة. فإذا أفرع بينهم وخرج له سهم العتق بان أنّه مات حرّاً موروثاً عنه، ورقّ الآخراّن على تقدير تساويهم قيمةً. فمؤونة تجهيزه لو فرضت بعد القرعة على وارثه أو بيت المال، وإن خرج له سهم الرقّ لم يحتسب على الورثة؛ لأنّهم يبيغون المال و منفعتة، ويحتسب به عن المعتق؛ لأنّ المعتق يبيغ الثواب. و تعاد القرعة بين العبدین كما لو لم يكن إلاّ عبدان فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه ورقّ ثلثه و العبد الآخر. و لو خرج سهم العتق ابتداءً على أحد الحيّين فكذلك يعتق ثلثاه و تبين موت الآخر رقاً.

و لو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه و جهان، أصحّهما نعم، حتّى لو خرجت القرعة لأحد الحيّين عتق كلّه؛ و ذلك لأنّ الميّت دخل في أيديهم و ضمانهم.

و وجه العدم أنّهم لا يتسلّطون على التصرف و إن ثبتت أيديهم الحسيّة، فيكون كما لو مات قبل ثبوت أيديهم، و إطلاق المصنّف عدم احتسابه على الورثة يقتضي ذلك.

و لو كانت الصورة بحالها و مات اثنان أفرع بينهم أيضاً، فإن خرج سهم العتق على أحد

الميّتين عتق نصفه خاصّةً، و حصل للورثة مثلاه و هو العبد الحيّ.

و إن خرج سهم الرقّ عليه أفرعنا بين الميّت الآخر و بين الحيّ، فإن خرج سهم الحرّية على الميّت الآخر أعتقنا نصفه الآخر، و إن خرج سهم الرقّ عليه لم يحتسب على الورثة، و أعتقنا ثلث العبد الحيّ.

و لو كان موت الميّت منهم بالقتل الموجب للقيمة دخل القتل في القرعة مطلقاً؛ لأنّ قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيّته فلا يفوت الوارث المال.

ثمّ إن خرج سهم العتق لأحد الحيّين عتق كلّه، و للورثة الآخر و قيمة القتل. و إن خرج للقتيل بان أنّه قتل حرّاً و على قاتله الدية لورثته.

هذا كلّه مع تساويهم قيمةً كما فرضناه. و لو اختلفت القيمة أعتق ثلث الجميع بالقيمة، فإذا خرجت لأحد و كان بقدر الثلث فذاك، و إن نقص أكمل من الآخر، و إن زاد كان فاضله رقاً.

. وأما السراية

### شروط العتق بالسراية

فمن أعتق شقصاً من عبده سرى العتق فيه كلّه إذا كان المعتق صحيحاً جائز التصرف. وإن كان له فيه شريك قوم عليه إن كان موسراً، وسعى العبد في فكّ ما بقي منه إن كان المعتق معسراً.

وقيل: إن قصد الإضرار فكّه إن كان موسراً، وبطل إن كان معسراً. وإن قصد القرية عتقت حصّته، وسعى العبد في حصّة الشريك، ولم يجب على المعتق فكّه.

قوله: «وأما السراية فمن أعتق شقصاً من عبده سرى العتق فيه كلّه» إلى آخره.

المشهور بين الأصحاب حصول العتق في باقي المملوك بالسراية إليه من الجزء الذي أعتق في الجملة.

والأصل فيه قول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم: من أعتق شركاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي»(1).

ومن طريق الخاصّة رواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام: «أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال علي عليه السلام: هو حرّ ليس لله شريك»(2).

. ورواية طلحة بن زيد عنه عليه السلام أنّ رجلاً أعتق بعض غلامه فقال: «هو حرّ كلّه ليس لله شريك»(3).

وهي أعمّ من كون العبد المعتق بعضه مشتركاً بينه وبين غيره ومختصاً به.

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه

ص: 353

- 
- 1- مسند أحمد، ج 1، ص 11، ح 399؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1139، ح 1501/1؛ سنن ابن ماجه، ج 2، ص 844، ح 2528؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 24، ح 3938؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 464، ح 21324، بتفاوت.
  - 2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 228، ح 824؛ الاستبصار، ج 4، ص 6، ح 18، وفيهما: عن جعفر عن أبيه عليهما السلام.
  - 3- الفقيه، ج 3، ص 142، ح 3524؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 228، ح 825؛ الاستبصار، ج 4، ص 6، ح 19.

فإن عجز العبد أو امتنع من السعي كان له من نفسه ما أعتق، وللشريك ما بقي، وكان كسبه بينه وبين الشريك، ونفقته وفطرته عليهما.

قال: «إن كان موسراً كلف أن يضمن، وإن كان معسراً أخدمت بالحصص» (1).

ويظهر من السيّد المحقق جمال الدين أحمد بن طاوس في كتابه ملاذ علماء الإمامية الميل إلى عدم السراية على معتق بعض مملوكه إلى الباقي (2)؛ نظراً إلى ضعف المستند، مع معارضته بروايات تدلّ على عدمه، كرواية حمزة بن حرمان عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل أعتق بعض جاريته ثم قذفها - إلى قوله: «ولا تزوج حتى تؤدّي ما عليها، ويعتق النصف الآخر» (3).

وصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاؤوا وإن أبوا؟ قال: «لا، ولكن لها من نفسها ثلثها، وللوارث ثلثاها يستخدمها بحساب الذي له منها، ويكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها» (4).

ورواية مالك بن عطية عن أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته، ثم إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: «فليشترط عليها أنّها إن عجزت عن نجومها تردّ في الرقّ في نصف رقبته» (5).

وعذر السيّد في ضعف سند الرواية على تقدير ملكه للباقي واضح، وما استدللّ به من الروايات على عدمه أوضح سنداً، لكنّ السراية على الشريك قد ثبتت بالصحيح، وهو يقتضي السراية على ملكه بطريق أولى؛ لاشتراكهما في الدلالة على تشوّق الشرع لتكميل

ص: 354

- 1- الفقيه، ج 3، ص 114، ح 3439؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 219، ح 785؛ الاستبصار، ج 4، ص 3، ح 7.
- 2- لم نعثر على كتابه، وحكاه عنه أيضاً الشهيد في الدروس الشرعية، ج 2، ص 169 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ج 10).
- 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 228، ح 826؛ الاستبصار، ج 4، ص 6، ح 20.
- 4- الفقيه، ج 3، ص 122، ح 3467؛ تهذيب الأحكام، ج 9، ص 225، ح 882.
- 5- الكافي، ج 1، ص 188، باب المكاتب، ح 14؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 269، ح 980.

العتق، وإذا أكمل والباقي لغيره واحتيج إلى أداء المال إليه فلائ يكمل والباقي له أولى. وتبقى الروايات مؤيدة وإن ضعف سندها.

وصحيحة ابن سنان يمكن حملها على ما إذا لم تملك غيرها، فيحجر عليها فيما زاد عن الثلث. والشيخ حمل رواية حمزة على أنه لا يملك نصفها الآخر. (1)

إذا تقرّر ذلك فسراية العتق إلى نصيب الشريك مشروطة بيسار المعتق، كما ينبت عليه قوله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم: «وله مال»، وقول الصادق عليه السلام: «إن كان موسراً كلف أن يضمن».

والقول باختصاص السراية بقصد الإضرار بالشريك مع اليسار وأنه مع قصد القرية لا يقوّم عليه مطلقاً للشيخ (رحمه الله) (2)، استناداً إلى حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سُئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه فقال: «إن كان مضاراً كلف أن يعتقه كلّ، وإلا استسعى العبد في النصف الآخر» (3).

ورده ابن إدريس بأن قصد القرية شرط في صحّة العتق، وقصد المضارّة ينافيها (4)

وأجيب بأن المراد بالإضرار تقويمه على الشريك قهراً وإعتاق نصيبه الله تعالى، ومثل هذا لا ينافي القرية، وإثما ينافيها تمحّض القصد للإضرار (5). والأشهر التقويم على الموسر مطلقاً؛ عملاً بصحيحة الحلبي وغيرها من الأخبار (6). ومع الإعسار يسعى العبد في فكّ باقيه بجميع كسبه، لا بحصّته من الحرّيّة على الأظهر،

ص: 355

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 229، ذيل الحديث 826؛ الاستبصار، ج 4، ص 6 - 7، ذيل الحديث 20.

2- النهاية، ص 542.

3- الكافي، ج 1، ص 182، باب المملوك بين شركاء...، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 115، ح 3442؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 220، ح 788؛ الاستبصار، ج 4، ص 4. ح 10.

4- السرائر، ج 3، ص 10.

5- راجع نكت النهاية، ج 3، ص 8.

6- راجع الكافي، ج 6، ص 182 - 183، باب المملوك بين شركاء...، ح 3؛ الفقيه، ج 3، ص 115، ح 3442؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 221، ح 791 و 793؛ الاستبصار، ج 4، ص 3، ح 9، وص 4 - 05 ح 13.

. ولو هأياً شريكه في نفسه صحّ، و تناولت المهأية المعتاد و النادر، كالصيد و الالتقاط.

و لو كان المملوك بين ثلاثة فأعتق اثنان قومت حصّة الثالث عليهما بالسوية، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت.

و هو كالكتابة في كونه فكاً للرقبة من الرقية بجملة الكسب، و استقرار الملك بعجز المملوك، و عتق ما قابل المدفوع منه كما في المطلقة. و يفرقان في اشتراطه بسبق عتق شيء منه دونها، و عدم اشتراطه بعقد و لا تقدير للعوض و لا للأجل بل بقيمة المثل دونها.

قوله: «و لو هأياً شريكه في نفسه صحّ» إلى آخره.

المهأية على تقدير عجزه على وجه الاختيار لا الإجار، بخلاف السعي.

و القول بتناولها للكسب مطلقاً و إن كان نادراً هو المذهب ؛ لعموم الأدلة (1).

و قال بعضهم: لا يتناول النادر (2)؛ استناداً إلى أنّها معاوضة فلو تناولته لجهلت. و هو ضعيف؛ لأنّ المنفعة في المدّة المعلومة مضبوطة على وجه يرفع الجهالة، و خصوصيات الكسب غير مقصودة، و لو اعتبرت لزم الجهل بها مطلقاً.

قوله: «و لو كان المملوك بين ثلاثة فأعتق اثنان قومت حصّة الثالث» إلى آخره.

إذا كان المملوك بين ثلاثة - مثلاً - و أعتق اثنان منهم نصيبهما، فإن كان مترتباً قومت على السابق نصيب الآخرين، و لغا المتأخر إن جعلنا السراية تحصل بالإعتاق و سيأتي البحث فيه. (3)

و إن أعتقا نصيبهما معاً - إمّا بأن نطقا به دفعةً، أو وكلاً رجلاً بالإعتاق عنهما فأعتق نصيبهما معاً، أو وكلّ أحدهما الآخر، أو علّقا على شرط واحد، و إن كان التعليق مترتباً فوجد الشرط - فإن كان أحدهما موسراً قومت عليه نصيب الثالث، و إن كانا موسرين قومت

ص: 356

1- راجع تهذيب الأحكام، ج 8، ص 221، ج 791، 793 - 794؛ والاستبصار، ج 4، ص 3، ح 9 و 12.

2- الحاوي الكبير، ج 18، ص 23.

3- يأتي بُعيد هذا بقليل.

. و تعتبر القيمة وقت العتق؛ لأنه وقت الحيلولة.

نصيب الثالث عليهما بالسوية لا على قدر الملكين؛ لأنّ القيمة الواجبة هنا سبيلها سبيل ضمان المتلفات، ولا يفترق الحال فيها بين قلة الأسباب و كثرتها، ألا ترى أنّه لو جرح واحد جراحة و الآخر جراحات و سرى فمات المجرّح منهما تكون الدية عليهما بالسوية.

و لبعض العامة وجه أنّ القيمة عليهما على عدد الأنصبا كالشفعة(1)، فإذا أعتق صاحب النصف و صاحب السدس غرم صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث، و صاحب السدس ربعها.

و يضعّف بثبوت الفرق، فإنّ الأخذ بالشفعة من فوائد الملك و مرافقة فيكون على قدر الملك كالثمرة و النتاج، بخلاف القيمة الواجبة هنا كما بيّناه من الوجه. و مع هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل: إنّ الشفعة على الرؤوس(2).

قوله: «و تعتبر القيمة وقت العتق؛ لأنه وقت الحيلولة».

ظاهرة ثبوت الحكم كذلك سواء قلنا بانعتاقه بالعتق أم بالأداء.

و الأمر على الأوّل ظاهر، و أمّا على الثاني فإنّه وإن لم ينعق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلّق به حقّ العتق و استحقّق الشريك المطالبة بالقيمة، و ذلك فرع ثبوتها و إن توقّف العتق بالفعل على أمر آخر. و معنى كونه وقت الحيلولة أنّه يحجر على الشريك في حصّته و إن لم ينتقل عن ملكه.

و العلامة في كتبه وافق المصنّف على إطلاق اعتبار يوم العتق(3).

و الأقوى ترتّب القيمة على وقت العتق بالفعل، فإن جعلناه بالإعتاق اعتبرت حينئذٍ و كذا على القول بالمراعاة. و على القول باشرطه بالأداء يعتبر القيمة عنده.

ص: 357

1- الحاوي الكبير، ج 18، ص 26: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 263، المسألة 8599.

2- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 523، المسألة 4071.

3- قواعد الأحكام، ج 3، ص 207؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 197، الرقم 5643، وفيه: يحتمل بالعتق؛ إرشاد الأذهان، ج 2،



. وتنعتق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق. وقال الشيخ: هو مراعى.

و هذا هو الظاهر من كلام المبسوط، فإنّه نقل القول بانعتاقه بالعتق، وفرّع عليه فروعاً منها اعتبار القيمة وقت العتق، ثمّ نقل القول الآخر(1)

وفي الدروس أطلق اعتبار القيمة وقت الأداء بعد أن اختار انعتاقه بالأداء(2). ولم يذكر اعتبارها يوم العتق وهو موافق لما ذكرناه.

قوله: «و تنعتق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق. وقال الشيخ: هو مراعى».

### وقت انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية

اختلف في وقت انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية، فقال الشيخ في الخلاف(3)، وقبله المفيد(4)؛ و المصنّف و العلامة(5) و الشهيد(6): عند أداء القيمة؛ لأنّ للأداء مدخلاً في العليّة، ولهذا لا ينعق مع الإعسار. ولأنّه لو أعتق بالإعتاق لزم الإضرار بالشريك بتقدير هرب المعتق أو تلف ماله، و لصحيحة محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «من كان شريكاً في عبد أو أمة، قليل أو كثير، فأعتق حصّته و له سعة فليشتر من صاحبه فيعتق كلّه»(7).

و المراد بشرائه منه أداءه قيمة نصيبه؛ لعدم اعتبار الشراء الحقيقي إجماعاً.

وقال الشيخ في المبسوط: هو مراعى بالأداء، فإن أدّى تبين العتق من حينه وإلا تبين الرق(8). وفيه جمع بين الأدلّة، و تحرّز من الإضرار المدعى.

وقال ابن إدريس: ينعق بالإعتاق(9)، أي باللفظ المقتضي لعتق نصيبه؛ لأنّ ذلك هو

ص: 358

1- المبسوط، ج 4، ص 421.

2- الدروس الشرعية، ج 2، ص 170 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

3- الخلاف، ج 1، ص 359، المسألة 1.

4- المقنعة، ص 550.

5- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 197، الرقم 5643.

6- الدروس الشرعية، ج 2، ص 170 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10)

7- الكافي، ج 1، ص 183، باب المملوك بين شركاء، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 221، ح 791؛ الاستبصار، ج 4، ص 4، ح 13.

8- المبسوط، ج 4، ص 421.

9- السرائر، ج 3، ص 16.

مقتضى السراية، و مدلول الأخبار الدالة عليها، كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله» (1)، و يروى «فهو حرّ كله» (2)، و يروى «فهو عتيق» (3)، و قول علي عليه السلام: «هو حرّ ليس لله شريك» (4)، و قول الصادق عليه السلام في رواية سليمان بن خالد (5) و غيره (6)، أنه قال: «قد أفسد على صاحبه» و الإفساد إنما حصل بالعتق.

و توقّف العلامة في كثير من كتبه (7) و ولده (8) و الشهيد في الشرح (9)، مع أنه رجّح في الدروس اعتبار الأداء (10)، لصحيفة ابن قيس (11).

وفيه نظر؛ لأنّ ابن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة (12) و غيره (13)، فلا تكون الرواية صحيحةً مطلقاً، وإنّما صحّتها إضافية بالنسبة إلى غيره، و ذلك غير كافٍ في الحكم بها حيث يعتبر الصحيح أو يعارض غيره.

و الحق أنّ الأخبار من الجانبين ليست من الصحيح، و الأخبار الدالة على اعتبار وقت العتق أكثر.

ص: 359

- 
- 1- تلخيص الحبير، ج 4، ص 212، ح 2148؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 466، ح 21331؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 25، ح 3943؛ الحاوي الكبير، ج 18، ص 9.
  - 2- أورده السيّد في الانتصار، ص 375، المسألة 217.
  - 3- تلخيص الحبير ج 4، ص 212، ح 2148.
  - 4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 228، ح 824؛ الاستبصار، ج 4، ص 6، ح 8.
  - 5- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 220، ح 790؛ الاستبصار، ج 4، ص 4، ح 11.
  - 6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 221، ح 793؛ الاستبصار، ج 4، ص 3، ح 9.
  - 7- منها قواعد الأحكام، ج 3، ص 206؛ وإرشاد الأذهان، ج 2، ص 70.
  - 8- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 499.
  - 9- غاية المراد، ج 3، ص 251 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3)
  - 10- الدروس الشرعية، ج 2، ص 170 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10)
  - 11- الكافي، ج 6، ص 183، باب المملوك بين شركاء...، ح 3.
  - 12- و هو محمّد بن قيس الأسدي راجع خلاصة الأقوال، ص 252، الرقم 86.
  - 13- هو محمّد بن قيس بن أحمد. راجع خلاصة الأقوال، ص 400، الرقم 1611.

إذا تقرّر ذلك، فيتفرّع على الأقوال فروع:

منها: ما تقدّم من عتق اثنين من الشركاء الثلاثة مترتبين (1)، فإن قلنا ينعق بالإعتاق قوّم على المعتق أولاً.

وإن قلنا بالأداء ولم يكن الأول أدى قوّم عليهما.

وإن قلنا بالمراعاة احتمال تقويمه عليهما أيضاً؛ لأنّ عتق الثاني صادف ملكاً فوق صحيحاً فاستويا في الحصّة الأخرى، و تقديم الأول؛ لأنّه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق فوق عتقه لغواً. وفي الأول قوّة.

ومنها اعتبار القيمة، فإن قلنا يعتق بالإعتاق اعتبرت من حينه قطعاً. وكذا إذا قلنا بالمراعاة والكشف.

وإن قلنا بالأداء، فوجهان، من أنّ التلف يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله، ومن أنّ الحجر

على المالك يحصل يوم العتق، وهو الذي اختاره المصنّف فيما تقدّم، وعلّله بالحيلولة (2).

وفي المسألة وجه ثالث باعتبار أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء؛ لأنّ الإعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف، فيكون بمثابة جراحة العبد ثم يموت بعد مدّة، فإنّه يعتبر أقصى قيمة من حين جرحه إلى موته. وقد تقدّم أنّ هذا الضمان بمنزلة ضمان الإلتلاف (3).

ومنها: إذا أعسر المعتق بعد الإعتاق وقبل أداء القيمة، فإن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق فالقيمة في ذمّته، وإن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك. أمّا موته فلا يؤثر على الأقوال. أمّا على التعجيل فظاهر. وأمّا على التوقف فلأنّ القيمة تؤخذ من تركته كالدين، والإعتاق صار مستحقاً عليه في حال الحياة، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة ويتأخّر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محلّ عدواناً فتردّى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته

ص: 360

1- تقدّم في ص 356.

2- تقدّم في ص 357.

3- تقدّم في ص 356 - 357.

و منها: إذا مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا يحصل بالإعتاق مات حرّاً موروثاً منه، ويؤخذ قيمة نصيب الشريك.

وإن قلنا بالتبيين وقف إلى أداء القيمة، فإذا أدت بان أن الأمر كذلك.

وإن قلنا بتأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان:

أظهرهما أنها تسقط؛ لأنّ وجوب القيمة لتحصيل العتق والميت لا يعتق.

و الثاني المنع؛ لأنه مال استحقّ في الحياة فلا يسقط بالموت، وعلى هذا فتبين بالأداء أنّ

العتق حصل قبل موته، وبهذا يظهر ضعفه.

و منها: إذا اعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال. وإن

أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: أنه لا ينفذ أيضاً؛ لأنّ المعتق استحقّ أن يتملّكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له، ولا يجوز صرف العتق عن المستحقّ إلى غيره.

والثاني: أنه ينفذ؛ لمصادفته الملك، ولأنّ المقصود تكميل العتق وقد حصل وأغنى عن

التكليف بأداء القيمة. وهذا أقوى.

ثم إن قلنا بنفوذ الإعتاق ففي نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان، من أنه مالك، ومن الحجر عليه في مثل هذه التصرفات، وإثما أجزنا

العتق لموافقته لمطلوب الشارع منه. وهذا أقوى.

و منها: لو وطئ الشريك الجارية قبل أداء القيمة. فعلى القول بتعجيل السراية (1) يكون كوطء الحرّة، فيلزمه حكمه في حالتي الاختيار و

الإجبار، وإن قلنا بتوقّفه على الأداء وجب نصف المهر بنصفها الحرّ مع الإكراه.

وعلى القول بالمراعاة (2) يحتمل ذلك أيضاً، لكونها حال الوطء مملوكة له، وثبوت جميعه

ص: 361

1- القائل به ابن إدريس في السرائر، ج 3، ص 15 - 16.

2- القائل به الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 421.

. و لو هرب المعتق صُبِّر عليه حتَّى يعود. و إن أعسر أنظر إلى الإيسار.

. و لو اختلفا في القيمة فالقول قول المعتق. و قيل: القول قول الشريك لأنَّه ينتزع نصيبه من يده.

لها بعد الأداء لانكشاف كونها حرّة حينئذٍ. و لا حدّ من جهة الحصّة؛ لحصول الشبهة بالاختلاف في ملكه. و فروع الباب كثيرة تنبّه ممّا ذكرناه على غيره.

قوله: «و لو هرب المعتق صُبِّر عليه حتَّى يعود. و إن أعسر أنظر إلى الإيسار».

الحكم في ذلك متفرّع على الخلاف السابق، فإن قلنا بعتمه معجلاً بالإعتاق كانت القيمة

ديناً عليه، فإن أداها برئ، و إن هرب أو أعسر انتظر وقت الإمكان. و هو واضح.

و إن قلنا بتوقّفه على الأداء - كما اختاره المصنّف - فمقتضى تفرّيعه أنّ الحكم كذلك، بمعنى أنّ حقّ المعتق لا يبطل بذلك بل يستمرّ إلى أن يمكن الأداء؛ لوجود السبب الموجب له و هو الإعتاق، و إن توقّف على شرط آخر أو على تمام السبب فلا يكون كالحقّ الفوري يبطل بالتأخير، و حينئذٍ فيبقى بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدّي إليه القيمة. و هل يرتفع الحجر عنه بذلك؟

يحتمله؛ حذراً من تعطيل ملكه عليه بغير بدل، و من أنّ علّية العتق قد ثبتت فيلزم، و الفائدة في المنع من نقله عن الملك بيع و نحوه لا في استخدامه.

قوله: «ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المعتق. و قيل: القول قول الشريك» إلى آخره.

إذا اختلفا في قيمة الشقص - فقال المعتق: قيمته مائة، و قال الشريك: بل مائتان - فإن كان المملوك حاضراً و العهد قريب، أو قلنا: إنّ المعتق قيمته وقت الأداء، فصل الأمر بمراجعة المقومين. و إن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد و اعتبرنا قيمته يوم العتق ففي المصدّق منهما باليمين قولان:

أحدهما - و هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - أنّه المعتق؛ لأنَّه الغارم، كما إذا اختلف المالك و الغاصب في قيمة المغصوب بعد تلفه، فإنّ الغاصب مصدّق، و لأصالة البراءة

من الزائد.

ص: 362

• ولو ادّعى المعتق فيه عيباً فالقول قول الشريك.

• و اليسار المعتبر هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك، فاضلاً عن قوت يومه وليلته.

و الثاني: أن المصدّق الشريك (1)؛ لأنّ المعتق يتملّك عليه قهراً، فيصدّق الممتلك عليه، و لا ينتزع من يده إلا بما يرضيه، كما إذا اختلف الشفيع و المشتري في الثمن المأخوذ به فإن المصدّق المشتري.

وربما بني القولان على الخلاف السابق، فإن قلنا: إنّ السراية تتعجّل بالعتق فالمصدّق المعتق؛ لأنّه غارم. وإن قلنا تتأخّر فالمصدّق الشريك؛ لأنّ ملكه باقٍ، فلا ينتزع إلا بما يقوله، كما في المشتري مع الشفيع.

و المصنّف مع حكمه بتأخّر العتق إلى الأداء قدّم قول المعتق خلاف البناء المذكور.

و وجهه أنّه المنكر حقيقةً، حيث إنّ الأصل عدم الزيادة على التقديرين. و هو حسن.

قوله: «و لو ادّعى المعتق فيه عيباً فالقول قول الشريك».

إنّما يقدّم قول الشريك مع أنّ العيب يوجب نقص القيمة و قد يقدّم قول الغارم فيها؛ لأنّ

الأصل عدم العيب و كون المملوك على الخلقة الأصلية.

و لا فرق بين دعواه العيب في أصل الخلقة بأن قال: كان أكمه أو أخرس، فقال الشريك: بل كان بصيراً ناطقاً، و بين دعواه حدوث العيب بعد السلامة، بأن زعم ذهاب بصره أو كونه أبقاً أو سارقاً، بل الحكم في الثاني أولى؛ لأصالة عدم حدوث العيب مع اتّفاقيهما على عدمه في الابتداء.

قوله: «و اليسار المعتبر هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك» إلى آخره.

ليس المراد من الموسر - في هذا الباب - الذي يعدّ من الأغنياء عرفاً، بل المراد به من يملك من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه و إن لم يملك غيره؛ لظاهر الخبر الذي تقدّم من

ص: 363

1- هو قول الشهيد في اللمعة الدمشقية، ص 262 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 13).

. و لو ورت شقصاً ممّن ينعق عليه، قال في الخلاف: يقوم عليه. و هو بعيد.

قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «و له مال قوم عليه الباقي» (1). فيصرف في هذه الجهة كلّ ما يباع و يصرف في الديون ممّا زاد عن قوت يومه له و لعياله الواجبي النفقة و دست ثوب.

و ظاهر العبارة أنّه لا يُستثنى له المسكن و الخادم، و الأقوى استثناءهما كما يُستثنى في الدين؛ لأنّ هذا من جملته.

و إطلاق العبارة أيضاً يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه وأكثر، فلا يمنع الدين السراية. و هو أحد القولين في المسألة (2)؛ لأنّه مالك لما في يده نافذ التصرف فيه، حتّى لو اشترى به عبداً فأعتقه نفذ، فكذلك يجوز أن يقوم عليه، و عموم الخبر السابق يشملها، و الشريك حينئذٍ أسوأ (3) الغرماء؛ و لأنّه لو طالبه صاحب الدين و جب عليه إيفاؤه و إن كان للباقيين ما يستغرق ماله، فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله معسراً لحرمت مطالبته على كلّ واحد منهم كما تحرم مطالبة المعسر و العتق أولى؛ لأنّه مبنيّ على التغليب.

و وجه القول بكونه معسراً التحاقه بالفقراء؛ و لذلك تحلّ له الزكاة.

و فيه منع الملازمة، فإنّ استحقاق الزكاة لا يستلزم الإعسار بل هو أعمّ و الملك متحقّق. و يفهم من قوله أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك» أنّه لو ملك البعض لانفكّ. و هو أحد القولين في المسألة. و أجودهما عتق الميسور منه و إن قلّ لعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» (4)، و خصوص قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «و له مال قوم عليه الباقي» (5).

قوله: «و لو ورت شقصاً ممّن ينعق عليه، قال في الخلاف: يقوم عليه. و هو بعيد».

ص: 364

1- تقدّم في ص 353 مع تخريجه في الهامش 1.

2- و هو قول العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 205؛ و راجع التنقيح الرائع، ج 3، ص 452.

3- في بعض النسخ: «أسوة» بدل «أسوأ».

4- صحيح مسلم ج 4، ص 1830، ح 1337/130؛ سنن ابن ماجه، ج 1، ص 3، ح 2؛ سنن النسائي، ج 5، ص 112، ح 2615.

5- راجع الهامش 1.

## لو أوصى بعق بعض عبده و ليس له غيره

• ولو أوصى بعق بعض عبده أو بعقه و ليس له غيره لم يقوم على الورثة باقيه. و كذا لو أعتقه عند موته أعتق من الثلث، و لم يقوم عليه.

المشهور بين الأصحاب أنّ من شرط السراية وقوع العتق بالاختيار؛ لأنّ قوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «من أعتق» (1) و نحوه يعطي مباشرة العتق، و هو المعنيّ بالاختيار، و لأنّ الأصل عدم وجوب التقويم إلّا ما أخرجه الدليل، و لم يدلّ إلّا على المباشرة، فلا يرد أنّ دلالة على نفي السراية فيما عداه من باب مفهوم الخطاب، و لما تقدّم من أنّ التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات (2). و لم يوجد منه في غير الاختياري صيغ (3) و لا قصد إتلاف، بخلاف ما لو اشترى و نحو ذلك من الأسباب الصادرة بالاختيار؛ فإنّ فعل السبب كفعل المسبّب.

وقال الشيخ في الخلاف يسري وإن ملكه بغير اختياره كالإرث؛ محتجّاً بالإجماع و الأخبار (4) مع أنّه في المبسوط ذهب إلى القول الأوّل (5). و هو المعتمد.

قوله: «و لو أوصى بعق بعض عبده أو بعقه و ليس له غيره» إلى آخره.

أمّا عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت المورث؛ فلاّنه لم يعتقه عن نفسه، و إنّما أعتقه عن المورث فلا وجه للسراية عليه، و لا على الميّت و إن كان وقت الوصيّة موسراً؛ لانتقال التركة إلى الوارث بالموت فصار عند الإعتاق معسراً، فلا يقوم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق، كما لو وكلّ في عتق الشقص و هو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر. و للشيخ قول بالسراية عليه إن وسعه الثلث (6)؛ لرواية أحمد بن زياد (7)، عن أبي الحسن عليه السلام (8).

ص: 365

1- تقدّم تخريجه في ص 353، الهامش 1.

2- تقدّم في ص 356 - 357.

3- في بعض النسخ: «صنع» وفي بعضها: «الاختيار منع» بدل الاختياري صيغ.

4- الخلاف، ج 6، ص 368، المسألة 7.

5- المبسوط، ج 4، ص 438.

6- النهاية، ص 616-617.

7- في حاشية «و»: «أحمد بن زياد مشترك بين الثقة وغيره. (منه رحمه الله)».

8- الكافي، ج 7، ص 20، باب من أوصى بعق أو صدقة، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 9، ص 222، ح 872.



. والاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة، وبالمنجّز عند الإعتاق. والاعتبار في قيمة التركة بأقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض؛ لأنّ التالف بعد الوفاة غير معتبر و الزيادة مملوكة للوارث.

و مال إليه في الدروس؛ محتجاً بسبق السبب على الموت(1). وفي طريق الرواية ضعف(2).

و أمّا إذا أعتقه المريض؛ فلائّه محجور عليه فيما زاد على الثلث، فكان في غير الثلث معسراً، فلايسري عليه وإن باشر العتق.

ولو كان له فيه شريك فأعتق المريض نصيبه نظر إن خرج جميع العبد من الثلث قوّم عليه نصيب الشريك و عتق؛ لأنّ تصرّف المريض في ثلث ماله كتصرّف الصحيح. وإن لم يخرج إلّا نصيبه عتق نصيبه و لا تقويم. وإن خرج نصيبه و بعض نصيب الشريك قوّم عليه ذلك القدر على الخلاف.

و بالجملة فالمريض بالنسبة إلى الثلث كالصحيح في الكلّ، وفيما زاد على الثلث معسر. قوله: «و الاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة إلى آخره.

لَمّا كان المريض و الميّت محجورين عمّا زاد عن الثلث اعتبر يساره عند نفوذ عتق الشقص في ثبوت السراية. فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاة؛ لأنّ ذلك هو وقت خروجه عن الوارث و انتقال التركة إليه، فيعتبر وصول مثليه إليه.

وإن كان قد نجّز عتقه في المرض فالعبرة بقيمته عند الإعتاق؛ لأنّه وقت خروجه عن ملكه المعتبر في نفوذه بقاء مقدار ضعفه للوارث. ثمّ لايعتبر وجود الضعف حينئذٍ؛ لاحتمال أن يتلف قبل موت المريض، بل المعتبر قيمته عند قبضه إيّاه.

فلو فرض أن لم يكن له مال عند العتق ولكن تجدد قبل موته مقدار ذلك نفذ العتق. و لو انعكس فتلف المال قبل الموت، أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحتسب عليه.

ولو كان عند الموت بقدر ضعفه ثمّ تجدد له زيادة نماء بحيث يقابل حصّة الشريك

ص: 366

1- الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 168 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10).

2- راجع رجال الشيخ الطوسي، ص 332، الرقم 4943؛ و خلاصة الأقوال، ص 319، الرقم 1251.

وضعها لم يسر؛ لأنّ الزيادة ملك الوارث؛ لانتقال التركة إليه بالموت. وبهذا ظهر أنّ المعترف في التركة أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث.

وللعلامة قول ب-: «أنّ العتق المنجز والمؤخر سواء في اعتبار القيمة عند الموت إن نقصت قيمة المنجز؛ لأنّه لو بقي عبداً لم يتحفّظ على الورثة سوى قيمته الناقصة، فلم يتلف عليهم أكثر منها. وأمّا إن زادت القيمة كانت بمنزلة الكسب؛ للعلم بعتق شيء منه وقت الإعتاق، فإذا زادت قيمة المعتق لم يحسب من التركة ولا- عليه، وأمّا الرق فتحسب زيادته منها. فإن خلف ضعف قيمته الأولى من غيره فصاعداً عتق كلّ. وإن خلف أقلّ أو لم يخلف شيئاً حسب نصيب الرقبة من التركة، فتكثر التركة فيكثر العتق فيقلّ الرق فتتقص التركة، فيقلّ العتق، وذلك دور. فلو كانت قيمته وقت العتق مائة فصارت عند الوفاة إلى مائتين ولم يخلف سواه قلنا: عتق منه شيء، وله من زيادة القيمة شيء، و للورثة شيان بإزاء العتق. فهو في تقدير أربعة أشياء، فيعتق منه نصفه الذي هو الآن يساوي مائة وقد كان يساوي خمسين، و للورثة نصفه الذي يساوي مائة وهو ضعف ما عتق منه. و لو بلغت قيمته ثلاثمائة قلنا: عتق منه شيء، وله من زيادة القيمة شيان، و للورثة شيان ضعف ما عتق منه. فيصير في تقدير خمسة أشياء ثلاثة له واثنان للورثة، فيعتق منه مائة وثمانون، و للورثة مائة وعشرون.

و لو صارت قيمته مائتين، و خلف السيّد مائة غيره قلنا: عتق منه شيء، وله من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيء آخر، و للمولى منه و من المائة شيان ضعف ما انعتق منه. فالمجموع في تقدير أربعة أشياء شيان للعبد من نفسه، و شيان للورثة منه و من المائة. فالشيء خمسة و سبعون فينعتق منه ثلاثة أرباعه و تسلم المائة و الربع الآخر للورثة. و على هذا» (1).

ص: 367

. و لو أعتق الحامل تحرّر الحمل وإن استثنى رقه، على رواية السكوني عن أبي جعفر عليه السلام. وفيه إشكال منشؤه عدم القصد إلى عتقه.

و لو فرض نقصان قيمة المنجّز عند الوفاة عنها عند الإعتاق فعلى قول العلامة لا يتغيّر الحكم لو لم يكن غيره، واعتبرت القيمة عند الوفاة، وإن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن. و على ما ذكره المصنّف يلزم الدور؛ لأنّ التركة معتبرة بالوفاة، فلا يحصل للوارث ضعف ما عتق؛ لأنّ المعتق منه ثلثه، فلو كانت قيمته عند الإعتاق مائة فرجعت إلى خمسين، فثلثه يساوي عند الإعتاق ثلاثة وثلاثين وثلثاً، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاة، و هو متعدّر؛ لأنّ الباقي منه نصف ما عتق، فينقص العتق عن الثلث، و كلّ ما فرض عتق كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقلة العتق، و يكثر العتق بكثرة النصيب، فيقلّ 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 تعدل شيئين، فإذا جبرت و قابلت صارت خمسين كاملة تعدل شيئين ونصفاً، فالشيء عشرون. و لما حكمنا برجوع الشيء إلى نصف شيء تبين أن المعتق خمس؛ لأنّ نصف شيء هو خمس شيئين ونصف، و كان قيمة النصف - و هو خمس العبد - عشرين يوم الإعتاق و عاد إلى عشرة، و بقي للورثة أربعة أخماسه، و قيمته يوم الموت أربعون، و هو ضعف قيمة الجزء المعتق منه يوم الإعتاق.

قوله: «و لو أعتق الحامل تحرّر الحمل وإن استثنى رقه، على رواية السكوني عن أبي جعفر عليه السلام. وفيه إشكال منشؤه عدم القصد إلى عتقه».

المشهور بين الأصحاب أنّ عتق الحامل لا يسري إلى الحمل و بالعكس؛ لأنّ السراية في

الأشخاص لا في الأشخاص.

و ذهب الشيخ في النهاية(1)، و جماعة(2) إلى تبعية الحمل لها في العتق وإن استثناه؛ استناداً

ص: 368

1- النهاية، ص 545.

2- منهم ابن حمزة في الوسيلة، ص 342؛ وابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 361؛ والكيدري في إصباح الشيعة، ص 474.

## إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه

. إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه كان على كل واحدٍ منهما اليمين لصاحبه، ثم يستقر رقب نصيبهما.

إلى رواية السكوني عن الصادق، عن الباقر عليهما السلام في رجل أعتق أمةً وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها قال: «الأمة حرّة و ما في بطنها حرّ؛ لأنّ ما في بطنها منها» (1).

و ضعف الرواية (2)، و موافقتها لمذهب العامة (3) يمنع من العمل بمضمونها. فالعمل على المشهور؛ لانفصاله عنها، فلا ينعق إلا مع القصد إلى عتقه كما لو كان منفصلاً.

قوله: «إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه» إلى آخره.

إذا ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك، و طالبه بالقيمة و أنكّر صاحبه، فكل واحدٍ منهما مصدق بيمينه فيما أنكره. و إذا حلفا فلا مطالبة بالقيمة.

ثم إن أوقفنا العتق على الأداء - كما اختاره المصنّف - أو قلنا بالتوقف و التبين فالعبد رقيق كما كان. و هذا هو الذي جزم به المصنّف تفريعاً على مذهبه.

و إن قلنا بتعجيل السراية عتق جميع العبد؛ لاعتراف كل منهما بسراية العتق إلى نصيبه.

و لو كان المدعي أحدهما خاصّةً على الآخر، فأنكر و لا يبيّنة فالمصدق المنكر أيضاً مع يمينه. فإن حلف رقب نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة و استحقّ القيمة. و هل يحكم بعتق نصيب المدعي عليه حينئذٍ؟ وجهان، من أنّ اليمين المردودة إمّا كالبيّنة على المدعي عليه أو كإقراره و كلاهما يوجب العتق، و من أنّ الدعوى إنّما توجّهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنّه أعتق عبده و إنّما ذلك من وظيفة العبد، و هذا أقوى.

ص: 369

1- الفقيه، ج 3، ص 142، ح 3525؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 236، ح 851.

2- راجع خلاصة الأقوال، ص 316، الرقم 1238.

3- انظر بدائع الصنائع، ج 4 ص 72 - 73؛ و بداية المجتهد، ج 2، ص 370؛ و روضة الطالبين، ج 10، ص 223.

ثم لو شهد هذا المدعي مع آخر ثبت العتق بشهادة الحسبة، و أمّا نصيب المدعي فيني عتقه على أن السراية هل تعجل أو تتوقف على الأداء؟ فعلى الأول يعتق؛ لاعترافه بسراية إعتاق المدعي عليه إلى نصيبه، سواء حلف المدعي عليه أم نكل. وإن قلنا بالتوقف بقي إلى أن يأخذ القيمة.

و إذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر وإن كان المدعي موسراً؛ لأنه لم ينشئ العتق، فأشبهه ما إذا ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته، وأنكر المدعي عليه، فإنه يعتق نصيب المدعي ولايسري؛ ولأن نصيبه عتق لا باختياره بل قضياً لقوله: أعتقت نصيبك، فكان كما لو ورث بعض من يعتق عليه.

و لو كان المدعي عليه معسراً، وأنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد. فإن اشترى المدعي

نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه؛ لإقراره بأنه أعتقه، ولايسري إلى الباقي.

و لو كان المتداعيان في الصورة الأولى معسرين لم يعتق أيضاً، إلا أن يشترى أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعتق ما اشتراه؛ لاعترافه بأن شريكه أعتقه، ولايسري؛ لأنه لم ينشئ إعتاقاً. لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما ويستسعى في قيمته لهما؛ لاعتراف كل منهما بأن نصيبه محل لاستسعاء العبد في فكّه بسبب ادعائه عتق الآخر وعدم السراية، بخلاف ما إذا كانا موسرين، فإنه يدعي استحقاق القيمة في ذمة شريكه فلا يأخذها من المملوك ويحتمله؛ تنزيلاً لتعذر الأداء منزلة الإعسار.

و لو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر خاصةً إن قلنا بتعجيل السراية؛

لاتفاقهما عليه، أما من الموسر فبدعوى المباشرة، وأما من المعسر فبدعوى السراية.

و لو شرطنا الأداء أو جعلناه كاشفاً لم يعتق نصيب المعسر، أمّا نصيب الموسر فلا يعتق

مطلقاً؛ لإنكاره المباشرة.

و دعواه عتق المعسر لا يقتضي السراية لفقد شرطها. ولا تقبل شهادة المعسر عليه؛ لأنه يجزّ إلى نفسه نفعاً، لكنّه يحلف ويبرأ من القيمة و العتق.

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

وإذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه. فإن شهد آخر وكانا مرضيين نفذ العتق فيه كله، وإلا مضى في نصيبهما، ولا يكلف أحدهما شراء الباقي.

قوله: «وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه، هل ينعقد عند الدفع أو بعده؟» إلى آخره.

هذا أيضاً من فروع الخلاف في تعجيل السراية و توقّفها، فإن قلنا بتعجيلها ترتبت على العتق بغير فصل. وكذا إن قلنا بالمرعاة مع كون الأداء كاشفاً عن سبقه. أمّا على ما اختاره المصنّف من اشتراطه بالأداء ففي وقت الحكم بالسراية قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط (1) - أنها تقع بعد أداء القيمة ليقع العتق عن ملك؛ لعموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا عتق إلا في ملك» (2) أو «بعد ملك» (3). ولأنّ الولاة يثبت له وهو يقتضي وقوعه في ملك.

والثاني - وهو الذي مال إليه المصنّف - أنّهما يقعان معاً ويكون الملك قبل تمام الدفع

ضمنياً كما في عتق المأمور. وهذا حسن

ويجيء على القول بتعجيل السراية توجه الحكم بعتقهما معاً أيضاً من غير تأخر السراية

عنه؛ لما ذكر لظاهر قوله عليه السلام: «هو حرّ كلّه ليس لله شريك» (4)

قوله: «وإذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه» إلى آخره.

المراد أنّه شهد بعتق المورث له، ولذلك لم يسر عليه؛ لأنّه لم يعترف بالمباشرة التي هي

ص: 371

1- المبسوط، ج 4، ص 424 - 425.

2- أورده ابن فهد الحلبي في المهذب البار، ج 4 ص 39: وكذا في عوالي اللالي، ج 3، ص 421، ح 3.

3- الكافي، ج 6، ص 179، باب أنّه لا عتق إلا بعد ملك، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 217، ح 774؛ الاستبصار، ج 4، ص 5، ح 15.

4- تقدّم تخريجه في ص 353، الهامش 3.

وأما الملك: . فإذا ملك الرجل أو المرأة أحد الأبوين وإن علوا، أو أحد الأولاد - ذكراً أو إناثاً - وإن نزلوا انعتق في الحال. وكذا لو ملك الرجل إحدى المحرّمات عليه نسباً.

ولا ينعق على المرأة سوى العمودين.

شرط السراية عليه. وإتّما قبل في نصيبه لأنّه يستلزم الإقرار به وإن كان بصورة الشهادة؛ لأنّ الإقرار لا يختصّ بلفظ بل ما دلّ عليه وهو حاصل بالشهادة.

ولو شهد على هذا الوجه شاهدان من الورثة عدلان، ثبت العتق في حقّهما وحقّ باقي

الورثة؛ لوجود المقتضي لقبول الشهادة وانتفاء المانع.

ولو لم يكونا مرضيين - أعني مقبولي الشهادة - نفذ الإقرار في نصيبهما خاصّةً. وكذا لو كانا أزيد من اثنين. وليس للعبد أن يحلف مع الواحد منهما بناءً على أنّ العتق لا يثبت بالشاهد واليمين على المشهور. وكذا في المسائل السابقة.

وفي القواعد حكم بثبوته بحلف العبد مع الشاهد في هذه المسائل (1)، ووافق على عدم الصحّة في باب الشهادات (2).

قوله: «فإذا ملك الرجل أو المرأة أحد الأبوين وإن علوا» إلى آخره.

من ملك أحد أصوله أو أحد أولاده وإن نزلوا - ذكراً وإناثاً - عتقوا عليه. ويزيد الرجل أنّه يعتق عليه محارمه من النساء.

والأصل فيه قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: «لا يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه» (3) يعني بالشراء.

ص: 372

1- قواعد الأحكام، ج 3، ص 209 و 236.

2- انظر قواعد الأحكام، ج 3، ص 449.

3- مسند أحمد، ج 2، ص 458، ح 7103؛ صحيح مسلم، ج 2، ص 1148. ح 1510/25؛ سنن ابن ماجه، ج 2، ص 1207، ح 3659؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 335، ح 513؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 487 - 488. ح 21414 بتفاوت يسير.

. و لو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعق عليه بالنسب، هل ينعق عليه؟

قيل وفهم من قوله تعالى: «وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا» إلى قوله: «إِلَّا آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا» (1)، و من قوله تعالى: «وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ» (2) أن الولادة و العبودية لا يجتمعان.

وروى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يملك الرجل والديه و لا ولده و لا أعمته و لا خالته، و يملك أخاه و غيره من ذوي قرابته من الرجال» (3).

وروي عن أبي حمزة الثمالي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: «كل أحدٍ إلا خمسة: أبوها و أمها و ابنتها، و ابنتها و زوجها» (4)، و غير ذلك من الأخبار (5).

و المراد بالملك المنفي عن المذكورين الملك المستقرّ، و إلا فأصل الملك متحقق في

الجميع، و من ثمّ ترتب عليه العتق المشروط بالملك.

و لا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه قهراً كالإرث، و اختياراً بعقد معاوضة كالشراء، و بغيره كالهبة و الوصية.

و فرق بين عتق القريب و السراية - حيث لم تثبت السراية إلا عند الاختيار - بأن العتق صلة و إكرام للقريب فلا يستدعي الاختيار، و السراية توجب التغميم و المؤاخذه، و إنما يليق ذلك بحالة الاختيار.

قوله: «و لو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعق عليه بالنسب» إلى آخره.

اختلف الأصحاب تبعاً لاختلاف الروايات في أن من ملك من الرضاع من ينعق عليه لو

ص: 373

1- مريم (19): 92 و 93.

2- الأنبياء (21): 26.

3- الكافي، ج 1، ص 177، باب ما لا يجوز ملكه من القرابات، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 240، ح 868؛ الاستبصار، ج 4، ص 15، ح 44.

4- الكافي، ج 6، ص 177، باب ما لا يجوز ملكه من القرابات، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 242، ح 873؛ الاستبصار، ج 4، ص 16، ح 49.

5- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 18 وما بعدها، الباب 7 من أبواب كتاب العتق



كان بالنسب هل ينعق أم لا؟ فذهب الشيخ(1) و أتباعه(2) و أكثر المتأخرين غير ابن إدريس - إلى الانعتاق لصحيحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى فطمته، هل يحلّ لها بيعه؟ قال: «لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ أليس قد صار ابنها؟»(3).

وصحيحة الحلبي عنه عليه السلام في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: «تعتقه»(4).

ورواية أبي بصير عنه على السلام: «لا يملك أمّه من الرضاعة ولا أخته ولا عمّته ولا خالته الرضاعة، إذا ملكهم عتقوا، وقال: يُملك الذكور ما عدا الولد والوالدين، ولا يملك من النساء ذات محرم» قلت وكذلك يجري في الرضاع؟ قال: «نعم»(5).

وقال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(6). وغير ذلك من الأخبار الكثيرة(7).

وذهب المفيد(8) وابن أبي عقيل(9) وسأله(10) وابن إدريس(11) إلى عدم الانعتاق؛ لرواية

ص: 374

- 
- 1- وفي حاشية «خ، و»: «هذا القول مذهب الشيخ في كتبه الثلاثة الفروعية، ونقله الشهيد في شرح الإرشاد عن النهاية والخلاف خاصةً، ولا وجه له؛ لأنه قطع به في المبسوط من غير نقل خلاف. (منه رحمه الله)». راجع المبسوط، ج 4، ص 438؛ والخلاف، ج 1، ص 367، المسألة 5: والنهاية، ص 540؛ وغاية المراد، ج 2، ص 51 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 2).
  - 2- الوسيلة، ص 340؛ المهذب، ج 2، ص 356؛ إصباح الشيعة، ص 471 - 472.
  - 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 244، ح 880؛ الاستبصار، ج 4، ص 18، ح 56.
  - 4- الكافي، ج 6، ص 178، باب ما لا يجوز ملكه من القرابات، ح 5.
  - 5- الفقيه، ج 3، ص 113 - 114، ح 3438؛ الاستبصار، ج 4، ص 17، ح 53؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 243، ح 877.
  - 6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 244، ذيل الحديث 879.
  - 7- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 22، الباب 8 من أبواب كتاب العتق.
  - 8- المقنعة، ص 544 - 545 و 599.
  - 9- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 236، المسألة 207.
  - 10- المراسم، ص 176.
  - 11- السرائر، ج 3، ص 8.

أبي جميلة عن أبي عتيبة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع يحل لي بيعه؟ قال: «إثما هو مملوك إن شئت بعه وإن شئت أمسكته، ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حرّان» (1).

ورواية إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له خادم فولدت جاريةً، فأرضعت خادمه ابناً له، وأرضعت أمّ ولده ابنة خادمه، فصار الرجل أباً بنت الخادم

من الرضاع، يبيعه؟ قال: نعم، إن شاء باعها فانتفع بثمنها» (2) الحديث.

ورواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ إلا ما كان من قبل الرضاع» (3).

ورواية الحلبي عنه عليه السلام في بيع الأمّ من الرضاعة قال: «لا بأس بذلك إذا احتاج» (4).

والجواب أنّ الأخبار جميعها مشتركة في ضعف السند (5)، فلا تعارض الصحيح، ومع ذلك فالأولى لا تدلّ على المطلوب؛ لأنّها ظاهرة في أنّ المراد من الغلام الأخ وليس محلّ النزاع.

والشيخ حمل قوله في الرواية الثانية «إن شاء باعها» على المرضعة الخادم دون ابنتها، بقريضة قوله في آخرها: «فبييع الخادم وقد أرضعت ابناً له؟ - متعجباً من ذلك - فقال: نعم، وما أحبّ له أن يبيعه» (6). وحمل الثالثة على أنّ «إلا» فيها بمعنى الواو العاطفة، وذلك

ص: 375

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 244، ح 881.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 244 - 245، ح 884.

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 245، ح 885؛ الاستبصار، ج 4، ص 19، ح 61.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 245، ح 886؛ الاستبصار، ج 4، ص 18 - 19، ح 60.

5- في حاشية «خ»، و: «في طريق الأولى والثانية والثالثة الحسن بن سماعة، وفي الرابعة ابن فضال. (منه رحمه الله)». راجع رجال النجاشي، ص 40 - 41، الرقم 84، و ص 35، الرقم 72.

6- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 245 ذيل الحديث 844؛ الاستبصار، ج 4، ص 19، ذيل الحديث 60.

. ويثبت العتق حين يتحقق الملك.

معروف في اللغة (1)، وقد قيل منه قوله تعالى: «خَلِدِينَ فِيهَا مَا دَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ إِلَّا مَا شَاءَ رَبُّكَ» (2). فكأنه قال: إذا ملك الرجل أباه فهو حرّ وما كان من جهة الرضاع. وحمل الرابعة على أن يكون إنما أجاز بيع الأم من الرضاع لأبي الغلام (3).

ولا يخفى ما في هذه المحامل من التكلف والأصحّ الأول؛ لصحة رواياته وكثرتها.

قوله: «ويثبت العتق حين يتحقق الملك».

الكلام في تحقّق العتق بعد الملك أو معه كالكلام في عتق السراية وعتق المأمور بعتقه.

فقيل: ينعتق بعده ليقع في ملك (4)، وليتحقّق قولهم: من ملك أحد هؤلاء عتق عليه، ولأنّ العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع من غير أن يثبت للمشتري؛ لما قوّم عليه لو اشترى بعضه، ولما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش وغيره، وهذا هو الظاهر من مذهب المصنّف، وصريح العلامة (5) وجماعة (6).

وقيل: ينعتق مع تمام البيع لا يتأخّر عنه أصلاً (7). وهو اختيار ابن إدريس؛ محتجّاً بأنّ الإنسان لا يملك من ذكر (8). وقد تقدّم في الروايات ما يدلّ عليه (9).

وجوابه: أنّ المراد بالملك المنفصّل الملك المستقرّ لا مطلق الملك، جمعاً بين الأدلّة.

ص: 376

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 246، ذيل الحديث 886.

2- هود (11): 108؛ وراجع الأمالي، السيّد المرتضى، ج 2، ص 88؛ والتبيان، ج 6، ص 69؛ ومجمع البيان، ج 5، ص 195، ذيل الآية 108 من سورة هود (11).

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 246، ذيل الحديث 886؛ الاستبصار، ج 4، ص 20، ذيل الحديث 62.

4- قاله الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 424 - 425.

5- مختلف الشيعة، ج 8، ص 46، المسألة 6.

6- منهم ابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 46، المسألة 61.

7- قاله الشيخ المفيد في المقنعة، ص 599؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص 540.

8- السرائر، ج 3، ص 7.

9- تقدّم في ص 373.

. ومن ينعق كلّهُ بالملك ينعق بعضه بملك ذلك البعض.

وإذا ملك شقصاً ممن ينعق عليه لم يقوم عليه إن كان معسراً. وكذا لو ملكه بغير اختياره. ولو ملكه اختياراً وكان موسراً قال الشيخ: يقوم عليه. وفيه تردّد.

قوله: «و من ينعق كلّهُ بالملك ينعق بعضه بملك ذلك البعض» إلى آخره.

لا فرق في انعتاق القريب بملكه بين ملك جميعه وبعضه؛ لاشتراكهما في المعنى المقتضي للعتق.

ثم إن ملك البعض بغير اختياره كالإرث فقد تقدّم الخلاف في السراية على الباقي (1). وإن ملكه باختياره - بأن اشتراه أو اتّهبه - فهل يسري عليه؟ فيه قولان (2):

أحدهما: نعم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط (3)، وجماعة (4)؛ لأنّ ملكه مع العلم بأنّه ينعق عليه بمنزلة مباشرته للعتق؛ لتساويهما في السببية، فيتناولها عموم: «من أعتق شقصاً» (5) لأنّ فاعل السبب اختياراً كفاعل المسبّب.

والمصنّف تردّد في ذلك، من حيث إنّه إنّما اختار الملك لا العتق، فلا يصدق عليه أنّه أعتق حقيقةً. ونمنع أنّ اختيار السبب يوجب اختيار المسبّب مطلقاً أو فعلاً؛ يقتضي فعله؛ لأنّ المسبّب يترتب على السبب على وجه الإيجاب لا الاختيار.

ص: 377

1- تقدّم في ص 364 - 365.

2- في حاشية «خ»، و: «القولان للشيخ في المبسوط؛ لأنّه قال: إذا ملك بعض من ينعق عليه باختيار كالهبة والوصيّة - قوم عليه، ثم قال: ولو أوصى للصبيّ أو المجنون ببعض من ينعق عليه بني على قولين هل يقوم عليه نصيب شريكه أم لا؟ فإن قلنا: يقوم لم يقبله، ولو قلنا: لا يقوم فعليه قبوله؛ لأنّه لا ضرر عليه وهو أقوى عندي. هذا كلامه وهو خلاف الأوّل (منه رحمه الله)».

3- المبسوط، ج 6، ص 68.

4- منهم ابن البرّاج في المهذّب، ج 2، ص 363؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 210؛ والشهيد في الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 155 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

5- سنن ابن ماجه، ج 2، ص 844. ح 2527؛ جامع الأصول، ج 6، ص 578. ح 5907.

## إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن يعتق

الأول: • إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن يعتق عليه فللولي أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه، فإن كان فيه ضرر لم يجزئ القبول؛ لأنه لا غبطة، كالوصية بالمرضى الفقير؛ تفصيلاً من وجوب نفقته.

و لو قيل بالفرق بين العالم بالحكم والنسب فيسري عليه، والجاهل بهما أو بأحدهما

فلا يسري، كان حسناً؛ إذ لا يتجه اختيار المسبب لمختار السبب بدون ذلك.

قوله: «إذا أوصى لصبي أو مجنون بمن يعتق عليه فللولي أن يقبل» إلى آخره.

ليس للولي أن يشتري قريب الطفل الذي يعتق عليه له، فإن فعل فالشراء باطل؛ لأنه إتلاف محض.

أما لو وهب الصبي أو المجنون قريبه أو أوصى له به نظر إن كان الصبي معسراً جاز له قبوله، فإذا قبله عتق عليه؛ لأنه لا ضرر فيه على الصبي بل هو جمال، وربما كان له فيه منفعة، وقد يوسر فينفق على الصبي، ولا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب النفقة عليه، وإنما يعتبر الحال.

وهل يجب على الولي القبول؟ وجهان، من ظهور المصلحة للمولى عليه بتخليص قريبه من الرق، مع انتفاء الضرر فكان أبلغ من حفظ ماله اليسير والتكسب به على بعض الوجوه، وهو اختيار الشيخ في المبسوط<sup>(1)</sup>، ومن أصالة العدم وهو ظاهر المصنف؛ لاقتصاره على مجرد الجواز، مع أنه لا ينافي الوجوب.

وإن كان المولى عليه موسراً، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال بأن يكون زَمناً أو غير كسوب - لم يجزئ للولي القبول كيلاً يتضرر الصبي بالإففاق عليه من ماله. وإن

كان لا تجب نفقته فعلى ما تقرّر في المعسر.

ص: 378

الثاني: • لو أوصى له ببعض من ينعق عليه و كان معسراً جاز القبول. و لو كان المولّي عليه موسراً قيل: لا يقبل لأنّه يلزمه افتكاكه. و الوجه القبول إذ الأثبه أنّه لا يقوّم عليه.

وقول المصنّف «كالمرضى الفقير» إمّا مبنيّ على أنّ العبد يملك، أو يريد بالفقير غير

الكسوب، لكن عطفه على المريض لا يخلو حينئذٍ من منافرة.

وقد أحسن الشيخ في المبسوط حيث قال: «وإن كان صحيحاً و لا يكون أبداً إلاً فقيراً فإنّه مملوك نظرت إن كان مكتسباً لم تجب نفقته على ولده فعلى وليّه أن يقبله» (1). إلى آخره.

قوله: «لو أوصى له ببعض من ينعق عليه و كان معسراً جاز القبول» إلى آخره.

ما تقدّم في المسألة السابقة حكم ما إذا ملك الجميع، أمّا إذا أوصى له ببعض أو وهبه، فإن كان المولّي عليه معسراً قبله الولي، لما تقدّم من عدم الضرر، بل فيه الجمال و المنفعة بلا مؤونة و لا تقويم عليه. و إن كان موسراً زاد النظر في غرامة السراية و إن لم تجب النفقة. و فيه حينئذٍ قولان:

أحدهما: أنّه لا يقبل (2)؛ لأنّه لو قبل انعتق على الصبيّ و إذا اعتق سرى و لزمه قيمة الشريك و فيه إضرار بالصبيّ.

و الثاني: يقبل و يعتق عليه و لا يسري كيلا يتضرّر الصبيّ. و وجه أيضاً بأنّه لا اختيار له في حصول الملك. و لا يخلو من نظر؛ لأنّ اختيار الوليّ كاختياره.

و كيف كان فالوجه ما اختاره المصنّف و الأكثر من عدم السراية، و هو اختيار الشيخ في المبسوط (3).

ص: 379

1- المبسوط، ج 4، ص 439.

2- راجع المبسوط، ج 4، ص 439.

3- المبسوط، ج 4، ص 439 - 440.

. وأما العوارض فهي العمى و الجذام و الإقعاد و إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه و دفع قيمة الوارث.

قوله: «وَأَمَّا الْعَوَارِضُ فَهِيَ الْعَمَى وَ الْجَذَامُ وَ الْإِقْعَادُ» إلى آخره.

### انعتاق العبد بالعمى و الجذام و غيرهما

انعتاق العبد بهذه العوارض مذهب الأصحاب. و مستنده رواياتهم به عن أهل البيت عليهم السلام.

فأما العمى و الجذام فرووهما بطريق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا عمي المملوك فلا رقّ عليه، و إذا جذم فلا رقّ عليه» (1).

و روى حمّاد - في الحسن - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا عمي المملوك فقد أعتق» (2).

و في حديث آخر - في طريقه معلّى بن محمّد و هو ضعيف (3) عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا عمي المملوك أعتقه صاحبه، و لم يكن له أن يمسه» (4).

و ألحق ابن حمزة بالجذام البرص (5). و نحن في عويل من إثبات حكم الجذام؛ لضعف المستند إن لم يكن إجماع فكيف يلحق به البرص؟!.

و أما الإقعاد فلم نقف له على شاهد، و المصنّف في النافع نسبه إلى الأصحاب (6)، مؤذناً بعدم وقوفه على دليله، ولكن لا يظهر فيه مخالف حتى ابن إدريس وافق عليه (7) بشبهة أنه إجماع.

و في الحقيقة الحكمة في انعتاق المملوك بهذه العوارض غير واضحة؛ لأنّ عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرقّ لتجب نفقته على المولى؛ فليقتصر منه على محلّ

ص: 380

1- الكافي، ج 6، ص 189، باب المملوك إذا عمي...، ح 2؛ الفقيه، ج 3، ص 141، ح 3520؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 222، ح 798.

2- الكافي، ج 6، ص 189، باب المملوك إذا عمي...، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 142، ح 3521، فيه: «إذا عمي العبد»؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 222، ح 799.

3- رجال النجاشي، ص 418، الرقم 1117؛ خلاصة الأقوال، ص 409، الرقم 1653.

4- الكافي، ج 6، ص 189، باب المملوك إذا عمي...، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 222 - 223، ح 800.

- 5- الوسيلة، ص 340.
- 6- المختصر النافع، ص 336.
- 7- السرائر، ج 3، ص 8.



. وفي عتق من مثل به مولاہ تردّد، و المروىّ أنّه ينعق.

الوافق أو النصّ الصالح لإثبات الحكم.

و أمّا إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاہ، فالمروىّ أنّه من أسباب العتق(1).

و اشترط الشيخ خروجه إلينا قبله أيضاً(2)؛ لقوله عليه السلام: «أيّما عبد خرج قبل مولاہ فهو حرّ»(3). و هو حسن.

و ظاهر المصنّف عدم اشتراط خروجه قبله، و به صرّح ابن إدريس(4): لحصول الإسلام المانع من ملك الكافر.

و هو ممنوع؛ لأنّ الإسلام إنّما يمنع من دوام الملك لا مطلقاً. و المصنّف في الجهاد اشترط

خروجه قبله(5)، و لعلّه أجمل الحكم هنا اتكالاً على ما سلف.

و أمّا دفع قيمة الوارث فظاهره أنّه يوجب العتق بمجردّه، ولكن سيأتي إن شاء الله تعالى في الميراث أنّه يشتري و يعتق(6)، و لعلّه أطلق على دفع القيمة السببية للعتق من حيث إنّ جزء السبب و إن توقّف على أمر آخر كسببية التدبير و الكتابة.

قوله: «و في عتق من مثل به مولاہ تردّد، و المروىّ أنّه ينعق».

جعل التنكيل من أسباب الانعتاق هو المشهور بين الأصحاب، لم يخالف فيه إلا ابن إدريس، فإنّه نسبه إلى رواية الشيخ(7).

و لا وجه لإخراجه عن العوارض السابقة؛ لأنّ مستند غير العمى أضعف منه، و فتوى

الأصحاب مشتركة.

ص: 381

1- السنن الكبرى، البيهقي، ج 9، ص 383 - 384، ح 18838؛ و ج 10، ص 518، ذيل الحديث 21530.

2- النهاية، ص 295.

3- تهذيب الأحكام، ج 6، ص 152، ح 264.

4- السرائر، ج 2، ص 10.

5- تقدّم في ج 2، ص 460.

6- يأتي في ج 10، ص 307 - 308.

7- السرائر، ج 3، ص 8 - 9.

و مستند الحكم في التنكيل رواية جعفر بن محبوب عمّن ذكره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كلّ عبد مُثل به فهو حرّ» (1).

ورواية عبد الحميد، عن هشام بن سالم، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكّل بمملوكه أنّه حرّ لاسبيل له عليه، سائبة يذهب فيتولّى من أحب» (2).

والرواية الأولى في طريقها جهالة، وهي مع ذلك مرسلة.

وعبد الحميد في الثائبة مشترك بين الثقة والضعيف (3)، بل الظاهر أنّه خارج عن القسمين؛ لأنّ طبقتهما أعلى من طبقتة فيكون مجهولاً، و على التقديرين يضعف الطريق.

وأبو بصير قد عرفت (4)، مراراً أنّه مشترك فتكون ضعيفةً، ومع هذا فقد وصفها في المختلف بالصحة (5)، وليس كذلك.

و من طريق العامة روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أنّ زنباعاً أبا روح، وجد غلاماً مع جارية له فجدع أنفه وجبه، فأتى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال: «من فعل هذا بك»؟ قال: زنباع فدعاه النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال: «ما حملك على هذا»؟ فقال: كان من أمره كذا وكذا، فقال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: «اذهب فأنت حرّ» (6).

و بالإسناد قال: جاء رجل إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم صارخاً فقال له: «ما لك؟» قال: سيدي رأني

ص: 382

1- الكافي، ج 6، ص 189، باب المملوك إذا عمي...، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 223، ح 801.

2- الكافي، ج 7، ص 172، باب ولاء السائبة، ح 9؛ الفقيه، ج 3، ص 142، ح 3522؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 223، ح 802. و فيها: «... فيتولّى إلى من أحب».

3- فإنّه مشترك بين عبد الحميد بن أبي الديلم فإنّه ضعيف. راجع خلاصة الأقوال، ص 384، الرقم 1546، وبين غيره الموثّق. راجع خلاصة الأقوال، ص 207، الرقم 665-667.

4- راجع ص 81؛ وج 6، ص 491؛ وج 7، ص 320.

5- مختلف الشيعة، ج 8، ص 48 المسألة 7.

6- مسند أحمد، ج 2، ص 379، ح 6671.

. وقد يكون الاستيلاء سبباً للعتق، فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد؛ لأن ثمرتها إزالة الرق.

أقبل جارية له فحب مذاكيري، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أذهب فأنت حر» (1).

والمصنف تردّد في الحكم، من ضعف المستند، واشتهاره بين الأصحاب، وأنسه بالتردد

مخالفة ابن إدريس، وإلا فقد عرفت أنّ حكم ما تقدّم أولى بذلك.

إذا تقرّر ذلك فالتنكيل لغةً: فعل الأمر الفظيع بالغير، يقال: نكّل به تنكيلاً إذا جعله نكالاً

وعبرةً لغيره (2)، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفثيه ونحو ذلك.

وليس في كلام الأصحاب ما يدلّ على المراد، بل اقتصرنا على تعليق الحكم على مجرد

ذلك، الاسم؛ تبعاً لإطلاق النصّ، وفي الرواية الأخيرة أن الجبّ تنكيل. وليس ببعيد.

ويترتب على هذا أنّ المماليك الخصيان ينعقون على مواليتهم إذا فعلوا بهم ذلك، فلا يصحّ شراؤهم لمن علم ذلك. ومع اشتباه كون الفعل من مولاه يبنى على أصالة بقاء الملك. وقد يحصل الاشتباه في بعض العقوبات، كقلع العين الواحدة والأذن الواحدة ونحو ذلك، والواجب الرجوع في موضع الاشتباه إلى حكم الأصل، وهو استصحاب حكم الرق إلى أن يثبت المزيل.

قوله: «وقد يكون الاستيلاء سبباً للعتق» إلى آخره.

أتى ب«قد» الدالة على التقليل في هذا المقام؛ لأنّ الاستيلاء لا يستلزم العتق بذاته حينئذٍ، بل يتوقّف على أمور كثيرة، منها: بقاء الولد إلى أن يموت المولى. ومنها موت المولى، فلو مات الولد في حياة المولى سقط حكم الاستيلاء. ومع ذلك فسيبئة الاستيلاء ناقصة؛ لما عرفت من أنّ موت المولى تمام السبب (3).

ص: 383

1- سنن ابن ماجه، ج 2، ص 894، ح 2680؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 176، ح 4519.

2- النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 5، ص 117، «نكل».

3- راجع ص 309.

ويمكن أن لا يجعل الاستيلاء من الأسباب أصلاً؛ لأنّ موت المولى مع بقاء الولد يوجب انتقال أمّ الولد إلى ملكه أو بعضها، فينعتق عليه بالملك لا بالاستيلاء. ويمكن أن يشير ب«قد» إلى هذا المعنى أيضاً.

وكون موت المولى من فعل الله تعالى دون الاستيلاء لا يقتضي رفع سببته، كما أنّ عمى العبد وإفعاذه من أسباب العتق وإن كان من قبل الله تعالى. واشتراط المباشرة في السبب

تحكم.

وفي الحقيقة هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق، سواء كانت بفعل الله تعالى

أو فعل المكلف.

ص: 384

#### تعريف التدبير

. التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى . وفي صحّة تدبيره بعد وفاة غيره، كزوج المملوكة ، و وفاة من يجعل له خدمته تردّد، أظهره الجواز، و مستنده النقل.

كتاب التدبير و المكاتبة و الاستيلاء

التدبير: تفعيل من الدبر، و المراد به تعليق العتق بدبر الحياة.

وقيل: سمى تدبيراً؛ لأنّه دبر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه و أمر آخرته بإعتاقه(1). وهذا راجع إلى الأول؛ لأنّ التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ «الدبر» أيضاً؛ لأنّه نظر في عواقب الأمور و أدباره.

قوله: «التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى» إلى آخره.

لا- خلاف بين علماء الإسلام في صحّة تعليق عتق المملوك على وفاة مولاه، و اقتصر المصنّف على تعريفه بذلك إيثارةً لتعريف الفرد المتفق عليه لا للحصر، وإن كانت الصيغة

تقتضيه من جهة أنّ المبتدأ منحصر في الخبر، فالحصر حينئذٍ إضافي لا مطلق.

#### هل يصحّ تعليق التدبير على وفاة غير المولى؟

و اختلف الأصحاب في صحّته معلّقاً على وفاة غير المولى في الجملة، فذهب جماعة

ص: 385

---

1- راجع الحاوي الكبير، ج 18، ص 100.

منهم المصنّف و العلامة (1) و قبله الشيخ (2) و أتباعه (3) إلى الصّحة؛ لصحيحة يعقوب بن شعيب أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال: هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرّة، فتأبى الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبتت؟ فقال: «لا، إذا مات الرجل فقد عتقت» (4)

و للأصل، و قبول العتق التأخير كقبوله للتجنيز، و لا تفاوت بين الأشخاص، و قد جاز تعليقه بوفاة المالك فيجوز بوفاة غيره.

وفيه نظر؛ لأنّ الرواية دلّت على جواز تعليقه بوفاة المخدم، فتعديته إلى غيره من الزوج وغيره قياس لا يقولون به، بل مورد النصّ الأمة، إلا أن خصوصية الذكورية و الأنثوية قد يدعى أنّها ملغاة.

و الأصل مدفوع، بأنّ التدبير إن كان عتقاً معلقاً فلا يقولون بجوازه مطلقاً، بل في مورد النصّ أو الوفاق، و إن كان وصيةً فلا يجوز تعليقها بوفاة غير المولى إجماعاً، و بهذا يحصل الفرق بين تعليقه بوفاة المولى وغيره، فلا يلزم من جوازه معلقاً على بعض الوجوه جوازه مطلقاً.

و ذهب ابن إدريس إلى المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً (5)؛ تمسكاً بموضع الوفاق، و ردّاً لخبر الواحد و إن صحّ، و دعوى أنّ التدبير شرعاً تعليق العتق بوفاة المولى فلا يتعدى إلى غيره.

ص: 386

1- مختلف الشيعة، ج 8، ص 99، المسألة 47.

2- النهاية، ص 553 - 554.

3- كابن البرّاج في المهذب، ج 2، ص 373؛ و ابن حمزة في الوسيلة، ص 345؛ و الكيذري في إصباح الشيعة، ص 479.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 264، ح 965؛ الاستبصار، ج 4، ص 32 - 33، ح 111.

5- السرائر، ج 3، ص 33 - 34.

وردّ بآئه مصادرة، وبآئه لو صحّ معلّقاً على وفاة غيره لبطل بالإباق كالمعلّق بموت السيّد.

وردّ بمنع الملازمة، و الفرق مقابلة نعمة السيّد بالكفر، فقبول بنقيض ذلك كقاتل العمد في حرمانه الإرث، بخلاف الأجنبي.

ثمّ عدّ إلى عبارة المصنّف و تنبّه لأُمور:

الأوّل: ضمير «و مستنده النقل» يرجع إلى الجواز المحكوم به في تعليقه بوفاة الزوج و من جعل له الخدمة، و مقتضاه وجود النقل على صحّة ذلك، و ليس كذلك، و إنّما الموجود من النقل ما حكيناه من الرواية، و هي مختصّة بتعليقه على وفاة المخدم، فتعديته إلى غيره غير مستند إلى النقل. فإن روعيت الملابس - و هي لا تخرج عن ربة القياس - فلا وجه لاختصاصه بهذين؛ لأنّ وجه الملابس لا تنحصر.

ويجيء على هذا جواز تعليقه بوفاة مطلق الملابس، بل مطلق الناس؛ لفقد ما يدلّ على غير المخدم، و هو قول في المسألة (1)

و ربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الأدمي (2)، لاشتراك الجميع في معنى التدبير لغّةً، و هو تعليق العتق على الوفاة.

و أكثر الأصحاب لم يتعرّضوا لغير المرويّ، و هو الأنسب لكن يبقى فيه أنّ المنصوص وارد في الأمة، فتعديته إلى العبد لا يخلو من نظر و ما اشتهر من أنّ خصوصية الذكورية و الأنوثية ملغاة، و أنّ الطريق متّحد لا يقطع الشبهة وإن كان متّجهاً.

الثاني: يظهر من قوله «هو عتق العبد» إلى آخره أنّ التدبير عتق بشرط، لا وصيّة، و هو أحد القولين في المسألة (3)، و هما أصل كبير في تفريع مسائل الباب.

و وجه كونه عتقاً أنّه لا يحتاج إلى إحداث صيغة بعد الموت، بخلاف الوصيّة.

ص: 387

1- حكاهما الشهيد في الدروس الشرعية، ج 2، ص 181 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

2- حكاهما الشهيد في الدروس الشرعية، ج 2، ص 181 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

3- من القائلين به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 543.

و الأشهر أنه وصية بعق؛ لأنه تبرع بعد الموت معتبر من الثلث، ويجوز الرجوع فيه حال الحياة، وهي من خواص الوصية. وسيأتي في الأخبار ما يرجح هذا القول (1). وبه قطع المصنف في النافع (2).

و يفرع على القولين مسائل كثيرة يأتي بعضها، ومنها هذه المسألة، فإن جعله وصية يقتضي عدم جواز تعليقه بوفاة غير المولى كغيره من الوصايا، وإن ضويقنا جوازها في صورة النص لا-غير. وإن جعلناه عتقاً معلقاً أمكن القول بجوازه مطلقاً؛ نظراً إلى اشتراك الجميع في التعليق، ولا يقاس بجوازه في موضع الوفاق، مع عدم دليل صالح على منعه يرفع أصالة الجواز ووجوب وفاء المؤمنين بشروطهم (3)، و المنع من غير موضع النص التفاتاً إلى ما سبق من ظهور اتفاق الأصحاب على عدم جواز تعليق العتق على الشرط و الصفة، فيقتصر بالجواز على مورد.

و العامة لما جوزوا تعليق العتق وقصروا التدبير على تعليقه بوفاة المولى - كقول ابن إدريس (4) - جعلوا تعليقه بوفاة غيره عتقاً معلقاً لتدبيراً وإن شاركه في بعض الأحكام. و لو قيل بأن التدبير إيقاع برأسه وإن شابه العتق المعلق و الوصية بوجهه كان حسناً، وفيه جمع بين الأدلة و سلامة من تناقض الأحكام المترتبة غالباً.

الثالث: تقييده بالعبد في قوله «و هو عتق العبد بعد وفاة المولى» لا وجه له، خصوصاً في مقام التعريف الموجب لانتقاضه في طرده، و كان المناسب إبداله بالمملوك أو الاقتصار على العتق كما ذكرناه.

ص: 388

1- يأتي في ص 404.

2- المختصر النافع، ص 338.

3- كما ورد في الخبر. راجع تهذيب الأحكام، ج 7، ص 371، ح 1503؛ والاستبصار، ج 3، ص 232، ح 835.

4- السرائر، ج 3، ص 33 - 34.



والعلم به يستدعي ثلاثة مقاصد:

## المقصد الأول في العبارة و ما يحصل به التدبير

### إشارة

. و الصريح: «أنت حرّ بعد وفاتي» أو «إذا متّ فأنت حرّ» أو «عتيق» أو «معتق».

و لا عبرة باختلاف أدوات الشرط. و كذا لا عبرة باختلاف الألفاظ التي يعبر بها عن المدبّر، كقوله: «هذا أو هذه أو أنت أو فلا». و كذا لو قال: «متى متّ»، أو «أيّ وقت» أو «أيّ حين».

### أقسام التدبير

. و هو ينقسم إلى مطلق، كقوله: «إذا متّ» و إلى مقيد، كقوله: «إذا متّ في سفري هذا أو من مرضي هذا» أو «في سنتي هذه» أو «شهري» أو «شهر كذا».

قوله: «و الصريح: أنت حرّ بعد وفاتي، أو إذا متّ فأنت حرّ، أو عتيق، أو معتق و لا عبرة

باختلاف أدوات الشرط» إلى آخره.

المعتبر في هذا الإيقاع التلّفظ به بلفظ صريح في معناه كغيره، فلا يقع بالكناية عندنا و إن قصده.

و حيث تتعدّد الألفاظ الدالّة عليه صريحاً يتخيّر في تأديتها بأيّها شاء، كأدوات الشرط و أسماء الإشارة و ما قام مقامها؛ لاشتراك الجميع في إفادة المعنى صريحاً، و عدم ورود ما يدلّ على اختصاص أحدها شرعاً. و يستفاد من قوله «و الصريح: أنت حرّ» إلى آخره. حصر الصريح في هذه الألفاظ بمقتضى انحصار المبتدأ في خبره. و الأظهر عدم الانحصار، فلو قال: «أعتقتك بعد موتي أو حرّرتك» كان صريحاً كما لو أوقع بهما العتق المطلق.

قوله: «و هو ينقسم إلى مطلق، كقوله: إذا متّ، و إلى مقيد، كقوله: إذا متّ في سفري هذا أو

من مرضي هذا» إلى آخره.

كما يصحّ التدبير مطلقاً - و هو أن يعلّق العتق بالموت بلا شرط - يصحّ مقيداً بشرط مثل أن يقول: «إن قتلت» أو «متّ حتف أنفي» أو «متّ في مرضي هذا» أو «في سفري هذا» أو

• ولو قال: «أنت مدبر» و اقتصر لم ينعقد. أما لو قال: «إِذَا مَتَّ فَأَنْتَ حَرٌّ» صحَّ، و كان الاعتبار بالصيغة لا بما تقدّمها.

«في هذا الشهر» أو «السنة» أو «البلد» أو «في الليل» أو «النهار فأنت حرّ» فإن مات على

الصفة المذكورة عتق وإلا فلا.

و كذا يصحّ تقييده بقيود متعدّدة ك- «إن متّ في سنة كذا في مكّة حتف أنفي» و نحو ذلك، فيعتبر في عتقه اجتماع الشروط كلّها.

و ألحق الشيخ في المبسوط التدبير المقيّد بالمعلّق على الشرط، فحكم ببطلانهما(1): نظراً إلى اشتراكهما في التعليق. و هو ممنوع.

قوله: «و لو قال: أنت مدبر و اقتصر لم ينعقد» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في أن قوله: «أنت مدبر» أو «دبرتك» مقتصرٌ عليه هل هو صريح فيقع به التدبير وإن لم يقصده، أو كناية فيقع مع القصد، أو لا يقع به مطلقاً؟ على أقوال: جزم المصنّف منها بالأخير، و هو قول الشيخ في الخلاف(2)؛ لخلوّه عن لفظ «العتق و الحرّية» و لا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلا مع التعرّض للحرّية، و لأنّه إمّا عتق بصفة أو وصيّة به، و كلاهما يفتقر إلى ذكر «العتق». أمّا الأوّل فظاهر. و أمّا الثاني؛ فلأنّ الوصيّة لا بدّ لها من ذكر متعلّقها.

و الثاني: أنّه يقع بذلك؛ لأنّه صريح فيه؛ لأنّ التدبير ظاهر في معناه مشهور عند كلّ أحد، كما أنّ البيع و غيره ظاهر في معناه، حتّى أنّ التدبير كان معروفاً في الجاهليّة و قرّره الشرع و لم يستعمل في معنى آخر حتّى يكون كنايةً. و هو اختيار الشيخ في المبسوط(3) و العلامة(4)

ص: 390

1- المبسوط، ج 4، ص 556-557.

2- الخلاف، ج 6، ص 409، المسألة 2.

3- المبسوط، ج 4، ص 546.

4- مختلف الشيعية، ج 8، ص 88 المسألة 43.

. ولو كان المملوك لشريكين فقالا: «إذا متنا فانت حرّ» انصرف قول كل واحدٍ منهما إلى نصيبه و صحّ التدبير، ولم يكن معلقاً على شرط، و ينعق بموتهما إن خرج نصيب كل واحد من ثلثه. ولو خرج نصيب أحدهما تحرّر وبقي نصيب الآخر رقاً. ولو مات أحدهما تحرّر نصيبه من ثلثه وبقي نصيب الآخر رقاً حتى يموت.

و الثالث: أنه كناية يصحّ مع النية لا بدونها، أي مع إرادة اللفظ به استعماله في العتق بعد الوفاة. وهو اختيار ابن الجنيّد (1) و ابن البرّاج (2)؛ لأنّ فيه جمعاً بين الدليلين، و لأصالة بقاء الرقبة إلى أن يثبت المزيل.

و فيه: أنه لا يقع بالكنايات عندنا كظنائه، و الأدلة متعارضة لا يجتمع بذلك، و الأصالة عند مجوّزه انقطعت بالصيغة المخرجة عنه. و الوسط أوسط.

قوله: «و لو كان المملوك لشريكين فقالا: «إذا متنا فانت حرّ» انصرف قول كل واحدٍ منهما إلى نصيبه و صحّ التدبير» إلى آخره.

إذا قال الشريكان للعبد المشترك: «إذا متنا فانت حرّ» فلا يخلو إما أن يقصداً بذلك تدبير كل منهما نصيبه و تعليق عتقه على موته خاصّة، أو تعليق كل واحدٍ من النصيبين على موتهما معاً، أو يطلق اللفظ كذلك و لا يقصداً واحداً معيّناً من الأمرين.

و في الأوّل لا إشكال في صحّة التدبير، و لا يرتبط عتق أحد النصيبين بالآخر، بل يكونان بمنزلة ما لو دبر أحدهما نصيبه بلفظ مختصّ به و يكون قوله «إذا متنا فانت حرّ» إتياناً بصيغة التدبير في نصيبه و تعليقاً له على موته منضمّاً إلى الإخبار بما يطابق الواقع، فإنّه على تقدير موتهما ينعق جميعه؛ لوقوع التدبيرين، و لا يقدح هذه الضميمة.

ثمّ إن ماتا معاً انعتق النصيبان دفعةً. و إن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميّت

ص: 391

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 87 - 88، المسألة 42 و 43.

2- المهذب، ج 2، ص 366.

بشرطه وبقي نصيب الآخر موقوفاً على موته، والكسب المتخلل بين الموتين مشترك بين المدبّر والمالك الحيّ بنسبة الملك.

وإن قصدا تعليق عتقه على موتهما معاً بحيث لا يعتق منه شيء مع موت أحدهما بني الحكم بالصحة على أحد أمرين: إمّا جواز تعليق التدبير على وفاة غير المولى مع الملابس أو مطلقاً، أو جواز تعليق العتق على الشرط كما اختاره القاضي (1) وابن الجنيد (2)، فإن أجزنا ذلك صحّ أيضاً، وكان التدبير على الأول معلّقاً بموتهما معاً، فإن ماتا دفعةً انعتق لحصول الشرط، وإن ماتا على الترتيب بقي رقاً إلى أن يموت الآخر، وهو بين الموتين للورثة والحيّ.

وإن لم نُجز الأول وأجزنا الثاني كان عتقاً بشرط، وحكمه كالسابق إلا أنه ليس تدبيراً، بل عتق معلّق على شرط لا يتم إلا بموتهما، وللورثة بين الموتين التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه؛ لأنّه صار مستحقّ العتق بموت الشريك.

وفي جوازه لو جعلناه تدبيراً نظراً، من جواز الرجوع في التدبير وهذا من أفراد.

وفي الإرشاد جزم بعدم جوازه (3) على هذا التقدير.

وإن لم نجوّز التدبير معلّقاً على موت الغير مطلقاً أو الملابس، إمّا بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقاً، أو أجزناه بموت الزوج والمخدوم كما اختاره المصنّف، كان لفظهما لاغياً.

وإن أطلقنا اللفظ فلم يقصدا به أحد الأمرين ففي حمله على أيّهما قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف وقبله الشيخ في المبسوط (4) - الحمل على الأول؛

ص: 392

1- المهذّب، ج 2، ص 359.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 49، المسألة 9.

3- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 73.

4- المبسوط، ج 4، ص 558 - 559.

ويشترط في الصيغة المذكورة شرطان:

### يشترط في الصيغة التدبير النية

الأول: النية. فلا حكم لعبارة الساهي ولا الغالط ولا السكران ولا المكره الذي لا قصد له. • وفي اشتراط نية القربة تردد، والوجه أنه غير مشترك.

لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضاً لتعليق نصيب كل منهما على وفاة نفسه، فيحمل على الصحيح؛ صوناً لكلامه عن الهذر، و ترجيحاً لجانب الصحة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه.

والثاني: حمله على الثاني(1)؛ لظهور معناه فيه؛ لأن اللفظ إنشاء ولا يتحقق بالنسبة إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه، بخلاف الحمل على السابق، فإنه يكون إنشاءً بالنسبة إلى تعليق عتق نصيبه على وفاة نفسه، وإخباراً بالنسبة إلى الحكم بعتمه أجمع على تقدير وفاته معاً. وهذا هو الأظهر.

ثم على تقدير حمله عليه يترتب عليه ما يلزم الأصل من الصحة والبطلان، فعلى المشهور يبطل، وعلى غيره يصح، وهو خيرة العلامة في الإرشاد(2). وفي التحرير حكم بالبطلان(3). واختلف كلامه في القواعد، ففي أول المسألة حكم بالصحة والتزليل على المعنى الأول الصحيح(4)، وفي آخرها خص الصحة بما إذا قصد توزيع الأجزاء على الأجزاء(5).

و الشهيد في الدروس اقتصر على بيان حكم المسألة على تقدير القصدين(6)، ولم يتعرض للإطلاق الذي هو موضع البحث.

قوله: «و في اشتراط نية القربة تردد، والوجه أنه غير مشترك».

مبنى الحكم على أن التدبير هل هو وصية أو عتق بشرط؟ فعلى الأول لا يشترط فيه نية

القربة كغيره من الوصايا.

ص: 393

1- المبسوط، ج 4، ص 558 - 559.

2- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 73.

3- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 216 - 217، الرقم 5681.

4- قواعد الأحكام، ج 3، ص 224.

5- قواعد الأحكام، ج 3، ص 224.

6- الدروس الشرعية، ج 2، ص 182 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10).

الشرط الثاني • تجريدتها عن الشرط و الصفة في قول مشهور للأصحاب فلو قال: «إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي» أو «إذا أهلك شهر رمضان» - مثلاً - لم ينعقد. وكذا لو قال: «بعد وفاتي بسنة أو شهر». وكذا لو قال: «إن أدت إليّ» أو «إلى ولدي كذا فأنت حرّ بعد وفاتي» لم يكن تدبيراً ولا كتابة.

وعلى الثاني يبنى على أنّ العتق هل يعتبر فيه تيّبة القربة أم لا؟ وقد تقدّم الخلاف فيه (1). والأقوى عدم اشتراطها فيه؛ لما سيأتي من ترجيح كونه وصيّة بالعتق (2)، أو لأنه حكم مستقلّ برأسه وإن أشبههما، ولا دليل على اشتراطها فيه، والأصل يقتضي العدم وصحّته بدونها.

قوله: «تجريدتها عن الشرط و الصفة في قول مشهور للأصحاب» إلى آخره.

تبه بقوله «مشهور» على عدم دليل صالح عليه كما تقدّم مراراً في نظائره (3). وقد صرح بجوازه معلقاً على الشرط و الصفة ابن الجنيّد - سواء تقدّم على الموت أم تأخّر - فقال: «و إذا قال له: أنت حرّ بعد زمان معروف، أو فعل يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، ويتقدّم أو يتأخّر، كان له في جميع ذلك الرجوع وإبطال التدبير ما لم يكن ذلك الشيء الذي جعله شرطاً أو أجلاً.»

وقال أيضاً: «ولو جعل له العتق بعد وقت من موت سيّده كان ذلك وصيّةً بعته في معنى التدبير، ولو قال: «إذا بنيت الدار أو قدم فلان فأنت حرّ متي» كان نذر التدبير لا تدبيراً، فإذا كان ذلك الشيء صار العبد مدبّراً. ولو قال: «إن شئت فأنت حرّ متي» كان تدبيراً إن شاء العبد ذلك (4).

و ذكر في كتابه الأحمدي كثيراً من هذه الفروع.

ص: 394

1- تقدّم في ص 320 وما بعدها.

2- يأتي في ص 404.

3- تقدّم في ج 5، ص 63 - 64: وج 7، ص 274 و 550.

4- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 102. المسألة 51.

و المدبّرة رقّ، له وطؤها و التصرّف فيها، فإن حملت منه لم يبطل التدبير. و لومات مولاهما عتقت بوفاته من الثلث، وإن عجز الثلث عتق ما يبقى فيها من نصيب الولد.

و لو حملت بمملوك، سواء كان عن عقد أو زنى أو شبهة، كان مدبّراً كأّمه. و لو رجع المولى في تدبيرها لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها. و قيل: له الرجوع. و الأوّل مروّي.

و كذا المدبّر إذا أتى بولد مملوك فهو مدبّر كأبيه.

و في المختلف أنكر ذلك كلّ، و ادّعى الإجماع على بطلان العتق المعلق بالشرط(1).

و الإجماع ممنوع و الدليل مفقود.

قوله: «و المدبّرة رقّ له وطؤها و التصرّف فيها».

ثلثة المدبّر لا يخرج عن ملك مولاه بالتدبير سواء جعلناه وصيّة أم عتقاً معلقاً؛ لعدم حصول شرطه ما دام حيّاً فلمولاه التصرّف فيه بالاستخدام وغيره، و لو كان أمةً فله وطؤها كما له التصرّف بغيره، و لجواز وطء المستولدة و حقّ العتق فيها أكدّ لتحريم بيعها في الجملة إجماعاً، بخلاف المدبّرة. فإن حملت منه اجتمع لها سببان للعتق: التدبير و الاستيلاء، و الأوّل أسبق، و العتق فيهما متوقّف على موت المولى. فإذا مات و الولد حيّ عتقت من بالسبب السابق، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر، فيحتسب من نصيب ولدها و تعتق إن وفي، و إلا استسعت في الباقي.

و قد دلّ على جواز وطئها رواية أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته؟ فقال: «نعم، أيّ ذلك شاء فعل»(2).

قوله: «و لو حملت بمملوك، سواء كان عن عقد أو زنى أو شبهة» إلى آخره.

إذا حملت المدبّرة بعد التدبير بولد يدخل في ملك مولاهما تبعها في التدبير؛ للأخبار

ص: 395

1- مختلف الشيعة، ج 8، ص 103، المسألة 51.

2- الفقيه، ج 3، ص 121 - 122، ح 3465؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 263، ح 961؛ الاستبصار، ج 4، ص 29، ح 97.

الكثيرة الدالة على ذلك (1)، سواء كان الولد من عقد أم شبهة أم زنى. وهو في الأولين ظاهر لأنه ملحق بها. أمّا في الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم؛ لانتفائه عنها شرعاً، إلا أنه لما صدق عليه كونه ولداً لغتاً، وكان جانب الماليتة والحيوانية مغلباً فيها - ومن ثمّ كان الولد لمولاه دون مولى الزاني - أطلق الشيخ (2)، والمصنّف تبعيته لها في التدبير. وفي الأخبار: «فما ولدت فهم بمنزلتها» (3). ولا شبهة في أنه يصدق على مولودها من الزنى أنها ولدته وإن لم يلحق بها في باقي الأحكام.

وكذا القول في ولد المدبر إذا كانوا مملوكين لمولاه، بأن ولدوا من أمته - مدبرة كانت أم لا - أو من غيرها وقد شرط مولاه رقيتهم الصحيحة بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في رجل دبر مملوكاً له تاجراً موسراً فاشتري المدبر جاريةً فمات قبل سيده فقال: «أرى أنّ جميع ما ترك المدبر من مال أو متاع فهو للذي دبره، وأرى أنّ أمّ ولده للذي دبره، وأرى أنّها وولدها مدبرون كهيئة أبيهم. فإذا مات الذي دبر أباهم فهم أحرار» (4).

إذا تقرّر ذلك فنقول: إن استمرّ المولى على تدبير الأمّ أو الأب فلا إشكال في تبعيّة الأولاد لهما في التدبير. وإن رجع في تدبير الأمّ أو الأب جاز أيضاً؛ لعموم الأدلة الدالة على جواز الرجوع في التدبير ما دام حياً (5)، فإذا رجع فيهما فهل له الرجوع في الأولاد، أو له الرجوع في الأولاد منفردين؟ قال الشيخ (6) وأتباعه (7) والمصنّف في النافع (8) - وإن كان هنا قد

ص: 396

- 
- 1- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 122، الباب 5 من أبواب كتاب التدبير.
  - 2- النهاية، ص 552.
  - 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 261، ح 951؛ الاستبصار، ج 4، ص 31، ح 106.
  - 4- الكافي، ج 6، ص 185، باب المدبر، ح 8؛ الفقيه، ج 3، ص 123 - 124، ح 3470؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 260 - 261، ح 948.
  - 5- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 118 - 119، الباب 2 من أبواب كتاب التدبير.
  - 6- النهاية، ص 553.
  - 7- راجع المهذب، ج 2، ص 367؛ والوسيلة، ص 346؛ وإصباح الشيعة، ص 479.
  - 8- المختصر النافع، ص 237.



نسبه إلى الرواية - : لا يجوز الرجوع فيهم مطلقاً.

لصحيحة أبان بن تغلب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكته ثم زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها وترك أولاده منها، فقال: «أولاده منها كهيتها إذا مات الذي دبّر أمهم فهم أحرار»، قلت له: يجوز للذي دبّر أمهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج؟ قال: «نعم»، قلت: رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحرّ يجوز لسيدّها أن يبيع أولادها ويرجع عليهم في التدبير؟ قال: «لا، إنّما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك». (1)

ولأنّه إنّما يرجع فيما دبّره و تدبير الأولاد حصل بالسراية لا- باختياره فلا يملك الرجوع. و ادّعى الشيخ في الخلاف على ذلك إجماع الفرقة (2).

وقال ابن إدريس: يجوز الرجوع (3) و تبعه العلامة (4)، و ولده (5) و الشهيد (6) و أكثر المتأخّرين؛ لعموم الأدلّة الدالّة على جواز الرجوع في التدبير (7)، و لأنّ تدبير الولد فرع تدبير الأبوين فلا يزيد الفرع على أصله.

و يمكن القدرح في العموم المدّعى، فإنّ الرواية الصحيحة أخرجت هذا الفرد. و بالفرق بين حكم الفرع و الأصل، فإنّ تدبير الأصل بفعل المالك فجاز له الرجوع في وصيته، بخلاف الولد، فإنّ حكم تدبيرهم قسري فلا اختيار له فيه.

ص: 397

- 1- الكافي، ج 6، ص 184، باب المدبّر، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 259، ح 941؛ الاستبصار، ج 4، ص 29 - 30، ح 101.
- 2- الخلاف، ج 6، ص 416، المسألة 14.
- 3- السرائر، ج 3، ص 32 - 33.
- 4- قواعد الأحكام، ج 3، ص 226؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 74؛ مختلف الشيعة، ج 8، ص 96، المسألة 45.
- 5- إيضاح الفوائد، ج 3، ص 548.
- 6- لم نظفر على قوله بالجواز، راجع الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 184 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).
- 7- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 118 الباب 2 من أبواب كتاب التدبير.

. و لو دبرها ثم رجع في تدبيرها، فأنت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين رجوعه لم يكن مدبراً؛ لاحتمال تجدده، و لو كان لدون ستة أشهر كان مدبراً؛ لتحقق الحمل بعد التدبير.

. و لو دبرها حاملاً قيل: إن علم بالحمل فهو مدبر، وإلا فهو رقب. و هي رواية الوشاء. و قيل: لا يكون مدبراً؛ لأنه لم يقصد بالتدبير. و هو أشبه.

نعم، يمكن القرح في الرواية من حيث اشتغالها على كون أبيهم حرّاً و هو يوجب تبعيتهم

له فيها، و حملها على اشتراط الرقية قد تقدّم في النكاح ما يدلّ على ضعفه (1).

قوله «و لو دبرها ثم رجع في تدبيرها، فأنت بولد لستة أشهر» إلى آخره.

إذا دبرها ثم رجع في تدبيرها فأنت بولد لدون ستة أشهر من حين الرجوع و لم يتجاوز أقصى الحمل من حين التدبير فلا إشكال في بقائه على التدبير؛ لتحقق علوقها به في زمن التدبير كما لا إشكال في انتفاء تدبيره لو ولدته لأقصى الحمل فصاعداً من حين الرجوع.

و أمّا إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المصنّف و الجماعة (2) أنه لا يكون مدبراً؛ لاحتمال تجدده بعد الرجوع، و لم يفرّقوا بين ما إذا كانت فراشاً و عدمه.

و وجهه أصالة عدم تقدّمه، و أصالة بقائه على ملك المالك التامّ و تحت تصرّفه. و قد تقدّم الفرق بين الحالتين في مواضع (3)، و أنه إذا لم يكن لها زوج يمكن تجدده منه حكم بوجوده إلى أقصى الحمل؛ حملاً لحال المسلم على الصحيح. و الفرق بين الأمرين غير واضح.

قوله: «و لو دبرها حاملاً قيل: إن علم بالحمل فهو مدبر» إلى آخره.

المشهور بين الأصحاب أنّ الحمل لا يتبع الحامل في شيء من الأحكام - كالبيع و العتق

ص: 398

1- تقدّم في ج 6، ص 452 وما بعدها.

2- منهم الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 555 - 556؛ و العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 226.

3- راجع ج 7، ص 85 - 86.

و لا يصحّ التدبير إلا من بالغ عاقل قاصد مختار جازز التصرف.

و غيرهما - إلا مع التصريح بإدخاله، حتّى أنّ الشيخ مع حكمه بإلحاقه بها في البيع (1) و العتق (2) وافق في المبسوط و الخلاف على عدم تبعيته لها هنا (3).

و لكنّه ذهب في النهاية إلى أنّه مع العلم به يتبعها وإلا فلا (4)؛ استناداً إلى رواية الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل دبّر جاريته و هي حبلى، فقال عليه السلام: «إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما في بطنها رق» (5). و عمل بمضمونها كثير من المتقدمين و المتأخرين و نسبوها إلى الصحّة، و الحقّ أنّها من الحسن، و أنّ صحّتها إضافية كما مرّ؛ لأنّ رواية الحسن من الحسن (6).

و ذهب المصنّف و العلامة (7) و قبلهما الشيخ في المبسوط و الخلاف، و ابن إدريس (8) إلى عدم تبعيته لها مطلقاً؛ للأصل، و انفصاله عنها حكماً كظائره، و موثقة عثمان بن عيسى عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة المولودة مدبرة أو غير مدبرة؟ فقال لي: «متى كان الحمل للمدبرة أقبل أن دبّرت أو بعد ما دبّرت؟» فقلت: لست أدري ولكن أجبني فيهما جميعاً، فقال: «إن كانت المرأة دبّرت

ص: 399

1- راجع الخلاف، ج 3، ص 107 - 108، المسألة 175.

2- راجع المبسوط، ج 3، ص 262؛ و ج 4، ص 435.

3- المبسوط، ج 4، ص 556 و 557؛ و الخلاف، ج 6، ص 416، المسألة 15.

4- النهاية، ص 552.

5- الكافي، ج 6، ص 184، باب المدبّر، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 121، ح 3463؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 261 - 262، ح 952؛

الاستبصار، ج 4، ص 31، ح 108.

6- في حاشية «خ، و»: «هذه الرواية رواها الشيخ بطريق ضعيف، و رواها الصدوق بطريق صحيح (منه رحمه الله)».

7- مختلف الشيعة، ج 8، ص 95 المسألة 45.

8- السرائر، ج 3، ص 32.

. فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره. وروي: «إذا كان مميّزاً له عشر سنين صحّ تدبيره».

ولا يصحّ تدبير المجنون ولا المكره ولا السكران ولا الساهي. • وهل يصحّ التدبير من الكافر؟ الأشبه نعم، حربياً كان أو ذمّياً.

وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق، وإن كان إتما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمّه» (1).

وفي المسألة قول آخر (2) بسراية التدبير إلى الولد مطلقاً (3)، والقوة في الوسط.

قوله: «فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره. وروي: إذا كان مميّزاً له عشر سنين صحّ تدبيره».

الرواية المذكورة هي التي سبقت في جواز وصيته وعتقه (4)، والتدبير منحصر فيهما، لا أن فيه بخصوصه رواية كذلك. وقد تقدّم الكلام على ذلك (5). والأظهر عدم الصحة فيه كالأصل.

والمصنّف رجّح جواز وصيته؛ عملاً بالأخبار الكثيرة (6) وتردّد في عتقه (7) وجزم هنا بعدم صحّة تدبيره، مع أنّه راجع إليهما كما عرفت.

وكذلك صنع العلامة في الإرشاد في الوصية والتدبير (8). ورجوعه إلى الرجوع أولى من تكلف الفرق بما لا يجدي.

قوله: «وهل يصحّ التدبير من الكافر؟ الأشبه نعم، حربياً كان أو ذمّياً».

مبنى الخلاف على أن التدبير وصية أو عتق، فعلى الأول يصحّ من الكافر مطلقاً؛ لعدم

ص: 400

1- الكافي، ج 6، ص 184، باب المدبر، ح 5؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 260، ح 94؛ الاستبصار، ج 4، ص 31 - 32، ح 109.

2- في حاشية «خ. و»: «هو قول ابن البرّاج، وله قول آخر، والتفصيل للشيخ في النهاية. (منه رحمه الله)».

3- راجع الحاوي الكبير، ج 18، ص 129 و مغني المحتاج، ج 4، ص 650.

4- سبقت في ص 319.

5- تقدّم في ج 5، ص 28 و 277.

6- راجع ج 5، ص 277 - 278؛ ووسائل الشيعة، ج 19، ص 360 وما بعدها، الباب 44 من كتاب الوصايا.

7- راجع ص 318.

8- إرشاد الأذهان، ج 1، ص 457؛ وج 2 ص 73.

. ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدييره. ولو مات في حال ردته عتق المدبر. هذا إذا كان ارتداده لا عن فطرة. ولو كان عن فطرة لم ينعق المدبر بوفاة المولى؛ الخروج ملكه عنه. وفيه تردد.

اشترط نيّة القربة. وعلى الثاني يبنى على اشتراطها في العتق وعدمه، وعلى أنّ المراد بها قصد التقرب سواء حصل أم لا. فعلى الأول لا يصحّ تدبير الكافر مطلقاً، وهو خيرة ابن إدريس (1) مصرحاً بأنه عتق، وعلى الثاني يصحّ، وعلى الثالث يصحّ ممن أقرّ بالله تعالى كالكتابي دون غيره.

و أما الفرق بين الحربي والذمي فلا مدخل له في هذا الحكم إن جعلنا الحربي شاملاً للكتابي الذي لا يلتزم أحكام الذمة. وقد تقدّم الكلام فيه (2). والأصحّ صحّة التدبير من الكافر مطلقاً.

قوله: «ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدييره» إلى آخره.

إذا دبر المسلم ثم ارتد، فإن كان ارتداده عن غير فطرة لم يبطل التدبير؛ لبقاء الملك. فإن استمرّ على التدبير إلى أن مات عتق المدبر؛ لوجود المقتضي له وانتفاء المانع.

وإن كان عن فطرة ففي بطلان التدبير وجهان، من زوال ملك المرتد عن فطرة، والمدبر قابل للخروج عن ملكه وقد وجد سببه وهو الارتداد، فيزول شرط استمرار الصحّة؛ لأنّ شرطها بقاء الملك إلى الموت والمشروط عدم شرطه، ومن سبق حقّ المدبر على حقّ الوارث فلا ينتقل إليه خصوصاً عند من يمنع من بيع المدبر. فإذا مات السيد انعتق ثلثه لا غير؛ إذ لا مال له سواه. وهل يعجل للورثة الثلثان؟ يحتمله؛ لعدم فائدة حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته، وإلا فالفائدة محتملة بتجدد مال آخر له على تقدير التوبة.

وفي المبسوط (3) أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد. والأشهر التفصيل، وإن كان ما ذكره

ص: 401

1- السرائر، ج 3، ص 30.

2- تقدّم في ص 305 - 306.

3- المبسوط، ج 4، ص 552-553.

. و لو ارتدّ لا عن فطرة ثمّ دبّر صحّ على تردّد. و لو كان عن فطرة لم يصحّ. و أطلق الشيخ (رحمه الله) الجواز. و فيه إشكال ينشأ من زوال ملك المرتدّ عن فطرة.

و لو دبّر الكافر كافراً فأسلم بيع عليه، سواء رجع في تدييره أم لم يرجع. و لو مات قبل بيعه و قبل الرجوع في التدبير تحرّر من ثلثه. و لو عجز الثلث تحرّر ما يحتمله و كان الباقي للوارث. فإن كان مسلماً استقرّ ملكه، و إن كان كافراً بيع عليه.

الشيخ أيضاً متوجّهاً؛ لأمر نذكره إن شاء الله تعالى في أحكام المرتدّ(1).

و ربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطرة، تنزيلاً له منزلة الموت. و هو بعيد.

قوله: «و لو ارتدّ لا عن فطرة ثمّ دبّر صحّ على تردّد» إلى آخره.

المرتدّ بالنسبة إلى التدبير و ما في معناه بمنزلة الكافر، فإن اشترطنا نيّة التقرب بطل تدييره مطلقاً، و إلا صحّ من غير الفطري كالكافر، و في الفطري إشكال؛ منشؤه ما هو المشهور من انتقال ماله عنه، فلا يتصوّر منه التدبير المشروط بالملك، مضافاً إلى ما علّل تدييره به المَلّي.

و إطلاق الشيخ(2) جوازه يدلّ على منع انتقال المال عنه، و هو قول ابن الجنيد(3) و لم يفرّق بين المَلّي و الفطري، و استفادة الفرق بينهما و إثبات الأحكام المشهورة من النصوص مشكل. و سيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى(4).

قوله: «و لو دبّر الكافر كافراً فأسلم بيع عليه» إلى آخره.

إذا دبّر الكافر عبده الكافر ثمّ أسلم العبد، نظر إن رجع السيّد عن التدبير بالقول بيع

ص: 402

1- يأتي في ج 12، ص 229 و ما بعدها.

2- المبسوط، ج 4، ص 553.

3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 9، ص 121، المسألة 50.

4- يأتي في ج 12، ص 229 و ما بعدها.

. ويصحّ تدبير الأخرس بالإشارة، وكذا رجوعه ولو دبر صحيحاً ثمّ خرس، ورجع بالإشارة المعلومة صحّ.

عليه وجوباً قولاً واحداً، وإلا ففي بيعه عليه قولان، أظهرهما ذلك؛ لانتفاء السبيل للكافر على المسلم وقوله صلى الله عليه وآله وسلم  
:«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»(1)، وطاعة المولى علوّ منه، وفي ملكه إذلال للمسلم، ولا يؤمن أن يستخدمه فيذله.

وقال ابن البراج:«يتخيّر بين الرجوع في التدبير فيبيع، وبين الحيلولة بينه وبين كسبه للمولى، وبين استسعائه، وحينئذ فينفق عليه من كسبه،  
فإن فضل منه شيء فهو للمولى»(2).

وعلى القولين فإذا مات قبل بيعه ورجوعه عتق من ثلثه، فإن بقي منه شيء سعى فيه للورثة إن كانوا مسلمين، وإلا يبيع عليهم؛ لبطلان  
التدبير بالموت.

قوله:«ويصحّ تدبير الأخرس بالإشارة، وكذا رجوعه» إلى آخره.

كما يصحّ تصرفات الأخرس ومعاملاته بالإشارة المفهومة، كذا يصحّ تدبيره ورجوعه عنه؛ لأنّ إشارته قائمة شرعاً مقام اللفظ، سواء كان  
خرسه أصلياً أم عارضياً، وسواء خرس بعد التدبير فيرجع بالإشارة أم قبله؛ لاشتراك الجميع في المقتضي.

ويشترط فهم إشارته ولو بعدلين؛ ليثبت به حيث يحصل النزاع. ولو فهم المملوك ذلك منه ترتّب عليه حكم التدبير فيما بينه وبين الله  
تعالى، كما لو وقع التدبير من الصحيح بينهما بغير إلهاد، ولو أنكر بعد ذلك فكأنكار الصحيح.

وتبّه بقوله«وكذا رجوعه» على خلاف بعض العامة حيث منع من رجوعه بالإشارة وإن جوّز تدبيره بها(3)، بناءً على أنّ الرجوع لا يصحّ  
عنده بالقول بل بالفعل، وغاية إشارته أن تقوم مقام القول فلا يزيد الفرع على أصله.

ص: 403

1- الفقيه، ج 4 ص 334، ح 5722.

2- المهذب، ج 2، ص 371.

3- لم نعره عليه، وراجع روضة الطالبين، ج 8، ص 454.

وهي مسائل:

### التدبير بصفة الوصية

الأولى: • التدبير بصفة الوصية يجوز الرجوع فيه،

قوله: «التدبير بصفة الوصية يجوز الرجوع فيه».

في جعله بصفة الوصية من غير أن يجعله وصيةً محضةً تنبيه على أنه لا يختار كونه وصيةً محضةً، وفي تعريفه له في صدر الكتاب ما يدل على ذلك كما بيّناه (1)، ولكنّه في النافع قطع بكونه وصيةً (2).

والأخبار مختلفة، ففي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنما هو بمنزلة رجل أوصى بوصية ثم بدا له بعد فغيرها قبل موته، فإن هو تركها ولم يغيرها حتى يموت أخذ بها» (3).

وروى معاوية بن عمّار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر، فقال: «هو بمنزلة الوصية يرجع فيما يشاء منها» (4). وهذا موافق لما في الكتاب.

وروى زرارة عنه عليه السلام قال: سألت عن المدبر أ هو من الثلث؟ قال: «نعم، و للموصي أن يرجع في وصيته في صحّة أو مرض» (5). وهذه أظهر في الدلالة على كونه وصيةً.

والتحقيق أنه بمنزلة الوصية لا- عينها كما ذكره هنا؛ لأنه لو كان وصيةً محضةً لافتقر في عتقه إلى صيغة بعد الموت. ولا يلزم من كونه بمنزلة مساواتها في جميع الأحكام،

ص: 404

1- تقدّم في ص 385.

2- المختصر النافع، ص 338.

3- الكافي، ج 6، ص 184 - 185، باب المدبر، ح 7؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 259، ح 942؛ الاستبصار، ج 4، ص 30، ح 102.

4- الكافي، ج 6، ص 183 - 184، باب المدبر، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 258، ح 939؛ الاستبصار، ج 4، ص 30، ح 103.

5- الكافي، ج 6، ص 184، باب المدبر، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 258 - 259، ح 940؛ الاستبصار، ج 4، ص 30، ح 104.



● قولاً، كقوله: «رجعت في هذا التدبير» وفعلاً، كأن يهب أو يعتق أو يقف أو يوصي، سواء كان مطلقاً أو مقيداً. وكذا لو باعه بطل تدبيره.

وقيل: إن رجعت في تدبيره ثم باع صحّ بيع رقبته. وكذا إن قصد بيعه الرجوع. وإن لم يقصد مضي البيع في خدمته دون رقبته، و تحرّر بموت مولاه.

بل المراد أنّه بمنزلتها في الأحكام المسؤول عنها في الروايات، وهو كونه من الثلث، ويجوز الرجوع فيه ونحو ذلك. وليس بعق معلق أيضاً - كما قاله ابن إدريس (1) وغيره (2) - وإلا لما صحّ الرجوع. فكونه متردداً بينهما في بعض الأحكام ومستقلاً بنفسه - ومن ثمّ وقع بصيغته الخاصّة الخارجة عن الأمرين - أظهر.

قوله: «قولاً، كقوله: رجعت في هذا التدبير، وفعلاً، كأن يهب» إلى آخره.

قد عرفت ممّا سبق أنّ التدبير من الأمور الجائزة القابلة للفسخ كالوصية (3).

ثمّ فسّخه قد يكون بالقول كقوله: «رجعت في هذا التدبير» أو «أبطلته» أو «رفعته» و ما

أشبه ذلك.

وقد يكون بالفعل كأن يهب المدبّر لغيره وإن لم يقبضه؛ فإنّه يبطل لدلالته على الرجوع، وتصحّ الهبة إذا تمّت شرائطها، خلافاً لابن حمزة حيث اشترط في صحّتها تقديم الرجوع فيه بالقول (4). وأولى بالرجوع ما إذا أعتقه؛ لأنّه تعجيل لما تشبّث به المدبّر من الحرّية، فقد زاده خيراً.

وكذا يبطل بوقفه وإن لم يقبضه؛ لدلالته على الرجوع كالهبة، والخلاف فيه كالخلاف

فيها. ومثله الوصية به.

و أمّا بيعه فالأظهر أنّه كذلك؛ لما ذكر، ولأنّ الوصية تبطل بإخراج الموصى به عن ملك

ص: 405

1- السرائر، ج 3، ص 30.

2- المبسوط، ج 4، ص 546 - 547؛ الجامع للشرائع، ص 407؛ اللمعة الدمشقية، ص 265 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13).

3- سبق في ص 404.

4- الوسيلة، ص 346.

الموصي، و البيع ناقل للملك و هو وصية أو بمنزلتها كما مرّ، و لصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام و قد سأل عن رجل دبر مملوكاً ثم احتاج إلى ثمنه، قال، فقال: «هو مملوكه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه»(1).

وقال الشيخ في النهاية: «لا يجوز بيعه قبل أن ينقض تدبيره، إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته و أنه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل عليه»(2).

وقال الصدوق: «لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»(3) و قريب منه قول ابن أبي عقيل(4).

وقال المفيد: «متى مات البائع صار حرّاً لا سبيل عليه و إن لم يشترط»(5). و هو قول الشيخ أيضاً(6).

و مستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفة، و قد تقدّم منها ما يدلّ على جواز الرجوع و البيع(7).

و روى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يعتق غلامه و جاريته عن دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه أيبعه؟ قال: «لا، إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»(8). و هذه حجة الصدوق.

ص: 406

- 
- 1- الكافي، ج 6، ص 185، باب المدبر، ح 9؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 259، ح 943؛ الاستبصار، ج 4، ص 27 - 28، ح 90.
  - 2- النهاية، ص 552.
  - 3- المقنع، ص 464.
  - 4- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 89، المسألة 44.
  - 5- المقنعة، ص 551.
  - 6- المبسوط، ج 4، ص 551، وفيه: وينبغي أن يبيعه بهذا الشرط.
  - 7- تقدّم في ص 404.
  - 8- الفقيه، ج 3، ص 120، ح 3461؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 263، ح 959؛ الاستبصار، ج 4، ص 28، ح 95.

وروى القاسم بن محمد عن عليّ قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريةً له عن دبر في حياته، قال: «إن أراد بيعها باع خدمتها حياته، فإذا مات أعتقت الجارية، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها» (1). وهذه حجة الشيخ.

مضافاً إلى الجمع بين الأخبار التي دلّ بعضها على جواز بيعها مطلقاً (2)، وبعض على النهي

عنه (3)، وبعض على الإذن في بيع الخدمة مدة حياته (4)، بحمل الأول على بيع الخدمة.

وحمل ابن إدريس بيع الخدمة على الصلح مدة حياته (5)، والعلامة على الإجارة مدةً فمدّةً حتى يموت (6). والمصنّف قطع ببطلان بيع الخدمة؛ لأنها منفعة مجهولة (7).

وأجيب (8) بأنّ الجهالة غير قادحة؛ لجواز استثناء هذا على أنّ المقصود بالبيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير للمدّة، فإذا وردت الأخبار الكثيرة بجوازه لم يبعد القول به. واختاره الشهيد في الدروس (9). وعلى هذا فيتّجه جواز بيع الرقبة، كما دلّت عليه الأخبار السابقة، وبيع المنفعة منفردةً، كما دلّت عليه هذه الأخبار.

وأما حمل الشيخ بيع المدبّر على بيع خدمته وحصره الجواز فيه إذا لم يرجع في التدبير فليس بجيّد، لأنّ مقصود المشتري هو الرقبة، فإذا لم يصحّ بيعها وصرف إلى بيع الخدمة

ص: 407

- 
- 1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 264، ح 963؛ الاستبصار، ج 4، ص 29، ح 99
  - 2- الكافي، ج 6، ص 185، باب المدبّر، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 260، ح 944
  - 3- منها في تهذيب الأحكام، ج 8، ص 263 - 264، ح 962؛ والاستبصار، ج 4، ص 29، ح 98
  - 4- منها في تهذيب الأحكام، ج 8، ص 264، ح 963.
  - 5- السرائر، ج 3، ص 32، وفيه: إن كان التدبير عن واجب
  - 6- مختلف الشيعة، ج 8، ص 93، المسألة 44.
  - 7- نكت النهاية، ج 3، ص 33 - 34.
  - 8- المحجّب هو الشهيد الأوّل في الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 185 - 186 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10)؛ وراجع أيضاً التنقيح الرائع، ج 3، ص 462.
  - 9- الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 185 - 186 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

إنكار المولى للتدبير ليس رجوعاً

● ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً.

. و لو ادّعى المملوك التدبير و أنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير في نفس الأمر.

في المدّة المنصوصة كان اللازم بطلان البيع، كما لو اشترى شيئاً على أنّه من جنس معيّن

فظهر غيره.

و أما تنزيهه على أنّ البيع متناول للرقبة مدّة الحياة كمشروط العتق ففاسد؛ لتصريح الأخبار و الفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة و لأنّ اعتناقه بالموت عن البائع لا عن المشتري، فدلّ على عدم انتقال الرقبة إلى المشتري وإلا لكان عتقه عنه إذا لم يشترط عليه عتقه عن البائع بل اعتنق بالتدبير السابق. و الأصحّ صحّة البيع في رقبته وبطلان التدبير.

قوله: «ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً».

إنّما لم يكن رجوعاً؛ لأنّه أعمّ منه فلا يدلّ عليه، وإمكان استناد إنكاره إلى نسيان

التدبير فلم يقصد به الرجوع.

وقيل: يكون رجوعاً؛ لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان فكان أبلغ من الرجوع المقتضي

الرفعه في الزمن المستقبل خاصّةً (1).

و الأول أقوى إلّا مع قصد الرجوع به، و حينئذ فيرجع إليه في ذلك، فإن لم يعترف بالقصد لم يكن رجوعاً. و كذا القول في سائر الأحكام التي يجوز الرجوع فيها، كالوكالة و الوصي و إنكار البيع الجائز عدا الطلاق؛ لورود النص (2) الصحيح بكونه رجوعاً. و قد تقدّم تحقيقه فيه (3).

قوله: «و لو ادّعى المملوك التدبير و أنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير في نفس الأمر».

الحكم هنا كما تقدّم مع زيادة الحلف من المولى، و هو لا يفيد الرجوع بذاته و إنّما يؤكّد الإنكار، و هو لا يدلّ على الرجوع كما علم.

ص: 408

1- لم نعر على القائل به من الخاصّة، و لعلّ المراد منه بعض العامّة، راجع العزيز شرح الوجيز، ج 13، ص 425، نسب هذا القول إلى الغزالي.

2- راجع الكافي، ج 6، ص 74، باب بدون العنوان، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 42 - 44. ح 129.

3- تقدّم في ج 7، ص 356.

الثانية: • المدبر ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى، فإن خرج منه وإلا تحرّر من المدبر بقدر الثلث ولو لم يكن سواه عتق ثلثه.

ولو دبر جماعة فإن خرجوا من الثلث وإلا عتق من احتمله الثلث، وبدئ بالأوّل فالأوّل. ولو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعة.

وتبّه بقوله «لم يبطل التدبير في نفس الأمر» على أنّه بإنكاره وحلفه مع عدم البيّنة يقضى بارتفاعه ظاهراً، وأمّا في نفس الأمر فهو بحاله ما لم يحصل منه ما يدلّ على الرجوع، فلو مات على هذه الحالة انعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى.

وقد تظهر الفائدة ظاهراً لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فإن جعلنا الإنكار رجوعاً لم يعد باعترافه، وإلا بقي بحاله فيثبت ظاهراً أيضاً حيث يعترف به. وقد تظهر فائدتها أيضاً لو كان الحلف لعدم البيّنة ثم وجدت بعد ذلك.

قوله: «المدبر ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى» إلى آخره.

عتق المدبر معتبر من الثلث؛ لأنّه وصيّة متبرّع بها أو بمنزلتها فيكون بحكمها. ولو جعلناه عتقاً فالعتق المعلق على الموت كذلك، بل المنجز في مرض الموت على ما تقدّم (1). فالمتأخّر عنه أولى وقد تقدّم من الأخبار ما يدلّ عليه (2)، كصحيحة محمّد بن مسلم: «هو مملوكه - إلى قوله - فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه» (3).

هذا إذا كان معلقاً بموت المولى متبرّعاً به فلو علّقه بموت المخدوم ومات في حياة المولى وصحّته لم يعتبر من الثلث؛ إذ لا وجه له، فإنّه كتعجيل العتق في حال الحياة. والأخبار المطلقة في كونه من الثلث (4) محمولة على الغالب من كونه معلقاً بموت المولى، بل فيها ما يدلّ عليه كقوله «إذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه». ولو مات المخدوم في مرض

ص: 409

1- تقدّم في ص 350 وج 5، ص 449.

2- تقدّم تخريجها في ص 404، الهامش 5.

3- تقدّم تخريجها في ص 406، الهامش 1.

4- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 126، الباب 8 من أبواب التدبير.

. ولو كان على الميِّت دين يستوعب التركة بطل التدبير، وبيع المدبِّرون فيه، وإلا بيع منهم بقدر الدين وتحرَّر ثلث من بقي، سواء كان الدين سابقاً على التدبير أو لاحقاً، على الأصحّ. وكما يصحّ الرجوع في المدبِّر يصحّ الرجوع في بعضه.

موت المولى أو بعده فهو من الثلث كالمعلّق على وفاة المولى.

ولو كان واجباً بنذر وشبهه، فإن كان في مرض الموت لم يتغيّر الحكم. وإن كان في حال الصحّة، فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنّه من الثلث أيضاً؛ لأنّه لا يصير واجب العتق

بذلك بل إنّما يجب تدبيره إذا دبّره برئ من النذر ولحقه حكم التدبير.

وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاة فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليّة. ومثله نذر الصدقة ونحوها بمال بعد الوفاة. وفي التحرير ساوى بين الأمرين في خروجه من الأصل (1). ونقله في الدروس عن ظاهر الأصحاب (2). والأظهر الأوّل.

ولو جوّزنا تعليق العتق على الشرط فقال: «هو حرّ قبل مرض موتي بيوم» مثلاً خرج من الأصل. وكذا لو جعلنا المنجزات من الأصل فعلقه على آخر جزء من حياته. ولو نذر عتقه أو الصدقة بالمال أو صرفه في بعض الوجوه السائغة في آخر يوم من أيّام صحّته فكذلك، أو في آخر يوم من حياته على القول الآخر. ولا فرق في اعتبار التدبير المتبرّع به من الثلث بين الواقع في مرض الموت وحال الصحة كالوصيّة.

ولو تعدّد المدبِّر فإن اتّحدت الصيغة أو تعدّدت و جهل الترتيب عتق الثلث بالقرعة كما سبق في العتق (3). وإن علم السابق بدئ بالأوّل فالأوّل إلى أن يستوفي الثلث كالوصيّة.

قوله: «ولو كان على الميِّت دين يستوعب التركة بطل التدبير» إلى آخره.

لما كان التدبير كالوصيّة اعتبر في نفوذه كونه فاضلاً من الثلث بعد أداء الدين، وما في

ص: 410

1- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 221، الرقم 5694.

2- الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 184 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

3- تقدّم في ص 350 - 351.

الثالثة: • إذا دبر بعض عبده لم ينعق عليه الباقي. ولو كان له شريك لم يكلف شراء حصته، وكذا لو دبره بأجمعه ورجع في بعضه.

وكذا لو دبر الشريكان، ثم أعتق أحدهما لم تقوّم عليه حصّة الآخر. ولو قيل:

معناه من الوصايا الواجبة و العطايا المنجزة و المتقدّمة عليه لفظاً.

و لا فرق في الدين بين المتقدّم منه على إيقاع صيغة التدبير و المتأخّر على الأصحّ؛ للعموم (1) كالوصيّة.

و القول بتقديمه على الدين مع تقدّمه عليه للشيخ في النهاية (2)؛ استناداً إلى صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل دبر غلامه

و عليه دين فراراً من الدين قال: «لا تدبير له، وإن كان دبره في صحّة منه و سلامة فلا سبيل للديان عليه» (3)

و صحيحة الحسين بن عليّ بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن [بيع] المدبر قال: إذا أذن في ذلك فلا بأس، وإن كان على مولى

العبد دين فدبره فراراً من الدين فلا تدبير له، وإن كان دبره في صحّة و سلامة فلا سبيل للديان عليه و يمضي تدبيره» (4)

و أجيب (5) بحمله على التدبير الواجب بنذر و شبهه، فإنّه إذا وقع كذلك مع سلامته من الدين فلا سبيل للديان عليه، وإن نذره فراراً من

الدين لم ينعقد نذره؛ لأنّه لم يقصد به الطاعة. و هو محمل بعيد.

قوله: «إذا دبر بعض عبده لم ينعق عليه الباقي - إلى قوله - على تردّد».

هنا مسائل:

الأولى: إذا دبر بعض عبده لم يسر على الباقي، بمعنى أنّه [لا] (6) ينعق معجلاً و لا بعد

ص: 411

1- راجع وسائل الشيعة، ج 19، ص 329 و 353، الباب 28 و 39 من أبواب كتاب الوصايا.

2- النهاية، ص 553.

3- الفقيه، ج 3، ص 123، ح 3469؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 261، ح 949.

4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 261، ح 950؛ الاستبصار، ج 4، ص 28، ح 91.

5- المجيب هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 97، المسألة 46.

6- إضافة يقتضيها السياق، كما أشير في حاشية (و) ب- (ظ)

يقوم كان وجهاً.

ولو دبر أحدهما، ثمّ أعتق وجب عليه فكّ حصّة الآخر.

ولو أعتق صاحب الحصّة القنّ لم يجب عليه فكّ الحصّة المدبّرة على تردّد.

عتق الجزء المدبّر؛ لأنّ التدبير ليس بعتق وإتّما هو وصيّة به، وعلى تقدير كونه عتقاً معلقاً لم يقع بعد فلا يدخل في عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «من أعتق شقصاً» (1)، وبعد انعاقه لا يبقى المعتق موسراً لانتقال ماله عنه بالموت، بخلاف ما إذا علّق عتق نصيبه بصفة فوجدت الصفة وهو موسر وجوزناه، فإنّه يعتق النصيب ويسري.

وللمرتضى (رضي الله عنه) قول بالسراية هنا (2)، وهو قول بعض العامة (3)، كالعتق المنجّز؛ لأنّه يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاء الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه.

ورُدّ بمنع الاستحقاق أولاً؛ لجواز الرجوع، ومنع الملازمة على تقدير الاستحقاق مع عدم تحقّق العتق بالفعل؛ لعدم المقتضي.

والفرق بين التدبير والاستيلاء أنّ الاستيلاء كالإتلاف، حيث إنّهُ يمنع التصرف بالبيع ونحوه ولا سبيل إلى دفعه، بخلاف التدبير.

الثانية: لو دبر بعض المملوك المشترك بينه وبين آخر لم يسر على الشريك، ولم يقوم عليه نصيب الشريك؛ لما تقدّم من الدليل. والمخالف هنا كالسابق (4)، وجوابه جوابه، بل هنا أولى بعدم السراية.

ولبعض العامة هنا قول بتخيير الشريك بين أن يضمّنه القيمة، وبين أن يستسعي العبد،

ص: 412

1- تقدّم تخريجه في ص 353، الهامش 1.

2- قال بذلك في المملوك ولم نجد في غيره، راجع الانتصار، ص 378، المسألة 221.

3- الحاوي الكبير، ج 18، ص 109؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 285، المسألة 8626.

4- راجع حلية العلماء، ج 6، ص 183 - 184؛ وبدائع الصنائع، ج 4، ص 170؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 313، المسألة 8661؛ وروضة الطالبين، ج 8، ص 452.



الرابعة • إذا أبق المدبّر بطل تدبيره و كان هو و من يولد له بعد الإباق رقاً إن ولد له من أمة، و أولاده قبل الإباق على التدبير.

و بين أن يدبّر نصيبه أو يعتقه(1)

الثالثة: لو كان لمالك واحد و دبّره أجمع ثم رجح في بعض التدبير، فإنّه صحيح كما تقدّم، كما يجوز الرجوع في بعض الوصيّة دون بعض.

و حيث يرجع في البعض لا يسري ما بقي فيه التدبير على ما رجح إلى محض الرق؛ لما

تقدّم من أنّه ليس بعق مطلق(2). و الخلاف و الحجّة و الجواب فيهما واحد.

الرابعة: لو كان مشتركاً بين اثنين فدبّراه معاً ثمّ عبّل أحدهما العتق فهل يقوّم عليه نصيب الآخر؟ فيه قولان، أحدهما: «لا»، ذهب إليه الشيخ في المبسوط محتجاً؛ بأنّ له جهة يعتق بها - و هو التدبير - فلا يحتاج إلى جهة أخرى(3). و الوجه التقويم؛ لأنّه لم يخرج عن ملكه بالتدبير فيدخل في عموم: «من أعتق شقصاً»(4)، إلى آخره.

الخامسة: الصورة بحالها، لكن دبّر أحد الشريكين حصّته ثم عبّل عتقها، سري عليه

إلى نصيب الشريك قطعاً؛ للعموم، و تماميّة الملك، و عدم المانع منه هنا.

السادسة: الصورة بحالها، لكن كان المعتق هو الشريك الذي لم يدبّر، فهل يسري إلى نصيب شريكه المدبّر؟ القولان السابقان، فعند الشيخ لا يسري(5)؛ لأنّ حصّة التدبير لها جهة عتق. و الأكثر - و هو الأصحّ - على ثبوت السراية؛ لأنّه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.

قوله: «إذا أبق المدبّر بطل تدبيره و كان هو و من يولد له بعد الإباق رقاً» إلى آخره.

هذا الحكم ذكره الأصحاب، و ظاهرهم الإجماع عليه، و في الخلاف صرح بدعوى

ص: 413

1- راجع بدائع الصنائع، ج 4، ص 170؛ و المبسوط، السرخسي، ج 7، ص 190.

2- تقدّم قبيل هذا.

3- المبسوط، ج 4 ص 559 و لكن نقل فيه قولين بالسراية و عدمها من دون اختيار أحدهما.

4- تقدّم تخريجه في ص 377، الهامش 5.

5- المبسوط، ج 4، ص 559.

## إجماعهم عليه أيضاً(1)

ومستنده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن جارية مدبرة أبت من سيدها سنيناً، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد ومتاع كثير، وشهد لها شاهدان أن سيدها كان دبرها في حياته من قبل أن تأبق، قال، فقال أبو جعفر عليه السلام: «أرى أنها وجميع ما معها للورثة»، قلت: لاتعتق من ثلث سيدها؟ قال: «لا، إنها أبت عاصيةً لله عز وجلّ ولسيدها، وأبطل الإباق التدبير»(2).

وفي معناها رواية العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام(3). وفي طريق الروايتين ضعف(4)، إلا أنه منجبر بالشهرة أو الإجماع.

وفرقوا بين الإباق والارتداد - حيث لم يكن الارتداد موجباً لبطلان التدبير، مع اشتراكهما في معصية المولى، وكون الثاني أقوى من حيث إن معصية الله تعالى أعظم - أن الإباق يقتضي معصية الموليين معاً، والمولى الآدمي محتاج إلى خدمته، فقبول بنقيض مقصوده حيث فوّتها عليه، بخلاف معصيته لله تعالى بالارتداد، فإنه غني عنه ولا تعلق لذلك بالمولى المحتاج.

وهو تكلفٌ تعليل مع النصّ الذي هو الأصل في الحكم. وينتقض بإبائه من عند المخدم الذي علّق تدبيره على موته، فإنه لا يبطل بإبائه كما سلف(5) وسيأتي(6) - مع اشتراكهما في الحاجة، وإنما الفارق النصّ.

ص: 414

- 
- 1- الخلاف، ج 6، ص 413، المسألة 9.
  - 2- الكافي، ج 6، ص 200، باب الإباق، ح 4؛ الفقيه، ج 3، ص 146، ح 3540؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 264، ح 964؛ الاستبصار، ج 4، ص 32، ح 110.
  - 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 265، ح 966؛ الاستبصار، ج 4، ص 33، ح 112.
  - 4- والضعف في الرواية الأولى من جهة محمد بن يحيى. راجع خلاصة الأقوال، ص 399، الرقم 1606؛ وفي الثانية من جهة حسن بن علي بن فضال فإنه فطحي. راجع رجال النجاشي، ص 34 - 36، الرقم 72.
  - 5- تقدّم في ص 385 وما بعدها.
  - 6- يأتي في ص 419.

. ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ. فإن التحق بدار الحرب بطل؛ لأنّه إباق، ولو مات مولاه قبل فراره تحرّر.

### ما يكتسبه المدبّر لمولاه

الخامسة ما يكتسبه المدبّر لمولاه؛ لأنّه رقّ.

ولو اختلف المدبّر و الوارث فيما في يده بعد موت المولى، فقال المدبّر: اكتسبته بعد الوفاة، فالقول قوله مع يمينه. ولو أقام كلّ منهما بينة فالبيّنة بينة الوارث.

قوله: «ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ. فإن التحق بدار الحرب بطل» إلى آخره.

ارتداد المملوك لا يبطل تدبيره مطلقاً وإن حكم بقتله؛ للأصل، ما لم ينضمّ إليه الإباق - بأن يلتحق بدار الحرب - فيبطل من حيث الإباق كما تقدّم (1). خلافاً لابن الجنيّد، حيث اكتفى في بطلان تدبيره بأحد الأمرين: ارتداده أو التحاقه بدار الحرب وأسر المسلمين له (2).

وكلاهما ممنوع؛ إذ لا دليل على البطلان بمجرد الارتداد. وإحاقه بالإباق قياس مع وجود الفارق، كما أشرنا إليه سابقاً من حاجة المولى و غنى الله تعالى. و التحاقه بدار الحرب لا يشترط انضمام الأسر إليه؛ لأنّ الإباق علة مستقلة بالبطلان. فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده و قبل فراره إلى دار الحرب أو إباقه بغيره تحرّر، لوجود المقتضي للعتق. وإن قتل قبل موت مولاه بطل كما لو مات حتف أنفه.

قوله: «ما يكتسبه المدبّر لمولاه؛ لأنّه رقّ» إلى آخره.

المدبّر في حياة مولاه بمنزلة الرقّ، فكسبه و منافعه للمولى، سواء جعلنا التدبير وصيّة بالعتق أم عتقا معلقاً؛ لأنّه لم يحصل على التقديرين. فإذا مات المولى و عتق من الثلث أو بعضه، و وجد معه مال فادّعى أنّه اكتسبه بعد الموت، و ادّعى الوارث تقدّمه، فالقول قول المدبّر مع يمينه؛ لأصالة عدم التقدّم.

ثم لا يلزم من تقديم قوله في تأخّره الحكم بكونه ملكه، بل قد يكون كذلك كما إذا كان خارجاً من الثلث، و قد لا يكون كما لو لم يكن خارجاً منه.

ص: 415

1- تقدّم قبيل هذا.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 104، المسألة 52.

فلو فرض أنه لم يخلف سواه، وكانت قيمته ثلاثين والكسب المتنازع ستين، فالوارث يدعى انعتاقه أجمع وأن الكسب له؛ لكونه ضعف قيمته، ودعواه تأخره يقتضي أنه لم ينعق منه إلا ثلثه، ويتبعه ثلث الكسب وأن الثلاثين للورثة، لكن لا يحكم عليهم بعق جزء منه إلا مقدار ما يصل إليهم من التركة ضعفه، فحيث لم يصادقهم على تقدم الكسب وقدم قوله فيه لزم تصادقهما على استحقاق الوارث ثلثي الكسب، فإذا وصل إليهم - وهو في المثال أربعون - كان ذلك مع المدبر مجموع التركة وهو سبعون فينعق منه ثلثها وهو ثلاثة وعشرون وثلث، وذلك سبعة أتساع المدبر، ويلحقه عشرون من كسبه هو الثلث الذي ثبت باعترافه، فيدفع إلى الوارث منها ستة وثلثين هي تمام القيمة ويبقى له الباقي.

لا يقال: يلزم على هذا أن يثبت له زيادة على ما يدعيه؛ لأن دعواه التي قد حلف عليها وقدم قوله فيها أنه انعتق ثلثه واستحق ثلث الكسب وذلك ثلاثون.

ولا يلزم دعواه أيضاً شرعاً أن مجموع الكسب للورثة وليس له إلا رقبته؛ لأن ما يحصل له من الكسب يجب عليه دفعه في فكاك باقيه، وهو بتمامه تمام الباقي، فكيف يستحق الزائد وهو ينفيه؟

لأننا نقول: الزيادة حصلت له من قبل الجزء الحرّ، وهو حقّ لله تعالى يثبت منه ما يقتضيه الشرع، ولا يلتفت فيه إلى إنكاره، بخلاف المال؛ وذلك لأن مقتضى دعواه في المال لما كانت استحقاق عشرين لم نرده عليها. وأما العتق فإنّ الشرع يحكم بعق ثلث ما يتحصّل بيد الوارث من التركة، ولما اعترف له من الكسب بأربعين وقيمته تساوي ثلاثين فقد تحصّل بأيديهم سبعون، فيحكم بعق مقدار ثلثها منه، سواء اعترف به أم أنكره؛ لأنّ العتق حقّ لله تعالى فيحصل له منه مقدار ثلاثة وعشرين [وثلث] فإذا أضيفت إلى ما حكم له به من الكسب زاد عن القيمة فكان الزائد له لأجل ذلك.

وقس على هذا ما إذا قصر الكسب عن ضعفه، أو خلف شيئاً آخر معه لا يبلغ الضعف فلو كان كسبه مقدار قيمته كان له ثلثه بدعواه التي قدّم فيها، وضمّ ثلثاه - وهو عشرون في المثال

السادسة . إذا جني على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى ولا يبطل التدبير، وإن قتل بطل التدبير و كانت قيمته للمولى يقوم مدبّرًا.

### إذا جُني المدبّر

السابعة • إذا جُني المدبّر تعلق أرش الجناية برقبته و لسيدّه فكّه بأرش الجناية، و له بيعه فيها. فإن فكّه فهو على تدبيره، وإن باعه و كانت الجناية تستغرقه فالقيمة لمستحقّ الأرش، وإن لم تستغرقه بيع منه بقدر الجناية، و الباقي على التدبير، و لمولاه أن يبيع خدمته، و له أن يرجع في تدبيره ثم يبيعه.

-إلى مجموع المدبّر - و قيمته ثلاثون - فيعتق ثلث الخمسين و هو ستة عشر و ثلاثان، و هي خمسة أتساعه، و له ثلث كسبه عشرة، و يجتمع للورثة عشرون من الكسب و ثلاثة عشر و ثلث من رقبته، و ذلك ضعف ما عتق منه.

قوله: «إذا جني على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى» إلى آخره.

الجناية على المدبّر كهي على القنّ، فإن جني عليه بما دون النفس فللسيدّ القصاص أو الأرش، و يبقى التدبير بحاله. و إن قتل فللسيدّ القصاص أو القيمة.

و لا يلزمه أن يشتري بها مملوكاً فيدبّره و إن كان التدبير واجباً، بخلاف ما إذا وقف متاعاً فأتلف، فإنّا قد نقول يشتري بقيمته مثله و يوقف.

و الفرق أنّ مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم و هم باقون، و مقصود التدبير أن ينتفع به العبد و لم يبق.

ثم على تقدير الحاجة إلى تقويمه لتؤخذ القيمة أو الأرش يقوم مدبّرًا لا قنًّا؛ لأنّ تلك هي صفته التي هو عليها يوم الجناية. و يظهر التفاوت على تقدير القول بالمنع من بيع رقبته، أو كان لازماً بنذر و شبهه بحيث لا يجوز الرجوع فيه، فيكون لذلك قيمته أقلّ من قيمة القنّ. أما لو كان التدبير متبرّعاً به و جوّزنا بيعه مطلقاً كما يجوز الرجوع فيه لم يظهر بين القيمتين تفاوت.

قوله: «إذا جني المدبّر تعلق أرش الجناية برقبته إلى آخره.

جناية المدبّر على غيره كجناية القنّ، فإذا جني على إنسان تعلق برقبته.

وعلى ما قلناه لو باع رقبته ابتداءً صحّ، و كان ذلك نقضاً للتدبير. وعلى رواية إذا لم يقصد نقض التدبير كان التدبير باقياً، و ينعقد بموت المولى و لا سبيل عليه.

و لو مات المولى قبل افتكاكه انعتق و لا يثبت أرش الجناية في تركة المولى.

فإن كان موجباً للقصاص فاقتصر منه فات التدبير. و إن عفى عنه أو رضي المولى بالمال أو كانت الجناية توجب مالاً فقدها السيد بأرش الجناية أو بأقلّ الأمرين على الخلاف المقرّر في جناية القنّ بقي على التدبير، و له يبعه فيها أو بعضه، فيبطل فيما بيع منه.

و هل يجوز لمولاه الاقتصار على بيع خدمته منفردةً عن الرقبة؟ قولان أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف هنا، و هو مذهب الشيخ (1) و جماعة (2) - الجواز؛ لتصريح الروايات الكثيرة به (3)، و أنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم باع خدمة المدبّر (4). لكن في طريق الروايات ضعف (5)، فلا تصلح لإثبات هذا الحكم المخالف للأصول من أنّ البيع إنّما يقع على الأعيان لا على المنافع.

فالقول بعدم الصحة أصحّ، و به قطع المصنّف في موضع آخر (6).

فإن جوّزنا بيع الخدمة منفردةً و وفّت بالجناية بقي على التدبير. و إن باع الأصل - إمّا بعد نقضه، أو مطلقاً على القول الأصحّ - بطل.

و هذا هو الموجب لذكر حكم يبعه أو يبيع خدمته هنا؛ لأنّ هذا الحكم آتٍ على تقدير الجناية و عدمها. و الرواية التي أشار إليها المصنّف من أنّ التدبير لا يبطل بالبيع و ينصرف إلى الخدمة و ينعقد المدبّر بموت المولى قد تقدّم الإشارة إليها و الكلام عليها فيما سلف،

ص: 418

- 
- 1- المبسوط، ج 4، ص 551.
  - 2- المهذّب، ج 2، ص 366؛ الجامع للشرائع، ص 408؛ الدروس الشرعية، ج 2، ص 185 - 186 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).
  - 3- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 119 - 120، الباب 3 من أبواب كتاب التدبير.
  - 4- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 260، ح 945؛ الاستبصار، ج 4، ص 29، ح 100.
  - 5- راجع رجال النجاشي، ص 16، الرقم 18؛ و خلاصة الأقوال، ص 74، الرقم 121.
  - 6- نكت النهاية، ج 3، ص 34.

الثامنة: • إذا أبقى المدبّر بطل التدبير. ولو جعل خدمته لغيره [مدّة] حياة المخدوم، ثمّ هو حرّ بعد موت ذلك الغير لم يبطل تدبيره بإبائه.

وأعادها هنا ليرتّب عليها حكم الجنائية، وقد كان يغني عنه ما تقدّم (1).

إذا تقرّر ذلك، فلو مات مولى المدبّر الجاني قبل افتكاكه وقبل بيعه واسترقاقه فيها اجتمع العتق والجنائية، فيقدّم العتق لسبق سببه عليها، وبنائه على التغليب، وتعلّق الأرش برقبته أو ماله لا بتركة المولى ولا على الوارث؛ لخروجه عن الرقيّة قبل أخذ الأرش.

وقال الشيخ في المبسوط: يؤخذ الأرش من تركة المولى (2)؛ لأنّه اعتقه بالتدبير السابق، فجرى مجرى إعتاق العبد الجاني إذا قلنا بنفوذه، فإنّه التزام بالفداء، فيؤخذ منها أرش الجنائية أو أقلّ الأمرين على الخلاف؛ لتعدّر تسليمه لاستيفاء حقّ الجنائية.

ولو قلنا بأنّه لا ينعق حينئذٍ تخيير الوارث بين أن يفديه فيعتق من الثلث، وبين أن يسلمه [للبيع] وإن كان في ثلث المال سعة، فإذا بيع للجنائية أو استرقّ بطل التدبير.

وقال ابن الجنيّد (3) والقاضي (4): لا يبطل بل يستسعي في قيمته بعد موت المولى. واختاره في الدروس (5)؛ لصحيفة أبي بصير (6). والأظهر البطلان.

قوله: «إذا أبقى المدبّر بطل التدبير» إلى آخره.

بطلان التدبير بالاباق على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد النصّ الوارد فيه، وهو إبائه من المولى المعلّق تدبيره بوفاته (7). أمّا لو جعل خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة

ص: 419

1- تقدّم تخريجه في ص 407، الهامش 1.

2- المبسوط، ج 4، ص 552.

3- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 89، المسألة 44.

4- المهذب، ج 2، ص 366.

5- الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 187 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

6- الفقيه، ج 3، ص 122، ح 3466؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 263 - 264، ح 962؛ الاستبصار، ج 4، ص 29، ح 98.

7- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 129 - 130، الباب 10 من أبواب كتاب التدبير

## المال الذي يستفيد المدبّر بعد موت مولاه لمن؟

الأول: • إذا استفاد المدبّر مالا بعد موت مولاه فإن خرج المدبّر من الثلث فالكّل له، وإلا كان له من الكسب بقدر ما تحرّر منه، والباقي للورثة.

المخدوم لم يبطل بإبائه؛ للأصل، وصحيحة يعقوب بن شعيب السابقة (1).

وبقي ما لو علّق تدبيره بوفاة الزوج أو غيره حيث نجّوزه فأبق، ومقتضى هاتين القاعدتين أنّ خدمته إن لم تكن مجعولةً لغير المولى تبطل بإبائه وإن لم يكن تدبيره معلّقاً بوفاته؛ لشمول الروايات الدالّة على بطلان تدبيره بإبائه لذلك.

وإن جعل خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة غير المخدوم -كالزوج- فأبق ففي بطلان تدبيره بذلك نظر؛ إذ كلّ واحدة من الروايات الواردة من الجانبين لا تتناول هذا الفرد، والأصل يقتضي عدم البطلان.

ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة المخدوم كان حسناً؛ لأنّ هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل، بالنظر إلى القاعدة الأصحاب في المسألة، وظهور اتّفاقهم على أنّ إباق المدبّر مبطل له إلا ما أخرجه الدليل. ومن أسقط التدبير المعلّق بوفاة غير المولى والمخدوم نظراً إلى عدم النصّ الدالّ على الصحّة ارتفع الإشكال الواقع هنا عنده.

قوله: «إذا استفاد المدبّر مالا بعد موت مولاه» إلى آخره.

هذا الحكم واضح بعد ما سلف من المقدمات، فإنّ المدبر مع خروجه من الثلث ينعقد بمجرد موت المولى، فيكون ما يكتسبه بعده واقعاً حال الحرّيّة. وإن لم يخرج من الثلث وعتق منه شيء كان الكسب تابعاً لما فيه الرقيّة والحرّيّة بالنسبة.

هذا إذا كان عتقه معلّقاً على وفاة المولى. أمّا لو كان معلّقاً على وفاة غيره كالمخدوم

ص: 420



الثاني: • إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين تحرّر ثلثه. وكلّما حصل من المال شيء تحرّر من المدبّر بنسبته، وإن تلف استقرّ العتق في ثلثه.

و تأخّر موته عن موت المولى، فإنّه باقى على الرقيّة للورثة إلى أن يموت المخدم، فكسبه لهم مطلقاً؛ لأنّه حينئذ باقى على التدبير والرقيّة إلى أن يحصل المعلق عليه العتق أو الوصيّة به.

و هل يجوز للوارث الرجوع في تدبيره بين وفاة المولى و المخدم كما كان ذلك جائزاً للمولى؟ نظر، من إطلاق النصوص (1) و الفتاوى بجواز الرجوع في التدبير ما لم يحكم بعنقه، و من إمكان اختصاص ذلك برجوع المولى المدبّر، و من ثمّ لم يجرى له الرجوع في تدبير أولاد المدبّرة المتجدّدين بعد التدبير من حيث إنّه لم يدبّرهم، فكان وارثه بالنسبة إلى تدبير المورث بمنزلة المولى في تدبير الأولاد.

و يمكن الفرق بأنّ الوارث قائم مقام المورث و وارث حقّه المالي و ما يتعلّق به من الحقوق كحقّ الخيار و الشفعة و هذا منها، بخلاف تدبير الأولاد، فإنّه مستند إلى الله تعالى لا إلى المولى؛ فلذلك لم يكن له الرجوع فيه، و للنصّ (2) الدالّ عليه و هو مفقود هنا، مع أصالة بقاء الملك على مالكة و جواز تصرف المالك في المملوك بأنواع التصرفات إلى أن يثبت المزيل.

قوله: «إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين تحرّر ثلثه» إلى آخره.

إذا دبّر عبداً و مات و باقى ماله غائب عن الورثة أو دين على معسر لم يعتق جميع المدبّر؛

لأنّ عتقه موقوف على أن يصل إلى الورثة من التركة ضعفه.

و هل يعتق ثلثه معجلاً؟ فيه وجهان، أصحّهما - و هو الذي قطع به المصنّف و الأكثر، و قوّاه الشيخ في المبسوط (3) - : «نعم»؛ لأنّ الغيبة لا تزيد على العدم، و لو لم يكن يملك إلا هذا العبد

ص: 421

1- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 118 - 119، الباب 2 من أبواب التدبير.

2- الكافي، ج 6، ص 184، باب المدبّر، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 259، ح 941؛ الاستبصار، ج 4، ص 29 - 30، ح 101.

3- المبسوط، ج 6، ص 174.

الثالث: • إذا كوتب ثم دبر صحح، فإن أدى مال الكتابة عتق بالكتابة، وإن تأخر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث، وإلا عتق منه الثلث، وسقط من مال الكتابة بنسبته، وكان الباقي مكاتباً.

أما لو دبره ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير. وفيه إشكال.

أما لو دبره ثم قاطعه على مال ليعجل له العتق، لم يكن إبطالاً للتدبير قطعاً.

لعتق ثلثه فكذاك عند الغيبة. وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له، ويوقف الباقي فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع و تبعه كسبه.

والثاني أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة؛ لأنه في تنجيز العتق تنفيذ التبرع في الثلث قبل تسلط الورثة على الثلثين؛ إذ لا بد من التوقف في الثلثين إلى أن يتبين حال الغائب. وقد تقدم مثله في الوصايا فيما إذا أوصى بعين تخرج من الثلث لكن باقي المال غائب، فإن في تسلط الموصى له الوجهين (1) وأصحهما كما هنا.

ويتفرع على الوجهين ما إذا كان قيمة المدبر مائة والغائب مائتين فحضرت مائة، فعلى المختار يعتق ثلثاه؛ لأن ثلثه عتق في الحال فإذا حضرت مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً. وعلى الثاني يعتق نصفه؛ لحصول مثليه للورثة. فإن حضرت مائة و تلفت مائة استقر العتق في ثلثيه و تسلط الورثة على ثلثه و على المائة.

وربما يخرج على الوجه الثاني أن للوارث التصرف في الثلثين كما يحكم بعتق الثلث

مراعاة للحقنين المتلازمين، فإن حضر الغائب نقض تصرفه. والأصح خلاف ذلك كله.

وكما يوقف كسبه في الثلثين قبل وصول المال توقف نفقته، بمعنى أنه ينفق عليه منه فإن وفي وإلا أكمل الوارث، فإن حضر المال وعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها عليه.

قوله: «إذا كوتب ثم دبر صحح. فإن أدى مال الكتابة عتق بالكتابة» إلى آخره.

ص: 422

هنا ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كاتبه ثم دبّره صحّ؛ لعدم المنافاة، فإنّ الكتابة لازمة لا تبطل بطرّو الجائز، و الكتابة وإن اقتضت تملك المكاتب نفسه إلا أنّه ليس ملكاً تاماً فلا ينافي التدبير، و من ثمّ جاز تعجيل عتقه. و حينئذٍ فيجتمع عليه الأمران، فإن أدّى مال الكتابة في حياة المولى عتق و بطل التدبير، وإن عجز فعجزه المولى بطلت الكتابة و بقي التدبير.

و لو مات المولى قبل الأداء و التعجيل عتق بالتدبير إن احتمله الثلث و يتبعه ولده، لكن يبقى الكلام في كسبه في حال الحياة بعد الكتابة؛ فإنّه لا يتبع المدبّر و يتبع المكاتب. و في بطلان الكتابة حينئذٍ وجهان، مثلهما ما لو أعتق السيّد مكاتبه قبل الأداء. و الوجه أنّها لا تبطل؛ للأصل، فإن بقي من الأحكام شيء يتوقّف عليها تأدّى بها. و لو عجز الثلث عن عتقه عتق ما احتمله، و سقط من مال الكتابة بحسبه، و بقي الباقي مكاتباً.

الثانية: أن يدبّره ثم يكاتبه. و في ارتفاع التدبير به قولان، مبنيان على أنّ التدبير وصيّة أو عتق.

فعلى الأوّل يبطل كما تبطل الوصيّة بالعبد لإنسان ثم يكاتبه، و لأنّ العبد يصير بالكتابة مالكاً لنفسه، فكأنّ السيّد أزال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باعه. و هذا اختيار الشيخ (1) و الأكثر.

و على الثاني لا يبطل؛ لأنّ مقصود الكتابة العتق أيضاً، فيكون مدبّراً و مكاتباً، خصوصاً على القول بأنّه لا يبطل بالبيع و الأصل فيه اللزوم من الطرفين إجماعاً، فعدم بطلانه بما وقع

الخلافاً في لزومه و عدمه أولى. و هذا اختيار ابن الجنيّد (2) و ابن البراج (3).

و على هذا يكون مدبّراً مكاتباً كما لو دبّر عبده المكاتب. فإن أدّى النجوم عتق بالكتابة،

ص: 423

1- الخلاف، ج 6، ص 415، المسألة 12.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 108، المسألة 60.

3- المهذّب، ج 2، ص 370.

الرابع: • إذا دبر حملاً صحَّ، ولا يسري إلى أمه. ولورجع في تدبيره صحَّ. فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير صحَّ التدبير فيه؛ لتحققه وقت التدبير. وإن كان لأكثر لم يحكم بتدبيره؛ لاحتمال تجدده وتوهم الحمل.

وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث وبقيت الكتابة في الباقي، فإن أدى قسطه عتق، ويقوى هذا مع تصريحه بعدم إرادة الرجوع. أمّا مع الإطلاق أو اشتباه الإرادة فالأول أوجه.

الثالثة: أن يدبره ثم يقاطعه على مال يكتسبه ليعجل له العتق وهذا لا يقتضي إبطال التدبير قطعاً؛ لأن غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل، والمقاطعة غير لازمة لأحدهما، فلا تكون منافيةً له. والمال الذي يكتسبه للمقاطعة ملك للمولى، فلا يتغير حكم الرق.

قوله: «إذا دبر حملاً صحَّ ولا يسري إلى أمه. ولورجع في تدبيره صحَّ. فإن أتت به لأقل من ستة أشهر» إلى آخره.

تدبير الحمل صحيح كما يصح عتقه منفرداً ومنصمماً؛ لأنه آدمى مملوك. ثم لا يسري التدبير إلى أمه كما لا يسري منها إليه على الأصح. ثم يعتبر وقت ولادته، فإن ولدته لوقت يتحقق فيه كونه موجوداً حال التدبير فلا إشكال في صحته، كما لو ولدته لدون ستة أشهر من وقت التدبير. وإن ولدته لأزيد من أكثر الحمل تبين عدم وجوده قطعاً فيبطل التدبير. وإن ولدته فيما بينهما فقد أطلق المصنّف وقبله الشيخ (رحمه الله) (1) وجماعة (2) عدم الصحة؛ لإمكان حدوثه بعد التدبير، والأصل عدم تقدمه ذلك الوقت. وينبغي الفرق بين ما إذا كانت خالية من فراش وعدمه كما سبق في نظائره (3)؛ لأن الأصل المذكور وإن كان واقعاً في الحالين إلا أن الظاهر يعارضه وأصالة عدم وطء متجددٍ وصيانة حال المسلم على تقديره من الحمل على الزنى.

ص: 424

1- المبسوط، ج 4، ص 557 - 558.

2- منهم ابن البراج في المهذب، ج 2، ص 367 والعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 225.

3- سبق في ج 7، ص 85 - 86.

وكما يصح الرجوع في تدبير المدبّر بالمباشرة يصح الرجوع في تدبير هذا الحمل قبل وضعه؛ لوجود المقتضي له وانتفاء المانع؛ إذ ليس الأكونه حملاً وهو لا يصلح للمانعية؛ لدخوله في العموم (1).

وخالف في ذلك بعض العامة حيث لم يجزئ الرجوع في التدبير بالقول مطلقاً بل بالفعل وهو الإخراج عن الملك (2)، والحمل لا يمكن إخراجه بالبيع منفرداً بل بالتبعية لأُمَّه، فإذا باعهما كذلك صح الرجوع عنده وإلا فلا.

ولما كان الرجوع جائزاً عندنا بالقول مطلقاً صح في الحمل كغيره، وبالفعل منفرداً في موضع يصح إفراده بالنقل كالهبة والصلح.

ص: 425

1- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 118، الباب 2 من أبواب التدبير.

2- راجع العزيز شرح الوجيز، ج 13، ص 438.



. وأما المكاتبة:

فتستدعي بيان أركانها وأحكامها ولواحقها.

قوله: «وأما المكاتبة».

### تعريف المكاتبة

المكاتبة و الكتابة مصدران مزيدان مشتقان من المجرد وهو الـكتب (1)، وأصله الضمّ و الجمع، تقول: كتبت البغلة إذا ضمنت بين شفريها بحلقة، و كتبت القرية إذا أوكيت رأسها، و منه «الكتابة» لما فيها من ضمّ بعض الحروف إلى بعض و «الكتيبة»؛ لانضمام بعضهم إلى بعض. فسمّي هذا العقد كتابة؛ لانضمام النجم فيها إلى النجم، أو لأنها توثق بالكتابة من حيث إنها منجّمة مؤجلة، و ما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة؛ و لذلك قال تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» (2)

و اعلم أنّ عقد الكتابة خارج عن قياس المعاملات، من جهة أنّها دائرة بين السيّد و عبده، و أنّ العوضين للسيّد، و أنّ المكاتب على رتبة متوسّطة بين الرقّ و الحرّيّة، و ليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك. و كذلك تكون تصرّفاته متردّدة بين الاستقلال و نقيضه؛ لأنّ الحاجة داعية إليها، فإنّ السيّد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً، و المملوك لا يتشمرّ للكسب تشمّره إذا علّق عتقه بالتحصيل و الأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل الجهالة في ربح القراض و عمل الجعالة للحاجة.

و الأصل فيه الإجماع، و قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ

ص: 427

1- راجع العين، ج 5، ص 341 والنهية في غريب الحديث والأثر، ج 4، ص 148، «كتب».

2- البقرة (2): 282.

أما الأركان: فالصيغة والموجب والمملوك والعوض.

## الكتابة مستحبة مع الأمانة والاكْتساب

. و الكتابة مستحبة ابتداءً مع الأمانة والاكْتساب، و تتأكد بسؤال المملوك. و لو عدم الأمران كانت مباحة و كذا لو عدم أحدهما.

فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» (1) و ما روي أنه قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله» (2) و قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» (3).

قوله: «و الكتابة مستحبة ابتداءً مع الأمانة والاكْتساب» إلى آخره.

الكتابة غير واجبة مطلقاً؛ للأصل، كما لا يجب التدبير و شراء القريب ليعتق، و لئلا يبطل أثر الملك و يحتكم المملوك على المالك. و لكنّها مستحبة مع علم الخير في المملوك؛ للأمر بها حينئذ بقوله تعالى: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» (4)، و الأمر هنا للاستحباب

و لبعض العامة قول أنه للوجوب (5).

و قد اختلف في «الخير» المراد من الآية، فروى الحلبي - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام، أنّ المراد به الدين و المال (6)، و هما المعبر عنهما في عبارة المصنّف بالأمانة و الاكْتساب. و وجه اعتبار الأمانة؛ لئلا يضيع ما يحصله و يصرفه إلى السيّد فيعتق، و القدرة على الاكْتساب ليتمكن من تحصيل ما يؤدّيه.

و يتأكد الاستحباب مع اجتماع الشرطين بسؤال المملوك الكتابة في المشهور. و مقتضى العبارة أنه لو فقد الأمران أو أحدهما لم يتأكد الاستحباب و إن طلب.

ص: 428

1- النور (24): 33.

2- عوالي اللآلي، ج 3، ص 434، ح 10؛ مسند أحمد، ج 4، ص 539 - 540، ح 15556؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 539 - 540، ح 21621، بتفاوت؛ و أورده بعينه الماوردي في الحاوي الكبير، ج 18، ص 141.

3- عوالي اللآلي، ج 1، ص 313، ح 26؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 20، ح 3926؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 545. ح 21638.

4- النور (24): 33.

5- الحاوي الكبير، ج 18، ص 141؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 339، المسألة 8692.

6- الكافي، ج 6، ص 187، باب المكاتب، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 270، ح 984.



وقال في النافع: إن الاستحباب يتأكد بسؤال المملوك (1) وإن كان عاجزاً. ولم نقف على ما يقتضي ترجيح أحد القولين من الأخبار، وإنما الذي دلّت عليه استحبابها مع الوصفين.

وفي رواية أخرى صحيحة عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: «فَكَاتِبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» قال: «كاتبوهم إن علمتم لهم مالا» (2)، ولم يعتبر الدين.

ورجّحه بعضهم بأنّ فيه استعمال المشترك في أحد معنييه، وفي الأوّل استعماله فيهما،

وهو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينة (3).

ويضعّف بأنّ القرينة موجودة وهي الرواية الصحيحة، ولا تعارضها الأخرى؛ لاشتمالها

على إثبات شرط آخر والمثبت مقدّم.

نعم، يمكن إثبات أصل الاستحباب بوجود المال - أعني القدرة على كسبه - عملاً بالرواية الصحيحة، ويتأكد الاستحباب مع وجود الوصفين؛ نظراً إلى الخبر الآخر، إلا أنّ قول المصنّف «ولو عدم الأمران كانت مباحةً، وكذا لو عدم أحدهما» ينافي ذلك.

ولو فقد الشرطان معاً لم يستحبّ؛ لعدم المقتضي له حيث إنّ الأمر مخصوص بالخير المفسّر

بهما أو بالثاني. ولو اتّصف بالأوّل خاصّةً - وهو الأمانة - لم يستحبّ؛ لعدم المقتضي له.

وربما قيل بالاستحباب أيضاً؛ (4) لاستعمال «الخير» فيه وحده في قوله تعالى: «فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ» (5)، يعني عملاً صالحاً وهو الدين، وقوله تعالى: «وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ» (6) أي ثواب. كما أريد ب- «الخير» المال وحده في

ص: 429

1- المختصر النافع، ص 338.

2- الكافي، ج 6، ص 187، باب المكاتب، ح 9؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 268، ح 975؛ والآية 33 في سورة النور (24).

3- راجع التنقيح الرائع، ج 3، ص 469.

4- لم نظفر على القائل به بعينه، نعم، حكاه في المبسوط، ج 4، ص 445 - 446 عن بعضهم.

5- الزلزلة (99): 8.

6- الحج (22): 36.

. وليست عتقاً بصفة، ولا يبيعاً للعبد من نفسه، بل هي معاملة مستقلة بعيدة عن شبه البيع. فلو باعه نفسه بثمن مؤجل لم يصح. ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس.

قوله تعالى: «وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ» (1)، وقوله تعالى: «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا» (2).

و يضعف بأن استعمال المشترك في أحد معنیه لا يجوز بدون القرينة كاستعماله في المعنيين، و هي منتفية في جانب الدين وحده بخلاف المال، فقد يترجح جانبه بالرواية الصحيحة.

و التحقيق أن إطلاق اسم «الخير» على المعنيين المرادين هنا مجاز؛ لأنه في الشواهد إنما استعمل في العمل الصالح و الثواب و نفس المال، و المراد هنا الأمانة و القدرة على التكسب و هما ليستا عملاً صالحاً و لا ثواباً و لا مالاً حقيقةً، وإنما يكون الكسب سبباً في المال و إطلاق اسم السبب على المسبب مجاز، كما أن إطلاق الأمانة القلبية على الأعمال الصالحة المتبادر منها إرادة أعمال الجوارح أو الثواب عليه - و لا يعرفه إلا الله تعالى - مجاز أيضاً. و حينئذ فإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل، و هو موجود في إرادتهما و إرادة الثاني منهما دون الأول، فكان العمل به متعيناً. و حيث يفقد الشرطان أو الأول تكون مباحةً و لا يكره للأصل. و قيل: يكره حينئذ (3). و قواه في المبسوط (4)

قوله: «و ليست عتقاً بصفة و لا يبيعاً للعبد من نفسه» إلى آخره.

اختلف العلماء في الكتابة هل هي عتق بعوض أو بيع للعبد من نفسه أو معاملة مستقلة؟ و منشأ الخلاف وجود خواص بعض كل من الأمرين، و يشتركان في حصول العتق بالعوض. و تظهر الفائدة في لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار، و وقوعها بلفظ البيع و العتق بالعوض

ص: 430

1- العاديات (100): 8.

2- البقرة (2): 180.

3- حكاة الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 445 - 446 عن قوم

4- المبسوط، ج 4، ص 445 - 446.

والأظهر أنها معاملة بين المولى والمملوك مستقلة تتبعها أحكام خاصة، ولا يلزم من مشاركتها لبعض في حكم أن يلحق به مطلقاً.

والقول بكونها بيعاً لأبي الصلاح (1) وابن إدريس (2)، والاستقلال مذهب الأكثر.

ووجه بعدها عن شبه البيع أنه يقتضي المغايرة بين البائع والمشتري والمبيع، وهنا المبيع هو المشتري، ويقتضي قبول المشتري للملك وهو منتفٍ عن المملوك، وكون العوض ملكاً للمشتري والمعوض ملكاً للبائع وهنا الأمران للمولى، إلى غير ذلك من المخالفات.

وأتى المصنّف بالفاء في قوله «فلو باعه نفسه»؛ ليفرّع بطلانه على كونها ليست بيعاً.

ووجه التفريع أنّ التعبير بالبيع يستتبع أحكامه، وقد عرفت تخلفها عن هذا العقد فلا يقع به (3) خلافاً للشيخ فإنه في المبسوط مع اختياره أنها ليست بيعاً (4)، جوّز إيقاعها بلفظ البيع (5)؛ لإفادته المراد منها.

والأصح ما اختاره المصنّف لما تقدّم من أنّ البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى آخر، فلا بدّ من تحقّق إضافة الملك بين المشتري والمبيع؛ لتوقّف الإضافة على تباين المضافين، وهنا ليس كذلك، ولأنّ ملك العبد يتوقّف على حرّيته، وحرّيته موقوفة على تملكه، فيدور، ولأنّ السيّد لا يبايع عبده، ومن ثمّ لا يصحّ بيعه مالاً آخر قولاً واحداً. وعلى القول بصحة البيع يثبت المال في ذمته ويعتق في الحال كما لو اعتقه على مال.

وقوله «ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس» متفرّع أيضاً على كونها ليست بيعاً، فينتفي

عنها حكمه، ومن جعلها بيعاً لزمه لحوق الخيار.

ص: 431

1- الكافي في الفقه، ص 318.

2- السرائر، ج 3، ص 26.

3- تقدّم أنفاً.

4- المبسوط، ج 4، ص 446.

5- المبسوط، ج 4، ص 497.

وربما فهم بعضهم من كلام الشيخ في المبسوط أنّ الخيار منتفٍ هنا وإن جعلناها بيعاً، وجعل ذلك وارداً على من جعلها بيعاً (1).

وليس كذلك، وإنما فرّع الشيخ ما ذكره من انتفاء الخيار وغيره على مذهبه فقال: «الكتابة تفارق البيع من وجوه: أحدها: أنّ الكتابة لا بدّ فيها من أجل، والبيع لا يفتقر إليه.

ومنها: أنّ الكتابة يمتدّ فيها خيار العبد، والبيع لا يمتدّ فيه خيار الشرط.

ومنها: أنّ البائع يشترط لنفسه الخيار، والسيد لا يشترط في عقد الكتابة. ويتفقان في أنّ الأجل فيهما لا بدّ أن يكون معلوماً، ولا يصحّ كلّ واحد منهما إلّا بعوض معلوم» (2).

والمراد بقوله «إنّ الكتابة لا بدّ فيها من أجل، والبيع لا يفتقر إليه» أنّ البيع من حيث هو لا يفتقر إلى الأجل، وإلا فإنّ السلم منه مفتقر إليه، فلتكن الكتابة كذلك إن اعتبرنا فيها الأجل، وبينهما مناسبة في ذلك من حيث إنّ السلم يقع على ما يتجدّد ولا يكون موجوداً حال العقد فناسبه اشتراط الأجل، وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه (3).

والمكاتبة كذلك من حيث إنّ المملوك عاجز عن الوفاء في الحال بناءً على أنّه لا يملك شيئاً فناسبه الأجل، وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه (4)، فالفرق بينها وبين البيع بذلك غير جيد.

وقوله «إنّ الكتابة يمتدّ فيها خيار العبد» مبنيّ على أنها جائزة من قبله، وسيأتي الكلام فيه (5)، والبيع يشاركها في ذلك بالنسبة إلى خيار المجلس حيث يمتدّ المجلس بين المتبايعين من غير تقدير، وفيما لو شرط الخيار لنفسه مدّة يقطع بعدم بقائه إليها فيمتدّ خيار الشرط.

وأما الفرق الثالث فإنّه متفرّع على عدم كونها بيعاً، ومن جعلها بيعاً لا يلزمه ذلك؛ عملاً بعموم ما دلّ على ثبوت ذلك في البيع (6).

ص: 432

1- لم تظفر على قائله.

2- المبسوط، ج 4، ص 446.

3- قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 52.

4- قاله ابن إدريس السرائر، ج 3، ص 30.

5- يأتي في ص 443.

6- راجع وسائل الشيعة، ج 18، ص 16 و 18، الباب 6 و 7 من أبواب الخيار.

. ولا يصحّ من دون الأجل على الأشبه. وافتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب والقبول.

قوله: «ولا يصحّ من دون الأجل على الأشبه. وافتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب والقبول»

اختلف العلماء في اشتراط الأجل في الكتابة، فاعتبره الأكثر منهم الشيخ في المبسوط (1) و أتباعه (2) و المصنّف و أكثر المتأخرين؛ لوجهين:

أحدهما: أتباع السلف من عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وبعده؛ فإنهم لا يعقدون الكتابة إلا على عوض مؤجل، فكان إجماعاً.

الثاني: أنه على تقدير الحلول تتوجّه المطالبة في الحال و هو عاجز عن الأداء حينئذٍ، فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحلّ، فلا بدّ من ضرب أجل له؛ لئلا تتطرق الجهالة الداخلة في الغرر المنهية عنه (3).

وفيها نظر؛ لمنع الإجماع على ذلك، ونقل أفراد خاصّة لا يقتضي كون جميع ما وقع كذلك، سلّمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره، فإنّ الإجماع المعتبر في مثل ذلك اتّفاقهم على بطلان المتنازع لا عدم استعمالهم له. و لا يلزم من عدم ملكه في الحال - على تقدير تسليمه - عجزه عن الإيفاء مطلقاً؛ لإمكان ملكه عاجلاً و لو بالاقتراض كسواء من لا يملك شيئاً من الأحرار، و قد يوصى له بمال لو قبل الكتابة و يموت الموصي قبل عقد الكتابة، أو يوهب منه عقيب العقد، أو يتبرّع عنه متبرّع، فلا يتحقّق العجز. و قد يفرض جريان العقد على قدر من الملح و هما على مملحة فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة، فلا يلزم بطلان الحال قطعاً

ص: 433

1- المبسوط، ج 4، ص 446.

2- الوسيلة، ص 344؛ إصباح الشيعة، ص 476.

3- عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج 2، ص 50، الباب 3، ح 168؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 5، ص 552، ح 10846-10847.

. ويكفي في المكاتبه أن يقول: «كاتبك» مع تعيين الأجل والعض.

و هل يفتقر إلى قوله «إذا أديت فانت حر» مع نيّة ذلك؟ قيل: نعم، وقيل: بل يكتفى بالنيّة مع العقد، فإذا أدى عتق سواء نطق بالضميمة أو أغفلها. و هو أشبه.

و أوجب عنه بأن قبول الوصية و الهبة لابد و أن يتأخر عن قبول الكتابة فيكون العوض لازماً قبل القدرة و التمكّن، و قد لا يتيسر القبول و الملح لا يملك ما لم يأخذه، و الأخذ متأخر عن الكتابة و قد يعوق عنه عائق.

و الحق أن مثل هذا لا يقدح في صحّة العقد، و من ثم ذهب الشيخ في الخلاف (1)، و ابن إدريس (2) إلى جوازها حالّة؛ للأصل، و عموم قوله تعالى: «فكاتبوهم إن علمتُم فيهم خيراً» (3)، خصوصاً على القول بكونها بيعاً أو عتقاً بعوض، فإنّهما لا يتوقّفان على الأجل، و إنّما يجيء القولان على كونها مستقلّة. و لو ملك شقصاً من عبد باقيه حرّ فكاتب ما يملكه منه حالاً، ففي صحّتها و جهان يلتفتان على الوجهين السابقين، فعلى الأول لا يصحّ؛ اتّباعاً لما جرى عليه الأوّلون، و على الثاني يجوز؛ لأنّه قد يملك ببعضه الحرّ ما يؤدّيه، فلا يتحقّق العجز في الحال.

و يصحّ البيع من المعسر؛ لأنّ الحرّيّة مظنة القدرة، و إن لم يملك شيئاً آخر فإنّه يقدر على أداء الثمن من المبيع.

و حيث يعتبر الأجل أو أريد اشتراط ضبطه كأجل النسيئة. و لا يشترط زيادته عن أجل عندنا؛ لحصول الغرض منه. و لو قصر الأجل إلى حدّ يتعدّد حصول المال فيه عادةً بطل على الثاني دون الأوّل.

قوله: «و يكفي في المكاتبه أن يقول: «كاتبك» مع تعيين الأجل و العوض» إلى آخره.

لا بدّ لهذه المعاملة من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد منه كنظائره من عقود

ص: 434

1- الخلاف، ج 1، ص 383، المسألة 5.

2- السرائر، ج 3، ص 30.

3- النور (24): 33.

المعاملات و القدر المتفق على صحته أن يقول له: «كاتبك على ألف درهم - مثلاً - تؤديه في نجمين أو أكثر، في كل نجم كذا، فإذا أديت فأنت حر» فيقول: «قبلت».

و لو لم يصرح بتعليق الحرّة بالأداء ولكن نواه بقلبه ففي صحته قولان:

أحدهما: نعم، و هو قول الشيخ في المبسوط (1) و المصنّف؛ لأنّ الكتابة دالة على ذلك و التحرير غايتها، فلا يجب ذكرها كغيرها من غايات العقود، خصوصاً لو جعلنا الكتابة بيعاً للعبد من نفسه؛ لأنّه مقتضى للعتق فلا يفتقر إلى لفظ آخر. و إنّما افتقر إلى النية؛ لأنّ لفظ «الكتابة» مشترك بين المراسلة و المخارجة، فأشبهت الكتابة المشتركة المعنى، فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ، و هذا قصد آخر غير القصد المعبر في سائر العقود المميّز عن عقد النائم و الساهي، كما تقدّم تقريره مراراً (2)

و الثاني - وإليه ذهب في الخلاف (3)، و هو الظاهر من كلام ابن إدريس (4) - اشتراط التلفّظ بقوله «إذا أديت فأنت حر»؛ لما عرفت من اشتراك لفظ «المكاتبة» بين الأمرين و بين الشرعيّة، فلا بدّ من مانئ باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح.

وفيه نظر؛ لأنّ مفهومها الشرعي معلوم، و الإطلاق منزّل عليه.

و يتخرّج في المسألة قول ثالث، و هو عدم اشتراط القصد الخاصّ إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحة في معناها؛ لأنّ اعتبار القصد المدعى في الاكتفاء باللفظ الأوّل يوجب عدم الاكتفاء به عند من لا يسوّغ الكنايات و يعتبر اللفظ الصريح، فإن كان صريحاً لم يفتقر إلى القصد المميّز، و إلا لم يكف و إن ضمّ إليه.

و قريب من هذا الخلاف ما تقدّم في التدبير من الاكتفاء بقوله: «أنت مدبر» (5).

ص: 435

1- المبسوط، ج 4، ص 447.

2- تقدّم في ج 3، ص 60.

3- الخلاف، ج 6، ص 384، المسألة 7.

4- السرائر، ج 3، ص 26.

5- تقدّم في ص 390.

• والكتابة قسمان: مشروطة، و مطلقة.

فالمطلقة: أن يقتصر على العقد و ذكر الأجل و العوض و النيّة.

و المشروطة: أن يقول مع ذلك: «فإن عجزت فأنت ردّ في الرقّ» فمتى عجز كان للمولى ردّه رقاً، و لا يعيد عليه ما أخذ.

و تخريج القولين فيهما على أنّهما مشتهران في معنيهما اشتهاً البيع و الهبة و سائر العقود في معانيها، فيكونان صريحين لا يفتقران إلى ضميمة و لا قصد يخصّصهما، و دعوى خفاء معنيهما عند العامّة و لا يعرفهما إلاّ الخواصّ فكانا كنايةً.

و بعضهم فرّق بين اللفظين و اكتفى في التدبير بلفظه دون الكتابة. و جهة فرقه و جهان: أحدهما: أنّ التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كلّ أحد، و الكتابة بمعناها لا يعرفها إلاّ الخواصّ.

و الثاني: أنّ التدبير كان معروفاً في الجاهليّة في معناه، و الشرع قرّره، و لا يستعمل في معنى آخر، و الكتابة تقع على العقد المعلوم و على المخارجه، و هي أن توظّف على العبد الكسوب كلّ يوم خراجاً و لا يعتق به، فلا بدّ من التمييز باللفظ أو النيّة.

و مذهب المصنّف في الموضوعين راجع إلى هذا الفرق، إلاّ أنّ فيه ما تقدّم من الاجتزاء بما هو في معنى الكتابة منضمّاً إلى ما يعتبر فيها من القصد(1)، و هو لا يوافق قاعدة الأصحاب و إنّما اللازم منه عندهم و جوب الضميمة لفظاً ليكون صريحاً.

قوله: «و الكتابة قسمان: مشروطة، و مطلقة. فالمطلقة: أن يقتصر على العقد إلى آخره.

مستند الفرق بين القسمين الأخبار الصحيحة الدالّة عليها من طرفنا، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إنّ المكاتب إذا أدّى شيئاً أعتق بقدر ما أدّى إلاّ أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود فلهم شرطهم»(2).

ص: 436

1- تقدّم في ص 434 - 435.

2- الكافي، ج 6، ص 186، باب المكاتب، ح 6؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 266، ح 970.



● و حدّ العجز أن يؤخّر نجماً إلى نجم، أو يعلم من حاله العجز عن فكّ نفسه. وقيل: أن يؤخّر نجماً عن محلّه، وهو مروى.

وعند العامة أنّها قسم واحد(1)، وهو المشروطة عندنا، فلا يعتق إلا بأداء جميع المال، لقوله: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»(2)

قوله: «و حدّ العجز أن يؤخّر نجماً إلى نجم» إلى آخره.

إذا عجز المكاتب عن مال الكتابة أو بعضه جاز للمولى الفسخ في الجملة، لكن إن كانت مشروطة رجع رقباً بالعجز ولو عن درهم من آخر المال. وإن كانت مطلقةً وكان عجزه عن النجم الأوّل فكذلك. وإن كان عن غيره أو عن بعضه بعد أن أدى شيئاً أفاد الفسخ عود ما بقي منه رقباً، واستقرّ عتق مقدار ما أدى، فاحتيج إلى معرفة العجز المسوّغ للفسخ في القسمين، وإن كان مقتضى عبارة المصنّف والأكثر أنّ البحث عن عجز المشروط خاصّةً.

وقد اختلف الأصحاب في حدّه، فذهب الشيخ في النهاية(3)، وأتباعه(4) إلى أنّ حدّه تأخير نجم إلى نجم آخر، بمعنى تأخير مال أجل إلى أن يحلّ أجل آخر و يجتمع مالان على الحلول، سواء كان ذلك التأخير بسبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبية بغير إذن المولى. و إطلاق اسم العجز على هذا الشقّ مجاز باعتبار قسيمه، ولمشاركته العجز في المعنى. أو يعلم من حاله العجز بعد حلول النجم عن أدائه وإن لم يؤخّر إلى نجم آخر.

و ذهب جماعة منهم المفيد(5)، والشيخ في الاستبصار(6) وابن إدريس(7)، وكثير من

ص: 437

1- راجع الحاوي الكبير، ج 18، ص 140 - 141؛ وروضة الطالبين، ج 8، ص 466؛ و حلية العلماء، ج 1، ص 217.

2- تقدّم تخريجه في ص 428، الهامش 3.

3- النهاية، ص 549.

4- المهذّب، ج 2، ص 376؛ إصباح الشيعة، ص 477؛ فقه القرآن، ج 2، ص 216.

5- المقنعة، ص 551.

6- الاستبصار، ج 4، ص 35 ذيل الحديث 117.

7- السرائر، ج 3، ص 27.

المتأخرين إلى أنّ حدّه تأخير النجم عن محلّه، سواء بلغ التأخير نجماً آخر أم لا، وسواء علم من حاله العجز أم لا، حتّى لو كان قادراً على الأداء فمطل به جاز الفسخ إذا أخره عن وقت حلوله ولو قليلاً.

وفي المسألة أقوال أخر شاذة عرضنا عن ذكرها كما عرض عنها المصنّف.

حجّة الشيخ على القول الأوّل رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبته في الرقّ ولكن ينتظر عاماً أو عامين، فإن أقام بمكاتبته وإلا ردّ مملوكاً»<sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة أنّه عليه السلام نفى ردّه قبل العام وهو النجم الآخر، وقوله: «أو عامين» محمول على الندب. ثمّ نقول: إذا علم من حاله العجز كان التأخير عبثاً؛ لأنّه لرجاء القدرة، فإذا علم عدمها انتفت فائدته.

ولا يخفى ضعف هذه الحجّة دلالةً وسنداً. أمّا السند فظاهر. وأمّا الدلالة؛ فالنجم الثاني لا يلزم أن يكون عاماً، ولا في الكلام إشعار به، بل يجوز كونه أكثر منه فيقتضي جواز الفسخ قبل حلول النجم الآخر، وقد يكون أقلّ منه فلا يجوز بعد حلول الثاني أيضاً. ثمّ لم يفرّق فيها بين أن يعلم من حاله العجز وعدمه. وما ذكر من عدم الفائدة في الصبر على تقديره ممنوع؛ لأنّ المعتبر في مثل هذا الظنّ الغالب؛ لتعدّد العلم الحقيقي، ويمكن وقوع خلاف الظنّ ببذل أحد له تبرّعاً أو من الزكاة أو نحو ذلك. ويمكن حمل الرواية على الندب بقريئة التخيير بين العام والعامين وكونهما أعمّ من مقدار نجم.

والمصنّف لم يسند هذا القول إلى الرواية؛ ولعلّه لما ذكرناه، وإنّما أسند القول الثاني إليها. والمراد بها صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن حدّ العجز فقال: «إنّ قضاتنا يقولون: إنّ عجز المكاتب أن يؤخّر النجم إلى النجم الآخر حتّى يحول عليه الحول».

ص: 438

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 266 - 267، ح 972؛ الاستبصار، ج 4، ص 34، ح 115.

قلت فما تقول أنت؟ فقال: «لا، ولا كرامة، ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان ذلك في شرطه»<sup>(1)</sup>.

وروى معاوية بن وهب أيضاً - في الصحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبة أدت ثلثي مكاتبتها وقد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ، ونحن في حلّ ممّا أخذنا منها وقد اجتمع عليها نجمان، قال: «تردّ ويطيب لهم ما أخذوا»، وقال: «ليس لها أن تؤخر النجم بعد حلّه شهراً واحداً إلا بإذنهم»<sup>(2)</sup>.

وهاتان الروايتان ليستا نصّاً في المطلوب بل ظاهرهما ذلك؛ لأنّ قوله في الأولى: «ليس له أن يؤخر نجماً عن محلّه» وفي الثانية مثله، لا يدلّ على جواز الفسخ بذلك، لكنّه هو الظاهر بقريئة السابق، والإنكار على قول من حكى عنه خلافه. وأيضاً فقوله في الأولى «إذا كان ذلك من شرطه» يقتضي أنّه شرط عليه التعجيز بتأخير النجم عن محلّه، ولا نزاع في جواز الفسخ مع الشرط إنّما الكلام مع الإطلاق.

ويمكن أن يحتجّ للقول الأوّل بالرواية الثانية حيث دلّت صريحاً على جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم في قوله: وقد اجتمع عليها نجمان، قال: «تردّ ويطيب لهم ما أخذوا». ولا دليل صريحاً على جواز الفسخ قبل ذلك، بل على تحريم تأخير الأداء، ولا كلام فيه؛ لأنّ ذلك مقتضى الدين بعد حلوله. ويبقى حكم ما إذا علم من حاله العجز مستفاداً ممّا اعتبره له سابقاً.

وهذا أجود من الاستدلال له برواية إسحاق بن عمّار؛ لصحّة هذه وضعف تلك<sup>(3)</sup>، وظهور دلالة هذه دونها.

ص: 439

1- الكافي، ج 6، ص 185 - 186، باب المكاتب، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 265 - 266، ح 968؛ الاستبصار، ج 4، ص 33 - 34، ح 113.

2- الكافي، ج 6، ص 187، باب المكاتب، ح 8؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 266، ح 971؛ الاستبصار، ج 4، ص 34، ح 114.

3- راجع خلاصة الأقوال، ص 317، الرقم 1244.

ولعل نسبة المصنّف القول الثاني إلى الرواية وإشعار تصديده الحكم بالقول الأوّل ناشٍ

عمّا ذكرناه، وإلا لم يمكن العدول عن الرواية الصحيحة إلى غيرها.

ثم تنبّه في العبارة لأُمور:

الأوّل: أنّه قبل حلول النجم لا يصحّ الفسخ - سواء علم من حاله العجز أم لا- إجماعاً. فإطلاقه جواز الفسخ مع العلم المذكور وجعله قسيماً لتأخير النجم عن محلّه مقيّد بحلول النجم، وبهذا يظهر أنّه يصلح قسيماً للقول بأنّه تأخير النجم إلى نجم آخر؛ لتحقّق المغايرة بينهما، ولا يجوز جعله قسيماً للقول الثاني وهو تأخير النجم عن محلّه؛ لأنّه على هذا القول إذا أخره عن محلّه ولو لحظةً جاز الفسخ لذلك وإن لم يعلم من حاله العجز وقبلة لا يجوز كما ذكرناه؛ فلذلك جعل قسيماً للأوّل دون الثاني.

ولكن اتفق للعلامة في الإرشاد جعله قسيماً للثاني، ونقله كذلك قولاً- فقال: و حدّه تأخير النجم عن محلّه على رأي أو يعلم من حاله العجز(1).

وهو فاسد الوضع من وجوه:

منها: ما ذكرناه من عدم المغايرة بينهما.

ومنها: أنّه ليس قولاً لأحد، وإثما التردد بين الأمرين قول الشيخ في النهاية، وقد جعله فيها قسيماً لتأخير النجم إلى نجم آخر(2) كما حكاها المصنّف، وكذلك نقله العلامة على الصواب في سائر كتبه(3) غير الإرشاد.

ومنها: أنّه جعله قسيماً للقول المقرون بالرأي، وعادته أنّه إذا فعل ذلك لا يكون في القسيم خلافاً(4)، فيقتضي أن يكون الفسخ مع العلم بالعجز جائزاً بغير خلاف. وليس كذلك،

ص: 440

1- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 76.

2- النهاية، ص 549.

3- قواعد الأحكام، ج 3، ص 233؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 280، الرقم 5804؛ مختلف الشيعة، ج 8، ص 114. المسألة 68.

4- هكذا في النسخ الموجودة، والصحيح: «خلاف».

بل لم يقل به إلا أصحاب القول الأول كما نقلناه.

الثاني: قوله «أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه» ليس بمعتبر في الحكم، بل يكفي العلم بالعجز عن أداء النجم الذي قد حلّ وإن لم يحصل به فك نفسه تاماً، ولكنّه تبع معنى كلام الشيخ في النهاية، فإنّه عبّر بالعلم بأنّه لا يقدر على فك رقبتّه، ووجه التعبير بذلك أنّهم فرضوا الحكم في المشروط، وبعجزه عن قليل من المال لا ينفك شيء من رقبتّه كما تقرّر، وإنّما يختلف الحكم في المطلق، فإنّه إذا عجز عن نجم يفسخ فيما قبله وإن كان قد فك أكثر الرقبة.

وقد أحسن ابن الجنيّد حيث قال: «إن شرط رقه إن عجز عن شيء من المال استرقّ متى عجز عن أداء نجم أو بعضه في وقته. ولو قال: إن عجز عن نجم من نجومه، فبقي عليه بعض النجم الأخير لم يرجع رقاً. وكذلك إن تأخّر عن بعض نجم إلى أن يؤدّيه مع الذي يليه» (1).

الثالث: موضع الخلاف ما إذا لم يشترط عليه التعجيز بشيء بعينه، فلو شرط عند تأخير النجم عن محلّه، أو عند تأخيره إلى نجم آخر، أو إلى نجمين فصاعداً، أو إلى مدّة معيّنة أتبع

شرطه، وإنّما الخلاف مع الإطلاق. وكذا لو شرط غير ذلك من الشروط السانعة.

الرابع: المراد ب«الحدّ» هنا العلامة والسبب، لا الحدّ المصطلح، وإنّما ذكره المصنّف وغيره (2) تبعاً لوروده في النصوص (3). و ب«العلم» في قوله «أو يعلم من حاله العجز» الظنّ الغالب المستند إلى قرائن الأحوال. والمعتبر ظنّ الحاكم عند التنازع، وظنّ المولى بالنسبة إلى ما بينه وبين الله تعالى حيث لا يقع النزاع. الخامس: يطلق النجم غالباً على الأجل وأصله الوقت، ومنه في الحديث: «هذا إيان نجومه» (4)، يعني النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم، أي وقت ظهوره. ويقال: كان العرب لا يعرفون الحساب وبينون

ص: 441

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 113، المسألة 68.

2- كالشيخ في النهاية، ص 549؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 280، الرقم 5840.

3- راجع ص 439، الهامش 1 و 2.

4- النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 1، ص 17، «أبن».

. ويستحب للمولى مع العجز الصبر عليه.

## الكتابة عقد لازم

. و الكتابة عقد لازم، مطلقاً كانت أو مشروطة. وقيل: إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد؛ لأن له أن يعجز نفسه. والأول أشبه.

ولانسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعي، ولو امتنع يجبر. وقال الشيخ (رحمه الله): لا يجبر.

وفيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابة وجوب السعي، فكان الأشبه الإجبار. لكن لو عجز كان للمولى الفسخ.

أمرهم على طلوع النجوم و المنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أدت حَقِّك، فسَمَّيت الأوقات نجومًا، ثم أطلق على المال المجعول عليه في ذلك الأجل، وهذا هو المراد هنا.

قوله: «و يستحب للمولى مع العجز الصبر عليه».

لما فيه من إعانتة على التخلص من الرق، وإنظار المعسر بالدين؛ لأنه عليه بمنزلة الدين، ولرواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق فعجز قبل أن يؤدي شيئاً، فقال أبو جعفر عليه السلام: «لا يردّه في الرق حتّى يمضي له ثلاث سنين» (1)، بحمله على الاستحباب (2). وغيره من الأخبار (3).

قوله: «و الكتابة عقد لازم، مطلقاً كانت أو مشروطة» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في لزوم عقد الكتابة و جوازه على أقوال:

أحدها: أنها لازمة مطلقاً ذهب إليه المصنّف و جملة المتأخرين (4)؛ لأنها عقد، و الأصل

ص: 442

1- الفقيه، ج 3، ص 125، ح 3473؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 267، ح 973؛ الاستبصار، ج 4، ص 34، ح 116.

2- كما حمله الشيخ في ذيل الحديث.

3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 266 - 267، ح 972؛ الاستبصار، ج 4، ص 34، ح 115.

4- كالعلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 123، المسألة 74؛ و الشهيد في اللمعة الدمشقية، ص 267 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج

(13)؛ و السيوري في التنقيح الرائع، ج 3، ص 470.

في العقود اللزوم؛ لعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(1)</sup>، ولا يتحقق امتثال الأمر إلا على تقدير اللزوم؛ إذ الجائز لا يجب الوفاء به قطعاً.

وما قيل: من أن الأمر مختصّ بالعقود اللازمة؛ للإجماع على أن مثل عقد الوديعة والعارية والوكالة لا يجب الوفاء به، أو أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم أو جواز، فلا تصلح الآية للاحتجاج في مواضع النزاع.

فيه: أن المأمور بالوفاء به عام؛ لأنه جمع محلي، فيدلّ على وجوب الوفاء بالجميع، وخروج الجائزة بدليل من خارج يبقي العام حجة في الباقي، وذلك لا يوجب القول بأن المراد من الآية ابتداءً العقود اللازمة.

وأمّا حمله على التزام حكمه من لزوم أو جواز فهو خلاف الظاهر، وإتّما مقتضى الوفاء به الاستمرار عليه والعمل بموجبه، وذلك يوجب السعي على المكاتب في وفاء مال الكتابة وأدائه إلى المولى حيث يمكن، فليس له أن يعجز نفسه اختياراً؛ لأنه منافٍ للوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه.

وثانيها: أنها لازمة من طرف السيّد جائزة من طرف العبد مطلقاً. وهو قول الشيخ في الخلاف<sup>(2)</sup>؛ واحتجّ عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه رده في الرق إذا كانت الكتابة مشروطةً. ولا يخفى فساد الدليل وعدم إفضائه إلى المطلوب. وربما حمل قوله على أن المراد بالكتابة المشروطة بقربنة الدليل.

وفي التحرير ادّعى الإجماع على لزوم المطلقة<sup>(3)</sup>، وهو مبنيّ على تخصيص قول الخلاف.

ويمكن الاحتجاج لجوازها في القسمين من طرف المكاتب بأنّ الحظ في الكتابة للعبد، فلا يتمكن السيّد من إسقاط ما أثبتته من الحقّ والحظّ، وصاحب الحظّ بالخيار في حقّه.

ص: 443

1- المائدة (5): 1.

2- الخلاف، ج 1، ص 393 - 394، المسألة 17.

3- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 224، الرقم 5699.

وهذا كما أنّ الرهن جائز من جهة المرتهن لازم من جهة الراهن. وبأنّ الكتابة تتضمّن تعليق العتق بصفة في العبد، و التعليق يلزم من جهة المعلق، و العبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلق عليها، و هذان الدليلان شاملان للمطلقة و المشروطة.

و ثالثها: لزوم المطلقة من الطرفين و المشروطة من طرف المولى. و هو قول الشيخ في المبسوط، فإنّه بعد أن حكى خلاف قوم أنّها لازمة من جهة المولى و جائزة من جهة العبد و آخرين أنّها لازمة مطلقاً قال: «و الذي يقتضيه مذهبنا أنّ الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين و ليس لأحدهما فسخ، و إن كانت مقيدة فهي لازمة من جهة السيّد و جائزة من جهة العبد، فإن عجز لم يجبر على الاكتساب» (1).

و إلى هذا ذهب ابن إدريس أيضاً (2).

و وجهه ما أشار إليه الشيخ في الخلاف من جواز ردّه في الرقّ مع عجزه (3)، فدلّ على أنّ له تعجيز نفسه، و إلا لوجب عليه التكبّب و لم يجزى ردّه.

و لا يخفى ضعفه، فإنّ جواز ردّه في الرقّ مع عجزه لا يدلّ على جواز تعجيزه نفسه اختياراً، و إنّما يدلّ على أنّه مع العجز حقيقة عن أداء ما عليه يجوز فسخها، و هذا لا نزاع فيه.

و بالجملة فالقول بلزومها يستلزم عدم جواز تعجيز نفسه و وجوب سعيه في وفاء دينه كغيره، و القائل بجوازها يجوّزه، فلا يجوز الاستدلال بالجواز على الجواز و لا باللزوم على اللزوم؛ لأنّه المتنازع.

و يتفرّع عليه إجباره مع الامتناع من السعي و عدمه، فإن قلنا باللزوم أجبر عليه - كما يجبر على التكسّب اللائق بحاله في وفاء الدين - و إن قلنا بالجواز لم يجبر.

ص: 444

1- المبسوط، ج 4، ص 465.

2- السرائر، ج 3، ص 29.

3- الخلاف، ج 1، ص 394، المسألة 17.



. ولو اتفقا على التقايل صحّ.

وقول المصنّف في تعليل الإجماع «إنّ عقد الكتابة اقتضى وجوب السعي» قريب من استدلال الشيخ على الجواز بجواز تعجيزه نفسه؛ فإنّ الشيخ لا يسلم اقتضاء عقد الكتابة لوجوب السعي، وإنّما يسلمه من يقول بلزومه من طرف المكاتب، فالأقتضاء وعدمه متفرّع على اللزوم والجواز؛ لجواز التعجيز وعدمه، وأنّ المصنّف (رحمه الله) أراد بذلك أنّ الأمر العامّ بالوفاء بالعقد أوجب السعي، فأخذ المدلول وجعله دليلاً.

ورابعها: جواز المشروطة من الطرفين والمطلقة من طرف المكاتب خاصّةً. وهو قول ابن حمزة (1).

وهو قول غريب لا شاهد له في الأخبار ولا الاعتبار، ولا يؤثر عن أحد من أصحاب الأقوال، مع مخالفته للأصل من لزوم العقد خصوصاً من طرف من لا حظّ له في العتق.

واعلم أنّ المراد بالجواز من طرف المكاتب خاصّةً أنّه لا يجب عليه السعي في مال الكتابة، ولا أدائه على تقدير وجوده معه، بل له أن يعجز نفسه ويمتنع من تحصيل صفة العتق، فللمولى حينئذٍ أن يفسخ العقد وله أن يصبر. وليس المراد بجوازه ما هو المعهود في غيره من العقود من أنّ له فسخ العقد.

وللشيخ في المبسوط قول آخر في تفسير الجواز، وهو: «أنّه لا يلزمه التكبّب له وإن قدر عليه، لكن لو كان معه مال وجب عليه دفعه، و أجبر على أدائه مع الامتناع كمن عليه دين وهو موسر (2).

ومعنى لزومها من الطرفين أنّه ليس لواحدٍ منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمة، ومع ذلك قد يجوز فسخها للمولى على تقدير عجز المكاتب عن الاكتساب أو قدرته وتركه له، مع عدم إمكان إجباره عليه إلى أن يحصل الحدّ المجوّز للفسخ كما مرّ (3).

قوله: «ولو اتفقا على التقايل صحّ».

ص: 445

1- الوسيلة، ص 345.

2- المبسوط، ج 4، ص 465.

3- مرّ في ص 437

. وكذا لو أبرأه من مال الكتابة. و ينعق بالإبراء.

. ولا تبطل بموت المولى. وللوارث المطالبة بالمال، و ينعق بالأداء إلى الوارث.

## شروط المكاتب

. و يعتبر في الموجب البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و جواز التصرف. و هل يعتبر الإسلام؟ فيه تردد، و الوجه عدم الاشتراط.

المراد أنّ هذا العقد قابل للتقابل؛ لأنّه عقد معاوضة من الجانبين وإن كان فيه شائبة العبادة بالعتق الذي لا يقبل التقايل، فإنّ العتق إنّما جاء في ضمن العقد و حصل بطريق المعاوضة كبيع القريب.

قوله: «و كذا لو أبرأه من مال الكتابة. و ينعق بالإبراء».

الإبراء من مال الكتابة بمنزلة قبضة يوجب العتق. و عطف حكمه على حكم التقايل ليس بجيد؛ لأنّ التقايل يوجب انفساخ العقد، و الإبراء يوجب تماميته بما هو بمنزلة أداء المال، لكّتهما لما اشتركا في ارتفاع حكم الكتابة عطفه عليه لذلك.

قوله: «و لا تبطل بموت المولى. و للوارث المطالبة بالمال، و ينعق بالأداء إلى الوارث».

من حكم العقد اللازم أن لا يبطل بموت المتعاقدين، و ذلك يتم في طرف موت المولى مطلقاً. و حينئذٍ فينتقل حقّ الكتابة من المال و التعجيز و ما يترتب عليه من الفسخ إلى الوارث، فإن أدى إليه المال عتق وإلا كان حكمه كالمورث. و أمّا موت المكاتب فسيأتي حكمه بخلاف ذلك(1).

قوله: «و يعتبر في الموجب البلوغ و كمال العقل و الاختيار» إلى آخره.

لا شبهة في اعتبار كمالية المولى؛ لأنّه تصرف مالي. و أما إسلامه ففي اعتباره قول مرتّب على أنّه عتق بعوض، و أنّ العتق لا يقع من الكافر و المقدّمات ممنوعتان. و قد تقدّم البحث فيهما(2).

ص: 446

1- يأتي في ص 464.

2- تقدّم في ص 320 - 321 و 430.

. فلو كاتب الذمّي مملوكه على خمر أو خنزير و تقابضاً حكم عليهما بالتزام ذلك. ولو أسلما لم تبطل وإن لم يتقابضاً، وكان عليه القيمة.

ثم إن كان المكاتب كافراً أيضاً فلا كلام؛ لأنّ يده تقرّ عليه بدون الكتابة. وإن كان مسلماً ففي صحّة كتابته له قولان، من حيث إنه يجبر على نقله عن ملكه، و الكتابة كما عرفت لا توجب الانتقال التامّ عن الملك؛ لأنّها متردّدة بين الخروج عنه و البقاء، و تمام الخروج موقوف على أداء المال. و من استلزامها رفع اليد في الجملة، و تشبّث المكاتب بالحرّيّة، و رفع الحجر عنه في كثير من الأعمال، خصوصاً إذا جعلناها بيعاً و لازمة من جهة المولى.

و ربما فرّق بين المطلقة و المشروطة، فاكتمى بالأولى دون الثانية؛ لأنّه لا يخرج في المشروطة عن الرقيّة إلاّ بأداء جميع المال، و هو معرض للعجز اختياراً أو اضطراراً.

و يتفرّع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه كافراً فأسلم قبل الأداء، و أولى بالاكْتفاء هنا؛ لأنّ الاستدّامة أقوى من الابتداء. و على المنع من الاكْتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك.

و الأقوى تساويهما حكماً. و على تقدير الاكْتفاء بها فعجز احتمال تسلّط المولى على الفسخ - فيباع عليه بعده - عملاً بمقتضى التعجيز، و عدم تخيّر هنا؛ لاستلزامه تملك المسلم اختياراً.

قوله: «فلو كاتب الذمّي مملوكه على خمر أو خنزير و تقابضاً» إلى آخره.

إذا كاتب الذمّي عبده على خمرٍ أو خنزيرٍ ثمّ أسلما فإن كان ذلك بعد قبض العوض وقع

العتق، و لا رجوع للسيد على العبد بشيء؛ لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به.

وإن ترافعا قبل القبض لم يحكم بفسادها. و لا سبيل إلى الرجوع بالعين؛ لتحريمه في شرع الإسلام، فيرجع إلى القيمة؛ لأنّها أقرب شيء إليه، و المحرّم لم يفسد بل صحّ فيما بينهم؛ و لهذا لو قبضه لم يجب له غيره و إنّما تعدّر الحكم به شرعاً، فوجب المصير إلى قيمته عند مستحليّه، كما جرى العقد على عين و تعدّر تسليمها.

وإن اتفق ذلك بعد قبض البعض مضى في المقبوض و لزمه قيمة الباقي.

. ويجوز لوليّ اليتيم أن ي كاتب مملوكه مع اعتبار الغبطة للمولى عليه. وفيه قول بالمنع.

. ولو ارتدّ ثمّ كاتب لم يصحّ؛ إمّا لزوال ملكه عنه، أو لأنّه لا يقترّ المسلم في ملكه.

وقد سبق الكلام على نظيره في المهر وغيره وأنّ فيه قولاً بالسقوط(1)؛ لأنّه رضي بالعوض المحرّم فيدّام عليه حكم رضاه، وقد تعذّر قبضه بالإسلام بالنسبة إلى المستحقّ عليه فسقطت المطالبة، لكن لم ينقلوه هنا مع أنّه وارد.

قوله: «و يجوز لوليّ اليتيم أن ي كاتب مملوكه» إلى آخره.

القول بالمنع للشيخ في المبسوط(2)؛ استناداً إلى أنّ الكتابة شبيهة بالتبرّع من حيث إنّها معاملة على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك.

والأظهر الصحّة مع الغبطة، وهو قول الشيخ أيضاً في الخلاف(3)؛ لأنّ الوليّ موضوع لعمل مصالحه، وقد لا يحصل المال بدون المكاتبه، بل هو الغالب. وكسبه بعد العقد ليس مالاً محضاً للمولى، وقبله ليس بموجود حتّى تكون المعاملة عليه.

ولصحيحة معاوية بن وهب قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّني كاتبت جارية لأيتام لنا، واشترطت عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ وأنا في حلّ ممّا أخذت منك، قال، فقال: «لك شرطك»(4).

و موضع الجواز ما إذا كان يبيعه جائزاً لحاجة اليتيم إليه ونحوه، وهو المعبرّ عنه بالغبطة،

وإلا لم يجزئ كما هو قاعدة بيع مال اليتيم.

قوله: «ولو ارتدّ ثمّ كاتب لم يصحّ؛ إمّا لزوال ملكه عنه، أو لأنّه لا يقترّ المسلم في ملكه».

ص: 448

- 
- 1- تقدّم في ج 6، ص 362 - 363.
  - 2- المبسوط، ج 4، ص 470.
  - 3- الخلاف، ج 6، ص 398، المسألة 22.
  - 4- الكافي، ج 6، ص 185 - 186، باب المكاتب، ح 1؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 265، ح 968؛ الاستبصار، ج 4، ص 33، ح 113.

. و يعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل؛ لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول،

المرتد إن كان عن فطرة انتقل ملكه عنه و لم يقبل ملكاً متجدداً، فلا يتصور كتابته لعبد

مسلم و لا كافر. و إليه أشار بالعلّة الأولى.

وإن كان عن ملة صار بحكم الكافر، فيباع المسلم عليه قهراً و لا تقرّ يده عليه و إن بقي

غيره من أملاكه. و إليه أشار بالعلّة الثانية.

و يفهم من الحكم بعدم صحّة كتابة المملّي للمسلم أنّه لا يكفي في نقل المسلم عن ملك

الكافر الكتابة؛ و إلا لصحّت كتابته في موضع البيع.

و لو كان المملوك كافراً صحّت كتابته له؛ لعدم المانع منه. و في التعليل بعدم قرار يده على

المسلم إيماء إليه.

قوله: «و يعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل؛ لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول».

قيل على التعليل: أنّه لا يلزم من عدم أهليتهما للقبول عدم صحّة كتابتهما مطلقاً؛ لأنّ للسيد عليهما ولاية فله القبول عنهما (1)، خصوصاً مع المصلحة لهما فيها.

و أُجيب بأنّ الله تعالى قال: «وَ الَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ» (2)، و الصبيّ و المجنون لا- ابتغاء لهما، و لأنّ مقتضى الكتابة وجوب السعي و لا يجب عليهما شيء (3).

و فيه نظر؛ لأنّ الابتغاء شرط في الأمر بالكتابة فلا يلزم منه المنع منها مع عدم الأمر و عدم الابتغاء. و اقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع النزاع، و قد تقدّم (4).

سَلّمنا، لكنّ الوجوب مشروط بالتكليف، فجاز الحكم بعدم وجوبه على غير المكلف لذلك؛ إذ الدليل على وجوبها ليس منافياً لذلك. و ربما قيل إنّ إجماع فيكون هو الحجّة.

ص: 449

1- راجع غاية المراد، ج 3، ص 275 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3)

2- النور (24): 33.

3- راجع غاية المراد، ج 3، ص 275 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 3).



. وفي كتابة الكافر تردّد، أظهره المنع؛ لقوله تعالى: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا»

قوله: «وفي كتابة الكافر تردّد أظهره المنع؛ لقوله تعالى: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا»

المسألة مبنية على أنّ الخير المجعول شرطاً في الكتابة هو الدين أو هو و المال أو المال خاصّةً. فعلى الأوّلين لا تصحّ كتابة الكافر؛ لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروط. وعلى الثالث يصحّ؛ لوجود الشرط.

ويعلم من اختيار المصنّف المنع، وتعليقه بالآية اختيار إرادة أحد القولين الأوّلين، بل الظاهر الثاني؛ لوروده في الخبر الصحيح (1) كما سلف (2)

ولمانع أن يمنع من دلالة الآية على المنع على جميع التقادير؛ لأنّ الشرط المذكور إنّما وقع للأمر بها الدالّ على الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن فيها، ولا يلزم من توقّف الأمر بها على شرط توقّف إباحتها عليه، والدليل على تسويغ عقد الكتابة غير منحصر في الآية.

وأما الاستدلال بقوله تعالى: «وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» (3)، والكافر لا يستحقّ الزكاة ولا الصلّة؛ لأنّها موادّة له منهيّ عنها بقوله تعالى: «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» (4)

ففيه: أنّ الإيتاء من الواجب مشروط بعجزه المقتضي لاستحقاقه له، فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه، فكما يمنع ويخصّ بالمحتاج للدليل، جاز أن يخصّ بالمسلم كذلك للدليل الدالّ على عدم جواز دفع الزكاة إلى الكافر. وأما استلزام إعانته الموادّة مطلقاً فممنوع، وقد حقّقناه في باب الوقف والصدقة (5)، ومن ثمّ قيل بجواز كتابته كما يجوز

ص: 450

1- الكافي، ج 6، ص 187، باب المكاتب، ح 10؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 270، ح 984.

2- سبق تخريجه في ص 428، الهامش 6.

3- النور (24): 33.

4- المجادلة (58): 22.

5- تقدّم في ج 5، ص 36 وما بعدها.

## هل يشترط الأجل في الكتابة؟

. و أمّا الأجل ففي اشتراطه خلاف، فمن الأصحاب من أجاز الكتابة حالة و مؤجلةً.

. و منهم من اشترط الأجل، و هو أشبه؛ لأنّ ما في يد المملوك لسيدّه، فلا تصحّ المعاملة عليه، و ما ليس في ملكه يتوقّع حصوله فيتعيّن ضرب الأجل.

. و يكفي أجل واحد. و لا حدّ في الكثرة إذا كانت معلومة.

عتقه(1)، و لأنّها معاوضة يغلب فيها جانب المائيّة فلا يمنع بين المسلم و الكافر.

قوله: «و أمّا الأجل ففي اشتراطه خلاف» إلى آخره.

هذه المسألة تقدّمت(2)، و إنّما أعادها؛ ليرتّب عليها فروع الأجل التي بعده.

قوله: «و منهم من اشترط الأجل و هو أشبه» إلى آخره.

توجيه الدليل أنّ المعاملة إن وقعت على ما في يد العبد من المال فهو للمولى لا تصحّ المعاملة عليه له، و إن وقعت على غيره فهو متوقّع الحصول فلا بدّ من ضرب أجل له؛ لأنّ لا تتطرق الجهالة و يفضي إلى التكليف بغير المقدور.

و فيه نظر؛ لأنّنا إن قلنا بجواز ملكه أمكن على المعين، و إن لم نقل لم يلزم من العجز عن العوض في الحال بطلان معاملته حالاً كما في معاملة المعسر كذلك. و الجهالة ممنوعة، لإمكان حصول المال في كلّ وقت يتعقّب العقد و لو بالاقتراض و نحوه. و قد أشرنا إلى ذلك فيما سلف(3).

قوله: «و يكفي أجل واحد و لا حدّ في الكثرة إذا كانت معلومة».

الاكتفاء بأجل واحد على تقدير اشتراط تأجيلها مذهب الأصحاب و كثير من العامة(4)؛ للأصل، و عموم قوله تعالى: «فَكَاتِبُوهُمْ».

ص: 451

1- القائل به هو الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 512، و لكلامه على صحّة عتقه راجع ص 441.

2- تقدّمت في ص 433 و ما بعدها.

3- سبق في ص 433.

4- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 347، المسألة 8699؛ وروضة الطالبين، ج 10، ص 283؛ و حلية العلماء، ج 6، ص 197 - 198؛ و الحاوي الكبير، ج 18، ص 146.



وخالف فيه بعضهم فاشترط كونه نجمين فصاعداً(1)؛ لأنه المأثور عن الصحابة وممن بعدهم عملاً وقولاً، حتى نقل عن بعضهم أنه غضب على مملوك له فقال: «لأعاقبتك ولأكاتبتك على نجمين»(2)، مشعراً بأنه غاية التضييق، ولما تقدم من أن الكتابة مأخوذة من ضم النجوم بعضها إلى بعض(3)، وأقل ما يحصل به الضمّ نجمان، والمعنى فيه أن الكتابة عقد إرفاق و من تتمته التنجيم.

و جوابه: أن ذلك كله لا يفيد الحصر، ولا حجة في العمل بدون الإجماع وهو غير واقع، بل الواقع الخلاف في المسألة قديماً وحديثاً، و اشتقاق الكتابة جاز بناؤه على الغالب أو من الكتابة الخطية كما تقدم في تعريفها(4). والأصل وعموم النص(5) يدفع ذلك كله.

ودخل في تجويز الكثرة من غير وقوف بها على حدّ - بعد أن تكون معلومة - ما إذا جعلاه إلى مدة لا يعيشان إليها غالباً، فيصحّ؛ للأصل، و ينتقل الحكم بعدهما إلى الوارث. وهو يتم في جانب المولى؛ لأنها لا تبطل بموته، أمّا جانب المكاتب فيشكل ببطانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً، وفي الباقي بالنسبة في المطلق، فيكون اشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد. وقد أطلق الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقیقاته جواز التأجيل كذلك مطلقاً، و حكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت(6). ولا يخلو في جانب المكاتب من إشكال.

وقد اختلفوا في جواز التأجيل في البيع كذلك، و اختار في التذكرة جوازه(7). وهو متّجه؛ لأنه لا مانع من انتقال الحقّ فيه إلى الوارث، كما في فرض موت المولى هنا.

ص: 452

1- راجع الحاوي الكبير، ج 18، ص 149؛ و المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 348، المسألة 8699؛ و روضة الطالبين، ج 8، ص 268.

2- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 348، المسألة 8699.

3- تقدّم في ص 427.

4- تقدّم في ص 427.

5- راجع وسائل الشريعة، ج 23، ص 137 - 140، الباب 1 و 4 من أبواب المكاتب.

6- لم نعثر عليه.

7- تذكرة الفقهاء، ج 11، ص 273، المسألة 431.

. و لا بدّ أن يكون وقت الأداء معلوماً، فلو قال: «كاتبتك على أن تؤدّي إليّ كذا في سنة» بمعنى أنّها ظرف الأداء لم يصحّ.

. و يجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف. وفي اعتبار اتّصال الأجل بالعقد تردّد.

• و لو قال: «كاتبتك على خدمة شهر و دينار بعد الشهر» صحّ إذا كان الدينار معلوم الجنس، و لا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر.

. و لو مرض العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة؛ لتعذّر العوض.

قوله: «و لا بدّ أن يكون وقت الأداء معلوماً» إلى آخره.

وجه البطلان أنّ الأجل على هذا التقدير مجهول؛ لأنّ «في» لا يقتضي إلاّ الظرفيّة، و لم يبيّن أنّه يؤدّيها في دفعة واحدة أو دفعات، و لا أنّه يؤدّيه في أوّلها أو وسطها أو آخرها.

و قال ابن الجنيّد: يجوز و يتخيّر في دفعه في مجموع ذلك الوقت(1).

قوله: «و يجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف» إلى آخره.

منشأ التردّد من أصالة الصحّة و وجود المقتضي لها من العقد المشتمل على الأجل و المال، و من أصالة بقاء الملك و عدم نقل مثله، و هو اختيار الشيخ في المبسوط(2). و الأظهر الأوّل، و هو اختيار الأكثر. و قد تقدّم الخلاف في نظائره من الإجارة و غيرها(3).

قوله: «و لو قال: كاتبتك على خدمة شهر و دينار بعد الشهر» إلى آخره.

مرجع هذه الصورة إلى الجمع في العوض بين المال و الخدمة. ثمّ إطلاق شهر الخدمة محمول على المتّصل بالعقد كنظائره، و شرط كون الدينار بعده يقتضي تأجيله إلى نجم واحد. و هو صحيح عندنا، و إنّما يتوجّه عليه المنع عند من يشترط تعدّد النجوم.

قوله: «و لو مرض العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة؛ لتعذّر العوض».

هذا إذا كانت مشروطةً أو جعل خدمة الشهر مجموع العوض، أمّا لو كان قد جمع بينه

ص: 453

1- حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 578.

2- المبسوط، ج 4، ص 447.

3- راجع ج 4، ص 423؛ و ج 6، ص 421.

ولو قال: «على خدمة شهر بعد هذا الشهر» قيل: تبطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد. وفيه التردد.

• ولو كاتبه ثم حبسه مدة، قيل: يجب أن يؤجله مثل تلك المدة، وقيل: لا يجب بل يلزمه أجرته لمدة احتباسه. وهو أشبه.

## شروط عوض الكتابة

وأما العوض فيعتبر فيه: أن يكون ديناً منجماً، معلوم القدر والوصف، ممّا يصحّ تملكه للمولى.

وبين المال-كالصورة السابقة- وكانت مطلقة لم تبطل، وروعي أداء المال وعتق منه بنسبته.

وإطلاق المصنّف البطلان يقتضي أن يكون هذا مقطوعاً عن الفرض السابق وإلا لم يتمّ

الإطلاق.

قوله: «ولو قال: «على خدمة شهر بعد هذا الشهر» قيل: تبطل» إلى آخره.

هذا من جملة أفراد المسائل المتفرّعة على اشتراط اتصال الأجل بالعقد وعدمه، فلا وجه لإفراده، وإثما خصّه حملاً للسابق على المال بأن شرط عليه مائة درهم مثلاً يؤدّيها بعد شهر أوّله بعد هذا الشهر، فذكر اشتراط الخدمة كذلك، وهكذا صنع الشيخ في المبسوط (1)، وجماعة (2).

قوله: «ولو كاتبه ثم حبسه مدة، قيل: يجب أن يؤجله مثل تلك المدة» إلى آخره.

القولان للشيخ في المبسوط (3). ووجه الأوّل أنّ القدر الواجب من التأجيل الإمهال في تلك المدة، ولا قيمة له فيضمّنه بمثله.

ووجه الثاني أنّ المكاتب مضمون بالغضب كالقنّ، فيضمن منفعه مدة الحبس بالقيمة. وهذا أقوى.

ص: 454

1- المبسوط، ج 4، ص 447 - 448.

2- منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 334.

3- المبسوط، ج 4، ص 510.

. فلا تصحّ الكتابة على عين ولا مع جهالة العوض، بل يذكر في وصفه كلّ ما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع الجهالة. فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه في النسيئة، وإن كان عرضاً وصفه كصفته في السلم.

. ويجوز أن يكتبه بأيّ ثمن شاء. ويكره أن يتجاوز قيمته.

قوله: «فلا تصحّ الكتابة على عين، ولا مع جهالة العوض» إلى آخره.

إنّما لم تصحّ الكتابة على العين؛ لأنّها إن كانت بيد المملوك فهي للمولى فلا يتحقّق المعاوضة بها؛ لأنّها معاوضة على ماله بماله.

والفرق بينها وبين الدين - مع اشتراكهما في هذا المعنى - أنّ عقد الكتابة يخرج المملوك عن محض الرقيّة ويجعله قابلاً للملك، فالكسب المتجدّد ليس للمولى وإن لم يصر إلى محض الحرّيّة، فإنّه واسطة بينهما كما سلف (1).

وإن كانت العين لمالك خارج قد أذن في المعاوضة عليها لم يصحّ، من حيث إنّ العوض شرطه أن يجعل المعوّض في مقابلته بحيث يجعل كلّ منهما بدلاً عن الآخر؛ ليتحقّق المعاوضة من الجانبين، ولا تتمّ هذه المقابلة والبدليّة إلاّ مع ملك باذل كلّ من العوضين ما وقع بدله، ولما لم ينتقل المكاتب إلى ملك صاحب العين لم تنتقل العين إلى ملك المولى، لفقد الشرط.

ومثله ما لو باعه عيناً بعين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري والثمن من

غيره، أو باعه بثمن في ذمّة غيره.

وحيث كان العوض موصوفاً في الذمّة اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة في الجنس والوصف الذي يختلف القيمة باختلافه، على الوجه المعتبر في السلم ونحوه من المعاوضات على ما في الذمّة، نقداً كان أم عرضاً.

قوله: «و يجوز أن يكتبه بأيّ ثمن شاء. ويكره أن يتجاوز قيمته».

لما كانت الأدلّة على جواز الكتابة عامّة أو مطلقة من غير تقييد بقدر من العوض

ص: 455

1- سبق في ص 427 - 428.

. وتجاوز المكاتبه على منفعه كالحدمه و الخياطه و البناء - بعد وصفه بما يرفع الجهاله.

جازت على القليل و الكثير، و لأنها معاوضه ماليه منوطه بالتراضي فلا يتقدر بقدر، و إن كان الأفضل أن لا يتجاوز القيمة، بل إما أن يكون بقدرها أو أنقص. و المعتبر القيمة يوم المكاتبه.

قوله: «و تجاوز المكاتبه على منفعه، كالحدمه و الخياطه» إلى آخره.

كما يجوز المكاتبه على مال في الذمه متجدد يجوز على الخدمه كذلك؛ لاشترائهما في المعنى، فإن ما يكتسبه المملوك من المال عوض المنفعه التي يبذلها في مقابلته، فالمقتضي

للصحة فيهما واحد.

و توهم الفرق بينهما، و القدر في جعل الخدمه عوضاً للكتابه، من حيث إن المنفعه ملك للمولى فلا يعاوض على ماله بماله، بخلاف المال المتجدد، فإنه ليس بموجود و لا داخل

تحت قدرته بخلاف الخدمه، فإنها مقدوره له فكانت كالعين الحاضره، و من ثم جاز عتقه

منجراً بشرط خدمه معينه بغير رضاه، دون اشتراط مال بغير رضاه.

مندفع بما أسلفناه من أن عقد الكتابه يخرج المملوك عن ملك المولى محضاً و إن كان انتقالاً متزلزلاً، و من ثم سقطت عنه نفقته و فطرته و لم يكن له استخدام و غير ذلك من توابع الملك، فكانت منفعته و ما يتجدد من كسبه تابعه له في الانتقال عن ملكه، و يجوز جعله عوضاً عن فك رقبتة. و لما كان العتق المنجّر يقتضي ملك المعتق منافع نفسه أيضاً و كسبه اعتبر رضاه في اشتراط المال دون الخدمه؛ لأنها تصير كالمستثناة مما يخرج عن ملكه بالتحريم المتبرع به، و هذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمه عوضاً في الكتابه الواقعة برضى المكاتب، مضافاً إلى عموم الأدلة (1).

ص: 456

---

1- منها ما ورد في الكافي، ج 6، ص 187، باب المكاتب، ح 11؛ والفقيه، ج 3، ص 132، ح 3494؛ وتهذيب الأحكام، ج 8، ص 272 - 273، ح 955.

. وإذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة أو غير ذلك من عقود المعاوضات، في عقد واحد صحّ، ويكون مكاتبته بحصّة ثمنه من البذل.

قوله: «وإذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة، أو غير ذلك» إلى آخره.

قد تقدّم في البيع والنكاح جواز الجمع بين عقود متعدّدة صفقةً واحدةً بعوض واحد (1)؛ لأنّ المعتبر العلم بمجموع العوض والمعوض ولا يعتبر العلم بما يخصّ الأجزاء، وإن كان ممّا يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه، كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان أو بطلان بعض الصفقة، فيكتفى حينئذٍ بمعرفة ما يخصّ كلّ واحد بالحساب ونسبة بعضها إلى بعض، وهذا من ذلك القبيل.

فإذا قال للعبد: «كاتبك وبعثك هذا الثوب بمائة إلى شهر مثلاً» أو «كاتبك وآجرتك الدار بكذا» أو جمع بين الثلاثة، فقال: «قبلت الكتابة وبيع» أو «قبلتهما جميعاً» أو «الجميع» صحّ، فإذا أدّى المال المعين عتق واستقرّ ملكه للمبيع واستجاره الدار وغير ذلك. فإن احتيج إلى معرفة ما يخصّه من مال الكتابة - بأن ظهر المبيع مستحقاً ولم يجزئ المالك -

- ورزّ العوض على قيمة المملوك حين المكاتبه، وعلى قيمة المبيع وأجرة مثل الدار تلك المدّة، وسقط من العوض ما قابل الفاسد.

وقد يتطرق احتمال البطلان في الصفقة المجتمعة كذلك، من حيث إنّها بمنزلة عقود متعدّدة فيعتبر العلم بعوض كلّ واحد منفرداً، خصوصاً مع اختلاف أحكامها كالبيع والكتابة والإجارة. وتزيد الكتابة شبهة أخرى، وهي أنّ المكاتب لا يستقلّ بالتصرّف إلى أن يتمّ عقد الكتابة، فقد وقع البيع والإجارة قبل ملكه للتصرّف، فوقع باطلين.

و جوابه: منع كون الصفقة المجتمعة كعقود متعدّدة، بل هي عقد واحد، كما لو باعه ثوبين بثمن واحد، بل ثوباً واحداً، فإنّ احتمال تبعض الصفقة آتٍ، وهو غير قادح إجماعاً. واختلاف الأحكام لا يقدح في الجمع؛ لأنّه يلزم كلّ واحد حكمه، وإنّما الفائدة جمع الكلّ في صيغة واحدة. وأمّا شبهة الاستقلال فمندفعة برضى المولى بذلك، فإنّ الحجر إنّما كان لحقه.

ص: 457

. وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً، سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت، تساوى العوضان أو اختلفا. ولا يجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون صاحبه. ولو دفع شيئاً كان لهما. ولو أذن أحدهما لصاحبه جاز.

قوله: «وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً، سواء اتفقت حصصهما» إلى آخره.

إذا كاتب العبد المشترك معاً، أو وكلاً رجلاً فكاتب جميعه، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه صحّت الكتابة، سواء اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً أم لا، وسواء شرطاً حصّة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد، أم شرطاً تفاوتاً في النجوم مع التساوي أو بالعكس أم أطلقاً عملاً بالعموم(1)، وتسلط كل واحد من الشركاء على مكاتبته حصّته بما شاء منفرداً فكذا مع الاجتماع.

وخالف في ذلك بعضهم فمنع من اختلافهما في القدر مع تساويهما في الملك(2)؛ حذراً من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة - مثلاً - وإلى الآخر مائتين ثم ارتفعت الكتابة بالعجز، فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.

و جوابه: أنّ الاستحقاق طار من حين الفسخ وقبلة كان ملكاً للقباض متزلزلاً، فلم 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، وقد تقدّم الكلام فيه في باب(3).

وقال ابن الجنيد(4)، وابن البرّاج(5): يجوز أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر ما لم يشترطاً

ص: 458

1- النور (24): 33.

2- الحاوي الكبير، ج 18، ص 203؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 409، المسألة 8764.

3- تقدّم في ج 4، ص 178.

4- الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 144، المسألة 106.

5- المهذب، ج 2، ص 382.

. و لو كاتب ثلاثة في عقد واحد صحّ، و كان كلّ واحد منهم مكاتباً بحصّة ثمنه من المسمّى، و تعتبر القيمة وقت العقد. و أيّهم أذى حصّته عتق، و لا يتوقّف على أداء حصّة غيره. و أيّهم عجز رقّ دون غيره.

و لو شرط كفالة كلّ واحد منهم صاحبه و ضمان ما عليه كان الشرط و الكتابة صحيحين.

عليه أن يكون أداء الكتابة لهما جميعاً؛ لأنّ لمن عليه الحقّ التخيير في جهة القضاء، و تعيين ما شاء فيه من أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقّه فقد اختار دفع ما يستحقّه المدفوع إليه في المدفوع و اختار منع الآخر منه فلا شركة فيه، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله. هذا كلّه إذا اتّحد العقد، أمّا لو تعدّد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن الجنيّد.

و اعلم أنّ الكتابة تكون بالنسبة إلى الموليين متعدّدة و إن اتّحد العقد، فإذا أذى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعتق، لكن بدون إذنه لا يتحقّق العتق في أحد النصيين. و لو عجز فعجزه أحدهما و صبر الآخر صحّ كما لو تعدّد.

قوله: «و لو كاتب ثلاثة في عقد واحد صحّ، و كان كلّ واحد منهم مكاتباً بحصّة ثمنه من المسمّى، و تعتبر القيمة وقت العقد» إلى آخره.

إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة فقال: «كاتبكم على ألف إلى نجوم معيّنة فإذا أدبتم فأنتم أحرار» فقبلوا، صحّت الكتابة عندنا، و ورّع المال على قيمتهم. فلو كانت قيمة أحدهم مائة و الثاني مائتين و الثالث ثلاثمائة، فعلى الأوّل سدس المسمّى و على الثاني ثلثه

و على الثالث نصفه و الاعتبار بالقيمة يوم المكاتبه؛ لأنّ سلطنة السيّد تزول يومئذٍ.

و قال بعض العامة: يورّع على عدد الرؤوس(1). و قد تقدّم مثله في عوض الخلع و الصداق المتعدّد(2)

ص: 459

1- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 476 - 477، المسألة 8833.

2- تقدّم في ج 6، ص 603 - 604؛ و ج 7، ص 540 و ما بعدها



ثم كل واحد من العبيد يؤدي ما عليه، إما على التفاضل أو على التساوي، وإذا أدى ما عليه عتق ولم يتوقف عتقه على أداء غيره على الأظهر. وإن مات أحدهم أو عجز فهو رقيق، وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: «إذا أدبتم فأنتم أحرار؛ لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة؛ ولذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق وإذا مات لم تبطل الكتابة، بخلاف العتق المعلق».

وقيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه، وإنما يعتقون معاً إذا أدوا جميع المال. ووجهه قد علم مما قررناه.

وقال ابن البراج: «إذا كاتب إنسان عبيد كتاباً واحدة فمات أحدهما قيل للثاني: إما أن تختار أن تؤدي باقي الكتابة عنك وعن صاحبك، وإما أن تكاتب عن نفسك كتاباً جديدةً، فأيهما اختار كان له ذلك. وإن كان المتروك مالاً فيه وفاء بقسطه من الكتابة أخذ السيد من الكتابة، وكان على الثاني ما بقي من قسطه منها. وكذلك إذا ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب. وإن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابة، فإن السيد يأخذ من ذلك جميع الكتابة ويعتقان معاً، ويرجع ورثته على الحي بحصته، وبقيه ذلك ميراث لهم» (1).

وهذا يدل على توقف عتق كل منهما على أداء المال وزيادة أحكام آخر نادرة.

وسياتي إن شاء الله تعالى أن موت المكاتب يبطل الكتابة (2)، سواء كانت مشروطة أم مطلقة ولم يؤدي شيئاً من المال. وحينئذ يسقط قدر نصيبه من مال الكتابة، ولا ينحصر المال في أحدهما؛ لأنه عوض بينهما معاً فيقسط عليهما كالبيع، وإنما يؤدي الحي قدر نصيبه من مال الكتابة ويعتق.

ص: 460

1- المهذب، ج 2، ص 381 - 382.

2- سياتي في ص 464.

إذا تقرّر ذلك فلو شرط عليهم كفالة كلّ منهم لصاحبه في عقد الكتابة صحّ على الأصحّ؛

للأصل، وعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (1). فيلزم كلاًّ منهم حكم الكفالة من وجوب إحضار الغريم عند الحلول وأداء ما عليه إلى آخر ما فصلّ.

وقيل: «لا تصحّ الكفالة بناءً على عدم لزوم مال الكتابة من جهة المكاتب، والشرط كجزء من العوض فيتبعه في الجواز» (2).

وكذا يجوز أن يضمن كلّ منهم ما في ذمّة الآخر. وحينئذٍ فيعتقون جميعاً؛ لأنّ الضمان يحوّل ما في ذمّة كلّ منهم إلى الآخر فينزل منزلة الأداء، ويبقى المال ديناً في ذمتهم لا على وجه المكاتبه. ولو ضمن أحدهم خاصّةً تعلق المال بذمته وعتق المضمون.

وقال في المختلف: إذا رضي المولى بضمانهم كلّهم فهو كما لو لم يقع ضمان (3).

وهو غريب؛ لما عرفت من ظهور الفرق.

ولو جعلنا الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة تخيّر في الرجوع بالجميع على من شاء.

وفي كلام الشيخ (4) إشعار به وذكر في المسائل الحائريّات جواز ضمان اثنين مالاً واشتراط رجوعه على من شاء منهما (5)، وهو دليل على ذلك أيضاً، وهو مذهب العامة (6) لكنّ الأصحاب على خلافه.

ص: 461

1- تقدّم تخريجه في ص 32، الهامش 8.

2- نسبه الصيمري إلى الشيخ في غاية المرام، ج 2، ص 218؛ ولكنّ الشيخ أفتى بخلافه في المبسوط، ج 4، ص 454، قال: وعندي أنّ الشرط صحيح والكتابة صحيحة؛ وقال في الخلاف، ج 6، ص 387، المسألة 10: إن وقع بشرط أنّ كلّ واحد منهم كفيل عن صاحبه ضامن، فالشرط صحيح؛ للأصل، ولقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم». ونسب القول إلى عدم صحّة الشرط إلى الشافعي

3- مختلف الشيعة، ج 8، ص 126، المسألة 77.

4- المبسوط، ج 4 ص 454.

5- المسائل الحائريّات ضمن المسائل العشر، ص 304.

6- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 478، المسألة 8833.

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

قوله: «ولو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل، كان الخيار لمولاه في القبض والتأخير».

لأنه دين مؤجل فلا يجب قبوله قبل الأجل كغيره من الديون، ويجوز أن يتعلّق بالتأخير غرض صحيح لا يتمّ بدونه فيجب الوفاء له بشرطه؛ للعموم (1).

و يؤيّد رواية إسحاق بن عمّار، عن الصادق عليه السلام، عن أبيه عليه السلام: «أنّ مكاتباً أتى عليّاً عليه السلام وقال: إنّ سيّدي كاتبني و شرط عليّ نجوماً في كلّ سنة، فجنّته بالمال كلّ ضربة فسألته أن يأخذه كلّ ضربةً ويجيز عتقي فأبى عليّ، فدعاه عليّ عليه السلام فقال: صدق، فقال له: ما لك لا تأخذ المال و تمضي عتقه؟ قال: ما آخذ إلاّ النجوم التي شرطت و أتعرض من ذلك إلى ميراثه، فقال عليّ عليه السلام: أنت أحقّ بشرطك» (2).

و أمّا صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في مكاتب ينقد نصف مكاتبته و يبقى عليه النصف فيدعو مواليه فيقول: خذوا ما بقي ضربةً واحدةً، قال: «يأخذون ما بقي و يعتق» (3) فمحمول على جواز الأخذ مع التراضي، و لا دلالة فيه على لزومه، و لو ظهر منه ذلك لزم تنزيهه على ما ذكر حذراً من مخالفة غيره و مخالفة القواعد المقرّرة في نظائره.

و ابن الجنيد أوجب على المولى قبوله قبل الأجل في موضع واحد، و هو ما إذا كان المكاتب مريضاً و أوصى بوصايا و أقرّ بديون و بذل لمولاه المال فليس له الامتناع؛ لأنّ في امتناعه إبطال إقراره و وصيّته (4).

و لبعض العامة قول بإجبار المولى على القبول حيث لا ضرر عليه به (5)؛ لأنّ الأجل حقّ من عليه الدين فإذا أسقطه سقط و هو ممنوع، بل الحقّ مشترك بينهما.

ص: 462

1- أي عموم «المؤمنون عند شروطهم». و تقدّم قُيِّل هذا.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 273 - 274، ح 998؛ الاستبصار، ج 4، ص 35 - 36، ح 119.

3- الفقيه، ج 3، ص 130، ح 3488؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 271، ح 989، وفيهما: عن أبي الصباح، والعبارة فيهما هكذا: «يأخذون ما بقي ثمّ يعتق».

4- حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 141 - 142، المسألة 103.

5- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 359 - 361، المسألة 8714؛ وروضة الطالبين، ج 8، ص 500.

. ولو عجز المكاتب المطلق كان على الإمام أن يفكّه من سهم الرقاب.

. و المكاتبه الفاسدة لا يتعلّق بها حكم، بل تقع لاغيةً.

قوله: «ولو عجز المكاتب المطلق كان على الإمام أن يفكّه من سهم الرقاب».

جواز الدفع إلى المكاتب من الزكاة مشترك بين القسمين، لكن وجوب الفكّ مختصّ بالمطلق من سهم الرقاب مع الإمكان، فإن تعذّر كان كالمشروط يجوز فسخ كتابته و استرقاقه أو ما بقى منه إن كان قد أدّى شيئاً.

قوله: «و المكاتبه الفاسدة لا يتعلّق بها حكم، بل تقع لاغيةً».

نّبّه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث قسموا ما لا يصحّ من الكتابة إلى باطلة و فاسدة(1).

فالباطلة هي التي اختلّ بعض أركانها، بأن كان السيّد صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة أو كان العبد كذلك أو لم يجر ذكر عوض أو ذكر ما لا يقصد ماليّته كالدّم و الحشرات أو اختلّت الصيغة.

و الفاسدة هي التي امتنعت صحّتها بشرط فاسد أو بفوات شرط في العوض، بأن كان خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم ينجّمه.

ثم جعلوا الكتابة الباطلة لاغيةً كما ذكرناه، و الفاسدة تساوي الصحيحة في ثلاثة أمور:

أحدها: أنّه يحصل العتق بالأداء.

و الثاني: أنّه يستقلّ بالكسب و يستتبع عند العتق ما فضل من كسبه، و كذا ولده من جاريته. و الثالث: أنّه يستقلّ حتّى يعامل السيّد و يسقط عنه نفقته. و يفارقها في أنّها لا تلزم من

جانب السيّد فله فسخها، و تبطل بموت السيّد.

و بالجملة فالعتق عندهم يحصل من جهة التعليق لا من جهة الكتابة. و هذا كلّه عندنا لاغ؛ لأنّ الفاسد لا يترتب عليه أثر، و الإطلاق الشرعي محمول على الصحيح و الأحكام مترتبة عليه.

ص: 463

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ

فتشتمل على مسائل:

الأولى: • إذا مات المكاتب و كان مشروطاً بطلت الكتابة و كان ما تركه لمولاه، و أولاده رفقاً.

وإن لم يكن مشروطاً تحرّر منه بقدر ما أذاه و كان الباقي رفقاً، و لمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق، و لورثته بقدر ما فيه من حرّية. و يؤدي الوارث من نصيب الحرّية ما بقي من مال الكتابة. و إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقي على أيّهم، و مع الأداء ينعتق الأولاد.

و هل للمولى إجبارهم على الأداء؟ فيه تردّد. و فيه رواية أخرى تقتضي أداء ما تخلف من أصل التركة و يتحرّر الأولاد و ما يبقى فلهم و الأوّل أشهر.

قوله: «إذا مات المكاتب و كان مشروطاً بطلت الكتابة» إلى آخره.

إذا مات المكاتب قبل أداء جميع ما عليه بطلت الكتابة؛ لأنّ موضوعها الرقّية؛ و غايتها

العتق، فإذا مات فات الموضوع و تعدّرت الغاية التي شرع لها العقد.

ثمّ إن كان مشروطاً بطلت من رأس و إن بقي عليه شيء يسير، فيملك المولى ما قبض

و يسترّق أولاده التابعين له فيها، و عليه مؤونة تجهيزه كالقنّ.

وإن كان مطلقاً و لم يؤدّ شيئاً فكذلك. و إن أدى البعض تحرّر منه بحسابه و بطل بنسبة الباقي، و تحرّر من أولاده التابعين له بقدر حرّيته. و ميراثه لو ارثه و مولاه بالنسبة أيضاً. و يستقرّ ملك و ارث لم يتبعه على نصيبه من نصيب الحرّية، و نصيب من تبعه يتعلّق به ما بقي من مال الكتابة. و لو لم يخلف مالا فعليهم أداء ما تخلف، و يعتقون بأدائه. و هل يجبرون على السعي فيه؟ و جهان أصحابهما ذلك، كما يجبر من تحرّر بعضه على فكّ باقيه. و وجه العدم بطلان المعاملة و عدم وقوعها معهم فلا يلزم مهمّ أدائها.

و الرواية التي أشار إليها - المتضمّنة لأداء باقي مال الكتابة ممّا تركه من غير أن يقسم

بين المولى والوارث ويتحرّر الأولاد، وما فضل منه فلهم - رواها جميل بن درّاج في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدّى بعض مكاتبته وله ابن من جارية وترك مالا فقال: «إن كان اشترط عليه أنّه إن عجز فهو رقّ رجوع ابنه مملوكاً و الجارية، وإن لم يشترط عليه صار ابنه حرّاً، وردّ على المولى بقيّة مال الكتابة، وورث ابنه ما بقي» (1).

ومثله روى أبو الصباح (2) والحلي (3) وابن سنان (4)، وغيرهم (5) جميعاً في الصحيح بألفاظ مختلفة محصّ لها هذا الحكم. و بمضمونها عمل ابن الجنيد (6).

والأشهر بين الأصحاب هو الأول، وتشهد له صحيحة محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «فضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توقّى وله مال، قال: يقسّم ماله على قدر ما أعتق منه، وما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه» (7).

وصحيحة بريد العجلي عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم، ولم يشترط عليه حين كاتبه أنّه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرقّ، والمكاتب أدّى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثمّ مات المكاتب وترك مالا وترك ابناً له مدركاً، فقال: «نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب؛ لأنّه مات ونصفه حرّ ونصفه عبد، فإذا أدّى الذي كان كاتب أباه وبقي على أبيه فهو حرّ لا سبيل لأحد عليه من الناس» (8).

وطريق الجمع بين هاتين وما تقدّم بحمل أدائه ما بقي من نصيبه لا من أصل المال، وإرثه لما بقي إن كان في النصيب بقيّة.

ص: 465

- 1- الفقيه، ج 3، ص 128، ح 3483؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 272، ح 992؛ الاستبصار، ج 4، ص 38، ح 126.
- 2- الفقيه، ج 3، ص 130، ح 3488؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 271، ح 989.
- 3- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 271، ح 990.
- 4- الفقيه، ج 3، ص 131، ح 3489؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 272، ح 991؛ الاستبصار، ج 4، ص 37، ح 125.
- 5- كرواية محمّد بن حمران في الكافي، ج 7، ص 152، باب ميراث المكاتبين، ح 6.
- 6- حكاية عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 8، ص 117، المسألة 70.
- 7- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 274، ح 999؛ الاستبصار، ج 4، ص 37، ح 124 بتفاوت يسير.
- 8- الكافي، ج 6، ص 186، باب المكاتب، ح 3؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 276، ح 1006.

. ولو أوصي له بوصية صحَّ له منها بقدر ما فيه من حرّية وبطل ما زاد.

وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أنه متعين لمراعاة الجمع بين الأخبار الصحيحة.

وفي التحرير توقّف في الحكم(1). وله وجه؛ لأنّ الأوّل أكثر، بل الصحيح من الجانب المشهور مختصّ برواية بريد، وأمّا صحّة رواية محمد بن قيس فإضافيّة كما حقّقناه مراراً، فتعارض الكثرة والشهرة.

قوله: «ولو أوصي له بوصية صحَّ له منها بقدر ما فيه من حرّية وبطل ما زاد».

المشهور بين الأصحاب أنّ المكاتب المشروط لاتصحّ الوصية له مطلقاً، والمطلق يصحّ له منها بنسبة ما فيه من الحرّية.

والمستند رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب تحته حرّة، فأوصت له عند موتها بوصية، فقال أهل المرأة: لا يجوز وصيتها له؛ لأنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه. وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية. وقضى في رجل حرّ أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها. وقضى في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه»(2).

وقيل: تصحّ الوصية له مطلقاً؛ لأنّ قبولها نوع اكتساب وهو غير ممنوع منه(3)، وفيه قوة.

والرواية ضعيفة باشتراك محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام بين الثقة(4)، وغيره(5)، فتردّ لذلك.

ص: 466

1- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 265، الرقم 5781.

2- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 275، ح 1000.

3- قاله الشهيد في الدروس الشرعية، ج 2، ص 266 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10)

4- وهو محمد بن قيس الأسدي أبو عبدالله، ومحمد بن قيس الأسدي أبو نصر، ومحمد بن قيس البجلي أبو عبدالله. راجع خلاصة الأقوال، ص 252، الأرقام 859، 860، 861.

5- وهو محمد بن قيس أبو أحمد، وهو ضعيف. راجع خلاصة الأقوال، ص 252، الرقم 861.

• ولو وجب عليه حدّ أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّية، وبنسبة الرقبة من حدّ العبيد.

هذا إذا كان الموصي غير المولى، أمّا هو فتصحّ وصيته له مطلقاً بغير إشكال، ويعتق منه بقدر الوصية، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع، وإن زادت فالزائد له. ولا فرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابة وأقل؛ لأنّ الواجب الآن هو المال. ويحتمل اعتبار القيمة لو نقصت؛ لأنّ ذلك حكم القنّ والمكاتب لا يقصر عنه.

وفيه أنّه خرج عن حكم القنّ بوجه، وصار مال الكتابة في ذمته، فكان اعتباره أولى.

قوله: «ولو وجب عليه حدّ أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّية» إلى آخره.

إذا وجب على المكاتب حدّ، فإن لم يتحرّر منه شيء - بأن كان مطلقاً أو مشروطاً لم يؤدّ شيئاً - حدّ حدّ العبيد وإن كان قد خرج منهم من وجه؛ لأنّه لم يصّر حرّاً محضاً، والحدّ مبني على التخفيف، فيرجح فيه جانب الأقل، وإن كان قد تحرّر من المطلق شيء حدّ من حدّ الأحرار بنسبة ما فيه من الحرّية و من حدّ العبيد بنسبة ما فيه من الرقبة، فإن انقسمت الأسواط على صحّة وإلا قبض من السوط بنسبة الجزء كما سيأتي إن شاء الله تعالى (1).

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب: «يجلد الحدّ بقدر ما أعتق منه» (2). والمراد بالحدّ هنا حدّ الأحرار، و سكت عن الجزء الآخر؛ لظهوره أو لأنّه لا يقصر عن الأقلّ فبين الأكثر.

ولو كان الذنب موجباً للحدّ على تقدير الحرّية دون الرقبة كالرجم انتفى رأساً و جلد. ومثله ما لو قذفه قاذف، فإنّه يجب عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّية و يسقط ما قابل الرقبة؛ إذ لا يجب الحدّ على قاذفه بل التعزير، وهو لا ينتصف بل يناط برأي الحاكم فيعزّره عن جزء الرقبة بما يراه.

ص: 467

1- انظر ج 12، ص 94.

2- الفقيه، ج 3، ص 48، ح 3304، وفيه: «في الحدّ على قدر»؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 276، ح 1005.



ولوزني المولى بمكاتبتة سقط عنه من الحد بقدر ماله فيها من الرق، و حدّ بالباقي.

قوله: «ولوزني المولى بمكاتبتة سقط عنه من الحد بقدر ماله فيها من الرق، و حدّ

بالباقي».

هذا إذا كان ممّا يقبل التجزئة كالجلد فلو لم يقبلها كالرجم سقط أيضاً ووجب الجلد. ويمكن أن يقال: إنّ الرجم هنا منتفٍ أصلاً؛ لفقد شرطه وهو الإحصان المشروط بزني الحرّ بالحرّة مع باقي الشرائط، وكذا القول في السابقة، فيجب الجلد ابتداءً لا لتعدّر تبويض الرجم و هذا أجود.

و خالف بعض العامة في حدّ المولى الواطئ للمكاتبة(1): لمكان ما له فيها من الملك وإن كان ضعيفاً، وأوجب التعزير.

لنا: أنّه وطء محرّم بمن قد صارت أجنبيّةً فيجب الحدّ، ولا يجب كمالاً لما فيها من الملك الموجب لانتفاء الحدّ وإن كان متزلزلاً فيجب بالنسبة.

وروى الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجلٍ كاتب أمّةً له فقالت الأمّة: ما أدّيت من مكاتبتني فأنا به حرّة على حساب ذلك، فقال لها: نعم، فأدّت بعض مكاتبتها وجامعها مولاهما بعد ذلك، فقال: «إن كان استكرهها على ذلك ضرب من الحدّ بقدر ما أدّت من مكاتبتها، ودرى عنه من الحدّ بقدر ما بقي له من مكاتبتها، وإن كانت تابعته كانت شريكته في الحد ضربت مثل ما يضرب»(2).

ولو كانت مشروطة أو لم تؤدّ شيئاً فلا حدّ لكن يعزّر لتحريم وطئه لها مطلقاً.

ص: 468

---

1- حلية العلماء، ج 6، ص 211؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 389، المسألة 8746 وفيه مع التفصيل بين المشروطة والمطلقة.

2- الكافي، ج 6، ص 186، باب المكاتب، ح 4؛ الفقيه، ج 4، ص 45 - 46، ح 5059؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 268، ح 977؛ الاستبصار، ج 4، ص 36، ح 121.

الثانية . ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض، إلا بإذن مولاه.

قوله: «ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض، إلا بإذن مولاه»

المكاتب بقسميه ممنوع من التصرف في ماله بما ينافي الاكتساب وما فيه خطر كالبيع بالعين، وبالنسيئة مع عدم الرهن والضمين الموسر. وقيل: لا يجوز مطلقاً؛ لأن الرهن قد

يتلف والضمين قد يعسر.

والهبة بغير شرط عوض يزيد عن العين. وفي المساوي وجه بالجواز؛ إذ لا ضرر فيه، لكن بشرط قبض العوض قبل تقييض العين؛ لأنه لا يجوز له البيع بدون القبض ففي الهبة أولى. ومن أطلق المنع من الهبة نظر إلى أن الهبة لا يقتضي العوض وإن شرط إلا مع قبضه فيستلزم الخطر.

والعتق مطلقاً؛ لأنه تبرع محض ومنه شراء من ينعق عليه. وله قبول هبته مع عدم الضرر، بأن يكون مكتسباً قدر مؤنته فصاعداً.

والإقراض مع عدم الغبطة، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محلّ الأمن، أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى ونحو ذلك فلا منع على الظاهر، بل المصلحة فيه واضحة، فهو من ضروب الاكتساب، ولكن المصنّف وغيره<sup>(1)</sup> أطلقوا المنع من هذه الأشياء، ولا بدّ من تقييدها بما ذكرناه.

وفي معنى تصرفاته المنافية للاكتساب تبسّطه في الملابس والنفقة، ولا يكلف التقتير المفرط، بل يلزم الوسط اللائق بحاله عادةً. هذا كلّه مع عدم إذن المولى، أما لو أذن جاز؛ لأن الحق لا يعدوهما.

ص: 469

---

1- راجع الوسيلة، ص 344 - 345؛ وإرشاد الأذهان، ج 2، ص 78؛ واللمعة دمشقيّة، ص 267 - 268 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13)

. و لا يجوز للمولى التصرف في مال المكاتب إلا بما يتعلّق بالاستيفاء.

و لا يجوز له وطء المكاتبه بالملك و لا بالعقد. و لو طاوعت حدّت و لا يجوز له وطء أمة المكاتب. و لو وطئ الشبهة كان عليه المهر.

و كلّ ما يكتسبه المكاتب قبل الأداء و بعده فهو له؛ لأنّ تسلّط المولى زال عنه بالكتابة.

و لا تزوّج المكاتبه إلا بإذنه. و لو بادرت كان عقدها موقوفاً مشروطاً كانت أو مطلقةً. و كذلك ليس للمكاتب وطء أمة بيتاعها إلا بإذن مولاه و لو كانت كتابته مطلقةً.

قوله: «و لا يجوز للمولى التصرف في مال المكاتب إلا بما يتعلّق بالاستيفاء» إلى آخره.

قد تقدّم أنّ المكاتب على مرتبة بين العتق و الرق(1)، فليس له الاستقلال بالتصرف مطلقاً، و لا يبقى سلطنة المولى عليه و تسلّطه على ما بيده مطلقاً.

فبالنسبة إلى ماله ينقطع عنه تصرف المولى؛ لأنّ الغرض منها تحصيله و تحصينه لفكّ رقبتة، فكما أنّه ليس للمكاتب صرفه في غير ذلك إلاّ في القدر الضروري كما مرّ، كذلك ليس للمولى التصرف فيه بغير الاستيفاء، لا بمعنى أن يأخذه من المكاتب قهراً لأجل الاستيفاء؛ لأنّ المكاتب كالمديون في تخييره في جهة الوفاء، و تعيين الدين في أعيان ما بيده موكول إليه، بل المراد تصرفه فيه لأجل الاستيفاء في الجملة بحيث يصدر عن إذن المكاتب و تعيينه. و قد يجوز تسلّط المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطاً و حلّ النجم فلم يؤدّه و كان بيده مال بقدره، و لو زاد فالتعيين موكول إليه، فإذا امتنع عيّن الحاكم كما في كلّ ممتنع.

ومن التصرف الممنوع منه وطء المكاتبه بالعقد و الملك؛ لعدم صيرورتها حرّةً تصلح للعقد، و خروجها بعقد المكاتبه عن محض الرقّ المسوّغ للوطء. فإنّ وطئها عالماً بالتحريم

ص: 470

1- تقدّم في ص 427.

عزّر إن لم يتحرّر منها شيء، و حدّ بنسبة الحرّية إن تبعّضت كما مرّ (1). و لو طوعته هي حدّت حدّ المملوك إن لم تتبعّض وإلا فبالنسبة و إن أكرهها اختصّ بالحكم و لها مهر المثل. و في تكرّره بتكرّره أوجه، ثالثها: اشتراطه بتخلّل أدائه إليها بين الوطئين. و رابعها: تعدّده مع العلم بتعدّد الوطاء، و مع الشبهة المستمرة مهر واحد. و إذا وجب المهر فلها أخذه في الحال، فإن حلّ عليها نجم و هما من جنس واحدٍ جاز إمساكه تهاتراً، و إن عجزت قبل أخذه سقط، و إن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبة به. و ما يكتسبه المكاتب بعد العقد له و إن حجر عليه فيه على بعض الوجوه؛ لأنّ ذلك هو فائدة الكتابة؛ إذ لولاه لتعدّر عليه الوفاء. و ممّا يحجر عليه فيه تزوّجه بغير إذن المولى ذكراً كان أم أنثى، فإن بادرت بالعقد كان

فضولاً؛ لأنّها لم تملك نفسها على وجه تستقلّ به.

و في رواية أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبة و لا نكاح و لا شهادة و لا حجّ حتّى يؤدّي ما عليه» (2).

و كذا لا يجوز له وطاء أمة يبتاعها إلاّ بإذن مولاه؛ لأنّ ذلك تصرف بغير الاكتساب، و ربما أنقص قيمتها، و يترتب عليها خطر الطلق، و لضعف ملكه على تقدير الأمن من الحبل. و لا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط. و لو بادر و وطئ بغير إذنه فلا حدّ مع الشبهة، و إلاّ عزّر و لا مهر؛ لأنّ مهر جاريته لو ثبت كان له. فإن أولدها فالولد أنسب لشبهة الملك.

ثمّ لا يخلو إمّا أن تأتي بالولد و هو مكاتب بعد فيكون ملكاً له؛ لأنّه ولد جاريته، لكن لا يملك بيعه لأنّه ولده، و لا يعتق عليه لأنّ ملكه ليس بتام، بل يتوقّف على عتقه، فإن عتق عتق و إلاّ رقّ للسيد، و هذا معنى تبعيّة ولده له في الكتابة. و ثبوت الاستيلاء للأمة موقوف أيضاً على حرّية الولد، فإن عتق استقرّ الاستيلاء، و إن عجز رقّت مع الولد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك و ملكها لم تصر مستولدة؛ لأنّ بالعجز تبين أنّها علقت برقيق و أنّه لا استيلاء.

ص: 471

1- مرّ في ص 467.

2- الكافي، ج 6، ص 186، باب المكاتب، ح 2؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 268، ح 976.

الثالثة: كل ما يشرطه المولى على المكاتب في عقد الكتابة يكون لازماً ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة.

ويحتمل أن لا تصير مستولدةً مطلقاً؛ لأن عتق الولد طار على الاستيلاء، فأشبهت الأمة الموطوءة بالنكاح، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الحال.

هذا إذا أتت بالولد وهو مكاتب. أما إذا أتت به بعد العتق، فإن كان لما دون ستة أشهر من وقت العتق فكذلك؛ لأن العلق وقع في الرق. وإن كان لما زاد عن ستة إلى أقصى الحمل احتمل أن تصير مستولدةً له؛ عملاً بالأصل، وعدمه؛ نظراً إلى الغالب. هذا إذا وطئ بعد الحرية بحيث يمكن استناده إليه، ترجيحاً لجانب الحرية، وأصالة عدم التقدم.

وإن لم يطأها بعد الحرية فالإشكال أقوى. ووجه الحكم به كونها فراشاً يلحق به الولد في الجملة قبل الحرية وهو مستدام بعدها، وإمكان العلق بعد الحرية قائم، فيكتفى به لثبوت الاستيلاء ظاهراً، وإن انتفى فيما بينه وبين الله تعالى، والأقوى ثبوت الاستيلاء في الأول على تقدير حرّيته، فيسقط عن مؤونة هذا الإشكال.

قوله: «كل ما يشرطه المولى على المكاتب في عقد الكتابة يكون لازماً ما لم يكن

مخالفاً للكتاب والسنة».

عقد الكتابة قابل للشروط السائغة كظائره من عقود المعاوضات؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(1)</sup>، فيلزم الوفاء بما يشترطه ما لم يكن مخالفاً للمشروع.

فلو شرط عليه عملاً مخصوصاً زمن الكتابة أو بعد العتق بالأداء أو الاكتساب على وجه معين أو في مكان معين ونحو ذلك صح.

ولو شرط عليها الوطاء وعدم التكسب أو كون الولد المتجدد رقاً ونحو ذلك بطل الشرط. والأقوى تبعية العقد له، كظائره من الشروط الفاسدة في العقد الصحيح لولاها.

ص: 472

1- تقدّم تخريجه في ص 32، الهامش 8.

الرابعة: • لا يدخل الحمل في كتابة أمه، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة كان أولادها كحكمها ينعق منهم بحسابها. ولو تزوجت بحرّ كان أولادها أحراراً.

ولو حملت من مولاهم لم تبطل الكتابة. فإن مات وعليها شيء من الكتابة تحرّرت من نصيب ولدها وإن لم يكن لها ولد سعت في مال الكتابة للوارث.

قوله: «لا يدخل الحمل في كتابة أمه» إلى آخره.

إذا كانت المكاتبه حاملاً حال الكتابة وتيقن ذلك - بأن يفصل لما دون ستة أشهر من يوم الكتابة - لم يدخل في كتابة أمه - كالولد المنفصل - وإن قصده؛ لأن الصغير لا يكاتب، بخلاف مثله في التدبير، فإن الصغير يقبل التدبير؛ لأنه عتق متبرع به يشترك فيه الصغير والكبير، بخلاف المعاملة.

ولبعض العامة قول أنه يدخل في الكتابة على وجه الاستتباع لا على جهة السراية(1)، كما يتبع الحامل في البيع. وهما ممنوعان.

وإن حدث الولد بعد الكتابة فلا يخلو إمّا أن يكون من زنى أو من نكاح مملوك أو من حرّ أو من مولاهم. فإن كان من حرّ فولدها أحرار لا مدخل لهم في الكتابة. وإن كانوا من مملوك أو من زنى ثبت لهم حكم الكتابة، بمعنى انعتاقهم بعتق الأم أو بالأداء أو بالإبراء، لأن الولد كسبها فيتوقف أمره على رقها وحرّيتها كسائر كسبها. وهذا هو المراد بكونهم بحكمها، لا أنهم يصيرون مكاتبين إذا لم يجر معهم عقد، وإمّا المراد انعتاقهم بعتقها من جهة الكتابة، حتى لو فسخت الكتابة ثم عتقت الأم لم ينعق الولد.

وهل يثبت حقّ ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى؟ وجهان، من أنه تابع للأم وحقها له. ومن أنه من جملة كسبها فيكون لها.

وتظهر الفائدة فيما لو قتله قاتل، فعلى الأول تكون القيمة للمولى كما لو قتلت الأم، وعلى الثاني تكون للمكاتبه تستعين به في أداء النجوم.

ص: 473

1- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 440، المسألة 8794، وراجع ص 444، المسألة 8795.

أمّا كسب الولد و أرش الجناية عليه فيما دون النفس و أرش الوطاء بالشبهة لو كان جاريةً فموقوف على عتقها فيكون له، وإلا فللمولى ككسب الأمّ.

ولو عجزت الأمّ و أرادت الاستعانة بكسب ولدها الموقوف ففي إيجابتها وجهان، مبيّان على أنّ الحق هل هو للمولى أو لها؟ فعلى الثاني لا إشكال في جواز استعانتها به. و على الأول يحتمله أيضاً؛ لأنها إذا رقت رقّ الولد و أخذ المولى كسبه، و إذا عتقت عتق و قد يفضل شيء من الكسب ففي إيجابتها حظ للولد، و عدمه؛ لأنه لا حقّ لها في كسبه؛ لأنّ الكلام على تقديره.

و تظهر الفائدة أيضاً في نفقة الولد و الوجه أنّها في كسبه و ما فضل فهو الذي يوقف. فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقة فيه وجهان، أظهرهما أنّها على المولى بناءً على أنّ حقّ الملك له وإن كان مراعى. و الثاني أن ينفق عليه من بيت المال؛ لأنّ تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به. و فيه وجه ثالث أنّه على الأمّ؛ لأنّ كسبه قد تنتفع به فيكون نفقته عليها لتبعية النفقة للكسب.

و إن كان الولد من مولاها فالولد حرّ؛ لأنّها علقت به في ملكه و تصير مستولدةً له. و هل عليه قيمة الولد؟ يبنى على ما تقدّم من الوجهين، فإن قلنا: حقّ الملك فيه للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبة، و إن قلنا الحقّ لها فعليه القيمة و تستعين المكاتبة بها. فإن عجزت قبل الأخذ سقطت و إن عتقت أخذتها. و إن ولدت بعد ما عجزت و رقت فلا شيء لها. و كذا لو ولدت بعد ما عتقت؛ لأنه حين تعدّر تقويمه ليس بكسب مكاتبته.

ثم لا ترتفع الكتابة باستيلادها، بل هي مستولدة و مكاتبة. فإن عجزت ثم مات السيد عتقت عن الاستيلاء، و الأولاد الحادثون بعد الاستيلاء من النكاح أو الزنى يتبعونها، و الحادثون قبل الاستيلاء أرقاء للسيد. و إن مات السيد قبل عجزها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً وسعت في عوضه للوارث.

الخامسة: • المشروط رقّ وفطرته على مولاه. ولو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته.

وفي رواية عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «أنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قال في رجل وقع على مكاتبته فوطئها: إنّ عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهي على مكاتبتها، وإن عجزت فردّت في الرقّ فهي من أمّهات الأولاد» (1)

قوله: «المشروط رقّ وفطرته على مولاه. ولو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته».

المكاتب مطلقاً قد خرج عن محض الرقيّة ولم يصر إلى حالة الحرّيّة، وهو مرتبة بينهما كما علم مراراً.

ومن سقوط أحكام الرقيّة عنه سقوط نفقته عن مولاه وتعلّقها بكسبه، وقد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضاً؛ لأنّها تابعة للنفقة، لكن قد أطلق جماعة من الأصحاب (2) وجوب فطرة المشروط على مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقيّة.

مع أنّ عليّ بن جعفر روى عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن المكاتب هل عليه فطرة رمضان أو على من كاتبه؟ فقال: «الفطرة عليه» (3) ولم يفرّق بين القسمين.

وفي الدروس اقتصر على نقل وجوب فطرة المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب، ثمّ احتمل عدمه؛ محتجّاً بأنّها تابعة للنفقة (4).

وابن البراج صرّح بعدم وجوبها على المولى (5)، ولا بأس بهذا القول، وإن كان الأشهر خلافه. وأمّا المطلق فلا يجب فطرته على مولاه اتفاقاً، ولا على نفسه إلا أن يتحرّر منه شيء فيجب بنسبة الحرّيّة.

ص: 475

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 277، ح 1008.

2- كالشيخ في النهاية، ص 552؛ وابن إدريس في السرائر، ج 3، ص 29؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 256.

3- مسائل عليّ بن جعفر، ص 137؛ الفقيه، ج 2، ص 179، ح 2074؛ تهذيب الأحكام، ج 4، ص 332، ح 1040؛ وج 8، ص 277، ح 1007.

4- الدروس الشرعية، ج 2، ص 202 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

5- راجع المهذّب، ج 2، ص 401؛ وحكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 3، ص 145، المسألة 110.



. وإذا وجبت عليه كفارة كُفّر بالصوم، و لو كُفّر بالعتق لم يجزئه وكذا لو كُفّر بالإطعام.

و لو كان المولى أذن له، قيل: لم يجزئه؛ لأنه كُفّر بما لم يجب عليه.

السادسة: • إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه بينه وبين مولاه، و لو طلب أحدهما المهैयाة أُجبر الممتنع. وقيل: لا يجبر. و هو أشبه.

قوله: «و إذا وجبت عليه كفارة كُفّر بالصوم، و لو كُفّر بالعتق لم يجزئه» إلى آخره.

التكفير بالعتق شرطه قبول الملك و اليسار، و الثاني منتفٍ عنه، و في الأوّل ما قد عرفت؛ لأنّ ملكه غير تامّ. و التكفير بالإطعام مشروط بالأمر الثاني.

و لو أذن له المولى في ذلك ففي الأجزاء وجهان، من أنّ المنع كان حقّ المولى و قد زال بإذنه، و من أنّ التكفير بالأمرين غير واجب عليه فلا يجزئ عن الواجب، و إذن المولى لا يقتضي الوجوب بل غايتها الجواز.

و يمكن بناؤه على أنّ التبرّع على المعسر بالكفارة التي ليست فرضه هل يجزئ عنه أم

لا؟ فإن قلنا بإجزائها أجزأ هنا بطريق أولى، وإلا فلا.

و في المختلف ادعى الإجماع على أنّ التبرّع عن المعسر بإذنه مجزئ فيجزئ هنا(1). و هو الوجه.

و في المبسوط ادعى الإجماع على عدم الأجزاء(2) مع أنّه في باب الكفارة اختار الأجزاء، و جعله الأظهر في روايات أصحابنا(3). و وافقه ابن إدريس على عدم الأجزاء(4). وإليه أشار المصنّف بقوله: «قيل: لم يجزئه».

قوله: «إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه بينه وبين مولاه» إلى آخره.

ص: 476

1- مختلف الشيعة، ج 8، ص 266، المسألة 94.

2- المبسوط، ج 4، ص 500.

3- المبسوط، ج 4، ص 603.

4- السرائر، ج 3، ص 29.

السابعة . لو كاتب عبده و مات، فأبرأه أحد الوراث من نصيبه من مال الكتابة أو أعتق نصيبه صحّ و لا يقوّم عليه الباقي.

وجه الإجماع أنّ لكلّ منهما الانتفاع بنصيبه، و لا يمكن الجمع بين الحقيين في وقتٍ واحد، فكانت المهاية طريق الجمع بين الحقيين، و وسيلة إلى قطع التنازع و لا ضرر فيها.

و يدلّ عليه ظاهر رواية عمّار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب بين شريكين

فيعتق أحدهما نصيبه كيف تصنع الخادم؟ قال: «تخدم الثاني يوماً و تخدم نفسها يوماً»<sup>(1)</sup>.

و من أنّ ذلك قسمة لغير معلوم التساوي فيتوقف على التراضي. و هذا هو الأصحّ، بل لا يظهر كونها قسمةً. فالرواية مع قطع النظر عن سندها لا تدلّ على تعيين ذلك. و على القول بوجوب الإجابة إلى المهاية يكفي المهاية اليومية و لا يجب الأزيد.

قوله: «لو كاتب عبده و مات، فأبرأه أحد الوراث من نصيبه» إلى آخره.

إذا كاتب عبداً و مات و خلف ورثة قاموا مقامه في أنّهم إذا أعتقوه أو أبرؤه عن النجوم عتق. و كذا لو استوفوا المال. و لو أبرأ أحدهم أو أعتق عُتق نصيبه. خلافاً لبعض العامة حيث قال: «إنّه لا يعتق بالإبراء حتّى يبرئ الآخر أو يستوفي نصيبه، كما لو كان المورث حيّاً و أبرأه عن بعض النجوم»<sup>(2)</sup>.

و أوجب بأنّه هناك لم يبرئه عن جميع ماله، فصار كما لو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم. و الوجهان مطردان في العتق.

ثمّ على تقدير انعقائه لا يسري عليه نصيب الآخر؛ لانعقاد سبب حرّيته بالكتابة و لزومها. و مثله ما لو كاتب الشريكان العبد ثمّ أعتقه أحدهما أو كاتب أحدهما نصيبه ثمّ أعتق الآخر، فإنّه لا يسري على الجزء المكاتب؛ لما ذكر من سبق انعقاد سبب الحرّية للنصيب و قد يؤدّي و يعتق، و لأنّ المكاتب قد يتضرّر به من حيث إنّّه ينقطع عنه الولد و الكسب.

ص: 477

1- الفقيه، ج 3، ص 126، ح 3476؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 275 - 276، ح 1003.

2- روضة الطالبين، ج 8، ص 492.

الثامنة: • من كاتب عبده وجب أن يعينه من زكاته إن وجبت عليه. ولا حد له قلة ولا كثرة. ويستحب التبرع بالعطية إن لم تجب.

ويحتمل السراية في الجميع؛ لوجود سبب العتق باختياره، وكون المكاتب في حكم الرق بالنسبة إلى قبول العتق.

وعلى الأول إن أدى وعتق خلص. وإن عجز فاسترق ففي السراية عليه بالعتق السابق وجهان، من وجود السبب المقتضي له، ومن سبق الحكم بعدم السراية فيستصحب، ولأن الواقع بالاختيار هو الكتابة وهي لا تقتضي العتق بذاتها؛ ولهذا لو أعتقه بعد ذلك صح ولو عجز عاد رقاً، وإنما حكم بعتقه بالأداء ولا اختيار للقابض فيه. وعلى هذا يفرق بين الإبراء والقبض؛ لأن الإبراء صدر باختياره وهو سبب العتق، فكان باختيار السبب مختاراً للمسبب. ويمكن بناء الحكم فيه على أن الكتابة هل هي بيع أو عتق بعوض؟ فعلى الأول لا يسري؛ لأن المولى لم يعتق، وإنما يملك العبد نفسه بالشراء وأداء العوض فيعتق. وعلى الثاني يحتمل السراية وعدمها بتقريب ما سبق.

قوله: «من كاتب عبده وجب أن يعينه من زكاته إن وجبت عليه» إلى آخره.

الأصل في هذه المسألة قوله تعالى: «وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» (1) والمراد بالإيتاء أن يحط عنه شيئاً من النجوم أو يبذل شيئاً و يأخذه في النجوم.

أما الثاني فظاهر، فإن البذل إيتاء وهو المأمور به في الآية.

وأما الحط فقد روي عن السلف قولاً وفعلاً، وروى العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى «وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» قال: «نضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه منها ولا تزيد فوق ما في نفسك»، فقلت: كم؟ قال: «وضع أبو جعفر عليه السلام المملوك له ألفاً من ستة آلاف» (2).

ص: 478

1- النور (24): 33.

2- الكافي، ج 6، ص 189، باب المكاتب، ح 17؛ الفقيه، ج 3، ص 124، ح 3472؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 270، ح 982.

و الوجه في الثاني - وإن كان خلاف ظاهر الآية - أن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحطّ محققة وفي البذل موهومة، فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى. وبهذا يظهر أن الحطّ أولى من الإعطاء.

وقد اختلف في هذا الأمر هل هو للوجوب أو الندب؟ وفي أن المراد بـ«مال الله» هو الزكاة الواجبة على المولى أم مطلق المال الذي بيده فإنه من عند الله؟ وفي أن ضمير المأمور هل هو عائد على قوله قبله: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» (1) أو على المكلفين مطلقاً؟ فالشيخ في المسبوط (2) وجماعة أوجبوا على السيد إعانة المكاتب بالحطّ أو الإيتاء وإن لم تجب عليهم الزكاة، ولا يجب على غيره (3) و هو مبني على أن الأمر للوجوب وأن المال أعمّ من الزكاة وأن الخطاب متعلّق بالموالي.

وفي المختلف ذهب إلى الاستحباب مطلقاً، وجعل «مال الله» أعمّ، فلم يوجب عليه الإعانة من الزكاة ولا من غيرها (4).

والمصنّف (رحمه الله) اختار وجوب الإعانة على المولى إن وجبت عليه الزكاة فيها، والاستحباب إن لم يجب.

أما الأول؛ فلا نداء الزكاة واجب ولا شيء من إعانة المديون في وفاء دينه بواجب؛ للأصل، فيختصّ هذا الأمر بما لو وجبت الزكاة، ولأنّ المكاتب من أصناف المستحقّين فيكون الدفع إليه واجباً في الجملة.

وأما الثاني فالأصل عدم الوجوب، مع ما فيه من التعاون على البرّ، وإعانة المحتاجين، وتخليص النفس من ذلّ الرقيّة وحقوقها.

ص: 479

1- النور (24): 33.

2- المبسوط، ج 4، ص 468.

3- راجع لنقل الأقوال إيضاح الفوائد، ج 3، ص 601؛ والتنقيح الرائع، ج 3، ص 478، ولم نجد من أوجب الإيتاء مطلقاً غير الشيخ.

4- مختلف الشيعة، ج 8، ص 125، المسألة 75.

والأقوى وجوب الإيتاء من الزكاة إن وجبت، أو الحطّ عنه من مال الكتابة إن لم تجب، واختصاص الحكم بالمولى؛ عملاً بظاهر الأمر المطلق المتعلّق بالمأمورين بالكتابة(1). ويتخيّر في الثاني بين أن يعطيه، أو يحطّ عنه من النجوم شيئاً يطلق عليه اسم المال. ويجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لا من غيره؛ عملاً بظاهر الآية(2)، فقد قيل: إنّ المراد به مال الكتابة(3). ولو حطّ عنه كان إبراء لا يعتبر فيه القبول على الأقوى. ولو اعتبرناه وجب كالجنس.

و لو عتق قبل الإيتاء ففي سقوط الوجوب قولان، من فوات محلّه وتعلّق الخطاب بالمكاتبين وقد زال الوصف، ومن كونه كالدين. واختاره في الدروس(4)

و لو دفع إليه من الزكاة وكان مشروطاً بعجزه ففي وجوب إخراج الزكاة لغيره، أو ردّها إلى دافعها وجهان، من تبين عدم الاستحقاق، وكونه طارئاً على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلاً له، وبراءة ذمّة الدافع حينئذٍ وعوده إلى المولى إحداث ملك لا إبطال لما سلف، ومن ثمّ بقيت المعاملة السابقة بحالها وإن لم يرض بها المولى.

ويضعّف بمنع كونه إحداثاً، بل إعادته في الرقّ يقتضي نقض جميع ما سبق، ومن ثمّ عاد كسبه وأولاده ملكاً له. وبقاء المعاملة بسبب الإذن الضمنيّة بها في عقد المكاتب، فإنّها تستلزم الإذن في التصرف بالمعاملة ونحوها.

و الوجه وجوب صرفه على المستحقّين إن كانت منه، وإلا أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه. نعم، لو كان من المندوبة لم تجب الإعادة.

ص: 480

1- النور (24): 33.

2- النور (24): 33.

3- العزيز شرح الوجيز، ج 13، ص 503؛ الحاوي الكبير، ج 18، ص 140.

4- الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 197 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10)، ولم نعر على القائل بعدم الوجوب.

التاسعة • لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه صبر عليه لرجاء التذكّر. فإن مات المولى استخرج بالقرعة. ولو ادّعى على المولى العلم كان القول قوله مع يمينه، ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب.

قوله: «لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه صبر عليه لرجاء التذكّر» إلى آخره.

إذا كاتب اثنين في صفقة أو صفقتين ثمّ أقرّ بأنّه استوفى نجوم أحدهما، أو أنّه أبرأ أحدهما عمّا عليه أمر بالبيان، فإن قال نسيتّه أمر بالتذكّر، و لا يقرع بينهما ما دام حيّاً؛ لأنّ الإنسان قد يتذكّر ما نسي و يبين له ما اشتبه عليه، و ذلك أقرب إلى الحقّ من القرعة. و لو قيل بالقرعة مع اليأس من التذكّر أو طول الزمان جدّاً كان حسناً؛ لتحقق الاشتباه و هي لكلّ أمر مشتبه. و لو ادّعى العلم على المولى فالقول قوله في نفيه؛ لأنّ ذلك لا يعلم إلاّ من قبله. و إن بين أحدهما و ادّعى التذكّر قبل قوله بغير يمين إن صدّقه الآخر أو سكت، و إن كذّبه و قال: استوفيت منّي أو أبرأتني فله تحليفه أيضاً. و يحلف هنا على البتّ لدعواه التذكّر. فإن حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدّي. و إن نكل المولى حلف المكذب و عتق أيضاً.

و لو نكل عن اليمين - المتوجّهة عليه قبل التذكّر - على نفي العلم حلف مدّعي الدفع و عتق. فإن ادّعى كلّ منهما ذلك ففي تحليفهما معاً و عتقهما و جهان، من أنّ ذلك هو مقتضى الدعوى، و من أنّ المعتق أحدهما خاصّة فأحدهما كاذب في يمينه، لكنّ هذا حكم على ما في نفس الأمر فلا يقدر فيما يثبت بظاهر الحكم.

و لو مات المولى قبل التذكّر تعيّن القرعة لليأس منه، و لكن لو ادّعى أحدهما أو هما على الوارث العلم حلف على نفيه كالموثّر. و ليس له أن يستوفي منهما و لا من أحدهما قبل القرعة و إن بذلا المال؛ لأنّ أحدهما برئ فأخذ المالكين ظلم. و كذا القول في الموثّر. و لو بذلا مالاّ آخر بقدر المتخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف ففي اعتاقهما بذلك و جهان، من وصول مال الكتابة إليه بأجمعه، و من أنّ شرطه أداء المكاتب و جاز في كلّ منهما أن يكون ما أدّى مال الكتابة. و يمكن أن يجعل بذلهما له و لو عين غير المؤدّي طريقاً إلى صحّة الأداء كما لو دفع المتبرّع. و هذا أجود.

العاشرة: • يجوز بيع مال الكتابة فإن أدى المكاتب مال الكتابة انعتق. وإن كان مشروطاً فعجز وفسخ المولى رجع رفقاً لمولاه.

واعلم أنه يظهر من قول المصنّف «ثم يقرع بينهما» بعد قوله «ولو ادّعى على المولى العلم كان القول قوله» أنه يقرع بينهما في حياة المولى، وهو مخالف لقوله سابقاً «صبر عليه لرجاء التذكّر» إلا أن يحمل على تصريحه بانتفاء الرجاء، وهو بعيد، ولا إشعار للفظ به.

وقد صرح الشيخ (1) والجماعة (2) بعدم القرعة ما دام حياً؛ لأنّ التذكّر مرجوّ.

ويمكن أن يحمل المولى في قوله «ولو ادّعى على المولى» ما يشمل الوارث، ويكون قوله «ثم يقرع» مختصاً بما بعد الموت مؤكداً لقوله «استخرج بالقرعة». وعلى التقديرين فالعبارة ليست جيّدة.

قوله: «يجوز بيع مال الكتابة فإن أدى المكاتب مال الكتابة انعتق» إلى آخره.

المشهور بين الأصحاب جواز بيع مال الكتابة ونقله بغير البيع من سائر وجوه النقل؛ للأصل، خلافاً، خلافاً للشيخ في المبسوط حيث منع منه؛ للنهي عن بيع ما لم يقبض (3)، ولأنّ النجوم لم تستقرّ؛ لجواز تعجيز نفسه إمّا مطلقاً أو في المشروط. وهو مذهب جماعة من العامة (4).

ويضعف بأنّ النهي تعلّق بما انتقل بالبيع لا بمطلق ما لم يقبض، حتّى أنّ العامة رووا ذلك عن النبيّ صلى الله عليه وآله وسلّم (5)، وإنّما قاس من عداه منهم على البيع، ولما كان القياس عندنا ممتنعاً اختصّ

ص: 482

1- راجع المبسوط، ج 4، ص 71.

2- راجع المهذب، ج 2، ص 378؛ وقواعد الأحكام، ج 3، ص 238 - 239؛ وتلخيص الخلاف، ج 3، ص 423 - 424، المسألة 24.

3- المبسوط، ج 4، ص 503، وسيأتي تخريج الحديث في الهامش 5.

4- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 12، ص 448، المسألة 8799؛ روضة الطالبين، ج 8، ص 518.

5- صحيح البخاري، ج 2، ص 747، ح 2017، و ص 748، ح 2019، و ص 750، ح 2025 و 2026، و ص 751، ح 2029؛ سنن ابن ماجه، ج 2، ص 749، ح 2226 - 2227؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 5، ص 508 - 510، ح 10672 - 10679.

النهي بمورده. و نمنع جواز تعجيز نفسه مطلقاً؛ لما تقدّم من اختيار لزومها(1)

وإذا صحّ البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشتري، فإن أدّاه إليه عتق كما لو أدّاه إلى المولى.

و لو لم يدفعه أجمع و كان مشروطاً فعجز و فسخ المولى رجوع رَقاً لمولاه. و هل يبطل البيع؟ يحتمله؛ لأنّ الفسخ يوجب رفع أثر الكتابة، و من ثمّ رجوع ولده رَقاً و تبعه كسبه؛ و العدم؛ لمصادفة الملك حال البيع فلا يضرّه الفسخ الطارئ.

و على القول بعدم الصّحة لا يجوز للمكاتب تسليم النجوم إلى المشتري، و لا للمشتري مطالبته بها، و يحصل العتق بدفعها إلى السيّد البائع.

و هل يحصل بتسليمها إلى المشتري؟ قيل: نعم(2)؛ لأنّ السيّد سلّطه على القبض، فهو كما لو وكّل بالقبض وكيلاً. و أصحّهما - و هو اختيار الشيخ في المبسوط(3)، و الأكثر - المنع؛ لأنّه يقبض لنفسه حتّى لو تلف في يده يضمنه، بخلاف الوكيل فإنّه يقبض للموكل.

و فصلّ ثالث فقال: إن قال بعد البيع: «خذها منه» أو قال للمكاتب: «ادفعها إليه» صار وكيلاً و حصل العتق بقبضه، وإن اقتصر على البيع فلا؛ لأنّه فاسد فلا عبرة بما يتضمّنه(4).

و ردّ بأنّه وإن صرّح بالإذن فإنّما يأذن بحكم المعاوضة لا أنّه يستتبيه(5).

و القولان الأوّلان للعلامة في التحرير في موضعين من الكتابة(6).

ثمّ إن قلنا بعدم عتقه فالسيّد يطالب المكاتب و المكاتب يستردّ ما دفع إلى المشتري.

ص: 483

1- تقدّم في ص 442.

2- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 239، الرقم 5735.

3- المبسوط، ج 4، ص 503.

4- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 274، الرقم 5794، قال فيه: و يحتمل العتق.

5- راجع قواعد الأحكام، ج 3، ص 237.

6- تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 239، الرقم 5735، و ص 273 - 274، الرقم 5796.



. ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ. ولا يجوز بيع المطلق.

الحادية عشرة: • إذا زوّج بنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح بينهما.

فإن سلّمه المشتري إلى البائع لم يصحّ؛ لأنه قبضه بغير إذن المكاتب، فأشبهه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه.

ويحتمل الصّحة؛ نظراً إلى تعيين المكاتب إياه لمال الكتابة بالدفع، وقد تقدّم إطلاق جواز تصرف المولى في مال المكاتب (1) بما يتعلّق بالاستيفاء فهنا أولى. لكن لما كان الحقّ تقييد ذلك المطلق لم يصحّ هنا وإن عيّنه المكاتب؛ لأنّ تعيينه مبنيّ على المعاوضة كتسليمه إلى المشتري.

قوله: «ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ ولا يجوز بيع المطلق». لا إشكال في جواز بيع المشروط بعد العجز؛ لأنّ المولى يتسلّط على الفسخ فكان بيعه فسخاً، كما لو باع ذو الخيار أو باع المدبّر أو الموصى به أو نحو ذلك ممّا اشتمل على العقد الجائز، ولو تقدّم الفسخ البيع فالصّحة أوضح.

وأما المطلق فقد أطلق المصنّف و الجماعة (2) عدم صحّة بيعه.

ويجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدّاً يجوز للمولى فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه، كما يجوز فسخها حينئذٍ. وقد تقدّم (3).

قوله: «إذا زوّج بنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح بينهما».

لا فرق في ذلك بين المكاتب المشروط والمطلق؛ لأنّ الكتابة لم تخرجه عن أصل الرقيّة وإن أخرجته عنها على بعض الوجوه كما عرفته مراراً.

ص: 484

1- تقدّم في ص 470.

2- منهم الشيخ في الخلاف، ج 6، ص 404، المسألة 34؛ وابن سعيد في الجامع للشرائع، ص 411؛ والصيمري في تلخيص الخلاف، ج 3، ص 426، المسألة 33.

3- تقدّم في ص 463.

الثانية عشرة: • إذا اختلف السيد والمكاتب في مال الكتابة أو في المدّة أو في النجوم، فالقول قول السيد مع يمينه و لو قيل: القول قول منكر زيادة المال و المدّة كان حسناً.

و خالف في ذلك ابن الجنيد فقال: «لو مات السيد و ابنته تحت المكاتب الذي شرط عليه الرقّ عند عجزه منع من الوطاء، وإن أدى كانا على النكاح؛ لأنّها لم ترث من رقيته شيئاً، وإن عجز بطل النكاح، فإن كان ممّن يعتق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابة»(1)

هذا كلامه، و ما اختاره المصنّف مذهب الشيخ(2) و الأكثر، و هو الأظهر.

و احترز بقوله «فملكته» عمّا لو لم تكن وارثة، بأن تكون قاتلة أو كافرةً و هو كافر، فإنّ النكاح بحاله، و لو كان مطلقاً و قد أدى بعض المال فالحكم بحاله؛ لأنّ ملك الزوجة بعضه يوجب بطلان النكاح.

قوله: «إذا اختلف السيد و المكاتب في مال الكتابة أو في المدّة» إلى آخره.

المراد باختلافهما في المال اختلافهما في قدره، بأن قال: كاتبك على ألفين، فقال: بل على ألف.

و بالمدّة الأجل، بأن قال إلى سنة، فقال المكاتب: بل إلى سنتين.

و بالنجوم أجزاء المدّة التي قسّط المال عليها و جعل لكلّ قسط أجلاً منها، بأن قال: جعلنا السنة التي هي الأجل المتفق عليه - ثلاثة نجوم كلّ نجم أربعة أشهر بحيث يحلّ في كلّ نجم ثلث المال، فقال المكاتب: بل جعلناها نجمين بحيث يحلّ في كلّ نصف سنة نصف المال، ونحو ذلك.

أمّا لو كان اختلافهما في عدد النجوم أو قدرها موجباً للاختلاف في أصل المدّة كان

ص: 485

1- حكاه عنه العلامة مختلف الشيعة، ج 8، ص 145 - 146، المسألة 107.

2- الخلاف، ج 6، ص 405، المسألة 35.

الثالثة عشرة: • إذا دفع مال الكتابة و حكم بحريته فبان العوض معيباً، فإن رضى المولى فلا كلام، وإن ردّه بطل العتق المحكوم به؛ لأنه مشروط بالعوض.

ولو تجدد في العوض عيب لم يمنع من الردّ بالعيب الأوّل مع أرش الحادث. وقال الشيخ: يمنع و هو بعيد.

راجعاً إلى النزاع في المدّة، بأن اتفقوا على أنّ الأجل نجمان، ولكن ادعى المولى أنّ كلّ نجم شهر، و ادعى المكاتب أنّ كلّ نجم شهران، أو اتفقوا على أنّ النجم شهر، ولكن اختلفا في قدر النجوم، فقال المولى: إنّها نجمان، و ادعى المكاتب أنّها ثلاثة، فهذا كلّه راجع إلى الاختلاف في المدّة. و الحكم في الجميع واحد، و هو تقديم قول السيّد؛ لأصالة عدم الزائد عمّا يعترف به.

و أمّا وجه تقديم قوله في قدر المال؛ فلأنّ المكاتب يدعي العتق بما يدعيه من المقدار، و المولى ينكره و الأصل بقاء الرقّ. و بهذا يحصل الفرق بين الكتابة و البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثمن، فإنّ الكتابة ليست معاوضةً حقيقةً؛ لأنّها معاملة على مال المولى بماله، و الأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلا برضاه؛ لأنّها أشبه بالتبرّع من شبهها بعقود المعاوضات.

و الأقوى ما اختاره المصنّف و الأكثر من تقديم قول من ينكر الزيادة في المال و المدّة؛ التفاتاً إلى الأصل الشهير، و لأنّ المولى باعترافه بأصل الكتابة و استحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب و على ماله. ثمّ هو يدعي زيادةً في ذمّة المكاتب، و هو ينكرها، فيكون قوله مقدّمًا في ذلك.

قوله: «إذا دفع مال الكتابة و حكم بحريته فبان العوض معيباً» إلى آخره.

قد تقرّر أنّ العوض في الكتابة لا يكون إلا ديناً. ثمّ مستحقّ الدين في ذمّة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة فله ردّه و طلب ما يستحقّه، و لا يرتفع العقد. ثمّ إن كان المقبوض من غير جنس حقّه لم يملكه، إلا أن يعتاض من حيث يجوز الاعتياض.

وإن اطلع على عيب نظر، إن رضى به فهل يملكه بالرضى، أو بالقبض وإنّما تأكّد الملك

بالرضى؟ فيه وجهان. وإن ردّه فهل نقول: ملكه بالقبض ثم انتقل الملك بالردّ، أو نقول: إذا ردّ تبين أنّه لم يملكه؟ فيه قولان (1).

فهذه قاعدة كلّية حقّقناها في باب الصرف وبنى عليها مسائل قد سبقت (2).

منها: أنّ عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمّة و جرى التقابض و تفرّقا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً و ردّه، فإن قلنا إنّ ملك بالقبض صحّ العقد، وإن قلنا تبين أنّه لم يملك فالعقد فاسد؛ لأنّهما تفرّقا قبل التقابض.

و منها: إذا أسلم في جارية و قبض جاريته فوجد بها عيباً فردّها فهل على المسلم إليه استبرؤها؟ يبنى على هذا الخلاف فإن قلنا إنّ ملك بالقبض و جب الاستبراء؛ لأنّها رجعت إليه بملك جديد، وإن قلنا بعدم الملك فلا استبراء؛ لبقائها على الملك السابق.

إذا تقرّر ذلك فإذا وجد السيّد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به، و بين أن يرده و يطلب بدله. و لا فرق بين العيب اليسير و الفاحش عندنا. فإن رضى به فالعتق نافذ لا محالة، و يجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحقّ. و هل يحصل العتق عند الرضى، أو حصل من وقت القبض؟ وجهان، أشبههما الثاني.

وإن أراد الردّ و الاستبدال فإن قلنا تبين بالردّ أنّ الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير

حاصل، فإن أدّى على الصفة المستحقّة بعد ذلك فحينئذٍ حصل العتق.

وإن قلنا يحصل الملك في المقبوض و بالردّ يرتفع فوجهان:

أحدهما: أنّ العتق كان حاصلًا إلاّ أنّه كان بصفة الجواز، فإذا ردّ العوض ارتدّ.

و أصحّهما: أنّه تبين أنّ العتق لم يحصل؛ إذ العتق ليس من التصرفات التي يتطرّق النقض إليها، فلو حصل لما ارتفع، و لا يثبت العتق بصفة اللزوم إجماعاً.

ص: 487

1- من القائلين بالقول الثاني العلامّة في إرشاد الأذهان، ج 2، ص 79؛ والصيمري في غاية المرام، ج 3، ص 413 و لم نعر على القائل بالقول الأوّل.

2- راجع ج 3، ص 258 - 259.

الرابعة عشرة: • إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة، فإن كان ما في يده يقوم بالجميع فلا بحث. وإن عجز و كان مطلقاً تحاصّ فيه الديان و المولى. وإن كان مشروطاً قدّم الدين؛ لأنّ في تقديمه حفظاً للحقّين.

و لو مات و كان مشروطاً بطلت الكتابة و دفع ما في يده في الديون خاصّة. و لو قصر قسّم بين الديان بالحصص. و لا يضمّنه المولى؛ لأنّ الدين تعلقّ بذلك المال فقط.

و لو طلب الأرش مع الرضى بالمعيب فله ذلك، و تبين حينئذٍ أنّه لم يقبض كمال النجوم، فإذا أداه حصل كمال العتق حينئذٍ. وإن عجز عنه و كانت مشروطاً فللسيد استرقاقه، كما لو

عجز عن بعض النجوم.

و لو فرض تجدد عيب في العوض الذي ظهر معيباً لم يمنع العيب الحادث في يد المولى الردّ بالعيب الأوّل مع أرش الحادث؛ لاستحقاقه الردّ أولاً- فيستصحب، و العيب الحادث يجبر بالأرش، و لأنّها ليست معاوضةً حقيقةً؛ لأنّها معاوضة على مال المالك بماله، فليس لها حكم المعاوضات اللازمة؛ و لهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أخذ الكسب بلا عوض.

و قال الشيخ: يمنع العيب الحادث الردّ(1)؛ لأنّها معاوضة كالبيع، وهو بعيد؛ لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضّة.

قوله: «إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة - إلى قوله - تعلقّ بذلك المال فقط». إذا اجتمع على المكاتب ديون غير مال الكتابة، فإنّما أن يكون للمولى أو لغيره أو لهما. ثمّ إنّما أن يفي ما في يده بها أو يقصر. ثمّ إنّما أن يكون مطلقاً أو مشروطاً. و باختلاف هذه الصور الاثني عشر تختلف الأحكام. فإن كان الدين للمولى بأن كان له مع النجوم دين معاملة على

ص: 488

المكاتب أو أرش جناية عليه أو على ماله، فإن وفي ما في يده بها فلا بحث، وإلا فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر وتأخير النجوم فذاك، و إن تراضيا على تقديم النجوم عتق، ثم لا يسقط الدين الآخر فللسيد مطالبته به.

ولو كان ما في يده وافيًا بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضى السيد فالحكم ما بيناه. وللسيد أن يمنعه من تقديم النجوم؛ لأنه لا يجد مرجعًا للدين، وإذا تقدّمت النجوم عتق، فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر ثم يعجزه. وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ وجهان، أحدهما: لا؛ لأنه قادر على أداء النجوم، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز. وأوجهها: نعم؛ لأنه يتمكن من مطالبته بالدينين معاً وأخذ ما في يده عنهما، وحينئذٍ فيعجز عن قسط من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما في يده ولم يتعرضا للجهة، ثم قال: قصدت النجوم، وأنكر السيد فالمصدق المكاتب؛ لأنه أعرف بقصده، كما لو كان عليه دينان بأحدهما رهن وأدى أحدهما وادّعى إرادة دين الرهن.

وإن كانت الديون لغير المولى أو لهما ولم يف ما في يده بها، فإن لم يحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء فله تقديم ما شاء من النجوم و غيرها، كالحزّ المعسر يقدم ما شاء من الديون. ولكنّ الأولى أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأرش، فإن فضل شيء جعله في النجوم. وسيظهر وجه هذا الترتيب.

وإن حجر الحاكم عليه تولّى قسمة ما في يده. وفي كيفية القسمة وجهان:

أحدهما - وهو ظاهر اختيار المصنّف - قسمته على إقدار الديون من غير أن يقدم بعضها على بعض؛ لأنّ جميع الديون متعلّق بما في يده. والأقوى أنّ ما انفرد منها يقسمه على إقدار

الديون.

وأجودهما أنّه يقدم دين المعاملة؛ لأنه يتعلّق بما في يده لا غير، ولأرش الجناية متعلّق

آخر وهو الرقبة، وكذلك حقّ السيّد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة. ثمّ يقدّم أرش الجناية على النجوم؛ لأنّ الأرش مستقرّ و النجوم عرضة للسقوط إمّا باختيار المكاتب أو مع عجزه، ولأنّ حقّ المجنيّ عليه مقدّم على حقّ المالك في القرن فكذا المكاتب.

هذا إذا كان مطلقاً. ولو كان مشروطاً قدّم الدين على النجوم؛ لأنّ في تقديمه جمعاً بين الحقّين.

ولو كان للمولى معهم دين معاملة ففي مساواته لمال الكتابة أو لدين الأجنب وجهان، أظهرهما الثاني؛ لأنّه إذا سقط لم يكن له بدل كديون الغرماء، بخلاف دين النجوم، فإنّه إذا سقط عاد المولى إلى الرقبة. ووجه الأول أنّ ديون السيّد ضعيفة؛ لأنّها عرضة للسقوط بالتعجيز. ويبقى في التسوية بين الديون أو تقديم دين المعاملة ما سبق.

ولو مات المكاتب قبل أن يقسّم ما في يده وكان مشروطاً انفسخت الكتابة وسقطت النجوم. وفي سقوط دين أرش الجناية وجهان:

أحدهما - وبه قال الشيخ (1) - يسقط أيضاً؛ لأنّه يتعلّق بالرقبة وقد تلفت، وتعلّقها بما في يده بحكم الكتابة، فإذا بطلت الكتابة بطل ذلك التعلّق. وعلى هذا يتعيّن صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات.

والثاني: أنّه يتعلّق بالمال؛ استصحاباً لحالة الكتابة، ولفوات المحلّ، مع كونه أقوى من دين المعاملة. وعلى هذا فإنّ سؤنا بينهما في صورة التعجيز فهنا أولى، وإن قلنا بالترتيب احتمل بقاؤه؛ استصحاباً لما كان في حال الحياة. والأظهر التسوية؛ لأنّ الدينين متعلّقان بما خلفه، و تأخّر الأرش في الحياة كان لتوقع توفيره وقد بطل ذلك التوقع. وعلى التقديرين لا يضمن المولى ما فات من الدين؛ لأنّ تعلّقه بمال المكاتب.

ص: 490

الخامسة عشرة: • يجوز أن يكتب بعض عبده إذا كان الباقي حرّاً أو رقّاً له. و منعه الشيخ. و لو كان الباقي رقّاً لغيره فأذن صحّ. و إن لم يأذن بطلت الكتابة؛ لأنّها تتضمّن ضرر الشريك، و لأنّ الكتابة ثمرتها الاكتساب، و مع الشركة لا يتمكّن من التصرف.

و اعلم أنّه على تقدير التحاصّ في ماله حيّاً و بقاء النجوم أو بعضها فللسيد تعجيزه إن كان مشروطاً أو مطلقاً مع اليأس من الوفاء كما مرّ.

و إن بقيت الأروش أو بعضها فلمستحقّ الأرش تعجيزه أيضاً لتباع رقبته في حقّه. ولكن لا يعجزه بنفسه؛ لأنّه لم يعقد حتى يفسخ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم حتّى يعجزه.

و لو أراد المولى أن يفديه و تبقى الكتابة، ففي وجوب القبول وجهان، من أنّه رقيق المولى في الجملة و له غرض في إتمام اعتاقه و في استيفائه لنفسه إن لم يتمّ فيمكن من الفداء، و من أنّ المولى إنّما يفدي إذا تعلّق الأرش بالرقبة و هذا لا يتحقّق ما دامت الكتابة باقيةً. و أمّا صاحب دين المعاملة فليس له التعجيز؛ لأنّ حقّه لا يتعلّق بالرقبة.

قوله: «يجوز أن يكتب بعض عبده إذا كان الباقي حرّاً أو رقّاً له. و منعه الشيخ. و لو كان الباقي رقّاً لغيره فأذن صحّ» إلى آخره.

إذا كاتب بعض العبد فإمّا أن يكون باقية حرّاً، و لا إشكال في صحّة الكتابة؛ لأنّها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال. و إمّا أن يكون باقيه أو بعض الباقي رقيقاً، فالقدر الرقيق إمّا أن يكون له أو لغيره. فإن كان له فالمصنّف (رحمه الله) و الأكثر - و منهم الشيخ في الخلاف (1) - على الجواز؛ للأصل، و عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم» (2) و لأنّ

ص: 491

1- الخلاف، ج 1، ص 390، المسألة 14.

2- أورده الشيخ في الخلاف، ج 3، ص 176 - 177، المسألة 290؛ و العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 248. ذيل المسألة 218؛ و ج 6، ص 240، المسألة 10.



بيع نصيبه وعتقه جائزان و الكتابة لاتنفك عنهما.

وقال الشيخ في المبسوط: لا يصح (1)؛ لأن الكتابة يلزمها رفع الحجر عن المكاتب في جهات الاكتساب و ما يتوقف عليه كالسفر، و ينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة، و هو غير ممكن هنا؛ لتوقف السفر و التكسب على إذن السيد، و يشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة؛ لأنه كسبه.

و أجيب (2) بأن المنع من السفر و الاكتساب يرتفع بالمهياة كارتفاعه عن الشريكين. و يمنع مشاركته في سهم المكاتبين من الزكاة؛ لأنه إنما يدفع لجهة الكتابة، و لأنه لا يملك النصيب بل يدفعه في كتابته.

وإن كان الباقي لغيره فإن لم يأذن الشريك لم يصح؛ لعدم الاستقلال، و لأن نصيب الشريك يتبعض فيتضرر.

وإن كان بإذنه ففي الصحة قولان:

أحدهما - و هو الذي جزم به المصنف - الصحة؛ لأنه يستقل في البعض المكاتب عليه و إذا جاز أفراد البعض بالإعتاق جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق.

و الثاني: العدم؛ لما تقدم من أن الشريك يمنعه من التردد و المسافرة و لا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه.

و الأقوى الجواز و إن لم يأذن، بتقريب ما سلف حجة و جواباً. و القولان للشيخ في الخلاف (3) و المبسوط (4).

ص: 492

1- المبسوط، ج 4، ص 473 - 474.

2- المجيب هو فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 594.

3- الخلاف، ج 6، ص 401، المسألة 28.

4- المبسوط، ج 4، ص 475.

و أما اللواحق

فتشتمل على مقاصد:

### المقصد الأول في لواحق تصرفاته

وقد بينا أنه لا يجوز أن يتصرف بما ينافي الاكتساب - من هبة أو محاباة أو إقراض أو إعتاق - إلا بإذن مولاه. وكما يصح أن يهب من الأجنبي بإذن المولى، فكذا هبته لمولاه.

ونريد ان نلحق هنا مسائل:

الأولى: • المراد من الكتابة تحصيل العتق، وإنما يتم بإطلاق التصرف في وجوه الاكتساب. فيصح أن يبيع من مولاه و من غيره، و أن يشتري منه و من غيره.

و يتوحي ما فيه الغبطة في معاوضاته فيبيع بالحال لا- بالمؤجل، إلا أن يسمح المشتري بزيادة عن الثمن، فيعجل مقدار الثمن و يؤخر الزيادة. أما هو فإذا ابتاع بالدين جاز. وكذا إن استسلف و ليس له أن يرهن؛ لأنه لا حظ له، وربما تلف منه. وكذا ليس له أن يدفع قراضاً.

قوله: «المراد من الكتابة تحصيل العتق، وإنما يتم بإطلاق التصرف في وجوه الاكتساب.

فيصح أن يبيع من مولاه و من غيره» إلى آخره.

المكاتب كالحرف في معظم التصرفات، فيبيع و يشتري و يؤجر و يستأجر، و يأخذ بالشفعة، و يقبل الهبة و الصدقة، و يصطاد و يحتطب، و يؤدب عبيده إصلاحاً للمال، كما يفصدهم

و يحتقنهم.

ص: 493

و ليصحّ منه التصرفات التي فيها تبرّع أو خطر؛ لأنّ المقصود تحصيل العتق فيحتاط له، ولأنّ حقّ السيّد غير منقطع عمّا في يده، فإنّه قد يعجز فيعود إلى الرقّ. هذا هو القول الجملي (1)، وفي التفصيل صور قد تقدّم منها حكم بيعه وعتقه وهبته وإقراضه، و ما تقرّر من ذلك.

و لا فرق في البيع والشراء بين وقوعهما مع سيّده وأجنبي؛ لاشتراكهما في المقتضي. ولما كان الواجب عليه تحريّ ما فيه الغبطة ومظنة الاكتساب فعليه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل؛ لأنّ إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرّع و مشتمل على خطر، سواء باع بمثل قيمته أم أكثر، و سواء استوثق بالرهن و الكفيل أم لا؛ لأنّ الكفيل قد يفلس و الرهن قد يتلف. نعم، يجوز أن يبيع ما يساوي مائة بمائة نقداً و بمائة نسيئةً.

و يجوز أن يشتري نسيئةً بثمن النقد و لا يرهن به، فإنّه قد يتلف. و إن اشتراه بثمن النسيئة ففي جوازه وجهان، من اشتماله على التبرّع، و من عدم الغبن.

و فرّقوا بين المكاتب و بين الوليّ حيث يبيع مال الطفل نسيئةً و يرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة، فإنّ المراعى هناك مصلحة الطفل و الوليّ منصوب لينظر له، و ها هنا المطلوب العتق و المرعيّ مصلحة السيّد، و المكاتب غير منصوب لينظر له.

و ربما قيل بمساواته للوليّ في مراعاة المصلحة، خصوصاً مع دعاء الضرورة إلى البيع

و الرهن كما في وقت النهب؛ لما فيه من حفظ المال.

و متى باع أو اشترى لم يسلم ما في يده حتّى يتسلم العوض؛ لأنّ رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر؛ و لذلك ليس له السلم؛ لأنّ مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس و انتظار المسلم فيه، سيّما إذا كان الثمن مؤجّلاً. و مثله دفع المال قراضاً. و له أن يأخذه لأنّه نوع تكسّب

ص: 494

1- في بعض النسخ: «المجمل» بدل «الجملي».

الثانية • إذا كان للمكاتب على مولاه مال و حلّ نجم، فإن كان المالان متساويين جنساً و وصفاً تهاترا. و لو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل. و إن كانا مختلفين لم يحصل التقاص إلا برضاهما. و هكذا حكم كلّ غريمين.

و إذا تراضيا كفى ذلك و لو لم يقبض الذي له ثم يعيده عوضاً، سواء كان المال أثماناً أو أعوضاً، و فيه قول آخر بالتفصيل.

قوله: «إذا كان للمكاتب على مولاه مال و حلّ نجم، فإن كان المالان متساويين جنساً و وصفاً» إلى آخره.

المولى في معاملة المكاتب كالأجنبي مع الأجنبي في الأحكام، فإذا ثبت للمكاتب دين على مولاه عن معاملة، و كان للمولى عليه النجوم أو دين معاملة، ففي التقاص تفصيل و اختلاف لا يختص بالمولى و المكاتب.

و جملة القول فيه أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين، و للآخر دين على الأول، فإن اتحد الجنس و الصفة فالمقاصة قهرية، سواء كانا نقدين أو عرضين مثليين، و إن اختلف الجنس أو الوصف و لو بالحلول و التأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيمتين اعتبر التراضي، و لا يفتقر معه إلى قبضهما و لا إلى قبض أحدهما. و كذا لو كان أحدهما نقداً و الآخر عرضاً. و التفصيل الذي أشار إليه المصنّف (رحمه الله) للشيخ في المبسوط. و محصّله: «أنّ الدينين إن كانا نقدين قبض أحدهما و دفعه عن الآخر، و إن كانا عرضين فلا بدّ من قبضهما، و إن كان أحدهما نقداً قبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز، دون العكس» (1).

و كأنّ الشيخ يجعل المقاصة بيعاً، فيلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين، و بيع العرض قبل القبض و غيرها.

ص: 495

الثالثة • إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصحّ. وإن أذن له صحّ. وكذا لو أوصى له به ولم يكن في قبوله ضرر، بأن يكون مكتسباً يستغني بكسبه. وإذا قبله فإن أدى مال الكتابة عتق المكاتب وعتق الآخر مع عتقه، وإن عجز ففسخ المولى استرقفهما. وفي استرقاق الأب تردّد.

قوله: «إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصحّ - إلى قوله - وفي استرقاق الأب تردّد».

لما كان تصرّف المكاتب مشروطاً بالغبطة وما فيه الاكتساب لم يصحّ أن يشتري من يعتق عليه من أب وابن وغيرهما بغير إذن المولى؛ لما فيه من تفويت المال بالعتق.

وربما قيل بالجواز؛ لأنه اشترى مملوكاً لا ضرر على المولى في شرائه<sup>(1)</sup>؛ ولهذا كان كسبه له، وإن عاد المكاتب في الرقّ عاد المملوك المشتري كالأجنبي.

وهو ضعيف؛ لأنّ صرف المال في ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسّب به غير سائغ له وإن لم يعتق في الحال.

ولو وهب منه أو أوصى له به فإن لم يقدر على التكسّب لصغر أو زمانة وعجز و كان يلزمه نفقته لم يجزئ له قبوله؛ لأنّ نفقته تلزم المكاتب من حيث هو مملوكه وإن لم تجب عليه نفقة القريب. وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله، بل ربما استحَبّ؛ لأنّه لا ضرر عليه في القبول. ثمّ لا يعتق عليه، لأنّ ملكه ضعيف، وإنّما يعتق بعتقه ويرقّ برقّه. وليس له بيعه. وتكون نفقته في كسبه، فإن فضل منه فضل كان للمكاتب [أن] يستعين به في أداء النجوم؛ لأنّه بمنزلة المملوك. فإن مرض أو عجز أنفق المكاتب عليه؛ لأنّه من صلاح ملكه، وليس هذا كالإنفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه، لأنّ ذلك مبنيّ على المواساة.

ص: 496

---

1- نسبه إلى القيل أيضاً فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 613.

الرابعة: • إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له أن يفتكّه بالأرث، إلا أن يكون فيه الغبطة له.

ولو كان المملوك أب المكاتب لم يكن له افتكاكه بالأرث ولو قصر عن قيمة الأب؛ لأنّه يتعجل بإتلاف مال له التصرف فيه، ويستبقى ما لا ينتفع به؛ لأنّه لا يتصرف في أبيه. وفي هذا تردّد.

والمصنّف (رحمه الله) تردّد في استرقاق القريب إذا استرقّ المكاتب، ووجه التردّد ما ذكرناه، و من تشبّثه بالحرّيّة بجريانه في ملك ولده. و هذا وجه ضعيف. و لم يذكر غيره في المسألة احتمالاً. و الوجه القطع بتبعيته له في الاسترقاق و الانعتاق.

قوله: «إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له أن يفتكّه بالأرث» إلى آخره.

يتحقّق الغبطة بقصور الأرث عن قيمته فيفضل له ما ينتفع به، و كذا لو استغرقت قيمته، ولكن كانت عينه تشتمل على منفعة تعود على المكاتب في ماليّته بكسب وغيره.

و الفرق بين قريبه و عبده حيث جاز فداء العبد دونه أنّ الرقبة تبقى له فيصرفها في النجوم بخلاف القريب، فإنّ ما يفتكّه به محض إتلاف معجل للمال في مقابلة ما لا ينتفع بماليّته؛ لأنّه لا يجوز له التصرف في رقبته ببيع و لا غيره، بل أمره موقوف كما مرّ.

والمصنّف تردّد في جواز فكّه ووجه التردّد ممّا ذكرناه، و من إمكان الاستعانة بثمنه كما مرّ على تقدير شرائه (1).

و بالجمله فالإشكال هنا يرجع إلى الإشكال في جواز شرائه و عدمه، فإن أجزناه فداءه وإلا فلا.

ص: 497

1- مرّ في ص 496.

وفيه قسمان:

الأول في مسائل المشروط، وهي سبع:

الأولى: • إذا جنى المكاتب على مولاه عمداً فإن كانت نفساً فالقصاص للوارث، فإن اقتصّ كان كما لو مات. وإن كانت طرفاً فالقصاص للمولى، فإن اقتصّ فالكتابة بحالها.

وإن كانت الجنابة خطأ فهي تتعلّق برقبته، وله أن يفدي نفسه بالأرش؛ لأنّ ذلك يتعلّق بمصلحته. فإن كان ما بيده بقدر الحقيين فمع الأداء ينعق، وإن قصر دفع أرش الجنابة، فإن ظهر عجزه كان لمولاه فسخ الكتابة.

وإن لم يكن له مال أصلاً وعجز فإن فسخ المولى سقط الأرش؛ لأنّه لا يثبت للمولى في ذمّة المملوك مال، وسقط مال الكتابة بالفسخ.

قوله: «إذا جنى المكاتب على مولاه عمداً فإن كانت نفساً فالقصاص للوارث، فإن اقتصّ كان كما لو مات» إلى آخره.

إذا جنى المكاتب على مولاه فإمّا أن يكون متعلّق الجنابة نفساً أو ما دونها. وعلى التقديرين إمّا أن يكون عمداً أو خطأً. فإن كانت على نفسه عمداً فالقصاص للوارث، فإن اقتصّ بطلت الكتابة كما لو مات. وإن عفا على مال أو كانت الجنابة توجب المال تتعلّق الواجب بما في يده؛ لأنّ المولى مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي، فكذلك في الجنابة. وما الذي يلزم المكاتب الأرش بالغاً ما بلغ، أو الأقلّ منه ومن قيمته؟ قولان، من عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «لا يجني الجاني على أكثر

من نفسه»(1)، فلو طولب بالزيادة لزم جنايته على أكثر من نفسه(2)، و من أنه كالحِرِّ في المطالبة ما دامت المكاتب باقية خصوصاً بالنسبة إلى المولى؛ لأنَّ رَقَّه يمنع استحقاق المولى مطالبته بمال الجناية، فلو لم يعتبر فيه مناسبة الحرِّ لم يمكن الحكم باستحقاق المولى الأرش. وهو ظاهر اختيار المصنّف حيث أطلق الأرش(3). والأقوى الأوّل.

ثم إن وفي ما في يده بالأرش و مال الكتابة وفي الحثّين و عتق. وإن قصر عنهما أو لم يكن في يده شيء و عجزه المولى سقط الأرش؛ إذ لا يثبت للمولى على مملوكه دين، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإنَّ الأرش يتعلّق برقبته.

ولو أعتق المولى المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه من النجوم، فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش؛ لأنّه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلّق الأرش باختياره و لا مال غيرها.

وفيه وجه آخر أنّه لا يسقط؛ لاستقلال المكاتب، و ثبوت حقّ المولى في ذمّته، و لأنّ العتق يولد(4) إمكان تعلّق دين المولى به، بخلاف الرقبة فإنّها تنافيه، و الكتابة المتوسطة بينهما تصحّح ثبوت دين المولى فالحرّيّة أولى.

وإن كان في يده مال ففي تعلّق الأرش به وجهان: أحدهما: المنع؛ لأنّ الأرش كان متعلّقاً بالرقبة و قد تلفت و أظهرهما: التعلّق. و التوجيه المذكور ممنوع، بل الأرش متعلّق بالرقبة و بما في يده.

ص: 499

- 1- تهذيب الأحكام، ج 10، ص 182، ح 712؛ الاستبصار، ج 4، ص 267، ح 1008، وفيهما عن أبي عبد الله عليه السلام: وعن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم في مسند أحمد، ج 4، ص 557، ح 15634؛ و سنن ابن ماجه، ج 2، ص 890، ح 2669، بتفاوت.
- 2- ذهب إليه يحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص 412؛ و العلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 241، الرقم 5750.
- 3- ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 520 - 521؛ و العلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 249؛ و الشهيد في الدروس الشرعيّة، ج 2، ص 204 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 10).

4- في «م»: «يؤكّد» بدل «يولد»



الثانية: • إذا جنى على أجنبي عمداً فإن عفا فالكتابه بحالها. وإن كانت الجناية نفساً واقتصّ الوارث كان كما لو مات. وإن كان خطأ كان له فكّ نفسه بأرش الجناية. ولو لم يكن معه مال فللأجنبي بيعه في أرش الجناية، إلا أن يفديه السيد، فإن فداه فالكتابه بحالها.

ولو أدى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً، كما لو جنى على أجنبي وأدى النجوم

وعتق ولو كانت الجناية على طرف المولى فله القصاص، كما لو جنى على مملوكه.

قوله: «إذا جنى على أجنبي عمداً، إلى آخره.

إذا كانت جنائته على أجنبي فحكمها إن أوجبت القصاص واستوفاه المستحقّ كالسابق؛ لفوات المحلّ. وإن عفا أو أوجبت مالا أو كانت دون النفس نظر إن كان في يده مال طولب به ممّا في يده. وفي وجوب أرش الجناية أو الأقلّ منها ومن القيمة ما تقدّم (1)، وأولى بالاكْتفاء بالأقلّ هنا؛ لأنّ الأرش يتعلّق برقبته وإن استرقّه المولى بخلاف ما لو كانت على المولى، فمراعاة جانب الحرّيّة ثمّ أقوى، ومراعاة جانب القنّ هنا أقوى.

وإن لم يكن في يده مال وطلب مستحقّ الأرش تعجيزه عجزه الحاكم، ثمّ يباع كلّه في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلا فيباع منه بقدر الأرش، وتبقى الكتابة في الباقي، فإذا أدى حصّته من النجوم عتق ذلك القدر.

ولو أراد المولى أن يفديه من ماله ويستديم الكتابة فله ذلك، وعلى مستحقّ الأرش قبوله إن كانت الجناية خطأً، وإن كانت عمداً فالتخيير للمجنّي عليه كالقنّ.

وعلى تقدير اختياره فداءه لا يلزمه الاستمرار عليه، بل له أن يرجع عن اختياره ويسلّمه للبيع، إلا إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاماً بالفداء؛ لأنّه فوّت بالإعتاق والبيع والتأخير متعلّق حقّ المجنّي عليه.

ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجناية، ولا يلزم المولى فداه وإن كان هو القابض للنجوم؛ لأنّه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى.

ص: 500

1- تقدّم قبيل هذا.

الثالثة: • لو جنى عبد المكاتب خطأً كان للمكاتب فكّه بالأرّش، إن كان دون قيمة العبد وإن كان أكثر لم يكن له ذلك، كما ليس له أن يبتاع بزيادة عن ثمن المثل.

قوله: «لو جنى عبد المكاتب خطأً كان للمكاتب فكّه بالأرّش» إلى آخره.

إذا جنى عبد المكاتب، فإمّا أن يجني على أجنبي، أو على سيّده وهو المكاتب، أو على

سيّد سيّده، فهنا أقسام:

الأوّل: أن يجني على أجنبي، فإن كان عمداً وهو مكافئ فله القصاص، فإن عفا المستحقّ على المال أو كانت الجناية موجبةً للمال تعلق برفقته يباع فيه، إلا أن يفديه المكاتب. وهل يفديه بالأرّش أو بالأقلّ منه ومن قيمته؟ القولان. فإن قلنا بالأوّل (1) - وهو ظاهر اختيار المصنّف - فإن كان الأرّش قدر قيمته أو أقلّ فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقلّ به كما لا يستقلّ بالتبرّعات.

ثمّ الاعتبار بقيمة العبد يوم الجناية؛ لأنّه يوم تعلق الأرّش بالرقبة، وفيه وجه آخر: أنّه يعتبر قيمة يوم الاندمال، بناءً على أنّه وقت المطالبة بالمال وثالث: وهو اعتبارها يوم الفداء؛ لأنّ المكاتب إنّما يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه يومئذٍ. ورابع: وهو اعتبار أقلّ القيمتين من يوم الجناية ويوم الفداء، احتياطاً للمكاتب، وإيفاء للمال عليه. والأوجه آتية في قيمة المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته.

هذا في عبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه. فأمّا من يتكاتب عليه ويتبعه فيها كولد من أمته، وكما لو وهب منه ولده أو والده حيث يجوز له القبول - فليس له أن يفديه بغير إذن السيّد؛ لأنّ فداه كشرائه.

الثاني: أن يجني على سيّده فله القصاص ولا يحتاج إلى إذن السيّد، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب؛ إذ لا يثبت للمولى على عبده مال.

الثالث: أن يجني على سيّد سيّده، فهو كما لو جنى على أجنبي فيباع في الأرّش إلا أن يفديه المكاتب، وبقي من أحكام جناية عبده أقسام آخر تأتي.

ص: 501

الرابعة: • إذا جنى على جماعة فإن كان عمداً كان لهم القصاص، وإن كان خطأً كان لهم الأرش متعلقاً برقبته. فإن كان ما في يده يقوم بالأرش فله افتكاك رقبته، وإن لم يكن له مال تساوا في قيمته بالحصص.

الخامسة: • إذا كان للمكاتب أب وهورقه فقتل عبداً له لم يكن له القصاص، كما لا يقتص منه في قتل الولد.

ولو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض جاز له الاقتصاص؛ حسماً لمادة التوثب.

قوله: «إذا جنى على جماعة فإن كان عمداً كان لهم القصاص» إلى آخره.

هذه من جملة أقسام المسألة الثانية، وهي جنية المكاتب على أجنبي، فإذا كانت جنائته على جماعة، فإن كان عمداً وكانت الجناية عليهم دفعةً، بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً فلهم القصاص جميعاً، والأرش في الخطأ وما يوجب مالاً. فإن كان ما في يده يفي بالجميع فله الفك، وإلا تساوا في قيمته بالحصص.

هذا إن أوجبا الأروش بالغة ما بلغت، وإن أوجبا الأقل من أروش الجنائات كلها ومن قيمته تحاصوا فيه بالنسبة. ويستوي الأول والأخير في الأروش.

وفي القصاص مع التعاقب قولان أظهرهما مساواته للأرش، فيشترك الجميع فيه ما لم يحكم به لأولياء الأول، فيكون لمن بعده. وسيأتي تحقيقه في محله إن شاء الله(1).

ولو عفا بعضهم قسم على الباقي ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفى وسقط حق الباقي، فلو عفا على مال شارك. ولو أعتقه المولى أو أبرأه من النجوم فعليه أن يفديه كما سبق. وإن أدى النجوم وعتق فضمان الجناية عليه. وفي الذي يلزمهما من الأرش والأقل القولان.

قوله: «إذا كان للمكاتب أب وهورقه فقتل عبداً له» إلى آخره.

ص: 502

1- يأتي في ج 12، ص 423.

السادسة: • إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات، وإن جني على طرفه عمداً و كان الجاني هو المولى فلا قصاص و عليه الأرش. و كذا إن كان أجنبياً حراً. وإن كان مملوكاً ثبت القصاص.

و كل موضع يثبت فيه الأرش فهو للمكاتب؛ لأنه من كسبه.

هنا مسألتان:

الأولى: إذا كان في جملة عبيده أبوه فقتل عبداً له لم يكن للمكاتب الاقتصاص منه؛ لأنه لو قتل ولده لم يكن له قصاص، فأولى أن لا يثبت للولد قصاص على الوالد في قتل عبده. و لو كان فيهم ابنه فقتل عبداً له فله أن يقتص منه.

و هل له أن يبيع أباه و ابنه إذا كانا في ملكه و جنيا على عبد آخر له جنياً موجبا المال؟ فيه وجهان، أظهرهما العدم؛ لأنه لا يثبت له على عبده مال، و الأصل منع بيع الوالد. و وجه الجواز أنه يستفيد به حصول أرش الجناية، و يخالف غير أبيه و ابنه من عبيده، فإن تعلق الأرش به لا يفيد شيئاً، فإنه كان لا يملك (1) يبعه قبل الجناية.

الثانية: إذا جنى بعض عبيده على بعض فله أن يقتص فيما يوجب القصاص؛ لأنه من

مصالح الملك و لا يحتاج فيه إلى إذن السيد. و فيه وجه ضعيف بتوقفه على إذنه.

و لو كانت جناية بعض عبيده على بعض خطأ فلا شيء له؛ لأنه لا يثبت له على ماله مال. و يخالف العبد في ذلك حكم المكاتب، حيث تقدم أن له أن يفدي نفسه من سيده بالأرش لو كان هو الجاني (2). و الفرق أن المكاتب خرج عن محض الرقبة و صار له ذمة، بخلاف القرن المحض، فإنه لا ذمة له بالنسبة إلى المولى.

قوله: «إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات» إلى آخره.

الجناية على المكاتب إما أن يكون على نفسه أو على ما دونها. ففي الثاني له القصاص إن كانت توجهه و ليس للسيد منعه كالمريض يقتص و لا يعترض عليه الورثة، و المفلس

ص: 503

1- ما أثبتناه من «خ»، وفي سائر النسخ: «كان يملك» بدل «كان لا يملك».

2- تقدم في ص 498 - 499.

يقتصّ ولا يعترض عليه الغرماء. وفيه احتمال بالمنع؛ لأنّه قد يعجزّ نفسه فيعود إلى المولى مقطوع اليد - مثلاً - بلا جابر.

وعلى الأوّل فإن اقتصّ فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال، لكن لو كان المال دون أرش الجناية أو عفا مجّاناً ففي نفوذه بغير إذن المولى وجهان، أصحهما النفوذ، بناءً على أنّ موجب العمد القصاص لا المال. وإن كانت الجناية موجبةً للمال لم يصحّ عفوّه بدون إذن المولى. وإن عفا بإذنه ففيه القولان السابقان.

وحيث يثبت المال لما دون النفس فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم؛ لأنّه يتعلّق بعضو من أعضائه، فهو كالمهر تستحقّه المكاتب، ولأنّ كسبه له، وهو عوض ما تعطلّ من كسبه بقطع العوض و ما في معناه.

وإن كانت نفساً بطلت الكتابة ويموت رقيقاً.

ثمّ إن كان القاتل المولى فليس عليه إلا - الكفّارة. وإن قتله أجنبي فللمولى القصاص مع المكافأة أو القيمة وله كسبه بطريق الملك لا الإرث.

ولو كان القتل بسرّاية الجرح، فإن كان قبل أن يعتق وقد أدى أرش الجرح إلى المكاتب أكمل القيمة للمولى، وإلا دفع إليه تمام القيمة. وإن كان الجاني المولى سقط فيه الضمان

وأخذ كسبه.

وإن كانت السرّاية بعد ما اعتق بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبيّاً فعليه تمام الدية؛ لأنّ الاعتبار في الضمان بحالة الاستقرار، ويكون ذلك لمن يرثه من أقاربه، فإن لم يكونوا فالمولى بالولاء إن ثبت به.

وإن كان الجاني المولى فعليه تمام الدية أيضاً، بخلاف ما لو جرح عبده القنّ ثمّ اعتقه و مات قبل السرّاية حيث لا ضمان؛ لأنّ ابتداء الجناية غير مضمون هنا وها هنا ابتداؤها مضمون.

ولو حصل العتق بالتقاصّ، بأن كان قد جنى على طرفه و وافق أرش الجناية مال الكتابة جنساً ووصفاً فالحكم كما لو حصل العتق بالأداء. ولا يمنع من التقاصّ كون الدية إبلاً؛ فإنّ

السابعة • إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص فللمولى منعه. ولو كان خطأ فأراد الأرش لم يملك منعه؛ لأنه بمنزلة الاكتساب. ولو أراد الإبراء توقّف على رضى السيّد.

. و أمّا المطلق فإذا أدى من مكاتبته شيئاً تحرّر منه بحسابه فإن جنى هذا المكاتب - وقد تحرّر منه شيء - جناية عمداً على حرّ اقتصّ منه. ولو جنى على

الواجب في الابتداء نصف القيمة في مثل اليد و التماس حينئذ يحصل، ثم إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل. وإذا عفا المكاتب عن المال و لم يصحّح (1) عفوّه على ما فضل ثم عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه؟ وجهان، أصحهما نعم؛ لأنّ عفوّه كان لاغياً، ووجه العدم أنّ المانع كان حقّ غيره و قد زال، كما لو باع مال غيره فضولاً ثم ملكه، و أولى بالصحة هنا؛ لأنّ الأرش ملكه، فأشبهه تصرف المفلّس زمن الحجر. و في بطلانها أو وقوفها وجهان سبقا.

و لو كان الجاني على طرف المكاتب عبده فله القصاص. و لو كانت الجناية خطأ لم يثبت له على عبده مال.

قوله: «إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص فللمولى منعه» إلى آخره.

منعه من الاقتصاص من عبد المولى قول الشيخ في المبسوط (2): لبقاء الرقبة المقتضية للسلطنة، و كونه تصرفاً ليس باكتساب و لا يعين عليه. و يضعّف بأنّ ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غير المولى؛ لورود الدليل فيه. و الأقوى جوازه؛ لعموم الآية (3)، و انقطاع سلطنة المولى عنه.

قوله: «و أمّا المطلق فإذا أدى من مكاتبته شيئاً تحرّر منه بحسابه» إلى آخره.

الضابط أنّ المبعّض بالنسبة إلى ما فيه من الحرّية كالحرّ في الأحكام، و منها عدم قتل

ص: 505

1- في بعض النسخ: «لم نصحّح» بدل «لم يصحّح».

2- المبسوط، ج 4 ص 524.

3- المائدة (5): 45.

مملوك لم يقتص منه؛ لما فيه من الحرّية، ولزمه من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرّية، وتعلّق برقبته منها بقدر رقبته.

ولو جنى على مكاتب مساو له اقتص منه. وإن كانت حرّية الجاني أزيد لم يقتص، وإن كانت أقل اقتص منه.

ولو كانت الجناية خطأً تعلّق بالعاقلة بقدر الحرّية، وبرقبته بقدر الرقبة. وللمولى أن يفدي نصيب الرقبة بنصيبها من أرش الجناية، سواء كانت الجناية على عبد أو حرّ.

ولو جنى عليه حرّ فلا قصاص و عليه الأرش. وإن كان رقفاً اقتص منه.

### المقصد الثالث في أحكام المكاتب في الوصايا

وفيه مسائل:

الأولى: • لاتصحّ الوصية برقبة المكاتب، كما لا يصحّ بيعه. نعم، لو أضاف الوصية به إلى عوده في الرقّ جاز، كما لو قال: إن عجز وفسخت كتابته فقد أوصيت لك به.

وتجوز الوصية بمال الكتابة. ولو جمع بين الوصيتين لواحد أو لاثنتين جاز.

المملوك به و من هو أنقص حرّيةً، و ثبوت خطئه على عاقلته، و تعلّق الجناية الموجبة للمال بذمّته و غير ذلك. و بالنسبة إلى ما فيه من الرقبة كالعبد، و يلزمه تعلّق الجناية الموجبة للمال برقبته، و جواز فكّ المولى له، و عدم قتل الحرّ و من هو أزيد حرّيةً به، إلى غير ذلك من الأحكام. فيجتمع على المبعّض حكم الجنائين حيث لا يتنافيان.

قوله: «لاتصحّ الوصية برقبة المكاتب كما لا يصحّ بيعه» إلى آخره.

لما كانت الكتابة لازمة من جهة المولى فليس له التصرّف في رقبته و منفعته، و لم تصحّ وصيته به كما لا يصحّ له بيعه، و كما لاتصحّ الوصية بعبد غيره. نعم، لو قال: «إن عجز مكاتبتي

هذا وعاد إلى الرقّ فقد أوصيت به لفلان» صحّ، كما لو أوصى بثمره نخلته و حمل جاريته

المتجددين بعد الوصية.

ثم إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه، وإثما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما في المجني عليه.

ويحتمل تقديم الوارث؛ لأنّ الوصية له مشروطة بفسخ كتابته و لم يحصل الشرط.

هذا إذا كانت الوصية معلّقة على فسخ كتابته مطلقاً. أمّا لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحّتها عجزه في حياته. وفي التحرير جعل الإطلاق محمولاً على عجزه في حياته(1)، وإثما يكتفي بها بعد موته لو صرح به. و هو غير واضح.

وأما الوصية بالنجوم على المكاتب، فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرّة، كما تصحّ الوصية بالحمل وإن لم يكن مملوكاً في الحال. فإن أذاها فهي للموصى له، وإن عجز فللوارث تعجيزه و فسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له و هل يملك الموصى له إبراءه من النجوم؟ وجهان، أجودهما ذلك؛ لأنّه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء. و وجه العدم أنّه ملّكه استيفاء النجوم و لم يملّكه تفويت الرقبة على الورثة.

و لو أوصى لواحد برقبته إن عجز و لآخر بالنجوم صحّت الوصيتان. ثمّ إن أدّى المال أو أبرأه منه بطلت الوصية الأولى، و إن رقّ بطلت الثانية. لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته. فإن امتنع و أمهله فالوجهان السابقان.

و استوجه في التحرير عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث(2). و لو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئاً فهو له. و لو اختلف الموصى له بالرقبة و بالمال في الفسخ عند العجز قدّم صاحب الرقبة، كما يقدر صاحب الرقبة على الوارث.

ص: 507

1- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 256، الرقم 5768.

2- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 256 - 257، الرقم 5769.



الثانية: • لو كاتبه مكاتبه فاسدة ثم أوصى به جاز. و لو أوصى بما في ذمته لم يصحّ و لو قال: «فإن قبضت منه فقد أوصيت به لك» صحّ.

الثالثة: • إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقي عليه فهو وصيته بالنصف وزيادة، و للورثة المشيئة في تعيين الزيادة.

و لو قال: «ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه و مثله» فهو وصية بما عليه، و بطلت في الزائد.

و لو قال: «ضعوا عنه ما شاء» فإن شاء و ابقى شيئاً صحّ. و إن شاء الجميع قيل: لا يصحّ، و يبقى منه شيء بقربنة حال اللفظ.

قوله: «لو كاتبه مكاتبه فاسدة ثم أوصى به جاز» إلى آخره.

قد تقدّم أنّ الكتابة الفاسدة عندنا لا أثر لها البتة (1)، فإذا أوصى بما في ذمته لم يصحّ؛ لأنّه لم يثبت له بها شيئاً في ذمته. و إن أوصى برقبته صحّ كما لو أوصى برقبة عبده القنّ. و لو أوصى بما يقبضه منه صحّ؛ لأنّ الذي يقبضه منه ملكه بواسطة أنّه كسب مملوكه لا من حيث إنّه مال الكتابة، حتّى لو صرح بالوصية بما يقبضه منه من مال الكتابة لم يصحّ، كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض.

و ظاهر إطلاق المصنّف و الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط (2) عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد الكتابة و الجاهل به؛ نظراً إلى حقيقة الحال، و موافقة الوصية ملك الموصي.

و يحتمل الفرق؛ لأنّ الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبة فعنده أنّ ما يأتي به لغو. و قد تقدّم مثله في مواضع، ذكر منها في كتاب الهبات من باع ما وهبه مع فساد الهبة (3)، أو باع مال مورثه معتقداً بقاءه فظهر موته، أو أوصى برقبة معتقة فظهر فساد عتقه، فليُنظر بحثه ثمّ (4).

قوله: «إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقي عليه إلى آخره.

ص: 508

1- تقدّم في ص 463.

2- المبسوط، ج 4، ص 538.

3- راجع ج 5، ص 187 و ما بعدها.

4- راجع ج 5، ص 187 و ما بعدها.

الوصية بالوضع عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث، ويتبع فيها مقتضى اللفظ والقرينة كما في نظائره من المحاورات اللفظية. وقد ذكر هنا من ألفاظ الوصية له

ثلاث مسائل:

الأولى: أن يوصي المولى بأن يوضع عن المكاتب أكثر ما بقي عليه أو أكثر ما عليه، فيوضع عنه نصف ما عليه وزيادة يتحقق بها الأكثرية، و تقدير الزيادة إلى اختيار الوارث. والأظهر كون الزائد على النصف من جملة الوصية لا ابتداء عطية، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العطية، بل في الوصية، وغايته أن يكون تعيين الوصية مفوضاً إلى الوارث.

وهل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متمولة، أم يكفي التمول بانضمامها إلى النصف؟ وجهان، أظهرهما الثاني؛ لأن التمول إنما يعتبر في الوصية وغيرها مع الانفراد، وأما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، وإلا لزم عدم صحة الجميع؛ لأن أجزاءه تبلغ حداً لا يتمول، والوصية هنا بمجموع النصف والزيادة، لا بالزيادة وحدها.

الثانية: لو قال: «ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه و مثله» فهو وصيته بجميع ما عليه وزيادة؛ لأن ما يزيد عن النصف هو نصف الوصية فيكون مثله زائداً على مجموع المال، فيصح فيه ويلغو في الزائد، و مثله ما لو قال: «ضعوا أكثر ممّا عليه» أو ما عليه وأكثر ونحو ذلك.

ولو قال: «أكثر ما عليه ونصفه» وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شيء، ولا يعتبر فيه أن يتمول ويقبل التنصيف إلى ما يتمول إلا على الاحتمال السابق. وأما توهم اعتبار تمول الزيادة دون نصفها بناءً على أن ما يتمول يصح أن يقال: له نصف معتد به وإن لم يتمول، بخلاف نصف ما لا يتمول. فهو فاسد؛ لما ذكرناه من أن الوصية بالمجموع لا بالزيادة منفردة، سواء نصّفها أم لا.

الثالثة: لو قال: «ضعوا عنه ما شاء» أو «ما شاء من مال الكتابة» فإن أبقى منه شيئاً

فلا إشكال في الصحّة، وإن شاء الجميع قال الشيخ في المبسوط: لا يصحّ (1). أمّا في الثاني فظاهر؛ لأنّ «من» للتبعيض، فكأنّه قال: ضعوا عنه بعض مال الكتابة. و أمّا في الأوّل؛ فلأنّ المعنى ضعوا من كتابته ما شاء، ف«من» مقدّرة وإلا لقال: ضعوا عنه النجوم، وإذا كان هذا مضمراً كان كالصورة الأخرى.

وفيه نظر؛ لأنّ تقدير ما شاء من مال الكتابة بمعنى التبعيض غير لازم، بل يجوز أن يكون

معناه ما يريده، و تقدير «من» للتبعيض غير متعيّن؛ لأنّه كما يحتمل التبعيض يحتمل التبيين، فيصحّ تعلّقها بالجميع.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ «من» باشتراكها بين التبيين و التبعيض لا يدلّ على أحدهما بدون القرينة كما في كلّ مشترك، و حينئذٍ فالبعض معلوم على التقديرين و الجميع مشكوك فيه؛

لقيام الاحتمال، فيرجع الأمر إلى معنى التبعيض وإن لم يحمل عليه بخصوصه.

و لو دلّت القرينة على إرادة التبيين أو إرادة الجميع من غير اعتبار «من» عمل بها. و لعلّها

موجودة في الصورة الأولى على إرادة ما يتناول الجميع.

و يظهر من المصنّف خلاف ذلك، و أنّ ظاهر حال اللفظ يقتضى التبعيض. فيمكن أن يريد بحال اللفظ ما ذكرناه من الافتقار إلى تقدير «من» التي لا يتيقّن من معناها إلاّ التبعيض، و أن يريد به حال التركيب كما أشرنا إليه من أنّه لو أراد الجميع لقال: ضعوا عنه النجوم.

وفيه نظر؛ للفرق بين الإرادتين، فإنّه في الأولى جعل المشيئة إليه في إرادة البعض و الجميع، و هذا الغرض لا يتأدّى بقوله «ضعوا عنه النجوم»؛ لأنّ مدلوله وضع الجميع خاصّة لا جعل المشيئة إليه في الجميع و البعض، و الأغراض تتفاوت في ذلك، فلا يلزم من إرادة تعليق التقدير على المشيئة أن يريد بعض متعلّقات المشيئة - و هو الجميع - كما لا يخفى.

ص: 510

الرابعة • إذا قال: «ضعوا عنه أوسط نجومه» فإن كان فيها أوسط عدداً أو قدراً أنصرف إليه. وإن اجتمع الأمران كان الوراثة بالخيار في أيهما شأؤوا. وقيل: تستعمل القرعة. وهو حسن.

وإن لم يكن أوسط - لا قدراً ولا عدداً - جمع بين نجمين ليتحقق الأوسط، فيؤخذ من الأربعة الثاني والثالث، ومن الستة الثالث والرابع.

قوله: «إذا قال: ضعوا عنه أوسط نجومه - إلى قوله - ومن الستة الثالث والرابع».

الأوسط لفظ متواطئ يراد به الشيء بين الشيئين على السواء. والبينية قد تكون بالزمان كوسط النهار المتوسط بين طرفيه، وبالمقدار بسبب زيادته ونقصانه كالاتنين المتوسطين

بين الواحد والثلاثة. والمقدار هنا قد يكون في مال النجوم، وقد يكون في الآجال.

و«النجم» لفظ مشترك في هذا الباب بين أجل مال الكتابة ونفس المال المفروض في الأجل كما بيناه سابقاً (1). وقد تقدّم في الوصايا أنّه إذا أوصى بلفظ يقع على شيئين فصاعداً - سواء كان مشتركاً أو متواطئاً - ووجد في مال الموصي منها أفراد متعدّدة يتخبر الوارث في تعيين أيها شاء، وأنّ فيه قولاً ضعيفاً بالقرعة (2) وهذه المسألة من جزئيات تلك.

والمراد بالأوسط عدداً في النجوم ما كان محفوظاً بمتساويين، كالثاني في الثلاثة والثالث في الخمسة والرابع في السبعة وهو واحد إن كان العدد وترأ كما ذكر، واثنان إن كان زوجاً، كالثاني والثالث في الأربعة، والثالث والرابع في الستة. وبالأوسط قدراً ما كان في جملتها ما هو أكثر منه مالاً وما هو أقلّ، كالدينارين بالنسبة إلى الدينار والثلاثة، سواء تعدّد الوسط والطرفان أم اتّحد. فمتعدّد الوسط كما لو كانت الآجال أربعة، منها واحد بدينار وآخر بثلاثة واثنان كلّ واحد بدينارين. ومتعدّد الطرفين أو أحدهما كما لو كان في المثال واحد بدينارين واثان بدينار واثان بثلاثة.

ص: 511

1- تقدّم في ص 441 - 442.

2- تقدّم في ج 5، ص 340 - 341.

وقد تختلف النجوم قدرأ بحيث يتعدّد الوسط بهذا المعنى مختلفاً، كما لو كان أحد الأربعة دينار و الآخر دينارين و الثالث بثلاثة و الرابع بأربعة، فالثاني محفوف بأقلّ منه و هو الأوّل و أكثر و هو الثالث و الثالث كذلك بالنسبة إلى الثاني و الرابع. فكلّ منهما وسط بهذا المعنى فيحتمل إلحاقهما بالوسط المتعدّد فيتخيّر الوارث؛ لوجود المعنى في كلّ منهما، و الحمل على الأكثر؛ لأنّه حقيقي و الآخر إضافي. و بهذا قطع الشهيد في الشرح (1)

و الكلام في الأوسط أجلاً كالكلام في الأوسط قدرأ، إلّا أنّ المختلف هنا هو الآجال، بأن كان بعضها شهراً و بعضها شهرين و بعضها ثلاثة، إلى آخر ما فصلّ في الأوسط المقداري.

إذا تقرّر ذلك فنقول: النجوم الموصى بأوسطها إمّا أن يكون لها وسط بالعدد خاصّةً، أو بالقدر أو بالأجل أو باثنين منها، إمّا الأجل و القدر أو أحدهما مع العدد أو تجتمع الثلاثة أو لا يكون له وسط واحد بواحد منها، إمّا لعدمه أصلاً أو لتعدّده. و صور هذه الفروض لا يكاد تنحصر ، و أصولها ترجع إلى ثمان - و ما يتفرّع عليها يستفاد منها، فلنقتصر عليها - :

الأولى: أن يكون له أوسط بالعدد خاصّةً، كالثلاثة أنجم أو خمسة متساوية المقادير و الآجال، أو متفاوتهما تفاوتاً لا يفرض فيه أوسط. فالأوسط في الثلاثة عدداً هو الثاني، و الخمسة الثالث؛ لأنّه محفوف بمتساويين. و إمّا حمل على الواحد المذكور دون ما زاد، كالثلاثة الوسطى من الخمسة، فإنّها أيضاً محفوفة بمتساويين؛ لأنّ الوصية بنجم واحد فلا يصار إلى المتعدّد مع إمكان المتّحد المطابق للوصية. و لو فرض إرادته ما هو أعمّ من الواحد، بأن يريد ما صدق عليه الوسط مطلقاً كان من باب المتعدّد، فيتخيّر الوارث.

الثانية: أن يكون لها أوسط بالقدر خاصّةً، كأربعة أنجم متساوية الآجال قسط الأوّل دينار، و الثاني ديناران، و الثالث ثلاثة، و الرابع أربعة، فالثالث أوسط حقيقي بحسب المقدار؛ لأنّه أكثر ممّا دونه مطلقاً و أقلّ ممّا فوقه مطلقاً. و الثاني أوسط أيضاً بالقدر لكن بالإضافة

ص: 512

إلى الثالث و الأول لامطلقاً؛ فلذلك حملناه على الثالث خاصّةً. و الأوسط بالأجل هنا منتفٍ، لتساوي الآجال فيها. و أمّا الأوسط بالعدد فيوجد في الثاني و الثالث، لكنّه متعدّد فلا يحمل

عليه الوصيّة كما مرّ. فليس في المثال أوسط على مقتضى الوصيّة إلاّ الثالث.

الثالثة: أن يكون لها أوسط بالأجل خاصّةً، كأربعة أنجم متساوية المال لكنّ الأجل الأوّل منها شهر و الثاني شهران و الثالث ثلاثة و الرابع أربعة.

و التقريب فيه ما ذكر في القدر. و لو فرض أنّ كلّاً من الثالث و الرابع ثلاثة أشهر فالثاني هو الوسط لا غير. و لو فرض اثنان منها كلّ واحد شهران و الآخر شهر و الرابع ثلاثة فكلّ واحد من المتفقين يصلح للوسطيّة، فيحتمل فيه تعدّد الوسط و جعله من قسم الواحد المتعدّد. و مثله يأتي في الوسط المقداري.

الرابعة: أن يجتمع الأوسط بالعدد و القدر خاصّةً، إمّا في واحد كثلاثة أنجم متساوية الآجال، قسط الأوّل دينار و الثاني اثنان و الثالث ثلاثة، فالثاني وسط بهما فيحمل عليه مؤكّداً. أو مفترقين كما لو كان قسط الأوّل دينارين و الثاني ديناراً، فالأوّل أوسط بالقدر و الثاني بالعدد.

الخامسة: أن يجتمع العدد و الأجل، كثلاثة متساوية المال مختلفة الآجال. فقد يجتمع الأوسطان في واحد أيضاً، كما إذا كان أجل الأوّل شهراً و الثاني شهرين و الثالث ثلاثة. و قد يفترقان، كما إذا كان أجل الأوّل شهرين و الثاني شهراً.

السادسة: أن يجتمع القدر و الأجل خاصّةً مجتمعين، كأربعة أنجم أجل الأوّل شهر و قسطه دينار، و الثاني شهران بدينارين، و الثالث ثلاثة بثلاثة، و الرابع أربعة بأربعة، فالثالث أوسط بهما. و ليس هنا وسط بالعدد متّحد؛ لأنّه به الثاني و الثالث و قد تقدّم أنّه ملغى حيث يمكن الحمل على المتّحد و متفرّقين، كما لو كان الثاني شهرين بثلاثة دنانير، و الثالث ثلاثة أشهر بدينارين، و الآخران بحالهما، فالثالث وسط بالأجل، و الثاني وسط بالقدر.

السابعة: أن يكون لها وسط بالمفهومات الثلاثة، إمّا مجتمعةً كثلاثة أنجم أجل الأوّل

الخامسة: • إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة، فإن برئ فقد لزم العتق والإبراء، وإن مات خرج من ثلثه. وفيه قول آخر: أنه من أصل التركة.

فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته و مال الكتابة عتق. وإن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل. فإن خرج الأقل من الثلث عتق وألغى الأكثر. وإن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت الوصية في الزائد ويسعى في باقي الكتابة. وإن عجز كان للورثة أن يسترقوا منه بقدر ما بقي عليه.

شهر بدينار، و الثاني شهران بدينارين، و الثالث ثلاثة بثلاثة، فالثاني وسط بالثلاثة. أو مفترقة، كما لو كان الأول شهرين بدينار، و الثاني شهراً بثلاثة دنانير، و الثالث ثلاثة أشهر بدينارين. فالأول وسط بالأجل، و الثاني بالعدد و الثالث بالقدر، و قد يجتمع اثنان منها و يفترق عنهما واحد، و أمثله تظهر بأدنى تأمل.

الثامنة: أن لا يكون لها وسط واحد بحسبها و لا بحسب كل واحد منها كأربعة أنجم متساوية أموالاً و آجالاً، أو متفاوتة تفاوتاً لا يحصل فيه أوسط فرد. فإن حصل فيه أوسط زوج أحدها أو بأزيد حمل عليه؛ لتعدّر الحقيقة. لكن هل يؤخذ منهما واحد خاصةً يتخير الوارث، أو يؤخذ الاثنان؛ لأن مجموعهما هو الأوسط؟ وجهان، و ظاهر الأصحاب القطع بالثاني.

وفيه نظر؛ لأنهم إذا سلّموا أن الإطلاق محمول على الواحد و الانتقال إلى المجاز لتعدّر الحقيقة فالمجاز متعدّد باعتبارين؛ لأن أحدهما مجاز في الوسط باعتبار أنه بعض أجزائه حقيقة في الواحد، و الاثنان حقيقة في الأوسط مجاز بعيد في الواحد، فالحمل عليه ليس أولى من الآخر إن لم يكن المرجح في ذلك الجانب؛ لظهور مجازيته في الاستعمال.

و اعلم أن فروض هذا القسم كثيرة، و هي أدق و أخفى تصوّراً من السابقة، فعليك بتأملها.

وقد لا يكون للنجوم وسط أصلاً، كما لو كانت اثنين خاصةً. و في بطلان الوصية لفقد

الموصى به أو الحمل على واحد - التفاتاً إلى المجاز و بابه المتسع - نظر.

قوله: «إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة» إلى آخره.

إذا كاتب عبداً في الصحّة ثم أعتقه أو أبرأه من النجوم في المرض فإن برئ من مرضه

فلا- كلام، وإن مات كان تصرفه بالعتق والإبراء من جملة التبرعات المنجزة، فإن جعلناها من الأصل فلا كلام أيضاً. وإن قلنا: إنها من الثلث - كما هو المشهور - فإن خرج كل واحد من القيمة والنجوم من الثلث، بمعنى أن الثلث يسع أحدهما مع التساوي أو الأكثر منهما عتق كله وسقطت عنه النجوم، وإن تفاوتتا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر اعتبر الأقل، فإن كان له سوى المكاتب مائتان وكانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة خرجت النجوم من الثلث، فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق. ولو كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فالقيمة خارجة من الثلث فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق.

وإنما كان كذلك؛ لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فإن كانت النجوم أقل فالكتابة لازمة من جهته، وقد ضعف ملكه في المكاتب، فليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً، وإن كانت القيمة أقل فهي التي تخرج عن ملكه، والعبد معرض لإسقاط النجوم بأن يعجز نفسه على قول الشيخ (1)، أو يعجز.

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث، بأن كان يملك سوى المكاتب خمسين فيضم أقلهما إلى الخمسين وينفذ العتق في الثلث من العبد. فإذا كانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة ضمنا النجوم إلى الخمسين ونفذنا العتق في الثلث من العبد، وتبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإذا أذاه إلى الورثة عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق، وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صورنا عتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة. وإن كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فكذلك يعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مالها وهو خمسون

هكذا أطلقه الجماعة (2). وهو يتم بلا إشكال على القول بجواز الكتابة من جهة المكاتب؛

ص: 515

1- انظر المبسوط، ج 4، ص 466.

2- كالشيخ في المبسوط، ج 4، ص 526؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 274، الرقم 5797؛ وولده فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 623.



السادسة • إذا أوصى بعق المكاتب، فمات و ليس له سواه، و لم يحلّ مال الكتابة يعتق ثلثه معجلاً - و لا ينتظر بعق الثلث حلول الكتابة؛ لأنّه إن أدّى حصل للورثة المال، و إن عجز استرقوا ثلثيه - و يبقى ثلثاه مكاتباً يتحرّر عند أداء ما عليه.

لكون مال الكتابة غير مستقرّ، أمّا على القول بلزومها فلا يخلو اعتباره من إشكال إلا أن يتحقّق العجز بالفعل. و أيضاً فإنّه إذا أدّى الخمسين في المثال زاد مال المولى؛ لأنّه يثبت هذا المال بعقده و ورث منه، فينبغي أن يزيد ما يعتقه منه فيدخلها الدور، و يستخرج حينئذٍ بالجبر كمنظّرها.

قوله: «إذا أوصى بعق المكاتب فمات و ليس له سواه» إلى آخره.

هذا الحكم ثابت سواء عجل عتقه أو أوصى به، و إنّما خصّص الحكم بالوصية بالعتق

ليكون مجزوماً بكون المعتق ثلثه؛ للخلاف في الأوّل.

وتبّه بقوله «و لا ينتظر بعق الثلث حلول الكتابة» على خلاف بعض الشافعيّة، حيث اعتبر في عتق الثلث وصول الثلثين إلى الوارث (1)؛ لأنّ نفوذ الوصية مشروط بكون ضعفها يد الوارث، و لمّا لم يرجع هنا إلى الوارث ثلثا العبد و لا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق في الثلث.

و المصنّف (رحمه الله) أشار إلى جوابه بقوله «لأنّه إن أدّى حصل للورثة المال» إلى آخره.

و محصّ له أنّ الورثة قد حصل لهم ضعفه يقيناً و إنّما الموقوف عين الحاصل؛ و ذلك لأنّ المكاتب إن أدّى مال الكتابة عن الثلثين حصل للورثة المال و هو ضعف ما عتق، و إن عجز استرقوا ثلثيه و هو الضعف أيضاً، فضعف الوصية حاصل على التقديرين و إن لم يكن متعيّناً

في أحد الأمرين

ص: 516

---

1- راجع الحاوي الكبير، ج 18، ص 285.

السابعة • إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث؛ لأنه معاملة على ماله بماله، فجرت المكاتبه مجرى الهبة. وفيه قول آخر أنه من أصل المال، بناءً على القول بأن المنجزات من الأصل.

فإن خرج من الثلث نفذت الكتابة فيه أجمع، وينعتق عند أداء المال. وإن لم يكن سواه صححت في ثلثه وبطلت في الباقي.

وفي الجواب نظر؛ لأن الوارث ممنوع من التصرف فيما حصل له قبل استقرار الأمر بتعيين أحد الأمرين، والوصية نافذة بغير مانع فالشبهة غير منحسمة. وقد تقدم الكلام على نظير المسألة فيما سبق [و] في الوصايا(1).

واعلم أن قول المصنف (رحمه الله) «ويبقى ثلثاه مكاتباً» معطوف على قوله «يعتق ثلثه معجلاً»، وما بينهما معترض بين الحكمين.

قوله: «إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث» إلى آخره.

في قوله «لأنه معاملة على ماله بماله» جواب عن سؤال مقدّر، تقديره: أن الكتابة معاوضة مالية؛ لأنها إما بيع العبد نفسه أو عتق بعوض، فالعوض حاصل على التقديرين وهو واصل إلى الورثة في مقابلة العبد، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرع والمحاباة فلا شيء يعتبر من الثلث؟

وتقرير الجواب: أن الكتابة وإن كانت معاوضة إلا أنها بحسب الصورة لا الحقيقة؛ لأن العوض والمعوض كليهما من مال المولى؛ إذ الكسب تابع للمملوك، فهي معاوضة على ماله بماله، فكانت في معنى التبرع المحض فلذلك اعتبرت من الثلث مع عدم الإجازة، بخلاف المعاوضة المشتملة على عوض يدخل في مال المالك من خارج كالبيع بثمن المثل والإجازة؛ إذ ليس فيها تقويت مال وإن اشتملت على تبدل الأعيان؛ لأن المعبر في نظر العقلاء غالباً هو أصل المالية دون خصوصية العين. وبهذا يخالف ما إذا باع نسيئة في مرض

ص: 517

1- راجع ج 5، ص 351.

الموت بثمان المثل حيث يصحّ البيع في الجميع؛ لأنّه لو لم يبع لم يحصل له الثمن، وها هنا لو لم يكاتب لحصل له كسبه.

إذا تقرّر ذلك، فإذا كاتب في مرض الموت وقلنا: إنّ منجزاته من الثلث اعتبرت قيمة العبد من الثلث. فإن لم يملك شيئاً سواه وأدى النجوم في حياة المولى، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته عتق كلّ؛ لأنّه يبقى للورثة مثلاه. وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه؛ لأنّه إذا أخذ مائة و قيمته مائة فالجملة مائتان فينفذ التبرّع في ثلث المائتين وهو ثلثا المائة.

ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحّت الكتابة في نصفه. وإن لم يؤدّ حتّى مات السيّد نُظر، إن لم تجزئ الورثة ما زاد على الثلث فنلته مكاتب، فإن أدى حصّة من النجوم عتق. وهل يزداد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان - كما في المسألة السابقة - ووجه العدم أنّ الكتابة قد بطلت في الثلاثين فلا تعود. وهذا هو الذي جزم به المصنّف و الجماعة(1).

ووجه الزيادة زيادة ما صار بيد الوارث، فكان كما لو ظهر للميت دفين أو نصب شبكة في الحياة فيعقل فيها صيد بعد الموت، فإنّه يزداد في الكتابة لذلك

ص: 518

1- منهم الشيخ في المبسوط، ج 4، ص 527.

. وأما الاستيلاء

فيستدعي بيان أمرين:

### الأمر الأول في كيفية الاستيلاء

و هو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه.

ولو أولد أمة غيره مملوكاً ثم ملكها لم تصر أمً وُلده.

ولو أولدها حرّاً ثم ملكها، قال الشيخ: تصير أمً وُلده، وفي رواية ابن مارد: «لا تصير أمً وُلده».

قوله: «و أمّا الاستيلاء ... و هو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه - إلى قوله - لا تصير أمً وُلده».

يدخل في العلق إذا ولدته تاماً و ناقصاً، بل مضغّة و علقّة، لا نطفةً في الأصح؛ لعدم اليقين بكونها مبدأ للنشوء و استعدادها للصورّة الإنسانيّة بخلاف أختيّها، و استصحاباً لحكم الأمة. و فائدة غير الحيّ إبطال التصرف المخرج عن الملك الواقع زمن الحمل، و انقضاء العِدّة به للحرّة و الأمة من الزوج و الشبهة.

و يشترط في تحقّق الاستيلاء كون الولد حرّاً حال العلق على الأظهر، بل لم ينقل المصنّف فيه خلافاً؛ لأنّ الاستيلاء إنّما يثبت تبعاً لحرّيّة الولد و إلى ذلك أشار النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم بقوله في جارية: «أعتقها ولدها» (1). فلو كان مملوكاً له إمّا لكون الواطئ عبداً حالة الوطء و الحمل.

ص: 519

1- سنن ابن ماجة، ج 2، ص 841، ح 2516؛ سنن الدارقطني، ج 3، ص 364 - 365، ح 21/4159 - 23/4161؛ المستدرک على الصحيحين، ج 2، ص 314، ح 2238؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 10، ص 579، ح 21782.

و لو وطئ المرهونة فحملت دخلت في حكم أمهات الأولاد.

أو باشرط الرقبة في حال كونه حرّاً و جوّزنا الشرط لم تصر أم ولد، خلافاً للشيخ (1) و ابن حمزة (2)؛ نظراً إلى الوضع اللغوي.

و كذا الخلاف فيما إذا أولد أمة غيره ولداً حرّاً، بأن تزوّجها في حال حرّيته و لم يشترط الرقبة ثم ملكها؛ عملاً بالأصل و الشك في السبب، و لأن الاستيلاء لم يثبت في الحال فلا يثبت بعد، مؤيداً برواية ابن مارد عن الصادق عليه السلام في رجل يتزوّج الأمة و يولدها ثم يملكها و لم تلد عنده بعد قال: «هي أمته إن شاء باعها ما لم يحدث بعد ذلك حمل، و إن شاء أعتق» (3).

قوله: «و لو وطئ المرهونة فحملت دخلت في حكم أمهات الأولاد».

إذا وطئ الراهن أمته المرهونة فحملت صارت أم ولد؛ لوجود المقتضي له و هو علوقها في ملكه، و انتفاء المانع؛ إذ ليس إلا كونها مرهونة و الرهن لم يخرجها عن ملكه و إن حظر عليه التصرف، فإن الاستيلاء يجمع الوطاء المحرّم بعارض حيث يكون الملك متحققاً، كالوطء في حالة الحيض و الإحرام.

و مقتضى قوله «دخلت في حكم أمهات الأولاد» تحريم بيعها على المرتهن، و ذلك في معنى بطلان الرهن. و هو أحد الأقوال في المسألة، و به صرح المصنّف في كتاب الرهن (4)؛ العموم النهي عن بيع أمهات الأولاد (5)، و فيه قول آخر أنه لا يبطل، و يقدم حق المرتهن لسبقه. و هذا أقوى.

ص: 520

1- المبسوط، ج 4، ص 568.

2- الوسيلة، ص 342 - 343.

3- تهذيب الأحكام، ج 7، ص 482، ح 1940.

4- راجع ج 3، ص 441.

5- الكافي، ج 6، ص 193، باب أمهات الأولاد، ح 5؛ الفقيه، ج 3، ص 139 - 140، ح 3515؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 238 -

239، ح 862؛ الاستبصار، ج 4، ص 12، ح 36.

. وكذا لو وطئ الذمّي أمته فحملت منه. ولو أسلمت بيعت عليه. وقيل: يحال بينه وبينها وتجعل على يد امرأة ثقة. و الأول أشبه.

قوله: «وكذا لو وطئ الذمّي أمته فحملت منه، ولو أسلمت بيعت عليه» إلى آخره.

الإسلام غير شرط في الاستيلاء؛ للعموم (1)، فلو أولد الكافر أمته لحقها حكم أمّهات الأولاد، لكن لو أسلمت قبله تعارض عموم تحريم بيع أمّ الولد (2) و تحريم بقاء المسلم في ملك الكافر الموجب لوجود السبيل له عليه المنفي بقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (3)، فيجب إزالة السبيل عن أمّ الولد المسلمة.

وقد اختلف كلام الشيخ وغيره في مزيله، ففي المبسوط تباع (4)، وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله)؛ لأنّ السبيل لا ينتفي رأساً بدونه، ويكون بيعها مستثنى من عموم النهي لذلك، فإنّه مخصوص بمواضع كثيرة.

وقال في الخلاف تجعل عند امرأة مسلمة تتولّى القيام بحالها (5)؛ جمعاً بين الحقيين؛ لأنّ الاستيلاء مانع من البيع ولا سبيل إلى بقاء السبيل فيجمع بينهما بذلك.

وللعلامة قول ثالث: أنّها تستسعى (6)؛ لأنّ العتق و الحيلولة إضرار بالملك، و البيع منهي عنه، و السبيل واجب الإزالة، فوجب الاستسعاء. وهذا يوجب الاكتفاء بالكتابة بطريق أولى؛ لأنّها تقطع تصرف المولى بخلاف الاستسعاء.

و الأصحّ الأول. و الحقّ فيه لله تعالى لا للمملوك، فلو رضي ببقائه في ملك الكافر لم يجب إليه.

ص: 521

1- راجع وسائل الشيعة، ج 23، ص 175 و ما بعدها، الباب 6 من أبواب الاستيلاء.

2- راجع الهامش 5 من الصفحة السالفة.

3- النساء (4): 141.

4- المبسوط، ج 4، ص 570.

5- الخلاف، ج 6، ص 425 المسألة 2، وفي النسخ: «... القيام بها» و صحّحنا النقل على المصدر.

6- مختلف الشيعة، ج 8، ص 154، المسألة 118.

وفيه مسائل:

الأولى: • أم الولد مملوكة لا تتحرّر بموت المولى، بل من نصيب ولدها. لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيّاً، إلا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى، ولا وجه لأدائه إلا منها. ولو مات ولدها رجعت مطلقاً، و جاز التصرف فيها بالبيع وغيره من التصرفات.

الثانية: • إذا مات مولاها وولدها حيّ جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه. ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها منها، وسعت في الباقي. وفي رواية: «تقوم على ولدها إن كان موسراً» وهي مهجورة.

قوله: «أم الولد مملوكة لا تتحرّر بموت المولى، بل من نصيب ولدها» إلى آخره

لا- خلاف في كون أم الولد مملوكة ما دام المولى حيّاً، فيلحقها أحكام المماليك من جواز إجارتها وتزويجها وتحليلها للغير ووجوب نفقتها وغير ذلك من الأحكام، سوى البيع ونحوه من وجوه النقل عن ملكه، إلا في مواضع مخصوصة أشهرها في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى ولا وجه له إلى أدائه سواها، سواء كان حيّاً أم ميتاً على ما يقتضيه إطلاق العبارة، والأمر فيه كذلك.

وقد تقدّم البحث فيه في النكاح (1) و البيع (2) فلا وجه لإعادته.

قوله: «إذا مات مولاها وولدها حيّ جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه» إلى آخره.

لا شبهة في انعقاد نصيب ولدها منها بمقتضى الملك وعتق القريب به. وأمّا جعلها بأجمعها في نصيب ولدها مع ترك مولاها مالا غيرها فمستنده النص (3)، وإلا فهو حكم

ص: 522

1- تقدّم في ج 6، ص 486 - 487.

2- تقدّم في ج 3، ص 76.

3- راجع وسائل الشريعة، ج 23، ص 175 الباب 6 من أبواب الاستيلاء.

الثالثة: • إذا أوصى لأم ولده، قيل: تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية. وقيل: تنعتق من الوصية، فإن فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها. وهو أشبه.

على خلاف الأصل؛ حيث إن الملك قهري فلا يسري. ولو لم يكن سواها عتق نصيبه منها وسعت في الباقي، كما في كل من أعتق بعضه و لم يسر الباقي على أحد.

و الرواية بتقويمها على ولدها هي موثقة وهيب بن حفص عن أبي بصير، عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدًا فمات قال: «إن شاء بيعها باعها، وإن مات مولاهما وعليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة» (1).

و عمل بمضمونها الشيخ في النهاية (2). وفي سندها ما لا يخفى، وهي مع ذلك مهجورة العمل عند غير الشيخ في النهاية، وقد رجح عنه في غيرها (3)، فالمذهب عدم التقويم.

قوله: «إذا أوصى لأم ولده قيل: تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية» إلى آخره.

وجه الأول: أن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث، وإن منع من التصرف فيها قبل أداء الدين والوصية، فينعتق عليه نصيبه ويحتسب عليه الباقي كما مر. وفي صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام (4)، ما يدل عليه أيضاً.

و وجه الثاني: أن الإرث متوقف على أداء الدين والوصية؛ لقوله تعالى: «... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...» (5)، فلا يحكم لابنها بشيء حتى يحكم لها بالوصية، فيعتق منها إن وفيت بقيمتها، ويكمل من نصيب ولدها إن قصر كما لو لم يكن هناك وصية.

ص: 523

1- تهذيب الأحكام، ج 8، ص 239، ح 865: الاستبصار، ج 4، ص 14، ح 41.

2- النهاية، ص 547.

3- راجع المبسوط، ج 4، ص 438 - 439.

4- الكافي، ج 7، ص 29، باب الوصية لأُمَّهات الأولاد، ح 4؛ الفقيه، ج 4، ص 216، ح 5510؛ تهذيب الأحكام، ج 9، ص 224، ح 880، وفيه عن جميل بن صالح

5- النساء (4): 11



الرابعة: • إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجناية برقيبتها و للمولى فكّها. و بكم يفكّها؟ قيل: بأقلّ الأمرين من أرش الجناية و قيمتها. و قيل: بأرش الجناية. و هو الأشبه. و إن شاء دفعها إلى المجنّي عليه. و في رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «جنايتها في حقوق الناس على سيّدها».

و لو جنت على جماعة فالخيار للمولى أيضاً بين فديتها، و تسليمها إلى المجنّي عليهم أو ورثتهم على قدر الجنايات.

و المصنّف (رحمه الله) اختار هنا الثاني، و في النكت اختار الأول(1). و المسألة لاتخلو من إشكال، و الرواية لاتخلو من اضطراب. و قد تقدّم البحث فيها مستوفى في الوصايا(2).

قوله: «إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجناية برقيبتها و للمولى فكّها» إلى آخره.

وجه تخييره بين فداها و دفعها أنّها مملوكة له و المولى لايعقل عبداً.

ثمّ إن اختار فداها ففي مقداره قولان للشيخ، ففي المبسوط: يفديها بأقلّ الأمرين من قيمتها و أرش الجناية(3)؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كان القيمة فهي بدل العين فيقوم مقامها، و الجاني لايجني على أكثر من نفسه و المولى لايعقل مملوكه فلايلزم الزائد.

و في الخلاف: يفديها بأرش الجناية بالغاً ما بلغ إن لم يسلمها(4)؛ لتعلّقه برقيبتها، و ربما رغب فيها رغب بالزيادة لو دفعها، و هذا هو الذي اختاره المصنّف. و في الأول قوّة.

و ليس الحكم مختصاً بأم الولد بل بكلّ مملوك.

و للشيخ في المبسوط قول ثالث: أنّ أرش جنايتها على سيّدها(5)؛ لمنعه بيعها بالاستيلاء، فأشبهه عتق الجاني.

ص: 524

1- نكت النهاية، ج 3، ص 151.

2- راجع ج 5، ص 370 - 371.

3- المبسوط، ج 5، ص 183.

4- الخلاف، ج 5، ص 271 - 272، المسألة 88.

5- المبسوط، ج 5، ص 183.

الخامسة: • روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت عند رجل، وولدت منه غلاماً و مات، فأعتقت و تزوجت نصرانياً و تنصّرت و ولدت، فقال عليه السلام: «ولدها لابنها من سيدها، و تحبس حتّى تضع، فإذا ولدت فاقتلها». و في النهاية: يفعل بها ما يفعل بالمرتدة، و الرواية شاذة.

و تدلّ عليه رواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «أمّ الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، و متى كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإنّ ذلك على بدنّها، و يقاصّ منها للمماليك»(1).

قوله: «روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام» إلى آخره.

هذه الرواية - مع ضعف سندها باشتراك محمد بن قيس بين الثقة(2) و الضعيف(3) و غيرهما(4)، و بابتها(5) - مخالفة للأصل من استرقاق ولدها الحرّ المتولّد من نصراني محترم، و قتل المرأة المرتدة خصوصاً عن ملّة و المختار ما ذكره في النهاية من إجراء أحكام المرأة المرتدة عليها(6)، و بقاء ولدها على الحرّية.

ص: 525

- 
- 1- الكافي، ج 7، ص 306، باب الرجل الحرّ يقتل مملوك غيره...، ح 17؛ تهذيب الأحكام، ج 10، ص 196 - 197، ح 779.
  - 2- رجال النجاشي، ص 323، الرقم 881؛ خلاصة الأقوال، ص 236، الرقم 805، و ص 252، الرقم 860 و 861.
  - 3- رجال النجاشي، ص 322 - 323، الرقم 880؛ خلاصة الأقوال، ص 252، الرقم 861.
  - 4- رجال النجاشي، ص 323، الرقم 880؛ خلاصة الأقوال، ص 252، الرقم 859 و 861.
  - 5- رجال النجاشي . ص 257 - 258، الرقم 676.
  - 6- النهاية، ص 449 - 500.



و النظر في الأركان و اللواحق

و أركانه أربعة

### النظر الأول في الصيغة

#### إشارة

الأول في الصيغة

و فيها مقاصد:

كتاب الإقرار

هو لغة الإثبات، من قولك: قرّ الشيء يقرّ، و أقرّته و قرّرتَه: إذا أفدته القرار(1). و لم يسمّ ما يشرع فيه إقراراً من حيث إنّه افتتاح إثبات، بل لأنّه إخبار عن ثبوت و وجوب حقّ سابق.

و الأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ»(2). فسّر شهادة المرء على نفسه بالإقرار(3). و من الأخبار قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «قولوا الحقّ و لو على أنفسكم»(4).

ص: 527

---

1- راجع الصحاح، ج 2، ص 790 - 791؛ و لسان العرب، ج 5، ص 84 و 88؛ و المصباح المنير، ص 496، «قرر».

2- النساء (4): 135.

3- راجع التبيان، ج 3، ص 355؛ و مجمع البيان، ج 3، ص 124؛ و الكشاف، ج 1، ص 575؛ و الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 412 ذيل الآية 135 من سورة النساء (4).

4- راجع تلخيص الحبير، ج 3، ص 52، ح 1265 بتفاوت؛ و معاني الأخبار، ص 191، باب معنى مكارم الأخلاق، ح 1؛ و الأمالي، الصدوق، ص 231، ج 10، و فيهما: «و قول الحقّ و لو على نفسك»؛ و راجع أيضاً كنز الفوائد، الكراجكي، ج 2، ص 31، و فيه: «و قل الحقّ و لو على نفسك».

المقصد الأول في الصيغة الصريحة

وهي اللفظ المتضمن للإخبار عن حق واجب،

قوله: «في الصيغة الصريحة. وهي اللفظ المتضمن للإخبار عن حق واجب».

الإقرار عبارة عن الصيغة المخصوصة، فتعريفها يقتضي تعريفه، فكان قوله «وهي اللفظ» إلى آخره تعريفاً له كما صرح به غيره (1).

و«اللفظ» بمنزلة الجنس يتناول المفيد وغيره، كما أن المفيد يتناول الإخبار والإنشاء. وقوله «المتضمن للإخبار» بمنزلة الفصل يخرج به سائر العقود والإيقاعات المتضمنة للإنشاء، كما يخرج باقي الألفاظ التي لا تتضمن إخباراً. ودخل في «الحق» المال عيناً ومنفعة، و توابعها من الشفعة والخيار وألوية التحجير والنفس والحدود والتعزيرات لله تعالى وللآدمي.

وأراد بـ«الواجب» معناه اللغوي وهو الثابت، فيخرج به الإخبار عن حق مستقبل، فإنه ليس بإقرار، وإنما هو وعد أو ما في معناه. وبهذا يستغنى عما عرّب به غيره بقوله: «عن حق سابق» (2). وتناوله للحق المؤجل أظهر من تناول السابق له؛ لأنه أمر ثابت الآن وإن كان استحقاق المطالبة به مستقبلاً. ويمكن اندراجه في السابق أيضاً، من حيث إن أصل الحق سابق، وإنما المستقبل المطالبة به وتأخر استحقاق المطالبة أمر خارج عن الإقرار؛ لأنه عبارة عن التأجيل، وذكره في الإقرار بالحق ليس إقراراً، وإنما هو دفع لما لزم من الإخبار بأصل الحق، ومن ثم يقبل الإقرار بالحق لا بالأجل، كما سيأتي (3).

وينتقض في طرده بالشهادة، فإنها إخبار عن حق واجب على غير المنخبر، وإطلاق الحق الواجب يشمل ما هو واجب عليه وعلى غيره، و من ثم زاد بعضهم في التعريف: لازم للمنخبر (4).

ص: 528

1- انظر قواعد الأحكام، ج 2، ص 411؛ وإرشاد الأذهان، ج 1، ص 408.

2- انظر قواعد الأحكام، ج 2، ص 411؛ وإرشاد الأذهان، ج 1، ص 408.

3- يأتي في ص 542.

4- الدروس الشرعية، ج 3، ص 111 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11).

كقوله: «لك عليّ» أو «عندي» أو «في ذمتي» و ما أشبهه.

## يصحّ الإقرار بغير العربية

. ويصحّ الإقرار بغير العربية اضطراراً و اختياراً.

و أمّا نحو «نعم» في جواب من قال: «لي عليك كذا؟» فإنّه و إن كان مفرداً إلاّ أنّه متضمّن

للإخبار كالمركّب فهو داخل في التعريف و لا يحتاج إلى زيادة أو ما هو في قوّة الإخبار.

قوله: «كقوله: «لك عليّ» أو «عندي» أو «في ذمتي» و ما أشبهه».

الألفاظ الدالّة على الإقرار صريحاً، منها ما يفيد الإقرار بالدين صريحاً، كقوله: «في ذمتي كذا». و منها: ما يفيد ظاهراً، كقوله: «عليّ كذا». و منها: ما يفيد الإقرار بالعين صريحاً، كقوله: «له في يدي كذا». و منها ما يفيد ظاهراً كقوله: «عندي كذا». و منها: ما هو صالح لهما كقوله: «لدي».

و تظهر الفائدة فيما لو ادّعى خلاف مدلول اللفظ فإنّه لا يقبل، و إن ادّعى ما يوافق قبل. فلو عبّر بما يفيد الدين، ثمّ قال: «هو وديعة» لم يقبل. و إذا ادّعى التلف لم ينفعه، بل يلزمه الضمان، بخلاف ما لو أتى باللفظ المفيد لها كقوله: «له عندي ألف» أو الصالح لهما كقوله: «قبلي» ثمّ فسّر بالوديعة و ادّعى التلف في وقت إمكانه، فإنّه يقبل. و سيأتي تتمّة البحث في ذلك (1)، فهذه فائدة الألفاظ، و قس عليها ما أشبهها.

قوله: «و يصحّ الإقرار بغير العربية اضطراراً و اختياراً».

لما كان الغرض من الإقرار الإخبار عمّا في الذمّة أو في العهدة، و لا يختصّ بلفظ معيّن، بل ما دلّ على المراد لم ينحصر في لغة، بل يصحّ إقرار أهل كلّ لغة بلغتهم و غير لغتهم إذا عرفوها؛ لحصول المراد منها، و هو الدلالة باللفظ على المعنى الذهني الذي يراد إثباته، و لم يرد من قبل الشارع ما يفيد الاختصاص بلغة خاصّة.

ثمّ إن علم أنّ المقرّ عارف بمعنى ما أقرّ به (2) لم تقبل دعواه خلافه. و إن احتمل الأمرين

ص: 529

1- يأتي في ص 564.

2- في «خ»: «ما التزمه» بدل «ما أقرّ به»

. و لو قال: «لك عليّ كذا إن شئت أو إن شئت» لم يكن إقراراً. وكذا لو قال: «إن قدم زيد». وكذا: «إن رضي فلان» أو «إن شهد».

. و لو قال: «إن شهد لك فلان فهو صادق» لزمه الإقرار في الحال؛ لأنه إذا صدق وجب الحقّ وإن لم يشهد.

وقال: لم أفهم معنى ما قلت بل لئن فتلقنت صدق بيمينه؛ لقيام الاحتمال، وأصالة عدم العلم بغير لغته. وكذا القول في جميع العقود والإيقاعات.

قوله: «ولو قال: لك عليّ كذا إن شئت أو إن شئت لم يكن إقراراً» إلى آخره.

لما كان الإقرار إخباراً اقتضى أمراً خارجاً عن اللفظ واقعاً، سواء طابقه في النفي والإثبات أم لا. ويلزم من ذلك أن لا يجوز تعليقه على شرط ولا صفة؛ لأنّ وقوع المعلق مشروط بوجود المعلق عليه، وذلك ينافي مقتضى الخبر. ولا فرق في ذلك بين ما يقع باختيار المخبر كقوله: «إن شئت» بالضم، أو بغير اختياره كقوله: «إن شئت» بالفتح، أو: «إن قدم زيد أو رضي أو شهد ونحو ذلك.

قوله: «و لو قال: إن شهد لك فلان فهو صادق لزمه الإقرار في الحال» إلى آخره.

هذا الحكم ذكره الشيخ في المبسوط (1)، و تبعه عليه جماعة (2) منهم المصتف (رحمه الله) و وجهه بما أشار إليه من أن صدقه يوجب ثبوت الحقّ في الحال وإن لم يشهد. (3)

و تقريره أنّه قد حكم بصدقه على تقدير الشهادة، و الشهادة لا دخل لها في تحقّق الصدق و عدمه، و إنّما الصدق يقتضي مطابقة خبره للواقع وقت الإقرار، و لا يكون كذلك إلّا على تقدير ثبوت الحقّ في ذمته حال الإقرار، فيكون إقراراً وإن لم يشهد، بل وإن أنكر الشهادة. و مثله ما لو قال: «إن شهد بكذا فهو حقّ» أو «صحيح». و كذا لو لم يعين الشاهد فقال: «إن

ص: 530

1- المبسوط، ج 2، ص 426.

2- منهم ابن البرّاج في جواهر الفقه، ص 91، المسألة 334؛ و يحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص 340؛ و العلامة في إرشاد الأذهان، ج 1، ص 408؛ و قواعد الأحكام، ج 2، ص 411

3- المبسوط، ج 2، ص 426؛ جواهر الفقه، ص 91، المسألة 334

شهد عليّ شاهد بكذا فهو صادق» أو شهد عليه بالفعل فقال: «هو صادق». أمّا لو قال: «إن شهد صدّفته» أو «فهو عدل» لم يكن مقرّاً؛ لأنّ الكاذب قد يصدق، و الشهادة مبنية على الظاهر، فلا ينافي عدم مطابقتها في نفس الأمر العدالة.

وقيل في توجيه الأوّل أيضاً «إنّه يصدق كلّما لم يكن المال ثابتاً في ذمّته لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة، و ينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: كلّما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان المال ثابتاً في ذمّته، لكن المقدم حقّ لإقراره، فإنّه حكم بصدقه على تقدير الشهادة، فالتالي مثله» (1).

وفي الدليل (2) نظر من وجهين:

أحدهما: أنّه لم يحكم بصدقه مطلقاً و إنّما حكم به على تقدير الشهادة، و شهادته و إن كانت ممكنة في ذاتها لكنّها قد تكون ممتنعة في اعتقاد المقرّ، فيكون قد علّق صدقه على المحال عنده، فلا يلزم منه الإقرار في الحال و لا على تقدير الشهادة، و جاز أن يريد أنّه لا تصدر منه الشهادة؛ لكونه ليس في ذمّته له شيء و هو في اعتقاده لا يكذب، و هذا استعمال شائع في العرف، يقول الناس في محاوراتهم: إن شهد فلان أنّي لست لأبي صدّفته، و لا يريد سوى أنّه لا يشهد بذلك؛ للقطع بأنّه لا يصدّقه لو قال ذلك. و إن لم يكن هذا غالباً فلا أقلّ من أنّه محتمل احتمالاً ظاهراً، فلا يكون اللفظ صريحاً في الإقرار مع أصالة براءة الذمّة.

و الثاني: أنّه لا يخرج بذلك عن التعليق، بل هو أدنى مرتبة منه، فإنّه إذا قال: «له عليّ كذا إن شهد به فلان» لا يكون إقراراً اتفاقاً مع أنّه صريح في الاعتراف بالحقّ على تقدير الشهادة، و الإقرار في مسألة النزاع إنّما جاء من قبل الالتزام فلأن لا يكون إقراراً أولى. و ما ذكر في توجيه الإقرار وارد في جميع التعليقات، فإنّه يقال: ثبوت الحقّ على تقدير وجود

ص: 531

1- قاله المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 189.

2- في «خ، م»: الدليلين بدل «الدليل».



. وإطلاق الإقرار بالموزون ينصرف إلى ميزان البلد، وكذا المكييل وكذا إطلاق الذهب أو الفضة ينصرف إلى النقد الغالب في بلد الإقرار.

ولو كان نقدان غالبان أو وزنان مختلفان وهما في الاستعمال سواء رجع في التعيين إلى المقرّ.

الشرط يستلزم ثبوته الآن؛ إذ لا مدخل للشرط في ثبوته في نفس الأمر، إلى آخر ما قيل في الدليل، والقول بعدم اللزوم في الجميع قوي (1). وهو اختيار أكثر المتأخرين (2).

قوله: «وإطلاق الإقرار بالموزون ينصرف إلى ميزان البلد، وكذا المكييل» إلى آخره.

### ألفاظ الإقرار محمولة على المتفاهم منها عرفاً

ألفاظ الإقرار محمولة على المتفاهم منها عرفاً، فإن انتفى العرف فاللغة، وذلك يقتضى حمل الإقرار بالوزن و الكيل على المتعارف في البلد منهما، وكذا إطلاق النقد من الذهب و الفضة يحمل على نقد البلد.

أما غير الدراهم و الدينير كقوله: «له عندي وزن درهم فضة» أو «مئقال ذهب» فلا يجب

حملة على النقد الغالب و هو المسكوك، بل يعتبر فيهما حقيقتهما و لو من غير المضروب. و يفارق النقد الغالب أيضاً في أنه يعتبر خلوصه من الغش بخلاف النقد، فإنه يحمل على المتعارف و إن كان مغشوشاً؛ لأن ذلك هو المفهوم منهما.

هذا كله مع اتحاد الكيل و الوزن و النقد في البلد، أو مع تعدده و غلبة بعضه في الاستعمال. أما مع تساوي المتعدّد فلا يحمل على أحدها؛ لاستحالة الترجيح من غير مرجح، بل يرجع إليه في التعيين و يقبل منه و إن فسّر بالناقص. وكذا يقبل منه لو فسّر به مع الاتصال مطلقاً. و لو تعدّر الرجوع إليه في التعيين بموت و نحوه فالمتيقن الأقل، و الباقي مشكوك فيه

ص: 532

1- في بعض النسخ: «أقوى» بدل «قوي»

2- منهم الشهيد في الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ و اللمعة الدمشقية، ص 269 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11 و 13)

. ولو قال : « له عليّ درهم و درهم » لزمه اثنان، وكذا: « ثمّ درهم ». أو قال: « درهم فدرهم ».

أمّا لو قال: «فوق درهم» أو «مع درهم» أو «قبل درهم» أو «بعده» لزمه درهم واحد؛ لاحتمال أن يكون أراد مع درهم لي، فيقتصر على المتيقّن.

قوله: «ولو قال: «له عليّ درهم و درهم» لزمه اثنان» إلى آخره.

هنا صور:

الأولى: إذا قال: «له عليّ درهم و«درهم» لزمه اثنان؛ لأنّ العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، ولا يعطف الشيء على نفسه وإن جاز عطفه على ما هو بمعناه كمرادفه؛ لتحقق المغايرة ولو لفظاً. ومثله ما لو قال: «درهم ثمّ درهم» لأنّ «ثمّ» حرف عطف أيضاً، واقتضاؤها التراخي لا يقدح؛ لجواز تجدد سبب أحد الدرهمين بعد الآخر. وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، وإن كان خلاف ذلك محتملاً، بأن يريد و درهم آخر لزيد ونحوه؛ لتبادر المعنى الأول إلى الذهن، فلا يلتفت إلى الاحتمال البعيد.

الثانية: لو قال: «له درهم فدرهم» قطع المصنّف (رحمه الله) بمساواته للأولين في لزوم الدرهمين؛ لمشاركته لهما في العطف، واحتمال غيره بعيد أيضاً.

وقيل: يلزمه هنا درهم خاصّة<sup>(1)</sup>؛ لاحتمال أن يريد فدرهم لازم لي، والأصل براءة الذمّة من الزائد.

ويضعّف بأنّ المتبادر الأول، وغيره وإن كان محتملاً إلاّ أنّه خلاف الظاهر، ويحتاج إلى إضمار وهو خلاف الأصل؛ ولأنّ الاحتمال لو أثر لأثر في الأولين، والقائل بهذا القول لا يقول به فيهما فما اختاره المصنّف أقوى. نعم لو قال: «أردت فدرهم لازم لي» اتّجه قبول قوله بيمينه لو خالفه المقرّ له.

الثالثة: لو قال: «درهم فوق درهم» أو «تحتة درهم» أو «مع درهم» أو «معه درهم» أو

ص: 533

«قبل درهم» أو «قبله درهم» أو «بعد درهم» أو «بعده درهم» لزمه واحد في الجميع؛ لأنه كما يحتمل أن يكون مراده فوق درهم للمقر له و معه و قبله و بعده، يحتمل أن يريد فوق درهم لي أو معه أو قبله أو بعده، وإذا احتمل اللفظ الأمرين اقتصر على المتيقن وهو الدرهم.

وفرق جماعة (1) منهم العلامة بين الفوقية والتحتية والمعينة وبين القبليّة والبعدية، فأوجب في الأخيرين الدرهمين، فارقاً بين الأمرين بأنّ الفوقية والتحتية يرجعان إلى المكان، ولا يتّصف بهما نفس الدرهم ولا بدّ من أمر يرجع إليه التقدّم والتأخّر، وليس ذلك إلاّ الوجوب عليه (2).

و أجاب المصنّف (رحمه الله) و من وافقه (3) على لزوم درهم في الجميع بأنّ القبليّة والبعدية كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها. ثمّ هب أنّهما زامتيان وأنّ نفس الدرهم لا يتّصف بهما لكن يجوز رجوعهما إلى غير الواجب، بأن يريد: درهم مضروب قبل درهم و ما أشبهه. ثمّ هب أنّهما راجعان إلى الوجوب لكن يجوز أن يريد: لزيد درهم قبل وجوب درهم لعمره.

و اعترض العلامة في التذكرة على ذلك بأنّه لو سمع مثل هذا الاحتمال لسمع في مثل «له عندي درهم و درهم» مع اتّفاقهم على لزوم درهمين (4).

و جوابه ما تقدّم من أنّ الاحتمال في ذلك بعيد خلاف الظاهر بخلافه في هذه الأمثلة، فإنّه احتمال ظاهر. و الظروف الواقعة بعد النكرات تكون صفات من غير فرق بين ظرف الزمان و المكان، فالاحتمال فيهما على حدّ سواء. و القول بلزوم درهم في الجميع كما اختاره المصنّف أقوى.

ص: 534

1- منهم الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 431؛ وراجع الجامع للشرائع، ص 340.

2- قواعد الأحكام، ج 3، ص 426.

3- كالشهيد في الدروس الشرعية، ج 3، ص 131 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11)؛ و المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 283.

4- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 357، المسألة 927.

. وكذا لوقال: «درهم في عشرة» ولم يرد الضرب.

● و لوقال: «غصبتة ثوباً في منديل» أو «حنطة في سفينة» أو «ثياباً في عيبة» لم يدخل الظرف في الإقرار.

قوله «و كذا لوقال: درهم في عشرة ولم يرد الضرب».

لا إشكال في لزوم درهم واحد لوقال: «له درهم في عشرة» مع تصريحه بإرادة درهم واحد للمقر له وأن العشرة ظرف له، كما أنه لو صرح بإرادة الضرب لزمه عشرة. وإنما الكلام مع الإطلاق، ومقتضى عبارة المصنف (رحمه الله) لزوم درهم أيضاً؛ لأنه جعل اللازم درهماً متى لم يرد الضرب فيشمل ما لو أطلق. ووجه احتمال اللفظ للمعنيين فيحمل على المتيقن منهما وهو الأقل، معتضداً بأصالة البراءة من الزائد.

وبقي قسم آخر وهو ما إذا ادعى إرادة «مع» من «في» فيلزمه أحد عشر، لوروده لغة (1) كما في قوله تعالى: «ادخلوا في أمم» (2) فصار اللفظ مشتركاً، فيرجع إليه في إرادة أحد معانيه، ويقبل قوله فيه بغير يمين. ومع الشك يؤخذ بالأقل؛ لأنه المتيقن. ولو ادعى المقر له إرادة بعض هذه المعاني وأنكره المقر فالقول قوله مع يمينه.

قوله: «و لوقال: غصبتة ثوباً في منديل أو حنطة في سفينة» إلى آخره.

الأصل في هذا الباب أن الإقرار بالمظروف لا يقتضي الإقرار بالظرف وبالعكس؛ أخذاً بالمتيقن. فإذا قال: «لفلان عندي» أو «غصبتة ثوباً في منديل» أو «زيتاً في جرة» أو «تمراً في جراب» أو «حنطة في سفينة» أو «ثياباً في عيبة» - بفتح العين، وهو شيء يحفظ فيه الثياب (3) - لم يكن إقراراً بالظرف؛ لاحتمال أن يكون مراده في منديل و جرة و سفينة لي، وغير ذلك.

ص: 535

1- لسان العرب، ج 15، ص 167، «فيا»

2- الأعراف (7): 38.

3- الصحاح، ج 1، ص 190، «عيب».

. ولو قال: «له عبد عليه عمامة» كان إقراراً بهما؛ لأنّ له أهليّة الإمساك. و ليس كذلك لو قال: «دابة عليها سرج».

و كذا لو قال: «له عندي غمد فيه سيف» أو «جرّة فيها زيت» أو «جراب فيه تمر» أو «سفينة فيها طعام» فهو إقرار بالظرف دون المظروف.

و على هذا القياس ما إذا قال: «فرس في إصطبل» أو «عليها سرج» أو «حمار على ظهره أكاف»<sup>(1)</sup>، أو «له زمام» أو «دابة مسرّجة» أو «دار مفروشة» لاشتراك الجميع في المعنى المقتضي، بخلاف ما لو قال: «دار بفرشها» أو «دابة بسرجها»؛ لأنّ «الباء» تعلّق الثاني على الأوّل، أو «ثوب مطرز»؛ لأنّ الطراز جزء من الثوب مع احتمال خروج الطراز إن كان ممّا يركب بعد النسيج.

و كالأوّل ما لو قال: «فصّ في خاتم»؛ لأنّه يقتضي الإقرار بالفصّ دون الخاتم. و لو قال: «خاتم فيه فصّ» ففي كونه إقراراً بالفصّ وجهان، أظهرهما أنّه كالأوّل: لاحتمال أن يريد فيه فصّ لي، و وجه الدخول أنّ الفصّ كالجزء من الخاتم حتّى لو باعه دخل فيه، بخلاف تلك الصور.

و خالف أبوحنيفة في جميع ذلك و حكم بدخول كلّ من الظرف و المظروف في الآخر<sup>(2)</sup>. و كذا البواقى.

قوله: «ولو قال: له عبد عليه عمامة كان إقراراً بهما؛ لأنّ له أهليّة الإمساك. و ليس كذلك لو قال: دابة عليها سرج».

أشار بقوله «لأنّ له أهليّة الإمساك» إلى الفرق بين العبد و الدابة. و تقريره: أنّ للعبد يداً على ملبوسه، و ما في يد العبد فهو في يد سيّدة، فإذا أقرّ بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب إلى الدابة، فإنّه لا يدلّها على ما هو عليها؛ و لهذا لو جاء بعبد و عليه

ص: 536

1- الإكاف و الأكاف من المراكب؛ شبه الرحال و الأقتاب. لسان العرب، ج 9، ص 8، «أكف».

2- الكتاب المطبوع مع اللباب، ج 2، ص 80؛ بدائع الصنائع، ج 7، ص 327؛ المبسوط، السرخسي، ج 17، ص 224.

● ولو قال: «له قفيز حنطة، بل قفيز شعير» لزمه القفيزان. وكذا لو قال: «له هذا الثوب، بل هذا الثوب».

أمّا لو قال: «له قفيز، بل قفيزان» لزمه القفيزان حسب. ولو قال: «له درهم، بل درهم» لزمه واحد.

عمامة وقال: «هذا العبد لزيد» كانت العمامة له أيضاً، ولو جاء بدابة وعلينا سرج وقال: «هذه الدابة لزيد» لم يكن السرج له.

وفيه: أنّ دخول ما على العبد حينئذٍ من جهة اليد لا من جهة الإقرار ومع ذلك فالسيد المقر له لا يد له على العبد وإتّما اليد عليه للمقرّ، فإذا أقرّ ببعض ما تحت يده لا يسري الإقرار إلى غيره، وهذا أوجه. ولبعض الأصحاب قول بدخول السرج في الدابة أيضاً<sup>(1)</sup>. وهو بعيد.

وفي القواعد تردّد في دخول السرج والفرش لو قال: «له دابة مسرجة» أو «دار مفروشة» كما لو قال: «عبد عليه عمامة»<sup>(2)</sup>، من حيث إنّ المتبادر دخول ذلك، ولأنّه وصف الدابة بكونها مسرجة والدار بأنّها مفروشة والعبد بكونه ذا عمامة، فإذا سلّمها بغير الوصف لم تكن المقرّ بها.

وجوابه: أنّ وصفها بذلك لا يقتضي استحقاقها على هذا الوصف؛ لعدم المنافاة بين ذلك وبين أن يقول: «عليها سرج لي» أو «مفروشة بفراش لي» ونحو ذلك، ومع قيام الاحتمال لا يظهر الإقرار بالمحتمل.

قوله: «ولو قال: «له قفيز حنطة، بل قفيز شعير» لزمه القفيزان» إلى آخره.

اعلم أنّ «بل» حرف إضراب بما بعدها عمّا قبلها وعدول عنه. ثمّ إن تقدّمها إيجاب وتلاها مفرد جعلت ما قبلها كالمسكوت عنه فلا يحكم عليه بشيء، وأثبتت الحكم

ص: 537

1- كابن الجنيّد، على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 539، المسألة 247.

2- قواعد الأحكام، ج 2، ص 424 - 425

لما بعدها. وحيث كان الأول إقراراً صحيحاً استقرّ حكمه بالإضراب عنه، وثبت ما بعده أيضاً.

ثم إن كانا مختلفين أو معيّنين (1) لم يقبل إضرابه؛ لأنه إنكار للإقرار الأول وهو غير مسموع. وإن كانا مطلقين أو أحدهما لزمه واحد إن اتحد مقدار ما قبل «بل» وما بعدها، وإن اختلفا كمّيّة لزمه الأكثر.

وإن تقدّمها نفي فهي لتقرير ما قبلها على حكمه، وجعل ضده لما بعدها.

وعلى هذا يتفرّع ما ذكره المصنّف من المسائل وغيرها. فإذا قال: «له قفيز حنطة بل قفيز شعير» فقد أقرّ بالحنطة، ولا يقبل إضرابه عنه وإنكاره له بقوله: «بل قفيز شعير» ويلزمه الشعير أيضاً، لإقراره به؛ لأنّهما مطلقان ومختلفان.

ولو قال: «له هذا الثوب بل هذا الثوب» فكذلك؛ لأنّ اختلافهما من جهة التعيين، فإنّ أحد المعيّنين غير الآخر.

ولو كان أحدهما معيّناً والآخر مطلقاً، فإن اتّحداً قدرأً وصنفاً حمل المطلق على المعين، سواء تقدّم أو تأخّر، كـ «له درهم بل هذا الدرهم» أو «هذا الدرهم بل درهم» وإنّما جمع بينهما لصدق المغايرة، مع عدم المنافاة بين الجميع؛ إذ يصحّ أن يقال: له درهم يحتمل كونه هذا وغيره بل هو هذا الدرهم، لكن يتعيّن هذا الوصف الزائد في أحدهما - وهو التعيين -

فيتعيّن المعين.

ولو كانا مطلقين متّحدي المقدار كـ «له درهم بل درهم» لزمه درهم؛ لأنّهما مطلقان فلا يمتنع أن يكون أحدهما هو الآخر. وفائدة الإضراب جاز أن يكون قد أراد استدراك الزيادة أو التعيين أو غيرهما فذكر أن لا حاجة إليه (2)، مؤيداً بأصالة براءة الذمّة من غيره.

ص: 538

1- في بعض النسخ: «متّقين» بدل «معينين».

2- في بعض النسخ والحجريّة: «إليهما» بدل «إليه».

## لو أقرّ لميِّت بمال و ادّعى انحصار وارثه

. ولو أقرّ لميِّت بمال وقال: «لا وارث له غير هذا أُلزم التسليم إليه.

وربما قيل: يلزمه در همان؛ لاستدعاء الإضراب المغايرة. و مثله القول في المطلق و المعين المتّحدين مقداراً.

و لو اختلفا بالكميّة ك«له قفيز بل قفيزان» لزمه الأكثر؛ لدخول الأقلّ في الأكثر، كدخول المطلق في المعين و لو بالاحتمال؛ لعدم التنافي بين قوله «له قفيز بل زائد عليه» فيتمسك بأصالة براءة الذمّة من الزائد على الأكثر و إن كان الجميع محتملاً. و لو عكس فقال: «قفيزان بل قفيز» لزمه القفيزان؛ لأنّ الرجوع عن الأكثر لا يقبل (1)، و يدخل فيه الأقلّ.

ولو قال: «دينار بل ديناران، بل ثلاثة» لزمه ثلاثة. و لو قال: «دينار بل ديناران بل قفيز بل قفيزان» لزمه ديناران و قفيزان. و لو قال: «دينار و ديناران بل قفيز و قفيزان» لزمه ثلاثة دنانير و ثلاثة أفقرة، و قس على هذا.

ولو كان أحدهما معيّناً دخل المطلق أو قدره فيه ك«له هذا القفيز الحنطة بل هذا القفيزان الشعير» فيتعيّن المعين و يلزمه إكماله بآخر، و لو عكس دخل المطلق و لم يتغيّر حكم الأكثر.

و لو جمع بين المختلفين كمّيّة و تعيناً، ك«له هذا القفيز الحنطة بل هذا القفيزان الشعير» فأولى بعدم التداخل و يلزمه الثلاثة.

و مع تقدّم النفي على حرف الإضراب ك«ما له عليّ درهم بل درهمان» أو «ما له هذا الدرهم بل هذا أو بل هذان» أو «ما له درهم بل درهم» و نحو ذلك، فالمتقدّم منفيّ على أصله، و الثابت ما بعد «بل» كيف كان. و قس على هذا ما يرد عليك من نظائره.

قوله: «ولو أقرّ لميِّت بمال وقال: «لا وارث له غير هذا» أُلزم التسليم إليه».

إذا أقرّ لميِّت بمال وقال: «لا- وارث له غير هذا» فهو في قوّة الإقرار للوارث المشار إليه، إلا أنّ إقراره له وقع بعد إقراره بالمال لغيره و هو الميِّت، فقد يحصل بين الإقرارين تناف، و قد يتحقّق عدم المنافاة، و قد يحتمل الأمرين.

ص: 539

1- في بعض النسخ: «لا يفيد» بدل «لا يقبل».



و تحرير الحال أنّ الميّت إمّا أن يكون معلوم النسب و وارثه منحصرأ في المعين يقيناً أو يحتمل كون الوارث غير المعين أو هو مع غيره. ثم لا يخلو إمّا أن يكون المال عيناً أو ديناً.

و مقتضى كلام المصنّف و جماعة<sup>(1)</sup> قبول الإقرار للمعين و وجوب التسليم إليه مطلقاً. و وجهه أنّ الإقرار وقع جملة واحدة لازماً أنّ المال لهذا المعين المشار إليه، فيلزم بالتسليم إليه و لا يلتفت إلى الاحتمال، كما لا يجب علينا البحث عن سبب الملك مع احتمال كونه غير صحيح.

و يضعّف بأنّه مع العلم بوجود وارث للميّت غيره أو معه يكون تعيينه الثاني منافياً لإقراره به للميّت المسموع فلا يسمع، بل يحكم به لوارثه كيف كان.

و أمّا مع الجهل بالحال و احتمال انحصار الإرث في المعين فلا يخلو إمّا أن يكون المال المقرّ به ديناً أو عيناً. فإن كان ديناً أُلزم بتسليمه إليه؛ لاعترافه بأنّه يستحقّ في ذمّته ذلك القدر فيؤاخذ به. ثم لا يحصل على غيره من الوارث ضرر بذلك؛ لأنّه على تقدير ظهور وارث أولى أو مشارك يلزم المقرّ بالتخلّص من حقّه؛ لأن المدفوع إلى المقرّ له الأوّل نفس مال المقرّ و حقّ الوارث باق في ذمّته؛ لأنّ الدين لا يتعين إلّا بقبض مالكة أو وكيله، و هما منتفیان هنا.

و إن كان المقرّ به عيناً لم يؤمر بالدفع إليه إلّا بعد بحث الحاكم عن الوارث على وجه لو كان لظهر غالباً؛ لأنّ إقراره الأوّل للميّت مقبول فيكون لوارثه، و قوله «لا وارث له إلّا هذا» إقرار في حقّ الغير فلا يسمع بحيث يلزم بالتسليم إليه؛ لما فيه من التغيرير بالمال المعين بإعطائه من لا يتيقّن كونه المالك بخلاف الدين؛ لأنّ الإقرار به إقرار على نفسه خاصّةً؛ لأنّه على تقدير ظهور وارث لا يفوت حقّه من الذمّة بخلاف العين، فإنّ خصوصيّتها تفوت و إن بقي بدلها.

نعم، لو سلّم العين إليه لم يمنع منه؛ لعدم المنازع الآن، فإن ظهر وارث آخر فله المطالبة

ص: 540

1- منهم الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 434؛ و ابن البرّاج في المهذّب، ج 1، ص 413؛ و العلامة في إرشاد الأذهان، ج 1، ص 407.

• ولو قال: «له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر» لزمه الألف. وكذا لو قال: «إذا جاء رأس الشهر فله عليّ ألف» ومنهم من فرق وليس شيئاً. شاء منهم بحقه، فإن وجد العين باقيةً رجع إليها، وإن وجدها تالفةً تخيّر في مطالبة من شاء بالبدل، مثلاً أو قيمة. وقد تقدّم البحث على نظير المسألة في كتاب الوكالة(1).

قوله: «ولو قال: «له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر» لزمه الألف» إلى آخره.

إذا قال: «له عليّ كذا إذا جاء رأس الشهر» ونحوه من التعليقات على الأجل، فإن علم من قصده إرادة التعليق فلا شبهة في بطلان الإقرار؛ لما تقدّم من أنّ الإقرار يلزمه التنجيز(2)؛ لأنّه إخبار عن أمر واقع فلا يجمع اشتراط وقوعه بأمر مستقبل؛ لأنّ الواقع لا يعلّق بشرط. وإن قصد التأجيل صحّ إقراره وإن أطلق ولم يعلم منه إرادة أحد الأمرين فظاهر المصنّف (رحمه الله) وجماعة حمّله على المعنى الثاني(3)؛ لأنّه ظاهر فيه، وحملاً للكلام على الوجه الصحيح ما أمكن حمّله عليه.

ويحتمل قوياً الرجوع إليه في قصده وقبول قوله فيه مطلقاً أو مع اليمين إن ادّعى المقرّ له خلاف ما ادّعى قصده؛ لاحتمال اللفظ للمعنيين، وكما أنّ حمّله على التأجيل يفيد حكماً شرعياً فكذا حمّله على التعليق؛ لأنّ البطلان أيضاً حكم شرعي، والأصل براءة الذمّة من التزام شيء بدون اليقين أو الظهور، وهو منتف هنا؛ لاشتراك اللفظ بين المعنيين.

وفصّل بعضهم فقال: «إن قدّم الشرط فقال: «إن جاء رأس الشهر فعليّ كذا» كان إقراراً معلقاً فيبطل، وإن أخره كان إقراراً بمؤجّل»(4).

و الفرق أنّه إذا بدأ بالشرط لم يكن مقرّاً بالحقّ وإنّما علّقه بالشرط، بخلاف ما إذا أخره،

ص: 541

1- تقدّم في ج 4، ص 514 وما بعدها.

2- تقدّم في ص 530.

3- راجع تبصرة المتعلّمين، ص 122.

4- كالعلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 415 - 416، ذيل الرقم 6001.

فإنه يكون قد أقر بالألف أولاً، فإذا قال: «إذا جاء رأس الشهر» احتمال أن يريد به محلها ووجوب تسليمها وأن يريد الآخر، فلا يحمل على الثاني حذراً من تعقيب الإقرار بالمنافي، بل على الأول؛ لعدم المنافاة.

وردّه المصنّف وغيره من المحقّقين، بأنّه لا فرق من حيث اللغة و العرف بين تقديم الشرط

وتأخيره(1)، وأن الشرط وإن تأخر لفظاً فهو متقدّم معنئى وله صدر الكلام.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا حملناه على الصّحة أو فسّر بإرادة التّأجيل قبل منه الإقرار بأصل المال، لكن هل يقبل منه الإقرار بالأجل؟ فيه قولان:

أحدهما: عدم القبول(2)؛ لثبوت أصل المال بإقراره، والأجل دعوى زائدة على أصل الإقرار فلا تسمع، كما لو أقرّ بالمال ثم ادّعى قضاءه؛ و لأنّ الأصل للحلول، فدعوى التّأجيل خلاف الأصل، فيكون مدّعيه مدّعياً.

و الثاني: القبول(3)؛ لأنّ الإقرار التزام المقرّ بما أقرّ به دون غيره، وإنّما أقرّ بالحقّ المؤجّل فلا يلزمه غيره.

و لأنّ قوله: «له ألف إلى شهر» فى قوّة قوله: «ألف» موصوفة بالتّأجيل المعين، فيكون

ذلك كقوله: «له ألف درهم من النقد الفلاني» أو بوصف كذا.

و لأنّ الكلام الواقع منه جملة واحدة لا يتمّ إلاّ بآخره وإنّما يحكم عليه بعد كماله، كما لو عقّبه باستثناء أو وصف أو شرط.

و لأنّه لولا قبول ذلك منه لأدى إلى انسداد باب الإقرار بالحقّ المؤجّل، فإذا كان على الإنسان دين مؤجّل وأراد التخلّص منه بالإقرار فإن لم يسمع منه إلزام الإضرار به، وربما كان

ص: 542

1- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 191.

2- هو قول الشيخ في الخلاف، ج 3، ص 377، المسألة 28؛ وابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 513؛ وابن الجنيّد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 533، المسألة 233.

3- هو قول الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 442؛ وابن البرّاج في المهذب، ج 1، ص 414.

. ولو قال المالك: «بعتك أبك» فإذا حلف الولد انعتق المملوك و لم يلزم الثمن.

الأجل طويلاً بحيث إذا علم عدم قبوله منه لا يقرّ بأصل الحقّ خوفاً من إلزامه به حالاً و الإضرار به، فيؤدّي تركه إلى الإضرار بصاحب الحقّ، وهذا غير موافق لحكمة الشارع. و حينئذٍ فالقبول قويّ.

و المصنّف (رحمه الله) اقتصر على مجرّد الحكم بلزوم الألف و لم يتعرّض لإثبات

الأجل و لا لنفيه، لكنّه إلى لزومه حالاً أقرب، و لأنّه مذهب الأكثر.

و اعلم أنّ العبارة المقتضية للإقرار بالحقّ المؤخّر قد تكون صريحةً في التعليق، كما إذا علّقه بشرط لا يطابق الأجل الشرعي، كقوله: «إذا قدم زيد» و نحوه. و هذا لا إشكال في فساده و قد تكون صريحةً في التأجيل، كقوله: «له ألف مؤجلة إلى شهر» و لا إشكال في لزوم أصل المال، و إنّما الإشكال في قبول الأجل، و قد تكون محتملةً للتعليق و التأجيل كقوله: «له ألف إذا جاء رأس الشهر». و الخلاف فيه في موضعين: أحدهما في أصل الصحّة، و الثاني

على تقدير الصحّة في ثبوت الأجل و عدمه.

قوله: «و لو قال المالك بعتك أبك، فإذا حلف الولد انعتق المملوك و لم يلزم الثمن.»

إذا قال مالك العبد لولده: «بعتك أبك» فأنكر الشراء، فدعوى المالك تضمّنت أمرين: أحدهما: لزوم الثمن للمشتري.

و الثاني: انعتاق العبد فأما ما تضمّنه من لزوم الثمن للمشتري المترتب على البيع فهو مجرّد دعوى، و القول قول الولد في عدم الشراء؛ لأنّه منكر فينتفي عنه الثمن كما ينتفي عنه

أصل الشراء.

و أمّا تضمّنها لانعتاق العبد فهو إقرار بعقد عبده الذي هو تحت يده؛ لأنّ دعواه شراء ابنه أباه يستلزم ذلك فيؤاخذ بإقراره، و يحكم بعقد العبد من غير عوض. و ينتفي ولاؤه عن الابن لإنكاره الشراء، و عن المقرّ؛ لاعترافه بأنّه لم يعتقه، فيبقى سائبة (1).

ص: 543

1- في «م»: «فيبقى سائبة و ولاؤه موقوفاً» وفي الحجريّة: «فولاؤه يبقى موقوفاً».

● ولو قال: «ملكك هذه الدار من فلان» أو «غصبتها منه» أو «قبضتها منه» كان إقراراً له بالدار، وليس كذلك لو قال: «تملكتها على يده» لأنه يحتمل المعونة.

ولو قال: «كان لفلان عليّ ألف» لزمه الإقرار؛ لأنه إخبار عن تقدّم الاستحقاق، فلا تقبل دعواه في السقوط.

قوله: «ولو قال: ملكك هذه الدار من فلان، أو غصبتها منه، أو قبضتها منه كان إقراراً له

بالدار» إلى آخره.

وجه كونه إقراراً في الأول أنّ «ملكها منه» أو «غصبتها» أو «قبضتها» يقتضي الإقرار له باليد، وهي ظاهرة في الملك إلى أن يثبت خلافه، وإن أمكن كونها بيده على جهة العارية أو الوكالة، بخلاف قوله: «تملكتها على يده» فإنه لا يقتضي إلا جريان سبب الملك على يده، وهو أعمّ من صدوره منه، فلا يدلّ على كونه مالكا؛ لجواز كونه وكيلاً أو دلالاً، أو نحو ذلك.

قوله: «ولو قال: كان لفلان عليّ ألف، لزمه الإقرار» إلى آخره.

إطلاق قوله «كان له عليّ كذا» يقتضي ثبوته في الزمن الماضي، ولا يدلّ على الزوال؛ لاستعماله لغةً في المستمر (1)، كقوله تعالى: «وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا» (2) وغير ذلك من الاستعمالات الكثيرة في القرآن وغيره، لكنّها تشعر بذلك بحسب العرف، ولا تبلغ حدّ العلم به بحيث يستقرّ الاستعمال فيه، فيحكم بالاستصحاب ولو صرح بعده بدعوى سقوطه لم تسمع؛ لأنه إقرار بالمنافي؛ لأصالة البقاء.

وخالف في ذلك بعض العامة، فحكم بكونه ليس إقراراً في الحال (3)؛ لأصالة براءة الذمّة، ولأنّه لم يذكر عليه شيئاً في الحال وإنّما أخبر بذلك في زمن ماضٍ كما لو شهدت البيّنة به كذلك.

ص: 544

1- راجع لسان العرب، ج 13، ص 367، «كون».

2- النساء (4): 17.

3- انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 286، المسألة 3830؛ وروضة الطالبين، ج 4، ص 22 - 23.

المقصد • الثاني في المبهمة

وفيها مسائل:

### إذا قال: له عليّ مال

الأولى: • إذا قال: «له عليّ مال» ألزم التفسير، فإن فسّر بما يتموّل قبل ولو كان قليلاً.

ولو فسّر بما لم تجر العادة بتموّله، كقشر الجوزة واللوزة لم يُقبل.

وكذا لو فسّر المسلم بما لا يملكه ولا ينتفع به كالخمر والخنزير وجلد الميتة؛ لأنّه لا يعدّ مالاً.

قوله: «الثاني في المبهمة، وفيها مسائل».

المقرّ به قد يكون معيّناً مفصّلاً، وقد يكون مبهماً مجهول الحال. وإنّما احتمل فيه الإبهام لأنّه إخبار عن سابق، والشّيء يخبر عنه مفصّلاً تارةً ومجملاً أخرى، وربما كان في ذمّة

الإنسان شيء لا يعلم قدره فلا بدّ له من الإخبار عنه، فيتواطئان هو وصاحبه على الصلح بما يتفقان عليه، فدعت الحاجة واقتضت الحكمة إلى سماع الإقرار المجمل كما يسمع المفصّل. ويخالف الإنشاءات حيث لا تحتمل الجهالة والإجمال غالباً؛ احتياطاً لابتداء الثبوت، و تحرّزاً عن الغرر، وهذا لا يجري في الإخبار.

ولا فرق في الأقارير المجمّلة بين أن تقع ابتداءً أو في جواب دعوى معلومة، كما إذا ادّعى عليه ألف درهم فقال: «لك عليّ شيء» والألفاظ التي تقع فيها الجهالة والإجمال لا حصر لها، فذكر المصنّف (رحمه الله) وغيره (1) من الفقهاء ما هو أكثر استعمالاً ودوراناً على الألسنة ليعرف حكمها ويقاس عليها غيرها.

قوله: «إذا قال: له عليّ مال» ألزم التفسير - إلى قوله - مثله في الذمّة».

المال من الصيغ المجمّلة؛ لاحتماله القليل والكثير. فإذا قال: «له عليّ مال» رجع في

ص: 545

و كذا لو فسّره بما ينتفع به ولا يملك كالسرجين النجس و الكلب العقور.

أمّا لو فسّره بكلب الصيد أو الماشية أو كلب الزرع قبل.

و لو فسّره برّد السلام لم يقبل؛ لأنّه لم تجر العادة بالإخبار عن ثبوت مثله في الذمّة.

تفسيره إليه، فإن فسّره بتفسير صحيح قبل منه، وإن امتنع حبس حتّى يبيّن؛ لأنّ البيان واجب عليه، كما يحبس على الامتناع من أداء الحقّ، إلا أن يقول: نسيت مقداره، فلا يتّجه الحبس، بل يرجع إلى الصلح أو يصبر عليه حتّى يتذكّر.

و على تقدير تفسيره له فإن فسّره بما يتموّل قبل قلّ أم كثر، كفلس و رغيف و تمرة حيث

يكون لها قيمة. و لو فسّره بما لا يتموّل لم يقبل، سواء كان من جنس ما يتموّل كحبة من حنطة و شعير و سمس، أم لا كالكلب العقور و السرجين النجس و جلد الميتة عند من لا يجعلها قابلةً للطهارة بالذكاة.

و ربما قيل بقبول تفسيره بما يكون من جنس ما يتموّل؛ لأنّ المال أعمّ من المتموّل؛ إذ كلّ متموّل مال و لا ينعكس (1).

و الأظهر الأول؛ لأنّه و إن دخل في اسم المال إلا أن قوله «له عليّ» يقتضي ثبوت شيء في الذمّة، و ما لا يتموّل لا يثبت في الذمّة و إن حرم غصبه و وجب ردّه.

و لو فسّره بأحد الكلاب الأربعة قبل؛ لأنّها مال متموّل عند من يجوز بيعه (2). و كذا الجرو القابل للتعليم.

و لا يقبل تفسيره بما لا يعدّ مالاً و إن كان حقاً كردّ السلام و تسميت العاطس و العيادة؛ لأنّ ذلك لا يعدّ مالاً و لا يثبت في الذمّة و إن استحقّ مرتكبها الإثم كترك ردّ السلام. و لو علّل

ص: 546

1- راجع تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 296، المسألة 887.

2- كابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 220؛ و ابن حمزة في الوسيلة، ص 248؛ و العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 43 - 44، المسألة 5.

الثانية: • إذا قال: «له علي شيء» ففسره بجلد الميتة أو السرجين النجس، قيل: يُقبل؛ لأنه شيء. ولو قيل: لا يُقبل؛ لأنه لا يثبت في الذمة كان حسناً.

المصنّف عدم الاجتزاء بردّ السلام بعدم كونه مالاً و الإقرار إنّما كان بالمال لكان أظهر، و إنّما يحسن تعليله بعدم ثبوته في الذمة على تقدير أن يكون الإقرار بالشيء أو بالحق كما ذكره غيره(1)

و لو فسره بوديعة قبل؛ لأنّها مال يجب عليه ردّها عند الطلب، وقد يتعدّى فيها فتكون مضمونةً.

وقال بعضهم: لا يُقبل؛ لأنّها في يده لا عليه(2). و لا يُقبل بحقّ الشفعة؛ لأنه حق لا مال كردّ السلام و العيادة.

قوله: «إذا قال: له علي شيء، ففسره بجلد الميتة أو السرجين النجس» إلى آخره.

الشيء أعمّ من المال، فكلّ ما يقبل تفسير المال به يقبل به تفسير الشيء و لا ينعكس؛ إذ يقبل تفسير الشيء بحدّ القذف و حقّ الشفعة؛ لأنّهما شيء، دون المال.

و في قبول تفسيره بجلد الميتة و السرجين النجس و الخمر المحرّمة قولان:

أحدهما: القبول؛ لصدق الشيء عليها و إمكان المنفعة بها و تحریم أخذها؛ لثبوت الاختصاص فيها. و هو اختيار العلامة في أحد قوليه(3).

و الثاني - وهو الأجود - العدم(4)؛ لأنّ اللام في «له» و «علي» ظاهرة في الملك، و تلك الأشياء ليست بمملوكة.

و في قبول تفسيره بما لا يتموّل كحبّة الحنطة و قمع الباذنجان قولان:

و أولى بالقبول هنا، و هو اختياره في التذكرة؛ لأنه شيء يحرم أخذه و على من أخذه ردّه(5).

ص: 547

1- كالعلاّمة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 419؛ وتذكرة الفقهاء، ج 15، ص 298، المسألة 888.

2- قاله النووي في روضة الطالبين، ج 4، ص 26.

3- راجع تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 297، المسألة 887.

4- قواعد الأحكام، ج 2، ص 419؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 406، الرقم 5990.

5- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 296 - 297، المسألة 887.



• ولو قال: «مال جليل» أو «عظيم» أو «خطير» أو «نفيس» قبل تفسيره و لو بالقليل.

و لو قال: «كثير» قال الشيخ: يكون ثمانين، رجوعاً في تفسير الكثرة إلى رواية النذر. وربما خصّها بعض الأصحاب بموضع الورود. و هو حسن.

و كذا لو قال: «عظيم جداً» كان كقوله: «عظيم» و فيه تردّد.

و الثاني: عدم القبول؛ لأنّه لا قيمة له فلا يصحّ التزامه بكلمة «عليّ»، و لهذا لا تصحّ الدعوى به (1).

و فيه منع عدم سماع الدعوى به و عليه يترتب ثبوته ب«عليّ» و إن لم يكن متموّلاً.

و لا يقبل تفسيره بردّ السلام و العيادة؛ لأنّه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار؛ إذ لا مطالبة

بهما و الإقرار في العادة ما يطلبه المقرّ الغير و يدّعيه.

نعم، لو قال: «له عليّ حقّ» قال في التذكرة: «يقبل بهما؛ لما روي في الخبر من أنّ حقّ المسلم على المسلم أن يردّ سلامه و يسمّت عطسته و يجيب دعوته، إلى غير ذلك من الحقوق» (2).

و الأشهر عدم القبول؛ لأنّ الحقّ أخصّ من الشيء فيبعد أن يقبل تفسير الأخصّ بما لا يقبل به تفسير الأعمّ.

و يمكن الجواب بأنّ أهل العرف يطلقون الحقّ و يريدون هذه الأمور، فيقولون: لفلان

على فلان حقّ، و يريدون خدمته له و سعيه إلى بابه، و نحو ذلك.

قوله «و لو قال: مال جليل، أو عظيم، أو خطير، أو نفيس، قبل تفسيره» إلى آخره.

هنا مسائل:

الأولى: لو أقرّ بمال جليل أو عظيم أو كثير أو جزيل أو نفيس أو خطير أو غير تافّة أو

ص: 548

1- العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 301؛ روضة الطالبين، ج 4، ص 25.

2- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 298 - 299، المسألة: 888؛ و للرواية راجع كنز الفوائد، الكراجكي، ج 1، ص 306.

مال و أيّ مال و نحو ذلك، فُبل تفسيره بأقلّ ما يتموّل كما لو أطلق المال؛ لأنّه يحتمل أن يريد به عظيم خطره بكفر مستحلّه و وزر غاصبه و الخائن(1) فيه، و لأنّه ليس في العظيم و ما في معناه حدّ في الشرع و لا في اللغة و لا في العرف و الناس مختلفون في ذلك، فبعضهم يستعظم القليل نظراً إلى ما ذكرناه، و بعضهم يستعظمه لشحّه و اعتنائه بالمال، و بعضهم لا يستعظم الكثير لكونه على خلاف ذلك الخلق، فيرجع إلى تفسيره فيه؛ لأنّه أعرف بمراده، و الأصل الذي يبنى عليه الإقرار بالأخذ بالمتيقّن و الترك لغيره و عدم اعتبار الغلبة.

و للعامّة في ذلك مذاهب مختلفة، فاعتبر بعضهم عشرة دراهم(2)، و آخرون نصاب القطع(3). و آخرون مائتي درهم(4)، و أكثرهم على ما ذكرناه.

الثانية : لو قال: «له مال كثير» قال الشيخ (رحمه الله): يلزمه ثمانون(5)، بناءً على الرواية التي تضمّنت أنّ من نذر الصدقة بمال كثير يلزمه الصدقة بثمانين درهماً. و استشهد عليه بقوله تعالى: «لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ»(6)، فإنّها عدّت فوجدت ثمانين موطناً(7).

و عداها الشيخ (رحمه الله) إلى الوصيّة و إلى الإقرار(8)، نظراً إلى أنّ ذلك تقدير شرعي للكثير، و هو ضعيف؛ لأنّ ذلك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على تقدير التزامه على مورده، مع أنّ الرواية مرسلة. و كون المواطن التي نصر فيها ثمانين - على تقدير تسليم ذلك

ص: 549

1- في بعض النسخ: «و الجائر» بدل «و الخائن».

2- راجع بدائع الصنائع، ج 7، ص 325 - 326؛ و المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 316، المسألة 3864.

3- الحاوي الكبير، ج 7، ص 13.

4- حلية العلماء، ج 8، ص 341.

5- الخلاف، ج 3، ص 359 - 360، المسألة 1؛ و راجع المبسوط، ج 2، ص 407.

6- التوبة (9): 25.

7- الكافي، ج 7، ص 463 - 464، باب النوادر، ح 21؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 309، ح 1147، و ص 317، ح 1180.

8- الخلاف، ج 3، ص 359، المسألة 1؛ المبسوط، ج 2، ص 407.

العدد \_ لا يدلّ على انحصار الكثير فيها؛ لأنّ ذلك ليس بحدّ للكثير أو لأقلّه، بل فيه وصف ذلك بالكثرة، وهو لا يمنع من وقوع اسمها على ما دون ذلك العدد، وقد قال تعالى: «كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً» (1) و ليس المراد منها ما ذكره، و كذا قوله تعالى: «اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا» (2) و أمثاله في القرآن كثير.

و لقد أغرب ابن الجنيد حيث جعل «العظيم» كـ«الكثير» في إفادة العدد المذكور. (3).

و بعض العامّة وافق على انحصار «الكثير» فيما دلّت عليه الآية، لكنّه جعل العدد اثنين و سبعين؛ مدّعياً أنّ غزواته و سراياه كانت كذلك (4)، و أكثر السير على خلاف الأمرين (5)، و الأشهر منها أنّ غزواته كانت بضعاً و عشرين و سراياه ستين، و في كثير منها لم يحصل قتال و لا يوصف بالنصرة، و بعضها يكون فيها خلافها. الثالثة: لوقال: «له علىّ مال عظيم جداً» فهو كما لوقال: «له مال عظيم»؛ لأصالة البراءة من الزائد عمّا يفسّره، و احتمال تأويل المبالغة بما أوّل به أصل الوصف بالعظمة، فإنّ العظيم يختلف في الاعتبار، فجاز المبالغة في تعظيم ما عظّمه الله و رتبّ عليه ما ذكر من الأحكام.

و المصنّف (رحمه الله) تردّد في ذلك ممّا ذكر، و من اقتضاء ذلك المبالغة في الكثرة، و هو يقتضي زيادتها عمّا دلّ عليه اللفظ الخالي عنها، فلا يقبل تفسيرهما بأمر واحد. و الأظهر الأوّل، بل لم يذكر غيره فيه إشكالاً و لا احتمالاً (6).

ص: 550

1- البقرة (2): 249.

2- الأحزاب (33): 41.

3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 539 - 540، المسألة 248.

4- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 316، المسألة 3864؛ و الآية في سورة التوبة (9): 25.

5- انظر المغازي، الواقدي، ج 1، ص 7؛ و السيرة النبوية، ج 4، ص 256؛ و مروج الذهب، ج 2، ص 287 و 289.

6- كالعلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 420.

• ولو قال: أكثر ممّا لفلان ألزم بقدره وزيادة، ويرجع في تلك الزيادة إلى المقرّ.

ولو قال: كنت أظنّ ماله عشرة، قبل ما بنى عليه إقراره، ولو ثبت أنّ مال فلان يزيد عن ذلك؛ لأنّ الإنسان يخبر عن وهمه، و المال قد يخفى على غير صاحبه.

قوله «ولو قال: أكثر ممّا لفلان، ألزم بقدره وزيادة إلى آخره.

إطلاق العبارة يدلّ على أنّ الأكثرية محمولة على أكثرية المقدار، ولا يحمل على أكثرية

الاعتبار كما اعتبر في المسائل السابقة.

ووجهه أنّ الظاهر المتبادر هو الكثرة العددية، فيكون حقيقةً فيها. وبهذا قطع جماعة من

الأصحاب (1) منهم الشهيد (رحمه الله) (2).

و اختلف كلام العلامة، ففي التحرير (3) و الإرشاد حمل الإطلاق على كثرة المقدار كما ذكره المصنّف ولكن قال: «إنّه لو ادّعى عدم إرادة الكثرة في المقدار، بل إنّ الدين أكثر بقاءً من العين، و الحلال أكثر

بقاءً من الحرام قبل، و له حينئذٍ التفسير بأقلّ ما يتموّل» (4).

و في القواعد اقتصر على أنّه لو فسره بأكثر عدداً أو قدرأ ألزم بمثله وزيادة. و تردّد في

قبول قوله لو فسره بالبقاء أو المنفعة أو البركة (5)، و لم يذكر حالة الإطلاق.

و في التذكرة قطع بأنّه مع الإطلاق يقبل تفسيره بأقلّ متموّل و إن كثر مال فلان. قال: «لأنّه يحتمل أن يريد به أنّه دين لا يتطرق إليه الهلاك، و ذلك عين معرض للهلاك؛ أو يريد

ص: 551

1- منهم الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 407؛ و ابن البرّاج في جواهر الفقه، ص 86-87. المسألة 316؛ و يحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص 342.

2- الدروس الشرعية، ج 3، ص 128 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

3- تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 407، الرقم 5991.

4- إرشاد الأذهان، ج 1، ص 410.

5- قواعد الأحكام، ج 2، ص 420 - 421.

أنّ مال زيد عليّ حلال و مال فلان عليّ حرام، و القليل من الحلال أكثر بركةً من الكثير

من الحرام»

- قال: - و كما أنّ القدر مبهم في هذا فكذلك الجنس و النوع مبهمان. و لو قال: «له عليّ أكثر من مال فلان عدداً» فالإبهام في الجنس و النوع و لو قال: «له من الذهب أكثر ممّا لفلان» فالإبهام في القدر و النوع. و لو قال: «من صحاح الذهب» فالإبهام في القدر و وحده. و لو قال: «له عليّ أكثر من مال فلان» و فسره بأكثر منه عدداً و قدراً لزمه أكثر منه، و يرجع إليه في تفسير الزيادة و لو حبةً أو أقلّ (1). انتهى.

و هذا القول هو الموافق للحكم المتفق عليه في المسائل السابقة، فإنّ الكثرة و نظائرها إذا لم تحمل عند الإطلاق على كثرة المقدار، و اكتفي في نفي الزيادة باحتمال إرادة كثرة الأخطار، فكذلك الأكثرية. و دعوى أنّ كثرة المقدار هي المتبادر من اللفظ مشتركةً بين الموضوعين، و لا أقلّ من قبول تفسيره بما شاء من ذلك، لا كما أطلقه المصنّف (رحمه الله).

إذا تقرّر ذلك، فعلى تقدير حمله على مثله في المقدار و زيادة - مع الإطلاق أو تفسيره بذلك - يكفي في الزيادة مسماها و إن لم تكن متمولةً، كما يدلّ عليه إطلاق المصنّف (رحمه الله) و غيره (2)، و صرح به في التذكرة، حيث اكتفى بحبةً أو أقلّ (3)؛ لتحقق الأكثرية بذلك. و إن اكتفينا بأقلّ من ذلك اعتبر فيه التمولّ و الفرق: أنّه حينئذٍ يكون مجموع المقرّ به و لا يكون إلاّ متمولاً كما قد علم من تفسير المال و غيره، بخلاف الزيادة المنصّمة إلى مثل مال فلان، فإنّ المقرّ به هو المجموع من الزيادة و المثل، فلا يعتبر التمولّ في نفس الزيادة؛ لأنّها بعض أجزاء المقرّ به، و لا يعتبر في أجزاء المقرّ به مطلقاً التمولّ، ضرورة أنّ أجزاء

ص: 552

1- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 309 - 310، المسألة 898.

2- كالشهيدي في الدروس الشرعية، ج 3، ص 128 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ج 11).

3- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 310، المسألة 898.

• ولو قال: «غصبتك شيئاً» وقال: أردت نفسك، لم يقبل.

لابد أن تنتهي إلى مقدار لا يتموّل. واعتبر بعضهم التموّل في الزيادة منفردة<sup>(1)</sup>؛ نظراً إلى عدم تحقّق المالّة فيها بدون التموّل. وضعفه واضح ممّا قرّره.

ثمّ على تقدير القول بلزوم مثل ماله وزيادة لو ادّعى المقرّ أنّه بنى على ما ظهر له من ماله وأنّه حسبه مقداراً مخصوصاً قبل قوله مع يمينه إن نازعه المقرّ له في ذلك؛ لأنّ المال ممّا يخفى، ولزومه مقدار ما ادّعى إرادته وزيادة يرجع إليه فيها.

ولا فرق في قبول قوله في ذلك بين أن تقوم البيّنة بمقدار ماله وعدمه؛ لاشتراك الجميع في المقتضي، وهو كون المال ممّا يخفى غالباً عن غير صاحبه، منضمّاً إلى أصالة براءة ذمّته

ممّا زاد.

ولا فرق أيضاً بين قوله قبل دعواه - قلّة مال فلان: أنّه يعلم مقدار ماله وعدمه؛ لأنّ علمه مستند إلى ما يظهر له. نعم، لو علم كذبه في دعواه، بأن كان لفلان مال ظاهر له أزيد ممّا ادّعاء فلا إشكال في عدم القبول.

قوله: «ولو قال: غصبتك شيئاً، وقال: أردت نفسك، لم يقبل».

وجه عدم القبول ما هو المشهور من تعريف الغضب أنّه الاستيلاء على مال الغير عدواناً، ونفس الحرّ ليست مالاً؛ ولأنّ المتبادر من اللفظ كون المغضوب غير المغضوب منه.

وعلّل أيضاً بأنه جعل للغضب مفعولين. الثاني منهما «شيئاً»، فيجب مغايرته للأوّل<sup>(2)</sup>. واعترض بأنّه يجوز أن يكون شيئاً بدلاً من الضمير<sup>(3)</sup>، والفعل متعدّد إلى مفعول واحد.

وجوابه: أنّ المفعول الأوّل إذا كان حرّاً لزم إثبات مفعول آخر ليتعلّق به الغضب حقيقة؛ لما ذكر في تعريفه.

وأجيب أيضاً بأنّ «شيئاً» نكرة، فلا يكون بدلاً من الضمير المعرفة إلّا مع كون النكرة

ص: 553

1- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 254.

2- راجع قواعد الأحكام، ج 2، ص 419؛ وتذكرة الفقهاء، ج 15، ص 299، المسألة 889.

3- في جامع المقاصد، ج 9، ص 247 نسبه إلى قائل.

الثالثة • الجمع المنكّر يُحمل على الثلاثة، كقوله: «له عليّ دراهم» أو «دنانير».

منعوتة (1)، كقوله تعالى: «بِالتَّائِبِينَ\*بِالتَّائِبِينَ كَذِبًا» (2)

وهذا الجواب ليس بصحيح، بل الحقّ جواز إبدال النكرة من المعرفة وبالعكس مطلقاً، نصّ عليه المحققون من النحاة كالزمخشري (3) وابن هشام (4) وغيرهما وجعلوا منه قوله تعالى: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ» (5)، وقوله تعالى: «قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ» (6) وغير ذلك من الآيات القرآنية (7) والشواهد اللغوية.

ويتفرّع على التعليلين ما لو كان المقرّر له عبداً، فعلى الأوّل يصحّ التفسير؛ لأنّه مال، لا على الثاني؛ لاقتضاء مفعولي الفعل المغايرة، وهذا هو الذي اختاره الشهيد في الدروس (8) وهو حسن.

قوله: «الجمع المنكّر يُحمل على الثلاثة، كقوله: له عليّ دراهم أو دنانير».

احترز بالمنكّر عما لو كان الجمع معرّفاً، فإنّه يفيد العموم كما حقّق في الأصول (9)، وربما لا يحمل على الثلاثة.

وفيه نظر؛ لأنّ العموم هنا غير مراد وليس له حدّ يوقف عليه، فلا فرق في الحمل على الثلاثة بين المعرّف والمنكّر، كما لا يفرّق فيه بين جمع القلّة والكثرة، والفرق بينهما اصطلاح

خاصّ لا يجري في المحاورات العرفية.

ص: 554

1- أجاب به المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 247.

2- العلق (96): 15 و 16.

3- المفصّل، الزمخشري، ص 158.

4- راجع مغني اللبيب، ج 2، ص 132، الرقم 695.

5- البقرة (2): 217.

6- التوحيد (112): 1.

7- كالأيتين 52 و 53 من سورة الشورى (42).

8- الدروس الشرعية، ج 3، ص 126 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

9- راجع العدة في أصول الفقه، ج 1، ص 276.

• و لو قال: «له ثلاثة آلاف» و اقتصر كان بيان الجنس إليه إذا فسّر بما يصحّ تملكه.

الرابعة: • إذا قال «له ألف و درهم» ثبت الدرهم، و يرجع في تفسير الألف إليه، وكذا لو قال: «ألف و درهمان» و كذا لو قال: «مائة و درهم» أو «عشرة و درهم».

أمّا لو قال: «مائة و خمسون درهماً» كان الجميع دراهم، بخلاف مائة و درهم. و كذا لو قال: «ألف و ثلاثة دراهم» و كذا لو قال: «ألف و مائة درهم» أو «ألف و ثلاثة و ثلاثون درهماً».

و حمل الجمع على الثلاثة هو أصحّ القولين للأصوليين (1). و قيل: أقلّه اثنان، (2). و عليه، فيحمل الإقرار بالجمع عليهما. و استقرب في الدروس قبول دعواه لو أخبر بأنّه من القائلين بذلك، أو أنّه أوّل الجمع بمعنى الاجتماع (3)، و هو يتمّ في الأوّل إن كان له أهليّة القول بمثل ذلك بطريق النظر و الاجتهاد، أو أخبر أنّه قلّد فيه مجتهداً يقول به. و أمّا الثاني فهو مجاز في معناه فلا يقبل منه إرادته حملاً على الأصل.

نعم، لو اتّصل تفسيره بإقراره اتّجه القبول مطلقاً؛ لأنّه حينئذٍ يصير كالجملة الواحدة.

قوله: «و لو قال: له ثلاثة آلاف، و اقتصر كان بيان الجنس إليه إذا فسّر بما يصحّ تملكه». الإقرار بالعدد مجرداً عن التمييز يشتمل على إبهام الجنس و الوصف، فيرجع إليه في تعيينهما، و يُقبل تفسيره بما يتموّل مع صدق اسم العدد عليه عرفاً، فلو فسّره بثلاثة آلاف حبة من الدخن و نحوها قُبل. و لو فسّره بقطعة واحدة تقبل التجزئة إلى ثلاثة آلاف جزء لم يُقبل، و إن كان ذلك أكثر من المجتمع من العدد المنفصل؛ لأنّ المتبادر من ذلك الكمّ المنفصل لا المتّصل.

قوله: «إذا قال: له ألف و درهم، ثبت الدرهم» إلى آخره.

إذا أقر بأعداد مختلفة و أتى فيها بمميز واحد، فإن كانت الأعداد بمنزلة واحد كالمركب

ص: 555

1- راجع العُدّة في أصول الفقه، ج 1، ص 276؛ و تهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص 129.

2- حكاه عن قوم الشيخ الطوسي في العُدّة في أصول الفقه، ج 1، ص 276.

3- الدروس الشرعية، ج 3، ص 127 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).



فالتمييز للجميع، كقوله: «له خمسة عشر درهماً» وإن كانت متعاطفة، فإن كان التمييز متوسطاً بينها لم يرجع إلى ما بعده قطعاً، بل هو على إبهامه، كقوله: «له مائة درهم وعشرون» وإن تأخر عنها فالأصل يقتضي اختصاصه بما قبله متصلاً به خاصة؛ لأن العطف اقتضى انقطاع أحد العددين عن الآخر.

لكن قد يساعد العرف على ذلك أيضاً، كما إذا قال: «له ألف ودرهم» أو «عشرة و ألف درهم». ويمكن إخراج المثال الأول من هذا القبيل؛ لأن الدرهم لم يقع مميّزاً، وإنما هو من جنس مستقلّ معطوف على مبهم الجنس فلا يقتضي تفسيره.

وقد يخالفه العرف ويدلّ على عوده إلى الجميع، كما لو قال: «له مائة وخمسة وعشرون درهماً» أو «ألف ومائة درهم» أو «ألف وثلاثة دراهم» أو «ألف وثلاثة وثلاثون درهماً» ونحو ذلك، فإن الكَلَّ في العرف دراهم، حتّى لو أراد أحد تمييز كلّ عدد منها عد مطوّلاً مهذراً. وبهذا عمل الأكثر.

وذهب في المختلف إلى أنّه لو قال: «له عليّ ألف وثلاثة دراهم» أو «مائة وخمسون درهماً» رجح إليه في تفسير الألف والمائة؛ محتجاً بأن الدراهم والدرهم ليس تمييزاً للألف ولا للمائة، وكما يحتمل أن يكون تمييزاً للمجموع يحتمل أن يكون تمييزاً للأخير، فلا يثبت في الذمة شيء بمجرد الاحتمال (1). وهذا التعليل يقتضي التعدي إلى ما يوافقه من الأمثلة وإن كان قد اقتصر على المثالين.

وصرح بعضهم بأنه يعود إلى الذي يليه خاصةً مطلقاً (2). وعذره واضح من حيث اللغة؛ خصوصاً إذا كان التمييز غير مطابق لجميع الأعداد، كقوله: «مائة وعشرون درهماً» فإنّ مميّز المائة مجرور مفرد و مميّز العشرين منصوب، فلا يصلح لهما؛ ولأن الاستثناء بعد

ص: 556

- 
- 1- مختلف الشيعة، ج 5، ص 529، المسألة 227.  
 2- راجع الحاوي الكبير، ج 7، ص 19؛ و حلية العلماء، ج 8، ص 351؛ و المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 306، المسألة 3855.

الجميل إنما يعود إلى الأخيرة؛ ولأصالة براءة الذمة من الزائد على ما يفسره في السابق. إلا أن العرف مستقر، والاستعمال واقع بالمشهور، و به جاء القرآن في قوله تعالى: «إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً» (1)

وفي الحديث أن النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة (2). وقال الشاعر: ولها اثنتان وأربعون حلوبة (3)\*\*\*

.....

وغير ذلك من الاستعمالات الكثيرة.

وعلى الوجهين يتفرع ما لوقال: «بعتك بمائة وعشرين درهماً» فعلى الأول يصح البيع

دون الثاني؛ لأن المائة مبهمة.

ولو قال: «له درهم ونصف» فالعرف يقتضي رجوع النصف إلى الدرهم، وهو لا ينافي ما تقدم من عدم عود التمييز المتوسط إلى ما بعده؛ لأن الدرهم هنا لم يقع مميّزاً وإنما هو جنس مستقلّ عطف عليه آخر. ومثله عشرة دراهم ونصف، وألف درهم ونصف، ولو قال: «مائة ونصف درهم» فالجميع دراهم عملاً بالعرف.

نعم، لو قال: «له نصف ودرهم» فالنصف مبهم؛ لعدم دلالة العرف في هذا المثال على

دلالة الدرهم عليهما.

ولو قال: «مائة وقفيز حنطة» فالمائة مبهمة بخلاف قوله: «مائة وثلاثة دراهم» بدلالة العرف. وعلّله في التذكرة بأن الدراهم تصلح تفسيراً للكُلِّ، و الحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة؛ لأنه لا يصحّ أن يقال: مائة حنطة (4).

ص: 557

1- ص (38): 23.

2- دلائل النبوة، البيهقي، ج 7، ص 238 - 239؛ كشف الغمّة، ج 1، ص 36؛ وراجع أيضاً الدروس الشرعية، ج 2، ص 420 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 10).

3- ديوان عنترة، ص 17، وفيه: «فيها اثنتان» بدل «ولها اثنتان»

4- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 321، المسألة 906.

• ولو قال: «عليّ درهم و ألف» كانت الألف مجهولةً.

### إذا قال: له عليّ كذا، أو كذا و كذا

الخامسة: • إذا قال: «له عليّ كذا» كان إليه التفسير، كما لو قال: «شيء» و لو فسره بالدرهم، نصباً أو رفعاً كان إقراراً بدرهم.

وقيل: إن نصب كان له عشرون، وقد يمكن هذا مع الاطلاع على القصد. وإن خفض احتمال بعض الدرهم وإليه تفسير البعضية. وقيل: يلزمه مائة درهم؛ مراعاة لتجنب الكسر. و لست أدري من أين نشأ هذا الشرط!

وفيه نظر؛ لأنّ تفسير الدراهم للمائة لا يصحّ بحسب الوضع أيضاً، وإنّما هو مجاز بالتأويل،

و بالجملة فالاعتماد في جميع ذلك على العرف، و مع الشك يقع الإبهام فيما يقع فيه.

قوله: «ولو قال: عليّ درهم و ألف كانت الألف مجهولةً».

لأنّ الدرهم جنس مستقلّ بالتمييز و قد عطف عليه عدد مبهم فلا يكون الدرهم تمييزاً له؛ و لأنّه لو توسط التمييز لم يتعلّق بالمتأخّر كما لو قال: «له مائة درهم و ألف» فكيف مع عدم التمييز أصلاً؟! فإنّ الدرهم الواقع ليس تمييزاً و إنّما هو جنس مستقلّ مبين بنفسه، و كذا لو عكس فقال: «ألف و درهم» و مثله ما لو قال: «درهمان و ألف» أو «و مائة» أو «و عشرة» أو بالعكس.

قوله: «إذا قال: له عليّ كذا، كان إليه التفسير» إلى آخره.

إذا قال «لفلان كذا» فهو كما لو قال «شيء» فيقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشيء. هذا إذا لم يفسره. أما إذا فسره بالدرهم، فإنّما أن يجعل الدرهم منصوباً أو مرفوعاً أو مجروراً أو موقوفاً. ففي الأولين يلزمه درهم و جعل «درهماً» منصوباً على التمييز كما لو قال: شيء درهماً، و مرفوعاً بدلاً من الشيء فكأنّه قال: له درهم. و في الثالث يلزمه جزء درهم، و إليه يرجع في تفسير الجزء، و التقدير جزء درهم أو بعض درهم، و «كذا» كناية عن الجزء. و إن وقف احتمال الرفع و الجرّ، فيلزمه أقلّهما؛ لأصالة البراءة من الزائد. هذا هو الذي يقتضيه اللفظ لغةً و عرفاً.

وقال الشيخ في المبسوط: «يلزمه مع النصب عشرون درهماً؛ لأنّ أقلّ عدد مفرد ينصب مميّزه عشرون؛ إذ فوّقه ثلاثون إلى تسعين، فيلزمه الأقلّ؛ لأنّه المتيقّن، و مع الجرّ مائة درهم؛ لأنّه أقلّ عدد مفرد مميّزه مجرور؛ إذ فوّقه الألف، فيحمل على الأقلّ» (1).

وردّه المصنّف (رحمه الله) بأنّ الجرّ يحصل بإضافة الجزء كما بيّناه، فلا وجه لحمله

على الدرهم الكامل. ولا يظهر وجه اشتراط عدم الكسر.

وقال بعضهم: «إن قال: كذا درهم، صحيح، لزمه مائة، وإن لم يصفه بالصحة اكتفي بالجزء؛ لأنّ الوصف بالصحة يمنع من الحمل على الجزء؛ لأنّه كسر لا صحيح» (2).

وردّ بأنّ الصحيح يقبل التجزئة كما يقبلها غيره، فيصحّ أن يريد: له بعض درهم صحيح، بمعنى أنّ بعض الدرهم الصحيح مستحقّ له و باقيه لغيره. و النعت وإن كان الأصل فيه أن يعود إلى المضاف دون المضاف إليه؛ لأنّه المحدث عنه، إلّا أنّه مع الجرّ يتعيّن كونه نعتاً للمضاف إليه، و هو سائغ أيضاً مع ظهور قصده.

و العلامة وافق الشيخ في ذلك إذا كان المقرّ من أهل اللسان (3). و يضعف بأنّ اللسان العربي كما يجوز موازنة ما ذكره الشيخ يجوز ما ذكره غيره من القدر القليل (4). و هذه المبهمات لم توضع لما ذكره لغةً و لا اصطلاحاً، و إنّما هي موازنة اتّفاقية لا يلزم اتباعها مع إمكان ما هو أقلّ منها.

ص: 559

1- المبسوط، ج 2، ص 415.

2- راجع روضة الطالبين، ج 4، ص 30 - 31.

3- مختلف الشيعة، ج 5، ص 528، المسألة 226.

4- راجع قواعد الأحكام، ج 2، ص 421؛ و إيضاح الفوائد، ج 2، ص 443؛ و اللعة الدمشقية، ص 270 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13)؛ و جامع المقاصد، ج 9، ص 259.

• ولو قال: «كذا كذا» فإن اقتصر فإليه التفسير. وإن أتبعه بالدرهم نصباً أو رفعاً لزمه درهم. وقيل: إن نصب لزمه أحد عشر.

والحق أن هذا القول ضعيف جداً، سواء كان المقرّ عارفاً أم لا، إلا أن يقصد ذلك، ولا يحصل الاطلاع على قصده إلا من قبله وإذا كان كذلك فلا إشكال؛ لأنه لو أخبر أنه قصد قدراً معيناً من غير هذا من الكنايات المبهمة قبل منه من جهة إخباره بقصده ذلك لا من جهة ذلك اللفظ الذي لا يدلّ عليه.

قوله: «ولو قال: كذا كذا، فإن اقتصر فإليه التفسير» إلى آخره.

تكرير «كذا» بغير عطف لا يقتضي الزيادة كتكرير شيء وإنما يفيد تأكيد المبهم. هذا إذا لم يتبعه بالدرهم، وإن أتبعه جاء فيه الحالات الأربع، فإن نصب الدرهم كان مميّزاً، فكأنه قال: شيء شيء درهماً، فيلزمه درهم، وكذا إن رفع، فإنه يكون بدلاً من المؤكّد ويلزمه الدرهم، وكأنه قال: شيء شيء هو درهم. وإن جرّ احتمال إضافة جزء إلى جزء ثمّ أضاف الجزء الأخير إلى الدرهم، فيلزمه جزء جزء من درهم، وجزء الجزء جزء، فيقبل تفسيره بجزء درهم كالسابق؛ لأصالة براءة الذمّة مما زاد. ولو وقف لزمه أقلّ الاحتمالات في حالتي الرفع والجرّ. وكذا القول لو كرّر «كذا» مرّتين فصاعداً.

وقال الشيخ: «إنه مع النصب يلزمه أحد عشر درهماً؛ لأنّ أقلّ عدد مركّب مع غيره ينتصب بعده المميّز أحد عشر»<sup>(1)</sup>

إذ فوّه الاثنا عشر إلى تسعة عشر، فيلزمه الأقلّ، ويضعّف بما مرّ والعلامة على تفصيله

هنا أيضاً<sup>(2)</sup>.

والجواب واحد.

ص: 560

1- الخلاف، ج 3، ص 366، المسألة 9.

2- مختلف الشيعة، ج 5، ص 528، المسألة 226.

● ولو قال: «كذا وكذا درهماً» نصباً أو رفعاً لزمه درهم. وقيل: إن نصبه لزمه أحد وعشرون. والوجه الاقتصار على اليقين إلا مع العلم بالقصد.

قوله: «ولو قال: كذا وكذا درهماً، نصباً أو رفعاً لزمه درهم» إلى آخره.

إذا عطف «كذا» على «كذا» وأتبعهما بالدرهم جاء فيه الحالات أيضاً، فإن نصبه أو رفعه لزمه درهم على وزان ما مرّ؛ لأنه ذكر شيئين ثمّ أبدل منهما درهماً على تقدير الرفع، وميّزهما بدرهم على تقدير النصب، فكأنه قال: شيء وشيء هما درهم؛ لأن «كذا» لمّا كان محتملاً لما هو أقلّ من درهم جاز تفسير المتعدّد منه وإن كثر بالدرهم، والأصل براءة الذمّة ممّا زاد.

وقال الشيخ: «يلزمه مع النصب أحد وعشرون درهماً؛ لأنه أقلّ عددين عطف أحدهما على الآخر وميّزاً بدرهم منصوب»<sup>(1)</sup>

إذ فوقه اثنان وعشرون إلى تسعة وتسعين وفيه ما مرّ.

وفي المسألة وجه ثالث بلزوم درهمين<sup>(2)</sup>؛ لأنه ذكر جملتين كلّ واحدة منهما تقع على الدرهم وتكون كنايةً عنه، فيكون الدرهم تفسيراً لكلّ واحدة منهما، كما إذا قال: مائة وخمسون درهماً.

ورابع: وهو أنّه يلزمه درهم وزيادة يرجع فيها إليه<sup>(3)</sup>؛ لأنّ الدرهم فسّر الأخير منهما فيبقى الأوّل على إبهامه، فيفسّره بشيء كما لو قال: «كذا» مقتصراً.

ولو جرّ الدرهم لزمه جزء درهم وشيء كما لو قال: «شيء وجزء درهم».

وفي هذه الحالة قول آخر بلزوم درهم<sup>(4)</sup>؛ حملاً للجرّ على أخويه؛ لأنه لحن. ويضعّف بإمكان تصحيحه بما ذكرناه.

ص: 561

1- الخلاف، ج 3، ص 366 - 367. المسألة 10.

2- حلية العلماء، ج 8، ص 348 - 349؛ روضة الطالبين، ج 4، ص 31.

3- راجع حلية العلماء، ج 8، ص 348 - 349؛ وروضة الطالبين، ج 4، ص 31.

4- انظر روضة الطالبين، ج 4، ص 31.

السادسة • إذا قال: «هذه الدار لأحد هذين» ألزم البيان، فإن عيّن قبل، و لو ادّعاها الآخر كانا خصمين و لو ادّعى على المقرّ العلم، كان له إحلافه. و لو أقرّ للآخر لزمه الضمان. و إن قال: «لا أعلم» دفعها إليهما و كانا خصمين. و لو ادّعى أو أحدهما علمه، كان القول قوله مع يمينه.

و الشيخ (رحمه الله) اقتصر في موازنة الأعداد على ما نقلناه عنه من الأقسام (1)، و لم يذكر الحكم مع باقي أنواع الإعراب، مع أنّها محتملة له. و ما اختاره قول لبعض الشافعية (2)، و هو عندهم ضعيف أيضاً (3).

قوله: «إذا قال: هذه الدار لأحد هذين، ألزم البيان» إلى آخره.

كما يسمع الإقرار المجهول كذا يسمع الإقرار للمجهول، ثم يطالب بالبيان كما يطالب به في الآخر. فإذا قال: «هذه العين لأحد هذين» قبل و انحصر ملكها فيهما و طولب بالتعيين. فإن عيّن أحدهما سلّمت إليه؛ لأنّه ذو يد فينفذ إقراره.

و لو ادّعاها الآخر كانا خصمين، بمعنى أنّ المقرّ له بها يصير ذا اليد و الآخر خارج، فيأتي في دعواه حكم دعوى الخارج على ذي اليد من قبول قول ذي اليد مع يمينه و مطالبة الخارج بالبيّنة. و لهذا الخارج إحلاف المقرّ على عدم العلم بكونها له و إن ادّعى عليه العلم بأنّها له، و على البتّ إن ادّعى عليه الغصب منه.

و إنّما توجه عليه الحلف له؛ لأنّه لو أقرّ له تبعه بالغرم.

ثمّ إن أصّر المقرّ على أنّها لمن عيّن له فذاك، و إن رجع إلى الإقرار له بها لم تنتزع من الأوّل؛ لسبق حقّه، و أغرم للثاني قيمتها أو مثلها إن لم يصدّقه الأوّل؛ لأنّه حال بين الثاني و المقرّ به بإقراره الأوّل فكان كالمتلّف. و لو صدّقه الأوّل دفعت إلى الثاني و لا غرم.

ص: 562

1- الخلاف، ج 3، ص 366، المسألة 10؛ ولكن ذكر باقي أنواع الإعراب في المبسوط، ج 2، ص 416.

2- الحاوي الكبير، ج 7، ص 26 - 28؛ روضة الطالبين، ج 4، ص 31.

3- راجع الحاوي الكبير، ج 7، ص 26 - 28؛ و روضة الطالبين، ج 4، ص 30 - 31.

السابعة • إذا قال: «هذا الثوب أو هذا العبد لزيد» فإن عيّن قبل منه، وإن أنكر المقرّ له كان القول قول المقرّ مع يمينه. وللحاكم انتزاع ما أقرّ به، وله إقراره في يده.

وهل للمقرّ على تقدير إقراره للثاني وعدم تصديق الأوّل إحلافه؟ وجهان، من عموم «اليمين على من أنكر»<sup>(1)</sup>، وأنّه يدفع بها الغرم عن نفسه، وأنّه لو أقرّ لنفع إقراره، ومن أنّ المقرّ مكذّب نفسه في دعواه أنّها للثاني بإقراره للأوّل، وأنّه لو نكل امتنع الردّ؛ إذ لا يحلف لإثبات مال غيره. وهو حسن، إلّا أن يظهر لإقراره ما يدفع التكذيب كالغلط، فالأوّل أحسن. وعلى الأوّل فيستحلفه على نفي العلم بأنّها للثاني؛ لأنّه ربما<sup>(2)</sup> استند في تملكها إلى الإقرار خاصّة فلا يمكنه الحلف على البتّ.

ولو قال المقرّ بها لأحدهما لمّا طولب بالبيان: «لا أعلم» دفعها إليهما؛ لانحصار الحقّ فيهما، و كانا خصمين فيلزمهما حكم المتداعيين الخارجين عن العين. ثم إن صدّقه على عدم العلم بالحكم كذلك. وإن كذّبه أو أحدهما فلهما أو للمكذّب إحلافه على نفي العلم، و لأحدهما إحلاف الآخر.

واعلم أنّ في دفعها إليهما على هذا التقدير نظراً؛ لأنّه يستلزم تسليمها لغير المالك؛ لاعترافه بأنّها لأحدهما دون الآخر. والوجه رفع الأمر إلى الحاكم ليسلمها إلى من يثبت له خاصّة.

قوله: «إذا قال: هذا الثوب أو هذا العبد لزيد، فإن عيّن قبل منه» إلى آخره.

هذا الإقرار من ضرور الإبهام في الأعيان ونحوها المقرّ بها مع تعيين المقرّ له عكس السابقة. وحكمها أن يطالب بالتعيين، فإن عيّن قبل؛ لأنّه ذو اليد. فإن وافقه المقرّ له على ما عيّنه فذاك، وإلا لم يسلم إليه لاعترافه أنّه ليس له وله إحلاف المقرّ على أنّ العين الأخرى

ص: 563

1- سنن الدارقطني، ج 3، ص 37، ح 98/3151 و 99/3152؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج 8، ص 213، ح 16445؛ الخلاف، ج 3، ص 148، المسألة 236؛ المبسوط، ج 5، ص 624؛ مختلف الشيعة، ج 9، ص 312، المسألة 20.

2- في بعض النسخ: «إنّما» بدل «ربما»



الثامنة: • إذا قال: «فلان عليّ ألف» ثم دفع إليه وقال: هذه التي كنت أقررت بها كانت وديعة، فإن أنكر المقر له كان القول قول المقر مع يمينه.

وكذا لو قال: «لك في ذمتي ألف» وجاء بها وقال: هي وديعة وهذه بدلها.

ليست للمقر له، فإذا حلف خالص من دعواه وبقيت العين المقر بها مجهولة المالك، فيتخير الحاكم بين انتزاعها من المقر و حفظها إلى أن يظهر مالها أو يرجع المقر له عن إنكاره، وبين أن يتركها في يد المقر كذلك. فإن عاد المقر (1) إلى التصديق سمع؛ لعدم المنازع وإمكان تذكره.

ولو أصرّ المقر على عدم التعيين و ادّعى الجهل بالحال أو نسيانه سمع منه، ورجعا إلى الصلح في العينين. ويحتمل قوياً مع عدم اتّفاقهما على الصلح القرعة بينهما في العين؛ لأنها

لكلّ أمر مشكل (2)، خصوصاً فيما هو معيّن عند الله مشتبه عندنا، والحال هنا كذلك.

ولو دار الاشتباه بين درهم و درهمين ثبت الأقلّ وط ولب بالجواب عن الزائد. ولو ردّد بين ألف وألفين مطلقين فالظاهر أنّه كذلك، مع احتمال لزوم الأكثر، ولزوم الأقلّ منهما على

تقدير البداءة بالأكثر؛ لأنّه كالرجوع عن الإقرار فلا يسمع.

قوله: «إذا قال: لفلان عليّ ألف، ثم دفع إليه» إلى آخره.

هنا مسائل ثلاث متقاربة الأطراف مختلفة الحقيقة:

الأولى: لو قال: «فلان عليّ ألف» ثم دفع إليه ألفاً وقال: هذه هي التي كنت أقررت بها كانت وديعة عندي، فقال المقر له: هذه هي وديعة ولي عليك ألف أخرى ديناً وهي التي أردت بإقرارك، ففيه قولان:

أحدهما: أنّ القول قول المقر له (3)؛ لأنّ كلمة «علي» تقتضي الثبوت في الذمة ولهذا لو قال: عليّ ما على فلان كان ضامناً، والوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها.

ص: 564

1- كذا في النسخ الخطية، ولعلّ الصحيح: «المقر له»

2- الفقيه، ج 3، ص 92، ح 3392؛ تهذيب الأحكام، ج 6، ص 240، ح 593، وفيهما: «كلّ مجهول ففيه القرعة».

3- هو قول ابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 508.

أما لو قال: «لك في ذمتي ألف، وهذه هي التي أقررت بها كانت وديعة» لم يُقبل؛ لأن ما في الذمة لا يكون وديعة، وليست كالأولى ولا كالوسطى.

وأصحهما - وبه قال الشيخ ولم يذكر المصنّف غيره وذهب إليه الأكثر - أن القول قول المقرّ مع يمينه(1)؛ لأنّ الوديعة يجب حفظها و التخلية بينها وبين المالك، فلعلّه أراد بكلمة «عليّ» الإخبار عن هذا الواجب. ويحتمل أيضاً أنه تعدّى فيها حتى صارت مضمونة عليه، فلذلك قال: هي عليّ، وأيضاً فقد يستعمل «عليّ» بمعنى «عندي» وفسّر بذلك(2) قوله تعالى:

«وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ»(3). مضافاً إلى أصالة براءة الذمة من غير ما اعترف به.

ولا فرق بين تفسيره بذلك على الاتصال والانفصال والمصنّف (رحمه الله) ذكر حالة

الانفصال لتدلّ على الأخرى بطريق أولى.

الثانية: لو قال: «لك في ذمتي ألف» وجاء بألف وفسّر بما ذكر في الأولى وقال: هذه التي أقررت بها وقد كانت وديعة وتلفت وهذه بدلها، فإن لم يقبل في الصورة الأولى فها هنا أولى، وإن قبلنا قوله فوجهان هنا:

أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف (رحمه الله) - القبول؛ لجواز أن يريد له ألف في ذمتي إن تلفت الوديعة؛ لأنّ تعدّيت فيها، أو يريد كونها وديعة في الأصل وأنها تلفت ووجب بدلها في الذمة، وغايته إرادة المجاز وهو كون الشيء في الذمة وديعة باعتبار أن سببها كان في الذمة، والمجاز يصار إليه بالقرينة.

والثاني: العدم؛ لأنّ العين لا تثبت في الذمة، والأصل في الكلام الحقيقة. وقد تقدّم كثير من الدعاوي المجازية في الإقرار(4)، ولم يلتفت إليها، فلا وجه لتخصيص هذه. وهذا لا يخلو من قوّة.

ص: 565

1- الخلاف، ج 3، ص 372، المسألة 19؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 462؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 114 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11)؛ جامع المقاصد، ج 9، ص 339 - 341.

2- مجاز القرآن، أبو عبيدة، ج 2، ص 84: النكت والعيون، الماوردي، ج 4، ص 166.

3- الشعراء (26): 14.

4- تقدّم في ص 545 وما بعدها.

. ولو قال: «له عليّ ألف» ودفعها، وقال: كانت وديعةً و كنت أظنّها باقية فبانت

تالفةً، لم يُقبل؛ لأنّه مكذب إقراره. أمّا لو ادّعى تلفها بعد الإقرار فُقبل.

الثالثة: لو قال: «لك في ذمّتي ألف و هذه هي التي أقررت بها» و قد كانت وديعة حين الإقرار لم يُقبل و يلزمه ألف أخرى؛ لأنّ ما في الذمّة لا يكون وديعة؛ فإنّ الوديعة هي العين المستتاب في حفظها و ما في الذمّة لا يكون عيناً.

و الفرق بين هذه المسألة و بين المسألتين السابقتين واضح. أمّا الأولى؛ فلا تّه لم يصرّح فيها يكون المقرّ به في الذمّة فلا ينافي كونه وديعة ابتداءً. و أمّا الثانية؛ فلا تّه و إن صرّح بكونها في الذمّة المنافي لكونها وديعةً إلّا أنّه ادّعى أنّ الذي أحضره بدلها لا عينها، فرفع التنافي بتأويله. و أمّا الثالثة فقد جمع فيها بين وصفها بكونها في الذمّة و كونها وديعةً من غير تأويل فلهذا لم تُسمع.

و المجاز و إن كان ممكناً هنا بأن يكون قد تلفت بعد الإقرار و الذي أحضره بدلها و أطلق عليه الوديعة باعتبار كونه عوضاً و مسبباً عنها، إلّا أنّه لما لم يدع المجاز لم يكن عن الحقيقة صارف، و لو صرف عنها بمجرد تمحل (1) المجاز من غير أن يدّعى لم يحكم بشيء من الحقائق أصلاً. فما قيل هنا من توجيه القبول أيضاً - كالسابقة - من احتمال المجاز (2) واهٍ جداً كما لا يخفى.

و اعلم أنّ محلّ الشبهة ما إذا مضى زمان يمكن فيه تلفها بين الكلامين، فلو لم يمض

مقدار ذلك لم يقبل قوله بغير إشكال؛ لظهور كذبه في أحد القولين.

قوله: «و لو قال: له عليّ ألف، و دفعها» إلى آخره.

هذه مسألة رابعة للإقرار بالوديعة و محصلها: أنّه أقرّ بأنّ له عليه ألفاً و أطلق، ثمّ دفع الألف و قال: كانت الألف التي أقررت بأنّها عليّ وديعة، و كنت أظنّها باقية قبل الإقرار فبانت تالفة قبله بغير تفريط فلا يلزم مني ضمانها، فإنّه لا يقبل منه تفسير الثاني؛ لأنّه مكذب

ص: 566

1- تمحل الشيء: احتال و سعى في طلبه. انظر الصحاح، ج 4، ص 1817؛ و لسان العرب، ج 11، ص 618، «محل».

2- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 341 - 342.

التاسعة: • إذا قال: «له في هذه الدار مائة» قُبل، ورجع في تفسير الكيفية إليه. فإن أنكر المقر له شيئاً من تفسيره كان القول قول المقر مع يمينه.

لإقراره الأول؛ إذ تلف الوديعة على وجه لا يضمن لايجامع كونها عليه؛ لأن «عليّ» تقتضي صيرورتها مضمونة عليه لتعديده، فتفسيره بتلفها قبل الإقرار على وجه لا يوجب الضمان مناقض لذلك (1) فلا يسمع.

وإنما فسرنا قوله «فبانت تالفه» بكون التلف قبل الإقرار مع كونه أعمّ بقربنة قسيمه في قوله «أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار قبل» وذلك لعدم المنافاة، فتكون دعوى مستأنفة، ويكون التلف على وجه غير مضمون؛ إذ لو كان مضموناً لم يكن مكذباً لإقراره؛ لأنه تصير حينئذٍ عليه.

وقوله «فدفعها» تبع فيه الشيخ (2)، ولا دخل للدفع في الحكم؛ لأنه لو ادعى ذلك من غير دفع ليدفع عنه الغرم كان أظهر في الدعوى، و الحكم فيه كما ذكر؛ لتحقق التناقض بين كلاميه على التقديرين، بل مع دفعها لا يبقى للدعوى الثابتة فائدة؛ إذ ليس البحث في هذه المسألة إلا عن ألف واحدة، بخلاف ما سبق، وكانهم جروا على الدفع السابق فإن له مدخلاً في الحكم.

و لو قيل بقبول قوله في هذه المسألة أيضاً كما قيل في السابقة كان وجهاً، بل هنا أولى؛ لأنّ قوله كان مبنياً على الظاهر من أنها موجودة يجب عليه حفظها و كونها عنده كما سبق وإنما ظهر بعد الإقرار تلفها قبله، فلا منافاة بين كلاميه إلا على تقدير تفسير «عليّ» بكونها في الذمة. و لعلّ إطلاعهم ذلك بناءً على أن الظاهر من «عليّ» هو هذا المعنى لا مجرد وجوب الحفظ، وذلك المعنى لو سلّم كونه مجازاً فقد سمع منه دعوى المجاز فيما سبق.

قوله: «إذا قال: له في هذه الدار مائة، قُبل» إلى آخره.

لما كانت المائة ليست من جنس الدار فالإقرار مجمل يحتمل وجوهاً من التأويل،

ص: 567

1- في هامش «م»: «مناقض لجميع ذلك» بدل «مناقض لذلك».

2- راجع المبسوط، ج 2، ص 423 و 433.

فيرجع إليه في بيانه فإن فسره بجزء منها قيمته مائة قبل و صار المقر له شريكاً بذلك الجزء. وكذا إن فسّر ذلك بجزء تقصر قيمته عن مائة و أراد أنّه اشتراه بذلك.

وإن قال: إنّ دفع في ثمنها مائة و هو المشتري لها لنفسه كانت قرضاً عليه.

وإن قال: إنّ المقر له نقد في ثمنها لنفسه مائة، سئل ثانياً عن مجموع ثمنه، و هل وزن هو شيئاً أم لا؟ فإن قال: الثمن مائة و لم أزن فيه شيئاً، كان إقراراً له بالدار. و إن قال: إنّ وزن أيضاً في الثمن، سئل عن كيفية الشراء هل كان دفعةً أو على التعاقب؟ فإن قال: إنّ وقع دفعةً و أخبر أنّه وزن مائة أيضاً، فهي بينهما نصفان و إن قال: إنّ وزن مائتين فللمقر له ثلثها، و على هذا، سواء كانت القيمة مطابقة لذلك أم لا.

و إن أخبر أنّهما اشترياها بعقدين (1) رجع إليه في مقدار كلّ جزء و قبل ما يفسره، حتّى لو قال: إنّ اشترى تسعة أعشارها بمائة و المقر له اشترى عشرها بمائة، قبل؛ لأنّه محتمل، سواء وافق ذلك القيمة أم لا.

وإن قال: أردت أنّه أوصي له بمائة من ثمنها قبل و بيعت، و دفع إليه من ثمنها المائة، حتّى لو أراد أن يعطيه المائة من غير ثمنها لم يكن له ذلك إلا برضى المقر له؛ لأنّه استحقّ المائة من ثمنها فوجب البيع في حقّه إلا أن يرضى بتركه.

وإن فسره بأنّه دفع إليه مائة ليشتريها له ففعل، فهو إقرار له بها أجمع.

وإن فسره بأنّها رهن عنده على المائة، ففي قبوله وجهان، من أنّ ظاهر الإقرار كون الدار محلاً للمائة و محلّ الدين الذمّة لا المرهون و إنّما المرهون وثيقة له، و من أنّ له تعلقاً ظاهراً بالمرهون.

هذا كلّه إذا لم يكذبه المقر له. فإن خالفه و أنكر شيئاً من تفسيره كان القول قول المقر مع يمينه حيث يكون التفسير محتملاً من اللفظ؛ لأنّه أعلم بما أراد، و لأصالة براءة ذمّته ممّا

سوى ذلك.

ص: 568

1- في بعض النسخ «بنقدين» بدل «بعقدين».

العاشرة: • إذا قال: «له في ميراث أبي» أو «من ميراث أبي مائة» كان إقراراً. و لو قال: «في ميراثي من أبي» أو «من ميراثي من أبي» لم يكن إقراراً، وكان كالوعد بالهبة. وكذا لو قال: «له من هذه الدار» صحّ. و لو قال: «من داري» لم يُقبل.

و لو قال: «له في مالي ألف» لم يُقبل. و من الناس من فرّق بين «له في مالي» وبين «له في داري» بأنّ بعض الدار لا يسمّى داراً، وبعض المال يسمّى مالاً.

و لو قال في هذه المسائل: «بحقّ واجب» أو بسبب صحيح، أو ما جرى مجراه، صحّ في الجميع.

قوله: «إذا قال: له في ميراث أبي أو: من ميراث أبي مائة، كان إقراراً- إلى قوله - صحّ في

الجميع».

لَمَّا كان الإقرار إخباراً عن حقّ سابق للمقرّ له لا إنشاء ملك له من حين الإقرار لم يصحّ الجمع بين كون المقرّ به ملكاً للمقرّ حين الإقرار و بين صحّة الإقرار به لغيره؛ لحصول التناقض، و مِن ثَمَّ كان قوله «له في ميراث أبي أو من ميراث أبي كذا» إقراراً و لم يكن قوله «له في ميراثي من أبي» إقراراً؛ لأنّ المراد بميراث أبيه ما خلفه سواء انتقل إلى المقرّ أم لا، بخلاف قوله «من ميراثي» فإنّه أضاف الميراث إلى نفسه و حكم بانتقاله إليه فلا يجامع كونه ملكاً لغيره. و مثله ما لو قال: «هذه الدار» أو قال: «داري» فيقبل في الأوّل دون الثاني.

هذا هو المشهور بين الأصحاب و غيرهم، و ذهب إلى ذلك الشيخ (1) و أتباعه (2)، و وافقه ابن إدريس (3) و المصنّف و أكثر المتأخريين.

و لك أن تمنع التناقض بين إضافة الميراث إلى نفسه و بين تعلق دين الغير به، فإنّ تركة كلّ مديون مملوكة لورثته على الأصحّ، و الدين متعلّق بها. و أيضاً فالإضافة إلى نفسه في

ص: 569

1- المبسوط، ج 2، ص 426.

2- منهم ابن زهرة في غنيّة النزوع، ج 1، ص 275؛ و الكيذري في إصباح الشيعة، ص 335.

3- السرائر، ج 2، ص 50.

الميراث والدار وغيرهما مبنية على الظاهر؛ ولهذا اشترط في صحة الإقرار كون المقرّبه تحت يده، فكأنه قال: ميراثي المحكوم به لي بحسب الظاهر، وداري المنسوبة إليّ كذلك لفلان في نفس الأمر، ولاتناقض في ذلك، بل هو مؤيد لصحة الإقرار، وأيضاً فالإضافة تصدق بأدنى ملابس، كقوله تعالى: «لَا تُخْرِجُوهُنَّ» يعني المطلقات «مِنْ بَيْوتِهِنَّ» (1)، والمراد بيوت الأزواج «وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ» (2) وكقوله:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة\*\*\*سهيل أذاعت غزلها في الغرائب (3)

وقول أحد حاملي الخشبة: خذ طرفك، وغير ذلك من الاستعمالات الشائعة في اللغة

الصحيحة.

ولو سلم أنه مجاز لكأنه مشهور في الاستعمال يندفع به التنافي، مؤيداً بما ذكر من الجهات المصححة، ومن ثم ذهب جماعة من المتأخرين إلى قبول الإقرار كذلك مطلقاً (4). منهم العلامة في المختلف (5) والشهيد (6). وهو قول قوي.

ويؤيده أيضاً اعتراف المانع بأنه لو قال مع ذلك: بحق واجب أو سبب صحيح صح (7)، فإنه لولا صلاحية اللفظ للإقرار لما صحّ مع هذه الإضافة.

وأما الفارق بين قوله «داري» و«مالي» من القائلين بعدم صحة الإقرار مع الإضافة (8) ينظر إلى أنّ الدار لا يطلق إلا على المجموع، فإذا قال: «لفلان بعض داري» لم يقبل؛ لأنّ

ص: 570

1- الطلاق (65): 1

2- المائدة (5): 106.

3- لسان العرب، ج 1، ص 639، «غرب».

4- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 337 - 238 و 340.

5- مختلف الشيعة، ج 5، ص 531، المسألة 230.

6- الدروس الشرعية، ج 3، ص 113 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11).

7- راجع السرائر، ج 2، ص 506؛ وإرشاد الأذهان، ج 1، ص 409؛ والتنقيح الرائع، ج 3، ص 486.

8- راجع الدروس الشرعية، ج 3، ص 113 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11) والحاوي الكبير، ج 7، ص 63.

فلو قال: «لى عليك ألف» فقال: رددتها أو قبضتها كان إقراراً. ولو قال: «زنها» لم يكن إقراراً.

الباقى على ملكه لا يسمّى داراً، بخلاف قوله: «له في مالي مائة» فإنّ الفاضل منه عن المائة يطلق عليه اسم المال، وكأنّه أطلق عليه الظرفيّة باعتبار كون المائة ممتزجة به أو البعضيّة

باعتبار الشركة.

ومن هذا الفرق يظهر أنّه لافرق عند هذا القائل بين قوله «داري لفلان» و«مالي لفلان»؛ لأنّه استغرق بالإقرار الجميع، فلم يبق مع الإقرار ما يصحّح الإضافة إلى نفسه فيهما، وإنّما

يفرّق بينهما حيث يقرّ ببعض الدار والمال. وكيف كان فهذا الفرق ليس بشيء.

وتبّه بالجمع بين المثالين ب«من» و«في» في قوله: «في ميراث أبي» أو «من ميراث أبي» على خلاف بعضهم حيث فرّق بينهما وجعل «في» إقراراً دون «من»، محتجّاً بأنّ «في» تقتضي كون مال المقرّ ظرفاً لمال المقرّ له، وقوله «من مالي» يقتضي الفصل والتبعيض (1)، وهو ظاهر في الوعد بأنّه يقطع شيئاً من ماله له. وهو فرق رديء. فالوجه ردّ المسألة إلى القولين خاصّة: عدم صحّة الإقرار بالمضاف إلى المقرّ مالاً وميراثاً وغيرهما، وصحّته مطلقاً، وما عداهما فتكلّف.

قوله: «فلو قال لى عليك ألف فقال: رددتها أو قبضتها كان إقراراً» إلى آخره.

أمّا الأوّل فلاعترافه بوصولها إليه ودعواه ردّها، فيسمع الإقرار دون الدعوى. وأمّا الثاني؛ فلأنّه لم يوجد منه صيغة التزام، وقد يذكر مثل ذلك من يستهزئ ويبالغ في الجحود. ومثله: «شدّ هميانك» و«هيّء ميزانك» ونحو ذلك من الألفاظ المستعملة عرفاً في التهكم والاستهزاء في جواب الدعوى.

ص: 571



. ولو قال: «نعم» أو «أجل» أو «بلى» كان إقراراً. ولو قال: «أنا مقرّ به» لزم. ولو قال: «أنا مقرّ» واقتصر لم يلزمه؛ لتطرق الاحتمال.

واعلم أنّ بعض الألفاظ قد يكون صريحاً في التصديق، وتنضمّ إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب، من جملتها قوله: «صدقت» و«بررت» مع تحريك الرأس الدالّ على شدة التعجب والإنكار، وكما لو قال: «لي عليك ألف» فقال في الجواب: «لك عليّ ألف» على سبيل الاستهزاء، فإنّه لا يكون إقراراً بواسطة انضمام القرائن الدالّة على إرادة خلاف ظاهر اللفظ بحيث صار المتبادر ذلك فألحق بالحقيقة.

و الوجه فيه أنّ القرائن المذكورة صرفته عن الحقيقة الظاهرة من مدلوله الأصلي إلى المجاز. قوله: «ولو قال: «نعم» أو «أجل» أو «بلى» كان إقراراً».

أمّا الجواب بـ«نعم» فلأنّ قول المجاب «لي عليك ألف» إن كان خبراً فـ«نعم» بعده حرف تصديق، وإن كان استفهاماً محذوف الأداة فهي بعده للإثبات والإعلام؛ لأنّ الاستفهام عن الماضي إثباته بـ«نعم» ونفيه بـ«لا». و«أجل» مثل «نعم».

و أمّا «بلى» فإنّها وإن كانت لإبطال النفي إلا أنّ الاستعمال العرفي جوّز وقوعها في جواب الخبر المثبت كـ«نعم»، والإقرار جار عليه لا على دقائق اللغة. وإن قدر كون القول السابق استفهاماً فقد وقع استعمالها في جوابه لغةً وإن قلّ، ومنه قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم لأصحابه: «أترضون أن تكونوا ربيع أهل الجنة؟» قالوا: بلى (1). واستعمالها في العرف كذلك واضح، فإنّ هذه الحروف الثلاثة تستعمل للتصديق والموافقة من غير تفصيل.

قوله: «ولو قال: «أنا مقرّ به» لزم. ولو قال: «أنا مقرّ» واقتصر لم يلزمه؛ لتطرق الاحتمال». إذا قال في جواب «لي عليك كذا»: «أنا مقرّ به» أو «بما تدّعيه» فهو إقرار؛ لظهوره في المراد.

ص: 572

ويشكل بأنّه وإن كان ظاهراً في الإقرار به إلا أنّه غير ظاهر في الإقرار به للمخاطب، لجواز أن يريد الإقرار به لغيره، فلا يزول هذا الاحتمال إلا بقوله: «أنا مقرّ لك به» و من ثمّ قوّى في الدروس أنّه ليس بإقرار حتى يقول: «لك» (1)

و أوجب (2) بأنّ المتبادر عود الضمير في قوله: «به» إلى ما ذكره المقرّ له.

ويشكل بأنّ الضمير إنّما يعود إلى الشيء المدعى وهو الألف في المثال لا إلى نفس

الدعوى والإقرار بالمال المدعى لا ينحصر في المدعى.

و أما ما قيل: من أنّ قوله «مقرّ» اسم فاعل فيحتمل الاستقبال، فيكون وعداً، كقوله: «أنا

أقرّ به» فلا يكون إقراراً من هذا الوجه وإن ضمّ إليه قوله: «لك» (3).

ففيه أنّ العرف لا يفهم منه إلا الإقرار وإن احتمل ذلك من حيث اللغة، مع أنّه قد قيل: إنّ

قوله «أنا أقرّ لك به» إقرار أيضاً (4)؛ لأنّ قرينة الخصومة و توجّه الطلب يشعر بالتنجيز.

و مثله لو قال: «لا أنكر ما تدّعيه»، و قوله: «لست منكرأ له»، كقوله: «أنا مقرّ به» عملاً بالعرف، وإن كان عدم الإنكار أعمّ من الإقرار.

و لو اقتصر على قوله: «أنا مقرّ» و لم يقل: «به» أو قال: «لست منكرأ» لم يكن إقراراً؛ لأنّ المقرّ به غير المذكور، فيحتمل كونه المدعى به، و غيره بل ما ينفيه بأن يريد الإقرار ببطلان دعواه، أو يريد الإقرار بأنّ الله تعالى واحد، مضافاً إلى أصالة البراءة.

و يحتمل عدّه إقراراً بقرينة صدوره عقيب الدعوى، و استعماله لغةً كذلك، كما في قوله تعالى: «أَقْرَضْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَضْنَا» (5)، و قوله تعالى: «فَاشْهَدُوا» (6). و لآئنه لولاه لكان هذراً.

ص: 573

1- الدروس الشرعية، ج 3، ص 111 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

2- المجيب هو المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 193.

3- انظر إيضاح الفوائد، ج 2، ص 425؛ و التنقيح الرائع، ج 3، ص 488.

4- قاله الشهيد في الدروس الشرعية، ج 3، ص 111 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11)

5- آل عمران (3): 81.

6- آل عمران (3): 81.

و لو قال: «اشتريت منّي» أو «استوهبت» فقال: «نعم» فهو إقرار.

ويضعف بمنع القرينة مطلقاً، بل يقع كثيراً بخلافها، بل مع الاستهزاء.

نعم، قد يدعى وجودها في الآية مضافاً إلى نفي احتمال الاستهزاء. ولا يلزم من انتفاء الإقرار انتفاء الفائدة؛ لأنّ الاستهزاء ونحوه من المقاصد فائدة مقصودة في المحاورات للعقلاء و مستعملة عرفاً، و مجرد قيام الاحتمال يمنع لزوم الإقرار.

قوله: «و لو قال: اشتريت منّي أو استوهبت فقال: نعم فهو إقرار».

الذي يقتضيه صدر المسألة حيث عقدها لأن يكون الإقرار مستفاداً من الجواب أن يكون ضمير «فهو إقرار» راجعاً إلى «نعم»، بمعنى كون «نعم» إقراراً للمخاطب بسبق الملك و إن كان المقرّ الآن مالكاً. و تظهر الفائدة في المطالبة بالثمن، و فيما لو اشتمل البيع على خيار، أو ظهر بطلانه بعد ذلك بوجه آخر، أو كانت الهبة ممّا يجوز الرجوع فيها.

و لو فرض المصنّف المسألة كما فرضها غيره(1) - بقوله و لو قال: «اشتر منّي» أو «أتهب» فقال: «نعم» فهو إقرار يعني من المجيب ب«نعم» للامر بالبيع أو الهبة كان أقعد؛(2) لظهور فائدة الإقرار هاهنا و ندوره فيما فرضه المصنّف (رحمه الله).

و اعلم أنّه في التذكرة توقّف في كون ذلك إقراراً للمخاطب بالملك، من حيث إنّه يحتمل

كونه وكيلاً في البيع و الهبة(3)، فالإقرار له بذلك أعمّ من كونه مالكاً.

و أوجب بأنّ إقراره له بذلك يقتضي إقراره له باليد و هي تقتضي الملكيّة، فيكون إقراره

بالملكية بواسطة اليد(4)، و ذلك كافٍ في إفادته الملك في الجملة.

ص: 574

1- كالعلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 412.

2- في بعض النسخ و الحجرية: «أنفذ» بدل «أقعد»

3- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 245، المسألة 838، وفيه: و لو قال بعني هذا العبد.

4- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 197-198.

. ولو قال: «أليس لي عليك كذا؟» فقال: بلى، كان إقراراً. ولو قال: نعم، لم يكن إقراراً. وفيه تردد، من حيث يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً.

قوله: «ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً» إلى آخره.

إنما كانت «بلى» هنا مفيدة للإقرار دون «نعم»؛ لأن أصلها «بل»، وهي مختصة بالنفي، ومفيدة لإبطاله، سواء كان مجرداً نحو: «رَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي» (1) أم مقروناً بالاستفهام حقيقياً كان نحو: «أليس زيد بقائم؟» فيقول: «بلى» أم تقريرياً نحو: «ألم يأتكم \* نَذِيرٌ قَالُوا بَلَىٰ» (2) و«أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ» (3)، أجروا النفي مع التقرير مجرى النفي المجرد في رده «بلى»، قال ابن عباس: لو قالوا: «نعم» كفروا (4). ووجهه أن «نعم» تصديق للمخبر بنفى أو إيجاب.

والمصنّف (رحمه الله) تردد في عدم إفادة «نعم» الإقرار من حيث استعمالها في العرف كـ«بلى»، وهو مقدّم على اللغة. مع أن جماعة من أهل العربية منهم ابن هشام أثبت ورودها كذلك لغةً، ونقله في المغني عن سيبويه، قال: «و نازع السهيلي وغيره في المحكي عن ابن عباس وغيره في الآية متمسكين بأن الاستفهام التقريري خبر موجب، ولذلك منع سيبويه من جعل «أم» متصلةً في قوله: تعالى: «أَفَلَا تُبْصِرُونَ\* أَمْ أَنَا خَيْرٌ؟» لأنها لا تقع بعد الإيجاب، وإذا ثبت أنها إيجاب ف«نعم» بعد الإيجاب تصديق له (5).

و استشهد على ورودها لغةً في جواب الاستفهام التقريري بقول الأنصار للنبي صلى الله عليه وآله وسلم - وقد قال لهم: أستم ترون لهم ذلك؟ - نعم (6).

ص: 575

1- التباين (64): 7

2- الملك (67): 8 و 9.

3- الأعراف (7): 172

4- مغني اللبيب، ج 1، ص 223

5- مغني اللبيب، ج 1، ص 223؛ والآيتان في سورة الزخرف (43): 51 و 52.

6- مغني اللبيب، ج 1، ص 652.

وقواعده ثلاث:

**الأولى: الاستثناء من الإثبات نفي و من النفي إثبات**

الأولى: الاستثناء من الإثبات نفي، و من النفي إثبات.

وقول جحدر

أليس الليل يجمع أم عمرو\*\*\* وإيانا فذاك بنا تداني\*\*\* نعم وأرى الهلال كما تراه\*\*\* و يعلوها النهار كما علاني\*\*\* (1)

وإذا ورد ذلك لغةً واستعمل عرفاً استعمالاً شائعاً فالحكم بصحة الإقرار به قوي، وعليه

أكثر المتأخرين.

قوله: «الاستثناء من الإثبات نفي، و من النفي إثبات».

أمّا الأول فهو موضع وفاق بين العلماء. و أمّا الثاني فهو أصحّ القولين للأصوليين (2). و خالف فيه بعضهم استناداً إلى أن بين النفي و الإثبات واسطة، فلا يلزم من انتفاء النفي إثبات الإثبات؛ لجواز التوقف (3).

و أجيب (4)، بأنّه لو كان كذلك لما أفاد قولنا: «لا إله إلاّ الله» إثبات التوحيد، مع الإجماع على الاكتفاء به فيه، و قبوله في إقرار الكافر بالله. و بالمعارضة بالاستثناء من الإثبات، فإنّ دليلهم وارد فيه. و تحقيق المسألة و ما بعدها في الأصول.

ص: 576

1- مغني اللبيب، ج 1، ص 652.

2- تهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص 140؛ المحصول في علم أصول الفقه، ج 3، ص 39.

3- حكاة عن أبي حنيفة فخر الدين الرازي في المحصول في علم أصول الفقه، ج 3، ص 39؛ و الأمدى في الأحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 512.

4- المجيب هو العلامة في تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 387 المسألة 947؛ و المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 296.

الثانية • الاستثناء من الجنس جائز، و من غير الجنس على تردد.

قوله: «الاستثناء من الجنس جائز، و من غير الجنس على تردد».

المشهور بين العلماء جواز الاستثناء من الجنس وغيره، و وقوعه في القرآن و فصيح اللغة كثير، كقوله تعالى: «لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا» (1)، و «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (2)، و «فَسَدَّ جَدَّ الْمَلَائِكَةِ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ» (3) و غير ذلك (4)

و اختلفوا في كونه حقيقة أو مجازاً، و المحققون منهم (5) على الثاني. و تظهر الفائدة في أن إطلاقه محمول على الجنس إلا مع قيام قرينة على خلافه، كقوله: «له علي ألف إلا ثوباً».

و ذهب بعضهم إلى أن المنقطع - و هو الذي من غير الجنس - حقيقة أيضاً (6)، فقيل: مشترك بينهما (7)، و قيل: متواطئ. و في المسألة قول ثالث نادر أنه غير جائز لا حقيقةً ولا مجازاً (8). و هو الذي تردد فيه المصنّف (رحمه الله) و الأظهر هو الأول.

و اعلم أن إطلاق الاستثناء المنقطع على كونه من غير الجنس لا يخلو من مناقشة مشهورة؛ لأن مثل قولهم: «جاء بنوك إلا بني زيد» منقطع مع أن الاستثناء من الجنس. و تحقيق المسألة في الأصول.

ص: 577

1- مريم (19): 62.

2- النساء (4): 29.

3- الحجر (15): 30-31

4- الشعراء (26): 77؛ الواقعة (56): 25 - 26.

5- منهم السيّد المرتضى في الذريعة إلى أصول الشريعة، ج 1، ص 245؛ و المحقق في معارج الأصول، ص 93.

6- المستصفي من علم الأصول، ج 2، ص 182؛ و حكاة الزركشي عن عِدَّة من العلماء في البحر المحيط في أصول الفقه، ج 2، ص 426.

7- كتاب الكافية في النحو، ج 1، ص 224.

8- حكاة الزركشي عن بعض العلماء في البحر المحيط في أصول الفقه، ج 2، ص 426، وفيه: أنكر بعضهم الاستثناء من غير الجنس.

الثالثة: • يكفي في صحّة الاستثناء أن يبقى بعد الاستثناء بقيّة، سواء كانت أقلّ أو أكثر.

### التفريع على القاعدة الأولى

التفريع على القاعدة الأولى:

. إذا قال: «له عليّ عشرة إلا درهماً» كان إقراراً بتسعة، ونفيّاً للدرهم. و لو قال: «إلا درهم» كان إقراراً بالعشرة.

قوله: «يكفي في صحّة الاستثناء أن يبقى بعد الاستثناء بقيّة، سواء كانت أقلّ أو أكثر».

ما اختاره المصنّف مذهب المحقّقين من الأصوليين و الأكثر؛ لورود ذلك كلّ لغةً. و لهم قول بمنع استثناء النصف (1). و ثالث بمنع ما زاد عليه (2). و رابع باشتراط بقاء كثرة تقرب (3) من مدلول اللفظ (4).

و الأصحّ الجواز مطلقاً؛ لأنّ المستثنى و المستثنى منه كالشيء الواحد، فلا يتفاوت الحال

في الجواز بقلّته و كثرته، و قد وقع استثناء الأكثر في القرآن (5) و فصيح الكلام.

قوله: «إذا قال: له عليّ عشرة إلا درهماً، كان إقراراً بتسعة، و نفيّاً للدرهم. و لو قال: إلا

درهم كان إقراراً بالعشرة»

وجه الأول أنّ الاستثناء إخراج، و هو من الإثبات نفي، فقد أثبت العشرة ثمّ نفى منها الدرهم فبقي المقرّ به تسعة، و نصب المستثنى من الواجب التام دليل على إرادة الاستثناء.

و وجه الثاني أنّه مع الرفع يدلّ على أنّ «إلا» ليست للاستثناء و إلاّ لانتصب ما بعدها،

ص: 578

1- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 304، المسألة 3852؛ العدة، أبو يعلى الفراء، ج 2، ص 67؛ نهاية السؤل، ج 2، ص 414.

2- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 302، المسألة 3851؛ نهاية السؤل، ج 2، ص 413.

3- في بعض النسخ: «تعرف» بدل «تقرب».

4- حكاه فخر المحقّقين عن أبي الحسين البصري في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 453.

5- الحجر (15): 42.

و لوقال: «ما له عندي شيء إلا درهم» كان إقراراً بدرهم. و كذا لوقال: «ما له عندي عشرة إلا درهم» كان إقراراً بدرهم و لوقال: «إلا درهماً» لم يكن إقراراً بشيء.

و إنما هي بمعنى «غير» يوصف بها و بما بعدها ما قبلها. و لما كانت العشرة مرفوعةً بالابتداء كان الدرهم صفةً للمرفوع فارتفع. و المعنى: له عشرة موصوفة بأنها غير درهم، فقد وصف المقرّ به و لم يستثن منه شيئاً. و هذه صفة مؤكّدة صالحة للإسقاط؛ لأنّ كلّ عشرة فهي موصوفة بكونها غير درهم، مثلها في قوله تعالى: «نُفَخَتْ وَاحِدَةٌ» (1). و اعلم أنّ هذه المسألة تنفرّج على القاعدة الثانية أيضاً؛ لأنّ العشرة غير مبينة الجنس، لكنّه لما استثنى الدرهم منها، و الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل، و كان الأصل في الاستثناء كونه من الجنس دلّ على أنّ العشرة دراهم. و لوقالنا: إنّ المنقطع حقيقة لم يكن إقراراً بتسعة، بل إن فسّر العشرة بالدرهم.

قوله: «و لوقال: ما له عندي شيء إلا درهم، كان إقراراً بدرهم» إلى آخره.

لما كان الاستثناء من النفي إثباتاً، فقوله «ما له عندي شيء» يقتضي عدم ثبوت شيء في ذمّته له البتّة، فإذا قال: «إلا درهم» فقد أقرّ بالدرهم. و كذا لوقال: «ما له عشرة إلا درهم» بالرفع. و الأصل في المستثنى من المنفي التام أن يكون مرفوعاً، كما أنّه من الموجب منصوب. فإذا رفعه دلّ على كون العشرة منفيةً، و الدرهم مستثنى منها مثبتاً. و إذا نصبه دلّ على كون المستثنى منه موجباً. و لما كانت الصورة هنا كونه منفيّاً حمل على وجه يوجب الإيجاب، بجعل النفي داخلاً على مجموع المستثنى و المستثنى منه، فكأنّه قال: المقدار الذي هو عشرة إلا درهماً ليس له علىّ و المراد: ليس له علىّ تسعة؛ لأنّ العشرة إلا درهماً في قوّة تسعة، فقد نفى ثبوت التسعة.

ص: 579



كذا وجهه جماعة (1) منهم الشهيد في شرح الإرشاد (2) والشيخ علي في شرحه (3).

وفيه نظر بين؛ لأنّ المستثنى من المنفي التام يجوز رفعه ونصبه باتّفاق النحاة، وإن كان الرفع أكثر، وقد قرئ بالنصب قوله تعالى: «وَلَا يَلْتَمِتْ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَمْرَاتُكَ» (4). وقوله تعالى: «مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ» (5).

والوجه السديد في توجيه كونه مع الرفع إقراراً دون النصب أنّه مع الرفع يتعيّن كونه استثناء من منفي؛ إذ لو كان المستثنى منه موجباً لتعيّن النصب، فتعيّن أن يكون قوله «إلا درهم» مثبتاً. وأمّا مع النصب فيجوز كونه استثناء من منفي ومن موجب، وتقديرهما هنا معاً صحيح. فالأول يجعله استثناءً من مجموع «ما له عشرة» المنفي فيكون إثباتاً. والثاني يجعله استثناءً من قوله «عشرة» بدون النفي، ثمّ إدخال النفي على مجموع المستثنى والمستثنى منه، فكأنّه قال: «ما له عليّ تسعة». وإذا احتمل اللفظ الأمرين لم يتعيّن أحدهما، والأصل براءة الذمّة من لزوم شيء.

ويحتمل على هذا أن يلزمه درهم؛ لأنّ المتبادر من صيغ الاستثناء هو الأول، وأنّ الاستثناء من النفي إثبات، والثاني يحتاج فهمه إلى تكلف، خصوصاً من غير العارف بالعربيّة. إلا أنّ الأشهر عدم اللزوم؛ لقيام الاحتمال، وأصالة البراءة.

وهذا يجري في كلّ استثناء يكون فيه المستثنى منصوباً والمستثنى منه منفيّاً، كقوله: «ليس له عليّ عشرة إلا خمسة». فعلى المشهور لا يكون إقراراً؛ لأنّ «العشرة إلا خمسة»

ص: 580

- 
- 1- منهم الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 413؛ وابن البرّاج في المهذّب، ج 1، ص 407 - 408؛ وابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 501؛ والكيدري في إصباح الشيعة، ص 332.
  - 2- غاية المراد، ج 2، ص 176 - 177 ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 2).
  - 3- جامع المقاصد، ج 9، ص 310 - 311.
  - 4- هود (11): 81.
  - 5- النساء (4): 66.

. و لو قال: «له خمسة إلا اثنين وإلا واحداً» كان إقراراً باثنين. و لو قال: «عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة» كان إقراراً بثمانيّة.

و لو كان الاستثناء الأخير بقدر الأوّل، رجعا جميعاً إلى المستثنى منه، كقوله: «له عشرة إلا واحداً إلا واحداً» فيسقطان من الجملة الأولى.

خمسة، فيحتمل أن يريد به: ليس له عليّ خمسة، و يحتمل لزوم خمسة؛ لأنّ الاستثناء من النفي إثبات. هذا إذا وقف على الخمسة و لم يظهر فيها الإعراب. أمّا لو رفعها فلا إشكال في لزوم الخمسة. و مع نصبها الوجهان. و هذا بخلاف استثناء الدرهم، فإنّ إعرابه يظهر وإن وقف.

قوله: «ولو قال: له خمسة إلا اثنين وإلا واحداً، كان إقراراً باثنين» إلى آخره.

الضابط في هذه المسائل و نظائرها أنّه مع تعدّد الاستثناء إن كان متعاطفاً، أو الثاني مستغرقاً لما قبله سواء ساواه أم زاد عنه، رجع الجميع إلى المستثنى منه. و إن كان الثاني أقلّ من سابقة و لم يكن معطوفاً عليه، عاد التالي إلى متلوّه لا إلى الأوّل.

فالأول كقوله: «له عليّ خمسة إلا اثنين وإلا واحداً» فيكون المستثنى ثلاثة و هي منفيّة؛ لأنّ المستثنى منه مثبت، فيكون الإقرار باثنين.

و الثاني كقوله: «له عشرة إلا واحداً إلا واحداً» فيكون استثناءً من العشرة المثبتة، فيكون الإقرار بثمانيّة. و مثله ما لو قال: «عشرة إلا ثلاثة إلا أربعة فيكون الإقرار بثلاثة؛ لأنّها الباقية بعد السبعة المستثناة بالأمريّن.

هذا إذا لم يحصل بالاستثناء المتعدّد استغراق المستثنى منه، و إلا بطل ما يحصل به الاستغراق، كما لو قال في الأوّل: له عليّ عشرة إلا ستة إلا أربعة، فيبطل استثناء الأخير خاصّةً؛ لأنّه يستغرق و يثبت أربعة. أو قال في الثاني: «له عشرة إلا خمسة إلا خمسة» فيبطل استثناء الخمسة الثانيّة و يكون إقراراً بخمسة و كذا لو قال: له عشرة إلا ثلاثة إلا سبعة، فيكون إقراراً بسبعة؛ لبطلان استثناء السبعة.

ولو تعدّد ولم يتعاطف ولا استغرق التالي رجوع كلّ تال إلى متلوّه، سواء كان قد ابتداءً بالنفي أم بالإثبات، و صار الاستثناء الأوّل مضاداً للمستثنى منه في النفي والإثبات، وما بعده مضاداً له، وهكذا. فإذا قال: «له عليّ عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة فهو إقرار بثمانيّة؛ لأنّ العشرة مثبتة والخمسة منفيّة فيبقى خمسة والثلاثة مثبتة فتضاف إلى الخمسة الباقية يصير المقرّ به ثمانيّة.

ولو ابتداءً بالنفي فقال: «ما له عليّ عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة» فالإقرار باثنين؛ لأنّ الخمسة مثبتة من المنفيّ والثلاثة منفيّة من الخمسة فيبقى من المقرّ به اثنان وقس على هذا ما يرد عليك من الفروض.

فلو قال: «له عشرة إلا تسعة إلا ثمانيّة إلا سبعة» وهكذا إلى الواحد لزمه خمسة؛ لأنّ

العشرة مثبتة فإذا استثنى منها تسعة كانت منفيّة فبقي من العشرة واحد، فبالاستثناء الثاني صار المثبت تسعة؛ لأنّ الثمانيّة مثبتة، وبالثالث بقي من المستثنى منه اثنان لازمان والرابع صار ثمانيّة، وبالخامس بقي ثلاثة، وبالسادس صار سبعة، وبالسابع بقي أربعة، وبالثامن صار ستّة، وبالتاسع بقي خمسة. والضابط أن يسقط المستثنى الأوّل من المستثنى منه، ويجبر الباقي بالثاني، ويسقط الثالث ويجبر بالرابع، وهكذا.

و لك طريق آخر هو أن تسقط مجموع الأفراد من مجموع الأزواج فالمقرّ به الباقي، وذلك لأنّ الأزواج في هذا الفرض كلّها مثبتة والأفراد منفيّة، فيكون بمنزلة من أقرّ بمجموع الأزواج واستثنى منه مجموع الأفراد، فيكون الإقرار بما بقي من الأزواج وهو خمسة؛ لأنّ المجتمع منها ثلاثون ومن الأفراد خمسة وعشرون.

و لك طريق ثالث، وهو أن تحطّ الأخير ممّا يليه، ثمّ باقيه ممّا يليه، وهكذا إلى الأوّل، فالمقرّ به الباقي. فإذا أسقطت واحداً من اثنين بقي واحد، أسقطته من ثلاثة يبقى اثنان، أسقطتهما من أربعة يبقى اثنان أسقطتهما من خمسة تبقى ثلاثة، أسقطتها من ستّة تبقى ثلاثة، أسقطتها من سبعة تبقى أربعة، أسقطتها من ثمانيّة تبقى أربعة، أسقطتها من تسعة

تبقى خمسة أسقطتها من عشرة تبقى خمسة، فهو المقرّ به.

وبقي هنا فرضان - ذكرهما الشهيد في الشرح(1) و الدروس(2) و لا يخلو حكمهما من إشكال بالنظر إلى تطبيقهما على القواعد السابقة المشهورة :-

أحدهما: أن تعكس الفرض فتقول: له على عشرة إلا واحداً إلا اثنين إلا ثلاثة إلا أربعة إلى التسعة، فقال: يلزمه واحد قال: لأنّ بالأول لزمه تسعة وبالثاني سبعة وبالثالث أربعة؛ لأنّ هذه الثلاثة كلّها منفيات؛ إذ ليس التالي(3) منها أنقص من الأول فصارت كجملة واحدة، فبالرابع أثبت منها أربعة فصار المقرّ به ثمانية، وبالخامس بقي ثلاثة وبالسادس صار تسعة، وبالسابع بقي اثنان وبالثامن كمل عشرة، و بالتاسع

بقي واحد.

ووجه الإشكال فيه أنّ الاستثناء المستغرق لما قبله يرجع معه إلى المستثنى منه كما مرّ، و هو قاعدة متفق عليها، والمستثنيات في هذا الفرض(4) كلّها على هذا النهج، وبالرابع منها و ما بعده يحصل استغراق المستثنى منه، وذلك يقتضي بطلان الرابع و ما بعد.

وقد تخلّص (رحمه الله) من ذلك بجمع الثلاثة الأول من حيث اتّفاقها في الحكم و جعلها كاستثناء واحد، و معه يصحّ ما ذكره. لكن إثبات ذلك لا يخلو من إشكال.

و طريقه على الضابط الأول أن يسقط المستثنى منه الأول و هو الثلاثة الأول - و مجموعها ستّة - من المستثنى منه، و يجبر الباقي - و هو أربعة - بالرابع يصير ثمانية، و يسقط منها الخامس و يجبر الباقي - و هو ثلاثة - بالسادس يصير تسعة، و يسقط منها السابع و يجبر الباقي - و هو اثنان - بالثامن يصير عشرة، يسقط منها التاسع يبقى واحد و هو المقرّ به.

ص: 583

1- غاية المراد، ج 2، ص 177 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 2).

2- الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 134 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11).

3- في بعض النسخ: «الثاني» كما في غاية المراد.

4- في «خ»: «هذه الفروض» بدل «هذا الفرض»

وعلى الثاني تسقط الأعداد المنفيّة وهي سبعة وعشرون - وهي الأفراد، ويضاف إليها الاثنان - من المثبتة - وهي الأزواج بإسقاطهما، وذلك ثمانية وعشرون - يبقى واحد هو المقرّب به. وأمّا الطريقة الثالثة فلا تأتي هنا؛ إذ لا يمكن إسقاط الأخير مما يليه؛ لأنّه يزيد عليه.

والفرض الثاني: إلحاق الثاني بالأول بأن قال: له عشرة إلا تسعة، إلى الواحد، فلمّا انتهى إليه قال: إلا اثنين إلا ثلاثة إلى التسعة. واللازم فيه واحد أيضاً، والتقريب ما تقدّم.

وضابطه أن تضمّ الأزواج الثابتة - وهي الاثنان والأربعة إلى الثمانيّة، وجملتها عشرون - إلى الثلاثين السابقة، وتجمع الأفراد إلى الأفراد تبلغ تسعاً وأربعين، فإذا أسقطتها من الخمسين بقي واحد (1).

لكن هذا إنّما يتمّ إذا جعلنا جميع الأزواج مثبتة والأفراد منفيّة. ويشكل بأنّه لمّا بلغ إلى الواحد كان منفيّاً من الستّة المتخلفة، فلمّا قال: «إلا اثنين» كان مستغرقاً لما قبله ومقتضى القاعدة رجوعهما معاً إلى السابق، بل الثالث أيضاً؛ لأنّه إن استثنى من الثاني أو المجتمع منه ومن الأول استغرق.

وإنّما يتمّ ما ذكره إذا جعلنا جملة الأزواج مثبتة مستثنى منها، وجملة الأفراد منفيّة مستثناة، ويكون جملة الكلام بمنزلة إقرار واحد بخمسين استثنى منه تسعةً وأربعين، كما أشرنا إليه سابقاً. ويصير جملة الكلام في قوّة قوله: عشرة يخرج منها تسعة، ويضمّ إليها ثمانية، ويخرج منها سبعة، ويضمّ إليها ستّة، إلى آخره، من غير نظر إلى استغراق التالي لمتلوه.

إلا أنّ هذا لا يتمّ على القواعد المقرّرة في تعدّد الاستثناء. وينافي أيضاً تقريره فيما

ص: 584

1- غاية المراد، ج 2، ص 177 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 2).

ولو قال: «لفلان هذا الثوب إلا ثلثه» أو «هذه الدار إلا هذا البيت» أو «الخاتم إلا هذا الفص» صحّ و كان كاستثناء، بل أظهر.

و كذا لو قال: «هذه الدار لفلان و البيت لي» أو «الخاتم و الفص لي» إذا اتّصل الكلام.

إذا بدأ الاستثناء بالواحد و ختمه بالتسعة، فإنه جعل الثلاثة الأولى منفية من حيث إنّ كلّ

واحد منها مستغرق لما قبله.

و محصّل العذر في ذلك أنّ الاستثناءات المتعدّدة إذا اجتمعت من جنس واحد يضمّ بعضها إلى بعض و يخرج ما بعدها منها جمع، فإن تمّ ذلك و ما ذكرناه من مراعاة المجموع مع المجموع صحّت الفروض و نظائرها، و إلا فلا.

قوله: «ولو قال: لفلان هذا الثوب إلا ثلثه أو هذه الدار إلا هذا البيت» إلى آخره.

الاستثناء في هذه الأشياء من الأعيان، وهو عندنا صحيح كاستثناء من الأعداد الكلّية. فإذا قال: «الزيد هذه الدار إلا هذا البيت» أو «هذا القميص إلا كمّه» أو «هذه الدراهم إلا هذا الدرهم» أو «هذا القطيع إلا هذه الشاة» و نحو ذلك صحّ الاستثناء؛ لوجود المقتضي، و لأنّ الكلام كالجمله الواحدة لا يتمّ إلا بآخره.

و خالف في ذلك بعض الشافعية فمنع منه؛ استناداً إلى أنّ الاستثناء المعهود هو الاستثناء من الأعداد المطلقة دون المعينة (1)، و لأنّه إذا قرّر بالمعین كان ناصباً على ثبوت الملك فيه فيكون الاستثناء بعده رجوعاً.

و أوجب بأنّ تعريف الاستثناء يتناول المتنازع و النصّ على ملك المجموع ممنوع؛ لأنّ

المطلوب هو ما بعد الاستثناء، مع أنّ ما ذكره وارد في غير المعين.

قوله: «و كذا لو قال: هذه الدار لفلان و البيت لي أو الخاتم و الفص لي» إلى آخره.

الكلام في إلحاق هذه الأمثلة و نظائرها بالاستثناء حقيقة أو حكماً مبني على تعريف

ص: 585

. ولو قال: «هذه العبيد لزيد إلا واحداً» كُلف البيان، فإن عيّن صحّ. ولو أنكر المقرّ له كان القول قول المقرّ مع يمينه.

و كذا لو مات أحدهم و عيّن الميّت قُبِل منه. و مع المنازعة، فالقول قول المقرّ مع يمينه.

الاستثناء، فمن (1) عرّفه بأنّه إخراج ما لولاه لدخل ب«إلا» و أخواتها فما ذكر ليس باستثناء؛ إذ لم يخرج ما أريد إخراجَه بشيء من أدواته، لكنّه في حكم الاستثناء من حيث إنّ الكلام لا يتمّ إلاّ بآخره، و المقرّ به هو ما عدا البيت من الدار و نظائره. و بعض الأصوليين عرّفه بأنّه الإخراج ب«إلا» أو بما كان نحو «إلا» في الإخراج؛ لتدخل فيه هذه الأمثلة و نظائرها (2). و مثل ما لو قال: على ألف و أحطّ منها مائة أو استثنيت و نحو ذلك، فيكون ذلك كلّ من أفراد الاستثناء. و لا إشكال في قبول الإخراج على التقديرين، إنّما الكلام في مدرّكه هل هو الاستثناء أو أمر آخر؟

قوله: «و لو قال: هذه العبيد لزيد إلاّ واحداً كُلف البيان» إلى آخره.

هذه من فروع الاستثناء من المعيّن مع كون المستثنى غير معيّن. و هو صحيح أيضاً، للعموم (3) و يرجع إليه في تعيين مبهم المستثنى كما يرجع إليه في مبهم الإقرار، فإذا فسّره قُبِل؛ لأصالة البراءة ممّا زاد عليه، سواء عيّن الحيّ منهم أم الميّت؛ لأنّ الميّت كان داخلاً في آحادهم حين الإقرار. فإن ادّعى المقرّ له خلاف ما عيّنه فليس له سوى إحلافه على أنّ المستحقّ هو ما عيّنه. و في قول لبعض العامة أنّه لا يقبل تفسيره بالمّيّت؛ للتهمة (4)، و ندرة هذا الاتّفاق.

ص: 586

1- كالشيخ في العدة في أصول الفقه، ج 1، ص 316 و 317؛ و المحقّق الحلّي في معارج الأصول، ص 92.

2- راجع الأحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 492؛ و مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص 132.

3- النساء (4): 135؛ معاني الأخبار، ص 191، باب معنى مكارم الأخلاق، ح 1؛ الأمالي، الصدوق، ص 231، ح 10؛ كنز الفوائد الكراجكي، ج 2، ص 31.

4- راجع الحاوي الكبير، ج 7، ص 37؛ و المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 280 - 281، المسألة 3822؛ و روضة الطالبين، ج 4، ص 56.

• إذا قال: «له ألف إلا درهماً» فإن معنا الاستثناء من غير الجنس فهو إقرار بتسعمائة و تسعة و تسعين درهماً. وإن أجزناه كان تفسير الألف إليه، فإن فسرها بشيء يصح وضع قيمة الدرهم منه صح. وإن كان يستوعبه قيل: يبطل الاستثناء؛ لأنه عقب الإقرار بما يبطله فيصح الإقرار و يبطل المبطل. وقيل: لا يبطل و يكلف تفسيره بما يبقى منه بقية بعد إخراج قيمة الدراهم.

قوله: «إذا قال: له ألف إلا درهماً - إلى قوله - بعد إخراج قيمة الدراهم».

إذا قال: له ألف إلا درهماً، فإن معنا من الاستثناء من غير الجنس أو قلنا إنه مجاز لا حقيقة، وجب حمل الألف على الدراهم؛ لأن إخراج الدرهم منها دال على كونها من جنسه؛ لأنه على هذا التقدير إخراج ما لولاه لدخل في اللفظ، فدل على أن الدرهم كان من أفراد الألف لولا إخراجه بالاستثناء.

وإن قلنا إن الاستثناء من غير الجنس حقيقة، سواء جعلناه متواطئاً أم مشتركاً، كانت بقية الألف محتملة؛ لكونها دراهم وغيرها، فيرجع إليه في تعيينها؛ لعدم دليل يدل على إرادة بعض أفراد المشترك أو المتواطئ؛ لأنه مشترك اشتراكاً معنوياً. فإذا فسّر بقية الألف بشيء كالجوز نظر في قيمتها عند الإقرار لا عند التفسير و وضع منها الدرهم المستثنى، فإن بقي من قيمته بقية متمولة ليتوجه الإقرار إليها صح، وإن استوعب الدرهم قيمته كان الاستثناء مستغرقاً فلا يُسمع.

و هل يبطل الاستثناء حينئذٍ و يثبت الألف من ذلك الجنس الذي عيّنه، أم يبطل التفسير خاصةً و يكلف تفسير الألف بشيء آخر و يعتبر بما اعتبر به الأول؟ قولان (1)، منشؤهما أنّ

ص: 587

1- القول بصحة الاستثناء للعلامة في إرشاد الأذهان، ج 1، ص 414 - 415؛ و مختلف الشيعة، ج 5، ص 540، المسألة 249. و القول ببطان الاستثناء لفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 454؛ و الشهيد في الدروس الشرعية، ج 3، ص 135 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11)؛ و المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 302.



• ولو قال: «له ألف درهم إلا ثوباً» فإن اعتبرنا الجنس بطل الاستثناء. وإن لم نعتبره كلفنا المقرّر بيان قيمة الثوب، فإن بقي بعد قيمته شيء من الألف صحّ، وإلا كان فيه الوجهان.

الإقرار في نفسه صحيح وإنما طرأ عليه المبطل بالتفسير الذي ذكره؛ فيلغو ويبقى الإقرار مع الاستثناء موقوفاً؛ لعدم المانع من نفوذه، وأصالة صحّة إقرار العقلاء على أنفسهم (1)، فيرجع الأمر فيه إلى أوله ويطلب بتفسير آخر، وهلمّ جزءاً.

من أنّ التفسير بيان للألف التي أقرّ بها أولاً مبهمّةً ووقع الإقرار بها صحيحاً، فكان التفسير لها بمنزلتها، فهو وإن كان متأخراً إلا أنّه في قوّة المتقدّم؛ لأنّه كشف عن حقيقة ما أقرّ به أولاً، لا أحدث أمراً جديداً لم يكن حتّى يقال: إنّهُ متأخّر فيلغو، وإنّما المتأخّر الاستثناء وقد وقع مستغرقاً فيبطل، ويلزمه الألف المفسّرة غير مستثنى منها شيء. وبهذا يظهر أنّ بطلان الاستثناء أظهر.

قوله: «ولو قال له ألف درهم إلا ثوباً» إلى آخره.

إذا قال: «له ألف درهم إلا ثوباً» فقد صرّح بالاستثناء المنقطع، فإن قلنا إنّهُ باطل من أصله - كما هو القول النادر (2) لغا الاستثناء ولزمه الألف تامّةً.

وإن قلنا بأنّه جائز على وجه الحقيقة صحّ الاستثناء، ورجع إليه في بيان قيمة الثوب، واعتبر فيها عدم الاستغراق للمستثنى منه على قاعدة الاستثناء، فإن بقي منها شيء صحّ، وإلا ففي بطلان الاستثناء أو التفسير للقيمة الوجهان السابقان.

وإن قلنا: إنّ الاستثناء المنقطع مجاز فقد صرّح بإرادة المجاز، فلا إشكال في صحّته من هذا الوجه، ورجع إليه أيضاً في بيان قيمة الثوب. لكن هل يعتبر فيها عدم استغراق الألف؟ ظاهر كلام المصنّف وكثير ذلك؛ لأنّهم بنوه على القول بصحّة الاستثناء الشامل للحقيقة

ص: 588

1- تقدّم تخريجه في ص 298، الهامش 1.

2- راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 277، المسألة 3818 و3819.

والمجاز، بل هو في الثاني أظهر؛ لأنه القول الأشهر.

ويشكل بأن الاستثناء المنقطع لا يقتضى الإخراج و«إلا» فيه بمعنى «لكن» كما صرحوا به في فته (1)، فلا مانع حينئذٍ من استغراقه و يكون بمنزلة جملتين إحداهما إقرار و الأخرى إثبات أمر آخر. و لا إشكال في عدم ثبوت الزائد منه عن (2) المستثنى منه؛ لأنّ الزائد محض دعوى، و إنما الكلام في المساوي.

لكنه مع ذلك يشكل باستلزامه مع الاستغراق إلغاء الإقرار، بل قد ذكر بعض الأصوليين و الفقهاء أنّ الاستثناء في المثال المذكور متّصل و أنّ المراد منه قيمة الثوب، فكأنه استثنى من ألف درهم دراهم بقدر القيمة، فاعتبر فيه عدم الاستغراق كالمتّصل (3). و هذا متّجه.

و اعلم أنّ جماعة من الأصوليين صرحوا باتّفاق علماء الأمصار على صحّة الإقرار في قوله «له ألف درهم إلا ثوباً»، و جعلوه دليلاً على صحّة الاستثناء المنقطع (4)، و مقتضى كلام المصنّف (رحمه الله) و تلميذه العلامة (5) بناء الجواز على الخلاف المذكور و أنّ المانع من الاستثناء المنقطع منع منه. و على هذا لا يتم الاستدلال المذكور؛ لأنه عين المتنازع.

و اعلم أيضاً أنّه يتصوّر صحّة الإقرار بألف يستثنى منه ثوب شرعاً، بأن يكون للمقرّ له على المقرّ ألف فيدفع إليه ثوباً قضاءً و لا يحاسبه عليه، فيكون قد خرج عن ذمّته من الألف مقدار قيمة الثوب، فيقرّ على هذه الصورة.

ص: 589

- 
- 1- كتاب سيبويه، ج 2، ص 330 و 331؛ الإحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 500؛ العدة، أبو يعلى، ج 2، ص 676؛ ميزان الأصول، السمرقندي، ج 1، ص 457.
  - 2- في بعض النسخ: «غير» بدل «عن».
  - 3- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 303 - 304؛ و الإحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 497؛ و البحر المحيط في أصول الفقه، ج 2، ص 427.
  - 4- راجع مختصر المنتهى، ابن الحاجب، ج 2، ص 132.
  - 5- قواعد الأحكام، ج 2، ص 430.

. ولو كانا مجهولين كقوله له ألف إلا شيئاً» كلف تفسيرهما، وكان النظر فيهما

كما قلناه.

قوله: «ولو كانا مجهولين كقوله: له ألف إلا شيئاً، كلف تفسيرهما» إلى آخره.

كما يصحّ الإقرار بالمجهول واستثناء المجهول، يصحّ الجمع بينهما. فإن فسّرهما بجنس واحد بأن ادّعى كون الألف دراهم و الشيء عشرة منها مثلاً، فلا إشكال في القبول؛ لأنّ كلاً

منهما مجمل يرجع إليه في بيانه، وقد أقرّ بما يقتضي كون الاستثناء متّصلاً.

و إن فسّرهما بمختلفين، بأن جعل الألف جوزاً و الشيء درهماً، بني على صحّة الاستثناء المنقطع و عدمه، فإن أبطلناه صحّ تفسير الألف، و جاء في بطلان الاستثناء أو التفسير الوجهان. و إن صحّحناه على وجه الحقيقة صحّحاً معاً، و اعتبر في الدرهم عدم الاستغراق. و إن صحّحناه على وجه المجاز احتل قبول تفسيره به كما يصحّ لو صحّح بهما مختلفين ابتداءً؛ لأنّ التفسير بيان للواقع أولاً لا لإحداث حكم كما مرّ. و قد تقدّم أنّه مع التصريح بإرادة المنفصل يقبل. و يحتمل العدم؛ لأنّ الإطلاق الأوّل منزّل على الحقيقة، و إنّما يرجع إليه في تفسير المجمل بما يوافق الحقيقة لا بما يخالفها.

و ذهب جماعة (1) منهم الشهيد في الدروس (2) و العلامة (3) إلى قبول تفسيره بالمنقطع مطلقاً مع حكمهم بأنّه مجاز، حتّى حكموا فيما لو قال: «له ألف درهم إلا ثوباً» أنّه لو فسّر الألف بالجوز قبّل (4). و لا يخلو من نظر.

و لو اقتصر في مسألتنا على تفسير أحدهما، فإن أبطلنا المنفصل أو جعلناه مجازاً تبعه الآخر في التفسير حملاً على الحقيقة. و لو أخبر بإرادة المنفصل ففي قبوله ما مرّ.

ص: 590

1- منهم الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 411.

2- الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 135 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

3- إرشاد الأذهان، ج 1، ص 414.

4- الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 135 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

• لو قال: «له درهم إلا درهماً» لم يُقبل الاستثناء.

. ولو قال: «درهم و درهم إلا درهماً» فإن قلنا: الاستثناء يرجع إلى الجملتين كان إقراراً بدرهم. وإن قلنا: يرجع إلى الأخيرة - وهو الصحيح - كان إقراراً بدرهمين وبطل الاستثناء.

ولو كانا مجهولين من كل وجه، بأن لا يذكر العدد بل قال: له شيء إلا شيئاً أو مال إلا مالاً، رجع إليه في تفسيرهما أيضاً، وروعي في الاستغراق والاتصال ما قررناه في السابقة. واعتبر مع ذلك في الأول زيادته عن أقل متمول ليستثني منه أقل متمول تبقى منه بقية تكون متمولة.

وقال بعض العامة: إن هذا الاستثناء مستوعب نظراً إلى صورة لفظه، فيبطل الاستثناء و يجب أقل متمول (1).

وليس بذلك؛ لأن كلاً من المستثنى والمستثنى منه صالح للقليل والكثير، فجاز كون الأول مساوياً للثاني وغير مساو، فالاستغراق غير لازم.

وتظهر الفائدة مع اتفاههما في الحكم بقبول أقل متمول: أنه على قولنا يحتاج إلى تفسير الأمرين، و يتفرع عليهما الجنس والاستغراق و عدمهما، وعلى قوله يقتصر على تفسير الأول من غير نظر إلى غيره.

قوله: «لو قال له درهم إلا درهماً، لم يُقبل الاستثناء».

لأنه مستغرق فيثبت الدرهم ويبطل الاستثناء. ولو ادعى الغلط وأراد استثناء غيره لم يسمع منه

قوله: «و لو قال: له درهم و درهم إلا درهماً» إلى آخره.

اختلف الأصوليون في الاستثناء الواقع بعد جمل متعددة هل يرجع إلى الأخيرة أو إلى

الجميع؟ على أقوال: أجودها عند المصنّف (رحمه الله) عوده إلى الأخيرة(1): اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، ولأنّ الظاهر أنّه لم ينتقل عن الجملة حتّى يتمّ غرضه منها. وينبغي تقييده بما إذا لم تدلّ القرينة على عوده إلى الجميع، كما لو كان اسم الأولى أو حكمها مضمراً في الثانية، كقوله: أكرم الفقهاء واخلع عليهم إلاّ الفسقة، أو أكرم الفقهاء و الزهاد إلاّ المبتدعة، فيعود إلى الجميع.

وقيل: يعود إلى الجميع مطلقاً إلاّ مع قرينة تدلّ على اختصاصه بالأخيرة؛ لاقتضاء العطف المشاركة في الحكم(2).

وقد فرّع المصنّف على الخلاف ما إذا قال: «له درهم و درهم إلاّ درهماً» فإن قلنا برجوع الاستثناء إلى الجميع صحّ ولزمه درهم؛ لأنّه حينئذٍ في قوّة قوله: «له درهمان إلاّ درهماً» فلا يكون الاستثناء مستغرقاً. وإن قلنا بعوده إلى الأخيرة كما اختاره المصنّف - بطل الاستثناء لاستغراقه، ولزمه درهمان. وإلى ذلك ذهب جماعة من الأصحاب منهم الشيخ(3) و ابن إدريس(4).

و ذهب العلامة في المختلف و التذكرة(5) إلى بطلان الاستثناء، سواء قلنا بعوده إلى الجميع أم إلى الأخيرة؛ محتجاً بأن صحّة الاستثناء هنا تستلزم التناقض و الرجوع عن

ص: 592

- 
- 1- وهو أيضاً قول العلامة في مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص 136؛ و نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج 2، ص 261؛ و هكذا أبوحنيفة و أصحابه، حكاه عنهم السيّد المرتضى في الذريعة إلى أصول الشريعة، ج 1، ص 249.
  - 2- القول بالرجوع إلى الجميع للشيخ الطوسي و أيضاً حكاه عن الشافعي و أصحابه في العدة في أصول الفقه، ج 1، ص 320 - 321.
  - 3- المبسوط، ج 2، ص 412.
  - 4- السرائر، ج 2، ص 504.
  - 5- مختلف الشيعة، ج 5، ص 529، المسألة 228؛ تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 399، المسألة 960.

الاعتراف؛ لورود الإقرار على الدرهم بلفظ يفيد النصوصية، فلم يصح إخراج أحدهما بعد أن نصّ على ثبوته، كما لو قال: جاء زيد المسلم وعمرو المسلم و خالد المسلم إلا زيدا، بخلاف ما لو قال: «له در همان إلا درهما» فإنه يكون قد تجوّز في الدرهمين فلا يكون نقضاً، كما لو قال: «جاء المسلمون إلا زيدا؛ لأنّ لفظ الجمع والتثنية صالح لما عدا بعض الأفراد فجاز الاستثناء.

و أجيب (1) بأنّ التجوّز عن نصف الدرهم بدرهم صحيح لصحة قولنا: «له درهم إلا نصفه» فكأنّه استثنى من كلّ درهم نصفه، و نصفاً درهم درهم؛ وذلك؛ لأنّ دلالة لفظ «الدرهم» على مسماه ليست كدلالة «زيد» العَلَم على مسماه؛ إذ لا يمكن أن يراد بالاسم بعض مسماه، بخلاف إرادة البعض من الجميع؛ لصحة إطلاق اسم الكلّ على الجزء مجازاً شائعاً، فلا يلزم النقض، بل غايته التجوّز في إطلاق كلّ من الدرهمين على بعضه. و بأنّ «واو» العطف بمثابة ألف التثنية عند النحاة و الأصوليين، فكأنّه قال: «له در همان إلا درهما»؛ لأنّ الاستثناء من العين صحيح عنده مع قيام احتمال التناقض فيه مثل: «له هذا الدرهم إلا نصفه».

و ربما قيل بصحة الاستثناء المذكور و إن قلنا بعود الاستثناء إلى الجملة الأخيرة؛ لأنّ الاستثناء إنّما يختص بالأخيرة إذا لم يستغرق، و أمّا معه فيجب عوده إلى الجميع، كما يجب عوده إلى المستثنى منه لو كان مستغرقاً للاستثناء؛ نظراً إلى القرينة التي أشرنا إلى تقييد القول بعوده إلى الأخيرة بعدمها. و وجه القرينة أنّ إلغاء الاستثناء و مخالفة قوله أشدّ مخالفة للأصل من عوده إلى الجميع، فيجب صونه عن الهدرية (2).

و فيه: أنّ القول بتقييد عوده إلى الأخيرة بالقرينة إثباتاً أو نفيّاً قول آخر غير ما أطلقه المصنّف (رحمه الله) كما أشرنا إليه. و كيف كان فالوجه صحة الاستثناء في هذه الصورة.

ص: 593

1- المجيب هو الشهيد في الدروس الشرعية، ج 3، ص 137 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11).

2- جامع المقاصد، ج 9، ص 306.

### شروط المقرّ

ولا بدّ أن يكون مكلفاً، حرّاً، مختاراً، جازئ التصرف . ولا تعتبر عدالته.

فالصبي لا يقبل إقراره ولو كان بإذن وليّه. أمّا لو أقرّ بما له أن يفعله كالوصيّة - صحّ.

### إقرار المجنون و المكره و السكران و المحجور عليه للسفه

. و لو أقرّ المجنون لم يصحّ. و كذا المكره و السكران.

قوله - في المقرّ: «و لا تعتبر عدالته».

نّبّه بذلك على خلاف الشيخ حيث حكم بالحجر على غير العدل في التصرفات الماليّة المقتضي لعدم نفوذ إقراره بها(1). وقد تقدّم البحث فيه في باب(2)

قوله: «فالصبي لا يقبل إقراره ولو كان بإذن وليّه. أمّا لو أقرّ بما له أن يفعله - كالوصيّة - صحّ».

نّبّه بقوله «و لو كان بإذن وليّه» على خلاف بعض العامّة حيث ذهب إلى نفوذ إقراره بإذن

الولي(3). و هو نادر.

نعم، لو جوّزنا وصيّته في المعروف جوّزنا إقراره بها؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولأنّ الإقرار بالوصيّة في معنى الوصيّة به ثانياً فينفذ.

قوله: «ولو أقرّ المجنون لم يصحّ. و كذا المكره و السكران»

ص: 594

1- راجع المبسوط، ج 2، ص 251.

2- تقدّم في ج 3، ص 541.

3- الحاوي الكبير، ج 7، ص 4؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 271 - 272، الرقم 3815.

• أمّا المحجور عليه للسفه فإن أقرّ بمال لم يُقبل، و يقبل فيما عداه كالخلع و الطلاق. و لو أقرّ بسرقة قُبِل في الحدّ لا في المال.

لا فرق في المجنون بين كونه مطلقاً أو يأخذه أدياراً في وقت دوره. و في معناه السكران، سواء شرب المسكر مختاراً أم لا، خلافاً لابن الجنيّد حيث قال: إنّ سكره إن كان من شرب محرّم اختار شربه ألزم بإقراره، كما يلزم بقضاء الصلاة(1). و ضعفه ظاهر. و الفرق بين القضاء و نفوذ الإقرار واضح.

وكذا لا فرق في المكره بين من ضرب حتّى ألجئ إلى الإقرار، و بين من هُدّد عليه بإيقاع

مكروه به لا يليق بمثله تحمّله عادةً من ضرب و شتم و أخذ مال و نحو ذلك.

قوله: «أمّا المحجور عليه للسفه فإن أقرّ بمال لم يُقبل» إلى آخره.

السفيه محجور عليه في المال خاصّةً، فلا ينفذ إقراره فيه، و ينفذ في غيره كالحدّ و القصاص؛ لانتفاء التهمة فيه. و إذا فكّ الحجر عنه لا يلزمه ما أقرّ به من المال. هذا بحسب الظاهر. و أما بحسب الباطن فيما بينه و بين الله تعالى فيلزمه التخلّص ممّا لزمه منه، كما لو كان قد لزمه بغير اختيار صاحبه بأن أتلّف عليه ما يضمن بالمال. و لو كان قد حصل في يده باختيار صاحبه حال الحجر كالقرض - قال في التذكرة: لا يلزمه؛ لأنّ الحجر منع من معاملته فصار كالصبي(2). و الوجه الضمان إن باشر إتلافه كالصبي.

و لو كان إقراره حال الحجر مشتتلاً على أمرين يلزمه أحدهما دون الآخر - كالسرقة - لزمه الحدّ دون المال؛ لوجود المقتضي للنفوذ في الأوّل دون الثاني. و لا يقدح تبعض الإقرار؛ إذ لا ملازمة بين الحدّ و ضمان المال، فقد يجتمعان و قد يوجد ضمان المال دون الحدّ كما لو شهد به رجل و امرأتان أو أقرّ به مرّة واحدة، و قد ينعكس كما هنا.

ص: 595

1- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 9، ص 534، المسألة 235.

2- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 258، المسألة 849.



. و لا يُقبل إقرار المملوك بمال و لا حدّ و لا جنائيةً توجب أرشاً أو قصاصاً. و لو أقرّ بمالٍ تُبع به إذا أعتق.

قوله: «و لا يقبل إقرار المملوك بمال و لا حدّ و لا جنائيةً» إلى آخره.

لا خلاف بين علمائنا في عدم قبول إقرار العبد بمال و لا بغيره و إن كان بالغاً عاقلاً؛ لأنّه مال لغيره، فإقراره على نفسه إقرار على مولاه، و هو غيره، و إقرار الشخص على غيره غير مسموع.

و خالف في ذلك بعض العامة، فقبل إقراره بالحدّ و القصاص في النفس و الطرف دون

المال (1)؛ استناداً إلى أن عليّاً عليه السلام قطع عبداً بإقراره (2)، و لقبول البيّنة عليه بالإقرار أولى.

و أُجيب بمنع استناد القطع إلى إقراره، فجاز أن يكون اقترن بتصديق المولى. و الفرق بين الإقرار و البيّنة ما أشرنا إليه من تعلق الإقرار بغيره المانع من نفوذه، بخلاف البيّنة (3). و لا إشكال في نفوذ إقراره مع تصديق مولاه.

و لو أقرّ بمال، فإن صدّقه المولى و كان عين المال موجوداً - كالسرقه الموجودة - دفعت إلى المقرّ له. و إن كانت تالفة أو لم يصدّق المولى أو كانت مستندة إلى جناية أو إتلاف مال، تعلق بذمّته يتبع به بعد العتق؛ لأنّ ما يفعله العبد بدون إذن المولى لا يلزم المولى.

و المراد بقول المصنّف «و لا يقبل إقرار المملوك بمال» عدم نفوذه (4) معجلاً لا عدمه مطلقاً؛ لئلا ينافي قوله بعد ذلك «تُبع به إذا أعتق».

و الفرق بين المملوك و المحجور عليه للسفه - حيث نفذ بعد العتق و لم يقع لاحقاً بخلاف السفه - أنّ المملوك كامل في نفسه معتبر القول لبلوغه ورشده، و إنّما منع من نفوذ إقراره حقّ المولى، فإذا زال المانع عمل السبب عمله، بخلاف السفه، فإن عبارته في المال

ص: 596

1- راجع الأمّ، ج 3، ص 268؛ و الحاوي الكبير ج 7، ص 6؛ و روضة الطالبين ج 4، ص 5 - 6.

2- أورده العلامة في تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 259، ذيل المسألة 850.

3- راجع تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 259، المسألة 850.

4- في بعض النسخ و الحجريّة: «عدم قبوله» بدل «عدم نفوذه».

. ولو كان مأذوناً في التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها قبل؛ لأنّه يملك التصرّف فيملك الإقرار. و يؤخذ ما أقرّ به ممّا في يده. وإن كان أكثر لم يضمّنه مولاه، و تُبع به إذا اعتق.

مسلوبة شرعاً بالأصل؛ لقصوره كالصبيّ و المجنون، فلا ينفذ في ثاني الحال كما لا ينفذ إقرارهما بعد الكمال.

قوله: «ولو كان مأذوناً في التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها قبل» إلى آخره.

إنّما قبل إقرار المأذون في التجارة؛ لأنّ تصرّفه نافذ فيما أذن له فيه منها، فينفذ إقراره بما يتعلّق بها؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به، و لأنّه لولا لزم الإضرار و انصراف الناس عن مداينة العبيد فيختلّ نظام التجارة.

و في التذكرة استشكل القبول (1). و عذره واضح؛ لعموم الحجر على المملوك (2) إلا ما دلّ عليه الإذن وهو التجارة. و كون الاستدانة من لوازمها ممنوع. و لو سلّم افتقارها إليها في بعض الموارد فلا يدلّ على الملازمة. و لو سلّم فاللزوم (3) غير بيّن، فلا يدلّ الإذن فيها على الإذن فيها بالالتزام، و ظاهر انتفاء دلالتها المطابقة و التضمّن.

و على المشهور من نفوذ إقراره فيها إنّما ينفذ في مقدار ما بيده، فلو كان أكثر لم يضمّنه المولى، و تبع به بعد العتق كغيره.

و احتراز بإقراره بما يتعلّق بها عمّا لو أقرّ المأذون بغصب أو إتلاف أو دين لا يتعلّق بها.

فإنّه فيه كغيره.

و هل يشترط في نفوذه وقوع الإقرار حالة الإذن، أم ينفذ فيه وإن وقع الإقرار بعد زواله؟

وجهان، أظهرهما الأوّل، كما لو أقرّ الوليّ بتصرّف في مال المولّى عليه بعد زوال الولاية.

ص: 597

1- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 266، المسألة 856.

2- النحل (16): 75؛ تهذيب الأحكام، ج 7، ص 340، ح 1392؛ الاستبصار، ج 3، ص 207، ح 749.

3- في بعض النسخ و الحجرية: «فاللازم» بدل «فاللزوم».

. و يُقبل إقرار المفلس وهل يشارك المقرّر له الغرماء أو يأخذ حقه من الفاضل؟ فيه تردّد.

• و تُقبل وصيّة المريض في الثلث وإن لم يجز الورثة. وكذا إقراره للوارث والأجنبيّ مع التهمة، على أظهر القولين.

و لو أقرّ المأذون بالدين ولم يبيّن سببه لم ينفذ، إلا أن يسنده إلى الوجه الموجب لقبول إقراره عملاً بالأصل.

قوله: «و يقبل إقرار المفلس» إلى آخره.

إقرار المفلس إمّا أن يكون بدين سابق على الفليس أو بعده، أو بعين من أعيان أمواله. ولا إشكال في نفوذ إقراره في الجملة؛ لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1). وليس الإقرار كالإنشاء؛ لأنّ المقصود من الحجر إغناء التصرف، والإنشاء تصرف جديد بخلاف الإقرار فإنّه إخبار عن تصرفات سابقة، فإذا أخبر بسبقها على الحجر لم يكن متعلّقاً بها، وإن كانت بعده لم ينفذ، فهي نافذة في الجملة، بمعنى أنّ الإقرار لا يقع باطلاً. ولكن هل يشارك المقرّر له الغرماء أو يقدّم عليهم لو كان الإقرار بعين؟ فيه خلاف، منشؤه سبق تعلّق حقّهم بماله، فصار إقراره كإقرار الراهن بتعلّق حقّ الغير بالعين المرهونة، ومن أنّ الإقرار كالبيّنة، وهي توجب تقديم حقّ من أقيمت له بعين ومشاركته في الدين.

و الوجه عدم النفوذ في حقّ الغرماء مطلقاً، بل إن كان الإقرار بدين وفضل عن الغرماء شيء من ماله أخذ منه، وإلا انتظر يساره. وإن كان بعين، فإن فضلت دفعت إلى المقرّر له، وإلا لزمه مثلها أو قيمتها لأدائها عن دينه بأمر الشارع، فيلزمه الضمان. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة مستوفى في باب الفليس (2)، ولكنّه أعادها لمناسبة المقام.

## إقرار المريض بالوصيّة

قوله: «و تقبل وصيّة المريض في الثلث وإن لم يجز الورثة» إلى آخره.

ص: 598

1- تقدّم تخريجه في ص 298، الهامش 1.

2- تقدّم في ج 3، ص 483.

قد تقدّم البحث في أن وصيّة المريض من الثلث(1)، و لا- دخل له بهذا الكتاب. وإنّما الكلام في إقراره إذا مات في مرضه، وقد اختلف الأصحاب فيه بسبب اختلاف الأخبار ظاهراً، فقيل: ينفذ من الأصل مطلقاً(2)؛ لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»(3)، ولأنّه لم يفوت الوارث شيئاً في المرض، وإنّما أخبر بما هو حقّ عليه في حال الصّحة؛ لأنّ هذا هو الفرض، إذ لو أقرّ بفعل ما يتوقّف على الثلث في المرض كالهبة فلا- إشكال في كونه من الثلث، ولأنّ المريض قد يريد إبراء ذمّته من حقّ الوارث والأجنبي فلا يمكن التوصل إليه إلا بالإقرار، فلو لم يقبل منه بقيت ذمّته مشغولةً، وبقي المقرّ له ممنوعاً من حقّه وكلاهما مفسدة فاقتضت الحكمة قبول قوله.

وقيده جماعة(4)، منهم الشيخان(5) والمصنّف والأكثر بما إذا لم يكن متّهماً، وإلا كان من الثلث.

و يدلّ على حكم الوارث صحيحة منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً. فقال: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له»(6).

وعلى حكم الأجنبي صحيحة العلاء بياع السابري قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً؛ فلما حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذي دفعته إليك لفلانة وماتت المرأة، فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنّه كان لصاحبتنا مال لانراه إلا عندك

ص: 599

- 
- 1- تقدّم في ج 5، ص 449.
  - 2- راجع المراسم، ص 201؛ والسرائر، ج 2، ص 506.
  - 3- تقدّم تخريجه في ص 298، الهامش 1.
  - 4- منهم ابن البرّاج في المهذّب، ج 1، ص 419؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 414؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج 11، ص 108.
  - 5- الشيخ المفيد في المقنعة، ص 662 و الشيخ الطوسي في النهاية، ص 617 - 618.
  - 6- الكافي، ج 7، ص 41 - 42، باب المريض يقرّ لوارث بدين، ح 2؛ الفقيه، ج 4، ص 229، ح 5545؛ تهذيب الأحكام، ج 9، ص 159، ح 656؛ الاستبصار، ج 4، ص 111، ح 426.

فأحلف: ما لنا قبلك شيء، أيحلف لهم؟ فقال: «إن كانت مأمونةً عنده فليحلف، وإن كانت متَّهمةً عنده فلا يحلف، ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه» (1).

وذهب المصنّف في النافع إلى أنّ إقراره للأجنبي من الأصل مع عدم التَّهمة، وأمّا إقراره للوارث فمن الثلث على التقديرين (2)؛ لصحیحة إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض بدين عليه قال: «يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث» (3).

ويمكن أن يكون مذهبه في هذا الكتاب كذلك، بجعل قوله: «مع التَّهمة» قيداً في إقراره للأجنبي القريب إليه دون الوارث.

والأقوى التفصيل فيهما، وحمل الرواية الدالة على اعتبار الثلث على حالة التَّهمة، أو أنّ المراد نفوذه كذلك بغير قيد، وهو لا ينافي توقّف غيره عليه. مع أنّ ظاهرها غير مراد؛ لأنّه اعتبر نقصان المقرّ به عن الثلث وليس ذلك شرطاً إجماعاً.

والمراد بالتَّهمة هنا الظنّ المستند إلى القرائن الحالية أو المقاليّة الدالة على أنّ المقرّ لم يقصد الإخبار بالحقّ، وإنّما قصد تخصيص المقرّ له أو منع الوارث عن حقّه أو بعضه والتبرّع به للغير؛ فلذلك جرى مجرى الوصيّة في نفوذه من الثلث.

وقوى في التذكرة اعتبار العدالة في المريض، وجعلها هي الدافعة للتَّهمة (4). ولعلّه فهمه من رواية منصور بن حازم في قوله: «إن كان الميّت مرضياً».

والحقّ حمل التَّهمة على معناها لغةً و عرفاً، والرواية لاتنافي ذلك، ولأنّ التَّهمة بهذا

ص: 600

1- الكافي، ج 7، ص 462، باب النوادر، ح 11؛ الفقيه، ج 4، ص 229، ح 5546؛ تهذيب الأحكام، ج 8، ص 294، ح 1088؛ الاستبصار، ج 4، ص 112، ح 431.

2- المختصر النافع، ص 269.

3- الكافي، ج 7، ص 42، باب المريض يقرّ لوارث بدين، ح 4؛ الفقيه، ج 4، ص 228 - 229، ح 5543؛ تهذيب الأحكام، ج 9، ص 160، ح 659؛ الاستبصار، ج 4، ص 112، ح 429.

4- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 269 - 270، المسألة 860.

. ويقبل الإقرار بالمبهم ويلزم المقرّ بيانه، فإن امتنع حُبَسَ وَصَّيَّقَ عَلَيْهِ حَتَّى يُبَيِّنَ. وقال الشيخ (رحمه الله): يقال له: إن لم تفسّر جُعلت ناكلاً، فإن أصرّ أحلف المقرّ له.

المعنى قد تجامع العدالة؛ لأن مناطها الظنّ بما ذكر وهو لا يرفع العدالة المبنيّة(1) على الظاهر التي لاتزول بالظنّ، وقد تنتفي عن غير العدل. وفي الأخبار ما يدلّ صريحاً على أنّ المراد بها ما ذكرناه(2).

و حيث كان المعتبر فيها ذلك فلا يتوقّف الإقرار على الثلث إلاّ مع ظهورها فيه، ومع الشكّ يرجع إلى أصالة عدمها، وأصالة صحّة إخبار المسلم، وعموم جواز إقرار العقلاء. ووافق في التذكرة على ذلك مع اشتراط العدالة؛ مستدلاً بأصالة ثقة المسلم وعدالته(3). وهذا الاستدلال غريب على أصله.

و لو ادّعاها الوارث على المقرّ له فالقول قول المقرّ له مع يمينه، ويحلف على عدم العلم بها لا على العلم بعدمها؛ لأنّه حلف على نفي فعل الغير. ويكفي في الحكم للمقرّ له بالحقّ مجرد الإقرار، مع ظهور المانع من صحّته، وإن لم يعلم صحّة السبب.

قوله: «و يقبل الإقرار بالمبهم ويلزم المقرّ بيانه» إلى آخره.

قد تقدّم أنّ الإقرار بالمبهم مقبول(4)؛ لأنّ الإقرار إخبار عن حقّ سابق، والخبر قد يقع عن الشيء إجمالاً كما يقع تفصيلاً، ولأنّ المقرّ قد يكون في ذمّته حقّ لا يعلم قدره، فلا بدّ له من طريق موصول إلى التخلّص منه، ومبدؤه الإقرار ليقع الصلح بعد ذلك بما يتفقان عليه، بخلاف الإنشاء، فإنّه لا ضرورة فيه إلى تحمّل الجهالة والغرر، مع كونه هو السبب الموجب لثبوت الحقّ.

ص: 601

1- في «و»: «المثبتة» بدل «المبنيّة».

2- وسائل الشيعة، ج 19، ص 291 - 296، الباب 16 من كتاب الوصايا.

3- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 269 - 270، المسألة 860، وص 272، المسألة 861.

4- تقدّم في ص 545.

. ولا يُقبل إقرار الصبي بالبلوغ، حتى يبلغ الحدّ الذي يحتمل البلوغ.

ثم يلزم المقرّ بالبيان، فإن كان عالماً بقدره وفسّره على الوجه الذي قرّره سابقاً قبل. فإن امتنع من التفسير مع قدرته عليه فالأظهر أنه يحبس حتى يفسّر؛ لأنّ البيان واجب عليه، فإذا امتنع منه حبس عليه كما يحبس على الامتناع من أداء الحقّ.

وقال الشيخ (رحمه الله): لا يحبس بل يقال له: إن لم تفسّر جعلت ناكلاً، فإن أصرّ على عدم التفسير احلف المقرّ له على ما يدّعيه (1).

هذا إذا وقع الإقرار المبهم عقيب دعوى معيّنة، بأن ادّعى أنّ له عليه ألفاً فقال: لك عليّ وأما إذا أقرّ ابتداءً والمقرّ له لا يعلم المقدار وإنّما استفاد الحقّ من الإقرار لم يتمّ ما ذكره الشيخ.

وكذا لا يتمّ ما ذكره المصنّف على تقدير جهلها بالحقّ، بأن قال المقرّ: لا أعلم بالمقدار وإنّما أعلم به إجمالاً، وقال المقرّ له: لا أعلم به أيضاً، فلا يتّجه الحبس ولا حلف المقرّ له، بل لا طريق حينئذٍ إلا الصلح ونحوه.

والأقوى أنّه مع عدم دعوى الجهل بالمقدار والوصف يحبس إلى أن يبيّن؛ لأنّه مقرّ بالحقّ فلا وجه لجعله ناكلاً.

قوله: «ولا يقبل إقرار الصبي بالبلوغ، حتى يبلغ الحدّ الذي يحتمل البلوغ».

قد تقدّم في اللعان أنّ الحدّ الذي يمكن فيه البلوغ بلوغ عشر سنين (2)، فيقبل حينئذٍ إقراره بالبلوغ إن فسّره بخروج المنّي، أما إذا فسّره بالإنبات لم يُقبل؛ لإمكان العلم به بالمشاهدة؛ لأنّ محلّه ليس من العورة، وعلى تقدير كونه منها فهو مستثنى للضرورة كاستثناء رؤية الطبيب، بل للشهادة على الزنى على ما تقدّم (3). وإن فسّره بالسّنّ وكان محتملاً فإطلاق

ص: 602

1- المبسوط، ج 2، ص 405.

2- تقدّم في ص 239.

3- تقدّم في ج 6، ص 57.

العبارة يقتضي القبول. وقيدته في التذكرة بما إذا كان غريباً أو خامل الذكر (1)؛ لعسر إقامة البيّنة عليه كالمنيّ.

والأظهر أنّه لا يقبل بدون البيّنة مطلقاً؛ لإمكان إقامتها عليه في جنس المدعى، ولا ينظر إلى حال المدعى وعجزه مع كون الجنس في ذاته مقدوراً. ويمكن حمل كلام المصنّف على دعوى البلوغ مطلقاً.

ووجه قبوله أنّ طريقه ممّا يرجع إليه فيه في الجملة. وهذا متّجه.

وفي الحقيقة دعوى الصبيّ البلوغ بالاحتلام وغيره أو مطلقاً ليس إقراراً؛ لأنّ الإقرار إخبار عن ثبوت حقّ عليه للغير، ونفس البلوغ ليس كذلك، ولهذا يطالب مدعيّ البلوغ بالسّنّ بالبيّنة، واختلفوا في تحليف مدّعيه بالاحتلام والمقرّ لا يكلف البيّنة ولا اليمين. نعم، قد يتضمّن الإقرار من حيث إنّه يستلزم الاعتراف بالحقوق المنوطة بالبلوغ، وذلك لا يقتضي كونه نفسه إقراراً.

وأيضاً فإنّه على تقدير قبول قوله يحكم ببلوغه سابقاً على قوله فلا يكون إقراره إقرار الصبيّ إلا من حيث الظاهر. ولكنّ الأمر هنا أسهل؛ لجواز وصفه بالصبا من هذا الوجه، فإنّه حال الإقرار كان محكوماً بصبا، وإنّما كشف تمام إقراره عن عدم صبا، وذلك حكم متأخّر عن حالة الإقرار.

وحكم دعوى الصبيّة البلوغ بالحيض كدعوى الصبيّ الاحتلام، والسّنّ والإنبات يستويان، لكنّ إنّما تظهر فائدة دعواها الحيض مع الجهل بسنّها؛ إذ لو علم لم يعتبر بالدم المتقدّم على سنّ البلوغ، كما لا احتياج إلى المتأخّر عنه.

ولا يتوقف ثبوت الاحتلام والحيض على اليمين على الأصحّ وإلا دار؛ لأنّ صحّة

ص: 603



الييمين مشروطة بكون الحالف بالغاً؛ لرفع القلم عن الصبي (1)، فيتوقف على الحكم بالبلوغ، فلو توقف الحكم بالبلوغ على اليمين لزم توقف كل منهما على الآخر.

وأجاب في الدروس بجواز كون اليمين موقوفة على إمكان بلوغه، و الموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه، فتغايرت الجهة (2).

ويضعف بأن إمكان البلوغ غير كافٍ في اعتبار أقوال الصبي و أفعاله، فلا بد في الحكم بصحته من العلم بالبلوغ كنظائره من الأحكام المترتبة عليه، و يعود الدور. و أما الاكتفاء في اليمين بإمكان البلوغ فهو عين المتنازع و محل المنع.

ص: 604

---

1- سنن ابن ماجة، ج 1، ص 658، ح 2041؛ سنن أبي داود، ج 4، ص 141، ح 4402 و 4403؛ و بمعناه ورد في الخصال، ص 94، باب الثلاثة، ح 40.

2- الدروس الشرعية، ج 3، ص 116 - 117 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11).

. وهو أن يكون له أهلية التملك، فلو أقر لهيئة لم يقبل. و لو قال بسببها صح، ويكون الإقرار للمالك.

وفيه إشكال؛ إذ قد يجب بسببها مالا يستحقه المالك، كأروش الجنايات على سائقها أو راجبها.

قوله: «وهو أن يكون له أهلية التملك، فلو أقر لهيئة لم يقبل» إلى آخره.

القول بكونه إقراراً للمالك على تقدير قوله: «عليّ بسبب الدابة كذا» للشيخ (رحمه الله) (1): تنزيلاً للسبب على الغالب من استئجارها أو غضبها، وضمان أجرتها ومنافعها، فيكون للمالك.

والمصتف (رحمه الله) استشكل ذلك من حيث إن السبب أعم مما ذكر، ومنه ما يقتضي كونه للمالك كما ذكر، ومنه ما يقتضي كونه لغيره، كأرش الجناية اللازم لسائقها أو راجبها إذا وقعت الجناية من الدابة، فلا يتعين حمل العام على الخاص من غير قرينة تدل عليه. والأغلبية - على تقدير تسليمها - لا تقتضي الاختصاص في الوجه الغالب كغيره من الأقاير المحتملة لوجه يغلب بعضها، مع أنه يرجع إلى المقر في تعيينها، ويقبل ما يعينه وإن كان نادراً.

والأقوى الرجوع إلى المقر في تعيين السبب والعمل بما يقتضيه من كونه للمالك أو لغيره. ولا إشكال لو قال: عليّ بسببها لمالكها أو لزيد.

ص: 605

. ولو أقر لعبد صحّ، ويكون المقرّ به لمولاه؛ لأنّ للعبد أهليّة التصرف.

## الإقرار للحمل

ولو أقرّ لحمل صحّ، سواء أطلق أو بيّن سبباً محتملاً، كالإرث أو الوصية.

ولو نسب الإقرار إلى السبب الباطل كالجنابة عليه - فالوجه الصحّة؛ نظراً إلى مبدأ الإقرار، وإلغاءً لما يبطله.

قوله: «ولو أقرّ لعبد صحّ ويكون المقرّ به لمولاه؛ لأنّ للعبد أهليّة التصرف».

تنبّه بقوله «لأنّ للعبد أهليّة التصرف» على الفرق بينه وبين البهيمّة مع اشتراكهما في عدم الملك، بأنّ للعبد أهليّة التصرف بالمعاملة والإقراض والإقتراض والهبة وسائر الإنشاءات بإذن المولى، فأمكن لذلك نسبة المقرّ به إليه وإن كان ملكه للمولى، والإسناد إليه لذلك إسناد مجازي إلاّ أنّه شهير في الاستعمال شائع في العرف، بخلاف البهيمّة؛ فإنّ أهليّتها للملك ونسبته إليها - بسبب الجنابة ونحوها من الأسباب - وإن كان مجازاً أيضاً إلاّ أنّه بعيد خفيّ المعنى؛ فلذا لم يحمل الإطلاق عليه، وصحّ مع التصريح به.

قوله: «ولو أقرّ لحمل صحّ سواء أطلق أو بيّن سبباً محتملاً، كالإرث» إلى آخره.

إذا أقرّ لحمل فإمّا أن يعزّيه إلى سبب يفيد الحمل الملك، أو إلى سبب لا يفيد له شرعاً، أو يطلق. ففي الأوّل لا إشكال في صحّة الإقرار، كما لو قال: «له عندي كذا» بسبب وصيّة أوصي له بها أو إرث وورثه، لما تقدّم من صحّة الوصية له (1)، وما سيأتي من أنّه يرث وإن كان استقرار ملكه مشروطاً بسقوطه حيناً (2)؛ لأنّ ذلك لا يمنع من صحّته في الحال في الجملة.

ويستفاد من الحكم بصحّة السبب على هذين التقديرين أنّهما ممكنان بالنسبة إليه، فلو نسبه إلى ميراث من قريب حيّ أو ميّت في وقت لا يمكن فيه إرثه له فهو ملحق بالقسم الباطل.

ص: 606

1- تقدّم في ج 5، ص 377 - 378.

2- يأتي في ج 10، ص 317-318.

وفي الثاني - بأن فسره بالجنابة عليه والمعاملة له - قولان:

أحدهما - وهو الأشهر - الصحة (1)، ويلغو المنافي كما في نظائره من الإقرار المعقّب بالمبطل، كقوله: من ثمن خمر، أو استثنى منه استثناء مستغرقاً؛ لاشتراكهما في المقتضي للصحة، وهو عموم جواز: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (2) و المنافي، كالرجوع لا يقبل بعد ثبوت الإقرار.

و الفرق بينه وبين المعلق على شرط أنّ الشرط مناف للإخبار بالاستحقاق في الزمن الماضي، فلم يتحقّق ماهيّة الإقرار مع الشرط، بخلافه مع المنافي المتعقّب؛ فإنّه إخبار تامّ وإنّما تعقّبه ما يبطله فلا يسمع. و كون الكلام كالجمله الواحدة لا يتمّ إلاّ بآخره يتمّ فيما هو من متمّماته كالشرط و الصفة، لا فيما يتعلّق به بل ينافيه، و من ثمّ أجمعوا على بطلان المعلق دون المعقّب بالمنافي. و لعله أوضح في الفرق.

والقول ببطلان الإقرار إذا عزاه إلى سبب باطل لابن الجنيد (3) و القاضي (4)؛ استناداً إلى ما أشرنا إليه من أنّ الكلام لا يتمّ إلاّ بآخره، و قد ظهر من آخره بطلان أوله، فكأنّه لم يقرّ إقراراً صحيحاً. و قد عرفت جوابه.

وفي الثالث - وهو ما لو أطلق - ينزل على وجه يصحّ؛ لاحتماله الأمرين، فيتناوله عموم ما دلّ على لزوم الإقرار لأهله (5)، مع كون خلافه محتملاً، فإنّ ذلك لو قدح لآثر في سائر الأقارير، و لو قلنا بصحّته إذا عزاه إلى سبب باطل فأولى بالصحة هنا.

ص: 607

- 1- القول بالصحة للعلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 534، المسألة 237، و القول الآخر يأتي تخريجه في الهامش 3 و 4.
- 2- تقدّم تخريجه في ص 298، الهامش 1.
- 3- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 534، المسألة 237؛ و فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 434.
- 4- المهذب، ج 1، ص 408 - 409.
- 5- أي عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

. ويملك الحمل ما أقرّ به بعد وجوده حيّاً. ولو سقط ميتاً، فإن فسّره بالميراث رجع إلى باقي الورثة، وإن قال: هو وصيّة رجع إلى ورثة الموصي، وإن أجمل طولب ببيانه.

وفيه وجه ضعيف بالبطان أيضاً؛ نظراً إلى ندور السبب المصحح، ولأنّ الملك فيما قيل

بصحّته - كالإرث والوصية - مشروط بسقوطه حيّاً، فقبله لا يعلم الصحّة، بل هو مراعي، فكان جانب عدم الصحّة أرجح على التقديرين.

ويضعف بأنّ الإقرار يكفي في صحّته إمكان حقيقته، وهو متحقّق هنا.

قوله: «ويملك الحمل ما أقرّ به بعد وجوده حيّاً» إلى آخره.

حيث حكمنا بصحّة الإقرار له مع الإطلاق لا يجب استفساره عنه ابتداءً؛ لعدم الحاجة إليه بل ينتظر ولادته، فإن ولد حيّاً استقرّ ملكه عليه، سواء مات بعد ذلك فينتقل إلى وارثه أم بقي؛ لعدم افتراق الحال في الملك على هذا التقدير.

وإن سقط بعد الإقرار ميتاً احتيج حينئذٍ إلى استفسار المقرّ؛ لاختلاف حكم الملك المحكوم له (1) سابقاً. فإن فسّره بالإرث تبين بطلانه ورجع إلى بقية الورثة؛ لأنّ الحكم بالصحّة كان مراعي بسقوطه حيّاً لا مطلقاً. وإن فسّره بالوصيّة له بطل أيضاً، ولكن هنا يرجع إلى ورثة الموصي؛ للحكم ببطان الوصيّة من رأس، فكان كما لو لم يوص. والمتولّي لتكليفه بالتفسير حيث يمتنع هو الحاكم؛ ليوصل الحقّ إلى مستحقّه.

ولو تعدّر التفسير لموت المقرّ ونحوه قيل: بطل الإقرار؛ لانتفاء المقرّ له، كما لو أقرّ لواحد

من خلق الله تعالى ولا مجال للقرعة هنا؛ لعدم انحصار من يقرع بينهم (2).

ويشكل بخروجه عن ملكه بالإقرار على كلّ تقدير، وإنّما تعدّر معرفة مستحقّه فيكون مالاً مجهول المالك. وبطالان ملكه بالموت قبل الوضع إنّما أوجب بطلان السبب الناقل إلى

ص: 608

1- في الطبعة الحجرية: «المملوك المحكوم به» بدل «الملك المحكوم له».

2- قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 416 - 417.

. ويحكم بالمال للحمل بعد سقوطه حياً لدون ستة أشهر من حين الإقرار و يبطل استحقاقه لو ولد لأكثر من مدة الحمل.

وإن وضع فيما بين الأقل والأكثر ولم يكن للمرأة زوج ولا مالك حكم له به؛ لتحققه حملاً وقت الإقرار. وإن كان لها زوج أو مولى، قيل: لا يحكم له؛ لعدم اليقين بوجوده. ولو قيل: يكون له بناء على غالب العوائد كان حسناً.

الحمل، لا بطلان ملك غيره كالوارث وورثة الموصي، وكما يحتمل كون المقر هو المالك له  
يحتمل كونه غيره.

ويمكن اندفاع الإشكال بأن الأصل في المال المقر به أن يكون ملكاً للمقر، وإنما خرج عنه بإقراره للحمل وملكه مراعى بولادته حياً، فكان خروجه عن ملكه مراعى كذلك، فإذا فقد شرط الملك لم يصح الإقرار؛ لأنه كان مراعى، فيرجع إلى أصله ظاهراً.

قوله: «ويحكم بالمال للحمل بعد سقوطه حياً لدون ستة أشهر» إلى آخره.

إذا ولد الحمل المقر له حياً كاملاً، فإن كان لدون ستة أشهر من حين الإقرار علم وجوده حالة الإقرار، فتبين صحة السبب المسوغ له من وصية وإرث وإن ولد لأكثر من مدة الحمل علم عدم وجوده حالة الإقرار، ولا شبهة في هاتين الصورتين، إنما الكلام فيما إذا ولدته فيما بين المدتين، فإنه يتعارض هنا الأصل والظاهر؛ إذ الأصل عدم تعلق العلق به على أزيد من الأقل وعدم استحقاقه المقر به، والظاهر أنه لا يولد لما دون تسعة أشهر أو عشرة؛ عملاً بالعادة المستمرة.

فإن كانت الحامل بعد الإقرار خالية من فراش يمكن تجدده منه حكم بوجوده؛ لقوة الظاهر الدال على وجوده حالة الإقرار؛ ولهذا يحكم بثبوت نسبه لمن كانت فراشاً له. وفي قول المصنف (رحمه الله) «التحقق حملاً» حينئذٍ مسامحة؛ إذ إمكان التجدد حاصل ولو بالشبهة

فضلاً عن وجه آخر سائغ أو غيره في نفس الأمر، وإنما يقوى الظاهر بوجوده كما قلناه.

وإن كانت مستفرشة قيل: لا يستحق (1)؛ لاحتمال تجدد العلق بعد الإقرار، والأصل عدم

ص: 609

---

1- راجع الدروس الشرعية، ج 3، ص 120 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج 11).

. ولو كان الحمل ذكراً تساوياً فيما أقر به.

الاستحقاق وعدمه عند الإقرار. وقيل: يستحق، وهو الذي مال إليه المصنّف؛ نظراً إلى الغالب في عادات النساء أن لا يلدن تاماً إلا في تسعة أشهر (1). فإذا ولدته لهذه المدة من حين الإقرار كان وجوده حين الإقرار غالباً، وإن ولدته فيما بين الأقلّ والأكثر فوجوده حال الإقرار ثابت بطريق أولى وإن لم يكن غالباً، وقد تقدّم لهذه المسألة نظائر في الوصايا (2) وغيرها (3). واعلم أنّ في تحديد المصنّف المدة من حين الإقرار تجوّزاً ظاهراً؛ لأنّ لحق الحمل مشروط بالدخول والمدة تعتبر من حين الوطء لا من حين الإقرار، فالمعتبر في المدة المذكورة كونها من حين الوطء المتقدّم على الإقرار إلى حين الوضع، وقد تجوّزوا مثله في الحكم بلحوق الولد إذا ولدته للمدة المذكورة من حين الطلاق أو من حين الموت مع أنّ المعتبر الوطء المتقدّم عليه كذلك.

قوله: «ولو كان الحمل ذكراً تساوياً فيما أقر به».

إذا ثبت استحقاق الحمل لما أقر له به فإن اتّحد استحقاق الجميع، ذكراً كان أم أنثى؛ لأنّه إن كان وصيّةً فواضح، وإن كان إرثاً فعندنا أنّه كذلك، ومن لم يقل بالردّ عليها أثبت لها النصف خاصّةً إذا أضافه إلى جهة الإرث من الأب.

وإن كان ذكراً أو أنثيين فإن أسنده إلى الوصيّة تساوياً فيه إلا أن ينصّ على التفضيل، وإن أسنده إلى الإرث تساوياً مطلقاً؛ ولهذا أطلق المصنّف الحكم بتساويهما؛ لأنّه إن كان بسبب الإرث فواضح، وإن كان بسبب الوصيّة فالأصل عدم ما يقتضي التفضيل؛ لأنّ القدر المتيقّن منه كونه وصيّةً لهما، وهذا القدر يقتضي التسوية.

ويشكل مع إمكان الاستعلام؛ لأنّ مطلق الاستحقاق أعمّ من التسوية والتفضيل.

ووجه الرجوع إلى المقرّ في السبب، فإن ذكر ما يقتضي التفضيل أو التسوية عمل به،

ص: 610

1- قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 416؛ و تحرير الأحكام الشرعيّة، ج 4، ص 403 - 404، ذيل الرقم 5989.

2- تقدّم في ج 5، ص 330 وما بعدها.

3- راجع ج 10، ص 317 - 318.

ولو وضع أحدهما ميتاً كان ما أقرّ به للآخر؛ لأنّ الميت كالمعدوم.

وإذا أقرّ بولد لم يكن إقراراً بزوجة أمّه ولو كانت مشهورة بالحرية.

وإلا أتجه قسمته بالسوية. وكذا لو ولدت أزيد من اثنين.

قوله: «ولو وضع أحدهما ميتاً كان ما أقرّ به للآخر؛ لأنّ الميت كالمعدوم»

هذا الحكم ليس على إطلاقه؛ لأنّ جهة استحقاقهما إن كانت وصيةً للحمل كيف كان أتجه ذلك، وكذا إن كان إراثاً بالولادة مع انحصار الإرث في الحمل. ولو كانت الوصية مفصّلةً على وجه يكون الوصية لأحدهما لا يرجع إلى الآخر، أو كان إراثاً بجهة لا توجب الانتقال إلى الآخر، بأن كانا أخوين لأمّ للميت وليس لهما ثالث من جهتها فحياتهما موجبة لهما الثلث، ولأحدهما خاصة السدس، ولا يكون ما أقرّ به للآخر مطلقاً.

والأجود أن يقال: ينزل الميت كأن لم يكن، وينظر في الحيّ على ما ذكر من حال جهة الاستحقاق. وحينئذٍ فلا بدّ من الرجوع إلى المقرّ في الجهة ليعلم مقدار استحقاق الحيّ، ولا يلزم من كون الميت كالمعدوم - على ما أشار إليه في التعليل - أن يكون مجموع المقرّ به للآخر كما ذكرناه.

قوله: «وإذا أقرّ بولد لم يكن إقراراً بزوجة أمّه ولو كانت مشهورة بالحرية».

لأنّ الزوجية والنسب أمران متغايران غير متلازمين، فلا يدلّ أحدهما على الآخر بإحدى الدلالات. وتبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة حيث قال: إن كانت أمّه مشهورة بالحرية كان الإقرار بالولد إقراراً بزوجة أمّه، وإن لم تكن مشهورة فلا(1).

وأراد بالحرية ما يقابل الفجور.

وهل يلزمه بإقراره بالولد خاصةً مهر المثل لأمّه؟ قولان(2)، أقربهما ذلك؛ لاستلزام تولّده منه الوطاء عادةً، ولحوقه به يقتضي كون الوطاء شبهة، وهو يوجب مهر المثل.

ص: 611

1- المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج 5، ص 335 - 336، المسألة 3894.

2- القول بوجوب مهر المثل للعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 88؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 3، ص 243 - 244؛ وعلّ السيد عميد الدين الأعرج مال إلى عدم وجوب مهر المثل، فراجع كنز الفوائد، ج 2، ص 516.



وفيه مقاصد:

### المقصد الأول في تعقيب الإقرار بالإقرار

#### إذا قال: هذه لفلان بل لفلان، أو قال غصبتها من فلان بل من فلان

. إذا كان في يده دار على ظاهر التملك، فقال: «هذه لفلان بل لفلان» قضي بها للأول وغرم قيمتها للثاني؛ لأنه حال بينه وبينها، فهو كالمتلف.

قوله: «إذا كان في يده دار على ظاهر التملك» إلى آخره.

أمّا القضاء بها للأول فلعوموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(1)</sup>. وأمّا الثاني فلما أشار إليه المصتف (رحمه الله) من أنه قد حال بينه وبينها بإقراره للأول مع اعترافه بأنه المستحق، فيغرم له القيمة؛ لتعذر الوصول إلى العين، كما لو أتلف عليه مالا ثم أقر له به، هذا إذا لم يصادق المقر له الأول على ملكية الثاني، وإلا دفعت إلى الثاني.

وربما احتمل عدم الغرم له؛ لأن الإقرار الثاني صادف ملك الغير لها فلا ينفذ عاجلاً. ثم على تقدير ملكيته لها يلزمه تسليمها إلى المقر له ثانياً.

وقال ابن الجنيدي: «يرجع إلى مراد المقر ويقبل قوله إن كان حياً، وإلا كان المقر لهما بمنزلة متداعيين لشيء هو في يدهما، فيأخذه ذو البيئته، ومع عدمها فالتحالف، فإن حلفا اقتسماه»<sup>(2)</sup>.

والأظهر الأول.

ص: 612

1- تقدّم تخريجه في ص 298، الهامش 1.

2- حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج 5، ص 541، المسألة 252.

. وكذا لو قال غصبتها من فلان بل من فلان.

. أمّا لو قال: «غصبتها من فلان وهي لفلان» لزمه تسليمها إلى المغصوب منه ثم لا يضمن. ولا يحكم للمقرّ له بالملك، كما لو كانت دار في يد فلان وأقرّ بها

قوله «و كذا لو قال: غصبتها من فلان بل من فلان».

وجه مساواة هذه للسابقة في الحكم أنّ الإقرار بالغضب من الشخص يستلزم الإقرار له باليد، وهي تدلّ ظاهراً على الملكية؛ ولهذا يحكم لذي اليد بها، فيكون مقرّاً لكلّ منهما بما يقتضيه الملك.

وفي المسألة وجه بعدم الغرم هنا للثاني كالتالي بعدها؛ لعدم التنافي بين الإقرارين؛ فإنّ الغضب يصدق من ذي اليد وإن لم يكن مالكاً، كما لو كانت في يده بإجارة أو إعارة ونحوهما، فيحكم بها للأوّل؛ لسبق الإقرار باليد له، ولا يغرم للثاني؛ لانتفاء ما يدلّ على ملكيته(1).

ويضعّف بأنّ الإقرار بالغضب إمّا أن يقتضيه الإقرار بالملك على وجه يوجب الضمان أو لا، فإن اقتضاه فقد أقرّ للثاني بذلك فكانت كالسابقة فيضمن للثاني، وإن لم يقتضه لم يجب الدفع إلى الأوّل في هذه الصورة فضلاً عن الغرم للثاني؛ لعدم الإقرار له بما يقتضيه الملك، من حيث إنّ الغضب منه أعمّ من كونه مالكاً.

وكذا يضعّف ما قيل من الفرق بين الإقرارين: بأنّ الإقرار للأوّل اتفق بغير معارض فيسمع، بخلاف الثاني؛ لثبوت استحقاق الغير العين قبل الإقرار له، فإنّه لو التفت إلى هذا لزم عدم الغرم للثاني وإن صرح له بالملك؛ لسبق الاستحقاق لغيره(2).

والحق أنّ الإقرار بالغضب إقرار باليد، وهي كافية في وجوب الردّ إليه، ويبقى الإقرار للثاني موجباً لذلك أيضاً، وقد فات بإقراره الأوّل فيضمن له.

قوله: «أما لو قال: «غصبتها من فلان وهي لفلان - إلى قوله - غصبتها من عمرو».

هذه صورة ثالثة متردّدة بين السابقتين، فإنّ إقراره للأوّل بالغضب المحتمل لغير الملك،

ص: 613

1- راجع جامع المقاصد، ج 9، ص 320.

2- حكاة عن قائل المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 321.

الخارج لآخر. وكذا لو قال: «هذه لزيد غضبتها من عمرو».

وإقراره للثاني بالملك، فلا منافاة بين الأمرين، لكن يلزم بدفعها إلى الأول الذي أقر بغضبها منه؛ لاعترافه له باليد التي أقل مراتبها استحقاق المنفعة بإجارة أو وصية أو نحو ذلك، بخلاف السابقتين؛ فإن الأولى صريحة في ملكهما، والثانية هما فيه مستويان نقياً وإثباتاً كما علم.

وفي هذه المسألة قول آخر بالضمان للثاني؛ لاعترافه له بالملك وقد حال بينه وبين تسليمه إليه بإقراره الأول فيغرم له (1) وإن لم نقل بغرمه في السابقة؛ لعدم الاعتراف بالملك، ولأن الإقرار بالغضب من الأول إقرار له باليد المفيدة للملكية - كما مر - فيكون في قوة التناقض؛ وهذا لم ينفذ إقراره بالملك للثاني مع كونه صريحاً فيه. وهذا هو الأقوى.

وقوله «كما لو كانت دار في يد فلان فأقر بها الخارج لآخر» أشار به إلى الوجه في عدم جواز دفعها إلى الثاني، مع أنه قد أقر له بالملكية ولم يقر للأول بها، ولم يحكم بالتنافي لذلك، وقلنا إن الإقرار بالملك لم يحصل إلا لواحد فلم لا يدفع إليه؟

والوجه أنه وإن لم يكن قد أقر للأول بالملك لكن أقر له باليد سابقاً، فصار بالإقرار كذي اليد بالفعل على المقر به، وصار المقر خارجاً عن العين بواسطة الإقرار، فإذا أقر بملكها لآخر كان كما لو أقر الخارج بملك ما هو في يد غيره لغير ذي اليد، فإنها لا تسلّم إليه بهذا الإقرار.

ولكن يبقى فيه أن إقراره الأول إذا أثر هذا القدر وأفاد اليد - وهي تقتضي شرعاً الملك - وجب الحكم بها للأول والضمان للثاني؛ لتفويته حقه بزعمه بإقراره الأول، فإن الإقرارين وإن لم يتنافيا صورةً لكنهما متنافيان معنى.

ص: 614

---

1- قاله المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 324.

## لو أقرّ بعبد لإنسان فأنكر المقرّ له

. ولو أقرّ بعبد لإنسان فأنكر المقرّ له قال الشيخ: يعتق؛ لأنّ كلّ واحد منهما أنكر ملكيّته، فبقي لغير مالك. ولو قيل: يبقى على الرقيّة المجهولة المالك، كان حسناً.

قوله: «و لو أقرّ بعبد الإنسان فأنكر المقرّ له قال الشيخ: يعتق» إلى آخره.

من شرائط صحّة الإقرار عدم تكذيب المقرّ له المقرّ، وإن لم يشترط قبوله لفظاً على

رسم الإيجاب والقبول والإنشاءات.

فإن كذّبه نظر إن كان المقرّ به مالاً لم يدفع إليه، وفيما يفعل به أوجه أظهرها تخيير الحاكم

بين أخذه وإقرار يد المقرّ عليه إلى أن يظهر مالكة.

وإن كان الإقرار بعبد تحت يد المقرّ بحيث يظهر كونه مالكاً ظاهراً فأنكر المقرّ له ملكه، ففيه أوجه أيضاً:

أحدها - و به قال الشيخ(1) و أتباعه(2) - أنه يحكم بعقده؛ لأنّ صاحب اليد لا يدّعيه، والمقرّ له ينفيه، فيصير العبد في يد نفسه فيعتق. و هذا كما إذا أقرّ اللقيط بعد البلوغ بأنّه مملوك زيد وأنكر زيد، فإنّه يحكم بحرّيّته، و لانتفاء علقه المقرّ به بإقراره، و المقرّ له بنفيه و من عداهما؛ لانحصار الملك فيهما ظاهراً، و أصالة عدم مالك آخر، و لأنّ الحرّيّة أصل في الأدمي، و إنّما تثبت رقيّته بأمر ظاهر، و لم يثبت هنا فيرجع إلى الأصل.

و يضعّف بأنّه لا يلزم من انتفاء ملكيّته و علقته ظاهراً انتفاؤها في نفس الأمر؛ لأنّ المفروض كونه رقاً فلا يزال بذلك، بل لا يلزم من انتفاء علقه الرقيّة لشخص معيّن ظاهراً انتفاء الرقيّة عنه ظاهراً و لا باطناً؛ لأنّ الفرض ظهور الرقيّة و الحكم بها شرعاً حين الإقرار، و من ثمّ نفذ و أثر في الجملة، فلا يلزم من نفيها عن شخص معيّن انتفاؤها مطلقاً، و هذا الأمر الثابت ظاهراً رفع حكم الأصل المدّعى.

ص: 615

1- المبسوط، ج 2، ص 427.

2- منهم ابن البرّاج في المهذب، ج 1، ص 411 - 412؛ و جواهر الفقه، ص 91، المسألة 335.

## لو أقرَّ أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه

• ولو أقرَّ أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه، قال الشيخ: صحَّ الشراء. و لو قيل: يكون ذلك استنقاذاً لا شراءً كان حسناً و ينعق؛ لأنَّ بالشراء سقط عنه لواحق ملك الأوّل.

و لو مات هذا العبد كان للمشتري من تركته قدر الثمن مقاصّةً؛ لأنَّ المشتري إن كان صادقاً فالولاء للمولى إن لم يكن وارث سواه، وإن كان كاذباً فما ترك للمشتري، فهو مستحقّ على هذا التقدير قدر الثمن على اليقين، و ما فضل يكون موقوفاً.

و ثانيها - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - أنّه يبقى على الرقيّة المجهولة؛ لأنّه محكوم عليه بها، فلا يرفع إلا بأحد الأسباب المقتضية للتحرير، و ليس الجهل بمالك العبد منها. و يخالف صورة اللقيط - على تقدير تسليمها - بأنّه محكوم بحريّته تبعاً للدار، فإذا أقرّ بالرقّ و نفاه المقرّ له بقي على أصل الحرّيّة. و هذا هو الأظهر. و عليه فيحكم فيه كما ذكرناه في المال.

و ثالثها: ثبوت الحرّيّة إن ادّعاها العبد؛ لأنّه مدّع لا ينازعه أحد في دعواه، و لاسلطنة لأحد عليه (1).

و يضعّف بمنع عدم المنازع؛ فإنّ الحاكم وليّ المال المجهول، فعليه أن ينازع من يدّعيه

بغير حجة شرعيّة، كسائر ما بيده من الأموال المجهولة المالك.

قوله: «و لو أقرَّ أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه - إلى قوله - و ما فضل يكون موقوفاً». من شرائط الإقرار أيضاً كون المقرّ به تحت يد المقرّ و تصرّفه، بمعنى أنّه إذا لم يكن تحت يده لم يسألنا إقراره على الحكم بثبوت المقرّ به للمقرّ له، بل يكون ذلك بمنزلة الشهادة أو الدعوى. و لا يلغى قوله من كلّ وجه، بل إذا حصل المقرّ به يوماً في يده نفذ إقراره، و أمر بتسليمه إلى المقرّ له.

ص: 616

---

1- راجع إيضاح الفوائد، ج 2، ص 436 - 437؛ و الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 121 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

و يترتب على ذلك أنه لو قال: «العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو وكذا» ثم حصل

العبد في ملكه، أمر ببيعه في دين عمرو.

و لو أقر بحريّة عبد في يد غيره، أو شهد بحريّته فلم يقبل شهادته لم يحكم بحريّته في الحال. و لو أقدم المقرّ على شرائه صحّ، تنزيلاً للعقد على قول من صدّقه الشرع وهو صاحب اليد البائع، و يخالف ما إذا قال: «فلانة أختي من الرضاع» ثم أراد أن ينكحها، فإنّه لا يمكن منه؛ لأنّ في الشراء غرض استنقاده من أسر الرقّ، وهذا الغرض لا يحصل هناك؛ إذ يمنع (1) من الاستمتاع بفرج اعترف أنّه حرام عليه. ثمّ إذا اشتراه حكم بحريّة العبد و رفعت يده عنه.

ثم العقد الجاري بينه وبين البائع ما حكمه؟ أهو بيع أو فداء؟ فيه أوجه:

أحدها: أنّه بيع من الجانبين.

و الثاني: أنّه بيع من جهة البائع، و افتداء من جهة المقرّ.

و الثالث - وهو أضعفها - أنه افتداء من الجانبين؛ و وجه ضعفه: أنّه لا ينتظم أن يأخذ المال لينقذ من يسترّقه.

و وجه الأوّل: أنّه محكوم برقيّته ظاهراً، و إنّما يحكم بعنقه على المشتري بعد الحكم بصحّة البيع؛ و لأنّ العتق مترتب على ملكه المتوقّف على صحّة الشراء؛ إذ ليس هنا سبب موجب لانتقاله عن ملك البائع الثابت ظاهراً سواه.

و وجه الثاني: اعتراف المشتري بحريّته و امتناع شراء الحرّ. و لانسلّم أنّ عنقه متوقّف على صحّة الشراء مطلقاً، بل على استقلال يد المقرّ عليه لينفذ إقراره، سواء انتقل إليه بالشراء أم الاستنقاذ. و منه يظهر الجواب عن كون العتق مترتباً على ملكه.

و تظهر الفائدة في ثبوت الخيار.

فعلى الأوّل يثبت لهما معاً خيار المجلس و الشرط، و للمشتري خيار الحيوان. و لو كان المبيع بثمن معيّن فخرج معيماً وردّه كان له أن يسترّد العبد، بخلاف ما لو باع عبداً و أعتقه

ص: 617

1- في بعض النسخ: «أو يمنع» بدل «إذ يمنع».

المشتري، ثم خرج الثمن المعين معيماً وردّه، حيث لا يسترّد العبد بل يعدل إلى القيمة؛ لا تتفاقمها على العتق هناك.

وعلى الثاني لا خيار للمشتري ولا ردّ. نعم، له أخذ الأرش ظاهراً؛ لأنه يزعم البائع شراء يوجبه، وبزعم المشتري يستحقّ جميع الثمن، فالأرش الذي هو جزء منه متفق عليه على التقديرين.

ولا يخلو هذا القول الثاني من إشكال بالنسبة إلى ثبوت الخيار الذي لا يمنع العتق؛ لأنه ينعقد على المشتري قهراً بتمام القبول، كما ينعقد قريبه إذا اشتراه، بل هذا أقوى؛ لأنه بالنسبة إليه حرّ قبل الشراء، وبالنظر إلى غيره بعده بلا فصل، فلا يتّجه ثبوت خيار المجلس للبائع ولا خيار العيب، بل يتّجه له الأرش. وليس هذا كتصرّف المشتري بالعتق وغيره حيث يكون للبائع خيار؛ لأنّ الممنوع (1) من التصرّف إنّما هو الواقع باختياره، وهذا لا يتوقّف على اختياره. وبهذا يقوى جانب كونه فداء من الجانبين من هذا الوجه، وإن كان من جانب البائع لا ينتظم الفداء بحسب الصورة، من حيث جواز أخذه العوض وتوقّفه على رضاه وعلى ما يريده من العوض المخالف لحكم الفداء.

ومما يتفرّع على ذلك الولاء، فإنّه لا يثبت للمشتري؛ لاعترافه بأنّه لم يعتقه، ولا للبائع؛ لزعمه أنه ليس بمعتق، بل هو موقوف. فلو مات وقد اكتسب مالاً، فإن كان له وارث بالنسب فهو له، وإلا فينظر إن صدّق البائع المشتري وكان عتقه على وجه يوجب الولاء أخذه وردّ الثمن. وإن كذّبه وأصرّ على كلامه الأوّل فقد قال المصنّف وجماعة (2) كـ «إنّ للمشتري أن يأخذ من ماله قدر الثمن وكان الباقي موقوفاً؛ لأنّ البائع إن كان صادقاً فكلّ المال للمشتري، وإن كان كاذباً والصادق المشتري فالولاء للبائع في نفس الأمر، وقد ظلم المشتري في أخذ الثمن، فإذا ظفر بماله كان له أن يأخذ منه حقّه».

ص: 618

1- في بعض النسخ: «المنع» بدل «الممنوع».

2- منهم الشيخ في المبسوط، ج 2، ص 429؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 418 - 419؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 438.

و لا يخفى أنّ هذا ليس على إطلاقه؛ لأنّ إقرار المشتري بعقد البائع إياه قد يكون على وجه يثبت به الولاء له وقد لا يكون، فلا بدّ من مراعاة عقد يثبت به الولاء ولو بالرجوع إلى تفسيره، وإلا لم يكن له أخذ شيء؛ لأنّ ولاءه حينئذٍ بزعمه لغير المعتق، فلا يرجع على غير من ظلمه. ولو كان إقراره بأنّه حرّ الأصل، أو أنّه أعتق قبل أن يشتريه البائع لم يكن له أخذ الثمن أيضاً؛ لما ذكرناه.

وربما استشكل الرجوع بالثمن مطلقاً، من حيث أنّه تبرّع بدفعه مع زعمه أنّ القابض لا يستحقّه، فإذا استهلك مع التسليط فلا ضمان(1). و أنّه إنّما بذله افتدائاً؛ تقرّباً إلى الله تعالى باستنقاذ حرّ، فيكون سبيله سبيل الصدقات، و الصدقات لا يرجع فيها.

وأجيب بأنّ مثل هذا الدفع يرغب فيه للاستنقاذ، وقد يكون ذلك مضموناً على القابض الظلمه(2). وبأنّ الرجوع بالمبذول على جهة الفدية لا يمنع من الرجوع فيه؛ لأنّه ليس تبرّعاً محضاً، والقربة لاتنافي ثبوت العوض، كما لو قدى أسيراً في بلد المشركين ثمّ استولى المسلمون على بلادهم و وجد الباذل عين ماله فله أخذه.

و يتفرّع أيضاً ما لو استأجر العبد المقرّ بحرّيّته بدلاً عن الشراء، فإنّه لا يحلّ له استخدامه و لا الانتفاع به، و للمؤجر مطالبته بالأجرة.

و لو أقرّ بحرّيّة جارية الغير، ثمّ قبل نكاحها منه، لم يحلّ له وطؤها، و للمولى(3) المطالبة بالمهر.

و لو كان إقراره بأنك غصبت العبد من فلان ثمّ اشتراه منه ففي صحّة العقد وجهان، الصحّة، كما لو أقرّ بحرّيّته ثمّ اشتراه. و تظهر الفائدة في لحوق أحكام البيع بالنسبة إلى البائع، و وجوب دفعه على المشتري إلى المالك.

ص: 619

- 1- راجع الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 125 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).
- 2- راجع الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 125 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).
- 3- في «خ»: «للزوج» بدل «للمولى».



وفيه مسائل:

الأولى: • إذا قال: «له عندي وديعة وقد هلكت» لم يُقبل. أمّا لو قال: «كان له عندي» فإنه يُقبل.

. و لو قال: «له عليّ مال من ثمن خمر أو خنزير» لزمه المال.

و الثاني: المنع؛ لأنّ التصحيح ثمّ للافتداء والإنقاذ من الرقّ، ولا يتّجه مثله في تخلص

ملك الغير.

و اعلم أنّه قد أورد على أصل نفوذ الإقرار في حقّ العبد والحكم بعتقه على تقدير الشراء بأنّه قد يتّجه فيه ضرر عليه، كما إذا كان عاجزاً عن التكسّب، فيشكل نفوذه في حقّه؛ لأنّ للعبد حقّاً في هذا الإقرار، بل يتوقّف على تصديق العبد على الحرّيّة (1)

و جوابه: أنّه وإن كان له حظّ في الإقرار إلا أن حرّيته لا تتوقّف على اختياره إخباراً ولا إنشاءً؛ فإنّه لو باشر عتقه وهو عاجز نفذ في حقّه، وكذا لو أخبر مالكه أنّه أعتقه، فإنّه ينفذ بغير إشكال، وهذا في معناه.

قوله: «إذا قال: له عندي وديعة وقد هلكت لم يُقبل» إلى آخره.

الفرق بين المسألتين واضح؛ فإنّ قوله «له عندي وديعة» يقتضي بقاءها، فقوله «قد هلكت» ينفيه، فلا يقبل قوله ولا تسمع دعواه؛ لأنّ الهالك لا يكون عنده وديعة، بخلاف الثانيّة، فإنّ قوله «كان له عندي» لا يدلّ على البقاء ولا ينفي الهلاك، وغايته أنّه إقرار بالوديعة، وقول الودعيّ مقبول في التلف بيمينه، فيكون هنا كذلك.

قوله: «و لو قال: له عليّ مال من ثمن خمر أو خنزير، لزمه المال».

لأنّ قوله «له عليّ» يقتضي ثبوته في الذمّة أو وجوب تسليمه، وكونه من ثمن خمر

ص: 620

الثانية: • إذا قال: «له عليّ ألف» وقطع، ثم قال: «من ثمن مبيع لم أقبضه» لزمه الألف.

ولو وصل فقال: «له عليّ ألف من ثمن مبيع» وقطع، ثم قال: «لم أقبضه» قُبِلَ، سواء عيّن المبيع أو لم يعيّن. وفيه احتمال؛ للتسوية بين الصورتين. ولعلّه أشبه.

أو خنزير ينافيه؛ لأنه يقتضي سقوطه؛ لعدم إمكان ثبوت مال ثمناً لأحدهما في شرع الإسلام، فلا يُقبل تفسيره بالمنافي، ويثبت ما أقرّ به أولاً.

قوله: «إذا قال: له عليّ ألف، وقطع» إلى آخره.

هنا ثلاث مسائل ذكر المصنّف (رحمه الله) منها اثنتين:

إحداها: إذا قال: «له عليّ ألف» وقطع كلامه، ثم قال: «إنّ الألف ثمن لمبيع لم أقبضه» لزمه الألف؛ لإقراره به ويلغى المنافي (1)؛ لأنه دعوى محضنة تقتضي إثبات مال عند المقرّ له - وهو المبيع - وتوقف استحقاق تسليم الألف على قبضه، فيسمع الإقرار دون الدعوى؛ لانفصال أحدهما عن الآخر حكماً ولفظاً.

وثانيها: أن يصل بإقراره بالألف قوله: «من ثمن مبيع» ثم يقطع ثم يقول: «لم أقبضه» وفيه قولان:

أحدهما (2): مساواة الأوّل، لإقراره بالألف، ولا ينافيه ما وصله به من قوله «من ثمن مبيع»؛ لأنّ الغرض ثبوت الألف. أمّا تعيين سببها فلا حاجة إليه، وإمّا يجيء التنافي من قوله «لم أقبضه» وهو منفصل عن الأوّل. وهذا هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله).

والثاني: قبول دعواه الأخيرة؛ لأنّ قوله «من ثمن مبيع» مقبول من حيث اتّصاله، وهو أعمّ من كونه مقبوضاً وغير مقبوض، فإذا قال بعد ذلك «لم أقبضه» فقد ذكر بعض محتملاته،

ص: 621

1- في بعض النسخ: «النافي» بدل «المنافي».

2- القول بعدم القبول لابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 511؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 9، ص 330.

الثالثة: • لو قال: «ابتعت بخيار» أو «كفلت بخيار» أو «ضمنت بخيار» قُبِلَ إقراره بالعقد و لم يثبت الخيار.

بل ما يوافق الأصل؛ إذ الأصل عدم القبض فعلى البائع إثبات القبض. وهذا اختيار الشيخ في المبسوط(1) والخلاف(2)

وثالثها: أن يأتي بمجموع الكلام متصلاً فيقول: «له عليّ ألف من ثمن مبيع لم أقبضه» فإن قلنا بالقبول في السابقة قُبِلَ هنا بطريق أولى. وإن قلنا بعدمه احتمل هنا القبول؛ لأنّ الكلام جملة واحدة، وإمكان صدقه فيما أخبر به وأراد التخلّص بالإقرار به، فلو لم يقبل منه وألزم بخلاف ما أقرّ به لزم انسداد باب الإقرار بالواقع حيث يراد، وهو مناف للحكمة.

وقيل: لا يقبل هنا أيضاً(3)، لاشتماله على إقرار ودعوى، فيقبل الإقرار وتسقط الدعوى إلى أن يأتي لها بحجة؛ ولأنّ هذه الضميمة بمنزلة المنافي؛ لأنّ مقتضى «أنّ له عليه ألفاً» وجوب أدائها إليه مطلقاً، وثبوتها في ذمته أو في عهده، وكونها «من ثمن مبيع لم يقبضه» يقتضي عدم استقرارها في الذمّة؛ لجواز تلف المبيع قبل أن يقبضه، وعدم وجوب تسليمها مطلقاً بل مع تسليم المبيع.

والأوّل لا يخلو من قوّة. والمنافاة ممنوعة، وإنّما هو وصف زائد على الإقرار المطلق، والواقع هو الإقرار المقيّد لا المطلق، كما لو قيّد الألف بقيد آخر غير ذلك. وموضع الاشتباه ما إذا كان المقرّ غير معتقد لزومه على هذا الوجه باجتهاد أو تقليد وإلا فلا إشكال في اللزوم؛ لأنّها مسألة اجتهادية فيؤخذ على المعتقد بما يدين به، ويبقى غيره على ما يقتضيه نظر المفتي.

قوله: «لو قال: ابتعت بخيار، أو كفلت بخيار» إلى آخره.

ص: 622

1- المبسوط، ج 2، ص 440.

2- الخلاف، ج 3، ص 375 - 376، المسألة 24.

3- راجع السرائر، ج 2، ص 511 - 512؛ واللمعة الدمشقيّة، ص 271 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 13)؛ وجامع المقاصد، ج 9، ص 332.

الرابعة • إذا قال: «له» عليّ دراهم ناقصة» صحّ إذا اتصل بالإقرار كاستثناء، ويرجع في قدر النقيصة إليه.

وكذا لو قال: «دراهم زيف» لكن يقبل تفسيره بما فيه فضة. ولو فسره بما لا فضة فيه لم يقبل.

أمّا عدم قبول وصف الخيار في الكفالة والضمان على القول بعدم صحّة اشتراطه فيهما فواضح؛ لأنّه تعقيب للإقرار بالمفسد. وأمّا على القول بصحّته أو كون الخيار في البيع فوجه عدم ثبوت الخيار ما تقدّم في دعوى الأجل وعدم قبض المبيع (1)، وأولى بعدم القبول هنا؛ لأنّ الخيار يفضي إلى إسقاط الحقّ بالاختيار، بخلاف التأجيل وعدم قبض المبيع على بعض الوجوه.

ويحتمل القبول هنا أيضاً؛ لجواز أن يكون الحقّ المقرّ به كذلك، فلو لم يقبل أخلّ بحكمة الإقرار بالحقّ الواقع كما ذكرناه في نظائره، إلا أنّ الأشهر هنا عدم سماع الخيار. ولو قيل بالقبول كالسابق كان حسناً.

قوله: «إذا قال: له عليّ دراهم ناقصة صحّ» إلى آخره.

وجه القبول مع الاتصال: أنّ المقرّ به هو الدراهم الموصوفة بما ذكر، فلا يلزم غيرها؛ لأنّه لم يقرّ به، ولأنّ الكلام لا يتمّ إلا بآخره، ولأنّه من الممكن أن يكون له عنده دراهم بهذا الوصف، فلو لم يقبل الإقرار بها نافي غرض الشارع وحكمته كنظائره.

وفي المسألة وجه آخر بعدم القبول، عملاً بأول الكلام، وكون الوصف منافياً للسابق؛ لاقتضائه الرجوع عن بعضه.

ولا يخفى ضعفه؛ إذ لم يثبت بالإقرار سواه حتّى يقال: إنّه سقط، ولا منافاة بين الأمرين،

فقطع بعض الكلام عن بعض وإلزامه به بعيد عن مقصد الشارع.

وعلى تقدير قبول الوصف بالنقصان يرجع إليه فيه، وبالزيف - وهو المغشوش (2) - يرجع

ص: 623

1- تقدّم في ص 541 و 621.

2- لسان العرب، ج 9، ص 142، «زيف».

الخامسة • إذا قال: «له عليّ عشرة لا بل تسعة» لزمه عشرة وليس كذلك لو قال: «عشرة إلا واحداً».

السادسة • إذا أشهد بالبيع وقبض الثمن، ثم أنكر فيما بعد، وادّعى أنه أشهد تبعاً للعادة ولم يقبض، قيل: لا تقبل دعواه؛ لأنه مكذب لإقراره، وقيل: تقبل؛ لأنه ادّعى ما هو معتاد، وهو أشبه؛ إذ ليس هو مكذباً للإقرار، بل مدّعياً شيئاً آخر، فيكون على المشتري اليمين.

وليس كذلك لو شهد الشاهدان بإيقاع البيع ومشاهدة القبض، فإنه لا يقبل إنكاره، ولا يتوجه اليمين؛ لأنه إكذاب للبيّنة.

إليه في قدر الغش، بشرط أن يبقى معه فضّة يصدق معها الدراهم؛ إذ لو خلت منها كانت فلوساً لا دراهم مغشوشة.

قوله: «إذا قال: له عليّ عشرة لا بل تسعة، لزمه عشرة» إلى آخره.

الفرق بين المسألتين أنّ قوله «لا بل تسعة» إضراب عن الإقرار بالعشرة بعد الإيجاب، وقد تقدّم أنّه يجعل ما قبل «بل» كالمسكوت عنه و إقراره بغيره<sup>(1)</sup>، فلا يقبل رجوعه، بخلاف قوله «إلا واحداً» فإنه استثناء، وهو تركيب عربي يكون جزء من الكلام و من متمّماته، والمراد منه هو القدر الحاصل بعد الاستثناء، فقوله «له عشرة إلا واحداً بمعنى له تسعة، و كأنّ للتسعة اسمين: أحدهما «عشرة إلا واحداً» فليس هنا إقرار بالعشرة ولا رجوع عنها.

قوله: «إذا أشهد بالبيع وقبض الثمن ثم أنكر فيما بعد» إلى آخره.

القول بالقبول للأكثر، بمعنى سماع الدعوى وتوجه اليمين بها على المشتري على وقوع الإقباض حقيقةً. وإّما انتقلت اليمين إليه مع أنّه المدّعي لإقرار البائع بالقبض، فهذه اليمين إنّما هي في مقابلة الدعوى الواقعة من البائع ثانياً، بأنّه لم يقبض، وأنّ إقراره السابق ما كان مطابقاً للواقع.

ص: 624

### إشارة

وفيه مسائل:

### شروط الإقرار بنسب الولد

الأولى: • لا يثبت الإقرار بنسب الولد حتى تكون البينة ممكنة، ويكون المقر به مجهولاً، ولا ينازعه فيه منازع. فهذه قيود ثلاثة.

فلو انتفى إمكان الولادة لم يُقبل كالإقرار ببنت من هو أكبر منه، أو مثله في السن، أو أصغر منه بما لم تجر العادة بولادته لمثله، أو أقر ببنت ولد امرأة له، وبينهما مسافة لا يمكن الوصول إليها في مثل عمره.

وكذا لو كان الطفل معلوم النسب لم يُقبل إقراره.

وكذا لو نازعه منازع في بنوته لم يُقبل إلا ببينة.

وبهذا يحصل الجواب عن حجة المانع من قبول قوله، من حيث إنه مكذب بدعواه الثانية

لإقراره السابق.

وحاصل الجواب: أنه ما كذب الإقرار، بل هو معترف بوقوعه، وإنما يدعي معه أمراً آخر، وهو كونه تبعاً للعادة من الإشهاد على القبض من غير أن يحصل قبض لإقامة الشهادة والحجة؛ خوفاً من تعذر الشهود وقت الإقباض، ولكون هذا أمراً معتاداً بين المتعاملين اتجه قبوله، لا بمعنى تقديم قول مدعيه، بل بمعنى سماع دعواه وتوجه اليمين على المشتري، بأن الدفع بطريق الحقيقة لا على جهة المواطاة.

هذا كله إذا كانت الشهادة على إقراره. أما لو شهد الشاهدان بمشاهدة القبض لم يقبل إنكاره، ولا يمين على المشتري؛ لأن ذلك طعن في البينة وإكذاب لها فلا يلتفت إليه، ومثله

ما لورجع عن الإقرار في الأول، فإنه لا يقبل ولا تتوجه اليمين.

قوله: «لا يثبت الإقرار بنسب الولد - إلى قوله - لم يُقبل إلا ببينة».

الصفات المعتمدة في المقر معتبرة في الإقرار بالنسب ويزيد هنا شرائط أخرى.

وتحرير الحال: أنّ المقرّر بنسب إمّا ولد أو غيره. فإن كان ولدًا اعتبر فيه أمور:

أحدها: أن لا يكذّبه الحسّ بأن يكون ما يدعيه ممكنًا، فلو كان في سنّ لا يتصوّر أن يكون ولدًا للمستلحق، بأن كان أكبر منه سنًّا، أو مثله، أو كان المستلحق أكبر ولكن بقدر لا يولد لمثله، فلا اعتبار بإقراره.

والمصنّف (رحمه الله) اعتبر في إلحاقه إمكان تولّده منه عادةً، وهو أخص من مطلق إمكان تولّده؛ لأنّ ابن العشر قد تقدّم أنه يمكن التولّد منه (1) لكن ذلك خلاف العادة. والأولى اعتبار مطلق الإمكان.

وكذا لو كان بين المقرّر وبين أمّ الولد مسافة لا يمكن الوصول في مثل عمر الولد إليها، أو

علم عدم خروج المقرّر إلى بلدها، ونحو ذلك.

وثانيها: أن لا يكذّبه الشرع، بأن يكون المستلحق مشهور النسب من غيره؛ لأنّ النسب

الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره، ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق أو يكذّبه.

وهل يلحق الولد المنفي باللعان بغير المعروف بالنسب، من حيث انتفائه شرعاً عمّن عرف به أم بالمعلوم؟ وجهان، من عدم المنازع و انتفائه شرعاً، ومن بقاء شبهة النسب، ومن تمّ لو استلحقه الملاعن بعد ذلك ورثه الولد.

وثالثها: أن لا ينازعه في الدعوى من يمكن الإلحاق به، فإنّ الولد حينئذٍ لا يلحق بالمقرّر

ولا بالآخر إلا بالبيّنة أو القرعة.

واعلم أنّ إطلاق العبارة يقتضي استواء الأمّ والأب في الدعوى بشرائطها. والحكم في الأب كذلك. وأمّا الأمّ ففي إلحاقها به قولان (2)، منشؤهما عموم الأدلّة الدالّة على نفوذ الإقرار

ص: 626

1- تقدّم في ص 239.

2- القول بإلحاق الأمّ بالأب هو ظاهر جماعة منهم الشيخ في النهاية، ص 684؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص 225؛ والعلامة في إرشاد الأذهان، ج 1، ص 411. والقول بعدم الإلحاق للشهيد في الدروس الشرعيّة، ج 3، ص 139 (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج 11).

. ولا يعتبر تصديق الصغير. وهل يعتبر تصديق الكبير؟ ظاهر كلامه في النهاية لا، وفي المبسوط يعتبر، وهو الأشبه. فلو أنكر الكبير لم يثبت النسب.

. ولا يثبت النسب في غير الولد، إلا بتصديق المقرّ به.

بالولد(1)، ومن ثبوت نسب غير معلوم الثبوت على خلاف الأصل فيقتصر على إقرار الرجل، مع وجود الفارق بينهما بإمكان إقامة الأمّ البيّنة على الولادة دونه.

قوله: «ولا يعتبر تصديق الصغير. وهل يعتبر تصديق الكبير؟» إلى آخره.

هذا شرط رابع مختلف فيه، وهو تصديق الولد لمن استلحقه إذا كان ممّن يعتبر تصديقه.

فلو استلحق بالغا عاقلاً فكذبته لم يثبت النسب في أظهر القولين؛ لأنّ الإقرار بالنسب يتضمّن الإقرار في حقّ الغير فيتوقّف على تصديقه أو البيّنة، فإن لم يكن بيّنة حلفه، فإن حلف سقطت دعواه، وإن نكل حلف المدّعي و ثبت نسبه.

ولو استلحقه صغيراً ثبت نسبه و ورث كلّ واحد منهما الآخر. والمجنون بحكم الصغير

في عدم اعتبار تصديقه؛ لاشتراكهما في عدم الأهلية.

ووجه عدم اعتبار تصديقه أنّ ذلك إقرار في حقّ نفسه؛ ولهذا لم يعتبر تصديق الصغير.

وضعفه ظاهر؛ لاشتراك الحقّ، وخروج الصغير بالإجماع، وتعدّره في حقّه.

وحيث يعتبر التصديق لم يكفِ عدم التكذيب؛ لأنّه أعمّ منه فلا يدلّ عليه، خلافاً لظاهر عبارة القواعد حيث اعتبر في الكبير عدم التكذيب(2)، وكأنّه تجوّز في العبارة، وقد صرّح في غيرها باشتراط التصديق(3)

قوله: «ولا يثبت النسب في غير الولد، إلا بتصديق المقرّ به»

ص: 627

1- من الأدلّة ما ورد في الكافي، ج 7، ص 165 - 166، باب الحميل، ح 1 و 3؛ والفقيه، ج 4، ص 314، ح 5679؛ و تهذيب الأحكام، ج 9، ص 347، ح 1247؛ والاستبصار، ج 4، ص 186، ح 698؛ وراجع وسائل الشيعة، ج 26، ص 270 - 271، الباب 6 من أبواب ميراث ولد الملائنة.

2- قواعد الأحكام، ج 2، ص 437، وفي ص 438 صرّح باشتراط التصديق في الكبير العاقل.

3- إرشاد الأذهان، ج 1، ص 411؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج 4، ص 431، الرقم 6031؛ مختلف الشيعة، ج 5، ص 537، المسألة 242؛ تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 436، المسألة 986.



. وإذا أقرّ بغير الولد للصلب ولا ورثة له، وصدّقه المقرّ به توارثا بينهما، ولا يتعدّى التوارث إلى غيرهما.

. ولو كان له ورثة مشهورون، لم يُقبل إقراره في النسب.

ما تقدّم حكم إلحاق الولد للصلب، وإلحاق النسب فيه بنفس المقرّ، وأمّا الإقرار بغيره فالنسب فيه يلحق بغيره، فإنّه إذا قال: «هذا أخي» كان معناه: أنّه ابن أبي وابن أمّي، ولو أقرّ بعمومة غيره كان النسب ملحقاً بالجدّ، فكأنّه قال: «ابن جدي».

ويشترط في هذا الإلحاق ما تقدّم من الشرائط، ويزيد اعتبار تصديق المقرّ به أو البيّنة على الدعوى وإن كان ولد ولد؛ لأنّ إلحاقه بالولد قياس مع وجود الفارق، فإنّ إلحاق نسبه بغير المقرّ - وهو الولد - فكان كالأخ.

قوله: «وإذا أقرّ بغير الولد للصلب ولا ورثة له، وصدّقه المقرّ به» إلى آخره.

هذا من جملة ما افترق فيه الإقرار بالولد عن غيره، فإنّ الإقرار بالولد مع التصديق أو بدونه يثبت به النسب، ويتعدّى التوارث إلى غيرهما من أنسابهما بشرطه، وأمّا الإقرار بغير الولد للصلب وإن كان ولد ولد فيختصّ حكمه مع التصديق بالمتصادقين؛ لما تقرّر من أنّ ذلك إقرار بنسب الغير، فلا يتعدّى المقرّ، ولو لم يحصل تصديق افتقر إلى البيّنة.

ويشترط فيه أيضاً - زائداً على الشرائط السابقة - أن يكون الملحق به ميّتاً، فما دام حيّاً لم يكن لغيره الإلحاق به وإن كان مجنوناً. وأن لا يكون الملحق به قد نفى المقرّ به، أمّا إذا نفاه ثمّ استلحقه وارثه بعد موته ففي لحوقه وجهان، من سبق الحكم ببطلان هذا النسب، وفي إلحاقه به بعد الموت إلحاق عارٍ بنسبه، وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظّ المورث لا ما يتضرّر به، ومن أنّ المورث لو استلحقه بعد ما نفاه باللعان وغيره لحق به وإن لم يرثه عندنا. وهذا أقوى.

قوله: «ولو كان له ورثة مشهورون، لم يُقبل إقراره في النسب».

لأنّ ذلك إقرار في حقّ الغير حيث إنّ الإرث يثبت شرعاً للورثة المعروفين، فأقراره بوارث آخر يقتضى منعهم من الإرث أو مشاركتهم فيه أو مشاركة من ينتسب إليهم، فلا يقبل بمجرد وإن صادقه الآخر، بل يفتقر إلى البيّنة.

الثانية: • إذا أقر بولد صغير فثبت نسبه، ثم بلغ فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره؛ لتحقق النسب سابقاً على الإنكار.

### إذا أقر ولد الميت بولد له آخر فأقرًا بثالث

الثالثة: • إذا أقر ولد الميت بولد له آخر فأقرًا بثالث ثبت نسب الثالث إن كانا عدلين.

و لو أنكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني، لكن يأخذ الثالث نصف التركة، ويأخذ الأول ثلث التركة، والثاني السدس، وهو تكملة نصيب الأول.

و لو كان الاثنان معلومي النسب، فأقرًا بثالث ثبت نسبه إن كانا عدلين.

و لو أنكر الثالث أحدهما لم يلتفت إليه، و كانت التركة بينهم أثلاثاً.

قوله: «إذا أقر بولد صغير فثبت نسبه، ثم بلغ فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره» إلى آخره.

تبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب إلى انتفاء النسب بإنكاره بعد البلوغ<sup>(1)</sup>؛ لأنّما إنّما حكمنا به حيث لم يكن إنكار ولا صلاحية له فإذا تحقّق صار كالكبير ابتداءً.

و يضعّف بأنّ هذا لو أقرّ لزم أن لا يثبت قبل البلوغ أيضاً؛ لفقد الشرط. و حيث اعترف

بينوته وحب استصحابه.

و حيث نقول بعدم الالتفات إلى إنكاره لو أراد المقرّ به تحليف المقرّ لم يكن له ذلك؛ لأنّه

لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه.

و لو استلحق مجنوناً فأفاق و أنكر فالأظهر أنّه كالصغير.

قوله: «إذا أقرّ ولد الميت بولد له آخر فأقرًا بثالث ثبت نسب الثالث إن كانا عدلين و لو أنكر الثالث» إلى آخره.

إذا أقرّ الولدان بثالث شاركهما في الإرث بالنسبة، سواء كانا عدلين أم لا، ولكن لا يثبت نسبه إلا مع عدالتهم، فلا يتعدّاهما الميراث بدون العدالة كما مرّ، و كذلك توقّف نسب الثاني على اعتراف الثالث و عدالته مع الأول. و لو فرض إنكار الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني،

ص: 629

1- راجع الوجيز في فقه الشافعي، ج 1، ص 373؛ وروضة الطالبين، ج 4، ص 61.

سواء كان الأولان عدلين أم لا؛ لأنه لم يشهد به؛ إذ لم يعترف سوى الأول، فثبت نسبه في حقه خاصة<sup>(1)</sup>. وحينئذٍ يأخذ الثالث نصف التركة؛ لأن إرثه ثابت باعتراف الأولين، وكذلك الأول باعتراف الآخرين، فكان المتفق عليهما الاثنان، فيكون للثالث نصف التركة والأول يعترف بأنهم ثلاثة فليس له إلا ثلثها، ويبقى سدس من التركة للثاني ثابتاً له باعتراف الأول، وهو المراد بقول المصنّف إنّه «تكملة نصيب الأول» أي تكملته بزعم الثالث، وإلا فهو يعترف أن لانصيب له في الزائد عن الثلث.

وربما قيل بأنّ النصف يقسّم بين الأول والثاني بالسويّة؛ لأنّ ميراث البنين يقتضي التسوية، ولا يسلم لأحدهم شيء إلا ويسلم للآخر مثله، والثالث بزعمهما غصبهما بعض حقهما.

والأظهر الأول؛ لأنّ حقّ الثاني شائع فيما في يد الأول والثالث بالسويّة، فله الثلث من

كلّ منهما.

والضابط على الأول - في هذه الصورة ونظائرها - أن يؤخذ أصل المسألة على قول المنكر وأصلها على قول المقرّ، ويضرب أحدهما في الآخر، ويقسّم الحاصل باعتبار مسألة الإنكار، فيدفع نصيب المنكر منه إليه، ثمّ باعتبار مسألة الإقرار، فيدفع نصيب المقرّ منه إليه، ويدفع الباقي إلى المقرّ به، فمسألة الإنكار في هذه الصورة من اثنين، ومسألة الإقرار من ثلاثة، فيضرب أحدهما في الآخر، فثلث المرتفع - وهو اثنان - للمقرّ، ونصفه - ثلاثة - للمنكر، ويبقى سهم للآخر.

وعلى الثاني: أن ينظر في أصل المسألة على قول المنكر ويصرف إليه نصيبه منها، ثمّ يقسّم الباقي بين المقرّ والمقرّ به، فإن انكسر صحّحته بالضرب. فأصل المسألة في هذه الصورة على قول المنكر اثنان، يدفع إليه واحد منهما، والآخر لا ينقسم على اثنين

ص: 630

1- في الحجريتين: «حقّ صاحبه» بدل «حقّه خاصّة».

## إذا كان للميت إخوة و زوجة فأقرت له بولد

الرابعة . لو كان للميت إخوة و زوجة فأقرت له بولد كان لها الثمن، فإن صدقها الإخوة كان الباقي للولد دون الإخوة.

و كذا كل وارث في الظاهر أقر بمن هو أقرب منه دفع إليه جميع ما في يده. و لو كان مثله دفع إليه من نصيبه بنسبة نصيبه.

وإن أنكر الإخوة كان لهم ثلاثة الأرباع، و للزوجة الثمن، و باقى حصتها للولد.

فتضرب اثنين، في أصل المسألة، فالمرتفع - و هو أربعة - نصفه للمنكر، و نصفه للآخرين لكل منهما واحد.

هذا كله إذا لم يكن الأولان معلومي النسب، وإلا فلا - عبءه بإنكار الثالث، و كانت التركة بينهم أثلاثاً؛ لثبوت نسب الأولين و اعترافهما بالثالث، سواء كانا عدلين أم لا، لكن مع عدالتهما يثبت نسب الثالث وإلا فلا.

قوله: «لو كان للميت إخوة و زوجة فأقرت له بولد - إلى قوله - بنسبة نصيبه».

إذا كان الوارث للميت ظاهراً إخوة و زوجة فلها الربع ظاهراً، فإذا أقرت بولد فقد أقرت له بنصف نصيبها و هو الثمن. ثم ينظر إن صادقها الإخوة دفعوا إليه جميع ما يخصهم ظاهراً و هو ثلاثة أرباع التركة؛ لأن ذلك مقتضى حكم الولد، سواء ثبت نسبه بأن كان فيهم عدلان أم لا، و كذا القول في كل وارث ظاهراً أقر بمن هو أولى منه، كما لو أقر العم أو الأعمام بأخ.

و احترز بقوله «وارث في الظاهر» عن أمرين:

أحدهما الوارث في نفس الأمر؛ فإن إرثه كذلك مناف صحة إقراره، فيمتنع اعتباره.

و الثاني: عما لو لم يكن وارثاً أصلاً؛ فإن إقراره لا يعتبر؛ لأنه إقرار على الغير، وإنما ينفذ

إقرار الوارث ظاهراً؛ لكونه إقراراً على ما في يده.

و لو كان الوارث قد أقر بمساوٍ - كما لو أقر الأخ بأخ - دفع إليه بنسبة نصيبه - أي نصيب المقرَّب إليه إلى أنصباء الورثة - من نصيبه، أي نصيب المقرَّب. فلو كان أحد الأخوين قد أقر بأخت - مثلاً - دفع إليها من نصيبه - و هو النصف - خمساً؛ لأنه نسبة نصيب الأخت إلى سهام

## إذا مات صبي مجهول النسب فأقرّ إنسان ببنوته

الخامسة . إذا مات صبي مجهول النسب فأقرّ إنسان ببنوته ثبت نسبه، صغيراً كان أو كبيراً، سواء كان له مال أو لم يكن، وكان ميراثه للمقرّ. ولا يقدح في ذلك احتمال التهمة، كما لو كان حيّاً وله مال.

ويسقط اعتبار التصديق في طرف الميّت ولو كان كبيراً؛ لأنّه في معنى الصغير. وكذا لو أقرّ ببنوة مجنون، فإنّه يسقط اعتبار تصديقه؛ لأنّه لاحق لمكلامه.

الأخوين، ويبقى من نصيبها على زعمه خمس آخر من نصيب الأخ غير المقرّ، وعلى هذا. والضابط: أنّ المقرّ يدفع إلى المقرّ له ما زاد من نصيبه لولا الإقرار على تقدير وجود المقرّ به، فالزوجة تدفع الثمن؛ لأنّه الفاضل من نصيبها لولا إقرارها بالولد، والأخ يدفع الخمس؛ لأنّه الفاضل من نصيبه لولا الإقرار بالأخت، وهكذا.

قوله: «إذا مات صبي مجهول النسب فأقرّ إنسان ببنوته ثبت نسبه، صغيراً كان أو كبيراً، سواء كان له مال أو لم يكن» إلى آخره.

هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ في المبسوط وغيره (1)، وادّعى عليه الاتفاق (2). وحكمه مع صغر الميّت واضح؛ لأنّ اعتبار التصديق ساقط في جانب الصغير لو كان حيّاً فكذا مع الموت. ولا يقدح التهمة بطلب المال لو كان له مال كما لا يقدح لو كان حيّاً موسراً والمقرّ فقير؛ لعدم المنازع في ماله حينئذٍ، ولأنّ أمر النسب مبني على التغليب؛ ولهذا يثبت بمجرد الإمكان، حتّى لو قتله ثمّ استلحقه فإنّه يقبل استلحاقه ويحكم بسقوط القصاص.

ونبه بقوله «ولا يقدح في ذلك احتمال التهمة» على خلاف أبي حنيفة؛ حيث ذهب إلى عدم لحوقه حينئذٍ؛ لثبوت التهمة في حقّه (3).

ص: 632

1- كابن إدريس في السرائر، ج 3، ص 311؛ والكيدري في إصباح الشيعة، ص 338؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج 3، ص 437.

2- المبسوط، ج 2، ص 448.

3- لم نعره عليه في مصادر الحنفية، وحكاه عنه الماوردي في الحاوي الكبير ج 7، ص 97؛ وابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح

الكبير، ج 5، ص 333 - 334، المسألة 3889.

السادسة: • إذا ولدت أمته ولداً فأقرّ ببنوّته لحق به، و حكم بحرّيّته، بشرط أن لا يكون لها زوج.

وردّ باعترافه بعدم قدح التهمة في حياته و يساره و فقر المقرّ فكذا بعد موته؛ لاشتراكهما

في المعنى و هو كون الصغير ليس أهلاً للتصديق.

و أمّا على تقدير كونه كبيراً فوجّهوه بما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من كون الميّت

في حكم الصغير حيث لا يمكن في حقّه التصديق، فيسقط اعتباره كما سقط في حقّ الصغير (1).

و لا يخلو من إشكال؛ لأصالة عدم النسب، و كون إلحاقه بمجرّد الدعوى على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الوفاق و هو الصغير و إطلاق اشتراط تصديق الكبير، و هو منتفٍ هنا، و لا نصّ في المسألة و لا إجماع. و توقّف في التذكرة (2) لذلك، و عذره واضح.

و الوجهان آتيان في استلحاق المجنون بعد بلوغه عاقلاً، سواء مات أم لا.

قوله: «إذا ولدت أمته ولداً فأقرّ ببنوّته لحق به، و حكم بحرّيّته، بشرط أن لا يكون لها زوج».

هذا مع إمكان كونه منه كما هو شرط في غيره ممّن يلحق من الأولاد.

ثمّ إن كانت فراشاً للمولى و ولادته متأخّرة عن ملكها بحيث يمكن علوقه بعد الملك حكم بكون الأمة أمّ ولد، و إن احتمل تقدّمه عليه ففي الحكم بكونها أمّ ولد بمجرّد إلحاق الولد و الحكم بلحوقه وجهان، من ظهور الاستيلاء في ملكه، و الأصل عدم غيره، و من إمكان استيلائها بالنكاح ثمّ ملكها بعد ذلك، أو أنّه استولدها بالشبهة أو بإباحة المولى، فلا تكون أمّ ولد بمجرّد لحوقه. و ربما رجع الوجهان إلى تعارض الأصل و الظاهر، و ترجيح الأصل هو الغالب.

و لا إشكال لو صرّح في إقراره بعلوقه في ملكه أو بما يستلزمه، كما لو قال: «هي في ملكي من خمس سنين و سنّ الولد أربع سنين، و نحوه».

ص: 633

1- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 437، المسألة 987.

2- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 437، المسألة 987.

. و لو أقرّ بآبن إحدى أمتيه وعيّن له حق به. و لو ادّعت الأخرى أنّ ولدها هو الذي أقرّ به فالقول قول المقرّ مع يمينه.

و لو لم يعيّن و مات قال الشيخ (رحمه الله): يعيّن الوارث، فإن امتنع أقرع بينهما. و لو قيل باستعمال القرعة بعد الوفاة مطلقاً كان حسناً.

و لو قال: «ولده في ملكي» احتمل الأمران، من حيث إنّ الولادة لا تنافي علوقه قبله، بأن يحبلها قبل الملك ثم يشتريها فتلد في ملكه. هذا كلّ إذا لم يكن للأمة زوج، وإلا كان لاحقاً به؛ لأنّه فراش و لم يلتفت إلى دعوى المولى.

قوله: «و لو أقرّ بآبن إحدى أمتيه وعيّن له حق به» إلى آخره.

إذا كان له أمتان فصاعداً، و لكلّ واحدة ولد، فقال: «ولد إحداهما ولدي» و كان استلحاقهما ممكناً على الوجه السابق أمر بتعيينه، كما لو طلق إحدى امرأته و أعتق أحد عبده، فإذا عيّن أحدهما ثبت نسبه و كان حرّاً و ورثه. ثم في صيرورة أمّه أمّ ولد ما سبق.

و كذا الحكم لو كان الولدان من أمّ واحدة فأقرّ بأحدهما خاصّةً. فإن تعدّدت الأمّ و ادّعت الأخرى أنّ المستلحق ولدها فالقول قول المولى مع يمينه؛ لأنّ الأصل معه، و هو ينفي ما تدّعيه. و كذا لو بلغ الولد و ادّعى ذلك. فإن نكل المولى قال في التذكرة: حلف المدّعي و قضى بمقتضى يمينه (1). و هذا يتمّ فيما لو كان المدّعي الولد، أمّا الأمّ فإن كان إقراره متضمناً كونها أمّ ولد فيمينها لإثبات حقّها من أميّة الولد جيّد، و أما لإثبات ولادة ولدها فمشكل؛ لأنّها تثبت بيمينها حقّاً لغيرها و هو حرّيّة الولد.

و لو مات المقرّ قبل التعيين قال الشيخ: قام وارثه مقامه في التعيين - لا بمعنى أنه ينشئ تعييناً من غير علم سابق له بحقيقة الحال؛ لأنّ النسب لا يلحق بالتشهي، بل إن كان عالماً بالحال و لو بإقرار المورث قبل إخباره بذلك؛ لأنّ الحقّ انتقل من المورث إليه - فإن امتنع من التعيين لعدم علمه أو لغيره أقرع (2).

ص: 634

1- تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 444، المسألة 992.

2- المبسوط، ج 2، ص 455، و ما بين الشارحتين من كلام المصنّف.

السابعة: • لو كان له أولاد ثلاثة من أمة فأقرّ ببنوة أحدهم فأبهم عيّنه كان حرّاً، والآخراّن رقّاً. ولو اشتبه المعيّن ومات أو لم يعيّن استخرج بالقرعة.

ويشكّل بأنّه إقرار في حقّ الغير ولا دليل على قبوله، ولأنّ التعيين إنّما يعتدّ به إذا كان من جميع الورثة والمقرّ به منهم، فلو اعتبر تعيينه لزم الدور، فلذلك ذهب المصنّف (رحمه الله) إلى القول باستعمال القرعة بعد الوفاة مطلقاً، أي سواء ادعى الوارث العلم وعيّن أم لا؛ لأنّ هذا من الأمور المشكّلة، ومورد القرعة بالنصّ (1). وهذا أقوى.

ثمّ إذا خرجت القرعة لواحد، وكان قد ذكر المقرّ ما يقتضي أمّية أمّه صارت أمّ ولد بذلك

من غير احتياج إلى قرعة أخرى.

قوله: «لو كان له أولاد ثلاثة من أمة فأقرّ ببنوة أحدهم» إلى آخره.

لا- فرق بين كون المعيّن الأكبر من الأولاد والأصغر والأوسط، إن لم نقل بصيرورة الأمة فراشاً بالوطء - كما هو المشهور - ولا يلحق ولدها بالمولى إلا بإقراره والمصنّف (رحمه الله) اقتصر على التفريع على مختاره. وقد تقدّم البحث فيه (2).

وعلى القول الآخر بصيرورتها فراشاً بالوطء (3) يتحرّر المعيّن ومن ولد بعده. فإن عيّن الأكبر وأقرّ به ابتداءً لحق به، وتبعه الأوسط والأصغر؛ لكونهما مولودين على فراشه. وإن عيّن الأوسط أو أقرّ به تبعه الأصغر، وبقي الأكبر رقيقاً. وإن عيّن الأصغر لحق به وحده، وكذا الحكم لو لم يعيّن واستخرج الولد بالقرعة.

وعلى هذا فالأصغر نسيب حرّ على كلّ حال؛ لأنّه إما المقرّ به أو تابع لمن قبله بالفراش، بخلاف الآخرين؛ لاحتمال كون المقرّ به هو الأصغر فيكونان رقّاً.

وعلى هذا فهل يفتقر إلى إدخاله في القرعة؟ وجهان لا؛ لأنّها لإخراج المشتبه بالحرّيّة

ص: 635

1- الفقيه، ج 3، ص 92، ح 3392؛ تهذيب الأحكام، ج 6، ص 340، ح 593.

2- تقدّم في ص 265 وما بعدها.

3- ممّن قال به يحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص 344.



## لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين

الثامنة: • لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين. ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين على الأظهر، ولا بشهادة رجل ويمين، ولا بشهادة فاسقين ولو كانا وارثين.

أو الرقية وهو منفي في حقه، ولجواز أن تقع القرعة على غيره فيلزم استرقاقه، ونعم، لا ليرق  
إن خرجت لغيره بل ليرق غيره إن خرجت عليه، ويقتصر بالحرية عليه. وهذا حسن.

وربما قيل بمنع حرّيته؛ لأنّ أمّه وإن كانت أمّ ولد يجوز أن يكون رقيقاً في نفس الأمر. ويشكل بأننا إذا حكمنا بصيرورتها فراشاً ألحقنا به أولادها ظاهراً، من غير التفات إلى إمكان كونهم من غيره ولو بوجه صحيح، فلا يقدح هذا التجويز. والأصحاب أهملوا التفريع على هذا القول؛ نظراً إلى الأشهر بينهم من عدم صيرورتها فراشاً بالوطة.

قوله: «لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين» إلى آخره.

حصر ثبوت النسب في شهادة رجلين بالنظر إلى الشهادة لا- إلى مطلق ما يثبت به، فلا ينافي ما سيأتي إن شاء الله من أنه يثبت بالاستفاضة(1)؛ لأنّ مستندها ليس من حيث الشهادة بل من حيث إخبار من يؤمن الكذب في خبره.

وقرينة اختصاص الحصر بالشهادة ما نفى ثبوته به بعد ذلك من شهادة رجل وامرأتين، وشهادة رجل ويمين وغير ذلك.

والاعتذار عن الكلامين المظنون اختلافهما - بحمل الافتقار إلى الشاهدين على ما إذا كان هناك منازع، والاكْتفاء بالشياع على عدمه - ليس بجيد؛ إذ لا يفترق الحال فيما يثبت به بين المنازع وعدمه، بل الوجه ما ذكرناه من عدم المنافاة بين الأمرين، وأنّه يثبت بهما مطلقاً.

ووجه اختصاصه بالشاهدين دون ما ذكر: أنّ متعلّقه ليس مالا، ولا المقصود منه المال وإن ترتّب عليه بالعرض كالميراث.

ص: 636

1- يأتي في ج 11، ص 379 وما بعدها.

التاسعة • لو شهد الأخوان - و كانا عدلين - بآبن للميت ثبت نسبه و ميراثه و لا يكون ذلك دوراً. و لو كانا فاسقين لم يثبت النسب، و لكن يستحقّ دونهما الإرث.

و القول بثبوتة بشهادة رجل و امرأتين للشيخ (رحمه الله) في المبسوط(1)؛ نظراً إلى ترتب المال عليه في الجملة.

و هو شاذ، مع أنه حكم فيه في هذا الباب بعدم ثبوتة بذلك(2).

قوله: «لو شهد الأخوان و كانا عدلين بآبن للميت» إلى آخره.

تبه بقوله «و لا يكون ذلك دوراً» على ما حكاه الشيخ في المبسوط من توجه الدور، من حيث إنّ الابن لو ورث لحجب الأخوين، و خرجا عن كونهما وارثين، فيبطل الإقرار بالنسب؛ لأنه إقرار من ليس بوارث، و إذا بطل الإقرار بطل النسب، فيبطل الميراث(3)، فيؤدّي ثبوت الميراث إلى نفيه، و ذلك دور.

و وجه اندفاعه على ما فرضه المصنّف واضح؛ لأنّ النسب يثبت من حيث شهادتهما لا

من حيث إقرارهما؛ لفرض كونهما عدلين، و شهادة العدلين تثبت النسب و إن كان الشاهد أجنبيّاً، و الشيخ فرضها على تقدير إقرار الأخوين.

و الحقّ أنّ توهم الدور على تقدير عدالتهما لا وجه له، سواء فرضنا شاهدين أم مقرّين؛ لأنّ إقرارهما في معنى الشهادة؛ إذ لا يختصّ بلفظ مخصوص حتّى يفترق الحال، كما لا يختصّ الإقرار كذلك، فيتأدّى بلفظ «الشهادة».

و إنّما يتوجه الدور مع كون المقرّ بمن هو أولى منه ممّن لا يثبت به النسب، كما لو كان الأخ واحداً أو كانا غير عدلين. فيتّجه حينئذٍ أن يقال: إنّ إقراره إنّما يسمع إذا كان

ص: 637

1- المبسوط، ج 2، ص 446، و لكن فيما إذا كانوا من الورثة.

2- المبسوط، ج 2، ص 456.

3- المبسوط، ج 2، ص 446.

## لو أقرّ بوارثين أولى منه ثمّ بأخر أولى منهما

العاشرة: • لو أقرّ بوارثين أولى منه فصدّقه كلّ واحد عن نفسه لم يثبت النسب، وثبت الميراث، ودفع إليهما ما في يده. ولو تناكرا بينهما لم يلتفت إلى إنكارهما.

• ولو أقرّ بوارث أولى منه، ثمّ أقرّ بأخر أولى منهما، فإن صدّقه المقرّ له الأوّل دفع المال إلى الثاني، وإن كذّبه دفع المقرّ إلى الأوّل المال و غرّمه للثاني.

ولو كان الثاني مساوياً للمقرّ له أولاً ولم يصدّقه الأوّل دفع المقرّ إلى الثاني مثل نصف ما حصل للأوّل.

وارثاً؛ لما تقدّم من أنّ إقرار الأجنبي بالوارث غير مسموع(1)، فإذا كان المقرّ به حاجباً للمقرّ اتّجه أن يقال: إنّه لو ورث لحجب المقرّ، ولو حجه يخرج عن أهليّة الإقرار، وإذا بطل الإقرار فلا نسب ولا ميراث، فيزول المانع من نفوذ إقراره، ويلزم من توريثه منع توريثه.

و جوابه: حينئذٍ أنّ المعبر كونه وارثاً لولا- الإقرار، بل لا يصحّ اعتبار كونه وارثاً في نفس الأمر؛ لأنّ ذلك لا يجمع خروجه عن الإرث كما قرّناه سابقاً(2)، وذلك لا ينافي خروجه عن الجائز به بالإقرار.

قوله: «لو أقرّ بوارثين أولى منه فصدّقه كلّ واحد عن نفسه لم يثبت النسب» إلى آخره.

إنّما لم يلتفت إلى تناكرهما؛ لأنّ استحقاقهما للإرث يثبت في حالة واحدة، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر، بخلاف ما لو أقرّ بأحدهما ثمّ أقرّ بالآخر؛ فإنّ اشتراكهما في التركة متوقّف على مصادقة الأوّل.

قوله: «ولو أقرّ بوارث أولى منه، ثمّ أقرّ بأخر أولى منهما» إلى آخره.

إذا أقرّ الوارث ظاهراً - كالعمّ - بمن هو أولى منه - كالأخ - نفذ إقراره في المال؛ لكونه

ص: 638

1- تقدّم في ص 628.

2- تقدّم في ص 631.

حائزاً للتركة شرعاً، فيكون إقراره في حق نفسه، فإذا أقر بعد ذلك بمن هو أولى منهما كالولد، فإن صدقه الأخ فلا بحث. وإن كذبه فالمشهور أن التركة تدفع إلى الأخ؛ لأنه استحقها بإقرار الحائز لها أولاً، فيكون إقراره ثانياً بمن هو أولى منه بمنزلة الرجوع عن الأول ويعقبه بالمنافي، فلا يسمع في حق المقر له الأول، ولكن يغرّم المقر للثاني التركة؛ لأنه فوتها عليه بإقراره الأول، فكان كما لو قال: «هي لفلان بل لفلان».

وهذا يتم مع تسليمه التركة اختياراً إلى الأخ؛ لأنه حينئذ بمنزلة المتلف لها. أمّا مع عدم التسليم فيشكل، بأنه لا منافاة بين الإقرار بالأخ و الإقرار بالولد؛ لإمكان اجتماعهما على الصدق، بخلاف قوله: «لفلان بل لفلان» وإمكان أن لا يكون عالماً بالولد حين أقر بالأخ، فلا تقصير وإن كان قد نفى وارثاً غيره.

و الوجه بناء الضمان على ما تقدّم (1) من الخلاف فيمن أقر لميت وعين له وارثاً هل يؤمر بالتسليم إليه بدون البحث أم لا؟ فإن أوجبنا البحث فهنا كذلك، ولا ضمان بمجرد الإقرار؛ لعدم استلزامه الاستحقاق (2) بذاته، وإن لم نوجبه، فإن سلم التركة إلى الأخبأمر الحاكم، أو أوجبناه فأمره بعد البحث فلا ضمان إن لم يكن عالماً بالولد حينئذ؛ لعدم التفريط، و امتثاله الأمر، فلا يتعقب الضمان. وإن سلمه بدون أمره مع العلم ضمن قطعاً، وبدونه على الأقوى؛ لمباشرة الإلتلاف، ولا يفرق بين العالم والجاهل فيما يرجع إلى الغرم.

هذا إذا كان الثاني أولى من الأول كما فرضناه. ولو كان مساوياً - كما لو أقر ثانياً بأخ آخر، أو أقر بولد ثم بأخر - ولم يصدق المقر به الأول غرم للثاني مقدار نصيبه من التركة حيث نقول بالغرم.

ص: 639

1- تقدّم في ص 539 - 540.

2- في بعض النسخ و الطبعة الحجرية: «الاستلحاق» بدل «الاستحقاق».

الحادية عشرة: • لو أقرّ بزواج للميتة و لها ولد أعطاه ربع نصيبه، وإن لم يكن ولد أعطاه نصفه.

قوله: «لو أقرّ بزواج للميتة و لها ولد أعطاه ربع نصيبه، وإن لم يكن ولد أعطاه نصفه».

هذا الحكم ذكره المصنّف (رحمه الله) و جماعة(1)، و هو لا يتمّ على إطلاقه؛ لأنّ المقرّ بالزوج لذات الولد من الوارث منحصر في الولد - ذكراً أو أنثى - و في الأبوين مجتمعين و متفرّقين. فإن كان هناك ولد ذكر فالحكم إنّما يتمّ معه إذا كان ولداً، أما الأبوان فلا يتغيّر نصيبهما معه بوجود الزوج و عدمه، فإذا كان المقرّ أحدهما أو هما لم يدفع إلى الزوج شيئاً؛ إذ ليس في يده زيادة يلزمه دفعها بإقراره. وإن كان مع الأبوين أو أحدهما بنتاً لم يتمّ أيضاً فيهما؛ لأنّ نصيب الأبوين معها على تقدير عدم الزوج الخمسان و على تقدير وجوده السدسان، فالتفاوت بينهما هو الذي يلزمهما دفعه، و هو لا يبلغ ربع ما في يدهما. و كذلك نصيب البنت مع أحدهما.

و على تقدير كون الزوجة غير ذات ولد فالمقرّ قد يكون الأب فيتّم فيه الفرض، و قد يكون الأمّ فلا تدفع شيئاً، سواء كان لها حاجب أم لا؛ لأنّ الزوج لا يأخذ من فرضها شيئاً على التقديرين. نعم، لو كانت منفردةً بالميراث دفعت النصف كما ذكر.

و لو كان المقرّ بعض الإخوة فإن كان لأمّ لم يدفع شيئاً، وإن كان للأبوين دفع النصف كما ذكر.

و الضابط على هذا: أنّ المقرّ يدفع ربع ما في يده أو نصفه، أو ما زاد من نصيبه على تقدير وجود الزوج إن لم يبلغ النصف أو الربع. فلو كان المقرّ أحد الأبوين مع البنت دفع إليه نصف الثمن؛ لأنّ نصيبه على تقدير عدم الزوج الربع إثنا عشر من ثمانيّة و أربعين، و على تقدير وجوده تسعة فالتفاوت بينهما ثلاثة، هي نصف الثمن.

و يمكن تنزيل كلام الجماعة هنا على حمل الإقرار على الإشاعة، فيقتضي الإقرار

ص: 640

1- منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 440؛ و راجع النهاية، ص 686؛ و المهذب، ج 1، ص 417؛ و السرائر، ج 3، ص 313.

• ولو أقر بزواج آخر لم يقبل. ولو أكذب إقراره الأول أغرم للثاني مثل ما حصل للأول.

بالزواج أن يكون له في كل شيء ربه أو نصفه، سواء كان النصيب ثابتاً على التقديرين أم لا. وهذا حسن إلا أنه لا يطابق ما سلف من الفروض؛ فإنهم لم ينزلوها على الإشاعة، فلا بد من تنقيح الحكم في أحد الجانبين.

ولعل ما ذكره هنا أجود مما سلف؛ لأن الوارث يستحق في كل جزء من أجزاء التركة سهمه، فلا يختص بفرضه في بعض دون بعض، فما حصل لكل واحد فهو بينه وبين الزوج بمقتضى الشركة، وما ذهب عليهما.

قوله: «ولو أقرّ بزواج آخر لم يقبل. ولو أكذب إقراره الأول أغرم للثاني مثل ما حصل للأول».

المراد أن إقراره الثاني لا يقبل في حق الزوج الأول، فلا يزال ما ثبت له من الإرث بالإقرار، وهذا لا إشكال فيه.

وإنما الكلام في غرمة للثاني بمجرد الإقرار، أو بشرط تكذيبه لنفسه في إقراره الأول، والمشهور بين الأصحاب - وهو الذي قطع به المصنف - الثاني؛ لأنه مع التكذيب يكون قد - اعترف بتفويت حق الثاني من التركة بإقراره الأول، فكان كالمتلف عليه حقه فيغرم له، وأما مع عدمه؛ فلأن إقراره الثاني مع الحكم بصحة الأول يكون إقراراً بأمر ممتنع في شرع الإسلام، فلا يترتب عليه أثر.

ولو قيل بأنه يغرم للثاني بمجرد الإقرار كان قوياً؛ لأصالة صحة الإقرار، وكون زوجية الثاني ممتنعة في نفس الأمر ممنوع، بل من الممكن كونه هو الزوج وإقراره الأول وقع خطأ أو غلطاً. وإلغاء الإقرار في حق المقرّ مع إمكان صحته ينافي عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1).

ص: 641

1- تقدّم تخريجه في ص 298، الهامش 1.

## ولو أقرّ بزوجة ثانية، أو ثالثة أو رابعة

. ولو أقرّ بزوجة وله ولد أعطاها ثمن ما في يده. وإن لم يكن ولد أعطاها الربع.

• وإن أقرّ بأخرى غرم لها مثل نصف نصيب الأولى إذا لم تصدّقه الأولى. ولو

أقرّ بثالثة أعطاها ثلث النصيب. ولو أقرّ برابعة أعطاها الربع من نصيب الزوجة.

ولو أقرّ بخامسة، وأنكر إحدى الأول لم يلتفت إليه، وغرم لها مثل نصيب واحدة منهنّ.

و الوجه أنّه يغرم مطلقاً إن لم يظهر لكلامه تأويلاً محتملاً في حقّه.

قوله: «ولو أقرّ بزوجة وله ولد أعطاها ثمن ما في يده. وإن لم يكن ولد أعطاها الربع»

الكلام في هذه كالسابقة من تنزيل كلام المصنّف وغيره (1) على أنّ حقّ المقرّ له شائع في التركة، فيستحقّ في كلّ شيء ثمنه أو ربعه، وذلك شامل لمن بيده سهم لا يختلف على تقدير دخول الزوجة وخروجها، كسهم أحد الأبوين مع الولد الذكر أو البنّتين فصاعداً، ومن يختلف بذلك كسهم أحدهما مع البنت. وعلى ما سبق من الفروع يجب تقييده بما إذا كان المقرّ ولداً، فلو كان أحد الأبوين أو هما دفع الفاضل عن نصيبه على تقدير وجودها.

قوله: «وإن أقرّ بأخرى غرم لها مثل نصف نصيب الأولى - إلى قوله - وغرم لها مثل نصيب واحدة منهنّ»

الإقرار بزوجة ثانية كالإقرار بوارث مساو للأول. ولا إشكال في حكمه مع تصديق الأولى.

و أمّا مع التكذيب فيغرم للثانية نصف نصيب الزوجة إن أكذب نفسه، أو سلّم النصيب إلى الأولى ابتداءً على ما تقدّم تفصيله (2).

و كذا الحكم فيما لو أقرّ بثالثة ورابعة، فيغرم للثالثة ثلث نصيب الزوجة وللرابعة الربع؛

ص: 642

1- كالعلاّمة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 441.

2- تقدّم آنفاً.

لإمكان صدقه في الجميع. كل ذلك مع إكذاب الباقيات إياه في الإقرار وإلا أخذ من

المصدقة بالنسبة.

فإن أقرّ بخامسة فكإقراره بزواج ثانٍ، فإن قلنا: يغرم له بمجرد الإقرار فهنا أولى؛ لإمكان الخامسة في المريض إذا تزوج بعد الطلاق و انقضاء العدة و دخل و مات في سنته. و يمكن استرسال الإقرار من غير أن يقف على عدد.

و لو كان إقراره بالأربع دفعَةً ثبت نصيب الزوجية لهنّ و لا غرم، سواء تصادقن أم لا، كما

لو أقرّ بوارثين غيرهن دفعة. و قد تقدّم (1).

تم الجزء الثامن - بحسب تجزئتنا - و يليه في الجزء التاسع كتاب الجعالة

ص: 643

---

1- تقدّم في ص 638.



## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ  
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟  
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟  
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

